שו״ת · אחרונים

שות לחם רב

רבי אברהם די בוטון

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות לחם רב

רבי אברהם די בוטון

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שות-לחם-רב/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

שאלה א 7
שאלה ב 8
שאלה ג 11
שאלה ד 13
שאלה ה 16
שאלה ו 20
שאלה ז 21
שאלה ח 23
שאלה ט 26
שאלה י 29
שאלה יא 38
שאלה יב 40
שאלה יג 43
שאלה יד 49
שאלה טו 54
שאלה טז 55
שאלה יז 60
שאלה יח 61
שאלה יט 65
שאלה כ 69
שאלה כא 71
שאלה כב 78
שאלה כג 80
שאלה כד 84
שאלה כה 89
שאלה כו 90
שאלה כז 97
שאלה כח 99
שאלה כט 100
שאלה ל 108
שאלה לא 116
שאלה לב 121
שאלה לג 122
שאלה לד 129
שאלה לה 134
שאלה לו 139
שאלה לז 141
שאלה לח 142
שאלה לט 149
שאלה מ 153
שאלה מא 154
שאלה מב 155
שאלה מג 157
שאלה מד 162
שאלה מה 167
שאלה מו 173
שאלה מז 174
שאלה מח 176
שאלה מט 180
שאלה נ 185
שאלה נא 190
שאלה נב 196
שאלה נג 198
שאלה נד 203
שאלה נה 204
שאלה נו 206
שאלה נז 208
שאלה נח 212
שאלה נט 215
שאלה ס 217
שאלה סא 221
שאלה סב 222

שאלה סג 223
שאלה סד 229
שאלה סה 231
שאלה סו 233
שאלה סז 237
שאלה סח 244
שאלה סט 246
שאלה ע 248
שאלה עא 250
שאלה עב 257
שאלה עג 258
שאלה עד 264
שאלה עה 267
שאלה עו 270
שאלה עז 273
שאלה עח 277
שאלה עט 278
שאלה פ 281
שאלה פא 282
שאלה פב 288
שאלה פג 291
שאלה פד 293
שאלה פה 296
שאלה פו 298
שאלה פז 300
שאלה פח 303
שאלה פט 304
שאלה צ 308
שאלה צא 310
שאלה צב 313
שאלה צג 317
שאלה צד 319
שאלה צה 324
שאלה צו 326
שאלה צז 328
שאלה צח 330
שאלה צט 332
שאלה ק 334
שאלה קא 338
שאלה קב 341
שאלה קג 343
שאלה קד 345
שאלה קה 347
שאלה קו 350
שאלה קז 352
שאלה קח 354
שאלה קט 358
שאלה קי 361
שאלה קיא 365
שאלה קיב 368
שאלה קיג 372
שאלה קיד 375
שאלה קטו 380
שאלה קטז 384
שאלה קיז 385
שאלה קיח 386
שאלה קיט 389
שאלה קכ 393
שאלה קכא 395
שאלה קכב 396
שאלה קכג 400
שאלה קכד 402
שאלה קכה 407
שאלה קכו 409

שאלה קכז 412
שאלה קכח 413
שאלה קכט 416
שאלה קל 419
שאלה קלא 421
שאלה קלב 424
שאלה קלג 427
שאלה קלד 430
שאלה קלה 433
שאלה קלו 442
שאלה קלז 447
שאלה קלח 449
שאלה קלח 451
שאלה קמ 452
שאלה קמא 457
שאלה קמב 460
שאלה קמג 463
שאלה קמד 464
שאלה קמה 469
שאלה קמו 470
שאלה קמז 478
שאלה קמח 481
שאלה קמט 482
שאלה קנ 487
שאלה קנא 489
שאלה קנב 492
שאלה קנג 498
שאלה קנד 501
שאלה קנה 504
שאלה קנו 511
שאלה קנז 513
שאלה קנח 525
שאלה קנט 527
שאלה קס 530
שאלה קסא 534
שאלה קסב 538
שאלה קסג 539
שאלה קסד 541
שאלה קסד 544
שאלה קסו 546
שאלה קסז 549
שאלה קסח 554
שאלה קסט 556
שאלה קע 560
שאלה קעא 562
שאלה קעב 565
שאלה קעג 566
שאלה קעד 572
שאלה קעה 576
שאלה קעו 580
שאלה קעז 586
שאלה קעח 591
שאלה קעט 592
שאלה קפ 595
שאלה קפא 598
שאלה קפב 601
שאלה קפג 605
שאלה קפד 606
שאלה קפה 611
שאלה קפו 615
שאלה קפז 617
שאלה קפח 624
שאלה קפט 630
שאלה קצ 632

שאלה קצא 637
שאלה קצב 639
שאלה קצג 643
שאלה קצד 646
שאלה קצה 653
שאלה קצו 655
שאלה קצז 660
שאלה קצח 661
שאלה קצט 663
שאלה ר 666
שאלה רא 668
שאלה רב 673
שאלה רג 676
שאלה רד 684
שאלה רה 686
שאלה רו 688
שאלה רז 690
שאלה רח 698
שאלה רט 703
שאלה רי 707
שאלה ריא 709
שאלה ריב 715
שאלה ריג 717
שאלה ריד 719
שאלה רטו 722
שאלה רטז 727
שאלה ריז 732
שאלה ריח 738
שאלה ריט 742
שאלה רכ 745
שאלה רכא 751
שאלה רכב 753
שאלה רכג 756
שאלה רכד 762
שאלה רכה 768
שאלה רכו 773
שאלה רכז 774
שאלה רכח 778
שאלה רכט 783
שאלה רל 787

שאלה א

ילמדנו רבינו בתפלת השחר שאנו אומרי' עושים רצון קוניהם אם יש לגרוס רצון קונם משום דאין שייך לומר לשון קוניהם שהוא לשון רבים חלילה וחס או אם נגרוס כאשר מצאנו מקדמונינו זקנינו ע"ה רצון קוניהם שכתוב כן בכמה מחזורים חדשים גם ישנים ושמא כך מסרוהו אנשי כנסת הגדולה. ועתה רבינו וגאונינו יורינו איך נגרוס ולא נהיה נכשלים לפני ה' אלהינו ח"ו ומשכורתו תהיה שלמה אמן:

תשובה מזקנים אתבונן אטו ניקום אנן לבטל נוסח' הקדומה האמורה מפי סופרים ומפי ספרים זקנים עם נערים ואע"ג דבפ' היו בודקים איתא בגמרא גבי ברכת הלבנה ששים ושמחים לעשות רצון קונם וכן כתב הטור בהלכות ר"ח וכן הרא"ש ז"ל בפסקיו מכל מקום הרי"ף ז"ל בה' סוף פרק תפלת השחר כתב רצון קוניהם בברכה זו וכן הרמב"ם ז"ל בה' ברכות פרק י' ומינה נלמוד לתפלת השחר. ואע"ג דמשמע ח"ו ריבוי בו ית' אין לחוש דהרי מצאנו בשופטים מקרא כתוב והנה אדוניהם נופל מת וקרא אדונים ליחיד וכן כתוב בישעיה וסכרתי את מצרים ביד אדונים קשה ואע"ג דכ' שם רש"י כל לשון אדנות קרוי בלשון רבים כמו אדוני יוסף וגו' דמשמע דדוקא בלשון אדנות אמרי' הכי אבל לא בלשון אחר לאו דוקא דהרי מצאנו בורא השמים ונוטיהם ובסוף תהלים כתוב ישמח ישראל בעושיו ובישעיה גם כן כתוב בועליך עושיך וכתב שם הראב"ע שהוא לשון רבים ע"ד מלת אלהים ואדונים וכן פי' בפרשת בראשית שנא' אלהים לשון רבים בדרך חשיבות וא"כ כמו שאנו אומרים אלהים אדונים עושים לאל ית' ג"כ נאמר קונים אע"פ שהוא יחיד שהוא לשון מעלה לו: איברא דאיכא למשדי בהא נרגא מהא דכ' הטור בה' ראש השנה סימן תקפ"ב וה"ר מאיר מרוטנבור"ק היה אומר לחיים ולא לחיים בפתח כי לחיים משמע לא חיים כדאיתא בנדרים לחולין כמו לא חולין ע"כ. ואיכא למידק דהא מקרא מלא הוא בישעיה כל הכתוב לחיים בירושלים בפתח והיכי שבקי' לישנא דקרא ותו מה ראיה מייתי מהתם הא התם אי מפרשי' דכוונתו לומר לא חולין משום דאי אפשר לפרשו בענין אחר דאם כוונתו לומר שיהא חולין שיאכל היה לו לומר חולין שאוכל לך או כחולין וכו' ועוד דאם כוונתו זאת הם מילי דכדי ולכך ודאי כוונתו שהיא לא חולין אבל הכא שנוכל לפרשו כפשטו אפי' שיאמר לחיים בפתח כוונתו לומר שיזכהו לחיים ולא לא חיים דאדרבה אין זה המובן מהפשט והמקרא יוכיח. לכך נראה ודאי דאית ליה לרבינו מאיר דלשון תורה לחוד ולשון תפלה לחוד דבתפלה צריך לפרש הדברים שלא יפול בהם הטעה באזני השומעים כלל ואע"פ שלא יהיה מובן פשט המאמר לא חיים כיון דאיכא לפרושי על צד הדוחק לא חיים כמו לחולין אין ראוי לומר

בלשון התפלה לשון שיטעה השומע ואפילו בפי' רחוק אבל במקרא דרך המקרא לדבר בלשון סתום וכמ"ש הראב"ע בפי' קהלת אל תבהל את פיך וגו' שצריך לדבר בתפלה בלשון צח וברור יע"ש. וכיוצא בזה כתב ה"ר דוד אבודרהם גבי מה שאנו אומרים מה צדקנו דאין לומר ישענו כיון שהאל ישענו אע"ג דאפשר לפרש דלא אמר רק על הישועות הבאות מצרינו מ"מ כיון שהוא לשון שיש בו הטעה אין לאמרו דצריך לדבר בתפלה בלשון ברור וא"כ ג"כ מכל זה דאע"פ דבלשון הכתוב כתוב עושיו ואדוניהם ואלהים כדכתיבנא מ"מ בלשון תפלה אין לומר לשון מוטעה אלא לשון שיהא ברור ולא יפול בו הטעה כלל וא"כ יצא לנו מכאן שאין ראוי לומר אלא קונם שהוא לשון ברור ולא לשון שיפול בו הטעה כמו קוניהם אלא שיש לתרץ דלא נאמר כל זה דצריך לדבר בלשון ברור אלא בתפלות שאנו אומרים אבל בתוארי האל ית' אין אנו צריכים לכך דדי לנו שנא' התוארים כמו שכתובים בתורה ותדע לך דאנו אומרים בתפלתינו אלהים אע"פ שהוא מורה ריבוי ולא היה לנו לומר לשון שיפול בו הטעה אלא ודאי דיש לחלק בין תוארי האל יתב' לשאר דברים כדכתיבנא. וכיוצא בזה ראינו במוהר"ר יהודה הלוי זיל בסדר יום הכפורים שכתב ובכן זמר נעים זמירות לעושיו ברכו ה' כל מעשיו הרי שקרא להקב"ה עושיו וסמך על לשון הכתוב וטעמו כדכתיבנא ועוד עדיף הא דקוניהם מההיא דעושיו ואלהים דהתם בדבור נראה שהם רבים כפי המבטא אבל בקוניהם אם הוא חסר בלא יו"ד לא הוי אלא קונה א' ובמבטא אינו ניכר אם הוא חסר או מלא כדי שנאמר שהוא ח"ו חסרון בו יתעלה כשנתארהו כן וכן נראה לי דיפה הם אומרים קוניהם ויחזיקו במנהגם הנלע"ד כתבתי: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ב

קהל אחד שזה כמה ימים היה להם חזן א' שראוי להיות על הצבור בקבע ופיסול לא נמצא עליו והנה עתה רוב הצבור אינם רוצים אותו וקצת מהקהל רוצים אותו ועתה מינו רוב הקהל חזן א' קרובם מבחורי העיר יודיענו רבינו אם יכולים המעוט לעכב בידם כיון שהסכימו עליו מתחלה כל הקהל להיות חזן. גם מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בסי' ע"ט כתב דכיון שלא נמצא בו פיסול מחדש אין ראוי להעבירו כ"ש שמעולם לא נמצא בו פיסול או דילמא כיון שהתפלה היא במקום התמידי' ואין ראוי שיהיה אדם שלוחם להקריב שלא מדעתם ורצונם ואפילו יחיד מוחה בחזנות לדעת רבינו שמחה כל שכן כשהרוב אינם רוצים אותו ומה שאמר מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל היינו לשיהיה אהבה ואחוה ביניהם לא לענין דינא יורנו אדוננו שורת הדין ומשכורתו שלמה מן שמיא: תשובה הרשב"א ז"ל

כתב בתשובה הוזכרה בבית יוסף בא"ח סי' נ"ג שחזן אין מסלקין אותו מאומנותו אלא אם כן נמצא בו פיסול ויש ראיות לדבר ועוד דתנן מערבין בבית ישן מפני דרכי שלום וכו' אוקימנא בגמרא משום חשדא ומיהו כתב שבזמנו נהגו למנות אנשים על צרכי צבור לזמן ובהגיע הזמן יצאו אלו ויכנסו אחרים תחתיהם בין לחזן בין לקופה של צדקה וכן על המס ושאר המנויים הצריכים לצבור בין שנוטלים עליהם שכר ובין שלא נוטלים עליהם שכר אפילו לא קבעו להם זמן סתמן כפירושן אחר שנהגו כך והמנהג הלכה הוא ואם מפני החשד כיון שנהגו לבא חליפות נסתלק החשד וכו'. ע"כ נראה מכאן דאע"ג דאין מסלקין אותו מ"מ כיון שנהגו כן ליכא חשדא ויכולי' לסלקו ומ"מ אני חוכך בזה דדילמא היינו דוקא בזמנו של הרשב"א שאפשר שהיו החזנים כגבאי צדקה וכפרנסים שמשנים אותם מזמן לזמן אבל בדורנו זה כל שליח צבור שמסלקין אותו אם אינו נכנס בקהל אחר רצוני לומר שקהל אחר מסלקין אותו מקהל זה לשמש בקהלם חשידי ליה כולי עלמא דבודאי כיון שמסלקין אותו מחזן ודאי דשום פיסול מצאו בו. וסעד לדברי מדברי מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בתשובה הזכירה השואל דכתב דאין ראוי להעבירו ולא שת לבו לדברי הרשב"א ז"ל משום דיש חילוק בין זמננו לזמנו כדכתיבנא. ועוד דזה השליח צבור שרוצים עתה רוב הקהל הרי המעוט מוחים בו וכבר כתב רבינו שמחה דיחיד מוחה בחזנות וכדכתב הרב מהר"י קולין ז"ל והגם כי כתב האגור דהרב משה ן' חסדאי ז"ל חולק עליו וכן נראה דמהר"ם חולק עליו דכתב בתשובות מיימוניות בספר קנין סי' כ"ד ז"ל נראה בעיני שיש להושיב כל בעלי בתים שנותנים מס ויקבלו עליהם ברכה שכל א' יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר וילכו אחר הרוב הן לברור ראשים הן להעמיד חזנים הן לתקן כיס של צדקה הן למנות גבאים הן לסתור בבית הכנסת להוסיף ולגרוע ולקנות בית חתנות וכו' סוף דבר כל צרכי הקהל יעשה על פיהם כאשר יאמרו ואם ימאנו המעוט ויעמדו מנגד מלעשות ככל הכתוב יש כח ביד הרוב וכו'. ע"כ משמע מהתם דלעמיד חזנים דהיינו שליח צבור היורד לפני התבה דאין לדחוק ולומר דפי' הך חזנים הוי כמו חזן הכנסת דקאמר תלמודא דהוי שמש הכנסת דפשוט הוא דכל חזן הנז' בדברי הפוסקים הוא שליח צבור היורד לפני התבה ואפילו הכי סגי שיעמיד אותו הרוב אפילו שימחה המיעוט ודלא כרבינו שמחה מ"מ ודאי דיש לחוש לדברי רבינו שמחה וכן כתוב בתשובות הרב מורי נר"ו סימן רפ"ט יע"ש. וא"כ כיון שהשליח צבור הראשון שמוהו כל הקהל ולית ביה פיסול כלל ובזה האחרון איכא חילוק דעות דלדעת רבינו שמחה אפי' המעוט יכול לעכב א"כ למה נניח הראשון אשר נעשה בהסכמת הכל ולא מצאו בו שום פיסול ונקח אחר אשר יש בו חילוק דעות בשלמא אם היה נמצא בו

שום צד פיסול ודאי דאזלינן בתר רובא אפילו שהמעוט לא היה נראה ביניהם הפיסול כיון דהרוב נראה בעיניהם לסלקו הדין עמהם ואע"ג דהסכימו עליו מתחלה וכתב רבינו שמחה דהיכא דהסכים מתחלה אינו יכול למחות היינו יחיד אבל רבים ודאי דיכולים למחות אבל כיון דעושים הדבר בלי טעם שלא מצאו בו שום פיסול אין ראוי לביישו ולסלקו אע"פ שיהיו הם הרבים זה ודאי נראה לפי שורת הדין ודברי הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל נוטים כן:

ומ"מ אני אומר שכיון שרוב הקהל חפצים באחרון ימנו אותו שישמשו שניהם וכפשרת הרב הנז' וצריך אני לבאר רוב זה מהו אם הוא רוב הקהל בין העניים בין העשירים דלא אזלינן אלא בתר רוב דעות או דילמא לא אזלינן אלא בתר רוב בעלי המס דהרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובותיו סימן נ"ג כתב דבתקנות והסכמות הקהל אזלינן בתר הרוב בין שיהיו עניים ובין שיהיו עשירים וכתב כן שם באותה תשובה ב' או ג' פעמים:

איברא דקשיא לי טובא מההיא תשובה דמהר"ם שהבאתי למעלה דכתב בהדיא דלכל צרכי הקהל ילכו אחר רוב בעלי המס שכן כתב נראה שיש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס וכו' ומכאן פסק הרב מורי נר"ו בתשובותיו סימן רכ"ד דהולכים אחר רוב ממון ואם כן קשה על הרב הנז' ונראה לי לתרץ בדוחק דבעניני ממון אזלינן בתר רוב ממון ובשאר דברים אזלינן בתר רוב דעות וכדכתב הרא"ש בהדיא בכלל ששי יע"ש.

ונאמר דכל הדברים הנז' באותה תשובה דמהר"ם ז"ל הם ענינים נוגעים לממון כיס של צדקה וגבאים וסתירת ב"ה וכו' וכן חזנים הרי כתב הרשב"א ז"ל הוזכרה בב"י סי' נ"ג בטור א"ח דשכר החזן פורעים לפי ממון וכן כתב תשובה לר' האוי ז"ל דאית ביה צד א' דפורעים לפי ממון וכן העמדת ראשים היינו להנהיג הקהל בעניני הפרעונות והמסים כאנשי המעמד וכיוצא באלו שכל זה הוא נוגע לענין ממון אבל מה שכתב הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל הוי בדבר שאינו נוגע לממון כלל כגון תקנות למגדר מילתא דאיסורא וכיוצא בזה נראה ליישב דברי הרב הנז' ומ"מ עדיין אני תמיה על דברי הרב מהר"י אדרבי ז"ל בתשובותיו סי' רכ"ד שכתב דאזלינן בתר רוב נפשות ונסתייע מדברי הרב מהרא"ם וכתב שם בהעמדת פרנסים לא הוי נוגע לממון דא"כ קשה עליו מה שכתב מהר"ם בתשוב' שהבאתי לברור ראשים אזלינן בתר בעלי המס אבל לתרץ דברי הרב הנז' ז"ל נ"ל לחלק מה שחלקתי אע"פ שהוא דחוק:

הכלל העולה מדברי דהעמדת חזנים ופרנסים הכל הוא נוגע לממון ואזלינן בתר רוב ממון ואי איכא רוב ממון דחפצים בש"צ הב' ימנו אותו הגם כי לכאורה היה נראה דהדין עם הא' כמו שכתבתי מ"מ כיון דאיכא רוב ממון וגם שכבר מנו אותו אני אומר שישרתו

שניהם וכפשרה שעשה החכם יודע פשר דבר נקי כפים ובר הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בתשובותיו סי' ע"ט הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הצעיר וקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ג

הן כל ראתה עיני דברי הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו הגם הלום ראיתי אחרי רואי דברי הרבנים המובהקים נר"ו ומחזיקים בדברי הרב נר"ו על ענין ה"ר יעקב פראנסיש יצ"ו אשר זה לו ט"ו שנים המיר דתו פתע פתאום ותיכף ומיד הסתיר פניו ועמד בתשובה שלמה כל הזמן הנז' שראוי למנותו שליח צבור ושוחט ובודק ואני יחיד ועני כן דעתי ובהרמנותא דידהו אמינא בה מילתא: איברא דלענין כהן שעבד ע"ז כתב הרמב"ם ז"ל בפ' ט"ו מה' תפלה דבין באונס בין בשגגה אע"פ שעשה תשובה אינו נושא את כפיו לעולם וכו' וגדולה מזאת כתב שם וכן כהן שהמיר לע"ז אע"פ שחזר בו אינו נושא את כפיו וכוונתו דאע"פ שלא עבד ממש אלא דקבל ע"ז באלוה אינו נושא את כפיו וכן כתב בהדיא בהלכות ביאת מקדש פ"ט יע"ש. והגם כי הרב כ"מ בפ' ט"ו מה' תפלה לא מצא מקום להרמב"ם מנין לו דין זה נ"ל טעמו ונמוקו עמו דבפ' בתרא דמנחות אפליגו רב ששת ורב נחמן ב"ד בזרק לע"ז ושחט לע"ז והשתחוה לע"ז והודה לע"ז ופסק רבינו כרב ששת בכלהו בפ"ט מה' ביאת מקדש דאין קרבנו ריח ניחוח ולא יוכל לשרת עוד והודה לע"ז היינו מאי דכתב רבינו וכן שהמיר וכו' וכתב דאע"פ שחזר בו לא מהני בהמיר כמ"ש בעבד משום דשם בגמרא מצריך להו להני תלת כמבואר שם וכיון שכן משמע לרבינו דכולהו חד דינא אית להו וכי היכי דבעבד לא מהני תשובה דקרא דאך לא יעלו כהני הבמות וכו' אפי' בחשבו בתשובה נמי איירי כדכתב שם הרב כ"מ ה"ה לאחריני דלא מהני להו תשובה. איברא דעדיין קשה בפשט דשמעתא דהיכי עביד צריכותא משחיטה עם אחריני הא בשחיט' פליגי במזיד אבל בשוגג כ"ע מודו דקרבנו ריח ניחוח ובאינך תרי פליגי אפי' בשוגג דאית ליה לר' ששת דאין קרבנו ריח ניחוח וא"כ לא שייך לומר ליפלגו בשחיטה ולא באינך או באינך ולא בשחיטה כיון דהם מחלוקות שונים זה מזה והוא מבואר מ"מ למדנו טעם נכון להרמב"ם ז"ל. איברא דעדיין קשה לי בדבריו הא דכתב דאפי' שעבד באונס לא ישא את כפיו דהא בגמ' לא משמע הכי דאפי' רב ששת לא קאמר בגמ' אלא שוגג דוקא משום דדריש למכשול עון או מכשול דהיינו שוגג או עון דהיינו מזיד אבל אונס ליכא קרא לפוסלו והרב כ"מ בפ' הנז' הקשה קושיא זו באופן אחר וז"ל צ"ע מנא ליה דכהני הבמות וכהנים ששמשו בבית חניו לא משמע שהיו אנוסים

ע"כ. על כן היה עולה בדעתי לומר דהאי באונס שכתב רבינו כאן הוא ט"ס וצריך להיות בין במזיד בין בשגגה ויגיד עליו רעו פ"ט מה ביאת מקדש שלא כתב שם הרב אלא כל כהן שעבד ע"ז בין במזיד בין בשוגג ולא הזכיר שם אונס כלל אבל מ"מ היזק הוא לשבש הספרים. והרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו סי' נ' היה לו כן בנוסחאת רבינו והרגיש דלמה בחלוקה דוכן כהן שהמיר לע"ז לא הזכיר אונס ושוגג וכתב שם ואין ספק שאין הפרש בין שוגג ואנוס למומר ברצונו ולא הוצרך הרב לפרש כי סמך למה שאמר ופי' הדבר בעע"ז האמור בתחלה ע"כ הרי תפס הדבר במושלם דאפי' באונס פסול לדעת רבינו ולכן קשה לי מה שהקשיתי ויותר יש להפליא הפלא ופלא על הרב ב"י שכתב בטור א"ח סימן קכ"ח ולענין הלכה וכו' ונראה דע"כ לא פליגי אלא בנשתמד ברצונו וכו' אבל היכא דנאנסו אפי' לדעת הרמב"ם וספר הזהיר נושא את כפיו וכו' דאיך כתב כן הרי בהדיא כתב הרמב"ם דאפי' באונס נפסל והוא עצמו תמה עליו על כך בספר כ"מ: למדנו דלהרמב"ם כהן שעבד ע"ז ולא אפי' עבד אלא קבלה באלוה ואפי' באונס לעולם לא ישא את כפיו אבל מ"מ לענין ש"צ ודאי דהיכא דעשה תשובה מהני להיות ש"צ כפי מ"ש הרב מהר"ם ז"ל בתשובה סימן פיו דס"ל ז"ל דש"צ קיל מכהן לישא את כפיו אבל דעת הטור הוא בהפך דסובר בא"ח בסימן קכ"ח דלענין נשיאות כפים מהני ולענין שליח צבור לא מהני וכמו שכתב הרא"ם ז"ל דאיהו בעי שלא יצא לו שם רע בילדותו וכדכתב בסימן נ"ג דצריך שיהא פרקו נאה וטעמו דדוקא גבי נשיאות כפים התירו משום דכתיב ואני אברכם וכדאמרו בירושלמי שלא תאמר פלוני כהן פלוני מגלה עריות וכו' אבל לענין שליח צבור לא שייך הך טעמא. ועוד יש לתת טעם לדבריו דשאני הכא דהיא מצות עשה לברך על כל כהן וכהן ואם אתה מונעו אתה מבטלו ממצות עשה כמו שכתב הרא"ם ז"ל שם דהוי כאומר לו הוסף רשע ואע"פ דהרמב"ם ז"ל אין כן דעתו אלא דקיל ש"צ ושאני ברכת כהנים דאתקש לעבודה וכדכתב בפ' ט"ו מה' תפלה וברכה כעבודה היא ולכך אסר שם ולא בש"צ מ"מ כתב הרא"ם ז"ל באותה תשובה דאין לדקדק כן אלא מפ"ח וכמו שהכריח הדבר שם אבל מהא דכתב דגבי כהן לא מהני אין להוכיח דאדרבה נאמר דאית ליה כסברת הטור דעדיף ש"צ מכהן וכדכתיבנא וכיון דבכהן לא מהני כ"ש בש"צ אבל השתא דהוכיח הדבר מפ"ח מוכרחין אנו לומר דאית ליה להרמב"ם דקיל ש"צ מכהן ועם מה שכתבתי נחה שקטה תמיה שתמה א' מהרבנים נר"ו על הטור והרמב"ם ונתבארו דבריהם יפה לע"ד ואע"פ שאין ברור בדברי הטור דאית ליה בסי' קכ"ח שישא את כפיו אדרבה מדלא הקשה לרב נטרונאי אלא לענין קריאת התורה משמע דבנשיאות כפים מודה דלא ישא מ"מ כתבתי כן לומר דאפי' דיסבור הטור כן לא קשיא ליה מש"צ:

מכל מקום לענין הדין יראה ודאי דאין לנו לזוז מדברי הרא"ם ז"ל הגם כי ראיתי להרב מורי בפסקיו חיב סי' קצ"ה כתב על ענין כיוצא בזה וז"ל ומה שהביא ראיה מרא"ם ומהרמב"ם ז"ל הרי הרא"ש בתרא וכו' וכן בנו ולא חשו לדברי הרמב"ם רצוני לומר כי התנאים הנז' בש"צ היינו דוקא כש"צ דתעניות הא בשאר ימים אינו כן וא"א אלא בא' מב' דברים או דס"ל להרא"ש דאינו כן ופליג להרמב"ם או דס"ל דהרמב"ם מה שסתם כאן גלה כאן והכל שוה ועכ"פ צריך להחזיק בדברי הרא"ש ובנו דהוו בתראי טובא וכ"ש במקו' דבמילי דקדמאי איכא ספק וכו' ע"כ משמע דאית ליה כהרא"ש והטור מכל מקום מההיא תשובה מוכח דאית ליה להרב ז"ל דאם עשה תשובה גמורה מהני יע"ש וא"כ בנ"ד הרי עשה תשובה גמורה. ועוד מ"ש שהרא"ש ז"ל סובר כן איני רואה הוכחה בדבריו דבתשובה שכתב הטור בשמו בסי' נ"ג לא כתב שם אלא דאם הש"צ רשע גמור הוי נתנה עלי וכו' אבל אם אינו רשע לא. איברא דהרשב"א ז"ל בתשובה בסי' רט"ו הוזכרה שם בב"י משמ' קצת דאית ליה כסברת הטור שכתב שם שא' מהדברים המחוייבים לשליח צבור שיש לו נעימה כדתניא בפ"ב דתעניות ונרא' מדהביא ראיה מש"צ דתעניות לש"צ דעלמא משמע דאית ליה דהכל שוה מ"מ אני אומר כיון דהרא"ם ז"ל פסק כן אין לנו לזוז מדבריו ומה גם אחר אשר הסכימה דעת הרבנים נר"ו עמו ואני אחריהם כשולי מעיליהם הכלל דהאיש רבי יעקב כשר הוא למנותו שליח צבור ולהיות שוחט ובודק הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:
הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ד

ילמדנו רבינו קהל אחד שנתפשרו עם מלמד אחד ללמוד את בני הקהל בעד שנה א' תמימה בתנאי שלא יוכלו הקהל להניח אותו ואם יניחוהו שיתנו לו שכר כל השנה משלם וכן גם הוא להם והכל בגזרת נח"ש ואם יניחו אותו יהיו בכלל נידוי ח"ש וכן גם הוא וכתנאי בני גד ובני ראובן ועתה הקהל אינם רוצים שילמוד את בני הקהל יורנו מורנו אם חייבים לפרוע כל השנה אחר שהיה תנאי ביניהם שילמוד את בני הקהל שנה תמימה ואם לא יפרעו יהיו בכלל נח"ש ומשכורתו תהיה מה' שלמה:
תשובה הטור בח"מ סי' שליו גבי מי ששכר מלמד לבנו כתב בשם רבינו יואל דאם התלמיד חלה ורגיל באותו חולי פסידא דב"ה ונותן לו שכרו משלם לא כפועל בטל דכל לומדי תורה כשאין לומדים הבטלה גורם להם שכחה ודמי לאוכלוסי דמחווזא דאי לא עבדי חלשי ע"כ. מכאן משמע דכיון דהקהל שכרו למלמד לשנה וחזרו בהם נותנין לו

שכרו משלם ולא כפועל בטל דלומדי תורה דמו לאוכלוסי דמחוזא ואע"ג דהקהל לא נטלו קנין אין בכך כלום דמלמד כפועל הוי והפועל התחלת המלאכה הוי הקנין כדכתב הטור בסימן של"ג בד"א כשלא התחילו במלאכ' וכו' אבל אם התחילו במלאכ' אין ב"ה יכול לחזור וכו' ואע"ג דשם נותן שכרו כפועל בטל הכא נותן משלם מטעמ' דכתי': איברא דזה ימים באה לידי שאלה מקאשטוריאה על חכם אחד שהוציאוהו תוך זמנו ופסקתי שיתנו לו שכרו משלם וכן הסכימו רבני עירנו נר"ו ובראשם הרב הגדול מורי ורבי הכ"מ והארכתי שם בפסק ההוא ובתוך הדברים כתבתי שם וז"ל ואי משום דאינו דומה הבא טעון להבא ריקן ומשום הכי לא יתנו לו כל שכרו אלא יפחתו לו הטורח הרי כתב הרשב"א ז"ל הוזכרה בב"י סימן של"ג גבי בני חבורה ששכרו חכם לדרוש דאדרבה לב הדורש שמח וכו' ואע"ג דבסימן אלף קנ"ז ותרמ"ב תלה הפרעון בראיית ב"ד דאם נראה להם דיש לו טורח נותן לו כפועל בטל לא כתב הרב שם כן אלא גבי מלמד תלמידים דיש טורח קצת אבל חכם מרבי' תורה ודורש ודאי דעונג הוא לו להשמיע תורה להם ולכך בההוא תשובה דבני חבורה ששכרו חכם לדרוש לא חילק בכך ע"כ מה שכתבתי בתוך אותו פסק. ולפי זה יש מקום לקהל לומר קים לן כהרשב"א דתלה הדבר בראיית ב"ד בענין למוד התלמידים וכיון דנ"ד הוי למוד התלמידים יראו ב"ד ואם יראה להם שהוא לו טורח נותנים לו כפועל בטל מ"מ אני אומר אם התנו מתחלה בכך שאם יחזרו בהם שישלמו לו הכל משלם פשיטא שחייבים הקהל וכמבואר בההיא תשובה דרב ששכרו י' תלמידים בי' ליטרין שהביא הרב ב"י בסי' של"ג ואם לא התנו כן בפי' מ"מ אני אומר שאינן יכולים להניח אותו מפני גזרת נח"ש שקבלו עליהם:

עוד שאל השואל אם מלמד זה נשוי אשה ואשתו בעיר אחרת אם יכול ללמד תינוקות בעיר ההיא כיון שאין אשתו עמו באותה העיר ואם יכולים הקהל לסלקו בשביל כך. לזה אני אומר דאיברא דמשלה היא בסוף קדושין לא ילמד רווק סופרים ר' אליעזר אומר אף מי שאין לו אשה ואבעיא לן בגמ' מי שאין לו אשה כלל כלומר ומוסיף אדתנא ק' דקאמר רווק שלא נשא אשה מימיו הא אם נשא אשה מימיו אע"ג דמתה ילמד ואתא ר' אליעזר לומר דאפילו היתה לו ומתה אסור אא"כ הוא נשוי בעת ההיא ואעפ"י שתהא האשה בכל מקום שתהיה או דילמא בשאינה שרויה אצלו קאמר כלומ' דאלו ת"ק נמי אית ליה דבעינן שיהא לו עכשיו כשהוא מלמד אבל לא בעי שיהא שרויה אצלו במקומו אלא אפילו בעיר אחרת ואתא ר' אליעזר לומר דבעינן שיהא שרויה אצלו בעירו ואע"פ שלא תהא ממש בבית הספר לא איכפת לן ופשיט תלמודא דר' אליעזר אין שרויה אצלו קאמר וא"כ לדידיה אפילו שיש לו אשה כיון שהיא בעיר אחרת לא ילמד תינוקות. ומדברי

הרמב"ם בפכ"ב מהלכות איסורי ביאה נראה דפסק כר' אליעזר שכתב ואין המלמד צריך שתהיה אשתו שרויה עמו בבית הספר אלא היא בביתה והוא מלמד במקומו ע"כ נראה דפסק כר' אליעזר דאית ליה דבעינן שרויה אצלו בעירו אבל לא איכפת לן שתהא בבית הספר ודלא כת"ק דאית להו דכיון שהוא נשוי אפי' שתהיה בעיר אחרת מותר וכתב שם הרב המגיד דטעמו משום דשקלי וטרו בגמ' אליבא דר' אליעזר והוא ז"ל דחה דמן הבעיא נפקא נמי לת"ק דלצד א' לת"ק מותר אפילו שמתה אשתו ולצד ב' בעי' שיהא לו עכשיו כדכתיב' ואם כן הבעיא דבעי' הוא משום דנפקא לת"ק ולא לר' אליעזר וכתב שכן דעת ההלכות שלא הזכירו הבעיא וכ"ת כיון דנפקא לת"ק היה להם להזכירה משום דלצד שני דבעיא דר"ל אינה שרויה אצלו ופשיטותא הוי הכי לת"ק בעי' שיהא לו עכשיו אשה וא"כ להודיענו כן היה לו להביא הבעיא לזה תירץ דסמך הרי"ף משום דסתם רווק אינו נשוי עכשיו. וקשה לי על דבריו דמי עדיפי דברי ההלכות מדברי תלמוד דידן וכיון דתלמוד דידן איבעיא ליה אע"ג דמתניתין קאמרה רווק משמע דמספקא ליה לתלמודא דילמא רווק ר"ל שלא נשא מעולם אבל אם נשא מעולם אע"פ שמתה אשתו לא מקרי רווק וכיון דנסתפק התלמוד בכך והוצרך לפירוש הרי"ף היה לו לעשות כן לכך נ"ל לתרץ באופן אחר ולומר דהרי"ף הביא בלשון המשנה ור' אליעזר אומר אף מי שאין עמו אשה ולא כדאית לן במשנה בדברי ר' אליעזר מי שאין לו אשה דמשום הכי נסתפק התלמוד אבל כיון שהוא כתב עמו במקום לו ר"ל שרויה אצלו דהיינו פי' עמו ולהכי שנה לשון המשנה להודיענו כן ואחריו נמשך הרא"ש ז"ל דכתב המשנה בצורתה וכתב בדברי ר' אליעזר עמו כדברי הרי"ף:

ומ"מ למדנו מדברי הרי"ף והרא"ש שכתבו משנה כצורתה דהלכתא כת"ק ואע"פ שאינה עמו בעירו אלא בעיר אחרת כיון שיש לו עכשיו סגי ודלא כהרמב"ם ז"ל דפסק כר' אליעזר ובעינן שיהא עמו בעירו ואפילו לפי פי' האחר שפי' ה"ה דהרמב"ם פוסק כת"ק משום דאית ליה דר' אליעזר אית ליה דבעינן שיהא שרויה עמו בבית הספר ולת"ק לא בעינן בבית הסכר ופסק כת"ק דאפי' במקום אחר סגי דמשמע לכאורה דבעי' אליבא דת"ק שיהא בעירו מדלא שלל אלא בית הספר מ"מ הרי"ף והרא"ש ודאי לית להו הכי משום דכתבו סתם דברי ת"ק ומדברי ת"ק משמע דוקא רווק שאינו נשוי כלל אסור אבל נשוי מותר אפי' שאשתו היא בעיר אחרת דאל"כ היה להם לפ' ולא כ' ה' המגיד הפי' האחר בדברי הרמב"ם אלא לתרץ הקושיא שהקשה לו בדבריו למה פסק כרבי אליעזר אבל לעולם דאפי' לפי הפי' הב' אית ליה לה' המגיד דההלכות פליגי עליה מדסתמו דבריהם וכתבו סתם רווק דמשמע דכיון שהוא נשוי אשה לבד סגי דלא מיקרי רווק

וכדכתב בפי' הראשון וא"כ נמצאו דברי הרי"ף עכ"פ חולקים על הרמב"ם דאית ליה דכיון דהוא נשוי אפי' אשתו בעיר אחרת סגי וכך הם דברי הרא"ש כדכתיבנא וכן רבינו ירוחם כתב דברי ת"ק בסתם כהרי"ף והרא"ש:

נמצא אליבא דכלהו הני רבוותא אית להו דכיון שהוא נשוי אפי' שאשתו בעיר אחרת סגי ואע"ג דהרמב"ם פליג כדכתיבנא ואחריו נמשך הטור בא"ה סוף סימן כ"ב מ"מ כיון דהאי חששא הוי מילתא דרבנן ראוי לסמוך על המקילים דספיקא דרבנן לקולא ומה גם דהרמב"ם עצמו בפי' המשנה כתב דאין הלכה כר"א אע"ג דבחבור לית ליה הכי סמכי' על מ"ש בפי' המשנה כיון שרבו הפוסקים הנוטים לסברא ההיא:

כלל העולה בידינו שראוי למנות לכתחלה מי שהוא נשוי אשה ללמד תינוקות אע"פ שאשתו בעיר אחרת כ"ש בנ"ד שמינוהו שאין ראוי לסלקו בשביל כך ואפי' בשאינו נשוי כלל ראיתי שעושים העלמת עין בקצת מקומות אע"פ שאין הדין כך כדכתיב' אך בנ"ד הוא היתר גמור בעיני בלי שום פקפוק הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:. הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ה

זה כמו ארבעים שנה כאשר בא יעקב איש וביתו ממלכות פורטוגאל אל מלכות תוגרמה לחסות תחת כנפי השכינה והם היו מבני אנוסי המלכות הנז' ובבואם אל מלכות תוגרמה נתיישבו בעיר שאלוניקי ושם צוה ה' את הברכה וזכה ה' את יעקב הנז' בבנים זכרים עוסקים בתורה שם הא' ראובן ושם הב' שמעון וזה כמו חמש שנים הלכו אנשים מעיר אחרת והוליכו את ראובן הנז' להיות ביניהם מרביץ תורה ושם היה איש א' מתושבי העיר ההיא שהיה מחזיק עצמו ליודע ודורש ועבר עליו רוח קנאה ושנאה וגמר בדעתו לבא על ראובן הנז' בעלילות דברים באמרו כי שמע אומרים שראובן הנז' היה פסול לדון בדיני חליצה כי הגם שאביו היה מהאנוסי' אמו לא היתה מבנות האנוסים כי אם מבנות הגוים וכן הוא אומר בכל מקום אשר הוא שם עד שמחמת זה יצא דינין וחשד בעיר אשר ראובן יושב בקרבה למרביץ תורה עד שכמעט יש אנשים שלבם נוקפם ורוצים לדעת מה יהיה משפט ראובן האם יש ממש בקול זה לפסול אותו לדון בדיני חליצה או לא אחרי כי ראה ראינו כי בעוד שהיה בשאלוניקי תמיד הוחזקו אביו ואמו שהיו מבני האנוסים וזקניו של ראובן הנז' היו מהיהודים שנאנסו ואת"ל שאין בקול ממש להוציא את ראובן הנז' מחזקתו חזקת כשרות עדיין יש לנו לדעת מה יהיה משפט האיש המוציא דבה והמרנן אחרי ראובן הנז' ודוברים עליו תועה על הכל יורנו מורנו המורה לצדקה ושכר

אדוננו כפול ומכופל מן השמים. תשובה אלופינו מסובלים בתורה ובמצות הרבנים הגדולים מורי ורבי נר"ו בתשובותיו סי' קצ"ג ומהר"י ן' לב ז"ל בתשובותיו סימן י"א כתבו על א' שהוציאו עליו לעז ממזרות והעיד עד א' עליו שהיה ממזר והוכיחו בראיות ברורות שאין להוציא האיש מחזקתו ולפוסלו אלא בב' עדים כשרים אבל בעד א' בקול אין לפוסלו ומה גם הרב הגדול מורי נר"ו הביא ראיה שאין לפוסלו בע"א מההיא דהר"ן ז"ל פרק עשרה יוחסין בראיה גמורה שאין להרהר אחרי' ודבריו ראוים אליו יע"ש:

והרב מהר"י ן' לב ז"ל הוקשה אליו ממה שכתבו התוס' פ"ב דכתובות על ההוא דאין ערער פחות מב' לאפוקי חד דלא הוי ערער אבל קול נמי פוסל בתחלה קודם שבא עד המכשיר ע"כ דמשמע משם דפוסל והוצרך לומר דשאני ההוא קול דנדון דידיה דלא הוי כגווני דקול דהמגרש דאיכא רגלים לדבר כדאמרינן התם שהיו נרות דולקות וכו' או ב' מפי ב' ואח"כ אמר דאפי' הוה בנדון דידיה קול כההוא דהמגרש וכו' הוי קלא דבתר אירוסין וכו' ולי אני ההדיוט נראה דאפי' הוי קול גמור כההוא דהמגרש אין להביא ראיה מדברי התוס' לפוסלו דשם כתב רש"י ז"ל על מאי דאמרי' בגמ' ונפק עליה קלא דבן גרושה ובן חליצה ואחתיניה כתב רש"י ואחתיניה מן הכהונה עד שיבדקו הדבר שמעלה היא בכהונה וכן כתב רשב"ם בפ' חזקת הבתים משמע דדוקא משום דמעלה היא בכהונה עשו כן והתוס' כתבו שם בפ' האשה שנתארמלה אבל קול נמי פוסל בתחלה כתרומה קודם שבא העד אע"פ שבלשון הרב מהר"י ן' לב ז"ל לא באו דבריהם כן בתוס' איתא הך מלה דבתרומה ועם זה אפשר שכוונתם כדעת רש"י ז"ל ומשום דמאי דקאמר רבי יוחנן אין ערער פחות מב' וכו' סבירא להו דקאי אמתניתין אפלוגתא דרבי אליעזר ורשב"ג דאיירי לענין כהונה לכך הוקשה להם דהא איכא קול דלענין כהונה משום מעלה דכהונה פסול והיכי קאמר דאין ערער פחות משנים לענין כהונה לכך תירצו דלא מועט אלא עד א' אבל קול לענין כהונה והיינו לאכול תרומה ודאי פסול משום מעלה עשו בכהונה כדפרשי' ולא משוינן פלוגתא בין רש"י והתוס' היכא דלא אשכחינן לה וכיון דמדברי רש"י מוכח הכא דלא פסול וכן בפרק עשרה יוחסין כתב רש"י בהדיא דב' עדים שהוציאו קול שמץ פסול לא מהני אלא לענין דצריך בדיקא משמע אבל לא לפוסלו וכדהוכיח מכאן הרב הגדול מורי נר"ו א"כ אמרי' נמי דהתוס' ז"ל ס"ל הכי וכ"ע מודו דקול גמור אפילו כההוא קול דפרק המגרש לא מהני להוציא האיש מחזקתו ולפוסלו ולא עד א' ג"כ:

איברא דהראב"ד כתב גבי ברייתא דסוף פרק האשה שנתארמלה דנאמן תנוק לומר משפחה זו פסולה וכו' דאפי' קמן ואפי' חד חיישינן ליה ולא מכרזינן ליה והר"ן ז"ל כתב

שם שדבריו תמוהים והרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב דאפי' הרב לא אמרו אלא לענין כהונה בלבד אבל אין תירוצו מספיק על דברי הטור שנראה שדעתו כדעת הראב"ד ז"ל בח"מ סי' ל"ה שכתב וכן נאמן הוא לבדו לומר ע"כ וכו' ושאמר לו אביו משפחה זו פסולה או כשרה דבשלמא בהראב"ד ז"ל איכא למימר דמפרש הברייתא דברייתא בהכי איירי כדמוכח פרקא אבל הטור שכתב הדין סתם משפחה זו פסולה או כשרה משמע לכל גוונא קאמר אפי' לפסול ממזרות ומשמע דחד נאמן ואפילו למה שתירץ לדברי הר"א ז"ל אינו מתיישב יפה שהרי אכלנו בקצצה של פ' שנשא אשה שאינה הוגנת לו בכל פסול איירי דאשה שאינה הוגנת פי' הטור בא"ה סימן ב' שלא יהא בה פסול ומשמע בין פסול דכהונה בין פסול ממזרות וכן פרש"י בפרק י' יוחסין אשה פסולה וכיון דעל דא נמי קאמר הראב"ד ז"ל דקטן נאמן ואפילו חד למיחש לפסולי משמע דלאו משום מעלה דכהונה נגעו בה. ומ"מ נראה ליישב דברי הראב"ד דלעולם הוא מודה דעד א' באיש מיוחד אינו פוסל ובברייתא הוי משום דהוי פסול כל המשפחה כולה והוא דבר ניכר ונודע פסול משפחה אחת וזהו שאמר דאית ליה קלא יתירה ולהכי נאמן למיחש לפסולה אבל באיש מיוחד לא אי נמי כדפי' הרב ב"י בדברי הטור דאמר דהוכשרה בב"ד או נפסלה בב"ד דכל מלתא דבי דינא מפרסמא אבל אם אינו מעיד שב"ד פסלוהו או הכשרוהו לא:

מ"מ למדנו דאין עד א' ולא קול פוסל אפי' שיהיה קול גמור כההיא דהמגרש דהוי שנים מפי שנים ק"ו ובן בנו של ק"ו בנ"ד דליכא למיחש להך קלא מכמה טעמי חדא דאין זה כקול דהמגרש דאין קול זה שנים מפי שנים ולא רגלים לדבר כי התם דאמר לא שישמעו קול הברה אלא כדי שיהיו נרות דולקות וכו'. שנית דמי שהוציא זה הקול הוא שונא לראובן כנראה משאלה וכבר אמרו בפ' כיצד לא אמרן אלא דלית ליה אויבים וכו' וכתבו הטור בא"ה סימן י"א וגדולה מזו כתב הרשב"א ז"ל הוזכרה בתשובה בדברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל בתשובה הנז' דאפילו שלא יהיו האויבים מוציאים את הקול אלא שיש לו אויבים בעיר חיישינן שמא מחמת האויבים יצא הקול. שלישית דאפילו היה כאן קול גמור אין לפוסלו דהא רבים מרבוותא ס"ל דלענין חליצה באביו מישראל סגי כדפי' התוס' פ' מצות חליצה וספר המצות כתב הטור בריש ה' חליצה סימן קצ"ט וסמ"ק והכלבו שכתב כן הרב ב"י בשמם אע"פ שיש ט"ס בדבריהם: איברא דרש"י ז"ל כתב בישראל משמע מכל צדדים וכן הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כתבו לשון הגמרא עד שיהא אביו ואמו מישראל וכבר היה אפשר לפרש לדבריהם דלאו דווקא נקטינן הכי אלא באביו מישראל סגי ולא אתו אלא למעוטי דלא סגי באמו וכמו שפי' התוספות בדברי

הגמ' והם העתיקו לשון הגמרא אבל מ"מ אלו היה דעתם כן היה להם לבאר ובודאי פשטא דמלתייהו משמע דבעו אביו ואמו מישראל וכן הטור בתחלת דבריו כתב כן אבל מ"מ כיון דאיכא טובא מרבוות' דפלי'גי א"כ הוי ספקא בדבר דרבנן דכבר נודע דמיחש לקלא הוי חששא דרבנן ואפילו הוא קול גמור לא היה פסול לדעת הפוסלים אלא מדרבנן ולדעת המכשירים באביו מישראל לחוד כשר לגמרי וא"כ הוי ספקא בדבר דרבנן והוי לקולא. רביעית דקול גמור אינו פוסל אפי' בפיסול ממזרות כדכתיבנא: אם כן ראובן זה שהוחזק אצלנו לכשר כמה שנים ואביו ואמו שהיו מישראל מי הוא זה ואיזה הוא אשר מלאו לבו להטיל בו מום ואפילו לא היה מוחזק אצלנו בכך אלא היו באים כעת מפורטוגאל והיינו יודעים שאביו מן האנוסים אמו ג"כ הוי בהך חזקה וראיה לדברי מדברי מהרי"ן לב ז"ל בתשובה ח"ב סימן מ"ה וז"ל זכורני כי בימי חורפי היה מעשה בשאלוניקי באשה אחת שהיתה זקוקה ליבם מהאנוסי' היושבים בפורטוגאל ובאו עדים והעידו ששמעו מפיו על נער אחד שהיה בנו והתירוה הגדולים אשר בזמן ההוא וסמכו על מה שכתב ה"ר צמח בן בנו של רשב"ץ דכל אותם האנוסים הבאים מאותם הארצות אנו מחזיקים אותם שאמם מישראל לפי שבקדושתייהו קיימי ואין שום אחד מהם נושא גויה וכו'. ועוד כתב בתשובותיו ח"א סימן י"ד דאם יש צד להקל בזקוקה ליבם מומר היינו בבני האנוסים קדומים לא ח"ו משום דקלישׁ' קדושתייהו כי בקדושתייהו קיימי אלא משום שמא בדורות הראשונים אפשר שנתערב איזה גויה באותה משפחה ואעפ"י שהוא ספק רחוק כי א' מאלף נושא גויה והוא ניכר ומתועב ביניהם על מעשה הרע ההוא וכו' ע"כ הרי כמה הרחיק הרב לחוש אם א' מהם נושא גויה ואפ"ה לא חש לספק רחוק כזה אלא בבני האנוסים הקדומים אבל באלו האנוסים הבאים מקאשטילייא ופורטוגאל לא עלה דעת לחוש להם כלל וכמו שכת' בתשו' ח"ב שהזכרתי נמצינו למדין דאפי' היה בא לפנינו אביו שידענו שהוא מהאנוסי' מחזקינן ודאי לאשתו שהיא אנוסה וא"כ איך יעלה על הדעת להוציא ראובן הזה מחזקתו זאת בקול גרוע דלית ביה ממשא כלל:

הכלל העול' דראובן מוחזק אצלנו לחכם כשר ירבו כמותו בישראל והוא ראוי לדון בחליצה ומי שהוציא עליו לעז עונו ישא ועתיד ליתן את הדין וצריך לבקש מחילה סליחה וכפרה זה דעתי אם יראה בעיני הרב הגדול מורי ורבי נר"ו:

הצעיר וקטן חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ו

זה כתבתי בחתימת פסק אחד על איש אחד שמו משה שהוציא שם רע על בת ישראל. איברא דבפ' החובל הקשו על מתניתין דרקק והגיע בו הרוק דמפרש לה רב פפא ואמר לא שנו אלא בו אבל בבגדו לא וניהוי כי ביישו בדברי' ותירצו זאת אומרת ביישו בדברים פטור מכלום ע"כ משמע מהתם דהיכא דבייש לחברו בדברים דפטור אמנם הרא"ש ז"ל כתב בפסקיו שם וז"ל ורב שרירא גאון ז"ל כתב דאף על בושת דברים מנדין אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו ומסתברא דיותר בושת דברים מבושת של חבלה דאין דבר גדול כלשון הרע ודבר שאדם מוציא על חברו ע"כ וכן כתב הטור בח"מ סימן ת"פ. וכיוצא בזה כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות חובל דיש להם לב"ד לגדור כפי הזמן והמרדכי כתב ג"כ בפרק הזהב וז"ל עוד מצאתי ראובן טוען על שמעון אניתני בדברים והביא עדים שאינה אותו דין זה פסוק ממתניתין דתנן כשם שיש אונאה במקח וממכר כך יש אונאה בדברים דכתיב ולא תונו איש את עמיתו באונאת דברים הכתוב מדבר ופסוק זה לא ניתן להשבון הילכך מלקין אותו שהרי עבר על לאו גמור ע"כ. איברא דקשיא לי טובא על דברי המרדכי דמשמע דאית ליה דמלקין אותו מן התורה שכן כתב הטעם משום דמסיק דלא ניתן להשבון כלומר דאי ניתן להשבון לא לקי וכדכתב הרמב"ם ז"ל בריש פי"ב מהלכות מכירה גבי אונאת ממון דאף ע"פ שהוא עובר בלא תעשה אינו לוקה מפני שניתן להשבון אבל הכא דלא ניתן להשבון לקי ואי הכי קשיא טובא דהא לאו שאין בו מעשה הוא וקי"ל דאין לוקין עליו חוץ מנשבע ומומר ומקלל חברו בשם, ותו קשיא דאם כן היכי ס"ד דמקשה בפרק החובל דביישו בדברים חייב בממון דבשת שכן הקשה וניהוי כי ביישו בדברים הא כיון דלקי משום דלא ניתן להשבון ודאי דאינו משלם דאין אדם לוקה ומשלם ואם היינו מפרשים דמאי דכתב המרדכי מלקין אותו היינו מדרבנן א"ש אבל לא משמע לישניה הכי כדכתיבנא מדתלי טעמא דלא ניתן להשבון ועדיין צ"ע: מ"מ למדנו דהמבייש בדברים מנדין או מלקין אותו כפי צורך השעה ואם כן זה משה האיש אשר הבאיש את ריחו במר שיחו וקרא לאלמנה עניה סוערה זונה ראוי למלקות או לנדוי כפי מה שיראה לבית דין ואפילו שלא היה בדבר שני עדים אלא עד א' הרי כתב מהר"י קולין ז"ל בשרש ק"פ בשם המרדכי דבכל דבר קטטה אפילו אשה או קרוב נאמנים כ"ש עד אחד ואע"ג דבסימן צ"ג נראה שנסתפק בדבר קצת שכתב דאפילו את"ל דגם באונאות וביושים בלי הכאה קאמר דאשה או קרוב נאמנים וכו' הרי בסי' ק"פ תפס במושלם ואדרבה תמוה אני על שנסתפק בסי' צ"ג שהרי מתשו' אחרת שהביא בסי' ק"פ מהמרדכי הדבר ברור כשמש שכתב שם נשאול נשאלנו על דבר הריבות והמחלוקות

והגדופים אם הנשים וקרובים יכולין להעיד נראה ודאי הוא דנאמנות ואם כן מבואר שם דבכל דבר חירוף ומריבה בלא הכאה עד א' נאמן ואפי' אשה וקרוב וא"כ מן הדין היה ראוי לעונש מלקות או נידוי כשהביאה האשה העד אחד המסייע לה וב"ד ויתרו לו ועשו יותר מן הראוי לאשה האנוסה ובכל זאת עוד יד לשונו לשון רמיה נטויה הויה על האשה הנאנסה והוציא שם רע עליה והוסיף על חטאתו א"כ בודאי כי הוא ראוי לעונש גדול כי מה שעשה באחרונה מרה כלענה דהרי כתב מהר"ר איסרלאן בכתביו סימן רנ"ז על ראובן שהוציא שם רע על שמעון ואשתכח שיקרא דאם ירצה שמעון שלא להתפייס ולנטור לו איבה אינו איסור בזה כדאיתא בסמ"ג במצות תשובה ובמרדכי פרק ארבע מיתות דמייתי ירושלמי אהא שלא יהא המוחל אכזרי הדא דתימא שלא הוציא שם רע אבל הוציא עליו שם רע אין לו מחילה עולמית וטעמא רבה אית בה לע"ד דדילמא אניש שמע באפוקי קלא בישא ולא שמע בפיוסי ולא נפק מידי חשדא הרי דהוצאת שם רע גדול עונו ואין לו מחילה עולמית על כן ראוי לב"ד ודאי ליסרו וענין העונש כבר כתב המרדכי בשם מהר"ם בפרק החובל על ראובן שקרא ללאה נפקת ברא וז"ל ואלו היה עדים בדבר שקרא אותם נפקת ברא היה לקהל לקונסו במלקות או בממון לפי המבייש והמתבייש לפי ראות עיני הקהל כי דיני קנסו' הם אלו ואין להם קצבה לפי מה שהוא אדם ככל אשר ישיתו עליו עיני העדה ע"כ גם אני אומ' בנ"ד וכ"ש הוא שהוציא שם רע על בת ישראל שראוי לב"ד ליסרו בין בנדוי בין במלקות בין בממון כפי אשר יראה בעיניהם לשבר מתלעות עול ובזה יהיה שכרם כפול מן השמים ואם ח"ו יהיה צד משוא פנים בדבר ואשימם בראשיכם ואשמם כתיב וכמו שכתב החכם השלם הכולל נשיא נשיאי הלוי נר"ו הנראה לעניות דעת כתבתי וחתמתי:
הצעיר וקטן חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ז

ראובן היה צריך למעות ופגע בו שמעון ואמר לו אם תרצה אקחם מגוי פלוני ואתנם לך בריבית והמעות הם של גוי והריבית גם כן אני נותן לגוי ונתרצה ראובן אז נתן לו שמעון המעות כדי שיפרע לי הריבית לתתו לגוי ופרע ראובן הריבית לשמעון כדי ליתנו לגוי עתה בא ראובן ותובע משמעון הריבית שנתן לו וטוען ואומר אני לא ראיתי לגוי כי מידך לקחתי הממון ולך נתתי הריבית ואם תרצת לומר שאתה שליח לגוי אין שליחות לגוי ואם כן החזיר לי הריבית שלקחת ממני יורנו מורנו אם חייב להחזיר לו הריבית ואם תמצא לומר שאינו חייב להחזיר לו אם ראובן זה מוחזק מנכסי שמעון אם הדין

עמו שיוכל לעכב בעד הריבית הנז' שלקח ממנו על כל זה יורנו מורנו ושכמ"ה תשובה ישראל שאומר לישראל חברו לוה לי מן הגוי בריבית יש התרה בדבר בא' מג' צדדים הא' שנתן לו משכון ואמר לו ללות עליו מותר שהגוי סומך על המשכון וכמו שכתב הטור בי"ד סימן קס"ט וכתב נמוקי יוסף בשם הר"ן ז"ל דצריך שיהיה אחריות על המשכון ולא על השליח וביאר דבריו הרב ב"י שצריך שיאמר השליח לגוי איני משתעבד לך כלל ולא יהא אחריותך אלא על המשכון הזה: הב' אעפ"י שלא נתן לו משכון אם אמר לחברו לוה לי מעות על שמי והגוי סומך על המשלח ואחריותו עליו אז מותר משום דהשני אינו אלא שליח בעלמא וכן כתב הטור בסימן הנז' ואי קשיא לך הרי כתב הטור בריש סימן הנז' ואפילו העמידו אצל גוי ואמר לו הגוי תנם לישראל, זה והפטר ואני אתנה עמו שיתן לי קרן וריבית אסור דכיון דקבל מיד ישראל נראה כנותן ריבית לגוי בשליחתו ע"כ. אם כן גם כאן נאמר כן דכיון דמקבל מיד הישראל אינו נראה כשליח אלא כנותן ריבית לגוי בשליחותו דהא התם נמי הגוי אמר לו שיפטר ואין לו כלל עליו ומ"מ אסור מהאי טעמא י"ל דהתוספות בפ' איזהו נשך בד"ה בשלמא סיפא לחומרא כתבו דברי הטור בסוף הדבור והאריכו שם בלשון קצת שיתרצו קושיא זו וז"ל מ"מ כיון שקבל המעות מיד ישראל הראשון שהיה עד עתה המעות באחריותו נראה כנותן לו ריבית כלומר דכיון שעד עתה היו לו המעות בהלואה והיו באחריותו נראה כנותן לו ריבית אבל הכא שלוקח מן הגוי ונותן לישראל ולא היו עד עתה המעות באחריותו אינו נראה כנותן ריבית לגוי בשביל ישראל ומותר ומיהו כתב שם הרב ב"י ופי' הר"ן ז"ל דהיינו דוקא דסומך על הלוה ולא על השליח ופי' ולא על השליח היינו לומר שלא יתבענו מדין לוה ולדעת הר"ן אף מדין קבלן צריך שלא יתבענו ע"כ. וכבר כתבתי בפסק אחד שלא ירדתי לסוף דעת הרב ז"ל דע"כ לא פליג הר"ן אלא גוי שלוה מישראל דאסור לישראל להיות ערב קבלן בשביל הגוי אבל בישראל הלוה מן הגוי אפי' ערב קבלן שרי וכמו שכתב הוא עצמו בריש סי' ק"ע וא"כ הכא דהוי דהישראל לוה מן הגוי לצורך ישראל אפי' לדעת הר"ן יכול להיות ערב קבלן:

הג' הוא היכא דמעות של גוי מופקדות ביד ישראל והם באחריות הגוי שאם יפסדו החובות יפסדו לגוי אז הישראל מותר להלוות ברבית לצורך הגוי אלא שאסור מפני מראית העין אלא אם כן אית ליה קלא דהוא אפוטרופוס של גוי וכן מבואר בטור בסי' הנז' א"כ בנ"ד דליכא שום חד מהני ודאי דאסור דהרי משכון אין כאן וגם נראה דהגוי אינו סומך אלא על שמעון שלא ראה כלל לראובן ולא הזכיר לו שהוא לוקח אותם לראובן

ושיהיה אחריותו עליו גם לא הוזכר בשאלה שהגוי היה מאמין לשמעון. שילוה המעות ואם יפסידו החובות יהיו על הגוי אם כן ודאי דהוא אסור בלי שום ספק:
אבל איכא לאסתפוקי אי הוי אבק רבית או רבית קציצה ומדברי הרא"ש בתשובה כלל ק"ח נראה דהוא רבית קצוצה שכתב שם גבי מלוה אדם מעותיו של נכרי וכו' והאי אסור דקתני לא שיהא אסור לכתחלה אלא אפי' אם עשאו רבית קצוצה הוי ויוצאה בדיינים כיון דאחריותו על ישראל הוי כאלו הלוה מעותיו ע"כ אם כן למדנו דהיכא דאחריותו על ישראל הוי רבית קצוצה והיכא דליכא שום חד מהני תלתא גווני דכתיבנא נמצא דאחריותו על ישראל דהגוי יתבע ממנו ונמצא דהוא מלוה לישראל אחר והוי רבית קצוצה: אם כן נתבאר דבנידון דידן הוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינים וחייב שמעון להחזיר לראובן הרבית שלקח ממנו ומה גם שראובן הוא מוחזק בנכסי שמעון דפשיטא ופשיטא דיוכל לעכב הרבית שלקח ממנו הנראה לעניות דעתי כתבתי: הקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ח

ראובן עכב נכסי שמעון בעד חוב שהיה חייב לו ושלח בלוי שלוחו ומשכן אותם הנכסים ביד תוגר ברבית ובא לוי ומשכנם בשליחות ראובן בעד מאתים גרושו"ש ברבית והתוגר לקחם ממנו בדרך מקח כי כן דרכם של תוגרמי לעשות כשלוקחים משכון כשמלוים ברבית אח"כ תבע שמעון לראובן על כך וגזרו ביניהם הדיינים שיתן שמעון לראובן תוך ג' חדשים מאתים גרוש"ש ושיהיה חייב ראובן לפדות הנכסים מיד התוגר ולהביאם ליד שמעון ואמר ראובן לשמעון תן המאתים גרוש"ש שאתה חייב לי לתוגר והוא יתן לך הנכסים ושמעון נתרצה ואמר שכך יעשה והלך שמעון אשר שם התוגר ועכב בידו המעות ט"ו חדשים אחרי כן כשבא לפדות הנכסים מיד התוגר שאל לו התוגר רבית בעד הט"ו חדשים שעכב המעות בידו ג' גרוש"ש אז כתב שמעון לראובן שהיה שואל התוגר ממנו כך והשיב לו ראובן תן לו לתוגר כל מה שידרוש ואנחנו נעמוד למשפט על היתרון שהם אלו הג' גרוש"ש עתה שואל שמעון מראובן שיתן לו זה היתרון מפני שהוא פרע בעדו לתוגר אלו הג' גרוש"ש כי הוא היה חייב לתת לתוגר הרבית והוא אינו חייב לתת לראובן רבית אעפ"י שעכב המעות בידו ט"ו חדשים משיב ראובן אם אתה היית נותן המאתים גרוש"ש בזמן הקצוב לא היה לוקח ממך התוגר הג' גרוש' יותר ואת הוא דאפסדת אנפשך שעכבת הנכסים ואני איני חייב לתוגר רבית ואין מכיר לי התוגר והתוגר סומך על המשכון ואחריותו עליו שבדרך מקח לקחו ואין לו לתוגר עלי ועל

שלוחי חוב כלל ואם אתה עכבת הנכסים וגרמת לעצמך הפסד עלי דידך ליהדר ועוד שנמשך לך תועלת גדול מהעכוב שהוקרו הנכסים בין זה הזמן עלו יותר ויותר כפלי כפלים מהרבית שפרעת יורנו מורנו הדין עם מי:

תשובה ודאי שראובן שלא כדין עשה במה שצוה למשכן נכסי שמעון שאעפ"י שהיה לו תביעה עליו היה די לו בעכוב הנכסים עד אשר יעמדו לדין ולא למשכנם לתוגר אבל מ"מ נראה לי שהוא פטור מהג' גרוש' שפרע שמעון לתוגר יותר אע"ג דבפרק איזהו נשך תניא דישראל שלוה מעות מן הגוי מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור וכתב הטור בי"ד סי' קס"ט דאפילו אמר תנם לי ואני אעלה לו אסור ואם כן נראה לכאורה בנ"ד דראובן זה לוה מן הגוי ברבית על משכנו והוא חייב לגוי אם שמעון זה פורע בעדו לתוגר הרבית שחייב לו ראובן הוי כאלו פורע הוא לראובן שכר מעותיו שהיו בטלות אצלו ט"ו חדשים שנתעכבו בידו מ"מ בנדון דידן הרי ראובן זה נתן משכון וכתב הטור שם וז"ל ישראל שאומר לחברו לוה לי מעות מהגוי אם נתן לו משכון ואמר ללות עליו מותר שהגוי סומך על משכונו ומותר לשליח ליקח הרבית וליתנו לגוי לפי שהוא שלוחו של ישראל וכל מה שלקח ונותן אינו אלא בשליחותו של זה ואינו לוה ולא ערב ואם לא נתן לו משכון אסור שהגוי אין לו עסק אלא עם הישראל שהלוה לו והוא חוזרו ומלוה לישראל ששלחו ואם אמר לחברו לוה לי מעות על שמי מותר שאז הגוי סומך על המשלח ואחריותו עליו ואינו אלא שליח בעלמא ע"כ. והדברים אלו כתבם הרא"ש והרב הנימוקי בפ' איזהו נשך בשם הר"ן וכתב שם הרב בית יוסף דדין דאמר לוה מן הגוי מעות על שמי היינו שלא יתבענו מדין לוה ולדעת הר"ן אף מדין ערב קבלן ע"כ. ואני שמעתי ולא אבין דהרב הנימוקי כתב שם בשם הר"ן דישראל יכול להיות ערב לישראל חברו כשלוה מן הגוי אפי' ערב קבלן וכן כתב שם שהוא דעת הרשב"א זיל ושכן נהגו במקומותיהם והא דכתב הר"ן דאין להיות ערב קבלן היינו כשהגוי לוה מישראל ונעשה ישראל ערב לישראל חברו אז אינו יכול להיות ערב קבלן וכדכתב נימוקי יוסף שם וטעם הדבר כתב הרב ב"י בריש סימן ק"ע. אבל לעשות ישראל ערב לישראל כשלוה מן הגוי סובר הר"ן דאפילו ערב קבלן מותר ודין זה דאומר לחברו לוה מעות מגוי על שמי היינו שנעשה ערב הישראל לגוי בשביל ישראל חברו ודבריו צריכים לי עיון:

ומ"מ למדנו שהיכא דיש משכון דאין אחריותו על השליח מותר א"כ בנ"ד שנתן משכון והתוגר לקחו בדרך מקח שאין אחריותו כלל על השליח פשיטא שמה שפורע שמעון

אינו נראה כפורע בשביל ראובן דראובן אינו חייב לתוגר כלל דראובן זה הוי כאלו לקח נכסים אלו של שמעון ומכרם ושמעון פדאם עתה ממי שלקחם מיד ראובן:

וכי תימא דל מהכא טעמא דרבית לחייב ראובן מפני שהזיק ממונו ונתנו ביד התוגר שלא כדין כדכתיבנא וחייב לשלם לו כל הפסדו שהוא גרם לו כל הפסד רבית זה שלקח ממנו התוגר ואין לומר דאיהו דאפסיד אנפשיה דהיה בידו להסיר הנזק הזה הבא לו ולפרוע לתוגר תיכף ומיד ולא הציל ואיהו דאפסיד אנפשיה כמו שבא בשאלה דהא אמרינן בסוף פרק ב' מבבא קמא הניח גחלת על בגדו ונשרף חייב וכן אם הניח גחלת על לב שורו אף על פי שרבו היה שם והיה יכול לסלק הגחלת מ"מ חייב המזיק כדכתב הטור בסימן תי"ח בח"מ דדוקא גבי הניח גחלת על לב עבדו אמרינן דפטור לפי שהמניח חושב שיסירנה אדונו כיון שהעבד חייב במצות ולא יסמוך על תשלומין של זה אבל בממונו אינו חושש לסלק ההיזק כיון שזה חייב לשלם לו הרי מוכח מכאן דאף עפ"י דיכול לסלק ההיזק הניזק המזיק חייב ואם כן אי דיינינן לראובן זה כמזיק ממון חבירו או כמוסר ממון חבירו ביד גוי דדינו כמזיק לכל דבר וכדכתב הטור בח"מ סימן שפ"ח דדין אחד להם נראה דחייב ראובן זה כיון שהוא הזיק ואעפ"י שלא סלק שמעון ההיזק לזה אני אומר דשאני נידון דידן דשמעון זה קבל על עצמו לפדות המשכון מיד התוגר ולכך ראובן לא השגיח על הענין דאם לא היה שמעון אומר לו כן היה שולח המעות ביד אחר והיה פודה המשכונות ואם כן נמצא דשמעון זה הוא המזיק ואין זה כההיא דהניח גחלת על לב שורו דהתם לא גרם הוא היזק כלל אלא שלא סלקו אבל בנידון דידן הוא גרם להזיק כדכתיבנא ואין לדמות גרימת ההיזק לסילוק ההיזק:

ועוד מטעמא אחרינא יש לפטור לראובן דהוא כגזלן שעשה שלא כדין שמכר משכון חבירו ונטל המעות לעצמו שלא כדין וכיון שמכר המשכון לגוי דמכירה גמורה עשה כמו שבא בשאלה דלקח התוגר בדרך מקח אם כן אם תובע שמעון נכסיו מראובן אינו חייב לו אלא כשעת הגזלה וכדאמרינן בההוא דגזל חביתא דחמרא ומכרה או נתנה דמשלם כמו שהיתה שוה בשעת המכירה דהיינו כשעת הוצאה מן העולם וכדכתב הטור בח"מ סימן שס"ב ואפילו נתיקרה אחרי כן אינו חייב לפרוע לו אלא כמו ששוה בשעת המכירה א"כ אם ראובן זה פורע לשמעון הנכסים כמו שהיו שוים בשעת המכירה וכמו שאמרו כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה הרי יש באלו הנכסים יותר ממה שהיו שוים אז כפלי כפלים מהיתרון של רבית שלקח התוגר וכיון דיוקר הנכסים לא נתייקרו אלא לתועלת הגזלן איך שואל ממנו שמעון היתרון דבכלל מאתים מנה ותועלת הנכסים הוא כפלים מן היתרון לכן אני אומר דראובן זה פטור מכל הני טעמי בלי שום פקפוק כי הם

טעמים ראויים בעיני ומה גם להחזיק ממון כי בעילה כל דהוא מוקמינן ממונא בחזקתיה הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ט

ראובן שמעון ולוי אחים יתומים היו ואין אב וכשנפטר אביהם לב"ע וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק כל נכסי עזבונו הן כסף הן שוה כסף מחוט ועד שרוך נעל נשארו ביד ראובן ושמעון הכניס בניו הגדולים ונשאו ונתנו בכל נכסי עזבונו בכל אות נפשם עד כי גדל לוי הקטן והגיע לכלל שנים ותבע מאחיו ראובן ושמעון חלקו מנכסי עזבון אביהם שהוא כך וכך והשיבו אורו דבר שאין לאל ידם לתת לו חלקו מנכסי עזבון אביהם אך אמנה שהרשות בידו נתונה ליקח הסך ההוא בנשך ומרבית מאיש נכרי אשר לא מבני ישראל הוא והם יכנסו בעדו ערבים קבלנים גמורים לנכרי ההוא לשלם קרן וריוח ולוי טוען ואומר שיפרעו אחיו הנז' הקרן והריוח והם אומרים שהקרן אשר אכלוהו הם יפרעו אבל הריוח שלא אכלו ממנו מאומה שאינם חפצים לפרוע יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפרק איזהו נשך ת"ר אל תקח מאתו נשך ותרבית אבל אתה נעשה לו ערב ערב דמאן אילימא ערב דישראל והא תנן אלו עוברים בלא תעשה וכו' אלא לגוי וכיון דדיניה דגוי דאזיל בתר ערבא איהו ניהו דקא שקיל מיניה רביתא אמר רב ששת שקבל עליו לדון בדיני ישראל אי קביל עליו לדון בדיני ישראל רבית נמי לא לישקול אמר ר' ששת שקבל עליו לזו ולא קבל עליו לזו ע"כ. ונחלקו רש"י והרשב"א בפי' דהך מילתא דלרש"י צריך שיקבל הגוי שלא יתבע מן הערב אלא כשלא ימצא ללוה בדינינו אבל אם יכול לגבות מאיזה מהם אסור ולהרשב"א ערב דידהו הוי ערב שלוף דוץ וצריך שיקבל שיוכל לגבות מאיזה מהם שירצה תחלה שלא בדיניהם שלא יוכל לגבות מן הלוה עד שיתבע לערב ומינה כשקבל לדון בדינינו דהוי קבלן דיכול לגבות מאיזה מהם שירצה דלרש"י אסור ולהרשב"א מותר. והרב בעל העיטור נראה שהסכים לסברת הרשב"א שכתב הרב ב"י בטור י"ד סימן ק"ע דישראל שלוה מגוי ישראל נעשה לו ערב אפילו לא קבל עליו לדון בדיני ישראל דמ"מ גוי הוא נוטל הרבית ולא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה ולא אמרו כשקבל עליו לדון בדיני ישראל אלא בגוי שלוה מישראל ונכנס ישראל אחר ערב ע"כ. וקשה לסברא זו כשהקשו בפרק איזהו נשך ערב דמאן וכו' למה הוצרכו לדחוק ולומר בשקבל לזו ולא קבל לזו לימא דברייתא איירי שנעשה ערב לישראל כשלוה מן הגוי דבכל גוונא מותר ועוד היכי קאמר התם

רבית נמי לא לישקול כיון דהגוי הוא הלוה וישראל יוצא ערב בשבילו לא שייך לומר לא לישקול אלא לא ליסיב ונראה שהתלמוד לא רצה לפרש בברייתא דישראל נעשה ערב בשביל ישראל חברו לגוי משום דלישנא דברייתא קא דייק דקאמר אבל אתה נעשה לו ערב ולא קאמר אתה נעשה בשבילו ערב ומדקאמר לו משמע דהמלוה הוא ישראל ובעל העיטור גריס ערב דמאן ולא גריס ערב למאן כמ"ש רש"י והרי"ף והרא"ש וכן הוא בגירסתנו בתלמוד שלנו. איברא דבגירסתנו כתוב אלא לגוי ולבעל העיטור צריך לגרוס אלא דגוי וה"ק תלמודא את אמרת נעשה ערב לישראל משמע שהמלוה ישראל בשביל מי נעשה ערב כלומר מי הוא הלוה וזה אומר דמאן אילימא דישראל שישראל הוא הלוה והא תנן וכו' אלא דגוי שהגוי הוא הלוה ופריך דכיון דדיני' דגוי דאזיל בתר ערבא וכו' כלומר הוא מפרש כסברת הרשב"א דערב דגוי הוא שלוף דוץ ואינו יכול לתבוע אלא מן הערב ולהכי פריך כיון דדיני' דגוי דאזיל בתר ערבא הרי יכול הגוי לדחותו ולומר לו לך תבע מן הערב שלי שהוא הישראל וה"ל כאלו יש מלוה לישראל הערב כמ"ש המרדכי בשם רבי"א ותירצו שקבל עליו לדון בדיני ישראל וכיון שכן אין דינו של גוי לומר לך תבע מישראל והישראל מן הגוי בידו לתבוע והקשו אי קבל עליו לדון בדיני ישראל אם כן אין הישראל יוכל לגבות ממנו רבית דיאמר לו הרי בדינך אין אתה יכול לגבות לזה תירצו שקבל עליו לזו וכו' ואע"ג דלשון לא לישקול ק"ק לזה דאיירי בישראל מ"מ איכא ניחותא לפי' זה חדא לשון הברייתא דאמר לו ולא בשבילו ועוד דלגירסת רש"י דקאמר ערב למאן פי' למאן דקאמ' בגמ' הוי מי המלוה ופי' לו דקאמר בברית' הוי הלוה נמצא לפי' בעל העיטור דלא איירי התלמוד אלא דגוי הלוה מישראל וישראל נעשה לו ערב דלזה הוצרכו בגמרא לתרץ בשקבל וכו' אבל בישראל הלוה מן הגוי ונעשה לו ישראל ערב כיון דאין כאן רבית הבא מלוה למלוה קיל טפי ובכל גוונא מותר וא"כ הרי הסכים לסברת הרשב"א והקל יותר ממנו ורבי"א גם כן הסכים לסברת הרשב"א כדכ' שם הרב בית יוסף וכן הראב"ד והר"ן ז"ל:

איברא דמדברי ראב"ן שכתב המרדכי נראה שהסכים לסברת רש"י שכתב דהיכא דהישראל נעשה ערב בשבילו לישראל חברו בשביל הגוי בקנין דחייב לפרוע לו ודבר תימה הוא זה שהרי יש להחמיר טפי בגוי הלוה וישראל ערב לישראל חברו מהיכא דגוי המלוה וישראל ערב בשביל ישראל חברו משום דהוי רבית הבאה מלוה למלוה כדכתיבנא בשם בעל העיטור וגם הר"ן החמיר יותר בגוי הלוה וישראל ערב שכתב דשם דוקא ערב מותר אבל קבלן אסור אבל בגוי המלוה אפילו הישראל קבלן מותר וטעמא כדכתיבנא דלא הוי רבית הבאה מלוה למלוה והדעת מוכחת כן וא"כ איך כתב ראב"ן

איפכא דיש להחמיר טפי בנוי המלוה וישראל ערב אלא שנ"ל לומר שראב"ן מפרש כפירש"י דמ"ש גמרא דגוי בתר ערבא אזיל היינו שיכול לתבוע מאיזה מהם שירצה וכיון שכן איכא טעמא רבה להחמיר בגוי המלוה משום דכיון דהוא יכול לגבות מן הערב אם ירצה הוי כאלו מלוה לערב אבל כשישראל הוא מלוה לגוי וישראל ערב כיון דאין הגוי יכול לדחותו לך תבע מן הערב דמאיזה מהם שירצה יוכל לגבות וגם הישראל ודאי לא יגבה אלא מהגוי תחלה משום איסורא דרבית דודאי לא סמכא דעתיה אלא שהגוי הוא הלוה וישראל ערב כדי שלא יכשל באיסור רבית ובודאי שלא יתבע הוא אלא מן הגוי תחלה ולהכי מותר דהוי הגוי הלוה וישראל ערב ודעתיה על הגוי. איברא דרש"י כשפי' גבי גוי בתר ערבא אזיל כתב אינו תובע אלא מן הערב משמע דאפילו לפירש"י דינא דגוי הוא לתבוע מן הערב תחלה כמו הרשב"א ז"ל ולא נשתנה פירושו מדברי הרשב"א אלא בתירוצא שאמר שקבל עליו לדון בדיני ישראל דלרש"י צריך לקבל שיתבע מן הלוה תחלה ואח"כ מן הערב וא"כ אין מקום למה שכתבנו לתרץ לראב"ן במה שכתב דבגוי הלוה אסור כיון דבדיניהם תובע מן הערב ולא מן הלוה אם לא שנאמר שראב"ן איירי עתה כפי זמנינו שדיניהם כדכתב הרא"ש אבל לא משמע כן מדברי רבי"א שכתב שם כשחולק על ראב"ן דכיון דגוי בתר ערבא אזיל וכו' יכול לדחותו וכו' משמע דפליגי בדין התלמוד אלא ודאי מחוורתא כדכתיבנא דראב"ן מפרש דגוי בתר ערבא אזיל שתובע מאיזה מהם. ועל דברי רש"י יש לתמוה למה הוצרך לומר שאינו תובע אלא מן הערב הא לפי פירושו יכול לפרש שיכול לתבוע מאיזה מהם ונראה שלרש"י הזקיקו לפרש כן משום דבפ' גט פשוט דף קע"ג אמרו גבי מאי דאתקיף שם רב נחמן האי דינא דפרסאי הוא הקשו שם אדרבה בתר ערבא אזלי ותירצו אלא בי דינא דפרסאי לא יהבי טעמא למילתייהו ע"כ ומוכח שם דדינא דידהו הוי לתבוע מן הערב ולא מן הלוה אפי' יש לו נכסים כדפירש"י שם ולכך כתב כאן רש"י כן משום דמציאות הדבר כן הוא אבל לא שהוצרך רש"י לפרש כן כדי שיקשה התלמוד דבלאו הכי מקשה שפיר לפי פי' אפי' שבדיניהם יוכל לתבוע מאיזה מהם כדכתיבנא:

מ"מ למדנו לפי הנרא' דראב"ן הסכים לפירש"י ז"ל ולדידהו ערב קבלן אסור אפי' שקבל לדון בדינינו וא"כ בנ"ד שיצאו האחים ערבים קבלנים בעד לוי הקטן אפי' שיהיה עתה דיניהם כדינינו כדכתב הרא"ש ודאי שהוא אסור וא"כ אם ראובן ושמעון פרעו לגוי הקרן והריוח ודאי דיכול לוי המוחזק לומ' קים לי כרש"י וראב"ן וכיש מגדולי המורים שאסרו שכ' הרשב"א בתשו' דהוו ראובן ושמעון לדידהו כאלו לוו מהגוי ואינהו קא שקלי רביתא מלוי וא"כ אין לוי חייב לפרוע להם כלום כיון דהוא מוחזק ולדברי הנהו

רבוותא הוא רבית וכן כתב הרב ב"י בסי' ק"ע בדין זה דדיינין ביה כדין הספקות וזוזי היכא דקיימו לוקמו:

ואם נהגו שאפילו שכתוב ערב קבלן שאינם יכולים לתבוע אלא מן הלוה תחלה הא ודאי אפי' שפרעו בנ"ד חייב לוי לפרוע לראובן ושמעון דהוי כמו שקבל עליו שלא לתבוע תחלה וכמו שכתב הרב ב"י בסי' הנז' בשם בעל התרומות אך אמנם אם לא פרעו עדיין ראובן ושמעון לגוי כמו שנראה מלשון השואל נראה דבר פשוט דאין ראוי לחייבם ואדרבה איסורא איכא דמאיזה טעם נחייבם אי משום שעשאוהו שליח ללוי ושליח אין צריך קנין שאמרו לו לך לוה לנו מעות מן הגוי ברבית זה אינו כלום חדא דלא נזכר בשאלה לשון שליחות אלא שהרשות בידו נתונה לעשות כן אבל לא אמרו לו שיעשה כן ועוד אפילו היה שליח גמור הרי כתב המור בסימן קס"ט ואם לא נתן לו משכון אסור שהגוי אין לו עסק אלא עם הישראל שהלוה לו והוא חוזר ומלוה לישראל ששלחו ובנ"ד ג"כ כשפורעים עתה הריוח הוי רבית שפורעים ללוי מהמעות שנתעכבו בידם ממשכון אביו דהמעות שלוה מהגוי לא לוו הם בעצמם כדי שנאמר שהם פורעים לגוי אלא לוי הוא הלוה ואי משום שנכנסו ערבים קבלנים מ"מ הלוה גמור מהגוי הוי לוי ולא הם ומה שהם פורעים לגוי הוי בעד לוי ודבר זה פשוט בעיני לע"ד: נאם הצעיר והקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה י

הלא מאז ראתה עיני אור יקרות אמרות טהורות דברי פי חכם רב וזקן ויושב בישיבה לו נאוה תהלה תורה וגדולה החכם השלם כמה"ר חיים באסן נר"ו כי הוא אמר וגזר יקוב הדין את ההר על דבר ראובן שמכר סחורה לשמעון בסך מעות וזקף דמי הסחורה במלוה בשטר ובעת ההיא היו המעות לערך תשעים לבנים הזהוב ובעת הפרעון היו לערך ק"כ לבנים כי הגם כי כתוב בשטר שיפרע לו לבנים צריך לפרוע לו לערך לבנים שלמים יוצאים ממטבע המלך ולפחות הלבנים שהיו עוברים בזמן ההלואה או שויים אמרתי אני אל לבי ראה זה חדש ונפלא כל כי הני מילי מעליתא דינא חדתא אשתומם כשעה חדא ויען וביען הדבר היה נוגע אלי בעת ההיא ידי שמתי למו פי זאת אשיב אל לבי דבר דבר במילתא דאת צריך לא אריך שתיקותיך יפה מדבוריך ויהי היום כי בעל החוב גבה חובו ויצאתי ידי חובת פריעת בעל חוב מצוה ופרוע ומפוייס בעל דיני ולא איכפת לי אמרתי לחזות בנועם אדוני ישמע מהיכלו קולי כי הנה היום איני נוגע בדבר דומה להא דר' יקר שכתב הטור בח"מ סי' ל"ד דהנשבע להכחיש העד העד ואותו

שנשבע לו מצטרפין עליו לפוסלו דלא חשיב כנוגע בדבר שכבר נשבע לו ונפטר ממנו ע"כ לכן אמרתי יהיו נא דברי אלה נגד הדרת תהלתו יקר תפארת גדולתו אולי יכשר אמור יאמר שמא ואפשר:

ראשונה הביא הרב נר"ו ראיה מההוא דהגוזל עצים דהמלוה על המטבע ונפסל דכיון דקצץ לו מטבע צריך לתת לו מטבע היוצא בשעת הפרעון ואי מהא לא אירייא כדכתב הרב הנז' בעצמו דשאני התם דמטבע נתחייב לתת לו ואין זה מטבע כיון שנפסל אבל נחתך עדיין שם מטבע עליו לזה הביא עוד ראיה מפ' הנז' מגזלן דגזל מטבע ונסדק דאמרינן התם דגרוע טפי מנפסל וגם זו אינה ראיה דאע"ג דנסדק אפשר דיוצא בהוצאה הא דגרוע גבי גזלן מנפסל הוא משום דהתם כיון דאיכא שינוי אע"ג דהיה שם מטבע עליו קנאו בשנוי והיינו טעמא דנסדק כדכתב שם רש"י ז"ל וה"ה לנחתך נמי דהוי שינוי וקנאו גזלן ומשלם כשעת הגזלה משום דאין זה כעין שגזל אע"פ דשם מטבע עליו וגרוע גבי גזלן נחתך ונסדק אע"פ דיוצא בהוצאה מנפסל משום דאיכא ביה שנוי אבל במלוה על המטבע לא אזלינן בתר טעמא דשינוי כלל אלא טעמא הוא משום דמה שנקרא מטבע חייב ליתן לו דכן נתחייב לו וא"כ נסדק או נחתך דנקרא מטבע דהוי יוצא בהוצאה עדיף טפי מנפסל דלנסדק ונחתך יש לו שם מטבע ולנפסל לא וא"כ כיון דבנ"ד בין שיהיו הלבנים הכרותים שוים במשקלם בשעת הפרעון כשעת ההלואה בין שהם פחותים ממשקלם סוף סוף יוצאים הם א"כ שם מטבע עליהם ואע"פ שקצץ לתת לו מטבע ישלם לו וא"כ לא דמי נ"ד להההוא דגזלן אפי' שנא' דנסדק דהתם יוצא בהוצא' וכ"ש אם נאמר דאינו יוצא בהוצא' כנפסל דלא דמי כלל זה נראה בעיני דבר ברור כשמש. וכמדומה לי שהרגיש הרב בעצמו זה ונתן לזה שתי תשובות הראשו' שהלבנים הכרותים האלה אינם יוצאים בתורת מטבע אלא מחמת שויין הכסף הנותר בו ואני תמיה על זה דהרי אנו רואים בחוש בהפך דמי שרוצה ליקח דראמ' א' של כסף יקחה בו' או ז' לבנים כרותים ובאותה הדראמ' יש כפלים כסף מאותם הלבנים הכרותים ומה הגורם שיתנו לו כן אלא מחמת שויין המטבע ומחמת החשיבות שיש לאותם הלבנים הכרותים מחמת מטבע שלהם לוקחים בהם כסף כפלים כפי הם ועוד אנו הולכים בשוק לקנות ואם אנו מוליכים כסף בלי צורה כיוצא בלבן הכרות אינם נותנין לנו כלום ובלבן הכרות אנו לוקחים כל מה שאנו צריכים א"כ ודאי דהגורם הוא חשיבות המטבע אשר בהם וא"כ אין לדמות הלבן הכרות לנפסל דלבן הכרות שם מטבע יש לו מה שאין כן בנפסל. והשני אותות שהביא הרב הנז' הא' שהזהוב עולה מחמת כריתת וכן הגרושו' אפשר להכחיש לו לזה והוא האמת דסבת עלית הגרושו' לא היה אלא מחמת השאי"ש שכיון

שהשאי לא היה בו אלא משקל שלשה או ד' לבנים כסף כשהיה הגרושוש לערך ארבעים לבנים והיה שוה שמנה לבנים היו כל העולם לוקחים הגרושוש ביותר משויים לעשות מהם שאיש' עד שמגרוש' אחד היו עושים עשרה שאיש' ובסבה זאת היה הגרוש' עולה והסולטאני מתחלה היה עולה אחר הגרוש' אחר כך בסבת המלחמות עלה הוא ראשונה מפני שבמלחמת הקוזיל בא"ש היו מוליכי' זהובים וזה היה סבת עליתם ומפני סבת עליתם פשתה הצרעת מכריתת המעות מפני שהיה להם מקום בעלית הגרוש' והדוק' שכיון שהכסף והזהב היה עולה אפי' שהיו נכרתים היו לוקחים אותם מפני עליתם וא"כ סבת עלית הגרושש לא היתה הכריתה אבל אדרב' בהפך אבל הרב נר"ו עשה מהסב' מסובב ומהמסובב סבה ואמר שסבת עלית הגרושש היה הכריתה ואפי' נודה לו בכך וכן נודה לו לאות השני שהביא שהרי כשיבא ליקח זהוב בלבנים שלמים יקחם בפחות בכל זאת לא הכריח לנו הרב מפני אלה האותות שאין תורת מטבע לאלו הלבנים הכרותים ולדמותם לנפסל נהי דהשלמים הם מטבע יפה מהם מ"מ הם ג"כ שם מטבע יש להם מהטעם שכתבתי תשובה שנית כתב הרב מפני שבלשון השטר כתוב יפים וטובי' ויש מכאן ב' ראיות חדא דיפים וטובים לא מיקרו אלא הלבנים השלמי' יוצאים ממטבע המלך שנית שאע"פ שאפשר שאות' הכרותי' מקרו יפים וטובים מ"מ דרשינן יתורא דשטרא דקי"ל כר"ע בפ' י"נ דדייק לישנא דשטרא והכא איכא יתורא דשטר' דלמה לי דכ' יפים וטובי' ממילא משמע דהם יפים וטובים אלא לטפויי אתא זהו כלל כוונת דברי הרב נר"ו ולא דק בלישניה במאי דכתב דקי"ל כר"ע דאפי' רבנן מודו בהא כדפרשב"ם בפ"ה. ואשיב לא' דכבר נודע מ"ש הריב"ש בסי' ר"ז דבכל ענייני שטרות הולכי' אחר לשון בני אדם דומיא דנדרי' בפ' קונם יין דמדמו שטרות לנדרים וכן פשוט בדברי הרמב"ם בפ' כ"ו מה' מכירה יע"ש וא"כ אעפ"י שבלשון תורה לא היה נקרא יפה דהרי אמרי' בפ' הזהב דהיכא דחסר מהסלע פחות משתו' הוי מחילה אבל בשתו' הוי אונא' ומקרי רעה כדמוכח בההיא סוגיא יע"ש וכן פסק הטור בה' אונא' סי' רכ"ז וא"כ כיון דבאלו הלבני' כרותים פחתו בודאי יותר משתות רעים מקרו מ"מ בלשון בני אדם יפים מקרו דכל שהוא עובר בין הסוחרים ויוצא בהוצאה יפה מקרי ומהך טעמ' לדידן לית בהו אונאה אפי' שיהא הפחת יותר משתות דאין כאן אונאה דכבר רואים אותם וסברו וקבילו משום דכ"ע שקלי להו וכל שהוא נהוג בין הסוחרי' יפים הוא לדידן וכיון שכן שפיר נאמ' דמקרו יפים וטובים דאע"ג דיש יפים מהם שהם השלמים הרי אמרי' בפ' המוכר את הספינה מכר לו חטין יפות ונמצאו יפות אין א' מהם יכול לחזור בו וכתב הרמב"ם בריש פ' ח' מה' מכירה רעות ונמצאו רעות יפות ונמצאו יפות אף על פי שאינם

יפות שאין למעלה מהם ולא רעות שאין למטה מהם וכו' אין יכול לחזור בו משמ' דכיון דקורין אותן באותו המקו' יפות אע"פ שיש יפות מהם משתמע שפיר בלשון יפות אלא דמחזיר אונא' כדרך כל מקח ה"נ בנ"ד יד בעל השטר על התחתונ' ואמרי' דיפים ר"ל עוברים בהוצאה כיון דמקרו יפי' אעפ"י שיש יפי' למעל' מהם ומאי דקא' טובי' אפשר דחד למעוטי שקרים וחד למעוטי כרותים כ"כ שאינם יוצאי' בהוצא' כלל:

וכ"ת הרי כתב הרב ב"י בסי' מ"ב בטו' ח"מ ודע דבשטרו' שלנו שנהגו לכתוב דלא כאסמכת' ודלא כטופסי דשטרי יד בעל השטר על העליונה בכל לשון מסופק וכו' י"ל דההוא ודאי לאו כל אפין שוין דרבינו סעדיה אמר כן משו' דמפרש פי' דלא כטופסי דשטרי שלא יהא טופס זה כשאר הטופסין אלא בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונ' וכמ"ש הרב ב"י בסי' קי"ג אבל הטו' כת' שם בסי' קי"ג פי' אחר שר"ל שנשתעבד לשם שעבוד גמור ולא שטופס שטרו' כך הוא וב"ה כת' כיוצ' בזה בשם הרמב"ן הביאו שם הרב ב"י וכן הרב מהריב"ל בראשונות שאלה ק"ה כתב שם מכח תשובת הרשב"א דהוא מפרש דלא כרבינו סעדיה וכן הריטב"א יע"ש א"כ כיון דהלוה הוא מוחזק ודאי דלא דייניגן ליה כרבי' סעדיה כיון דאינו מוסכם וכן הריב"ש בסי' שמ"ה כתב בסוף דבריו אין צ"ל לפי מ"ש הרמב"ן בפ' חזקת בשם רבינו סעדיה וכו' משמע מדבריו דאין הכל מודים בדבריו:

ולראיה הב' מיתורא דשטרא איברא דראיתי לרב מהרי"ק בשרש י"ב ובשאר המקומו' בו דדריש יתורא דשטרא וא"כ ה"נ אית לן למדרש דודאי לבני' יפים משמ' כדאמרי' בפ"ק דקדושין דהמקדש לאש' וא"ל התקדשי לי במנה ונמצ' דינר רע הרי זו מקודשת ויחליף ומדצריך להחליף משמע דמשמעות מנה הוא יפה וא"כ למה לי יפים וטובים ודאי דאתא לאשמעינן אפי' שלמים אלא שראיתי להרב מהריב"ל בראשו' בשאלה הנז' שהקשה ב' תשובות הרשב"א סותרות דמחדא משמ' דסגר לנו הדלת ואמר דאין כח בידנו לדון בדמיונו ולא נתן רשו' להשתמש בלישני יתורי דשטרי אלא באותן שנאמ' והביא' הרב ב"י סי' ס"א. ואחרת בהפך זו על ההיא די' תלמידי' ששכרו רב א' הביא' הרב ב"י בה' פועלים סי' של"ג ובסי' ע"ב הביא הרב ב"י אחר' כיוצא דההי' די' תלמידי' על ראובן שמשכן עלייתו לשמעון בנכייתא וכו' כתב שם תאמ' שלא נכת' התנאי לתוספ' הענין אלא לשופרא דשטר' וכו' לא היא דכל היכ' דאיכא למילף מן התנאי ילפי' וא"כ קשו דברי הרשב"א אהדדי. ונ"ל לתרץ דשאני ההי' די' תלמידי' וההי' דמשכן בית שהוא תנאי א' ובודאי דתנאי א' לא נכתב ללא צורך אבל דבר א' מוכפל שביארו הסופר יותר בזה אין לנו כח לדון אלא מה שנתבא' בגמ' א"כ לפי זה בנ"ד דאינו תנאי חדש אלא ביאור

הענין של לבנים שיהיו יפים וטובי' ודאי דלא דיינינן אלא שהרב מהרי"ק בשרש י"ב משמ' דאפי' כפל הענין דריש כדמוכח שם וכן בשאר תשובות אחרות והרב מהריב"ל נר' בההיא תשובה שהבאתי שהדבר מסופק בעיניו ואין לעשו' מעש' להוצי' ממון בכך וכן נר' מדבריו בח"ב שאלה כ"ה שכתב שם ואע"ג דאיכא תשובות חלוקות להרשב"א זאת אומרת דלא דרשינן לישנא יתורא אלא דוקא באותם השנויים בגמ' וכו' וזאת אומרת דכל לישנא יתורא דאשכחן בשטרא דרשינן ליה וכו' משמע דהדבר מסופק בעיניו ולא מפקינן ממונא משום האי:

איברא דקשי' לי דשם באותו חלק בשאל' כ"א כתב ובודאי דהך לישנא דאחר החופ' מוכח בהדיא. דמזמן החופ' ימנו הב' שנים כו' ואע"ג דהלשון לא מוכיח בהדי' מ"מ הוי לישנ' יתור' וכל לישנ' יתור' לטפויי אתא וכו' ואיך סמך שם על טענ' להוציא מן הבעל שהוא יורש אם נאמר דהדבר מסופק בעיניו מכח הב' תשו' דהרשב"א כדכתיב' אלא שלזה י"ל דהתם על תרתי סמיך חדא דמוכיח מלשון לאחר החופ' דפי' כן ואפי' את"ל דאינה כן דרשינן יתור' דשטר' מ"מ נראה ודאי דאין להוציא ממון מכח זה בנ"ד כיון דראינו תשובות הרשב"א סותרות כדכתיבנא ועוד דבשטרות שלנו כתוב כ"כ לבנים נקראים אש' יפים וטובים ואע"פ דמסוף הלשון משמ' דהם שלמים מלשון נקראים אשר משמע איפכא דכל שנקרא אש' סגי וידוע שהלבנים הכרותים יש להם שם אש' ואפי' שיוצאים ע"י הדחק יש להם שם אש' וא"כ נוכל לומר דמ"ש יפים וטובים הוא משום דהוצרך לומר נקראים אש' לבאר הלבנים ומשום דלא תיסק אדעתין דנקראי' אש' משמע כל שנקרא אש' אפי' יוצא ע"י הדחק להכי אהדריה ואמר יפי' וטובים כלו' יוצאים בהוצאה כמשמעות לשון בני אדם יפי' וטובים שקורין כן ליוצאי' בהוצא' ועוד דבנ"ד דכל אפין שוין דלא דרשי' יתורא דשטר' כיון שכבר ראינו שלשון יפי' וטובי' קוראים בני אדם לעוברי' בין הסוחרים שכן נעשה מעשה בכל יום א"כ הרי כאלו לשון זה מפור' שאינו אלא לשון עוברים בין הסוחרים ועם זה יתורץ ג"כ מה שהקשיתי למעלה מרבי' סעדיה דיד בעל השטר על העליונה דאיהו מודה בנ"ד משום דהוי לשון זה פשוט בין הסוחרים שהכוונה בו למעות העוברים ביניהם:

ובר מדין אני אומר שאפי' דמשמעות יפים וטובים הוי שלמים מ"מ כיון שנהגו כל העולם בפרעון אלו המעות שעוברים בין הסוחרים הוי כאלו התנו בפי' מתחלה בכך אע"פ שכתוב בשטר בהפך ומנא אמינא לה מההיא דכתב הרא"ש בתשו' הביא' בח"מ סי' ס' על ההיא דכתו' בו מטלטלי אגב מקרקעי אע"ג דמן הדין יש לטרוף המטלטלי שמכר כיון שנהגו כן ודאי דסמכי' על המנהג והרב מהרא"ם בתשובו' שאלה י"ו האריך

ליישב הך תשו' עם ההיא תשוב' שהביא הרב הפוסק גבי השבון דכ' שם הרא"ש דכיון דתקנו החכמים הא' שההשבון ליורשים איך מכח המנהג שנהגו שהאש' יש לה כח לתת כל נכסיה לבעל' יפקיעוה דין דאין כח במנהג להפקיע ממון אלא ב"ד יש להם כח בכך ותירץ שם הרב דההיא תשו' דהשבון שאני שהיה סותר התקנות הראשונות שתקנו חכמי טוליטולה וגדוליה שהפקר' הפקר והמנהג לא יוכל לסתור התקנות שהם מדין תורה אפי' אם נתפשט בכל המדינה דודאי מנהג של טעות הוא וצריך לבטלו אבל כשהמנהג הוא על דבר רשות שאין בו סתירת דין תורה כנ"ד שהרשות ביד כל אדם לתת מתנותיו וכו' אז הדבר תלוי בהתפשטות המנהג וכו' א"כ לפי זה הטעם בנ"ד נמי אין הדבר כנגד דין תורה אלא תנאים שבין אדם לחברו אם כן כשזה הלוה לזה הוי כאלו התנה בפי' שיפרע מעות עוברים בין הסוחרים כיון שהמנהג הוא כך וכתב שם שכן הוא דעת הרמב"ם יע"ש. איברא שכתב שם תירוץ אחר ואמר דהרא"ש ז"ל בעי מנהג ע"פ ותיקין וישב דעת הרמב"ם ז"ל כן. ויש לי לתמוה עליו טובא חדא דאיך אפשר לומר דלכ"ע בעינן מנהג ותיקין הא בגמ' פרק המקבל אמרינן ר' מאיר היה דורש לשון הדיוט וכו' וכתב שם רש"י לשון הדיוט שהרגילו ההדיוטו' לכתוב שלא כתקנת חכמים היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריו ואמרו שם ר' יוסי היה דורש לשון הדיוט דתניא ר' יוסי אומר מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה גובה מלוה ולכפול גובה מחצה הרי משמע משם דאותו המנהג דלכפול מנהג הדיוטות הוא וכדאמ' דורש לשון הדיוט ומ"מ היה הולך אחריו ר' יוסי אע"ג דאינו מנהג ותיקין ואע"פ שבשטר כתוב כפלים דמן הדין חייב כפלים לא היה גובה אלא מחצה. ועוד קשה לי למאי דרצה לישב לדעת הרמב"ם כן ובמ"ש שמה שלא הזכיר בפ' כ"ג מה' אישות אלא שיהא המנהג פשוט על פיו ולא הזכיר שיהא מנהג ותיקין מפני שהמנהגים שהזכיר מנהגי חכמי הגמ' ולכך לא הזכיר שיהא ע"פ ותיקין דאינו כן דמנהג דלכפול לא הוי אלא מנהג הדיוטות כדכתיבנא דר' יוסי אמר דורש לשון הדיוט ואלו המנהגים הוא שהזכיר בפרק כ"ג מה' אישות. ועוד מאי כולי האי שדחק עצמו לישב להרמב"ם ז"ל עם כל שאר הפוסקים ואח"כ כתב ואפי' אם ת"ל שאינו כן הוי פלוגתא דרבוותא דהא בין הכי ובין הכי הוי פלוגתא דרבוותא דהא הטור כתב בה' שותפין סי' קכ"ז בשם הרמב"ן דה"ה נמי אם נהגו בפחות מזה במחצלת שאין יכולים לכוף ביותר וכן כתבו הגהות אשר"י שם בריש בתרא עיין שם והוא דלא כר"ת משמע דלדידהו לא בעי מנהג ותיקין ואע"ג דהגהות אשר"י כתבו בריש הפועלים בהפך דבעינן קבוע ע"פ ותיקין הרי כתבו שם בסוף מא"ז דמשמע דהם דברי א"ז וא"כ כיון דאיכא הרמב"ן והגהות אשר"י ודאי דהוי פלוגתא דרבוותא. ועוד יש לי

לדקדק על הגהות אשר"י דאית להו דבעינן מנהג ותיקין אפי' בההיא דפועלים דא"כ מאי מקשו ברישׁ פרק הפועלים וליחזי היכי נהיגי והוצרכו לתרץ בעיר חדשה ובנקוטאי נימא דנהגו ולא על פי ותיקין ומאי דקאמרינן במתניתין במקום שנהגו להשכיר וכו' היינו מנהג ותיקין. ועוד תימה עליו במה שרצה לישב בדברי הרמב"ם ז"ל דבפ' כ"ו מה' מכירה כתב אין כל אלו הדברים וכיוצא בהן מעניינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו אבל במקום שהמוכר כך מכר כך הרי זה מכור וכו' וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכים אחר לשון בני אדם דאותו המקום ואחר המנהג וכו'. וכיוצא בזה כתב סוף פ' כ"ח ולא לישתמיט בשום חד מפרקיו להתנות שיהא המנהג קבוע ע"פ ותיקין לכך נ"ל ודאי דהעיקר שבכל דיני ממון אזלינן בתר מנהגא אם לא יהיה בפי' נגד דין תורה כמו תקנת בית דין גבי חשבון כדכתב הרא"ש וכתירוץ קמא דמהר"ם ז"ל וכן הוא דעת הרמב"ם והרא"ש ומתיישב יפה כל הקושיות שהקשיתי וכ"ת הרי הרא"ש הביא לר"ת בפסקיו דמשמע דאית ליה דבעינן מנהג ותיקין י"ל דלר"ת נמי אפשר להסכימו עם הרמב"ם והרא"ש ז"ל. ובזה ניחא דהרא"ש מייתי ליה בפסקיו דאפשר דכל אפין שוין דבמנהגות הגרועים כמחצלת אע"פ שאין המנהג צריך שיהא קבוע ע"פ ותיקין מ"מ צריך שלא יהיה מנהג של שטות ומחיצה במחצלת מנהג של שטות ומפני כן כתב דבמנהגים הגרועים לא עבדינן כוותייהו אבל כשהמנהג אינו נגד הסברא אע"פ שלא יהא קבוע על פי ותיקין ודאי דאזלי' בתריה ויש לי ראי' לזה דהריב"ש בסי' שמ"ה כתב שסתם מנהג מבטל הלכה אע"פ שאינו קבוע ע"פ ותיקין דכתב שם כשהביא ראיה ממתני' דהשוכר את הפועלים ובודאי לא כמנהג שהתנו עליו בני העיר שא"כ למה היה צריך וכו' אלא ודאי בסתם מנהג אמר כן ומ"מ בסי' תע"ז כתב נר' שהמנהג ההוא בלתי ישר וחוץ מן הדין וכ"ש במה שאמרתי שהוא מנהג וכו' והנה מנהג זה דומה למ"ש ר"ת וכו' משמע דאית ליה כדעת ר"ת וכו' אע"פ דבסי' שע"ה משמע דלית ליה דבעינן ותיקין אלא ודאי כדכתיב' דאין דברי ר"ת סותרים לזה דאע"פ שאין המנהג צריך שיהא קבוע ע"פ ותיקין מ"מ אם המנהג הוא גרוע ודאי דאין ראוי לילך אחריו והשתא אתי שפיר ההיא דמקום שנהגו לכפול וכו' דאע"ג דאינו מנהג ותיקין ראוי לילך אחריו ואע"ג דקנו מיניה אם המנהג הוא דאפי' היכא דקנו מיניה אין גובין אלא החצי וכדכתב הרב מהריב"ל בפסקיו הראשו' שאלה ס"ד ויש לי הכרח לדבריו מדהרמב"ם בפרק כ"ג מה' אישות סתם ולא הזכיר קנו מיניה ואי איתיה דלא מהני מנהג היכא דקנו היה לו לפרש וכן הטור בסי' ס"ו ולא הזכיר קנו מיניה דמשמע דהעיקר כדברי הרב מהר"י ן' לב דבאותו הזמן לא היה המנהג שלא לגבות היכא דקנו

אבל אם המנהג הוא אפילו דקנו הולכים אחריו ולכך סתמו הפוסקים דבריהם ואמרו דאזלינן בתר מנהגא סתם ומסכים לכל זה כתב הרב הנמוקי יוסף בפרק המקבל גבי הא דדורש לשון הדיוט כתב שם אלא ודאי כל הני דדרשי לשון הדיוטות עבדי לה כתנאי כתובה שאע"פ שאלו לא נכתב כנכתב דמי ואף זה בכלל דורש לומר שהיה נעשה מנהג הדיוטות עיקר ודן על פיהם כאלו נהגו על פי חכמים שכיון שהיה מנהג פשוט וכולן עושים כן וכל המקבל ע"ד כן הוא מקבל הרי הוא כתנאי ב"ד ע"כ: נמצינו למדין מכל מה שכתבנו שהמנהג הוא עיקר אף ע"פ שלא יהיה מנהג קבוע ע"פ ותיקין ובלבד שלא יהיה מנהג גרוע כההיא דמחצלת אם כן בנ"ד ודאי דכ"ע מודו דהוי מנהג יפה דאין זה מנהג גרוע דדבר זה הוא לטובתו של מלוה ושל לוה דאם המלך יגזור שהכרת יהא שוה ששים לבנים כמו שהיה בימים הקדמונים אם היה פורע לו מהלבנים של שעת הלואה היה רע למלוה כמו שעתה שהוא בהפך אם היינו מחייבים לו לפרוע בשעת הלואה הוי רע ללוה ולכך נהגו שלעולם יהיו המעות שעוברים בין הסוחרים ואין זה מנהג גרוע כי התם וכל אפין שוין בה דהוי מנהג זולת א"ז שכתב שצריך שיהא מנהג על פי ותיקין ובטלה דעתו זה נראה לענ"ד לישב הכל ובאו כל הדברים על נכון. ומ"מ אני תמיה על הרב מהר"י ן' לב ז"ל דבח"א שאלה ס"ז גבי זוזי משן חקר בחקירה זאת של מהר"ם סתירת שתי תשובות מהרא"ש והביא השני תירוצים ובח"ב שאלה פ' עשה עצמו כאלו לא ידעה כלל ותירץ שם דלא בכל מנהג קאמר אלא כמנהג בטעות והרי לפמ"ש בח"א בשאלה הנז' משמ' דבאותו הנדון דח"ב לא מהני מנהגא לטעמא דבעינן שיהא מנהג קבוע ע"פ ותיקין והוא ז"ל כתב שם דע"כ בעי' שאותו מנהג נתפשט מחמת טעות דאי לא קשה מההיא דסיטומתא והרב מהר"ם ז"ל כבר ישב זה בפסקיו יע"ש והוא לא הזכיר כלל מזה אלא שכתב דהמנהג מפקיע כיון שלא נתפשט מחמת טעות ולא ירדתי לסוף דעתו מ"מ ברור הוא דלא דמי נ"ד להההיא דח"ב והכא יודה הרב דאזלי' בתר מנהגא וק"ל גם הרב מהרי"ק סתם דבריו דבשרש ס' כתב סתם דאפי' במנהג ממון לא אזלי' אלא בתר מנהג ותיקין ובשרש ס"ה כתב ועל אשר טען הטוען דמנהג המנהיגי' פשוט דאין נאמן נגד הפנקס עליכם אלופי הדיינים מוטל לדקדק אם הוא מנהג קבוע ופשוט שלא יהי' נאמן וכו' שהרי צריך שיהי' המנהג פשוט הרבה והביא ראיה מהמרדכי וקשה למה לא הזכיר שצריך שיהי' קבוע ע"פ ותיקין כדכתב בשרש מ'. ועוד דמהראיה שהביא מהמרדכי משמע דלא בעי' קבוע ע"פ ותיקין דכן נראה מהמרדכי למעיין שם בבבא בתרא במרדכי דמשמע דאית ליה אפי' כל מנהג דעלמא כיון שהוא קבוע מהני א"כ נמצאו דברי הרב מהרי"ק סותרות זו לזו אבל דברי המרדכי אינם סותרות כ"כ דכאן הביא בשם רבינו

ברוך ומה שהביא בריש הפועלים הוא בשם א"ז אלא דמ"מ לא היה לו להביא כאן בסתם דבר זה והתם בסתם דברי חברו החולק עליו ועל כל זה צריך התיישבות אמנם העולה בנ"ד נלע"ד שמ"ש הוא עיקר:

עוד בא עלינו הרב בטענה אחרת דאלו המעות שהם הלבנים כרותים הם פחתו ממה שהיו בעת ההלואה פחת גדול והיינו דרבא בפ' הגוזל עצים גבי הוסיפו וכו' וכתב הרי"ף דה"ה היכא דפחתו אם פחתו חומש ובמה שכתבנו נתיישב ג"כ טענה זאת דכיון דאזלינן בתר מנהגא הוי כאלו התנו בפי' מעות היוצאים בעת הפרעון ועוד יש כאן עדיפות דלמנהג זה יש סמך דהוי כהראב"ד זכרונו לברכה דכתב היכא דפחתו לא אמרי' שישלם לוה למלוה דלא אמרו כן אלא מטעם רבית אע"פ שכבר דחו כל הפוסקים סברא זו הוי ההלכה קצת רופפת ואזלינן בתר המנהג כמ"ש הריב"ש בסי' שמ"ה. ובר מדין אני אומר טעם נכון בעיני לחלק בין נ"ד להההוא דהגוזל עצים כשנדקדק לשון הרמב"ם ז"ל שכתב ופירש משקלו שדחק בו הרב נר"ו הרבה וכן נדקדק לשון המרדכי שכתב כיוצא בלשון הזה וכן הכותב לאשה בכתובתה מטבע שידוע משקלו ולכך נ"ל דלא אמרו כן בגמרא אלא כשמלוה אחד לחברו דבר דקפדי על המשקל כגון גרושוש' וסולטני וכיון שכן אמרינן שכיון שהלוה דבר שקפיד על המשקל כוונתו הוא שיתנו לו במשקלו וזהו שכתב המרדכי שמשקלו ידוע וכן הרמב"ם ז"ל ופירש משקלו ולאו דוקא פי' אלא שידוע משקלו כדכתב המרדכי אבל דבר שאין מקפיד על המשקל כגון הלבנים שיש מהם קטנים ויש מהם גדולים איך נאמר שבזה מלוה קפיד שיתנו במשקל הא אלו הלבנים אין להם משקל שוה ולא קפדי על המשקל עלייהו והיכי מעייל נפשיה לספיקא אלא ודאי דעתו הוא שיפרע לו מעות העוברים בין הסוחרים דאם לא כן מהיכן יודע המשקל ראשון והמשקל שני והלא רבים כרותים כיוצא באלו היו עוברים כשהיה הזהוב לערך צ' לבנים כשהם מעורבים עם אחרים ואפילו בלתי מעורבים על ידי הדחק היו יוצאים א"כ כיון דהוא דבר דלא קפיד במשקל ואין משקלו ידוע דאין משקל כלם שוה ודאי דלא קפיד אמשקל ומסתמא אין כוונתו אלא שיהו עוברים בין הסוחרים זה נראה לע"ד טעם נכון מלבד מה שכתבתי טעם המנהג שהוא גם כן נכון בעיני. ועוד נשאל מהרב הפוסק נר"ו למה בזה אומר שאפילו שיפרע לו שאי"ש אינו כלום מה נפשך בתר מעיקרא אזלת א"כ כסף או שוה כסף דמעיקרא הוי פרעון והשאי הוי שוה הלבנים לערך דמעיקרא דמעולם לא נשתנה וריחו לא נמר ואי בתר השתא א"כ פרעינן ליה מעות דהשתא וכבר ראיתי מה שיש לדחות זה אבל אינו כדאי להוציא ממון סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתינן מכל

הטעמים שכתבנו נראה ברור בעיני שישלמו לראובן אש' כדהשתא או שאיש הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:
הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יא

שמעון הוצרך ללות מעות מראובן ולוה אותם ע"י יהודה שחלה פניו שהוא ילוה מראובן וילוה לו ויעש כן יהודה שלוה אותם מראובן לזמן פלוני והוא הלוה לשמעון לזמן ההוא ויהי בהגיע הזמן תבע ראובן מעותיו מיהודה ושמעון לא היה בעיר ומפני הדוחק שהיה יהודה דוחקו הוצרך להתחייב לתת לו מאז ועד חדש כ"כ לבנים בכ"כ גרוש' לערך ס' לבנים הגרוש' וזה עשה בענין הכשר שנתן יהודה מביתו חפצי זהב לפרעון החוב שהיה חייב לו בעד פרעון וחזר וקנא' מראובן על תנאי שיפרע לו הסך הנז' בכ"כ גרו' לערך הנז' וכתוב בשטר שהם מכ"כ חפצי זהב שקנה וקבל ממנו אחרי כן עלו הגרשו"ש לערך ששים וששה לבנים וראובן תבע מיהודה שיפרע לו הגרושו"ש לערך הכתו' בשטרו ויהודא תובע משמעון שמפני שנתערב בשבילו הוצרך להתפשר עם ראובן באופן ההוא ע"כ כל ההפסד ראוי שיהיה עליו שהוא חייב ומה לו ולצרה הזאת כי הוא ערב לבד שאם הוא היה פורע לו בזמנו לא היה מגיע לו נזק והפסד זה ושמעון משיב מדוע לא נקרבת יחד למשפט אתה עם ראובן ויתן לך ל' יום לזמן הפרעון ובתוך השלשים הייתי שולחם אליך ואפילו שכתוב בשטר בלי שום שאלת זמן בית דין כלל מנהג העיר לתת ל' יום לזמן הפרעון אם אין לו מעות וכן מנהג סוחרי העיר לתת חדש אחד ולמה נתחייבת תכף ומיד לפרוע לו הגרושו"ש לערך ששים לבנים אחר שאתה היית רואה שהגרושו"ש עולים ואת הוא דאפסדת אנפשך יורנו מורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:
תשובה איברא דהטור כתב בי"ד סימן ק"ע וז"ל וכתב ה"ר יצחק קורקוזא ונראה דהיכא דלא קבל עליה שלא לתבוע לערב תחלה ונעשה ערב בשבילו ופרע לו צריך לשלם לו כל ההפסד דדוקא לכתחלה הוא דאסור אבל דיעבד ישלם כיון דמחמתיה קא פסיד וכתב עליו הטור ואינו נראה דכיון שיש בו צד אסור האיך נחייבנו וכו' ודאי כל הפסד שבא לו מכחו כמו שאנסו או כיוצא בזה צריך לשלם אבל לא נאמר תן לו רבית ע"כ משמע דכ"ע מודו דכל הפסד הבא לערב מחמת החייב צריך לשלם לו אם כן בנ"ד גם כן דהוצרך יהודה לעשות כן מחמת החוב אשר נתחייב בעד שמעון נראה לכאורה דחייב שמעון לשלם לו:

אבל הא לאו מילתא היא דהרי כתב הטור ז"ל בח"מ סי' קל"א שאלה לא"א וכו' כיון שמודה ראובן שהכניסו ערב חייב לפרוע כל עה ששמעון מברר שנתן לגוי אפילו שהגוי תבע ממנו שלא כדין ואנסו ליתן לו כי הדבר ידוע שידם תקיפא עלינו וצריך ליתן לו כל מה שתובעו וזה ידע ראובן ששם אותו ערב לגוי וקבל עליו שעבוד זה לפצותו ולסלקו מכל נזק שיבא לו מהגוי אעפ"י שלא פי' כן בפירוש ע"כ. וכיוצא בזה כתב המרדכי בפרק הגוזל בתרא בשם רבינו מאיר נתבאר מכאן טעמא דהכניסו ערב לגוי מפני שידוע שידם תקיפא והוי כאלו פירש בפירוש שכל אונס שיבא ממנו שישלם לו אבל הכניסו ערב לישראל דציית דינא לא נתחייב אלא אם כן יחדיו למשפט נקרבו עמו וחייבוהו בדין אז ישלם לו אבל אם מעצמו רצה להתפשר עלי דידי' ליהדר דאולי אם היה בא לב"ד היו נותנין לו זמן חדש אחד דהזמן הכל לפי ראות ב"ד ואפילו שכתוב בשטר בלי שום שאלת זמן ב"ד כיון דמנהג העיר בכך וכן מנהג הסוחרי' היו נותנין לו דכן כתב הטור בשם הרא"ש בסי' ס"א בהא דכתוב בשטר לכל מוציא שטר זה וכו' דכיון דמנהג טוליטולה דאין לגבות אלא בהרשאה אין הולכים אחר לשון השטר נמצא דהמנהג מבטל לישנא דסטרא ואמרינן אינו אלא שופרא דשטרא ודכוותא בנ"ד כדכתיבנא ולא היה לו להתחייב אחר שראה שהגרושוש היו עולים ואיהו דאפסיד אנפשיה:

ועוד אני אומר דבנ"ד כל אפין שוין שלא ישלם שמעון ליהודה כלל אפילו שהיה יהודה לוה אותם מגוי דע"כ לא קאמר ה"ר יצחק קורקוזא דמשלם החייב לערב כל הפסד הבא לו מחמתו אלא היכא דזה חייב וזה ערב משום דלא מיחזי רביתא דנהי דיכול לגבות מן הערב תחלה סוף סוף ערב הוא ומה שנוטל מן החייב ידוע שלשלם לבעל חובו הוא אבל בנ"ד דשמעון לא נתחייב כלל לראובן אלא הוא לוה אותם מיהודה וראובן הלוה אותם ליהודה אם ראובן דוחקו והוצרך להתחייב לו כדי שימתין לא נאמר שבשביל כן יטול הוא משמעון זה דאגר נטר הוא ודאי ודמיא לרבית גמור כיון שלא נזכר שמעון לחייב לראובן כל מה דשקיל מיניה יהודה לא מיחזי כמאן דשקיל מחמת ערבותו אלא רבית הוא דהוא הב"ח של שמעון לכן נראה לי דשמעון פטור מלשלם ליהודה אבל יהודה ישלם לראובן שעשה עמו הכשר והמעות שהלוה ראובן ליהודה בתחלה בריוח אם לא היה שם הכשר פשיטא שהוא רבית קצוצה ויוצאה בדיינין הנראה לע"ד כתבתי:

הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יב

על שאלה ששאלו ממני אם מותר לאדם לומר לאיש אחד הילך מעות אלו ואמור לאשתך שתלוה לי מנכסי מלוג שלה מעות אי הויא כרבית כיון דיד האשה כיד בעלה או דילמא לא ואת"ל דהוי רבית אי הוי רבית קצוצה או אבק רבית ואת"ל דאסור אם יאמר לו הילך מעו' כדי שתסלק מפירות נכסי מלוג של אשתך והיא תלוה לי אם מותר או לא וכתב בשאלה החכם השלם החשוב ירא אלהים כה"ר טודורוס פאלכו יצ"ו שהוא רבית קצוצה והאריך בראיות ראויות להתכבד ואני יחיד ועני אענה גם אני חלקי ואומר דעיקרא דהאי מלתא איתא בפרק המפקיד שאלו שם בגמ' לענין אם שואל ששלם למשאיל ואחר כך נמצא הגנב שמשלם הכפל לשואל ואמרו שם שאל מן האשה ושלם לבעלה מאי אשה ששאלה ושלם בעלה מאי תיקו ע"כ. וכתבו התוס' פרש"י פירות מנכסי מלוג שהקרן שלה והפירות לבעל וקשה דמאי קא בעי דכי שאל פרה מן האשה כאלו שאל הפירות מן הבעל וכששלם הפרה לבעל כאלו שלם הקרן לאשה ויש ליישב ששלם לבעל חלקו וכו' ע"כ. ובריש פרק השואל גבי שאלה בבעלים שאלו בעיות כאלו ואמרו שם שאל מן האשה ונשאל בעלה אשה ששאלה ונשאל בעלה מאי קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא ואמרו שם דהוי פלוגתא דר"י ור"ל וכבר קי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וכן פסקו כל הפוסקים. וקשה לכאורה דבפ' המפקיד אמאי אסיקו בעיא גבי כפל בתיקו נימא התם נמי דתלי פלוגתא בר"י ור"ל ולמ"ד התם לאו כקנין הגוף דמי תשלומים ששלם לבעל לא הוי כתשלומים ששלם לאשה ולא הוי הבעל כשותף וקושי' זו איתא בכל הפוס' שפסקו גבי שאלה בבעלים דלאו כקנין הגוף דמי ולא הוי שאלה בבעלים וכאן כתבו דהוי ספק אלא שעליהם אין לתמוה שהם נמשכו אחר דברי הגמ' וגם בדברי התוס' יש לתמוה שתמהו על רש"י ואמרו דכששאל מן האשה הוי כאלו שאל מן הבעל וכששלם לבעל שלם לאשה והכל דבר א' ואמאי למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הא לא הוי שותף ואין לו חלק בו כלל אלא שלזה נראה שכיון רש"י לפ' בפרק המפקיד שכתב או דילמא כיון דאפוטרופוס הוא על הנכסים ואוכל הפירות בעלים הוי עלייהו ותשלומים הן ע"כ כלומר בין למ"ד קנין פירות כקנין הגוף בין למ"ד לאו בקנין מ"מ לא גרע מאפטרו' ותשלומין ששלם לבעל הוי כאלו שלם לאשה אע"ג דבעל ממש לא הוי למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מ"מ הוי כאפטרו' ולענין תשלומים כאלו שלם לאשה וזו הוא סברת התוס' שהקשו לרש"י דלכ"ע תשלומים הן. ויצא לנו מכאן דאע"ג דלענין שאלה בבעלים אמרינן התם דבעל לא הוי כבעל לענין תשלומין הוי כבעל וא"כ מה שנותן לאשה הוי כאלו שלם לבעל ובנ"ד ג"כ כשנותן המעות לאיש הוי כאלו נתן

לאשה והוי רבית הבאה מלוה למלוה ואפי' היא תלוה המעות ויתנו שכר לבעל כיון דהכל דבר אחד: איברא דאיכא למישדי ביה נרגא ולומר דכי אמרינן בפרק המפקיד דמה שנותן לבעל הוי כאלו שלם לאשה הוא כשנותן לו בתורת תשלומין אבל בנ"ד אינו כן אלא מפני שבנכסי מלוג אין רשות לאיש להשאיל ולמכור בלי רשותה כדכתבו התוס' בפרק השואל משום ריוח ביתא א"ל זה אף על פי שאתה רוצה להלוות לי אין לך רשות בלא אשתך הנני נותן לך בשביל שתפייס לאשתך והוי שכר אמירה ודמיא להא דאמרינן בפ' איזהו נשך הילך ד' זוזי ואמור לפלו' דאוזפן זוזי אלא שי"ל כיון דידו כידה כדאמרינן גבי מכנסת שטר חוב לבעלה דאינה יכולה למחול דידו כידה ואין קנין לאשה בלא בעלה א"כ מה שהאשה מלוה לו הוי כאלו האיש מלוה לו אע"ג דקי"ל כרבנן דאמרי' בפ"ק דקידושין דיש קנין לאשה בלא בעלה דשמואל קאי כוותייהו בפ' בתרא דנדרים דאמר גבי מודר הנאה מחתנו דאפי' אמר מה שתרצי עשי לא קנה הבעל ורב דסבר דקנה אתיא כר"מ וכדמוכח התם והלכה כשמואל בדיני היינו דוקא היכא שנתן לו ע"מ שאין לבעליך רשות בהם או ע"מ שתצא בהם לחרות כדאיתא בפ"ק דקידושין אבל מן הסתם כ"ע מודו דאין קנין לאשה בלא בעלה כדמוכח שם והיינו דאמרי' גבי מכנסת ש"ח שידו כידה וטעמא משום דאין קנין לאשה בלא בעלה אין צריך לומר להרמב"ם ז"ל דפסק כר' מאיר בעלמא דאין קנין:

איברא דאיכא לאתמוהי טובא על הרמב"ם שפסק בהלכו' עירובין פ"א דמזכה. ע"י אשתו ולא הצריך שם שיהא לה בית באותו חצר כמו שאמרו בפרק בתרא דנדרים דמגו דזכיה לנפשה זכיה לאחריני ואין לתרץ כמו שתירץ הר"ן בפ"ק דביצה דהיינו דוקא לרבי מאיר דאמר אין קנין לאשה בלא בעלה אבל לרבנן דס"ל דיש קנין לא וכן תירץ מהרי"ק ז"ל בא"ח סימן שס"ו דהא ודאי ליתא לדעת הרמב"ם דע"כ איהו ז"ל פסק כר' מאיר וסבר דשמואל ס"ל כר' מאיר דהוא כתב בפ"ג מה' זכייה ומתנה דבעי' תרתי שאין לבעליך רשות ומה שתרצי עשי ולרבנן כשאין לבעליך רשות סגי לחד תירוצא דפ"ק דקדושין דכתבו שם התוס' דע"כ הך סוגיא אתיא כההוא תירוצא אלא ודאי דשמואל כר' מאיר ס"ל וכדכתב הריב"ש ז"ל בסימן ט"ו על דברי הרמב"ם ז"ל וז"ל דס"ל לרב דשמואל נמי כר' מאיר ס"ל אלא דכי אמר לה מה שתרצי עשי בהם אינו נותנם לה שתזכה בהם היא מעכשיו אלא כשתרצה לעשות בהם איזה דבר אז תזכה בהם וכיון שכן א"א לבעל לזכות בהם וכן ביאר זה הר"ן ז"ל בפ' בתרא דנדרים על דברי הרמב"ם משמע דכר' מאיר פסיק דאין קנין לאשה בלא בעלה וא"כ מה שתירצו בגמרא שיש לה בית הוי אליבא דהלכתא. ועוד קשה לפי' הרמב"ם ז"ל מה שאמרו בגמ' כמאן אזלא הא שמעתא דרב כר' מאיר

דשמואל נמי הוי כר' מאיר וכל המשא ומתן של אותה ההלכה אתי בין לרב בין לשמואל האמת שהיינו יכולים ליישב בדוחק דעת הרמב"ם דשמואל כרבנן וכמו שיישב הר"ן ז"ל דעת הרי"ף בפ"ק דקידושין אבל מ"מ הריב"ש כתב בהדיא דלדעתו שמואל אתי כר' מאיר וצ"ע:

מ"מ למדנו דלכ"ע בשלא פי' ע"מ שאין לבעליך וכו' מה שנתנו לאשה הוי לבעלה דאין קנין לאשה בלא בעלה וה"ה בנ"ד נאמר מה שהאשה מלוה הוי משל בעלה והוי כאלו הבעל קבל הרבית:

ועוד יש טעם אחר לומר דהוי כאלו הבעל הלוה עמ"ש בפ' השואל בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי מה היא דתקנת אושא וכיון דהוי לוקח הוי בעל וכמו שכתב החכם השלם הפוסק אלא שיש לדחות טעם זה ולומר דאע"ג דחשבי' ליה כלוקח כיון דלדעת הרמב"ם ז"ל אם מכרה לא תוציא הגוף מהלוקח ולדעת שאר הפוסקים אם תתאלמן או תתגרש תחזור ללוקח כמו שכתב הטור בסי' צ' לא חשבינן ליה ללוקח כמוכר למחשביה בעל דאלת"ה תקשי כששאלה האשה ונשאל לבעלה אמאי אמרי' דלא הוי שאלה בבעלים לפטור האשה משום דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הא כיון דהבעל הוי לוקח בעל מקרי נהי דכששאל מן האשה ונשאל בעלה לא חשבי' ליה לבעל לוקח דא"כ יפסיד הבעל ולא חשבי' ליה לוקח להפסידו ואע"ג דאיכא פסידא דשואל לא חיישי' כדכתבו התו' דמי דוחקו לשאול מ"מ בנשאל לבעלה ושאלה האשה אמאי לא חשבי' ליה בעל כיון דהוי לתועלתו דבעל ולא ניחוש לפסידא דמשאל אלא ודאי לא מהני הך טעמא דהוי לוקח למחשביה כבעל בחיי האשה ואם כן אין לאסור מפני טעם זה. איברא דיש פנים לומר דהכא דהוי מילתא דאיסורא יש להחמיר וכיון דרבנן חשבי ליה כלוקח מחמרינן בענין רבית והוי כאלו הבעל עצמו הוא המלוה ואסור ובין כך ובין כך עלה בידינו דודאי אסור:

ומה שיש לדקדק הוא אם הוי רבית קצוצה או הוי אבק רבית ולכאורה מבעיא דהבאתי מריש פרק המפקיד יש לדקדק קצת דלא הוי רבית קצוצה דאפי' תשלומין גמורים ששלם הבעל לדעת רש"י מיבעיא לן אי הוי כמו שלם לאשה כ"ש כאן שאינו נותנו לו בתורת תשלומין אלא שכר אמירה וכיון דאיבעיא לן בפ' המפקיד ואסיק בתיקו אם כן לא הוי רבית קצוצה אלא אבק רבית. אלא שיש לחלק ולומר דכי איבעיא לן הכי בגמ' הוא גבי כפל דטעמא משום דהמשאיל מקנה לשואל הכפל בההיא הנאה דמשלם לו ומשום הכי איבעיא לן דילמא כי מקנה האשה הכפל היינו כששלם לה אבל כששלם לבעלה לא ניחא לה ולא מקנה כפלה בהכי ומשום הכי איבעיא לן אבל בעלמא ודאי דיד האשה

כיד הבעל והכל דבר א' וליכא למימר דהוי רבית מוקדמת דאף על גב דכששולח בדורון ואומר לו בפי' בשביל מעותיך לא הוי אלא אבק רבית הכא שאני שקוצץ עמו ומתנה עמו בכך מה שאין כן ברבית מוקדמת דאף ע"פ שזה שולחו בשביל כך לא ברירן דהמלוה עושה בשביל כך דשמא בלאו הכי היה מלוהו אבל הכא ודאי דהוי רבית קצוצה:

ועוד טעם אחר דמעות אלו שנותן לאיש האשה נהנית מהם דאיכא ריוח ביתא וכדאמרי' בהאשה שנפלו גבי פירות דאע"פ שהם של בעל ניחא לה משום ריוח ביתא והוי כאלו נותנו בידה ממש גם הצד האחר ששאל השואל שיתן לו מעות בשביל שיסלק מן הפירות ודאי דהך סילוק לא מהני כלל כיון דהויא נשואה אלא להרמב"ם ז"ל שכתב שאם קנו מידו אפי' לאחר שהיא נשואה מהני סילוק והוי כמוכר לו זה בשביל מעות אלו ובודאי דלפי זה לא משמע דהוי רבית אלא שעדיין יש להחמיר משום הערמת רבית כמו שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו ורואה אני דבריו טובים ונכוחים:

נאם הצעיר אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יג

ראובן היה בויניציא"ה והלוה לסוחר ערל אחד מתוגרמה אלף פרחים ויניציאנ"י מששה לירי וי' סולדי"ן הפרח כפי שנוהגין שם אשר כל פרח ויניציאנ"י כנז' נשמעים בין הסוחרים חמשים לבני' מתוגרמה והלוה אותם לערל הנז' בתורת קאמכי"ו ונתן לידו משכון כמה בגדים ושלחו המעות הנז' לידי שמעון ולוי בקורפו להיות המשכון לידם עד שיפרע הערל הנז' הפרחים הנז' בקורפו לזמן ד' חדשים ואם לא יפרעם בזמן הנז' שיהיה כח לשמעון וללוי למכור המשכון ושיקחו החוב הנז' ואח"כ ישלחו המעות הנז' לאחור בויניציא"ה לראובן הנז' ויהי אחרי אשר הגיע הזמן המוגבל מהפרעון הנז' לא היו לערל הנז' פרחים וינוציאנ"י לפרוע חובו כפי התנאי הנז' וגם כן שמעון הנז' לא היה בקורפו כי היה בתוגרמה לעשות סחורתו ולוי בקש למכור המשכון הנז' ולא היה מוצא מהם אפי' הב' שלישיות מהחוב הנז' כי לא היה שוה המשכון החוב הנז' ולוי בראותו כי לא נמצא מהמשכון הנזכר ערך להוציא הסכו' מהמעו' הנז' והיה בה הפסד לראובן הוכרח לוי לתת לערל הנז' זמן אחר מהזמן המוגבל הנז' כדי ללכ' לתוגרמ' בביתו ולעשות סדר לשלוח המעו' הנז' וכן היה כשהלך הערל הנז' לביתו התחיל ושלח ללוי כמה לבנים מתוגרמה ערך חמשים לבנים הפרח וינציאנ"י שהם ו' לירי וב' סולדי"ן כאמור שכן היו שוים ג"כ אז בקורפו הו' לירי וד' סולדי"ן שהוא הפרח וינציאנ"י וכן התחיל לוי וחלף קצת מהלבנים הנז' עם כ"כ לירי בערך הנז' ושלחם לראובן הנז' כפי הסדר ואחר ימים

בא שמעון לקורפו ושאל ללוי אם קבל החוב מהערל הסוחר הנז' ואם שלחם לראובן הבעל הנז' כפי הסדר השיב לוי וסיפר לשמעון כל הנז' מה שעבר בינו ובין הסוחר וכל מה שעשה הכרח היה לו לעשותו כדי שלא יאבד ממון ראובן ולפי שעה הרע הדבר לשמעון בין בעד הזמן שהוסיף לו מהזמן המוגבל לו בין שלא שלח לראובן כל הנמצאת בידו שקבלם מהסוחר הנז' ומה עשה שמעון לקח השארית מהמעות מתוגרמ' שהיו ביד לוי והחליפם בכ"כ לירי כנז' ושלחם לראובן הנזכר אח"כ בא הסוחר הערל הנז' והביא שארית חובו ופרע כל החוב ולקח משכונו וכן התחילו שמעון ולוי יחד וכל אחד בפני עצמו והחליפו המעות הנז' והיו שולחים בוינציא"ה מדי יום ביומו מעו' לראובן הבעל הנז' ובין זה נפל טעות והפרש ומחלוק' בין שמעון ולוי במאה פרחים באמרם איש לחברו כי כ"כ מעות נכנסו לידי וכ"כ שלחתי וכן האחר היה אומר כי כ"כ מעות נכנסו לידי ושלחתים באופן כי ק' פרחים יש הפרש ביניהם ועמד המחלוק' הנז' לשמעון ולוי עד שעלה הפרח ויניציאנ"י הנז' שהם ו' לירי וד' סולדי"ן ערך ח' לבנים מ"מ הנה עתה בא ראובן לתוגרמ' או לקורפו ומצי לשמעון או ללוי ומבקש מהם הק' פרחי' הנז' מההפרש אשר יש בין שמעון ולוי אשר חסרין לו ועוד שמבקש לירי ערך נ' לבנים הו' לירי וד' סולדי"ן שהוא הפרח ויניציאנ"י לכן יורנו מורנו אם יוכל ראובן לבקש הק' פרחים הנז' שהם שארית ממונו שחוסרים לו לשמעון ואם יוכל לבקש לירי ו' וד' סולדי"ן שהוא פרח א' עתה שעלה ק' לבנים הפרח הא' מ"מ אחרי שאז היה שוה ק' לבנים:

תשובה גרסי' בפ' הגוזל עצים בעא מיניה רבא מרב חסדא המלוה את חברו על המטבע והוסיפו עליו מהי אמר ליה נותן לו המטבע היוצא באותה שעה אמר ליה ואפילו כי נפיא אמר ליה אין ואפילו כי תרטיא אמר ליה אין והא קא זילן פירי אמר רב אשי חזינן אם מחמת טבעא זיל מנכינן ליה ואם מחמת תרעא זיל לא מנכינן ליה והא קא שבח לענין נסכא אלא כי הא דרב פפא ורב הונא וכו' עבדי עובדא וכו' ופרש"י והא קא זיילי פירות לגבי מטבע זו נמצא שמשתכר זה בתוספת ואינה דומה לראשונים והוי רבית לענין נסכא אם בא להתיכן ולעשות מהם גרוטאות יש יותר מן הראשונים והוי רבית וכו' זו היא סוגית התלמוד. וכתבו הפוסקים דין זה הרמב"ם פ"ד מה' מלוה והטור בי"ד סימן קס"ה ומפני שבדברי התלמוד והפוסקים הנז' והרי"ף ז"ל בהלכותיו לא נזכר דין זה אלא גבי הלואה דוקא הוה משמע לי דדין זה לא נאמר אלא גבי הלואה מפני אסור רבית דאע"ג דמדינא נותן ממטבע היוצא וכדכתבו הפוסקים דהך בעיא היא אפילו אליבא דשמואל דקאמר לעיל לך הוציאו במישן וכו' והכא איירי דלית ליה אורחא להתם ומשום הכי מדינא נותן לו מטבע היוצא מ"מ מטעם איסור רבית אי משום דקא זיילי פירי אי

משום דקא שבח לענין נסכא אינו נותן לו אלא המטבע הראשון אבל גבי מקח וממכר דלא שייך הך טעמא לא דאם אדם מוכר לחברו שום דבר וכותב בשטר שחייב ליתן לו כל כך לבני' והלבנים הראשונים נפסלו מפני שהם כרותים ואינם לוקחי' אלא לבנים טובים שלמים כמו זמננו ראוי שיתן לו לבנים שלמי' עוברים בשעת הפרעון אע"ג דקא שבת לענין נסכא שהלבנים שעוברי' כעת הם שלמים ויש בהם כסף כפלים מהראשונים ויותר וכן זיילי פירי מ"מ ראוי שיתן לו המעות שיעברו בין הסוחרים בשעת הפרעון דכן הוא הדין דנותן לו מטבע היוצא ואי אמרינן בגמ' דהיכא דקא שבח לענין נסכא או זיילי פירי דלא יהבינן ליה אלא כראשונים הוא מפני שהם הלואה ואיכא איסור רבית אבל כאן זה מוכר לו דבר זה על תנאי שיתן לו מעות היוצאים בשעת הפרעון ואם לא היה עושה כן לא היה מוכרם לו ומה איסור רבית שייך כאן ואם כן ראוי שיתן לו הלבנים שיעברו בזמן הפרעון ומה גם אם כתוב בשטר ההלואה לבנים יפים וטובים כשטרות דידן שראוי שיתן לו לבנים שיעברו לו בזמן הפרעון ואין כאן איסור רבית כדכתיבנא וחילוק זה בין הלואה למכר קיימתיהו מסברא אחרי כן ראיתיהו בדברי הרב הגדול מורי ורבי נר"ו בפסקיו הא' סימן רפ"א בענין כיוצא דנ"ד. ובהא הוה ניחא לי קושיא דאיתא בדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות מלוה שכתב המלוה את חברו על המטבע וכן הכותב לאשה כתובתה מטבע ידוע ופי' משקלו וכו' דאיכא למידק בדברי הרמב"ם זיל מנא ליה פי' משקלו דבסוגית הגמ' לא נזכר כן אלא שיש לומר עם מה שכתבנו דדוקא גבי הלואה דאיכא איסור רבית לא בעינן שיפרש משקלו אלא מנכה לו שיעור התוספת אע"ג דהדין היה נותן שנותן לו מטבע היוצא כיון דלית ליה אורחא למיזל למישן מ"מ מטעם איסור רבית אינו נותן לו כן אבל בכות' לאשה בכתובת' דליכ' איסור רבית כדכתיבנא דהוא לא לקח הלואה מן האשה אז נותן לה מטבע היוצא בשעת פרעון אם לא שפי' משקלו דאז חזר הדין כדין מלוה לחברו על המטבע סתם דכיון שפירש משקלו אז כשהוסיפו אין ראוי שיתן לו יותר מהמשקל שפירש אי זיילי פירי או שהוא יותר מחומש ומ"ש פירש משקלו לפי זה לא קאי אלא גבי כותב לאשה בכתובתה דוקא ולא גבי מלוה זה היה נראה לי לתרץ דברי הרמב"ם מסכים למה שכתבתי עם היות שכבר תרצתי בענין אחר בפסק אחר אשר כתבתי: ויצא לנו מכל מה שכתבתי במחלוקת אשר נפל בזמן הזה בעירנו בין הסוחרים שבכל השטרות כתוב שמכר הלוה למלוה כל כך סחורה בכ"כ לבנים יפים וטובים ובזמן המכירה היו עוברים לבנים כרותים ורעים ועתה נהפך הדבר שבשעת הפרעון אינם עוברים אלא שלמים וטובים שיפרע הלוקח לבנים שלמים כמו שעוברים היום ואעפ"י דקא שבחי לענין נסכא וזיילי פירי שהרי הלבנים כרותים שנים

מהם כא' מהשלמים מעוברים היום וכן זיילי פירי עתה שנותנים פירות יותר בעבור השלמים מ"מ נותן לו מטבע היוצא בשעת הפרעון ואין כאן איסור רבית כיון דהוי מכר דיש לחלק בין מכר להלואה כדכתיבנ'. ועוד דבשטרות דידן כתוב יפים וטובים דמשמע שיעברו בזמן הפרעון זה היה פשוט אצלי וכל שואל שהיה שואל ממני בענין זה הייתי משיב נו שהדין כמו שכתבתי ויתן לו מעות שלמים כהיום או יפרע לו גרושוש לערך פ' לבנים ששוים הלבנים יפים היום שמונים גרוש' אחד אבל אם היה כתוב בשטר שהלוה פ' לפ' כ"כ לבנים אז חזר הדין לדין האמור בגמ' דכיון דהלבנים שלמים שעוברי' היום הם יותר מחומש מהראשונים יתן לו המעות הראשונים שהלוה לו או גרושוש לערך מאה כמו שהיה בשעת ההלואה משום איסור רבית אבל בכל שטר מכר הדין היה פשוט בעיני דיפרע לו כמו שיוצאים בעת הפרעון כדכתיבנא וכן הסכים הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו בפסקיו סימן ס"ב:

וכן כימי קדם כשהיה הדבר בהפך שבשעת המכירה היו המעות טובים ובשעת הפרעון היו מעות כרותים ורעים עד שבעבור זה היה עולה השולטאני והגרושוש מעולם אמרתי דיפרעו כפי המעות היוצאים בשעת הפרעון ואעפ"י שהם גרועים ובשטר כתוב יפים וטובים בשטרות הלך אחר לשון בני אדם והם קורים למעות עוברים בין הסוחרים יפים וטובים וכבר היה מי שחלק ע"ז הלא הוא החכם השלם זקן ונשוא פנים כמה"ר חיים באסאן נר"ו מאירורוס וסדר פסק באמרו שראוי שיפרעו המעות כפי עה שהיו בשעת המכירה ואם בשעת הפרעון היו גרועים ורעים אינו בדין שילקה המוכ' בכך כיון דהוקירו הפירות בשביל כך ועוד דאיכ' פחת לגבי נסכא יותר מהחומש וכבר כתב הרי"ף דכל האמור בגמרא לענין הוספה ולתועלת הלוה ה"ה והוא הטעם בפחת לתועלת המלוה והדינים שוים ואעפ"י שהראב"ד חלק ע"ז כמו שכתוב בפסקי הרא"ש ז"ל דעתו דעת יחיד וכל הפוסקים הסכימו לדעת הרי"ף ז"ל ועוד דבשטר כתוב יפים וטובים והמעות הם גרועים ורעים ואינם נקראים יפים וטובים זה היה טעמו של החכם הנזכר והאריך בראיות ואני יחיד ועני סדרתי פסק ארוך לבטל טענותיו וכתבתי שם דיפים וטובים לא מקרו אלא שעוברים בין הסוחרים בין שיהיו פחותים ורעים בין שיהיו טובים והרב הגדול מורי ורבי נר"ו הסכים לדעתי וא"כ עתה ג"כ שהדבר בהפך שהמעות טובים בשעת הפרעון ודאי דבתר שעת הפרעון אזלינן ובעי' שיתן לו מעות היוצאים בהוצאה בשעת הפרעון דכן היה תנאו שכתב יפים וטובים ומשמעותו שיצאו כשעת הפרעון להדיא ואע"ג דקא שבח לענין נסכא וזיילי פירי לא איכפת לן דתנאי שבממון הוא ותנאו קיים כיון דליכא איסור רבית דהוי מכירה ולא הלואה כדכתיבנא וא"כ יתן

לו מעות היוצאים בהוצאה או גרוש' לערך פ' לבנים שכך שוים הלבנים עוברים בהוצאה היום פ' בגרוש' א' כל זה היה פשוט אצלי:

אך אחר החקירה כעת אני אומר כי נפל אצלי ספק בענין דפשיטא ודאי דאיכא צד רבית גבי מכר אע"פ שנאמר שהתנאי הוא שיתן לו לבנים היוצאים בשעת הפרעון לא מהני כלל תנאי זה דכיון דהוא תנאי לבטל דין תורה דכיון דקא שבח לענין נסכא דהני מעות שלמים וכן זיילי פירי אין תנאו מועיל וכמו שגבי הלואה אף עפ"י שהתנה בכך אין תנאו מועיל וכמו שכתב בהדיא המרדכי בפרק הגוזל עצים והוא בתשובות השייכות לה' מלוה וז"ל אם היה כתוב בשטר שיש לו כך וכך ליטראות טובים היוצאים בהוצאה נותן לו מטבע היוצא אם לא הוסיפו עליה יותר כפי האמור בתלמוד שהוסיפו עליו ע"כ משמע דאע"ג שכתוב טובים יוצאים בהוצאה מ"מ אם הוסיפו לא מהני תנאה ובודאי דטעמו משום דהוי מתנה בדבר איסור דהוי רבית דאל"כ ודאי דהיה תועיל דתנאי גמור היה שיהיו יוצאים בהוצא' ואפי' שהוסיפו כיון שהראשונים אינן יוצאים בהוצאה אלא האחרונים ודאי שמוכן מתנאו שיתן לו האחרונים כיון שהם יוצאים בהוצאה ולא הראשונים אלא משום דהוא מתנה בדבר איסור אין תנאו מועיל וא"כ אי במכר שייך טעמא דרבית ודאי דדינו כדין הלואה וכיון שכן הרי מצינו לסמ"ג בלאוין קצ"א וכן המרדכי בריש הגוזל עצים שכתבו כלשון הזה וז"ל המלוה את חבירו על המטבע פי' רבינו שלמה בסוף ימיו בתשובה אחד כגון שהלוהו מעות ע"מ שישלם לו מעות ולא שאר סחורה והוא הדין למוכר לחברו לזמן על המטבע על מנת שישלם לו מטבע וכן הכותב לאשתו בכתובתה מטבע ידוע ופירש משקלו והוסיפו על משקלו אם הוזלו הפירות מחמת התוספת מנכה לו שעור התוספת מפני איסור רבית ואפי' הוסיפו עליו כל שהו ואם לא הוזלו מחמת התוספת אין כאן רבית וכו' משמע דגבי מכר נמי איכא טעמא דרבית וטעמו משום דהמוכר ודאי אלו היה מוכר במעו' טובים בשעת הפרעון ודאי שהיה מוכר יותר בזול ומה שמכר ביוקר היה מפני המעות הרעים כמו שראינו פה בעירנו שלסיבת רוע המטבעות עלו כל הדברים וכיון שכן הוי מה שנוטל בשעת הפרעון מטבעות טובים ואע"פ שבשעת המכירה:

היו מטבעות רעים דומה לרבית דמשום אגר נטר נותן לו כן זה נר' טעמו של סמ"ג והמרדכי:

מ"מ למדנו דמכירה הוי דומה להלואה ואיכא בה רבית וכיון שכן עתה שהלבנים הם טובים ושלמים ויש בהם כסף כפלים מהראשונים דומה לדין האמור בגמ' דכיון דאיכא שבח לגבי נסכא וזיילי פירי אינו נותן לו אלא שויים של הלבנים הראשונים דהיינו

הגרוש' לערך מאה לבנים ואע"ג דעד עתה היה הדבר בהפך שכשהיה עולה הגרוש' לסיבת רוע הלבנים היינו אומרים שהדין היה שיקבל מכח תנאו לבני' גרועים היוצאים בשעת הפרעון אע"פ שהיו טובים יותר בשעת המכירה מ"מ היינו אומרים כן מפני תנאם שהתנו שיפרעו יפים וטובים ולשון יפים וטובים משמע יוצאים בהוצאה בשעת הפרעון דכן משמעות לשון זה בין הסוחרים וכמו שהארכתי על זה בפסק הנזכר שכתבתי נגד החכם השלם כמה"ר חיים נר"ו אבל עתה שהיה הדבר בהפך אע"פ שהתנאי היה שיפרע כפי היוצאים בשעת הפרעון לא מהני תנאו דאיכא ביה איסור רבית והוי כי הא דכתיבנא לעיל בשם המרדכי דאע"פ שכתב טובים היוצאים בהוצאה לא מהני אם הוסיפו על המטבע כפי האמור בגמ' ודמי להא דאמרי' בפ' איזהו נשך דאם אדם מלוה סאה בסאה ידו על התחתונה דאם הוקרו נותן דמים כשעה ראשונה ואם הוזלו נותן חטין ואינו יכול לומר לו תן לי בין כך ובין כך כדמעיקרא ובין כך ובין כך כפי תנאי דהיינו סאה בסאה שאני אמרתי לך שתפרעני סאה ממש אלא לעולם ידו על התחתונה ואם הוזלו יפרע לו סאה ממש וכשהוקרו נותן לו דמיהם בנ"ד גם כן נאמר דיד המוכר על התחתונה כיון דאיכא ביה איסור רבי' כדמוכח מדברי הסמ"ג והמרדכי שהבאתי וגם לשון המרדכי שכתב אם היה כתוב בשטר כך וכך ליטראות וכו' שאם הוסיפו עליו אינו נותן לו מטבע היוצא משמע דהוי בכל גוונא בין במכר בין בהלואה דבכולהו איכא רבית מדלא חילוק בין זה לזה וכיון דאיכא ביה צד רבית יד הלוקחים על העליונה ואף על פי שבתחלה פרעו לו הגרוש' לערך העליה שעלה עתה לא יפרעו לו לערך הירידה מהטעם האמור למעלה:
כל זה צדדתי לזכות החייבים שיפרעו הגרוש' לערך מאה לבנים אבל מ"מ איני תוקע עצמי בדבר זה ואע"פ שהם מוחזקים ובעילא כל דהו מוקמינן ממונא בחזקתיה מ"מ אין כל מ"ש מספיק בעיני אע"פ שהוכחתי כן מהסמ"ג והמרדכי והדבר מסופק בעיני ויש צדדין לכאן ולכאן:
על כן אמרתי הטיבו אשר עשי גדולי וחשובי עירנו לתת פשר בין אלה העניינים כי מאחר שהדין הוא מסופק כדכתיבנא טוב הדבר שיפשרו ואיש על מקומו יבא בשלום כי הפשרה היא משפט שיש בה שלום:
ואחרי כותבי את כל אלה אבא לנ"ד ואומר שכיון ששמעון או לוי קבלו מהגוי חמשה אלפים לבנים שהם מאה דוק' והלבנים היו יפים כשהיה הדוק' לערך חמשים אינו כדין שיפרעו לראובן חמשה אלפים לבנים מהמעות כרותים ורעים דכשהיה הדוק' לערך חמשים היו המטבעות טובים ביותר והיה להם כפלים וכפלי כפלים כסף מאשר היו כשעלה הדוק' למאה כאשר נודע לכל העולם וכיון דאיכא פחת לגבי נסכא ויקרי פירי

אינו דין שילקה המלוה בכך דכבר כתבו הפוסקים דהדין האמור בגמ' לתועלת הלוה ה"ה איפכא אם פחת הנסכא או יקרי פירי דהוי הדין בהפך לתועלת המלוה ואפי' שנא' ששמעון אין לו דין לוה אלא דין גזלן דכיון שראובן זה אמר להם שיקבלו אלו המעות וישלחו לו והם שלחו יד בפקדון הוי כגזלן מ"מ הרי דין הגזלנים הוא שמשלמים כשעת הגזלה ושעת הגזלה היא חמשה אלפים טובים דאיכא בהו שבח לגבי נסכא טובא דאלו המעות הכרותים הגרועים אין בהם אפי' מחצה מהכסף אשר היה בראשונים וא"כ אינו דין שילקה המלוה בכך אלא נ"ל שצריך שמעון או לוי ליתן לראובן ה' אלפים שלמים כמו שהיו עוברים בעת שקבלו אותם או שאי"ש שלמים טובים לערך ח' לבנים שהיו עוברים אז כדי שלא יהא פחת לגבי נסכא או ישלימו לו באופן אחר כדי שלא יהיה לו לראובן פחת לגבי נסכא אבל כתת שמעון או לוי לראובן המעות כמו שקבלום די להם בכך אע"פ שהלבנים היו שוים יותר בזמן ההוא שהיו נותנים פירות יותר בלבן א' ממה שנותנים עתה מה להם בכך כיון שהם נותנים מה שקבלו. הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יד

ראובן הוציא שטר על שמעון מסך מאה ועשרים וחמשה אלפים לבנים וכתוב בו שנתחייב לו הסך הנז' מכ"כ בגדים שקנה ממנו נפרעים לזמן שנה אחת ועתה טוען שמעון כי השטר הנז' נעשה באיסור רבית כי בתחלה קנה אותם בגדים שעלו לסך מאה אלפים לבנים על מנת לתת לו בעדם ריוח ה' למאה כדרך שקנו ממנו אחרים שנתנו לו ריוח חמשה למאה ונגמר המקח כך ביניהם ושוב נמלך שמעון ונתפשר עם ראובן בשביל המתנת זמן פרעון המאה וחמשה אלפים לבנים הנז' לסוף שנה אחת בעד עשרים אלף לבנים אחרים שעלו כלם לסך מאה וחמשה ועשרים אלפים לבנים ונעשה השטר מסך קכ"ה אלפים לבנים נפרעים לסוף השנה. ויען כי שמעון ברח משם מפני נוגשיו בכה והתחנן לפני חכמי העיר אשר הלך לשם שיכתבו אל זקני עירו שיחקרו וידרשו להעמיד דברים על בוריין והם הושיבו ב"ד וקבלו עדות וכתבו וחתמו וזה לשונם. עוד שאלנו על ענין הנכסים מה היו שוים ואם קנו אחרים מהם וענה נכבד א' ואמר אני קניתי מהבגדים עצמם מראובן הח' חמשה למאה קרוב לעשרים אלפים לבנים ותיכף ביריד הקרוב נמכרו למטה מערכם. גם ענה אחר ואמר שמהבגדים הנז' קנה גם הוא ט"ו אלפים לבנים מראובן הנזכר חמשה למאה גם ידענו כי זה האיש שמעון קנה הבגדים חמשה למאה ואחר כך עשו עשרים למאה לשנה ועשו הסך למאה ועשרים וחמשה אלפים

לבנים ואחר כך הלכו אל החכם פ' וכתב להם השטר לזמן שנה עכ"ל. הרי העידו הב"ד הנז' על ענין העסק ההוא שבתחלה נתפשרו בעד המאה אלפים לבנים מהבגדים בעד ריוח חמשה למאה ושוב נתפשרו לתת עשרים אלפים לבנים אחרים בעד המתנת הזמן והרי הוא רבית קצוצה ושכמ"ה אנס"ו: תשובה כפי הנראה מדברי העדים אלו הבגדים שקנה שמעון מראובן לא היו שוים אלא מאה וחמשה אלפים בעת קנייתם במעות בעין ואם כן אפילו לא היה קונה אותם שמעון בתחלה בסך הנזכר אלא שהיה מוכרם לו ראובן סתם כיון שהעלה בדמיהם בשביל המתנת המעות היה מקום לזכות לשמעון לפוטרו מעשרים האלף לבנים דהיינו טרשא דרב נחמן דאמרו באיזהו נשך דשרי והרי"ף והרמב"ם והרמב"ן פסקו דלא כרב נחמן ולדידהו ודאי בנדון דידן כיון שהעלה במעות בשביל המתנת הזמן אסור:

איברא דלדעת הטור והרא"ש והרשב"א ופוסקים אחרים דפסקו בטרשא דרב נחמן דשרי הוא מותר ואע"ג דכתב הטור דהיינו דוקא במעלהו מעט אבל מעלהו הרבה עד שניכר לכל דבשביל המתנת המעות הוא מעלהו הוי כמפרש ואם כן נדון דידן דנר' דהעלה הרבה שהם עשרים אלפים לבנים משמע לכאורה דאפילו לדעתו אסור הא לאו מילתא היא דכבר כתב הרב מוהר"ר לוי ן' חביב בפסקיו סי' ע' על זה וז"ל ובסמ"ג כתוב שזהו כשמוסיף בכל ה' דינרי' דינר אחד שמוכר שוה ה' בו' אז מותר אבל כשמוסיף יותר אסור ע"כ ולשון סמ"ג בלאוין קצ"ג כך הוא ואפי' בסתם שמתיר רב נחמן אינו מתיר אלא בדבר שאין דמיו ידועים כגון חפץ הנמכר בחמש לכל ומכרו לשנה בשש שאין זה דומה לאגר נטר כי גם עתה יכול למצו' בן אדם שצריך לי שיתן לו ו' אבל שוה חמש בעשר היה מודה דאסור אפילו בסתם וכו' ע"כ. לכאורה קשה רישא דלישני' לסיפיה דברישא כתב דדוקא ה' בו' ולא יותר ולבסוף כתב אבל שוה ה' בי' וכו' דמשמע דעד הכפל אינו נראה שמעלה בשביל המתנת המעות ומ"מ מדברי הרב מוהר"ר לוי ן' חביב נראה דדייק רישא דלישנא וכי היכי דלא תקשי אסיפיה אפשר דיתרץ כמו שאנו אומרים בגמ' לתרץ קושיא כי האי נעשה וכו' והכי נמי אמרינן נעשה כשמכר ה' ביותר משש כאלו מכר חמש בעשר דהוי כפל ואסור ונראה לי דטעם סמ"ג דקאמר עד חמש בשש ותו לא משום דבגמרא פ' איזהו נשך הקשו לרב נחמן ממתניתין דקאמרה אם מעכשיו אתה נותן לי הרי היא שלך באלף זוז ואם לגורן בי"ב מנה אסו' ותירצו התם קץ ליה הכא לא קץ ליה ע"כ. והמקשה שהקשה היה סבור דטעם איסור דמתניתין הוי משום דהעלהו בדמים בשביל ההמתנה במנה ולכך הקשה לרב נחמן דשרי טרשא ותירץ לו דבמתניתין אסור משום דקץ דקאמר אם מעכשיו וכו' אבל אי לא קץ אע"ג דהעלהו לא

איכפת לן כלל והעלאה דמתניתין הוי חמשה בשיתא דהיינו אלף זוז שהם עשרה מנה בעד י"ב מנה שהם חמשה בשיתא משמ' דהיכא דלא קץ עד חמשה בשיתא שרי אבל יותר לא דנראה דבשביל המתנת המעות הוא זה נראה לי טעמו של סמ"ג והוא דעת הטור. אלא דעדיין קשה לי דהטור בסי' קע"ג כתב חילוק אחד שחילקו בתוס' והרא"ש משומתו ידוע לאין שומרו ידוע בשומתו ידוע אסור בכל גוונא אפילו שאינו מעלה אלא מעט וחילוק זה נפקא להו לתו' והרא"ש ז"ל כמבואר בפרק איזהו נשך משום דקשיא להוא ממרי דרב נחמן אהדדי דאיהו אמר דטרשא שרי ובההוא דקיראה דיהיב ליה זוזי ואמר יהיבנא לך ה' ה' ושוין ד' קאמר דאסור היכא דליתנהו גבי אסור ולכך הוצרכו לחלק דשאני התם דהשער ידוע דאזלי בד' והשתא קשה למה להו טעמא דהשער ידוע אפילו אין השער ידוע נמי כיון דהוי חמשה ואזלי ד' והוי טפי מחמשה בשיתא ואפילו אין שומתו ידוע לדברי הטור וסמ"ג אסור מפני שמעלהו הרבה וא"כ נמצאו דברי התוס' והרא"ש הפך דברי הטור ומדברי הטור לא משמע הכי כיון שכתב דבריהם כדכתיבנא וי"ל דאין הכי נמי דהיו יכולים התוס' והרא"ש לתרץ הכי כההיא דקיראה אלא דעדיפא מינה אשכחו דאיכא שער ידוע והא ודאי עדיף ממעלה הרבה היכא דאין שער ידוע דאין לך מפרש טפי משער ידוע והטור וסמ"ג הם שחידשו לרבותא דאפילו דליכא שער ידוע טפי מחמשה בשיתא הוי הוכחה דהוי בשביל המתנת המעות א"כ לפי דברי הטור וסייעתו ודאי דהיכא דמכר סתם בנידון דידן המכר הוי מכר כיון דלא העלה יותר משוה חמשה בשיתא שמכר שוה מאה וחמשה במאה ועשרים וחמשה ומ"מ היה מקום לזכות לשמעון דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא יוכל שמעון לומר קים לי כהרמב"ם וסייעתו דאין המכר מכר כלל דלית להו בטרשא דרב נחמן דשרי אלא שראוי לסמוך על טעם זה דראינו המנהג פשוט בכל העולם הפך דברי הרי"ף והרמב"ם שכל הסחורות הנמכרות בודאי שמוכרים אותם ביותר ממה שהם שוים במעות בעין ואם כן נעלת דלת בפני התגרים ובפרט בעירנו זאת שאלוניק"י לפי סברת הרי"ף והרמב"ם לא היה לנו מקום לישא וליתן כלל שכל מי שלוקח לזמן לוקח בהמתנה ביותר. מכדי דמיו והמוכר בשביל כך מוכרו לו אלא ודאי המנהג פשוט כהרא"ש וסייעתו:

איברא דראיתי פה בעירנו נוהגים היתר בענין הפלפול שמוכרים לזמן והיא ודאי שומתו ידוע וכמ"ש הטור בסי' קע"ג וכן נראה לעין שהשער קצוב לפלפל ומ"מ מוכרים לזמן בהעלאת דמים והוא איסור אליבא דכ"ע גם אינם מקפידים אם העלאה היא העלאה טפי מחמשה בשיתא דפעמים מכרו לזמן ארוך כשתי שנים או יותר ומעלים הרבה טפי מחמשה בשיתא דהוא אסור לכ"ע כדכתיבנא גם לפעמים אדם צריך לפלפל והולך לאחר

שיקחנו במעות בעין והוא לוקחה מהאחר בהמתנה ומעלה לו בדמיו דזה איסור לפי דעת הרב מוהר"ר לוי ן' חביב בפסקיו סימן ע' מיהו בזה יש להם על מה שיסמוכו רב אחד שחלק שם עליו יע"ש. אבל בשני דברים הראשונים לא מצאתי סמך למנהג ורע עלי המעשה ושומר נפשו ירחק מהם אבל במה שנוהגים למכור בהעלאה עד ה' בשיתא בזה ודאי יש להם על מה שיסמוכו הרא"ש והטור וסיעת' ואחריהם אנו נגררים וראוי לסמוך עליהם באיסור קל דרבנן וא"כ בנדון דידן כיון שנתפשט המנהג הפך הרי"ף והרמב"ם ואנו מוציאים ממון נגד. סברתם שאנו מחייבים לכרוע למי שחייב לחברו מעות סחורה שלקח ממנו בהמתנה יותר מכדי שוויה וכל בתי דינים שראינו כן דנו ולא שמענו מי שפקפק בדבר אם כן אין לסמוך על טעם זה לפטור לשמעון אבל מ"מ יש טעם פשוט לפוטרו אליבא דכ"ע דכפי דברי העדים הוא לקח הבגדים הנזכרים תחלה בעד מאה וחמשה אלפים לבנים ואחר כך חזר ומכרם לו בעשרים אלפים לבנים יותר והרי זה עדיף טפי ממתני' דאיזהו נשך דקאמר התם דאין מרבין במכר היכא דאמר לו אם מעכשיו אתה נותן לי הרי הוא לך באלף זוז וכו' ופשטא דמתניתין משמע דאפי' שאמר לו קודם המכירה כך אסור כל שכן בנ"ד שכבר מכר לו בעד הסך הנזכר ואחר כך בשביל המתנת המעות העלה עשרים אלפים לבנים וכו' דודאי הוי רבית טפי דקרוב הדבר להיות רבית קצוצה לדעת קצת מפרשים החולקים על רבותיו של הרמב"ם ז"ל שכתב בפ' ח' מה' מלוה דלדידהו לית להו בהארכת הזמן רבית קצוצה משום דקרא קאמר את כספך לא תתן וכו' וצריך שיקצוץ בשעת הלואה אבל להר"א ז"ל בהשגות ולאחרוני' שהסכימו ודאי דבנדון דידן הוי רביה קצוצה דהארכת הזמן הוי בנתינת המעות כמבואר שם בהשגות בפ"ח ואפילו לחכמי לוני"ל שכתב הרב ב"י בסי' קע"ג בשם בעל התרומות דאית להו דמתני' דאיזהו נשך דקאמרה אם מעכשיו אתה נותן וכו' איירי כשהחזיק בו הלוקח דהמכירה נתקיימה וכי קא שקיל שכר מעותיו שקיל מודו בנ"ד דרבותא הוא דכבר בא בשאלה דהמכר היה נגמר ונשלם בעד מאה וחמשה אלפים לבנים וא"כ לכ"ע יש כאן רבית בנדון דידן ולדעת חכמי לוני"ל קשה לי פשטא דשמעתא שהקשו לרב נחמן דאמר טרשא שרי ממתני' דאם לגורן וכו' ותירצו התם קץ וכו' דלדידהו לא הוה ליה למיתלי הדבר דקץ או לא קץ אלא לומר שאני התם דכבר לקח והחזיק ונמצא דמה שלוקח אחרי כן שכר מעותיו הוא נוטל כמ"ש הם:

למדנו בנ"ד דלפי דברי אלו העדים הבאים בשאלה לפחות יש כאן אבק רבית וכיון שלא פרע עדיין שמעון אין להוציא מידו וכ"ת אלו העדים עדי השטר מכחישים אותם לא היא דאין כאן הכחשה דעדי השטר לא ידעו אי מתחלה מכר הבגדים לשמעון עצמו בעד

מאה וחמשה אלפים לבנים אלא מהמכירה אחרונה ידעו והאחרים מעידים שכדברי עדי השטר הוא האמת אלא שמעידים עוד שתחלה מכרם לו בעד מאה וחמשה אלפים לבנים ועוד אפילו היה כאן הכחשה בין שתי הכתות הרי כאן תרי ותרי וכיון דיש שנים שאומרים שיש כאן רבית אמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה א"כ זכינו לדון דאם עדים יעידו שהשטר שנעשה מהמאה ועשרים וחמשה אלף לא היה אלא על הבגדים אלה עצמם לבד ולא מכר לו דבר אחר עמהם כלל ושאלו הבגדים כמות שהם קנאם שמעון ממנו תחלה במאה וחמשה אלפים לבנים ודאי דהדין עם שמעון אלא שאין כל זה מספיק אם ראובן יכחיש לעדים ויאמר דאין הדבר כן אם יש לו שטר בנאמנות וכתוב בו כמנהג השטרות שהאמינו שמעון עליו נאמנות גמורה בפירוש כשני עדים כשרים כל זמן שטר זה יהיה קיים וכו' דכיון שכתוב בו נאמנות סתם מועיל לכל הטענות בין לפרעון בין לרבית בין לאמנה וכמו שנראה מדברי הרשב"א בתשובה כתבה הרב בית יוסף בסי' ע"א גבי שטר פקדון שכתוב בו והאמינוהו בעיקר המעות הנז' נאמנות גמורה בפירוש כשני עדים כשרים וכו' והשיב דמשום שאמר בעיקר המעות ודאי שאין בכלל אותו נאמנות פרעון אלא אמנה או רבית וכתב שם ואלו האמינוהו אף על הפרעון היה לו לכתוב נאמנות סתם ע"כ משמע משם דנאמנות סתם מועיל לכל. והתימה מהרב מהר"י ן' לב ז"ל שדקדק בפסקיו הראשונים דף קכ"ו שאלה ק"ה מתשובת הרשב"א אחרת שהביאה הרב בית יוסף סמוכה למה שכתבתי גבי ההוא שטרא דכתוב בו הוא נאמן עלי בכל ענייני שטר זה וכו' דאין נאמנות סתם מועיל כלל והאריך שם ולדבריו נמצאו דברי התשובות של הרשב"א סותרות דבתשובה הראשונה שהבאתי משמע דמועיל כדכתיבנא אלא ודאי דשאני ההוא שטרא דכתוב בו ענייני שטר זה וכיון דכתוב בו ענין שטר אית ליה להרשב"א דגרע דאין הפרעון מענין השטר דאין זה מגופו וכמו שנראה שם בהדיא אבל היכא דכתוב נאמנות סתם מועיל ודאי אליבא דהרשב"א ואין אנו צריכים לידחק בכל מה שדחק שם הרב הנז' ז"ל לתרץ ההיא תשובה דקושיותיו יפלו לפי דרכו ולא לפי דרכנו א"כ למדנו דאם כתוב בשטר בנ"ד נאמנות גמורה בפירוש כשני עדים כשרים ודאי דמועיל הנאמנות אפילו על טענת רבית ואם יכחיש ראובן לעדים נאמן דהא הימניה שמעון עליו טפי מעדים שכתב כשני עדים כשרים ומה גם אם כתוב מסודר בכל תוקף וכו' וכמו שכתב שם הרב מהר"י ן' לב ז"ל אלא שאין צורך לכך ודי במה שכתבנו אבל אם כתוב בשטר נאמנות גמורה בפירוש כשני עדים כשרים כל זמן ששטר זה יהיה קיים ולא יהיה קרוע קרע ב"ד או פרעון כתוב על גבו כמו שכתוב במקצת שטרות אז ודאי אין הנאמנות מועיל אלא לפרעון דוקא שהרי כיון שכתב או פרעון כתוב על גבו גלה דעתו

שאין זה אלא לענין הפרעון לבד ולשאר הדברים לא האמינו וחזר הדין לכל מה שכתבנו למעלה הנלע"ד:
הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה טו

נשאלתי על דבר כתובה שצייר בה הסופר צורת החתן והכלה וכן צורת חמה ולבנה אם ראוי לעשות כן והנני משיב כי לכתחלה אין נכון לעשות כן הגם כי מדברי המרדכי בפרק כל הצלמים שכתב בשם הר"ם וז"ל נשאלתי על אותם שמציירים במחזורים צורות חיות ועופות אם יפה הם עושים או לאו והשבתי נ"ל דלא יפה הם עושים וכו' וסיים בה ונראה לי דאפילו ישראל מותר לצור צורות במיני צבעונים ואין בזה משום לא תעשה פסל דלא אסור אלא פרצוף גמור חקוק בששר אבל במיני צבעונים מותר כדאמרי' בפרק חזקת הבתים הצר צורה וכו' ופרשב"ם וכו' יע"ש ומשם היינו יכולים ללמוד דאע"ג דצורת חמה ולבנה כ' הטור בשם ר"ת דבכל גוונא אסור לעשות בין בולט בין שוקע וכן הוסיף לומר בשם הרמב"ן דצורת אדם ג"כ אסור לעשות בין בולט בין שוקע מ"מ בכה"ג שצייר במיני צבעונים דאינו לא בולט ולא שוקע הוא מותר וא"כ בנ"ד שצייר הכתובה במיני צבעונים דמות החתן והכלה אע"פ שיהיה פרצוף אדם שלם וכן דמות החמה והלבנה הוא מותר מהאי טעמא:
אלא שמ"מ אני אומר דהר"ם לא דקדק כן אלא מפי' רשב"ם דפי' בפרק חזקת דרב לא קנה לגינתא דבי רב אלא בצורתה דהיינו צורת חיה ועוף ומשום דהר"ם סבירא ליה דכל צורות אסורות אפילו חיה ועוף וסבר כסברת רבינו אליקים שדחה הרב ב"י בטור יו"ד סי' קמ"א לכך הוקשה לו דהיכי פי' רשב"ם דצייר צורת חיה ועוף והוצרך לחלק דשאני התם דהוי במיני צבעונים ולכך התיר התם רשב"ם לעשות כן ומכאן יצא לו להר"ם דין זה כנראה מדבריו דהביא ראיה בפרק כל הצלמים מההיא דרשב"ם וכן בפרק חזקת כתב המרדכי על דברי רשב"ם מכאן הוכיח הר"ם וכו' משמע דמהתם נפקא ליה אבל לדידן דקי"ל דליתא לדרבינו אליקים וכדכתב שם הרב ב"י וההיא דמכילתא דאסור לעשות כל תמונה מתרצינן לה כדתירץ הרב ב"י שם דאיירי בעושה ע"ז ממש או בצורות שדרך הכותים לעובדן לא מוכחינן כלל מההיא דרשב"ם דהתם הוא מותר מפני שאינו אלא צורת חיה ועוף ולכך פי' רשב"ם שם כן לאפוקי צורת אדם או צורות האסורות כחמה ולבנה וכיון שכן אני אומר דאע"ג דמדברי מהר"ם נראה היתר כיון דמדברי רשב"ם אין הוכחה לדידן והוא איסור תורה דלא תעשון אתי ראוי להחמיר באיסור תורה ולכתחלה

מיהא אין ראוי לעשות כן מטעמא דכתיב' ועוד דבדברי הטור שכתב אבל בשוקעת כאותם שאורגים בבגד ושמציירים בכותל כתב הרב ב"י דהיינו שמציירים בסימנין על הכותל או על הלוח והא קרי ליה הטור שוקע וכבר נודע דבענינים הנז' אין הפרש בין בולט לשוקע מיהו מהא לא איריא דאפשר לפרש דאיירי שהוא חקוק בששר וכמו שכ' מהר"ם וכן נראה מדברי הרב ב"י שכתב שם וכ"כ המרדכי בפ' כל הצלמים בשם מהר"ם ומ"מ אני אומר דאין ראוי לעשות כן לכתחלה מיהו נהי דבדיעבד לא אסרינן ליה להשהותה ולקרוע הכתובה אבל לכתחלה מיהא לא עבדינן דהדבר נוגע לאיסור תורה ומכוער הדבר:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה טז

ראיתי השאלה ערוכה בכל ושמורה הבאה מארץ קושט' יע"א על דבר הבתים שנפלו דברי ריבות בין גבאי חברת ת"ת לגבאי חברת הקדש עניים כי גבאי חברת ת"ת טוענין שהחזיקו בהם מימי קדם וגבאי חברת הקדש טוענים שהם שלהם ומביאים ראיה לדבריהם מהחוגי"ט שכתוב בו שהבתים ההם נמכרו להקדש בני ישראל לשכן בהם ענייהם וטוענים נגד החזקה שהחזיקו בנכסי הקדש ואין חזקתם חזקה וכדכ' הטור בסי' קמ"ט. הגם הלום ראיתי אחד קדוש מדבר חכם שלם משיב אמרי' דברים טובים לעזרת הדרת סברת ת"ת והוא פלא ושמו לא נודע לנו ואומר דבטענה הראשונה אשר טען דהחוגי"ט אין זו ראיה ודאי שהדין עמו לעניות דעתי מהטעמים שכתב וזה לי ימים כתבתי בפסק א' מסכים אל כוונתו וז"ל אשר כתבתי שם. ועוד דשטרות העולים בערכאות של גוים בעינן למידע דאותם ערכאות לא מקבלי שוחדא לפי הרמב"ם והרמ"ה וכדכתב הטור בח"מ סי' ס"ח וא"כ ערכאות דידן ודאי דלא ידעינן בהו דלא מקבלי שוחדא אלא אדרבה סתמה הוי דמקבלי שוחדא ואפילו לדעת הרא"ש דפליג על הרמב"ם והרמ"ה וסובר דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא אפשר דמודה דערכאות דידן דתוגרמה אתרע חזקתייהו ומקבלי שוחדא כנודע ועוד דאיכא בהו ריעותות אחרות וכמו שהאריך הרב מהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ק"י יע"ש וא"כ החוגי"ט בדין תורתנו הקדושה חספא בעלמא הוא ע"כ:

ומי שרוצה לעמוד על עיקר הדבר יעוין בפסקי הרב הגדול הנז' ז"ל כי שם האריך בדבר והעל' בסוף דבריו וכיון דכך הוא בנ"ד עד שכבודך שואל אי מגבינן בשטרי ההלוא' העשויין בעש"ג ממשעבדי יסתפק כבודך אי יגבה אפי' מבני חרי אם יכפור בהלואה או

יאמר פרעתיך ובודאי כיון דאיכ' כמה מרבוות' דסברי דלא מגבינן בהו וכדכתבי' לעיל אע"ג דחתימי סהדי בשטר מילתא דפשיט' דאוקמי' ממונא בחזקת מריה ולא מפקינן ממונא מנתבע ע"כ. ומינה דבנ"ד נמי לא מפקינן החזקה מחבר' ת"ת כיון דאיכ' ספיק' בראי' שמביאי' גבאי חבר' ההקד' ומה גם דבנ"ד כתו' בו שהיהודי' קנו מקו' זה להקדש והו' פסול אפי' לפי דינ' שאין הקדשו של יהודי הקדש כפי דתם וא"כ אין לנו להכשיר שטר שאפי' כפי דתם הוא פסול וכדברי הריב"ש בסי' קמ"ג וכמ"ש החכם הפוסק וכל זה דבר פשוט וא"צ לפני'. אבל מ"ש החכ' הפוסק דאפי' שיבא עדו' ברור שהבתים היו מגבאי חברת ההקדש שחזק' סברת ת"ת חזקה בזה איני מסכי' עמו וזה לי ימים שאלו ממני בענין כיוצא בזה והעלתי כן בפסק א' אשר שם הארכתי וחת' עליו ה"ה מורי ורבי ז"ל וז"ל אשר חתם שם דבר זה כמה שנים כתבתי באורך על הפרש בין הק"ק יצ"ו עם יחיד א' שהיה רוצ' להחזיק בקצת חנויות מהקצבים והיו דייניהם החכם השלם כמה"ר חיים עובדיה והחכם השלם כה"ר אברהם סיראלוו ז"ל ופסקתי כמ"ש החכ' הפוסק נר"ו שאין מחזיקין בנכסי הקדש כלל אך בזאת שיש עדים ברורים שהם של הקדש ואם לא הכל כמו שפסק החכם הפוסק נר"ו ע"כ:

ואחרי כן הודפסו פסקי הרב מורי ז"ל וראיתי פסק זה בח"א סימן קמ"ט והענין ההוא היה ביורש שהיה טוען ירשתי מאבא וכמבואר שם ואע"פ כן פסקו הרבני' הנז' דאין חזקה בנכסי הקדש וכמו שהאריך שלא כדברי החכם השלם הפוסק שרצה לחלק בין יורש ולוקח למחזיק עצמו והכריח הדבר מהתחלפות הסוגיות שבפ' לא יחפור ובפרק ח"ה ועל כן העלה בההיא דפ' ח"ה הוא המחזיק עצמו שאין יכול לטעון כן דאמרי' להו מאן מחיל ומאן שביק כיון דהחזק' בנכסי רבים אבל למי שלקח או ירש ממנו טענינן להו. ובאמת דבריו תמוהים בעיני, דלא יהיו הלוקח והיורש גדולי' ממי שבאו מחמתו אם הוא עצמו כשהי' טוען קניתי מכם והי' לו שני חזק' לא היה מועיל איך יועיל לבא מכחו לו' ירשתי מאבא או לקחתי מפ' אין אלו דברי טעם ודאי דנאמר יציבא בארע' וגיורא בשמי שמיא ואגב גרר' לזה כתב החכם נר"ו כי דבור תוס' דפ' לא יחפו' המתחיל יורש נמי תנינא כו' יש בו ט"ס וצ"ל וס"ד דמקש' דמתני' אשמו' בלוקח וה"ה ביורש והוא דוחק לשבש הספרי' אך כוונת התוס' היא שהוקש' להם אמאי לא הקשה המקשה מלוקח תניינא תחלה שבו התחיל רב זביד כמו שאמר טוענ' ללוקח וכו' ותירצו דס"ד דמקשה דיורש ולוקח הכל דבר וכו' ופריך ליה מיורש משום דהדין מבואר בו יותר שאמרו שם הבא משום ירוש' אין צריך טענה. ועוד דהיא משנה ראשונ' שנויה קודם מתני' דמייתי מלוקח. ועוד הוקשה לחכם הנז' דלמה כתבו התוס' בדבור אחולי אחיל

וכו' וכיון דליכ' לכל חד בדרך אלא פורת' וכו' ואין זה כלו' דכתבו כן לענין הצריכות לומר דאיכא טעמא ברבי' מביחיד. ולענין תירוץ התחלפו' הסוגיו' הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג סי' ל"ד האריך לתרץ יע"ש. ומדברי הרשב"א בתשו' הוזכר בב"י ח"מ סי' תי"ז המתחל' שורת הדין מגמ' למדנו ב' תירוצי' לקושיא הא' הוא מפני דבההיא דבפ' חזקת לא היה שם אלא שתיקת בני ר"ה ולכך אמר דאין השתיקה מחילה ומה שאמר בפ' לא יחפור הוא כשמוחלו בפי' וכיון דיש כאן חזקה טוענין ללוקח ואומרי' דאימור מחל בפי' נמצא לפי פי' זה דהחזק' לר"ה מועלת בשטוען שמחלו אנשי העיר בפי' אבל שתיקה לא מהניא זהו התירוץ הראשון:

ויש לי לתמוה עליו דכיון דהוא סובר דלכל חזקה אפילו להוצאת זוזין צריך חזקת ג' וטענת מכירה או מתנה וכמ"ש ה"ה בשמו פי"א מה' שכנ' דכת' שם כשהזכיר סבר' זו וזה דעת הרשב"א וכן ראיתי בתשובותיו מכ"י בפי' א"כ איך אפשר לפ' ההיא דפ' חזקת בשתיק' לבד דא"כ היכי אמר ר' אמי בני מבוא' מחלין גבאי הא השתיק' אינה מחיל' ובודאי דהוי טענת מחילה בפי' וא"כ דכוות' מאי דקאמ' בר"ה מאן מחיל לך הוא אפי' בפי' אלא שי"ל לזה שלא פי' כן הרב אלא לפי דעת הסוברי' דבשתיק' מהניא אבל לפי האמ' דעתו לפרש כפי' האחרון שפי' שם וכן גיל' דעתו בתשו' שהביא בשמו הרב מהרי"ק בסי' קמ"ט שכתב שם מסתבר' שיש לה חזקה ואעפ"י שהמחזיק בר"ה אין לו חזקה לפי מה שאני סבור דמאן מחיל ומאן שביק וכו' והיינו כפי' בתרא שם דלפי' הראשון ודאי דמהניא ליה חזקה כדכתיבנא:

והתירוץ הב' שתירץ שם הוא דמאי דאמרו בפ' לא יחפור ה"ק אבל רבים מאן פייס ומאן שביק ואפי' שימחול בפי' א"א שהרי הדרך מסור לכל העול' וא"א לכלם שימחלו צריכ' דאפי' דאמרי כן הוי חזקה מטעמ' אחרינ' דאימור כונס לתוך שלו הוה אבל היכ' שלא כנס לתוך שלו לא מהניא ליה חזקה כלל מטעמא דמאן פייס ומאן שביק וז"ש בתשובה האחרת שהזכרתי לפי מה שאני סבור וכו' והתירוץ הב' הזה הוא מסכי' עם גרס' הרי"ף והרא"ש דלא גרסי א"נ אחולי אחיל גבי' והוא דעת ר' ירוחם וכמו שהאריך שם הרב מהריב"ל בסי' הנז'. איברא דמדברי הטור בסי' תי"ז שכת' משא"כ בר"ה שאין לו בעלי' לא משמ' הכי אבל מ"מ כתב שם הרב הנז' דמוכרחים אנו לומר כדי שלא יתקשו דברי הטור להדדי שבסי' קנ"ה גבי הרחק' השובך מן העיר שטוענין ללוקח לומר ראשון עשאו ברשות ליש נגד רבים ל"ש נגד יחיד דפי' דברי הטור בסי' תי"ז משא"כ בר"ה הוא דלא סגי במחילת בני המבוי לבד אלא צריך שימכרו או ימחלו ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר ובהכי אתי שפיר מאי דכתב הטור בהרחק' שובך דטענינן ללוקח אפי' נגד רבים

דאמרי' דלמא נקט מז' טובי העיר במעמד אנשי העיר כן נראה מדברי הר' הנז'. אבל מ"מ ק' לי דהא בסי' קמ"ט כתב דאם טוען שמכרו ז' טובי העיר וכו' וא"ל ודאי אם מכרו ז' טובי העיר ה"ל קלא וכו' וא"כ איך טוענין ללוקח כן כיון שהוא לא היה יכול לטעון משו' טעמא דאי איתא כדבריו ה"ל קלא ונ"ל לתרץ לזה דלא כתב כן הטור דה"ל קלא אלא גבי מחזיק בקרקע עצמו של הקדש דהא ודאי אוושא מילתא מכיר' קרקע הקדש ואית ליה קלא אבל הרחק' שובך מן העיר דאין זו קניי' קרקע ולא חסרון קרקע אלא דבר קטן הוא אעפ"י שמכרוהו לית ליה קלא ודמי למ"ש הטור בסי' קנ"ג בשם רשב"ם דדבר שאין בו חסרון קרקע הוא תשמיש קטן ואין רגילין לכתוב עליו שטר ה"נ אמרי' דדבר קטן כזה לית ליה קול. ומ"מ למדנו דעת כלם דמחזיק בנכסי רבים אין לו חזקה ואפי' ללוקח לא טעני' לדברי הטו' אלא היכא דהוא דבר קטן דאפי' היה יכול לטעון כן אבל קניי' קרקע כנ"ד אם יטעון הוא שלקח מז' טובי העיר אמרי' אי איתא ה"ל קלא וה"ה דלא טענינן ללוקח זה נ"ל לפי דרכו של הרב מהריב"ל בדברי הטור. ומ"מ קשי טובא דברי הטור בסי' קמ"ט למה הוצרך לטעמא דה"ל קלא וטעמא דאין כאן מחאה שכל הרואה יאמר שירד לקבץ פירות לצורך עניים בטעמא קמא סגי דבטעמא דאם ירד בו שום אדם נסתלק' המחא' וכיון שאין כאן מחאה אין כאן חזקה דחזקה מכח המחאה קא אתיא. ונ"ל לתרץ לזה דלא סגי טעמא קמא אלא היכא דליכא ז' טובי העיר אבל היכא דאיכא ז' טובי העיר שהם ממונים על עניני העיר הוה להו כגזברים הממונים על ההקדש ויש להם חלק בו שכתב הרשב"א בתשו' הוזכר' בב"י שם שהיה להם למחות ה"נ היה להם למחות כיון דהם ממונים על עניני העיר היה להם לבדוק אם ירד לקבץ פירות או ירד בתור' מקח וכיון דלא מיחו ודאי דנאמר דהוי חזקה דהם מכרו לזה הוצרך לתרץ דאיכא טעמ' אחרינא דלא מיחו משום שאומרים אי איתא שמכרנו קלא אית ליה למילת' וכיון דליכא קלא אין אנו צריכין למחות ואע"ג דהטור גריס בההי' דפ' לא יחפור א"נ אחולי אחול גביה ומש"ה כתב בהרחקת שובך דטענינן ללוקח כדכתיבנא דהיינו ודאי שמכרו ז' טובי העיר וכדכתבו התוס' בפ' לא יחפור דפי' אחולי אחול הוי ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר מ"מ שאני גבי קנין קרקע דאוושא מילתא ואי איתא דמכרו קלא אית ליה וכדכתי'. וכ"ת עדיין ק' לימא הטור טעמא בתרא דאית ליה קלא ולא טעמא קמא י"ל דמ"מ טעמא קמא אמרו מפני שהוא פשוט יותר והיינו דוקא היכא דליכא ז' טובי העיר דלהכי אהני ההוא טעמא דוקא כאמו וקושיא זו הקשה אותה הרב מהריב"ל שם והניח' בצ"ע גם הרב מורי ז"ל הרגיש בה בפסק הנז' ותי' באופן אחר יע"ש. ותו קשיא לי בלשון הטור במאי דכתב אם יודו ז' טובי העיר יש לו חזקה אעפ"י שאין לו שטר דאם מודי' ז'

טובי העיר למה לי חזקה בלא חזקה מהניא דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואי אמרת דאינם נאמנים ז' טובי העיר דאימור קנוניא עשו ביניהם ולכך מודים לו שמכרו א"כ אפילו אם חזקה לא מהני ואיך כתב הטור יש לו חזקה אעפ"י שאין לו שטר דמשמע דחזקה מיהו בעינן ואי לא לא ובפסק אשר רמזתי תרצתי קושיא זאת והעלתי שם דרך אחר לתרץ ג"כ הקושיות הראשונות מ"מ למדנו בנ"ד דחזקה להקדש לא מהני ואפי' שיהיו גזברים ממונים על כך כתב שם הרב מורי דלא מהני דאין הגזבר בזמן הזה קבוע להם עד שתאמר שהם בעלים ידועים וכמו שהאריך שם:

גם הטענ' האחרת שדחה החכם הפוסק נר"ו דיש להם חזקה לחברת ת"ת אעפ"י שירדו מתחלה בתור' שאלה לא היא דודאי הוי פלוגת' דרבוות' אי ירד ברשות אית ליה חזקה או לא וכבר כתב הריב"ש בסי' שכ"ו בשם גדולי האחרונים וז"ל שם כיון שע"כ יש להורות שמתחלה לא בתורת מקח ירד שוב אינו נאמן והטור בסי' ק"ן כתב בזה פלוגת' א"כ כיון דאיכא פלוגתא דרבוות' אוקי ארע' בחזקת מריה קמא שהם גבאי הברת ההקדש אם יש להם עדים ברורים שהקרקע שלהם אבל אם אין עדים ברורים שהקרקע שלהם ראיית החוגי"ט חספא בעלמא הוא כדכתיב' ואוקי ארעא בחזקת חברת ת"ת ואפי' אם ירצו אנשי העיר לשנות' ולהחזירה לצורך עניי הקדש לאו כל כמיניהו שלא כדברי החכם הפוסק שהתיר לעשות כן ואין דעתי כן דאין לך מצוה כת"ת ואין אנו יכולים לשנות המצוה חמור' לקלה וכ"כ הרב מהריב"ל בח"א סי' מ"ט דאין יכולי' לשנות מת"ת להשיא יתומה דהוי מקדוש' חמורה לקלה והביא תשובת הרא"ש שנסתייע ממנה החכם הפוסק נר"ו ומינה למד דדוקא היכא דאיכא סכנת נפשו' אין אי לא לא: גם הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה בפסקיו חלק ראשון סי' כ"ע כתב כן ודקדק הדבר מתשובת הרא"ש ג"כ דמת"ת אין יכולין לשנות לשום דבר אם לא לדבר דאיכא סכנת נפשות:

גם מה ששאלו דמי שנדר בעת צרה שאם ינצל מאות' צרה יתן לעניי א"י חמשים אלף לבנים אם יכול לשנותם לבנות בתי מדרשות לת"ת:

איברא דמדברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל בתשובה הנז' נרא' דהחמיר מאד בענין ומה גם היכא דאיכא תרתי לריעותא נדבת יחיד וגם פסידא דלא הדרא שלא יחזרו לפרוע מה שהם משנים:

גם הרב מורי ז"ל בסי' כ"ח צדד צדדי להחמיר בענין וזה לי ימים מועטים כתבתי פסק על זה ושם הארכתי ועתה אומר בקצרה דכיון דהו' לענין ת"ת דהיא מצוה גדולה עד מאד כדכתיב' ולא בא הממון ליד הגבאי לחשבון עניי א"י והמרדכי כתב בהגהותיו לכתובות בסוף פ"י דיחיד יכול לשנות צדקה דיליה לדבר מצוה כמו טובי העיר בצדקת אנשי

העיר ומהרי"ק בשרש ה' הקל מאד בענין לכן אם יסכימו רבני העיר ההיא לשנותה לענין ת"ת אני אהיה סניף אליהם לא ח"ו שיסמכו על דעתי לבדו כי דעתי קצרה וצרה:
הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יז

יורנו מורנו מורה צדק באיש א' שמת והניח שני בנים ויש בן לא' ובת לשני אם קיים מצות פריה ורביה או לא ושכרו כפול מן השמים:
תשובה ודאי לא קיים דהטור כתב בריש א"ה כיון שיש לאדם זכר ונקבה קיים מצות פריה ורביה וכו' אבל אם מתו והניחו בנים כיון שיש לו לבן בן או בת ובן לבת או בת לבת קיים פריה ורביה אבל מת א' מהם בלא בנים ויש לבן בן ובת לא קיים ע"כ נוסחת לשון הטור באמת ובנוסחאותינו שכתוב או בן לבת או בת לבת ט"ס הוא וצריך להיות ובן לבת כדכתיב' ונפקא ליה לטור מהא דאמרי' בהבא על יבמתו סבר אביי למימר ברא לברא ברתא לברתא וכ"ש ברא לברתא אבל ברתא לברא לא ע"כ ופשט ההלכה משמע כדברי הטור דמאי דקאמר וכ"ש ברא לברתא ר"ל עם ברא לברא שהזכיר קודם וה"ק וכ"ש במקום ברתא לברתא שהזכרנו כשהוא ברא לברתא דנמצא שהם שני זכרים מבן ובת דמהני אבל ברתא לברא לא כלו' אבל כשיש ברתא לברא וכן לברתא ברתא לא הוה ס"ל דמהני ואתא רבא לומר דאפ"ה מהני וא"כ אפי' כשיש לבן ולבת שתי בנות סגי לפי ההלכה דנקטינן כרבא:
וכ"ת מנא ליה לטור דמאי דאמר אבל ברתא לברא לא ואמר רבא דמהני לא איירי כשיש ברתא לברא וברא לברתא דהוא בהפך אבל לעולם בשתי בנות לבן ובת לא מהני י"ל דכי היכי דמאי דאמר כ"ש ברא לברתא הוי עם ברא לברא הנז' ולא שני אלא בברא גם אבל ברתא לברא הוי עם ברתא לברתא הנז' קודם ולא שני אלא בברא לחודיה ועוד דמשמ' ליה לטור דאי אמר' דכ"ש ברא לברתא דמהני דהיינו שני זכרים לבן ובת ודאי דה"ה וכ"ש הוא דמהני בן ובת לבן ובת אע"פ שהם הפוכים דהוי בן לבת ובת לבן ומדהוה סבר אביי לו' דלא מהני ברתא לברא משמ' דאיירי בב' בנות לבן ובת ועל דא קאמר רבא דמהני והו' כוותיה ומכאן יצא לטור דהיכא דיש לו לבן ולבת ב' בנים או אפי' ב' בנות מהני וכן כתוב בהגהות אלפסי בשם ריא"ז וז"ל ומ"מ צריך שיוליד הוא תחלה זכר ונקבה ואע"פ שמתו ונשארו להם ב' בנות אחת מזו וא' מזו קיים פריה ורביה ע"כ א"כ ברור לדעתם שב' בנות מבן ובת מהני אבל מ"מ צריך שיהיו לו זכר ונקבה לזקן וכדכתב הטור כיון שיש לאדם זכר ונקבה וכו' וכן לשון ריא"ז שהזכרתי שכ' ומ"מ צריך שיוליד

הוא תחלה זכר ונקבה אין צ"ל לדעת הרמב"ם שכתב בפט"ו מה' אישות דהיכא דנשארו ב' בנות או ב' זכרים לא מהני אלא צריך שישארו בן ובת מבן ובת אע"פ שתהיה הבן לבת והבת לבן שכ"כ בד"א כשהיו בני הבנים זכר ונקבה והיו באים מזכר ונקבה וכו' דלדעתו פשיטא דבעינן שיהיה לזקן זכר ונקבה. איברא שסוגי' הגמ' לא משמ' הכי ונדחק הרבה הרב בעל ת"ה ליישבה לפי דעתו ז"ל מ"מ למדנו לפי דעתו דבעינן זכר ונקבה וא"כ בנ"ד אליבא דכ"ע פשיטא דלא קיים פריה ורביה והדברים פשוטים ואין צריך לפנים הנלע"ד כתבתי וחתמתי:

הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יח

ראה ראיתי אור יקרות אמרות טהורות דברי הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו על ענין האש' מ' שמחה אשת ה"ר יעקב ארוטי יצ"ו ומי הוא זה ואיזה הוא שיבא אחרי המלך הוא מלכנו הדיין המצויין לכל בני עמנו אך אמנה בהרמנותיה דמלכא אגיד דעתי החלושה דקה מן הדקה:

תחלה כתב הרב נר"ו איברא דאיכא לספוקי אם יצא קול שיש עדים במ"ה שנתקדשה אי חיישי' להך קלא ואסרינן לה אבתרא ומקום הספק הוא מההיא דמייתי תלמודא פ' האשה נקנית דההוא גברא דאקדיש באבנא דכוחלא וכו' ולע"ד נראה דאפי' דיצא הקול בכך אין לחוש דהרי כתב שם הר"ן בההיא עובדא בשם הרא"ם דהיינו דוקא היכא דנפק קלא קודם דנתארסה לשני דאי לאחר שנתארס' לא חיישי' לה דאפי' בקלא דאתחזק אמרי' התם דלא חיישי לקלא דבתר אירוסין כו' וא"כ כיון דנ"ד לא הוי אלא קלא דבתר נישואין לא משגחי' לה ומפני שהרב נר"ו משמ' ליה ההיא עובדא בקלא דבתר אירוסין הוצרך לחלק מנ"ד להתם ולפמ"ש הר"ן אין אנו צריכין לכך ומ"מ החילוק שחלק הרב נר"ו הוזכר שם בדברי הר"ן למילתא אחריתי ואגב גררא אמינא דקשיא לי טובא בדברי הטור א"ה סי' ל"א שכ' בשם הרמ"ה בהך עובדא כדברי אביי ורבא דחיישי' אם יצא עליה קול שיש עדים וכו' וז"ל כתב הרמ"ה אי קדיש במידי דלא ידעי' השתא אי הוי ש"פ בעידן קדושין או לא וכו' ואם א"א להתברר ע"י עדים שהיה ש"פ בשעת קדושין וכו' ולא שרינן לה אפי' העדים רחוקים מכאן הרבה וכו' אבל לא אסרינן לה ע"פ אשה או קרוב וכו' משמע מלשונו דאם אינו ש"פ דשרינן לה והוא ז"ל כתב לעיל בשם הרמ"ה ז"ל גבי קדשה בדבר שאינו שוה פרוטה וכו' אם ילדה משני ולא גירש ראשון הולד כשר דנהי דחיישי' לקדושי ראשון וכו' משמע דפסק כשמואל דחיישי' שמא שוה פרוטה במדי

והיא מקודשת וא"כ אמאי שרינן לה אפי' שלא יהיה שוה פרוטה וכ"ת הרמ"ה איירי בדבר שאינו יכול להתקיים כגון תבשיל או ירק וס"ל כהרמב"ם דאינה מקודשת כיון שאינו שוה פרוטה באותו מקום ובהא קאמר דאם יש עדים שהיה שוה באותו מקום פרוטה באותה שעה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת זה א"א דהרמ"ה אית ליה כר"י ז"ל דכתב שם הטור דפליג על הרמב"ם דלעולם הוי קדושי ספק אפילו אינה מתקיימת למקום שש"פ דמפני כן הכשיר הולד מן השני משום דס"ל דטעמא דאיסור פחות מש"פ לא הוי דאורייתא משום דשוה באותו מקום אלא אפילו שוה במקום אחר אין בו איסור תורה דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וטעם האיסור הוי משום דגזרינן הא אטו הא וכיון דלא הוי טעמא אלא משום גזרה לכך כ' הרמ"ה דאין הולד מן השני פסול וכן כתב שם הרב ב"י דטעמו של הרמ"ה משום דסבר כר"י וכיון שכן לית ליה דינא דהרמב"ם דתבשיל או ירק אם קדשה בו אינה מקודשת. ואם נאמר דהרמ"ה מאי דכתב האיסור וההיתר הוא לענין הולד דאי איכא שוה פרוטה הולד מן השני ממזר ואי פחות משוה פרוטה אין הולד פסול ואי איכא עדים במ"ה חיישי' להו והוי הולד פסול מספק לא משמ' הכי מדבריו שכתב לשון שרינן לה ולשון אסרינן לה דמשמע דלא איירי אלא לענין האשה עצמה. וגם יש לי לתמוה על הרב ב"י שכתב שם דפסק הרמ"ה כרב חסדא ולא ידעתי היכן ראה כן אדרבה בהדיא פסק כאביי ורבא שכתב אלא אפילו יצא קול שיש עדים שהיה שוה פרוטה חיישי' להו והוא מפרש כפירוש התוס' דהא איכא סהדי באידית ר"ל דיצא הקול שיש עדים במ"ה ורב חסדא לא חייש ואביי ורבא חיישי ופסק כוותייהו דחיישי' לקול וצ"ע. ומ"מ היינו דוקא דיצא קודם האירוסין כדכ' הר"ן ז"ל וכדכתיבנא לעיל וכן רבינו ירוחם שכתב בנתיב כ"ב ח"ב זולתי אם יצא קול עליה שיש עדים במ"ה שנתקדשה איירי בכה"ג שכן כתב אח"כ ודין הקול לקמן שכתבנו כלומר האי קול דאמינא הוא בענין שנכתב לקמן שיהי' בכל דיניו וקודם אירוסין עלה בידנו דאפי' יצא הקול שיש עדים במ"ה שנתקדשה לה"ר דוד ארוטי לא חיישי' ליה כלל כיון דהוי בתר נשואין דר' יעקב ארוטי וזה פשוט מאד:

אך מה שכתב הרב הנז' דאם יבאו עדים כשרים ויעידו על זאת האשה שנתקדשה בפניהם לר' דוד ארוטי דכיון דיש עדים דשמעו מפי ר' דוד ארוטי שהודה בפניהם שלא נתקדשה לו הוו כתרי ותרי והוי ספקא דרבנן ולא תצא מר' יעקב ארוטי לזה אומר דקשה הדבר בעיני להתיר וכמו שאבאר בה"י אך אמנה אכתוב ראשונה כפי הנחתו הנאמנה כתב הרב נר"ו דבההיא ברייתא דפ' האשה שנתארמלה שנים אומרים נתקדשה וכו' הקשה התלמוד מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא וכו' וכתב הרב מהריב"ל בראשונות

סימן י"ז דהקשה ההגה"ה וא"ת רישא בחזקת פנויה וסיפא בחזקת אשת איש וכתב על זה הרב הנז' דלדידיה לא קשה הך קושיא משום מה שכתב ר"ת דחזקה דאשה דייקא ומנסבא מרעא לה להך חזקה ותמה עליו הרב נר"ו דמ"מ אפילו למה שכתב ר"ת אכתי באשם תלוי קיימא ובשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה אפילו אשם תלוי ליכא. הן אמת זה לי ימים רבים נתקשה אצלי קושיא זאת בדברי הרב הנזכר ומה גם תתחזק הקושיא אחר שאנו רואים שבעלי התוס' שתרצו לעיל ההיא דר"ת הקשו ההיא קושיא דהגה"ה שכתבו שם וא"ת שנא ושנא דרישא אית לן לאוקומה בחזקת פנויה וסיפא בחזקת אשת איש ולדברי הרב מהריב"ל לא הוו מקשו ולא מידי דכבר מתורצת הקושיא כמ"ש לעיל בדבור המתחיל הבא עליה באשם תלוי קיימא אלא ודאי דכוונתם פשיטא כמו שכתב הרב הפוסק נר"ו דחזקה דדייקא ומנסבא מרעא לה לחזקה דאשת איש ומוקמינן חזקה בהדי חזקה והוי כאלו אין כאן חזקה כלל ומשום הכי הבא עליה באשם תלוי דאין בה לא חזקת איסור ולא חזקת היתר אבל ברישא שנים אומרים נתקדשה וכו' אית בה חזקת היתר דפנויה ואוקמה אחזקה ומ"מ קשה לי קצת בדברי התוס' שכתבו וסיפא בחזקת אשת איש דחזקת אשת איש כבר איתרעאי בחזקה דדייקא והיה להם לומר וסיפא ליכא חזקת היתר אבל חזקת איסור ליכא דכבר הורעא ותו קשיא לי במה שכתבו וי"מ כיון דלא מפליג בין באו עדים וכו' מלבד מה שדקדק הרב המובהק נר"ו דמ"מ נימא ברייתא כרבנן והאי דקאמרה אם נשאת תצא שנשאת לאחר ולא לאחד מעדיה אבל רישא אפילו נשאת לאחר לא תצא דאוקמה בחזקת פנויה דטפי עדיף האי תירוצא ממאי דתריץ אביי תרגמא בעד א' דמשבש הברייתא דקאמרה שנים אומרים נתקדשה וכו' ומ"מ דברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל תמוהים וכמו שכתב הר"ב נר"ו:

עוד כתב דאע"ג דתרי ותרי ספקא דרבנן ולדברי התוס' אם נשאת לאחר דתצא מדרבנן וכ"כ הטור בסי' מ"ז מ"מ לא נפקינן להך אתתא מר' יעקב ארוטי כיון דהשנים שאומרים שנתקדשה לר' דוד ארוטי לא באו אלא אחר שנשאת לה"ר יעקב ארוטי ובהא כ"ע מודו דכיון דהוי ספקא דרבנן אם נשאת לא תצא: ועוד טעם אחר בנ"ד שזה האיש ר' יעקב ארוטי חקר ודרש וידע שלא היה שום חשש קדושין לר' דוד ארוטי עם אשתו והוא אומר בריא לי והוי כנשאת לאחד מעדיה:

ואני אומר אם נ"ד היה דומה להה' דתרי ותרי ודאי דהיו מספיקין אלו הטעמים להקל כיון דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ובמילתא דרבנן יספיקו אלו הטעמים ומה גם דיש לסייע הטעם האחרון מההיא דפרש"י גבי היא גופה באשם תלוי קיימא שתירצו בגמ' באומרת בריא לי שרוצה לומר שאין לבי נוקפי ודלא כהר"ן שחלק עליו בכתובות פ'

האשה שנתארמלה דהאשה ראתה שמת וכיון דלרש"י אף על פי שלא ראה הדבר אלא כיון שסר החשש מלבו מהני לאפוקי מאשם תלוי א"כ בנ"ד ג"כ ה"ר יעקב ארוטי חקר ודרש ונסתלק הספק מלבו ואין לבו נוקפו ואם כן הוי כאומר ברי לי ואע"ג דהר"ן חלק על פרש"י מ"מ כיון דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן אזלינן בתר המקיל בדבר דרבנן:

אך אמנה אעיקרא דדינא פירכא דלעניית דעתי אין לדמות נ"ד לתרי ותרי דבפ' האומר אמרינן המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו אפילו שניהם מודים ואמר ליה רב אשי לרב כהנא מאי דעתיך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אמר ליה התם לא קא חייבא לאחריני הכא קא חייבא לאחריני ע"כ. א"כ כי היכי דהדאתו לא מהני ולא מידי משום הנוגע לאחרי' ה"נ הכחשתו לא מהני ולא מידי דהעדים באים לאוסרו בקרובותיה ולאוסרה לכל העולם לא מהני ולא מידי ואפי' יאמר עוד היום ר' דוד ארוטי שלא קדשה כיון דאיכא עדים שקדשה והיא אסורה לכל העולם מה לנו ולהכחשתו וא"כ אין כאן תרי ותרי דאלו העדים שקדשו בפניהם אומ' שאעפ"י שהוא אומר שלא קדשה דאינו כן אלא שקדשה ובודאי שהם נאמנים לאוסרה לכל העולם ולאוסר' בקרובותיה והרי הרב מהר"י קולין בשרש ע"ד החמיר להצריכה גט אעפ"י שהמקדש חזר בו והעדים חזרו בהם מפני שהם חתומים על השטר בלבד ובלי שום קיום בשטר ואעפ"י שדחה הרב מהר"י טאייטאצק ז"ל הוראה זו בשתי ידים וכמבואר בפסקי הרב הגדול מורי הראשונים סי' נ"א מ"מ לא דחאוה מהלכה אלא מפני שהשטר לא נתקיים אבל אם השטר היה מקוים או העדים היו מגידים בפיהם ודאי דמהני אליבא דכ"ע אעפ"י שהמקדש היה חוזר והיה אומר שהוא שקר דמה לנו ולדברי המקדש כיון דאיכא עדים במילתא דאיסורא לאוסרה לכל העולם ודאי דבתר עדים אזלינן ולא מפיו אנו חיים ומה גם כי בנדון דידן לא אמר ר' דוד ארוטי בב"ד מעולם שלא קדשה אלא חוץ לב"ד ומילתא דלא מתאמרא בב"ד יכול לחזור בו ולסתור דבריו בב"ד כמו שפשוט כל זה גבי עדות שהעד יכול לחזור ולסתור דבריו שאמר חוץ לב"ד וכן גבי טוען כתבו כן הפוסקים דיכול לסתור טענותיו שאמר חוץ לבית דין א"כ ודאי דאם יבאו עדים יהודים כשרים ויאמרו שקדשה בפניהם כדת וכהלכה כה"ר דוד ארוטי דהיא מקודשת לו:

אבל דבר זה זר בעיני מאד דשם לא היו נמצאים יהודים ואם ירצה ר' דוד להביא עדים על כך הדעת נותנת שהם עדים שקרים ולכן אני אומר שלא יקובלו עדים כאלו אלא בפני גדולי ישראל הבקיאים בדרישה וחקירה וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשוב' כלל מ"ו סי' ג' דבנדון זה לאסור אשה על בעלה הכל מודים דבעינן דרישה וחקירה ובודאי דהב"ד

הבקיאים בדרישה וחקירה יוציאו בנ"ד הדבר לאמתו וכל עדים שיביא ר' דוד ארוטי מתוך דרישתם וחקירתם יפסלום בית דין כי בודאי הדעת נותנת כפי הדברים הבאים בשאלה שכל עדים שיביא על כך עידי שקר הם זה נלע"ד לחתום בשולי חכמת הדרת הרב המובה"ק נר"ו: נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה יט

ראיתי השאלה ערוכה בכל ושמורה אך לשרה צרה ויגון אמצא הן כל ראתה עיני בראשונה עדות נאמנה איך נתקדשה לרבי שבתי כהן ובאחרונה נתקדשה פעם אחרת ונכנסה לחופה עמו וראיתי העדיות חלוקות יש אומרים כי באחרונה נתקדשה לאונסה ויש אומרים לרצונה ואחר הקדושין שניים הלכה היא וקבלה קדושין מאחר על זה רבו כמו רבו הקטטות והנראה לע"ד בנדון זה הוא דאם לא היו כאן הקדושין הראשונים מטעם השניים הייתי אומר שהיא ספק מקודשת מפני שיש בהם ספק אם היו לאונסה או לרצונה ואם היו לאונסה ודאי אינה מקודשת כדאמרינן בריש האשה נקנית מדעתה אין בעל כרחה לא וכתבוהו הפוסקים הטור בסימן מ"ב בא"ה והרמב"ם בפ"ד מה' אישות וכיון שהעדים הם מערכה לקראת מערכה אלו אומרים נתקדשה לאונסה ואלו לרצונה הוי כב' אומרים נתקדשה וב' אומרים לא נתקדשה דלא תנשא ואם נשאת תצא אלא אם נשאת לא' מעדים כדאמרינן בפ"ב דכתובות וכתבו הטור בא"ה סימן מ"ז:

והנה העדים האומרים שהיה לאונסה אינם לא ר' שמואל אלוף שהעיד שנמצא לשם שהקימו הבחורה שרה בע"כ שלא היתה רוצה הבחורה הנז' לקום והקימוה מצד אחד אשה אחת ומצד אחרת אשה אחרת ונתנו לה קדושין ונשאר הטבעת לידה ועשו שבע ברכות דאין עדות זה מספיק לומר דהוי לאונס' דמ"מ כשקבלה אמאי לא זרקה מידה וכדכתב המרדכי בסוף מסכת גיטין מה שהעד אומר שראה שלקח ידה בעל כרחה ונתן הטבעת בידה מאחר שלא זרקה צריכ' גט כו' ה"נ אימא הכי הוה לה למיזרק ולא תשאר בידה ומטעם זה ג"כ אין עדות ר' ישועה המעיד כיוצא בזה דאיך הקימו לבחורה בעל כרחה ונתנו לה קדושין וקבלה הקדושין לידה ואמה היתה צועקת לשמים ואומרת כמו שעשיתם עם בתי תמצאו מן השמים מספיק לומר דהוי לאונסה דהוה לה למזרק ולמה נשאר בידה וגם עדות ר' שלמה בב"ר דוד דשמע מפי אחרים שאמר הבחור הנז' לבחורה שאם לא תקומי ברצונך אני מכה אותך יראה דאין עדותו עדות דהוי עד מפי עד גם עדות רבי שלמה גרשון אינו ענין כלל גם עדות ר' אהרן ספרדי שהוציאו לבחורה בעל כרחה בכח הנאי"פ מהדיין וכן עדות ר' שמואל בכ"ר יעקב המעיד איך המוחתורי"ש מהדיין

לקחו אותה ונתנו אות' ביד בעלה ר' שבתי כהן אין עדות זה מספיק דהרי לא הזכירו שבשעת הקדושין היה זה וכדי שלא יכחישו לעדי אחרי' המעידים שהקדושין היו ברצונה ובשעת השבע' ברכות היה בלבול מצעקת אמה אומר אני דכל אלו המוחתורי"ש והנאי"פ שהביא רבי שבתי היה אחר הקדושין שהיו ברצונם וכדי שלא יכחישו העדים כת א' לחברו נאמר כן דכל שאנו יכולים ליישב העדים שלא יכחישו מיישבינן כי הא דאמרי' בסנהדרין א' אומר בשנים בחדש וא' אומר בג' אמרי' דטעו בעיבורא דירחא וכן כ' הר"ן בתשובה הוזכרה בב"י בח"מ סי' כ"ט גם עדות רבי לא זו ברור הוא דאינו מועיל כלל גם עדות ר' רפאל בכ"ר משה האומר איך נמצא בשעת הז' ברכות ושמע מפי אברהם הכהן הנז' שהיה הדבר לבחורה הנז' תרצו לקום ולעשות שבע ברכות או אלך להביא אנשי הדיין ואח"כ קמה הבחורה ואיני יודע אם ברצונה קמה או שלא ברצונה ואח"כ שמעתי קודם נתינת הקדושין שהיה מדבר וכו' דמשמע דקודם הקדושין היה מאיים אותה ומשמע דהוי לאונסה גם אין עדות זה מספיק כיון דכתוב בו איני יודע אם ברצונה או שלא ברצונה משמע דמסופק הוא דמשמע ליה קצת דלא היה כאן אונס גם עדות רבי מיכאל בכ"ר שלמה הכהן איך נמצא בבית וראה שהיו לוקחים הבחורה הנז' אנשי הדיין והתוגרמים והיתה בוכה הבחורה וגם אמה אחריה גם אין עדות זה מספיק משום דדילמא אחר הקדושין היה בשעת הז' ברכות שלא יכחישו לעדים אחרים שאומרים שהקדושין היו ברצונה כדכתיב' גם העדות אחר שהעיד רבי מיכאל פשוט הוא דאינו ענין כלל:

אלא מה שאני אומר דיש עדים שמעידים שהיה לאונסה הוא מפני עדות ר' אברהם בר פנחס שהעיד שהיה מאיים את הבחורה ה"ר אברהם הנזכר באומרו שהיה רוצה ללכת לדיין ולשר ולפזר ממון ועם כל זה הקימוה בע"כ ונתנו לה קדושין וכן עדות רבי שלום יצחק שהעיד שהיה מדבר ה"ר אברהם כהן הנזכר לבחורה הנזכרת קומי ונעשה שבע ברכות דאי לא"ה אלך ואביא לאנשי הדיין ואח"כ קמה הבחורה הנז' ונכנסה לחופה וקדשה בעלה ה"ר שבתי כהן הנז' כדת משה וישראל וכן ר' נסים בכ"ר ישועה שלום ז"ל שהעיד איך נמצא בשעת ז' ברכות וראה לה"ר אברהם הנז' איך היה מדבר עם הבחורה הנז' קומי ונעשה שבעה ברכות דאי לאו הכי אלך להביא אנשי הדיין ואח"כ קמה הבחורה הנז' ועשו שבע ברכות ושמעתי ז' ברכות מפי ה"ר אברהם הנז' וקדשה בעלה ה"ר שבתי כהן הנז' ע"כ דמשמע מכל אלו העדיות דהיה מאיים לבחורה קודם הקדושין וכיון שכן נאמר דמפני איום זה שעשו לה לא זרקה מידה הקדושין והוו באונס ואף על גב דכתב הרב מהר"י קולין בסי' קפ"ו דאונס דהכחדה לא הוי אונס משום דעביד

איניש דגזים ולא עביד הרי כתב שם דרבינו האיי ורבינו חננאל אית להו דאונס דהפחדה היכא שבידו לעשות הוי אונס ובנ"ד ודאי דיכול לעשות וסופו הוכיח על תחלתו שעשה מה שרצה עם הנאי"פ והמוחתורי' והרב מהריב"ל בתשובותיו ח"א ריש כלל עשרים תפס במושלם הך סברא דרבינו חננאל ורבינו האיי ז"ל דאונס דהפחדה הוי אונס ופסק שם דהמודעא מודעא ויכול להוציא ממון בכח סברא זו וכתב דראבי"ה ג"כ לא יחלוק על דברי הגאונים. איברא דקשיא לי טובא דבכלל י"ז כתב מ"מ יראה לע"ד דאין בדברי שמעון ממש כיון שראבי"ה ומהר"ם ס"ל דעביד איניש דגזים לא הוו הגיזומים והאייומים אונס ואע"ג דרבינו חננאל חולק עליהם מצי למימר קים לי כראבי"ה ומהר"ם כיון שהוא מוחזק וכו' הרי שכתב הפך ממה שכתב בכלל עשרים בתרתי חדא דכתב דהמוחזק יכול לומר קים לי כראבי"ה דלא וכרבינו חננאל ורבינו האיי ז"ל ועוד שכתב שראבי"ה חולק על רבינו חננאל ושם כתב שאינו חולק ודבריו צריכים עיון מ"מ למדנו דהוי פלוגתא דרבוותא וכיון שכן הרי לדברי אלו העדים הוי ספק מקודשת וא"כ תפסי בה קדושין:

איברא דאיכא למשדי ביה נרגא דכיון דלדברי העדים האחרים מקודשת ודאית ולדברי האחרים ספק מקודשת אמאי תפסי בה קדושין הא הוי כאן ספק ספקא ספק אם כדברי העדים דאמרי מקודשת או כי הני דאמרי ספק מקודשת ואפילו את"ל דהוי כמ"ד ספק עדיין ספק לנו אי תפסי קדושין דדילמא הוי מקודשת ודאית דאונס דהפחדה לא הוי אונס מ"מ נראה דבנ"ד כ"ע מודו דגזים ועביד דהרי כפי הנראה מתוך כתב שראיתי חתום רבים מנכבדי יאניני"ה בתחלה הלך בערכאות על דבר הממון אשר היה לו ביד חמותו ועל אודות בת זוגו וקמו רוב הקהלות והעידו לפני שופט הארץ כי היה אשתו והדיין גזר שיקחה לו לאשה א"כ ודאי דהרי היה עתה אנוסה בכל מה שיפסיד אותה אחר שהדיין גזר שיקחה לו לאשה ובודאי דבהא כ"ע מודו דהוי אונס דאין לומר בזה גזים ולא עביד דהרי כבר עשה ואריה רבעא לה אמצר' דידה שהיא גזרת הדיין שגזר שיקחה לו לאשה ולכן ודאי שהיא אנוסה בקדושין אחרונים כשמפחיד אותה ומפני טעם זה אני אומר דהוי ספק מקודשת דלפי דברי העדים שהיא אנוסה אינה מקודשת ולפי דברי העדים שהיה ברצונה הרי זו מקודשת והוי כב' אומרים נתקדשה וב' אומרים לא נתקדשה וכבר היינו יכולים למצא צד לומר דהוי מקודשת ודאית ולא תפסי בה קדושין מיראי הוראה אני ולכך אני דן אותה כספק מקודשת ותפסי בה קדושין שקבלה מאחר:

אבל אין לומר דתפסי בה קדושין מפני שפשטה ידה וקבלה קדושין והוי כאומר לבעלה גרשתני ואע"ג דלא היה בעלה בעיר וא"כ לא הוי בפניו מ"מ הרי כתב הר"ן בפ' האשה דלחומר' חיישי' להא דרב המנונא אפי' שלא בפניו וכתב שזה דעת הרמב"ן והרב

מהריב"ל בח"א סוף כלל שלישי חשש לסברא זו שכתב ונוסף עליהם סברת הרמב"ן וכמדומה שהר"ן נוטה לדבריו וכו' וגם הרשב"א נראה שחושש להא דרב הונא ודרב הושעיא וכו' וא"כ ראוי לנו לחוש דתפסי בה קדושין. לא היא דשאני הכא דאיכא קטטה ביניהם וכבר כתב הטור בא"ה סי' קנ"ב ואפי' אם היה בפניו אם היה קטטה ביניהם וכו' אינה נאמנת ועוד דהרי אמרו דאם יש א' מעיד כדבריה אינה נאמנת דמעיז' הכא נמי נתקדשה על פי הוראת רב גדול שהיא בידה שהיא מותרת שפסק לה כן על פי הנחתה ובודאי שעל זה סמכה ומעיזה א"כ ודאי מטעם זה אין לומר דתפסי בה קדושין אבל מטעמא דכתיבנא הרי זו ספק מקודשת:

וכ"ת כיון שבעל אחר כך נימא דבעל לשם קדושין דחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דהא חזינן בקטן שקידש או מי שקידש בפחות משוה פרוטה דהיכא דשלח סבלונות לאחר מכאן נאמר דעל דעת קדושין הראשונים שלח ואם בעל אמרינן בודאי בעל לשם קדושין וכדכתב הטור בא"ה סימן מ"ג וטעמא דחיישינן בביאה טפי מבסבלונות דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אם כן ה"נ נימא הכי דכיון דאיש זה יודע שזה נעשה באונס ויש פקפוק באלו הקדושין ודאי דבעל לשם קדושין. לא היא דאפי' נימא דבעל לשם קדושין הרי הם באונס דעדיין האונס הראשון קיים כל זמן שלא ידענו שנסתלק האונס ועוד דהא דבעל לשם קדושין היינו דוקא היכא דמתיחד' עמו בפני ב' עדים כדכתב הטור בא"ה סוף סי' ל"א וראו היא והוא את העדים שהם עדי' בכך מה שאין כן בנ"ד א"כ נר' דלא נפיק הא איתתא מספק מקודשת אי ליכא אלא קדושין שניים לבד ויגרש א' ונושא שני ובנ"ד דשניה' כהנים יגרשו שניהם ובהא דמגרש ראשון ונושא שני נסתפק הרב מהר"י ן' לב בח"א סוף כלל שלישי אם מה שיאמר שיגרש ראשון הוי על ידי כפיה בשוטי' דומיא דחולצת ולא מתיבמת או דילמא בדברים דנימא ליה מותר שיקראוך עבריינא או דילמא דמאי דאמרי' שיגרש ראשון היינו אם ירצה לפי שהיא נתנה אצבע בין שיניה וכו' וכתב שם הן אמת כי זה ימים היה מעשה בשאלוניק"י בספק מקודשת ונתקדשה קדושי ודאי בעצת חכם ואני הסכמתי אז לומר שיכופו למקדש הראשון וכו' ע"כ:

א"כ בנ"ד שהיא נתקדשה על הורא' הרב הגדול נר"ו שהיא מותרת היה מקום לומ' שיכופו לשניהם לגרש כיון ששניהם כהנים אבל מ"מ נראה דח"ו אין לנו לכוף ע"כ דהרב הגדול לא הורה לה אלא עפ"י הנחתה ואם הנחתה היא שקר היא נתנה אצבע בין שיניה דהרב לא הורה שאשה זו מותר' אלא אשה שיהיה הנחת הדברי' כך הוא מותרת אבל הרב לא ידע אם הדברים כפי מה שהניחה היא או לא וא"כ היא נתנה אצבע בין

שיניה ואין לכוף לשום אחד מהם כלל כל מה שכתבתי הוא אם לא היו כאן קדושין הראשונים או שהיו העדים פסולים אבל מאחר שהקדושין הראשונים שרירין וקיימין כפי מה שהוצגו לפני הכתבים ואין בהם נפתל ועקש פשיטא ופשיטא יותר מביעתא בכותחא דאין לחוש לקדושין שקדשה שני שהרי הוא כמי שקדש אשת חברו זה נרא' לע"ד לפי הנחת השואל ואם יהיה עוד הנחה אחרת עוד לאלוה מלין הנרא' לע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כ

חתן שקדש בטבעת שהיו קבועים בו ב' מרגליות וקודם הקדושין הראה הטבעת לחכם אשר שם ונתן לו רשות לקדש יורנו מורנו אם כדין עשה החכם לתת לו רשות לקדש בו ועוד יורנו אם ראוי לחזור ולקדש' עתה בקדושין שאין בהם דופי כדי לצאת ידי ספק וכמ"ש הרב ב"י בא"ה סימן ל"א בשם הרשב"א גבי קדשה בטבעת מזוהב ושכרו כפול מן השמים:

תשובה ודאי דאין ראוי לעשות כן לכתחלה דהרי כתב ר"ת והביאו הטור בסימן הנז' והרא"ש בפסקיו והתוס' בפ"ק דקדושין דאע"ג דאמרו בגמ' שיראי לא צריכי שומא היינו חפץ ששומתו ידוע וכו' אבל אבנים טובות ומרגליו' וכיוצא בהן שאין בקיאין בשומתן וכו' צריך שומא ולכך נהגו העולם לקדש בטבעת בלי אבן. איברא דהרא"ש כתב דלא ברירא ליה מילתא דכיון דהעולם אין מזכירין הסכום בטבעת של קדושין אפי' שיהיה בו אבן לית לן בה דלישנא קמא דגמ' בכל דהו כ"ע לא פליגי דמקודשת וכל דהו ר"ל שקדשה סתם ומ"מ הר"ן ז"ל נתן טעם לדברי ר"ת ז"ל דיש שאינו שוה אלא מעט ואפשר שהיא סבורה כמה וכמה ובהא אפי' רבא מודה דאף ע"ג דאמר לה בכל דהו דצריכו שומא וא"כ ודאי לדבריו צריך ודאי שלא יהיה אבן ולא מרגלית בטבעת הקדושין גם הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכו' אישות כתב דדוקא שיראי שהאשה מחמדתן אינם צריכין שומא אבל דברי' אחרי' צריכי' שומא וכל זה כתב הר"ן שם בפ"ק דקדושין. איברא דאפשר דהרמב"ם לא קאמ' הכי אלא היכא דאמ' נ' ושוה נ' אבל היכא דאמ' בכל דהו דהיינו שקדשה בסת' מודה דלא צריכי שומא מ"מ מדברי ר"ת כפי מה שפי' דבריו הר"ן למדנו דטבע' שיש בו מרגליו' או אבן אין ראוי לקדש ואם קדש בו כתב שם הר"ן דלדעת רש"י אינה מקודש' ולדעת הרמב"ם מקודש' משע' השומ' ולא משע' הקדושין ואע"ג דלא נפקא לן מידי מהא פלוגתא לשיראי דהא איפסיקא הלכתא דלא צריכי שומא מ"מ נ"מ לענין דברים אחרים שצריכים שומא לדידן כגון מרגליות לדעת ר"ת ודברים שאין

האשה מחמדתן לדעת הרמב"ם כן כתב הר"ן שם ועל כן יש לתמוה קצת על הרב המגיד בפ"ז מהלכות אישות שכתב סתמא דלענין דינא לא נפקא לן מידי מהא פלוגתא דרש"י והרמב"ם דהא נפקא לן לענין דברים שאין האשה מחמדתן כדכתב הר"ן מ"מ למדנו דאם קדש בטבעת שיש בו אבן או מרגלית לדעת ר"ת אינה מקודשת לפי מה שפי' רש"י ואפשר דאפי' שיפרש ר"ת כפי' הרמב"ם הדין כן דע"כ לא קאמר הר"ן דלהרמב"ם מקודשת משעת שומא אלא היכא דאמר, חמשין ושוה חמשין דבהכי איירי הרמב"ם ז"ל אבל בהא דמרגלית דנתן לה בסתם דסובר ר"ת דכשהוא נותן לה היא סבירה ששוה הרבה אפי' ששמאוה אח"כ נאמר דאינה מקודשת אפי' משעת שומא משום דקדושי טעות הוו דכשנתן לה היתה סבורה ששוה יותר מה שאין כן כשאמר לה ששוה חמשין ואשתכח הכי דאז ראוי לומר שתהא מקודשת משעת שומא משום דחמשין אמר לה וכן היה שלא הטעה אותה אם כן נמצא דלכולהו פירושי אין האשה הזאת מקודשת לדעת ר"ת:

אלא שמ"מ י"ל דלדידן מקודשת מספק משום הא דכתב הרשב"א בתשובה הביאה הרב בית יוסף שם דעכשיו נהגו בנות ישראל הצנועות שמכסות פניהן בשעת הקידושין ואין מדקדקים אם בפרוסה אם בתרקבא דדינרי איברא דהרא"ש והתוס' לא חילקו בכך מ"מ כיון דראינו להרשב"א ז"ל שכתב כן ודאי שראוי לחוש לקדושין אלו אפי' לדעת ר"ת ומ"מ הרי כתב הרשב"א שם שראוי לחזור ולקדשה אם כן בנ"ד ודאי דלדעת ר"ת לא די שאין ראוי לעשות כן לכתחלה אלא שאם קידש בטבע' שיש בו מרגלית ראוי לחזור ולקדשה ואע"ג דסברת ר"ת אינה מוסכמת מ"מ הר"ן כתבה והרא"ש לא פליג עליה בהדיא אלא שכתב דלא ברירא ליה מילתא וא"כ אני אומר בנ"ד שראוי לחזור ולקדשה בקדושין שאין בהם דופי וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ד מה' אישות דכל קדושי ספק אם רצה לכנוס חוזר ומקדש ודאי וגדולה מזאת נראה מדברי ה' המגיד בפ"י מהלכות גרושין דאפילו ספק מגורשת דרצה להחזירה צריך לחזור ולקדש ואין לומר אוקמה אחזקתה שהיתה מקודשת והגם דמהר"י קולין בשרש קע"ב חלק על זה מ"מ בספק קדושין בנ"ד כ"ע מודו דראוי לחזור ולקדשה וכיון שכן אני אומר שיחזרו ויקדשוה בלא ברכה לרווחא דמילתא ומהיות טוב אל תקרי רע וכדכתב הריב"ש בתשובה סימן פ"ב וז"ל ולזה אם רצה הבעל לחזור ולקדשה בשעת נשואין לרווחא דמילתא הרשות בידו ואין מונעין אותו אבל לברך ברכ' אירוסין לא גם אני אומר בנ"ד דכיון שיש חולקים על ר"ת ואפילו לר"ת יש פנים לומר דהוו קדושי ספק כדכתיבנא א"כ ודאי שאין ראוי לברך ברכת אירוסין אבל לחזור ולקדש יפה הדבר בעיני הנלע"ד כתבתי:

הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כא

טען מרדכי ן' ויילייא שקידש את משודכתו שיטי בת הה"ר גבריאל ברוך והביא בפני בית דין עדיו וקבלו ב"ד עדותן וזה טופס קבלת עדות במותב תלתא כחדא הוינא יתבין אנחנא בי דינא כד תבע מרדכי ן' ויילייא יצ"ו שקידש את משודכתו שיטי בת ה"ר גבריאל ברוך ואמר שיש לו שלשה עדים פלוני ופלוני ופלוני ובא אחד מהם והעיד בפנינו ובפני שיטי הנזכרת ואמר איך ליל שני אחר גמר הסעודה נשארו הוא ובחו' אח' עם הארוס ואבי הנערה ויהודי אחר והיתה הנערה במוסאנדרה וירדה משם לישק יד אביה וישבה על ארגז א' ולקח הארוס ירך תרנגול א' תוך אישטאמיל אחד שלו ואמר לה טומה אישטו פור קדושין פארה מי ולקחה אותו והשיבה לו אניחהו למחר ואמר אכולי אותו שכבר הוא שלך והיא הכחיש' אותו עוד העיד א' מפי עד א' שהלך לו למ"ה שאמר לו דע שפלוני' שיטי היא מקודשת למרדכי הנז' ההווה היום יום ג' כ"א לחדש אדר שנת רצון פה מאגנאשיאה וחתמנו ביה תרי מגו תלתא ושריר וקיים העדים יצחק ציידון והעד שהעיד מפי עד יוסף חזן מפי יוסף פארדו הדיינים אהרן צרפתי ויצחק הלוי די גאין השאלה היא אם יש לחוש באלו הקדושין: תשובה יש לחקור בענין זה חקירות הרבה ראשונה דאלו הב"ד שקבלו עדות זה הוגד לי שהשנים מהם הם הדיוטות דלא ידעי כלל בדיני עדות והאחר הוא החכם השלם ר' שלום אנשיכון נר"ו וא"כ איכא לאיסתפוקי כיון דאיכא בינייהו חד דגמיר סגי או דילמא תלתא דגמירי בעינן ובאנו למחלוקת הרמ"ה והרא"ש שכתב הטור בח"מ ריש סימן ג' כתב על דברי הרמ"ה וז"ל ויראה מדבריו דבעינן שלשתם דגמירי אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב בג' אי אפשר דלית בהו חד דלא גמיר ששמע או קרא וכו' ע"כ. ואיכא למידק על דברי הרמ"ה דהיכי פליג על הרא"ש דהא בהדיא אמרו בריש פרק דיני ממונות כוותיה שהקשו שם על דברי רב אחא אטו בתלתא מי לא הוו יושבי קרנות ותירצו בג' אי אפשר דלית בהו חד דגמיר משמע דבחד גמיר סגי ואם נפשך לומר דס"ל להרמ"ה דלא אמרי' הכי בגמ' אלא לרב אחא אבל לרבא דאמר דמדאורייתא תלתא מומחין בעינן ומשום שלא תנעול דלת בפני לווין די לנו בהדיוטות לא עקרו רבנן לגמרי דין תורה דכיון דמדאורייתא בעינן גמירי וסמיכי מסתייע דאינהו עבוד משום שלא תנעול דלת בפני לווין דליהוו גמירי לחוד אע"ג דלא סמיכי אבל שיהא ביניהם אחד דגמיר לחוד ודאי דלא תקון ולא סגי בהכי כיון דמדאורייתא צריך שהג' יהיו גמירי וסמיכי וכיון שהוא פסק כר' חנינא דהכי קי"ל דאיהו לית ליה דשמואל וכר'

אבהו קי"ל א"כ משום הכי אית ליה דבעינן תלתא דגמירי אם נאמר כן קשה דא"כ לימא תלמודא דאיכא בין רב אחא לרבא אי בעינן הג' דגמירי או האחד דגמיר לבד ומאי בעי מאי איכא בין רבא לרב אחא בריה דרב איקא מיהו דזה י"ל דה"ה דהוה מצי תלמודא למימר הכי ואכתי קשה דמנין לו לטור דהרא"ש פליג על דברי הרמ"ה דהוא לא כתב כן בפסקיו אלא כשהביא דברי רב אחא ולפרש דבריו אבל לענין דינא קי"ל כר' חנינא כדברי הרמ"ה ואי משום דהביא דברי רב אחא משמע דפסק כוותיה זה אינו דהרי הביא ג"כ דברי ר' חנינא ומנא ליה דפסק כרב אחא טפי מר' חנינא ועוד דע"כ לית הילכתא כרב אחא דאיהו אית ליה דשמואל והרא"ש עצמו פסק כר' אבהו בפסקיו דאחר שכתב מחלוקת בה"ג והרי"ף כתב על דברי הרי"ף שפסק כר' אבהו וכן מסתבר וכו' ועוד שכתב שהלכה כן מפני דרבא סבר הכי משמע דאית ליה כרבא וא"כ ע"כ לא מצי למיפסק כרב אחא אע"ג דהרמב"ם פסק כרב אחא וכרב אבהו בהלכות סנהדרין פ"ב כבר נתקשו דבריו בעיני הרשב"א בתשוב' והוצרך ליישבם בדוחק גם הרב בעל כסף משנה עמד על זה יע"ש:

מ"מ המחוור הוא לפסוק כרבי חנינא דאיהו אית ליה כרבי אבהו וכן פסק הרי"ף בריש סנהדרין כרבי חנינא שכתב שם גרסי' בגמ' אמר רבי אבהו מה הן וכו' והביא שם דברי רבי חנינא ואע"ג דאיכא למידק עלי' דלא כתב דברי רבא דאמר תרתי קתני שהוא עיקר המסקנא אלא כתב דברי רבי אבהו זה אינו כלום דלא נפקא לן מידי בין ר' אבהו לרבא אלא בפירוש המשנה ולא לענין דינא כלל וכיון שכן לא חש להביא אלא תחלת הסוגיא האמורה בגמרא ולא סופה דלא נפקא לן כלל מינה לענין דינא ולכאורה נראה דהרי"ף דכתב בתשובה כתבה בעל העיטור הביאה נמוקי יוסף בפרק הגוזל ומאכיל דקבלת עדות צריך ג' ומומתין יודעין הלכות עדות וכו' הוא מהך טעמא משום דפסק כרבי חנינא ולר' חנינא בעינן תלתא דגמירי כדפי' לעיל ליישב דברי הרמ"ה ומפני כן בעי התם תלת דגמירי. אבל קשה מה שהקשיתי על דברי הטור דהבין הרא"ש דפסק כרב אחא לכך נר' דודאי אית ליה להרא"ש דהלכתא כרבי חנינא ולא הביא בפסקיו דברי ר' אחא אלא משום דהוזכר בדבריו דבתלתא אי אפשר דלית ביה חד דלא גמיר דמשמע מכאן דבחד דגמיר סגי ואית ליה להרא"ש דאפי' רבי חנינא מודה בהא דרבנן תקון דבחד דאיכא בהו דגמיר סגי משום שלא תנעול דלת ומדהביא הרא"ש דברי ר' אחא אף ע"ג דלית הלכתא כוותיה אלא כר' חנינא דהא אית ליה כר' אבהו משמע ליה לטור דאית ליה לאביו דבחד סגי אפי' לר' חנינא ולהכי אהני ליה לאתויי דברי ר' אחא ודלא כהרמ"ה דאית ליה דבהא פליגי ר' אחא ור' חנינא אי בעינן תלתא דגמירי או לא וכיון דקי"ל כר' חנינא

אית ליה דבעינן תלתא דגמירי והרי"ף ז"ל ממה שהבאתי שכתב בתשוב' משמע דאית ליה כהרמ"ה או אפשר דאית ליה כהרא"ש ולא כתב כן הרי"ף ז"ל בתשובה אלא לענין קבלת עדות דוקא דצריך דרישה וחקירה הרבה אבל לענין מה שדנו אפשר דאית ליה כיון דאיכ' בהו חד דגמיר דינם דין ועם זה היינו יכולים לומר דהרא"ש והרי"ף ז"ל שוים דבקבלת עדות בעינן תלתא דגמירי אלא דהרא"ש איירי לענין דין והרי"ף ז"ל איירי לענין קבלת עדות אבל זה אי אפשר דראיתי להרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו שאלה כ"ד בעובדא דעזיזא כתב וזיל שכן כ' הרא"ש בהדיא בפ"ק דסנהדרין דאי לית בהו בהנהו תלתא שקבלו עדות חד דגמיר פסולי לדינא ע"כ ועוד כתב שם דמה שכתב הטור בסי' ג' בשם אביו שאין חלוק בין יחיד מומח' לג' הדיוטות לכל דבר דמשמ' דלענין קבלת עדות נמי לא נאמר כן אלא ביחיד מומחה או בג' הדיוטות אבל לא ביחיד שאינו מומחה או שנים שאינם מומחין וכמו שהאריך שם ומוכח מכל דברי אותה תשובה דלהרא"ש בקבל' עדות נמי בחד דגמיר סגי וכן נר' לי מפורש בדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בסוף פ"ה מה' סנהדרין וז"ל אבל השלש' אעפ"י שאינן סמוכין והרי הם הדיוטות ואין אני קורא בהם אלהים הרי ההודאה וכו' כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן בב"ד הסמוך לכל הדברים ע"כ ולהרמב"ם ודאי דבחד דגמיר סגי כיון דאיהו פסק כרב אחא כמו שכתבתי ולרב אחא בחד דגמיר סגי כדכתיבנא וא"כ ודאי דלדידיה ג' הדיוטות בחד דגמיר סגי ליה ומ"מ כתב שהוא כב"ד הסמוך לכל הדברים משמע אפי' לקבלת עדות. ובר מדין הסברא מוכחת דאין לחלק בין קבלת עדו' לדין דמסתמא מי שגומר ופוסק הדין הוא מקבל העדות ואיך נאמר שאלו הדיינים ידונו ואחרים יקבלו עדות זה דבר שאין לו שחר וא"כ כיון דדיני גטין וקדושין כדיני הלואו' דמיא סגי בג' וחד מינייהו דגמיר בין לדין ובין לקבלת עדות ואפי' הרי"ף דכתב דבעינן תלתא מומחין אפשר היה להסכים סברתו עם הרא"ש והרמב"ם ולומר דלא כתב כן אלא לכתחלה ומ"ש בסוף דבריו וכל המקבלי' ואינן ראויי' לקבל עדות כאלו מקבלים עדות שקר ואין ראוי לדון על פי אותו השטר אפשר דאיירי בדליכא אפי' חד דלא גמיר ואפי' הרמ"ה לא אמר בפי' דבעינן שלשתם דגמירי דהטור בסי' ג' כתב יראה מדבריו כלומר דאינו מוכרח דאפשר לומר דמאי דקאמר הרמ"ה דוקא דגמירי לא אתא לומר דבעינן כולהו תלתא גמירי אלא דאיכא בינייהו חד דגמיר ולפי זה בחד דגמיר לכולהו סגי אלא כיון שהטור לא הבין כן בדברי הרמ"ה וגם פשט לשון הרי"ף בתשובה משמע כדברי הרמ"ה נאמר דהוי פלוגתא דרבוותא. מ"מ למדנו דהרבה מחלוקות איכא אי בעינן תלתא דגמירי או לא ומשום הא

ודאי דייניגן להני שקבלו עדות בנ"ד כיון דליכא בהו אלא חד דגמיר דהוי ספק אי מהני או לא והויא ספק מקודשת על פי קבלת עדותן אעפ"י שיהא העדות מספיק:

שנית שלא עשו דרישה וחקירה ואפילו שהיה ב"ד חשוב היה צריך שיעשו דרישה וחקירה והם לא שאלו מה ליל שני היה באיזה יום או מה סעודה היתה באיזה מקום וכל שאר דרישות וחקירות ומשום הא נמי אינו כלום דהרי כתב הריב"ש בסי' רס"ז דאין צריך בגיטין וקדושין דרישה וחקירה ואפי' בדין מרומה דצריך דרישה וחקירה לכתחלה כתב שם הריב"ש דאם לא עשו ב"ד כן לא מופסל עדות משום האי ואם כן אע"ג דנשוה נ"ד לדין מרומה אין לפסול העדות ואע"ג דהוא מכחישתו כדכתב הריב"ש בסי' רס"ו ואע"ג דהרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובותיו סי' כ"ד בעובדא דעזיזא כתב דהיכא דהאשה מכחישתו צריך דרישה וחקירה לא משמע הכי מדברי הריב"ש שכתבתי דבההוא עובדא דמיירונה היתה היא מכחישתו ומ"מ כתב שאין צריך דרישה וחקירה. איברא דאם היינו משוים נ"ד לדין מרומה אם חזר בו העד הזה מבטל עדותו הראשון דאע"ג דקי"ל דכל דבר שאין צריך דרישה וחקירה שאין העד יכול לחזור בו כדכתב הרב ב"י ח"מ סימן כ"ט וכן כתב הר"ן בתשובה מכל מקום כיון דבדין מרומה צריך לכתחלה דרישה וחקירה כל זמן שלא נחקרו עדותן יכול לחזור וכדכתב הריב"ש שם בסימן רס"ו יע"ש אבל מ"מ אין להשוות נ"ד לדין מרומה דהריב"ש כתב בסימן הנז' ואין לך דין מרומה גדול מזה שהוא אשה אחת חשובה בלא שדוכין ושלא בפני קרוביה ובלא ברכת ארוסין ושלא כשורה ובהכמנת עדים דרך ערמה ע"כ והדבר מבואר דאין כל אלה הטענות שהרי היה כאן שדוכין ובפני אביה ובעת הסעודה כטוב לבם דאפשר שמחמת אהבתם נתרצו ויאותו וא"כ אפילו חזר בו העד יש להחמיר כיון שכבר העיד בב"ד דלא היה צריך כאן דרישה וחקירה: שלישית מפני שהוגד לי שבקבלת עדות כתוב שיטי בת ברוך והוא נקרא גבריאל ברוך וזה אינו כלום דכיון שכתוב בקבלת עדות שהעידו בפני שיטי משודכתו מה לנו אם המקדש טעה בלשונו או לא כוון לקרוא שם האשה בלא דבריו הא איכא סהדי קמן דאמרי שיטי זו נתקדשה יכנה הארוס בשם שירצה: רביעית שהוגד לי שהירך של תרנגולת לקחה המשדך מן הסעודה ואבי הכלה היה בעל הבית והסעודה היתה שלו ועוד הוגד לי כי הטישטאמיל לקחו המשודך בשאלה מאחיו ואם כן איכא לאיסתפוקי טובא דלכאורה נראה דזה קידש בדבר שאינו שלו דהירך של תרנגולת גזל הוא בידו שלקחו מן הסעודה וקי"ל דהמקדש בגזל דאחרים אינה מקודשת אפילו כדשדיך וכמו שכתב הטור באיה סימן כ"א אלא אם כן שמענו בפירוש שנתייאש ממנו וכמו שכתב הריב"ש בסימן ק"ע גם הטישטאמיל כיון דהוא שאול כתב הטור בסימן הנז' דאיכא

פלוגתא דרבוותא אי הוי מקודשת והרא"ש כתב אם השאילו החפץ ולא ידע המשאיל שרוצה לקדש בו אשה אינה מקודשת וכו' וא"כ בנ"ד שלא ידע המשאיל שרוצה לקדש בו אשה אינה מקודשת אליבא דרובא דרבוותא. גם זה אינו נראה בעיני טעם להתיר דהירך אעפ"י שהיה מבעל הסעודה הרי כתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות אישות גבי הנכנס לבית חברו ולקח לו כלי או אוכל וקדש בו את האשה דאם קדשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק ע"כ א"כ בנ"ד נמי ודאי שאינו מקפיד בעל הסעודה שיקח זה ירך מהתרנגולת ואומדן דעת' הוא דכל הסעודה נעשה בשביל המשודך ולכבודו ובודאי שאין ב"ה מקפיד שיקח ירך אחד מתרנגולת ובאומדן דעתא כי האי ופחות ממנו החמיר החכם השלם הרב מהר"י אדרבי בתשובותיו סימן י' במי שקדש בפאנדריקו של אחר מהך טעמא דאינו מקפיד עליו יע"ש:

גם הטישטאמיל אעפ"י שהוא שאול הרי איכא פלוגתא דרבוותא ולא עבדינן עובדא להקל כדכתב הטור וכן כתב הרב הנז' בתשובה הנז' יע"ש ואם הטישטאמיל הוא שאול והירך שלו או איפכא שהירך אינו שלו והטישטאמיל שלו יש להחמי' מצד אחר ולדמותו להמקדש בכוס דאיכא ביה תלתא דיני בו ולא במה שבתוכו או במה שבתוכו ובו או במה שבתוכו ולא בו ויש פרושי' שונים דלרש"י מיא דלא חשיבי בו דוקא וחמרא דעביד למשתיה מה שבתוכו ולא בו וציהרא שעשוי לימים הרבה לטבול בו את הכוס בו ובמה שבתוכו ולר"ת מיא שבטלין לגבי הכוס בו ובמה שבתוכו חמרא דחשוב ולא נטיל בו ולא במה שבתוכו ציהרא דחשוב טובא במה שבתוכו דחשוב יותר מן הכוס וכל זה מבואר בפרק האיש מקדש ובדברי הטור סימן כ"ט וא"כ לדברי רש"י איכא לדמות נ"ד לחמרא דעביד למכליה ולמהדר סודרא למריה והוי במה שבתוכו ולא בו וא"כ אם הירך שלו אעפ"י שהטישטאמיל שאול לא איכפת לן דלא קידש אלא במה שבתוכו דהיינו הירך ולא בו ואם הוי איפכא דהירך אינו שלו והטישטאמיל שלו אינה מקודשת מהך טעמא גופיה ולפירוש ר"ת יש לדמותו ג"כ לחמרא והוי בו ולא במה שבתוכו ואם הטישטאמיל שלו והירך אינה שלו מקודשת ואי הוי איפכא אינה מקודשת הפך פי' רש"י אבל אין לדמותו לציהרא לא לפי' רש"י שכתב שעשוי לטבול בו ימים רבים דהך טעמא לא שייך בירך תרנגולת ולא לפירוש ר"ת דפי' דחשוב יותר מן הכוס דודאי ירך תרנגולת לא חשוב יותר מהטישטאמיל ולא למיא דלא חשיבי כלל דודאי ירך תרנגולת חשוב קצת זה נראה לכאורה:

אבל כד מעיינינן שפיר יש פנים לומר דהכא כ"ע מודו דבו ובמה שבתוכו דסתם כיון דדרך המים או השמן או היין לשומו בכוס י"ל לא קידש אלא במים או ביין או בשמן

לבד ואעפ"י שנתן לה הכוס לא איכפת לן שלא היה יכול ליתן לה המשקה בלא כוס וכן כדאמרינן בכוס ולא במה שבתוכו נאמר דהמשקה הוא בתוכו כדי לשומרו שם שכן דרך לשומרו שם ונתן לה הכוס והמשקה לא היה לו כלי אחר לקחתו משם ולתתו בו כדי לשומרו ולכך אמרו בו ולא במה שבתוכו אעפ"י שלא נעלו משם אבל הכא אין דרך לשום ירך תרנגולת תוך טישטאמיל וכיון ששם זה בתוך זה ודאי דדעתו לקדש בתרווייהו וכיון דחד מינייהו אינו שלו אינה מקודשת דומה למי שקידש במוזא דשמכי דאמרינן בפרק האיש מקדש דאינה מקודשת וכתב הר"ן דאפי' שוה כמה פרוטות אינה מקודש' דכיון דא"ל התקדשי לי בזה במוזא קדיש בפלגא דמוזא לא קדיש ה"נ בכולהו קדיש ואי חד מינייהו אינו שלו אינה מקודשת:

מ"מ למדנו דחשבינן להך איתתא מחמת הך סהדותא אם ימצא אחר כמוהו שיאמר כן ספק מקודש' אעפ"י שהירך אינו שלו והטישטא' שאול דאיכא תרי ספקי ספק בירך ואת"ל דהירך שלו כיון דאינו מקפיד ספק אם הטישטאמיל מיקרי שלו כיון דהוי שאול ולדעת רובא מרובא דרבוותא לא מצי לקדש והוי כעין ספק ספקא מ"מ כולה חדא ספקא הוא ספק אי קידש בדבר שאינו שלו ספק קידש בדבר שלו אע"ג דכל אחד מהם אינו שלו מטעמים מחולקים חד מטעמא דגזל וחד מטעמא דשאול מ"מ שם דבר שאינו שלו חד הוא דומה למה שכתבו התוספת גבי ספק ספקא דפתח פתוח דכתובות פ"ק שם אונס חד הוא ועוד דקרוב לודאי דהירך שלו כיון דנטלו בפני אביה והוא שתק מסתמא ניחא ליה דכפי דברי השאלה משמע דאביה היה שם ועוד הרי כתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בכמה תשובות בשם רבינו ברוך דיש להחמיר בספק ספקא א"כ אם ימצא עד אחד שיעיד כמו שהעיד יצחק ציידון נראה דדייניגן לה להך איתתא בספק מקודשת אעפ"י שהירך והטישטאמיל לא יהיה שלו באופן הכתוב לעיל ואעפ"י שיש להצטרף לזה הספק הראשון דב"ד זה אינו ב"ד ואין קבלת עדותן מהני דבעינן תלתא דגמירי מ"מ אין זה כדאי בעיני להתירה דאליבא דרובא דרבוותא נראה לי דבחד דגמיר סגי ואפילו דברי הרי"ף והרמ"ה אפשר להסכים עם זה כדכתיבנא:

חמישית שאין כאן אלא עד א' דהעד הב' הוא עד מפי עד ואינו כלום וקי"ל דהמקדש בעד אי אין חוששין לקדושיו ואע"ג דאמר הא' בפני ובפני חברי הוו הקדושין וכתב הרב בעל ת"ה דכ"ע מודו דכה"ג חוששין לא משגחינן בהך סברא דהרשב"א חולק עליו וכדכת' הרב ב"י בא"ה סימן מ"ה. וקשיא לי על דברי בעל ת"ה דא"כ מה מקשה בגמרא בפרק האומר למ"ד המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושי' ממתניתין דהאומר לאשה קדשתיך וכו' ואמרו שם אי איכא עדים וכו' אלא לאו בעד אחד ולדידיה לוקחה בעד א'

שאמר בפני ובפני חברי קידש דבהא כ"ע מודו אלא ודאי דמאן דאית ליה אין חוששין לקדושיו אפילו שיאמר בפני ובפני חברי קידש קאמר ועוד דאפילו לדברי הרב בעל ת"ה מוכח מהאי תשובה דהיכא דהאשה מכחשת לא משגחינן יע"ש:

א"כ נראה שאין כאן אלא עד אחד ואין חוששין לקדושין אלא שעדיין יש להחמיר מצד אחר דמ"מ הא הוי קול דהוחזק בב"ד דחדא מגווני דקלא דאמרי' בפרק המגרש הוא פלו' מהיכן שמע מפלוני ופ' מפ' וכתב הרשב"א דבעינן תרי מפי תרי כדכתב הטור בא"ה סימן מ"ו והכא נמי הא איכא תרי חד שראה הקדושין עצמן דעדיף מעד מפי עד וחד ששמע מפי אחר וא"כ כיון דהוי קול דהוחזק בב"ד לא מבטלינן ואע"ג דאיכא פלוגתא בפרק המגרש אי מבטלינן קלא או לא וכתב הרא"ש בפסקיו דפסק הר"ם דמבטלינן קלא ונסתייע הריב"ש ממנו בסי' רס"ו והרב מהריב"ל בראשונות דף ט' כתב דהוי ספקא דרבנן ונקטינן כדברי המקיל היינו דוקא היכא שנתברר הקול שהוא שקר דב"ד שאלו לעדים שאמרו אלו מפיהם ואמרו להד"ם אבל אי לא העמידו הדבר על בוריו לכ"ע לא מבטלינן קלא וכן כתבו התוספות וכפי' שני של רש"י וכן כתב הרא"ש בפסקיו וכן הטור בסימן מ"ו בשם הרמ"ה דוקא שנתברר בודאי שהוא שקר כגון אותן שתלה בהן הקדושין שנתקדשה וכו' א"כ בנ"ד שלא בא יוסף פארדו בפנינו ואמר להד"ם לכ"ע לא מבטלינן קלא אבל אם יחקרו ב"ד ליוסף פארדו ויאמר להד"ם ודאי דסמכינן אבל הני דאמרי' דמבטלינן קלא ובפרט בנ"ד שאמרו לי שהוא שעת הדחק שהמשדך קלקל מעשיו ואפשר ח"ו לבא לידי פרצה גדולה אבל כל זמן שלא בא יוסף פארדו יש לחוש.

אמת שיש פנים להקל ולומר שזה העד לא אמר שיוסף פארדו אמר שנתקדשה בפניו למרדכי הנזכר אלא אמר דע שהיא מקודשת ואפשר שאמר כן מפני שאמרו לו כן בקול בעלמא ואע"ג דאמרינן בפרק המגרש שכששמעו פלוני' נתקדשה היום הוי קלא היינו משום דראו נשים שמחות וכו' אבל הכא בעינן שיאמר שהוא היה העד עצמו ומ"ש בגמ' ששמע מפלוני וכו' הוא דשמע מעד הקדושין עצמו או ממי ששמע ממנו וכיון דלא אמר לו יוסף פארדו שהוא היה עד הקדושין לאו כלום הוא כיון שיוסף פארדו הוא קיים באנדרינופל"ה אני אומר שאין להתיר אשה זאת עד אשר יבא יוסף פארדו ויחקרו לו ב"ד ויאמר להד"ם אבל כל זמן שלא יאמר כן יש לחוש ואלו ח"ו יוסף הנז' לא היה בעולם אפשר היה לנו להקל מהטעם שכתבתי שלא אמר בפי' שיוסף פארדו אמר שבפניו קדשה ועוד שבדברי העד הראשון נפלו כמה ספקות כדכתיבנא ועוד דהך מילתא דבטול קלא אע"ג דלא העמידו דבר על בוריין הוי דרבנן כדכתב הריב"ש בסימן רס"ו וראוי להקל בו אעפ"י שלא היה הדבר ברור בעיני ולא הייתי סומך על דעתי על

ככה עד אשר יסכימו אלופי וגבירי רבני העיר נר"ו אבל מאחר שיוסף פארדו קיים אומר אני שאל יתירו אשה זאת עד אשר יחקרו ב"ד את יוסף הנז' ואם יאמר שלא היו דברים מעולם מה שאמר העד בשמו אשה זו מותרת ואם יאמר כדברי העד הראשון אשה זו ספק מקודשת מפני הספקות שנפלו בעדות כדכתיבנא:

ואם יפסלו העדים מפני שעברו על החרם אע"ג דהריב"ש בסי' רס"ו כתב דאפילו לדעת רש"י דאמר דחשוד בשבועה לשהבא אינו חשוד בשבועה דלשעבר מ"מ אפשר המודה לענין עדות דפסול אפילו החשוד לשבועה דלהבא וא"כ מי שעבר על החרם לכ"ע פסול לעדות לא עבדינן הכי דהרי כתב הרב ב"י בטור א"ה סימן מ"ב מצאתי כתוב שא' קידש בפסולי עדות והתירה ר' חיים הארוך וחלקו עליו חכמי טוליטולה וגזרו עליו נדוי שיחזור בו מפני שמה שהעידו על אותם שעברו שבועתם אם היה שבועת ביטוי בענין שכשנשבעו לא יצתה שבועה מפיהם לשקר לדעת הרי"ף והרמב"ם והרמ"ה כשרים הם ואפילו לר"ת שפוסל גם בזה מודה הכא שצריכה גט שאינו פסול מן התורה אלא משעבר עבירה וכו' יע"ש משמע מהתם דאינו פסול מי שעבר על החרם אליבא דכ"ע ודלא כהריב"ש בסימן הנז' ואפשר דהריב"ש לא כתב כן אלא לומר דאפילו תאמר כל זה יש לדחות זה מטעם אחר אבל בלאו הכי ודאי דדחוי הוא מעקרו כדעת חכמי טוליטולה:

הכלל העולה דצריך לבדוק את יוסף פארדו דכתיבנא הנראה לעניות דעתי כתבתי. נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כב

אור בהיר יאיר עינינו בענין גוברין יהודאין שעשו יום משתה ושמחה ויש לכל אחד מהם חלק אחד באותו משתה ויהי כי ישבו לאכול לחם ולשתות יין אמר ראובן לשמעון יש לי בת אחת קטנה ברה כחמה אם תרצה אתננה לך לאשה ויען שמעון ויאמר מי יתן והיה וכאשר שמע ראובן את דברי שמעון שמח עד מאד ולקח כוס יין מלא ואמר לשמעון בשמחתך חתן ולקח שמעון פת לחם ונתן לראובן ואין אנו יודעים איך אמר או טומה אישטו פור קידושין די מי נובייא או ריסיוי קידושין פור וואישטרה פיג"ה מי נובייא וכאשר שמע לוי את דברי שמעון בן אחיו גער בו ואמר שתוק רשע וענה ראובן ואמר הנח אותו כי הוא חתני ומה אתה רוצה והעידו לי עדים נאמנים את יהודה וישכר אשר פה אתנו יצ"ו אלה הדברים אשר עברו במשתה עתה ילמדנו רבינו מה משפט הקדושין האלו ובעל גמולות כעל ישלם:

תשובה חזרתי על כל הצדדין וראיתי שאין לפטור אשה זו בלא גט ודייניו לה כספק מקודשת דאם באנו לבטל הקדושין משום דהוי מקדש בדבר שאינו שלו דלקח הפת לחם שלא היה שלו ואע"פ שהיה הוא שותף דהיה לו חלק באותו המשתה מ"מ דמיא למאי דאמרינן בפרק האיש מקדש ההוא אריסא דקדיש במוזא דשמכי דאמרי' ליה מאן פלג לך דדוקא באגודת ירק שדרך הירק להיות מתחלק לאגודות והן שוות אם קידש באחת מהם מקודשת אבל בדבר אחר לא הכא נמי אמרינן ליה מאן פלג לך ליקח הפת ולקדש בו ואע"ג דבפת ההוא היה לו שוה פרוטה מחלקו דאפילו נאמר שהיה שוה פרוטות הרבה וכתב הר"ן ז"ל דיש מי שאומר דאפילו במוזא אם הוה שתי פרוטות מקודשת שהרי אחת מהם שלו הרי דחו סברא זאת בשתי ידים וסברי דלא קדיש עד שיאמר התקדשי לי בחלקי שיש לי במוזא א"כ מהאי טעמא נמצאו הקדושין בטלים לא היא מכמה טעמי חדא דהרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' אישות שאם קדש בדבר שאין מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הוי ספק קדושין וא"כ בנ"ד נמי ודאי דפת לחם אין דרך השותפים להקפיד זה על זה וא"כ הוו ספק קדושין ועוד דכתו' באלפסי בהגה"ה לשון ריא"ז בסוף האיש מקדש וז"ל ונראה בעיני בבעל הבית המזמן אורחים לשלחנו ולקח אחד מהם וקדש את האשה מקודשת שאין ב"ה מקפיד עליהם אם יעשו כל חפציהם במנותיהם ע"כ:

גם בנ"ד לא גרעי אלו השותפים מבעל הבית המזמן אורחים וכי היכי דהתם לא קפיד בעל הבית ה"ה בנ"ד דלא קפדי זה על זה בכך ועוד עדיף נ"ד מההיא עובדא דאריסא דהאיש מקדש דכאן נטל פרוסת הפת בפני הבעלים והם שתקו ולא ערערו דאפשר דמחלו ונתנו לו במתנה מכל הני טעמא נר' לי דאין לבטל הקדושין מטעם שאמרנו:

ואם באנו לבטלם מצד לשון הקדושין שהוא גרוע מאד ובפרט אם אמר טומה אישטו פור קדושין די מי נובייא שלא הזכי' המקדש והמתקדשת דאפשר דמה שאמר מי נובייא אפשר שהיא אחרת ולא בתו של ראובן זה ואע"ג דאיכא פלוגתא בידים שאינם מוכיחות אי הויין ידים והרב מורי ורבי בפסקיו ח"א סימן נ"ג כתב שראוי לחוש ולהחמיר גם הרב מהר"י אדרבי ז"ל ובפסקיו סימן י' כתב כן הפך הרב מהריב"ל ז"ל שבפסקיו ח"א דף נ"ה נטה להקל מ"מ אפשר דכאן כל אפין שוין דלכ"ע לא הוי יד כלל ואפילו שאמר ריסיוי קדושין פור וואישטרה פיג"ה מי נובייא הוי לשון גרוע וכמו שכתוב מהר"י בירב ז"ל בשם ה"ר דוראן הביאו הרב ב"י בסימן כ"ז וז"ל קח טבעת קדושין זו על בתך אינו כלום שאינו מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש ומשמע דהאי דינא הוי אפי' למ"ד ידים שאינם מוכיחות הויין ידים כמבואר בפסקי הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל שהביא תשובה

זו של מהר"י בירב ז"ל יע"ש ואע"ג דהרב מה"ר אדרבי ז"ל שם החמיר כשאמר טומאלדו פור קדושין דדמי להההיא עובדא דה"ר דוראן מ"מ לא עבדינן כוותיה אלא כדברי הרב מהר"י בירב שהביא ראיה מה"ר דוראן וא"כ מטעם זה נוכל לבטלם:

לזה אני אומר דאפילו נאמר כן לא עלה בידינו כלום דאעפ"י דאין הלשון מועיל מ"מ הרי מדבר עמו תחלה על עסקי הקדושין שאמר לו תחלה שיתן את בתו לאשה והוא רוצה לקחתה וקי"ל דכשהיה מדבר עמה על עסקי גטה וקדושיה אפילו נתן לה סתם ולא פירש מקודשת וכי תימא הרי הפסיק הענין במה שאמר לשמעון בשמחתך וכיון דהפסיק בדברים אחרים א"כ לא הוי מדבר עמה על עסקי קדושיה גם זה אינו מספיק בעיני דל"מ אי לא קי"ל כרבי דבעינן שיהו עסוקים באותו ענין ממש אלא אפילו מענין לענין באותו ענין וכמו שפסק הרשב"א ז"ל כתבו הרב המגיד בפ"ג מהלכות אישות וכן הוא דעת הר"ם הביאו המרדכי בסוף פרק האיש מקדש הוזכר בב"י סימן כ"ז יע"ש אלא אפילו לרוב הפוסקים דסבירא להו דבעינן שיהא באותו ענין ממש חוששנו בענין זה ודעתי נוטה אליו מפני שאמר בשמחתך חתן וכיון שקראו חתן הרי הוא כאומר לו הרי אתה חתני שאני ואתה מרוצים שתקח בתי ולכך אני אומר לך בשמחתך ואם כן הרי לא הפסיק בשום דבר אחר אלא בענין הקדושין ממש ולכך יש להצריכה גם על כל פנים לעניות דעתי ולעשותה ספק מקודשת ומה גם כי מה שכתבתי בשם מהר"י בירב זכרונו לברכה לא ברירא מלתא כולי האי כמו שתראה בפסקי הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל סימן קל"ז שהאריך שם ולהשיב עליו לא יכולתי להעמיק בהם לנחיצת המוביל בין כך ובין כך נר' לע"ד דהיא ספק מקודשת אבל אין די במה שכתבתי לעשותה מקודש' ודאי כד מעיינת ביה הנראה לעניות דעתי כתבתי נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כג

רבא דעמיה מדברנא דאומתיה החכם השלם כמה"ר אליה נר"ו אחרי דרישת הדרת שלומך כמשפט לאוהבי שמך עתה באתי להשיב אמרים אל מול פני כבודך על. דבר הקדושין אשר כתב כ"ת אלי ויהיו נא דברי כפי ההצעה אשר הציג כ"ת לפני כי ההצעה הראשונה הלא לאמונה היתה עלי באופן זה שטר קדושין כתוב וחתום שאמר למשודכתו הרי את מקודשת לי באלו הלבנים גיליש ואחר כך באו אותם העדים והגידו בבית דין אותו הלשון הגרוע שאמר לעדים הוו עלי עדים שנאתים לה בתורת קדושין והשטר חתום לא נתקיים בחותמיו וכתבתי אז הגם כי ראיתי דברי הרב הגדול מהר"נ טאיטאצאק ז"ל

כתבם הרב מורי ז"ל בפסקיו הראשונים סימן נ"א שהקל בשטר כתוב וחתום שאמרו העדים ששקר חתמו מכל מקום בנדון דידן יש להחמיר שהרי העדים עצמם הגידו בבית דין שהענין אמת מענין הקדושין אלא ששנו הדברים ואחר שהם חתומים בשטר אף על פי שלא נתקיים אין להקל דדי לנו מה שהקל הרב הנז' נגד הרב מהר"י קולין זכרונו לברכה שדעתו להחמיר אפי' שהעדים אמרו שאין זה כתב ידם והמשדך אומר שמעולם לא קדשה והרב מהר"י טאיטאצאק זכרונו לברכה סתר דבריו מכל מקום אין לנו להקל בנ"ד דכיון דהעדים נראה שמודים לקדושין ההם ושחתימת ידם הוא אלא ששנו הדברים ממה שכתוב בשטר כל זה כתבתי בקצור מופלג וחתמתי על פסק חכם שלם א' מחשובי חברי ישובתנו:

ועתה אדבר לכ"ת מה שנראה לי כפי ההצעה אשר הציג כ"ת לפני כי כ"ת כתב שמתחלה קבלו שלשה הדיינים העדות הגרוע שכתבתי ואחר כך עשה המשדך שטר ואומר שאוחז הקבלת עדות אם באנו לפסלו מפני שלא אמר לי ולא הריני כאשר כתב כבוד תורתך זה אינו מספיק בעיני דנתתי הוי כמו הריני מפני שטעמו של הריב"ש ז"ל בסימן רס"ו שהחמיר בהריני הוא מפני שכיון שהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קדושין כבר נראה שהוא המקדש והיא המתקדשת וא"כ הך טעמא שייך בנתתי לה שהרי הזכיר שהוא נותן וכיון שכן הוי כמו הריני:

איברא שראיתי בפסקי הרב מהר"י אדרבי זכרונו לברכה סימן ח' חכם שלם אחד שכתב כדברי כ"ת שכתב גבי אמר לה הוו עלי עדים איך נתתי לה הטבעת לשם קדושין דלא הוי כהריני ולא הוי ידים מוכיחות גם הרב מהר"י ן' לב זכרונו לברכה בפסקיו הראשונים כלל ג' דף נ"ב כתב גבי אחד שאמ' לעדים הוו עלי עדים איך נתתי הסודר למשודכתי בתורת קדושין דהוי ידים שאינן מוכיחות משמע דאית ליה דנתתי לה לא הוי כמו הריני. איברא שקשה הדבר בעיני דזיל בתר טעמא כדכתיבנא ומכל מקום אין להקל מהך טעמא משום דאיכא שדיך וכדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל וכ"ת דחה טעם זה מפני שלא דבר עם האשה אלא עם העדים וכדבריך מצאתי להחכם השלם הרב הכהן נר"ו בפסקיו הראשונים סימן ט' גבי א' שאמר הוו עלי עדים איך נתתי זו הואלינסייא לנערה זו בתורת קדושין חילק כמו שחלק כ"ת שלא דבר עם האשה אלא עם העדים אבל הוא באופן אחר שהחילוק זה כתב שם לו דאפי' למ"ד דשתיקותא דלאחר מתן מעות חיישי' לה היינו כשדבר לאשה אבל כשחזר פניו לעדים ואמר הוו עלי עדים שנתתי לה בתורת קדושין אינו כלום מפני שהיא אינ' חוששת להשליכ' מידה כיון שהוא אינו או' לה שתתקדש בהם עכשיו אלא אומר לעדים שנתנם לה בתורת קדושין מה שאינו בעולם ולכך לא חששה והוא טעם נכון

אבל מדברי כ"ת משמע דאפילו שהיה אומר לעדים קודם הקדושין הוו עלי עדים שהרי היא מקודשת דלא מהני אע"פ דשדיך ולא בעינן ידים מוכיחות משום דדיבר לעדים ולא לה והא ליתא דבמדבר עמה על עסקי גיטה וקדושיה כתב המרדכי בריש קדושין דה"ה כשמדבר עם אחרים בפניה וא"כ ה"ה נמי בהא כשאמר לעדים בפניה שמקדשה והיא מקבלת הקדושין ודאי דמקודשת ואף על גב דלא אמר לעדים שמקדשה לו כיון דשדיך: ואם באנו לבטל הקדושין משום דהוי שתיקותא דלאחר מתן מעות ואפי' הרי"ף יודה בנ"ד משום דע"כ לא קאמר הרי"ף אלא כשנתן לה בתורת קדושין מעיקרא אבל היכא דנתן לה סתם לא וכמו שכתב כ"ת ומצאת ראיה לדבריך מדברי הרשב"א דכתב דהיכא דנתן לה בסתם אפילו שאמרה אח"כ הן לא מהני דגרע מהיכא דנתנה לה בתורת פקדון וכדבריך כתב הרב הכהן נר"ו בפסק הנזכר מ"מ אין הכל מודים בזה דהרשב"א אית ליה דגרוע היכא דנתן לה סתם מפקדון משום דנתן לה בתורת מתנה אבל רבינו ירוחם פליג עליה ואית ליה דנתן לה בסתם הוי כנתן לה מעיקרא בתורת קדושין וכ"כ הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ב שאלה ז' ופסק דהוי ספק מקודשת מהך טעמא דפליג רבינו ירוחם על הרשב"א גם בח"ג סימן כ' כתב דרבינו ירוחם פליג על הרשב"א ז"ל ומדברי הטור משמע שהסכים לדברי הרשב"א. איברא דבח"א כלל ג' דף נ"ב תפס במושלם דאפילו הרי"ף ז"ל מודה היכא דנתן לה בסתם דלא הוי קדושין היכא דשתקה מההיא דהרשב"א ז"ל ולא שת לבו לפלוגתא דרבינו ירוחם כדכתב בח"ב וג' כדכתיבנא אלא שיש לומר שבחלק ראשון לא סמך על הטעם ההוא לחודיה אלא עשאו סניף לטעמים אחרים והרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו סי' נ"ו גבי אחד שקידש בורדים ואמר לה הנה הורדים אשר שאלתני והיא לא השיבה הן בקדושין שקדשה אחר שנתנה כתב שם דהא מילתא דמי להההיא דקדיש בציפתי דפליגי הרי"ף והרמב"ם ז"ל והתימ' עליו שלא הזכיר דברי הרשב"א דלדבריו גרוע מתנה מפקדון ואפילו הרי"ף יודה:

ומ"מ בנדון דידן אפשר משום הך טעמא לא מהני הני קדושין משום דדבר לעדים ואמר הוו עלי עדים שנתתים לה ובהא כל אפין שוין דשתיקותא דלאחר מתן מעות לאו כלום היא ומטעמא דכתיבנא לעיל בשם החכם הרב הכהן: ואם באנו לבטל קבלת עדות זה מפני שלא עשו דרישה וחקירה זה אינו כלום דהריב"ש ז"ל בסי' רס"ו וכן הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו סימן כ"ד בעובדא דעזיזא כתבו דלא בעי דרישה וחקירה בעדי קדושין ואע"ג דכתב הריב"ש ז"ל בסימן רס"ו דבדין מרומה בעינן וכ"כ שם הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל וא"כ אי דיינינן עובדא דידן כדין מרומה הוה בעי דרישה וחקירה כבר כתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשוני' דף כ"ד על ענין כיוצא בזה וזה לשונו וכי

תימא כיון שלא נחקרה עדותן בבית דין בדרישות וחקירות והדין זה דמיא לדין מרומה כיון שלא נתקדשה בפרהסיא ובפני קרוביה וכתב הריב"ש ז"ל וכו' דשאני הכא שזה הבחור היה משודך לזאת הבחורה ואין בו כ"כ עון אשר חטא וכו' א"כ בנ"ד נמי לא הוי כדין מרומה כיון דהיתה משודכתו וא"כ אין לבטל העדות מהך טעמא:

אבל מה שיש טעם לבטל עדות זה מפני דאלו הדיינין לא הוו יודעים אלא הם עמי ארץ וכבר כתב הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בעובדא דעזיזא וז"ל ועוד כיון דהדיינים הללו לא בקיאי בטיב קבלת עדות אין בקבלת עדות שקיבלה לפניהם דין קבלת עדות כלל שכן כ' בעל העיטור בהדיא תשובה להרי"ף שאם בא לפני ב"ד שטר קבלת עדות אם בקיאים בדקדוק וכו' יע"ש:

שנית שכתוב בשטר בפנינו עדים שלא כוונו להיות דיינים אלא עדים וקבלת עדות צריך ב"ד וכיון דהם לא כוונו אלא להיות עדים אע"פ שחתמו שלשה לא הוו דיינים אלא כעדים והם עד מפי עד דלא מהני וכ"כ הריב"ש בתשובותיו סימן שפ"ב על גט חליצה הנעשה בדוניאש דכתוב שם באשרתא אנחנא סהדי כתב שם וא"כ אין כאן אשרתא דדייני דקיום שטרות בית דין בעינן כדאמרי' בפרק חזקת קיום שטרות בשלשה דכמעשה בית דין דמו ואלו שכולן נעשים עדים א"כ האשרתא פסולה ואע"פ שחתמו בה חמשה והאריך שם להוכיח כן א"כ בנ"ד גם כן דכתוב עדים הרי אין כאן בית דין ואין כאן קבלת עדות כלל:

שלישית שנתקבל עדות זה שלא בפני בעל דין שהיא האשה או מורשה שלה והרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק שני סימן מ' כתב בענין כיוצא בזה דנתקבל העדות שלא בפני בעל דין דאם חזרו בהם העדים דהויא מקודשת מספק ואף על גב דהרב מהר"י אדרבי ז"ל בפסקיו סימן ד' כתב בשם מהר"ר דוד ן' אבי זמרא ז"ל דמקבלין עדות קדושין שלא בפני בעל דבר דכולי עלמא בעלי דבר נינהו לאפרושי מאיסורא וכתב כן בשם המאירי וכתב שלא חלק אדם על זה מעולם מ"מ אין הכל שוין בזה דהרי הרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב בהפך בתשובה הנזכרת כדכתיבנא וכן בתשובות אחרות וכן נראה בהדיא מדברי מהרא"ם ז"ל בעובדא דעזיזא א"כ לא נפקא הא מפלוגתא וכיון שכן נמצא דעדות שקבלו הדיינים לאו עדות מעליא הוא לומר דאם חתמו עדים בשטר אח"כ דלא מהני עדותן משום שכבר הגידו בבית דין וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כמו שכתב כ"ת דהא בהך קבלת עדות איכא למישדי ביה נרגא כדכתיבנא. והתימה על כ"ת שדבריך סותרים את דבריך שבתחלה כתבת דאותו קבלת עדות לא מהני מפני שהם בלתי ראוים לקבל עדות ואחר כך כתבת שהעדים שחתמו בשטר לא מהני עדותם שכבר הגידו בבית דין והלא אותה ההגדה לאו כלום היא לפי דבריך א"כ נראה ודאי דמה שחתמו העדים בשטר

מהני וחיישינן ליה אלא שהלשון שהביא כבוד תורתך בשאלה שכתוב בשטר החתום הוי מקודשת במתנה זו לית ביה לי והוו ידים שאינן מוכיחות ומ"מ אית' ביה שדיך ויש להחמיר ועוד דדעת הרב הגדול מורי ז"ל בפסקיו להחמיר אפי' היכא דלא אמר לי ואפי' בלא שדיך גם הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו הביא תשובה להריטב"א ז"ל שהחמיר בלא לי ובלא שדיך ואם כן ודאי דמהני מאי דכתבו וחתמו בשטר ואי אמרי השתא דכל מה שחתמו שם הוא שקר אם כתב ידם יוצא ממקום אחר ואפשר להתקיים השטר בחותמיו אינם נאמנים ואם לאו נאמנים לדברי הרב הגדול מהר"י טאיטאצאק ז"ל שכתבתי לעיל שחלק על דברי הרב מהר"י קולין ז"ל ולדבריו הסכים הרב הגדול מורי ורבי ז"ל ואע"פ שנדון דידן לא דמי לגמרי לנדון דהרב מהר"י פאיטאצק ז"ל וק"ל ואם עד א' הוא פסול צריך שנראה פסולו ושיקובל עדות פסולו בב"ד בפניו ואם הוא פסול דאורייתא או דרבנן דפסולי דרבנן צריכא הכרזה מה שאין כן בפסול דאורייתא וכן איכא מרבוותא דאמרי דהמקדש בפסולי עדות של דבריהם מקודשת וכל זה מבואר בטור אבן העזר סימן מ"ב וכן בדברי הרב בית יוסף יעו"ש. ולכן צריך להתיישב הרבה בפיסול זה העד איזה פסול הוא ובאיזה זמן היה אם היה קודם שהעיד בב"ד עדות זה ובמחילה ממעלת כבוד תורתך דברים אלו צריכים יישוב הרבה ולא למהר ולפסוק הדין לפוטרה בלא גט ואם יש אתך עוד ראיות נתיישב בדבר ונדעה בינינו מה טוב. ולייסר המקדש והעדים מפני שקדשו אשה בנכל ובתרמית בלא עשרה ומה גם אם יש מנהג ביניכם כמו הנהוג בינינו שאנו מחרימים בכל חנוכה בחברת תלמוד תורה שלא יקדש אדם אשה מבלתי עשרה ושליח צבור ביניהם ודאי דראויים הם לעונש ואני מסכים עם כבוד תורתך לייסרם בכל אופני מיני יסורים הנראה בעיניכם לשבר מתלעות עול אבל לא מפני זה נבטל הקדושין אם עבר וקדש אם לא נמצא טעם נכון וברור להתיר דאין ראוי להקל בערוה החמורה הן הן גופי תורה: נאם הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כד

ראה ראיתי את השאלה ערוכה בכל וחמורה הבאה מארץ שיא"ו על דבר הנערה שנתקדשה שלשה פעמים פעם ראשונה קדשה ה"ר יצחק רודיטי וקדושיו הם כתובים בשטר ועדיו רבי יצחק אלפואל ויעקב בידורקו. פעם שניה רבי שלמה אלגראנאטי וקדושיו גם כן בשטר בעדים. ופעם שלישית רבי ברוך בכ"ר שבתי וקדושיו ג"כ בשטר כראשונים ומורשה הנערה הוציא שטר מיאון שמיאנה בשבעה עשר לתמוז השל"ח

בקדושין הראשונים וכתוב שם שנתברר להם שהיתה קטנה וחתומים בו שלשה דיינים עוד ראיתי העדים המעידים על הקטנות ומעידים על הגדלות המעידים על הקטנות רבי אליעזר שאלוניקיו שהעיד שנולדה רבקה הנזכרת שנה אחת אחר שנלכדה העיר שנלכדה בשנת השכ"ו והוא קרוב למקדש השלישי שני בשני העד השני ה"ר יעקב קאליפה המעיד בזה הלשון דיאון פסח קי שי. טומו לה סיבדאת אה אוטרו נולדה רבקה הנזכרת ועדי הגדלות הם רבי יצחק נעמיאש המעיד שבחג הפסח משנת השל"ח השלימה י"ג שנים רבקה הנזכרת השני ר' דוד קלקי המעיד שחמשה ימים קודם תג הפסח משנת השכ"ה נולדה רבקה הנזכרת עוד יש עדים אחרים מעידים על הגדלות ועל הקטנות אבל מפני שהם בטלים לא חששתי להביאם:

הגם הלום ראיתי את אשר נגזר על השאלה הנזכרת מאת החכם השלם כה"ר חיים באסאן נר"ו ואשיב עליהם לעניות דעתי ראשונה כתב שעדי המקדש הראשון אין בהם פקפוק ותמהתי מאד כי קדושין הכתובים בשטר אינם עדות לפי דעת הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל מפני שלא נעשה השטר מדעת המתחייב ומפיהם ולא מפי כתבם קרינא ביה ואפילו שהיא מודה וכמו שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו שלישיים סימן ק"ב ובסוף דבריו כתב ובמרדכי סוף קדושין איכא תרי אריותא דסבירא להו דעדי קדושין בשטר לא מהניא הלא המה רבינו שמחה ורבינו אביגדור ומדבריהם יראה דאין לחלק בין כשהיא מכחשת בין כשהיא מודה עד כאן ואם הדבר כן היה מקום לפוטרה בלא גט מראשון מטעם ספק ספקא ספק קטנה ספק גדולה ואם תמצי לומר גדולה ספק קדושין בשטר הוו קדושין או לא אבל אחרי כן שמעתי שנתקבלו העדיות בב"ד של קדושי הראשון ובודאי על זה סמך החכם השלם נר"ו אע"פ שלא חש להאריך:

עוד כתב שהדיינים שקבלו עדות שהיתה קטנה באותה שעה לא גמירי ובא האות והמופת שקבלו עדות שלא בפני בעל דין ע"כ. ואני אומר שעדות כזה מקבלים אותו שלא בפני בעל דין וכדכתב הרב רבינו נסים ז"ל בפרק אלמנה ניזונית וזה לשונו ועוד שאפילו באחר לא שייך אין מקבלין עדים אלא בפני בעל דין אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל זו שבאה לפטור עצמה מקבלין עד כאן א"כ בנ"ד גם כן זו היא באה לפטור עצמה ומביא' עדות שהיתה קטנה לומר שמיאונה מיאון ועדות כזה מקבלין שלא בפני בעל דין:

עוד כתב דאע"ג דהרא"ש סבר דבשלשה הדיוטות כיון דאיכא חד דגמיר סגי לענין קבלת עדות מודה דבעינן דגמירי ויודעי' דיני עדות והביא ראיה מהרב ב"י שפסק בש"ע סימן ג' כהרא"ש ובסימן כ"ח כתב דבקבלת עדות בעינן מומחין עד כאן. ואני תמה מאין ראה

שפסק הרב ז"ל כהרא"ש דלא כתב בסימן ג' אלא דאין ב"ד פחות מג' הדיוטות כלשון הגמרא והרמ"ה מפרש בלשון הגמרא דהדיוטות ר"ל דגמירי תלתא וכיון שהרב ב"י לא כתב אלא לשון הגמרא מאין לו דפסק כהרא"ש:

עוד כתב דר"א שאלוניקיו יש לפוסלו למקדש השלישי כיון דהוא שני בשני לו אע"ג דנתקבל העדות קודם שקדשה השלישי מ"מ לא מיקרי קבלת עדות כיון שלא היה בפני ב"ד דגמירי והוא אזיל לטעמיה דסובר שאינו ב"ד אבל לפי מה שכתבתי לא טעו במה שקבלו שלא בפני בעל דין ואי איכא בינייהו חד דגמיר לדעת הרב רבינו אשר אפשר דהוי בית דין:

עוד כתב דלמקדש השני לא מופסל כלל ודמה זה להיא דכתב כל נכסי לשני בני אדם שכתב הטור בסימן נ"א דאיכא פלוגתא דרבוותא אי עדים פסולים לחד וכשרים לאידך אי עדותם עדות לאותו שהם כשרי' עמו ואף על גב דאיכא מאן דאמר התם דפסול למי שכשרים עמו היינו משום דהוא בשטר אבל כשהו' על פה ולא שייך אתי לאיחלופי כשרים למקדש השני ע"כ. ואני אומר אדרבה אפילו מאן דאמר התם דכשרים לכשרים עמו הכא מודה דפסילים וטעמא משום דהרא"ש ז"ל כתב בסוף פרקא קמא דמכות גבי אלעא וטוביא קריבי דערבא וכו' הקשה שם דאמאי לא פלגינן דיבוריה ונימא דללוה כשרים ותירץ דלא אמרינן פלגינן דבוריה אלא כי ההיא דפלוני רבעני לרצוני או לדידי אוזיף ברביתא דתרי דבורי הוו ומהימנינן ליה במאי דאמר רבע אבל במה שאמר שהוא לרצוני ולא מהימנינן ליה וכן ברבית מהימנינן ליה במאי דאמר אוזיף אבל במאי דאמר לדידיה לא מהימנינן ליה אבל הכא אי לא פרע אי אפשר לחייב לזה ולפטור לזה הכא נמי בנ"ד בשלמא התם דכתב נכסיו לשני בני אדם איכא טעמא דפלגינן דבורא כדכתבו הפוסקים אבל הכא ליכא טעמא דפלגינן דבורא דאם היא קטנה מיאונה מיאון אפילו לגבי שלישי ואי לא אין מיאונה מיאון אפילו לגבי שני צריך לומר לדעת הראב"ד ז"ל שכתב שם הרא"ש ז"ל דסבר דבכל מדות קרובים אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה כדכתב שם נמצא דלפי זה אין עדות רבי אליעזר שאלוניקיו מועיל כלל אלא שמ"מ אני אומר מהטעם שכתבתי למעלה דעדות ר' אליעזר שאלוניקיו היא מועיל אפילו לגבי מקדש שלישי כיון דכבר נתקבל עדותו בפני ב"ד דמה שכתב החכם השלם נר"ו שאותה קבלה אינה קבלה אינו ברור בעיני כמ"ש ומפני זה אני חושש לעדות רבי אליעזר שאלוניקיו: עוד כתב החכם השלם נר"ו דעדי קטנות אין כאן אבל עדי גדלות יש כאן אלא שיש בהם ספק מפני שנתקבל עדותן שלא בפני ב"ד וא"כ הוו עדי גדלות עדי ספק. ודברים אלו תמוהים בעיני דאדרבה עדי גדלות ודאי אין כאן אבל עדי קטנות יש

כאן דאיך בעדי גדלות רבי יצחק נעמיאש עם רבי דוד קלקי והרי יש ביניהם הכחשה דחקירות דלפי עדות רבי יצחק נעמיאש השלימה י"ג שנים בחג הפסח ולפי עדות ר' דוד קלקי שנולדה ה' ימים קודם הפסח של שנת השכ"ה השלימה י"ג שנה ה' ימים קודם חג הפסח של שנת השל"ח א"כ הרי יש ביניהם ה' ימים והוי הכחשה בחקירות דלא שייך ליישב כאן עדותן כמו בא' אומר בב' בחדש וא' בג' בחדש דטעי בעיבורא דירחא דהכא אין לומר כן אבל עדי קטנות יש כאן דכשתצרף לר"א שאלוניקיו עם קליפ"א אין כאן הכחשה דר' אליעזר אמר שנה אי אחר שנלכדה העיר והעיר נלכדה בפסח השכ"ו ונולדה זו בין פורים לפסח של שנת השכ"ו ואין כאן הכחשה דר' אליעזר קרי שנה אחר שנלכדה העיר אעפ"י שהוא בתוך שנים עשר חדש משום דמונה השנה מתשרי ולא הוי תוך השנה שהשנה נשלמת בתשרי ובין פורים לפסח של שנת השל"ז הוי השנה האחרת וכבר כתב הר"ן ז"ל דיש לנו לישב העדים שלא יכחישו זה את זה אפי' במשמעות רחוק נמצא דעדי קטנות יש כאן ועדי גדלות אין כאן ומיאונ' מיאון ואינה צריכה גט מרבי יצחק רודיטי אלא שמ"מ אני חוכך בזה משום דאלו עדי קטנות אינם ברורים אצלי דאפשר דהב"ד שקבלו עדותן אינו בית דין ובשעה שקבלו עדותם באחרונה הוי קרוב רבי אליעזר למקדש השלישי ולפי מה שכתבתי למעלה לא מהני עדותו אפילו למקדש השני והדבר ספק בעיני ולכן עדי קטנות בעיני הן עדי ספק אבל עדי גדלות ודאי אין כאן ולכן יש להחמיר להצריכה גט מהראשון:

עוד יש טעם אחר לבטל עדי גדלות מפני דלכאורה נראה דהדיין הא' מהם הוא רבי יצחק אלפואל הוא עד מהקדושין של ר' יצחק ואין עד נעשה דיין אלא שלזה יש לומר דהם שני דברים חלוקי' וטעמא דאין עד נעשה דיין הוא או מפני ועמדו שני האנשים לפני ה' דמשמע שיעידו לפני הדיינים או מפני דבעי' עדות שאתה יכול להזימה כדכתב רשב"ם ושום אחד מאלו הטעמים לא שייך אלא כשהעד נעשה הדיין בעדות עצמו משום דאין שם ועמדו וגם אי אתה יכול להזימו באותו העדות מפני שהוא דיין בו אבל כשהם דברים חלוקים שהם שתי עדיות לא שייך כאן אין עד נעשה דיין וקל להבין אבל מן הטעם שכתבתי נראה לי דאין כאן עדי גדלות כלל:

אחרי כן ראיתי עדות רבי שמעון בר שמעון רודיטי שהעיד איך רבקה הנזכר' נולדה בין פורים לפסח של שנת השכ"ה עוד העיד רבי יהודה בכ"ר רפאל לחנא איך רבקה הנז' משלמת י"ד שנים בחג הפסח משנת השל"ט וא"כ הרי יש כאן עדי גדלות ודאי שנצרף ללחנא עם נעמיאש שאמר שהשלימה י"ג שנים בחג הפסח של שנת השל"ח ועוד נצרף

לרבי שמעון עם ר' דוד קלקי שאמר שנולדה בין פורים לפסח וחזר הדבר לעדי גדלות ועדי קטנות תרי לגבי תרי ופשיטא שצריכה גט מא':

ולענין הכפיה נר' דלא כפינן לגרש לשני כדי שיהא השלישי דלא מצי' בכל הגמ' כשאמרו מגרש ראשון ונושא שני שיכופו לא' וגם כפיה לאחרון שעשה שלא כהוגן לא כפי' ודאי. ומה שהביא החכם השלם ראיה מהא דהאש' רבה דמי שקדש יבמה כופין אותו לתת גט שאני התם דעבד איסור' בביטול מצות יבמין אבל הכא זה שקדש אחר קדושי א' שהם ספק אמר בלבו אם יתבררו הקדושין הראשונים שהם ודאי אני לא עשיתי כלום ואם אינם קדושין קדושי תופסין ואין כאן פשיע' כלל ובודאי דלא כפי' ודברים ברורים הם דבין קדשה השני במזיד בין בשוגג מגרש ראשון ונושא שני ע"י פיוס ולא ע"י כפיה:

הכלל העולה מכל מה שכתבתי דצריכה גט משלשתן ולרבי שלמה אלגראנטי המקדש השני ודאי דאשה זו אסורה והדין נותן שהוא יגרש ברצון ובפיוס בלא כפיה ונשאר הדבר בין רבי יצחק רודיטי ורבי ברוך קלפו דאם יגרש רבי יצחק רודיטי לאו דינא ולאו דיינא שישא רבי ברוך קלפו וכן אם יגרש ר' ברוך קלפו נראה לי להתירה לרבי יצחק רודיטי ולא שייך טעמא דשמא יאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסין כיון שיצאה ממנו במיאון אעפ"י דיש כאן עדי גדלות מ"מ כיון דהאי מילתא לא הוי אלא גזרה דרבנן מסתברא דכיון דאינשי מצי למיתלי ולו' דהמיאון מיאון לא אתו למימר מחזיר גרושתו מן האירוסין דהא אפילו ביצא קול עליה מזה ובא אחר וקדשה אמר אמימר בגמ' בפ' המגרש דמותרת לא' משום דאמרי עיינו רבנן בקדושין וקדושי טעות הוו ואע"ג דהתם לית הילכתא כוותיה היינו משום דכיון דאנו מצריכין אותה גט ודאי דלאו קדושי טעות דדוחק הוא לומר דכ"ע לא ידעי בגט אבל בנ"ד דמצי למימר מעיינו רבנן בקדושי וקדושי קטנה הוו ומיאונה מיאון מודה רב הונא לאמימר ולא פליג עליה דאפושי במחלוקת לא מפשינן ואעפ"י שלכאורה היה נר' מדברי הטור סי' קרה מההיא דכת' דכשבעל אחר שגדלה ונבדקה ולא היו לה סי' ומיאנה ואחרי כן נשאת לאחר וגירשה דאסורה לחזור לו אף ע"ג דהתם נמי הוי מיאון מספק איכא טעמא רבה לחלק ביניהם כמו שכתב החכם השלם נר"ו ודבריו דברי אלהים חיים. ועוד יש לי ראיות בטעם ההיתר לרבי יצחק רודיטי אלא שאיני חש להאריך כלל הדברים שבעיני היא מותרת לו אם יגרש ברוך בכ"ר שבתי קלפו לכן אני אומר יגרשו כלם לסלק מביניהם המחלוקת ואם לאו יפשרו ביניהם רבי יצחק רודיטי ורבי ברוך קלפו ויגרש איזה מהם וישא האחר הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כה

ראובן בהיותו קטן הסכימו הקרובים אליו לשדכו עם רחל בת אחותו כדי שלא יקדמנו אחר והיא גם היא היתה קטנה בשנים והסכימו ביניהם שיהיו קידושין בדבר שתקבל אביה יהודה קידושין בעדה ולפי שהיה ראובן קטן בשנים ואין לו יד לתת קידושין נכנס במקומו דודו נפתלי ונטל טבעת בידו ובו קדש את הקטנה רחל בפני עדים כשנתן הטבעת ליד יהודה אביה ואמר בשעת נתינה תהא בתך מקודשת לראובן בטבעת זו כדת משה וישראל ולפי דברי רבים לא עשאו שליח ראובן לנפתלי לקדש לו את רחל אלא שנפתלי מעצמו נכנס בדבר וקדש את רחל הנז' לראובן הנז' ע"י אביה ועמד ראובן הנז' בבית חמיו יהודה הנז' ועם משודכתו ימים ושנים ובקרב שנים אלו נתגדל ראובן הנז' והיה לאיש ואחר היותו לאיש יצא מן הכלל. ילמדנו רבינו אם יש בית מיחוש לקדושין שנתקדשה רחל הנז' ע"י נפתלי דכיון דבשע' הקדושין היה ראובן קטן ולפי דברי רבים לא עשאו שליח על הקדושין לית בית, מיחוש בקדושין ואת"ל שאין בהם ממש ילמדנו רבינו אם היה שראובן עשאו שליח לנפתלי בעת ההיא שהיה קטן אם הוו קדושין או לא מי אמרי' כיון שנתגדל ראובן בבית חמיו כבר נתרצה בשליחות נפתלי והויא או דילמא כיון שבשעת הקדושין היה קטן לא הויא מקודשת יורנו רבינו הדין דין אמת ושכמ"ה:

תשובה איברא דלפמ"ש מהרי"ק בשרש ל' יש כאן מקום להחמיר שכ' שם ר' נתן המכירי שאל מאת ר"י בר יהודה בן י"א שנה שקדש לו אביה בטבעת ועדים וכו' והשיב שצריכה גט שזכין לאדם שלא בפניו וכו' ועוד מאחר שלא מיחה בקדושי אביו עד י"ג שנה וחצי מאן לימא לן דלאו ארצוויי ארצי קמיה אחר שגדל ושתק וקבל וכו' ונ"ד עדיף מההיא דרבי נתן דהתם הרי כבר מחה לבסוף אחר י"ג שנה וחצי ובכל זה החמיר כ"ש בנ"ד דלא נזכר בשאלה דמחה זה המקדש בגדלותו דיש להחמיר:

אלא דקשיא לי טובא על הטעם שנתן ר"י משום דזכין לאדם וכו' דא"כ בפרק האיש מקדש גבי הנהו בי תרי דהוו קא שתו חמרא תותי ציפי אמרו שם אפי' למ"ד שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרי' ולדעתי אמאי אינה מקודשת הא זכין לאדם שלא בפניו וזכות הוא לבן אלא ודאי דאין זה זכות כדכתב שם רש"י דדוקא גבי איתתא איכא למימר טב למיתב טנדו אבל הוא דייק ונסיב ואדרבה חוב הוא לו כדאמרי' בפרק האומר לא ניחא לי דאתסר בקרובותיה ועוד דאולי אינו חפץ בה וצריך לטרוח ולגרשה דכל זמן דאגידא ביה לא יהבו ליה אחריתי אבל מ"מ הטעם האחר שכתב ר"י בר יהודה יש לי קצת סמך מדאמרינן בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה שאם נתרצה האב אח"כ מקודשת משום דרצוי האב גלה דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו כנראה מדברי

התוס' בדבור בין היא ובין אביה יכולין לעכב בפ' האיש מקדש וכיון שכן אמרי' נמי, דהיכא דאיכא רצוי בגדלות גלה דעתו דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו איברא דיש לחלק בין זה לזה ודוקא ברצוי אב אמרי' מוכיח סופו דזכות הוא לו משום דטב למיתב טנדו וכו' ואפילו לא היה מתרצה בפי' לבסוף הוה ס"ד דגמרא דחיישי' שמא נתרצה האב א"כ לפי האמת לפחות כשנתרצה בפי' אמרי' דגלה דעתו דהויא זכות הוא לו אבל ברצוי הקטן בגדלותו לא אמרי' גלה דעתו דזכות הוא לו דסתמא לאו זכות הוא לו ומהאי טעמא נ"ל דכתב הרא"ש דהיכא דנתרצה הבן לבסוף בפי' לא חיישי' אע"ג דבנתרצה האב חיישי' כמבואר בדברי הטור ז"ל סימן ל"ה אלא שמ"מ היה נראה לכאורה לחוש לסברת ר"י בר יהודה באסור ערוה החמורה:

אך אמנם נ"ל להקל בדבר וטעמא משום דאפי' לסברת ר"י בר יהודה אינה מקודשת אלא מדרבנן דאפי' דגלה דעתו בגדלותו דזכות הוא לו מהאי טעמא הוו קדושין למפרע משום דזכין לאדם שלא בפניו אין זה אלא מדרבנן דהא דזכין לקטן אינו אלא מדרבנן כדאמרי' בפרק מי שמת והטעם דזכיה מטעם שליחות הוא ואין שליחות לקטן כדכתבו שם התוס' אלא דרבנן תקינו ליה זכיה א"כ כיון דלר"י בר יהודה לא הוי אלא מדרבנן ורבי' חולקי' עליו הוי ספק' בדבר דרבנן ולקולא כ"ש דר"י בר יהודה דעת יחיד הוא וראוי לבטלו לגבי כל הני רבוותא דהא רבינו שלמה בר שמשון ורבינו קלונמוס הביא מהריק"א ז"ל דפליגי עליה גם הרא"ש והטור ז"ל פליגי עליה כדכתיבנא דאמרי דאפי' נתרצה הבן לבסוף לא הוי כלום ע"כ נלע"ד דאשה זו מותרת ואפי' עשאו שליח המקדש לדודו אין שליחות לקטן:

נאם הצעיר וקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כו

אשה אחת קבל' הקדושין בפני עשרה ישראלים וברכו ברכת אירוסין והיתה כל הימים בחזקת מקודשת וירבו הימים נפלה קטטה בין הארוס והארוסה ויבוקש הדבר וימצא כי העשרה שהיו באותו מעמד כשנתקדשה קצתם היו אבות ובנים וקצתם אחי המקדש וקצתם אחי המקודשת באופן שהיה בכללם אחד שהיה אח לאם אמה של המקודשת אשר לדעת קצת מהפוסקים הוא פסול מדרבנן ובהצטרפו עם א' מט' הנותרים נמצאו במעמד אחד כשר מדאורייתא ואחד פסול מדרבנן אמנה בשעת הקדושין היו ב' מהם פסולים מדאורייתא שנתייחדו מעצמן להיות עדי הקדושין וכו' יורנו רבינו אם האשה הזאת מותרת להנשא בלא גט ושכמ"ה: תשובה לכאורה נראה לפסול הקדושין מתרי

טעמי חדא דאין כאן שנים כשרים ועוד הרי נתייחדו שנים מעצמן להיות עדים והם פסולים ותנן בפ"ק דמכות נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה. אבל אחר העיון י"ל דא"א להתירה בלא גט ולית נגר ובר נגר דיפרקינה ואשיב על הראשונים איברא דאח אם אמה הוי שלישי בראשון ור"ת פוסל כדכתב הטור בסי' ל"ג אבל הרי"ף והרמב"ם מכשירים ורובא דרבוותא וכיון שכן א"א להתיר דבר שהוא ערוה לדעתם חלילה ועוד דלדעת ר"ת אינו אלא פסול מדרבנן ואע"ג דהר"ם מקוצי כתב דהוי דאורייתא כדכתב הרב ב"י בסימן ל"ג מ"מ הרי כתב בשם ר' שמואל ן' חופני דהוי פסול מדרבנן ורובא דרבוותא אית להו הכי וכיון שכן הרי תפסי בה קדושין דאף ע"ג דאיכא מ"ד דהמקדש בפסולי עדות דרבנן אין קדושיו קדושין רבים קמים עליו ומסכימים דצריכה גט מספק והוא דעת הרמב"ם ושאר הפוסקים כמבואר בב"י טור א"ה סי' מ"ב:

ולטענה הב' אומר אני דאם לא באו הפסולים להעיד בב"ד לדעת הרמ"ה שכתב הטור ח"מ בסי' ל"ו משמע דהם פוסלים העדות דנראה מדברי הטור שהבין בדברי הרמ"ה שאם כוון הפסול להעיד אע"פ שלא העיד בב"ד פוסל שכתב והרמ"ה הוסיף לומר דהא דאמרי' כשבא לראות פוסלים זהו דוקא כשהעידו וכו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב אפי' אם כוון לראות כדי להעיד אינו פוסל אלא אם כוון לראות כדי להעיד ובא לב"ד והעיד וכו' משמע דלהרמ"ה אע"פ שלא בא לב"ד והעיד פוסל. איברא דקשה לי קצת בדברי הטור מנין הבין כן בדברי הרמ"ה דילמא לעולם אית ליה להרמ"ה דבעינן כוון להעיד ובא לב"ד והעיד דיקום דבר כתיב ובעינן שיקיימו הדבר דהיינו כשבאין לב"ד להעיד כדכתבו הרא"ש והתוס' והרמ"ה דינא חדתא אשמועי' דכשהעידו בתוך כדי דבור אע"פ שלא כוון אלא לראות דמצטרף לפסול ונפקא ליה הא להרמ"ה ז"ל מהא דאמר רבא בפ"ק דמכות והוא שהעידו תוך כדי דבור ועל כרחך מפרש לה הרמ"ה כדברי התוס' דסוברים דלא הוי אלא לענין הזמה אבל לענין קרוב או פסול אפי' אחר כדי דבור עדותן בטלה דאי מפ' לה כפירש"י דאיירי נמי אפי' לענין קרוב או פסול ומתניתין גבי קרוב או פסול בתוך כדי דבור איירי א"כ רבי דפליג ואמר דבעי לאסהודי אתוך כדי דבור קאי וא"כ אפי' שהעידו תוך כדי דבור בעינן שיאמרו שבאו לאסהודי והיכי קאמר דכשהעידו תוך כדי דבור אפי' באו לראות דפוסל אלא ודאי דמפרש כפי' התוס' ומתניתין גבי קרוב או פסול אחר כדי דבור איירי אבל גבי הזמה איירי בתוך כדי דבור וכיון שכן יצא לו להרמ"ה דבקרוב ופסול אע"ג דהוי לראות פוסל דהא גבי הזמה בתוך כדי דבור מצרפם ובזה לא פליג רבי דס"ל דתוך כדי דבור מצרפם ואע"ג דאיכא למימר דרבי נמי פליג בזה אפשר דמשמע ליה להרמ"ה דלא פליג משום דס"ל דלא שייך לאסהודי אתינא גבי הזמה

כיון דאין העדות אמת ולא היה כאן עדות כלל וכיון שכן אין לחלק שם בין לאסהודי קא אתינא לאומר לראות קא אתינא אע"פ שרבינו ישעיה מחלק כן גבי הזמה וכדכתב הטור בשמו בסי' ל"ח אפשר דאין דעת הרמ"ה כן א"נ משמע ליה להרמ"ה דלא מפשינן בפלוגתא וכיון שכן ה"ה גבי קרוב או פסול תוך כדי דבור מצטרפים אף על פי שלא כוון לראות וכ"ש הוא כוון שהעדות הוא אמת ויש צירוף בראיה אבל כשהעידו שלא בתוך כדי דבור לעולם תרתי בעינן לפסול נתכוון להעיד ובא לב"ד להעיד והעיד. ומ"ש הלכך לא שנא נצטרף עמהם קרוב או פסול בשעת ראיה להעיד ולא העיד עמהם בשעת הגדה לאו דלא העיד כלל קאמר דא"כ מאי לא העיד עמהם היל"ל לא העיד בשעת הגדה מדקאמר עמהם משמע תוך כדי דבור אבל לעולם דהעדה בב"ד בעינן ועם זה יסכימו דברי הרמ"ה עם דברי הרא"ש ובנ"ד לכ"ע היכא דלא בא הפסול להעיד בב"ד אינו פוסל אבל לדברי הטור שהבין בדברי הרמ"ה דקאמר לא העיד עמהם היינו לא העיד כלל ודאי דלדעת הרמ"ה בנ"ד פוסל:

ומ"מ כיון דלדעת הרא"ש והתוספות אינו פוסל אין להתיר ערוה לדעתם חלילה וכן מ"ש הטור בסי' ל"ז בשם רבינו ישעיה ז"ל שצריך שיעידו כלם בתוך כדי דבור וכו' אין הכרח מכאן שלא כדעת הרא"ש שנ"ל לפרשו כדברי הרמ"ה כדכתיבנא ומ"מ יש קצת תימא בדברי ה"ר ישעיה מאין יצא לו שיראו כלם כאחת דלא פסלי' עדות מיוחדת אלא בדיני נפשות אבל בדיני ממונות לא כדאמרי' בפ"ק דמכות אע"פ שיש לחלק דנהי דלא פסלינן לעדות מיוחדת אבל מ"מ לא מצטרפי עד שיראו כלם כאחד מ"מ לא ידעתי מנין לו אם לא שנאמר שמה שהצריך ה"ר ישעיה ראיה בא היינו כדי שיהיה כולל הדין בין לממון בין לנפשות וזה דוחק או מסברא אית ליה הכי:

ועל סיום לישניה של הרמ"ה שהביא דבריו הטור שכתב ולא שנא נצטרף עמהם בשעת הגדה ולא בא להעיד בשעת ראיה או שלא ראו כא' עדותן בטלה קשה קצת דמשמעותו דכשנצטרף עמהם דהיינו שהעידו תוך כדי דבור היכא דאיכא חדא לריעותא פוסל כגון שלא בא להעיד או שלא ראו כא' אבל היכא דאיכא תרתי לריעותא כגון לא נתכוון להעיד וגם לא ראו כא' אינו פוסל ואינו כן דברישא דלישניה כתב אבל העידו ביחד בתוך כדי דבור אפילו אומר שלא בא לראות ואפי' לא ראה וכו' משמע דאפי' דאיכא תרתי לריעותא פוסל אם לא שנא' דמאי דקאמר או שלא ראו הוי כמו או אפי' לא ראו וכו' וסמיך אריש דלישניה נמצינו למדים דלכל הפירושים דלדעת הרא"ש והתוספות ז"ל היכא דלא באו הפסולים לב"ד והעידו אינם פוסלים ונשאר עדיין לבאר אם באו אלו הפסולים והעידו בב"ד אי צריכה גט או לאו דנראה לכאורה דלכ"ע כיון דכוונו להעיד ובאו לב"ד והעידו

הפסולים פסלי והעדות בטלה ומ"מ אני אומר דצריכה גט וטעמא דהתוס' הקשו בפ"ק דמכות גבי דלאסהודי אתיתו קשה דא"כ לא יהרג אדם לעולם דהקרובים יבאו ויאמרו לאסהודי אתינן ופי' רבינו חיים דאמרי' לעדים כשרים לאסהודי עם הפסולים או למיחזי אתיתו בלא הפסולים אז לא הוי עדותן בטלה אפי' נמצא קרוב או פסול אבל אם אמרו לאסהודי אתינן עם הפסולים עדותן בטלה ומ"מ תימא האיך יהיו גם העדים הכשרים נאמנים לומר לאסהודי אתינן כדי לבטל העדות ה"ל כחוזר ומגיד כיון שכבר העידו וכו' וקשה דמנין להם לתוספות דהא דקאמר למחזי ולאסהודי דהוי אחר העדות נימא דהוי תיכף בבואם לב"ד יחד כשרים ופסולים קודם שיעידו יאמרו לכשרים להעיד וכו' ונראה לומר דמשמע להו לתוספות דבכל גוונא איירי. מ"מ למדנו מדבור זה דאם הכשרים אמרו שלא נתכוונו אלא לראות אף ע"פ שהפסולים נתכוונו להעיד חותכין הדין ע"פ הכשרים דכיון שהם באים לראות לא יצטרפו עם הפסולים וא"כ יצא לנו מכאן בנ"ד דאף ע"ס שנתייחדו הפסולים להעיד כיון שהכשרים לא באו אלא לראות עדותן מהני ומסתמא אמרי' דבאו לראות שראיתי בפסק אחד שעשה הרב מהר"י בירב הוזכר בב"י סי' ל"ו וז"ל ובנדון שלפנינו אנן סהדי שההולכים לחופה אינם הולכים להעיד אלא לשמוע שבעה ברכות ולשמח חתן וכלה ע"כ אף אנו נאמר כאן דמסתמא ההולכים לשמוע ברכת אירוסין הלכו ולשמוח בשמחת אירוסין ולא נתכוונו הכשרים אלא לראות ועדותן כשרה. איברא שהרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות עדות כתב וז"ל וכיצד בודקים כשיבאו לב"ד עדים מרובים כת א' אומרים להם כשראיתם זה שהרג או חבל להעיד באתם או לראות כל מי שאומר לא להעיד עליו אלא לראות מה הדבר ובכלל העם באתי מפרישין אותו וכל מי שאומר לא הייתי עומד אלא להעיד ולכוון העדות מפרישין אותו אם נמצא באלו שנתכוונו להעיד קרוב או פסול עדות כלם בטלה ע"כ משמע דכשיש כשרים לראות וכשרים להעיד ונמצא פסול בכשרים להעיד אפילו אותם הכשרים הבאים לראות לא מהני עדותן מדקאמר מפרישין לאלו בפני עצמן ולאלו בפני עצמן ואם נמצא בכשרים א' פסול עדות כלם בטלה וזה דלא כה"ר חיים שכתבו התוס' שהבאתי. איברא דאיכא לאתמוהי בהרמב"ם כיון שחותכין הדין ע"פ מי שראה אע"פ שלא כוון להעיד כמו שכ' אחרי כן בד"א וכו' א"כ כיון שיש כאן אלו שנתכוונו לראות ואלו שנתכוונו להעיד וה"ל כב' עדיות חלוקות דאין מצטרפים עד הרואה עם עד המעיד מדלא פסל עד הרואה הפסול לעד המעיד הכשר א"כ היה לו לחתוך הדין על פי עדים הרואים ולמה כתב עדות כלם בטלה דדברי ה"ר חיים נראים נכונים בטעמם כדכתיבנא ונאמר לדעת הרמב"ם ז"ל דכיון דעיקר העדות הם הבאים להעיד והם נתבטלו יתבטלו ג"כ עדים הרואים וא"כ

לפי דעתו בנ"ד שאף על פי שהכשרים לא נתייחדו להיות עדי הקדושין ומסתמא לראות באו כיון שהפסולים נתכוונו להעיד נתבטלו הרואים ולא תפסי קדושין אבל מ"מ אין להתיר ערוה נגד בעלי התוס' דדבריהם נכונים בטעמם ולא מצינו לשאר המפרשים שיחלוקו עליהם. ועוד אני אומר דלדעת הרמב"ם דל אין לפוטרה בלא גט מטעם קול ואע"ג דהך קול לא אתחזק בבי דינא ומיירי דלא נתקבל עדיין עדות הכשרים בב"ד מ"מ איכא קול דהרי כתב הרב מהרי"ק ז"ל וז"ל ועוד בר מן דין ובר מן דין פשיטא דלא גרע מיצא עליה שם מקודשת וכו' ואף על גב דהתם איירי בקול שהוחזק בב"ד נראה פשיטא דהתם דליכא אלא קלא בעלמא צריך כן וכו' אבל הכא כיון דאיכא חזקה טובא פשיטא דלא צריך שיתחזק בב"ד ע"כ א"כ בנ"ד נמי שנתבאר בשאלה שהיתה כל הימים בחזקת מקודשת ודאי דאין צריך הקול שיתחזק בב"ד:

ועוד מטעמא אחרינא לא בעינן הכא דאתחזק בבי דינא דהרי כ' הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג סי' ל"ח איברא דכתב רבינו ירוחם ז"ל דאם נמצא א' מן העדים קרוב או פסול דמבטלינן קלא וז"ל ומסתברא לי דלמ"ד דלא מבטלינן קלא דחוששין לזה הקול היכא שנמצא א' מן העדים קרוב או פסול לא שייך למימר בזה הקול דכל קלא דלא אתחזק בבי דינא לאו קלא דדוקא בהנהו תרי קלי דאיתנהו בההיא שמעתא דנרות דולקות וכו' וההיא דפ' מהיכן שמע וכו' אבל כשנתקדשה בפני ב' עדים ולא נודע שהאחד מהם קרוב או פסול קול גמור הוא אע"ג דלא נתקבלו העדיות בב"ד ולא שייך למימר בזה הקול כל קלא דלא אתחזק בבי דינא לאו קלא הוא ע"כ ג"כ בנ"ד שהוי הפיסול מפני שנמצא קרוב או פסול לא בעינן דאתחזק בבי דינא כ"ש אם נתקבלו העדיות בב"ד דאתחזק בבי דינא ואע"ג דאיכא רבוותא דסברי דמבטלינן קלא הרי כתב הר"ן דבשום מקום אין מבטלי' את הקול ולפיכך לא כתבו הרי"ף בה' ע"כ וכתב מהרי"ק ונראה שכן דעת הרמב"ם ז"ל ויש להחמיר כסברתם:

הכלל העולה דאשה זו צריכ' גט מדין תורה לדברי התו' ולדברי הרמב"ם מצד קול וא"א לפוטרה בלא גט מכל הצדדים אם יר' בעיני הרבנים יושבי על מדין. אחר כל אלה הדברים ראה ראיתי בתשו' הרב מהר"ר משה אלשקאר שהביא פסק הנז' של הרב מהר"י בירב ודחה דבריו וכמ"ש לעיל בשמו דכל ההולכים לחופה הולכים לראות כתב דאינו כן אלא דליכא למימר אנן סהדי דהכי אלא איכא הולכים לראות ואיכא הולכים להעיד וכיון דבאחרונה באו לב"ד להעיד אמרי' על הסתם דכלם מתחלה להעיד באו והעדות בטלה והביא ראיה מדברי הרמב"ן דבספק נאמר שהעדות בטלה היכא דלא ידענא אם באו לראות או להעיד: ואף גם זאת אני על משמרתי אעמודה להצריכה גט חדא דהסברא

מוכחת כדברי הרב מהר"י בירב דודאי רוב ההולכים לחופה לראות הולכים ומעוטא הולכים להעיד וכמעט כלם הולכים לראות זולת אשר נתייחדו בשעת הקדושין בשעת נתינת הטבעת לראות הטבעת דאותם ודאי הם להעיד וכיון דרובם הולכים לראות אזלינן בתר רובא וכיון שכן הדבר ספק אי הוי כה"ר חיים או כהרמב"ם והיא ספק מקודשת ועוד דאפי' נאמר בהא כמהר"י בירב ומהר"ם אלשקאר הוי ספקא בפלוגתא דרבוותא ולא אמרי' משום הכי דהוי ס"ס ספק אי כמהר"י בירב אי כמהר"ש אלשקאר ואת"ל כמהר"י בירב ספק אי כהרמב"ם ז"ל דכיון דהני תרי ספקי הוו פלוגתא דרבוותא כחד הוו דכבר נודע מאי דכתב מהריב"ל בכמה תשובות דתרי ספקי בפלוגתא דרבוותא כחד הוו דלא דייניגן בתרי ספקי דשני פלוגתא דרבוותא חד הוא דומיא מאי דכתבו התוס' שם אונס חד הוא ועוד דבנ"ד ליכא למימר ספק כדברי החו' ומקודשת ספק כדברי הרמב"ם ומותרת דהא להרמב"ם צריכה גט מטעם דלא מבטלינן קלא כדכתיבנא ואע"ג דהוי מטעמא אחרינא כבר כתב מהר"י קולין ז"ל בסוף סי' נ"ב דקבלה בידו מרבותיו דאפי' לקולא היכא שיש פוסקים מסכימים להתיר זה מטעם זה וזה מטעם זה מצטרפים וכ"ש לאיסור דמצטרפים והביא לזה ראיה מוכרחת מפ"ב דחולין וא"כ בנ"ד נמי מצטרפי' דבשלמא אי הפוסק' דאמרו מבטלי' קלא היו מגלין טעמם ודעתם דלא כה"ר חיים היה כאן ספק להתיר אבל כיון שלא גילו דעתם כלל א"כ אין כאן חולק אלא הרמב"ם והרמב"ם מטעם אחר צריכה גט לדעתו ולית כאן ספקא בפלוגתא דרבוותא נמצא דיש לחוש לדברי כה"ר חיים דלא מצינו בכל שאר הפוסקים מי שיגלה דעתו הפך דבריו ואע"ג דרש"י ז"ל כתב בגמרא היכי אמרי' להו לקרוב ולפסול למבדקינהו דמשמע דלא מהני הבדיקה אלא בקרוב או פסול יש לומר דרש"י לא כתב כן אלא לרבותא דלא כה"ר חיים דה"א דלא מהני מה שיאמרו הקרובים קמ"ל דמהני ג"כ מה שיאמרו הקרובים להעיד נתכוונו אבל לעולם דמה שיאמרו הכשרים למחזי אתינא במכ"ש דמהני דאין לומר סברא הפוכה מדברי ה"ר חיים לגמרי דהפסולים מהני מה שיאמרו והכשרים לא ועוד דברי הרי"ף מוכיחים קצת כדברי ה"ר חיים כמו שכתב הטור בסי' ל"ו דכיון דלא ידע בפסולו של אחר דכשר וטעמו כ' הרא"ש בפסקיו דלא נצטרפו לפסולים ועוד יש להוכיח כן מלשון שכ' הרא"ש בפסקיו ונאמן הוא לומר שלא ידע בקורבתו כמו שנאמן לומר למחזי אתינא משמע מריהוט לשונו דהכשר נאמן לומר למחזי אתינא דהא קאמר כשם שנאמן וכו' ובכשר קאי והרא"ש לא דחה דין בפסקיו אלא משום דהיה לו לומר בגמ' דשיילינן לכשרים הכרת העדים בפסולים של אלו אבל הא דאם נתכוונו לראות או להעיד אפשר

שיודה הרא"ש דהשאלה האמורה בתלמוד דלמחזי אתיתו אכולהו קאי אכשרי' ואפסולי' ואף ע"ג דדברי הרמב"ן שהביא הטור כתב כי היכי דתלינן כדעת הפסולים אי למחזי קא אתו וכו' לא כתב הרב כדעת הפסולים לאפוקי הכשרים אלא רבותא קאמר דאפי' בפסולים אנו תולים בדעתם דהיה לנו לומר דלא נתלה בדעתם כדכתבו התוס' דאל"כ לא יהרג אדם לעולם א"כ ה"ה והוא הטעם וכ"ש הוא דתלינן בדעת הכשרים אם לא הכירו הפסולים:

ועוד יש להוכיח מלשון סמ"ג שכתב בלאוין רי"ג שיילינן להו אי למחזי אתו או לאסהודי אתו ובכל אותם שיאמרו שבאו לאסהודי כשנתקבצו לראות זה שהרג אם נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותן בטלה ע"כ מוכח מלשון זה דדוקא הוי שנתכוונו להעיד עדותן בטלה אע"פ שאין זה מוכח בדבריו מ"מ קצת הוכחה יש: . סוף דבר בהא סלקי' ובהא נחתינן דאשה זו צריכה גט ואפי' הרב מהר"ם אלשקר ז"ל אפשר שלא התיר באותו הנדון לא מפני שהיה שם טעמים אחרים שהיה בתוך כדי דבור והיה שם עד זומם ולא היה סומך על הטעם ההוא לבדו דמ"ש בשם הרמב"ן ז"ל דלעולם אית לן לומר דהעדות בטלה המעיין בתשובת הרשב"א ז"ל בסימן אלף קפ"ד דיראה דכל זמן שלא באו לב"ד ואמרו לאסהודי קא אתינא לא מבטלי העדות הפך דברי הרמב"ן ז"ל ולכן אפשר שהר"ם אלשקאר לא כתב שם אלא סניף לטעמם ולא שהטעם ההוא יספיק להתיר ועוד דלדעת רש"י שכתב בפ"ק דמכות דהא דקאמר רבא והוא שיעידו תוך כדי דבור אכולה מתני' היא אפילו קרוב או פסול וכלה פליג רבי ואמר דבדקינן להו אי למחזי וכו' אפשר דלאחר כדי דבור אפילו שיאמרו לאסהודי כוונתו אין עדותן בטלה ובנ"ד אם היה אחר כדי דבור עדות הפסולים והכשרים בב"ד כדרך העולם אפשר דלדעת רש"י ג"כ צריכה גט מהך טעמא:

לכן אני אומר דעכ"פ צריכה גט אם לא שבדקו ב"ד בכל הפסולים והעד הפסול מדרבנן ואמרו לאסהודי כוונתו כשראינו המעשה או אפילו שהעד הפסול מדרבנן לבדו יאמר כן שלהעיד כוון אז ודאי היא מותר' לדעת ה"ר חיים ז"ל כיון דעד זה הוא המצטרף עם א' מהאחרים והוא פסול א"כ אין כאן הצטרפות והיא מותרת ואם היה הדבר כן ליכא חששא אלא טעמא דקלא ולמ"ד מבטלי' קלא מבטלי' ולמ"ד לא מבטלינן קלא לא מבטלי' אבל אם לא בדקו ב"ד הדבר כדכתיבנא אלא על הסתם אני אומר דהויא ספק מקודשת וצריכה גט כדכתיבנא: הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כז

במותב תלתא כחדא הוינא כד אתא קדמנא ה"ר שלמה המכונה מדינה ואמר לנו שהיה נשוי אשה בת ה"ר עובדיה מזרחי יצ"ו וגרשה ואחר שגרשה נתיחד עמה בפני עדים בזה האופן שהיא היתה בתוך הבית והבית סגורה במנעול ושבר המנעול ועמד שם ביחוד עמה יותר מכדי צליית ביצה ואנחנו ב"ד ח"מ שלחנו שלוחים לאשתו עזיזה והיא אמרה לשלוחים שאמת היה ששבר המנעול וחבקה וצעקה ויצא והלך לו ואמר' שלא שהה שיעור כדי צליית ביצה והמגרש ה"ר שלמה הנז' הביא עדים בפנינו הלא הם ה"ר שבתי נתן אשכנזי וה"ר יוסף בילקאיירי יצ"ו וקבלנם בפני אבי עזיזה הנז' ובפני אחיה שעשתה אותם עזיזה הנז' שלוחים לקבל עדות בפניהם ואנחנו חקרנו ודרשנו העדי' כדת וכהלכה ואחר הגזום והאיום הראו' להעשות קם ה"ר שבתי נתן הנז' על רגליו והעיד כי ה"ר שלמה המגרש הנזכר אתמול שבר מנעול הפתח כנזכר ונכנס שם והפתח נסגר מאליו אחריו ועמד שם כדי שיעור רחיצ' פניו וידיו שרחץ ה"ר שבתי הנז' וקנחם ואח"כ יצא ושאלו לו אם היה זה שיעור צליית ביצה ואמר שבעיניו היה השיעור ההוא אח"כ העיד ה"ר יוסף בילקאיירי הנז' והעיד כדברי ה"ר שבתי אלא שהוא אמר ששהה הרבה יותר מכדי צליית ביצה ושאלנו לעדים הנז' אם ידעו שהאשה המתגרש' ראתה אותם ואמרו שהם לא ראו אותה וגם היא לא ראתה אותם יען שהבית היתה סגורה עוד שאלנו למגרש הנז' אם עשה לה שום דבר כשנתיחד עמה ואמר לנו שחבקה ונשקה ולא עשה יותר והיה זה יום ג' כ"א לשבט השצ"ב ליצירה:

תשובה הן אמת בפני גירש ה"ר שלמה הנז' ואחר כך עשה הפועל הרע והמגונה הזה והביאו אלו העדים בפני ואחרי אשר עמדתי על דברי העדים נראה לי דלא אהני ליה שטותיה ויש להתיר לאשה הזאת מכמה טעמים חדא דהרשב"א ז"ל כתב בתשובה דצריך שהיא והוא ידעו שיש עדים מבחוץ וכמו שכתב הרב ב"י בסי' קמ"ח וכיון שהיא לא ראתה העדים בנ"ד כמו שנראה ודאי שהיא סגורה בבית והעדי' עצמם אמרו כן שהם לא ראו אותה וגם היא בודאי לא ראתה אותם א"כ ודאי לא חיישינן להההיא יחוד:

שנית שהוא הודה בפיו שלא בא עליה וכתוב בהגהות אלפסי בפרק מי שאחזו לשון ריא"ז וז"ל וכן כל המגרש את אשתו אם יש עדים שנתיחד עמה חוששין שמא בא עליה באותו היחוד וצריכה ממנו גט ב' וכו' ואם שניהם מודי' שלא בא עליה באותו יחוד אין צריך ממנו גט ב' ע"כ א"כ בנ"ד שהיא והוא אמרו שלא בא עליה כמבואר בקבלת עדות אינה צריכה גט ב' איברא דיש להחמיר דרש"י ז"ל כתב בפ' הזורק וז"ל הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה כלומ' כיון שראו שנתיחדה אין צריך עדות של ביאה גדולה מזו אנן

סהדי כיון דגייסי אהדדי לא פרשו זה מזה ע"כ וכיון דחשבינן ליה כעדים דאמרי' אנן סהדי אפשר דאעפ"י שיודו שניהם דלא היה שם ביאה דאינן נאמנים דהרי זה כאלו קדש בפני עדים ומ"מ אפשר דהך אנן סהדי דכתב רש"י ז"ל לא הוי כעדים ממש דהא נתבאר בדברי הפוסקים דעל הספק צריכה גט שני והוא מגורשת מספק דילמא בא עליה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י' מהלכות גרושין א"כ לדברי ריא"ז ז"ל כולי עלמא מודו:

שלישית דהרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בתשובותיו על ענין כיוצא בזה סי' מ"ג כתב דצריך שיעור כדי צליית ביצ' ולגומעה ובנ"ד ליכא לדברי העד א' אע"ג דלדברי העד ה"ר יצחק בילקאירי היה יותר הרבה מכדי צליית ביצה וא"כ יש שם השיעור של גמיעה מ"מ העד האחר לא אמר אלא שיעור כדי צליית ביצה לבד ועדיין צריך שיעור לגומעה. מיהו הך טעמא לא ברירא לי משום דלא אמר כן העד רבי שבתי אלא באומד דעתו שהיה כן ואפשר שלא שיער יפה והיה שם שיעור לגומעה ג"כ דהיא דבר מועט ובדבר קל כזה אפשר שטעה וחשב שלא היה שם אלא כדי צליית ביצה ואין לומר דמ"מ לא ליהוו דברי העד אלא ספק אם יש שם שיעור כדי גמיעה ג"כ ולא שיער יפה או דילמא שיער יפה וכיון שכן הרי יש כאן ספק ספקא דאעפ"י שיש שם שיעור ג"כ איכא למימר דילמא לא בא עליה דאין אנו מצריכין אותה גט אלא מספק אחד דילמא בא עליה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות גרושין וכן שאר הפוסקי' וכיון שכן היא מותרת דספק ספקא לקולא מ"מ אין דעתי נוחה בזה משום דאין זה הספק ספקא מתהפך דנהי שתאמר ספק אם יש שם שיעו' או לא ואת"ל יש שם שיעור ספק אם בא עליה או לא אבל לא תאמר ספק אם בא או לא בא ואת"ל שבא ספק אם היה שם שיעור או לא דכיון שבא ודאי דהיה שם שיעור:

עוד טעם ד' דהרב מהר"ר לוי ז"ל בתשובה הנז' כתב דהיכא דנכנס בבית בלי דעתא אף אם ישב שם ושהה שיעור יחוד אם תאמר שלא נבעלה ותתן אמתלא לדבריה למה שהתה נאמנת והבי' לזה ראיות וא"כ בנ"ד ששבר המנעול ונכנס בלא דעתה ודאי דאין חוששין לביאה והגם כי אין טעם זה ברור בעיני מ"מ בהצטרפות כל הטעמים נראה לי ברור להתיר האשה הזאת בלי גט שני כלל כל זה כתבתי בקצור נמרץ אבל לא מלאני לבי להתיר אלא אם יסכימו הרבנים המובהקים ובפרט שני צנתרות הזהב נר"ו ואם לאו דעתי בטלה לגבייהו: נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כח

כח ראה ראיתי מה שכת' הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו על דבר הגט אשר הובא מאסכנדריאה למצרים דכתוב בו פטורין בחד יו"ד אשר הורה בו החכם השלם סיני ועוקר הרים כה"ר אברהם מונסו"ן נר"ו להחמיר והרב הנז' הורה להקל אם יש בדבר טורח קצת והחכם השלם נר"ו אשר הורה להחמיר טעמו ממה שמצא כתוב בספר שלחן ערוך שחבר הרב מהרי"ק דאם חסר אחד מן היודי"ן פסול ואף עפ"י שאחרי כן כתב יש מי שאומר שאם לא בא הבעל וערער וכו' הכריח הוא דהיינו דווקא היכא דניתן הגט לידה:

ואני אומר לע"ד דאמת הוא דמדברי הרא"ש משמע דפיטורין בב' יודי"ן והטעם שלא יהא נראה לשון פטור וחובה וכיון שע"כ צריך יו"ד בין פ"א לטי"ת לסלק חששא זאת קאמר דלא הוצרכו להזהיר בגמ' להאריך הוי"ו מה שאין כן בתרוכין ושבוקין דלא הוצרכו לשום יו"ד בין תי"ו לרי"ש ובין שי"ן לבי"ת לסלק שום חששא לכך אמרו שיאריכו הוי"ו שהוא דבר נקל כדי לסלק החששא אחרת דמשמע חובות דעלמא ועם זה נחה שקטה קושית הרב נר"ו שהקשה על הרא"ש ז"ל דלמה לא נעשה בפטורין כמו בתרוכין שלא נשים יו"ד בין פ"א לטי"ת ונאריך הוי"ו דע"כ צריך לשים יו"ד לסלק חששת פיטור וחובה אבל בתרוכין ושבוקין ליכא הך חששא וכי תימא מ"מ נצריך יו"ד בין תי"ו לרי"ש ובין שי"ן לבי"ת לסלק חששא האמורה בפרק המגרש הרי סלקי אותה חכמים באריכות הוי"ו ויותר ראוי לסלק החששא באריכות אות מלהוסיף אות אחרת זה נראה מדברי הרא"ש אבל מדברי רבינו ירוחם שכתב בשם התוספות ז"ל וגם כתבו התוספות וה"ה לוי"ו דפטורין וגם כתבו שאין צריך לכתוב יו"ד בין תי"ו לרי"ש דתרוכין ולא בין שי"ן לבי"ת דשבוקין אבל בפיטורין מלא שלא יאמר פטורין שנראה כפטרוה מחוב וכו' ע"כ משמע דאית להו לתוספות דלאו הא בהא תליא אלא דתרתי בעינן היו"ד ואריכות הוי"ו ודלא כהרא"ש ז"ל דתלי הא בהא ומ"מ לענין הדין שניהם מסכימי' דצריך ב' יודי"ן בפיטורין וטעמייהו ודאי דאית להו כפי' קמא דרש"י ז"ל בפרק התקבל גבי פיטרוה דבריו קיימים וכו' ולא כפי' בתרא דלפי' בתרא אין הכרח כלל כמו שכתב הרב נר"ו ולאפוקי מדברי החכם השלם הפוסק נר"ו כי באמת דבריו תמוהים דלפירוש בתרא דרש"י ודאי דאין כאן הוכחה כלל:

גם הפירוש שכתב בשם הריטב"א הוא תמוה מאד כמו שכתב הרב נר"ו ואלו לא היה אומר הריטב"א אלא דטעמא דפטרוה לא מהני דמשמ' לשעבר ופיטרוה להבא היו דבריו נכונים דיכולי' אנו לומר דלעולם אית ליה הטי"ת בשוא נח וכשהוא אומר פטרוה בשוא

נח או פטרוה משמע לשון עבר אבל כשאומר פיטרוה בשוא נע הוי לשון צווי כמו אמרו שלחו אבל הא דכתב דכשהוא להבא הטי"ת דגושה הוא דבר קשה כמו שהקשה הרב נר"ו ולא אדע להשיב עד אראה הדברים במקומם היכן כתבם הריטב"א ז"ל ולענין דינא אני אומר דאחר שראינו ה"ר יחיאל והרי"ף וסמ"ג דכלם כתבו בחד יו"ד ובדקנו בתרגום ומצאנו פטורים בחד יו"ד בפ' כי תצא וזו הוכחה היא כמו שהוכיח המרדכי בפרק המגרש גבי יו"ד דתהויין בין תי"ו לה"א דהוכיח דבדק בכמה תרגומים ולא היה יו"ד בין תי"ו לה"א א"כ אין לזוז ממה שפסק הרב הכהן הגדול נר"ו ומפיו אנו חיים: נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה כט

זה לי ימים הוצג לפני ותבט עיני בשורי אור יקרות אמרות טהורות דברי פי חכם חן סיני ועוקר הרים המאיר לארץ ולדרים החכם השלם כה"ר אברהם מונסון נר"ו על אודות הגט אשר הובא מאלכסנדריא למצרים על יד שליח הולכה והיה כתוב בו פטורין בחד יו"ד והחכם השלם הנז' האריך למעניתו ספיר גזרתו חרד חרדה גדולה גזר אומר כי יו"ד זעירא חסורי מחסרא הן הן גופי תורה: הגם הלום ראיתי אחרי רואי צוף דבש אמרי שפתי כהן הן הן גופי הלכות והיו למאורות אלוה צרופה מה יפה סלת שצפה על גבי. נפה המלך שלמה עוז לעמו הרב הכהן הגדול מאחיו נר"ו אשר חלק עליו והחזיק בעוז ההיתר וכל ספקות האיסור ראה ויתר גם אני יחיד ועני דברתי בלשוני זה סיני לנגד עיני. ויען וביען בעת ההי' במהירות ובנחיצה רבה גליתי דעתי קצרה וצרה ונוסף גם הוא האיר אל עבר פני כהיום הזה פסק הדרת תהלה הרב המובהק כמהר"ר בצלאל נר"ו אשר החזיק במעוזו של החכם השלם הנז' אמרתי אני אל לבי גלויי דעתא בגיטא לאו מלתא אך אמנה אדברה נא בארוכה בלשון רכה ואגיד דעתי בעטי אשר אתי זה החלי. תחלה כתב החכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר אברהם נר"ו כי אפילו אותם המכשירים שהכשירו אם לא ערער הבעל ולא כתבו הבעל לא הוי אלא א"כ הגיע הגט לידה ודקדק כן ממילת כשר ותנשא לכתחלה שכתב בעל העיטור ולא ינתן לכתחלה ואני אומר שאין זה מוכרח בלשונו ואדרבה מצאנו להרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"ג סימן ס"ט שנסתפק בזה שכתב שם אבל בדברי הרב בעל העיטור צריך לעיין במאי דקאמר הגט כשר ותנשא בו אי קאמר בדיעבד תנשא אבל לכתחלה לא ינתן או אם נאמר דכשר אפילו לכתחלה משמע וכתב שם שמדברי רבינו נסים גאון משמע בהדיא דהיכא דליכא תרתי לריעותא כלומר שהבעל כתבו או צוה לסופר וגם שערער הבעל נראה דאפילו

לכתחלה הגט כשר וכדקאמ' דאין צריך גט שני משמע דאפילו אם לא נתן ינתן לכתחלה וזה יצא לו לרב ז"ל מפני שהוא גורס שם בדברי רבינו נסים בסיפא דלישניה אבל אם שם ערעור הבעל ויש בו טעות מתחת ידי סופר וצוה לכתוב גט סתם כיון דמדעת שלמה רצה לגרש אינה צריכה גש שני וכל טעות שבא מתחת ידי סופר אין ערעור הבעל כלום וכן דעת הגאונים ע"כ וכן הוא הלשון בחדושי הרשב"א בגטין דגורס אבל אם שם ערעור הבעל וא"כ לפי זה אפילו שערער הבעל קאמר דהיכא דלא כתבו ינתן לכתחלה לפי דעתו של רבינו נסים וכל הגאונים ובאמת קולא יתירה הוא אבל בנסחאת ה"ה ז"ל בפ"ד מהלכות גרושין וכן הר"ן בפרק המגרש וכן העיטור מכתיבת יד שיש לי במאמר ז' וכן הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובותיו סי' ס"ט בכלם כתוב בלשון רבינו נסים גאון אבל אם אין שם ערעור הבעל וכו' ולפי זה דווקא היכא דלא ערער הבעל ונתן לכתחלה אבל היכא דערע' ודאי דלא ינתן ולפי הנראה נסחא זו עיקר משום דריש' דלישניה בערער הבעל קא מיירי וכיון דהשתא קאמר אבל וכו' משמע דנייד ממאי דעסוק ביה וע"כ ודאי הוי דלא ערער אלא שלפי זה קשה סוף הלשון שכתב וכל טעות שבא מתחת ידי סופר אין ערעור הבעל כלום ע"כ וזה הפך עמה שאמר בראשונה דבתחלה כתב דאין שם ערעור ולבסוף כתב דאפי' דיש ערעור לא הוי כלום ואולי יש לומר דמעיקרא איירי לענין שתנשא לכתחלה או לענין שינתן הגט לכתחלה ולבסוף איירי לענין אם נשא' לא תצא דלהא אפי' שערער לא משגחי' ביה אבל לענין לאנסובי לכתחלה לא מנסבינן לה כיון שהבעל מערער וכדכתב רבינו האיי שהביא קודם והשתא ניחא לפי זה שמדברי הר"ן והעיטור וה' המגיד משמע קצת דדעת רבינו נסים גאון שוה לדעת רבינו האיי ולפי הרב מהריב"ל ז"ל איכא בינייהו טובא דלדעת רבינו האיי היכא דערער לא מנסבינן ולדעת רבינו נסים גאון מנסבינן וא"כ קשה לדעתו איך הרבנים הנז' השוו דעותיהם גם הרב מהריב"ל ז"ל תמה שם על הרשב"א איך הסכים לרבינו האיי עם העיטור דלרבינו האיי משמע דאפילו לא ערער הבעל אי ליכא ספרא דמתקן ליה לא תנשא לכתחלה ועוד תימה אצלי נוסף על זה שראיתי להרשב"א ז"ל שכתב בסימן אלף קס"ג וז"ל כבר ראית שכתבתי אני בשם הגאון רבינו האיי ז"ל ומשמן של גדולי הראשונים שכל אותם דקדוקים שאמרו שם בפרק המגרש לכתוב כן אינו אלא כשבא הבעל וערער או שכתב הבעל בעצמו הגט או שצוה הבעל לסופר לכתוב כן דהשתא יש לחוש וכו' הא לאו הכי טעות סופר הוא ואין לחוש ע"כ ולמה כתב דאין לחוש היה לו לומר דאם אין הסופר שם שיתקן לא תנשא לכתחלה שכן כתב רבינו האיי כמבואר בלשונו שכתב אי אינסיב לא מפקינן ליה מיהו הא לא קשה לי מהיכן ראה לרבינו האיי שהיכא שכתבו הבעל

אעפ"י שלא ערער דיש לחוש הא לא הזכיר רבינו האיי אלא ערעור הבעל לחוד דיש לומר דמשמע ליה להרשב"א דשקולים הם דהיכא דכתבו הבעל אעפ"י שלא ערער הוי כערער הבעל עוד הקשה שם הרב מהריב"ל ז"ל קשיא דיוקא אדיוקא בדברי העיטור והאריך שם ולכל אלו הדברים צריך פנאי הרבה לעיין ולהעמיק בהם לבד זה אומר מה שעולה לנ"ד דמדברי רבינו נסים למדנו בשם הגאונים לפי דעת מהר"י ן' לב ז"ל דאפילו ערער הבעל אם לא כתבו ינתן לכתחלה ולפי דרכנו למדנו דהיכא דלא ערער דווקא ינתן דלשון אין צריך גט שני משמ' דלכתחלה תנתן אמת שמדברי הריב"ש בסי' ר"ה משמע שם דדווקא בדיעבד שכתב ואף בהם כתבו הגאונים שאין הגט פסול אלא כשהבעל מערער אבל על הסתם כשר בדיעבד ועוד יש אחרים מקילים וכו' וכתב בסוף הלשון אין לפוסלו בדיעבד משמע דבדיעבד דוקא כשר ואגב ארחי' למדנו מדברי הריב"ש דדברי רבי' האיי ודברי העיטור אינם שוי' דהעיטו' הוא דבעי תרתי דהיינו ערעור הבעל ושכתבו הוא ורבינו האיי מחמיר יותר דבערעור הבעל סגי דאלה הב' סברות שכתב הריב"ש לא מצאנו אותם אלא בעיטור ורבינו האיי והוא הפך הנראה מדברי הטור א"ה סי' קכ"ו והרשב"א בחדושיו שהסכים זה לזה:

גם מדברי הרא"ש בתשובה שהזכיר הטור בסימן הנזכר גבי הארכת הווי"ן משמע דדוקא בדיעבד שכן כתב ואם ניתן לה הגט ואין הווי"ן ארוכין והבעל רחוק מכאן לא הייתי פוסלו בשביל זה וכן אם יש תקנת עיגון וכו' ונ"ל פי' דבריו דהבעל רחוק שהזכיר קודם לא הוי רחוק כ"כ דאיכא ביה תקנת עיגון ולכך כתב דהיכא דניתן הגט לידה וגם שהוא רחוק אעפ"י שאפשר לבא ע"י הדחק גט אחר מ"מ כיון שכבר ניתן אין לחזור ליתן אחר ואח"כ כתב שאם הוא רחוק כ"כ שיש בו תקנת עיגון שהדבר רחוק מאד שיבא אז מתיר לכתחלה אפילו קודם שיתן שיתנוהו וב"ד יאריכו הווי"ן כיון שיש בו עיגונה נמצא לפי זה דרחוק שהזכיר קודם לא הוי בתקנת עיגון דלבסוף דאל"כ מאי וכן אם יש בו תקנת עיגון דקאמר הא בהא קא עסיק והיל"ל ואפי' לכתחלה אני מתיר ליתן מפני שיש בו תקנת עיגון אלא ודאי כדפרישית עיקר אעפ"י שמדברי הרב מהריב"ל ז"ל בתשובה הנזכרת נראה שמפרש כפי' שדחיתי למעלה דאית ליה דמקום רחוק שאמר לעיל הוי תקנת עיגון שהזכיר לבסוף יע"ש וקשה לי עליו מה שהקשתי: מ"מ למדנו מדברי הרא"ש דלא התיר כן אלא היכא שכבר נותן והבעל רחוק ועל כן יש לי לתמוה על הרב מהר"ר דוד כהן ז"ל שכתב בבית הרביעי על דברי הרא"ש שכתב בתשובה על גט שכתוב בו לא ימחא באל"ף שאם כבר בא הגט ליד האשה אין לפוסלו בכך דאפשר דדוקא היכא שנכתב בגט ימחא באל"ף שדרך הכאה או הריגה ליכתב כן ודרך מניעה

על הרוב להכתב בה"א הוא דסבר ז"ל שאם לא נתן הגט לידה שלא ינתן אבל במה שנזכרו בגמרא שאין לכתוב כן אף אם נכתבו מגרשי' בו לכתחלה אם אין הבעל מערער הואיל ונכתבים כמנהגם ע"כ דאיך אפשר לומר כן הא מדברי הרא"ש בההיא תשובה דהארכת הווי"ן דהוי הדקדוקים שנז' בגמרא לא כתב להכשיר אלא היכא דכבר ניתן הגט לידה והבעל רחוק אבל אי לא אע"ג דלא היה שם ערעור הבעל ובדברי הרא"ש גופיה קשיא לי למה בההיא דלא ימחא באל"ף כתב דהיכא שכבר ניתן הגט לידה לחוד סגי ובהארכת הווי"ן הצריך שינתן הגט לידה ושהיה הבעל רחוק לכן יש לי לומר הפך מדברי מהר"ר דוד כהן ז"ל דאדרבה ההיא דלא ימחא ליכא ביה חששא דערעור כלל דאין שם משמעות שנוי הכוונה ולכך בניתן לידה לחוד סגי אבל הכא דאתי לידי חשש' דערעור דבעל לא מהני אלא היכ' דכבר ניתן והבעל במקום רחוק: למדנו מכל האמור דמה שכתב החכם השלם הפוסק אין הכל מודים בו דאיכא מאן דסבר דהיכא דלא ערער הבעל ונתן הגט לכתחלה דהיינו רבינו נסים והגאונים אעפ"י שהריב"ש והרא"ש נראה חלוקים על כך ולשון הרשב"א שהבאתי מורה כדברי רבינו נסים שכתב דהיכא דלא ערער הבעל אין לחוש עוד תמה הח' השלם הפוסק דהרא"ש כתב בכלל מ"ה וז"ל וגט שאינו משורטט בי"ב שיטות או שלא נכתב בכתיבה אשורית מרובעת או שדבוקו' האותיות פוסלים בארצנו וכך היו עושים בצרפת אבל במקום עיגון שבא מארץ רחוקה ואין שיירות מצוייות להביא אחר לא הייתי פוסלו ע"כ ואם על שרטוט י"ב שיטות שאינו אלא מנהג כתב שאין להקל אלא במקום עיגון כ"ש ביו"ד דפטורין דכתבינן ליה מדינא אליבי' ואני אומר דבכל אלו היה המנהג פשוט בעיר הרא"ש לפסול אותם וכיון דהיו עושים אותו פסול כלומר שאירע הדבר בכמה בתי דינים ופסלוהו ראוי להחמיר עליו אע"ג דמן הדין אין בו איסור דכל הני דכתב הרא"ש כאן אינו אלא מדרך חומרא ולא מן הדין דגרירת הדבוקות התיר בפרק ב' דגטין וכן כתיבה אשורית מרובעת כתב הרב בית יוסף בסימן קכ"ו דמדרך החומרא הוא דאי מן הדין אפילו במקום עיגון לא הוה ליה למשרי' ובהכי ניחא ההיא דהוקשה שם לרב ב"י דהתיר הרא"ש היכא דכתב אל"ף למ"ד ביחד אע"ג דאינו כתובת אשורית דשאני התם דלא התיר הרא"ש אלא מן הדין אבל הכא אינו אלא מכח המנהג שנהגו לפסול ולא צריכינן לתירוץ הרב מהריב"ל ז"ל שתי' קושיא זאת בתשובה הנז' ולא לתירוצי הרב מהרי"ק ז"ל בסימן הנז' דבכי הא אתי שפיר וכדכתיבנא:

גם ההיא די"ב שיטין דהתיר הרא"ש בריש גטין וכתבו הטור בסימן קכ"ה לא פליג על הך דהך תשובה מכח חומרא ולא מדינא ותימ' על הרב בית יוסף שכתב על דין דאם

חסר מי"ב שיטין אבל בתשובו' כתב וכו' דמשמע דפליג בתשובות על ההיא דגטין דאינו כן כדכתיבנא גם יש לי לתמוה עליו דמה שהוקשה אצלו שם בגרירת הדבוקות דאמאי לא התיר בההיא דשאני התם דנהגו לפסול ומכח החומרא אמר כן דהא הוא עצמו אית ליה דההיא דכתיבה אשורית שהצריך לא הוי מדינא ועוד קשה בהא מדידיה אדידיה דבסוף סימן קכ"ו כתב וכמו שהשיב בגט שאין אותיותיו מוקפות גויל שבארצו נהגו לפסול אעפ"י שבפסקים פסק להכשיר מיהו י"ל לזה דהא דבפסקים כתב דאפי' לפי מה שנהגו להחמיר בגרירת הדבוקות סגי ולהכי הוקשה לו דאפילו לפי החומרא שנהגו סגי בגרירת הדבוקות ולכך הוצרך לתרץ וכתירוצו תירץ הרב מהריב"ל ז"ל בתשובה הנז' ולא רצו לומר דבארצו נהגו להחמיר כ"כ שאפי' בגרירת הדבוקות לא מהני דנראה להם זה דוחק מ"מ למדנו מכל זה דאע"ג דמן הדין אין לפסול ראוי לפוסלם מכח המנהג שנהגו כן לפסול דבכמה בתי דינין פסלום:

אבל בנ"ד היכן ראינו שנהגו לפסול באסכנדריא גט כתוב פטורין בחד יו"ד אדרבה מאחר שראינו גטין דחד כתוב פטורין בחד יו"ד וחד בשתי יודי"ן משמע שנהגו שאין לחוש על כך וכמ"ש האורכלי גבי ימחא דכיון דבדניאל איכא בה"א ואיכא באל"ף אין חששא גם אנו נאמר שאינם חוששין בכך ויש לי לתמוה על החכם השלם הפוסק נר"ו שהאריך לומר דצריך עכ"פ שיבררו המנהג ושיהיה עפ"י ותיקין אדרבה איפכא מסתבר הוא שבא לפסול צריך להביא ראיה שבאסכנדריא נהנו לפסול פטורין בחד יו"ד על דרך הסתם כל הוראותיה' על פי הרמב"ם ז"ל וכבר הודה לנו בזה. הרב מהר"ר בצלאל נר"ו שמדברי הרמב"ם אין הכרח לפסול דלא משמע מינ' אי פטורין בחד יו"ד או בתרי אדרב' מוכח מדבריו דהוי בחד וכיון שכן אין לומר שנהגו לפסול עפ"י הרמב"ם ז"ל שהוא רבם באותו המקום ובכל ארץ המערב וכיון שכן אעפ"י שידענו שכתבו בקצת גטין פיטורין בשני יודי"ן אין לנו ראי' שיש להם מנהג לפסול בחד יו"ד ולא דמי להה' דהרא"ש שה' מנהג פשוט בעיר על כך וכיון שאין ברור למנהג יעמוד הדבר על הדין ופשיטא דבמקום שאין שם מנהג כל פסולה דרבנן היכא דאיכא פלוגת' דרבוותא אזלינן לקולא דבשל סופרים הלך אחר המקיל וכיון דרבי' יחיאל וסמ"ג והרי"ף וריצב"א ואחיו ז"ל שהביא המרדכי בפ' המגרש כולהו אית להו דפטורין בחד יו"ד אזלינן בתרייהו לקולא ומה גם דרוב התרגומים מסייעים אותם וזו היא ההוכחה שכתבתי בפסקי הא' דומה להוכחת המרדכי בההיא דתהויין גבי יו"ד בין תי"ו לה"א והיינו להכריח דסברתו היא מוסכמ' אל האמ' וכדברי מצאתי אחרי כותבי להרב מהריב"ל בח"א דף נ"ט שכתב דין זה כמו שכתבנו והוכיח אותו מהטעם שהוכחתי שכתב שם וז"ל ועל הספקות מחסרון האל"ף משלטאה

ופטורין שנכת' בחד יו"ד אין לחוש לזה. שהרי האשכנזי' כותבי' פטורין בחד יו"ד וגט כריתו' במקצ' נסחאו' בתרגו' כתוב פטורין בחד יו"ד ע"כ הרי כתב בהדי' הרב שאין לחוש לכך אלא שהוא בדק כל הנסחאו' ולכך כתב מקצת הנסחאו' ואני לא בדקתי כול' מ"מ הדין מסכי' עמנו ואין לו' דטעמו מפני שהיה בארץ מרחקי' דהרי בסוף התשו' גבי מתתיה כתב כן וז"ל ואפי' לכתחלה אם יהיה שעת הדחק שהבעל הוא בארץ מרחקים משמע בהדיא דמההוא טעמא דמתתיה הצריכו שיהא הבעל מארץ מרחקים אבל להני דלעיל לא הצריך לכך אף עפ"י שהמנהג היה לכתוב פיטורין בשני יודי"ן:

עוד כתב החכם השלם הפוסק נר"ו שבמצרים שבא שם הגט נוהגים לכתוב פיטורין בג' יודי"ן ואזלינן בתר מקום הנתינ' ואני אומר אעפ"י שיהיה למצרים מנהג פשוט על כך אין בזה קפיד' חדא מתשו' הרב מהריב"ל דמשמ' דאעפ"י שהיה המנהג כך אין לחוש ועוד מההיא תשובה שכתב ריצב"א בפ' המגרש משמ' דבמקומו היו כותבי' פיטורין בב' יודי"ן שכ"כ בתחלת התשו' אעפ"י שלא נעשה כמנהג מקומנו וכו' אבל אותן הדקדוקין שדקדק שם הוי שלא כמנהג מקומו ובהגיעו לפטורין כת' שמה שלא כתבו יו"ד בין פ"א לטי"ת כדין עשו וכו' מלשון כדין עשו לא משמע כדברי הרב מהר"ר בצלאל נר"ו שכ' שמשום תקנת עיגון התיר דא"כ לא היל"ל כדין עשו אלא הול"ל שיש להתיר מטעם שהוא מקום רחוק וכיוצא בזה אלא ודאי שאין שנוי זה מפטורין כ"כ חמור כדי שאם יבא ממקום שכתבוהו. בחד יו"ד נפסול אותו במקום שכותבים אותו בב' יודי"ן ולכך לא פסלו ריצב"א אעפ"י שבמקומו כותבין אותו בשני יודי"ן ומשם בא בחד יו"ד:

גם מה שבא בדברי הרב המובהק מהר"ר בצלאל נר"ו והח' השלם הנז' יחדיו יהיו תמים מסכימי' דפיטורין בב' יודי"ן כשר לכ"ע לא משמע לי הכי דאם הדבר היה כן לא היו כותבי' האשכנזי' בחד יו"ד כיון דלכ"ע כשר בב' יודי"ן היה להם לנהוג גט שיהא כשר לכ"ע אלא ודאי דסבירא להו דלמאן דלית ליה ללשון פטורין לחששא דהרא"ש דהוי משום שלא יטעה בלשון פטור וחובה ודאי דהוי כשאר מלות התרגו' דכי היכי דבשאר מלות התרגום צריך לכותבו כאשר ימצאו שם בכתובו' בתרגום ולא לעשו' מהמלא חסר ולא מהחסר מלא ה"נ דכוותא היא. ואשאלה מעכ"ת כמה נתחבטו הראשונים בכסלו עד שהיו החכמים מונעים מלכתוב גט בכסלו מפני שבעברי הוא חסר ובארמי מלא מה לי יכתבהו מלא אע"פ שהוא חסר כיון שאינו משנה הכוונה וכן בימח' שנתחבטו אם הוא בה"א או באל"ף מה לי ה"א מה לי אל"ף כיון שאין כאן שנוי הכוונה אלא ודאי שאין לשנות ממה שנמצא כתוב בתורה למי שלא חשש בפטורין לפטור וחובה והאשכנזים נוהגי' כוותיה דהיינו סמ"ג וסיעתו ולא כ' הסמ"ג שאין צריך יו"ד בפטורין

בין פ"א לטי"ת אלא שאין יו"ד בפטורין בין פ"א לטי"ת דהכי כתב משמ' שאין יו"ד אחר השי"ן ולא אחר התי"ו ולא אחר הפ"א כלו' דאין ראוי להיו' מן הדין:

ועתה נבא לתת טעם להרא"ש ולו' דטעמו הוא משום דהוא מפרש בפירושא קמא דרש"י ז"ל כמו שכתבתי בכתב הראשון דלפי' קמא דרש"י דפ' המקבל פטרוה בחיר"ק דבריו קיימים ופטרוה בפתח לא אמר כלום משום דלפי' זה היותו בחיריק מורה על לשון פטורין שהו' גט פטורין משום דאותו פטורין הוא בחיריק וכשאמר פטרוה בפתח לא אמר כלום דאין זה דומה לפטורין דגט פטורין משום דאותו הוא בחיריק ולפי' בתרא דרש"י אין הורא' הדמוי החיריק או הפתח אע"ג דלפי' בתר' איתי ליה דגט פטורין דמתרגימי' גט כריתו' הוי פטורין בחיריק דבה לא פליגי לא לישנ' קמא ולא לישנ' בתרא מ"מ אין ההורא' על אותו פטורין אלא הדגשות וכשיאמ' פטרוה בפתח ודגש דומה לפטורין שהו' דגוש אבל כשאומ' פטרוה בשוא נח אז ודאי לא דמי לפטורין של גט פטורין א"כ לפי פי' אין החיריק הורא' על פטורין של גט פטורין אלא הדגשו' וכיון שאין החיריק מורה על הדגשו' אעפ"י שפטורין של גט פטורין הוי בחיריק לא איכפ' לן אם נכתוב יו"ד בין פ"א לטי"ת להורו על חיריק כיון דאין החיריק הוראה על פטורין של גט פטורין וא"כ לזה לא למדנו לפי פי' של רש"י שיכתוב פיטורין בב' יודי"ן ולכך הרא"ש בפסקיו כתב פיטרוה דבריו קיימי' פטרוה לא אמ' כלו' דאית לי' כפי' קמא דרש"י ומשם למד הדין דפיטורין בב' יודי"ן זה הוא דעתינו וכבר כתבנוהו בכתב הראשון הרב הכהן הגדול נר"ו ואני יחיד ועני:

ועתה ראיתי כי הרב המובהק נר"ו הסכים יחד עם הח' השלם סיני ועוקר הרים הפוסק נר"ו והם סוברים דאפי' לפי' בתרא דרש"י איכא למילף דינא דהרא"ש דאפי' לפי' בתרא החיריק מורה על הדגשו' דאם נאמר פטורין בחירוק הוי הטיית יותר חזקה במבטא אבל כשנאמ' פטורין בסגול או בפתח אין הטי"ת כ"כ חזקה במבטא וא"כ משם למדנו דינו של הרא"ש דצריך לכתו' פיטורין בב' יודי"ן אפי' לפי' בתרא דרש"י והוצרכו לומר דמ"ש בפסקיו פיטרוה דבריו קיימים דהיינו כפי' קמא הוא ט"ס וגרסינן פטרוה דבריו קיימי' ויהיה הפי' כפי' בתרא דרש"י או כשל רבותיו ואנחנו כתבנו מה שנרא' לנו כי כל זה דחוק בעיננו ובין כך ובין כך ודאי דלתרי פירושי דרש"י ליכא פלוגתא דפטורין דכתוב בגט פטורין הוי בחיריק וכל הפירושים שרצה לבטל החכם השלם הפוסק נר"ו הם דברים משובשים ואין צריך לבטלם ואל יטעה הטועה במה שכתב הרב ב"י סימן קמ"ה וז"ל ובגמ' מפליג ר' נתן בין פטרוה לפטרוה כלומר בין פ"א בחיריק או בפתח א"נ בין פ"א בדגש או ברפה דרוצה לומר דהרפה והדגש הוא בפ"א והיינו פי' בתרא דרש"י

דודאי אין לזה שחר דאין דגש אלא לטי"ת וכמו שהביא רש"י ראיה מדברי שכרו וזו היא כוונת מהריק"א ז"ל דבדגש ר"ל שיהא דגש אחריה בטי"ת או רפה אחריה ודברים פשוטים והאריכות בזה מותר: נמצא דלכל הפירושי' ודאי דגט פטורין הכתוב בתרגו' הוא בחיריק אלא דלפי מה שכתבנו הרא"ש שנמשך אחר פירו' קמא דרפה כתב שיטילו יו"ד להורות על החיריק כדאמר ר' נתן בגמ' ואע"ג דלא קי"ל כוותיה היינו כשמדבר האדם בשיחה בעלמא שאז ודאי אין אנו מדברים בלשון ארמי אבל כשכותבי' הגט בלשון ארמי ודאי דיש לנו לדקדק שיהא הלשון ארמי כתקנו. וכבר האריך והור' לנו כל זה הרב מהר"ר בצלאל נר"י וא"ת כיון דהרא"ש חייש לפטור וחובה למה אנו כותבי' בגט ופטרית הא כתב הרמב"ם בפ"ד מהלכות גרושין שלא יכתוב בגט דבר שמשמעו לשתי עניינות וכיון דהאי ופטרית אפשר לפרשו לשון פטור וחובה ואפשר לפרשו לשון גרושין לא היה לנו לכותבו בגט וי"ל דודאי כל אדם יודע שהגט הוא לשון תרגו' ולא יפרשהו אלא מלשון גרושין כי פיטור הוא תרגום שלוח אבל בפיטורין טועה מפני שגט כריתות הוא יודע שמתרגמי' גט פטורין בחיריק והוא סבור שצריך לכותבו ביו"ד וכיון דאין רואה בו יו"ד אומ' ודאי שהיא פטורין לשון פטור וחובה ולכך הוצרך הרא"ש לו' דיכתוב פיטורין בב' יודי"ן הנה נתבאר טעמו של הרא"ש ז"ל:

והריטב"א ז"ל כתב בחדושיו דפטרוה בחיריק תחת הפ"א לשון צווי הוא פטרוה בפתח תחת הפ"א וטי"ת רפה משמ' לשעבר ולפיכך לא אמר כלום עד כאן. ופירוש לשונו מבואר דהכי קאמר פטרוה בין שיהיה הטי"ת דגושה בין רפויה משמע להבא אבל פטרוה כשהטי"ת דגושה ואומר פטרוה אז ודאי משמע להבא אבל כשהיא רפויה בשוא נח משמ' לשעבר והוא פשוט ומבואר בלשונו והוא מ"ש בכתבי הא' שאלו היה כוונתו כן הוה אתי שפיר אלא שהחכם השלם הפוסק כתב דפטרוה דהוי להבא הוי הטי"ת דגושה ופטרוה דלשעבר הוי הטי"ת רפויה ומפני כן נפל לנו בלבול גדול דאם הדגשות הוא מורה להבא או לשעבר דפטרוה בפתח גופיה איכא לפלוגי בין שוא נח לדגש ועוד קשה מה שכתב דפטרוה בדגש להבא ולא רפה ואדרבה טפי משמע להבא רפה אבל לשון הריטב"א ז"ל המועתק למעלה הוא מבואר ואין עליו תלונותינו אלא על החכם השלם הפוסק שכתב פירושו כאלו היה לשון הריטב"א ז"ל עד שנפל לנו בלבול הרבה: הכלל העולה בהא סלקינן ובהא נחתינן דגט זה כיון דבא מחוץ לעיר ויש קצת טרחא לשלוח ולכתוב אחר ודאי דראוי ליתנו לכתחלה אעפ"י שכתו' פטורין בחד יו"ד והרב מהריב"ל ז"ל מסכים לדברינו כמו שכתבנו למעלה:

נאם הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ל

תשובה מבואר בפרק חזקת דיש חילוק בין מוכר לנותן מתנה או גט בשני דברים הא' דבמכר אם לא מסר מודעא ומכר באונס זביני זביניה דתלויה וזבין זביניה זביני מה שאין כן במתנה או נותן גט דתלויה ויהיב אין מתנתו מתנה ואין גיטו גט. הב' דהיכא דמסר מודעא ולא הכרנו באונסו במכר אינו כלום דכל מודעא דלא כתוב בה הכרנו באונסו לאו כלום הוא מה שאין כן במתנה או גט דגלוי מילתא בעלמא סגי ואעפ"י שלא הכירו באונסו המודע מודעא וכל זה מבואר בספרי הפוס' וא"כ בנ"ד אין לאומר שיאמר דכשנותן הגט החכם המסדר אומ' לו בודאי כל הסדר הכתוב בב"י שיבטל כל מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי עד עולם ושיעיד על עצמו שלא מסר שום מודעא ויפסול עדי המודעא וכל הדברים הגורמים כשיתקיימו אותן הדברים לבטל הגט הרי הם בטלים וא"כ נמצא לפי זה שמודעא זו מבוטלת לרוב הפוסקים דלהרא"ש ז"ל כיון דמבטל כל מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי עד סוף כל המודעות שבעולם סגי לבטל המודעות וכדכתב בתשו' הוזכרה בב"י ח"מ סימן ר"ה ולהרשב"א כיון דאיכא פסול עדי המודעא די וכדכת' ה' המגיד בפ"ו מהלכות גרושין בשמו ולהרמ"ה בהודאה שלא מסר על עצמו סגי דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי כדכתב הטור בשמו בח"מ סימן הנז' ולהרמב"ם ז"ל כשיאמר כל הדברים כשיתקיימו וכו' הוא מספיק לבטל המודעות לא נשאר אלא להר"ן ז"ל שכתב אין לו תקנה אפי' שכתב פיסול עדיהן דהקשה על הרשב"א שאמר כן ואם כן לכאורה נר' כיון דרוב הפוסקים אית להו דמודעא זו נתבטלה ודאי דהיא בטלה אך לפי מה שכתבנו דבגט לא בעינן מודעא אלא בעדים שהכירו באונסו לבד סגי אם כן סלק מודעא כמי שאינה הרי שיש עדים שהכירו באונסו דכן כתוב במודעות שהכירו העדים באונסו וכן כתב הרא"ש בפרק חזקת וכתבו הטור חשן משפט סימן ר"ה דבמתנה היכא דידעינן באונסיה אפילו אם בטל לא מהני בטול דכיון דאונס הוא אפילו אם לא מסר מודעא לא מהני מתנה וכ"כ הריב"ש ז"ל בסימן תפ"ב ודברים ברורים הם:

ועוד אני אומר דבכי האי גוונא דנ"ד דנשבע קודם שלא יתן גט מרצונו פעם ופעמים בשתי מודעות אפי' גבי מכירה לא מהני כל הביטולים שבטל המודעות אם לא התירו לו ב"ד השבועה שנשבע קודם דע"כ לא אמרו הני רבוותא דאמרינן דודאי כשבטל גמר ומקנה להרשב"א בפיסול עדים ולהרמ"ה בהודאה שלא מסר ולכל חד מהפוסקים לפי סברתו למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה כדכתבינן אלא היכא דלא נשבע קודם לכן אבל זה שנשבע קודם לכן שלא יתן או שלא ימכור מרצונו אמרי' ודאי דחזקה דאינו עובר על שבועתו ולא גמר ומקנה אפי' גבי מכירה אלא המודעות הם קיימות דלא משוינן

ליה רשיעא שעובר על שבועתו כיון שלא התירו לו השבועה ובין כך ובין בנ"ד פשיטא ופשיטא שהגט בטל דאפילו אין כאן מודעא הרי יש כאן עדים שהכירו באונסו ואין זה צריך לפנים:

ומה ששאל השואל אם יכול לקחת התרה על שבועתו כדי ליתן גט אחר נראה ודאי דיכול לקחת התרה על ענין השבועות דאע"פ שאמר שלא והיה לו התרה ואפילו שיתירו לו כל חכמי ישראל לא יהיה מותר אין זה כלום דכבר כתב הרשב"א והרא"ש וכמה רבוותא הזכירם הרב בית יוסף בטור יו"ד סי' רכ"ח דמי שנשבע שלא יהיה לו התרה ושלא יוכלו להתירו שיקח התרה האחרונה ואח"כ על הראשונה ואפי' אמר שלא יעשו התרה והתרה להתרה עד סוף העולם וכדכתב הרא"ש בתשו' כלל ח' על צבור שהטילו חרם והתנו שלא יעשו התרה והתרה להתרה עד סוף העולם ואף ע"פ שיעשה כל כמה חזוקים שבעולם ישאל התרה על החזוקים ואחר כך על השבועה ומהראיה שהביאו הפוסקים מההיא דפרק אלו הן הלוקין דלא משכח בגמ' מלקות למאן דתני ביטלו ולא ביטלו ומהדרינן דאפילו הכי יש לו התרה ואי איתא שהיה יכול להתנות בנדרו ובשבועתו שלא יהא לה היתר לעולם לוקמה בהכי גם אנו נאמר דאפי' יעשה כל החזוקים שבעולם אם לא יהיה לו היתר לוקמה תלמודא בהכי אלא ודאי מדלא משכח תלמודא גוונא לאוקמי משמע דבכל ענין יש לו היתר ואין תנאו כלום וא"כ פשיטא דלענין השבועות יש היתר:

אבל לענין הנזירות יש מקום עיין דכתוב במודעות שקבל נזירות שמשון בעל דלילה ואע"ג דהאי נזירות אפקיה בלשון שבועה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים סי' מ"ג החמיר בכך ואע"ג דכתב שם דדוקא היכא שיאמר כשמשון בן מנות בעל דלילה מחמרינן לא כתב כן אלא לאפוקי אם אמר שמשון בן מנוח לחוד דאמרי' בגמ' דלא מהני אלא א"כ יאמר תנאי אחר דבעל דלילה אבל בעל דלילה לחוד ודאי מהני לכולהו פירושי מדעביד בגמרא צריכותא עד בעל דלילה ותו לא וא"כ ברד כיון דאמר בעל דלילה ודאי דסגי בהכי. אך ראיתי להרב מורי בפסקיו הראשונים סימן י' שהקל בדבר עם שכתב שם אך שיסכימו עמו שני חכמים שלמים אבל אמר לי פה אל פה כי הסכימו עמו כמה רבנים מובהקים ומה גם בנדון שלנו שהזכיר לשון קבלה שאמר שקבל נזירות שמשון דהוי לשון נדר ואין נדר בלשון שבועה וכמו שהאריך הרב מורי שם יעויין במקומו וא"כ כיון דבכל אלו המודעות אין כאן אלא נזירות דאפקיה בלשון שבועה ודקדקתי בהם ולא מצאתי שום נזירות דאפקיה בלשון אם א"כ לדעת מורי הרב נר"ו והרבנים זכרונם לברכה שהסכימו עמו ודאי דלא חל הנזירות:

אך לדעת הרב מהר"י ן' לב יש להחמיר גם אפשר לומר דאין היתר לזה משום דכתוב במודעא שנית ובכח נח"ש ובכל מיני שבועות וקיומים בעוה"ז ובעוה"ב עד כאן ואי קאי בעוה"ז ובעוה"ב לנח"ש הרי זה נדוי ע"ה וכ' המרדכי בשם רבי' פרץ דאין לו היתר וכן כ' רבינו ירוחם שקבל בשם רבותיו איברא דהרשב"א כתב דיש לו התרה וכמו שכ' כל זה הרב ב"י בטור יו"ד סי' רכ"ח ושל"ד ועם היות שיש כדמות ראיה דאית ליה להרא"ש ז"ל קצת כהרשב"א משום דגבי נדוהו בחלום פירש הוא ז"ל הטעם דכל בי עשרה שכינתא שריא ויש לחוש שמא בשליחות המקום נתנדה והרי הותר לו באותו ב"ד שנתנדה וא"כ כיון שהתירו בעשרה בני אדם דתנו הילכתא הוי כאלו התירו המקום וא"כ נאמר ג"כ לדעתו כנדוי ע"ה אע"פ שתלוי התירו בהיתר המקום מ"מ כיון דכל בי עשרה שכינתא שריא הוי כאלו המקום התירו כשהתירוהו עשרה בני אדם דתנו הילכתא ויהיה בזה היתר לדעת הרא"ש ז"ל אע"פ שיש לדחות זה דנדוי חלום הוא קל ביותר מ"מ סיוע קצת הוי לסברת הרשב"א ז"ל ואפשר היה לומר דנתיר אותו בעשרה בני אדם דתנו הלכתא מ"מ כיון דהמרדכי ורבינו פרץ ורבינו ירוחם קבל בשם רבותיו שאין היתר אין לעשות מעשה הפך דבריהם ואלו לא היה אלא ענין זה לחוד אפשר דבשעת הדחק נסמוך על דברי המקלים אבל כיון דאיכא ריעותא אחריתא נזירות שמשון דאפקיה בלשון שבועה דאיכא הרב מהר"י ן' לב ז"ל דמחמיר אין ראוי להתיר אבל אם בעוה"ז ובעוה"ב לא קאי אנח"ש אלא לענין השבועות והקיומים לבד אז יש היתר לשבועות כדכתיבנא ועל ענין נזירות שמשון יש לסמוך לכתחלה על דברי מורי נר"ו ומה גם בשעת הדחק אע"ג דהרמב"ם ז"ל בפרק ד' מהלכות נזירות גבי אמר הריני נזיר שמשון לאחר עשרים יום פסקה לבעיא לחומרא וכתב שם הרב כסף משנה דטעמא משום דספק נזירות שמשון להחמיר מכל מקום כבר הסכימו כמה רבנים עם דברי הרב מורי נר"ו ולכן אני אומר שאם הוא יפרש דבריו דכוונתו כשאמר בע"ה ובע"ה קאי ג"כ לנח"ש לא מלאני לבי להתיר בזה אבל אם יפרש דבריו דכוונתו כשאמר בע"ה ובע"ה לא קאי לנח"ש אז יש להתיר לו כדכתיבנא ואפילו הדבר ספק לא מלאני לבי להתיר בכך ואע"ג דבמודעא הראשונה כתוב ובכל מיני שבועות וקיומי' בע"ה ובע"ה מבלי התרה וחרטה בעולם ובכח נח"ש דגלה דעתו דבכח נח"ש לא קאי אעה"ז ועולם הבא מ"מ במודעא ראשונה יש לספק בכך שהזכיר ובכח נח"ש קודם לכן נ"ל מה שכתבתי:

ומה ששאל השואל אם יפרע לו ההוצאות איברא דהרמב"ם ז"ל כתב בפרק ו' מהלכות זכיה הורו רבותי אם מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו או יחלוק מעות לשמשין וכיוצא בזה ועשה כדרך שעושים כל העם וחזרה בה משלמת לו הכל

שהרי גרמה לו לאבד ממונו וכל הגורם לאבד ממון חברו משלם לו והוא שיהיה לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל ע"כ. א"כ נראה מזה דכל שזה לא פזר יותר מהנהוג במדינה וחזרה בה היא שחייבת לשלם לו אבל פזר יותר מהנהוג אינה משלמת לו אותו המותר אבל הר"א ז"ל בהשגות השיג על הרמב"ם וסובר דבכל גוונא אינה משלמת לו כלו' וא"כ איך יוכל הוא להוציא מידה שהיא מוחזקת ותוכל לומר קים לי כהראב"ד ז"ל. וכי תימא דעת הר"א ז"ל דעת יחיד הוא כנגד הרמב"ם ז"ל ורבותיו ז"ל ואין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו נ"ל דלפי מה שכ' הטור בח"מ סי' שפ"ו בשם ר"י והרא"ש דנראה דעתם לחלק בין דינא דגרמי לגרמה בנזיקין דדינא דגרמי הוא עצמו עושה ההיזק ועוד חילקו דדינא דגרמי דחייב היינו שההיזק נעשה מיד בשעת מעשה א"כ לפי זה כאן אית להו דפטור כדעת הר"א ז"ל דאין כאן הוא עצמו עושה ההיזק ולא נעשה ההיזק בשעת מעשה ולכך פטורה היא ודאי כשחזרה בה מן ההוצאות דהוי גרמה בניזקין ופטור וא"כ אין אנו יכולים להוציא מידה מאחר שהיא מוחזקת ותאמר קים לי:

ועל מה ששאל השואל אם יש לפסול הגט מפני שאביו של המגרש היה נקרא שם העצם שלו מולי וכן היה חתימתי וקריאתו בכל העולם ובגט כתב יוסף בן שמואל נראה לומר דבכאן יש צדדים אם היה חותם שמו מולי והיו קוראים לו לספר תורה מולי וכן היה קריאתו בכל העולם ובעת המילה שמו שמואל ומפני כן כתבו בגט שמואל ודאי דגט זה פסול הוא מפני דשנה שם אביו ודמי למאי דכתב הרא"ש גבי יוסף בן שמעון שכתב יוסף בן שמואל שהגט פסול וכדכתב הטור בשמו באהע"ז סי' קכ"ט ואע"ג דשם זה של מולי הוא נגזר משמואל והוי קיצור השם ודמי לקיצור השם דבילה בולטא שמואל מואל דכ' שם המרדכי בשם ר"ת דא"צ לכתוב שם שני כלל וכדכתב הרב ב"י שם בסי' הנז' מ"מ שאני התם דיש לו שני שמות דקוראים אותו שמואל וקוראים אותו מואל וכמו שכתוב שם מי שיש לו שני שמות וכו' דכיון שכן אין כותבים אלא שם העיקר שהוא שמואל דחותם בו וקוראים לו בס"ת ולא מואל שהוא הקיצור אבל אם לא היו קוראים אותו בכל העולם אלא מואל והיה חותם כן והיו קוראים לו בס"ת כן ודאי דיש לכתוב מואל תדע לך דבחיים הנקרא ביבאנט כתב שם הרב ב"י בשם הקונדריסין דלא יזכיר שם ביבאנט כלל דכיון דביבאנט הוי ממש לעז של חיים לא כתבינן ומ"מ כתב שם הרב ב"י באותו הסימן מי שנקרא בעת לדתו חיים ואח"כ קוראין אותו ביבאנט ועולה לס"ת בשם ביבאנט וחותם בו שטרות ואגרות נראה דשם ביבאנט עיקר וכותבים ביבאנט דמתקרי חיים ואם אין קורין אותו כלל בשם חיים אין כותבים אלא ביבאנט לחוד ואם כתב

ג"כ שם חיים משמע מתוך הקונדריסין גבי אשה ששמה רבקה ונשתנה לחנה דאינה מגורשת ע"כ משמע דמה שכתב לעיל דאין כותבין ביבאנט היינו כשקוראים לו בס"ת חיים וחותם חיים אז לא יכתוב ביבאנט כלל כיון שהוא לעז של חיים אבל אם לא היה חותם וקוראי' בס"ת אלא ביבאנט ולא היה קריאתו בכל העולם אלא ביבאנט אע"פ שהוא לעז של חיים כותבין ביבאנט לחוד. גם אנו נאמר בנ"ד במולי אם קריאתו בכל העולם מולי וחותם מולי וקוראים לו בס"ת כן ודאי דאם לא כתב מולי פסול ואדרבה לא היה לו לכתוב אלא מולי לפי דעת הקונדריסין אבל אם מה שאמר השואל שהיה חותם מולי היינו חתומיה לחוד אבל הקריאה בס"ת היה שמואל ובעת הלידה היה שמו שמואל יש להכשיר מההיא דכתב מהר"י קולין ז"ל בשרש פ"ו גבי אליהו שהיו קוראים שמו בלי בכל העולם וכתבו בגט אליהו דאם במקום שנכתב הגט ונמסר היו יודעים שהיה שמו אליהו שכן נקרא בהכנסו לברית וכל שכן אם רגילים לקרוא לו לעמוד לקרוא בתורה בשם אליהו או נודע לבני המקום שכשהוא חותם בשטרות או באגרות שהוא חותם בשם אליהו נלע"ד שהוא כשר בדיעבד לא גרע מכנוי דכשר בדיעבד וכו' ע"כ הרי שהרב התיר אפי' בשמו בדיעבד בקריא' ס"ת לחוד או בחתימת שטרות לחוד אע"פ שבכל העולם היו קוראים לו בלי שכן כתב אם רגילים לקרוא לו בס"ת וכו' או נודע לבני המקום שכשהוא חותם וכו' משמע דבחדא מינייהו סגי ולא גרע מחניכתו וכ"ש בשם אביו שיש להקל יותר כדחזינן בשלטי הגבורים במרדכי בגטין בסדר הגט שכתב שם קבלתי מרבותי שאין לדקדק בשמו' אב המגרש וכו' לכתוב כשיש להם ב' שמות המכונה או דמתקרי ודו"ק ע"כ הרי שהקל הרבה בשם אביו דכשיש לו ב' שמות לא יכתבו דמתקרי משא"כ בשמו דצריך לכתוב דמתקרי ועוד דאם לא כתב שם אביו כשר ומטעם הזה יש מי שרצה להכשיר שנה שם אביו וכדכתב בעל ת"ה וכיון דבשמו כתב מהרי"ק למדנו ק"ו לשם אביו כדכתיב:

כל זה אני אומר בדיעבד אבל לכתחלה אלו היה בא גט זה לפני כך הייתי דן אם היה חותם והיו קוראים לו בס"ת מולי והיה קריאתו בכל העולם כן אע"פ שמדברי מהרי"ק בשרש פ"ו כתב הרב ב"י דנראה קצת שאע"פ שאינו ניכר כלל בשם הראשון כותבים שם ראשון ועל שם שני כותבים דמתקרי וא"כ לפי זה היה צריך לכתוב שמואל דמתקרי מולי אין נ"ל לעשות כן כיון דלפי דברי הקונדריסין שכתבו גבי ביבאנט נרא' דשם ביבאנט עיקר ואם אין קורין אותו כלל בשם חיים אין לכתוב חיים א"כ בנ"ד ג"כ לדידהו אם יזכיר שם שמואל פסול כ"ש אם אנו עושין שם שמואל עיקר וכותבין שמואל דמתקרי מולי דפשיט' ופשיט' דפסול לכך הייתי כותב יוסף בר מולי דלדעת הקונדריסין כשר ולדעת

מהרי"ק ז"ל כשר בדיעבד דלא גרע מחניכתו דכשר בדיעבד אע"פ שכשקורא בספר או חותם קוראים לו בשם המובהק וכדכתב הטור בסי' קכ"ט כ"ש בנ"ד דקוראים בס"ת מולי וחותם בשם מולי וא"כ אם היינו כותבים מולי אליבא דכ"ע כשר. וכי תימא כיון דיש לנו ספק בשם אביו אין לנו לכותבו דאם לא כתבו כשר וכדכתב הטור בשם הרא"ש ז"ל בס"ס קכ"ט וא"כ מי הכניסנו בתגר זה מ"מ לכתחלה משמע דראוי לכותבו ועוד דהא איכא מהר"ר ישראל דמשמע דפוסל אם לא כתב שם אביו וכדכתב שם הרב ב"י ואם היה חותם שמואל וקוראים לו בס"ת כן אע"פ שכל העולם קוראים לו מולי לא הייתי כותב אלא שמואל לחוד דבתר חתימתו וקריאתו בס"ת אזלינן ומולי הוי קיצור שמו של שמואל כמו שמואל מואל שאין צריך לכותבו כדכתיבנא אבל אם היה חותם מולי ובספר תורה היו קוראים לו שמואל אע"פ שכל העולם היו קוראים לו מולי דאיכא חתימה וקריאה בס"ת שסותרין זה לזה הייתי כותב שמואל דמתקרי מולי דודאי שם שמואל עיקר שהוא בעת המילה וכן בספר תורה קוראים לו כן ואע"פ שאין העולם קוראים לו כן מ"מ לא כתבו הקונדריסין דביבאנט עיקר אלא מפני שחותם וקוראים לו בס"ת כן אבל בנ"ד שקוראים לו בס"ת שמואל ודאי דכותבים שם הראשון תחלה דהרי מהרי"ק סובר שאע"פ שנשתקע שם הראשון לגמרי כותבים שם ראשון עיקר ודמתקרי על השני וא"כ לא משוינן פלוגתא כ"כ בין הקונדריסין למהר"י קולין ז"ל לומר דאפי' דקוראים לו בס"ת בשם הראשון דאינו עיקר השם הראשון אלא נ"ל מסברא דראוי לכתוב שמואל דמתקרי מולי. ועוד נראה דלפי מה שכתבתי לעיל בשם שלטי הגבורים דבשם אביו אין לדקדק ולכתוב דמתקרי בשם דשמואל לחוד אפשר דמהני כיון דבס"ת קוראים לו כן ולא גרע מחניכתו ומ"מ הייתי כותב שמואל דמתקרי מולי כדכתיבנא דבזה נלע"ד דאין שום חשש לשום פוסק כלל ואפי' שנאמר לאידך גיסא דשם שמואל לחוד מהני כיון דקוראים לו בס"ת כן ושם מולי הוי בקיצור השם של שמואל שאין צריך לכתוב וכדכתיבנא לעיל מ"מ כיון דהעולם קוראים לו מולי אם כתב כן לא הפסיד להההיא סברא אלא שאין צריך וכיון דאיכא צד לומר דצריך לכתוב גם שם מולי כדכתיבנא יכתוב שמואל דמתקרי מולי לצאת מידי כל ספק זה אני דן לכתחלה:

ואם השיב על דברי ותאמר היכא שהיה חותם שמו וקוראים לו בס"ת מולי וקוראים לו מולי היה צריך שני גטין לכתחלה אחד בשם שמואל וא' בשם מולי וכדכתב הרב ב"י דהיכא דנשתקע שם הראשון והוקבע השני נראה מתוך דברי הקונדריסין דצריך לכתוב ב' גטין א' בשם ראשון ואחד בשם שני דאמעשה שבא לפני הרי"ף שכתבתי בסמוך כתב מצאתי במדרש ה"ר מנחם מלוניש כי צריך לכתוב וכו' ופי' שם הרב ב"י שצריך

לכתוב שני גטין דשני שמות יחד אי אפשר כדכתבו הקונדריסין גבי אשה ששמה רבקה ונשתנה לחנה וכו' א"כ היה נראה מדברי הרב ב"י ז"ל דצריך ב' גטין לזה אומר שאני תמה על הרב ב"י טובא דאיך פי' כן בדברי ה"ר מנחם דא"כ קשו דברי הקונדריסין אהדדי דהם כתבו סתמא דברי ה"ר מנחם דמשמע שיכתוב שני גטין וכתבו דבחיים שנשתנה שמו לביבאנט ונשתקע שם חיים דאין כותבין אלא גט א' וכותבין שם ביבאנט וברבקה ששמה נשתנה לחנה כתבו ג"כ דאין כותבי' אלא רבקה לחוד מפני שנשתקע שם חנה אע"פ דשם חנה הוא עיקר טפי דהיכא דנשתנה השם מחמת חולי שם שני עיקר כדכ' מהר"י קולין ז"ל בשרש צ"ח בשם מה"ר פרץ ואע"ג דגבי אליהו בשרש פ"ז כתב דצריך לכתוב אליהו דמתקרי בלי משום דשם אליהו עיקר מ"מ שאני התם דלא נשתנה מחמת חולי אבל היכא דנשתנה מחמת חולי כבר כתב הוא עצמו בשרש צ"ח דשני עיקר וכן מבואר שם חילוק זה בדבריו בשרש הנז' וא"כ כיון דהיכא דנשתנה מחמת חולי דראוי להיות שם שני עיקר היכא דנשתקע שם שני לא כתבינן אלא ראשון כעובדא דרבקה שנשתנה שמה לחנה כ"ש היכא דנשתקע שם ראשון דלא כתבינן אלא שם שני לחוד וסגי לפי דברי הקונדריסין וא"כ נמצאו דברי הקונדריסין עכ"פ דאית להו דהיכא דנשתקע שם ראשון לא כתבינן אלא שם שני לחוד ואין סברא לומר שיחלוקו על ה"ר מנחם כיון שהביאו דבריו בסתם כדכתיבנא ועוד שהרב ב"י לא רצה לפרש דברי ה"ר מנחם שהם שני שמות יחד אלא משום שרצה להסכים דבריו עם דברי הקונדריסין שכתבו גבי רבקה שנשתנה שמה לחנה אע"פ שבזה י"ל דלא מסתבר ליה דפליג בהא על הקונדריסין דמילתא דסברא שלא לכתוב שני שמות יחד וכנראה מדברי הרב ב"י עצמו שכתב כן לעיל ועוד קשה על הרב ביי מלבד הדוחק שדחק בלשון ה"ר מנחם שכתב לכתוב ב' שמות שרוצה בשני גטין דודאי דוחק גדול הוא רעה עוד מזאת שהקונדריסין הביאו דברים אלו על עובדא דרבינו פרץ משמע דאיירי בגוונא דרבינו פרץ דאי הוי ענין אחר היה לו לפרש וגוונא דרבינו פרץ הוי איפכא מה"ר מנחם דרבינו פרץ איירי שנשתקע שם השני וקוראים לו בשם הראשון וה"ר מנחם איירי שנשתקע שם הראשון וקוראים לו בשם השני. ונראה לי לומר דהרב ב"י מפרש דעובדא דרבינו פרץ איירי שנשתקע שם ראשון מפני שהיה כתוב בספרו והיו קורין אותו שם א' לגמרי וא' משמע הראשון וכן כתב דיקא נמי דקתני והיו קורין אותו בשם א' לגמרי אבל הלשון המועתק של רבינו פרץ שהביא הוא והיו קורין אותו שם אחר לגמרי ועם זה נאמר דעובדא דרבינו פרץ הוי כגוונא דה"ר מנחם וה"ק שנשתנה שמו מחמת חולי והיו קוראים לו שם אחר ממה שהיו קוראים לו בתחלה לגמרי כלומר השם האחר היו קוראים לו בתחלה מוחלט לגמרי

ומפני שעדיין היה חולה שבא לגרש מתוך החולי וכדפירש דבריו הרב ב"י דהכי דייק לישניה דרבינו פרץ וחשש הרב רבינו פרץ דאולי כשיעמוד יחתום בשטרות בשם אשר היה לו בתחלה ויקראוהו בס"ת כן וא"כ היה שם העיקר השם הראשון דבתר חתימה וקריאה בס"ת אזלינן לכך חשש רבינו פרץ ולא כתב הגט בשם השני וכתב ב' גטין וע"ז הביאו הקונדריסין דברי ה"ר מנחם שחולק על רבינו פרץ דסובר דלא חיישי' דילמא כשיעמוד יחתום בשם הראשון אלא בתר השתא אזלינן וכותבים השם השני ומ"מ יכתוב ג"כ השם הראשון דודאי לא ישתקע ממנו שם הראשון דאע"פ ששנו שמו על הסתם אנו אומרים שכשיעמוד לא ישתקע שם הראשון לגמרי כמו שמצינו ביעקב שאף ע"פ ששנו שמו לא נשתקע ומ"מ היכא שעמד אח"כ וחיה כמה ימים ונשתקע לגמרי שם הא' ואמר דמודה ה"ר מנחם לקונדריסין דדמי לחיים שנשתקע שמו ונקרא ביבאנט דכותבין שם ביבאנט לחוד ועם זה יבאו דברי ה"ר מנחם על נכון על דברי רבינו פרץ ואפי' שיהיה כתוב בספר רבינו פרץ והיו קורין לו שם א' לגמרי כמו שנר' שהיה כתוב בספרי הרב ב"י יש לפרשו בזה האופן דהאי א' אחר היה והסופר או המדפיס היה סבור דכוונתו לומר אחד בדלי"ת ולכך כתב א' אי נמי האי א' ר"ל אחד ולא ראשון וה"ק היו קוראים לו בשם א' מן השני שמות והיינו השני אבל כוונתו כמו שכתבתי דדברי ה"ר מנחם הבאים עליו מוכיחים כן כדכתיבנא ואפילו שיהיה לך דוחק בדברי ראוי לנו לסבול הדוחק המועט דאם נפרש כדברי הרב בית יוסף דחקנו הרבה במחילה מכבודו הודו והדרו ואיני כחולק עליו אלא כתלמיד מתלמידיו המגלה דעתו:

וא"ת כיון דהרב רבינו פרץ סובר דבתר חתימת שטרות וקריאת בס"ת אזלינן וכמו שפירשתי וכן כ' שם הרב בית יוסף א"כ מאי דכתב דהיכא דנשתנה שמו מחמת חולי בתר שם שני אזלינן כדכתבו החיבורים בשמו וכן מהר"י קולין ז"ל בשרש צ"ח במאי איירי אי חותם וקוראים לו בס"ת אפילו שם ראשון נמי דאם חותם וקוראים לו בס"ת בשם הראשון ודאי דהוא עיקר ואי קוראים לו בשם שני ודאי דהוא עיקר ולמאי נפקא מינה בשם שני עיקר דאמר שיכתבנו תחלה בגט אי בחולה שעדיין לא הוחזק בקריאה בספר תורה ובחתימה הרי כתב שם הרב ב"י דלדעת רבינו פרץ בעינן שני גטין וכמו שכתבתי למעלה וי"ל דנפקא מינה היכא שחותם בשני שמות כגון אני ששנו את שמי מחמת חולי ואני חותם חייא אברהם וכן בס"ת קוראין לי שני שמות וכמו שכתב בעל ת"ה שנהגו באושטרי"ק שעולה לקרות בתורה קוראים לו יעקב משה דאין ראיה לא מהחתימה ולא מקריאה בס"ת אז ודאי שם שני עיקר דכיון שהם שוים השם העיקרי הוי השני ומאי דכתב הרב ב"י דכיון דלא הוחזק בשם שני בקריאת התורה הצריך רבינו

פרץ שני גטין לא בא לומר דאם יקראוהו בספר תורה בשני השמות דצריך ג"כ שני גטין אלא מפני שחשש רבינו פרץ שאולי יקראוהו בשם הראשון ולא בשם השני לכך הצריך שני גטין אבל אם היינו יודעים שיקראו בשני שמות ודאי דאין צריך אלא שם א' ויכתוב השם השני ראשון: נמצינו למדים ממה שפירשנו בדברי ה"ר מנחם ורבינו פרץ דהיכא דנשתקע שם הראשון לגמרי בין מחמת חולי בין שלא מחמת חולי כגון חיים שנשתקע שם חיים ונקרא ביבאנט דאין כותבין אלא ביבאנט לחוד איברא דלדברי הרב מהר"י קולין ז"ל בההיא דאליהו משמע דצריך לכתוב השם הראשון ובשני דמתקרי אע"פ שנשתקע שם הראשון ואפשר דהיכא דנשתנה מחמת חולי ונשתקע השם הראשון לגמרי מודה מהר"י קולין ז"ל דלא כתבינן אלא השני לחוד וכיון שנאמר כדברי הרב ב"י שפירש דברי ה"ר מנחם כמו שפירשם בין לפי מה שפירשתי לעניות דעתי כל אלו הדברים אינן אלא לכתחלה אבל בדיעבד ודאי שאם לא היה גט א' בשם השני ונשתקע הראשון ודאי דלכ"ע מהני ובין כך ובין כך הגט בטל מכח המודעות ולכל שגיאות האל למושעות אך אמנה הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

השאלה תלמוד מהרש"ך ז"ל ח"ב סימן ק"ל:

שאלה לא

תשובה לכאורה יש לחקור בנ"ד אם ראובן זה שמזלזל בכבוד אשתו כ"כ אם כופין אותו ליתן גט דהרב בית יוסף בהלכות גרושין סוף סימן קנ"ד כתב בשם ספר אגודה וא"ז ורבינו שמחה שכופין אותו להוציא איברא שהוא כתב שם דאין לסמוך עליהם כיון שלא נזכרו דברים אלו בשום אחד מהפוסקים המפורסמים ומ"מ בנ"ד שראובן זה הוא כהן אולי נאמר דנכוף אותו ליתן שני גטין זה אחר זה דהגט הראשון אם הוא בדברי אגודה וסיעתו הרי הוא גט כשר שהרי הוא גט מעושה כדין דבדין כופין אותו לתת הגט לבטל המודעה עד שיאמר רוצה אני ואם כדברי החולקים עליהם הרי אעפ"י שהוא גט מעושה שלא כדין בישראל פסול ופוסל לכהונה כדקי"ל בפרק המגרש כמו שכתב הטור בסימן קל"ד והרמב"ם בפ"ב מהלכות גרושין וכיון שהיא פסולה לו כופין אותו ליתן גט שני דהא קי"ל מעשין לפסולות בפרק המדיר ויהיה הגט השני כשר שהוא מעושה כדין וכי האי גוונא אמרינן בפרק מצות חליצה גבי ההוא דאתא לקמיה דרבי חייא בר אבא וחזא דקא בעי למיכלא ממונא והטעהו ואמר לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה ואח"כ אמר לו

כיון שזו חליצה היא ופוסלת א"כ הרי היא אסורה לך וכפאו לתת חליצה אחרת כשרה וכתב הטור כן בסימן קס"ט:

א"כ גם אנו נאמר כאן כיון דבגט הראשון נפסלו לו כופין אותו לתת גט שני כיון שהיא אסורה לו וכדאמרי' בחליצה וכדכתיבנ' כך היו נראים הדברים לכאורה. אבל ודאי לאו מילתא היא דכיון דלפי דברי החולקי' על ספר אגודה אין ראוי לו לכופו אני אומר שלדבריהם אם עושין מתחלה ענין על ידי כפיה כדי לפוסלה עליו הרי זה כאלו כופין על הגט ראיה לדבר דגבי ההוא דאתא לקמיה דרבי חייא דכתיבנא לא עשה אלא חליצה מוטעת שחליצה מוטעת יכולים לעשות ואמאי לא כפאו רבי חייא על החליצה כדי שיהיה חליצה מעושית שלא כדין והיא פוסלת לו וכדכתב הטור בסימן קס"ט ואח"כ יכפהו לחלוץ חליצה אחרת כיון שנפסל לו בחליצה ראשונה דאע"ג דהראשונה היתה מעושית היא פוסלת לו אלא ודאי שאין יכולים לפוסלה עליו דבחליצה מעושית או בגט מעושה כדי שיתן גט שני או חליצה שניה דהרי זה ודאי כמו שכפאוהו על הגט השני או על החליצה השניה ודוקא חליצה מוטעת עשה רבי חייא דהיא כשרה כדכתיבנא ואעפ"י שיש לדחות ראיה זו דעדיפא מינה עבד רבי חייא בלא כפיה בתחלה אלא ברצונו שהטעהו מ"מ נראה לי עיקר הדין כמו שכתבתי דפשיטא ופשיטא דאין לכופו בנדון דידן ליתן גט דלדברי החולקים על א"ז הוי גט מעושה אעפ"י שיתן גט שני:

מיהו נראה דאם טעו ב"ד בדין וכפו אותו ליתן גט ונמצא אחר כך שהגט מעושה שלא כדין שהגט הוא פסול ופוסל לכהונ' כדין גט מעושה שלא כדין שכופין אח"כ ב"ד לו ליתן גט שני כיון שכבר היא פסולה לו שהוא כהן דמתחלה לא עשו ב"ד הדבר בערמה כדי לפוסלה עליו על ידי עשוי כדי שאח"כ יכפוהו לתת גט שני אלא שאירע הדבר שטעו בדין וכיון שכן נראה שיכפוהו על הגט השני כיון שהיא פסולה עליו וכן נר' מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תת"ב שכתב על יבמה זקוקה לכהן שנתקדשה לאחר וקבלה ממנו גט והרי היא ספק גרושה ופסולה ליבמה כהן כתב שם ועל מה שהיא טוענת שיחלוץ לה כיון שאינה ראוי' אין נראה לי לכוף אותו לחלוץ אעפ"י שנאסרה לו במעשיה שהיא נתנה אצבע בין שיניה וגרמה לעצמה במעשיה הרעים ושלא ברצון חכמים ע"כ משמע דדוקא משום דעשתה הדבר שלא ברצון החכמים אבל אי עשתה הדבר ברצון חכמים וב"ד טעו בכך ודאי דכיון שהיא פסולה לו שיכפוהו לחלוץ וכן נראה מדברי מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים סוף כלל ג' שחקר שם הרב גבי הא דאמרינן מגרש ראשון ונושא שני אם יכפוהו לראשון לגרש על ידי כפיה או דילמא דמאי דאמרי' דיגרש ראשון היינו אם ירצה לפי שהיא נתנה אצבע בין שיניה שהלכה ונתקדש' לאחר וכתב שם הן אמת

כי זה ימים היה מעשה בשאלוניק"י בספק מקודשת ונתקדשה קדושי ודאי בעצת חכם ואני הסכמתי אז לומר שיכופו למקדש הראשון ע"כ משמע מדברי הרב ז"ל דכיון דהיא עשתה הדבר בעצת חכם אין בא אשמה ויכופו למקדש הראשון וא"כ ג"כ היכא דטעו ב"ד בגט והוא שלא כדין כיון דהיא עשתה הדברים בעצתם אין לומר היא נתנה אצבע בין שיניה ויכופו לו שיתן גט שני אחר שפסולה לו כיון שהוא כהן:

ועם זה נבא לנ"ד ונאמ' דאחר שגט זה לכל הפחות הוא פסול לכהונה כמו שנבאר בעה"י דב"ד זה שנתנו גט זה ח"ו לא טעו בדין וחכמים גדולים היו ועשו כל דבריהם על הדין ועל האמת ועשו כל בטולי הגט כמשפט כל הפוסקים ז"ל ודקדקו בדבריהם היטב לעשות כל הדברים על פי היושר אין בהם נפתל ועקש אלא שאירע הדבר שזה הוציא מודעא חזקה עד מאד באלות ובשבועות שלא עלה על דעת אדם מודעא חזקה כזאת עד שבעבורה חזר הדבר לספק מגורשת כמו שנבאר בעה"י ואח"כ נתגלה לבית דין מודעא הזאת שלא היתה נודעת אצלם מקודם והיתה נעלמת אצלם וא"כ ודאי שאין בב"ד שום עון אשר חטא במה שנתנו הגט ואם נפסל הגט אח"כ על פי מודעתו הרי מ"מ היא פסולה לו שהו' כהן וראוי לו לכופו שיגרש גט שני מפני שהיא פסול' לו והיא לא נתנ' אצבע בין שיניה שהרי ברצון חכמים עשתה מה שעשתה וגדולה מזאת כתבתי והוכחתי למעלה שאעפ"י שטעו ב"ד בדין אין לומר בה היא נתנה אצבע בין שיניה כיון שעשתה ברצון חכמים כ"ש בנ"ד שאין כאן טעות בדין ח"ו אלא שנעלם מהם המודעא החזקה וב"ד מה שעשו כדין עשו אלא שיצתה התקלה מפני שלא ידעו ענין המודעא החזקה אשר לא יעלה על לב אדם לעולם לכן היה נראה לי מכאן שיכפו למגרש זה לתת גט שני כיון שהוא כהן ונפסלה לו:

אלא שעדיין איני תוקע עצמי לדבר זה מפני חומר גט מעושה דכיון דאירע בגט זה פיסול מפני האיום שאיימו על ראובן אשתו ואביה שימסרוהו ביד האומות על יד הגברת תמ"ה כמו שנבאר בעה"י א"כ יש לומר קצת שהיא נתנה אצבע בין שיניה אעפ"י שאח"כ עשתה ברצון חכמים מה שעשתה ובעצתם קבלה הגט שאמרו לה שאין כאן אונס ונסתלק האונס מ"מ כיון שהיא היתה הגורמת האונס מתחל' יש לפקפק ולומר שהיא נתנה אצבע בין שיניה ולכך איני מסכים בזה לענין כפיה בשוטי' אלא למעבד ליה ההרחקה דר"ת שנבדיל עצמנו ממנו בכל מיני האופנים שבעול' עד שיגרש ושב ורפא לו וזאת ההרחקה הסכים עליה מהריב"ל בפסקיו סוף כלל ג' והגם כי בפסקיו ח"ב סי' ע"ט כתב על זאת ההרחקה אבל מ"מ לא ראינו לרבני הדור הזה האחרון שנהגו בכך וטעמא הוי דלא אכשיר דרי ויותר קשה להם ההרחק' מהנדוי אם הנדוי הוי כפיה כ"ש ההרחקה

וכן כתב שם בסי' י"ח וכתב שם עוד אדרבה זכורני כי נועצו לב יחדיו רוב החכמים לעשות זאת ההרחקה ורב גדול ומובהק שהיה בימים ההם מיחה בדבר וכו' ועוד כתב שם איברא דזה ימים רבים הסכמתי בפסק א' מהפסקים שלי ואותו הנדון אינו דומה לנ"ד וגם באותו הנדון לא נעשה מעשה ע"כ:

ומ"מ אני אומר בנ"ד אם יסכימו הרבנים המובהקים לעשו' ההרחק' של ר"ת אני הצעיר אהיה נגרר אחריהם דיש מקום להקל ולומר דלא נתנה אצבע בין שיניה דאפילו מה שעשתה מעיקרא כדין עשתה מפני שהיה מכה אותה ויש דמות ראיה לזה דבעובדא דר' חייא בפרק מצות חליצה שהבאתי הקשה שם הרא"ש ז"ל למה הוצרך להטעותו יאמר לה שתרוק בפניו ונפסלה לו ואח"כ יכופו אותו לחלוץ וקשיא לי בדברי הרא"ש דהא דאמרינן בפרק בית שמאי הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה כופין אותו שיחלוץ לאחר מיתת בעלה מבקשין הימנו ואם נתכוונה לכך אפילו בחיי בעלה מבקשין ממנו שיחלוץ משמע דכיון שהיא נתכוונה לפסול עצמה על יבמה אין כופין אותו לחלוץ וא"כ להכי אמרו שיעשה חליצה מוטעת שיכולים להטעות בחליצה ולא שתגרום היא פסול לחליצה שאז נאמר היא נתנה אצבע בין שיניה ולא נכוף אותו לחלוץ וי"ל דשאני התם דכוונתו היה למיכלא ממונ' כדאמרי שם וכיון שכן הוא היתה עושה כדין להפקיע עצמה ממנו כיון שאינו מכוין לשם מצוה גם אנו נאמר בנ"ד דכיון דהוא היה מכה אותה תמיד כדין היתה עושה תחלה לאיימו ולאונסו אעפ"י שיש לדחות זה ואין זו ראיה גמורה ועוד דחליצה שאני דהקלו התם וכדכתב הר"ן ז"ל בסוף פרק המדיר גבי קושיא שהקשה שם דאמאי כופין גבי חליצה ולא גבי גט כתב שם אי נמי איכא למימר דבחליצה הקלו מ"מ קצת ראיה יש כדי לעשות לו הרחקה דר"ת לפחות ודי בזה להשיב לשאלה האחרונה ואפנה אל הראשונה:

ואומר דגט זה אינו בטל לגמרי ואינו גט כשר דאם נאמר דהוי גט בכל מפני מה שכתב הרב מהר"י קולין ז"ל בשרש ס"ג דכל שביד האנס לאנסו האונס הראשון והתירו מהאונס ואח"כ מבקש ממנו לעשו' אותו הדבר בעצמו דהוי אונס כיון שעדיין בידו לעשות אותו האונס עצמו וא"כ כיון דבמודעא כתוב שהם שואלים ממנו שיגרש את אשתו ואם לא שימסרוהו ביד האומות על יד הגברת תמ"ה א"כ סלק מודעא כמי שאינה מפני הביטולים הרי מ"מ העדים מעידים שהכירו באנסו ואונס הגברת קיים לעולם דלעולם יש ביד הגברת לאנסו כבתחלה וא"כ הרי לא נסתלק האונס והרי אנוס הוא וגט זה בטל לזה ודאי יש לומר דאינו בטל מתרי טעמי חדא דהא בההיא כתב הרב מהר"י קולין ז"ל דשמע דיצא הדבר בהיתר על פי רוב חכמי אשכנז שדחה ואמר שאולי לא היה

ענין כיוצא בזה מ"מ הוא עצמו לא אמר הדבר בבירור לגמרי אלא שאין להתיר ומ"מ נראה מדבריו שאינו גט בטל ועוד דאונס זה הוא אונס האיום שמגזמי' אותו לעשות דאונס האחר שלקחה כל מה שבביתו כבר נסתלק כמו שבא בשאלה וכבר כתב מהר"י קולין ז"ל בשרש קפ"ו פלוגתא בהא די"א דאונס דהפחדה לא הוי אונס אעפ"י שיש בידו לעשות יע"ש גם הרב מהריב"ל בריש כלל צ"ו כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דאונס דהפחדה לא הוי אונס איברא דקשיא לי טובא דבריש כלל עשרים כתב דלכ"ע אונס דהפחדה הוי אונס ואפילו להוציא ולא יוכל המוחזק לומר קים לי כמ"ד דלא הוי אונס ודבריו סותרים זה את זה מ"מ למדנו דהדבר מחלוקת וכיון דהוי ספיקא דפלוגתא דרבוותא דיינינן לה כדין הספקות דפסולה לכהונה ואסורה לעלמא ואם נאמר דגט זה בטל מפני שיש שבועה חמורה במודעא וכל הביטולים לא מהנו לדעת כל הפוסקים אלא היכא דליכא שבועה במודעא אבל היכא דאיכא שבועה במודעא לא אמרינן דגמר ומגרש דחזקה אין אדם עובר על שבועתו אלא נאמר דהכל עשה מחמת אונס וכמו שכבר כתבתי בפסק אחר וסברא גדולה היא זאת דאם כוונתו לבטל הגט לגמרי למה לא שאל היתר על שבועתו ועבר על שבועתו והיה לו לעשו' הדבר בהיתר ולשאול על שבועתו דומה למה שאמ' בעלמא לא שביק איניש התירא ואכיל איסורא אלא ודאי דלא גמר בלבו לגרש אלא מחמת האונס ביטל מ"מ אין זה מספיק לעשותו גט בטל כיון שעשה כל הביטולים כדין וכשורה ומה שלא שאל על השבועה אפשר דכיון דשבועה זאת לא נשבע לחברו אלא מעצמו עשאה הא קי"ל דהיכא דהדר מעצמו אם אמר מר"ה כל נדרים שאני עתיד לידור יהיו בטלי' הם בטלים אם לא זכר התנאי בשעת הנדר ואולי דזה היה כן שהתנה מקודם שיהיו בטלים ולא זכר התנאי בשעת הנדר ולכך הנדר בטל ולא הוצרך לשאול על שבועתו ויש הוכחה לזה קצת דאל"כ לא היה אונס הגברת ברור כ"כ שהיה מכניס עצמו בספק שבועה לעבור על שבועתו מפני אותו האונס אלא ודאי שהיה הדבר כן או אולי ששאל היתר מב"ד אחר קודם על שבועתו. סוף דבר שאין נר' לי לעשות הגט בטל מפני טעם זה ולהכשיר' לכהן דאטו מי גרע מגט מעושה שלא כדין בישראל דפוסל לכהונה כדאמרינן בפ' המגרש אע"ג דיש לחלק דהתם כפוהו ב"ד לגרש שלא כדין מפני שטעו וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב דגרושין וכיון שכן גזרו שלא כדין אטו היכא דכפוהו ב"ד עצמם לגרש כדין וכדאמרינן בפרק המגרש אבל בנ"ד לא כפוהו ב"ד על כך אלא היא אנסה אותו מפני אונס הגברת ולכך לא ליהוי גט כלל מ"מ אין אונס הגברת ברור כ"כ כדכתי':

הכלל העולה דאינו גט להתירה לעלמא ומ"מ גט מיהא הוי לפוסלה לכהן ולכופו לגרש לא נראה לי אלא למיעבד ליה הרחקה דר"ת אם יסכימו רבני גאוני העיר ההיא אשר להם משפט הגאולה הנלע"ד כתבתי וחתמתי הקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לב

ראיתי דברי החכם השלם סיני ועוקר הרים הפוסק כמה"ר אהרן נר"ו ולעזרת הדרת תהלתו הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו יחדיו יהיו תמים מסכימים על איש שעשה שליח להוליך גט זמן לאשתו ונשמע שטבע במים שאין להם סוף שינתן הגט לאשתו לכתחלה וגם אני יחיד ועני דעתי כן הוא דמה שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות גרושין שלא ינתן הגט לאשתו גבי ספינה שטבעה בים היינו במקום יבם דוקא אבל בודאי אין לנו לגזור גזרות מדעתינו ולומר דגזרינן שלא במקום יבם אטו במקום יבם ומשמעות דברי הרב המגיד כך הוא כמו שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו אבל מ"מ קשיא לי בדברי הרמב"ם ז"ל שכתב שאם נתנו לה הרי זה ספק מגורשת וכתב הוא בפ"י מה' גרושין וכל מקום שאמרנו בחבור זה ספק גרושין או שהיא ספק מגורשת לא תנשא ואם נשאת תצא והולד ספק ממזר מפני שהיא ספק ערוה ע"כ וא"כ משמע דספק מגורש' דכת' בפ"ו גבי ספינה שטבעה שכתבתי לעיל איתיה בהאי כללא ואמאי אפילו דלהוי במקום יבם אין ראוי להיות הולד ספק ממזר ממה נפשך דאם לא מת הרי היא מגורשת בודאי ואם מת אין הגט גט ולא הוי אלא יבמה לשוק ורבינו כתב בפ"ג מהלכות יבום האשה שהלך בעלה וכו' ובאו ואמרו לה מת בעליך ואחר כך מת בנך ונשאת וכו' הולד כשר משמע דאין הולד ממזר מיבמה אפילו מדרבנן וכן כתב הטור בשמו בסימן קנ"ט בא"ה ודלא כהרא"ש דחולק עליו וא"כ אין ראוי להיו' כאן הולד ממזר אם לא שנאמר בדוחק שזו יצאה מן הכלל שכתב שם רבינו ואם נאמר כן אפשר היה לפרש דמה שכתב רבינו אינו נותנו איירי אפי' שלא במקו' יבם ונסתלקה קושית הרב הכהן נר"ו שתמה דא"כ היכי קאמר אח"כ ספק מגורשת דלא אמר כן אלא לפוסלה לכהונה לבד ואף ע"ג דלא משמע הכי מן הכלל שכלל בפ"י כדכתיבנא אין תימה על כך דסוף סוף הא קא מודית דלא כיילינן ליה בהדי ההוא כללא ומכל מקום ודאי עיקר הפי' דאיירי במקום יבם כדכתיבנא אבל שלא במקום יבם ינתן לכתחלה קודם שישלים הזמן דאחר השלמת הזמן א"א ליתנו לדעת הר"א מזרחי ז"ל שכתב כן בפסקיו בסי' כ"ג וסימן ל"א וסי' נ' והגם כי הרב מהריק"א ז"ל כתב בסי' קמ"ד דהרב מהר"ר יהודה ן' בולאט ז"ל התיר וכן הסכים הוא עם כל רבני צפ"ת בכנופייא מ"מ ראוי לחוש לדברי הרא"ם ז"ל דנמוקי עמו מהטעם שכתב בסימן

ל"א וכן טעם דבזיון דבעל שכתב הרב הכהן נר"ו כתבו בסי' כ"ג וא"כ מכל אלו הטעמים ראוי לחוש לדברי הרא"ם ז"ל היכא דאפשר ולכן ינתן הגט לכתחלה קודם השלמת הזמן בלי שום פקפוק הנלע"ד כתבתי. הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לג

משום דחזינ' לרבנן קשישי נשיאי העדה לתורה ולתעודה נר"ו קראו תגר על דברת גזר' הדר' הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו אשר הסכים להתיר עם החכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר אהרן אבאיוב יצ"ו על איש שעשה שליח להוליך גט זמן לאשתו ונשמע שטבע במים שאין להם סוף שינתן הגט לכתחלה ואני יחיד ועני הסכמתי לסברתם ספיר גזרתם עתה באתי להסיר מעלינו המון התלונות קושיות והוויות שמעתי אומרים הקשו עלינו ולאשר ולקיים סברתינו כי לע"ד אמת יהגה חכנו:

ראשונה הקשו דראוי שנגזור כאן אפילו שלא במקום יבם שלא יאמרו יש גט לאחר מיתה ויבאו לומר דכשיאמר הרי זה גיטך לאחר מיתה הוי גט במקום יבם ותהא מותרת לעלמא והביאו ראיה לזה ממאי דאמרינן פרק מי שאחזו דרבה ורבא אית להו בגיטו דש"מ דאם עמד אינו חוזר גזרה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה כלומר אם יראו דאם עמד חוזר יאמרו שאין הגט חל אלא לאחר מיתה ויבאו לומר דכשאמר הרי זה גטך לאחר מיתה הוי גט להתירה לעלמא במקום יבם וא"כ הכא נמי נימא כי האי חששא:

עוד הביאו ראיה ממאי דאמרינן בסוף ההוא פרקא דהיכא דאמר הרי זה גטך אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חדש ומת בתוך שנים עשר חדש הרי זה גט ואמרו שם או דילמא לאחר י"ב חדש דהא אקיים ליה תנאיה והקשו שם בתוספות ואם תאמר לאלתר מאי יש לחוש דהא ודאי יתקיים התנאי דכיון דמת לא ישוב עוד לביתו וי"ל דאיכא למגזר אטו לא מת כי אין העולם יודעים שמת ויתמהו על שמתירים לינשא וכו' א"כ גם בנ"ד אחר שראו נתינת הגט אחר מיתה יתמהו ויאמרו ודאי יש גט לאחר מיתה:

עוד הקשו דבפרק האשה בתרא אמרו גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים דלא תחלוץ שמא ילדה צרתה ואם תחלוץ אתה מצריכה כרוז לכהונה ואיכא דהוו בחליצה ולא הוו בהכרזה וקא שרו חליצה לכהן הכא נמי נימא כי האי גוונא דילמא יתברר שמת קודם נתינת הגט ונמצא דאין הגט גט ואתה מצריכה כרוז לכהונה ואיכא דהוו בגיטא ולא הוו בהכרזה ע"כ פירושו דמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהלכות גרושין לא יתננו לאשתו גבי ספינה שטבעה בים הוי אפילו שלא במקום יבם והטעם מפני שאם תעשנה מגורשת על הספק תבא לאוסרה לכהן ואם אח"כ אתה מצריכה כרוז לכהונה איכא דשמע בגיטא

ולא שמע בהכרזה ופי' שזהו מ"ש ה' המגיד ז"ל שם ומה שכתב אינו נותנו לאשתו משום דאין לו להחזיקה בגרושה על הספק אלה הם טענותיהם וטרם החלי להשיב עליהם אומר כי דבר ידוע הוא מאי דתנן במסכת ידים פ"ג בפלוגתא דרבי יהושיע וחכמים דחכמים אית להו דאין שני עושה שני והקשה להם רבי יהושע והלא כתבי הקדש שניים ומטמאים את הידים ותרצו רבנן אין דנין דברי תורה מד"ת ולא דברי סופרים מד"ת ולא דברי סופרים מד"ס ופירש שם הרמב"ם ז"ל אין למדים ד"ס מד"ס עד שנאמר כמו שהספר פוסל את התרומה ומטמא את הידים כך כל פוסל מטמא את הידים אבל נאמר מאי דתקון תקון ולא נלמוד דבר מדבר ע"כ וגדולה מזאת כתב הרא"ש בתשובה דנכסי מלוג יורש הבעל לאשתו ואף עפ"י שתקן ר"ת דהיכא שמת הבעל בתוך שנת הנשואין מחזיר הנדוניא לאביה אין למדין מק"ו ולומר השתא ממון שבא לידו צריך להחזיר שלא בא לידו לא כ"ש שלא יגבה דהא תניא במסכת ידים וכו' ולא ד"ס מד"ס וכו' ע"כ משמע דאפילו דאיכא ק"ו לא נלמוד התקנות מהדדי אלא נאמר היכא דתקון תקון היכא דלא לא ומכאן למד הרב מהריב"ל ח"ב שאלה פ' בהסכמות החזקות דלא תלה ההסכמה אלא על השכירות לא על הקנייה דודאי יכול לקנות חזקת חברו אע"ג דטעמא דשכירות איתא בקנייה מ"מ אין דנין ד"ס זה מזה ומאי דתקון תקון ומאי דלא תקון לא. ואחרי הודיע אלהים לנו את כל זאת איך נוכל לומר דנגזור כאן כמו בעלמא אפילו שיהיו הגזרות שוות דהא אפילו מק"ו הוכחתי לעיל מדברי הרא"ש דאין דנין זה מזה כ"ש בילפותא דמה מצינו וא"כ אפילו שיהיו שוות הגזרות לא נלמוד לגזור אלא היכא דמצינו בתלמוד כ"ש בנ"ד דאין הגזרות שוות דטעמא רבה איכא לחלק ביניהם דהגזרה שאמרו בפ' מי שאחזו גבי גט שאם חוזר כשיעמוד אתו לומר יש גט לאחר מית' ודאי דטעו אינשי דכיון דרואין גטו כמתנתו אמרי כי היכי דמתנתו הויא לאחר מיתה ואם עמד חוזר ה"נ הגט אית ליה האי דינא דאם עמד אין הגט גט ונשארה האשה נשואה עם בעלה וכיון דבמתנ' מהניא כשנותן בהדיא לאחר מיתה ה"ה בגט כשנותן לאחר מיתה שאומר הרי זה גיטך לאחר מיתה מהניא דיש גט לאחר מיתה ושרי לה לעלמא בההוא גיטא אפילו במקום יבם אבל הכא לא טעו כלל דכיון דליכא יבם אמרי האי דשרו לה רבנן לאו משום גיטא הוא דכיון דליכא יבם למה לי האי גיטא הרי כיון שמת תפוק לי משום אלמנה ומשום הא רמו אנפשייהו ואמרו ודאי דהא דאצטרכו רבנן גט היה משום דסבורים דהוא חי דכיון דאין מקום לטעות רמו אנפשייהו וידעו האמת תדע לך דבנתיבמה בטעות אמרינן בפרק האשה רבה וכתבו הטור סי' קנ"ט דמותרת לחזו' לבעלה משום דאמרינן ודאי דלא גרש אחיו ונשאה היבם דא"כ לא היה לו לישא גרושת אחיו לכך רמו אנפשייהו ואמרי

ודאי דטעות הויא ובטעות נתיבמה ולכך מותרת לחזור לאחיו וכן בההיא דאם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש סבורים העולם שעדיין קיים הוא דבחזקתו הראשונה הוא עומד שעדיין לא מת ולכך אמרי יש גט לאחר מיתה אבל בהא דנ"ד ליכא למטעי כדכתיבנא: ואין לומר דיסברו דיש לה יבם ולהכי הצריכו רבנן גט לאפוקי מיבם דיש גט לאחר מיתה דלא מצינו גזרה כזאת לומר דיטעו היכא דליכא יבם דיאמרו דיש יבם דזו גזרה חדשה היא לא נזכרה בתלמוד ואין לנו לגזרה מדעתנו וכן מה שהקשו לנו מההיא דפרק האשה בתר' כבר כתבתי דאעפ"י דיש ללמוד הגזרה בק"ו אין ללמוד דאין דנין ד"ס מד"ס וא"כ כיון דלא מצינו הך חששא דכרוז אלא בחליצה לא נדון מינ' לגרושה ואע"ג דאיכא ק"ו ותאמר השתא בחלוצה דהויא דרבנן חיישת דילמא אתו למימר דשרו חליצה לכהן בגרושה דהוי דאורייתא לכ"ש דאית לך למיחש דילמא קשרו גרושה לכהן דהוי איסור תורה מ"מ אין למדין אפי' בק"ו כ"ש דהאי ק"ו פריכא דאדרבה בחלוצה דאסורה קל שאינו כתוב בתורה טעו אינשי ואמרו חליצה שריא לכהן אבל בגרושה דהוי איסור חמור לא טעו אינשי אלא רמו אנפשייהו וידעי האמת דגרושה בטעות הוא ואין הגט גט ולא גזרינן בו גזרה כי האי דאפילו מאן דלא הוי בהכרזה בדיק וידע האמת:

ויש להוכיח דבגרושה לא אמרינן להאי חששא דבפרק האיש מקדש גבי פלוגתא דאביי, ורבא דקדושין מסורים לביאה אקשינן לרבא דאמר דלא הוו קדושין מהא דקאמר מי שקדש אחת מב' אחיות ואינו יודע איזו קידש נותן גט לזו וגט לזו ותירצו הב"ע כשהוכרו ולבסוף נתערבו דייקא נמי דקתני אינו יודע ולא קתני אינו ידוע ע"כ משמע דכשהוא קידש מעיקרא בפני עדים קידש הא' ויודעים העדים את מי קידש אלא שעתה נתחלף למקדש ואינו יודע למי קידש ומשום הכי אמר אינו יודע. והשתא קשה אמאי נותן גט לזו ולזו ניחוש דילמא אתו עדים ואמרי לזו קידש ולא לזו ונמצא דהגט שנתן לשאינה מקודשת אינו גט ואתה מצריכה כרוז לכהונה דהא בפרק האשה בתרא חייש לחששא דדילמא אתו עדים ואמרי כדקאמרה לענין כרוז ולא משכח לפרוקי אלא כשאמרה אני והוא נחבינו במערה כלומר שאין אדם שם כשמת דלא היה עדים בדבר אבל בנ"ד דאיכא עדים ניחוש דילמא אתו העדים ויגלו הדבר ודוחק לו' דאיירי דמתו העדים דברייתא סתמא מתנייא ובשלמא ממתניתין דפרק האשה שלום דאמרה קידש אחת מחמש נשים וכו' דנותן גט לכל אחת וכו' לא קשה הך קושיא משום דהתם כל א' אומרת אותי קידש ואפי' שיבאו עדים ויגלו הדבר מ"מ כיון דהיא שויא אנפשה חתיכה דאיסורה ואמרה אותי קידש הרי הגט גט ולעולם פסולה לכהונה כיון דהיא אמר' דמקודש' והצריכוה גט והיא נאמנת לאסור עצמה לכהונה אבל בהך מתניתין לא קאמר דהיא אומרת אותי

קידש משמע דאפילו דהאחיות אינן אומרות כלום אלא שגם הם אינן יודעות למי קידש נותן גט לכל א' וא' אלא ודאי שאין אומרים חששא דכרוז בגרושה ואע"ג דהדוחה מצי דחיק נפשיה ולדחות הראיה האמורה בכל זאת האמת יורה דרכו וכל התלמוד מלא מזה ודברי התוספות כמה פעמים אשר עתה איני זוכר מקומם אומרים כן דבענין גזרות אין לדמות זו לזו אלא היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר וא"כ איך נפרש דברי הרמב"ם שאמר אינו נותנו לאשתו דהוי משום כרוז והלא דין זה הוציאו ממתניתין דפרק כל הגט דחומרי חיים וחומרי מתים האמור במשנה וההיא ודאי לא איירי אלא לענין כשהיא במקום יבם דחולצת ולא מתייבמת וכיון דמקום מוצאו הוי מהתם היכן ראה לגזור גזרה מדעתו שלא במקום יבם הך חששא דכרוז אשר לא נזכר בגמרא גבי גרושה אדרבה מוכחינן לה איפכא כדכתיבנא אלא ודאי עיקר הפירוש הוא דמה שכתב הרמב"ם ז"ל הוי במקום יבם והשתא אתי שפיר דהך דין דאינו נותנו לאשתו הוציאו הרמב"ם מההיא מתניתין דאיירי במקום יבם וקאמרה דהיא ספק מגורשת ולכך אמר דאינו נותנו משום דאין להחזיקה בספק מגורשת כדכת' ה' המגיד ז"ל משום דילמא לא מת ומתייבמת ואם אתה עושה אותה ספק חולצת ולא מתייבמת ועוד דילמא אתי לינשא לשוק בהאי גיטא ומשום הכי קאמר דאין לעשותה ספק מגורשת: ואחרי אשר הוכחתי לפי ע"ד דהפי' בדברי הרמב"ם ז"ל הוא כמו שכתבתי אומר לרווחא דמילתא דאפילו נאמר דפירוש דברי הרמב"ם ודברי ה' המגיד ז"ל לא כן הוא מ"מ בנ"ד אפילו לדבריהם ינתן הגט לכתחלה דלמאי חיישת לה לית לך למיחז' שום משאר חששו' כדכתיבנא לעיל אלא לחששא דכרוז ותאמר דנלמוד בגרושה מחלוצה אפי' הכי בנ"ד ליכא הך חששא כלל דכיון דגט זה גט זמן הוא ועל תנאי שאם לא יבא הוא כשאתה מצריכ' כרוז לכהונה אח"כ לית לך למיחש דילמא הוי בגיט' ולא הוי בהכרזה דאפילו דלא הוי בהכרזה לית לן בה דמאי אמר הרי גרושה מותרת לכהן לא טעי בהכי דכיון דהוא רואה שהגט על תנאי יאמר אימור לא נתקיים התנאי והכי אמרי' בפרק בתרא דגטין דכשיצא הקול שנתגרשה על תנאי לא אסרינן לה הכהן דיאמרו לא נתקיי' התנאי ולהכי שרו לה לכהונה ה"נ בנ"ד כיון דאיכא תנאי ויש להם במה לתלות לא טעו דלא טעו אלא במילתא דלא משמע להו שום צד היתר אבל היכא דמצי לאשכוחי צד היתר ולומר על תנאי היה לא אתו לומר הותרה גרושה לכהן וכמה פעמים הוזכר ביבמות דיאמרו תנאי היה בקדושין ולא נתקיים התנאי וא"כ אפילו הכרזה לא היה צריכה בנ"ד אלא דעבדי' לה הכרזה על צד היותר טוב אבל למיחש דילמא איכא דלא הוי בהכרזה כולי האי לא חיישינן:

ועוד טעם שנית איכא בנ"ד דזה העדות כפי מה שבא בדברי החכם השלם כמה"ר אהרן נר"ו ולא בא ברור דהעדות הוא שאמר איש א' שהאיש אחר כתב שזה אברהם בנימין יצא מהמקום ההוא בספינ' אחת ובעונות בא שם השמועה שהספינה נטבעה ואפילו נאמר דמספיק עדות זה אעפ"י שהוא עד אחד דכבר חקר בזה החכם השלם כמה"ר אהרן נר"ו והוא סובר דאינו נאמן כאן דהו' לאסור מ"מ רבים מהפוסקים סוברים דצריך קיום לכתב וכמו שמבואר בב"י א"ה סימן י"ז וא"כ היה ראוי להחמיר כדבריהם ולהצריך קיום ועוד שאפילו כותב הכתב לא כתב שאמרו לו כן אלא שבא שם שמועה שהספינה הנז' נטבעה ואפשר ששמע מפי קול בעלמא והיה ראוי לחקור על עדות זה כדי שיהיה נחשב כעדות עד אחד וכיון שלא נבדק ראוי להקדים לתת הגט קודם שיבדקוהו שאם נבדוק אותו לא נוכל ליתן הגט משום חשש' דכרוז וכבר הודיענו הריב"ש בסימן תק"ט דראוי לעשות כן שכתב שם שאעפ"י שהיה איש א' שהיה אומר שראה הבעל בעיר א' מקסטלייא ונכנס לביתו יום א' וראה אשה יושבת תחתיו ומשמשתו וכו' וגזרו לכוף היבם לחלוץ וכתב שם שמה שהב"ד לא בדקו אחר הקול ולדעת אמיתת הדבר היה כי חששו לעיגון האשה כי אם ימצא הקול אמת היתה אסורה לחלוץ לעולם וכו' וכאוקימתא דאביי וכו' לפי שאתה מצריכה כרוז וכו' ואעפ"י שאפשר לעמוד עליו לא אסרוה לחלוץ כיון שאף אם היה אמת לא היה בזה כי אם חשש איסור וכו' משמע משם דראוי להעלים עינינו אעפ"י שיצא קול ושלא לבדוק יפה כדי להתירה בחליצה מפני שלא תבא לידי איסור עולם משום חששא דכרוז וא"כ ה"ה בנ"ד דעבדינן הכי דאעפ"י ששמענו הדברי' ראוי לנו להעלים עינינו ושלא לבודקם יפה כדי שלא תאסר משום חשש' כרוז וא"כ כיון דבנ"ד לא נבדק הדבר יפה אליבא דכולי עלמא ראוי ליתן הגט לכתחלה כמו שכבר גזרנו ואמרנו: כל זה כתבתי על צד היותר טוב אבל לפי האמת הנראה לע"ד אין חששא דכרוז אלא בחליצה ולא בגט כדכתיבנא ואפילו בחליצה איכא מקום דלא חיישינן ליה כדכתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות יבום גבי ראובן שיש לו שתי נשים בשני עיירות וב' אחי' באותם העיירות דאם רצה האי לחלוץ קודם שידע מה עשה אחיו אין מונעים אותו איברא דכבר תמה שם הרב כ"מ ז"ל דאמאי לא חיישינן דילמא יודע שעשה אחיו מעשה קודם שחלץ זה ואתה מצריכה כרוז לכהונה ונ"ל להשיב דלמאי ניחוש אי דיבם אחיו הא מן הדין אין יכול ליבם קודם שידע מה עשה האח אשר הוא כאן ואי חיישת שמא חלץ אפשר לומר דהרמב"ם ז"ל אזיל לטעמיה דאית ליה דמצות יבום קודמת וליבום איכא למיחש דרוצה לקיים המצוה גמורה ולא לחליצה וראיה לדבר זה שבתחלה כתב עד שיודע מה עשה אחיו שמא קדם ויבם ולא כתב שמא קדם וחלץ דאם חלץ נמי אסורה הצרה לאחיו אלא

דחייש ליבום משום דשם עיקר המצו' מ"מ למדנו דאפי' בחליצה אין הגזרה אמורה בכל מקום כ"ש בגרושה שלא מצאנו לה רמז בגמרא דאין לנו לחדשה ודינו של הרמב"ם בין מה שכתב גבי ספינה שטבעה בין גבי גוסס דהוי ספק מגורשת לא הוי אלא במקום יבם כדכתב ה"ה ועליה קאי מאי דכתב לא יתן לכתחלה כדכתיבנא:

איברא דקשה גבי גוסס למה כתב דהוי ספק מגורשת הא כיון דאמרינן רוב גוססים למיתה הל"ל דאינו גט דאזלינן בתר רובא ובודאי מת מיהו הא לא קשה דכיון דאית ליה חזקה דחי סמוך מיעוטא דגוססין לחיים אחזקה והוי פלגא ופלגא וכדאמרי' בפרק האשה בתרא. אבל מ"מ קשה לי בדברי הטור שכתב כן כדברי רבינו בא"ה סימן קמ"א ובטור י"ד סימן של"ט בהלכות חולה כתב בשם הר"ם מרוטנבור"ק בסתם בלי חולק דמשמע דהכי ס"ל דאם אמרו לו ראינו בנך או אחיך גוסס זה ג' ימים דמתאבל עליו והא נפקא ליה למהר"ם מהא דפרק כל הגט דאמרינן רוב גוססים למית' כמו שמבואר במרדכי בפרק אלו מגלחין וא"כ כיון דהטור סובר שם דאזלינן בתר רובא איך כתב כאן דהוי ספק מגורשת הי"ל אינה מגורשת כלל דזה סותר למה שכתב שם דאם היה ספק לא היה לו להתאבל דספק אבלות להקל כדאמרינן גבי לא שהה ל' יום דספקא הוי ואינו מתאבל עליו וכן בכל שאר הספקו' אלא ודאי משמע דאית ליה התם דאזלינן בהר רובא ולכך מתאבל עליו וא"כ כאן היה ראוי לומר דאינה מגורשת כדכתי' ועל הר"ם מרוטנבור"ק עצמו קשה דאמאי הצריך להתאבל כיון דאיכא חזקה סמוך מיעוטא לחזקה כדכתיבנא וכל זה צריך עיון כעת אלא שאין הפנאי מספיק לי לבד זה אומר ונחזור לנ"ד בהא סלקינן ובהא נחתינן דהדין דין אמת וגט זה ראוי ליתנו לכתחלה בלי שום פקפוק:

אחרי כותבי ראיתי תשובת הרא"ש שכתב בסוף כלל ל"ו שכתב שם על דינה שיצתה עליה הקול שנתקדשה וכו' וקרובי דינה הכריחו למקדש ליתן גט וכו' מילתא דפשיט' היא שהיא אסורה דלית דין צריך בשש כי היודע שנתגרשה מה יודע שהגרושין לא היו אלא לרווחא דמילתא וכ"ת יכריזו שלא היתה צריכה גט איכא דשמע בגיטא ולא שמע בהכרזה כדאמרינן בחליצה איכא דידע בחליצה ולא ידע בהכרזה ע"כ גם הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תק"ן כתב על גט כיוצא בזה וז"ל גט זה פוסל לכהונ' וכו' דאמרי' איכא דשמע בהא ולא שמע בהא והביא ראיה מחליצה דאמרינן הכי משמע מאלו התשובות דחששא דכרוז אמרינן נמי גבי גט הפך מה שכתבתי למעלה:

ומ"מ אני רואה דהרשב"א סותר עצמו בתשובה הוזכרה בב"י א"ה סימן י"ג בשאלה המתחלת כבר נשאלתי על דבר זה בלשון רחב וכו' דמשמע מהתם דגט זה אינו פוסל

לכהונה וההיא ראיה דפ' האומר דאמרינן התם אמאי לימא לא ניחא דאיתסר וכו' דהביא בסימן תק"ן באותה תשובה דהוה משמע דסותר את עצמו גם אני רואה במרדכי פ' האומר בקדושין דרבי אליעזר מביהם סובר דגט שניתן שלא מן הדין פוסל לכהונה וחלקו עליו ר"י הלבן ורא"ם ורמב"ב וכיון שכן משמע דאית להו דגבי גט לא חיישינן כמו בחליצה ואע"ג דהרא"ש והרשב"א באות' תשובה לא משמע להו הכי הוי פלוגתא במילתא דרבנן ואזלינן לקולא וא"כ עדיין במקומי אני עומד דבחליצה גזרינן ולא בגט ובין כך ובין כך אפי' שנאמ' כדעת הרא"ש מכח הטעמים אחרי' שכתבתי לעיל בנ"ד ודאי דיתן הגט לכתחלה. ובההיא תשובה דהרא"ש וכן בההיא דהרשב"א קשה לי דמשמע דאית להו דמאי דאמרינן בפרק האשה בתרא דחיישינן שמה נצריכה כרוז לכהונה אם חלץ היא פסולה לכהונה משום דלא נוכל למיעבד כרוז דאיכא דשמע בהא ולא בהא וקשה על זה דאמרינן בריש החולץ דהחולץ ליבמתו ונמצאת מעוברת מותרת לכהונה והא התם על כרחיך צריך להכריזה כדאמרו שם גבי היבמה לא תתייבם תוך ג' דטעמא הוי משום כרוז לרבי יוחנן ובשלמא להרמב"ן דאית ליה בספר המלחמות דאם חולץ יכריזו וכשרה לכהונה ניחא דמתניתין איירי בהכרזה אבל להרשב"א ז"ל והרא"ש קשה. והרמב"ם בפי"ז מהלכות איסורי ביאה כתב וכל מי שאינה ראויה לחליצה אם נחלצה לא נפסלה לכהונה והיינו כדעת הרמב"ן ז"ל דנצריכה כרוז וכתב ה' המגיד דנפקא ליה ממתניתין דריש פרק החולץ שהבאתי למעלה ומ"מ נחזור לנ"ד דהדין כמו שכתבתי:

ועל הראיה שהבאתי לעיל מפרק האיש מקדש מהא דקאמר מי שקדש א' משתי אחיות וכו' הקשו אלי וליטעמיך אימא סיפא אם מת ולו אח א' חולץ לשתיהן ואמאי ניחוש דילמא אתו עדים ואמרי דאחיו לא קדש אלא לא' ונמצא החליצה שנותן לאחרת אינה כלום ואינה פסולה מן הכהונה ואתה מצריכה כרוז דהא בחליצה אמרינן כרוז בפ' האשה בתרא אלא מאי אית לך למימ' דאיירי במתו העדים א"כ ליכא ראיה והשבתי דה"מ יש ראיה דבשלמא בחליצה אפשר לתרץ דכיון דבשעת מיתת אחיו נשארה זקוקה אעפ"י שנתגלה אחרי כן שקדושי אחיו לא היו כלל מ"מ כיון דבשעת נפילה נראית יבמתו לעולם פסלינן לה לכהונה וליכא הכרזה דומה למה שאמרו ביבמות בפ"א דף י"ג משעת נפילה נראית ככלתו משעת נפילה נראית כצרת בתו אע"ג דעקרה לנשואי קמאי ומ"מ אין זה מוכרח ואין זו ראיה וכבר הרגשתי אני למעלה בחולשתא אלא שמ"מ כתבתי שהדין דין אמת הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לד

לד שאלוני בני קהלי ק"ק פולייא יצ"ו על ענין עניה סוערה אשת ה"ר שלמה קגיג"י אשר היה בספינה שאבדה בים הלא היא הספינה הבאה מהיריד ותשאר האשה האנושה עגונה ועגומה כשהנאלמנה ויהי היום בא עד א' והעיד בפני ב"ד מפי גוי מל"ת עדות א' הלא כתוב וחתום והנה הכהן הגדול גדול בחכמה ובמעלה ר' חסדא ורב כהנא הורה להתיר עפ"י עדות ההוא ועם היות ראה ראיתי דבריו חיים וקיימי' עדיין היה לבי נוקפי על זאת אמרתי אני אל לבי לא אפתח פי עד שהביאו לי קבלת עדות אחר אז אמרתי בהצטרפות עם הקודם ודאי יספיקו להתיר כמו שאבאר בע"ה בכל זאת אמרתי להם ישאלו משפטי צדק אל הרב הגדול מורי ורבי מהר"ר שמואל והשיבו לי כי כבר שאלו ממנו ולא רצה להורות בה לא איסור ולא היתר אז אמרתי להם אל נא גבירי תטריחוני בדבר זה בבקשה מכם זחלתי ואירא מחות דעי אתכם ויפצירו בי פעם ופעמים ושלש והשואלים ממני רבים ונכבדים בני קהלי אשר ע"כ לא יכולתי להשיב פניהם ריקם זאת ועוד כי כפי הנשמע הך סהדותא בתרא לא סיימוה קמיה דמר ניהו רבה הרב הגדול מורי נר"ו ולבי אומר לי כי אחרי הודיעי את כל זאת ויהיו נא דברי אלה נגד פני הדרת חכמת תהלתו גם הוא יסכים עמנו בהיתר האשה העניה דמעתה על לחיה:

הן אמת בקבלת העדות הראשון אשר הביאו לי כתוב שם כי ר' שלמה ארואיטי היה שואל לו תוגר א' שילוה לו לבנים ללכת לייאיל"ה והשיב לו ר' שלמה שלא היה המפתח עמו שהיה ביד אחיו אמ' התוגר אני הייתי הולך ליצחק אבאג"י כי ידעתי שהוא יתנם לי אבל אני בוש ממנו שאני ותוגר אחר הלכנו ליקח דגי' בפישקיר"ה וראינו לחתנו של ה"ר יצחק הנז' מושלך על שפת הים ולא הבאתיו לו ולא קברתיו אמר לו ה"ר שלמה הנז' מי הוא זה חתנו של ה"ר יצחק הנז' הוא איש בעל בשר והשיב התוגר לא כי אלא איש רזה וזקנו אדום ויש לו סימן בצד צווארו כמין כויה והעידו אנשי אמת שהיה בו בחתנו של ר' יצחק הנז' הסימן הנז' גם אמר התוגר שידעו שהוא חתנו של ר' יצחק הנז' ושהיה עטאר בגארג"י ע"כ:

ויש להסתפק בעדו' זה כמה ספקו' חדא שלא אמ' הגוי קברתיו וכבר נודע שהרי"ף והרמב"ם סוברים דבמים בעי' קברתיו וכבר כתב הריב"ש בסי' שע"ז בענין אשת מכלוף בשם הרשב"א דחלילה להתיר לשוק אשה שהיא ערוה לדעת'. ב' דכשעל' מן הים בעי' חזיזה בשעתיה ואעפ"י שיש מחלקי' בין ראה הטביעה למי שלא ראה הטביע' כבר כתב שם הריב"ש דהנכון דאין לחלק בכך והר מהריב"ל כתב בח"א בתחלתו דהרשב"א והר"ן והריב"ש מוסכמי' בכך ומי הוא אשר יתיר ערוה לדעת' חליל' ועוד דהריב"ש כתב

בההיא עובד' דאשת מכלוף וז"ל ועוד דלדעת בעל המאור נמי בנדון זה הגוי יודע הטביע' ומה לי ראה מה לי ידע ע"כ גם אנו נאמ' כאן דקרוב הדבר שהיורו"ק אהובו של ר' יצחק ידע הטביעה כי זה כמה ימים הלך ר' יצחק ביניהם לבקשו והיה מספר כל העניני' ומילתא דאית ליה קלא הוא וא"כ אפי' מי שאומר דהיכא דלא ראה הטביעה לא בעי' חזייה בשעתיה אפשר דיודה בנ"ד מהך טעמא. ג' מההיא דכתב ת"ה דאין מל"ת נאמן אלא כשאו' נהרג או מת משום דלא צריך טביעו' עין אבל מצאתי פ' הרוג עם סימנים היכא דאיכא למיחש דילמא אחר וצריך ט"ע וכל ט"ע צ"ע וט"ע במל"ת שאין דעתו להעיד אלא שאו' אותו ממילא לא סמכינן עליה וכו' א"כ בנ"ד דאמר ראיתיו מושלך וכו' נאמר כן מיהו הא דת"ה כבר דחי לה הרב מהריב"ל שם בח"א שאלה ו' ולא חיישי' לה ועוד דההיא דאשת מכלוף היה דומה להההיא דת"ה ולא חשו לה הריב"ש ושאר הרבנים. ד' דלא הוזכר בעדות מיתה בפי' ואע"פ שאמר לא הבאתיו ולא קברתיו דמשמע דהיה מת נוכל לפרש דבריו דה"ק אני בוש ממנו שראיתי לחתנו מושלך שם ולא הסתכלתי בו לראות אם היה חי או מת דאם היה חי הייתי מביאו ואם היה מת הייתי קוברו וא"כ כיון דלא העיד בבירור מיתה מחמירי' דכי אקילו רבנן בעדות היינו בסיפא כלו' בענין העדים אבל בתחלת' כלו' בגופיה של עדות החמירו ובעי' דבר ברור והרי אנו רואים דהרי"ף והרמב"ם מצריכי' במים קברתיו ודי לנו שנא' שהחולקים עליהם יחלוקו היכא דאמר מת סתמא אבל שנוציא מיתה במים מכלל הדברים מנין לנו. ה' שלא הזכיר כאן לא שם אביו ולא שם עירו והרב מהריב"ל בח"א שאלה ו' מחמיר טובא בההיא דיוסף שאלתיאל יע"ש מפני שלא הזכיר שם אביו ולא שם עירו מיהו הא ודאי נמי לאו מילתא היא דכבר כתב הר"ן בתשו' הוזכר' בב"י וז"ל אע"פ שאמר באותה תוס' אין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו לא בא למעט אלא שאין סומכין על אומד הדע' כגון שמעידין על גופו דארוך וגוץ וכן למעט שאין סומכין על עדות שמו בלא שם עירו אבל ודאי כל שמעיד בדבר ברור שא"א לספק משיאין את אשתו ואע"פ שלא הזכיר שמו וכו' א"כ ה"ה והוא הטעם בנ"ד דאין לך דבר ברור יותר מזה שאמר חתנו של ר' יצחק אבאג"י ושהוא עטאר בגארג"י א"כ ודאי פשיטא ופשיטא דמהני. אמנם הג' ספקות האחרים יש להסתפק כדכתיב' וראיתי להרב מהריב"ל בח"א בתשובה הנז' דאשת ר' יצחק צדוק דלא היה שם בירור דחזיוה בשעתי' והקל שם מטעם דהוי עד השומע מפי מל"ת דדילמא אם עד הרואה הוה קמן היה אומר דחזיה בשעתי' וגדולה מזאת כתב בח' הנז' שאלה ט' בההיא דיעקב פארדו דהיה שם תרתי לריעותא דלא אמר קברתיו ולא נתברר אם חזיוה בשעתיה והקל מהך טעמא דהוי עד השומע. ופליאה דעת ממני איך הרב הנז'

הקל כ"כ בערוה החמור' והלא ההיא נדון דאשת מכלוף שכתב הריב"ש בסי' שע"ז עד השומע היה ואע"פ שלא הוזכר שם המעשה בפי' הרב מהריב"ל בח' הנז' שאלה ג' כתבו שלמדו ממה שעיין בתשו' הרב ר' משה חלוואה וכתב שם המעשה כך היה העיד ר' יצחק נפוסי כי זה לו כמו חדש ימים היה הולך לראות גוי א' שהיו מוליכין לשרפה ויקר מקרהו שעבר על ביתו של גוי א' מנהיג הספינה שהיה בה מכלוף והיה שואל לאשת הגוי המנהיג אם היתה יודע' שום דבר מאודו' מכלוף הנז' עודם מדברי' והנה גוי א' מלח מאות' המלחי' שהיו באות' הספינה שהלך בה מכלוף בא אצלם ואמר להם מה אתם מדברים ענתהו אשת הגוי ואמרה למלח ההוא אנחנו מדברי' על ענין היהודי שהלך בספינ' עמכם ששמו מכלוף כי י"א שהוא חי וי"א שהוא מת אז השיב הגוי המלח וא"ל איך אתם אומרי' שהוא חי כי באמת אחר יום א' מעת שראינו הרוגים שהיה בה היהודי מכלוף הפוכה על פיה ראיתי אני בעיני למכלוף הנז' מת על שפת הים וכו' הרי פרט המעשה הוא שהי' עד השומע ובכל זאת הריב"ש שם החמיר משום הך טעמא דדילמא לא חזיוה בשעתי' ומשום הך טעמא דלא אמר קברתיו ולא הקל מטעם עד השומע כמ"ש הרב מהריב"ל גם כל הרבנים אשר כתבו באותו הנדון לא הזכירו הטעם ההוא כלל ואיך הורה להקל נגד כל הרבנים הנז' והראי' שהביא מת"ה יש לדחות' בטוב טעם ודעת דהתם ליכא רעות' ונא' דכשזה ספר הדברים דהא' ספר לו מל"ת וכן בההי' דהרמב"ם דתלי' לקולא בעד השומע משום דכיון ששמ' מת אמרי' דמי שא"ל מת יודע שמת בודאי אבל הכא איכא ריעותא בהך דלא הזכיר קברתיו הרעותא שהרגיש הרב הנז' בעצמו דדבר כזה היה ראוי לגוי להזכירו והרב הנז' דחק עצמו שם הרבה לדמותו להההיא דת"ה גם בההיא דלא חזיוה בשעתי' איכא ריעותא דעל הסתם לא ראהו בעת שעלה וכמ"ש הר"ן בתשוב' דאפי' מי שסובר דהיכא דספק לנו ביבש' גבי הא דאין מעידים אלא בתוך ג' אי הוי תוך ג' או לא דתלי' להקל הכא מודה דתלי' להחמיר כיון דהוי דבר מועט דהו' שעה א' תלי' לחומרא וא"כ לא אמרי' בהא דמסתמא כך היה אלא דוקא היכא שהגוי מזכירו בפי' ועם זה יסכימו דברי הר' בעל ת"ה עם הריב"ש והרבני' אשר בזמנו דהו' יודה בנדון דידהו דלא תלי' להקל ולא כ' הרב בעל ת"ה דתלי' להקל אלא גבי הא דאי הוי מל"ת או לא ויש טעם נכון לחלק בין הנושאים כדכתיב'. ואיברא דבההיא נדון דיעקב פארדו היה לי מקום לתרץ דברי הרב ז"ל משום דבעדות המל"ת הוזכר אי סי אפוגארון אי קון קיין יו מאש פלאטיק' טיניא' שי לייאמאוה יעקב פארדו וכיון דכתב שאמ' המל"ת סי אפוגארון הרי יש כאן עדות שטבע במשל"ס דאע"פ דלא הזכיר ששהה שם עד שתצא נפשו אמרי' דהכי הוא ומש"ה אמר איסי אפוגארון דברור לו ששהו שם עד שהות שיוכלו למות וכיון

שכן הרי דינו הוי דאם נשאת לא תצא ולכתחלה לא תנש' וספק בדבר דרבנן הוי כל הספקות דקברתיו וגם הא דחזיוהו בשעתי' ומפני כן פסק שם להקל דכבר כ' הריב"ש בההיא תשו' דמכלוף סי' שע"ז ואם היה בכאן מי שמעיד בטביע' במשל"ס כראוי אז לא היתה אסורה אלא מדרבנן ואם היינו מקילין בה היינו מקילין בדרבנן גם אנו נאמר כן כאן דכיון דהוי ספקא דרבנן לקולא אבל בההיא דאשת ר' צדוק לא היה עד שמעיד על הטביע' וא"כ הוי ספק בדבר תורה ואפי' בההיא דיעקב פארדו עדיין אינו מספיק מה שכתבתי סוף דבר שקולא גדולה היא לע"ד:

נמצינו למדין בנ"ד דאיכא הנהו תרתי לריעותא דלא אמר קברתיו ואדרב' אמר לא קברתיו ואע"פ שאפשר ששינה אותו ממקום למקום מ"מ כיון דלא הזכירו והיה ראוי להזכירו ועוד דדילמא לא חזיוה בשעתיה נוסף על זה דאין כאן עדות ברור שלא הזכיר בפי' מיתה בדבריו ודאי דאין להקל כדמוכח מדברי הריב"ש והרבנים הנז' כדכתיבנא על כן לא מלאני לבי להקל על פי עדות זה:. אך אמנה אחרי כן הביאו לי עדות שנתקבל בב"ד כתוב וחתום וז"ל בלשון לעז והעד הוא ר' משה פיקורו ובה דבר קואנדו שי אבוקו איל נאביאו מי פאליי אין איל אי וידי אה שלמה קאגיג"י אין מידייו די איל אנואה קונבאטיינדו קון איל אגוא' אי דיזיינדו מי אפוגו מי אפוגו אקודים אי נו פודיינדו מאש אואי קי דיזיא' שמע ישראל ה' אלהינו ה' אחד אי באותו פרק בולטי לה קאביסה אי נו לו וידי מאש קי לו קובורייו איל אגואה וחקרנו ודרשנו אם היה ביום או בלילה ואמר שהיה בלילה אמרנו לו ואיך ראית אותו והשיב אביא' לונאר קומו אין איל מידייו דיאה קי קון איל לונאר וימוש נוזוטרוש איל בארקו אי סיגימוש טראש איל אין טודה לה נוגו אנדובימוש פור אליי אי נו וימוש נאדה אי לה מאנייאנה טאנביין נון וימוש נאדה קי פואימוש קון איל בארקו אל נאביאו אי אלייגימוש קואנדו סי אקאבאנה די פונדיר איל נאביאו אינו וימוש ני פאליימוש מאש נאדה ני וימוש מאש פריסונה ע"כ: ואע"פ שלכאורה נראה מכאן שזה עד הוא מעיד על הטביע' כדינו מ"מ נסתפקתי בעדותו משום הא דכתב הרב ב"י בשם תשו' להרמב"ן שכתוב שם צריך לחקור וכו' ויש הפרש גדול בין זה לזה אפי' במים שאין להם סוף כי במעיד שטבע ממש ושהה עליו אם נשאת בדיעבד לא תצא כמו שאמרו בסוף יבמות ואם אינו מעיד אלא שנשברה ספינה לבד זה אינו כלום ואפי' נשאת תצא כי שמא ניצל ע"ג עץ או קורה כדרך שניצולים הרבה פעמים ע"כ משמע דבעינן עדות טביעה שכסוהו המים בפניו:

איברא שקשה קצת לזה מ"ש בגמ' בפ' האשה בתרא פעם א' הייתי מהלך בספינה וראיתי ספינה א' שנשברה והייתי מצטער על ת"ח שבה וכו' אמר לי דף של ספינה נזדמן לי

וכו' אמרתי באותה שעה כמה גדולים דברי חכמים שאמרו מים שיש להם סוף אשתו מותרת מים שאין להם סוף אסורה ע"כ ולפי דברי הרמב"ן דבמים שאין להם סוף דאשתו אסורה דאמרו חכמים היינו שראה שכסוהו המים ושהה כדי שתצא נפשו מה דמינן זה לספינה שנשבר' דאע"פ שזה ניצול לא ראה שכסוהו המים ולא שהה עד שתצא נפשו אבל שם דשהה עד שתצא נפשו וכסהו המים לא נאמר דניצול ולמה שבח דברי חכמים על כך ויותר קשה זה בעובד' אחרינא דאיכא התם בר"ע שראה ספינה המטרפ' בים ושבח ג"כ דברי חכמים ומה דמינן ספינה המטרפת דהתם לא ראה ששהה עד שתצא נפשו וכסוהו המים דמשמעות ספינה המטרפת הוא שעדיין לא נשברה והוי בחזקת שהוא קיים כדכתב הרמב"ן ומשום דבכאן ניצול לא אמרי' דהיכא דראה שכסוהו המים עליו ושהה עד שתצא נפשו דניצול ויש לתרץ דמ"מ ה"ק אע"פ שדבר זה היה זר בעיני שעברו עליו כמה גלים וניצול וכן בעובדא אחרינא שגל טרדהו לחברו והיה נראה זרות גדול ומ"מ ניצול ה"ה נמי התם אע"ג דהוא זר יותר אולי ניצול:

מ"מ למדנו דבעי' שראה שכסוהו המים ושהה עד שתצא נפשו ובהך סהדות' נסתפקתי שכתוב בו אי באותו פרק בולטי לה קאביסה אי נון לו וידי מאש קי לו קובררייו איל אגוא' אם זה שכתוב שם קי לו קובררייו איל אגואה היה דברי העד ששפט מדעתו אבל לא ראה כן וזה מוכיח הלשון שכתו' בולטי לה קאביסה אי נון לו וידי מאש משמע שכשחזר ראשו לא ראה כלום ושפט בשכלו שכסוהו המים או דילמא ה"ק אי נון לו וידי מאש והטעם מפני שראיתי שכסוהו המים ואמרתי יבא העד לפני ויפרש דבריו ובא לפני ואחר האיום והגזום אמרתי לו פירש דבריך ודע כי בעדותך תלוי להתיר ערוה חמורה ונמצאת ח"ו אתה מרבה ממזרים בישראל ופירש דבריו בפני ובפני ב"ד שהושבתי על כך שכוונתו היא שכשחזר ראשו ראהו אומר שמע ישראל וגו' וראה שכסהו המים ולא ראהו עוד אז אמרתי ודאי שעדות זה עדות שטבע במים שאין להם סוף כדינו דלמאי ניחוש לה אי מפני שהיה לאור הלבנה הא אמרי' בפ' האשה בתרא מעידין לאור הנר ולאור הלבנה וכתב הרמב"ם בפ"ג מה' גרושין כשמסתכלים בצורתו כדי להכירו להעיד עליו בודקים אותו ורואים אותו אפי' בלילה לאור הנר או לאור הלבנה ע"כ ואי משום שהיה עד שתצא נפשו אע"פ שלא נתבאר לנו בפי' שיעור כמה הוא למדתי מתוך תשו' הריב"ש בההיא דאשת מכלוף שהוא ג' שעות שכתב שם אבל מי שלא עמד ג' ימים אחרי מותו דהיינו משעה ג' שטבע אפשר דלא אמרי' ביה מתפח תפח ע"כ משמע דשיעור מיתה הוי בשעה ג' וכבר הזכיר העד בעדותו שהלך שם כל הלילה ולא ראה כלום א"כ ודאי דעדות זה הוי עדות שטבע במים שאין להם סוף כדינו ודינא הוי שלא תנשא ואם

נשאת לא תצא וכיון שכן כל הספקות האמורי' לא הוי אלא במילתא דרבנן דהך איסור' דרבנן הוא ומקלינן בכלהו וכדכתב הריב"ש בההיא דמכלוף דאם היה עד המעיד שם שטבע היו מקילין אע"פ שלא היה שם קברתיו ולא חזיוהו בשעתיה כמו הכא דכבר נודע דבכל אלה הדברים יש מחלוקת בהא דקברתיו כבר נדחו דברי הרי"ף והרמב"ם אלא שבאיסור תורה ראוי להחמיר כדבריהם לא באיסור' דרבנן כי האי וכן בהא דחזיוהו בשעתיה איכא כמה מחלוקות כנראה מתשובת הריב"ש שם ומתשוב' הרב מהריב"ל והרב מהר"ר אליה מזרחי בפסקיו סימן ט"ל בעובדא דדוד פותו הקל בכל זה הרבה יע"ש ועוד דבנ"ד איכא סימן דכויה דהוי סימן קצת:

וגם הספק שנסתפקתי לעיל בלשון שלא הזכיר מת ודאי שמשמעות הבנת הלשון לפי פשטו הוא שמת אלא שאותו המשמעות רחוק הייתי מפר' להחמיר בשל תורה אבל השתא דחזר הדבר לאיסור' דרבנן ודאי דמקלינן סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתי' כיון דבעדות האחרון נתברר לנו דטבע במים שאין להם סוף כדינו יספיק העדות הא' להתיר כיון דלא נשאר כאן אלא איסורא דרבנן ותהיה האשה מותרת להנשא לפע"ד:

עוד נסתפקתי אם בדבר זה היה כאן ערמה מפני ששמעתי בו דינין וכבר נודע מ"ש נמוקי יוסף בשם הרשב"א וז"ל ואין לנו לחוש שמא תשכור גוי שיאמר כן מל"ת אעפ"כ יש לו לדיין לדקדק בזה יפה אם נראה בדבר רמאות הרשב"א ע"כ על כן באו בפני הזקן אבי האשה העגונה ואחיה ונשבעו בפני שבועה חמורה בס"ת שלא עשו ערמה ומרמה בענין כלל ומלבד זה אני מכיר לאיש הזקן נכבד מבני קהלתנו שהוא איש תם וישר ירא אלהים באופן שלא נשאר אצלי שום צד לחוש לעגן האש' העניה ואין כאן אצלי שום ספק ומבוכה ויהיו נא דברי אלה כנושא ונותן בהלכה לפני הרב הגדול מורי ורבי נר"ו כי חשבתי הוא יסכים ג"כ ודאי להתיר חבלי כבלי עגונה ומה' תהי משכורתו שלמה. נאם הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לה

ילמדנו רבינו ראובן נכנס בתוך ספינה קטנה מנמל פריוזה ללכת אל עיר קורפו דרך ים ויקם רוח סערה וטבע' ספינתו בים ובא גוי מל"ת והיה מספר מה שהיה בפני יהודים וז"ל הב"ד אשר קבלו העדות במותב תלתא כחדא הוינא אנחנא בי דינא ובא החכם ה"ר פ' ואחר האיום והגזום הראוי אמר כי ביום שבת א' אשר נשמע שמועת טביעת ספינה אחת אשר נכנס בתוכה ראובן הוא ויהודים אחרים פגעו בגוי א' אשר היה בא מהנמל אשר פירשה משם הספינה הנז' ושאלו מהגוי הנז' מה חדוש מהספינה ההולכת מכאן

ואמר הגוי הספינה ההיא נטבעה והאנשים אשר בתוכה נמצאו על שפת הים ונקברו גם היהודי אשר נכנס מכאן בתוכה נמצא על שפת הים ונקבר זהו מה שהעיד בפנינו העד הנזכר גם אמר שלא נכנס בספינה ההיא מהמקום ההוא אלא ראובן זה לבדו ומה שהעיד בפנינו כתבנו וחתמנו היום יום ה' ניסן השמ"ה ליצי"ר יורנו רבי' אם אשת ראובן ראויה להתייבם או עדיין בחזקת א"א היא עומדת ובשכר זה אל חי צורנו יעלה וגם עלה:

תשובה יש לחקור בנדון זה ג' חקירות ראשונה דנר' לכאורה דאין גוי זה מל"ת כיון דבא תשובתו מחמת שאלה ששאל לו העד מה חדוש מהספינה והרב מהריב"ל בח"א שאלה ב' כתב גבי עד ששאל לרגליים בלשון הזה אם אמת אתם הבאים ששמעתם אומרים שבאו לסטים על ג' ספינות ותפסום והרגום וכו' והשיבוהו אמת שבאו לסטים על ספינה א' מהרגליים ושלשה יהודים נהרגו אמת אמת אין ספק וכו' וצידד שם הרב הנז' להתיר ואמר שמ"מ לא מלאו לבו להתיר בעדות זו כיון דבא על ידי שאלה ולא ברירא ליה מילתא אלא עשאו סניף לעדות אחר ולכאורה נראה דנ"ד דמי להתם:

אבל כד מעיינינן שפיר יש לחלק דהתם סוף סוף הזכיר השואל הריגה על שלשה ספינות ותפסום והרגום ומשום הכי מוכח ששואל על מיתת היהודים ועוד דמתוך תשובת הרגליים מוכח טובא שחשבו שהיהודי לא שאל להם מהספינות אלא לדעת מהיהודים אם נהרגו ולזה אמרו אמת אמת שנהרגו כדכתב שם הרב ז"ל מה שאין כן בנ"ד דלא הזכיר השואל כלל מיתה בדבריו אלא משמ' מתוך לשונו ששואל כדרך החפץ לדעת שמוע' שאינה נוגעת אליו וכן הגוי המשיב לא הוכיח בתשובתו שהבין שעל זה היה שואל והכא ודאי נ"ל דכל אפין שוין דמקרי מל"ת וכן נראה מדברי הרב הגדול מורי מוהר"ר שמואל נר"ו בפסקיו סימן פ"ה שכתב שם שאם לא הזכירו בשאלתם אותו פלוני אלא ענין אחר והם השיבו ע"ז הענין מקרי מל"ת יע"ש:

שנית שלא הזכיר הגוי בדבריו ומצאתיו וקברתיו או מצאתיו מת ונקבר אלא אמר נמצא ונקבר ואפ' דשמע הכי בקול בעלמא:

וגם זה אינו כלום דהא אמרינן פרק כל הגט בשמע מקומטרסין של גוים איש פלו' מת איש פלוני נהרג אל ישיאו את אשתו ומפרש טעמא משום דהוא מילתא דשייכי בה הא לאו הכי כגון שאמרו נהרג ע"י אחרים כדכתב הרמב"ם ז"ל מהני אעפ"י שלא אמרו ראינוהו הרוג אלא אמרי' מסתמא כוונתם לומר דראוהו כן הכא נמי נמצא ונקבר אמרינן דהוא ראה כן וכן כתב הרב ב"י בטור א"ה סימן י"ז בשם רבינו משולם דאפילו לא בא גוי מל"ת לומר אני ראיתיו הרוג כיון ששמעו מפי גוים שנהרג ולא שמעו עליו שהוא קיים סגי:

שלישית והוא קשה מכלם דבעינן שהגוי יראה אותו תיכף שעלה מן המים וכדאמרי' בפרק האשה וה"מ דחזיוהו בשעתי' והריב"ש ז"ל בענין אשת מכלוף סימן שע"ח האריך שם הרבה והעלה דבעינן שיעיד העד שעלה בפניו והכירו בשעתו והר"ן ז"ל הסכים לזה בתשובותיו וכתב דאע"ג דגבי אין מעידין תוך ג' ימים כתבו התוס' דיכול להיות דהיכא דאין ידוע מתי נהרג דתולין תוך שלשה ימים שאני הכא דכיון דאין שיעורו אלא שעה א' אין לתלות ולומר שתוך אותה שעה שפלט ראהו וכמו שהאריך שם בתשו' במיימון מלקי:

איברא שהרב מהריב"ל בפסקיו הראשונים בשאלה א' דיצחק צדוק ובשאלה ט' דיעקב פארדו הקל שם הרבה אע"ג דבהנהו עובדי לא ידעינן אי חזיוהו בשעתיה ובההיא דיעקב פארדו איכא תרתי לריעותא דלא ידעינן אי חזיוהו בשעתיה וגם לא אמר קברתיו ומ"מ הקל שם מההיא דתרומת הדשן שכתב גבי מל"ת דהיכא דהוי עד מפי עד תלינן דהראשון מל"ת אע"ג דהאחרון לא ספר לנו ה"נ אמרינן דאם הראשון היה בפנינו היה אומר דחזיוהו בשעתיה וקברו אם היינו שואלי' ממנו וזה ימים בא לידי שאלה מענין אשת ה"ר שלמה קאניג"י ובאותו עדות היה עד אחד שהעיד שטבע במים שאין להם סוף ושהה עד שתצא נפשו והוא ג' שעות והיה עד מפי גוי מל"ת שלא אמר קברתיו ולא אמר חזיוהו בשעתיה וכתבתי שם על דברי הרב מהריב"ל ז"ל וז"ל שכתבתי שם באותו הפסק ופליאה דעת ממני וכו' עד סוף דבר שקולא גדולה היא לע"ד כמו שכתוב בפסק הקודם לזה ואני התרתי באותו הנדון מפני שהיה עד א' שראה שטבע במים שאין להם סוף כמו שכתבתי למעלה והיה קולא בדבר דרבנן דומה למה שכתבתי בשם הריב"ש אח"כ הודפס ספר ספקי הרב הגדול מורי מהר"ר שמואל נר"ו וראיתי שם בשאלה ע"ט שדח' דברי הרב מהריב"ל וחילק בין ההיא דת"ה להך דהכא וכמו שכתבתי עם שהאריך בהרחבת וביאור הדברים יותר בטוב טעם ודעת ראוים הדברים למי שאמרן ת"ל שכוונתי לדעת מורי הרב נר"ו ובאותו הנדון התיר הוא מהטעם שהתרתי אני בההיא דקאניג"י כדכתיבנא יע"ש ומ"מ כתב שם דיש לסמוך על ההיא דהרב מהריב"ל וכתב ואע"ג דלבי חוכך בסברא זו וכו' מ"מ אני אומר שהרי הרב הורה ועשה מעשה ע"כ:

ועתה נבא לנ"ד ונאמר דבנ"ד איכא ריעותא אחריתא טפי מנדון דמהריב"ל ז"ל דהגוי ידע הטביעה וה"ל כמי שראה הטביעה שכן כתב הריב"ש שם בענין אשת מכלוף וז"ל ועוד דאפילו לדעת בעל המאור הגוי יודע הטביעה ומה לי ראה ומה לי ידע ע"כ וא"כ כיון דראה הטביעה באנו למחלוקת דרבוותא דהתוספות והרא"ש והטור ז"ל סימן י"ז כתבו דכשראה הטביעה בעינן הכרה ע"י סימנים ולאלתר ולא סני בטביעות עין וז"ל העור

בסימן י"ז בד"א שראהו העד שנפל שם דכיון שראהו העד שנפל שם אמר בדדמי ואמר שהוא הוא וכו' עד אומרו בלא סימנים ע"כ ואיכא לאתמוהי בדברי העור דנראה דחילוק זה דראה הטביעה ללא ראה אנו צריכים לתרץ תרי סוגיא חדא דריש האשה שלום ההיא סוגיא דת"ח דקאמר אסיקינהו לאלתר וחזניהו בסימנין וההיא סוגיא דהאשה בתרא גבי ההיא דאסקוה אגיסר' דשביסתנא דאמרו שם חזיוהו בשעתיה ולא הזכירו שם סימנים ולכך הוצרכו לומר דהתם לא ראו הטביע' וההיא דת"ח בראו הטביעה וכן נראה מדברי הרב מהריב"ל ז"ל בשאלה א' דחילוק זה הוא לתרץ קושיא זאת וכן מדברי הרב הגאון מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בשאלה סימן ט"ל בעובדא דדוד פותו שכתב שם דאי לא תימא הכי קשיא מההוא עובדא דההוא גברא דטבע וכו' וכן כתב הטור ז"ל וכו' משמע דחילוק זה הוצרך לתרץ בין אלו הסוגיות והשתא כיון דלדברי הטור היכא דראו הטביע' בעינן סימנים ולאלתר והיכא דלא ראה בעי' גופו שלם בלא לאלתר ואם אין גופו שלם בעי' סימנים א"כ ההיא דגיסרא דשביסתנא במאי מוקמינן לה אי ראה הטביע' הא בעינן סימנים ושם לא הוזכרו אי לא ראה וגופו שלם הא לא בעינן לאלתר והתם קאמר לאלתר ואי אין גופו שלם הא בעינן סימנים ושם לא הוזכרו א"כ היכי מתרצת לה לכן אנו צריכין למה שתירץ הרב מהריב"ל בשאלה הנזכרת דלטור היכא דאין גופו שלם כלאלתר בלא סימנים סגי ובהכי מוקמינן ההיא דגיסרא דשביסתנא וסבירא ליה לטור כאותו רב ה"ר שלמה צרפתי דמאיורק"ה שכתב בתשובת הריב"ש סימן שע"ח דכך לי אחר שעה כשעלה מן הים כמו אחר ג' ימים ביבשה וכי היכי דרבינו תם אית ליה גבי יבשה דהיכא דהגוף שלם אפילו אחר כמה ימים מעיד עליו ה"ה גבי ים היכא דהגוף שלם ולא ראה הטביעה מעיד עליו אפילו אחר כמה ימים וההיא דגיסרא דשביסתנא דבעינן לאלתר איירי דאין גופו שלם מכח הקושיא עצמה שהקשה הראב"ד לר"ת ז"ל דאל"כ מאי מקשה תלמודא מהתם להא דאין מעידין שאני התם דגופו שלם אלא ודאי דקים ליה לתלמודא דאין גופו שלם ושוו מילי אהדדי יבשה וים כדכתיבנא א"כ נמצא שמה שתירץ הרב ב"י ז"ל בדברי הטור הוא מוכרח אע"פ שהוא תירץ מחמת קושי' אחרית' שאינה כ"כ מוכרחת שאפשר לתרץ דמה שכ' הטור והוא שראוהו מיד אחר עליתו מן המים איירי בהכירו ע"י סימנין ולא הוצרך לבאר דסמך על מה שכתב לקמן אבל מכח הקושי' נז' נראה לי הדבר מוכרח כדכתיב':

מ"מ למדנו דעת הטור דבראה הטביעה בעינן סימנין ולאלתר וכאן לא הזכיר הגוי סי' אע"ג דבההוא נדון דיעקב פארדו ראו הטביעה ולא אמר קברתיו ולא סימני' ולא אמר דראהו בשעתו והוא גרוע מנ"ד מ"מ אפשר דמעלי טפי משום דכתוב סם איסי

אפוגארון כמו שכתבתי למעלה דהוי כמו שמעיד שטבע במים שאין להם סוף אע"פ שהרב מהריב"ל לא התיר מטעם זה מ"מ נ"ד אפשר דגרוע מההוא מהך טעמא והגם כי הרב מורנו מהר"ר שמואל נר"ו בשאלה הנז' שאלה ט"ל דחה הא דהרא"ש והטור וכתב שהמנהג הוא בהפך ומ"מ באותו הנדון כתב להתיר שאין שם אלא איסור דרבנן אבל הכא אין כאן מי שמעיד שטבע במים שאין להם סוף דצריך שיעיד שכסוהו המים ושהה עד שתצא נפשו ואע"פ שאמר שנטבע אינו כלום דכבר כ' הרמב"ן ז"ל הביאו הרב ב"י סי' י"ז או שמא ראה הספינה המטורפת בים וכו' או שראה שנשברה ספינה בלב ים כי רוב העולם קוראין לדברים אלו טביעה ואין מדקדקין וכו' הרי כתב שם דרוב העולם קוראין לספינה שנשבר' טביעה וא"כ אין כאן מי שיעיד שטבע במים שאין להם סוף כדינו ונמצא דהוי הדבר איסור תורה כ"ש אם נצרף כאן ריעותא אחרית' מ"ש תרומת הדשן סי' רל"ט דבדבר דצריך טביעות עין אין מל"ת נאמן וא"כ הכא נמי דצריך זה המל"ת שיכיר בטביעות עין אינו נאמן אף ע"פ שזו הסברא דחוייה היא וכבר דחאה הרב מהריב"ל ז"ל בראשונות בשאלה ו' ועוד דההוא נדון דמכלוף כי הא ממש הוא שהעי' המל"ת שראהו מת על שפת הים ולא הזכיר שום אחד מהרבנים ההם הך ריעותא מ"מ ריעותא פורתא מיהא הויא לצרפו עם הקודמות ואיך נקל באיסור ערוה החמור' ונסמוך על דברי הרב מהריב"ל ז"ל שבאמת דבריו הם תמוהים לע"ד טצדקי למשרי אשה זה היה נ"ל לפי שורת הדין אבל ראיתי למהריב"ל ז"ל ח"ב שאלה י"ג כתב ומשום הכי באותו מעשה שבא לידי שהעיד יהודי אחד מפי גוי מל"ת איך ראה מת לאותו יהודי שפלטו הים אע"ג דלא אמר קברתיו כתבתי להתיר ונעשה מעשה על ידי וקצת מגדולי הדור כתבו באותו הנדון וכוונתי לדעתם:

עוד הגם הלום ראיתי דברי הרב הגאון מהר"ר אליה מזרחי בההיא דדוד פותו דהקל בפשיטות ואמר דאמרי' ודאי דחזיוה בשעתי' ותלי' לומר שבאותה שעה הועלה הגם הלום ראיתי דברי הרב הגדול מורי מהר"ר שמואל די מדינה נר"ו שכתב על דברי מהריב"ל מ"מ הרי הורה הרב ועשה מעשה ואחרי רואי כל אלה הדברים אמרתי כדאי כל זה לסמוך בשעת הדחק וכבר כתב הרב הגאון מהר"ר אליה מזרחי בשאלה ל"ו ואין לך שעת הדחק יותר מזה שאם תשאר האשה עגונה כל ימיה ודאי נפיק מיני' חורבא וכ"ש בזמנים אלו בעונות הרבים רבו הפרוצות ונתמעטו הצנועות וגם הרא"ש כתב שראוי לחזר אחר צדדין בעיגונה דאתתא על כן אמרתי אם יסכימו רוב רבני העיר נר"ו אני אהיה סניף אליהם תחת כפות רגליהם ואע"פ שדעתי היה נוטה לאסור כמו שכתבתי אחרי רואי כל הדברים הנז' דעתי בטלה ואסכים להתיר אם יסכימו הרבנים כדכתיבנא

אע"פ שדבר זה עמד בפני ככותל דכל שאר הספקות נתבררו בעיני וגם אין לערער דלא הזכיר הגוי שמו ושם עירו דכבר כתב הרמב"ם אבל אם אמר שיצא עמנו מעיר פ' ומת מחפשין באותה העיר אם לא יצא אלא הוא תנשא ע"כ א"כ בנ"ד שהגוי אמר שהכיר אותו שיצא מכאן מת והעד העיד שלא יצא מכאן אלא זה פשיטא ופשיטא דאין לערער מטעם זה אלא מהטעם האמור כדכתיבנא:

ומ"מ אחרי רואי כל הדברים הנז' ובפרט דברי הרב מהריב"ל בההיא דיעקב פארדו דההוא עובדא גרוע טובא מנ"ד אע"פ שהוזכר שם איסי אפוגארון כבר כתבתי דאין זה טעם מספיק ועוד הרב מהר"י ן' לב ז"ל לא הזכירו א"כ לפי האמת ודאי דנ"ד עדיף מההיא דיעקב פארדו ומ"מ התיר הרב הנז' על כן אמרתי אם יסכימו רוב רבני העיר אני סניף אליהם מכח הטענות הנזכרים אע"פ שדעתי ע"פ שורת הדין לאסור כדכתיבנא:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לו

במותב תלתא כחדא הוינא אנחנא בי דינא דחתימין לתתא כד אתא קדמנא הגביר ונעלה כה"ר וידאל בר דוד יצ"ו ואחרי האיום והגזום הראוי להעשות כדת וכהלכה קם על רגליו והעיד בתורת עדות איך הוא דבר אמת כי בהיותו בפרישנ"ה באו חמרי' גוים ואמרו לו אין אתה יודע איך הרגו למשרתך אמר להם אתם יודעים ומכירים משרתי אמרו לו הן הלא הוא דיל"י יעקב שהיה עוזר לנו לעמוס משאינו והיה לו מושטאגו"ש גדולים וראינו אותו הרוג מת תחת אילן באוב"א של אישטיפי ודמו רותח שניכר שבאותה שעה הרגו אותו והיה מוטל על האדמ' וקילי"ם א' מכוסה עליו ושאלנו לה"ר וידאל הנז' אם משרתו הנז' היה עוזר לעמוס לחמרי' הנז' וגם אם היה לו מושטאגו"ש גדולים כמו שהם אמרו והשיב לנו שכן היה עוד שאלנו לו אם היה לו מעולם משרת אחר שיקרא בפי החמרים דיל"י יעקב זולת זה והשיב לנו שמעולם לא היה לו משרת שיקרא כן בפי החמרי' ולא משרת שיקרא שמו יעקב זולת זה שהוא יעקב אלחאנאטי ששלחו מאנוב"ה לשאלוניק"י ונסע מפרישנ"ה שמנה ימים קודם שאמרו לו החמרים כל הדברים הנזכרים והיה דרכו לעבור באותו המקום שאמרו החמרי' שמצאוהו הרוג מת ואחרי שלחו לא ראהו עוד זה לו ב' שנים כל זה העיד ה"ר וידאל בתורת עדות ביום ב' י"ג לחדש חשון שנת הש"ן עוד העידו עדים נאמנים בפנינו כי זה יעקב אלחאנאטי הנז' הוא בעל' של אורדוניא בת ה"ר ששון הטבח וקיים. פלוני דיין ופלוני דיין ופלוני דיין:

תשובה עמדתי על עדות ה"ר וידאל בר דודו נראה לי דהוא כדאי להתיר העגונה אורדוניזא בת ה"ר ששון הטבח דלמאי ניחוש לה אי משום שהגוי לא הזכיר קדימת דברים כשהזכיר ההריגה והר"ן ז"ל כתב בתשובה דכל זמן שלא יקדים דברים אחרים לא מקרי מל"ת כבר פשוט המנהג בזה דלא כוותיה וכמו שכ' הרב מהריק"א ז"ל בטור אהע"ז סי' י"ז גם הרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב כן בחלק א' מפסקיו דף ו' יעו"ש:

ואי משום מאי דכתב תרומת הדשן סי' רל"ט דאין מל"ת נאמן אלא כשאמר נהרג או מת אבל מצאתיו הרוג או מת אינו נאמן משום דצריך טביעות עין ובמל"ת לא סמכינן אטביעות דיליה גם זאת הסברא לא חיישי' לה וכדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו שאלה ו' דף ט' דדבר זה אין לו שרש בתלמוד ולא מצינו בא' מהפוסקים המפורסמים חילוק זה:

ואי משום הא דתנן ביבמות דאין מעידין אלא עד ג' ימים והיכא דנסתפק אם הוא תוך ג' או לא איכא מרבוותא דמחמרי גם לזה הספק אין לחוש כלל חדא דנ"ד הוי עד השומע ולא עד הרואה וכבר כ' הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק א' שאלה ו' דף י' דאפילו לדברי המחמירין היכא דלא ידעי אי תוך ג' או לאחר ג' בנ"ד דהוי עד השומע תלינן להקל ולומר שמא שזה שהגיד לו נתברר לו שראהו תוך ג' ימים סמוך למיתתו וכו' כ"ש דבנ"ד הוזכר בשאלה דהדם היה רותח שניכר שבאותה שעה הרגו אותו וא"כ אין מקום לספק זה כלל:. ואי משום דהרמב"ם ז"ל הצריך בגוי מל"ת שיאמר קברתיו ובנ"ד לא הזכיר כן גם לזה אין לחוש מכמ' טעמי חדא דלדברי ה"ה שכתב שהרמב"ם לא כתב כן אלא כשלא הזכיר שמו הרי בנ"ד הזכיר שמו שאמר דיל"י יעקב משרתו של ה"ר וידאל ולא היה לו לה"ר וידאל משרת שיקראו דיל"י יעקב זולת זה וכן למה שתירץ הרב מהרי"ק ז"ל בסי' י"ז בשם מהר"י סאגיש דלא הצריך הרמב"ם קברתיו אלא כשהגוי נמצא בעת מיתתו ובעת הריגתו א"כ בנ"ד דלא נמצא גוי בעת הריג' לא בעינן קברתיו ועוד דנ"ד הוי עד השומע וכבר כתב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א סוף כלל א' דבעד השומע מפי גוי מל"ת אפי' להרי"ף והרמב"ם שמצריכים קברתיו במים שאין להם סוף מודו בעד השומע דדילמא העד הראשון שנה ממקום למקום ובהא סגי דלא בעינן שיאמר קברתיו דוקא ולא חש לומר זה הפרטיות כשספר זה לעד השני א"כ בנ"ד נמי אמרי' הכי כ"ש דסברת הרמב"ם דאמר דבעינן קברתיו במל"ת הוא סברת יחיד דכל הפוסקים חלוקים עליו וכמו שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"ב שאלה י"ב:

ואי משום שלא הזכיר שם אביו ולא שם עירו ואמרי' בתוספת' דאין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו וכבר כתב הר"ן ז"ל בתשובה דלא בא למעט אלא שאין סומכין על אומד

הדעת כגון שמעידין על גופו דארוך וגוץ וכן למעט שאין סומכין על עדות שמו בלא שם עירו אבל ודאי כל שמעיד בדבר הברור שאין לספק באחר משיאין את אשתו ואע"פ שלא הזכיר שמו ע"כ. ונ"ד דבר ברור הוא דכיון דהם אמרו שהיה דיל"י יעקב משרת של ה"ר וידאל וה"ר וידאל העיד שלא היה לו משרת מעולם שיקרא דיל"י יעקב זולת זה אין לך דבר ברור יותר מזה וכל שכן בהצטרף לזה הסימני' אחרים מהמושטאגו"ש גדולים אע"פ שאין זה סימן דהוי כמו ארוך וגוץ וכן הסימן האחר שהיה עוזר אותם אע"פ שאין זה סימן ג"כ כדאי מ"מ סניף מיהא הוו כ"ש דבלאו הני סניפין הדבר פשוט בעיני כביעתא בכותחא דעדיף הא טפי משמו ושם עירו לכן אני אומר דאתתא דא שריא לאנסובי בלי שום פקפוק לע"ד:

נאום הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לז

עמדתי על עדות ר' יוסף ראש על האשה העגונה אסתר בת ר' שבתי אשת ר' יוסף לירמה ונ"ל פשוט מאד שהעדו' אשר פירש בפני יספיק להתיר זאת האשה איברא דבעדו' שהעיד בבי' דינו הצדק של החכם השלם הרב מהר"ר שלמה הכהן נר"ו היה מקום לחוש בשני דברים א' מפני שלא אמר אלא רבי יוסף לירמה לבד ולא הזכיר שם עירו אלא שמו וכנויו ואע"ג דהרא"ש נר' דמקיל בשמו ושם אביו ולא בעי שם עירו כבר כתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"א וח"ג דאין לעשות מעשה כן דרבי' חולקי' עליו. עוד שנית מפני דהטור והרא"ש סוברי' דבעד שראה הטביעה בעינן שיזכיר סימנים ולא סגי בטביעות עין וכדכתב הטור בא"ה סימן י"ז והרא"ש בפסקיו בפ' האשה שלום אבל במה שפירש בפני אין כאן ספק כלל דהרי אמר שהכיר שהוא בעלה של אשה זאת ונסתלק הספק הראשון ולספק השני כבר העיד שראה שטבע במים שאין להם סוף ושהה עד שתצא נפשו דהיינו ג' שעו' וכמו שכתב הריב"ש בענין אשת מכלוף בסימן שע"ז וכיון שהוא אמר שהיה שם ג' שעות הרי העיד שנטבע במים שאין להם סוף כדינו וכבר כתב הריב"ש בסימן שע"ט ואם היה בכאן מי שמעיד בטביעה במים שאין להם סוף כראוי אז לא היתה אסורה אלא מדרבנן לכתחלה ואם היינו מקילים בה היינו מקילים בדרבנן ע"כ. וא"כ בנ"ד ג"כ אפי' אליבא דהרא"ש והטור לא הוי אסורה אלא מדרבנן וא"כ כיון שיש פוסקים חלוקים עליהם ראוי להקל בדבר דרבנן כ"ש שרבו הפוסקים החולקים והם יחידים בסברא זו ואם נאמר דהרא"ש בפסקיו ס"ל כשני החלוקים שחילק שם לקולא א' בין גופו שלם לאינו שלם והב' בין ראה הטביעה ללא ראה א"כ בחדא מינייהו

סגי וכיון שראה גופו שלם אעפ"י שראה הטביעה די א"כ בנ"ד דאיכא גופו שלם אפילו הרא"ש ז"ל מודה אבל הרב מהר"י ן' לב ז"ל בריש ח"א כתב דממאי דכתב בסוף דבריו ולמאי דפרישית שיש חילוק וכו' משמע דלית ליה אלא חילוק שבין ראה הטביעה ללא ראה ומ"מ אין לחוש לדברי הרא"ש ז"ל במילתא דרבנן כדכתיבנא וכן ראיתי להרב מורי ורבי זלה"ה בפסקיו ח"א:

ואם כן לא נשאר לנו במה לחוש לעדות זה אחרון דהרי מעיד שראהו בשעתו שאמר שהים היה מביא אותם וראה לרבי יוסף לירמה ותכף ומיד ראהו וכן פי' דבריו בפני וגם אין לומר שהיה בו מכה שהרי אמר שהכירו היטב בצורת פניו ובודאי שלא ראה בו שום שינוי ועוד שבפני אמר שהיה כאלו היה חי: ואם באנו לחוש דכיון דכבר העיד בב"ד אינו יכול לחזור ולהגיד זה אינו כלום דלא הוי אלא פי' הדברים שפי' מה שהעיד כבר ואם היה הרב כהן צדק נר"ו שואל לו איזה יוסף לירמה היה או אם עמד שם ג' שעות וכל אותם הפרטי' והיה אומר שלא ראה ולא ידע ואח"כ היה מעיד בפני ודאי שהיה חוזר ומגיד אבל אנא שאילתיה למר ואמר לי שלא חקר לו על שום דבר מהדברים הנז' ואם כן אלו היו חוקרים לו ודאי דהיה אומר כמו שאמר בפני ואין כאן חוזר ומגיד על כן נ"ל פשוט מאד שהאשה זאת מותרת ולרבני גדולי עירנו משפט הגאולה ובפרט הרב הגדול נר ישראל עורי ורבי נר"ו נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לח

במותב תלתא כחדא הוינא אנחנא בי דינא דחתימין לתתא כד אתא קדמנא משה קולודרו יצ"ו ואחרי האיום והגזום הראוי להעשות הגיד העיד בתורת עדות וכה אמר הרי זה כמו שלשה שבועות בא לחנותי תוגר אחד שמו פי"ר עאל"י ושאל ממני על בחור אחד עיינאג"י שהרגוהו בדרך דראמיר"י למה קרוביו אינם חוקרים על הדבר הזה שאני ואשתי ראינו אותו הרוג שעדיין הדם היה רותח עליו וראינו היטב איך עינו הא' היה שאש"י שהיה מכניס אותו בעד האחר והיה בחור רך בשנים שזקנו התחיל לעלות לו על פניו והיה לו חגור' א' חגור מוקאדי' מאבי ואח"כ כשעלה התוגר הנז' להר מצא שהרוצח אשר הרג היהודי הנז' הרג ג"כ תוגר א' וכשנודע הדבר לתוגרמים אשר בהר קפצו עליו ולקחו מידו כל הסחורה אשר הביא נכסי ההרוגים וראה בתוכם כמה מראות וכמה מסרקות ודברים אחרים שהיו סחורות היהודי הרוג הנז' כל הנ"ל העיד הגיד ר' משה הנז' ששמע מפי התוגר פי"ר עאל"י הנז' שאמר שראה בתחלת הקיץ הזה העבר שבאותו הזמן נעדר הבחור ליבלי בר יוחנן אשכנזי שהלך לו מפה דרך דראמיר"י לסידרוקאפס"י

ועוד העיד ר' משה הנז' שאמר לו התוגר הנז' איך אשתו הוציאה החגורה מעל מתני הבחור ההרוג הנז' ואז העלוהו משם והשליכוהו לדיר"י אחד ולראיה חתמנו שמותינו פה נחנו ב"ד ביום ב' י"ב לחדש תשרי משנת שמח"ה ליצירה:

הרב נר"ו דיין. דוד משה שמשון דיין. שמואל קריאון דיין:

במותב תלתא כחדא הוינא אנחנ' ב"ד דחתימין לתת' כד אתא קדמנא הישיש ר' יוסף די וינטורה יצ"ו ואחר האיום והגזום הראוי להעשו' העיד בתורת עדות איך בקיץ שעבר בזמן המגפה בא אליו תוגר אחד שמו פי"ר עאל"י ושאל ממנו על ה"ר משה שונינה יצ"ו שהיה ברוח בכפר ונתרעם עליו באומרו שלסבתו בא לעיר כמה פעמים לקבל ממנו סך מעות שהיה חייב לו ואמר כדברים האלה הרי שבאתי כמה פעמים והדרכים הם בחזקת סכנה כי זה כמו ט"ו או עשרים יום מצאתי ראיתי בדרך קווי"ל דיר"י שהוא בשפולי חורטאג"י שהולכים דרך שם לואשיליקי"י ראיתי בחור א' יהודי רך בשנים שזקנו התחיל לעלות על פניו שהיה הרוג מוטל שם ועדיין היה הדם לח עליו והכרתיו שהיה גירטאג"י קרוב לאותו יהודי אלימאן המוכר קאטראן וקדרות בשוק קרוב לרחוב הקמח אשר פה שאלוניק"י והיה זה ביום ו' ז' לחדש חשון שנת שמחיה ליצירה. וקיים: אברהם די בוטון דיין. שמואל קאריאון דיין. יצחק מיוני דיין: עתה שאל השואל שהדרך הנז' בעדות כ' יוסף די וינטורה יצ"ו שהוא בשפולי חורטיאג"י הוא דרך דראמיר"י שבדרך ההוא היה הולך ליבלי בר יוחנן אשכנזי שהיה רוכל כמו שאמר התוגר גירטאגי וגם באותו השוק של קמח אין שם אלא יהודי אחד אשכנזי מוכר קדרות וקאטראן שמו ליבלי וידעני שהיא קרוב לבחור ליבלי הנהרג. יורנו מורנו אם סימנים אלו יספיקו להתיר האשה העגונה אשת ליבלי ההרוג הנזכר עפ"י עדות הא' או עפ"י עדות האחרון ושכמ"ה: תשובה איכא לאסתפוקי בשריותא דהאי איתתא טובא דנרא' לכאורה דאין מספיק לנו לא עדות ראשון ולא אחרון ואין לומר דאינו מספיק עדות הראשון משום דנראה לכאורה מתכווין להתיר משום שאמר למה קרוביו אינם חוקרים על דבר זה ודמי למאי דכתב הרב הנמוקי בפרק כיצד דהיכא דאמר אמרו לאשת פלוני דהוי מתכוין להתיר דכבר הוכיח הרב מהריב"ל בפסקיו הראשונים דף קל"ה מההיא דמאן איכא בי חיואי דיש לחלק היכא דשאיל על האשה מהיכא דשאיל על אנשי הבית וכיון דלא הזכיר כאן אשה אין לספק כלל. וכן אין לפסול עדות הראשון משום הא דכתב תרומת הדשן סימן רל"ט דאין מל"ת נאמן אלא כשאומר נהרג או מת דלא צריך טביעות עין אבל מצאתי פלוני הרוג דאיכא למיחש דילמא אחר וצריך טביעות עין וכו' אינו נאמן דכבר דחה הרב מהריב"ל סברא זו בפסקיו הראשונים דף ט' ועוד דבנ"ד אי חשבינן להא דאמר שאש"י סי' מובהק מן המובהק הא

ל"צ כאן טביעות עין ואי לא חשבינן ליה מובהק בלאו הכי אין ראוי לסמוך על עדות זה כמו שנבאר בע"ה. וכן אין לפוסלו משום הא דקיי"ל דאין מעידין עליו אלא אם כן ראוהו תוך שלשה ימים סמוך למיתתו וכדכתב הטור בא"ה סימן י"ז וכתבוהו הפוסקים והיכא דאיכא לאסתפוקי אי הוי תוך ג' או לאחר ג' יש מהפוסקים שכתבו דאזלינן לחומרא דבנ"ד ליכא ספיקא כלל כיון דהזכיר בעדותו שעדיין היה הדם רותח עליו ועוד אי אית כאן סימן מובהק אפילו לאחר ג' ימים מעידין עליו דהא דאמרינן דצריך שלא יעברו עליו ג' ימים היינו היכא דמעיד בטביעת עין אבל היכא דאיכא סימן מובהק אפילו אחר כמה ימים מעידין עליו וכמו שהאריך על זה הרב מהר"ר אליה מזרחי בפסקיו סימן ל"ו ואי ליכא סימן מובהק בלאו הכי אין לסמוך על עדות זה וכמו שנבאר בה"י. וכן אין לפוסלו משום הא דכתב הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות גירושין דצריך שיאמר קברתיו הגוי מל"ת וביאר ה' המגיד ז"ל דבריו דהיינו היכא דלא הזכיר שמו וכיון דכאן לא הזכיר שמו צריך שיאמר קברתיו דבנ"ד כבר אמר הגוי דאשתו הוציאה החגורה ואז העלוהו משם והשליכוהו לדיר"י א' והוי זה שניתיו ממקום למקום וכבר כתב הר"ן בתשובה דקברתיו ושניתיו ממקום למקום כי הדדי נינהו וכמו שכתב הרב ב"י סימן י"ז:

אבל מה שאני אומר שאינו מספיק עדות הראשין הוא דלא הזכיר שמו כלל ולא שם עירו ואם היה בכאן סי' מובהק מן המובהק ודאי דסגי דאע"ג דרוב הפוסקים פסקו דסימנין דרבנן מ"מ כבר כתב הרב ב"י בסימן י"ז וכן הרב מהר"ר אליה מזרחי בסימן ל"ו דהיכא דהוי סימן מובהק גמור כ"ע מודי דמעידין עליו והוכיחו הדברים בראיות ברורות ונכוחות אבל בנ"ד אין כאן סימן מובהק כלל דהסימנים שנתן בכליו הא בפרק האשה בתרא אמרו דאינם סימני' כלל וכ"ש בגדי סחורתו שמצאו מראות ומסרקות דאין זה סימן כלל שהסוחרים מוכרים סחורתם זה לזה וכדכתב הרב הרא"ם ז"ל בפסקיו סימן ע"ד והסימן שנתן שהיה שאש"י מי הוא זה שיקל ויאמר דהך הוי סימן מובהק מן המובהק כדי שנאמר דאפילו לדידן דקי"ל סימנים דרבנן מהני דמי יודע אם סימן זה עשוי להשתנו' כשומ' ואפי' אינו עשוי להשתנו' הוא מצוי ורגיל באחרי' וכ"ע מודו בסי' מובהק דאמרינן לדידן דסימני' דרבנן דמהני היינו סימן שאינו רגיל להמצא באחר וכמו שהאריכו על זה הרבנים מהר"ר אליה מזרחי ומהר"ר דוד ן' יחייא בתשובות הרב הנזכר סי' ל"ו אלא שהרב מהר"ר דוד החמיר יותר ומ"מ כל אפין שיין דצריך שלא יהיה רגיל ומצוי באחר ועל כן אני תמיה על הטור שתלה טעם השומא בסי' י"ז מפני שעשויה להשתנות דלא נאמר כן בגמ' אלא ללישנא קמא דאמרי' דסימני' דאורייתא ולהכי צריכינן לומר דשומ' עשויה להשתנות כי היכי דליהוי גרוע ולא ליהוי סימן כלל אבל ללישנא בתרא אפי'

דשומ' אינה עשויה להשתנות לא מהני משום דלאו סימן מובהק הוא דרגיל להמצא באחר וכ"ע סברי דשומא אינה עשויה להשתנות דאין לומר ללישנא בתרא דפליגי רבי אליעזר ורבנן מן הקצה אל הקצה דלרבי אליעזר דאמר מעידין הוי שומא מובהק מן המובהק ולרבנן דאמרי אין מעידין הוי שומא סימן גרוע לגמרי כחיורי וסומקי ולא הוי מובהק אפילו קצת דמי הכניסנו בתגר זה לשום מחלוקתם בכך דליהוי מן הקצה אל הקצה ופשטא דשמעתא לא הוי אלא דכ"ע סברי דאינו עשוי להשתנות והוי מובהק וכיון דסימנין דרבנן לא מהני לת"ק דאין זה סימן מובהק מן המובהק דרגיל ומצוי הוא בבני אדם לכן דברי הטור שתלה הטעם בעשויה להשתנות קשה דכל הפוסקים פסקו כלישנא בתרא דסימנין דרבנן ואין לומר דהוא פסק סימנין דאורייתא נגד כל הפוסקים ובפרט נגד אביו הרא"ש ז"ל ועוד דהוא פסק בסימן קל"ב וסימן קנ"ג גבי גט שאבד דצריך שיהא בו סימן נקב יש בו בצד אות פלו' והיינו כמ"ד סימן דרבנן ולהכי בעינן סימן מובהק כי האי וכדאמר רב אשי בפרק כל הגט דאי סימנין דאורייתא בנקב בעלמא סגי אלא ודאי דאית ליה סימנין דרבנן וא"כ כיון דהוכחנו דאע"ג דהוא סימן שאינו עשוי להשתנות כיון שהוא מצוי בבני אדם אינו סימן א"כ איך נוכל להקל בערוה החמורה בסימן אשר אינו ברור לנו שהוא סימן מובהק. וכדברי אלה ראיתי למורי הרב הגדול נר"ו בפסקיו הראשונים סימן כ' שכתב וז"ל ומי הוא זה אשר יערב לבו לגשת ולומר הנה זה הוא סימן מובהק ביותר כי צריך שקול דעת גדול ע"כ והרי אתה רואה הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל דבנדון דידיה הוה תרתי חסרון אצבע וסימן הראש ומ"מ חלק עליו מהר"ר דוד ן' יחייא ז"ל והחמיר כ"ש בנ"ד דליכא אלא סימן קל כזה ולא מצאנוהו בדברי הראשונים ז"ל דאין להקל וכמ"ש הרא"ם בסי' ל"ח וז"ל ואנחנו אין לנו לסמוך אלא ע"פ המעשה שנעש' כבר וסמכו עליהם והתירו בהם את הנשי' שהם הסי' של חסרון אצבע ושל צלק' שבעין וכו' וכ"ש בנ"ד דאי' ביה תרתי חסרון אצבע וסי' בראש ע"כ:

ואם נאמר דבנ"ד איכא סימנים דכליו ואעפ"י דבאנפיה נפשייהו לא מהני מ"מ נצרף להו עם הסימן של שאש"י ויספיקו להתיר אשה זאת וכמו שכתב הרב בעל ת"ה בכתביו בסימן קס"א בשם ספר מתי"ת כבר כתב על זה בפסקיו הראשונים הרב מהריב"ל כלל א' שאלה ח' והאריך שם וכתב שאין לסמוך על זאת הטענה מכמה טעמים חדא שזאת הסברא לא ברירא כולי האי וכו' ואעפ"י שהיינו סומכים על זאת הסברא לצרף סימנים דכליו לסימני הגוף בנ"ד דסימן מהפיריג"י השחור לא הוי כלום וכדאמרינן בפ' בתרא דיבמות אי נמי בחיורי ואוכמי וגם המלבוש של אבא שיש להסתפק בו אי הוי כחיורי ואוכמי וכו' כל זה כתב הרב הנז' באותה תשובה וה"ה והוא הטעם בנ"ד דמוקאדי"ם

מאבי הוי חיורי ואוכמי וכ"ת הא אמר מוקאדי"ם דילמא ג"כ זה הוי בחיורי ואוכמי ודמי למלבוש אבא שנסתפק שם הרב הנז' ועוד כיון דראינו שהרב בעל ת"ה החמיר בזה בכתביו כמ"ש אין לנו לעשות מעשה הפך דבריו:

ואם נאמר דכיון דשאל התוגר לר' משה קולודרו בחנותו למה קרוביו אינם חוקרים על דבר זה משמע דהיה יודע התוגר שרבי משה קולודרו הוא מעירו של הנהרג וקרוביו היו שם ולכך שאל ממנו דאל"כ מנא ליה לידע לר' משה קולודרו וכיון שכן הרי הוא כאלו הזכי' שהנהרג היה משאלוניק"י וכאלו אמר איש תושב שאלוניק"י ונחפש אם לא יצא אדם משאלוניק"י שלא חזר אלא זה מתירין את אשתו וכדברי הרב רבי ישעיה מטראני שכתב שבזה סגי וכמו שכתב הרב מהריב"ל בפסקיו הראשונים ובח"ג גבי יהודי א' קונה שוורים שאמרו הרועים שהיה מאנדירנופולא כתב וז"ל ולפי זה צריך לחפש אם יצא משם יהודי אחר שלא חזר ושלא נודע מה היה לו ויראה דדוקא בכה"ג דכתבינן הוא דצריך לחפש ולא סגי שיחפשו בעיר אם יצא משם יהודי אחר שהלך לקנות שוורים במלכות בלאחיא"ה דדילמא יצא משם על הסתם או יצא לדבר אחר ואחר שגמר אותו דבר הלך לבלאחיא"ה לקנות שוורים ע"כ גם אנו נאמר בנ"ד דלפי זה צריך לחפש אם לא יצא אדם משאלוניק"י שלא חזר אלא זה סגי להתיר אשה הזאת ולא די לנו שנחפש אם לא יצא שום עיינאג"י משאלוניק"י ר"ל מוכר מראות שלא חזר אלא זה דדילמא כשיצא משאלוניק"י לא היה מוכר מראות דאולי יצא לדבר אחר ואח"כ נעשה מוכר מראו' ולכך צריך שנדע שלא יצא אדם משאלוניק"י שלא חזר אלא זה עם שחיפוש זה ודאי קשה קצת לעשותו מ"מ ודאי דצריך לעשותו באופן זה. ולכאורה היה נראה שריותא דהאי איתתא בכה"ג ואע"ג דהרב מהריב"ל בפסקיו שאלה ו' גבי יוסף שאלתיאל שהיה דר בגאליפול כתב ואם נפשך לומר דכיון דזה הגוי היה מספר ומגיד הדברים בגאליפול באותו החנות מאותו היהודי אומדנ' דמוכח הוא שעל יוסף מגאליפול קאמר ודמי למאי דאתמ' בגמ' מאן איתא בי חוואי וכו' הא ליתא דלא דמי האי להאי דהתם היה מבקש אותו הגוי וכו' אבל בנ"ד הגוי היה מתאונן על אותו היהודי שהיה אוהבו לפני היהודים או אפשר שהיה חושב זה הגוי שזה היהודי ההרוג ניכר אצל היהודי כמו שהיה ניכר אצלו וכו' ואם כן בנ"ד נמי נאמר כן לא דמי דהתם לא היה אלא מתאונן על היהודי לבד ואפשר דמפני שהוא יהודי מתאונן בפניהם אבל בנ"ד הוא שאלה ששואל לו למה קרוביו אינם חוקרים על דבר זה ומאין היה לו לרבי משה קולודרו לידע זה אם לא היו קרוביו מעירו וההרוג מעיר הזאת. וסעד לדברי ראיתי בדברי ה"ה מורי נר"ו בפסקיו ח"א שאלה פ"ה גבי עובדא דמרדכי די בוטון דגוי א' שאל לרבי גבריאל ואמ' אולי אתה יודע אם דניאל

אחיו של הנהרג יתבע את דמו דכיון דשאל לרבי גבריאל שהיה באישקופיה אם ידע שאחיו של הנהרג יתבע ודאי דהיה בן עירו משום הכי אמר הגוי דמסתמא ידע רבי גבריאל אם יתבע אחיו דאל"כ מנא ליה לידע וכו' הרי הוכחה זו כהוכחה דנ"ד וא"כ לפי. זה היה נראה דדי בחיפוש כדכתיבנא אבל מ"מ איני תוקע עצמי להוכחה זו וגם מדברי הרב מורי נר"ו נראה שם שאינה הוכחה גמורה על כן לא מלאני לבי להתיר אשה זאת על פי עדות של רבי משה קולודרו:

ועתה נחקור בעדות רבי יוסף וינטורה ונאמר דאין לפקפ' בעדותו דאולי אמר התוגר כן לרבי יוסף מפני שיאמר הדבר לרבי משה שונינה כדי שיפרע לו מפני שהדרכים בחזקת סכנה ויהיה לו סכנה אם ילך ויבא פעמים הרבה וכיון דאיכא למיחש דלתועלתו קאמר לא מהימן ודמי למאי דאמרינן ביבמות פרק בתרא ההוא גוי דאמר לבר ישראל קטול אספסתא וכו ואי לא קטלינא כפלניא בר ישראל וכו' דאמרי' התם דלאו כלום הוא דלאיומי ליה קאמר הכי ה"נ לתועלתו קאמר הכי הא ודאי לאו מילתא היא דשאני התם דמוכח טובא דלמירמי אימתא קאמר דיודע הגוי דישראל לא יחלל שבת אי לא יאיימנו ויאמר כן אבל בנ"ד ודאי דלא אמרי' הכי דאמרו כדי שיאמר הדבר לר' משה שונינה דחששא רחוקה היא זאת וגדולה מזו התיר הרב מורי בפסקיו ח"א סימן פ"א בתוגר א' שאמ' איני מניחך להלוך הלא ידעת איך הרגו שם בהצדיק היהודי יום טוב וכו' והאריך שם וחילק בין נדון דידיה להההיא דיבמות כדכתיבנא והסכימו עמו רבנים גדולים כמו שכתוב שם:

אבל מה שיש לפקפק בעדותו הוא מה שנתקשה אצלנו בעדות רבי משה קולודרו שלא הזכיר שום סימן כלל דכל הני סימנים מאומנותו שהיה גירטאג"י ובחור ודאי דלאו כלום הוא כמו שהוכחתי ואע"ג שהזכיר שהיה קרוב ליהודי המוכר קאטראן מ"מ מי יודע אם יש ליהודי זה מוכר קאטראן שום קרוב אחר בעולם שבא בדרך זו והרגו אותו ולא היה ליבלי בר יוחנן אלא עדיין הוא קיים ואפילו שנחפש ונאמר לא ידענו קרוב ליהודי המוכר קטראן שיצא מביתו והרגו אותו אלא זה מ"מ אין זה מספיק דאולי יש קרוב ליהודי הזה שאין אנו יודעים אותו והיהודי עצמו המוכר קטראן אפשר דאינו מכיר לכל קרוביו וראיתי בתשובו' הרב מורי בח"ב גבי יהודי אחד שנהרג והעידו עליו שהיה בן כהן שהיה עושה פאנדיריקו' בשאלוניק"י ולא היו יודעי' שהי' לכהן הזה העוש' פאנדיריקוש זולת בן זה ומ"מ חשש שם הרב מורי נר"ו וכתב שם אבל עכשיו שאומרים שלא ידעו לו רק בן א' אפשר למיחש ולומ' שהבן הא' לא הכירוהו מעולם שהלך עם אביו ועדיין הספק במקומו עומד וכו' ועם היות כתב שם להקל נראה דנ"ד לא דמי דבשלמא אחים או בנים

הוא נודע בעיר אם יש לו בנים או אחים והוא עצמו ידע ליה וכיון דהוחזק דלא היה לו בן זולת זה סגי אבל קרוב אין לומר הוחזק דלית ליה קרובים דהרי כמה קרובי' יש לו לאדם בעולם שאינו יודע מהם ואפשר דיש לו קרובי' אחרים ואולי תוגר זה שמע מאדם אחד שאמר לו שהיה קרוב של מוכר קדרות שבשאלוניק"י ואותו הוא שנהרג ולכך העיד עליו שהיה קרוב ליהודי זה אבל ליבלי בר יוחנן מנין לנו שעדיין אינו קיים ואע"ג דגבי ירוש' כשאדם מביא ראיה שהוא קרוב המת יורשו כל שלא ידענו שיש קרוב ממנו אף עפ"י שלא יביא ראיה שאין קרוב יותר ממנו וכמו שכתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ו והגם דהריב"ש בסימן מ"ו נראה דחולק עליו כבר כתב מהרי"ק ז"ל בהלכות נחלות סימן רפ"ד דמודה הריב"ש להרא"ש וא"כ כיון דגבי ירושה לא חיישינן דילמא איכא קרוב אחר יותר כל שלא הוחזק ה"נ לא נימא אולי יש קרוב אחר שלא ידענו אותו מ"מ לא דמי ממונא לאיסורא דכאן אפשר דמחמירינן משום חומרא דאשת איש כמו שהחמירו במים שאין להם סוף ואבד זכרו באיסורא יותר מממונא דיורשין יורדין לנחלה אעפ"י שאין משיאין את אשתו וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות נחלות דכמה חומרות ראינו שהחמירו פה ואע"ג דחזינן בדוכתי אחריני דהקילו טפי כבר חקר על זה הרב מהריב"ל זיל בפסקיו ח"ג סימן פ"ט והעלה בסוף דבריו וז"ל הילכך מה שהיה נראה דרך הנכון והישר דבכל עובדי דאתו קמן אי דמיין להנהו עובדי דאיתנהו בגמרא בין לקול' בין לחומרא מפיהם אנו חיים ומאי דלא דמיין אית לן למיזל להחמיר דספק' דאורייתא היא ואוקמינן אחזקה דאשת איש ע"כ. וא"כ גם אנו נאמר בנ"ד דאית לן למיחש טפי ושלא להקל כיון דלא מצאנו הדבר ברור בתלמוד להיתר:

ואם אנו מצרפים סימן זה עם הסימנים שאמר ר' משה קולודרו נר' דהיה מספיק להתיר אשה זאת משום דבסימנים שהזכיר רבי משה קולודרו איכא פלוגתא דרבוותא אי סגי או לא דכיון דאיכא סימן שאש"י וסימני כליו אפשר לצרפם לפי סברת ספר מתי"ת ומהר"י וייל ז"ל ולת"ה לא מהני צרוף וכן דעת הרב מהריב"ל ז"ל וכיון שכן יספיק סי' זה שאמר קרוב ליהודי המוכר קטראן עם הסימנים הנז' וכ"כ הרב מהריב"ל בפסקיו הראשונים שאלה ה' גבי איש שהזכיר שמו וכנויו והזכיר שהיה קרוב למשפחת פלו' מיוחסת שבאיטליא"ה כתב שם הרב וז"ל ובנ"ד שאמר שזה האיש קרוב לאותה משפחה מיוחסת שבאיטליא"ה מצד אמו וכו' מ"מ בנ"ד אני סומך להתיר כיון דהויא פלוגתא דרבוותא וכו' ע"כ הרי שהרב סמך על סימן כזה שאמר קרוב למשפחה פלו' מפני שהדבר ספק פלוגת' דרבוותא גם אנו נאמר בנ"ד דכיון דאיכא פלוגתא כדכתיבנא ומה גם בהצטרף לזה מ"ש הרב הנז' בסימן ח' שכל הפוסקים שכתבו דסימנין דרבנן היינו משום דרב

אשי ספוקי מספקא ליה אי סימנים דאורייתא או סימנין דרבנן וכו' היה אפשרות להקל משום ספק ספקא וכו' אף אנו נאמר בנ"ד דאיכא פלוגתא דרבוותא דהוי ספק ואפילו האוסרים לא הוי אלא מספק דסימנין דרבנן הוי ספק ספקא אעפ"י שגם על זה גמגם הרב הנז' מ"מ בנ"ד דאיכא סימנא דקרוב למוכר קטראן נוסף על הסימנין שהם פלוגתא דרבוותא נראה דסגי ודאי ולא היה בזה אצלי ספק:

אבל מה שיש לספק הוא שהם שני עדים א' שמע קצת סימנים וא' סימנים אחרים ואעפ"י שהגידו לי שהתוגר שאמר לרבי משה קולודרו הוא עצמו היה התוגר שאמר לרבי יוסף וינטורה מ"מ מי יאמר לנו דלא היו שני הרוגים משונים וחד היו לו הסימנים שהזכיר לר' משה הנז' והאחר היו לו הסימנים שהזכיר לרבי יוסף הנז' ומעולם לא אמר התוגר שהיו כל אלה הסימנים באדם א' דאז ודאי היינו מתירין אבל בהא איכא חששא אלא שמ"מ י"ל כיון דקצת הסימנים שהזכיר רבי יוסף הזכיר רבי משה שהיה בחור והתחיל זקנו לעלות על פניו וגם אמר שהיה הדם רותח כמו שאמר רבי משה ושנהרג בדרך דראמיר"י והיה רוכל וזה הנהרג היה מוכר מראות ורוכל מסתמא על מי שאמר לרבי משה אמר לרבי יוסף והוא הוא שהיו בו כל הסימנים האלה וכיון שהיו בו כל אלה הסימנים ודאי דמותרת כדכתיבנא ולכן תהיה אשה זאת מותרת אך אם יסכימו רבני העיר נר"ו ובפרט הרב הגדול תל שהכל פונים בו מורי ורבי נר"ו. נאם הקטן אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה לט

מעשה:

שהיו ששה יהודים בביצית אחת עוברים מקורפו בסיידא ולקחו אותם השוללים והרגו מהם ארבעה ונשארו שנים האחד מוכה על צלעותיו מכה נחלה שכפי דברי היהודי שנשאר עמו היה מסוכן מאד סוף דבר הלכו השוללים עם הב' יהודים מהלך קרוב לארבעים מיל רחוק מהמקום שהרגו הארבע' יהודים וכו' ונתועדו השוללים להשליך בים היהודי המוכה באומרם כיון שסופו למות מהמכה אין תועלת ממנו וכן קשרו שתי ידיו מלפניו עם ריזה א' והשליכוהו בים לפני היהודי האחר כל זה הגיד היהודי הנשאר בפני ב"ד בתורת עדות אחר ימים בא בקורפו גוי א' שהיה ביבשה סמוך לאותו מקום שהושלך היהודי בים והסיח לפי תומו ליהודי אחד ואלו דברי היהודי שהעיד בפני ב"ד. במותב תלתא כחדא הוינא אנחנא דייני דחתימי לתתא כד אתא קדמנא היקר ונעלה כה"ר משה גרטון יצ"ו בכ"ר יוסף גרטון ז"ל והעיד בתורת עדות באם לא יגיד וכו' וכך

אמר לנא איך עתה כמו עשרה חדשים שבא אלי יון א' ואמר לי איך בכפר א' שהייתי רועה צאן מהשר קירי"ן ראיתי אני וחברי שהיו עמי איש א' שצפה ע"פ המים וכן הלכנו והוציאנו אותו מתוך הים והיו ידיו קשורים מלפניו עם א' ריזה ועדיין היה גוסס והיה יפה תואר ויפה מראה וכשהוציאנו אותו מהים מת והפשטנו אותו כולו וראינו שהיה איש יהודי וכן השלכנו אותו אחור בים והנחנו אותו שם. כל זה העיד ה"ר משה הנז' לעיל ברצונו הגמור בלי שום אונס כלל ששמע אותו מפי היון הנ"ל מסיח לפי תומו וזה היה יום ו' בשבת עשרה ימים לחדש מנחם שנת הש"ן ליצירה פה עיר אי קורפו דיתבה על ימא ועל מי בארות בפנינו הדיינים ח"מ והכל שריר וברירו וקיים. יעקב בכ"ר שלמה לבית נחמולי דיין. מיימון בכ"ר יעקב ויואנטי ז"ל דיין. יוסף בכ"ר אליה דינטי ז"ל דיין.

ונסתפקו אם אשתו של המושלך בים הנז' מותרת לינשא או לא:

תשובה נראה לע"ד שאין להסתפק כלל שאשה זאת מותרת לינשא כיון שהעיד היהודי שלפניו הושלך וידיו מקושרות מלפניו עם ריזה אחד והיון מסיח לפי תומו אמר שמצאו יהודי אחד באופן זה ידיו מקושרות מלפניו עם ריזה א' ומת בידיהם מלתא דפשיטא היא דסמכינן בהאי סימנא מדאמרינן בפרק האשה שלום ת"ש מעשה בשני תלמידי חכמים וכו' עד אלא היכי דמי דאמרי אסקינהו קמן וחזנהו לאלתר וקאמרי סימנים עליו סמכינן וכתבו בתוס' ז"ל אבל על ידי טביעות עין אין להאמינם וכו' עד ואי סימנים לאו דאורייתא אייריי הכא בסימן מובהק דהוא דאורייתא כדאמרינן באלו מציאות עד כאן הא קמן בפירוש דבסימן מובהק סמכינן עלייהו ואפילו באיסור דאורייתא:

ויש לערער בזה הדיבור כיון דע"י טביעות עין אין להאמינ' דאמרי בדדמי למה כתבו לעיל בדיבור המתחיל והא מים דכמלחמה דמו השתא סלקא דעתיה שראו אנשים שטבעו אבל לא ראוהו שהעלום המים דילמא לעולם דס"ד שראו שהעלום המים אלא שהכירום בטביעות עין דשייך לומר דאמרי' בדדמי. וי"ל דא"כ מאי קא מתמה תלמוד' וקאמר ותסברא מים סאין להם סוף נינהו ומים שאין להם סוף אשתו אסורה שאני הכא שראום שיצאו מהמים ומעידים שהכירום בטביעות עין וקמ"ל שמותרות אלא ודאי צ"ל דפשיטא ליה לתלמוד' דס"ד דמיירי בשראו שטבעו ולא ראו שהעלום המים אבל בטביעות עין פשיטא דאין להאמינ' ואפי' ללישנא בתרא דאמרינן בפרק האשה בתרא אמר רבא דכולי עלמא סימנים דרבנן בסימן מובהק כולי עלמא מודו. וכן פירש רש"י בלישנא דמר סבר סימן מובהק הוא ואע"ג דסימני' דרבנן אסימן כי האי סמכי' אפילו אאיסור דאורייתא וכבר כתב כל זה מהריק"א ז"ל בארוכה והעלה דבסימן מובהק כ"ע מודו: ומעתה בנ"ד שלפנינו אין ספק דידיו מקושרות מלפניו סי' מובהק הוא בגופו וכתב

הרא"ש בתשובה הביאה הטור א"ה סימן קי"ח וז"ל אבל אם אמר סימן מובהק כגון שהיה חסר אחד מאבריו או יותר ברגליו או בידיו או שום שנוי באחד מאבריו סמכינן עליו ע"כ ובודאי ידיו מקושרות מלפניו שנוי גדול הוא ומטעם אחר נראה ג"כ דאשה זו מותרת לינשא כיון שהיין אמר לפי תומו שהיו ידיו מקושרות עם ריזה א' סימן מובהק הוא ולא חיישינן דילמא איתרמי והיה אדם אחר ידיו מקושרות עם ריזה אחד:

ודומה לזה כתוב בהגהו' מרדכי בסוף יבמו' מעשה בגוי שאמ' בשעה שדנוהו למיתה מעולם לא פשעתי כי אם פעם א' הרגתי יהודי בין ניקולה לאוריק שהיה מוליך עשר' ליטרין ששלחה מרת יהודית לאחיה בניקולא והתירו את אשתו משום מל"ת ע"י ששאלו לה אם שלחה המעות אעפ"י שלא הזכיר שם היהודי כדאמרינן בפרק בתרא דיבמות בעובדא דפרשא אריזה דפומבדיתא ע"כ וכיון דהתם מספר המטבע הוי סימן מובהק ולא אמרינן דילמא איתרמי והיו ליהודי א' עשר' ליטרין ואפילו שאפשר שימצאו עשרה ליטרין באנשים רבים הכא נמי לא אמרי' דילמא איתרמי והיה אדם אחר ידיו מקושרות עם ריזה שנטבע בים ואף ע"ג דאמרי' במתני' אין מעידין אלא על פרצוף פנים וכו', ואפי' שיש סימני' בגופו ובכליו ואוקמינן בכלים דרגילים להשאילם וחיישינן שמא השאילם והכא נמי נחוש שמא היהודי אשר השליכוהו בים השאיל הריזה שלו לאדם אחר והכא לאו מטעם כליו שכיון שהרבה אנשים יש להם ריזה אלא מטעם דידיו מקושרות מלפניו עם ריזה סימן מובהק הוא כמו התם במעשה דעשר' ליטרין וכן אין לחוש כלל ממה שלא הזכיר בדבריו היון שקברו אותו וכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ג מהלכות גרושין וז"ל יצא ישראל וגוי מעמנו למקום אחר ובא גוי וכו' עד אעפ"י שאין הגוי יודע את האיש והוא שאמר וקברתיו ע"כ שכבר כתב הריב"ש בתשובה דכיון שנתעסקו בטלטולו וידעו שמת בהא סגי עד כאן והכא נמי כיון שהוציאוהו חי ונתעסקו לטלטלו אחר שמת בידיהם וראו שהיה יהודי כנזכר בהא סגי הנראה לעניות דעתי כתבתי. הצעיר שמריה שרביט הזהב:

לט דברי המורה דרב גובריה החכם השלם רבה דעמיה כמה"ר שמריה שרביט הזהב נר"ו שמע' אזני הגם הלום ראתה עיני מ"ש להתיר האשה העגונה הלא לאמונה בימים הראשונים הוצג אצלי פסק כבוד חכמתו להתיר האשה האנוסה וכתבתי עליו דעתי החלושה ושם הארכתי ואמרתי דמלתי' דמר תמיה לי טובא איך מלאו לבו להתיר בסימנים גרועים ולמה לא ראה כמה וכמה טרח הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו בהאי עובדא דסימן ל"ו שהיה לו סימן בגופו ועדיין לא הודה לו הרב מהר"ר דוד ן' יחייא ז"ל והרב ז"ל לא הציל עצמו אלא במה שכתב ואנחנו אין לנו אלא לסמוך על פי המעשה שנעשו כבר וסמכו עליהם והתירו בהם שהם הסימנים של חסרון אצבע ושל

צלקת שבעין ושל גבשושית שבחוטם וכ"ש בנ"ד דאית ביה תרתי חסרון אצבע וסימן הראש ע"כ הרי דלא רצה להתיר הרב אלא בענין שנעשה כבר ולא לחדש סימנים מלבו אעפ"י שהם סימני גופו כ"ש סימני' דכלים דגריעי טובא ואפי' סימני כלים גמורים לא הוי: עתה מחדש ראיתי מה שהוסיף עוד לכתוב החכם השלם הנז' וכתב בתחלת דבריו דשהיה במים שאין להם סוף עד שתצא נפשו לאו מילתא דשוו בה כל הפוסקים אלא הריב"ש והרשב"א והרמב"ם הוא דאמרי לה ואפילו עליהם יש לתמוה מאין הוציאו כן וטרח למצוא ראיה. ולע"ד ראיתם ונימוקם עמם הוזכרה בדברי הריב"ש סימן שע"ט והיא דאמרי' בפרק כל הגט דעיר שכבשה כרכום וספינה שאבדה בים והיוצא ליהרג נותנים עליהם חומרי חיים וחומרי מתים וכו' ומלישנא דמתני' משמע דהוי ספקא דאורייתא וכן כתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות גרושין דאם היה גט א' מהם ביד שליח ונתנו לה הרי זו ספק מגורשת משמע דהוי ספק של תורה והשתא קשה בספינה שאבדה בים אמאי לא חשבינן ליה כמת מן התורה דהא טבע במים שאין להם סוף הוא ומן התורה יכולה האשה לינשא אלא ודאי צריך לחלק דמתניתין איירי שלא שהה כדי שתצא נפשו וההיא דמים שאין להם סוף איירי ששהה כדי שתצא נפשו וכבר הוזכר הכרח זה שם בדברי הריב"ש והכריח שם עוד דההיא דרבי אלעזר בן פרטא ע"כ אם נשאת תצא מכח סוגית ההלכה ולתרץ הקושיא שהקשתי צריך לחלק כמו שכתבתי ומכאן יצא להם דין זה ועוד דהסברא מוכחת כן דלענין שהוי יציאת נפש מאי שנא ממים שיש להם סוף כיון דבמים שיש להם סוף אמרינן דאם לא שהה עד שתצא נפשו תצא משום דדילמא יצא קודם שיצאה נפשו א"כ במשל"ס נמי דילמא יצא קודם שתצא נפשו אבל כשהוא שם ושהה עד שתצא נפשו ולא ראהו יוצא במקום קרוב ודאי דלא יצא דאי אמרינן דיצא במקום רחוק ולא ראהו הא מיעוטא הוי ולא שכיח וכדכתב שם הריב"ש עצמו ובאמת אעפ"י שלא נזכר דבר זה בדברי שאר הפוסקים אמרתי דכלהו שוו בהא כיון דלא מצינו שאר הפוסקים שיאמרו בהפך ואעפ"י שלשון הטור שכתב נשאת על ידי עדים שהעידו עליו במים שאין להם סוף לא תצא נפל למים שיש להם סוף ושהה שם כדי שתצא נפשו תנשא לכתחלה ע"כ משמע מריהוט לשונו מדכתב שהה עד שתצא נפשו גבי מים שיש להם סוף וגבי מים שאין להם סוף לא כתב כן דלא בעינן שהוי גבי מים שאין להם סוף מ"מ אין זה הכרח דהוא נמשך אחר לשון הגמרא ולא הזכיר השהוי אלא במים שיש להם סוף משום דשם הזכירוהו בגמרא אבל במים שאין להם סוף שלא נזכר כן בגמרא לא הזכירוהו ג"כ הוא: אלא שאחרי כן ראיתי להרב מהר"ר דוד כהן ז"ל בפסקיו בית כ"א שכתב שם ומענין האשה שנטבעה בנהר אכתוב בקצור הנר' לע"ד וכו' ואם יודע שנטבע

שם אין מוציאין האשה הזאת מתחת בעלה דמים שאין להם סוף אם נשאת לא תצא וכו' אבל אם היה נטבע בעלה במים שיש להם סוף כל היכא שלא עמד הרוא' כשיעור שיצא נפש הנטבע ויראה שלא עלה אף אם נשאת תצא דשמא עלה וכו' ע"כ נראה מדבריו אלה דבמים שאין להם סוף לא בעי שהוי יציאת נפש ובמים שיש להם סוף בעינן שהוי יציאת נפש ומ"מ דבריו תמוהים בעיני אפילו שהוא מבין כן דעת שאר הפוסקים איך לא חשש לדעת הרמב"ם והרשב"א והריב"ש ז"ל ולומר דאפילו במים שאין להם סוף אם לא שהה כדי שתצא נפשו אם נשאת תצא דראוי לחוש לדבריהם:

מ"מ אני אומר לענין נדון דידן דודאי אין להתיר אשה זאת דאין כאן שהוי יציאת נפש ואין כאן סימנים וכל מה שהשיג וכתב רבא דעמיה מדברנא דאומתיה החכם השלם כמה"ר שבתי ברוך נר"ו דבריו חיים וקיימים כנים ונאמנים: נאום הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מ

יורנו מורנו שמעון ולוי שותפים בחצר וראובן מוחזק בכשרו' וכן טובי' נתארח בבית שמעון זמן מה ואחר ימים עבר על לוי רוח קנאה וקנא את אשתו מראובן ואמר לראובן השמר פן ואל תכנס בחצר פן בחרב אצא לקראתך ומחמת אימות הפחדות לוי הנז' נמנע ראובן מהכנס בחצר עתה רוצה לשוב לשבת בבית שמעון הנז' כדי שלא להפסיד כמה הנאות הבאות לו ממנו וגם שמעון רוצה בו כי אהבת נפשו אהבו וכדי לעשות מצות הכנסת אורחי' כי רבה היא יורנו מורנו אם יכול לוי לעכב על ראובן מלהכנס בחצר ושכמ"ה:

תשובה תנן בפרק המדיר המדיר את אשתו שלא תלך לבית האבל או לבית המשתה יוציא ויתן כתובה מפני שנועל בפניה ואם היה טוען משום דבר אחר רשאי ואמרינן בגמ' מאי משום ד"א משום בני אדם פרוצים שמצויים שם אמר רב אשי לא אמרן אלא דאתחזקו שם פרוצים אבל לא אתחזקו שם פרוצים לאו כל כמיניה ע"כ. הרי מוכח בפירוש שם דאשתו אע"פ שהיא ברשותו היכא שלא אתחזקו שם פרוצים אינו יכול לעכבה ולומר שהוא מקנא לה שלא תלך שם וא"כ כ"ש בנ"ד דאינו יכול למנוע לוי לראובן שאינו ברשותו כלל שלא יכנס בבית שמעון מפני שהוא מקנא אשתו ממנו כיון שלא הוחזק ראובן בפריצות אלא אדרבה מוחזק בכשרות ואע"פ שהוא שותף בחצר אין לו כח למנוע לשמעון שלא יכניס אורח לביתו וכן לראובן שלא יכנס בבית שמעון וכי תימא שאני הכא שהוא מתארח שם ונעשה כשכן וכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ג'

מהלכות אישות והטור באהע"ז סי' ע"ה דאם אמר האיש איני דר במדור זה מפני שבני אדם פרוצים או גוים שהם בשכונתו ואני מתיירא מהם שומעין לו ואע"פ שלא הוחזקו בפריצות שכן צוו חכמים הרחק משכן רע וכו' משמע בין נעשה שכן להליכה לבית האבל באקראי דבשכן אין צריך שיוחזק שהם פרוצים אבל כשהדירה שלא תלך לבית האבל שהוא באקראי צריך שיוחזקו שהם פרוצים ומינה לנ"ד דנעשה אורח ויושב שם יומם ולילה דנעשה לו שכן אין צריך שיוחזקו בפריצות לא היא דהתם טעמא הוי מפני שהוא יכול למנוע את עצמו ממה שהיא רוצה והוא אומר איני דר במדור ואין מחייבין לו לאדם לדור במדור נגד רצונו אלא ילך וכן היא שאמרה כן שומעין לה אבל בנ"ד הוא רוצה למנוע אחרים וכיון שהוא רוצה למנוע לאחר פשיטא ופשיטא שצריך שיוחזק בפריצות ועוד דהרמב"ם איירי דלפחות הם אנשים קשים אע"פ שלא הוחזקו בפריצות שכ"כ שכך צוו חכמים הרחק משכן רע אבל בנ"ד אדרבה ראובן מוחזק לאדם כשר ואין כח ללוי למונעו שלא יבא ויתארח בבית שמעון בשביל שטותו ואתו תלין משוגתו הנלע"ד כתבתי: הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מא

אשה א' יצאה עליה שם רע ולא יש עדות ברורה שראוה שעשתה שום דבר אלא ששמעו השכנים מפי נער קטן שאמר שראה את פלונית שנתיחדה עם פלו' בבית א' ושלא עשו שום דבר אלא נכנסו שניהם בפתח א' ויצאו תיכף בפתח אחר תוך רגע א' והדבר נשמע באופן הנ"ל על כן יורנו מורנו אם יוכל בעל האשה הנ"ל לישב עמה כדין בעל עם אשתו או אם היא פסולה לו ושכמ"ה:

תשובה מילתא דפשיטא היא דאשה זו מותרת לבעלה דבההיא שמעת' דפ"ב דיבמות גבי נטען רבו בה הפירושים במאי דקאמר רב ובעדים וכו' ולפי' הרי"ף והרמב"ם לא מפקינן מבעל אלא בעד טומאה ממש הגם כי הטור כתב דלדעת הרי"ף בקלא דלא פסיק ועדי כיעור מפקי' כבר תמה עליו הרב ב"י בא"ה סי' י"א ולדעת ר"ת שחזר בו באחרונה לפרש כדברי השאלתות בקלא דלא פסיק וראיית הבעל או עדי כיעור לחוד מפקינן בין מבעל בין מבועל כמפורש בפסקי הרא"ש בפ"ב דיבמות יע"ש. ועל כן אני תמה על דברי הטור בסי' הנז' שכתב דעת ר"ת כפי שחזר בו באחרונה למה כתב שם ומיהו ע"י עדים שראו הכיעור אסורה בין לבעל בין לנחשד לדעת ר"ת דמשמע דבחלוקה קמיית' שהזכיר דלא ראו עדים הדבר מכוער אלא שהבעל ראה אותו ואיכא קלא דלא פסיק שלא מפקינן לה מבעלה מדלא כתב בההיא נמי דמפקי' לה מבעל כמ"ש בהך דעדי כיעור וזה אינו

דלפי דברי ר"ת שחזר והודה לדברי השאלתות היכא שהבעל ראה כיעור ואיכא קלא דלא פסיק מפקי' מבעל כמבואר בפסקי הרא"ש יע"ש. גם ההיא תשובה דהרא"ש מכלל ל"ב סי' י"ו קשה על זה הדרך דשם שאלו באשה שזנתה בעד א' וגם קלא דלא פסיק מה הדין והשיב שם דעד א' לא מהני אלא היכא דאיכא קנוי וסתירה: וקלא דלא פסיק בשאלתות דרב אחאי פסק דמפקינן מבעל ור"י ז"ל הכריע כדברי ה"ג וכן פוסקין ע"כ משמע מהתם דלשאלתות בההוא נדון דידיה מפקי' מבעל ואמאי הרי לדברי השאלתות בעינן שהבעל יראה עדי כיעור כמבואר בפסקיו וכן כ' שם למעלה סי' י"ג ובההוא נדון לא הוזכר שראה הבעל עדי כיעור ואולי י"ל דכיון דיש עד אחד שזנתה לא גרע הא מראה הבעל עדי כיעור: ומ"מ קשה למה כתב שם דר"ת אית ליה כדברי ה"ג והא הוא חזר והודה לדברי השאלתות כמו שכ' בפסקיו וכ"ת דמה דחזר ופירש דברי השאלתות אתא לפרושי אבל דעתו אינו כן וכמ"ש הרב ב"י בסי' הנז' שזהו דעת התוס' והרשב"א שלא הזכירו מאי דחזר בו ר"ת מ"מ לא משמע הכי מדברי הרא"ש בסי' י"א שכתב שם כי ההיא שמעתא דרוכל פר"ת ז"ל תצא מן הרוכל וכו' ושוב הקשה ר"ת וכו' משמ' דאית ליה דחזר בו וצ"ע אחרי כן ראיתי להרב מהר"י ן' לב ז"ל בחלק שני סי' ו' שהאריך הרבה בענין זה יע"ש:

ומ"מ אפי' לדעת ר"ת במאי דחזר בו בעינן קלא דלא פסיק ושיראה הבעל דבר מכוער ובנ"ד ליכא כלל חד מהני דהבעל לא ראה כיעור והקול שיצא שוברו עמו ואין בו ממש שהי' מפי נער קטן ולא אמר אלא שיצאו תיכף ומיד ולא שהו בבית כדי טומאה באופן שאין ממש בקול ופשיטא ופשיטא שאין בדבר זה בית מיחוש ומותרת היא לבעלה ככל בנות ישראל הכשרות נאום הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מב

ראובן נשא אשה וישב עמה פה כמה שנים וכל זמן שישב ראובן עם אשתו לא ילדה לו וגם כל זמן שישב ראובן פה עם אשתו לא היה אח לראובן הנזכר ואח"כ הלך ראובן עם אשתו למדינת הים ואחר שהלך ראובן עם אשתו הנזכרת למדינת הים נולד אח לראובן הנזכר ואחר כמה שנים שנולד הילד הנזכר באה אשת ראובן ממדינת הים ואמרה שמת בעלה שנה אחת קודם לידת הילד הנזכר ואין לאשה הזאת עדים מכלום יורנו מורנו מורה צדק אם כשם שנאמנת לומר מת בעלה נאמנת ג"כ לומר באיזה זמן מת אע"פ דאיכא נפקותא דדינא ושכמ"ה: תשובה נ"ל ודאי דאינה נאמנת דאע"ג דאשה זו כשהלכה למ"ה לא היתה בחזקת יבום מ"מ כשנולד האח הרי היא בחזקת יבום כל זמן

שלא ידענו שמת בעלה קודם לידת האח דבחזק' מי הוא עד עת שידענו מיתתו ונאמר שאותה שעה מת וכיון שכן היא רוצה להפקיע עצמה מן היבום שאומר' שמת בעלה קודם לידת האח והוי אשת אחיו שלא היה בעולמו והיא פטורה מן החליצה והיבום וכדאמרי' בריש פ' ט"ו ולהכי ודאי אינה נאמנת דהא אמרי' בפ' האשה שלום דהיכא דהיא בחזקת יבום ואמרה ניתן לי בן במדינת הים ואמרה מת בעלי ואח"כ מת בני אינה נאמנת להפקיע עצמה מן היבום וחולצת ולא מתייבמת והא נמי דכוותא היא וכן אמרו שם במשנה שאין האשה נאמנת לומר מת יבמי וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות יבום דהטעם הוא הואיל ואיסור לאו הוא שמא יהיה קל בעיניה ע"כ:

איברא דקשה על דבריו דבפרק האשה רבה דף צ"ד לא משמע הכי דאמרו שם היא עצמה תוכיח דלאיסור כרת התרת איסור לאו לא התרת ואלא איהי מאי טעמא לא מהימנא דכיון דזימנין דסניא ליה לא דייקא משמע דהטעם הוא משום דסניא ליבם ולא כטעמו של הרמב"ם ז"ל ואע"ג דנאמנת לומר מת בעלי ותתייבם ולא אמרי' דמרחמי' ליה כבר כתבו שם התוס' שגדולה שנאת השונאות מאהבת האוהבות ושכיח טפי דסניא מדמרחמיה ליה וא"כ אמאי לא נתן הרמב"ם ז"ל הטעם האמור בגמרא ומשמע דהטעם הזה כלם שוים לו וטעמו לא נזכר כלל אפי' ברמז ואולי דטעמו הוא משום דלא משמע ליה כתירוץ התוס' שתירצו דמה שנאמנת לומר מת בעלה שתתיבם ואינה נאמנת לומר שמת היבם משום שגדולה השנאה מן האהבה אלא הטעם הוא משום דלהתיבם איסור כרת חמור בעיניה ואע"ג דמרחמה דייקה אבל לומר שמת יבמה הוי איסור לאו וקל בעיניה ומשום הכי זימנין דסניא ליה והשנאה תספיק לדחות איסור לאו הקל מ"מ בין שיהיה הטעם כדברי הרמב"ם ז"ל דאיסור לאו קל בעיניה בין שיהיה הטעם משום דסניא ליה למדנו דאינה נאמנת להפקיע עצמה מן היבום היכא דהיא בחזקת יבום: א"כ זכינו לדון בנ"ד דאינה נאמנת אלא חוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת כההיא דפרק האשה שלום דניתן לי בן במ"ה ואמרה מת בעלי ואח"כ מת בני דאינה נאמנת וחולצת ולא מתיבמת וכי היכי דהתם אמרי' דלא אמרי' דחולצת אלא בגרושה או באומרת אני והוא נחבינו במערה כדאמרי' בריש האשה בתרא דאם אינה גרושה ולא אמרה אני והוא נחבינו במערה אינה חולצת משום דילמא אתי סהדי ואמרי כדאמרה היא ואתה מצריכה כרוז לכהונה וכדכ' הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' יבום הכא נמי אמרי' הכי דהיכא דהיא גרושה חולצת ולא מתייבמת אבל היכא דאינה גרושה אסורה לעולם משום דילמא אתה מצריכה כרוז לכהונה עד שיבאו עדים ויתברר הדבר הנלע"ד כתבתי:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מג

שאלה ראובן נפלה לפניו רחל יבמתו ובא ראובן הנז' ועשה בה מאמר ואח"כ נתחרט וכתב גט למאמרו ואח"כ חלץ לה הכל ביום א' ועתה רחל רוצה לינשא בתוך תשעים יום לחליצתה ולגיטה יורנו מורנו אם נגזור כאן כמו בממאנת שנתנו לה גט שצריכה להמתין שלשה חדשים אע"פ שאינה מתעברת וליכא חששא משום הבחנה ה"נ לא נחלוק או דילמא נאמר הואיל וחלצה שיכולה להנשא תיכף אחר חליצה ולא ניחוש דילמא יאמרו שאר נשואות אם נתנו להן גט שיוכלו להנשא דליכא למיגזר כמו בארוסה ורבו כמו רבו ראיות לכאן ולכאן ולמעלתו גלויות יורנו להיכן דעת קדושים נוטה ושכרו יהיה כפול מן השמים: ראה ראיתי הספק אשר נפל בעיר אנדרינופלה על יבם שעשה מאמר ביבמתו ונתן גט למאמרו ובו ביום נתן חליצה לזיקתו אם צריך להמתין ג' חדשים מיום נתינת הגט כשאר כל הגרושות או לא:

הגם הלום ראתה עיני אור יקרות אמרות טהורות דברי הרב המובהק רועה ישראל הכהן הגדול נר"ו גזר אומר בפשיטות דאינה צריכה להמתין שלשה חדשים והביא ראיה מפרק ארבעה אחין דאמרו שם דהיכא דנתן גט למאמרו מאי דעבד שקליה וללישנא בתרא דגמרא הותרה להתייבם לשאר האחין אליבא דכולהו רבוותא ומשמע ליה לרב נר"ו דמותר' לאחין מיד אפי' תוך שלשה חדשים וא"כ ק"ו הדברים דמותרת לשוק אחר חליצה וכמו שאמרו בפ' החולץ על כיוצא בזה ק"ו לאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא כ"ש:

ומי הוא זה ואיזה הוא שיבא אחרי המלך שכבר הורה להתירא ואפילו שהיה נוגע הדבר לאיסור תורה כל שכן בדבר שאינו אלא איסור דרבנן מי כמוהו מורה ונהורא עמיה שרא. אך אמנם מצאתי ראיתי לעניות דעתי מקום לבעל דין לחלוק ולומר דבכל גט לא פלוג רבנן דאע"פ שאין שם חשש ביאה כלל כאשת סריס אדם שכ' הריב"ש ז"ל בסי' ר"ך וכן ארוסה וכאלה רבות דליכא חששא דהבחנה כלל כאותם שהוזכרו בפ' החולץ לכולם הצריכו המתנה שלשה חדשים וכן הרא"ש ז"ל כתב בשאלה דמי שנתעברה אצלו בזנות ובא אחר וקדשה ונתן לה גט ונשאה מי שנתעברה אצלו צריכה המתנה שלשה חדשים דלא פלוג רבנן וכדכ' הטור בשמו בסי' י"ג ואפילו קדושין דרבנן בקטנה שנתגרשה אע"ג דליכא שם חשש הבחנה צריכה וכן הרשב"א כתב בתשובה הוזכרה בב"י סי' י"ג מסתברא אחר שיצאה בגט צריכה להמתין שלשה חדשים ואין לך יוצאה בגט שאינה וכו' מדכתב לשון כולל ואין לך יוצאה וכו' משמע דבגט תליא מילתא א"כ מאיזה טעם נחלוק לזו שקבלה גט ולומר שאינה צריכה להמתין ג' חדשים אי משום דאיכא חליצה

עמה וחליצתה מוכיח וכדכ' ר"ת בפ' החולץ מ"מ איכא דשמע בגיטא ולא שמע בחליצה ואפי' שהיה ביום ראשון מ"מ אפשר דמי שראה זה לא ראה זה וכמו שאמרו בפ' החולץ איכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהכרזה ואפילו באותה הראיה שהביא הרב נר"ו מעבד בה מאמר עדיין אנו צריכים למודעי דאולי צריכה שלשה חדשים כדי להתירה לשאר האחין ואף ע"פ שידענו ודאי שלא בא עליה דאם היה בא עליה היתה גרושת אחיו והיתה אסורה לו א"כ ודאי דליכא חשש ביאה מ"מ לא פלוג רבנן בכל גט ואפי' דליכא חששא ככל הני דכתיבנא לעיל הצריכו המתנה ג' חדשים ובפ' החולץ שלא הזכירו כן וכן הפוסקים אשר הביאו דין זה שלא הזכירו זה הוא מפני דהתם לא עסיק בהא אלא בענין איסור יבמין ואמרו דהותרה לאחין או אפי' לדידיה לפי סברת קצת מהפוסקים ז"ל אבל לענין המתנת שלשה חדשים לא דברו ואולי סמכו דתהיה ככל גט דעלמא דצריך שלשה חדשים. והיה נראה להביא קצת הוכחה לזה מדברי הרב בעל תה"ד בסי' רכ"ד גבי אשה זקוקה לשני יבמין ומת היבם הראשון קאמר התם דאינה צריכה להמתין שלשה חדשים ממיתת היבם כדי להתייבם או לחלוץ ולא דמי למאי דכ' ר"ת בפ' החולץ דהיכא דמת היבם צריכה להמתין שלשה חדשים כדי להנשא לשוק ממיתת היבם דשאני התם דהיבם לגבי יבמתו חשוב כבעלה לגבי אחר מן השוק דהא רמיה קמיה בזיקא וכו' ודמיה לנשואה ולהכי איכא למיגזר בה אטו נשואה אבל לגזור מיבם זה ליבם אחר ולשוייה כנוסה ביבם זה לגבי אחיו שהוא יבם כמותו לא שייך כלל למימר הכי דמאי חזית שהיא כנוסה של זה אדרבה נימא דהיא כנוסה של זה וכו' והאריך שם איברא דקשיא לי על זה דלמטה כתב וכיון דלא חיישי' בהיא גופה דילמא מעברא מיבם מתיישב נמי דלא תקשי אמאי לא תתסר לחלוץ תוך שלשה לאחר מיתת היבם משום טעם דאתה מצריכה כרוז וכו' כוונת דבריו דכיון דליכא חשש עיבור אין להקשות תמתין שלשה חדשים משום חששא דאולי תמצא מעוברת ונמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה דליכא בה חשש עיבור ואי אמרת נגזור אטו נשואה דאיכא בה טעמא דכרוז לזה תירץ דלא גזרינן אטו נשואה כיון דנשואה עצמה ענייניה קל דאינו אלא חשש כרוז אינו כל כך ראוי עד שיגזור זו בעבורה וכמו שתירצו התוספות ז"ל לרבן יוחנן בפ' החולץ ולא ידעתי למה הוצרך לכך כיון דלעיל כתב כמו שהעתקתי לשונו דלא שייך בזו לגבי היבם למיקרי ארוסה דלגבי יבם זה כיון שהיא זקוקה לא מיקרי לגבי דידיה ארוסה כלל א"כ איך תפול קושיא דנגזור בה אטו נשואה עד דצריך לתרץ דאין לגזור בה כיון דנשואה האיסור קל דאינו אלא משום כרוז הא קושיא מעיקרא ליתא דאין זו ארוסה לגבי יבם. ותו קשיא למה הוצרך לתרץ להך טעמא דכרוז דלא נאמר זה בגמ'

אלא לר' יוחנן דאית ליה חליצת מעוברת שמה חליצה ואליבא דידיה הקשו בפ' החולץ דתחלוץ תוך ג' ותירצו טעמא דכרוז אבל לר"ל דקי"ל כוותיה דאמר דחליצת מעוברת לא שמה חליצה לא אצטריך להאי טעמא וא"כ טעם בדוי הוא זה ולמה הוצרך לתרץ הרב הנז' להההוא טעמא ועוד דאפי' לרבי יוחנן נראה דהוא טעם בדוי דהא במסקנא אמרו אלא משום דרבי יוסי דתניא מעשה באדם אחד כל העולה ליבום וכו' והך טעמא הוא דאיתא במסקנא כדכתב לעיל הרב עצמו ואיך כתב כאן דנשאר זה במסקנא מיהו לזה י"ל דסובר הרב דטעם זה לא צריך אבל מ"מ קושטא הוא הך טעמא דכרוז אפי' אליבא דר"ל וכן לרבי יוחנן אפי' לפי המסקנא דהא בהאשה בתרא ובריש פרק החולץ אמרו טעם זה גבי מאי דהקשו התם דתחלוץ בתוך ט' והוצרכו לטעם הזה והוא האמת דכן פסקו הפוסקים א"כ אע"ג דבמסקנא לא צריך להאי טעמא קושטא הוי ולכך הקשה לו מטעם זה אבל קושיא ראשונה צ"ע: מ"מ למדנו דהרב בעל ת"ה לא גזר אחר שמת יבם א' לגבי יבם כ' להמתין ג' חדשים משום דלא היה יותר כח ליבם שמת ביבמתו יותר מזה החי הא אם היה לו יותר כח כגון שנתן מאמר כנדון דידן דלא היה אחיו יכול ליבמה דדוקא למי שעשה המאמר היא מותרת ולא לאחרים אמרי' דאם נתן גט צריך להמתין ג' חדשים היבם כדי ליבמה אע"ג דליכא חששא דביאה כלל כדכתיבנא מ"מ דמי ליה לכנוסה קצת ואתו למטעי גבי גט דעלמא ויאמרו שאינה צריכה להמתין ג' חדשים:

איברא דיש לדחות ראיה זו דלא דמי הא להההיא דת"ה משום דהתם ראוי לגזור בזו שהיא זקוקה ליבם היכא דמת היבם לגבי היבם הנשאר משום דדמי לארוסה ואיכא למטעי גבי יבם גופיה דאם זה לא ימתין ג' חדשים אולי יבם אמר שנפלה לו יבמתו מן הנשואין לא ימתין ולהכי הוצרך הרב לומר התם דלא דמי לארוסה דלא הויא כנוסה לגבי יבם שמת יותר מזה החי אבל היכא דעבד בה מאמר ונתן גט בלאו האי טעמא אינה צריכה להמתין ג' חדשים כדי להתיבם לשאר אחין דאין בה חששא לגבי יבם ולומר אם יבם זה שנתן גט אי אתה מצריך המתנה ג' חדשים יבא יבם אחר כיוצא בזה שנתן גט אחיו והית' כנוסה ויקחנה ולא ימתין דזה ודאי אי אפשר דאם כנסה אחיו ונתן גט הוי גרושת אחיו ואי אפשר לו לקחתה מאי אמרת מ"מ נגזור גבי גט דעלמא שלא ימתין ג' חדשים מאחר שראה יבם זה שנתן גט ולא המתין אחיו ג' חדשים כולי האי לא גזרינן כיון דליכא החששא ביבם גופיה דהעולם יאמרו דהגט שעשה אחיו אינו כלום דאם היה גרושה גמורה לא היה אחיו כונסה וא"כ אין ראיה לומר דהיכא דנתן מאמר ונתן גט שיהא צריך אחיו להמתין ג' חדשים כדי להתיבם מ"מ לא נסתלק ערעור הבעל דין שיש לו לחלוק דכיון דמצאנו בכל גט דצריך המתנה ג' חדשים למה נחלוק בזה:

עוד יש לדקדק ולהצריך המתנה בנ"ד מהא דכתב הר"ן בפ' האיש מקדש גבי קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה ומת אותו שקדשה ונפלה לפני אחיו ליבם שצריכה גט וחליצה ומיאון והקשה שם דלמה לי מיאון בגט וחליצה סגי דלא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה כיון שרואין חליצה והכל יודעי' שאחות חלוצה מדברי סופרים כדאיתא התם ותירץ דחיישי' דאיכא דשמע בגיטא ולא שמע בחליצה וכ"ת ניחוש נמי דשמע בגט ולא שמע בחליצה ומיאון לכולי האי לא חיישי' וחזר והקשה יבמה גדולה שעשה בה היבם מאמר אמאי שריא בגט וחליצה נימא דאיכא דשמע בגיטא ולא שמע בחליצה ויאמרו אין קדושין תופסין באחותה ותירץ דשאני התם דלא אפשר כיון דלא שייך מיאון ביבמה גדולה א"כ מאי דאפשר לתקוני מתקנינן וכתב דלפי זה קטנה שנתקדשה לדעת אביה ומת ונפלה לפני אחיו ליבום ועשה בה היבם מאמר מדעת אביה שצריכה גט וחליצה ומיאון וכ' בשם אחרים דאינה צריכה אלא גט ולחליצה ולא מיאון ותירץ לקושיא דיבמה גדולה אמאי שריא בגט וחליצה באופן אחר יע"ש. ואיכא למידק בדבריו במה שתירץ דאיכא דשמע בגיטא ולא שמע בחליצה א"כ קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה ולא נפלה ליבום דאמרי' בה צריכה גט וצריכה מיאון משום דלא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה הא איכא חששא דאיכא דשמע בגט ולא שמע במיאון דבשלמא בנפלה ליבום איכא חליצה ומיאון דהוי תרתי ולומר דלא שמע בשום חד מהני תרתי לכולי האי לא חיישי' כדכ' הר"ן אבל למיאון לחודיה ניחוש דילמא איכא דלא שמע כי היכי דחיישת לחליצה דאיכא דלא שמע בה אע"ג דאיכא פרסום טפי בחליצה יותר מבמיאון דהיא בב"ד ואיכא חמשה לפרסומי מילתא. וכ"ת שאני התם דלא אפשר וכמו שכבר כתב הר"ן ז"ל עצמו לעיל לחלק בין קטנה לנערה א"כ מאי מקשה מיבמה גדולה כיון דידע להך תירוצא ומשום הא לא מקשה מקטנה גופה א"כ מהאי טעמא מתורץ קושית יבמה גדולה ועוד לאחרים שכ' הר"ן דלית להו הך תירוצא דשאני היכא דלא אפשר איך יתרצו הך קושיא דהא איכא דשמע בגט ולא שמע במיאון כי היכי דחיישי הנהו אחרי' לאיכא דשמע בגט ולא שמע בחליצה עד שמפני כך הוצרכו לתרץ קושיא דיבמה גדולה ועוד לאחרי' תקשה כל ספק קדושין דמצריכינן גט לחודיה אמאי הא איכא למיחש דילמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה בשלמא להר"ן ניחא דשאני התם דלא אפשר אבל לאחרים דלית להו ההיא תירוצא קשה. מיהו לזה י"ל דאית להו כמו שתירץ הר"ן בחילק ב' שחילק לעיל בין נערה לקטנה דהכא בקטנה טעו משום דאין מעשה קטנה כלום ואי לאו דקמו רבנן בקדושיה שנתרצה האב לא הוו מצריכי רבנן גיטא אבל שאר הקושיות קשה. ונראה לומר דכ"ע בין הר"ן ז"ל בין אחרים אית להו טעמא דהיכא

דלא אפשר שאני וכמו שפירש הר"ן לעיל לחלק בין קטנה לנערה אלא הקשה מיבמה גדולה לומר דהתם אי אפשר לתרץ אלא בחילוק דשאני התם משום דלא אפשר כדתירץ גבי קטנה לעיל וכיון שכן יצא לו הדין שכתב ולפי זה בקטנה שנתקדשה לדעת אביה ועשה בה היבם מאמר מדעת אביה שצריכה גט וחליצה ומיאון ואחרים באו לומר אע"ג דתירוצא דלא אפשר שאני הוא אמת מ"מ לתרץ הא קושיא דיבמה גדולה לא צריכה להאי דאפי' דהוה אפשר ליכא קושיא משום דלא טעו אינשי דידעי דגט יבמין הוי דרבנן וכיון שכן אינו יוצא הדין שהוציא הר"ן ז"ל לפי תירוצו דקטנה שנתקדשה לדעת אביה וכו' שצריכה גט וחליצה ומיאון ולזה באו אחרים אומרים לחלוק על הר"ן ז"ל בדין זה:
נמצינו למדין דלכ"ע חיישי' דאיכא דשמע בגט ולא שמע בחליצה ביבמה גדולה כי נ"ד ואפי' אחרים לא אמרו אלא דליכא חששא דאין קדושין תופסין באחותה אלא משום דגט יבמין דרבנן אבל גבי הבחנה דבעינן להמתין ג' חדשים אפי' גבי קטנה שקדושיה דרבנן צריכה להמתין ודאי משום דאיכא דשמע בגיטא ולא שמע בחליצה מאי אמרת ידעי דגיטא דרבנן מ"מ הא בגיטא בעי המתנה כקטנה וכ"ש להר"ן דתירץ דטעמא משום דלא אפשר שאני דליכא למימר הכא כן דהא אפשר להמתין ג' חדשים וכ"ת לא אמרי' באיסורא דרבנן כי האי דהבחנה ומה גם גבי ארוסה איכא דשמע בהא ולא שמע בהא ואי כתב הר"ן כן היינו גבי חששא דאין קדושין תופסין באחותה דהוא איסור תורה אבל גבי חששא כי האי לא לא היא דהרי מצינו להרשב"א ז"ל בתשובה שכ' הרב ב"י ז"ל בסי' י"ג בטור אהע"ז והזכרתיה לעיל שכתב שם גבי המתנה דג' חדשים דאי אפשר להכריז ולומר דהגט אינו גט גבי גט דארוסה משום דאיכא דשמע בגט ולא שמע בהכרזה א"כ משמע דאפילו גבי איסור קליש כי האי חיישי' להכי:
על כן אמרתי ודאי שאין ראיה גמורה לאחד מן הצדדין אבל מ"מ אחר שראינו שבשום גט לא פלוג רבנן כלל ולכלם הצריכו רבנן להמתין ג' חדשים הבא להוציא דבר זה מן הכלל עליו להביא ראיה גמורה מה שלא ימצא לעניות דעתי ואין לומר דלא תקון רבנן אלא במאי דצריך גט לחודיה אבל לא במאי דצריך גט וחליצה כנדון דידן דא"כ גבי כונס את יבמתו ונמצאת מעוברת והפילה דכ' הרמב"ם ז"ל בפ' חמישי מהלכות יבום דנותן גט וחולץ וכן גבי יבמה שאמרה לא נבעלתי תוך שלשים יום שכ' הרמב"ם ז"ל בפ' שני מהלכות יבום או יחלוץ ויוציא בגט ה"נ דלא בעינן המתנה ג' חדשים אלא ודאי לא פלוג רבנן אפי' בדבר דבעי גט וחליצה על כן דעתי נוטה להצריכה המתנה ג' חדשים כיון דאיכא חששא דאיכא דשמע בגיטא ולא בחליצה והא מילתא דאפשר

היא להמתין שלשה חדשים וכדמשמע מדברי הר"ן ז"ל כדכתיבנא הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:
הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מד

במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ח"מ וחקרנו את ר' אברהם ארוי על אודות שפחה כושית שהיתה שפחה לדונייא דינה ן' טישטיל שנקראת שמחה אם ידע שהיתה משוחררת מאת גבירתה והשיב כי הוא היה נשוי עם בת אחת של דונייא דינה הנז' והוא נכנס כמה פעמים בבית חמותו ושמע שהכושית הזאת היתה מבקשת מאת גבירתה שתשחרר אותה ותמיד היתה משיבה שאינה רוצה לשחרר אותה בחיים חיותה ולפי מה ששמע שפחה זאת היתה בשאלוניק"י משרתת את בת א' של דונייא דינה הנז' כל הנ"ל העיד בפנינו ה"ר אברהם הנז' ביום ב' ראש חודש תמוז שמ"ג לפ"ק פה פירארה והכל שריר ובריר וקיים:
רפאל יוסף טריווש דיין. שמואל הלוי דיין. שלמה הכהן דיין:
במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ח"מ וחקרנו את דונייא פלונבה תמ"ה אשה זקנה בת דונייא דינה ן' טישטיל הנז' על דבר השפחה הכושית שמחה הנז' וספרה לנו כי היה לה בלישבונה אח אחד שהיה עושה סחורה והיה קונה עבדים ושפחות מאת סוחרים באים מארץ מרחק ויהי היום הביא כמה שפחות ונתן לאמה השפחה הזאת ובהיותם עדיין בלישבונה זנתה עם אח א' היה לה שמו יעקב ן' טישטיל וילדה לו בת בזמן שלא היה נוהג עדיין מנהג יהודי ויהי מקץ ימים באו פה פירארה וזה קרוב לל' שנה ואת פלונבה הנז' בת דוניא דינה הנז' השיאה את בתה דינה כי כן נקראת גם היא והלכה לבית הטבילה וגם זאת השפחה שמחה הנז' שרצתה ללכת לטבול כדי להיות יהודית שאלנוה אם קבלה עליה מצות יהודית בפני ג' יהודים והשיבה שלא קבלה כלום בפני שום אדם שאלנוה אם אמה דינה הנז' היתה במעמד כשטבל' השיב' שלא היתה אך היתה יודעת שרוצה לטפול וגם אמרה שהיתה מדקדקת בדת יהודית והיתה שומרת שבת כל זה אמרה פלונבה הנז' היום יום ב' ר"ח תמוז שמ"ג לפ"ק פה פירארה:
רפאל יוסף טריווש דיין. שמואל הלוי דיין. שלמה הכהן דיין:
במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ח"מ חקרנו את דונה קונפראדה אשה זקנה ספרדית אלמנת ה"ר אפרים נעמיאש שאלנוה אם היא זוכרת שטבלה הכושית שמחה הנ"ל והשיבה כי היא זוכרת שבאה לבית הטבילה עם בת גבירתה וטבלה בפניה כהוגן

וכשורה כדי להתיהד שאלנוה אם ידעה שקבלה עליה מצות בפני ג' אנשים והשיבה שלא ראתה שקבלה עליה כלום שאלנוה אם היו שם אנשים כשטבלה או סמוך לבית הטבילה והשיבה שלא ראתה שום איש בעולם שאלנוה כמה פעמים הלכה לבית הטבילה והשיבה אותה הפעם לבד ירדה לטבול כל זה שמענו מפי דונה קונפראדה הנזכרת היום שני ר"ח תמוז שמ"ג ליצירה פה פיראירה: רפאל יוסף טריווש דיין. שמואל הלוי דיין. שלמה הכהן דיין:

ועתה צריכי' אנו למודעי כי לפי הנודע לנו הכושי' הזאת שנקראת שמחה הנז' אחרי שטבלה כנ"ל היתה נכנסת לבית יהודי ספרדי שהיה דר פה פיראירה ויבא אליה ותהר ותלד לו בן וזה היהודי הנז' הכניסו לברית מילה ויקרא את שמו לוי ושמענו היותו עתה בארץ תוגרמה והוא כמו בן כ"ה שנים ואשתו היהודית ילדה לו קודם לכן ליהודי הנז' בן אחר נקרא שמו ג"כ לוי שנפטר זה ימים וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק וזרע אין לו אלמנתו מסופקת אם היא זקוקה לבן השפחה זאת יען לא נשתחררה ואת"ל שנשתחררה לא קבלה עליה דת יהודית בפני ב"ד ועוד היא מבקשת ושואלת שנודיע לה שאם יארע באולי שלא תקבל חליצה אם הבחור בן השפחה הנ"ל יהיה לו שום זכות בנכסי' ובכתובתה כדין שומרת יבם שמתה או לא יירש כלל בן האמה הזאת יען היות הלכה רווחת דשפחה ונכרית ולדה כמוה יורנו מורינו איזה דרך ישכון אור הדין דין אמת:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפרק החולץ ההוא דהיו קרו ליה בר ארמיאת' אמר רב אשי מי לא טבלה לנדותה ההוא דהוו קרו ליה בר ארמאה אמר ריב"ל מי לא טבל לקריו ע"כ והקשו בתוס' תימא דאמרי' לקמן דגר צריך ג' דמשפט כתיב ביה ואפי' למ"ד וכו' מ"מ אין דרך נשים להביא איש עמהן ויש מפרשים כיון דידוע לכל שטבל' וכו' וקשה לי טובא במה שתירצו התוס' בתרוצא קמא מהא דאמרי' לקמן גבי עובדא הוה בי רבי חייא וכו' דאתא לקמיה גר שמל ולא טבל א"ל שהי כאן עד למחר ונטבלינך ש"מ תלת ש"מ גר צריך ג' וש"מ אינו גר עד שימול ויטבול וש"מ שאין מטבילין גר בלילה דבמה אייריי ההיא עובדא אי שכבר קבל המצות בשעת המילה כשבא להתגייר קמיה דרבי חייא א"כ היכי קאמר ש"מ גר צריך ג' הא לא בעינן ג' אלא בקבלת המצות וזה כבר קבל אותם וכ"ת צריך ג' בשעת טבילה מדרבנן קאמר וכההיא דשני תלמידי חכמים עומדים בחוץ וכו' לא משמע הכי מדברי התוס' דקאמרי דהא דאין מטבילין בלילה מדרבנן משמע דהשאר מדאורייתא ועוד ממאי דהקשו מהא דשני תלמידי חכמים ולא הקשו מהא דגר צריך ג' וטעמא משום דבשלשה תלי טעמא דמשפט כתיב ביה מה שלא אמרו באין מטבילין גר בלילה כמו שאמר הרא"ש ז"ל בשם הרי"ף ולכך פירש

דאיירי הא דאמר ג' בקבלת מצות ואי איירי ההיא עובדא בשלא קבל עדיין המצות וכדכ' הרב נ"י היכי קאמר ש"מ אין מטבלי' גר בלילה נימא לעולם דמותר להטביל בלילה אלא הא דקאמר שהי כאן עד למחר ונטבלינך משום דבעי קבלת מצות בב"ד ואין דין בלילה ולכך אמר שהי כאן עד למחר אבל אם היה מקבל המצות מעיקרא היו מטבילי' אותו בלילה וי"ל דלישנא דתלמודא לא משמע הכי דקאמר שהי כאן ונטבלינך למחר מדקאמר ונטבלינך משמע דטבילה צריך שתהיה למחר דלא קאמר ותקבל מצות למחר אע"פ שאין זה מוכרח מ"מ דקדוק הוא וראיתי להרב נ"י שהקשה קושיא זו שהקשו בעלי התוס' וכתב בתירוצא וז"ל ותירצו דכל שמל בב"ד וקבל עליו בפניהם לטבול והודיעוהו קלות וחמורות אף ע"פ שטבל שלא בפני ב"ד טבילתו טבילה בדיעבד והא דאמר זיל השתא ותא למחר היינו כגון שלא קבל בב"ד לטבול ע"כ. ואתמהא כיון שהוא כתב שבדיעבד טבילתו טבילה מה הוקשה לו ממאי דקאמר זיל האידנא ותא למחר הא לא אמר ליה הכי אלא משום דלכתחלה צריך כן ולמה הוצרך לו לתרץ שלא קבל בב"ד לטבול דמשמע דאם היה מקבל בב"ד לטבול לא היה אומר לו זיל האידנא ותא למחר כיון דלכתחלה צריך ג' ודאי דלא היו מטבלין אותו בלילה ונ"ל לתרץ דבריו עם מה שכתבתי דמה שהוקשה לו מההיא עובדא הוא משום דההיא עובדא ודאי לעכובא הוי מדקאמר התם גר צריך ג' והא ודאי דהוי עכובא דתלי טעמא דמשפט כתיב ביה ולכך הוקשה לו אם כבר קבל המצות למה היה צריך שם ב"ד של ג' לעכובא לכך הוצרך לתרץ שלא קבל בב"ד לטבול:

נמצא דלפי תירוץ ראשון של בעלי התוס' אין צריך שתהי' הטבילה בפני שום איש אלא בפני נשים לבד מהני ולפי תירוץ בתרא בעינן ג' לטבילה לעכובא והשתא קשה בדברי הטור בי"ד סימן רס"ח שכתב אבל בדיעבד אם מל אותו או טבל בפני ב' ובלילה אפי' לא טבל לשם גרות אלא איש שטבל לקריו ואשה שטבלה לנדות' הוי גר ומותר וכו' דמפשט דבריו משמע דבעינן טבילה בפני ב' אעפ"י שיש לפרש ולדחוק לשונו ולומר דמ"ש אפילו לא טבל לשם גרות אלא איש וכו' ר"ל תרתי וה"ק אפילו לא טבל לשם גרות ואפילו לא היה בפני שנים כגון איש שטבל לקריו וכו' מ"מ אין זה במשמע פשט לשונו וא"כ הטור לא אתי לא כתירוצא קמא דתוס' והוא תירוץ שהסכים לו אביו הרא"ש ולא כתירוצא בתרא. ויראה לי ליישב דברי הטור דהוא סובר דמ"ש בגמרא מי לא טבלא לנדותה הוא משום דכבר היה ידוע לכל שטבלה והרי זה כאלו היה עדים בדבר דומה למ"ש התוס' בתירוצא בתרא אלא שהוא חולק עליו דלתירוצא בתרא הוי כאלו ב"ד עמדו שם ולדברי הטור אינו אלא כעדים והוי כבפני שנים והוקשה לו דהא התם בעינן

ג' ותירץ דהיינו בקבלת מצות דוקא דלעולם קבלת מצות בעכבות משום דמשפט כתיב ביה עלה בידינו דלכ"ע היכא דליכא קבלת מצות בפני ג' לא הוי גר וא"כ נתברר ענין שאלתנו דודאי שפחה זו גויה גמורה היא ואין צריך לפנים:

ועתה נבא לבאר דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דיש כאן מקו' ספק כתב הרי"ף ואי קשיא ההיא דר' יוחנן דאמ' גר צריך ג' מאי טעמא משפט כתיב ביה דקיי"ל דהלכתא היא לא קשיא הא דרב אסי ודר' יהושע ן' לוי דיעבד הוא ולא פסלינן לבריה הואיל שטבל לשם קריו והא דר' יוחנן לכתחלה דלא נהגינן ביה מנהג גר ולפי מה שהבין הרב המגיד כוונת ההלכו' היא דלהרי"ף בעינן ג' בין בטבילה בין בקבלת מצות והא דאמרי' מי לא טבל לנדותה ולהכשיר הבנים כלומר דהוי הוכחה מדנהג מנהג יהודית דטבל וקבל מצות בפני ג' וזהו שכתב הרי"ף דאי לאו גיורא הוא לא הוה טביל לשם קריו ודבריו מסכימים מדברי הרמב"ם תלמידו בפ"ג מהלכות ביאה. וקשיא לי על פי' זה דלמה ליה להרי"ף לחלק בין דיעבד לכתחלה לימא דלעולם גר צריך ג' ואם ידענו שלא טבל בפני ג' כגון שהוא מודה בכך או הוא מוחזק לנו בכך אינו גר והא דקא' מי לא טבלה מי לא טבל הוא בגר סתם שלא ידענו ממנו אלא שראינוהו נוהג מנהג יהודית אז ודאי אמרי' שטבל בפני ג' ויהי' גר גמו' להשיאו בבת ישראל אבל אם ידענו שלא טבל אלא בפני ב' לא ואפשר עוד לו' דאפי' נהג מנהג יהודית אח"כ לא מהני ליה דעל דעת הטבילה הראשונה הוא נוהג וכמו שכתב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים שאלה י"ב והביא ראיה לדבר יע"ש. ויש לתרץ זה דנהי דהיה יכול לתרץ הרי"ף הקושי' כן אלא שהסבר' קשה בעיניו להתירו בבת ישראל ומכח החזקה לבד נהי דלא פסלי' לבריה אבל להשיאו בבת ישראל אין סברא מ"מ למדנו דעת הרי"ף ז"ל מחולק הרבה מתירוץ קמא דבעלי התוס' דלהרי"ף בעינן ג' לעיכובא בין בטבילה בין בקבלת מצות אלא טעמא דטבלה לנדותה הוא משום דהוי הוכחה על מה שקדם א"כ יש לתמוה על בעל נ"י שאחר תירוץ התוס' כתב ומיהו דעת הרי"ף כמו שתירצו הם לחלק בין דיעבד לכתחלה ואם מבל לקריו שלא בב"ד לא פסלינן ליה לבריה ע"כ דאיך רצה להסכים שני הפכים כדכתיבנא ולדעת הרי"ף צריך ג' בין בטבילה בין בקבלת מצות ואינו אלא טעמ' משום דהוי הוכח' על הקודם כמו שאמ' דאי לאו גיורא לא הוה טבל לשם קריו ולדברי התוס' הא דצריך ג' מטעם משפט הוי בקבלת מצות ולא בטבילה אעפ"י דאפשר לדחות ולומר דמאי דקאמר לדעת הרי"ף כמו שתירצו הם אינו אלא בענין חלוק בין לכתחלה לדיעבד אבל מ"מ קשה דלא היה לו לכתו' כמו שתירצו הם כיון דיש מרחק גדול ביניהם וקושיא זו יש לי בדברי הטור שכתב ולהרי"ף אפילו בדיעבד שטבל או מל בפני ב' או בלולה מעכב ואסור בישראל

אבל אם נשא ישראלית והוליד ממנה בן לא פסלינן ליה נר' כוונתו דהרי"ף פליג אדלעיל דלפי מה דקאמ' לעיל בדיעבד אחר שטבל הוא גר גמו' ולהרי"ף ז"ל כל כמה דלא נשא אשה לכתחלה קרינן ביה לא מנסיבינן אבל אם נשא הבן מותר ויש לתמוה עליו הקושיא ראשונה דאיך אפשר לפרש דברי הרי"ף כן דלהרי"ף כשידענו שטבל שלא בפני ג' ודאי דפסלינן לבריה אלא טעמיה הוא משו' דהוי הוכחה על מה שכתבנו דכיון דלדעתו כתיב משפט בין הטבילה בין לקבלת מצות ודאי דבעינן ג' לעיכובא וכשידענו שלא היה שם ג' ודאי דפסלינן לבריה אם תרצה לדחוק ולפרש דברי הטור בדברי הרי"ף כמו שהבין דבריו הרב המגיד הוא דחוק מאד לישב כן בלשונו כד מעיינת ביה ועוד דהרי כתב דלדעת הרי"ף אם מל בפני ב' הוי גר ולדעת הטור מילה וטבילה כי הדדי נינהו שכת' הרב ב"י דלא גרע מילה מטבילה וא"כ כיון דלדעת הרי"ף משפט אכולהו כתיב וטעמא דמנהג טבילה משום דהוי הוראה על הקודם במילה דלא שייך הך טעמא אמאי מהני הא הוי כמל שלא בב"ד והוי כגוי מהול צריך לחזור ולהטיף ממנו דם ברית. על כן אני אומר דהטור וב"י רוח אחרת היתה עמהם בדברי הרי"ף ולא הבינו דבריו כמו שהבין הרב המגיד ז"ל וטעמייהו להנצל מהקושיא שהקשינו לעיל בפי' הרב המגיד ז"ל ולכך הם סוברים דדעת הרי"ף כמו שכתב המרדכי בשם ה"ר יהודה ז"ל וז"ל וה"ר יהודה ב"ר יום טוב פי' על הך מילתא דמדאורייתא לא בעינן ג' לטבילה דמדאורייתא חד נמי כשר כדיני ממונות אלא מדרבנן הוא דהצריך בגרות כמו בדיני ממונות ודעת הרי"ף לדעתם הוא ג"כ דהא דבעינן ג' מדרבנן ומיהו ב' בעינן לעדות בעלמא אעפ"י דלדיינות מדאורייתא חד כשר והא דאמ' מי לא טבלה לנדותה ר"ל דהוי כטבלה בפני שנים כיון שידוע לכל שטבלה כדכתבתי לעיל לדעת הטור ועם זה באו דברי הרי"ף על נכון ותירץ דהא דאמרינן מי לא טבלה לנדותה דסגי בשנים דהיינו דלא פסלינן לבריה כיון דמדאורייתא בחד סגי אוקמוה אדאורייתא ולא פסלינן לבריה אבל לכתחלה בעינן שלשה ומה שכתב דאי לאו גיורא הוא לא הוה טביל לקריו הוקשה לו איך הועיל טבילת נדות לגרות וכמו שהוקשה בירושלמי ותירצו דלשם קדושה דאי לא הוה גר לא הוה טביל לנדות ולכך עלתה לו לשם גרות ומ"ש בעל נ"י דדעת הרי"ף כמו שתירצו הם לפי זה אתי שפיר קצת שיש קצת דמיון למה שתירצו הם שהם חלקו בין דיעבד לכתחלה בטבילה דוקא והרי"ף מחלק בין בקבלת מצות כמו שהם חלקו ומה שהקשה הרב הנמוקי לשאר המפרשים אבל זה אינו מחוור וכו' ליתא לדעת הרי"ף ומ"מ לשון ומיהו שכתב הרב הנמוקי ק"ק דמשמע דלדעת הרי"ף גם כן תפול הקושיא שנפלה על המפרשי' זה נראה מלשון ומיהו אלא שאין זה מוכרח:

ולפי דעת הרב הנמוקי אפשר דהוא סובר בדעת המפרשים דקרו לכתחלה כל כמה דלא נשא אשה וכדעת הרי"ף ואם נאמר כן א"ש טפי מה שהסכים דעת הרי"ף לתירוץ המפרשים אבל דעת הטור אינו אלא שהוא סבור דלדעת המפרשים אחר שטבל אף על פי שלא נשא אשה מקרי בדיעבד והרי"ף ז"ל לבדו הוא דקרי לכתחלה כל כמה דלא נשא אשה ולא מנסיבינן ליה נמצאו דבריו הראשונים של הטור לקוחי' מדברי התוס' אעפ"י שיש בהם שינוי קצת לפי מה שכתבתי דלדעת הטור בעינן ב' ומה מאד נפלאתי על הרב מהריב"ל שכתב בתשובה המ' שלא מצא מי שיאמר כדברי הטור אלא הרב נמוקי יוסף: מ"מ עלה בידינו לענין נ"ד דאין כאן זיקה כלל לבן השפחה הזו דלמאי ניחוש אי למאי דמפרש הטור בדברי הרי"ף הא מ"מ בעינן בפני ב' ובנ"ד ליכא ואי לדברי התוס' לתירוץ ראשון דמשמע דאעפ"י שאין שם עדות אלא עפ"י נשים מהני בטבילה מ"מ הא קבלת מצות בעינן ובנ"ד ליכא ואי משום שנהגה מנהג יהודית חיישי' לה גם בזה אין לחוש מכמה טעמים חדא דלא אמ' כן אלא כשאנו רואים אותה נוהגת כן לא כנ"ד שאין כאן אלא עדו' אשה א' לדבר זה ועוד אפי' ראינוה נוהגת הרי כתב מהריב"ל ז"ל דהטבילה הראשונה לא היתה בפני ג' כדין מה שנהגה אחרי כן אינה הוכחה דע"ד טבילה הראשונה היא נוהגת ועוד דאפילו תאמר שהוא הוכחה על מה שקדם מכל מקום לא אמרינן אלא דטבלה לשם עבדות ואוקמוה אחזקתה שהיא שפחה אבל ראיה על השחרור מנא לן לכן אני אומר והוא דבר פשוט מביעתא בכותתא שאין כאן זיקה כלל ואם מתה לא ירשוה: נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מה

שאלה ראובן שמעון ולוי אחים נשתתפו בסך מעות ולא היה ביניהם שטר שותפות כלל רק על פה נשתתפו ונפטר ראובן הנז' והניח שתי בנות ובן אחד הבת הא' משודכת ליהודה ופסק לו כמה וכמה יתן לו בנדוניא עם בתו ושמעון ולוי השותפין הנז' קיימו מה שפסק ראובן לתת לחתנו במטלטלין כי המעות בעין בעודנו חי נתנם לו ראובן ובהגיע תר הבת האחרת ליכנס לחופה לא היה ביד השותפין הנז' ממעות ראובן סך כדי להשיא' לפי כבודו כבת הראשונה אשר שדכה הוא עצמו ואח היתומה הנז' אמר לשותפי אביו שישיאו לאחותו ויתנו לה כל נכסי עזבון אביו אפי' שלא ישאר לו מאומה וכשבאו להשיאה לא הספיקו כל נכסי אביה לנדונייתה עד שהשותפים הנז' הגדילו לעשות להוציא מנכסיהם להשלים לה נדונייתה לפי כבודה וכבוד אביה ז"ל ועתה הבן שואל מאת השותפין הנז' שיתנו לו נכסי עזבון אביו אשר היה לו בשותפות עמהם

באמרו שעדיין יש תחת ידם מנכסי אביו ואפי' יהיה אמת כדבריכם שלא נשאר בידכם מאומה מכל אשר לאבי מדוע עשיתם הדבר הזה לבלתי השאיר לי כלום עוד לאה אשת המת ראובן הנז' שואלת מהשותפים הנזכרי' כתובתה מנכסי בעלה והם משיבין לאלמנה ולבנה אין בידינו מאומה אפי' פרוטה מכל נכסי ראובן לא קרן ולא ריוח כי הכל נתננו בנדוניא לבתה ויותר מהנה נתננו מנכסינו כנ"ל והכל לא הגיע לסך מה שנתן אביה לבת הא'. יורנו מורנו מורה צדק היועילו הטענו' אלו לשותפי' לפטור עצמם הן מן האלמנ' הן מהבן היתום בפרט שיש להם טענה שהיתום אמר להם כן להשיאה ואפילו שלא ישאר כלום ולחזק טענותיהם שהיתום אמר להם בזמן המריבה כשהיו נשבעים שאל מהשותפין איך יעשה לישבע באמת ואמרו לו אם תוציא נדונית אחותך תוכל לישבע שאין לך כלום וכן עשה ונשבע שלא היה לו מאומה נכרים דברי אמת דסבר וקביל לתת כל הנשאר בידם לאחותו הנז' וכן טוענים שהאלמנה ידעה מה שהיו אומרי' שלא נשאר מבעלה כדי להשיא לבתו והיא נתנה להם כלי כסף וחפצים מבעלה להשלי' הנדוניא דנראין הדברי' ג"כ שהוא רצתה להשיא בתה ואפי' שלא תשאר לגבו' כתובתה ושכר אדוננו כפול מן השמים:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפרק מציאת האשה תנן התם יתומה שהשיאתה אמה או אחיה מדעת' וכתבו לה במאה או בחמשים זוז יכולה היא משתגדיל להוציא מידם מה שראוי להנתן לה רבי יהודה אומר אם השיא את הבת הראשונה ינתן לשניה כדרך שנתן לראשונה וחכמים אומרים פעמים שאדם עשיר והעני וכו' אלא שמין את הנכסים ונותנין לה ע"כ ובגמרא אמר שמואל לפרנסה שמין באב והקשו עליו ממתניתין דאמרה וחכמים אומרים וכו' ואמרו שם מאי עני ומאי עשיר אילימא עני בנכסים עשיר בנכסים מכלל דת"ק סבר אפילו עשיר והעני כדמעיקרא יהבינן לה הא לית ליה אלא לאו עני עני בדעת עשיר עשיר בדעת וקתני שמין את הנכסים ונותני' לה אלמא לא אזלינן בתר אומדנא ותיובתא דשמואל ותירצו הוא דאמר כרבי יהודה דתנן רבי יהודה אומר אם השיא וכו' והקשו ונימא הלכה כרבי יהודה ותירצו אי אמר הלכה כרבי יהודה הוה אמינא דוקא השיאה דגלאי דעתיה אבל לא השיאה לא קמ"ל טעמא דרבי יהודה דאזלינן בתר אומדנא לא שנא השיאה ולא שנא לא השיא' והא דקתני השיאה להודיעך כחן דרבנן דאע"ג דהשיאה וגלי דעתיה לא אזלינן בתר אומדנא זו היא סוגית הגמרא. והטור כתב בסימן קי"ג וז"ל אם השיא שום בת בחייו נותנין לה כמו שנתנו לאותה שהשיא בחייו וכתב הראב"ד אפילו לא הניח אלא שיעור מה שנתן לראשונה ב"ד אומדין דעתו שיתן לב' כל מה שהניח והוא יטרח לחזור אחר נכסים אחרים וכופין ג"כ את היורשים

ליתן את כולו ע"כ משמע מלשונו דכשהשי' בת בחייו אעפ"י שבאותה שעה היה עשיר וכשמת לא היה לו אלא שיעור מה שנתן לראשונה שיתנו לה הכל. ואתמהא דהא בגמרא הקשו מכלל דת"ק סבר אפילו עשיר והעני כדמעיקרא יהבינן לה הא לית ליה כלומר מאי טעמא דר' יהודה דקאמר דהיכא דהשיא יתן לו כראשונה, ואעפ"י שאין לו עכשיו כמו שהיה בתחלה הא לית ליה כמו שהיה לו בראשונה כן פי' התוס' ומוכרח הוא וא"כ קשה לדעת הראב"ד ז"ל דהיכי קאמר דכשהשיא אעפ"י שבאותה שעה היה עשיר ועכשיו היה עני יתן לה כמו שנתן לראשונ' דלדעתו מה מקשה תלמודא לימא דעל דא קאמרי חכמים פעמים שהיה עשיר וכו' כלומר לא כמו שאתה אומר ר' יהודה שאעפ"י שעכשיו אין לו כ"כ נכסים כמו שהיה לו בעת שהשיא הא' שיתן לה כמו לראשונ' דאינו כן אלא שמין וכו':

ועוד קשה מאי האי דקאמר תלמודא והאי דנקט השיא להודיעך כחן דרבנן לימא דנקט שהשיא לומר דדוקא השיא יתנו לשניה כראשונה אעפ"י שבנשואי הראשונה היה עשיר ועכשיו עני אבל כשלא השיא אומדין כפי מה שהיה לו בשעת מיתה. ועוד קשה דהרב מהר"י קולין בסימן ע"ח כתב דאם היו לו נכסים יותר כשהשיא הראשונה אין משערין אלא כפי הנכסים שהיו לו בשעת מיתה וכתב שם שכן נראה מדברי הראב"ד והוא הפך מה שכתב הטור בשם הראב"ד דמדבריו משמע דאפילו כשהשיא הראשונ' היה עשיר ונתן לו סך א' מקצת נכסיו ובשעת מותו לא נשאר לו אלא הסך ההוא שיתנו לה הכל דנימא הוא יטרח אחר נכסים אחרים. ולתרץ כל זה אומר בדוחק דלא אמר כן הראב"ד ז"ל אלא כשעשה כן בנישואי הראשונה שהשיאה ולא נשאר לו כלום אז נשער ג"כ בשניה שיעשה כן אעפ"י שהוא דבר זר לומר כן שאפשר שאם בפעם הא' סמך לטרוח אחר נכסים אולי בפעם הב' לא יטרח עצמו כן מ"מ אומדין כן אבל אם בנישואי הראשונה נשארו לו נכסים אז לא נאמר שנתן לה שיעור שנתן לראשונה כיון שעכשיו לא היה נשאר לו כלל ולא נאמר דיטרח אחר נכסים אחרים וזה מסכים עם מ"ש הרב מהר"י קולין בשמו ואתי שפיר מאי דמקשי תלמוד' הא לית ליה דאם היה עשיר בעת נשואי הא' ד"מ שהיה לו אלף זהובים ונתן מאתים ונשארו לו מאתים לא נאמר בנישואי הב' שיתן כל המאתים ולא ישאר לו כלום דנאמר אם נתן לא' מאתים מפני שנשארו לו ח' מאות אבל עתה שלא ישאר לו כלום לא יתן איברא דאכתי קשה הקושיא שהקשינו אמאי לא אמר שמואל דנקט השיא להודיענו חידו' זה ועם זה אין ראיה מדברי הראב"ד לפטור לאחים ולומר דכיון דהשיא בת בחייו א"כ נותנין לשניה כל מה שנתן לראשונה אעפ"י שלא תשאר לו כלום דראובן זה כשנדר לבתו הא' הסך

ההוא היה נשאר לו נכסים ואם לא היה נשאר לו כלל לא היה נותן וא"כ אין לזכות לאחי' מן הטעם הזה אם לא היה נותן להם היתו' רשות: ועוד אני אומר דאפילו נפרש דברי הראב"ד ונאמר דמאי דקאמר הראב"ד הוא אפילו שהיה עשיר בשעת שהשיא לא' ועתה לא נשאר לו כי אם זה לבד מ"מ רבים חולקים על הראב"ד ז"ל דהא רבים מרבוותא סביר' להו דלא אמדינן דעתו של אב אלא לגרוע מעישור אבל לא להוסיף וכי תימא לא פליגי רבוותא אלא כשלא השיא אבל כשהשיא כ"ע מודו להראב"ד לא היא דהא הרא"ש כשהביא בפסקיו מחלוקת זה הקשה למ"ד דאין אומדין אומד אלא לגרוע מדברי רבי יהודה דקאמר במתניתין ינתן לשניה כדרך שנתן לראשונה דמשמ' טפי מעישור ותירץ דלא אמר כן רבי יהודה אלא לפחות מעישור וכן הרב האלפסי כשהזכיר המחלוקת כתב וגאון אחר אמר דרבי יהודה דאמר אם השיא בת ראשונה ינתן לשניה סתמא קאמר לא שנא לפחות וכו' משמע מדברים אלו דהגאון האחר החולק סובר דדברי רבי יהודה לא הוי אלא לגרוע משמע מכאן דמאי דקאמר דלא אמדינן אומד אלא לגרוע אפילו דהשיא קאמר והר"א ז"ל אזל לטעמיה דסובר דאמדינן אומד בין לגרוע בין להוסיף כדכתב הר"ן בשמו וכן מהרי"ק בשרש ע"ח ולכך כתב כאן כן. איברא דקשה קצת על בעל הטורי' דמדהבי' כאן דברי הראב"ד בסתם ולקמן הביא המחלוקת משמע דבהא דהשיא כ"ע מודו אבל מ"מ הדבר מוכרח כדכתיבנא וכיון שכן דהוי פלוגתא דרבוותא כבר כתב הרא"ש בפסקיו דלא מפקינן מיתמי וכיון שכן הדין נותן שאין היורשים חייבי' יותר מהעישור. איברא דקשה קצת על הרב בעל הטורים שכתב כאן דברי הראב"ד ולקמן הביא המחלוקת דאי אמדינן בין לגרוע בין להוסיף דמשמע דהך דהראב"ד כ"ע מודו בה מדלא הביא לקמן דברי הראב"ד כשהזכיר המחלוקת אלא שיש לומר לזה מפני דנזכר כאן דין השיא כתב דברי הראב"ד אעפ"י שדבריו אינם מוסכמים וסמך על המחלוקת שהזכיר לקמן:

וכי תימא כיון דהאחים הם מוחזקים האיך מפקינן מנייהו ממונא משום דעשו שלא כהוגן דהדין הוא דלא מפקינן מיתמי דאין אומדין אלא לגרוע מעשור דילמא ואמרו הם קים לן כהני רבוותא דאמרי דאומדין בין לגרוע בין להוסיף וכדברי הראב"ד דקאמר דהיכא דהשיא נותנים לב' כל מה שנתן לא' אעפ"י שנותנין לה כל מה שהניח לא היא דהרי כתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים כלל י"ב דף צ"ד על אפטרופוס שנשא יתומה ונטל לעצמו יותר מדינא דעשור נכסים כתב שם וז"ל ואפילו אי היתה נשואה זאת הבת עם איש שלא היה אפטרופוס לא הויא מהני ליה תפיסה דהויא תפיסה אחר שנולד הספק כדמוכח במציעא וכו' וכל שכן בנ"ד שהאפטרופוס בעצמו לקחה לו לאשה דלא

שייך בכאן תפיסה ונכסי בחזקת יתמי קיימי ע"כ א"כ בנ"ד נמי הנכסים אשר הם ביד האפטרופוס בחזקת יתמי קיימי וכשזה הוציאם מרשות יתמי ונתנם לאיש אחר הוי תפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהניא ליה א"כ ודאי נראה דאין לזכות לאחים אם לא היה נותן להם היתום רשות אבל מאחר דהיתום נתן רשות כמבואר בשאלה פשיטא ופשיטא דהדין עמהם וצריכין לישבע שהיתום אמר להם כן אם היתום מכחישם:

ולענין כתובת האלמנה יש כאן מקום עיון דאין מועיל לה רשות היתום והיא אינה מחוייבת לתת מכתובתה להשיא לבתה ונראה לי לומר דאפילו שהאלמנה לא היתה נותנת לה רשות אין לה דין עם האחים חדא דכיון שנתן לה רשות שיתנו לה כל נכסי עזבון אביו משמע דהכל נתן להם רשות אפילו מה שהם משועבדים לאלמנה דכל זמן שלא גבתה האלמנה כתובתה כל נכסי עזבון אביו מיקרי אפי' מה שמשועבד לכתובתה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וא"כ כיון דהיתום נתן רשות ונכסיו בחזקתו עומדים אין לאלמנה דין עם האחים כלל ותלך ותתבע ליתום שנתן רשות על ככה:

ועוד אפילו תאמר דמה שכתב היתום כל נכסי עזבון אביו לא קאמר אנכסים המשועבדים לכתובת אמו ולא נתן להם רשות על כן מ"מ יש לזכותם מטעמא אחרינא דמאיזה טעם נבא לחייבם הרי הם לא נטלו כלו' מהאלמנה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ואלו הנכסים לא היו משלה אלא משועבדים לכתובתה והוה ליה מזיק שעבודו של חברו דחייב ודמי דין זה למאי דכתב הטור ז"ל בריש הלכות גביית חוב מהיתומים גבי יתומים שמכרו דבר המשועבד לב"ח באופן שאינו יכול לגבותו וז"ל ונראה לי שאם מכרו קרקע שחייבין לשלם ולא מטעם חוב אביהם אלא מטעם מזיק שעבודו של חברו דקי"ל שהוא חייב ואין לך מזיק גדול מזה שהכניסו למקום שאינו יכול לגבותו ואם ימכרו מטלטלי' אין חייבים לשלם שאין שעבוד ב"ח על המטלטלין אעפ"י שתקנו הגאונים לגבות ממטלטלי דיתמי היינו דוקא בעוד וכו' ע"כ הכא נמי דכיון שהזיק שעבודו של חברו חייב דהכי כתב הרא"ש בגטין פרק השולח גבי עבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו דקאמר רשב"ג עבד כותב אלא משחרר וקאמר בגמ' דטעמו משום דמזיק שעבודו של חברו חייב ופסק שם הרא"ש כן וכן הרמב"ם בפרק ז' מהלכות חובל ומזיק כתב וכן העושה עבדו אפותיקי וחזר ושחררו חייב המשחרר ע"כ והיינו כר"ש וכדכתב שם הרב המגיד דסבר דמזיק שעבודו חייב:

איברא דק"ק על דבריו שהוא כתב בפ"ח מהלכות נ"מ שור תם שהזיק אם מכרו וכו' שחטו גובה מבשרו ע"כ ובגמרא פרק המניח אמרו שחטו ונתנו במתנה מה שעשה עשוי וכו' ליתי ולשתלם מבשרא וכו' ותירצו לא נצרכה אלא לפחת שחיטה ואמרו שם זאת

אומרת המזיק שעבודו של חברו פטור ע"כ משמ' למ"ד חייב חייב המזיק השוחט בפחת שחיטה וכן כתב הטור סימן ת"ז בח"מ ואם שחטו המזיק צריך לשלם לו הפחת שפחתו המיתה וכו' וא"כ רבינו שפסק בהלכות חובל דמזיק שעבודו של חברו חייב למה לה ביאר שם שפחת שחיט' חייב המזיק כדכתב הטור דהא מאי דקאמר בגמרא פטור הוא משום דסבר ומזיק שעבודו פטור אבל לדידן דקי"ל חייב צ"ע:

מ"מ למדנו דהלכתא דמזיק שעבודו של חברו חייב ומטעם זה נחייב לאחים וכי תימא הרי כתב הטור דבמטלטלין כשמכרו אינם חייבין משום דאינם משועבדים א"ל דהיינו דוקא לדין התלמוד אבל לדידך דכתבינן בכתובות מטלטלי אגב מקרקעי ודאי דהכל שוה והוא פשוט ומטעם זה יש לחייב לאחין. אבל כד מעיינינן יש לפוטרם משום דאפילו נאמר דלדידן דכתבינן מטלטלי אגב מקרקעי נחשבי מטלטלי כקרקע היינו המטלטלים שנתברר בעדי' שהיו לו בשעת ההלואה כדכתב הרב ב"י בסי' ק"ד וז"ל ומתוך זה יתבאר לך שמ"ש רבינו שעבד לו וכו' היינו דוקא במטלטלין שנתברר בעדים וכו' ואפי' נימא דכתוב בכתובה שקנה ושיקנה דאי לא כתוב ודאי דלא אמרי' בדאקנה סתמו כפי' ואע"ג דהטור כתב בסי' קי"ב די"א דכיון דקי"ל אחריו' ט"ס הוא בכל מה שראוי להשתעבד אמרינן ט"ס הוא היינו דוקא במקרקעי דאז נאמר אחריות טעות סופר אבל במטלטלים לא נאמר כן אם לא כתבו בפי' מה שכתוב כתוב ומה שאינו כחוב לא אמרינן סתמו כפי' אליבא דכ"ע מ"מ אפי' כתוב בכתובה דאקנה י"ל דהאחין פטורים חדא דהרי הרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל פ' סימן ט"ו וז"ל ואפילו דין מזיק שעבודו של חברו אין כאן כי לא קלקלו את גוף הקרקע כלום אלא ילכו בעלי חובות ויגבו הנכסים אם יוכלו עד כאן ואע"ג דהטור חלק על זה סימן ק"ז הרי כתב שם שאינו משיב על דבריו ויכול המוחזק לסמוך עליו. ועוד דהרי אין כאן היזק שהרי יכולה האלמנה לגבות עוד היום ממי שנתנו לו האחים דקיים הוא ועשיר הוא ותלך האלמנה ותגבה ממנו דכיון שיש לה שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי אפילו החתן היה בעל חוב של אביו הא קיימא לן דבעל חוב מאוחר מה שגבה לא גבה היכא דשעבד לו מטלטלים אגב מקרקעי כדכתב הרב ב"י בסימן ס' כל שכן שאינו בעל חוב של אביו והאחים נתנו לו נכסים לאשתו מבלי רשות האלמנה שתלך האלמנה ותגבה ממנו ואין כאן מזיק שעבודו של חברו דהרי יכולה לגבות ואם כן אפילו שהאלמנה לא נתנה רשות לאחים אין לה דין עם האחין כלל כדכתיבנא כל שכן שכפי הנראה בשאלה מעשיה מוכחים שברצונה היתה ולכן אני אומר שאין לה דין עם האחין כלל הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי: נאם הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מו

שאלה ראובן שנפטר לבית עולמו והניח שני בנים ושתי בנות והבן הא' בכור והשני פשוט וקודם שנתחלקו נכסי אביהם נפטר הבכור לבית עולמו ונשאר ממנו בן יורש אותו ובין כך וכך באה לאה אלמנת ראובן ומעצמה השיאה לבעל שתי בנותיה ונתנ' עמהן בנדונייי' שיעור גדול מנכסי עזבון בעל' ולאחר ימים באה לאה הנזכרת לגבות מהשארית הנמצאה מנכסי עזבון בעלה סכו' שטר כתובתה ובא הבן שנשאר מהבכור הנזכר וטוען כי מאין היה לה כח ורשות להשיא בנותיה מנכסי עזבון בעלה הראויים לאביו בירושה ובכורתו מבלי טעם וסבה ואם השיאתן ראוי שיהיו נחשבו' הנדוניאות שהכניסה עמהן לחשבון סכי שטר כתובת' והשארית הנשאר ראוי שינתן לו לחשבון ירושת אביו והמגיע לו בבכורתו ילמדנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה איכא פלוגתא מרבוות' על הא דקי"ל דאומדין דעתו של אב כשמת והניח בת להנשא אם הוא לפחות מעישור נכסי שתקנו חכמים או אפי' להוסיף וכתב הרב מהריב"ל בפסקיו ח"א כלל י"ב דכיון דהפוסקים הם מערכה לקראת מערכה מוקמינן נכסי יתמי ואין אומדין דעתו של אב אלא לגרוע אבל לא להוסיף וא"כ לפי זה אשה זו שנתנה לכל אחת מבנותיה יותר מעישור נכסי שלא כדין עשתה דאפי' דנזול בתר אומדנא דאב מ"מ הא ק"ל דאין האומדנא אלא לגרוע ולא להוסיף:

אלא שיש ללמד עליה זכות דמאי דכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל באותה תשובה שהמנהג באלו הגלילות לפסוק כפי מה שראינו וששמענו דאומדין דעתו של אב בין להוסיף בין לגרוע וכמה יתומות נשאו על פי אפטרופוסים או על פי בית דין ונותנים להם יותר מעשור נכסי ואם כן נראה שהמנהג לפסוק כסברת גאון דתלינן בין להוסיף בין לגרוע עד כאן ואם כן לפי זה אומדין בית דין דעתו של אב אם הסך שנתנה האשה זאת לכל אחת מבנותיה היה ראוי ליתן לא פשעה כלל ואין עליה עון אשר חטא:

אלא שעדיין אין זה מספיק שהרב הנזכר כתב שם דצריך מנהג קבוע להוציא מיד היתומים ומאן לימא לן שהמנהג הזה קבוע ושנעשה על פי ותיקין ועוד עשה סניף לטענה זאת דקיימא לן עשור נכסי הוי מקרקעי ולא מטלטלי ע"כ אני אומר שכל מה שנתנה האשה זאת לכל אחת מבנותיה יותר מעשור נכסים שלא כדין עשתה ואעפ"י שיש מי שאומר שאומדין דעת האב אפילו להוסיף ועוד דאפשר דהמנהג כוותיה כדכתיבנא כיון שהיא באה לגבות בשטר כתובתה ולהוציא מהיתומים אמרי היתומים אנן קיימא לן כמאן דאמר דאין האומדנא אלא לגרוע ולא להוסיף ואין המנהג ברור בהפך ומה שלקחת יותר מעישור נכסי תנכה מכתובתיך:

הכלל העולה דמה שנתנה לכל אחת מבנותיה יותר מעישור נכסים שלא ברשות היורשים עליה דידה ליהדר ותנכה מכתובתה הנראה לעניות דעתי כתבתי: הקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מז

שאלה לאה אשת ראובן נפלה לה ירושה מאביה מעבר לים ובאו לאה וראובן בעלה והרשו לשמעון ללכת לגבות אותה ירושה בעדם ובשמם והלך שמעון עם הרשאתם וגבה הכל ובחזרתו החזיק הכל בידו וכפר בכל ואמר שלא קבל מאותה ירושה דבר ועל זה נפלו בין לאה וראובן ובין שמעון דברי ריבות עד שבירורו ביניהם דיינים ונכתב ביניהם שטר ברורין בשבועה חמורה לקיים עליהם גזירת הדיינים ולפניהם השמיעו טענותיהם ולאה ובעלה הוציאו ראיות ראויות לטענותיהם מכתב יד שמעון באופן שגזרו הדיינים על שמעון הנז' שיתן ללאה ובעלה מאותה ירושה כ' מנה ושמעון להיותו איש אלם לא אבה שמוע בקול גזירתם ועבר על שבועתו באופן שרבו עוד ביניהם דברי ריבות עד שנתמנו ביניהם אנשי חיל ופשרו ביניהם שיתן להם שמעון ט"ו מנה וכן עשה ונתנו לאה ובעלה לשמעון מחילות ופטורין בכל חזוקי סופר וכי ארכו הימים מת ראובן ונשארה אלמנתו לאה בלא בנים ויצאה והיתה לאיש אחר הוא לוי ולקצת ימים מתה לאה בעודה באישות עם לוי מבלי שנשאר לו ממנה זרע וירש לוי את אשתו ועתה בא לוי ומתגלגל על שמעון הנז' שיפרע לו החמשה מנים שנשארו בידו מאשר גזרו הדיינים הנבררים הנ"ל בינו ובין לאה אשתו כי לו משפט הירושה וזולת זה טוען לוי כי יש לו עדים מכל מה שקבל שמעון מירושת אביה של לאה כי רב הוא ותובע שיפרע לו הכל כי הוא יורש את אשתו על כל אלה הטענות ילמדנו רבינו הדין:

תשובה איברא דבמכר אמרי' בגמ' בפרק חזקת דבעינן מסירת מודעא וגם שהכרנו באונסו ובמתנה בחדא סגי או במסירת מודעא אע"פ שלא הכרנו באונסו או דידעינן באונסיה אע"ג דלא מסר מודעא ובפשרה כתב הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג סי' כ"ח דאיכא לאסתפוקי אי דיינין לה כמכר או כמתנה דהרמב"ם ז"ל בהלכות מכירה פרק עשירי כתב דהוי כמכר והרא"ש ז"ל בריש כלל ע"ג בתשובות נראה מדבריו בסוף אותה התשוב' דהוי כמתנה איברא דאותה התשובה קשיא טובא רישא לסיפא דברישא משמע דהוי כמכר ולכך קאמר דבעינן שהכרנו באונסו ולא סגי במסירת מודעא לחוד ולבסוף כתב בהפך ויש לי ישוב נאה כתבתיו בפסק אחר באופן שאני מסכים דברי הרא"ש עם הרמב"ם ז"ל ואת"ל שיהא חולק אם נ"ד דמי לפשרה ודאי דהיה יכול המוחזק לומר קים

לי כהרמב"ם והמחילה הויא מחילה אבל נ"ד נראה דלא דמי אלא למתנה דהא מבואר בשאל' דע"פ גזירת הדיינים הראשונים היה מחוייב שמעון עשרים מנה ומפני אלמותו שמו ביניהם פשרנים אחרים ופשרו בט"ו מנה והרי זה דומה למאי דכ' הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סי' י"ב גבי שמעון שחייב לראובן מנה וכפר בכל ונתן לו חמשים ועשה לו מחילה כתב שם וה"ז כמי שאנסוהו ליתן שאע"פ שקבל מעות לא אמרו בכי האי אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה וכו' הגע עצמך הרי שגזל שדה מחברו ואנסו למכור לו מחציתו ובמחיר שיחזיר לו מחציתו האחר הנאמר בזה אגב אונסא וחצי שדהו שהוא מחזיר לו גמר ומקנה החצי האחר והא נמי דכוותא היא וכו' ועוד האריך יע"ש נראה משם דהיכא שידענו שחייב לו בודאי יותר ומפני אונסו מחל החצי אין זו פשרה אלא מתנה:

א"כ לפי זה למדנו דלא אמרי' פשרה דהוי כמכר לענין מודעא אלא כשאין הדבר ברור ויש פנים לכאן ולכאן יפשרו הפשרנים אבל הא דנ"ד ודאי דדמי לתלויה ויהיב ואע"פ שכתוב במתנה כל כמה מיני ביטולים של מודעות שבעולם לא מהני מידי כדכ' הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק חזקת וכתבו הטור בסי' ר"ה דבמתנה היכא דידעינן באונסיה אפי' ביטל לא מהני ביטול דכיון דאנוס הוא אפי' לא מסר מודעא לא הוי מתנה וא"כ נראה שאם היתה מבררת לאה בעדים שהדיינים הראשונים גזרו עשרים וגם שלא היו יכולין להוציא מיד שמעון מפני אלמותו ולכך פשרו בט"ו דחייב לפרוע לה הה' מנה דודאי תלוי' ויהיב הוי. כל זה היה נראה אם לאה היתה בחיים אבל עתה שמתה נראה דלגבי לוי בעלה הוי זה ראוי דהוי כמלוה שהיו חייבין לאשתו קודם שנשאה ובאנו למחלוקת הר"י ן' מיגש ז"ל עם שאר הפוסקים דלהר"י ן' מיגש ולהרמב"ם שהסכים ה"ה דעתו לדעת רבו בפיה מהלכות נחלות נראה דהבעל יורש במלוה אבל לשאר הפוסקים אינו יורש ואלו היו מעות אלה שהלותה היא בעודה תחתיו של לוי רוב הפוסקים הם מסכימים שהבעל יורש מפני שעשתה שלא כדין להלוות המעות שהקרן ברשותו ליטול ממנו פירות וכדכ' הרא"ש בפ' יש נוחלין וכן כ' הטור בשמו בא"ה סימן צ' והרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י בסי' הנז' אחר שהביא המחלוקת אם הבעל יורש במלוה או לא כתב ומיהו מסתברא דדוקא במלוה שנפלה לה בירושה וכו' הא לאו הכי הרי זכה הבעל באותם המעות כדין נכסי מלוג וא"א לה להפקיעם ממנו וכו' אבל בנ"ד דליתא להך טעמא דאלו המעות מעולם לא באו ליד אשתו ודאי דרוב הפוסקים מסכימי' דאין הבעל יורש אותם וגם הרשב"א אעפ"י שבתשובה הנז' אחר שהביא המחלוקת כתב והדיין מה שיראה בעיניו יעשה מ"מ כתב שם ובאמת כי רובן של חכמי ההוראות הסכימו

שאין הבעל נוטל במלוה וכו' וגם בתשו' אחרת שהביא שם הרב ב"י כתב דעתי נוטה באמת לדברי ר"ח והרי"ף במלוה שהיא ראויה וגם הר"י הלוי חושש בפירוש לדבריהם הלכה למעשה וא"כ מי יוציא מעות מיד שמעון המוחזק אחר שרוב הפוסקים מסייעים לו ואפילו שיהיה מיעוט יוכל לומר קים לי כוותייהו כ"ש כי הם הרבים: אבל מ"מ נ"ל דאם לוי הוא חתום משמעון והוא מוחזק יכול לומר קים לי כהר"י ן' מיגש והרמב"ם ז"ל והגם כי הר"י ן' מיגש לא חשש לדברי רבינו חננאל והרי"ף היינו להוציא מיד המוחזק אבל כיון שלוי מוחזק זוזי היכא דקיימי לוקמי ואע"ג דאפשר לחלוק ולומר דאפילו הר"י ן' מיגש מודה בנ"ד דאין המלוה ברורה דאעפ"י שיש בידה גזירת הדיינים מ"מ הרי עשו לאה ובעלה מחילה ולדברי הכל אפשר דמקרי זה ראוי מ"מ לא מפני שאנו מדמין נעש' מעשה להוציא מיד לוי המוחזק אם הוא תפוס כיון דאפשר לו לסמוך על הר"י ן' מיגש והרמב"ם לפי הנר' מפשט דבריהם ויוכל לומר קים לי כוותייהו ואעפ"י שבדברי הרמב"ם ז"ל אינו כ"כ ברור הרי מדברי הרשב"א נראה דאיכא מרבוותא דסברי כוותיה שכ"כ בתשו' הנז' ואיכא מרבוותא דסברי ובסוף כתב וכן דעת הר"י ן' מיגש הרי משמע דיש לו להר"י ן' מיגש חברי' בסברתו וא"כ ודאי שיוכל לומר לוי המוחזק קים לי כהר"י ן' מיגש וחבריו ולענין הה' מנים בלבד שלא גבתה אשתו משמעון אחר שהיתה לה גזירת הדיינים המחייבים לשמעון בבירור אלא שמפני אונסו הוצרכו לפשר כמבואר בשאלה זה נלע"ד וכתבתי וחתמתי שמי. הק' אברהם בכמר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מח

שאלה ראובן נפטר לב"ע וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק ובא שמעון אחיו ויבם את אשתו ושאל השואל אם זכה בכל נכסי אחיו אפי' ההלואות שחייבין לאחיו או דילמא לא אמרו דהמייבם זוכה בנכסי אחיו אלא במוחזק לבד אבל בהלואות לא דהוי ראוי דבפ' יש בכור ופ' כיצד אמרי' בכור קריא רחמנא מה בכור אינו נוטל בראוי וכו' וא"כ בהלואות דהוי ראוי חולק עם אחיו ואינו זוכה בכל זהו תורף דברי השאלה:

תשובה בפרק יש נוחלין אמרי' אמר רב פפא הילכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה וכו' ונפל מחלוקת בין הפוסקים דרבינו חננאל והרי"ף סוברי' דאין הבעל יורש במלוה והא דלא ערבינהו רב פפא לבכור ובעל תירצו התוס' משום דגבי בכור הוי משנה שלמה וגבי בעל אינו אלא מימרא והר"י ן' מיגאש סובר דבעל נוטל במלוה מדלא ערבינהו לבעל ובכור ולזה נוטה דעת הרמב"ם כנר' מדברי ה"ה בפ"א מה' נחלות יע"ש א"כ נראה לכאורה בנ"ד נמי

דבאנו למחלוקת הרבנים הנז' דבפ"ג מה' נחלות כתב ה"ה על מ"ש הרמב"ם מי שיבם את אשת אחיו הוא יורש כל נכסי אחיו המוחזקים וכו' וכשם שאינו נוטל ממנו בראוי וכו' כך אינו נוטל בשבח וכו' שאין לומר בנכסי האח שאינו נוטל שבח שהרי בנכסי אחיו אינו חולק עם אחיו והכל שלו בין קרן בין שבח והרי הוא כבעל שאע"פ שאינו יורש מכיון שמתה אשתו זוכה בנכסי' בין קרן בין שבח ע"כ וכיון דכל עצמו של ה' המגיד להכריח שנוטל שבח בנכסי אחיו הוי מכח דההיא דבעל מסתייע דעבדינן ליה כבעל ולמאן דלא ירית בעל במלוה לא ירית נמי הכא ולמאן דירית התם ירית נמי הכא. איברא ששמעתי שכתב הרב מהר"י ווייל ז"ל דבנכסי אחיו נוטל הכל אפי' הלוואות לכ"ע משום דכי קריא רחמנא בכור ליבם לגריעותא לא הוי אלא למה שיורש בנכסי אביו כמו הבכור דאמרי' דבנכסי אביו אינו נוטל בראוי אלא במוחזק וזה קראו רחמנא בכור שנוטל שני חלקים חלקו וחלק אחיו שמת בנכסי אביו אבל בנכסי אחיו שמת בהא לא אקשייה רחמנא לבכור ונוטל אפי' בראוי שהוא מלוה אלו דבריו ומסתייע סברא הדין ממאי דכתב רש"י בפרק כיצד מה בכור אינו נוטל בראוי כבמוחזק אף האי אינו נוטל בראוי כבמוחזק ופרש"י אף יבם הנוטל פי שנים בנכסי אביו חלקו וחלק אחיו שמת אינו נוטל בראוי כבמוחזק ויש להביא ג"כ סיוע להא מלשון הטור שכתב בא"ה סי' קס"ג אבל לא בראוי כגון אם מת אחיו ואח"כ אביהם וכו' ומדכתב הטור כגון הא משמע דנשמר מחלוקה אחרת והיא מלוה דלא מקרי ראוי דאי לא לשמועי' רבותא מלוה ומיהו אין זה כ"כ ראיה דבח"מ כשהזכיר דין הבכור כתב אין הבכור נוטל פי שנים אלא במה שהוא מוחזק בבית אביו כשמת אבל לא במה שראוי לבא אח"כ כגון אם מת יעקב בחיי יצחק וכו' והתם ודאי לא נשמר מזה שהרי כתב למטה שאינו נוטל פי שנים במלוה וכמו שנתבאר בגמ' וא"כ כי היכי דהתם לישנא דכגון לאו דוקא ה"נ הוי הכי ואע"פ דיש להקשות על זה דהתם ע"כ אנו מוכרחים לומר דלא נחית הטור אלא לפרש הענין ולא להשמר מדבר אחר דכבר פירש דבריו אחרי כן אינו נוטל במלוה ולהכי לא דקדק שם הטור בלשונו דאין שם מקום לטעות אבל כאן דלא כתב דין המלוה היה לו להזהר בלשונו ולא היה לו לכתוב כגון וכו' אלא ודאי שדעתו דבמלוה יורש ומזה נשמר ומ"מ אין זו ראיה מוכרחת כל זה נראה סיוע לדברי הרב מהר"י ווייל זיל אבל דברי ה"ה שכתבתי הם כנגדו דהרי דמה יבם לבעל וא"כ דוקא שבח שהשביחו הנכסים אחר שיבם הוי דומיא דבעל דכיון דאין לו חלוקה אחרת ברשותיה אשבח דמהאי טעמא הוי שבח דבעל אע"פ שאין לו מלוה דהשבח ודאי שהוא יותר ראוי ממלוה תדע לך דכתובת אשה נגבית מן המלוה ואינה נגבית מן השבח אלא טעמא דבעל משום דברשותיה אשבח כיון

דאין לו חלוקה עם אחר וביבם נמי אחר יבום שהנכסים שלו ודאי דהוי כבעל וברשותיה אשבח אבל במלוה ובשבח שבין מיתה ליבום נ"ל מדברי ה"ה ז"ל דאינו יורש היבם למ"ד דבבעל אינו יורש מלוה וא"כ כיון דרוב הפוסקים מסכימים דבעל אינו גובה מלוה גם היבם נמי אינו יורש מלוה ואפי' הוא המיעוט אוקמינן ממונא בחזקתיה שהרי היורשים הם המוחזקים דעד שעת יבום נכסים בחזקת היורשים קיימין וזה המייבם בא להוציא הנכסי' מחזקתם ולומר אני יורש הכל כמ"ד דהבעל יורש במלוה וא"כ לא מפקינן ממונא מחזקתיה היכא דאיכא ספקא דפלוגתא דרבוותא:

וכ"ת אמאי לא נדמה הא מילתא להא דאמרינן בפ' החולץ ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמ' אנא בר מיתנא אנא ואית לי פלגא ויבם אמר את ברא דידי ולית לך ולא כלום ואמרי' התם דהוי יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוצי' מידי ודאי וטעמ' נר' שם מדברי רש"י משום דאפי' לדברי הספק יש ליבם חלק בנכסים וכיון שיש לו חלק הוי יבם ודאי וספק ספק הכא נמי נימא אפי' לדברי היורשים יש לו לזה המייבם חלק בנכסים ולדבריו אין להם חלק בו אם כן הוי היבם ודאי והם ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי לא היא דהכא הנכסי' היו עד עתה בחזק' היורשים וזה המייבם בא עתה להוציאם בעת היבום מחזקתם ולהכי אמרי' אוקמי' ממונא בחזקתיה אבל התם מעולם לא היו שעה אחת בחזקת הספק ולכך אינו מוציא מידי ודאי וזה חילוק ברור אם כן נמצא דהיורשים הם המוחזקים ומצי למימר קים לן כמ"ד דהבעל אינו יורש במלוה כ"ש דהם רוב הפוסקים וא"כ אין לנו לסמוך על דברי הרב מהר"י ווייל היכ' דאיכא מגיד משנה שאומר הפך דבריו שהוא מהפוסקים המפורסמים ובפרט להוציא ממון: ועוד יש לי ראיה הפך דברי הרב מהר"י ווייל ז"ל מהא דהקשו בפ' מי שמת גבי שושבינו' מתני' וברייתי' דבמתני' אמרי' חוזר לאמצע ובברייתי' תניא שלח לו אביו שושבינו' כשהיא חוזרת חוזר לו ותירץ שמואל הכא ביבם עסקינן שאינו נוטל בראוי כבמוחזק והקשו שם מכלל דאידך משלם לימא תנו לי שושבינות ואשמח עמו ותירצו הכא במאי עסקי' כגון ששמח עמו ז' ימי משתאו ולא הספיק לפורעו עד שמת ע"כ הרי מבואר דאע"ג דהשושבינות ששולח האב ע"י הבן הוא לבן משום דדעתו דאב ודאי שנותנו במתנה לאותו הבן כדי שכשיחזור יחזור לו והחוב הוא חוב גמור שהרי אוקמוה בגמ' ששמח עמו ז' ימי משתאו ולא הספיק לכורעו עד שמת דה"ז ודאי היה חוב גמור ומ"מ אין היבם יורשו דהוי ראוי הרי מבואר דמלוה שחייבין לאחיו אין היבם יורש הפך דברי הרב מהר"י ווייל ואין לחלק מחוב דשושבינות לחוב אחר דבגמ' משמע דחוב גמור הוא דאמרי' נגבית בב"ד וכו' וכן כ' בעל נ"י וז"ל והיה לו לזכות בשושבינות זה אלא

דרחמנ' קרייה בכור דכתיב והיה הבכור וגו' וא"כ מה שהוא זוכה בו יותר משאר אחיו הוי מטעם שנקרא בכור והנה הבכור אינו נוטל בראוי כבמוחזק וחוב גמור הוא הילכך הוי לאמצע ע"כ נראה דהוי חוב גמור בשאר מלוה איברא שלשון של הרב נ"י מגומגם קצת במ"ש וא"כ מה שהוא זוכה בו יותר משאר אחיו הוי מטעם שנקרא בכור וכו' דלא משמע הכי בפ' כיצד אלא דבכור לגריעותא אתא דאי לאו בכור ה"א דזוכה בכל משום דקרא קאמר יקום על שם אחיו המת אפי' בראוי ואתא קרא דבכור לגריעותא דאינו נועל בראוי וצ"ע א"כ למדנו דהוי הפך דברי הרב מהר"י ווייל ואם נפשך לחלק עוד ולומר דשאני התם דהך שושבינות אע"ג דהוי מהבן מקרי ראוי משום דמעולם לא היה שלו ובא לו מכח האב מלבד שאין זה חילוק כד מעיינת ביה הוא בטל ממאי שכתב הטור בסי' ס' בא"ה וז"ל ואין היבם נוטל בה כגון אחד שנעשה שושבין לחברו וחוזר חברו לעשות לו שושבין ואכל ושמח עמו ולא הספיק לפורעו עד שמת החתן ויבם אחיו את אשתו אין היבם זוכה בו דהוה ליה ראוי וכו' עד כאן הרי נראה מלשון העור שאפילו ששושבינות זה עשאו האח ממעותיו אין היבם זוכה בו שאם הוא דוקא כשעשאו האב ממעותיו ונתנו לבן למה כתב כגון אחד שנעשה שושבין לחברו לא היה לו לומר אלא אחד ששלח לו האב שושבינות על ידו אלא ודאי דס"ל לטור דאין לחלק ולדברי הרב מהר"י ווייל ז"ל לית ביה חילוק כדכתיבנא דכיון דטעמא הוא משום דלא איתקש לבכור אלא במה שיורש מהאב דאית ליה חלוקה עם שאר אחין כבכור א"כ גבי שושבינות דהכל שלו ולית ליה חלוקה עם שאר האחין למה לא ירש היבם כיון דלא אקשייה קרא להא מילתא אלא ודאי משמע מהא שאין היבם יורש במלוה וזו היא ראיה שאין עליה תשובה בעיני:

אבל אין לדחות דברי מהר"י ווייל ממאי דכ' הריב"ש בסי' ת"פ דבשטרי הלואות חולק לוי עם אחיו בשוה דהתם הוי במה שירשו מאביהם והוי כבכור אבל בנכסי אחיו ממש אפשר דסבר דאפי' מלוה יורש אלא שדברי הרב הנזכר נראים לי דחויים ממה שכתבתי ועוד דדבריו הם להוציא ממון מחזקתו כדכתיב' לכן אני אומר דאוקמינן ממונא בחזקת היורשים ולא ירש המייבם כל ההלואות אלא יחלוק עם אחיו הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה מט

שאלה ראובן נשא את לאה אלמנת שמעון והיה לה בן אחד משמעון ושמו שבתי והתנתה עם ראובן בתנאי הכתוב' וז"ל התנאים והתנו ביניהם שאם חס ושלום תפטר הכלה הנזכרת קודם החתן ותניח אחריה זרע של קיימא מבעלה הנזכר שירש בנה שבתי יצ"ו עשרה אלפים ושבע מאות ושמונים לבנים מהנדוניא הנזכרת שהכניסה לבעלה הנזכר ויהיה בזה האופן א' ששה חלקים בקירוב ממעות מדודים ואחד ששה חלקים מכסף וזהב ואחד ששה חלקים מהמלבושים ושימושי ערשא שעלו לסך העשרה האלפים וז' מאות ושמונים לבנים והעשרה אלפים ושבע מאות ופ' לבנים נתנם הכלה הנזכרת לבנה שבתי במתנה גמורה מעכשיו ולאחר מיתה מתנה גמורה ושלמה שרירא וקיימא מתנת פרהסיא מתנת עלמין דלא למהדר בה ודלא להשנאה מנה מעתה ועד עולם והגם שזה היה תנאי בין החתן והכלה ליותר בטחון לנער שבתי הנזכר נשבע בפנינו החתן בשבועה חמורה בתורה ע"ד המב"ה וע"ד הנ"ב ועד"ר מפורשים בלי שום פתח היתר וחרטה שבעולם ובביטול כל מיני מודעי ופיסול עדי מודעא כדעת הרשב"א וקבל עליו להיות מודר הנאה מהעשרה אלפים ושבע מאות ושמונים לבנים הנזכרים וקבלם עליו כהקדש כקרבן שלא ליהנות מהם אחר מיתת אשתו ח"ו לבד שיתנם לשבתי הנזכר בלי שום טענה שבעולם כל זה קבל עליו ועל באי כחו שלא ליהנות מהמתנה הנז' ושאר כל תנאי כתובה התנו ביניהם שיהיו נשמעים כפי תקנות קהל קדוש יאנינה יע"א ע"כ טופס תנאי הכתובה הנזכרת ועתה מתה לאה בחיי בעלה ראובן ולא הניחה זרע אחריה מבעלה ראובן ובא בנה שבתי ותובע מראובן שיתן לו העשרה אלפים ושבע מאות ושמנים לבנים דמי המתנה שנתנה לו אמו ככתוב בתנאים הנזכרים ועוד שיחלוקו שאר סכי שטר כתובת אמו כפי תקנות ק"ק יאנינה יע"א כפי הכתוב ג"כ בתנאים הנזכרים לעיל וראובן משיב וטוען שאינו מחוייב בקיום המתנה הנזכרת לפי שלא נשאר לו מאשתו לאה זרע של קיימא והוא לא נתחייב רק אם תשאר מאשתו זרע של קיימא ממנו כנראה מלשון התנאים הנזכרים והבחור שבתי משיב וטוען דמכל שכן משמע כטענתו שאם נתחייב על קיים המתנה בהשאר לו מאשתו זרע של קיימא כל שכן הוא אם לא ישאר לו ממנה זרע של קיימא שיחוייב בקיום המתנה. ועוד נפל הספק במה שכתוב עוד בשטר הכתובה בזה הלשון ואלו הם ראשי המוהר תחלה מעות מדודים עשרים וחמשה אלפים לבנים עוד אחד קיימיר"י מכסף במקום מעות דרהם רפ"ב אלף ושמנה מאות ושלשים לבנים עוד ארבעה וגאריל"י מכסף במקום מעות דרהם ק"ע שמנה מאות וחמשים לבנים עוד שמנה עשרה זוגות מגאפרסייא מכסף במקום מעות דרהם נ"ה שלש מאות ושלשים

לבנים ובזה נפלו הטענות בין יורש ההשבון ובין הבעל כי יורש ההשבון טוען שיש לו לקבל השבון הכסף הנזכר בכסף חמש כמו שהכניסם לו אשתו במספר הדרהם ולא במעות בשומא שנישומו אז דאל"כ למה לא נכללו עם המעות מדודים בסתם ומה הוצרכו להזכירם ובמספר הדרהם והבעל טוען שאין לו להשיב ההשבון רק מעות באותה שומא יעריכה שנערך אז הכסף ועוד טוען הבחור היורש בענין הכסף הנזכר שהכניסה אמו לראובן שראוי שיהיה השבון הכסף ההוא בכסף ממש ובשומא שנכנס לראובן בשעת הכנסתו כי כן המנהג בעיר ההיא להחזיר השבון שאר הכסף והזהב שדרך הנשים להכניס לבעליהן בכסף וזהב ממש ובאותו ערך ושומא שהכניס' האשה לבעלה וא"כ ה"ה באלו התכשיטי כסף הנזכרים ראוי שיחזירם בכסף ממש באותו ערך שהכניסם האשה וכמו כן מטעם המנהג טוען היורש הנזכר בשאר הכסף והזהב המפורש בשטר הכתובה שיושב אליו ההשבון ממנו ככסף וזהב ממש ובאותו ערך ושומא שנשומו בעת שהכניסם אמו לאה לראובן בעלה כיון שכך נתפשט המנהג במקום ההוא על הכל ילמדנו רבינו באר היטב הדין עם מי:

תשובה לכאורה נראה דהדין עם ראובן מכמה טעמי חדא דלא נזכר בשטר הכתובה אלא אם תניח אחריה זרע של קיימא אבל אם לא תניח לא ומה שטוען היורש דלרבותא נקטיה יש לדחותו בטעם נכון דאדרבה בשלא תשאר זרע ממנה כיון דאיכא השבון שהוא משיב לבנה די לו באותו ההשבון ולא תירש העשרה אלפים לבנים אבל היכא דאית לה זרע ממנו דליכא השבון אז יתנו לשבתי העשרה אלפים ושבע מאות ושמנים לבנים שלא לפוטרו בלא כלום ועוד איכא טעמא אחרינא לזכות ראובן שכתוב בתנאי שירש בנה שבתי והא קיימא לן בפרק יש נוחלין דהיכא דאמר על בת בין הבנים שתירש דהוא מתנה על מה שכתוב בתורה ודבריו בטלים והוא מבואר בכל הפוסקי' וא"כ כיון דמדין תורה הבעל יורש את אשתו והיא התנתה שירש שבתי הרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאה בטל:

איברא דאיכא אנפא אחרינא לומר דהרי כתוב אחר כך שהיא נתנה במתנה העשרה אלפים מהיום ולאחר מיתה ומשמע בין תניח זרע בין לא תניח זרע ובמתנה זו כתוב בקנין בסוף הכתובה שנטלו ממנה כאשר הראוה לי אם כן הרי מתנה זאת עשויה כתקנה ואף על פי שחולק על מה שכתוב לעיל דכתב דאם תניח ממנה זרע ירש שבתי וכאן כתב שמעתה ומעכשיו נתן לו במתנה גמורה העשרה אלפים דמשמע בין תניח זרע בין לא תניח זרע הא קיימא לן דתחתון עיקר כדאמרינן בגט פשוט היכא דכתב למעלה מנה ולמטה מאתים וכו' ואין לדחוק ולומר דמאי דקאמרה שנתנה במתנה הוי אם תניח

זרע של קיימא וילמד סתום מן המפורש דכיון דלמעלה אמר שהתנה בכך ולמטה סתם הדברים נאמר דלמטה סמך על מה שכתב למעלה וכדכתב מהר"י קולין ז"ל בשרש י' וזה לשונו דכי אמרינן תחתון עיקר דוקא היכא דמכחישין זה את זה דאיכא למימר הדר ביה וכמו שכתב הרב רבינו שלמה אדרת ז"ל שם אבל היכא דאפשר לקיים שניהם לא עדיף תחתון מעליון ואדרבה סברא לומר שלא חש להאריך בתחתון לפי שסמך על מה שכבר כתב למעלה עד כאן ואם כן הכא נמי אמרינן דסמך על מה שאמר למעלה והמתנה לא הוי אלא אם תניח זרע מבעלה:

דהא ודאי לאו מילתא היא דכל הרואה ישפוט לשון זה דהוא כולל בין תניח זרע בין לא תניח שהרי כתוב בה לשונות מוכיחות כן מתנת עלמין דלא למהדר וכו' ועוד כתוב בה לבד המתנה שנתנה לבנה תהיה קיימת לעולם מעכשיו ולא"מ וכו' דלשונות אלו מוכיחים בהדיא דנתן לו בלי שום תנאי כלל בעולם בין תניח זרע בין לא תניח וא"כ כיון דמוכח דמתנה זו הוי בכל גוונא הרי חזר ממאי דקאמר לעיל ותחתון עיקר כדכתיבנא:

אבל מ"מ אין זה מספיק לזכות לשבתי דמתנה זו ודאי דלא מהניא לענין החלק מהמעות שהרי אין מעות נקנים בחליפים ודאי לא מהני אלא לשני חלקים האחרים ואפי' לשני חלקים אחרים איכא מאן דאמר דלא מהני דהרי כתוב במרדכי בפ' מי שמת מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלים ומעות בבת אחת ונחלקו חכמי הדור בדבר יש אומרים דדמי לקני את וחמור דפרק מי שמת וכי היכי דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפים גם המטלטלים והקרקע לא קנה ויש אומרים קנה הכל וכו' ורבינו שמחה כתב דאע"ג דמעות לא קנה קרקעות ומטלטלין קנה עד כאן. וא"כ כיון דאיכא מאן דאמר דלא קנה כלל מצי ראובן המוחזק לומר קים לי כוותיה ואע"ג דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו מ"מ לשון יש אומרים משמע דתרי הוו ומצי למימר קים לי כוותייהו ולא קנה כלל דכיון דלא חלה המתנה על המעות לא חלה ג"כ על המטלטלין:

ועוד יש טעם אחר לראובן לזכותו דכיון דכתוב בכתובה לעיל שהכניסה כל אלו המעות אין כח בידה לתת לבנה שבתי מה שהכניסה לבעלה כיון שכבר הכניסה ואע"ג דמשמע דבעלה נתרצה בכך שכן כתוב בסוף שנשבע הבעל שלא לערער על המתנה ההיא מ"מ לא הוזכרה בכתובה שבעת הנתינה נתנה ברשות בעלה אדרבה מוכח דלא הרשה לה בעלה על כך אלא כוונתו שאם ישאר לו זרע של קיימא ממנה שיתנו לשבתי הי' אלפים אבל אי לא לא ואעפ"י שנשבע אחר שנתנה היא שלא לערער על המתנה מ"מ אין המתנה

מכח הדין קיימת אלא מכח השבועה שנשבע כיון שבעת הנתינה לא נתנה ברשות בעלה שלא הוזכר כן בכתוב' בפי' כל זה נראה לכאורה לזכות לראובן ולפוטרו:

אבל כד מעייני' שפיר ודאי דיש טעם לזכות לשבתי ולחייב לראובן דהרי כלל מסור בידינו דכל היכא דאנו יכולין לקיים התחתון והעליון בשטר שלא יסתור זה את זה מקיימי' אעפ"י שיהיה הפי' דחוק קצת וכן כתבו הגהות מיימון בסוף הלכות מלוה ולוה וז"ל אלמא דטרחינן כדי ליישב שתי הלשונות דלא יסתרו אהדדי והרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סימן מ"ב כתב כל היכא דאפשר לקיים לשון השטר כלו מפרשים ומקיימי' ואפילו לעשות בעל השטר על העליונה ולפיכך אני אומר שיש לפרש בלשון עד הכתוב וכו' ועד הכתוב בכלם הוא מלמעלה למטה ע"כ הרי דכתב דטרחינן לישב הלשונות דלא יסתרו אהדדי עד שבשטר א' פירש לשון עד בתרי גווני ותרי פירושי חד מלמעל' למטה וחד מלמטה למעלה וא"כ בנ"ד אם דברים כפשטן ודאי דסותר למעלה מה שכתוב למטה כדכתיבנא וכדי שלא יחלוק ראוי ליישבו בכל גוונא ועוד שכתוב אחר לשון המתנה שזה היה תנאי בין החתן והכלה כנז' ואם למעלה הוי דברים כפשטן דדוקא אם תניח זרע תירש ואם לא לא איך כתב שזאת המתנה היה תנאי בין החתן והכלה כמו שנזכר למעלה הא למעלה כתוב בהפך דלמעלה כתוב דוקא אם תניח זרע אבל אם לא תניח לא ואין לומר דמבאר עתה שהמתנה היא על תנאי שתניח זרע וזהו שכתב שזה היה תנאי בין החתן והכלה כלומר שירש שבתי אם תניח זרע והמתנה היתה בזה האופן שכבר כתבתי שלשון המתנה מוכח בהדיא שהיא כוללת בין תניח זרע בין לא תניח כמו שנר' מלשונות הכתובים אלא ע"כ ודאי צריך לפרש דמה שאמר למעלה ותניח זרע הוי לרבותא כמו שטוען היורש והשתא הוו המתנה בכל גוונא וכן התנה הבעל עם אשתו שאותה המתנה היא קיימת בכל גוונא וזה היא תנאו ואע"ג דכתב בתנאו לשון ירושה לא איכפת לן דהא אמרינן במשנה בפרק יש נוחלין כתב לשון מתנה בין באמצע בין בסוף מהני ואמרינן התם בגמרא דאפילו שתי שדות לאדם אחד ובא' כתב לשון ירושה ובאחד לשון מתנה מהני וכדכתב הטור בח"מ הלכות נחלות סימן רפ"א וק"ו הדברים בנ"ד שהוזכר בענין זה עצמו מתנה כמה פעמי' שאחר שהזכיר המתנה כתב שזה היה תנאי בין הבעל ואשתו הרי שכתב לשון מתנה ומדאמר דזה היה תנאי על לשון מתנה שהזכיר ועוד כתב לבסוף שלא ליהנות מהם לבד שיתנ' לשבתי ואע"ג דלא הוזכר זה אלא בלשון השבועה גם בלשון התנאי היה כן דהרי כתוב וליותר בטחון לנער שבתי נשבע פלוני משמע דהשבועה הוי מעין התנאי שהתנו וכיון דלשון מתנה בשדה אחד מהני לשדה אחר ק"ו ודאי בנ"ד דאיכא לשון מתנה בעניינא גופיה על כן ודאי נראה

דהתנאי קיים וזכה היורש אעפ"י שלא הניח זרע ממנו ואעפ"י שבכל מה שכתבנו לישב לשון השטר יהיה ספק ויהיה אפשר לפרשו באופן אחר מ"מ יש להחמיר בנדון דידן דאיכא כמה שבועות ונדרי' וראוי להחמיר בפי' לשון השטר שכתוב בו כמה חומרות וכתוב בסוף בלי שום טענה ואמירה ודחיה בעולם ולא מחית איניש נפשיה לספקא בדבר איסור חמור כזה אלא היה לו לפרש אם כוונת הדברים בהפך מה שכתבנו אלא ודאי שראוי להחמיר כמו שכתבנו וזכה היורש בי' אלפים ותש"פ לבנים והשאר יחלוקו כפי התקנות אשר תיקנו ק"ק יאנינה דכיון שהוא כתוב כן בכתובה פשיטא ופשיטא דאין לערער כלל על מה שהתנו:

ובענין השאלה השנית יש מקום עיון דודאי מלשון שכתב במקום מעות משמע דדינא הוי ויתן לו מעות ולא כסף ומדהזכיר הדבר משמע בהפך והיה נראה לכאורה דדמי נ"ד להיא דהמשכיר לחברו בי"ב זהובים לשנה בדינר לחדש דמסתפקא לן אי תפוס לשון א' או תפיס לשון אחרון כדאמרינן בהשואל וקי"ל דקרקע בחזקת בעליה עומדת כדכתבו הפוסקים וכי האי גוונא אמרינן במאה מעי איסתירא דהלך אחר פחות שבלשונות וכן גבי מאה זוזין דאינון כ' סלעים וכדכתב הטור בח"מ סימן מ"ב א"כ הכא נמי נימא כיון דמסופק לנו אם תפסינן לשון ראשון או לשון אחרון הלך אחר פחות שבלשונו' ואוקי ממונ' בחזקת מריה דיד בעל השטר על התחתונה אבל יש לדחות זה דהרי כתב הרב ב"י בח"מ בסימן הנזכר דבשטרות שלנו דכתוב בו דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי אמרינן ביה יד בעל השטר על העליונה. איברא דאין זה מוסכם דרבינו סעדיה דכתב כן אזיל לטעמיה דהוא מפרש דלא כטופסי דשטרי שר"ל שלא יהא יד בעל השטר על התחתונה וכמ"ש הרב ב"י בהלכות גביית חוב מנכסים משועבדים סימן קי"ג אבל לפי הפי' האחר שפירש הטור בסימן הנז' דר"ל דהיינו דנכתב לשם שעבוד גמור ולאו לטופס שטרות וכן כתב בעל התרומות שפי' הרמב"ן עצמו כדכתוב שם בב"י ודאי דאין הדין כן אלא אפילו בשטרות דידן יד בעל השטר על התחתונה וכן כתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים בסימן ק"ב דהרשב"א ז"ל חולק על רבינו סעדיה משום דאית ליה כי האי פירושא דכתיבנא ואם כן לפי זה יוכל ראובן המוחזק לומר קים לי כמאן דפליגי עליה דרבינו סעדיה:

מ"מ יש טעם אחר לזכות ליורש משום דטפי משמע הפי' דנותן לו כסף משיתן מעות וזה דאי אמרינן דהכוונה לתת מעות איכא תרי דוחקי חד למה הזכיר הדרמ' השני אפילו שלא יזכיר הדרמ' למה פרשו בפני עצמו ולא כללו עם המעות הנזכרי' אבל אם נפרש שהכוונה שיתן דר' אין בזה אלא דוחק א' דאמאי הזכיר במקום מעות וא"כ טפי תפסינן

פירושא דאית ביה דוחק א' מפירושא דאית ביה ב' דוחקי ועוד דאפשר דבמקום מעות כתב קושטא דמילתא כמו שהגיד לי השואל דחסר לה מהמעות שנדרה לתת לו ונתנה לו אלה במקומם אבל שיהיה לו כדין שאר הכסף הכתוב בכתובה והסופר טעה לכתוב במקום מעות מפני שכוונתו לומר קושטא דמילתא זה נראה פעם לזכות ליורש אבל מ"מ איני תוקע עצמי לדבר זה להוציא ממון מכח סברא זו וכמו שאמרו וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה:

כללא דמילתא דהי' אלפים ותש"פ לבני' יטול שבתי והשאר יחלוקו כפי תקנות ק"ק יאנינה והכסף אשר הוא כתוב בכתובה אשר אינו כתוב בו במקום מעות ודאי דיטול כסף ממש דכן הוא המנהג בעיר ההיא כמו שכתב השואל כל זה דין ברור אצלי בלי שום ספק ולענין החלוקו' אשר כתוב בו מקום מעות יש קצת ספק אצלי מהטעמי' שכתבתי אעפ"י שדעתי נוטה לזכות היתום מ"מ איני תוקע עצמי בענין אלה החלוקות אשר כתוב בהם במקום מעות להוציא ממון עד אשר יסכים בדבר זה הרב הגדול נר ישראל מורנו ורבינו מר שמואל נר"ו הנלע"ד כתבתי וחתמתי נאם הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נ

שאלה ראובן מת בלא בנים ובלא בנות והניח אלמנתו לאה ושהתה אחריו קרוב לשנה א' ולא הספיקה לתבוע כתובתה ולישבע שבועת אלמנה עד שמתה גם היא בלי שום זרע ויורשי ראובן החזיקו בכל הנכסים באמרם כי כיון שמתה לאה ולא נשבעה שבועת אלמנה אין ליורשיה הבאים מכחה שום כח וזכות בסכי עיקר כתובתה ותוספת וכדקיימא לן אין אדם מוריש שבועה לבניו או ליורשיו והרי כל הנכסים בחזקת הבעל עומדים ויורשיו הבאים אחריו זוכין בהם גם היורשים הנז' הודו מעצמם שתפסו כמו כן קצת בגדים ותכשיטין ושמושי ערש והחזיקו בהם באמרם כי המטלטלין הנז' מעולם לא היו מכלל נדונייתא שהביאה לאה מבית אביה רק קצתם קנאם הבעל וקצתם נפלו לו בירושה מצד אחיו שמת זה כמה שנים ומשמת ראובן הנז' ליורשיו ויורשי לאה אומרים כי המטלטלין הנז' גם הם היו מכלל נדונייתא שהביא' מבית אביה אך אין כאן עדות שהמטלטלים הנז' היו שלה מנדונייתא וגם אין כאן עדות שהיו תחת ידם של יורשי הבעל הנז' ועתה נסתפק השואל תחלה בעיקר התפיסה שעשו יורש הבעל אם יש בה ממש או לא משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק ויש הרבה מן הפוסקי' שסוברים דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהניא אפילו בטוען ברי היכא שתפס הוא מעצמו

מבלי התפסת ב"ד כי הכא בנ"ד וכיון דתפיסה אין כאן מעתה חשוב הדבר כאלו הנכסים הם ביד שליש לחזקת שניהם ויד שניהם שוה בהם ומעתה זוכין יורשיה אף בעיקר כתובה ותוספת דהא דקי"ל אין אדם מוריש שבועה ליורשיו היינו להוציא אבל להחזיק מוריש ומוריש ואע"ג דהכא יורשיה אינם מוחזקים ממש מ"מ גם אינם מוציאים ממש מיד ורשות יורשי הבעל כיון שאין התפיסה כלום או שמא כיון שיש ג"כ מן הפוסקים שסוברים להפך דתפיסה לאחר שנולד הספק חשיבא תפיסה וסוברים. ג"כ בכל ספק דינא ופלוגתא דרבוותא דחשיב כטוען ברי ואפילו את"ל דחשיב כטוען שמא מ"מ הא איכא מן הפוסקים דסוברים דאפילו היכא דאיכא תרתי לריעותא תפיסה לאחר שנולד הספק וטענת שמא אין מוציאים מיד התופס ולפי סברתם ז"ל היכא דאיכא פלוגת' דרבוותא יכול התופס לומר קים לי כהני רבוותא אפילו תפס לאחר שנולד הספק כי הכא בנ"ד. עוד יש לספק מטעם הנאמנות הכתוב בשטר הכתובה. והיא עצמה בעודה קיימת לא היתה צריכה לישבע על הגבאת כתובתה ומעתה יורשים הבאים מכחה נמי זוכים אף בעיקר כתובה ותוספת ואין כאן משום אין אדם מוריש שבועה ליורשיו או שמא אין בנאמנות כח ויכולת להפקיע זכות היורשים וכמו שיש מן הפוסקים שסוברים כן שאין כח בשום נאמנות אפילו מפורש להפקיע כח היורשים ולמעקר תקנתא דרבנן דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבועה ואע"ג שיש מן הפוסקים ג"כ שסוברים שיש כח בנאמנות למעקר תקנת חכמים מ"מ מצי למימר קים לי כהנך דסברי שאין כח בשום נאמנות וכו' ועוד דע"כ לא פליגי אלא כשהנאמנות הוא מפורש לגמרי ממנו ומיורשיו ולה וליורשיה. אבל כל שהנאמנות הוא סתום כי הכא בנ"ד שאינו כתוב כי אם הנאמנות וכו' ותו לא כ"ע מודו דלא אלים נאמנות כזה למעקר תקנתא דרבנן אלא אדרבא יש לנו לומר על הסתם שלא כוונו בנאמנות כזה למעקר תקנתא דרבנן כל זמן שלא פירשו כן בפירו' מעתה כיון שאין הנאמנות כזה מעלה ומוריד כלל לענין זכות היורשים ממילא הדרא דינא ותקנתא דרבנן לדוכתין דהבא ליפרע מנכסי יתומים וכו' וכיון שמתה לאה קודם שתשבע פקע מינה זכות כתובת' וגם היורשיה הבאים אחריה משום דאין אדם מוריש שבועה ליורשיו על הכל יורנו מורנו מורה צדק המורה לצדקה הדין עם מי ולנו יחשב לחן ולו לחסד וצדקה:

תשובה מה שנסתפק השואל בענין תפיסה זו אי הויא תפיסה לאחר שנולד הספק או לא איני ענין לנ"ד כלל דבין כך ובין כך נכסי בחזקת יורשין קיימין ובהדיא כתב הטור א"ה סימן צ"ו אין האלמנה גובה כתובתה אלא בשבועה לפי' אם מתה קודם שנשבעה אין יורשיה יורשין כתובתה שאין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה

ע"כ וטעמיה כדכתיבנא דבכל מקום נכסיה בחזקת יורשי הבעל הן והיא באה להוציאה מן היורשים ואלו כשמתה האלמנה היתה היא מוחזקת בנכסים אז ודאי היינו אומרים דיורשיה יורשים כתובתה מפני שאין אומרים אין אדם מוריש שבועה וכו' אלא להוציא אבל לא להחזיק וכן ראיתי להרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים סי' ס"ט כיוצא בנ"ד שכתב שם וזה ימים רבים בא מעשה לידי כיוצא בזה ודנתי להחזיק ליורשי האשה באותן המטלטלין שהיתה היא מוחזקת בהן ונתקיימו דברי ע"פ רוב חכמי העיר הזאת ע"כ:

אבל בנ"ד נראה דלא היתה האלמנה מוחזקת בנכסים כשמתה אף ע"פ שהיא נשארה בבית בעלה והנכסים היו שם אינה נקראת בשביל כך מוחזקת בנכסים וכמו שכ' הריב"ש ז"ל בתשובה סי' שס"ד דבר ברור הוא כי הנכסים שהם בבית הבעל אע"פ שכשמת נשארו הנכסים בידה ואהלים כאשר המה אין זו תפיסה של כלום שכל תופס צריך תפיסה גמורה שיקנה הדבר בא' מדרכי הקנויות וכו' אבל בכאן הבית והתיבות והמטלטלים הכל ברשות היורש הן א"כ כיון שלפי הנראה לא היתה היא מוחזקת בנכסים כשמתה נכסים בחזקת יורשי הבעל קיימי וכשמתה אין יורשיה יורשין כתובת' דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואע"ג דנמצאו ביד היורשים קצת בגדים ותכשיטים ושימושי ערש כיון שהיא לא הביאה ראיה שהן מכתובתה בחזקת הבעל קיימי אע"ג דאמרי' בריש פרק אע"פ מטלטלי אף על גב דליתנהו בעינייהו גובה בלא שבועה כבר פי' הרי"ף ז"ל שם והוא דידוע דהני מטלטלי איתנהו מחמת מטלטלי קמאי וכן הרמב"ם ז"ל בפי"ז מהלכות אישות כתב וכן אם נמכרו ונלקחו בהם מטלטלים אחרים ונודע שאלו השניים מדמי המטלטלים הראשונים נוטלת בלא שבועה ע"כ ולפי פירושם ז"ל משמע דליהוי ידוע בסהדי דהני מטלטלים נלקחו מדמי הראשונים וכמו שכ' הרי"ף והוא דידוע וכו' והרמב"ם ז"ל כתב ונודע שאלו השנויים וכו' משמע דאית לן למידע מילתא בסהדי וה"ה והוא הטעם במטלטלים הראשונים דבעינן למידע בסהדי שהם מנדונייתא אבל אי לא ידוע מילתא בסהדי ודאי דנכסי בחזקת יורשי הבעל קיימי וא"כ בנ"ד אפי' שיהיו באותן הנכסים קצת בגדים ותכשיטין ושימושי ערש צריכים יורשי האשה להביא ראיה שהם מנדונייתא: אבל מה שיש לחקור בנ"ד הוא מ"ש השואל שיש בכתובה נאמנות ובהא מילתא איכא פלוגתא דרבוותא אי נאמנות מועיל לגבי יורשים או לא דהרי"ף והרמב"ם ז"ל אית להו דנאמנות מפורש מועיל לגבי יורשים ודעת הרא"ש והתוס' הוא דאין מועיל וכמו שכ' הטור ז"ל בא"ה סי' צ"ח אע"ג דבח"מ סי' ע' כתב בסתמא דנאמנות מפורש מועיל לגבי יורשים ולא הביא שם חולק ולא עוד אלא שסתם נגד דעת אביו

הרא"ש ז"ל והדבר קשה קצת בדברי הטור מ"מ בא"ה סימן הנז' ביאר הדברים יותר יע"ש ומחלוקתם תלוי בפי' הסוגיא דפ' הכותב אמרו שם אמר רב נחמן אמר שמואל משום אבא שאול בן אמה מרים בין דלא נדר ובין נקי נדר בין מנכסי ובין מנכסייא אילין בין הוא ובין יורשיו אין משביעין אותה אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ע"כ דהרי"ף מפרש דברי אבא שאול כך מן הדין לא היו יכולים היורשים להשביעה לא על אפטרופא ולא על פגימ' השטר אבל כיון דתקינו חכמים שהבא ליפרע מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה מסתמא זה לא נתכוון לעקור תקנת חכמים אלא א"כ פי' בהדיא כן נראה מפי' דברי הרי"ף לפמ"ש בהלכות בפרק הכותב וכמו שביאר הר"ן שם והריב"ש בסי' קיח ולפי פירוש זה יצא לו להרי"ף דאם פי' בהדיא שהוא פוטרה ממנו ומיורשיו מהני אבל התוס' והרא"ש פי' דמ"ש אבל מה אעשה ה"ק אע"פ שהוא פטרה בפירוש מן היורשים אין כח בידו לפטור דמה אעשה שהרי תקנו חכמים ז"ל שהבא ליפרע מן היתומים וכו' וא"כ אין כח בידו לעקור תקנת חכמים ור"ח ז"ל כתב הטור שם שדעתו כדעת הרא"ש והתו' אבל קשה דבאותו סי' לעיל מיניה כתב וכן כתב ר"ח מעשי' בכל יום שאין נפרעי' מנכסי' משועבדים אלא בשבועה אע"פ שיש להם נאמנות ומהיורשים בלא שבועה ע"כ הרי כתב דנאמנות מועיל לגבי יורשים מדכתב וגובין מן היורשים בלא שבועה וכן בח"מ סי' ע"א כתב ר"ח ז"ל כתב אע"פ שמועיל נאמנות לגבי יורשים אין מועיל לגבי לקוחות משמע דאית ליה לר"ח דמועיל נאמנות לגבי יורשים וא"כ קשה דהטור כתב בשם ר"ח דברים סותרים זה לזה גם על הרא"ש בפרק הכותב יש להקשות קושיא זאת דכתב שם דר"ח דעתו כדעת התוס' ואח"כ כתב בשם ר"ח מ"ש הטור מעשים בכל יום וכו' ונראה לתרץ ולומר דר"ח עצמו כתב הטור באותו סימן בשמו דוקא דלא קנו מיניה אבל קנו מיניה אין משביעין אותה ולא יורשיה דאלים כח הקנין לפוטרה לגמרי וא"כ מ"ש מעשים בכל יום וכו' דמן היורשים גובין לשבועה וכן מ"ש בח"מ בשמו דפיטור מועיל לגבי יורשי' היינו דקנו מיניה דאלים כח הקנין ומ"ש דאינו מועיל היינו דלא קנו מיניה:

איברא דאכתי קשיא לי איך יחסו הטור והרא"ש דעת ר"ח ז"ל לדעת התוס' והרי הרשב"א בתשובה הוזכרה שם בב"י ז"ל כתב שם וכן דעת הרי"ף ור"ח וכ"ש קנו מידו וכן כ' ר"ח וכן כתב הרמב"ן הרי דהרשב"א יחס דעת ר"ח כדעת הרי"ף וכן הרמב"ן בספר המלחמות כתב דדעת ר"ח כדעת הרי"ף הפך מדברי הטור והרא"ש גם התוס' כתבו דברי ר"ח בפרק הכותב דף פ"ח שכתב וקי"ל כרבי שמעון שנראה שדעתו כדעת הרא"ש ולא כהרי"ף ובאמת יש כאן מבוכה בדברי ר"ח ומ"מ בין כך וב"כ נמצאו הפוסקים מערכה לקראת

מערכה אם נאמנות מועיל לגבי יורשים או לא ור"ח נראה דחלקו הפוסקים בסברתו כמאן ס"ל כדכתיבנא וכיון דנכסי בחזקת יורשי הבעל קיימי היה נראה לכאורה לומר דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים ולא מהני הנאמנות הכתוב בכתובה:

אבל זה ודאי אינו כלום דהרי כתב בזה הסימן ובח"מ ס' ק"ח הרב ב"י בשם כמה גדולים דאפי' החולקים על הרי"ף שאין נאמנות מועיל על היתומים מודו דלכתחלה כיון דאית נאמנות דיינינן ליה כר' אלעזר ובשבועה מיהא גבי ולא מקילינן ביה תרי קולי קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וכיון שכן ודאי אם היה כתוב בכתובה נאמנות בין ממנו בין מיורשיו ודאי דהיו זוכין יורשי האשה וכמו שכתב הריב"ש בסי' ק"ח ובסי' קס"ט אבל אם אין כתוב בכתובה כן אע"פ שיהא נהוג לכתוב בכתובות כן לא אמרי' דכמי שנכתב דמי דהרי הריב"ש ז"ל בסימנים הנז' כתב כיון שיש נאמנות בשטר הכתובה בין ממנו בין מיורשיו כמו שרגילין הסופרים לכתוב בכל הכתובות ע"כ הרי שבזמנו היו נוהגים כל הסופרים לכתוב בכתובות כן מ"מ כתב שם אם בכתובה של זו כתוב בין ממנו בין מיורשיו משמע דלא אמרי' אף ע"ג דלא נכתב כמי שנכתב דמי וכן כ' הרשב"א בשם רבינו האי בתשובה כתבו הרב ב"י בח"מ ה' נאמנות סי' ע"א וז"ל האי מאן דמקבל עליה למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא וכו' אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה וביטול מודעי לא מחשבינן ליה עד דמפרשן ע"כ וכ' עליו הרשב"א ז"ל והרי נאמנות וביטול מודעי שהוא נוהג בכל השטרות ואע"פ כן כיון שאינו מפורש בשטר אע"פ שכתב וקבלית עלי אחריות שטרא כחומר שטרות לא מחשבינן ביה וה"ה בנדון שלפנינו וזה סברא נכונה היא ע"כ הרי דלא אמרי' בנאמנות דאם לא נכתב כמו שנכתב דמי אע"פ שיהא רגיל לכותבו בכל השטרות כ"ש דבזמן הזה אין רגילות לכותבו בכתובות אלא לפעמים כותבין אותו ובפרט נאמנות עליו ועל יורשיו אין נוהגים לכתוב בכתובות אלא במיעוטא דמיעוטא מהם אע"ג שיהא כתוב בכתובה ונאמנות וכו' וכתב הרב מהריב"ל בריש כלל י"ט בפסקיו הראשונים דהיכא דכתוב בשטר וקנינא וכו' אמרי' דאותו קנין הוה דלא כאסמכתא וב"ד חשוב אע"ג דאינו כתוב בשטר כן כיון שכתוב בו וכו' שאני התם שהרי כתב הוא וכבר נהגו הסופרים בזאת העיר מזמן קדמון בעצת חכמים ז"ל לכתוב בשטרות כשיש להם ליתא דאסמכתא וז"ל וקנינא בקנין דלא כאסמכתא וב"ד חשוב וכיון דהיה פשוט בעיר לכתוב כך כתב שם הרב דכיון שכתוב וכו' אמנהגא דעיר סמיך אבל בנ"ד שבכתובות רבות אין כתוב בהם ממנו ומיורשיו אדרבה נאמר דלא אמר וכו' אלא לומר שיהא נאמנות מפורש כב' עדים

כשרים אבל לא נאמר שנכלל בלשון וכו' שיהא נאמנות עליו ועל יורשיו דכל זמן שזה בא לעקור תקנת חכמים צריך שיפרש אותו בהדיא:
ומסתייע הדין סברא ממאי דפי' הרי"ף ז"ל בפשט השמועה ממה שאמר אבא שאול אבל מה אעשה וכו' דאע"פ שמשמעות לשונו משמע שכוונתו לפוטרו מן היורשים מ"מ כיון שהוא בא לעקור תקנת חכמים לא נאמר סתמו כפירושו אע"פ שעל הסתם מובן דבריו כן הוא אלא צריך שיפרש אותו בהדיא ובמאי דכתיבנא לעיל שמפרש הרי"ף הסוגיא דפ' הכותב א"כ משמע דאפי' שעל הסתם יהא מובן הנאמנות על היורשים מ"מ צריך לפרשו בהדיא:
וא"כ זכינו לדון לע"ד שהדין עם יורשי הבעל ואפי' אם תמצא מקום לחלוק על דברי מ"מ אפי' יהא הדבר ספק איך נוציא ממון מיד היורשין המוחזקים דאע"ג דלא היה כאן תפיסת היורשים נכסי בחזקתייהו קיימי כ"ש שהם תפוסים ומוחזקי' ואע"ג דליהוי תפיסה לאחר שנולד הספק בטענת שמא הרי כתב מהריב"ל בפסקיו הראשונים בשם הרי"ף והרב ר"ש בר ברוך דאפי' היכא דאיכא תרתי לריעותא תפיסה לאחר שנולד הספק בטענת שמא לא מפקינן מיד התופס כ"ש דלע"ד הדין ברור עם יורשי הבעל מהטענות שכתבתי והנלע"ד החלושה והקלושה אמרתי כן נלע"ד אם כשמתה האשה לא היתה מוחזקת בנכסים אבל אם היתה מוחזקת בנכסים כבר כתבתי לעיל בשם הרב מהריב"ל ז"ל דכיון דהיתה מוחזקת בנכסים מחזיקינן בהו ליורשי האשה ועל פיו ראוי לדון כיון שהסכימו חכמי דורו אף ע"ג דיש להסתפק בזה מדברי הרב בעל ת"ה סי' ש"ל והרב מהר"ם אלשקאר סי' ל"ג מ"מ על הרב מהר"י ן' לב ז"ל יש לנו לסמוך כדכתיבנא כיון שהסכימו בכך חכמי הדור ההוא ועינן החזקה בנכסים כבר ביארתי באיזה אופן צריך להיות וכמו שכ' הריב"ש ז"ל כמו שכתבתי למעלה הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:
נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נא

שאלה ראובן נשא לו אשה לאה ובשעת כניסתו עמה לחופה כתב לה שטר תנאים ונתיישב על קיומ' בקנין ובשבוע' כמנהג העיר ובכלל' נתחייב שלא לישא אשה אחרת עליה לא בתורת אשה או אמה או פלגש או חשוק' ועמד ראובן נשוי עם לאת אשתו י' שנים ולא זכה ליבנו ממנה והריון לא היה כל ימי היותו עמה ויהי היום בראותו ראובן כי ארכו לו הימי' והשני' ובן או בת אין לו בקש מלאה אשתו שתתן לו רשות לישא אשה

אחרת עליה יתומה או כיוצא בה שתהיה משועבדת לה כדי שיבנה ממנה כי מי יודע מה ילד יום ולא רצתה לאה לתת לו רשות וכראות ראובן כי לא יכול לה שתתן לו רשות הלך וקבץ ג' בעלי תורה והודיע להם צרתו וצעקו ויבך ויתחנן לפניהם שיתירו שבועתו שנשבע בשטר התנאי' שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה ונתרצו לבקשתו והתירו לו השבוע' ובכן בא ראובן הנז' ושאל אם לפי הדין כיון שהתירו לו שבועתו אם הותר לו לישא אשה אחרת עליה בחייה על כרחה שלא ברצונה כיון שיש כח בידו לכלכל שתיהם ואת"ל שהותרה לו שבועתו ויכול לישא אשה אחרת עליה אם יש כח ביד לאה לתבוע ממנו סכי כתובתה ומוציאין ממנו או דילמא אף לזאת אין כח בידה להוציא ממנו סכי כתובת' ואת"ל שיש כח בידה על הדין להוציא ממנו סכי כתובת' שואל ראובן אם היינו דוקא סכי כתובת' שהכניס' לו בנדוניא אבל תוס' אינו מחוייב לפרוע לה כיון שהיא רוצה לצאת ממנו ותובע' סכי כתובתה על כל אלה החלוקו' ילמדנו רבינו הדין דין אמת אם הדין עם ראובן כיון שהותרה לו שבועתו וכוונתו רצויה עשויה באמת וישר לקיים מצוה פריה ורביה או אם הדין עם לאה אשתו ושכר אדוננו כפול מן השמים:

תשובה בענין השבועה ודאי שראובן זה מותר דאע"ג דכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים כלל ד' דהיכא דקבל טובת הנא' מחברו אפי' לדבר מצוה לא היה נמנה להתיר מ"מ כתב שאם התירו מותר ובודאי שבנים דבר מצוה הוא דהיינו מתני' דפ' הבא על יבמתו דשהתה עשר שנים ולא ילדה דהא אפי' הרשב"א דבעי לא ילדה כלל דאם ילדה אמרי' דנסתחפה שדהו כדכתב הרב ב"י בשמו בא"ה סי' קנ"ד הגם כי אותה תשובה אינה מוסכמ' עם מה שכ' ה"ה דבפ' ט"ו בשם הרשב"א דהיכא דהיו לו בנים ומתו דמונה משעה שמתו דמשמע דאע"ג דילדה לא אמרינן נסתחפה שדהו וצ"ע לישב דברי הרשב"א דלא ליפלגו אהדדי ואין כאן מקומו דבנ"ד לא ילדה כלל וכל אפין שוין דהיינו מתני' דשהתה י שנים ופשיטא ופשיטא דמצוה גדולה היא זאת ואם התירו מותר והבית דין אינם ראויים לעונש כיון שהתירו לדבר מצוה ויש להם על מה שיסמכו התוס' והר"ן דכתבו דלא כהרא"ש כדכתב שם הרב מהר"י ן' לב ז"ל:

אבל מה שיש לחקור הוא על השאלה האחרת אם תוכל אשתו לתבוע ממנו סכי כתובתה מכח התנאי אשר לה בכתובה שלא ישא אשה אחרת על אשתו ותחלה צריך אני לפלפל בההיא תשובה דהרא"ש כלל ל"ד ובה יתברר ויתלבן נ"ד כתב שם הרב באותה תשובה וז"ל ואם תשאל שמא ישהא עמה י' שנים ולא תלד ואז הוא מחוייב לישא אשה אחרת והרי הוא מתנה על מה שכתב בתורה אין זה מתנה על מה שכתוב בתורה דאף אם שהתה י' שנים הרוצה לישא אשה אחרת צריך לגרש את הראשונה וליתן את כתובתה

דהנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה ובשביל שלא ילדה לא הפסידה כתובתה דדילמא מיניה הוא וכן נמי המנהג וכו' ועוד אין אנו צריכין לכל זה דלא מיקרי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא היכא דבשעת תנאי ידוע שעוקר דבר מן התורה כגון על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה וע"מ שלא תשמטנו שביעית אבל בנדון זה ששאלת אינו ודאי עוקר דשמא תלד ואף אם לא תלד יכול לגרשה ולישא אחרת וכו' ע"כ. ואיכא לאתמוהי בה טובא חדא כמ"ש דהנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה דהיינו לר' אמי דאית ליה הכי אבל לרבא דקי"ל כוותיה אית ליה בפ' הבא על יבמתו נושא אדם כמה נשים והוא דאפשר למיקם בסיפוקייהו והיא עצמו ז"ל בפסקיו פסק כרבא והרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים ח"א סוף כלל ג' תירץ בשם גדול הדור דהרא"ש איירי כפי התקנה של רגמ"ה במקומות שקבלוה והוא ז"ל הקשה דבאותן המקומות אין המנהג לכתוב בכתובה ע"מ וכו' וזה המנהג אינו כ"א בספרד ובודאי הכי נראה כדבריו ז"ל דלא איירי לפי תקנת רגמ"ה דבעקום אשר נתפשטו תקנותיו אינו יכול לגרשה דכן תקן ג"כ שלא יגרשנה אלא מדעתה ואותו המנהג שאם יעבור וישא יגרשנה ויתן לה כתובתה אינו אלא מנהג ספרד. אבל מ"מ נראה לתרץ לקושיא דהרא"ש איירי בספרד דאיכא מנהג שלא לישא ב' נשים דכתב הרב הנמוקי יוסף בפ' החולץ דכיון דמנהג בעיר שלא לישא ב' נשים הוי כאלו התנה וכמו שהוא בעיר הזאת שיש מנהג שלא לישא ב' נשים ובודאי דבהא מודה רבא לר' אמי:

עוד הקשה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג סי' נ"ד וז"ל ועוד דנראה מדבריו דאם נשבע שלא לישא אשה אחרת דלא חלה השבועה ואיכא למידק דאמאי לא חלה דהרי כלל דברים המותרי' עם דברים האסורים וכו' וכן כ' הריב"ש וכו' יע"ש. ולדידי לא קשיא כלל דהרא"ש לא איירי שם בענין שבועה דודאי דשבועה חלה בכולל אלא בענין התנאי אי הוי תנאי או לא דהפרש גדול יש בין זה לזה דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה קי"ל כר' יהודה דאומרים לו בשאר וכסות תנאך קיים אבל לא בעונה דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה ולא אמרי' מגו דחייל על שאר וכסות חייל על עונה אבל בשבועה לא אמרי' הכי דמי שנשבע שלא לאכול מצה מגו דחייל אשאר ימות השנה חייל נמי בפסח אף ע"פ שנשבע לבטל את המצוה ומה ששאלו להרא"ש לא שאלו לענין השבועה ולא הוזכרה שבועה באותה שאלה כלל אלא מה ששאלוהו הוא דהתנאי לא חל ולזה תירץ דהתנאי חל:

ותו קשיא לי טובא בסוף דברי התשו' שכתב דלא מקרי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא היכא דבשעת תנאו ידוע וכו' דלא איתמר הכי בפ' הזהב אלא לשמואל דוקא דלית

הלכתא כוותיה דרב ושמואל פליגי בפ' הזהב גבי ע"מ שאין לך עלי אונאה דרב סבר תנאו בטל ושמואל סבר תנאו קיים ואמרו שם לימא דרב דאמר כרבי מאיר דבדבר שבממון תנאו בטל ושמואל כר' יהודה דאמר דבדבר שבממון תנאו קיים ותירצו אמר לך רב אנא דאמרי אפי' לר' יהודה ע"כ לא קאמר רב יהודה התם אלא דידעה ומחלה אבל הכא עי ידע דמחיל ושמואל אמר אנא דאמרי אפי' לר' מאיר ע"כ לא קאמר התם אלא דודאי קא עקר אבל הכא מי יימר דעקר עוד הקשו שם מברייתא לרב ותירץ אביי מחוורתא רב דאמר כר"מ ושמואל דאמר כר' יהוד' ורבא תירץ כאן בסתם כאן במפרש וקי"ל כרב וכתירוצ' דרבא ואף ע"ג דקי"ל כר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים צריכים אנו לומר כי היכי דלא ליפלגו הלכתא אהדדי כדקאמר בגמ' אליבא דרב דע"כ לא קאמר רב יהודה אלא היכא דידע ומחיל אבל הכא לא ידע דמחיל א"כ נמצא דאנן דקי"ל כרב גבי אין לך עלי אונאה דכן פסקו הרי"ף והרמב"ם והטור והרא"ש בפסקיו ע"כ אנו מוכרחים לומר טעמא דלא ידע ומחיל והוא הפך סברת שמואל דאמר דודאי עקר דאדרב טפי עדיף היכא דודאי קא עקר דידע ומחיל מה שאין כן באין לך עלי אונאה דלא ידע ומחיל הרי דאפי' במילתא דממונא היכא דלא ידע דמחיל כ"ע מודו דהתנאי בטל וכ"ש במילתא דאיסורא כנדון דידיה דהרא"ש דודאי התנאי בטל וא"כ איך חילק בין ודאי קא עקר למי יימר דקא עקר דלא איתמר הכי אלא אליבא דשמואל:

ועוד איך כתב דבשביעית ודאי קא עקר שכתב כגון לא תשמטנו שביעית הא בפ"ק דמכות פריך בגמ' לשמואל מאונאה לשביעית ואי איתא דשביעית ודאי קא עקר לא פריך מידי דדוקא באונאה תנאו קיים דלאו ודאי קא עקר אבל בשביעית קא עקר ודאי ומכח קושיא זו הוכרחו התוס' לו' בפ' הזהב דשביעית נמי לאו ודאי קא עקר דשמא יפרע לו קודם שביעית מיהו לזה י"ל דהרא"ש פליג על התוס' ובלא"ה צריכים אנו לומר דהרא"ש והטור והרמב"ם פליגי על התו' בהא מילתא ולית להו הך טעמא דאימור שיפרע לו קודם השביעית דקשיא בהו טובא דפ"ק דמכות מדמה ע"מ שאין לך עלי אונאה לעל מנת שלא תשמט בשביעית וכיון שהם פסקו כרב דעל מנת שאין לך עלי אונאה למה פסק הטור בריש הלכות שמטה ויובל וכן הרמב"ם וכן הרא"ש בפסקיו דעל מנת שלא תשמט בשביעית דתנאו קיים אלא צריכים אנו לומר דאית להו דשביעית ודאי קא עקר ולא דמי לאונאה דמי יודע אם יהי' שם אונאה אבל התם הרי יודע שהשביעית תשמט המלוה והרי יש כאן מלוה ושביעית משמטתה בודאי ומשום דילמא יפרע קודם לא אמרי' משום הכי מי יימר דקא עקר כי היכי דאמרי' באונאה וכיון שכן דמי לשאר כסות וכי היכי דהתם תנאו קיים משום דידע ומחיל ה"נ בשביעית אבל גבי אונאה לא ידע

ומחיל. והא דמדמי להו בגמ' בפ"ק דמכות היינו לאביי דאית ליה מחוורתא דרב כר' מאיר ושמואל כר' יהודה ולית הלכתא כוותיה וסוגיא דמכות לא מקשה אלא לאביי ואף על גב דשנוייא לא הוי אלא לאביי דהוי דלא כהלכתא מ"מ כיון דבגמ' מדמי לא תשמטנו בשביעית לע"מ שאין לך עלי אונאה ולא ללא ישמטנו שביעית בטעם נכון נקטינן בההוא שנוייא ולהכי פסקו גבי לא תשמטנו בשביעית דדמי לאין לך עלי אונאה דתנאו קיים דהוי מילתא דממונא וידע ומחיל אי נמי היה אפשר לומר לתרץ קושיא זאת דאית להו לפוסקים דודאי איכא לחלק בין ע"מ שאין לך עלי אונאה לע"מ שלא תשמטנו שביעית דאין לך עלי משמ' טפי שכוונתו לבטל דברי תורה ומאי דמדמי להו בגמרא להדדי הוא דכי היכי דהתם יש חלוק בלשון ה"נ יש חלוק בלשון כמו שתירצו התוס' ז"ל לפירש"י אבל הא' נכון יותר ולמה שהקשינו ראשונה דנראה דסבר כחילוק דאיתמר בגמרא לשמואל י"ל דכוונתו לומר דאע"ג דהתם אמרי' היכא דלא ידע ומחיל דאפי' דבר שבממון תנאו בטל הוא שאפשר לבא לעקור אבל הכא לא יבא כלל לעקור דהא אפשר דתלד ואף אם לא תלד יכול לגרשה א"כ לא יבא לעקור נמצא שכוונתו ז"ל הוא דסמיך אמאי דכתב ואף אם לא תלד יכול לגרשה ולא יבא לעקור כלל זה נ"ל ליישב דבריו ז"ל: ועתה נבא לנ"ד ואומר דבנ"ד דאית לן בכתובות שלא ישא אפרת עליה וגם אית לן שלא יגרשנה אלא מרצונה הרי ליכא ביה טעמא דהרא"ש דאם לא תלד יכול לגרשה דהא התנה עמה שלא לגרשה וא"כ הוי ודאי מתנה על מ"ש בתורה כיון דאין יכול לישא אחרת ולא לגרשה א"כ נתבטל זה מפריה ורביה ובודאי שתנאו בטל דדמי לאין לך עלי אונאה דהא לא חילק הרא"ש בין הא למתנה על מ"ש בתורה אלא מפני שיכול לגרשה אבל היכא דלא שייך הך טעמא י"ל ודאי דמתנה על מ"ש בתורה:

ועוד היה נראה לומר דנפרש לשון התנאי דמעולם לא התנו על כך ודמי למאי דכ' הרא"ש בתשובה הביאה הטור בסי' ס"א דאע"ג דכתיב בשטר בין בדיני האומות וכן אע"ג דכתיב בשטר בלא שומת ב"ד נפרש הלשון דאיירי אם היה גברא אלמא שילך בדיני האומות וכן מה שאמר בלא שומת ב"ד כתב כגון שלא מצא המלוה דיין שרוצה למשכנו וכו' ואע"פ שהלשון הוא כולל כדי שלא יהיה נדנוד עבירה כדכתב שם נפרש הלשון באופן שלא יהיה שם עבירה ה"נ אמרינן הכי שנפרש הלשון דמה שהתנו שלא ישא ולא יגרשנה הוא כשלא יהיה שם דבר מצוה כגון שהתה י' שנים ולא ילדה דודאי לא התנו לעקור דבר מה"ת: אבל לא מצינו למימר הכי משום דלא מצאתי סעד לדברי אדרבה ראיתי להרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"ב שאלה כ"ב שכ' דהא חזינן דמי שנשבע שלא לישא אחרת דלא לישתמיט שום פוסק דלימא היכא שאין לו בנים ממנה שיוכל

לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי אלא אדרבה כתבו שמחוייב לקיים שבועתו וכו' משמע מדברי אותה התשובה שאפי' שכתוב בכתובה שלא יגרשנה ושלא לישא אשה אחרת נפרש הלשון כולל אפי' היכא דאיכא דבר מצוה אע"ג דיש לחלק דאפשר משום חומרא דשבועה אמרו כן לא היא דאדרבא בדברים שבינו לבין קונו אדם נאמן אלא ודאי דמשמע דלשון תנאים אלו נפרשם כולל אעפ"י שיש בדבר נדנוד עבירה ולא כתב הרא"ש באותה תשובה אלא לבני טוליטולה שראה שלא היו נוהגים עפ"י לשון הכתוב בשטרות כדכתב שם באותה תשובה אבל תנאים שלנו ודאי דמשמע כולל אפילו שישהה עמו י' שנים ולא תלד ומ"מ אני אומר דאפילו המתנה כן הוי מתנה על מ"ש בתורה ודמי לאין לך עלי אונאה כדכתיבנא ותנאה בטל דכיון דאינו יכול לגרש ולא לישא אשה אחרת מה יעשה א"כ יעבור על ד"ת וכ"ש אם כתוב בכתובה שלא ישא עליה בחייה דמשמע מדברי הרשב"א בתשובה סי' תתי"ב דמדקאמר בחייה הוסיף דאפילו יגרשנה לא ישא אשה אחרת בחייה יע"ש. וא"כ נמצא זה עובר על ד"ת שבין שיגרש בין לא יגרש לא יכול לישא אשה אחרת ואפילו שלא יהיה כתוב אלא עליה לבד הרי אינו יכול לגרש מכח התנאי דלא יגרשנה וא"כ מתנה על מ"ש בתורה הוי ותנאו בטל:

ויש לי ראיה פשוטה מדברי הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל שכתב בפסקיו שאלה י"ד גבי חרם דרגמ"ה דהוי כתנאים דידן שלא ישא אשה אחרת גם לא יגרשנה אלא ברצונה כתב שם הרב וז"ל דדוקא לגבי ממונא אמרינן הפקר ב"ד הפקר אבל גבי איסורא לא תדע דהא קיי"ל כר' יהודה דאמר המקדש על תנאי שאין לה שאר כסות ועונה אומרי' לו בשאר כסות תנאך קיים דהוה ליה תנאי שבממון וכל תנאי שבממון קיי' אבל בעונה תנאך בטל שהתורה חייבתך בעונה ואין אדם מתנה על מ"ש בתורה ולא יהיה כח גזרת הקהל גדול מכח התנאי שהתנו והסכימו אינהו גופייהו וליכא למימ' וכו' ע"כ הרי מוכח בהדי' דאי אלו התקנות דרגמ"ה דהם כתנאי' דידן שלא ישא אשה אחר' ושלא יגרשנ' הוו תנאים שבין אדם לחברו הוי מתנה על מ"ש בתורה ותנאם בטל:

ועוד לי ראיה מהרב הגדול מורי נר"ו בפסקיו בסימן רי"ד שכתב ח"ל וא"כ זכתה אשת ראובן בדינה שתוכל לבקש מבעלה אם ירצה לישא אשה אחרת עליה שיתן לה כתובת' משלם שהרי אין אשה זו נכנסת בכלל אותם שאמרו נשא אשה ושהה וכו' משמע דאם היה מאות' שאמרו נשא אשה וכו' אע"ג דהתנתה לא תוכל לתבוע כתובתה א"כ בנ"ד דהוי ודאי מאותם שחייבו רז"ל דלא ילדה כלל ויש בכתובה שלא ישא אשה אחרת עליה ושלא יגרשנה אלא מרצונה הוי מתנה על מ"ש בתורה ותנא' בטל ולא תוכל לתבוע כתובתה אם בעלה רוצה לישא לקיים פריה ורביה דכיון דהתנאי בטל משום דמתנה על

מ"ש בתורה חזר הדבר לדין תורה וקיימא לן כרבא דאי' ליה נושא אדם כמה נשים והוא דאפשר למיקם בספוקייהו הנלע"ד כתבתי:
נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נב

שאלה ראובן שאשתו מתקוטטת עמו מדי יום ביומו ומקללת ומחרפת אותו בפניו גם לאביו ולאמו היא מקללת כמה קללות נמרצות ובכלל החרופים והגדופים היא אומרת לו ששוכב עם בתו נשואה ועם כלתו ומתוך כך מונעת אותו לבלתי יכנס בבי' בנו שהוא איש נכבד ויש לו בן קטן גם בבית בתו וחתנו אינה מנחת אותו ליכנס ויש להם ג"כ בן קטן וראובן חשקה נפשו לראות פני הילדים נכדיו ולסיבת חרופי אשתו אינו נכנס לראותם ומלבד כל זה בנו ובתו של ראובן בראותם שחייו אינם חיים מקטטות אמם ומרוב הקטטות אינו אוכל ואינו שוכב כשאר האנשים ובחמלתם עליו כל א' מהם שולחים לו מבתיהם קצת מהאכילה שהם אוכלים והיא לוקחת הכלים עם האכילה ומשברת אותם לארץ ומלבד זה זה יותר משנה א' היא טמאה מטומאת הנדה ואינה רוצה לטבול בשום צד אדרבה כשזוכר לה ראובן ונותן לה מעות שתלך לטבול חוזרת ומחרפת אותו מלבד זה קבצה ולקחה עמה כל הבגדים תכשיטים וכלים אשר להם בבית ותסגר אותם בחדר ביתם ולא הניחה לו לבעלה אפילו מטפחת א' לנגוב את ידיו זאת ועוד אחרת פעמים הרבה סגרה פתח הסולם ואינה מנחת לו לעלות לביתו יורנו מורנו מה דינה של אשה זו אם היא מורדת ותצא בלא כתובה ומה' תהיה משכורתו שלמה:
תשובה תנן בפ' המדיר ואלו יוצאות שלא בכתובה העוברת על דת משה ויהודית ופרשו שם במשנה המקללת יולדיו בפניו ובגמרא אמר רב יהודה אמר שמואל במקללת יולדיו בפני מולידיו וסימניך אפרי' ומנשה כראובן ושמעון יהיו לי אמר רבה דאמר' ליה נכליה אריא לסבא באפי' בריה ע"כ ומוכח מדברי התלמוד דמקללת אבי הבעל בפני בנו של בעל יוצאת שלא בכתובה וכ"כ הטור בא"ה סימן קט"ו אבל הרמב"ם ז"ל כתב בפרק כיד מהלכות אישות שהיא מקללת אבי הבעל בפני הבעל ותמה הרב ב"י שם דלמה לא כתב אפילו בפני בנו של בעל ותירץ דלפי דבריו אתא שמואל לאשמועי' דלא תימא דבפניו דמתני' היינו בפני יולדיו עצמן כלומר שמקללת חמיה בפניו ממש אלא בפני הבעל קאמר וכו'. וקשה לי על פירושו דא"כ מאי האי דאמרו וסימניך אפרים ומנשה כראובן וכו' דמשמע דאתא לומר דאפילו דקלל בפני בן הבעל הרי הוא כבעל דבני בנים הרי הם כבנים ויותר נראה מ"ש בכסף משנה דס"ל להרמב"ם ז"ל דרבה פליג על רב

יהודה דהכי משמע לישנא דנכליה אריא לסבא באפיה בריה דמשמע דבריה דסבא גופיה קאמר וסובר רבה שצריך שיקללנו בפני הבעל עצמו ופסק כרבה: וא"כ בנ"ד אם מקללת לאביו ולאמו בפניו ודאי דלכ"ע מפסד' כתובה אפי' להרמב"ם ז"ל אפילו אם היא אינה מקללת לאביו ולאמו בפניו כיון שכתוב בשאלה שמקלל' לו בפניו ודאי דאין לה כתובה וכדכתוב בתשובות להרמב"ן סי' ק"ב אם מקללתו חנם הדין עמו דהא מקלל' בעלה בפניו מן היוצאות שלא בכתובה. ונראה דלמדו מק"ו דמקלל' יולדיו בפניו ואף ע"ג שהרב ב"י תמה עליו אין לדחות דברי התשובה ההוא כיון שלא מצינו בשאר הפוסקים שיחלקו עליה בפירוש:

ומ"מ צריך בזה תנאים הא' שיתרו בה בפני עדים וכדכתב הטור ז"ל ואם אחר ההתראה קללה תצא שלא בכתובה וכתב המרדכי ז"ל בפרק המדיר בשם הר"ם ז"ל דבהתראה בפעם א' סגי ואם עברה פעם אחרת אח"כ על ההתראה אע"פ שלא התרו בה בשעת מעשה תצא שלא בכתובה וכ"כ בתשובות הרשב"א סימן תתס"ד בשם הר"ם עיין שם ואם לא התרו בה בפני עדים אלא בינו לבינה ועברה אח"כ בינו לבינה אם מודה בהתראה ושעברה כתב הרמב"ם ז"ל דמפסדת כתובה ואם מכחשת בין שמכחשת בהתראה או שמודה בהתראה אבל אומרת שלא עברה אח"כ תשבע: השני נ"ל דאע"ג דבמשנה הוזכר סתם המקללת יולדיו בפניו דמשמע דבכל גוונא מפסדת כתובה מ"מ אפשר דאם הוא מכה אותה ומצערה הרבה דאין להפסיד כתובתה בשביל כך דאין אדם נתפס על צערו ומשום דמצער לה יצאה ממחיצתה ואין להפסידה ומוכח כן לכאורה מלשון הרמב"ן שהבאתי דאמר אם מקללתו חנם הדין עמו דהא מקללת בעלה בפניו יוצאת וכו' ומשמע דמקלל' דיוצאת הוי מקללת חנם כדפתח ברישא אבל אם אינו חנם אלא לסבה אין להפסידה בשביל כך אבל אם קללה אחר ההתראה על לא דבר מן הטעם הזה מפסדת כתובתה דהיינו כתובתה ותוספת ואפילו מנכסי צאן ברזל אינה נוטל' אלא מה שהיא בעין וכן מנכסי מלוג אבל לא מה שכבר בלה ואבד וא"כ אינה נוטלת אלא הנדונייא הדבר שהוא קיים אבל המעות שהכניסה ומה שבלה מהבגדים שהכניסה אין לה כלום בהיות לה התנאים הנזכרים שזכרנו דהיא ההתראה ועברה אח"כ וקללה לבעלה או לאביו ולאמו והוא לא עשה לה סבה גורמת:

אבל שאר הבזויים הנז' בשאלה שעושה היא לו ודאי דראוי ליסרה ולנדותה ולהחרימה ע"כ דהיא חייב' בכבוד בעלה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ' ט"ו מהלכות אישות וכן צוו על האשה שתהיה מכבדת את בעלה ביותר מדאי וכו' יע"ש אבל מ"מ אינם מספיקין להפסידה כתובתה כיון דלא הוזכרו במשנה: עוד יש טעם אחר להפסידה כתובתה

משום דאינ' רוצה לטבול והיא מורדת מתשמיש ואיכא תרי מיני מורדת חד דאמר' בעינא ליה ומצערנא ליה וחד דאמרה מאיס עלי וכבר כתבתי בפסק ארוך כל המחלוקות והסברות אשר יש בספרי הפוסקים באלו שני מיני מורדת כפי דין התלמוד ובמאיס עלי איכא תקנת הגאונים שכתב הרי"ף ואין אותה התקנה אלא במאיס עלי לבד כמו שהארכתי שם וכל הדברים מבוארים בדברי הטור סימן ע"ז והרב ב"י והרמב"ם בפ' י"ד מהלכות אישות והדברים ארוכים. וכבר דקדקתי על כל פרטיהם בפסק הנזכר ועתה אומר בקצרה דכתבתי שם דבמורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה איכא פלוגתא בענין אי משהינן לה תריסר ירחי אחר ששולחים לה מב"ד ואומרים לה הוי יודעת שאת מפסד' כתובתך ואח"כ מכריזין עליה בבתי כנסיות ובתי מדרשות זו אחר זו ואומרין פלו' מרדה על בעלה דאיכא מ"ד דאפי' אחר המלכה והכרזה בעינן שהוי שנים עשר חדש להפסידה כתובתה ואיכא מ"ד דאין השהי' אלא לענין הגט לבד אבל אחר המלכה והכרזה הפסידה כתובה והוא דעת הרמב"ם ז"ל ואיכא מ"ד דאין צריך בה שהי' כלל וא"כ אם בנ"ד דדמי לבעינא ליה ומצערנא ליה היה כאן המלכה והכרזה ודאי דאין להוציא מיד הבעל הכתובה כיון דאיכא מ"ד דמפסדת אפילו בלא שהוי י"ב חדש אבל אם אין כאן המלכה והכרזה אין להפסידה כתובתה ואפילו אם היה כאן המלכה והכרזה אם תפסה היא מבלאותיה קיימין לא מפקינן מינה כיון דאיכא מ"ד דאי תפסה לא מפקינן מינה ובדין מאיס עלי איכא פלוגתי אחריני ואיני מאריך כעת דאינו ענין לנ"ד ואיני מאריך בכל זה דמהטעם הראשון שכתבנו היא מפסדת כתובתה:

הכלל העולה דאם אחר שהתרה בה הבעל קללה אותו בפניו או לאביו או לאמו בפניו והוא לא גרם לה שלא צערה היא מפסדת כתובתה ואין לה אלא בלאותיה קיימין הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נג

שאלה ראובן שהיה נשוי עם אשתו ותלד אחות אשתו בת והלכו שמה כנהוג תוך השמנה ימים ללכת ובאמצע הימים נהיה ראובן ונחלה ונפל למשכב על מטתו בביתו ושלח לקרא לאשתו בא תבא לראותו ולשרתו כי נהיה ונחלה ולא רצתה לבא עד ששלח לקרא לה עד ז' פעמים ולא באת עד שעברו ג' ימים ולסוף ג' ימים באת לביתה עד שאמר לה בעלה למה לא באת ומדוע אחרו פעמיה לבא לראותו כי חלה הוא לראות מה היה לו לבעלה אם חי ואם מת כי שיח וכי סיג לו ותשב אמריה לו שלא עלתה

על לבה לבא ואין רצונה לשרתו כי מחוייבת היא לשרת לאחותה יותר מלשרת בעלה ולא די זה אלא שהוסיף על חטאתה פשע ואמרה בפיה ובשפתיה אין רצוני בבעלי זה ולא יקרא עוד בעלי ויצאה והלכה לבית אחותה כבתחלה והוא מושכב על ערש דוי עד שאחר שעברו כמו שבועים קמו עמדו נשי השכינה ונתרבו עליה לאמר אולי יחזירוה לביתה עד שהנשים האלו נלאו לדבר עמה ולא רצתה לבא אל ביתה כי אמרה אין רצוני לשבת עם ראובן בבית א' בשום צד ואופן כי שנאתיהו באופן שטענתה היא שנאתיו איני רוצה בו כי שנאתיו על זה יורנו גאוננו אם תצא האשה הזאת בלא כתובה אם לאו או אם יהיה מחויב לפרוע לה איזה פרט מנדונייתה או מכתובתה או אם הוא פטור מכל וכל אחר שהיא רוצה גט על הכל יורנו מורנו את הדרך נלך בה ושכרו כפול מן השמים: תשובה בהא מילתא דמורדת איכא פלוגתא דרבוותא טובא ומחלוקתם תלוי בפי' הסוגיא דפרק אע"פ דאמרו שם כלתיה דרב זביד אימרדא הוה תפיסה חד שירא וכו' ואמרו שם במסקנא השמא דלא איתמר הכי ולא איתמר הכי תפסה לא מפקינן מינה לא תפסה לא יהבינן לה ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אניטא ע"כ. ונחלקו המפרשים ז"ל בפירושם דרש"י ז"ל פרשה במאיס עלי וכן הרמב"ן והרשב"א והרא"ש ז"ל בפסקיו אלא שפי' זה נחלק לב' סברות דלהרמב"ן והרשב"א ז"ל דוקא במאיס עלי אמרינן בגמ' תפסה לא מפקינן מינה לא תפסה לא יהבינן לה אבל במורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה אפילו תפסה מפקינן מינה והרא"ש ז"ל בפסקיו נראה דס"ל דלענין דינא מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה שוים ואין חילוק ביניהם כלל אלא הא דלא מיירי במורדת משום דלא סלקא שפיר פירושא דשמעתא דאמרה מרדה הפסידה בלאותיה וכו' דמשמע דמיד הפסידה ואם במורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה הא אית לה כתובה כל זמן שלא בלתה כתובתה או הכריזו עליה ופי' זה מוכח מדברי הטור א"ה סימן ע"ז דכתב דמורדת דבעינא ומצערנא ליה ומאיס עלי דדינם שוה ובכולהו אי תפסה לא מפקינן מינה וכן בשהיית י"ב חדש ואותם הדברים הם נמשכים לדעת אביו ז"ל נראה שהבין מדברי הרא"ש גם כן כמו שכתבתי אעפ"י שמדברי הרא"ש בפסקיו לא היה מוכרח כ"כ זה דהיינו יכולין לומר דמאי דאמר הרא"ש דשוים בעינא ליה ומצערנא ליה ומאיס עלי היינו בשהיית י"ב חדש דכיון דנתנו למאיס עלי דין זה אעפ"י שעומדת להתגרש מיד כ"ש לבעינא ליה ומצערנא ליה כדכתב שם בפסקיו אבל לענין תפסה לעולם דמפקינן מינה באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה דהחמירו בה יותר אלא שאין נראה כן מדברי הטור כמו שכתבתי אמת שאני תמיה קצת על הטור מנין לו לפרש כן כיון דבגמרא לא אמרו כן אלא באומרת מאיס עלי אמאי לא מחמרינן יותר בבעינא ליה ומצערנא ליה דכיון דאפילו במאיס עלי

הוי בעיא ומספיקא לא מפקינן מינה מסתייע דנימא הכי במאיס עלי לחוד ודברי רש"י ז"ל סתומים דהוא פי' עובדא באומרת מאיס עלי ובבעינא ליה ומצערנא ליה לא פי' כלל דעתו ויש מי שפירשו עובדא זו בבעינא ליה ומצערנא ליה וגם פי' זה יוצא לב' דעות אחרו' דהרמב"ם בפרק י"ד מהלכות אישות מפרש עובדא זו באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה אבל באומרת מאיס עלי נוטלת בלאותיה הקיימים ומפסדת השאר מיד ואין בה שהוי י"ב חדש כלל והר"ן ז"ל בפי' ההלכות פירש הך עובדא באומרת בעינא ליה וכו' כפי' הרמב"ם ז"ל אלא שסובר דבאומרת מאיס עלי אינה מפסדת כלום. וכן נחלקו המפרשים בפי' מה שאמרו בגמרא ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא בב' דברים. הא' אי הוי דוקא במאיס עלי או דילמא אפילו בבעינא ליה וכו' או דילמא בבעינא ליה ומצערנא ליה דוקא:

השני אופן השהיה אם היא לגט דווקא כדמוכח לישנא דאגיטא אבל כתובה כבר הפסידה אפילו תחזור בה או דילמא הוי אפילו לענין כתובה הרמב"ם ז"ל אית ליה דהשהיה לאומרת בעינא ליה וכו' אבל למאיס עלי ליכא שהוי י"ב חדש אלא מגרשה מיד וענין השהיה לדעתו נראה מדבריו דהוי לענין הגט לבד אבל הכתובה כבר הפסידה אפילו תחזור בה. הטור והרא"ש ז"ל אית להו דהשהיה הוי בין לאומרת בעינא ליה וכו' בין לאומרת מאיס עלי וענין השהיה לדעתם היא שאם תחזור בה לא תפסיד כתובה כלל. הר"ן כתב בשם יש מי שכתב דהשהיה הוי לתרווייהו אלא דבבעינא ליה ומצערנא ליה אפי' תחזור בה הפסידה כתובתה אבל במאיס עלי אם תחזור בה תוך הי"ב חדש לא הפסידה. הוא ז"ל כתב שם פי' אחר למ"ד דבמאיס עלי מפסדת כתובתה דבין באומרת בעינא ליה וכו' בין באומרת מאיס עלי השהיה לא הוי אלא לענין הגט אבל לענין הכתובה אפילו תחזור בה מפסדת בתרווייהו. הרשב"א ז"ל אית ליה דהשהיה לא הוי אלא לאומרת מאיס עלי אבל היכא דאמרה בעינ' ליה וכו' אין כאן שהיה של י"ב חדש אלא מיד אחר הכרז' של ד' שבתות והמלכה מפסדת כתובתה וכדכתב ה' המגיד בפי"ד מהלכות אישות:

נמצאו במורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה ה' מחלוקו' שנים בענין התפיסה הא' דאם תפסה לא מפקינן מינה השני דאפילו תפסה מפקינן מינה. ובענין השהיה ג' הא' דהשהיה היא לענין הגט אבל הכתובה תפסיד אפילו תחזור בה. הב' דאם תחזור בה לא תפסיד. הג' דשהי' די"ב חדש לא בעי אלא מיד אחר הכרזה והמלכ' תפסיד כתובתה:

ובאומרת מאיס עלי איכא ו' מחלוקות הא' דאי תפסה לא מפקי' מינה אבל לא יהבינן לה. הב' דבלאותיה הקיימים יהבינן לה אפילו דלא תפשה. הג' דעת הר"ן דסובר דבמאיס

עלי לא הפסידה כלום ובענין השהיה ג' מחלוקות הא' דליכא ביה שהוי י"ב חדש והוא דעת הרמב"ם ז"ל. הב' דאית ביה שהיה ואם תחזור לא תפסיד כתובתה. הג' דאפילו תחזור תפסיד כתובתה והוא דעת הר"ן שכתב בפי' ההלכות למ"ד מפסדת:

ובענין נכסי מלוג יש כאן מחלוקות אחרים וכל אלה הדברים הם מבוארים בפוסקים בטור אהע"ז סי' ע"ז ובב"י שם והרמב"ם ז"ל בפרק י"ד מהלכות אישות והר"ן ז"ל בפירוש ההלכות יע"ש זהו דין התלמוד. אבל הרי"ף כתב דתקנת הגאונים היא היכא דאמרה לא בעינא להאי גברא ליתיב לי גיטא וכו' דנוטלת היא נכסי מלוג הקיימים ומנכסי הבעל אינה נוטלת כלום ונכסי צאן ברזל נוטלת הכל ואם אבדו או נגנבו ישלם לה הבעל וכן אם בלו ואין עושין מעין מלאכתן הראשונה זו היא התקנה שכתב שם הרי"ף בהלכות וליתא להך תקנה אלא באומרת מאיס עלי דוקא כדקאמר כד אתיא ואמרה לא בעינא להאי גברא וכו' אבל במורדת דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה לא תקנו הגאונים כלל אלא הניחוהו על דין התלמוד וכן מוכח מדברי הרז"ה שהבין דברי הרי"ף ז"ל דהתקנה דוקא באומרת מאיס עלי וכן נראה מדברי הרמב"ן בספר המלחמות שפירוש דברי הרי"ף כך הוא וכן נראה מתשובת מהר"ם כתבה המרדכי בפרק אע"פ ורמזה הטור בסימן ע"ג אלא ששם כתובה באורך יותר דאי אמרה מאיס עלי בערמה דיינין לה כדין מורדת דעל זה לא תקנו הגאונים משמע בהדיא דתקנת הגאונים ליתא אלא במאיס עלי דוקא וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בפירוש ההלכות שכתב על דברי הרי"ף ובין מעיקר תקנתא וכו' דהיינו מורדת דמאיס עלי ולא מורדת דבעינא ליה וכו' וע"כ יש לתמוה על דברי הר"ן ז"ל שם בפירוש ההלכות שדחה דברי הרי"ף וכתב ואף הרמב"ם ז"ל כתב בפרק הנז' שכדין התלמוד ראוי לתפוס ולדון משמע דלית ליה להרמב"ם ז"ל דכופין לאומרת מאיס עלי אדרבה הרמב"ם ז"ל אית ליה דמדינא הוי דכופין לפי פירושו בסוגיא ומאי דאית ליה להרי"ף מתקנה אית ליה להרמב"ם ז"ל מדינא ואיך סייע עצמו מדברי הרמב"ם לדחות דברי הרי"ף והרב ב"י כתב בסי' ע"ז דלא הביא ראיה מדברי הרמב"ם אלא דלית ליה כהרי"ף במורדת דכופין אבל באומרת מאיס עלי ודאי דאית ליה להרמב"ם דכופין. אבל אי אפשר לומר כן דכבר הוכחתי דאף הרי"ף לא כתב התקנה אלא במאיס עלי דוקא. ואולי י"ל דהר"ן לא הביא ראיה מדברי הרמב"ם דלית ליה דינא דהרי"ף אלא לומר דאין לדון כאותה תקנה אלא על פי דין התלמוד וכיון דדין התלמוד להרי"ף אין כופין לגרש במאיס עלי אין לדון ע"פ התקנה:

נמצא דלפי התקנה להרי"ף במאיס עלי נוטלת כתובתה ר"ל נדוניתה כל מה שהביאה מבית אביה ולא תוספת ובהך תקנה איכא פלוגתא ביני רבוותא אי דיינינן לה האידנא

או לא דמדברי הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל מ"ג משמע דדייני' לה האידנא וכן היה דן הר"ם כדכ' שם אלא דבענין כפיית הגט לא דיינינן הכי אע"פ שהתקנה נר' דהיתה ג"כ לענין כפיית הגט כדמשמע לשון הרי"ף שכתב כל מאן דכייפינן ליה וכו' בין מעיקר תקנתא וכו' משמע דמעיקר התקנה כופין מ"מ סובר דלענין זה נתבטלה התקנה כן משמ' בתשובותיו כלל הנז' ובענין הממון התקנה כדקאי קאי. איברא דקשיא לי דברי הרא"ש ז"ל בפסקיו במ"ש על דברי הרי"ף אפשר לפי שמוכן הקלקול וכו' והביאו הטור בסי' ע"ז דנראה מאותם הדברים דמפרש דעיקר התקנה מתחלה לא היתה לענין כפיית הגט אלא לענין הממון שכן כתב שם שלא תקנו להרבות ממזרים בישראל וכו' משמע דכוונתו לפרש דהתקנה לא נתקנ' לענין הכפייה ומפני כן כתב שם וכן היה דן רבינו מאיר ז"ל כדינא דמתיבתא ולא כתב בענין הממון כדכתב בתשובותיו משום דבפסקיו אית ליה דדינא דמתיבתא לא הוי אלא לענין הממון לבד ולכך סתם ואמר כדינא דמתיבתא אבל בפסקיו דהתקנ' היתה לענין הכפייה ג"כ כתב שם דרבו לא היה דן אלא לענין הממון לבד כן נראה לכאורה דברי הרא"ש דחולק בתשו' עם מ"ש בפסקיו בפי' התקנה וא"כ קשיא ליה לשון מעיקר תקנתא שכתב הרי"ף ז"ל כדכתיבנא דמוכח משם דהתקנה היתה לענין הכפייה ואיך אפשר לפרש הפי' אשר פי' בפסקיו:

מ"מ דעת הרא"ש הוא דלא נתבטלה התקנה לענין המעון וכן דעת הר"ם רבו אבל דעת הרמב"ם ז"ל דנתבטלה התקנה לענין הממון דודאי הרמב"ם ז"ל בענין הממון איירי דבענין הכפייה הרמב"ם ז"ל אית ליה דמדינא הוי דכופין במאיס עלי אלא ודאי דלענין המעון קאמר דאין דנין כן וכתב שם ה"ה ז"ל דהאחרונים הסכימו כן והרשב"א ז"ל:

גם הריב"ש בסי' שס"א ושס"ב הזכיר דינים אלו ע"פ התלמוד ולא הזכיר כלל מהתקנה משמע דאית ליה דנתבטלה אם כן נמצא הדבר מחלוקת אי דיינינן במאיס עלי כדין התקנה או לא:

ועתה נבא לנ"ד ונאמר דאחר אשר ביארנו כמה מחלוקות בענין נ"ד דהיינו מאיס עלי אומר אני דהדין הוא לע"ד דמשהין אותה י"ב חדש ולא יתנו לה מזונות ומעש' ידיה שלה וכדכתב הטור בסי' ע"ז דהך דינא דשהיה גבי מאיס עלי כל הפוסקים שוים בה זולתי הרמב"ם כדכתיב' לעיל ואם תחזור בה בתוך י"ב חדש לא הפסיד' כתובת' כלל דכל הפוסקים שוים בזה גבי מאיס עלי זולת הר"ן שכתב לדעת האומר דמפסד' כתובתה גבי מאיס עלי דאין השהיה אלא לענין הגט לבד אבל הכתובה מפסדת לאלתר והר"ן עצמו לא כתב כן אלא למי שאו' דמפסד' אבל איהו אית ליה דלא מפסד' א"כ ודאי דאם תחזור בה בתוך י"ב חדש אינה מפסד' כלל ואם לא תחזור בה יגרשנה אחר י"ב חדש ולא יתן

לה כתובה כלל לא נדוניא ולא מנה ק"ק ולא תוספ' אבל אי תפסה מנדוניתה לא מפקי' מינה ואפי' אם תפסה מנכסי בעלה עד כדי נדוניתה לא מפקי' מינה כיון דאיכא מ"ד דדיינינן לה לתקנה דמאיס עלי האידנא ושקיל מבעל נכסי צאן ברזל שלה והוא דאמרה מאיס עלי בטענה ותתן אמתלא לדבריה וכדכתב הר"ם דאי לא הוי כדין מורדת ובמורדת ליכא תקנה כדכתיבנא ואז אי תפסה אחר י"ב חדש מבלאותיה קיימין לא מפקי' מינה אבל אם תפסה מנכסי בעלה כדי לגבות נדונייתה מפקי' מינה דכן דין מורדת לפי דין התלמוד ובה ליכא תקנה כלל ואם עבר וגרשה להא דאמרה מאיס עלי שלא בטענה תוך י"ב חדש כיון דדינה כדין מורדת ואיכא מ"ד במורדת דתוך י"ב חדש הפסידה כתובתה והשהיה לא הוי אלא לענין הגט לא מפקינן מיניה ממונא דהוא מוחזק אבל מ"מ אי תפסה היא לא מפקינן מינה ומ"מ אין לו לגרש עד י"ב חדש כדכתיבנא:

עוד כתב הר"ן דאפי' אמרה מאיס עלי אי אמרה רוצה אני להתגרש וליטול כתובה חזר דינא לדין המורד' כן כתב שם בפי' ההלכות ומ"מ קצת אני חוכך בזה דהרא"ש בתשו' כתב כלל מ"ג סי' י"ד בא' שטענה מאיס עלי איני רוצה לדור עמו ואני רוצה שיגרשני ויתן לי כתובתי נתן לה שם הרא"ש דין מאיס עלי משמ' דחולק על הר"ן הנלע"ד כתבתי וחתמתי הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נד

שאלה איש יהודי היה נשוי עם אשתו כעשר שנים ולא ילדה וכמלאת השנים האלה רוצה האיש ליקח אשה אחר' כדי לקיים מצות פריה ורביה כדת מה לעשו' והנה הוא רוצה לפרוע לה כל סכי כתובתה מעו' מדודים ותכשיטין שהכניסה לו אך לא התוספ' באומרו כי הוא מוחז' גבר בגוברין וכי מניע' ההריון הוא ממנ' וע"כ אין עליו לפרוע תוספ' כי נר' כי כן הוא דעת קצת הפוסקי' עוד זאת אדרוש לפני מעלתו על דבר הדורונו' והמתנו' הנתונו' בזמן השדוכין אם יש טעם בשאלתם יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי:

תשובה ענין כזה אירע בעירנו זה ימים ולענין התוספת פסק ה"ה מורי ורבי ז"ל דהוא פטור מהתוספ' משום דמצי למימר קים לי כהראב"ד שכתב בהשגו' פט"ו מה' אישות גבי שהתה עשר שנים ולא ילדה דאין לה תוספת שיאמר על דעת כן לא הוספתי ואין לומר דדעת יחיד הוא ולא מצי למימר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכדכתב הרב מהר"י קולין ז"ל בכמה תשובות דהרי כתב ה' המגיד ז"ל שם דלדברי מי שסובר דהאיילונית אין לה תוספת אפשר שלזו אין לה תוספת והוי סיוע לדעת הראב"ד ז"ל וא"כ הר"א ז"ל לאו יחידאה הוא וכן כתב בפסקיו מורי ז"ל בח"א סי'

ש"ה שכתב שם שדוקא היכא שעמדה עשר שנים שלמים שהיו יכולין לשמש מטותיהם אז הוא דמצינן למימר דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקי' תוספת וכו' משמע דהכי אית ליה וכן זכורני שפסק כן באותו הנדון ועשה מעשה גם הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו בפסקיו שאלה ק"ד פסק כן ועוד כתב שם טעם אחר לומר דתוספת דידן דינו ככתובה ולהרמב"ם ז"ל ג"כ לא יהבינן ליה תוספת כי האי משום דהוי ככתובה ואיהו אית ליה דשהתה י' שנים ולא ילדה אפילו בבעל ראשון לית לה כתובה כמבואר בדבריו שם פרק ט"ו מהלכות אישות: איברא דזכורני דהרב מהר"י אדרבי ז"ל חולק עליהם והוה ס"ל דאין לומר קים לי כהראב"ד ז"ל דדעת יחיד הוא כדכתיבנא ואני יחיד ועני בעקבות הרב הגדול מורי ז"ל אני הולך והרב דמסייע ליה הכהן הגדול נר"ו: ולענין השבועה אשר לו בכתובה ודאי דאין לך דבר מצוה גדול מזה והרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב בפסקיו ח"א דאפי' קבל טובת הנאה מחברו מתירין לכתחלה לדבר מצוה איברא דכתב הוא ז"ל דלא רצה להמנות להתיר לכתחלה מ"מ בדיעבד ודאי דאם התירו מותר וב"ד שימנה להתיר ע"כ אין ראוי לגערו ולמחות בידו אעפ"י שהרב מהר"י ן' לב ז"ל היה מחמיר על עצמו: ולענין המתנות דעת הרב מורי ז"ל בפסקיו ח"א סימן ש"ט דכל המחנות ששולח האב לחתנו וכן מה ששולח החתן לכלה אחר הנשואין הכל הוא של בעל ואם נתאלמנה או נתגרשה לא תגבה אותם מלבד הכתובה אלא בכלל הכתובה יחשבו ואע"ג דהריב"ש ז"ל בסימן ש"א כתב דאם נתנו לה אחרים תכשיטין או מעות בשעת נישואין כמו שהוא נהוג בקצת מקומות שהקרובים לחתן או לכלה נותנין לה בשמחות וגיל איש נזם זהב אצעדה וצמיד טבעת עגיל אלו בודאי הם שלה שהרי למתנה גמורה נתכוונו ע"כ מ"מ לא נהגינן כוותיה אלא נתפשט המנהג דכל המתנות הם של הבעל וכן נר' מדברי הרב מורי ז"ל בתשו' הנז' שנתפשט המנהג כן וא"כ בנ"ד כל המתנות והדרונות הם של בעל ולא ישלם לה אלא הכתובה ולא תוספת ולא מתנות ודורונות:

נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נה

ראיתי מה שכ' הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו והסכים להתיר לראובן לישא אשה על אשתו דלא תקן רגמ"ה בכיוצ' בדבר זה דהוא אינו יכול לדור במקום' מפני צרת המזונות והיא אינה רוצה לצאת ומה יעשה האיש המסכן לתקן דוחק מזונותיו ומי הוא זה ואיזה הוא שיבא אחרי המלך אך אמנם עדיין לבי נוקפי ממה שראיתי בדברי הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה בפסקיו ח"ב סי' רע"ג כמה טרח להתיר לאיש אשכנזי כי אשתו מרד' בו

יותר מד' שנים וחשש הרבה להההיא דהרב מהר"י קולין בשרש ס"ג שכתב דלא נתיר במורדת מפני שלא יבא להתיר בשאינה מורדת וכתב שם מכאן נראה קצת שלא כל אדם רשאי להקל ראשו להתיר בדבר זה מטעם מורדת ומ"מ אני ממשכן עצמי להתיר בנ"ד מן הטעם שאומר וכו' והאריך שם לומר דבההיא מורדת ליכא גזרה דהוי מילתא דלא שכיחא שיש קרוב לד' שנים שאינה מתיחד עמו הרי שלא רצה להתיר אלא במילתא דלא שכיחא אע"ג דמדינא לא תקן הגאון במורדת שלא יבאו להתיר בשאינה מורדת וא"כ נ"ד דהוי מילתא דשכיחא אשר אינה רוצה לצאת ממקומה ולעזוב עמה ומולדתה אע"ג דמן הדין היא חייבת לצאת מ"מ לא נתיר בזו שמא יבאו להתיר באחרות שאינן מורדות: זאת ועוד אחרת שאין כאן טעם ברור לחייב האשה הזאת לצאת ממקומה דאי משום דהוא מדרי פליבנא ולדעת הרי"ף והרמב"ם בן גליל שנשא אשה ביהודה מוציאה בעל כרחה ממקומה הרי ר"ת דפליג עלייהו וכבר כתב המרדכי דאין לכוף לה לאשה ולא לאיש בדבר זה ואי משום מאי דכתב בעל ת"ה בסי' רט"ו דכיון דאין בעלה יכול למצא פרנסתו במקום ההוא דכופין ללכת אחריו במקום שמוצא פרנסתו ולדעתי נטה הרב מהריב"ל בפסקיו הראשונים סי' ע"ה מ"מ כתב דלכאורה נראה דברי הריב"ש שחולק עליו בההיא עובדא דרבי שמואל חלאיו: איברא דיש לי לעשות שלום ביניהם ולומר דההיא עובדא דר' שמואל חלאיו שאני דלא היה ברור לו שבמקום שהיה הולך היה מוצא פרנסתו אלא שהיה רוצה לצאת מתוך המקום ההוא דלא היה בו הצלחה ולא איתדר ליה וללכת למקום אחר על הספק אולי ימצא פרנסתו שם וכן נראה בסי' פ"א בשאלה ששאל ה"ר שמואל חלאיו שכתוב שם וללכת אנה ואנה וכו' כאשר ימצא פרנסתו ולכך ודאי אינו יכול להוציאה כיון דאין ברור לו במקום אשר הולך דשם ימצא פרנסתו בודאי אבל בנדון דת"ה דמשמע דברור לו דבמקום אחר הוא הולך ימצא פרנסתו ודאי דמודה הריב"ש ומ"מ אני רואה הרב ב"י שדחה דברי בעל ת"ה וכיון שכן אין דבר זה ברור כדי לכוף האשה מהך טעמא:

אלא שמ"מ אני אומר דהך תקנה דרגמ"ה הוא דבר חלוש כדכתב שם באותה תשו' מורי ורבי ז"ל דאולי לא היה אלא עד אלף החמישי וטעמים אחרים וכ"כ הר"י אדרבי ז"ל בסי' ש"ה ולכך אין לחוש אם נקל בה קצת וכיון דלדעת בעל ת"ה ומהריב"ל ז"ל הדין נותן שחייבת ללכת אחריו והריב"ש אינו חולק עליהם נאמר דודאי לא תקן הגאון על כך ועוד דרוב הפוסקים חלוקי' על ר"ת וסוברי' דיכולין לכופה להוציא' ממקומ' כיון שהוא מדרי פליבנה ומ"מ לסלק החשש' דאם נתיר בהא לא יבאו להתיר באחרות נלע"ד לעשות מ"ש הרב מהרי"ק ז"ל בסוף שרש ס"ג וז"ל אמנם על אודות האיש אשר התנו

עמו ארוסתו וכו' הנראה נכון בעיני שיעמידם לפני טובי עירו או עירה ואם יסכימו טובי העיר שהם מעוותים אותו אז יבקש מאתם שיכתבו הדברים לפני מורי צדק והם יעיינו בדבר להתיר לו לגרש בע"כ או לישא אשה אחרת דמאחר שיעשה הדבר ע"פ ראשי הקהל לא יבא כ"כ לידי קלות ראש ע"כ גם אני אומר בנ"ד דיתרו לה בבודון בפני טובי העיר שיבא עם בעלה ואם לא תאבה האשה יעשו מעשה ב"ד על כך שלא רצתה לשמוע להתרא' ועם אותו מעשה ב"ד יספיק להתיר לו לישא אשה אחרת ובזה לא יבא הדבר לידי כ"כ קלות ראש ולא יבאו להתיר באחרות וכל זה שכתבנו כתנאי שבמקום ההוא אין לו פרנס' ובמקום אשר הולך מוצא פרנסתו: ולענין שאר כסות ודאי שאינו חייב בכך כיון שמן הדין חייב' ללכת אחריו למקומו והיא אינה רוצה וכמו שכ' הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו וכל דבריו חיים וקיימים:

נאם הצעיר וקטן חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נו

שאלה ראובן שמת בנו לוי בבית חמיו ותשאר אשתו דינה שם בבית אביה זקוקה ליבם אך כל נכסי נדונייתה ומלבושיה הם בבית ראובן חמיה הנז' ובקשה האלמנה הנז' מחמיה שיתן לה מלבושיה ונכסי נדוניתה שרוצה שיהיו תחת ידה וראובן טוען שלוי בנו הנז' היה חייב לו מעות ורוצה להתפרע מנכסי נדונית כלתו דינה הנז' וממלבושיה ודינה טוענת אם היה חייב לו בנו שילך ויגבה ממנו כי היא תובעת נכסי נדוניתה ומלבושיה אשר נשארו לה בביתו ומה גם כי מי יאמר לנו שלא נתפרע הוא מבנו ילמדנו רבינו אם הדין עם האלמנה או לא ומה' תהי משכורתו שלמה:

תשובה נכסי נדוניתה שהכניסה לבעלה אפי' היה בעלה קיים אין ב"ח גובה מהן כדכ' הטור בח"מ סי' צ"ז שכ' שם וכל זה לא מיירי אלא בבגדי שהבעל קונה לה אבל כל מה שהכניס' לו בין נכסי מלוג בין נצ"ב אין ב"ח גובה ממנו וא"כ ודאי שאין לו רשות לראובן לגבו' חוב בנו מנכסי' שהכניס' לו אשתו וכ"ת כיון שהוא תפוס ה"ז כב"ח שגב' ואע"ג דקי"ל דאין ב"ח גובה מנכסי' שהכניס' לבעלה מ"מ אחר שגבה מנין לנו שמוציאין מידו הרי כתב מהרי"ק בשרש י' וז"ל ואין לחלק בין בגדי חול לבגדי שבת וי"ט שהרי הוכיח ר"מ דאין לחלק בין בגדי שבת לבגדי חול אלא דוקא לענין אחין שחלקו אבל לא לענין ב"ח וה"ה לענין הבעל בעצמו דדא ודא א' היא ע"כ למדנו מדברים אלו דהדין אשר יש לבעל בנכסי אשתו למוכרם אית ליה לב"ח לגבות מהן שכן כתב דא ודא אחת היא וכיון שכן הרי כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ל' מהלכות מכירה דהגם דאין לבעל רשות למכור

מטלטלי אשתו מ"מ אם מכרן המכר קיים ע"כ וכיון שכן נאמר בב"ח דהגם דאין לו רשות לגבות מנכסי אשתו מ"מ אם גבה מה שגבה גבה והגם כי רבים חולקים על הרמב"ם ז"ל הרמב"ן והרשב"א כדכתב שם הרב המגיד והרא"ש כתבו הטור בא"ה סימן צ' מ"מ כיון שהרמב"ם ורבינו האיי הוו בחד סברא מצי למימר המוחזק קים לי כהרמב"ם ז"ל ורבינו האיי ז"ל ומה שגביתי גביתי ומהני תפיסתו ואין אנו יכולין להוציא מידו:

ונראה לתרץ לזה דכל היכא דאנו יכולין למעט במחלוקת בין הרמב"ם ושאר הפוסקים ממעטינן דאפושי במחלוקת לא מפשינן וכיון דהחולקים על הרמב"ם ז"ל סוברים דאפילו הבעל שמכר במטלטלים אין המכר מכר מסתייע דהרמב"ם פליג עלייהו בבעל גופיה אבל בב"ח דגרע מיניה וכדכתב שם הטור בשם הרא"ש וכ"ש שאין הב"ח יכול ליטלן בחובו דמלשון כ"ש משמע דב"ח גריע אמרינן ודאי דמודה הרמב"ם דמה שגבה לא גבה. ועם זה נבא לנ"ד ונאמר דלכאורה נראה דראובן זה הוא תפוס ואע"ג דהוא אומר דהוי מלוה ע"פ אהני ליה תפיסה וכדכתב בעל התרומות הביאו הרב ב"י בסימן ק"ז איכא מ"ד דכל מידי דתפיס אינש במלוה ע"פ כיון דאינו גובה מהיתומים אלא על הדרכים הידועים כיון שמת ראובן פקע חובו של שמעון וכו' ואיכא מאן דפליג וכו' ולדידן מסתברא דסברא קמא ליתא דודאי נאמן הוא במגו דלא תפסתי ע"כ משמע דמהני תפיסה במלוה ע"פ אפילו לגבי יתומים וא"כ היה ראוי שיועיל תפיסה שתפס ראובן מנכסי הנדונייא בנ"ד אע"ג דהיא מלוה ע"פ ואע"ג דיש כאן שטר כתובה ונהיה המלוה ע"פ מאוחרת לכתובה הא קי"ל ב"ח מאוחר שגבה מה שגבה גבה ואפילו שלא גבה בב"ד אלא מעצמו מה שעשה עשוי לדעת רובא דרבוותא וכדכתב הטור והרב ב"י בח"מ סימן ק"ד:

ומ"מ אם המלוה ע"פ מאוחרת כיון דשעבד בכתובה מטלטלי אגב מקרקעי בהא לא אמרינן מה שגבה גבה כדכתב הרב ב"י ז"ל בסימן ס' דליכא בזה תקנת השוק וכתב שם דכל דיינא דלא דיין האי לאו דיינא הוא אבל אם המלוה ע"פ מוקדמת עדיין היה מקום לומר דמועיל תפיסתו ואע"ג דלדעת הרי"ף שכתב הטור ז"ל בסימן ק"ד מלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ אעפ"י שהוא מוקדמת והוי כנכסים משועבדים שאינה גובה מלוה ע"פ מהם מ"מ כיון דרבינו האי ואחרים פליגי עליה היינו יכולין לומר דמצי המוחזק שתפס לו' קים לי כוותייהו כל זה היה נר' לכאורה אבל עם מה שכתבנו שאין הב"ח גובה מנכסי נדונית אשתו ואפילו אם גבה מהם לכ"ע מה שגבה לא גבה זכינו לדון דלא אהני ליה תפיסה כלל מה שתפס מנדונייתה:

אבל מה שתפס ממלבושי' שלה בזה יש מקו' עיון דאם אלו המלבושים הכניסה היא בנדונייתה הוי כנכסי נדוניתה ואין מועיל בהם תפיסה כדכתי' אבל אם הן מלבושים שעשה לה בעלה הרי כתב הרמב"ם ז"ל וכתב בה"ת הביאו הרב ב"י בסימן צ"ז דהסכימו עמו קצת המורים דדוקא בגדי חול אין יכול לגבות ב"ח מהם אבל בגדי שבת יכול לגבות מהם א"כ אם אלו הם בגדי שבת ודאי דמהני ליה תפיסתו דהרי יכול לגבות מהם ויכול לומר קים לי כהרמב"ם וסייעתו דיכול לגבות מבגדי שבת וא"כ מה שתפסתי לגבות חובי מבגדי שבת מהאשה מהני תפיסתי ואעפ"י שיהיה מלוה ע"פ שלו מאוחרת לשטר הכתובה דקי"ל בכי הא דכיון דשעבד בכתובה מטלטלי אגב מקרקעי מה שגבה מאוחר לא גבה וכדכתב הרב ב"י סימן ס' וכדכתיבנא מ"מ הרי כתב בסימן ק"ד דהיינו דוקא היכא שנתברר בעדים שאותם הנכסים היו בידו קודם שלוה מהב' אבל אם לא נתברר כן בעדים מחזקינן להו כלוה ולוה ואחר כך קנה וא"כ בנדון דידן נמי אם לא נתברר אם המלבושי' עשה לה הבעל קודם שנתחייב לאביו מחזקינן להו כלוה ולוה ואחר כך קנה ובכי הא קיימא לן מה שגבה גבה:

הכלל העולה מכל מ"ש דבנכסי נדוניית כלתו אין מועיל לראובן תפיסה כלל ויחזיר לה ובמלבושים אם בנו עשה לה קודם שנתחייב לו כיון דיש לה בכתוב' שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי לא מהני ליה תפיסה כלל אבל אם אין ידוע אם עשה לה אחר שנתחיי' לו או קודם מחזקי' ליה כלוה ולוה ואח"כ קנה ומהניא תפיסתו ונאמן בשבועתו לומר שכ"כ חייב לו ויטול:

נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נז

שאלה אלמנה שרצתה לגבות כתובתה ואין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אבל כל בני מתא יעידון ויגידון שהאלמנה הנז' עדיין לא קבלה כתובתה ועדיין לא גבתה אותה ואפילו היורש עצמו אם גזרו עליו שיאמר האמת יודה לה שלא גבת' ולא קבלה כתובתה עדיין לאחר מיתת בעלה אמנם מ"מ טוען לה שתוציא כתובתה ואז תגבה יורנו מורנו אם תגבה כסכום כתובות קרובותיה כמו שהורה הר"י קולין ז"ל הלכה למעשה או אם תאבד כתובתה לגמרי יורנו מורנו מה הדין בזה ושכרו כפול מן השמים אמן:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפ"ק דמציעא דאמרינן התם אמר רבי יוחנן הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתי לא אמר כלום ואיפלגו רבוותא בפירוש' דהאי מימר' בתרי מילי:

האחד דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל סוברים דאיירי רבי יוחנן דוקא במקום שאין כותבין אבל במקום שכותבין ודאי דאם טען פרעתי נאמן דהרמב"ם בפ"ו מהלכות אישות כתב כן בפירוש והרי"ף ז"ל בפרק הכותב על מתניתין דהוציאה גט ואין עמה כתובה כותב שם דהלכה כשמואל דמוקי מתניתין במקום שאין כותבין דוקא ואע"ג דבפ"ק דמציעא משמע לפום ריהטא דסוגיא דמילתא דרבי יוחנן הוי אפי' במקום שכותבין והרי"ף ז"ל כתב בפ"ק דמציעא להא דרבי יוחנן כבר יישב הרמב"ן בס' המלחמות דרבי יוחנן לא איירי אלא במקום שאין כותבין דוקא דבמקום שכותבין ריעא טענת' כיון שאבדה כתובתה ומאי דקאמר אביי לאו מילתא היא דאמרי לא הדר ביה אלא מטעמא דהיה סבור דטעמא דמתניתין לא הוי משום טוען אחר מעשה ב"ד אלא משום דגט הוי במקום כתובה ובמסקנא קאמר דטעמא משום מעשה ב"ד אבל מ"מ במקום שאין כותבין דוקא וכמו שהאריך שם הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות יע"ש ופשוט הוא דזה דעת הרי"ף כפי מה שפירשו בו המחברים וכן כתב מהר"י קולין בשרש י"ט אבל אני תמה מאד על מה שכתב בשרש קי"ד כשהביא דברי החולקים על הרמב"ם ז"ל כתב וכן פסק רב אלפס כרבי יוחנן דאינו כן דאע"פ שפסק כרבי יוחנן מ"מ דעת הרמב"ם אית ליה דאל"כ יקשה מדידיה אדידיה מה שכתב בפ"ק דמציעא עם מה שכתב בפרק הכותב וכן כתב הוא עצמו בשרש י"ט ועוד שכתב ומפרש בפרק הכותב דמילתיה דרבי יוחנן אפילו במקום שכותבין וכדברי התוספות ואי הך ומפרש קאי על הרי"ף כדמשמע פשט לשונו איך אפשר לומר כן דאדרבה מפרק הכותב משמע דהא דר' יוחנן אית ליה דאיירי במקום שאין כותבין דוקא כדי שלא יקשה על מ"ש שם. כלל הדברים שדעת הרי"ף הוא פשוט כדעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל בפסקיו הסכים לדעת הרי"ף ג"כ וכ"כ הטור בשמו בא"ה סימן ק':

אבל המרדכי בפ"ק דמציעא אית ליה דאפילו במקום שכותבין וכדברי התוס' וכמו שהכריח שם הרב מהרי"ק בשרש קי"ד ובמרדכי שלנו כתוב ודלא כהמיימוני פי"ו מהלכות אישות ואם הם דברי המרדכי לא היה צריך הרב מהרי"ק להכריח מהראיה שהביא מדתניא מצא שטר כתובה בשוק וכו' דבהדיא כתב ליה אלא שאפשר שהם דברי המגיה ובין כך ובין כך פשוט דדעתו כדעת התוספות ודלא כהרמב"ם ז"ל ועוד הביא פוסקים אחרים שם מהר"י קולין ז"ל שהם כסברתו דס"ל דאפי' במקום שכותבין כתובה אין יכול לטעון פרעתי וכן הוזכר המחלוקת בטור אהע"ז סי' ק':

המחלוקת השני הוא אי מאי דקאמר ר' יוחנן מעשה ב"ד הוי דוקא עיקר כתובה ולא תוספת או דילמא תוספת נמי דהרמב"ם ז"ל כתב בפי"ו מהלכות אישות דאין תוספת

בכלל הטוען אחר מעשה ב"ד וכן כתב הר"ן בפ' הכותב והמרדכי בפ' שנים אוחזין כדהביא מהרי"ק ז"ל והתוספות ג"כ אבל בסוף פרק הכותב כתב המרדכי ז"ל וז"ל כתב בעל החפץ אשה שאבדה כתובתה ונתאלמנה או נתגרשה גובה אפילו תוספת ומביאין שני' כתובות או שלשה מקרובותיה ונותנים לה בפחות שבהן ובשבועה ע"כ ובסוף פרק הנושא כתב ורבינו שמשון ברבי אברהם פסק כר' יוחנן דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אפילו לא נקטא כתובה וכן פסק הר"ם ז"ל הלכה למעשה ולאו דוקא מנה ומאתים אלא אפילו ק' דינרים דתוספת ונדונייא דהוו להו עתה כב"ד של כהנים שהיו כותבין ארבע מאות זוז ע"כ משמע דאית להו להנהו רבוותא דתוספת ונדונייא הוי ככתובה והוי בכלל הטוען אחר מעשה בית דין. איברא דקשה לי על המרדכי איך בפרק שנים אוחזין סתם דתוספת לא הוי בכלל תנאי ב"ד ובפרק הנושא ובפרק הכותב סתם דהוי בכלל ואי מה שכתוב בפרק שנים אוחזין במרדכי עיין סוף פרק הנושא וסוף פ' הכותב הם דברי המרדכי עצמו ולא דברי המגיה אפשר לתרץ קושיא זאת דהמרדכי כתב כאן דעתו ומ"מ כתב שיש מחלוקת ולכך כתב עיין באלו המקומות כלומר דשם תמצא דאין דעתי זה מוסכם דאני כותב שם סברא כנגד זה ועל הרב מהר"י קולין יש לתמוה דבשרש י"ט תפס להיא סברא דאפילו תוספת הוי בכלל מעשה ב"ד שכן כתב שם ולאו דוקא מנה מאתים אלא גובה כפי מנהג וכו' משמע דאית ליה דהכל גובה ובשרש ק"ד כתב ומאחר דאשכחן לכולהו רברבי דפסקי כרב וכרבי יוחנן וכו' וידוע דמאן דאית ליה דרבי יוחנן אפילו תוספת קאמר פלי"ג ארב דבהדיא אמר רב בפרק הכותב גובה עיקר כתובה ואין גובה תוספת בין במקום שכותבין ובין במקום שאין כותבין ואי אית לן דרבי יוחנן ורב שוים ע"כ אית לן למימר דרבי יוחנן לא אמר מעשה ב"ד אלא מנה ומאתים ולא תוספת וא"כ איהו ז"ל דכתב בשרש י"ט דאית ליה דינא דרבי יוחנן אפילו בתוספת איך בכל אותו שרש קי"ד הזכיר כמה פעמים רב ורבי יוחנן בחדא מחתא דמשמע דהם שוים ועוד אחר שהביא דברי ספר החפץ ודברי המרדכי דכתב בסוף פרק הנושא כתב ומאחר דאשכחן לכולהו אשלי רברבי דפסקי כרב וכרבי יוחנן ואיך אפשר לומר דספר חפץ ומה שכתב המרדכי בפרק הנושא הוא כרב דהוא כתב שם אפילו תוספת ורב אית ליה דתוספת לא גב' ועוד דבאותה תשובה דשרש קי"ד משמע דהרב מהר"י קולין מחייב לפרוע לאלמנה כל הכתובה תוספת ונדונייא וא"כ לפי זה לא מסייעינן כלל מרב דלרב עיקר כתובה דוקא. ואולי כל מה שכתב בשרש קי"ד הוא להכריח דהוא אפי' במקום שכותבין דבהא רבי יוחנן ורב שוין אבל לענין התוספת לא נקטינן כרב אלא כרבי יוחנן ומ"מ סתם הדברים בשרש קי"ד יותר מדאי:

נמצינו למדים דהוי פלוגתא דרבוותא אי האי דרבי יוחנן הוי אפי' במקום שכותבין ואי הוי אפילו תוספת ועתה נבא לנ"ד ונאמר איברא דהרב מהר"י קולין ז"ל פסק דגובה הכל אפילו במקום שכותבין אבל באמת דבריו תמוהים הם דגדול כח המוחזק ויכול לומר קים לי ועד כאן לא קאמר הוא בשרש קמ"ט דאין יכול לומר קים לי אלא כשכל חכמי ישראל חלוקים עליו אבל היכא דאיכא תרי פוסקים דאית להו חד סברא אע"ג דרוב הפוסקים חלוקים מצי למימר קים לי וא"כ איך תוציא האלמנה מהיורשים כיון דמצי למימר קים לי. איברא דהרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג שאלה ק"א כתב דהיכא דאין המיעוט חשוב אפשר דלא מצי המוחזק לומר קים לי אבל בנ"ד חשוב הוא דהם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל דהם שלשת עמודי ההוראה וכבר השרישנו הרב ב"י דראוי לילך אחריהם אפילו נגד כל שאר הפוסקים וכ"ש דיש להם מסייעים הרבה כדכתב שם מהרי"ק רבינו חננאל ורבינו ישעיה ראשון ואחרון א"כ דבר תימה הוא להוציא מן המוחזק נגד סברתם. אמת דיש לתת טעם להרב מהרי"ק דכיון דראה המנהג שנהגו באשכנז ובצרפת ראוי לילך אחר המנהג אפילו להוציא מן המוחזק אבל אנן דלית לן מנהג נראה לי דלא דיינינן הכי אלא אם היורשים יודעים בודאי שאינה פרועה ודאי דדינא הוי כדכתב ספר חפץ דנותנין לה בפחות מקרובותיה וכן כתב הטור בא"ה סימן ס"ו. ועוד כתב שם דאם כתובות בני משפחתו יתירות עולה עמו ואינה יורדת ובהא אפילו הרמב"ם וסייעתו מודים וכדכתב ה"ה ז"ל בפרק י"ז מהלכות אישות ודוקא כשהבעל טוען פרעתי וכו' אבל אם הוא מודה ודאי חייב לפורעה ע"כ אבל אם היורשים טוענים שמא פרועה היא ואינם יודעים ודאי דלא מפקינן מנייהו דמצי למימר קים לן כהרמב"ם והרי"ף והרא"ש ז"ל דבמקום שכותבים היה יכול לטעון פרעתי ואפילו תמצא לומר דהלכתא כמאן דאמר דאפילו במקום שכותבין עדיין אפשר דתוספת ונדונייא לא הוו בכלל מעשה ב"ד וא"כ בתוספת ונדונייא איכא תרי ספקי דפלוגתא דרבוותא ובעיקר כתובה איכא חד וכיון שכן זוזי היכא דקיימו לוקמו ואפילו בעיקר הכתובה מצי למימר קים לן כהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל:

הכלל העולה דאם היורשים מודים בודאי שלא נתפרעה קודם מיתת בעלה כגון שצוה לפני מותו ולא לאחר מיחת בעלה יפרעו לה ככתובה הפחותה משאר קרובותיה ואי אין היורשים מודים או שנסתפק להם לא תגבה כלל ואע"ג דידוע להם דאחר מיתת בעלה לא גבתה אפשר דבשעת מיתה אתפס' צררי או קודם לכן וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפרק י"ו מהלכות אישות אפי' תבעה ביום מיתת בעלה אין לה כלום הנראה לעניות דעתי כתבתי: נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נח

שאלה לאה אלמנה נשאת לשמעון ובכלל תנאי הכתובה נתחייב שמעון שלא יוכל לגרשה בגט כריתות ואם יגרשנה בגט שיחוייב לתת ולפרוע לה נוסף על סכי כתובתה שלשת אלפים לבנים ללאה הנז' ושלשת אלפים לבנים ליתומיה ויהי היום ובא שמעון בקטטה עם אשתו לאה הנז' ונדר נדר ואסר הנאת תשמישה עליו וכראות לאה הנז' שאסר' עליו וחדל להיות לה אורח כנשים להפקד מבעלה כהלכת גוברין יהודאין טענה עליו שיגרשנה בגט ושיפרע לה וליתומיה אות' הסכום שנתחייב בתנאי הכתובה ושמעון משיב אני לא נתחייבתי אלא אם אגרשך ואני איני רוצה לגרשך ובכן לא אתחייב בממון ולאה אף היא תשיב אמריה לו וטוענת כיון שאתה ע"י האיסור שקיימת עליך נתחייבת בגירושין הרי אתה מחוייב לגרשני בגט ונתחייבת א"כ בפרעון הסכום הנז' ילמדנו רבינו הדין עם מי אם מחוייב שמעון בגירושין וכממון או לא ושכר אדוננו גדול מעל שמים:

תשובה המדיר אשתו מתשמיש המטה תנן בפרק אע"פ דיקיים שנת א' יתר מכאן יוציא ויתן כתובה או יפר נדרו וכן פסקו כל הפוסקים וכתב הטור בא"ה סוף סימן קנ"ד כל הנושא בעבירה בין איסור וכו' כופין אותו בשוטי' להוציא וכתב רב אלפס ז"ל דה"ה בכל הנך דקתני בהו יוציא שכופין אותו אפי' בשוטים וכן פירש"י כשנשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה ב"ד כופין אותו להוציא ור"ח כתב כל היכא דאמור רבנן יוציא אין כופין אותו להוציא וכו' ויש לתמוה בדברי הטור דאיך כתב דרש"י דאית ליה בנשא אשה ושהה עמה עשר שנים דכופין דפליג על ר"ח הא אפשר דרש"י סובר כוותי' דכל יוציא ויתן כתובה לא משמע כפייה אלא דנשא אשה ושהה עשר שנים ולא ילדה דהוי פלוגתא דאמוראי בסוף פרק המדיר אם כופין או לא פסק רש"י כרב תחליפא בר אבימי אמר שמואל דכופין משום דשקיל וטרי תלמוד' אליביה ור"ח נמי אפשר לו להודות בההיא דע"כ לא פליגי בסוף פרק המדיר אלא בההוא יוציא ויתן כתובה דשהה עשר שנים משום דמשמע הכי ומשמ' הכי ומר פריש לה הכי ומר פריש לה הכי מכח סברא אבל באינך יוציא ויתן כתובה כ"ע מודו דלא משמע כפייה וכמו שכתב הר"ן בסוף פרק המדיר יע"ש. גם על הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק הבא על יבמתו יש לתמוה דכתב דרש"י משום דכתב בהא דשהה עשר שנים דכופין דפליג על ר"ח וכן כתב דרב אלפס שכתב בפרק הבא על יבמתו דבנשא כופין פליג על רבינו חננאל והעתיק שם לשון הרי"ף שכתב כדברי רש"י ומה הכרח איכא בדברי רש"י והרי"ף דפליגי על רבינו חננאל הא אפשר דאינהו מודו ליה כדכתיבנא:

עוד יש לתמוה על הרא"ש דמה תמה שם על הרי"ף ורש"י ז"ל דאמאי פסקו דכופין בשהתה עשר שנים ולא ילדה נגד הירושלמי הא איכא למימר דפסקו כרב תחליפא משום דשקיל וטרי תלמודא אליביה כדכתיבנא וגם על הרב ב"י ז"ל יש לתמוה שנתקררה דעתו במה שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו שכן כתב רב אלפס דמשום הכי נראה דגירסת הטור שכתב וכתב רב אלפס היא קיימת דהרי הטור כתב בשם הרי"ף ז"ל דה"ה בכל הנך דקתני בהו יוציא ויתן כתובה שכופין אותו אפילו בשוטים והרא"ש ז"ל לא כתב בשם הרי"ף אלא דשהה עשר שנים ולא ילדה כופין וכמו שהעתיק שם לשונו שכתב בפרק הבא על יבמתו וא"כ לא הסכימו דברי הטור עם דברי הרא"ש. ונראה לי לומר דסובר הרא"ש ז"ל וכן ר"ח דתלמוד דידן דפליגי אמוראי בנשא אשה עשר שנים אי כופין או לא פליגי בכל מקום דאמרינן יוציא ויתן כתובה אי הוי כפייה בשוטים או לא דלרב אסי דאמר אין מעשין אלא לפסולות סובר דכל יוציא ויתן כתובה לא הוי כפייה וכן מוכח בירושלמי דכשהקשו עליו מהנהו דהמדיר תירצו אם שמענו שמוציא שמענו שכופין משמע דאית ליה דיש חילוק בין כופין ליוציא ורב תחליפא דסובר דכופין בנשא אשה ושהה עשר שנים אית ליה דכל יוציא ויתן כתובה דמתניתין כופין וכ"ת אמאי לא תני להו במתניתין דהמדיר גבי אלו שכופין איכא לתרוצי כמו שתירצו התוס' בפרק הבא על יבמתו דלא תני הנהו דבאים בפשיעת הבעל יע"ש ופסק ר"ח כרב אסי משום דהירושלמי נקיט ליה הכי עיקר וכדאמרו שם וזהו שתמה הרא"ש על הרי"ף ועל רש"י ז"ל דכיון דאיכא פלוגתא דאמוראי בגמ' דידן ראוי לפסוק כרב אסי כיון דתלמוד ירושלמי מסייע ליה אע"ג דשקיל ושרי תלמודא אליבא דרב תחליפא אין זה כדאי לדחות דברי הירושלמי וזהו טעמו של ר"ח ז"ל וא"כ מאן דפסק כרב תחליפא דאית ליה דבשהה עשר שנים כופין אית ליה, דלא כר"ח ז"ל ולכך כתבו הרא"ש והטור דרש"י והרי"ף דפסקו כרב תחליפא לית להו דר"ח:

אם כן למדנו דהוי פלוגתא דרבוותא אי כופין בכל מקום שאומר יוציא ויתן כתוב' או לא נמצא דבנ"ד דהדיר אשתו מתשמיש המטה דאמרינן יוציא ויתן כתובה למר כופין ולמר אין כופין וכבר כתב הרא"ש בפסקיו דאין לכוף על הספק וכמו שכתב הטור בשמו בסו' סימן קנ"ד אלא שכתב המרדכי בריש פרק המדיר דמפקינן מיניה כתובה מנה מאתים אבל לא תוספת משום דפליגי ר"ח ור"ח אי הוי תוספת ככתובה לכל מילי דלר"ח לא הוי אלא למילי דנתפרשו בריש פרק אעפ"י וכמו שהאריכו התוספת בסו' פרק הבא על יבמתו ומ"מ בנ"ד אפילו ר"ח מודה דאית לה תוספת דכיון דהוא פשע והדירה מתשמיש המטה חייב תוספת ויותר מזה נראה מדברי התוס' בסו' פרק הבא על יבמתו דדוקא

הכפייה שבאה מחמתה הוא דלית לה תוספת אבל אם לא באה מחמתה כגון שהה עמה עשר שנים ולא ילדה אית לה תוספת:

א"כ למדנו בנ"ד דהדיר את אשתו מתשמיש המטה דאין כופין על הגט אלא מוציאין ממנו הכתובה ונדונייא והתוספת אם לא יפר את נדרו וחיוב הממון שנתחייב יותר על סכי כתובתה נראה גם כן דמוציאין ממנו:

ומה שכתוב בשאלה שטוען שמעון דאין כתוב בכתובה אלא אם אגרשך והוא אינו רוצה לגרשה אין זו טענ' דאע"ג דמה שכתוב בכתובה אם יגרשנה ר"ל אם יגרשנה מרצונו אם עתה הוא מגרשה מרצונו הוי דהא אין ב"ד יכולין לכופו על הגט כדכתיבנא:

וכי תימא מ"מ הרי אומ' לו דאם לא יוציא מותר לקרותו עבריינא וכדכתב ר"ח ז"ל וא"כ הרי זה כמי שאונסים אותו דכדי שלא יקראוהו עבריינ' מגרש ואין זה מרצונו הגמור ועוד דכיון דמוציאין ממנו הכתובה ונדונייא ותוספ' הוא רוצה לגרש דהיינו לנקטיה לכובסיה כי היכי דלישבקיה לגלימיה מ"מ אין זה אונס אלא רצון גמור תדע דכל אונס שאדם מביא על עצמו אינו אונס וכן כתב הריטב"א בתשובה על מי שנשבע לגרש את אשתו וגרשה קודם שיתירו לו דלא הוי אונס כיון שהוא הביאו על עצמו וכמו שכת' לשונו הרב בית יוסף בסוף סימן קנ"ד ואפילו במי שנדר בנזירות שמשון לגרש כתב הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו סימן קנ"ד דמגרש ולא הוי אונס כיון שהוא הביאו על עצמו כ"ש בנ"ד דלא הוי אלא נדר ויכול לשאול על נדרו ואינו שואל דודאי לא הוי אלא רצון גמור וחייב לשלם הממון שנתחייב יותר על סכי כתובתה:

ועוד דהסברא מוכחת כן דודאי תנאי זה לא נעשה אלא להבטיחה שלא יגרשנה ואם אתה אומר שכשידירנה מתשמיש המטה שנתבטל התנאי ואינו חייב במה שחייב עצמו א"כ יערי' וידירנ' מתשמיש המטה כדי שיהיה חייב מן הדין לגרשה ויתבטל חיובו וכיוצא בזה הקשה המרדכי בפרק אעפ"י וז"ל וא"ת והא ההוא דהמדיר את אשתו מכל פירות יוציא ויתן כתובה על כרחך היה לה תוספת דאי לית לה אם כן כל אדם שרוצה לגרש ידיר את אשתו מכל פירות שבעולם ויפטר מתוספת וכו' הכא נמי אמרינן הכי וכדכתיבנא על כן נראה לי דאין מזה הטעם זכות לשמעון כלל:

אבל מצד אחר יש לזכותו דתנאי זה הוי אסמכתא ואם אין שם כלל התנאים המסלקים האסמכתא לדעת כל הפוסקים וכמו שנתבאר באורך בדברי הרב ב"י סי' ר"ז יכול שמעון לפטור עצמו מטעם זה ומפני שלא הוזכר בשאלה טעם זה איני נושא ונותן בו ועוד בו הדברים ברורים מפי סופרים ומפי ספרים ובסימן הנזכר נתבארו כל הדברים בפרטות יע"ש. ואין לומר דמשום דהוי בשעת כניסת לחופה אין כאן אסמכתא ודמי למאי דכתב

הרמב"ם ז"ל בפי"א מהלכות מכירה דאע"ג דאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב מ"מ פוסק עם אשתו לזון את בתה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה להדברי' הנקנים באמירה וכבר ראיתי מי שרצה לומר כן ואינו נר' בעיני וכן ראיתי להרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו סי' כ"ז גבי ראובן שקדש את בת שמעון ובשעת הקדושין עשו תנאי' ביניהם וכתב שם דיש שם אסמכתא אם לא קנו בב"ד חשוב ומעכשיו יע"ש. לכן אני אומר דאם אין שם תנאים מסלקים האסמכתא מדין אסמכתא זכה שמעון אבל מהטעם הנז' בשאלה לא זכה כלל הנלע"ד כתבתי נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה נט

שאלה ראובן שדך את בתו עם שמעון ואחר ימים נמלך ראובן ולא רצה לתת את בתו לשמעון ורבו כמו רבו המריבות והקטטות ביניהם והלכו לדין ונתפשרו ונתחייב ראובן שאם לא יתן את בתו לאשה לשמעון שיענש במאה גסים ונשבע ראובן על זה ועתה טוען ראובן שבתו היא בוגרת ואינה ברשותו לקיים תנאו שהיא אינה רוצה לקחתו מרוב האנשים הנושים אשר נשו בו עתה יורנו מורנו המורה לצדקה אם יפטר ראובן בזאת הטענה מהקנס אחר שבתו בוגרת ואינה ברשותו או לא ושכר אדוננו כפול מן השמים:

תשובה בקנס שידוכין איכא פלוגתא דרבוותא דהרמב"ם ז"ל בפי"א מהלכו' מכירה כתב כשהיו חכמי ספרד רוצים לקנות באסמכתא וכו' ועל דרך זו היו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשדוכין וכו' הרי דדע' חכמי ספרד היה דאיכא אסמכתא ג"כ בשדוכין ולהמלט ממנה היו עושים התיקון ההוא אבל הרא"ש כתב הטור בח"מ סימן ר"ז בשמו דליכא אסמכתא בקנס שדוכין וכן כתב בהדיא בכלל ל"ו סימן ב' וסי' ד' וכתב הרב ב"י כמה רבוותא דסברי כוותיה: איברא דקשיא לי טובא דבאותו הכלל סי' ג' גבי רחל היתה נחבאת מפני חמס וכו' כתב בסוף התשובה ועוד יש פנים אחרים לבטל כל הענין מטעם אסמכתא דבעינן קנין ב"ד חשוב כמו שפסקו ר"ח ור"ת ור"י ז"ל וכאן לא היה ב"ד חשוב וכו' והרי באותה תשובה קנס שדוכין היה ששדכה שמעון ועשו קנס ביניהם שכל מי שיחזור בו יתחייב וכו' וא"כ איך כתב דאיכא אסמכתא דהוא סותר למה שכתב בתשובות האחרות ואולי י"ל דודאי דעתו נוטה דליכא אסמכתא אלא שראה מחלוקת של ר"ת ור"י וכמו שכתבו התוס' בפ"ד נדרים שכתב דלכך נהגו לאסוף כל בני העיר בשעת שדוכין היינו כי היכי דליהוי ב"ד וכו' משמע דאית ליה בקנס של שדוכין אסמכתא גם סמ"ג בעשין פ"ד כתב כן בשם רבי' שמשון גם דעת הרמב"ם וחכמי ספרד

כן כמו שכתבתי לכך כתב שם דיש פנים אחרים לבטל כל הענין כלומר עיקר הטעם הוא הטעם הראשון שכתב שם שעליו הוא סומך מפני דהוא סובר דאין טעם אחרון עיקר דאית ליה דבקנס שדוכין ליכא אסמכתא אבל מ"מ יש פנים אחרים כלומ' איכא צד אחרינא לפי סברת קצת מפרשים לבטל כל הענין ואעפ"י שאין דעתו כן מ"מ ריעותא קצת מיהא הויא:

למדנו מכל האמור דהוי פלוגתא דרבוותא אי איכא אסמכתא בקנס שדוכין ואפילו לפי טעם אחר שכתבו התוס' בפ' זה בורר בשם ר"ת לקנס השדוכין משום דשוים הם כל אחד מקנה לחבריה מגו דאי מרווח בעי איהו וכו' בנ"ד איכא אסמכתא דהא לא עשו שניהם קנס זה לזה עד שתאמ' מגו דאי חבריה הדר ביה איהו מרווח גמר ומקנה דראובן הוא שעשה קנס לשמעון שלא יחזור בו אבל שמעון לא עשה קנס לראובן וא"כ ודאי לכלהו הני רבוותא בנ"ד איכא אסמכתא וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא:

אלא דמ"מ איכא למישדי בה נרגא דבנ"ד איכא שבועה ואף על פי דאינו מחוייב מן הדין מחוייב מכח שבועה איברא דהרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב בכמה תשובות בפסקיו דבכל דבר דאיכא פלוגתא דרבוותא אם נשבע הוא פטור מן השבועה דהוא נא נשבע אלא לקיים מה שחייבו התורה וכיון דמן הדין פטור משום דהוי פלוגתא דרבוותא ולא מפקינן ממונא מחזקתיה נפטר גם כן מן השבועה אבל בדבר שהוא פשוט מן הדין שאינו חייב כלל וליכא ביה פלוגת' אז חייב מכח השבועה דהוא נשבע לקיים מה שאין הדין מחייבו כיון שהדין פשוט שלא היה חייב ודאי דידע ואעפ"י כן נשבע לחייב עצמו מכח שבועה זה דרכו של הרב הנזכר ז"ל בכמה תשובות ועל פי דרכו בנ"ד וראי דראובן זה פטור מן השבועה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא כדכתיבנא:

אך אמנה הרב הגדול מורי ורבי ז"ל חלק עליו ואמר דאף ע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא חייב מכח השבועה דאז לא הוי ספק ממונא עד שתאמר קולא לנתבע אלא הוי ספק איסורא דלדעת הנהו רבוותא דסברי דחייב הוי עובר על השבועה וכיון שכן בספק איסור של תורה ראוי להחמיר זה דעתו ז"ל וזה נראה לע"ד אם כן בנדון דידן היה נראה דמחוייב מכח השבועה ומ"מ אני אומר בנ"ד דראובן זה פטור על השבועה דהרי הוא נשבע דאם לא יתן את בתו לו לאשה להתחייב במאה נסים והרי הוא נותן אלא שהיא אינה רוצה והיא ברשות עצמה שהיא בוגרת ומה יש לו לעשות ולא די דטעם זה הוא ראוי לפוטרו מן השבועה דבשבועה לבטא בשפתים בעינן והוא לא בטא בשפתיו אלא אם לא יתן וכו' והרי הוא נותן והיא אינה רוצה וכדכתיבנא אלא אסי' לענין הדין מועיל טעם זה דאפי' לרבוותא דסברי דבקנס שדוכין ליכא אסמכתא אין לחייבו בנ"ד מהך טעמא דהרי אם

לא יתן קאמר והרי הוא מקיים תנאו אלא שהיא אינה רוצה וכדכתיבנא וטעם זה פשוט יברור בעיני באופן שראובן פטור מקנס זה ואין לו עונש שבועה כלל אחרי כותבי ראיתי להרשב"א ז"נ בסי' תשע"א שכתב כדברי בענין כיוצא בזה באחד שנשבע ששדך את בת בתו לבן שמעון וחייב על עצמו לתת דבר ידוע ובקנס ולאחר זמן עמד ושדכה והשיב שם דהוא אנוס כיון דהבת לא רצתה ונ"ד עדיף מההיא דהרשב"א שלשון השבועה הוא אם לא יתן והרי הוא נותן וכדכתיבנא מיהו כתב שם הרשב"א ומיהו אין דברינו אלא במי שהוא כן בודאי ולא במסבב וגורם ודבר פשוט הוא וכן אני או' בנ"ד דאם ח"ו מערים הוא ומסבב לבתו שתאמר שאינה רוצה הוא נכשל לפי דעת הרב הגדול מורי זלה"ה הנראה בעיני עיקר כדכתיבנא:

נאם הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ס

שאלה ראובן נשא ללאה וילדה לו בנים דן ושמעון ותמת לאה ואח"כ נשא את רחל ובעת פטירתו הוא עצמו הגבה לאשתו כתובתה ותשאר האשה רחל הרה ממנו ודן ושמעון אחרי מות אביהם הוציאו לרחל מהבתים של ראובן אביהם שהיתה דרה בחיי בעלה באומרם אליה כי אחרי שגבתה כתובתה מה לה בנכסי בעלה אח"כ ילדה רחל את לוי ותשב האשה רחל חוץ מבתי ראובן בעלה ימים ושנים אחר אשר הוציאוה דן ושמעון בני ראובן אח"כ חזרה רחל עם בנה לוי הקטן לדור בבתי ראובן בעצה יחד עם דן בן בעלה ושמעון הלך לו לעיר אחרת קרובה לעיר ההיא יום או יומים ושיירות מצויות בין שתי העיירות בכל יום ויום והחזיקה רחל בבתים ההם יותר משני חזקה ובתוך הימים ההם בא שמעון פעם ופעמים לעיר ההיא אשר החזיקה רחל בבתים ולא היה לו מקום אחר לדור בעיר ההיא חוץ מהבתים שהחזיקה רחל ובכל זאת לא מיחה כלל בבתים הנז'. עתה נפלו הפרשים ודברי ריבות בין שמעון ולוי שרוצה שמעון לגבות הבתים ההם בכתובא אמו לאה בתורת כתובת בנין דכרין ולוי טוען טענות חדא שאין כתובת בנין דכרין נוהג' בזמן הזה ועוד שמאחר שאמו דרה בבתים יותר משני חזק' אחרי אשר הוציאוה וטענינן ליתמי שאמו לקחם מהיורשין ועוד שהדברים מוכחים כן שאמו ודן והוא השכירו הבתים לאברהם וכן כתוב בשטר השכירות ולהם היה אברהם פורע השכירות ושמעון ידע בכל זה ועברו יותר משני חזקה והגם כי לא היה בעיר הרי שיירות מצויות בין זו לזו וגם כי בא שם פעם ופעמים ולא היה לו מקום לדור כלל ולא מיחה כלל בחזקת רחל ועוד טוען לוי שאפילו שדן החזיק יחד עם אמו שנראה

שהחזיקה משותפת לשניהם בכל זאת אין לו מענה לשמעון עליו מכח דן אחיו שמת והוא יורשו וכיון שהוא ג"כ החזיק בבתים יחד עם רחל רוצה לירש חלקו דאין זה כלום דאמו החזיקה אחר מיתת דן ימים ושנים יותר משני חזקה ואפשר שאמו לקחה משמעון אפילו החלק שהיה מגיע לשמעון מירושת דן טענינן ליתמי ראיה לזה ששמעון עצמו בא בעיר אשר החזיקה רחל בבתים אחרי מות דן אחיו פעם ופעמים ולא היה לו מקום לדור כלל אלא בבתים שהחזיקה רחל ועם כל זה לא מיחה כלל ושמעון טוען שמעולם לא עלתה חזקה לרחל מפני שדן אחיו היה ולא היה חלוק בעיסתו עמו וכיון שדן היה שם הוי כאלו הוא עצמו היה שם ולוי טוען דן חלוק בעיסתו עמך דאין הוצאתך עמו יחד דאת' במקומך תרויח לפרנס את עצמך והוא במקומו מרויח לפרנס את עצמו ועוד אפילו נודה לדבריך החזיקה אמי אחרי מיתת דן כמה ימים ושנים משני חזקה אע"פ שבאת פעמים הרבה בעיר אחרי מיתת דן ולא מחית כלל ומי יודע אם לקחה אמי ממך ולוי יתום קטן שנשאר בבטן אמו אחרי מות ראובן אביו וטענינן ליה על הכל יבא דברך הטוב הרב מורה צדק יורנו מה נעשה והדין עם מי ושכרו יהיה כפול מן השמים:

תשובה יען וביען הנה אנכי נצב על אם הדרך מחמת אימת המשחית יד ה' הויה נטויה בקרב מחננו הוא ברחמיו יאמר די לצרותינו ישמור צאתנו ובואנו לא אוכל להשיב תשובה ראויה רצויה אך אמנה בקיצור מילין וראשי פרקים אדברה נא. איברא דבענין כתובת בנין דכרין אי נוהגת בזמן הזה איכא פלוגתא דרבוותא טובא וכדכתב הטור בא"ה סימן קי"א והריב"ש ז"ל בתשובה סימן ק"ו כתב בארצותינו אלה לא ראינו בעינינו ולא אבותינו ספרו לנו מי שתבע בב"ד כתובת בנין דכרין ומ"מ כתב שאם יבא אדם לתבוע אותה מגבין אותה על פי ב"ד ממקרקעי ועתה שנוהגים לכתוב מקרקעי ואגבן מטלטלי גביא אפילו ממטלטלי והגם כי הרב מהרי"ק ז"ל בסימן הנז' לא היה דעתו מסכים עמו בכך אלא דבכל גוונא לא גבי ממטלטלי גם הרב מורי נר"ו בפסקיו ח"ב סימן צ"ב הסכים לדעת הרב מהריק"א דלא גביא אלא ממקרקעי אפילו שכתוב בכתובה מטלטלי אגב מקרקעי ודוקא היכא דמתו שתיהן מ"מ כל אפין שוין דמקרקעי מיהא גביא אפי' בזמן הזה כיון דרבו הגאונים האומרים דנוהגת אפי' בזמן הזה וא"כ בנ"ד דהוי מקרקעי ומתו שתיהן ודאי דגביא:

ומיהו בעינן דליהוי מותר דינר ואע"ג דאמרי' בפ' מי שהיה נשוי היכא דמתה אחת בחייו וא' במותו נעשה כתובה מותרת לחברתה דלא בעינן מותר דינר וא"כ נ"ד נמי שמתה אחת בחייו ואחת במותו דכוותה היא מ"מ לא דמי דהתם פרש"י טעמא דכיון שהשניה נגבית בתורת חוב אין לך ירוש' גדולה מזו ולא מעקרא נחלה דאורייתא שכשמת נפלו

נכסי' לפני היורשים וכשיצא שטר חוב על אביהם אלו ואלו עושים מצוה לפרוע חובת אביהן וכו' מה שאין כן בנ"ד דהבעל פרע לאשתו כתובתה בחייו ולא פרעו הם כלל הכתובה שכן כתוב בשאלה שהבעל הגבה לה כתובתה בחייו וא"כ אי ליכא מותר דינר על הכתובה של בני הראשונה מעקרא נחלה דאורייתא שלא נפלו נכסים קמי יורשים לומר שהם יפרעו השטר חוב דאביהן בחייו פרע הכתובה וא"כ אי איכא מותר דינר על כתובת בני הראשונה ויש בידן שטר כתובה מקויים ודאי דגובה בנ"ד דאיכא קרקעות אבל אם אין בידו שטר כתובה מקויים כבר כתב הרמב"ם בפ"ט מהלכות אישות דאין להם כלום שמא מחלה אמן כתובתה אבל אם השטר הכתובה מקויים בב"ד ביד שמעון ואיכא מותר דינר הדין עמו מזה הצד כדכתיבנא:

אבל מכח הטענה אחרת שטען לוי יש לו זכות דאע"ג דאין לאשה חזקה בבתי בעלה וכמו שכתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י סימן קמ"ו וז"ל אם הבתים ידועים לבעל אעפ"י שהחזיקה האלמנה שנים הרבה אין לה חזקה לפי שהאלמנה יש לה דירה במדור בעלה ואין לאשה חזקה בנכסי בעלה כל שיש לה זכות דירה במדור וכו' וכיוצא בזה כתב הריב"ש בסימן שכ"ז לאומר שיאמר כן נאמר לו אדרבה משם ראיה טעמא אמרינן התם דלית לה חזקה משום דיש לה דירה במדור בעלה הא היכא דאין לה דירה כמו בנ"ד שכבר גבתה כתובת' ואין לה עוד זכות במדור בעלה ומפני כן הוציאוה היורשים ודאי דיש לה חזקה וכן כתב הרא"ש בתשובה סוף כלל צ"ח גבי ראובן שתבע לשמעון אחיו חלקו מהבתים שהניח אביהם שרוצה לעשות בחלקו רצונו ושמעון טוען שהוא מוחזק בבתים גם אמו מהיום י' שנים וסתרו ובנו בבתים וכו' על כן טוען ואומר שהבתים של אמו והשיב שם מה שטוען שמעון שהוא מוחזק וכו' אבל אם מתה האם ויש לשמעון עדים שאמו החזיקה בבתים חזקתה חזקה וכו' דכיון שאתם טוענים לכל בא מכחה או יורש או לוקח כל מה שהיתה היא טוענת אם היתה קיימת וכו' איברא דבתשובה שאחר זו כתב דפי' מתני' דקאמרה הבא מחמת ירושה אין צריך טענה היינו דוקא שטוען שאביו אמר לו שלקחה אבל אם אינו יודע אם אביו לקחה לה לא טענינן ליה והוא הפך דברי תשובה זו כבר כתבתי בפסק אחר ליישב סתירת שתי התשובות ובודאי דחשובה זו עיקר דהיא מוסכמת לדעת כל הפוסקים ותו איכא לאקשויי בהך תשובה שכתב טוענין לב"ח ולקמן בכלל הבא אחר זה כתב בתשובה אחרת דאין טוענין לב"ח וכבר הארכתי על כל זה במקום אחר ואין כאן מקומו מ"מ למדנו דטענתיה דלוי טענה דכיון דהחזיקה אמו בבתים בפני שמעון והוא ידע דאעפ"י שלא היה בעיר כיון דשיירות מצויות סגי כדכתב הטור בהלכות חזקת קרקעות סימן קמ"ג וא"כ ודאי דחזקת אמו חזקה וטענינן

ליה. ומה שטען דדן לא היה חלוק בעיסתו עמו הרי כתב הר"י ברצלוני וכתבו הטור בסימן קמ"ט דדווקא היכא דהוצאתן ביחד הוא דאין להם חזקה זה על זה אבל הכא כיון דאין הוצאתן ביחד כמבואר בשאלה ודאי דיש להם חזקה זה על זה ועוד דאפי' דנאמר דאין לו חזקה בנכסי שמעון מ"מ לא חשוב דירת דן עם האלמנה כדירת שמעון דאם היה דר שמעון עם האלמנה ודאי דלא היה לה חזקה מהא דאמרי' בפ' חזקת גבי ההוא דאתא לקמיה דרב נחמן ואמר אנא בשכוני גוואי הואי ואמר ליה זיל ברור אכילתך ופירש רשב"ם בחדרים הפנימיים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בביתי שדרת בו ברשותי וכן כתב הרא"ש והעור בסימן ק"מ וא"כ משמע דהיכא דיש לו שמוש עמו דאין לו חזקה משום דלא חשש למחות ואע"ג דפליגי על האי פירושא דרשב"ם רבים מהפוסקי' היינו כדכתב נמוקי יוסף טעמא משום דכיון דהיה דר בפני עצמו מהניא ליה חזקה אבל אם הוא היה דר בביתו פשיטא דלא מהני חזקה וכן נראה מהגהות אשר"י יעויין שם וא"כ אם שמעון היה דר עמה בביתו ודאי דלא הוה מהני לה חזקה אבל אין דירת דן חשובה כדירת שמעון עצמו אף על פי שאינו חלוק בעיסתו עמו עד שתאמר דלא תהני לה חזקה לאלמנה כנגד חלק שמעון ועוד אפי' תאמר דהוי דירת דן כדירת שמעון ולכך שמעון לא חשש למחות הרי אחר מיתת דן החזיקה האלמנה שנים הרבה ולמה לא מיחה ולא חשבינן לה כירדה ברשות דשוב לא מהני לה חזקה כיון דמתחלה היה דן עמה דסוף סוף שלא ברשות ירדה כיון שהיה שם דן וכיון שיצא משם דן היה לו למחות אלא ודאי דחזקת האלמנה חזקה וטענינן ליורש ואע"ג דלוי היה דר עם אמו יחד בבתים אין טעם לומר דאגב לוי שדר שם שהיה לו חלק בבתים דרה אמו דבנדון דהרא"ש ז"ל שהבאתי למעלה היה דר שמעון ואמו ומ"מ קאמר הרא"ש ז"ל דאם מתה אמו טענינן לשמעון שהחזקה של אמו ולא אמרינן אגב שדר שמעון שיש לו חלק בבתים מכח ירושת אביו דרה אמו ועוד שהגיד לי השואל דאמו של לוי דרה שם אחר שיצא לוי משם יותר משני חזקה ולא מיחה בה שמעון:

סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתינן דחזק' אמו של לוי חזקה וטעני' ליה ולהיותי טרוד מאד יד עליכם איני מאריך בראיו' אבל נראה לענין הדין לע"ד כתבתי וחתמתי אם יראה בעיני מורי ורבותי ובפרט הרב הגדול נר ישראל מורי ורבי נר"ו:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סא

שאלה לאה שנתאלמנה מבעל' ולא גבתה סכי כתובתה מנכסי עזבון בעלה וא' משלשה בניה נתן לה מאה פרחי זהב לחשבון סכי כתובתה וכתבה שטר א' עליה וזה נסחו בפעח"מ לאה אלמנת ראובן מדעתה ורצונה בלי שום זכר אונס כלל אלא בלב שלם ובנפש חפצה ודעת שלמה הודתה הודאה גמורה איך נטלה וקבלה מבנה פ' סך כך פרחים נקראים סולטאניס כלם יפים וטובים והם שנטלם לחשבון כתובתה לתחלת פרעון ואחריות וחומר שטר זה קבלה על עצמה לאה הנז' באחריות וחומר כל השטרות הנהוגין היום בישראל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי ועל הכל נטלה לאה הנז' קנין גמור ושלם במנא דכשר למקניא ביה בבטול וכו' ולהוצאות וכו' מסודר וכו' ושלא יפסל וכו' והיה זה פה סופיאה כ"ג לטבת שנת השכ"ה ליצירה והכל שריר ובריר וקיים ע"כ לשון השטר ויהי אחר ימים הלכה האשה האלמנה הנז' לפני ב"ד קהלה וגבתה כל סכי כתובתה משלם במולק"י א' אשר נתנו לה ב"ד בעד כל סכי כתובתה והבן יקיר לה שנתן לה המעות הנזכרו' לחשבון כתובתה ולא נמצא השטר הנז' בידו בשעת גוביינת הכתובה לפחות לה הסך הנז' שכבר קבלה ממנו ולכן גבתה לאה כל סכי כתובתה משלם במולק"י הנז' ואחר כל אלה הדברים נתנה לאה המולק"י הנז' במתנה גמורה לג' בניה שליש א' לכל א' מהם והאלהים אנה לידו של בעל השטר השטר הנז' ממה שהודתה שקבלה ממנו לתחלת פרעון כתובתה ותובע אם המתנה הנז' שנתנה לאה היא מתנה אם לאו אחר שאין לה במה לפרוע השטר חוב הנזכר על זה יורנו מורנו גאוננו גאון יעקב הדין דין אמת ומה' תהי' משכורתו שלמה: תשובה בפרק המפקיד אמרו דשומא בטעות הדרא וכתבו הטור בח"מ סימן ק"כ וז"ל היתה השומא בטעו' כגון שומר חנם שפשע וכו' אפילו מכרו הראשון או הורישו וה"ה נמי אם שמוה לב"ח בחובו וכו' א"כ בנ"ד נמי ג"כ הרי ב"ד ששמו לאלמנה הזאת המולק"י בטעות הוה שהיו סבורים שעדיין לא נתפרע מכתובתה כלל ונמצא הדבר שנתפרע' מקצתה א"כ אותו המקצ' מהחצר ששמו לכתובתה שכבר היה פרועה ממנו לא הוי שומא ובטעות הוא והדרא: אלא שיש מקום עיון קצת דיוכל הדוחה לדחות דמ"מ אבד זכותו אותו הבן מפני דהוי כפורע חובו של חברו דהא רבי' מהפוסקי' סבורים דמאי דאמרי' בסוף כתובות דמי שהלך למ"ה ועמד א' ופרנס את אשתו חנן אומר אבד מעותיו הוי ככל חוב אפילו שאינו מזונות אשתו ואף ע"ג דר"ת וסיעתו פליגי וסברי דדוקא במזונו' אשתו מ"מ יוכלו היורשים המוחזקים לומר קים לן כרובא דרבוותא דסברי דבכל חוב איירי ולמה פרעת ממעותיך לכתובת האלמנה החוב שאין אתה חייב וכיון שפרעת חוב שאינו מוטל עליך אבדת מעותיך:

אך אמנה הא ודאי לאו מילתא היא דהרי כיון שזה א' מן הבנים שיורש נכסי אביהם שהוא המולקיי שהניח אביהם הרי זה יורש השליש והאלמנה תובעת ממנו בכתובת' השליש אשר ירש וזה בא לסלקה במעות דהרי היתומים יכולין לסלק הב"ח במעות שלהם וכדכתב הטור בריש הלכות גביית חוב מהיתומים וכיון שכן פורע חובו של עצמו הוא ולא חוב חברו ורוצה לפדות שליש המולק"י המגיע לו במעות שלו אפילו שפרע יותר מהמגיע לו לשליש שלו מ"מ כיון דהוא יורש המולק"י ועדיין לא חלקו אותו הוי כא' מן השותפין ושייך בחוב ולא הוי פורע חובו של חברו לגמרי עד שתאמר פורע חובו של חברו הוא ומסתייע דאמרינן דאבד מעותיו כשפורע חוב חברו שאין לו בו שייכות כלל אבל כשיש בו שייכו' בגויה אפשר דכולהו רבוותא מודו דלא אבד מעותיו דכיון דאיכא רבוותא דסברי דאפילו פורע חובו של חברו דלית ליה בגויה שייכות כלל לא אבד מעותיו דהיינו ר"ת וסייעתו כדכתיבנא א"כ אפושי במחלוקת בינו ובין החולקים עליו לא מפשינן כולי האי ועוד כיון דלשון השטר הבא בשאלה מורה חיוב שנתחייבה האלמנה על אותן המעות שכן כתוב שם אחריות וחומר שטר זה וכו' וכן כמה חזוקים אחרים מורים שהיא שעבדה עצמה על המעות ההם א"כ משמע דהכוונה היא שאם לא תטול אותם לפרעון כתובתה שמתחייבת לתת אותה לו וכיון שלא קיימה תנאה ליטול אותם בכתובתה שהרי גבתה כתובתה משלם נשארו המעות חוב בשטר אצלה ויוכל לגבות אותם מהקרקע אשר גבתה בכתובתה כיון דהוא חוב עליה א"כ למדנו עכ"פ דיוכל הבן שנתן המאה פרחי זהב לגבותם מהחצר שנתן האשה לשני בניה הנ"ל כתבתי: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סב

ראה ראיתי דברי טובינא דחכימי פלפלא חריפא החכם הותיק הפוסק נר"ו ודבריו חיים וקימים מתוקים מדבש ונופת צופים מיוסדים על אדני אבני הפלפול וסברא ישרה אין וחקר בחדרי חדרים כלם ברורים הנאמרים באמת אך אמנה לענין הדין יש כאן מקום עיון דאע"ג דאשה זו נשבעה מ"מ כיון שעדיין לא הספיק' לגבות כתובתה היה אפשר לומר דכיון דמתה ובטלה חינא לא מזדקקינן לגבות כתובתה מיתומים קטנים ויש להביא ראיה לזה מתשוב' הר"ן ז"ל בסי' ל"ו גבי גרושה שמכרה כתובתה לאחר ובעלה עשה שטר מתנה מהנכסים אשר לו לבנו קטן כתב שם הרב הח' ולפי זה אם זכה אותו קטן באותם הבתים ה"ל נזקקין לנכסי יתומים בודאי וכיון שמתה זו בטל חינא והו"ל כשאר חוב דעלמא דאין ב"ד נזקקין לנכסי יתומים עד שיגדלו ע"כ נראה כוונתו דכיון שהיא

קיימת אף ע"פ שמכרה כתובתה לאחר ואין נמשך לה תועלת מגביית הכתובה מ"מ איכא טעמא דחינא משום דאי לא מזדקקינן ללוקח לגבות הכתוב' לא תמצא מי שיקח כתובתה ולא תנשא ולכך איכא חינא בזמן שהיא קיימת אבל אם מתה בטלה חינא ואין נזקקין ללוקח לגבות כתובתה מיתומים קטנים ה"נ נימא כיון שמתה היא אע"פ שנשבעה כיון שלא גבתה כתובתה ומתה בטלה חינא ואין נזקקין ליתומים קטנים זה היה נ"ל לכאורה:

אלא שיש לחלק דשם הלוקח אין צריך לישבע לגבו' אלא שבועה שלא פקדני היא אע"פ שמתה ויוכל לגבו' מיתומים גדולים דלא שייך בלוקח אין אדם מוריש שבוע' לבניו וכיון שכן מיתומים קטנים לא גב' כיון דאיכא חשש' צררי או שובר אבל בנ"ד שכבר נשבעה ונסתלקה חשש' צררי אע"פ שמתה מ"מ הוי כאלו זכתה בנכסי' וכבר גבתה והיורשים יורשים ממנה וחילוק זה נכון ואע"פ שתרצה להשיב על זה מ"מ כיון דהא דאין נזקקין לנכסי יתומים לא הוי מדינ' אלא מעיקר תקנת' הבו דלא לוסיף עלה כדכתב שם הר"ן באות' תשו' וכיון שכן במה שמצינו ברי' בגמ' שאין נזקקין לנכסיה' לא מזדקקי' אבל במה שאינו ברור נזקקי' לנכסיהם ועוד דיש בזאת החששא מצררי חולשא גדולה מכמה טעמי וכמ"ש החכם הותיק הפוסק נר"ו וכל דבריו האמת והצדק:

נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סג

ילמדנו רבינו ק"ק ניקופול הסכימו הסכמות ביניהם ובכללם הסכמה אחת להוציא ג' פרנסים בכל שנה ושנה מכל קהל וקהל מהג' קהלות והפרנסים מהם יפקחו וישגיחו בעניני תיקוני וצרכי המדינה ועלה מנהון מדי שנתים ימים במעמד ובעצת כל הקהלות יוציאו ג"כ ששה אנשים יועצים ואנשי המעמד בזה האופן ג' אנשים מק"ק של מעלה ישנים אנשים מק"ק ספרדים ואיש אחד מק"ק רומאניוטיש להיותם האנשים ההם אנשי המעמד לבד עם שלשה הפרנסי' אשר יהיו בימים ההם והם יעיינו וישגיחו ויפקחו בעניני ואופני הדרגת הנהגת המדינה ונתנו כל שלשה הקהלות ידם וכחם לפרנסים ולממונים הנז' וסלקו ידם וכחם כל היחידים הנ"ל באופן שכל מה שיעשו הפרנסים והממונים הנז' הכל יהיה רצוי ומקובל בעיני פני כל היחידים מהג' קהלות הנ"ל וקיימו וקבלו עליהם ועל זרעם זאת ההסכמה עם אחרות עמה לתשלום מאה דורות ועל אלו ההסכמות חתמו כל יחידי הקהלות הנזכרים מנער ועד זקן פורעי המסים לא נשאר בהם עד אחד ואחר עבור כמו שמנה שנים קמו קצת מהיחידים והסכימו הסכמה אחרת

ושמו עליהם ראשים על העם פרנסים יועצים ממונים ט"ו אנשים עשרה מק"ק של מעלה וג' מק"ק של מטה וב' מק"ק רומניוטיש והסכימו ביניהם ששלשה מן הממונים האלה ישגיחו ויעיינו ויפקחו בצרכי תיקון והנהגת המדינה בכל שנה ושנה עד תום חמשה שנים ובזאת ההסכמה השנית לא נמצאו בה חתומים יחידי הק"ק כאשר היו חתומים בהסכמות הראשונות רק לבד הט"ו ממונים הנז' כנראה שההסכמה לא היתה מוסכמת מכל יחידי הג' קהלות שאם היו מסכימים היו חותמים בהסכמה כאשר חתמו בהסכמות הראשונות ואחר עבור שנה או שנתים קמו קצת מהממונים החדשים הנז' והסכימו לעשות גאבילה על סוחרי העיר שיפרעו מכל משא שיבא מחוץ לעיר עם סחורה כך וכך וסוחרי המלח שיפרעו מכל עגלה כך וכך ועל מוכרי המזונות הטילו ג"כ זאת הגאבילה כמו הקצבי' ומוכרי היין ודומיהם. ועתה נפל הפרש גדול בין הממונים מתקני הסכמת הגאבילה ובין הממונים אשר לא נמצאו אז שם כשתקנוה וג"כ נפל הפרש בין יחידי הק"ק ואלו הן טענותיהם שכל יחידי הקהלות רובם ככולם ובפרט פורעי הגאבילה הסוחרים שעליהם הוטלה הגאבילה אומרים שאינם יכולים לסבול דבר כזה שמימי עולם ומשנים קדמוניות לא נהיתה כזאת הגם שהוא דבר מצוה שהמעות שיגבו מן הגאבילה הם נותנים לצדקה לעניי העיר עם כל זה אין להם כח ויכולת ללוקחם מן הסוחרים בחזקה שאם נתנו להם כח היחידים מהג' קהלות הוא לגבות המסים והארנוניות והפרעויות ממשא מלך ושרים ודומיהם שהם לתיקון קבוץ המדינה והנהגתה ולא נתנו להם כח לעשות הסכמות חדשות מקרוב באו אשר לא נעשה כזאת מיום הוסדה העיר הזאת ועוד שדבר הגאבילה הזאת אינה שוה בכל יחידי הק"ק רק על הסוחרים לבד המביאים משאות סחורתם מחוץ לעיר ועל מוכרי המלח והמזונות באופן שימצא איש אחד שיפרע בכל שנה גאבילה אלף או אלפים לבנים וימצא איש אחד שאינו נותן כלום וא"כ אינו דבר שוה ודבר פשוט הוא שבדבר דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי אין כח ביד הממונים לכופם ליתן כי דבר זה אינו מגדר מילתא רק פסידא להאי ולהאי כנז'. עוד נפל הפרש בין הממונים שאומרים קצת הממונים אשר לא נמצאו שם בתקנת הגאבילה מי נתן לכם רשות לעשות תקנות והסכמות בלתי רשות כל הט"ו ממונים כמו שהיינו כולנו יחד בעצה יחדיו ואתם לא עשיתם כן רק שמנה או תשעה מכם עשיתם מה שנראה בעיניכם בבלתי רשות האחרים וא"כ אין אנחנו רצויים בזאת הגאבילה שאתם עשיתם בלתי רשותינו הגם שאתם הרוב בענין הסכמה כזאת שהיא חדשה שלא נעשה כן מימי קדם היה לכם לקרוא כל היחידים והממונים לשאול את פיהם לפי שהוא דבר להוציא מעות היה מן הראוי שיקבצו לפחות כל הממונים יחדיו

ואתם לא עשיתם כן רק אתכם לבדכם עשיתם זאת ההסכמ' לכן אין אנחנו רוצים בה באופן שמצד קצת הממונים אינם רוצים שתעשה זאת ההסכמה מהגאבילה. עוד טוענים היחידים שאפי' אם תמצא לומר שכל הממונים יסכימו לעשות זאת הגאבילה מצד אחר אינם יכולים לעשותה שמי נתן כח להם לעשות תקונים והסכמות חדשות שבהסכמה אשר הם חתומים הט"ו ממונים לא הסכימו בהם רוב היחידים וראיה לדבר שלא נמצא בהסכמה הנ"ל שום יחיד כתוב וחתום שם כמו שכתוב וחתום בראשונות באופן שמזאת הטענה אין להם יכולת לתקן שום תקנה שיהיה נגד יחיד או יחידים מהשלשה קהלות לפי שלא הסכימו על זה בתחלה כנזכר. עוד טוענים שקהל אחד מרומאניוטיש שרוב סוחרי הגארשי הם מאותו קהל עם שני הממונים אינם מפוייסים ורצויים מזאת התקנ' מהגאבילה שעליהם נופל שבט עול הגאבילה יותר מכל בני העיר על כל אלה יבא דבר גאונינו מורנו ורבינו ושכרו כפול ומכופל מאת ה' מן השמים. עוד שאל השואל כי היחידים הנזכרים לעיל הם טוענים טענה אחרת יותר גדולה ועצומה מן הכתובות לעיל והיא זאת כי מי נתן כח ורשות ויכולת לאלו החמשה עשר אנשים לשום עצמם ממונים שלשה בכל שנה ולסתור ולהרוס מה שתקנו. כל השלשה קהלות מקטנם ועד גדולם הקדושים אשר בארץ ואחר המה חיים עדנה כנזכר לעיל שההסכמה הראשונה היתה שבכל שנה יוציאו מהשלשה קהלות פרנס אחד מכל קהל וקהל ומדי שנתים ימים יוציאו ששה ממונים שלשה בכל שנה וזאת ההסכמה עם רבוא אחרות עמה שהיו לתועלת קבוץ הקהלות נכתבו ונחתמו מיד כל השלשת קהלות למקטן ועד גדול בקנס נח"ש וקיימו עליהם ועל זרעם אלו התקנות וההסכמות עד מאה דורות כנזכר לעיל ואם כן עתה טוענים היחידים כי מי נתך להם כח לסתור התקנות אשר הסכימו עליהם כל בני העיר וקמו הם ועשו תקנות אחרות להוציא ממונים לחמשה שנים ואם היו ממונים על פי דבור כל שלשת יחידי הקהלות כלם כמו שהיו בראשונה החרשנו אבל עתה שהם עצמם מינו את עצמם לממוני' בבלתי רשות כל היחידי' אין אנו רוצי' שיהיו ממונים ואם עד עתה רצינו שעבר כמו שנתים ימים שהם ממונים באופן שיש פתחון פה לבעל דין לחלוק ולומר שמאחר שקבלנום לממוני' שנתים ימים סברנו וקבלנו זה אינו כלום שהיתה קבלה בטעות ומילת' דפשיטא היא דקבלת דטעות לאו מילתא היא שלא היינו סבורים שסתרו אלו הממוני' מה שקבלו הראשוני' זה שמנה או תשע שנים בקנס נח"ש ונמצא שהסותר תקנות והסכמות הראשונים בבלתי רשות כל היחידים הוא עובר על האלות והשבועות הכתובות בהסכמות הנזכרים מאחר שבאים לסתור מה שבנו זה תשע שנים. על כל אלה יבא דבר מורנו מורה צדק האם יוכלו אלו החמשה עשר ממונים

להרוס ולסתור מה שכבר הסכימו עליהם ועל זרעם למאה דורות בקנס נח"ש או לא ואם יקראו אלו האנשים עוברים על ההסכמות מאחר שהם באים לסתור מה שכבר הסכימו עליהם או' לא וממילא נשמע אם יש יכולת בידם לתקן תקנות חדשות אשר לא נשמע כזאת בכל הארץ הזאת לעשות גאבילה על סוחרי הארץ הלזו על כל פרטי ונדרי השאלות האלה יבא דבר אדוננו ויאיר עיננו בתורתו ושכרו מן השמים:

תשובה נראה לי שאין כח ביד הממונים לתקן הגאבילה על סוחרי העיר מחדש מה שלא היה מעולם מכל הטענות האמורות בשאלה אם מהטענה הראשונה שלא נתנו הקהלו' קדושות כח לממונים לתקן הסכמות חדשות במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ודאי דזכו בטענה זאת דהרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק ראשון סימן מ"ה כתב וזה לשונו ועוד יראה לעניות דעתי דאפילו אם ממוני הקהלות שנתמנו מאת הקהלות ה' ישמרם לפקח על עסקי צבור הם בעצמם היו מתקנים ומחדשים זאת ההסכמה במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ולאו מגדר מילתא היא ולאו מענין מסים וארנוניות וכו' לאו כל כמינייהו לתקן תקנות במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי עוד כתב בחלק ההוא בתשובה אחרת דף קמ"ט וזה לשונו ודוקא בדבר הרשות דלאו מגדר מילתא ואיכא רווחא להאי כמו להאי הוא דאיכא פלוגתא דרבוותא אבל במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי כל אפין שוין דאין כח ביד טובי הקהל ורוב הקהל לתקן תקנות כיוצא בזה וכו':, איברא דלשון המרדכי זכרונו לברכה שכתב בבבא בתרא ששאלתני על ראשי הקהל שבאו לשנות ולהטיל מס על שוה ליטרא קרקע כמו על ליטרא מעות בכל מלכותינו אין נותנים וכו' דהא דאמרינן רשאין בני העיר להסיע על קצתן היינו קצתן שנהגו כבר בה מקודם או שהן עצמן באים לתקן תקנות מדעת כולם וכו' משמע הפך דברי הרב הנזכר דנראה מדברי המרדכי דמשום דמפרש להההיא ברייתא דרשאין בני העיר וכו' שנהגו כבר בה מקודם כפירוש רבינו תם זכרונו לברכה משום הכי קאמר בנדון דידיה דאין יכולים להטיל מס על שוה ליטרא קרקע אבל אם מפרשינן לברייתא כפירוש רש"י זכרונו לברכה שהוא הפך דברי רבינו תם יכולים ראשי הקהל להטיל מס על שוה ליטרא קרקע שלא מדעת כולם אף עפ"י דהוי מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי והוא הפך הנאמר לעיל מדברי הרב מהר"י ן' לב זכרונו לברכה שכתב שכל אפין שוין דאין כח בידם לתקן במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ואין בזה פלוגת' כלל מדברי המרדכי נראה דבהא איכא פלוגתא:

גם מדברי הרב מורי זכרונו לברכה בפסקיו חלק שני סי' ת"י משמע דפליגי בהכי ומכל מקום אפילו דהוי פלוגתא אין כח ביד המתקנים לתקן תקנה חדשה כיון דאיכא פלוגתא

בדבר אם יכולים לתקן או לא והבאים לתקן תקנה חדשה הם הבאים להוציא מהיחידים המוחים ואין כח בידם לתקן במילתא דאיכא ספקא. גם הרב מהר"ר דוד כהן זכרונו לברכה בפסקיו בית י"ג וי"ד כתב דאין כח לרבים שיגזרו על המועטים במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי:

איברא דהרב מורי זכרונו לברכה בתשובה הנזכרת כתב בענין תקנת הצמר שנוהגים פה שאלונוקי שיש כח ביד הרבים לכוף למועטים ומכל מקום כתב וזה לשונו ואם כן פשיטא לעניות דעתי שחייבים המועטים לקיים גזרת הרבים אפילו דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי כיון שיש בגזרה הזאת תקנה לצבור וכו' עד כאן משמע דדוקא בההיא תקנה שהיא תקנת צבור שנמשך היזק ממון רב לישראל מענין העלות הצמר לכך כתב דיש כח ביד הצבור לתקן אבל בתקנה דנדון דידן דאינו תקנה לצבור אלא גאבילה שרוצים לעשות ודאי דאין כח ביד הרוב לכוף למעוט על כך ואף על פי שנותנים הממון לצדקה אין להם לעשות צדקה בממון אחרים שבעלי הסחורות יתנו והאחרים לא יתנו אלא אם ירצו להטיל קצבת צדקה יתנו כלם בשוה לפי ערך הממון ואז הדבר נאה וישר. גם החכם השלם הרב הכהן נר"ו בפסקיו ח"א דף קנ"ט על ששאלוהו שרצו להחרים הצמר המרוטה ויהיו המעות לצרכי צבור וראובן מוחה מפני שמקפחים פרנסתו שהיה קצת בצמר ההיא ופסק שהדין עם ראובן:

ועוד דהרב מורי זכרונו לברכה כתב שם בפסק הנזכר בהגהה והוא שלא יש קהל מנגד אבל קהל אחד הוי כעיר אחד ואין שאר הקהלות יכולים לכוף אפילו שהם רבים וכן כתב הרב מהר"ר דוד כהך זכרונו לברכ' בתשובותיו וכבר בא בשאלה שקהל א' מרומניוטיש שרוב סוחרי השוק מאותו הקהל אינם מפוייסים ומרוצים מזאת הגאבילה ואם כן בטלה ההסכמה לדידהו דאין כח בשאר קהלות לכופם ואפילו שאר הקהלות שקבלוה כיון דתקנו אותה מתחלה על כל העיר ועתה קהל אחד פטרו עצמם ממנה יוכלו לומר לא קבלנוה אלא אדעתא שיקבלו אותה כל הקהלות ותהיה התקנה כוללת לכל העיר ומה שנהגו עד עכשיו בה היתה קבלה בטעות וכבר גלה לנו כל זה הרב מהר"י ן' לב זכרונו לברכה בתשובה הנזכרת סימן מ"ה וזה לשונו ואם לחשך אדם לומר שתהיה ההסכמה קיימת מצד המנהג שנהגו בה כל בני העיר קרוב לעשרה חדשים הא נמי ליתא שהרי הרמב"ם ז"ל וכו' וכתב הרב הנזכר בסוף לשונו הרי לך בהדיא שאפילו שנהגו בהסכמ' הזאת בחשבם שהיו מחוייבים לקיימה אחר שנודע ונתברר על פי חכמים מורי הוראות שהיא בטלה פשיטא ופשיטא שקבלתם בהסכמה הזאת היתה קבלה בטעות

ומכאן והלאה אינם מחוייבים לקיימה עד כאן נתבאר מכאן שאפי' קבלו הסכמה הזאת אינו כלום כיון שקבלוה בטעות שלא נתברר להם הדין:

עוד יש לבטל הסכמ' זאת מהטענ' האחר' הבא' בשאלה שההסכמ' הא' הסכימו בה כל הקהלות הקדושו' וההסכמ' האחרונ' שהסכימו להקים אלו הממונים שתקנו הגאבילה לא הסכימו בה הקהלו' הקדושות שאין חתומים בה אלא הט"ו ממונים לבד ולא שום שאר יחידי הק"ק ובהסכמה הא' חתומים כל יחידי הק"ק נראה ודאי שבהסכמה הזאת לא הסכימו כל הק"ק כראשונה:

גם יש לבטל הסכמה הזאת מכח הטענה אחרת שהוזכרה בשאלה דכיון דההסכמה הראשונה היתה שבכל שנה יוציאו מהג' קהלות פרנס אחד ומדי שנתים ימים יוציאו ששה ממונים וזאת ההסכמה היתה עד ק' דורות בחומרת נח"ש עתה שהסכימו הסכמ' אחרת לבטל הראשונה היה להם להתיר הראשונה ואח"כ להסכים באחרת הסותרת לראשונה וכל זמן שלא התירו הראשונה מה שהסכימו בהפך לה הוי בטל ומבוטל וכן כתב הרא"ש בתשובותיו כלל ז' וז"ל שאלת צבור שהחרימו על דבר ואחר כך החרימו על דבר שהוא הפך הראשון ולא התירוהו אם הקהל הסכימו להתיר החרם קודם שהטילו השניה הרי חלה השניה כיון שהתירו הראשונה אבל אם לא התירו הראשונה אין יכולין לעבור על הראשונה ואין השניה כלום ע"כ:

איברא דשם למעלה איכא תשובה אחרת מהרא"ש דנראה סותרת לזו שכתב שם על קהל שעשו תקנה והטילו חרם עליה שכל מי שהוא סופר ב"ד שיכתוב שטרות של העיר כלה בכתב ידם ואח"כ עשו תקנה בהפך והשיב שם וז"ל קהל שהסכימו לעשות תקנה בחרם ושוב נמלכו לעשות תקנה אחרת לפי צורך הקהל ומגדר מילתא הרשות בידם ובלבד שיתירו החרם שעשו ואם עשו תקנה אחרת ולא הזכירו להתיר החרם לא יפה עשו שעשו מכשול לקהל שעברו על החרם ומ"מ לא נפסלו השטרות שנעשו על פי תקנת הקהל וכו' ומ"מ התקנה השניה קיימת וכו' ע"כ נראה משם דהתקנה האחרונה קיימת אף עפ"י שלא התירו חרם של ראשונה אלא שנראה לי לומר ליישב הב' חשובות דבתשובה קמייתא איירי שהתירו החרם אחר שעשו התקנה השנייה ומ"מ נכשלו במה שלא התירו אותו קודם שיעשו התקנה השניה אבל מ"מ כיון שהתירוהו אחר שעשו התקנה השניה חל החרם האחרון דכבר הותר הראשון ויוכיח זה ממ"ש בסוף התשובה ועוד חכם עוקר את הנדר מעיקרו וכשהתירו את החרם כאלו לא היה חרם מעולם משמע דבהתרת החרם הראשון איירי אבל אם לא התירוהו ודאי דלא חל החרם האחרון:

ולפי זה בנ"ד דלא הותר החרם הראשון ואפילו אם ימנו להתירו אפשר דאין לו היתר דחתומים בו גדולים קדושים אשר בארץ המה ודאי דלא חלה ההסכמ' האחרונה ועדיין בחרם הראשון הם עומדים והיינו מאי דכתב הרא"ש בתשובה האחרונה שהזכרתי דאם לא התירו הראשונה אין השניה כלום לכן מכל אלה הטעמים נראה לי ברור כשמש דאות' הגאבילה אשר תקנו על הסוחרים לית בה ממשא כלל ובטלה היא ומבוטלת ולהיותי טרוד מאד איני יכול להאריך עוד כאשר עם לבבי וגם הדברים ברורים לע"ד:
הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סד

שאלה קהל אחד מארץ אבילונה עשו הסכמה ביניהם שלא יוכל שום יחיד לצאת מן הקהל להתפלל בקהל אחר יותר משלש' ימים והעובר על ההסכמ' יהיה בחרם והסכמה זאת לא חתמו בה כלם רק מקצת הקהל ועתה תלמיד חכם א' יצא מהקהל להתפלל בקהל אחר מחמת שלקחוהו שם בתנאי שכרו ללמוד בישיב' וטוען שיש מצוה להתפלל במקום קביעות ישיבתו ולא תלה ההסכמה במקום מצוה ועוד טוען שבקהל אחר מקום הישיבה מתפללים במהירות ולומדים מיד ואם הוא מתפלל בתוך קהלו יפסיד קצת הקביעות ומערערים עליו ואפשר שיפסיד ועוד שיפסיד קצת לימוד מההלכה עוד טוען שכיון שלא חתמו ההסכמה כולם בדרך כל ההסכמות הנעשות בעיר והוא עצמו לא חתם אותה הסכמה ודאי שלא נתקבלה ההסכמה על כל אלה הטענות יגזור מעלת כבוד תורתך משפט התלמיד הזה ויוציאהו לאורה ושכרו כפול מן השמים:

תשובה נרא' לי דאין התלמיד יכול לצאת מקהלו אם הסכימו בהסכמה זו רוב הקהל דמאי דטען משום דהוי מצוה אי משום שמתפלל במקום קביעות ישיבתו או משום שיפסיד קצת מלמוד ההלכה אינה טענה דהרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו סימן י"ד והרב מהר"ר יהודה מינץ נחלקו על תקנת ר"ג דתיקן שלא לישא ב' נשים אם חלה על מצות פריה וריביה כגון מי ששהה י' שנים עם אשתו ולא ילדה דהרב מהר"ר אליה ז"ל אית ליה דלא תיקן הגאון במקום מצוה דפריה וריביה והרב מהר"ר יהודה מינץ ז"ל חלק עליו וכתב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג סימן נ"ד דמי יוכל להכניס ראשו בין ההרים ולהכריע ביניהם וכיון שכן בנ"ד דלדברי הרב מהר"י מינץ ז"ל שאמר דהחרם חל אפילו על דבר מצוה מאחר שהוא סתמי וכולל כמו שחרם רגמ"ה חל אפילו על דבר מצוה משום שהוא סתמי וכולל א"כ הוי ספק חרם דאורייתא ואזלינן ביה לחומרא כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה ועוד דאפילו הרב מרא"ם ז"ל מודה בנ"ד דבין שנפרש

דאית ליה דלא תיקן ר"ג על כך מפני שלא היה יכול לתקן בדבר מצוה או שנפרש דאית ליה דאע"פ דהיה יכול לתקן על כך נאמר דכוונתו לא היתה לתקן לבטל מצוה וכמו שנסתפק בזה הרב מהר"י ן' לב ז"ל יע"ש מ"מ בנ"ד לכל הצדדים חל החרם דהא ודאי נ"ד לאו מצוה מה"ת היא שנאמר שלא היה כח לקהל לתקן ולא חל החרם דאע"ג דרבי אמי ורבי אסי הוו מצלי ביני עמודי דגרסי וכתב הטור בהלכות תפלה סימן צ' דיש אומרים דאפי' ביחיד עדיף להתפלל שם מלהתפלל בבית הכנסת בעשרה מכל מקום אין זה אלא מדרבנן ולא הוי מצוה מן התורה. ועוד דהרב רבינו יונה ז"ל כתב וזה לשונו שיותר נכון להתפלל יחידי במקום ששם קביעות התורה יומם ולילה מלהתפלל בבית הכנסת עם הצבור ע"כ משמע דהא דרבי אמי ורבי אסי הוו מצלי התם משום דהתם גרסי תדיר כל היום אבל במקום דגריס שם שעה אחת בבקר אפשר שאינו חשוב כל כך להתפלל שם אע"ג דהויא מצוה קצת. וכן הא דמתבטל קצת מלמוד ההלכה דמי להאי ולא עדיף הא מקריאה בתורה בצבור שכתב הרב ב"י בטור יו"ד סימן רל"ט בשם הר"ש בר צמח דקהל שהסכימו בחרם שלא יקרא בתורה בצבור בחור בלתי נשוי חל החרם שהקריא' בצבור תקנת סופרים היא והשבועה חלה עליו ע"כ א"כ ודאי שנאמר שחל החרם בנ"ד אם יתקנו הקהל על כך ואם נאמר דדילמא הקהל לא כיוונו לבטל מצוה ואע"פ שהיה יכול לתקן על כך כל כמה דלא ראינו כן בפי' נאמר דלא תקנו על כך וכמו שכתבתי לעיל שנסתפק הרב מהר"י ן' לב ז"ל מ"מ די לנו שנאמר כן במצות פריה ורביה שהיא מן התורה אבל מצוה חלושה כי האי נאמר דעל הכל תקנו משום מגדר מילתא דאפילו במצות פריה ורביה פליג הרב מהר"י מינץ א"כ לא מפישינן פלוגתא כ"כ בינו להרב מרא"ם ז"ל לומר דפליג עליה אפילו במצוה חלושה וקלושא כי האי אלא נאמר דכ"ע מודו בנ"ד דחל החרם כדכתיבנא: ומה שטען שלא חתמו בהסכמה אלא המקצת אם זה המקצת הוא רוב הקהל כבר כתב הרב הגדול מורי ורבי ז"ל בפסקיו ח"ב סי' ת"י אחר אשר הביא סברות חלוקות אם בתקנות הצבור אזלינן בתר רובא העלה בסוף דבריו דהוי ספק חרם והוי ספקא דאורייתא ואזלי' לחומרא כיון דנעשית ע"פ הרוב אע"פ שמחו בה מקצת וכתב בסוף דבריו כלל הדברים אני אומר שבכל גזרה ותקנה שעשו הרבים לתקנת הקהל או הקהלות אין ביד המועטים להוציא עצמם מן הכלל ואם גזרו חרם חייבים המיעוט לשמור ולעשות אך בתנאי שיהיה גזרתם ותקנתם בהסכמת טובי העיר או טובי הקהל ואם יש חכם או חכמים שיהיה החכם או החכמים המנהיגים הקהלות עמהם ואם לאו אין בדבריהם ממש ע"כ ואחר שכתב הרב מורי ז"ל כן אנו הבאים אחריו נעשה כדבריו ואם ההסכמה הזאת היתה שהסכימו בה רוב הקהל מתוך משא ומתן של

כלם והמיעוט מיחו בה חייבין לקבל' והוא שעשו אותה בעצת טובי הקהל והחכם שבהן אבל אם ההסכמה לא עשאוה אלא מעוט הקהל או שלא היתה בעצת החכם שביניהם ובעצת טובי הקהל ודאי דאין בהסכמה ממש והתלמיד יהיה פטור מן ההסכמה ההיא: נאם הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סה

שאלה עיר שיש בה ארבעה קהלות ונפל מחלוקת בין הג' קהלות עם האחד והג' קהלות עשו הסכמה עם החכם המרבץ תורה ביניהם שלא יוכל שום א' מהג' קהלות הנזכרים ללכת להתפלל דרך קבע בבית הכנסת הד' ולבסוף עשה שלום המרבין תורה החכם הנז' עם הקהל הד' ונכנס הוא לראש ולקצין עליהם והתיר ההסכמה הנז' אחר כך נתבקש בישיבה של מעלה החכם הנזכר ואחר פטירתו נתחדשו מחלוקות בין הג' קהלות עם הקהל הד' וחזרו וקיימו ההסכמה הנז' וביני וביני יצאו ג' יחידים והלכו להתפלל בקהל הד' דרך קבע וממוני הג' קהלות תבעו אותם באומרם שעוברים על ההסכמה הנז' ועברו דברי ריבות ביניהם עד אשר אמרו להם הממונים שיפרעו בקהלותם הסך הנוגע להם מהמסים עד זמן העריכה ויהיו אחר כך ברצונם לעשות כל מה שלבם חפץ ועתה חזרו הג' קהלות לטעון על האנשים הנז' שעוברים על ההסכמה והם טוענים שאינם יודעים דבר מאותה ההסכמה והם נאמנים על עצמם ועוד שלא יעלה על הדעת שיהא אדם אסור בכח ההסכמות וחומרות להיות נדון עפ"י אנשים שאינם יודעים כמו שהם דנים בג' קהלות שכעת אינם חפצים לשים הדנים דין אמת לאמיתו שהם נדונים על פי הממונים שאינם דנין דין תורה רק על פי הסברא ורוצים לדון על פי דעתם מה שאין כן בקהל הד' שנמצא לשם מרבץ תורה שאין הממונים לדון רק דין תורה או פשרה אם הבעלי דינים רוצים ונשבעו האנשים הנז' שבועה חמורה על דעת המקב"ה ועל דעת היותר מחמיר שבקהל להיותם מתפללים בקהל הד' וקבלו עליהם סך גבול עתה יורנו מורנו אם חייבין לעמוד בשבועתם זאת או אם הם עוברים על ההסכמה הנז':

תשובה אם בהסכמה הראשונה לא היה בה חרם אף ע"ג דהסכימו האנשים בה שלא יוכלו לצאת מהג' קהלות מ"מ כיון שנשבעו אחר כן להיות בקהל הד' חייבין מכח השבוע' דהטור כתב ביו"ד סי' רל"ט דהנשבע לבטל דבר מצוה דרבנן השבועה חלה כגון שלא להדליק נר חנוכה ואע"ג דבעור או"ח סימן תק"ע כתב דאם נשבע להתענות בשבתות ויו"ט וחנוכה ופורים דאין צריך התרה שאין שבועה חלה על דבר מצוה אע"ג דחנוכה ופורים דרבנן הנה כבר הוקשה זה להרב ב"י בטור הנז' סי' תי"ז והניח הדבר

בצ"ע. ולי נראה לתרץ דשם סתם רבינו כהרמב"ם ז"ל דאית ליה בפרק ג' מהלכות נדרים דאין נדר חל על חנוכה ופורים משום דרבנן עשו חיזוק לדבריהם וכ"ש שאין שבועה חלה לדעתו מהטעם ההוא וכדכתב שם הב"י בסימן הנז' ואע"ג דבטור יו"ד סי' רמ"ו כתב דהרא"ש סובר כהרמב"ן ודלא כהרמב"ם ז"ל מ"מ אין זה תימא אם סתם שלא כדעת אביו דכן דרכו בהרבה מקומות מ"מ למדנו דהנשבע לבטל דבר מצוה דרבנן השבועה חלה וכן דעת הרמב"ם ז"ל דבטור יו"ד סי' רל"ט כתב הב"י בשם הרשב"א וז"ל ומה שכתבת שהרמב"ם כתב שהנשבע להתענות בשבת לוקה משום שבועת שוא משמע לך שהוא סבור שאין שבועה חלה על ביטול דברי סופרים שהרי תענית בשבת מד"ס אפשר לומר שהוא סבור שאסור להתענות מדאורייתא ע"כ הרי שהוא סבור כדעת הרמב"ם ז"ל כמו שכתבתי:

איברא דיש לתמוה עליו דאיך כתב הדבר באפשר דהרי כתב בהדיא הרמב"ם בפרק ג' מהלכות נדרים דהנודר לצום בשבת ויו"ט שהנדר חל ולא בחנוכה ופורים שהם מדבריהם ועשו חיזוק משמע בהדיא דאית ליה דשבת ויו"ט הוי מן התורה ועוד קשה עליו דמשמע דמשום שהם מן התורה קראם שבועת שוא הא אם הוי מדרבנן לא ואינו כן דאדרבה איסור דרבנן עשו חזוק יותר ואין הנדר חל וכדכתב בפרק ג' מהלכות נדרים וכל שכן השבועה שלא חלה משום דעשו חזוק וכדכתב הב"י שם כדכתיבנא לעיל. ואולי דסברת הרשב"א ז"ל דשאני חנוכה ופורים שכל עיקרן הם מדבריהם ולא דמי לשבתות וימים טובים שאע"פ שאיסור התענית אינו מן התורה מ"מ עיקר השמחה בהם הוי מן התורה ולכך עשו חזוק בהם. איברא דלשון הרמב"ם דפרק ג' מהלכות נדרים הוא הואיל ואיסור הצום בהם מדברי סופרים הרי הם צריכים חזוק משמ' דלא תלה החזוק אלא באיסור דצום דרבנן ולמדנו מכל הנ"ל דשבועה חלה על דבר דרבנן וכיון שבהסכמה שאין בה חרם דאין בה אלא איסור דרבנן דהכי נראה מדברי הרשב"א בתשוב' כתב הרב מהריב"ל בראשונות דהסכמות שאומרים משביעים אנו מחרימי' אנו וארור בו שבועה הוי ספקא דאורייתא ולחומרא משמע דאי ליכא חרם לא וגדולה מזו כתב שם מהריב"ל לדעתו דלא סגי בשתיקה אפילו שיאמרו משביעים אנו אלא שענו אמן או דבר שעניינו כעניית אמן וכיון שכן דלא הוי אלא אישור דרבנן ודאי דהשבועה שנשבעו להתפלל בקהל הד' חלה. איברא דראיתי בהגהות מיימוניות שכתב על מה שכתב הרמב"ם בפרק א' מהלכות שבועות או שהתענה בשבתות ויו"ט שבכלל זה מי שנשבע שלא יכנס בתקנת הקהל ע"כ דמשמע דהוי שוא והדבר קשה בעיני דאע"ג דאדם חייב להיות בתקנת הקהל ושלא לפרוש מהם אין זה אלא מדרבנן ולא מדאורייתא וכבר ביארתי למעלה

דשבועה חלה על דבר דרבנן ואע"ג דהב"י בטור יו"ד סוף סי' רכ"ח דף רע"ב כתב כמה תשובות מהרשב"א דאין היחיד רשאי להוציא עצמו מתקנת הקהל מ"מ משמע דאין זה אלא מדרבנן ואפי' החרימו הצבור על כך כל זמן שלא ענה אמן וכדמשמע מדברי הרב מהריב"ל ז"ל בראשונות בתשובות שהזכרתי לעיל עיין שם. לכן בנ"ד אני אומר דודאי השבועה חלה אם בהסכמה הראשונה לא היה בה חרם אבל אם בהסכמ' הראשונה היה חרם והסכים היחיד עמהם ודאי דאין השבועה האחרונה חלה דהוי נשבע לבטל את המצוה אבל אם הם טוענים שלא הסכימו בכך ושלא ידעו בהסכמה ודאי שהם נאמנים על עצמם בדברים שבינם לבין קונם וכמו שכ' הרא"ש בתשובה ואם אין עדים שיכחישו אותם הם נאמנים ואפילו אם הג' קהלות מכחישין אותם אינם נאמנים מפני שהם כולם תובעים ליחידים ההם והם נוגעים בעדות מפני שנמשך להם נזק דהיחידים ההם מסייעים להם בפרעונות הצריכים לשלשה קהלות וכן כ' הרב מהריב"ל בח"ב שאלה ע"ב דף כ"ז א"כ ודאי דנאמנים על עצמם לומר שלא הסכימו ולא ידעו כלל מההסכמה והשבועה אחרונה להיות בקהל הד' קיימת וכמו שהורה החכם השלם אלוף התורה מאריה דאתרי' נר"ו: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סו

שאלה מקום שיש בו הסכמה וז"ל ברביעי בשבת חמשה ימים לחדש חשון שנת חמשת אלפים ומאה וכך ליצירה למניננו פה באר שבע הסכמנו אנחנו תושבי אנשי הק"ק הנז' החותמים בסוף הכתב הזה לבקש תקנה לבנות ישראל שלא תהיינה קלות בעיני בעליהן לגרשן כי ראינו מנהג סדר שומת העברת נדונייא אשר בקהלנו משונה מסדר שומת העברת נדונייא אשר בשאר מקומות בני עמנו אשר סביבותנו ולכן הואלנו והסכמנו מהיום הזה ולהבא שכל איש או אשה אשר ישיאו את בתם לאיש הן תושב הן ממקום אחר וידרו לו נדונייא כפי מה שיתפייסו ביניהם ולעת העברת הנדונייא יעריכו המעריכים כל דבר שיכתב בנדוניית החתן מטבע זהב וכסף ומרגלית ובגדי מלבושי החתן והכלה וכרים וכסות וקרקעות מכלי האגנות ועד כל כלי הנבלים מעות כפי מה ששוים במכר השוק וסך המעות שיעלו הנכסים שהכניסה לו הכלה יוסיף החתן תוספת כתובה רביעיתם חוץ מכתובה דרבנן ויכתבו בשטר הכתובה סך הכתובה והנדוניא והתוספת כך וכך מעות ואם ח"ו תמות האשה בחיי בעלה ולא נשאר לו ממנה זרע של קיימא יירש הבעל שליש הנכסים שהכניסה לו ושני שלישים יחזיר ליורשיה וכל חתן בטרם שיכנס לחופה שיקבל עליו שבועה שלא ישא אשה אחרת עליה הן בעירו הן בעיר

אחרת אלא מאותם שחייבו רז"ל שישא אשה אחרת והתנאים השנים האלה יכתבו בכל שטרי הכתובות הנכתבים בקהלנו זה וכל איש מבני עמנו שיבא מארץ רחוקה שלא ידעוהו מאנשי קהלנו מתמול שלשום שלא ישיאו לו אשה מבנות קהלנו הן תושבית הן אכסנאית עד שיעברו עליו ימי ג' שנים תוך קהלנו כדי שיבאר לנו אם הוא נשוי במקום אחר או לא ואם יכירוהו שלשה אנשים נאמנים מבני עמנו שאין לו אשה אחרת ואין עול בכפיו בעירו יהיה לו רשות לישא אשה תוך שנה וכל איש ואשה אשר יתפייסו ביניהם ע"י שדוכים או אבותיהם וקנו קנין וכתבו שטר ביניהם ואחר זמן חזר האחד מהם ממה שהתנה בלי סבה אשר גזרו חז"ל או שנתרצו שניהם אם איש הוא או אשה לא ינשאו בקהלנו זה וכל איש מבני עמנו שיש לו דין ותביעות ממון מדיני אישות שיהיה נדון בדיני ישראל ואם יהיה האחד סרבן ולא ישמע לב"ד ישראל יהיה בעל דינו רשאי ליילך בעש"ג ברשות דייני ישראל וכל איש מבני עמנו אשר ירצה לבטל הסכמותינו זו או אחד מהתנאים שלא יהיה רשאי שום א' שיתערב בשמחתו מבני עמנו ויהיה הוא ועוזריו וכל הנועדים עמו בנדוי ובשמתא ולא יהיה שום אדם רשאי להתיר נדוייני זה אם לא שיהיה ב"ד גדול יותר מהחותמים בכתב הזה בחכמה ובמנין ושריר וקיים. ועתה מעשה בא לידנו ראובן מאנשי באר שבע שדך בתו ללוי שבא מארץ אחרת וילונו אנשי המקום על ראובן שעובר על ההסכמה וראובן טוען שאינו עובר יען וביען שאע"פ שללוי יש לו אשה אין לו בנים ועמדה מלדת ולוי הרי הוא מאותם שחייבו חז"ל לישא אשה אחרת וכן נראה מלשון ההסכמה שלא רצו לנגוע בתקנת חז"ל לכן יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה הרבנים מהר"ר אליה מזרחי ומהרר"י מינץ ז"ל פליגי על תקנת רגמ"ה שלא לישא אשה אחרת על אשתו אי חייל על דבר מצוה כגון שהתה עשר שנים ולא ילדה דהרב מהר"ר אליה ז"ל בפסקיו ס' י"ד כתב דלא תקן בדבר מצוה וה"ה בתקנת הקהל דאמרינן היכא דתקנו דלא ישא אשה אחרת על אשתו דלא אמרי' דתקנו לבעל מצוה ונראה עוד מדברי הרב הנז' דאפילו היו מתקנים בפי' לא היה כח בידם לתקן אע"פ שאינו נראה כן מהמרדכי ומהרר"י מולן שהביא הרב הנז' לראיה כבר תמה עליו הרב מהריב"ל ועמד על זה בפסקיו ח"ג יע"ש. ומהר"י מינץ כתב דעל הכל תיקן הגאון וה"ה לתקנת הקהל זולת מצות יבום דאלימא כדכתב שם ומינה נשמע לנ"ד דע"כ לא פליגי הרבנים הנז' אלא היכא דאיכא בתקנה בטול מצוה אבל בנ"ד דליכא בתקנה בטול מצוה דאי לא ישיאו למי ששהה י' שנים ולא ילדה אשה זו הרי יכולים להשיא לו אשה בעירו או בעיר אחרת אלא שהם רוצין לתקן מנהג עירם וחששו שאם יש לו אשה בעיר אחרת

היום או למחר ילך שם ויניח כאן אשתו עגונה ע"כ תקנו שלא ישיאו לו היכא דיש לו אשה בעיר אחרת ולא דמי לתקנת רגמ"ה דתקן דלא ישא אשה על אשתו ואם לא ישא אשה נתבטלה מצות פריה ורביה כיון דהחרימו עליו דלא ישא בשום אופן בעולם אבל נ"ד דיש לו רשות לישא במקומו ובמקומות אחרים פשיטא ופשיטא דאליבא דכ"ע חלה התקנה אפילו על מי שאין לו בנים:

ועוד דמדבתקנה הראשונה כשתקנו על איש מאנשי עירו שלא ישא אשה אחרת על אשתו כתבו אם לא יהיה מאותם שחייבו רז"ל לישא אשה וכאן לא כתבו כן משמע דכוונתם לתקן אפילו למי שאין לו בנים ושהתה אשתו עשר שנים ולא ילדה מעיר אחרת שלא ישא אשה על אשתו וטעמייהו כדכתיבנא דדוקא בעירם עשו כן מפני שלא תתבטל המצוה ולכך תקנו שלאותו שחייבו חז"ל יהיה לו רשות לישא כדי לקיים המצוה אבל למי שהוא מעיר אחרת הרי יש בידו רשות לישא במקומות אחרים ובעירו אלא שהם אינם רוצים שישא בעירם מאחר שיש לו אשה בעיר אחרת מפני שהם יראים שהיום או למחר ילך שם עם אשתו הא' כדכתיבנא מה שאין כן מישהוא דר בעירם שאע"פ שיש לו אשה כאן אין לחוש שילך לעיר אחרת כיון שאשתו הראשונה ג"כ היא כאן אע"פ שנראה מלשון ההסכמה שלמי שהוא דר בעירם אפי' בעיר אחרת מותר לישא אשה על אשתו שכן כתב שלא ישא אשה אחרת על אשתו הן בעירו הן בעיר אחרת אם לא שיהי' מאותם שחייבו רז"ל משמ' דלמי שחייבו רז"ל אפי' בעיר אחרת מותר לישא ולא חששו שמא ישתקע שם בעיר אחרת כשישא אשה על אשתו ותשאר האשה הנשואה בכאן עגונה מ"מ לחוש לפריה ורביה חששו דלמא לא ימצא בעירו ילך בעיר אחרת דאם לא ימצא כאן יתבטל מפריה ורביה אבל לאיש נכרי כמה מקומות יש בעולם ישא בעירו ואם לא ימצא בעירו ילך למקומות אחרים והם לא חששו אלא לתקנת אנשי מקומן ולא לתקנת אנשי מקום אחר כיון שאין בתקנתם בפול מצוה כדכתיבנא ועוד חששו אולי למי שבא מעיר אחרת יש לו שום תנאי בעירו ככתובה שלא ישא אפילו במקום מצוה בכח שבועה ומפני כך גזרו על הכל זה נראה ודאי טעם לתקנתם כיון דבתקנה הראשונה חלקו ובאחרת לא חלקו והרי אפילו בלשון המשנה שדרכם לסתום אחרים בכמה מקומות בתלמוד מדמפליג ברישא ובסיפא לא מפליג משמע דסיפא הוי כולל כל שכן בלשון בני אדם שדרכם לפרש יותר דודאי כיון דבסיפא לא חלקו משמע דבכל גוונא הוי:

וא"כ משמע ודאי דראובן עבר על ההסכמה במה בתו ללוי אבל אי לא הוי אלא שדוכין לחוד כדמשמע מלשון השאלה עדיין לא עבר מפני שבלשון ההסכמה אינו כתוב אלא

אל ישיאו וכיון שעדיין לא נשא עדיין יש בידו לתקן אבל אם שלח סבלונות ואותו המקום נהגו בסבלונות הוי כקדושין כפי מה שהגיד לי המגיד אז ודאי אין בידו של ראובן לתקן כלל דודאי אע"פ שהם הסכימו שלא ישיאו אשה הקדושין חלין:

איברא דבהא מילתא איכא פלוגתא טובא דכיון דבנ"ד המשדך הוא ממקום שאין חוששין נראה דאין לחוש דבתר משדך אזלי' וכמ"ש הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובותיו ונראה מדבריו דבין להקל בין להחמיר אזלינן בתר משדך ואי המשדך ממקום דלא חיישי לא חיישי' ולדעתי נטה הרב הגדול מורי ורבי מהר"ר שמואל נר"ו בתשו' סימן ס"א. מ"מ כתב הרב מהרר"י ן' לב ז"ל בתשובותיו ח"ב סי' מ"ג דבקושטאדינה נהגו להחמיר ואזלינן בתר דידיה או בתר דידה לחומרא וכן כתב בתחלת ח"ג ולפי דבריו יש להחמיר בנ"ד:

ועוד מטעם אחר אם בנ"ד ישב בעיר שלשים יום דנסתפק הרב הנזכר שם יש להחמיר ולחוש בזה ומה גם אם דעתו להשתקע בעיר דאז ודאי יש לחוש ולברר זה הקהל קדוש אשר שם ומרביצו תורה אשר שם ידעו מנהגם בענינים אלו ואם יש מקום לחוש לסבלונות ע"פ הדברים אשר כתבתי ודאי דלא נתבטלו מטעם שראובן עבר על ההסכמה וזה אין צריך לפנים וא"כ תהיה מקודשת ללוי וללוי ודאי אין יכולים בית דין לכופו לגרש וכ"ת תשב עד שתלבין ראשה עניה זו מה חטאה הא אמרי' בכתובות גבי הפוסק מעות לחתנו דיכולה היא שתאמר אבא פסק עלי מה אני יכולה לעשות ואפילו פסקה היא עצמה בפני אביה כתב הטור באהע"ז סימן נ"ב בשם אביו הרא"ש ז"ל דאומרים ליה כנוס או פטור מפני דסבורה שאביה היה נותן וא"כ ג"כ כאן נמי אפילו בתו של ראובן היא גדולה מה ידעה מענין ההסכמה זולת מה שאביה אומר לה ודרך בנות ישראל שלא לדבר בפני אביהן ואין בידה עון אשר חטא לכך נראה ודאי עכ"פ תנשא. וכי תימא איך יתערבו הקהל בשמחתו והרי כתוב בהסכמה וכל איש מבני עמנו אשר ירצה לבטל הסכמותנו או אחת מהנה וכו' י"ל דמדכתבו בלשון ההסכמה אשר ירצה לבטל משמע מי שבא לבטל בשאט בנפש אבל ראובן זה טעה ממה שראה שבתנאי הראשון הטילו תנאי שלא יהי' מהדברים שחייבו רז"ל וסבור היה שבתנאי הזה הוא כן ועוד שכתוב בלשון תנאי זה כי אין לו אשה אחרת ואין עול בכפיו בעירו משמע ליה דכשאין לו בנים הרי אין עול בכפיו ואין הדבר תלוי אלא שלא יהיה עול בכפיו ודברים אלו ראויים הם לטעות מי שאינו יודע וכיון שכתוב בהסכמה כל אשר ירצה לבטל ולא אמר מי שיעבור על ההסכמה נראה דכוונתם מי שבא לבטל בשאט ובנפש וביד רמה אבל מי שאפשר שמועה בעיונו לא וכיון שכן יש ללמוד עליו זכות כדי שימצאו בשמחתו דכבר כתב הרב

מהריב"ל ז"ל בתשובותיו ח"א דף ס"ח על שני אנשים סוחרים שטעו בדבריהם בדבר שיש לו פנים לכאן ולכאן שאין להחזיקם במנודים גם אנו נאמר בנ"ד דראובן זה טעה ואין להחזיקו למנודה:

הכלל העולה דאם שדוכין אלו במקום שלא נהגו לחוש לסבלונות לא יעבור ראובן על ההסכמה ויבטל השדוכין דבידו לתקן כל זמן שלא השיאה שכן כתוב בהסכמה אל ישיאו ואם שדוכין אלו הם במקום שנהגו לחוש לסבלונות ונהגו להחמיר שם בכיוצא דנ"ד ע"פ הדברים הכתובים למעלה לא נתבטלו הקדושין מפני שעבר על ההסכמה וכיון שלוי אינו רוצה לגרש ישא אשתו ויטפלו בשמחתו כיון שראובן טעה כדכתיבנא וכל זה אם יסכימו מורי ורבותי ובפרט הרב הגדול מורי ורבי נר"ו הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סז

בהיות שעד עתה היה נהוג פה ברוש' מכס העומד מאליו שלא ברצון המלך אשר מהרסינו ומחריבנו מבני עמנו בחבלי השוא הקימוהו צו לצו קו לקו וכעבו' העגלה הגדילוהו תשש כחנו מלסבול עול המשא הכבד מחמס הנעשה מהמכס הנז' הולך וגדל כל יום ויום קללתו מרובה מחברו אשר כדי לברוח מהמכס הנז' הישראלים עוברי דרך נטו מדרך המלך דרך ארצנו וילכו ארחות עקלקלות ולסבת זה כמה וכמה מהם בשלח יעבורו וכמה מהם גזלו את נכסיהם ותעל צעקת בני ישראל לפני האלהים ולב מלך ביד ה' הטהו הנחהו לעשות צדקה וחסד עם כל בני ישראל לעקור המכס הנז' הדבר יצא מפי המלך מלך חסד המלך האדיר שולטאן מוראד ירום הודו והדרו לא יכבה נרו נחתם בטבעת המלך גזרתו ודתו לא ישמע עוד שוד ושבר וחמס מהמכס הנ"ל ועתה לבל יקומו העומדים כעת על המכס הנז' הם או אחרים להחזיר המכס הנ"ל על מכונו ואיתנו הראשון בהוצאות ופזורי' ושוחדות על כן הסכמנו כל החתומים למטה בשם כל הק"ק אשר פה ברושא יע"א כי מעתה ועד עולם כל איש או אשה מבני ישראל אשר יקח המכס הנ"ל או שישתדל להקימו לבטל מאמר המלך יר"ה הן במעשה הן בדבור הן במכתב הן הוא בעצמו על ידו הן על יד שום נברא בעולם בעדו הן בדרך קרובה או רחוקה הן בגלגולים ועקופים שיגלגל ויסבב כדי לבטל דבר מהחוקים הנחתם בטבעת המלך על המכס הנ"ל מעתה ומעכשיו ארור יהיה מפי עליונים ותחתונים בעגלא תהא מפלתיה יתמחי שמיה מן שמיא יתעקר שרשיה מן ארעא לא נין לו ולא נכד בעמו יהדפוהו מאור אל חשך בחרם יהיה בעה"ז ובעה"ב ורבצה בו כל האלה הכתובה בספר הברית

ואמר כל העם אמן ובכלל החרם הנ"ל מי שישתתף עם תוגר או ארמאי ושום נברא אחר בעולם בענין אחיזה ומגע יד בדבר המכס הנ"ל וכן מי שיתן עצה וסעד וסמך ועז ועזר עם ההולכי' להקים המכס הנ"ל וכן ג"כ מי שילשין וימסור ליהודים או אפי' לגוים המביאים סחורות פה ברושא או המוציאי' סחורות מפה ברושא לעיר אחר' שילשינום או ימסרום לשליטים על המכס הנ"ל וכן גם כן בכלל החרם מי שיהיה דידבאן עמהם או יגלה סודות ומצפונות של המכס הנ"ל בדבר שימשך ויגיע תועלת והנאה וריוח לשליטים על המכס הנ"ל מפרוטה ומעלה בשום דבר שיהיה מנגד וסותר לחוקים הנחתם בטבעת המלך כנ"ל. ובכלל החרם הנ"ל מעתה ועד עולם כל איש אשר בשם ישראל יכונה אם יהיה יומי"ש אראייג"י או ארשינג"י או פיטאמאל ולא שיטפל בשום דבר ממגע ואחיזה שימשך ויגיע שום נזק בעולם לשום בר ישראל לא יהיה רשאי כנ"ל להטפל כלל ועיקר לא הוא בפני עצמו ולא בשותפות עם שום נברא בעולם ולא להיות אפי' משרת עמהם אפי' בחנם ואין צריך לומר להיות מלשין או מוסר לשום איש או אשה מבני ישראל לא בגלוי ולא בסתר לא בדבור ולא במכתב לא הוא בעצמו ולא על יד שום נברא בעדו בשום צד מרמה וערמה בעולם העולה על לב אנוש וכל יחיד או רבים העובר על איזה פרט מהנ"ל מלבד אשר מן השמים ילחמו עמו פתאו' יבא אידו כי הוא מצר לישראל כל אוכליו יאשמו מעתה ג"כ יתפש וילכד בחרם ובשמתא ובאלה ובקללה הנ"ל. ואם בכל אלה ילך קרי העובר ההוא ויאטם אזנו מלשמוע גזרת המלך וקול הסכמת הק"ק יצ"ו כדבר האמור בחרם החמור האמור מעתה יהיה מוחרם ומובדל מעדת ישראל לא נמול את בנו ולא נקבר את מתו פתו פת כותי ויינו יין נסך לא נתפלל עמו בשום קהל שיתפלל הוא בתוכו ולא נעמוד בתוך ד' אמותיו לא ימכרו לו בשר ולא גבינה ולא יין ולא שום דבר מחיה כי הוא יותר גרוע מהגוי ונרדוף אחריו בכל מיני רדיפה וכפיה לשומו מרמס כטיט חוצות למעול וחומץ העובר ההו' ולמסיעו וכשל עוזר ונפל עזור ואנחנו קמנו ונתעודד בשם ה' אלהינו נזכיר אנחנו עמו וצאן מרעיתו יעקב חבל נחלתו מקיימי תורתו ומצותיו. ובכלל החרם הנ"ל הסכמנו ג"כ מהיום ואילך עד שיבטל המכס הנ"ל מכל וכל וכו' ועוד האריך השואל בטופס ההסכמה ואינו מעתיק רק המגיע לשאלתנו: ראה ראיתי ההסכמה החתומה ושאל ממני החכם השואל כי אירע מאורע רע אשר מחמת אונס גמור עברו בני ישראל ההסכמה ולקחו המכס ולא יכלו בני ישראל להתאפק ולעמוד על נפשם להסיר המכס מהאנשים ההם ויהי היום כלם נכשלים בחרם זה כי לא די שהאנשים המוכסים עברו אלא שכל העם נכשלים שמכה ההסכמה הנז' לא היו יכולים להתפלל עמהם ושאר חומרות הכתובות למעלה היו צריכין לנהוג בהם וכן לא

יעשו על כן באה השאלה אם יש מבוא היתר להסכמה הזאת אע"פ שכתוב בה חרם בעה"ז ובעה"ב דכבר נודע מה שכתב המרדכי בפרק האומנין ורבינו ירוחם נתיב י"ד דחרם עה"ב אין לו הפרה או דילמא זיל בתר טעמא שכתב המרדכי פרק האומנין דנדוי עה"ב תלוי במקום דאין יכולים הבריות להתירו דלפי זה נראה לכאורה דלדבר מצוה מותר כי הא דאשכחן דלדעת המקום אין לו הפרה וכשהוא לדבר מצוה מותר משום דנאמר ודאי דדעת המקום מסכים להתיר בדבר מצוה הכי נמי בנדון דידן אין לך מצוה גדול' מזו מהסיר מכשול שבועות ונזקים מדרך הרבים וכמו שכתב הריב"ש בתשובה הוזכרה בבית יוסף סימן רכ"ח וא"כ ודאי דדעת המקום מסכים בהיתר זה ויש מקום להתיר אם יסכימו הצבור בכך אלו הן הצדדים שצדד החכם השואל יואל לדעת דעתי בעטי אשר אתי ואני אמרתי אתנהלה לאטי אחוה דעי ואם מצער היא כי כן צויתי ואין מסרבין לגדול גדול המצווה ועושה:

ואומר דזולת הטעם שכתב החכם השואל שלא להתיר ההסכמה יש עוד טעם שלא להתירה שהרי כתב הריב"ש בתשובה סימן קע"ח אם היה הגדר גדר לרבים או סיג לתורה ולדבר מצוה אין רשאין להתיר וכו' והסכמה זאת ודאי היא גדר לרבים שהרי כתבו בתחלתה ולסבת זה כמה וכמה בשלח יעבורו וכמה גזלו את נכסיהם וא"כ אפילו שיסכימו כלם אין מקום להתירם כדכתב הריב"ש:

גם מה שכתב החכם השואל לבטל טעם הראשון משום דדמי לע"ד המקום וכי היכי דהתם לדבר מצוה מתירין הכא נמי אמרינן הכי יש לפקפק בזה דמלשון רבינו ירוחם לא משמע הכי שכתב אלא ודאי לא הויא הפרה בשום ענין בע"ה: איברא דקשיא לי בטעם זה שכ' המרדכי דאפי' הוי נדוי המקום ליהוי כנדוהו בחלום דאמרי' בפ"ק דנדרים דצריך עשרה בני אדם להתירו וטעמא כתבו הפוסקים לפי שבשליחות המקום נתנדה ולפיכך צריך עשרה להתירו ששכינה עמהם משמע מהתם דאע"ג דמן השמים נדוהו כדמייתי עשרה דשכינה עמהם סגי א"כ הכא נמי אמאי אין לו הפרה כלל ולא סגי בעשרה כמו התם אלא שיש לחלק דנדוי חלום הוא קל מה שאין כן בנדוי עצמו מ"מ למדנו דמכח אלו השני טעמים אין כאן מקום להתיר כך נראה לכאורה אבל כד מעייניגן שפיר נ"ל דכל מאי דכתיבנא לאו מילתא הוא דכבר נודע דאין לדמות חרמי צבור לנדרי יחיד דא"כ ע"ד רבים וע"ד המקום בחרמי צבור אמאי יש להם התרה ועוד היו צריכין שלשה שיתירו להם ואמאי הם מתירין לעצמם הא קרא כתיב לא יחל דברו הוא אינו מיחל אבל אחרים מחלין לו וכבר כתבו הרשב"א והריב"ש בתשובותיהם ושאר הפוסקים דטעמא הוי דכיון

שהורגלו בכך הרי הם כאלו מתחלה התנו שיהיה קיים עד זמן שירצו ולכך מתירין הצבור חרמיהם זולת כשהוסיפו ואמרו שלא יוכלו להתירו או על דעת הקהלות הרחוקות:
איברא שראיתי תשובה להרשב"א הוזכרה בב"י סי' רכ"ח על צבור שהחרימו ע"ד רבים בחילוק המס בענין פלוני ואח"כ נתחרטו שהשיב כיון שהחרימו ע"ד רבים הרי גלו בדעתם שלא ע"ד המנהג הנהוג בקהלות החרימו אלא ע"ד דין תורה ולפיכך איני מוצא היתר לחרם זה וכו' ע"כ דמשמע מהתם דע"ד רבים אין לו התרה אפי' בחרמי קהל אלא שבתשובה אחרת שכתב שם הרב ב"י כתב בשמו להפך שכתב שם כי מדעתי יש להתיר כדרך שנהגו להתיר נדרים ושבועות שנדרו ע"ד רבים לבד וכו' ואם כן נמצאו דברי התשובות סותרות ועכ"פ צריך לומר לישבם דלא דבר הרב בתשובה הראשונה אלא במקום שאין מנהג להתיר בע"ד רבים אבל אם נהגו להתיר אפי' בע"ד רבים ודאי שמתירין מטעמא שנהגו להתיר הם עצמם חרמי קהל בלא שלשה דהוי כאלו מתחלה התנו בכך אבל אם אמרו ע"ד הקהלות הרחוקות ודאי שע"ז מעולם לא נהגו ואין לו היתר ואלו הם דברי התשובה האחרונה שהביא הרב בשמו ואם יהיה מנהג במקום שאפי' שיאמרו ע"ד הקהלות הרחוקות נהגו להתיר ודאי דחזר הדבר לטעמא קמא דהוי כאלו מתחלה התנו בכך וא"כ בזמננו זה שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בתשובותיו ח"ב סי' ע"ב שאפי' שיאמרו ע"ד הקהלות הרחוקות נהגו להתיר וז"ל שם הא נמי לאו מילתא היא דמנהג זה לא נהגו בזמננו לסלק הבחירה ולהיותם מוכרחים אדרבה המנהג בכל קהלות אשר שמענו ואשר ראינו לעשות הסכמות בכל מיני איומים ע"ד המקום וע"ד רבים וכיוצא בזה ואח"כ נמלכים ומתירים כשרוצים ומה שכתבו ע"ד רבים וע"ד החרמים אשר במקומות הרחוקים הוא כדי לאיים אי נמי כדי שלא יהיו היחידים נשאלים ע"י אחרים ע"כ. גם אנו נאמר בנ"ד אע"פ שכתבו חרם עה"ז ועה"ב לא כתבו כן אלא כדי לאיים אבל ודאי שלא סלקו הבחירה מידם להתיר כל זמן שהם ירצו והוי כאלו אמרו יהיה בנדוי ע"ה עד שנרצה להתירו וא"כ יש לו היתר דהא דאמרי' אין לו היתר כשסלקו הבחירה מידם או נדר יחיד דכיון דאין הרשות בידו להתיר נדוי ע"ה הוא תלוי במקום ומי יתיר לו אבל כשלא סלקו הבחירה מידם ודאי דאפי' נדוי ע"ה יכולים להתיר תדעי לך שכתב שם המרדכי ואותו החכם שהורה שאותו שנדה עצמו לעה"ז וע"ה היה יכול להתיר עצמו כדמר זוטרא דמשמית לנפשיה והדר שרייה וכו' וקשה דמאי ראיה מייתי ממר זוטרא הא התם לא הוי אלא נדוי עה"ז אבל נדוי ע"ה מנין לו אלא שי"ל דלא הביא ממר זוטרא אלא שהרשות בידו להתיר וכיון שהרשות בידו ולא נסתלק הבחירה ממנו לא שני לן בין עה"ז לעה"ב דהוי כאלו אמר אהא בנדוי ע"ה עד שאני ארצה להתירו וזו

ראיה גמורה למה שכתבנו ואפי' לטעם י"מ שכ' המרדכי שאין נדוי ע"ה חל עכשיו כדי שנתיר אותו דאין מתירין את הגדר עד שיחול מ"מ בחרמי הקהל ודאי דיכולי' להתיר אע"פ שלא חל וכדכ' הרב ב"י בסימן הנז' בשם הרשב"א וז"ל וכתב עוד שאפי' לא בא זמן הנדר ולא חל הנדר יכולים להתירו מפני שחרמים אלו כאלו יש בתן תנאי שיוכלו להתיר כל זמן שירצו הם וכענין הפרת הבעל וכו' ע"כ:

נמצינו למדין דאפי' למ"ד ע"ה אין לו הפרה בחרמי הקהל יש לו הפרה וכדכתיבנא אין צריך לומר לדעת הרשב"א שכ' הרב ב"י בשמו דלשון חכמים מרפא וחכם עוקר הנדר מעיקרו וכו' דודאי שיש להם היתר אלא שנראה לכאורה מהתם דבעינן עקירת הנדוי מעיקרו ולפי זה צריך שלשה שיתירו להם דאם הם עצמם מתירים לא הוי אלא כהפרת הבעל דמיגז גייז ולא עקורי מיעקר: הכלל העולה דיש להם היתר לע"ד אפי' בחרם ע"ה כ"ש שהקהל לא קבלו עליהם חרה ע"ה אלא אמרו שהעובר יהיה בחרם ע"ה אבל כדי שלא יהיו נכשלים הם במה שאינם נוהגים עמו בחומרות הכתובות בהסכמה לא הוזכר בזה חרם ע"ה וא"כ ודאי שהקהל יכולים להתיר עצמם אליבא דכ"ע אלא שהוצרכנו לכל מה שכתבנו להתיר מי שיקח המכס מכאן והלאה או מי שעבר באונס ולקח אותו.

ולטענה הא' שאמרנו שכיון שהדבר גדר לרבים אי אפשר לבטלו אפי' שיסכימו כלם זה אינו כלום כיון דהם מוכרחים במעשיהם והם אנוסים ודאי שדבר מצוה הוא להסיר מהם מכשול החרם ויתירוהו בהסכמת כולם ומ"מ אני אומר לרווחא דמילתא שיתירו להם שלשה שאינם מהם כדי שיהיה עקירת הנדוי מעיקרו מפני שמדברי הרשב"א שהבאתי ג"כ דהיכא דעבר על נדרו כגון שאמר יהיה בנדוי בשני עולמים אם לא יעשה כך ועבר ולא עשה צריך התרת חכם שיעקור הנדר מעיקרו והנדוי כדי להסיר עונש נדוי עוה"ב מעיקרו למי שעבר ובנ"ד נמי כבר עברו ולקחו המכס ולכך צריך התרת חכם כנראה לכאורה מדברי הרשב"א ז"ל כדכתיבנא. וכי תימא תינח למי שעברו ולקחו המכס אבל אלו שלא נהגו עמהם החומרות אינם בחרם ע"ה כדכתיבנא ודי כשיסכימו הם ויתירוהו י"ל דמ"מ כיון שכתוב בהסכמה שבכלל החרם הנז' כל מי שיתן עצה ועז וסעד וסמך להולכים להקים המכס ודאי שרבים נכשלו בדבר זה ואולי נתנו עצה או סמך בשוגג ולא הרגישו בדבר וכיון שכן חל עליהם חרם ע"ה שכן כתוב שם ובכלל החרם הנז' ולמעלה הזכיר חרם ע"ה לכן אני אומר לחוש לדברי הרשב"א מה שנראה לכאורה מדבריו שטוב הדבר שיתירו להם ג' אשר אינם מהם עם היות שעם מה שכתבתי היה מספיק שיתירו הם בעצמם מ"מ ראוי לאדם שיבחר לעצמו הדרך היותר בטוח זה נראה לעניות דעתי בהיתר חרם זה אם יסכימו עמי מורי ורבותי ובפרט הרב הגדול מורי ורבי נר"ו:

נאם הצעיר וקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:
ראיתי ענין הסכמה זו ומה שטרח החכם השלם הפוסק נר"ו לבקש מקום להתיר להכרח הצורך הגדול והמכשלה הגדולה אשר תחת יד קהל קדוש אשר בברושה ועם היות דבריו נכונים וישרים ע"מ עדיין לבי הומה לי כי כבן שמנים שנה אנכי היום ומעיד אני שלא זכרתי ואיני זוכר שראו עיני הסכמ' מצבור בחומרות משונות כאלה ואני כתבתי במקום אחר כי בהסכמה הנעשית כיוצא בזאת אין דנין אותה כשאר חרמי צבור ולא עוד אלא שכפי השאלה מהיתר ההסכמה נמשך סכנת נפשות לישראל וחמירא סכנתא מאיסורא ומ"מ אני אומר שיש לצדד ולהתיר אפי' בלי התרה והטעם דילפי' מקרא כל אשר יבטא האדם וגו' פרט לאנוס ותנן נמי במתניתין נדרי שגגות אם אכלתי ואם שתיתי וכו' שאכל ושתה שאני אוכל וכו' ושבח ואכל וכתבו התוס' ז"ל קתני חדא דבשעת נדר והיה שוגג כגון אם אכלתי וכו' וקתני נמי שהיה שוגג בשעה שהיה הנדר לחול אעפ"י שבשעה שיצא מפיו לא היה שוגג וכו' ע"ש הרי שאפי' שכשיצא השבועה או הנדר מפיו לא היה שוגג כיון שבשעה שראוי לחול הוא שוגג פטור ומטעם זה נמשכים כמה דינים מה שכתב הרא"ש ז"ל בתשוב' על א' שנשבע לתת לחתנו סכום כך ואח"כ ירד מנכסיו וכתב שהוא פטור ואפי' שכפי האמת היה אפשר לו לקיים שבועתו אלא שהיה צריך למכור מטלטלי ביתו אמרי' דאדעתא דהכי לא נדר וכן מי ששידך בת פלוני ויצא אחות המשודכת מן הכלל אמרינן שהחתן פטור מן הטעם הנז' דאדעתא לפגום משפחתו אם כן בנ"ד נמי אמרינן שכל אלו החומרות ויותר מהם שקבלו אם אמת הדבר שאירע דבר אונס גמור עד שאין להם תקנה אחרת אלא ליקח המכס הרי הדין כן שיש לנו לומר שלא קבלו אלא כשהם ברשותם ואדעתא דאונס גמור גדול כזה לא קבלו ואעפ"י שקשה מאד להאמין שדבר מכס שהמלך יר"ה פטר נאמר שהם אנוסים גמורים מכל מקום אין לחכם להשיב אלא על מה ששואלים ממנו. וא"ת תינח הלוקחים המכס שהם אנוסים אבל שאר אנשים שקבלו עליהם החומרות הנז' כמו שבא בשאלה מי יתיר להם כי אין לומר שהם ג"כ אנוסים גמורים לסייעם ונראה בעיני דהא בהא תליא שיש לנו לומר שהם לא קבלו מה שקבלו. אלא על מי שיקח המכס בבחירתו אבל לא על מי שמה שעושה עושה בהיתר ועוד זיל בתר טעמא שלא קבלו מה שקבלו אלא כדי שלא ימשך הנזקין הנז' וכיון שבעונות א"א אלא ליקח המכס אם כן מה הועילו בתקנתן וכפי מה שכתבתי לא היה צריך התרה כי האדם בשבועה פרט לאנוס אלא שמ"מ צריך שיתירו ויהיה באופן זה שיאמרו רוצים אנו בקיום ההסכמה רק לא בשבועות ולא בחומרות שכך קבלתי ממורי הרב הגדול בשם הר"ן על מי שנשבע לעלות לא"י ואח"כ נתחרט ומבקש התרה שיאמר

רוצה אני לקיים המצוה אבל איני רוצה השבועה ועם זה אין מתירין לבטל המצוה אלא שלא יהיה בכח שבועה כך קבלתי מפיו ע"ה אף עפ"י שלא זכיתי לראות הלשון בכתבו וצור ישראל יצילנו מכל שגיאה גדולה וקטנה:

נאם הצעיר שמואל די מדינה:

עמדתי על ענין השאלה ואשר כתב עליה החכם השלם סיני ועוקר הרים הפוסק נר"ו וכל דבריו מתוקים מדבש ואני בעניי להיותי מיראי הוראה בענינים חמורים כאלו ובורח מהם כבורח מן הנחש היה לבי נוקפי מיטפל בה ראה על הענין לולא כי החכם השלם הפוסק נר"ו הסבירני הכרח הענין לצדד ולבקש מקום אם אפשר להקל ואומר דאיברא דבחרמי צבור נהגו להקל להתיר הקהל בלי שאלה והתרת חכם או ג' הדיוטות מה שאין כן בשבועת יחיד דאינו מיחל לעצמו וצריך התרת חכם או שלשה הדיוטות ומטעם זה אפשר דאפי' הסכימו הקהל והחרימו על דעת רבים או אפילו על דעת הקהלות הרחוקות דאעפ"י שבענין זה אין מקום להתיר ליחיד מ"מ אם נהגו הקהל להתיר חרמי צבור אפילו הנעשים על ענין זה יכולין להתיר והטעם כיון שהשבועה, מצד עצמה יש מקום להתיר ליחיד על פי התרת חכם או ג' הדיוטות אעפ"י שמצד מה שנשבע ותלה שבועתו בדעת רבים אין מקום להתיר מ"מ בחרמי צבור אם נהגו יש מקום להתיר דאמרינן דמה שתלו בדעת רבים או בדעת קהלות רחוקות לא היתה כוונתם לסלק מהם בחירתם רק כדי שלא יוכלו קצת מהם להתיר שבועתם על פי התרת חכם או שלשה הדיוטות אך אמנם אם השבועה מצד עצמה היא חמורה שאין מתירין ליחיד בזה יראה דגם הקהל אינם יכולים להתיר והנה בנדון זה החרם שהחרימו על ההסכמה שהסכימו יש להחמיר שלא להתיר מב' סיבות אם מטעם שהזכירו וקבלו עליהם חרם עה"ב דאין לו הפרה דאין להקל מטעם דחרם עילם הבא דמי לעל דעת המב"ה וכי היכי דעל דעת המקב"ה יש מקום להתיר הכי נמי בחרם עולם הבא דעל דעת המקום לחוד וחרם עה"ב לחוד אין צורך להאריך בזה: עוד יש טעם אחר להחמיר כי הנה הסכמה זאת היתה מניעת עבירה כמו שכתב החכם השלם נר"ו אשר ע"כ היה ראוי לעשות כל האפשר לקיים ולשמור כל פרטי ההסכמה ושלא להפיל שמץ ממנה אך אמנם אם האנשים הלוקחים המכס נאנסו והוא אונס מספיק וכדאי אין עליהם עון אשר חטא דמילת' דפשיטא דנדרי אונסי' מותרי' בלי שום התרה וא"כ אין שום מכשול ועון לא על הלוקחי' המכס וגם לא על הקהל אם לא ינהגו בלוקחים המכס אותם החומרות שהסכימו לנהוג להבדל מהם אמנם אם האונס אינו כדאי נמצא שעברו על הפרם ואין לעוברים שום תקנה כי אם שיתירו להם בג' כמו שכתב החכם השלם נר"ו מה שכתב הרשב"א בתשובה

דלשון חכמים מרפא וחכם עוקר את הנדר מעיקרו וההתרה הזאת אינה מספקת להתיר ההסכמה שיוכלו ליקח המכס לעתיד מכאן ולהבא כי אינה מספק' רק להסיר העונש מהעוברי' וכמו שכתב הריב"ש בסימן תל"ג על דבר האיש אשר קבל עליו בשבועה שלא לצחוק בקוביא וכן קבל עליו על זה חרם חמור ונדוי ועבר על שבועתו שיש להתיר לו החרם והנדוי ולהסיר מעליו עונש מה שעבר והקהל יתירו לעצמם מה שקבלו עליהם לנהוג עם העוברי' על ההסכמה שהקהל לא קבלו עליהם הסכמת הדבר ההוא בחומרת חרם עה"ב ואם כן הרי הוא כשאר חרמי צבור שיכולין להתיר ואם מכאן ולהבא אפשר להחזיק במעוז ההסכמה הנז' צריך לקיימה ויש להם להעמידה לבל יקרם מכשול ועון החומרות הגדולות שקבלו עליהם וצור ישראל יצילנו מחטא ועון ויעשה שלום לכל עמו ישראל: נאם הצעיר שלמה הכהן:

שאלה סח

שאלה קהל שהסכימו ותקנו כי בעוד ב' שנים רצופים לא יוכלו להועיל מצדם שום תועלת ממון לבעל תור' אחד מרביץ תור' בקהל אחר אשר בעיר בשו' צד ואופן שבעולם וגם שלא יוכל שום אחד מהם ללכת להתפלל בקהל אחר אלא אם יהיה שם שמחה או ח"ו להפך ולא יוכל שום אחד מהם לצאת מן הק"ק הנזכר עד סוף הזמן הנז' וכל זה בשבועה חמורה ע"ד המקב"ה וע"ד הנשבעים באמת וכל אחד ואחד לדעת חברו ובכלל השבועה הזאת שלא יוכל שום אחד מהם לשאול התרה על שבועתם. וכל השואל יהיה מוחרם ומנודה וכל המקיימה יתברך מפי עליון וכל זה קיימו וקבלו עליהם במוסכם הברורים אשר בררו ביניהם בכח השבועה לעשות ככל היוצא מפיהם לתועלת וכבוד הקהל ומחמת התקנו' האלה תוקד אש הקטטות והמריבות בקהלות מערכה לקראת מערכה וכל יום ויום קללתו מרובה מחברו כי מחמת החילוק והפירוד הגדול אשר ביניהם אין סדר והנהגה בעיר לא בענין המזונות ולא בענין העברו' ולא ביתר הדברים הצריכים להנהגת העיר ודרך כלל איש הישר בעיניו יעשה הנער ירהב בזקן והנקלה בנכבד ואחרון הכביד עון בטול תורה כנגד כלם כנודע וכראות הבעל תורה הנז' את כל הדברים האלה ואת כל התקלו' הגדולות הממשמשות ובאות עליהם בכל יום ויום עמד והשפיל והכניע את עצמו והשליך את כבודו מנגד ושם פניו כחלמיש ללכת לבתי האנשי' ידועים מהק"ק ההוא ובקש מהם וחילה את פניהם לעבור על פשע ולמחול אשם להיות מהיום והלאה באהבה ואחוה שלו' וריעות כי בזה יהיה שלום ומשפט בארץ וכזה בקש מהם פעם ופעמים ולא שמעו ולא הטו את אזנם כי מקצתם עודם מחזיקים

במעוז המחלוק' וככחם אז כחם עתה ומקצתם נגע יראת ה' בלבם ומן היום ההוא והלאה מבקשים השלום ורודפים אחריו בכל מאמצי כח וכראות האנשים החשובים וטובי הקהל הנז' אשר נגע יראת ה' בלבם את קשיות עורפם ואת שרירות לבם הרע שכל חפצם להחזיק במעוז המחלוקת בעז ותעצומות עד שמלאם לבם להביא מחוץ לעיר על אפם ועל חמתם בעל תורה אחד להיות להם לראש ישיבה וכוונתם האמיתי שיהיה להם מעיר לעזור ולהחזיק בידם נקהלו האנשים האלה ועמדו על נפשם לצאת מתוך קהלם להיות יחידים בקהל אחר אשר המרביץ תורה הנז' יושב בקרבו. עתה נסתפק השואל אם יש התרה לשבועתם הנז' ומצו למימר דאדעתא דהכי ודאי לא נשבעו מעיקרא להיותם מקושרים בקשר ההוא להחזיק במעוז המחלוקות וקטטו' כמדובר ואין לך עין גדול מזה ומה גם בהיות שענין השבועה מעיקרא ה"ה לתועל' וכבוד הקהל כאמור ואין לך פסידא וקלון גדול מזה ועוד שעמדו והביאו בעל תורה מחוץ לעיר שלא מדעתם רק על אפם ועל חמתם ואין אדם דר עם נחש ועל הכל כי מעיקרא כשנשבעו לא נשבעו רק בהיות צד ומקום לחוש שהמרביץ תורה הנז' היה מחזיק ביד היחידים שלו לא אחרי שראו בעיניהם שהמרביץ תורה הנז' כבש את יצרו פעמים רבות ולא יצא כפעם בפעם לרדוף אחרי השולחים ידם בכבודו ובכבוד היחידים שלו ולא עוד אלא שגם ראו שהכניע והשפיל את עצמו והלך בית איש יומו לבקש מהם השלום כאמור כי בזה ודאי יש חלול ה' ובזיון התורה וכן לא יעשה עד כאן יורנו מורנו מורה צדק המורה לצדקה ותחשב לו לצדקה:

תשובה מה שטוענים האנשים החשובים כי הביאו בעל תורה מחוץ לעיר שלא ברצונם ודאי דטענה מעלית' דהרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"א סי' מ"א כתב וז"ל ועוד שקבלת חכם ומנהיג בקהל לא דבר רק היא אצל בני הקהל ולא היה מן התימא שיהו פסולים כל בני הקהל אלו עם אלו לומר אתה קבלת נזירות שלא לקבל זה החכם והמנהיג עלינו ובודאי שאין לאדם דבר יותר קשה מלקבל עליו לאדון ולדיין ולמנהיג לאדם שהוא שונאו או שאין לו חפץ בו ע"כ. והריב"ש ז"ל בתש' סי' קצ"ה גבי סופר א' שסלקוהו דלא עברו הקהל על הסכמת' דודאי לא עלה על הדעת שיתנו הסופרו' לחשודים על העבירו' וזו היא אומדנא דמוכחת אף אם לא נכתב ע"כ. ולכאורה נראה דקבלת אדון ומנהיג ע"כ של אדם הוי כי ההיא אומדנא דהריב"ש ועדיף עינה דודאי לא נתחברו אלו עם אלו להיות יחד באהבה ואחוה אלא כל זמן שיהיה אהב' והשקט ביניהם אבל שיביאו מחוץ מי שירדה אותם בתוך ביתם על כרחם זה לא יעלה על הדעת ואפילו אם לא נכתב

כמו שנכתב דמי ומפני כן היה נראה לעניות דעתי דאלו החשובים פטורים משבועתם ותהלתם עומדת לעד:
אלא כדי לצאת מידי כל ספק אני אומר שיתירו להם שבועתם ויהיו מותרים בלי שוה חשש כלל דאף ע"ג דאיכא טובת הנאה דהרי כתב מהריב"ל בכמה תשובות בספריו ואחד מהם ח"א כלל ח' דכשהסכימו שלשה או ד' על ענין א' ונשבעו איש אל אחיו נעשה כל אחד כעושה טובה לחברו ואין מתירין אלא מרצון כלם ע"כ וכן נמי אפשר דאיכא ריעותא אחריתא בנ"ד דהו' שבועה ע"ד רבים דכל אחד נשבע לדעת כל חבריו אע"פ שלא נזכר בשאלה אלא כל אחד לדעת סברו לבד מ"מ אפילו שיהיה לדעת חבריו והוי נשבע ע"ד רבים ואיכא טובת הנאה מ"מ הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג סימן פ"ח כתב דאפילו בשבועה לדעת רבים וטובת הנאה קלישא כי האי דאינה טובת הנאה ממש מה שמתחייב ונקשר אחד עם חברו דיש לסמוך לכתחלה על התוס' והר"ן ולהתיר לכתחלה לדבר מצוה ובנ"ד ג"כ איכא דבר מצוה ודאי דאם לא יתירו באלו החשובים על שבועתם ירבה המחלוקות ביניהם מפני שמכריחים אותם לקבל עליהם אדון בעל כרחם וכי יתפרדו מעליהם יהיה שלום ביניהם וכיון שכן מתירים להם לכתחלה כ"ש דכמעט התרה אינו צריך כדכתיבנא אלא שמשום מהיות טוב אל תקרי רע אמרתי כן וכיון שכן ודאי שמתירים לכתחלה בנ"ד לעניות דעתי ויהיו החשובים פטורים מותרים בלי שום חשש כלל בעולם:
הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה סט

ראיתי דברי הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו ודבריו ראויים אליו אך אמנה מפני חומר איסור השבועה והנזירות עדיין היה לבי נוקפי במה שכתב הרב נר"ו דלא בעינן אונסא דלא שכיח לפום מסקנא דפ"ד נדרים ופ"ק דכתובות ומה שהוצרך הרא"ש לפרש דעכבו נהר דמתני' היינו שגדל הנהר מהפשרת שלגים אין זה אלא לפי מאי דסליק אדעתין מעיקרא דיש אונס בגיטין אבל כיון דקי"ל אין אונס בגיטין כדאמרי' בריש כתובות לא הוי טעמא גבי ההוא דאמר אי לא אתינא מכאן ועד ל' יום דהוי גיטא משום דהוי אונסא דשכיח אלא משום דאין אונס בגיטין וכן כתב שם הר"ן דלפום טעמיה דמקשה דס"ל דיש אונס בגיטין השיב לו ועל כן תמה על רבינו ירוחם שפי' עכבו נהר שלפי האמת הוא שגדל הנהר מהפשרת שלגים וכן על הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק ג' דף קל"ג שסבור כן והקשה מההיא דההיא דמהר"ם ז"ל:

והנה ראיתי להרא"ש ז"ל בפסקיו בפ"ק דכתובות וכן הר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו והתוס' במקום הנז' שכתבו ג' מיני אונס חד שכיח טובא ואפילו בממון לא הוי אונס וחד לא שכיח כלל דאפי' בגיטין הוי אונס וחד שכיח ולא שכיח דבגיטין לא הוי אונס ובממון הוי אונס וכתב הרא"ש בפ"ק דכתובות דשכיח טובא הוי כי האי דפסקיה מברא א"כ משמ' דאית להו דאפי' לפי האמת מקרי ההיא דפסקיה מברא שכיח טובא ואפי' בממון לא הוי אונס אלא שהם סוברים דמה שהוצרך הגמ' לומר בפ"ק דכתובות ובפ"ד נדרים דילמא שאני התם דשכיח כלומר דשכיח טובא לא היה צריך לומר כן גבי גטין לפי האמת דאין אונס בגיטין דאפילו שכיח ולא שכיח אין אונס אלא אמר כן לפי סברת המקשה אך לפי האמת אין אנו צריכים לטעמא דשכיח טובא אבל מ"מ לא הדרינן ממאי דאמרי' דההוא דמברא שכיח ואפילו בממון לא הוי אונס וצריכים אנו לומר לפי האמת דעכבו נהר הוי שגדל הנהר מהפשרת שלגים וצדקו דברי רבינו ירוחם ז"ל והרב מהריב"ל ז"ל הגם כי מדברי רש"י ז"ל לא משמע כן כמ"ש בפ"ד נדרים והוא דלא אניס באונס דמוכחא לאיניש כי האי וכו' וכמו שדקדק הרב נר"ו מ"מ לעניות דעתי נראה שהתוס' והרא"ש ורבי' ירוחם כולהו אית להו הכי ומ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה דמי שנשבע לפרוע לחתנו וירד מנכסיו דאין מחייבין למכור כלי ביתו היינו משום דחשיב ליה הא הרא"ש כאונס דשכיח ולא שכיח או לא שכיח כלל אבל אי הוה חשיב ליה כאונס דפסקיה מברא דהוי שכיח טובא אפילו בממון לא הוי אונס:

א"כ יצא לנו מזה דבעינן אונסא דשכיח ולא שכיח כדי שיהא פטור מהשבועה והנזירות דאי שכיח טובא, לא הוי אונס ובכל אונסי השאלה לא ראיתי אלא אונס דשכיח טובא דירידת המעות מצוי הוא בזמן הזה וכל שאר האונסים אינם כדאים להתיר דשכיחי ורגילי טובא. ועוד שכתב הריב"ש בסימן שפ"ז דאפילו לא היה יכול לבטל אונסו אלא על ידי ממון הרבה שיצטער בנתינתו נראה לנו שחייב לתת ולא יעבור על מל"ת שלא מצינו בשום עקום היתר לעבור על מצות ל"ת מחמת הפסד ממון וכו' והאריך שם באותה תשובה להוכיח זה והעלם בסוף דבריו סוף דבר אין דעתנו נוטה שיהא אונס ממון פוטר בנדון זה ע"כ: איברא דראיתי לו תשובה בסימן ת"ס שלכאורה נראה שחולק ע"ז שכתב שם וכבר נשאל הרשב"א ז"ל במי שהיה, חייב לפרוע מנה לחברו בשבועה לזמן פ' והמלוה היה חייב לאסר מנה ואדוני הארץ התפיס ביד אותו לוה מנה זה עד יפרע המלוה לזה שחייב לו אם הוא נפטר מן השבועה והשיב שאנוס הוא וכו' ואע"פ שידוע שאין בכאן קנס גוף אלא שחייב לפרוע מנה אחר אעפ"כ לא על דעת כן נשבע שיפרע מאתים בעד מנה וכו' ועוד כתב שם וגם לא היו מחוייבים לפזר ממון ולמיהב

תרקבא דדינרי כדי לבטל הצווי ההוא דהא אמרי' בגיטין פרק כל הגט וכו' מ"מ אם בנקלה היו יכולים לבטל צווי הגזבר היה להם להשתדל בזה וכו' משמע מכאן דאפילו אונס ממון מהני לבטל השבועה הפך דברי התשובה הקודמת וכבר הרגשתי בסתירת אלו הב' תשובות בפסק אחר ולהיות המוביל נחוץ לא אאריך פה לבד זה אומר דאין אונסי השאלה כדאים לבטל השבועה והנזירות חמורי' עד מאד כמו שבא בשאלה:

אבל יש להתיר מהטעם אחר שכתב הרב נר"ו שפרשו בפי' בתנאי שלא יהיה שם אונס ניכר ובודאי דבאו להוסיף אפילו אונס דשכיח דאי לא שכיח למה להו לאתנויי בלאו הכי השבועה בטלה כיון דהוי אונסא דלא שכיח אלא ודאי שהוסיפו אפילו אונס דשכיח ואע"פ שגם טעם זה לחוד אינו ברור כ"כ בהצטרפו עם הטעמים אחרים דיש כאן אונסים רבים יש למצוא טעם להתיר שבועתם ונזירותם ואחר אשר הורה הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו אני אהיה סניף לכבוד חכמתו:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ע

שאלה קהל שהעמידו עליה' מרביץ תורה וכתבו לו שטר ע"ז וכתוב בו שהעמידוהו להודיעם חקי האלהים ותורותיו ירביץ תורה יורה יורה ידין ידין ושהוא ילבישם בגד ישועות נפשם מספר שנים וכתוב בו שקבלו כל זה בכל אלות וחומרות התורה ושבועות ונזירות שמשון בכל תנאיו וחתמו בו רוב הקהל ורבים מהם צוו לחתום ובסוף השטר כתוב כל הכתוב למעלה בטא כל א' מהם בפיו ובשפתיו הנזירות והשבועות הנז' בפנינו עדים וחתמו בו שני עדים ובין כתב העדים וחתימות החתומים יש יותר מד' שורות חלק וכתוב שהאמינו לחכם המרביץ תורה הנז' נאמנות גמורה בפי' כשני עדים כשרים אח"כ חזרו בהם הקהל והסכימו בתוך הזמן לסלקו וסילקוהו מעליהם באמרם שאין בו ידיעה להודיעם חקי האלהים ותורותיו ולא לדון דין ועוד טוענים שאמרו לו שיעמדו עמו לדין אם יש לאל ידם לסלקו מעליהם ושהשיב להם שאינו רוצה לעמוד עמהם בדין ושמחל להם על הכל ואמר להם פטורים אתם מותרים אתם והוא מכחישן וטוען שהוא נאמן בכת הנאמנות הכתוב בשטר והקהל טוענים שהם לא חתמו על הנאמנו' אלא שופרא דשטרא הוא. עוד טוענים הקהל שרבים מהם אינם יודעים לקרות והוא טוען שקבלוהו עליהם על דעת שאינו יודע ושאין נדרם ושבועתם טעות והם מכחישים אותו ונשבעו על ככה. עוד טוענים הקהל שחתמו באונס מפני פחד שלקצת מהם הכום בדיני האומות והשאר נפל פחדם עליהם והוא מכחיש. עוד טוענים שלא ביטו כלם את

השבוע' והחומרות בשפתם וכל א' אומר אני לא בטיתי שהרי ב"ד חקרו ודרשו לא' מן העדים ואמר בב"ד שכל החתומים שם לא ביטו בשפתותיהם בפנינו הנזירות והשבועה אלא קצת מהם וכיון שהיה חלק בין חתימתו לחתימתם הוסיפו אח"כ עליהם א"ב כפי דברי העד הזה מקצת מהחתומים נטלו הנזירות וכל אחד מהחתומים אומר שלא ביטה בפיו ובשפתיו א"כ כל א' נאמן על עצמו כיון שהעד אינו מעיד אלא שמקצתם נטלו אבל לא השאר. עוד טוענים שאף אם יעיד על קצתם שביטו טוענים שלא ביטו קצתם אלא אדעתא שיבטו כלם וכיון שלא ביטו כלם גם אותם שביטו טוענים שהם פטורים כיון שלא ביטו כלם אלו הם הטענות שטענו בני הקהל קדוש ועל פיהם פטרם הרב הגדול נר ישראל דיין העיר נר"ו ושבח אותם ומעשיהם לשם שמים ואמר להם שהם פטורים ומותרים ברוכים הם לה' ועל צד היותר טוב נטלו שלשה בעלי תורה והתירו להם השבועה אף על פי שלא היו צריכין אחר כך נתקשרו כלם בקשר אמיץ בשבועות וחרמות ונזירות שמשון בכל תנאיו עם חכם אחר יודע וראוי לקבוע ישיבה ויש אומרי' עליהם שעברו על הנזירות הראשון על כן אתם חכמי שלומי אמוני ישראל צאו נא לעזרת הדרת יקרת ק"ק אשר מעשיהם לשם שמים ולהסיר מעליהם הלעז ההוא על הדין ועל האמת ושכרם כפול מן השמים מנה אחת אפים:

תשובה טענת האונס טענה גדולה הוא אפילו שלא מסרו מודעא וכמו שכתב הרב רבי' שלמה ן' אדרת זכרונו לברכה בתשובה וזה לשונו אפילו לא מסר מודעא וראינו שנאנס האונס מבטל הנדר ועוקרו מעיקרו ולא עוד אלא אפילו לא הכרנו באונסו כלל אלא שהוא אומר עכשיו שהיה אנוס באותה שעה אונס גמור נאמן על עצמו והביא ראיה והכריח הדבר יעויין שם עלה רע"ד עמוד ראשון: גם הטענה הראשונה רצוני שהיה לשם שמים אינה צריכה למימר דהוי טענה שהרי משנה שלמה היא בפרק הנודר מן הירק תנן קונם צמר ופשתים עולה עלי וכו' ופסקו רוב הפוסקים כרב יודה דאמר הכל לפי הנדר וכו' ואפילו לפוסקים דלא סבירא להו כרבי יודה מכל מקום היכא דאיכא הוכחה גמורה אזלינן בתר כוונת הנודר בהוכחה כל שכן וכל שכן היכא דאיכא תרתי הוכחה ודיבורא הוכחה שעינינו הרואות שכל החכמים שהיו מרביצין תורה בזה הקהל קודם עשו קבע ללמדם תורה ולדרוש להם בכל שבת גם הלשון מוכיח כמו שאמרו מרבין תורה שלשון זה מוכיח על מי שעושה תורתו קבע:

עוד ראיה אחרת יותר ברורה והיא משנה ג"כ ראה מרחוק אנשים שאוכלים פירותיו ולא הכירם ואומר הרי הם עליכם כקרבן וכשקרב אליהם ראה שהם אביו ואחיו שלא היה רוצה לאוסרם עליהם אינו נדר אף על פי שלא פירש בהם כיון שהדבר מוכיח שאין

אדם אוסר פירותיו על אביו ואחיו עד כאן. וכתב הר"ן זכרונו לברכה דטעמא משום שהוא מוטעה בעיקר הנדר שלא היה דעתו אין פיו ולבו שוין ובטל בעצמו עד כאן אם כן בנדון דידן הדבר ברור שהנדר בטל מעיקרו שהיו מוטעים בעיקר הנדר ואחר היות אלו פטורים מצד טענת אונס ואלו פטורים מצד כוונת לקוחת החכם להרביץ תורה נמצא רוב הקהל פטורים גם שיש קצת שלא נשבעו נמצאו כלם פטורים אפילו שלא יתנו שום אחד מאלו הטענות יכולים הם לומר אם אנו נשבענו היה כי חשבנו שכל הקהל מושבעים ואדעתא דהכי נשבענו אבל עתה שרוב הקהל פטורים ואינם חפצים כי אם למרביץ תורה מלמדם ודורשם בכל שבת גם הם פטורים כי אדעתא דפירוד לא נשבענו ועם מה שכתבתי נתבטל מה שאומרים שיש הסכמה שכשחכם אחד יוציאוהו מקהלו שלא יכנס שם אחר שזה מובן שבהיותו מרביץ תורה כנזכר אבל מי שאין בו דבר כי אם פעם אחת בשנה לא יובן עליו וזה אני אומר אפילו לקהלות שהזכרוה הסכמה זאת אבל לשאר הקהלות שלא הזכרוה אין אנו צריכין לכל זה ולהם הסכמה זו אין בה ממש:

שמואל די מדינה:

וזהו אשר כתב על ענין הנזכר הרב המחבר ז"ל:

שאלה עא

אמת כי בענין זה כבר כתב הרב הגדול תל שהכל פונים בו נר ישראל מורי ורבי נר"ו והורה להם היתר בפשיטות בלי שום פקפוק ושבח מעשיהם ומי הוא זה ואי זה הוא שיבא אחרי המלך הוא אבינו הוא מלכנו אי לזאת אמרתי אני אל לבי אחשוך ממשוך בעט סופר כי דברי מורנו ורבינו אינם צריכים חיזוק שבתי וראה בעירנו זאת מי שרצה לחלוק עליו אז אמרתי הנה באתי במגלת ספר ויאמר אברהם אנכי עפר ואפר הנני בא לפרש דבריו כמלקט פניני אמריו ודבריו חיים וקיימים:

ואומר דהטענה הראשונה שטענו הקהל פטרתנו היא טענה ראויה דהטור ז"ל כתב בהלכות נאמנות סימן ע"א זה לשונו שטר שיש בו נאמנות ואין עדי השטר בפנינו וטוען הלוה כי לא נכתב הנאמנות בצוויו כי דרך הסופרים לכתוב מעצמם שופרא דשטרי אינו נאמן כיון שכתוב בו וקנינא על כל מאי וכו' אין יכול לבטלו אבל אם העדים בפנינו ומעידים שלא כתבוהו כצווי הלוה אלא מפני שופרא דשטרי וכו' אף על גב דכתיב ביה וקנינא על כל מאי דכתיב לעיל אין סומכין על הנאמנות ואין כאן מגיד וחוזר ומגיד דאיכא למימר אשאר מילי דשטרא חתימי כדאיתא בירושלמי נאמנים העדים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו עד כאן. והקשה שם הרב בית יוסף

זכרונו לברכה דדברים אלו הפך תשובת הרב רבינו אשר זכרונו לברכה שכתב רבינו בסימן ס"א כל דבר שנהגו סופרים לכתוב כל מה שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות הן כתבוה בשוקא הן שאר שופרי דשטרי שנהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ואין צריך לפרש שיכתבו לישנ' יתירי דאית ביה עד כאן ותירץ שני תירוצים הראשון דהטור איירי בסימן ע"א בשאינו מנהג פשוט במדינה לכתוב כן בכל השטרות אף על פי שבקצתן כתוב כן והרב רבינו אשר זכרונו לברכה מיירי כשהוא מנהג פשוט במדינה לכתוב כן בכל השטרות אי נמי הרב רבינו אשר זכרונו לברכה מיירי בשאין כאן עדים שיעידו שלא כתבוהו כצווי הלוה עד כאן. ולשני התירוצים יש לזכות לבני הקהל קדוש בנדון דידן לתירוץ הראשון אין מנהג פשוט במדינה לכתוב בכתבים אלו מקבלת חכם נאמנות שמקצת הסופרים כותבים כן לשופרא דשטרא ובפרט זה הסופר שכתב כתב זה שמו כה"ר יצחק חבר יצ"ו אשר נודע בעיר שהוא כותב כמה יפויים מדעתו אבל אין זה כשטר ממון שבכל השטרות כותבים שם נאמנות ובודאי שדעתו על הנאמנות דבענין נדון דידן פעמים אין כותבין ולכך יאמרו כאן הם עצמם לא חתמנו על הנאמנות ואף על פי שאמרו בשבועה לקיים כל הנזכר לעיל ובנזירות אם יעברו על שום פרט מכל הנזכר לעיל יאמרו אין כוונתינו על הנאמנות דהרי כתב הטור זכרונו לברכה דאף על גב דכתוב בשטר וקנינא על כל מאי דכתוב וכו' יכולים לומר לא חתמנו על הנאמנות ואף על פי שהוא עצמו אינו נאמן התם לומר כן כל זמן שלא אמרו כן העדים התם שאני דהעדים החתומים מורה שעל הכל חתמו כל זמן שלא פירשו דבריהם ואפילו שהוא טעון כן לאו כל כמיניה אבל הכא שאין העדים חתומים על ככה אלא חתימתם לבד יכולים לפרש אין כוונתנו על הנאמנו' דאינו אלא שופר' דשטרא ועדיף נדון דידן מההיא דהתם דהוי מילתא בינם לבין יוצרם ולכך הם נאמנים: ולתירוץ השני אתי שפיר טפי דמשמ' דאפי' מנהג פשוט במדינה יכולים החתומים לפרש דבריהם ולומ' ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו כיון דדרך הסופרים לכותבו לשופרא דשטרא:

איברא דקשיא לי טובא בהך לישנא דכ' הטור דהביא ראיה מהירושלמי דקאמר נאמנים העדים לומר על זה חתמנו וכו' דהירושלמי הזה הביאו הר"ן זכרונו לברכה בריש ראש השנה גבי שטרות המוקדמים מי מודיע כלומר שהשטרות מוקדמין רבי שמעון בר אבא בשם רבן יוחנן אמר הן הן עדיו והאמר ר"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בבית דין דמי תמן כשאומרים לא חתמנו ברם הכא יכלי למימר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו עד כאן וכתב שם הר"ן שתי סברות סברת הר"ז שמפרש ירושלמי

זה אפילו בשכתב ידם יוצא ממקום אחר וסברת הרמב"ן זכרונו לברכה שמפרשו שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר וישוב פירוש הרמב"ן ז"ל כתבו נמוקי יוסף בפרק איזהו נשך וביארו יותר הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים דף ק"ל עיין שם והטור כתב בחשן משפט בסימן מ"ג בשם ר"י גבי שטרות מוקדמין דדוקא היכא דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואמרו טעינו בשנת המלך נאמנים וכן כתב אדוני אבי הרא"ש זכרונו לברכה משמע שר"י והרא"ש מפרשים הירושלמי בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר וכהרמב"ן זכרונו לברכה ואם כן לפי דעתם אין ראיה מירושלמי לדין זה שכתב הטור שטר שיש בו נאמנות וכו' דהטור איירי אפי' בשכתב ידם יוצא ממקום אחר מדקאמר ואין כאן מגיד וחוזר ומגיד וכו' ועוד דלשון הטור מועתק מלשון בעל התרומות וחפשתי שם ובהדיא כתוב שם אחר שנתקיי' השטר בחותמיו ודין זה לא הוי לדעתם של ר"י והרא"ש אפי' היכא שנתקיים בחותמיו אלא דוקא היכא שלא נתקיים ואתמהא איך סתם הדברים כאן הטור נגד ר"י ואביו הרא"ש שכתב בסימן מ"ג ולא עוד אלא שנראה מריהטא דלישנא שכתב שם אבל לדעת ר"י ז"ל נראה שהוא מסכים לדעתם ועוד דהרב בית יוסף הסכים דין זה עם תשובת הרא"ש שהביא הטור בסימן ס"א דנראה. לכאורה דלא פליג הרא"ש ז"ל בדין זה מיהו לזה יש לומר דאותה התשובה לא פליגא אבל במקום אחר פליג ולא בא הרב בית יוסף אלא לישב דלא יחלוק אותה התשובה עם דין זה דאם כן היה הטור זכרונו לברכה מוקשה מדידיה אדידיה דהביא שני דברים בשני מקומות בסתם סותרים זה לזה אבל מכל מקום קושיא ראשונה צריכה לי עיון:

מ"מ בנדון דידן אפילו שיהיה מחלוקת בין הפוסקים דלדעת ר"י והרא"ש היכא שכתב ידם יוצא ממקום אחר דאינם נאמנים כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הוי ספק וספק נזירות להקל דהא השבועה כבר הותרה על פי שלשה בעלי תורה כמו שאמרו לו אחר כך ואין אנו באים לדון אלא על הנזירות איברא דראיתי להרב מהר"י ן' לב ז"ל שכתב בפסקיו הראשונים כלל ו' דלא אמרי' ספק נזירות להקל בפלוגתא דרבוותא וכן דעת הרב הגדול מורי ורבי נר"ו: וכל זה אנו צריכים לחתומים בכתב אבל להרבה מהם שהם צוו לחתום פשיטא שאין זה כלום ונאמנים לומר שלא ביטו בשפתותיהם השבועה והנזירות וכמו שכתב הרשב"א בתשובה הובאה בב"י סי' ע"ה וזה לשונו עדים שאין יודעים לחתום וצוו אחר לחתום אין זה כלום לפי שורת הדין וכן כתב הר"ש בר צמח בתשובה יעויין שם ואף על פי שלמטה חתמו שכל הנזכר לעיל ביטו השבועה והנזירות כיון שיש חלק הרבה בין החתומים והעדים כמו שבא בשאלה אפשר שכל אלו של צוה לחתום בעל השטר עשאם אשר שחתמו העדים למטה ולא היו שם כעת חתימת העדים ונאמנים הם על עצמם

לומר לא קבלנו השבועה והנזירות: עוד בא בשאלה שרבים מהם לא ידעו לקרות. איברא דהרשב"א כתב בתשובה סימן תרכ"ט וז"ל נשאל ביהודי עם הארץ שרצה לגרש את אשתו ואמרו לו ב"ד שיפרע לה כתובת' ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנ' ולא הבין התנאים ואמר כי שאלו את פי הרב רבינו מאיר ז"ל והשיב ששומעים לו והוא אומר דאין שומעין לו דהחזקה שהעידו עדים בע"פ ועל פיו חתמו ואם אי אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי ארץ ולא על הנשים ואין אלו אלא דברי תימה אבל מה אעשה שכבר הורה זקן ויושב בישיבה חכם עם איש שיבה ע"כ וכן הרב ב"י בסימן מ"ה כתב כתוב בתשובות להרמב"ן סי' מ"ז על הודאה בחתם ידו והשטר בגופן של גוים והדבר ברור שאינו יודע לקרות ויש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו וסמך על הסופר שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר וכו' ע"ש משמע מכאן דאין טענתם טענה אלא שיש לומר דבנ"ד דהוי מילתא דבינו לבין יוצרו כולי עלמא מודו לרבינו מאיר דנאמן ואפילו בממונא כתב הרשב"א מה אעשה שכבר הורה וכו' ולפחות באיסורא היה עושה מעשה כדבריו דבינו לבין קונו נאמן: גם הטענה האחרת שהלשין עליהם בערכאות אף על פי שהוא מכחיש אותם הדבר מפורסם בעיר שבשבתו הכו אותם והטור כתב בהלכות נאמנות סימן ע"ה בשם רבינו קלונימוס במי שהוחזק כפרן ועל ידי עדים אפילו שאינו באותו מקום אלא במקום אחר לא מהני ליה הנאמנות והיא כתובה בספר התרומות ויהיב טעמא למילתיה משום דאמרינן כי הימניה לוה למלוה משום דכל ישראל בחזקת נאמנים הם עד כאן וכיון שכן בנדון דידן מצו למימר כשהאמנוך הוא מפני שחשבנו שאתה אדם כשר אבל עתה שיצאת מקו הדין והיושר והלכת בערכאות והכתנו הכאות גדולות אין אנו מאמינים לך. איברא דיש מקום לחולק ולומר הורה היתר לעצמו מפני שלדעתו עברו על הנזירו' ועל השבוע' אעפ"י שכפי הדין לא יהיה כן טעה בכך ולכך הכם ועוד שכבר עמד בב"ד וטען שלא פטר' ח' ימי' קוד' שהכם בבית הדיין ובעת ההיא לא יצא מקו הדין ומ"מ מחמת הטעמי' הא' בטל הנאמנות ונאמנים בטענם פטרתנו ואעפ"י שלא נסמוך על טענ' זו לבדה להקל יש כאן עוד כמה טענות ולפחות הוא סניף טוב לשאר הטענות: הטענה האחר' היא טענה אלימתא ועליה ודאי ראוי לסמוך להתיר דהא כל עצמם לא שמו מרביץ תור' אלא להורו' להם הדרך הטוב ושיהיה ישועת נפשם כמבואר בכתב שעשו ואם אינו יודע ואינו מלמד להם אין כאן ישוע' הנפש ועוד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקי' וכבר נודע עונש הממנה דיין שאינו חכם בתורה אעפ"י שיש בו מדות אחרות טובות שעובר בלא תעשה כדכתב הטו' בח"מ סי' ח' ומה גם דנ"ד הוי מילתא דהם

נאמני' על עצמם וכדכתב הרא"ש בתשובה כלל י' שנאמן לומ' פטרתנו מהשבועה כי דברים הללו בינו לבין יוצרו ע"כ ולא עוד אלא שהם נשבעי' על ככה כמו שבא בשאלה ואעפ"י שהחכם נשבע בהפך אינו נאמן שאפילו שיאמר החכם שאמר להם ע"מ כן אתם מקבלים אותי שלא אדרוש לכם ולא אומר לכם דין ולא שום דבר ויש לו נאמנות בכתב אין נאמנו' מועיל לדבר זה שהרי כל הכתב אומר בהפך שירביץ תורה ויורה ושילבישם בגד ישועת נפשם וכל שאר הלשונו' ואם אינו דורש להם ואינו יודע לומר להם שום דבר מה אור התורה הם רואים ומה ישועת הנפש יש להם ובודאי דהוי נדר טעות כמו קונם שאשתי נהנית לי שגנבה כיסי או שהכתה את בני ונמצא שלא גנבה ולא הכתה דהוי נדר טעות כדאיתא בפרק ד' דנדרים:

וראיתי מי שקראו תגר על טענה זו באמרם שהסבה שקבלוהו עליהם היה מפני ששני ראשי הקהל היה להם מלחמה זה עם זה ואחד מהם נתלה בו מפני שזה החכם היה לו ממשלה בבית הדיין שהיה רופא ויסייעהו וכיון שבסבה הזאת נכנס נכרים הדברים שלא קבלוהו בשביל התורה ותמהני עליהם דהא בפרק תפלת השחר במעשה דרבן גמליאל ור' יהושע אמרו מאן נוקים לר' יהושע וכו' נוקים לר"ע וכו' אלא נוקים לראב"ע דהוא חכם והוא עשירי וכו' והוא עשיר דאי אית ליה לפלוחי לבי קיסר אזיל ע"כ מוכח משם דר"א אף עפ"י שהיה בחור והיו שם גדולים ממנו מ"מ נטלוהו מפני שיש לו גם כן מעלת עושר דמצי לפלוחי לבי קיסר וא"כ בנ"ד נמי כיון שאנו רואים בכתב שכתוב שקבלוהו להורו' להם הדרך טוב ועוד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקי' נאמר דהוי כנדון דרבי אלעזר ן' עזריה דנהי דנטלוהו מפני שיש לו ממשלה עם הדיין אבל אין מוכיח מפני זה שהיו יודעים שלא היה יודע כלל אלא היו חושבים שאעפ"י שהיו בעיר גדולים בחכמה ממנו נתלו בו מפני שיש לו ג"כ הממשל' הזאת ואית ליה תרתי כמו שנתלו בעלי הגמרא ברבי אלעזר ן' עזריה יותר מאחרים אבל אם היו חושבים שלא היה בו חכמה בתורה ודאי שלא היו נתלים בו מפני דבר זה לבד ולשון הכתב מוכיח זה כדכתיבנא ועוד דהם נשבעים ובינם לבין יוצרם הם נאמנים וטענה אלימתא היא זאת ועליה סמך הרב הגדול מורי ורבי נר"ו והביא ראיות וכמו שכתב בפסק בארוכה:

ועוד אני אומר אפילו היו סבורים שלא היה יודע כיון שבפיהם הוציאו שלקחו לישועת נפשם ולהורות הדרך הטוב ולהאיר להם אור התורה אנן בתר פומא אזלינן גבי נדרים ושבועות ודברים שבלב אינם דברים ואעפ"י שבלב חשבו שאינו חכם כיון שבפיהם הוציאו שלכך לקחוהו ודאי שהם פטורים וברור זה בעיני:

הטענה האחרת גם עליה סמך הרב הגדול מורי ורבי נר"ו והביא ראיה ממ"ש הרשב"א ז"ל הובאה בב"י סי' רע"ד וז"ל אפילו לא מסר מודעא וראינו שנאנס האונס מבטל הנדר ועוקרו מעיקרו ולא עוד אלא אפילו לא הכרנו באונסו כלל אלא שהוא אומר עכשיו שהיה אנוס באותה שעה אונס גמור נאמן וכו' ע"ש ובנ"ד נכרים הדברים שהקצת הם אנוסים שזה החכם נכנס בסבת מלחמת ב' ראשי הקהל וכל אחד מהם היה כת א' והכת הא' מהם נתלו בו ברצונם ולהכריח לכת האחרת המנגדת הוצרך להכות קצת מהם בבית הדיין עד שנפל פחד השאר עליהם והודו ע"כ והוא דבר מפורסם בעיר:

הטענה האחרת טענו כי ב"ד חקרו ודרשו לא' מן העדים ואמר בב"ד שכל החתומים שם לא ביטו בשפתותיהם בפניו אלא קצת וכיון שהיה חלק בין חתימתו לחתימתם הוסיפו אח"כ עליהם ובודאי דטענה זאת ג"כ מעלייתא היא דכיון שכל א' אמר אני לא בטיתי בשפתי ואין העדים מכחישים אותו נאמן כל אחד על עצמו וכ"ת הרי העד חוזר ומגיד במה שאומר שלא ביטו כלם דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמו לא היא דכבר בא בשאלה דהרחיקו העדים מן החתומים יותר מד' וה' שיטין וכיון שכן הרי זה שטר פסול ואע"ג דכתב הטור בסי' מ"ה בשם רבינו יונה דאינו יכול לטעון להד"מ מ"מ לא שטרא הוא כדכתב הוא שם בפירוש דלא שטרא הוא וכיון שכן יכול לחזור ולהגיד דעדיין לא הגיד ויש לי קצת גמגום בלשון הטור דמדברי רבינו יונה שהשוה שטרות המוקדמין לזה משמע דבשטרות המוקדמין היכא דטען להד"ם הוחזק כפרן ובסי' מ"ג כתב הטור בשטרות המוקדמין ב' סברות סברת הרי"ף ורש"י ז"ל דלכל מילי הוי שטר חוץ לגבות ממשעבדי וסברת ר"י והרא"ש נראית הפוכה ממש דאפילו טוען להד"ם לא הוחזק כפרן דכן משמע מלשון הטור שכתב אבל ר"י כתב שהוא פסול לגמרי ולמעלה כשהביא סברת הרי"ף כתב ואי טען להד"ם הוחזק כפרן וכאן כתב לגמרי משמע שחולק על כל האמור וא"כ כפי זה ג' מחלוקות בדבר בשטרות המוקדמין לסברת הרי"ף ורש"י ז"ל הוי שטר גמור חוץ מלגבות ממשעבדי ולסברת ר"י והרא"ש הוי פסול ואפילו היכא דטען להד"ם ולסברת רבינו יונה היכא דטען להד"ם הוחזק כפרן וא"כ למה לא הביא בסימן מ"ג סברת רבינו יונה שהוא מחלוקת ג' ועוד ששם נראה שהסכים לסברת ר"י והרא"ש וכאן כתב דברי רבינו יונה בסתם שנראה שהם חולקים בין בהרחיק הכתב מן העדים בין בשטרות המוקדמין דלר"י והרא"ש משמע דאפילו טען להד"ם לא הוחזק כפרן מיהו היכא דהרחיק דלא הוי פיסול שם בפי' אפשר דר"י והרא"ש מודו אבל שערות מוקדמין דגריעי פפי דיש בהם פיסול דהא רבינו יונה כשכתב דין זה כתב ואפילו שטרות המוקדמין פליגי עליה וכיון דדין שטרות המוקדמין לא כתבו רבינו כאן

בשם רבינו יונה בעיקר אלא אגב דינא דהרחיק לא הצריך להזכיר כאן מחלוקת ר"י והרא"ש ולומר ואני כתבתי למעלה כדרכו בשאר מקומות אבל מ"מ בסי' מ"ג לא ידעתי למה לא הביא סברת רבינו יונה ואם נסכים סברת רבינו יונה ור"י ולומר דמ"ש בסי' מ"ג פסול לגמרי לאו דוקא אלא היכא דטעין להד"ם הוחזק כפרן דוחק הוא כדפרישית:

מ"מ למדנו דאין כאן תורת שטר ואינו חוזר ומגיד ועוד דיש טעם אחר לבטלו מתורת שטר ממאי דכתב הרשב"א סימן אלף ר"ט גבי שטר קדושין וז"ל וה"נ אם כתבו העדים שלא מדעת המתקדשת אין סומכין על עדות זו עד שיבאו ויעידו בפיהם ואין לומר בזה בחזקה ידעי ולא חתמי עד שאמרה להם חתומו דאנן סהדי דלא ידעי והוה ליה כאידך אודיתא וכו' וצא ושאל לכל אי ידעי הא או לא ובאמת לא ידעי ע"כ בנ"ד ג"כ אין אומרים שזה שחתמו העדים היה ברצון המתחייבים שיאמרו להם שיחתמו כדי שיהיה לזה תורת שטר דאל"כ לא הוו חתמי דאנן סהדי דלא ידעי ובודאי דחתמי אף ע"פ שלא יאמרו להם שיחתמו וצא ושאל לכל אי ידעי או לא וכדכתב הרשב"א דכ"ע סברי דא"צ שיאמרו הם שיחתמו וא"כ אין לזה תורת שטר ואין כאן חוזר ומגיד ויכול לפרש העד ולומר שמקצת מהם ביטו. ועוד דנכרים דבריו דברי אמת שכיון שהניח חלק בין חתימתו לחחימתם אחרי כן הוסיפו וכיון שכן כל א' אומר אני לא בטיתי בשפתי וכל אחד נאמן על עצמו וכ"ת נהי דלא נאמר על איש מיוחד מהם שהוא נזיר אבל נאמר על קצת מן הקהל שהם נזירים בכללות לא היא דעדיין נצרף זה עם הטענ' הקודמת ונאמר אין כאן נזירו' דכיון דבטענה הקודמת נאמר דיש כאן אנוסים א"כ נאמר אולי הקצת מהם שקבלו הנזירות היו אנוסים ולא חל עליהם הנזירות וא"כ אין כאן ח"ו פסול בהם כלל:

הטענה האחרת שאותם המקצת שקבלו אומרים אנחנו לא קבלנו אלא אדעתא שיקבלו כלם הא ודאי טענה מעליתא היא דאע"ג דשאר הקהל נתרצו בעת ההיא מ"מ יכולים המיעוט לומר אנחנו סבורים כשקבלנו שכל הקהל או רובו יקבלו הנזירות והשבועה ויהיו בקשר א' אמיץ כמונו אבל אם לא יהיו בקשר אמיץ כמונו אע"פ שיהיו מתרצים בעת ההיא לא היינו מקבלים הנזירות דאנחנו מקושרים בקשר קיים והם בחפצם ורצונם והם הרבים ואנחנו המיעוט ועל טענה זו סמך הרב הגדול מורי ורבי נר"ו זה לו שנים במעשה כיוצא בזה ועשה פסק על זה והתיר והאריך בראיות:

כלל העולה האנשים האלה שלמים הם אתנו ופטורים ומותרים מכל הטעמים האמורים ויש בהם טעמים ראויים כל א' מהם להתיר בשבילו לבד ויש מהם שראוי לעשותם סניפים ואפילו הרוצה לחלוק בהתחבר כלם יחד ודאי שהדבר ברור כשמש שהם פטורים ומותרים ודברי הרב הגדול מורי ורבי נר"ו חיים וקיימים. נאם המדבר עבד

עבדי ה' וצדקתם עושה משמרת למשמרתם: הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

חתימת רבני צפת על הענין הנזכר ראינו כתבי הקדש דברי הרב נר"ו לפטור את הקהל הקדוש מיוסדים על הדין ועל האמת ודבריו אינם צריכים חזוק ותחת רגליו מעשה לבנת הספיר החכם השלם תלמידו נר"ו יצא לקראת נשק בעקבות הרב נר"ו בטוב טעם ודעת ונעשה סניף אל הרב נר"ו וכן דעתנו נוטה אחרי אשר העמדנו על עיקר הדין ולפשיטות הענין לא הארכנו בראיות:

משה בר חיים אלשיך זלה"ה. שלמה אבסבאן. יעקב בירב. שלמה בכמה"ר משה סאגיס זלה"ה:

הרבה כתב על זה הרב הגדול מהר"ר בצלאל אשכנזי ז"ל והאריך וסוף דבריו הם אלו: מכמה אנפי יצאו הקהל מנוקים בצדק אין בהם נפתל ועקש ואדרבה שכרם הרבה מאד ואפילו שלא היה הדין כך היה ראוי להפרידן מפני הוראת שעה להקים דגל התורה כי מיום אשר קמו חכמים כאלה לישב בראש תבו חכימייא למהוי כעמא דארעא וחכמתם תסרח והאמת נעדרת ונתעוותו הדינין ונתקלקלו המעשים ואין נוה בעולם והתורה חוזרת על לומדיה ופליאה דעת ממני למה לא יצאו זקנים איש משענתו בידו ותינוקו' של בית רבן במכתבין שלה' כשנעשה הקשר הזה להפר בריתם ולא תהיה לפוקה ולמכשול וכ"ש כי הדין פשוט יותר מביעתא בכותחא שהקהל הם פטורים ומנוקים וגם החכם נר"ו שנכנס אפיריין נמטייה אשר על ידו נבנתה קרית ספר על תלה כאשר לפנים וההסכמה אפילו שתהיה שרירא וקיימת אינה נוגעת ולא פוגעת בזה כאשר כתבתי ולאפס פנאי לא יכולתי להאריך אם ההסכמה חלה מעיקרא ובה"י עוד אאריך בזה ואל חי צורנו ישפות להם ולבו שלום בהשקט ובבטחה עד עולם ותחזור עטרה ליושנה בביאת משיחנו ובנין ההראל:

הצעיר מר ונאנח בצלאל אשכנזי:

שאלה עב

שאלוני בני ק"ק פוליא יע"א כי יש מהם שחתמו כתב א' אשר כתו' בה שנשבעו לקחת מרביץ תורה להח' השלם פלו' ולא הוציאו השבועה מפיהם אלא חתמו בלבד ועוד שהיו אומרים להם בשעת החתימה כי אין הכוונה בחתימה אלא להכעיס לפלו' אשר הכעיס את הקהל קדוש בענין המסי' אבל מי שהיה חותם היו אומרי' לו דע לך כי אתה חותם על דעת שפלו' אשר הוא יחיד מהקהל יהיה מרביץ תורה עלינו כי החכם השלם פלו'

אשר כתוב בכתב שמקבלים אותו למרביץ תורה הוא בעצמו אמר להם כן ויהי אחרי כן החכם ההוא החליף את משכורתם ונכנס בזרוע בקהל ושאלו את פי אם הם מחוייבים מפני שחתמו בכתב ההוא לקבלו לחכם ואני אומר דפשיטא ופשיטא דהם מותרים דהרי כתב הרב מהריב"ל בכלל ו' סי' מ"א שהחתימה בכתב אינו כלום כיון שלא הוציאו השבועה מפיהם וכתב עוד ששאר בני הקהל אינם נאמנים להכחיש לאלו שאומרים שחתמו בלבד ולו' להם שנשבעו מפני שהם נוגעים בעדות והאריך בטעם הדבר יע"ש. ואע"ג דהרב מהר"ר אליה מזרחי בפסקיו סי' ע"ב כתב בשם הרשב"א דאינו נאמן לו' לא נשבעתי מ"מ הרי כתב שם הרב דהיכא דאיכא אמתלא' נאמן ובנ"ד איכא אמתלא' דהם אומרי' שמה שחתמו הוא להכעיס לפ' וכל העם יודעים שפלו' הכעיס לקהל בעת ההיא בענין המסי' בפני האומות ובענינים אחרים וא"כ ודאי טעמא ונמוק' עמם ואע"ג דכתב שם דלא מהני אמתלא אלא לענין דבור אבל לא לענין חתימ' מ"מ הרי כתב בסוף דבריו דהיכא דהכתבים לפעמים רגילים בהם לחתום אע"פ שאינם נשבעים נאמנים לומר שחתמו בלא שבועה וכבר נודע שאלו הכתבים מקבלת חכם מפני שחתומים שם כמה אנשים יש מהם הרבה שאינ' נשבעין אלא חותמים בלבד כמו שזה פשוט וא"כ ודאי דנאמנים לומר לא נשבענו. סוף דבר הרי הורה מהריב"ל ועל פיו עשינו מעשה כמה פעמים פה שאלוניקי וא"כ ודאי שהם פטורים ועוד יש טענה אחרת דקלא דלא פסיק דכדבריהם כן הוא שהיה אומר להם החכם שדעתו להכניס לפלו' בקהל למרביץ תורה ואח"כ הטעה אותם והוי ודאי נדר טעות והם נאמנים לומר על תנאי חתמנו וכמ"ש הרשב"א בתשו' הוזכרה בב"י טור יו"ד סי' ר"ח שכל שנדר ובא ואמר ע"ד כן נדרתי נאמן יעיש ועוד טעם אחר לומר דהשבועה לא חלה מעיקרא אלא שאין אנו צריכין לכך לכן אני אומר דכל החתומי' בכתב ההוא הם פטורים ומותרים בלי שום ספק מכח הטענות שכתבתי ובפסק אחר הארכתי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה עג

ראה ראיתי השאלה הבאה מארץ אבילונ' אחריה דמר מרא דארעא תורה וגדולה בר אוריין ובר אבהן בנן של קדושים הח' השלם הכולל כמה"ר משה אלבילדה נר"ו אשר כל בני העיר למקטון ועד גדול לראש עליהם נתנוהו וקבלוהו עליהם בשבועה חמורה בכל אלות הברית וזה להם יותר מעשר שנים כי כלם יחד שותים מים מבורו באר מים חיים ויהי היום קם איש אחד מתלמידיו מיחידי קהל אחד ואמר שלהיות שהחכם הנז'

הוא מרביץ תורה בארבע קהלות ובכל שבת ושבת דורש בקהל אחד ונמצא שבקהלו הם שלשה שבתות בכל חדש בלא תורה ושרוצה לדרוש ההוא תלמידא כל השלשה שבתות שהחכם הנזכר אינו דורש שם ובא לכאן איש א' אשר טען בשבילו טענותיו בפני חכמי עצומי רבני עירנו נר"ו. אי לזאת אמרתי אני אל לבי אשלחה ידי בעטי אשר אתי לברר וללבן הדברים כפי אשר תשיג ידי ומאודי אם יראה בעיני הרבנים המובהקים הנני בא לשתות בצמא את דבריהם ולהתאבק בעפר רגליהם:

ואומר דיש להחכם השלם הנזכר טענה על התלמיד משני צדדין האחד שהוא תלמידו וכבר אמרו בעירובין פרק הדר ובסנהדרין פרקא קמא כל המורה הלכה בפני רבו חייב מיתה. השני שהקהל קבלוהו עליהם לראש לקצין בכל אלות וחומרות הברית ובשבועה חמורה ואפילו לא יהיה תלמידו אינו רשאי לדרוש במקומו ולא הקהל יכולים לקבלו. ואומר דאל הצד הראשון לכאורה יש לתלמיד ארבעה טענות לפטור את עצמו חדא דאם אמרו מורה הלכה בפני רבו לא אמרו בדורש שאינו מורה שום דין אלא מפרש פשטי הכתובים. ב' שאפילו במורה כתב ר"י ז"ל שאינו אסור אלא כשמורה על מעשה שבא לפניו וכדכתב הטור בסימן רע"ב אבל כשאומר דינים ומלמד ולא יהיו על מעשה שנשאל נראה מדברי ר"י דמותר. ג' שהרי כתב הרב מהר"י קולין ז"ל בסימן ק"ע בשם סמ"ק מצות ר"ך דבזמן הזה שאנו לומדים מפי ספרים אין לומר מורה הלכה בפני רבו ולא נאמר דין זה אלא בימי התנאים שהיו לומדים על פי הקבלה אבל בזמן הזה לא. די שהרי נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפרק ששי מהלכות תלמוד תורה דברבו שאינו מובהק שלא למד רוב חכמתו הימנו מותר להורות בפניו וזה התלמיד אומר שלא למד רוב חכמתו הימנו ועתה אבאר כל אלה הטענות:

ואומר דעיקרא דהאי מילת' איתא בסנהדרין פרקא קמא ובעירובין פרק הדר דיש שם שתי סוגיות סותרות זו לזו בסנהדרין אמרו על רבה בר בר חנא אי גמיר רשותא למה לי למשקל ותירצו משום מעשה שהיה דתניא פעם אחד הלך רבי למקום אחד וראה שהיו מגבלין עיסותיהן וכו' באותה שעה גזרו תלמיד אל יורה אלא אם כן נעל רשות מרבו עוד אמרו שם תנחום בריה דרבי אמי איקלע לאתר דרש להו מותר ללתות חטין בפסח אמרו לו לאו ר' מני דמן צור איכא הכא ותניא תלמוד אל יורה הלכה במקום רבו אלא אם כן היה רחוק ממנו שלשה פרסאות כנגד מחנה ישראל וכו' נראה מכאן דחוץ לשלשה פרסאות מותר. ובעירובין פרק הדר אמרו אמר רבא בפניו אסור וחייב מיתה ושלא בפניו אסור ואין חייב מיתה ושלא בפניו לא והתניא ראב"י אומר לא מהו בני אהרן עד שהורו הלכה בפני משה רבן וכו' ותלמיד א' היה לו לרבי אליעזר שהורה הלכה בפניו א"ל

רבי אליעזר לאימה שלום אשתו תמיה אני אם יוציא זה שנתו וכו' ואמר רבה בר בר חנא אמר רבי יוחנן אותו תלמיד יהודה ן' גוריא שמו והיה רחוק ממנו שלשה פרסאות ותירצו בפניו הוה והקשו והא רחוק ממנו שלשה פרסאות קאמר וליטעמיך שמו ושם אביו למה אלא שלא תאמר משל היה עד כאן. נראה מסוגיא זו דשלא בפניו דהיינו חוץ לשלשה פרסאות אסור הפך הסוגיא דסנהדרין ולתרץ קושיא זו נאמרו בפירוש אלו הסוגיות ארבעה פירושים. האחד פירשו בעלי התוספות ואמרו דמה שכתב בסנהדרין תלמיד אל יורה אלא אם כן רחוק שלשה פרסאות היינו תלמיד חבר ולכך מותר לאחר שלשה פרסאות ומה שכתוב בעירובין הוא תלמיד ממש והקשה הרשב"א בסימן קי"א על זה דתלמיד סתם לא משמע אלא תלמיד ממש ולא תלמיד חבר ועוד דהא רבה בר בר חנא ורב תלמודי רבי היו ולא תלמידים חברים ואפילו הכי אמרינן התם בסנהדרין דכי נחתי לבבל שקלי רשותא מרבי ואמרינן כיון דגמירי למה להו רשותא ופרקינן משום מעשה שהיה וכוי אלמא דאי לאו גזירתיה דרבי הוה שרי בלא נעילת רשות עד כאן. ותמיה לי מאי קשיא ליה להרשב"א נימא דמאי דאמר רבא שלא בפניו אסור בפרק הדר הוא משום גזרה דרבי אבל אי לאו הכי הוה שרי וכן ראיתי להריב"ש בסי' רע"א כשכתב דעת התו' כ' שם וחוץ לשלשה פרסאות אסור ואין חייב מיתה ואיסורא משום הך גזרה ומנא ליה להרשב"א דמאי דאמרו התוס' ברבה אסור חוץ לשלשה פרסאות הוא מדינא עד שיקשה עליהם קושיא זו. הפירוש הב' פירש הרשב"א בסימן הנז' דבפניו ממש חייב מיתה דהיינו פניו ממש או מקומו ועירו ושלא בפניו עד ג' פרסאות אסור מן הדין וחוץ לג' פרסאות אסור משום גזרה ואיכא נפקותא בין איסור גזרה לאיסור מן הדין להיכא דנטל הרשות מרבותיו כדכתב שם. הפי' הג' הוא פי' הרמב"ם וביארו הריב"ש בסי' רע"א וז"ל והרמב"ם נר' ממ"ש בפ"ה מה' ת"ת שדעתו ג"כ דבפניו ממש איכא חיוב מיתה ושלא בפניו תוך ג' פרסאות אסור להורות כלל וליכא חיוב מיתה וחוץ לג' פרסאות מותר להורות באקראי בעלמא למי ששואל לו והיינו ההיא ברייתא דתלמיד אל יורה במקום רבו אלא א"כ רחוק ממנו ג' פרסאות אבל לקבוע עצמו להוראה וכו' ותמיה אני מהיכן ראה הריב"ש בדברי הרמב"ם דהוא סובר דדוקא בפניו ממש הוי חיוב מיתה אבל עד ג' פרסאו' איסורא ולא חיוב מיתה וכדעת הרשב"א הא הרמב"ם לא כתב שם אלא כל המורה הלכה בפני רבו חייב מיתה היה בינו ובין רבו י"ב מיל ושאל לו אדם דבר הלכה מותר להשיב ומדלא כתב הרמב"ם אלא ב' גדרים בפניו וחוץ לג' פרסאות משמע דס"ל בהא כרבי דכל תוך ג' פרסאות הוי בפניו ותו דבשלמא הרשב"א ז"ל הוצרך לחלוקי בהא כדי לתרץ הסוגיות אבל להרמב"ם כבר מתורצות בחילוק דדרך אקראי

לדרך קבע וכמו שכתב מהרי"ק בסי' ק"ע והרב ב"י בסי' רמ"ב בטור יו"ד ולמה ליה תו חילוק דכתב הרשב"א ואי אית ליה הך דהרשב"א אמאי לא מתרץ בהא ולא היה לו לחלק בין דרך אקראי לדרך קבע דלכאורה בחד מנייהו סגי ונראה דסובר הריב"ש דע"כ אנו צריכי' לומר כן לדעתו דכיון דבפניו הוי אפילו דרך פעם א' לבד א"כ גם שלא בפניו הוי אפילו דרך עראי דמאי דהוי בפניו הוי שלא בפניו וא"כ אי שלא בפניו הוי חוץ לג' פרסאות א"כ חוץ לג' פרסאות דרך עראי אסור וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דבפ"ק דסנהדרין משמע דחוץ לג' פרסאות מותר והכא אסור אפי' דרך עראי אלא עכ"פ צ"ל דשלא בפניו הוי תוך ג' פרסאות ואפי' דרך עראי אסור וחוץ לג' פרסאות מותר דרך עראי והיינו דאמרי' בפ"ק דסנהדרין דמותר והברייתא דקאמרה אל יורה אלא א"כ נטל רשות היינו חוץ לג' פרסאות בקביעות נמצא דהוצרך הרמב"ם לכל מאי דכתב הריב"ש לדעתו דבחילוק דדרך עראי לקבע לא סגי משום מאי דכתיב' ובחלוק דבין בפניו ממש לתוך ג' פרסאות לא סגי ליה דמ"מ קשה ליה ההיא ברייתא דגזרו אל יורה וכו' דהרשב"א מתרץ דמאי דקאמר באידך ברייתא מותר היינו מן הדין ובברייתא דאל יורה היינו מטעם גזרה ונפקא מינה בין הא להא כדכתב הרשב"א אבל להרמב"ם משמע ליה דלא נפקא לן בהא מידי ולכך הוצרך לחלק בכל מאי דכתיב'. ויש לדקדק לכל הפי' בסוגיא דגמ' בפ' הדר למה לא אמרו בגמ' וליטעמיך אחר דהיא קושי' עצומה והוא דמאי מקשה לרבא הא הברייתות פליגי אהדדי דבברייתא דפ"ק דסנהדרין קאמר דלא נאסר חוץ לג' פרסאות אלא מטעם גזרה דר' והא התם בההיא ברייתא דרבי אליעזר דהוא מוכרח דהיה קודם גזרה דר' וכדכתב שם הרשב"א היה נאסר וחייב מיתה חוץ לג' פרסאות ולפי' הרמב"ם והרשב"א הוה מצי לאקשויי ליה מברייתא דאל יורה אלא א"כ רחוק ג' פרסאות דליכא לאוקומה בתלמיד חבר לדידהו דלא משמ' אלא תלמיד גמור וא"כ תקשי הני ברייתות עם ברייתא דר' אליעזר וצ"ע. הפי' הד' פירשו בעלי התו' בסנהדרין ואמרו דמ"ש בסנהדרין תלמיד אל יורה במקום רבו אלא א"כ רחוק וכו' היינו כשנפל רשות ובעירובין איירי בשלא נפל רשות וכ"כ מהרי"ק בסי' ק"ע:

הכלל העולה לפי אלו הפי' דלפי' קמא תלמיד חבר תוך ג' פרסאות אסור ולאחר ג' מותר ותלמיד גמור אפי' לאחר ג' אסור והריב"ש בסי' ער"ה החמיר יותר כפי פי' זה וכתב דתוך ג' פרסאות לתלמיד חבר חייב מיתה ולפי פי' ב' תלמיד חבר בכל גוונא מותר ותלמיד גמור בפניו ממש חייב מיתה תוך ג' פרסאות אסור מדינא חוץ לג' פרסאות אסור מגזרה ולפי' ג' בפניו ממש חייב מיתה ושלא בפניו תוך ג' פרסאות אסור וחוץ לג' מותר

באקראי אבל לקבוע מדר' אסור ותלמיד חבר בכל גוונא מותר אפי' בפניו ממש והוא דעת הרמב"ם שלא הזכיר אסור כלל בת"ח בדין ההוראה:

איברא דק' טובא הא דאמר בעירובין פ' הדר מהו לאורויי באתרא דרביה א"ל הכי א"ר יוסף אפי' ביעתא בכותחא בעי מיניה מרב חסדא כל שני דרב הונא ולא אורי ורב חסדא אורי בכפרי בשני דרב הונא ע"כ דמה נפשך רב חסדא היה תלמיד חבר מרב הונא או תלמיד ממש אי תלמיד חבר אמאי לא אורי כל שני דרב הונא אפי' בפניו ממש ואי תלמיד גמור אמאי אורי בכפרי הא אפי' חוץ לג' פרסאות אסור בקביעות והאי אורי הוי בקביעות דומיא דרב המנונא לא אורי דהוי בכפרי בקביעות וכ"כ הרי"ק בסי' ק"ע ועוד דבר"פ זה בורר אמרי' בי דינא דרב הונא ורב חסדא משמ' דהיה בקביעות ואפשר היה לומר דנטל רשות ומ"מ תוך לג' פרסאות אסור כפי' בתרא דתוס' אבל מה נעשה שראינו להריב"ש בסי' רע"א אחר אשר כתב א"נ אפשר דתלמיד חבר מותר להורות אפי' בפניו ממש אלא דלשמותי בפניו וכו' כתב ולדעת התוס' אפי' תלמיד חבר תוך ג' פרסאות אסור והוצרכו לידחי' במאי דאמר בריש זה בורר כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא דא"ל מאי מסרחנ' לך דמשמ' שהם במקום א' ע"כ משמ' מפשט דבריו דמאן דאמר דתלמיד חבר בפניו מותר אתי שפיר ליה הא דריש זה בורר משום דרב חסדא תלמיד חבר של רב הונא הוי ולכך מותר להורות בפניו וא"כ קשה אמאי אמרי' בעירובין דלא אורי כולהו שני דרב הונא ואי משום מדת חסידות זה א"א דמדמשני רב יוסף לבעיא דמהי לאורויי באתריה דרביה משמ' דדינא קאמר וצ"ע ולפי' ג' אפי' דנטל רשות כל תוך ג' פרסאות אסור בתלמי' גמור ולאחר ג' פרסאות אם נטל רשות מותר א"כ בנ"ד אי דיינינן ליה להאי כתלמיד גמור ודאי דלכ"ע תוך ג' אסור ואי כתלמיד חבר מפני שלא למד רוב חכמתו ממנו לדעת הרמב"ם מותר גם הטענה האחר' שאין זו הורא' אלא על מעשה שבא לפניו כ' הטור ביו"ד סי' רמ"ב וז"ל ולא מקרי הוראה אלא כשמורה על מעשה שבא לפניו וכו':

איברא דהרמב"ם ז"ל כתב איזהו חולק על השכינה כל שקובע לו מדרש ויושב ודורש ומלמד שלא ברשות רבו ורבו קיים אף ע"פ שרבו במדינה אחרת משמע מפשט דברים אלו דאפילו שאינו אומר שום דין כיון דהוא קובע עצמו אסור ובנ"ד הרי זה התלמיד קובע עצמו לדרוש בכל חדש ג' שבתות וא"כ אסור אפילו שלא יאמר שום דין אליבא דכ"ע דדברי ר"י שכתב דלא מקרי הוראה אלא כשבא להורות על מעשה אינם חולקים על זה דר"י לא איירי בקובע עצמו תדע לך דהא הטור כ' בסי' רמ"ב דברי ר"י וכתב דברים אלו א"כ נראה ודאי שאסור אלא שראיתי להרב ב"י שכתב בספר כ"מ דהרמב"ם לא כתב הא דקובע מדרש אלא דוקא בקובע עצמו להוראה וא"כ בנ"ד דאינו קובע להורא'

הטענה עומדת במקומה דיכול לדרוש ומצורף לזה שאר הטענות מה שכתבו ההגהות מיימוניות שכל פסק שאדם רואה בפי' מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו כך היו נראים הדברים לכאורה:

אבל אחר העיון נראה פשוט כביעתא בכותחא דאין לו רשות לתלמיד לדרוש בפניו אפי' שלא למד רוב חכמתו הימנו דכל אלו הדברים לא נאמרו בגמ' אלא כשאינו אתריה דרבו אבל כשהוא אתריה דרבו אפי' גדול הימנו או שוה לו אינו יכול לדרוש במקומו כ"ש תלמיד ומבואר הרבה בתשובות מהר"ר דוד כהן ז"ל בית כ"ב וז"ל ופשיטא דהאי אתרא אבילונ' אתריה דמהר"ר דוד קרינן לה הואיל והוא דר שם וקלא דלא פסיק הוא דיחיד בעירו ומריה דההיא ארעא ואפי' אם יבא שם גדול כמותו אין לו להורות או לדרוש שם מפני כבודו של הרב הנז'. עוד כתב שם הרי לפנינו במקום שיש ת"ח אם יבא שם ת"ח אחר גדול כמותו אין לו להורות שם או לדרוש דזלזול הוא להחכם הדר שם וכן נמי אמרי' בפ' הדר רבינא סר סכינא בבבל א"ל רב אשי לרבינא מ"ט עביד מר הכי וכו' ואף ע"ג דרבינא תלמיד חבר הוה כדמשמע התם וכו' וכן נמי אמרי' התם דרבי אלעזר מהגרוניא איענש משום דבדק סכין וכו' איברא דאין אלו ראיות מוכרחות בעיני דראיה ראשונה דרב אשי דאמר לרבינא מ"ט עביד מר הכי משום דהיה סבור דאפי' תלמיד חבר אין לו להורות במקום אחר אבל מנא ילפית מינה דהיכא דשוה לו דאין לו להורות ולא לדרוש ואפי' בתלמיד חבר הא השיב לו רבינא דמותר וכן ראיה דר' אלעזר מהגרוניא הרי אמרו בגמ' טעמא משום דאתחילו בכבודו כלו' דהתחילו לדבר בכבוד הזקן א"כ דמיפלג טובא וכל היכא דשוה לו לא למדנו:

מ"מ כבר הוכיח הרב הנז' הדין מכמה ראיות דודאי אסור לבא שום אדם להורות במקום אחר ואפילו שיהיה מן הדרים בעיר וכמו שכתב הרב הנז' שם ואע"ג דההיא גברא שהפסיק דרושו דר שם מ"מ הואיל ולאו גברא רבה שכבר הוגד מפי מגידי אמת שאינו כאחד מתלמידיו של מהר"ר דוד אתריה דמהר"ר דוד קרינן ליה ע"כ כ"ש בנ"ד שפשוט לכל שהוא תלמיד ולא הגיע להתאבק בעפר רגליו דפשיטא ופשיטא דאיסור גמור הוא לזלזל בכבוד רבו וכי תימא הא מילתא דאין להורות במקום אחר אפילו שהוא גדול כמותו אינו אלא אורח ארעא ולאו דינא וכנר' מדברי מהר"י קולין ז"ל בסימן ק"ע שכתב וגם מה שהקשה לך גבי ההיא דרבי תנחום בריה דרבי אמי דאמר קל להתיר וכו' למה לא הקשה בסתם והלא רבי מני דמן צור וכו' לפי פירש"י דפרק אלו טרפות וכו' פשיטא שיפה תירץ מר לפי הנלע"ד משום דאתריה דרבי מני לא הוי אלא איסורא ממש אלא דלאו אורח ארעא הוא וכו' ע"כ אין זה כלום דכבר נראה בגמ' בפ"ק דשבת

גבי ההוא תלמידא דאורי בחדתא דארגז כר' שמעון דהוה אתריה דרב ואע"פ שהורה כהלכה שמתיה רב המנונא אע"ג דגם שם ליכא אלא דלאו אורח ארעא כדכתב רש"י בפ' אלו טרפות וכיון שמנדין אותו על כך ודאי דלא שבקינן ליה למעבד הכי כ"ש וק"ו בנ"ד דקבלו להחכם השלם הנז' כל הקהלות והקהל הזה בכללם בשבועה ואלה דפשיטא ופשיטא שאין לו רשות לתלמיד להורות או לדרוש במקומו: וראיתי טועים ואומרים שאין שבועה וחומרה חלה לבטל את המצוה וכדי שיהיו ג' שבתות בכל חדש הקהל בלא תורה וזה ודאי טעות גמורה דאפילו יהבינן להו טענתייהו דהוי לבטל את המצוה הא חיילה בכולל ומגו דחייל שבועה וחומרה לנהוג בהחכם השלם כל תכשיטי חכם מרביץ חייל אתכשיט זה שהוא שלא יניחו לשום אדם לדרוש בלתי רשותו שהוא אחד מתכשיטי מרביץ תורה כ"ש וק"ו שאין זה אלא נשבע לקיים את המצוה דודאי איסור גדול לזלזל בכבוד רבם וכל בני אבילונה כולם נקראו תלמידי החכם השלם נר"ו וכדכתב שם הרב מהר"ר דוד כהן ואפשר דהיכא דיש גדול בעיר ואין כמותו בעירו רב העיר נקרא דאתריה הוא וכדפרי' וכלם תלמידיו ואפשר דהוי טעמא משום שאי אפשר שלא שמע ממנו דבר א' או יותר וכו' ע"כ כ"ש בני אבילונה שזה להם יותר מי' שנים ששותים מימיו של רבם החכם השלם הנז' וכו' דפשיטא ופשיטא שכלם חייבין בכבודו וכן ההוא תלמידא חייב בכבודו ואין לזלזל כי יהיה ראוי לעונש גדול וגדול עונו מנשוא ואם ירצו בני הקהל לשמוע דרש ילכו בכל שבת לקהל אשר דורש שם החכם השלם נר"ו ושם ישמעו ואל יזלזלו בכבודו חס ושלום לשום אחר במקומו לדרוש בקהלו וכל העושה כן עתיד ליתן את הדין:

נאם הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה עד

שאלה חכם א' שנשבע ע"ד רבים מפורשים לבלתי היות מרביץ תורה בתוך ק"ק פלוני על תנאי שיתנו בידו כתב אחד חתומה מכל בני הקהל הנז' שלסוף ד' שנים רצופים ימנו אותו עליהם לראש ולקצין ככל שאר מרביצי תורה ואמרו שלזמן פלוני יתנו הכתב בידו ואח"כ נתחרטו בני הקהל ורצו למנותו על אפו של החכם הנז' והוליכוהו לבית הכנסת והושיבוהו על הכסא בזמן שהתנו ביניהם שהיה להם ליתן הכתב חתומה מכל בני הקהל הנז' והכתב לא נתנו ועתה רוב בני הקהל מוסרים נפשם למות אם לא ירצה החכם הנז' להיות מרביץ תורה ביניהם ואינם רוצים לחתום הכתב מד' שנים הנז' יורנו מורנו אם שבועה זו מותרת ואת"ל שאינה מותרת אם יש לה התרה ושכרו כפול ומכופל

מן השמים תשובה בענין שבוע' זו יש צדדים להחמיר הא' שהיא לתועלת חברו דהרי החכם נשבע לבקשת דרישת היחידים אשר נפלו ביניהם קטטות ומריבות כפי אשר שמענו ובהא איכא פלוגתא דר"ת אית ליה דמתירין לכתחלה וכמו שכתב הרשב"א בשמו בחדושי גטין בהשולח הביאו הרב מהרי"ק ז"ל ביו"ד סימן רכ"ח יע"ש ושם נראה שהסכים עמו וכן כ' הריב"ש בתשובותיו בסימן קפ"ו וש"ע ובסימן תנ"ג כתב הדבר מפורש יותר שכתב על דין זה כדאי הם ר"ת והרשב"א לסמוך עליהם משמע דבחדא שיטה אזלי:

איברא דיש לתמוה דהרב מהר"י קולין ז"ל בסימן נ"ב הביא תשובה להרשב"א ז"ל על ראובן שנשבע ע"ד שמעון שלא יתעסק בסחורה שלא ברשותו וכו' דמוכח מההיא תשובה דהיכא דיש לו הנאה למשביע אפי' לא קבל הנשבע טובה מהמשביע דאין מתירין לו לכתחלה וכן למד שם הוא מדבריו והוא הפך הנאמר בחדושי גיטין כדכתיבנא גם שם לא הונח לי במה שהשוה הרב מהר"י קולין ז"ל בקבל טובת הנאה הראב"ד והרשב"א דאם התירו אינו מותר דכפי מה שנראה מדברי הריב"ש בסי' קפ"ו וש"ע ובמקומות אחרים משמע דדעת הראב"ד ז"ל דכל נשבע לתועלת חברו אם התירו לו אינו מותר ומשמע דכללא כייל אפילו שלא קבל טובת הנאה אלא שנעשה לתועלת חברו לבד ולכל זה צ"ע:

מ"מ למדנו דבהא איכא פלוגתא דלהרשב"א ור"ת מתירין לכתחלה וחלקו עליהם האחרונים ז"ל וכמו שכתב הריב"ש בסימן ש"ע וז"ל אין חילוקו של הרב מבואר כל הצורך ולא הסכימו כל האחרונים ז"ל הא חדא ריעותא שנית דהחכם נתקשר יחד עם היחידים בההיא הנאה שהם מתקשרים עמו ומקרי טובת הנאה ובהא ר"ת אית ליה דאם התירו מותר והראב"ד והרשב"א חלקו עליו והגם כי הרב ב"י ביו"ד סי' רכ"ז כתב לשון הרשב"א בתשו' וז"ל אם נדר או שבועה היה לתועלת מי שנשבע וכו' אין מתירין לו אלא מרצונו ואפי' אם התירו לו שלא מדעתו ורצונו אינו מותר וגם ר"ת מודה בכך וכו' וכתב עליו הרב ב"י ואין נראה כן מדברי המפרשי' אלא דאפי' מקובל טובה מחמת נדרו סובר ר"ת שאם התירו לו מותר ע"כ משמע דאית ליה להרשב"א דלר"ת אם קבל טובת הנאה אם התירו אינו מותר נ"ל דאין להבין כן מדבריו דא"כ קשיא טובא דפליג הרשב"א ז"ל מדידיה אדידיה שהוא כתב בחדושיו בהשולח והביאו שם הרב ב"י דיש מתרצין בדיעבד מותר ותדע מדסמך צדקיהו על מה שהתירו לו סנהדרין וכו' זו היא דעת ר"ת ז"ל הרי כתב בהדיא דר"ת אית ליה בהדיא דצדקיה קבל טובת הנאה דאם התירו מותר ועל הרב ב"י שהבין בדבריו כן יש לתמוה למה לא הקשה מדבריו על דבריו דפ'

השולח. לכך נ"ל לומר דתרי דיני קאמר הרשב"א התם חדא דאין מתירין לכתחלה וחדא דאם התירו אינו מותר ומאי דקאמר וגם ר"ת מודה בכך קאי אירשא דלישניה דקאמר אין מתירין לו אלא מרצונו ולא אסיפא דלישניה והגם כי לשונו דחוק צריכין אנו לומר כן מחמת הקושיא שהקשיתי הא ריעותא תנינא. שלישית דשבועה זו היא ע"ד רבים מפורשים דאין לה היתר כי אם לדבר מצוה לכן אחרי רואי כל אלה הריעותות חוששני קצת לומר דאם שבועה זאת היתה קיימת שנתיר לכתחלה דאע"ג די"ל דמקרי דבר מצוה להרביץ תורה בקהל וכדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"ג שאלה פ"ח דאין ספק דלמצוה כזאת מתירין אפילו ע"ד רבים ואע"ג דאינה טובת הנאה כי נ"ד דאינה הנאה גמורה מה שמתקשרים זה עם זה כדכתב שם מ"מ אם החכם נשבע ע"ד רבים מפורשים אשר בעיר והם צווחו כפי מה ששמעתי דאינם רוצים בהתרה לא מהני לפי מאי דכתב הריב"ש ז"ל בתשובה בסימן תקי"א ואע"ג דהרב ב"י בסימן רכ"ד לא היה דעתו כן נראה מדבריו שם שביטל דעתו מפני דעת הריב"ש ועוד אפשר דמאי דמקרי דבר מצוה היינו כשנשבעו הקהל שלא ליקח חכם מרביץ תורה דהא ודאי מצוה גדולה היא שיהיה להם מי שידרוש בכל שבת ושבת אבל החכם שנשבע ע"כ אין זה דבר מצוה שהרי אפשר להם ליקח חכם אחר שידרוש להם:

איברא דעדיין יש מקום לומר דאין אדם לומד תורה אלא במקום שלבו חפץ וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ג' מהלכות אבל מותר לכהן להטמא בבית הפרס וכו' לדבר מצוה כגון שהלך לישא אשה או ללמוד תורה אע"פ שיש שם מי שילמדנו בא"י לא מן הכל אדם זוכה ללמוד ע"כ משמע דקרי דבר מצוה למי שהולך ללמוד מרב אי אפילו שיש אחר שילמדנו והתיר לכהן להטמא בבית הפרס על כך גם בנ"ד כיון שחפצים בחכם זה שידרוש להם יותר מאחר והוא רצוי לרוב אחיו ודאי דהוי דבר מצוה ועוד יש לעשות סניף לזה מה שכתב הרב מהר"י אדרבי ז"ל בפסקיו סי' ס"ד וז"ל ואין דרך ומבוא לסלק כל זה ולשים שלום ביניהם אחר החקירה והדרישה לפי מה שאמרו לי כי אם בזה האופן להתיר שבועת המושבעים המתחרטים משבועתם ויתחברו עם רוב הקהל ומתוך כך הנשארים לא יחזיקו כ"כ בסברת' באופן שיבא הדבר לידי גמר טוב ולהיות שלום ביניהם ע"כ גם נאמר בנ"ד כי האי גוונא דעל ידי כך יהיה שלום דהנשארים לא יחזיקו בסברתם אחר שירצו רוב הקהל ועוד טעמים אחרים שכתב שם לקרב הדבר לענין מצוה שייכי בנ"ד ומ"מ כיון דרבים מפורשים צווחי קמן ודאי דאין להתיר וכמו שכתבתי וא"כ אם השבועה היתה קיימת הייתי חושש להתירה לכתחלה. אך השבועה בעיני מעיקר' בטלה כיון דהיא היתה על תנאי ולא נתקיים וכ"ת הרי כתב הטור בא"ה בשם הרא"ש

דבכל מקום שהזכירו תנאי בין באיסור ובין בממון צריכים כל דיני התנאי וכן כתב הרמב"ם ז"ל א"כ כיון דפסקו כר' מאיר לגמרי דבעינן תנאי כפול הא בפ' האומר משמע דרבינו מאיר גבי ההיא דא' תנקה מאלתי דבעינן תנאי כפול גבי שבועה וכדפירש"י דהוצרך לכפול התנאי להפטר מן השבועה וכיון דבנ"ד לא כפל א"כ השבועה קיימת והתנאי בטל הא לאו מילתא היא חדא דהתוס' כתבו בסוף שבועת העדות דשאני התם דאיכא ממונא דוכל טוב אדוניו בידו משמע דבעלמא היכא דליכא צד ממונא לית ליה לרבי מאיר תנאי כפול בשבועה ואפילו נאמר דאין הרא"ש ז"ל סובר כן דלא משמע הכי מדבריו אלא בכל גוונא בעינן תנאי כפול מ"מ הא אמרי' אפילו בממון דאיכא דברים דלא בעי אלא גלוי דעת בלבד כגון ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל דאומדנא דמוכח הוא ה"נ בנ"ד אחר שעברו ביניהם מריבות רבות כפי מה ששמעתי ומפני זה נתפשרו שיעשו כתב זה ודאי דעל מנת כן נשבע החכם ולא בעי תנאי כפול הנראה לע"ד כתבתי ועדי בשמים וסהדי במרומים כי השתדלתי להציל עצמי משלוח ידי בעטי אשר אתי בענין זה במקום גדולים ורבנים נר"ו אבל הפצירו בי ולא יכולתי להשיב פניהם ריקם להגיד מה שנרא' לעניות דעתי כי כבוד הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה גדול עלי:

נאם הקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זללה"ה:

שאלה עה

שאלה ראובן ושמעון יחדיו למשפט נקרבו לפני חכם א' ואחרי שמוע טענותיהם חייב לראובן שבועה וראובן סבר וקבל ונשבע שבועה חמורה כראוי לדעת שמעון ואחר כמה ימים בא ראובן לפני אותו חכם ופייסו בדברים ובטענות בלתי נכונים עד שהחכם חזר בו והתיר לו השבועה בלתי ידיעת שמעון ובלי רשותו ילמדנו רבינו אם ראובן פטור משבועתו הנז' אחר שהיתה לדעת שמעון או אם חייב החכם לגזור על ראובן לקיים שבועתו ולומר לו שאינו פטור עם ההתרה הנז' ושכר אדוננו מורנו כפול מן השמים:

תשובה לכאורה נראה דשבועה זו ודאי לתועלת שמעון היא שנשבע על שום דבר לזכותו של שמעון ועל דעתו ואינו נוגע לחכם כלל בה וא"כ לא ידעתי מה מקום יהיה לחכם הדיין להתיר השבועה לראובן בלא רשות שמעון בשלמא אם היו שלשה מתירין לו לראובן דהם ב"ד אע"ג דאין ראוי לכתחלה לעשות כן וב"ד שנזקק לכך ראוי ליסרו מ"מ אפשר דאם התירו מותר וכמו שכתב ר"ת ואפילו שקבל ראובן משמעון טובת הנאה כשנשבע לו ואע"ג דהרשב"א כתב בתשובה הוזכרה בב"י סי' רכ"ח וז"ל אם נדר או

שבועה היא לתועלת מי שנשבע או נדר לו אין מתירין לו אלא מרצונו ואפילו התירו לו שלא מדעתו ורצונו אינו מותר שהרי צדקיה שהתירו לו הנביא מקנטרו וגם ר"ת מודה בכך כל שהוא מקובל מחמת נדרו כמשה וצדקיה ע"כ דמשמע מדברי הרשב"א דלר"ת היכא דקבל טובת הנאה אם התירו אינו מותר נראה לי דאין להבין כן מדבריו דא"כ קשה טובא דפליג מדידיה אדידיה שהוא כתב בחידושיו בפרק השולח והביאו שם הרב ב"י דיש מתרצים בדיעבד מותר ותדע מדסמך חזקיהו על מה שהתירו לו סנהדרין וכו' זו היא דעת ר"ת זיל וכו' הרי כתב בהדיא דר"ת אית ליה בההיא דצדקיה דקבל טובת הנאה ואם התירו מותר ועוד תימה על הרב ב"י אדקשיא ליה דאין דעת כל המפרשי' כן שכתב שם ואין נראה כן מדברי המפרשים וכו' ליקשי ליה מהרשב"א עצמו שכתב בהפך כמו שכתבתי. לכך נראה לי דמה שכתב הרשב"א וגם ר"ת מודה בכך אירשא דלישניה קאי שכתב אין מתירין לו אלא מרצונו וכו' דתרי דיני קאמר ר"ת חדא דשבועה שהיא לתועלת חברו ולא קבל טובת הנאה דאפילו לכתחלה מתירים לו ותו אמר דאפילו קבל טובת הנאה אם התירו לו מותר והשתא מאי דקאמר וגם ר"ת מודה בכך וכו' אמאי דקאמ' תחל' דאין מתירין לכתחלה קאמר דאע"ג דר"ת סובר דלכתחלה מתירין אפילו שהוא לתועלת חברו מ"מ מודה דהיכא דקבל טובת הנאה דאין מתירין לכתחלה אבל לא קאי אסיפא דלישניה דקאמר דאם התירו אינו מותר דבהא אפילו קבל טובת הנאה אית ליה לר"ת דמותר ואע"ג שלשונו דחוק מ"מ צריכים אנו לומר כן מפני דוחק הקושיא שהקשיתי:

אם כן למדנו דלפי דעת ר"ת אם התירו מותר ולדבריו הסכים הרא"ש והטור אבל הראב"ד סובר דאם התירו אינו מותר ולדבריו הסכי' הרשב"א הפך דברי ר"ת אבל בדינא קמא שכתבתי דהיכא דליכא טובת הנאה דמתירין לכתחלה נראה דהסכים לדעת ר"ת וכמו שכתב הריב"ש בכמה תשובות בסימן קפ"ו כתב שכתב הרשב"א בשם ר"ת חילוק זה וכן בסימן ש"ע ובמקומות אחרים ובסימן תנ"ג כתב וזה לשונו אלא שיש להקל בנדון זה מטעם אחר שכתב הרשב"א ז"ל בגטין פרק השולח בשם ר"ת ז"ל דדוקא בנודר לתועלת וכו' וסוף דבריו מ"מ כדאי הם ר"ת והרשב"א לסמוך עליהם משמע בהדיא דהרשב"א אית ליה כר"ת בהא ועל כן יש לתמוה על הרב מהר"י קולין בסימן נ"ב שכתב לדעת הראב"ד והרשב"א שלשה חילוקים ואחד מהם הוא דהיכא דלא עשה לו טובה והוי לתועלת חברו לכתחלה אין מתירין אבל בדיעבד מותר דאיך אפשר לומר כן דהרי הרשב"א עצמו משמע דאית ליה חילוקו של ר"ת דבלא קבל טובת הנאה אעפ"י שהיה לתועלת מתירין לכתחלה ואינו אסור לכתחלה אלא כההוא דצדקיה וכמו שנראה ממה שכתב בגטין פ' השולח בשם ר"ת ונראה דדעתו כן והך קושיא איתא בהרשב"א גופיה

דמהרי"ק ז"ל הביא שם תשובה להרשב"א על ראובן שנשבע על דעת שמעון שלא יתעסק בסחור' שלא ברשותו וכו' שכתב שם דאם השבועה היא לתועלת חברו אין מתירין לכתחלה ומשמע אפילו שלא קבל טובת הנאה וכן כתב מהר"י קולין שם וז"ל שהרי מתוך תשובת הרשב"א שהבאתי לעיל גבי ראובן שהשביע את שמעון שלא יתעסק בסחורה וכו' משמע דכל שיש לו הנאה למשביע אפילו לא קבל הנשבע טובת הנאה מהמשביע דאין מתירין לו לכתחלה וכו' והוא הפך מה שכתב בחידושיו ועוד קשה לי על הרב מהר"י קולין דהסכים הראב"ד עם הרשב"א בהאי חילוק דקבל טובת הנאה דמנין לו כן דנראה דהראב"ד ז"ל לא חילק בכך אלא כל נשבע לתועלת חברו אפילו שלא קבל טובת הנאה אם התירו אינו מותר וכן נראה ממ"ש הריב"ש בסי' קפ"ו וש"ע ובמקומות אחרים דדעת הראב"ד דכל נשבע לתועלת חברו אם התירו לו אינו מותר משמע דכללא כייל אפילו שלא קבל טובת הנאה ולכל אלו הענינים צ"ע לכשיהיה לי שעת הכושר אשוב ואפנה אליהם: ועתה אומ' בנ"ד דאלו היו ב"ד המתירין לראובן היינו באי' למחלוקות הכתובים לעיל דלקצת מהפוסקים היה מותר ולקצת לא היה מותר אם קבל טובת. הנאה אבל החכם הדיין אשר השביע את שמעון מה כח יש לו להתיר אעפ"י שהוא השביעו הרי השביעו לדעת שמעון ולתועלתו ואעפ"י שלא היה משביעו לדעת שמעון אלא לדעתו של החכם עצמו כיון שהשבועה היה לתועלת שמעון אין כח בידו להתיר והדברים ברורים בתשובת הרשב"א סימן רכ"ח שהביא שם הרב ב"י וז"ל כל שנשבע ונדר ע"ד אחרים אין הכוונה שיוכלו אותם אחרים להתירו וכו' וכתב עליו הרב ב"י ונראה ששבועה זו לא היתה לתועלת חמיו וחמותו שאף עפ"י שיש להם קצת נחת רוח בכך לא מיקרי תועלת דאלו היה לתועלתם כגון שנשבע לתת להם מנה כשיאמרו הרי אנו כאלו התקבלנו פטור משבועתם וכדתנן וכו' גם אנו נאמר בנ"ד אלו היתה שבועה זו לתועלת החכם לבד ודאי דיכול לומר הרי אני כאלו התקבלתי ופטור ראובן אבל כיון שנשבע לתועלת שמעון אעפ"י שהשביעו על דעתו איך יאמר הרי אני כאלו התקבלתי כ"ש שהשביעו לדעת שמעון שודאי אין כח ביד החכם להתיר וראובן בשבועתו הוא עומד וחייב לקיימה כבראשונה והחכם הדיין מחוייב לומר לו כן כדי שלא יטעה ראובן בכך ויסבור שהוא פטור אחר שהתירו ויסיר המכשול אשר שם בפניו והדברים פשוטים לע"ד הנראה בעיני כתבתי:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה עו

שאלה ראובן איש עני הוא ואין לו על מה שיסמוך כי אם צורך אוכל נפש בלבד ואינו פורע בקהל כי אם כסף לגולגולת כופר נפש הכראג שלו ועתה מת חמיו וחיי לרבנן שבק ונפלו לאשתו מעות ונכסים בירושה ושמוהו הקהל בעריכה שלהם לענין מסים וארנוניות והוא טוען שהנכסים הם נכסי מלוג ואין לו בהם אפילו הפירות כי יש לו בת גדולה ואשתו רוצה להשיאה מיד והקהל טוענים שיש להם הסכמה שיפרעו בעלי נכסי מלוג בעד הנכסים שירשו נשותיהם מה שאין הפה יכולה לדבר שיפרע האדם מס ממה שאינו ברשותו ובידו גם שואלים ממנו ממסים שקדמו לאותם נכסי מלוג שלא נשתעבדו עדיין הנכסים להם יורנו אדוננו המורה לצדקה אם הדין עמהם כי הוא המוציא הדין לאמיתו ומה' כל משפטו ישפט עניי עם וה' יכין צעדו אנס"ו:

תשובה כבר הורה זקן הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"ג סימן ק"ח דאין לפרוע מס על נכסי מלוג משורת הדין אלא במס שפורעים למלך אבל בשאר המסים שאינם פורעים למלך כתב דאין לפרוע מס עליהם וטעמו משום דאיפלגי רבי יוחנן ור"ל בסוף, פרק השולח אי קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא וריש לקיש אית ליה דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ואמרינן התם בסוף פרקא אמר רב יוסף אי לאו דאמר רבי יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דאמר רבי יוחנן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ואי ס"ד לאו כקנין הגוף דמי לא. משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון והקשו שם בתוספות ואנו איך מצאנו ידינו ורגלינו דקי"ל כר"ל כדאמרינן בריש החולץ וקי"ל נמי דבדאורייתא אין ברירה וכו' ורב נחמן דקי"ל כוותיה בדיניה אמר בריש פ"ב דקדושין האחין שחלקו הרי הן כלקוחות וכו' ותירצו לקושיא זאת ב' תירוצים האחד דהא דפסקינן כר"ל בריש החולץ דלאו כקנין הגוף דמי היינו דוקא בההיא דהכותב לבנו מהיום ולאחר מיתה אבל בעלמא קי"ל כרבי יוחנן דכקנין הגוף דמי התירוץ הב' דהא דאית להו דמחזירין זה לזה ביובל היינו רבי יוחנן ור"ל אבל אנן קי"ל דאע"ג דלקוחות הן אין מחזירים זה לזה ביובל דמכר אמר רחמנא דליהדר ירושה ומתנה לא ע"כ ולתירוץ הא' קי"ל כקנין הגוף דמי ונכסי מלוג שהבעל אוכל פירות הוי כקנין הגוף ופורע עליהם מס ולתירוץ הב' קי"ל דלאו כקנין הגוף דמי ואינו פורע מס על נכסי מלוג וכיון דהוי ספקא אי כתירוץ קמא או כתירוץ בתרא הרבים מקרו מוחזקים לגבי יחיד בדיניה המס שפורעים למלך משום דמהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח ולכך פורע מס על נכסי מלוג במס הפורע למלך אבל במס שאינם פורעים למלך מקרי היחיד מוחזק ואין מוציאים וכמו שהאריך שם הרב הנז' יותר בביאור הדברים יע"ש

ומ"מ כתב שם הרב דאין טעם זה מספיק כל כך מפני שראה כל הפוסקים חלוקים על תירוץ קמא דתוס' ופסקו כר"ל בכל מילי דקנין פירות לאו כקנין הגוף הטור והרא"ש וגם הרמב"ם פסק כן בסוף הלכות זכיה ובפרק ד' מהלכות בכורים פסק ג"כ דהמוכר שדהו לפירות מביא ואינו קורא כריש לקיש:

איברא דקשיא לי טובא דאיך ימצא ידיו ורגליו הרמב"ם ז"ל בבית המדרש דאיהו פסק כריש לקיש בכל מילי דלא כתירוצא קמא דתוס' והוא פסק ג"כ בפרק י"א מהלכות שמיטה ויובל האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל והיינו דלא כתירוצא בתרא דתוס' דסברי דאנן קי"ל דאין מחזירין זה לזה ביובל משום דמכר אמר רחמנא דליהדר וא"כ כיון דאיהו לית ליה כתירוצא קמא דתוספות ולא כתירוצא בתרא מה יעשה לתרץ הקושי' שהקשו התוס' ולמצוא ידיו ורגליו בבית המדרש ודבר זה צל"ע.

מ"מ למדנו דדעת כל הפוסקים דלא כתירוצא קמא דתוס' וא"כ אין טעם זה היה מספיק כ"כ לחייב ליחיד לפרוע מס ממסים שפורעים למלך אלא שכתב שם טעם אחר דכתב בעל תרומת הדשן פלוגתא דרבוותא במי שיש בידו מעות משל אחרים שהוא מרויח גם המרדכי כתב בפרקא קמא דבתרא וז"ל ועל אודות המס כך הוא שכל מה שאדם מרויח בו בין שלו בין של אחרים חייב לתת ממנו מס ואף אם עד עכשיו נהגו מאליהן שלא ליקח המס ממה שיש ביד בני אדם משל אחרים יכולין מקצתן עתה למחות ולומר עד כה סבלנו מכאן ואילך לא נסבול עד כאן א"כ אין הדבר יוצא מידי פלוגתא דרבוותא וכיון שכן בענין המסים שפורעים למלך דהוו הרבים מוחזקים כדכתיבנא ראוי ליחיד שיפרע מנכסי מלוג כיון שהוא אוכל פירות: ומ"מ כתב שם הרב דמכח המנהג שנהגו שלא לחלק בין מסים למסים ראוי שלא יפרע היחיד מנכסי מלוג כלל אפי' במה שפורעים למלך אבל מדברי המרדכי שהבאתי נראה שאין מנהג מועיל בדבר זה ואם כן נראה דכפי שורת הדין בנדון שלפנינו חייב ראובן לפרוע במסים שפורעים למלך כיון דהרבים הם המוחזקים דהרי הוא אוכל פירות ומה שטען שהרי יש לו להשיא בת אשר לו אין זו טענה דאם יתן אלו הנכסים לבת שישיא כל זמן שהם בידו הרי הוא אוכל פרותיהן ואין טעם לפוטרו אבל במסים שאינם כורעים למלך ודאי דמשורת הדין הוא פטור זה נראה לפי מה שכתב הרב מהריב"ל ז"ל. ואלמלא שאין בידי להכריח הייתי אומר דמשורת הדין לדידן יש לפוטרו בין ממסים שפורעים למלך בין ממסים שאינם פורעים למלך דהאי ודאי לתירוצא קמא דתירצו התוס' אין לחוש כיון דכל הפוסקים חלוקים עליו וכדכתב הרב הנז' בעצמו בתשובה הנז' ואי לסברא דכתב המרדכי ופלוגתא דכתב תרומת הדשן דמי שיש בידו מעות של אחרים ומרויח בהם משלם מס אנן לא חיישי' להאי סברא

כלל דא"כ היינו פורעים מס מן המעות אשר יש לנו באשראי והיינו נושאים ונותנים בהם מעולם לא שמענו פה בזמננו מנהג כזה שיפרע ממעות שיש לו לאדם בהלואה ומרויח בהם וכמו שכתב החכם השלם הרב הזקן מהר"י אדרבי בתשובותיו סימן קל"ט דכבר נהגו הפך הסברא הזאת וא"כ כיון דלית דחש בזמננו להאי סברא אלא בעינן שיהא המעות שלו דקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וא"כ מעות אלו אינם שלו ודאי שהוא פטור מן הדין מכל מיני מס בין ממה שפורעים למלך בין ממה שאין פורעים למלך אבל לפי דברי הרב מהריב"ל ז"ל נראה דכפי שורת הדין חייב לפרוע במסים הפורעים למלך ומ"מ הרי כתב הוא דנהגו שאין לחלק בין מסים למסים אע"פ שאין נראה כן מדברי המרדכי כדכתיבנ' מ"מ הכלל העולה בין לפי דבריו בין לדעתי החלושה וקלושא דהוא פטור מכל מיני מסים. אבל כיון שהקהל הסכימו שיפרע בכל מסים כמו שבא בשאלה ודאי דיש כח ביד הקהל לתקן בעניני המסים כרצונ' וכדכתב הריב"ש בסימן תע"ז גבי מי שבא בעיר א' שרוצים לחייבו לפרוע במס חובות שהיו חייבים הקהל מקודם בואו וכתב שם שאין לחייבו משורת הדין אמנם כל קהל וקהל עושין תקנות וחקים לעצמם בעניני המסים והחובות וכל שהסכימו בהן הקהל הולכין אחר הסכמתן שהרי התנו ותנאי שבממון הוא אמנם אין הקהל יכולין לעשות חק ותקנה שלא כדין כנגד שום יחיד מן הקהל אלא א"כ הסכים הוא עמהם לפי שאין הקהל יכולין להתנות לגזול אחרים אבל אם הסכימו כל הקהל בתקנה או בחק ההוא אז מועיל לכלם ואם לא הסכימו כל הקהל מועיל למסכימי' ולבאים אחריהם אבל לא לאותן שלא הסכימו ע"כ וא"כ אם ראובן זה הסכים בהסכמה ההיא או שנתן כח ורשות לממוני הקהל שיסכימו ההסכמה ההיא דהוי כאלו הסכים הוא אז ודאי חייב לפרוע מנכסי מלוג אפי' במסים שאינם פורעים למלך אע"פ שמשורת הדין אינו כן כדכתיבנא דמועיל לזה הסכמת הקהל דהוי כאלו התנו כלם בכך אבל אם לא נמצא שם ראובן בהסכמה ההיא ולא נתן רשות כלל למתקני ההסכמה ההיא ודאי דאין כח בקהל לחייבו במסים שאינם פורעים למלך כיון דהדין עמו אפילו לדעת הריב"ל ז"ל כדכתיבנא ולאו כל כמנייהו דבני הקהל לחייב לשום יחיד שלא כדין אלא אם הסכים הוא עמהם:

ועל מה שבא בשאלה דרוצים שיפרע החובות שהיה מקודם גם בזה כתב שם הריב"ש באותה תשובה שהרשב"א כתב בתשובה ששורת הדין שלא יפרע אלא מי שהיה עשיר בעת ההיא דהרי זה נמי שהיו חייבים חוב בעלמא בשתוף ולוו מאחר ופרעו לזה שעכשיו יפרע כל אחד כפי מה שהיה חייב באותו חוב בזמן שלוו מזה או בשעה שזקפוהו ואפילו היה עשיר והעני יפרע מגלימא דאכתפיה ע"כ וא"כ לפי זה ראובן שנכנס עתה במס אין

ראוי לו ליפרע החובות שהיו חייבים הקהל קודם אבל מה נעשה שכתב הרשב"א שם בסוף אותה תשוב' אבל בקהלות ראיתי שפורעים לפי הפסק השני וכן אנו נוהגים כאן וכן בקהלות ששמענו ע"כ וא"כ ראוי להלך אחר המנהג ויפרע החובות שחייבים הקהל קודם וכן הוא המנהג היום בעיר הזאת:

הכלל העולה מכל מה שכתבנו דראובן זה פטור לפרוע מס מנכסי מלוג אבל אם ראובן נמצא שם בעת ההסכמה או נעשתה ברשותו כגון שנתן רשות לממוני הקהל ודאי שחייב לפרוע מכח ההסכמה אבל אם לא נמצא בעת ההסכמה ולא נעשתה ברשותו פטור מן הדין לפחות במסים שאינם פורעים למלך ואפילו שנמצא בעת ההסכמה ראוי לק"ק לגמול חסד ולהקל מעליו ולעשות פשרה עמו כיון שהדין מסייעו ואיש עני הוא ויש לו צרת הבת יחוסו על דל ואביון ושכרם כפול מאל עליון הנלע"ד כתבתי וחתמתי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה עז

ראיתי מה שכתב הרב הכהן הגדול נר"ו על דבר הישיש ה"ר אליהו יהודה ובנו כר' שבתי יצ"ו תושבי עיר אבילונה יע"א אשר יצא עליהם דבר מלכות להיות טושגיש וממשפטי המלכות שכל מי שעליו העבודה ההיא להיות פטור מכל אופני מיני מסים וארנוניות אם יכולים כה"ר אליהו ובנו ליפטר בטענה זו מפרעון המסים כיון דמדינא דמלכותא הם פטורי' והעלה הרב הנז' שהם פטורים ודבריו אינם צריכים חיזוק אך אמנה לדרישת בקשת החכם השלם השואל יואל לדעת דעתי אחוה דעי. גרסינן בפרק חזקת אמר רב אשי פרדכת מסייע מתא והני מילי דאצילתיה מתא אבל אנדיסקי סייעתא דשמיא ע"כ. וכתב הטור דין זה בחשן משפט סימן קס"ג ומלשונו שכתב שם ואמרו אליו בני העיר וכו' וגבה מהם חלקו שנתמעט וכו' דקדק הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה בפסקיו ריש ח"ב דסבירא ליה לטור דדוקא היכא דגבה מהם חלקו שהיה צריך הוא ליתן אז הוא צריך לשלם חלקו שהטיל עליהם כיון שהם הצילוהו הא לאו הכי שלא הטיל עליה' פטור אפי' שהם הצילוהו. עוד כתב. שם דמ"ש דאם פטרו מעצמו שהוא פטור לאו דוק' פטרו המלך מעצמו אלא אפילו על ידי בקשתו כיון שלא הצילוהו בני העיר פטור והכי דייק לישנא דאמר דאצילתיה מתא אבל הציל הוא את עצמו פטור והדברים הנז' נראין מוכרחים אלא שקשה לי דהטור כתב בסימן קע"ה שותף שבקש א' מהם מהמוכס שימחול לו ומחל לו הוא לאמצע וכו' ואם מעצמו אמר בלא פיוס אני מוחל בשביל פלוני הוא שלו לבדו והא נפקא ליה לטור מהתוספתא וכפי פירוש רבינו שמחה כתב הרא"ש ז"ל בפרק הגוזל

בתרא משמע מהתם דאפילו הוא עצמו שהציל עצמו ע"י בקשה הכל הוי לאמצע ומתוך כך פסק רבינו שמחה שאם אחר שנתפשרו הקהל מן המס בא ראובן ובקש מן השר למחול חלקו צריך לחלוק עם הקהל משום דהציל לאמצע ואע"ג. דלא בא שום היזק לקהל ממחילת השר המס לראובן שהרי סלק חלקו מן הקהל אפילו הכי הציל לאמצע אם כן כ"ש הכא גבי פרדכת שבא ממנו היזק לקהל שלא נתמעט חלקו מהם דראוי שיהא לאמצע היכא שבקש מהשר למחול ואם כן קשה איך כתב הטור כאן דאפילו על ידי בקשתו אם מחל השר אין לבני העיר כלום זולת אם בני העיר עצמם הצילוהו וכמו שפירשתי לעיל ומינה גם כן קשה למה שכתבתי דהיכא דבני העיר הצילוהו אם לא הכביד המס עליהם שאינו צריך לשלם חלקו דאמאי אפילו הוא עצמו שבקש הוי לאמצע ואף על פי שלא בא הפסד לבני העיר כל שכן היכא שבני העיר עצמם בקשו שעל ידי בקשתם בא התועלת שראוי שיחלקו בריוח עמו כיון שמסבתם בא התועלת ההוא ולתרץ כל זה י"ל דיש לחלק בין פרדכת לאדם שמרויח בעיר וכדכתב הרב מהר"י קולין ז"ל בשרש קכ"ד כשהביא שם ראיה מהא דפרדכת כתב ואפילו היו לו אוצרות כסף וזהב כיון שאינו עושה ריוח בעיר וכו' משמע דאית ליה דטעמא דהכא הוי משום דהוי אדם בטל דיש לומ' דלכך פטרוהו ולכך מקילינן עליה אבל באדם שהו' מרויח ודאי דיש לדון בו כדברי רבינו שמחה וכדכתב הטור ז"ל בסימן קע"ה ועם זה נסתלקה תמיהת הרב מורי ז"ל שתמה על מהרי"ק בפסק הנז' וז"ל האמת כי עמדתי תמיה על דבריו אלו ז"ל מנין לו שהרי הטור ז"ל לא כתב זה וכו' ועם מה שכתבנו אתי' שפיר דמוכרח לומ' דהטור סובר כן כדי להנצל מן הקושיות האמורות:

ומכל מקום אכתי קשיא לי בדברי הרב מהרי"ק ז"ל באותה תשובה בראיה הראשונה שהביא לפטור גיסתו שכתב שם ואם יאמר האומר לחייב החבילות הנז' מפני שסוף. סוף מחמת הממון והכופר אשר הושת עליכם ניצולו החבילות וכו' אומר אני שכל הבא לחייבו מטעם זה לא ידע בין ימינו לשמאלו וכו' והכריח שם דלא אזלינן בתר הצלה אלא אחר גורם ההיזק דאיך כתב כן והא בסימן ד' כתב בהפך דחייב לסייע בענין הוצאת תפיסת קהל רעגנשפור"ק לשאר המקומות אף על פי שהם לא גרמו ההיזק מפני שהם ניצולו בהצלת קהל קדוש רעגנשפור"ק והביא ראיה מה' חצרות שהיו מקלחות מים לביב וכו' שהעליונים מסייעים לתחתונים וכו' והאריך שם הרי משם מבואר דאזלינן בתר ההצלה ולא בתר גורם ההיזק וצריך עיון ליישב דברי התשובות אלו הסותרות. אך אמנה מה שהשיגו הרב מורי ז"ל הוא מתורץ לע"ד עם מ"ש וכן מצאתי בתשובות השייכות לספר קנין סימן כ"ט שכתב שם תשובת מהר"ם על אודות, ראובן הפורש מן הצבור וכו'

והביא ראיה מההיא דפרדכת וכתב שם ואף על גב דמסיק הני מילי דאצילתיה מתא וכו' הכא באדם שאינו פרדכת צריך ליתן עמהם אף על גב דלא אצילתיה מתא וכו' הרי דחלק בין פרדכת לאדם שהוא מרויח וכדכתב הרב מהר"י קולין ז"ל: איברא דבמרדכי פרק הגוזל בתרא הביא תשובה לרבי' אביגדור ז"ל דהוא מסייע לדברי הרב מורי ז"ל וכמו שהביא הוא עצמו סיוע לדבריו וכו' דחולק על תשובת מהר"ם ז"ל שהבאתי ומכל מקום קשה לדברי הרב מורי ז"ל שאינו מחלק בין פרדכת לאדם אחר דנמצאו דברי הטור סותרות וכמו שכתבתי אם לא שנאמר לדעתו ז"ל דהא דפרדכת איירי קודם שהטילו המס ולכך מקילינן ביה אבל הא דכתב הטור בסימן קע"ה להציל לאמצע הוא אחר שנשתתפו וה"ה לענין המס אחר שנתפשרו דכבר נשתתפו אבל קודם שהטיל השר המס יכול להציל המס מזה ולהטיל על האחר וכמו שכתב המרדכי בשם מהר"ם זכרונו לברכה וכן האריך בדבר הרב בעל תרומת הדשן בסימן שמ"א אלא שעדיין לא הונח לי דעד כאן לא קאמר מהר"ם ז"ל הכי אלא כשפטר השר מעצמו אבל על ידי בקשה הוי לאמצע אפילו קודם שנתפשרו וכמו שהאריך שם הרב בעל תרומת הדשן בטעם הדבר ואם כן איך נאמר דהטור סבירא ליה דאפילו על ידי בקשה שבקש הוא פטור אפילו שהטילו חלקו על בני העיר היינו ודאי דלא כרבינו שמחה ודלא כמהר"ם לפי מה שפירשתי לעיל דברי הטור דאפילו על ידי בקשתו הוי לעצמו כיון שלא הצילוהו בני העיר על כן נראה לי עיקר בדברי הרב מהר"י קולין ז"ל לחלק בין פרדכת לאדם אחר. וכמו שכתבתי:

ואחר כל אלה הדברים אומר בנדון דידן דאלו הנכבדים רבי אליהו ובנו יצ"ו שהם תושבי העיר ועוסקים ומרויחים שם אם היה פוטר להם המלך ודאי דלא מהני ולא מידי כיון שהמס של העיר כבר הוא קצוב משנה לשנה וכבר חל החיוב על ה"ר אליהו ובנו וכמו שכתב הרב המובהק הפוסק נר"ו ודאי דלכולי עלמא לא מהני ולא מידי דהא אפילו לדעת מהר"ם זכרונו לברכה אין הפיטור שעושה המלך מועיל אלא קודם שנתפשרו על המס אבל אחר שכבר הוטל המס אין כח למלך להכביד לזה ולמעט לזה דהאי גזלה דמלכותא הוא ולאו דינא דמלכותא הוא וכמו שכתבתי לעיל וכן האריך שם הרב בעל תרומת הדשן זכרונו לברכה בסימן שמ"א יעויין שם גם הרב הנמוקי כתב בפרק חזקת בשם רבינו האי זכרונו לברכה דאחר שהוטל המס אף על גב דאצילתיה אנדיסקי לאו מילתא היא: אלא שרואה אני זכות לאלו הנכבדים מפני דע"כ לא קאמ' מהר"ם ורבינו האי הכי אלא מפני שכיון שזה נתחייב מדינ' דמלכותא במס אחר שנשתתף עמהם אם המלך רוצה להכביד לזה ולהקל לזה הרי הוא רוצה שיפרע הקהל בעד זה ורוצה המלך

לגזול מן הקהל וליתן לזה והאי ודאי גזלה דמלכותא הוא אבל בנדון דידן שכפי הנר' מן השאלה משפט המלוכ' הוא שהטושגי"ש לא יפרעו מס ואם כן כיון שעשה המלך טושגי"ש לאלו הוי כאלו פרעו למלך חלקם מן המס שהעבודה הזאת שהטיל עליהם הוא תמורת המס כפי דתם ואם כן כיון שאלו פרעו חלקם למלך אם המלך רוצה לגזול לקהל שיפרעו חלקם של אלו אף על פי שכבר פרעו הם אין זה אלא גזלה שרוצה המלך לגזול לקהל ואינם פורעים הקהל בעד אלו שכבר הם פרעו באותה עבודה שנתן להם בין שתהיה קלה או כבדה המשפט של דין המלכו' הוא שתהיה זאת העבודה תמור' המס וא"כ כיון שהם פרעו אין זו אלא גזל' שגוזל המלך לקהל הגע עצמך שהיו פורעים אלו כל חלקם מהמס למלך והיה חוזר המלך ותובע חלקם מהקהל הנאמר שיתחייבו אלו במה שרוצה המלך לגזול לקהל זה ודאי דבר שאין לו שחר שמזל הקהל גרם ואין לאלו עסק עם הקהל כיון שכבר פרעו ומזה הטעם ג"כ אני אומר שלא יוכלו הקהל לומר שיטיל מס העבודה ההיא לקהל וישתתף עמהם דהא ודאי לאו מילתא היא דכיון שהמלך רצה להתפרע ממנו בזה האופן מה להם עם הקהל הא מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח וא"כ למלך הם חייבים המס ולא לקהל וכיון שהמלך הטיל אותה עבוד' להם הרי נתפרע מהם כפי דתם וכיון שלמלך פרעו מה להם עם הקהל וזה נראה לי טעם ברור:

אבל בטעמא דכתב הרב המובהק הכהן נר"ו משום ההיא דפרק לא יחפור דקדרא דשותפי לא קרירא ולא חמימא וכו' איכא למשדי בה נרגא דשאני התם דלעולם לא יקוצו האילן מפני שאין תובע שהרי כיון שצריך ליתן הדמים קודם שיקוץ בעל האילן לא יתבע אותם שהוא אינו רוצה לקוצו וכדכתב שם רש"י ז"ל ובעל האילן רוצה בכך והם לא יתבעו לו שיקוץ וכדכתב שם רש"י ז"ל דמי האילן מי יתנם אם באת להטילם על בני העיר כל אחד אומר ממני לא יתחילו וכו' אבל הכא כיון שאתה משתף אותם עם הקהל הם ודאי יגבו מהקהל מס אותה עבודה דהם יהיו התובעים כיון שכבר פרעו ומה שכתב שאפשר שיפסיד בזה ולא יגבו מיחידי הקהל המס מהעבודה ההיא כי יחידי הקהל יסמכו זה על זה וכו' דבר תמוה הוא זה דמה שאמרו בגמרא כן הוא כדי שלא לתבוע מהאחר שיקוצו אבל אם בא אחר לתובעם מה טעם הוא זה ע"כ יזמינם לדין ויפרעו והוי כאלו קצץ האילן שאמרו שאחר כך יתבע מעותיו בבית דין ועוד כיון שהם חייבים לקהל ינכו מהמסים הנוגעים להם המס הנוגע לאותה עבודה והשאר יפרעו לכך נ"ל ודאי דלא דמי להיא דלא יחפור אבל מהטעם האחר שכתבתי נראה בעיני דהדין עם ה"ר אליהו ובנו שלא לפרוע לקהל שום מס ממסי המלך כיון שנפטרו מחמת דינא דמלכותא אבל עדיין יש לקהל דין עליהם בשאר הוצאות שאינם מסי המלך וכדכ' הריב"ש ז"ל

בסימן קל"ב וכן הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל בתשובה גבי מי שפטרו המלך בחותמו ממסים וארנוניות וכו' הוזכרה בב"י ז"ל חשן משפט סימן קס"ג וסימן קע"ה יעו"ש אבל מסי המלך ודאי דפטורים אצלי בלי שום ספק ואלו היו ה"ר אליהו ובנו מבקשים מן המלך שיעשה אותם טושגי"ש כדי להקל מעליהם המס הא ודאי היינו מחמירים עליהם כדכתב הריב"ש ז"ל בסימן קל"ב כדי שלא ילך כל אחד אצל מלכות לפוטרו מן המס ויעמיס חיובו על אחרים אבל כיון דהוגד לי דעל כרחן נעשו טושגי"ש ואדרבה הוציאו הוצאות להציל עצמם ולא יכולו פשיטא שהדין עמהם בכל מה שכתבתי הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:

הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה עח

שאלה ראובן שיש בידו קצת נכסים של גוי אחד ויש במחשבתו אם בחיי הגוי אם אחר מותו אולי ישארו בידו מקצת הנכסים הנזכרים או כלם והנה היום קהלו של ראובן הסכימו לעשות עריכה חדשה בכל יחידי הקהל כדי שיפרע כל אחד המסים ע"פ ערך הנכסים אשר לו כמנהג הקהלות קדושות יע"א אשר בכל תפוצות ישראל ולכן שואל ראובן אם הוא לא יתייאש מהמחשבה הנזכרת אם יכול להשבע על נכסיו לבד זולת נכסי הגוי או אם הוא מחויב לישבע ג"כ על נכסי הגוי אחר שלא נתייאש מהמחשבה הנזכרת ילמדנו רבינו מורנו מורה צדק הדין דין אמת ומאת ה' תהי משכורתו שלמה:

תשובה דבר פשוט הוא דראובן יכול להשבע על נכסיו לבד זולת נכסי הגוי ודבר זה לא היה צריך ראיה ולהפיס דעתו של שואל נביא ראיה לו מתה"ד סי' שמ"ב שכתב שם וזה לשונו ואם יש לאחד כתב בידו שהוא פרוע או שקר ומחזיקו בידו עד שנזדמן לו עת לתבוע כגון עד שימות הגוי ובכי האי גוונא אינו חייב לתת כלום ממנו וגם לא יצטרך להוציאו מידו וכו' ואע"פ שהוא מחשבו לממון ואם היו נותנים לו איזה סך מעות עבורו לא היה מוכרו בכך מ"מ לא חשיב ממון לענין לתת ממנו מס ודמי קצת למי שיש לו מוריש במדינה אחרת שמצפה ג"כ על ממונו מתי ימות ולא היה מוכר זכותו ותוחלתו באיזה סך מעות מ"מ פשיטא הוא דלא יתחייב לתת כלום ממנו עד כאן. הרי נתבאר מדבריו דאע"פ שיש לאדם כתב שהגוי חייב לו וכבר פרעו הגוי או שהכתב ההוא מזוייף וסבור הוא שכשימות הגוי יתבע באותו הכתב ואפשר וקרוב קצת שיגבה בו ואם היו נותנים לו ממון באותו הכתב לא היה נותנו מ"מ פטור ולא חשיב זה אלא כאדם המצפה מתי יבא ירושה לידו ולא היה מוכר זכותו ותוחלתו בכך באיזה סך מעות ומ"מ אינו

חייב לתת ממנו מס גם נאמר בנ"ד שראובן זה אע"פ שאותו התוחלת ממושכה אשר בלבו לעכב נכסים מהגוי לא היה מוכרו באיזה סך מעות אינו חייב ליתן ממנו מס ואם לחשך אדם לומר שאני התם שהוא רוצה לגבות באותו הכתב או שהוא מצפה לירש ואין בידו כלל אבל נ"ד הרי הנכסים בידו והוא סביר שיעכבם ויפה כח המוחזק מ"מ איכא בנ"ד קל וחומר מן הרבית דמההוא ק"ו רצה ללמוד תרומת הדשן בנדון דידיה דשם כתב ברבית דאע"פ דהגוי חייב לו ממון ברבית ועלה הרבית כבר שנה ויש בידו משכון מהגוי דאינו חייב לשלם מס מהרבית שעלה משום דכשבא לידי פרעון הוי מציל מידם כמו שהאריך שם כל שכן בנ"ד שאין לו שום טענה עם הגוי דודאי דחשיבי נכסי הגוי:

ועוד יש להביא ראיה ממה שכתב עוד שם הרב הנזכר וזה לשונו אמנם אם אחד חייב מה שהוא לקרובו או לאוהבו והדבר ידוע שלא יכריחהו לפרוע כלל עד אשר יפרע הוא כרצונו ודאי כהאי גוונא אין לנכות לו מסכומו עד כאן. משמע דכשיש שום צד כפיה שיכפוהו לפרוע מנכין לו מסכומו ואף על פי דבנדון דידן אפשר דלא יש עדים לגוי שהישראל חייב לו באופן שלא יוכל לכופו לפרוע מכל מקום יכול להזקיקו לישראל לידי שבועה זאת ועוד שהגוים הם מלומדים להביא עדי שקר ובאים בעלילות וטענות על ישראל להוציא משל ישראל מה שחייב להם על כן נראה ודאי דאין הממון ההוא נכנס בכלל המס כפי הדין ויכול לישבע ראובן זולת נכסי הגוי הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה עט

שאלה יש מאמר המלך ירום הודו שכל אדם שיש לו עסק בסאלינאש ממקום א' שיהיה פטור מכל מס וקמו קצת יהודים מאותו מקום וע"י שוחד שנותני' לשרי' הנקראי' אימיניש כותבים אותם בפנקס המלך על הרינדה הנז' ומביאי' להם מקושטנדינה מאמר המלך שיהיו פטורים מכל מיני פרעונות ובזה פוטרים עצמם מלפרוע כל מסים העולים ומתרבים כל יום ויום על הצבור ובכל יום הולכים העשירים לכתוב עצמם בענין הנז' ואין כח בצבור לכוף אותם וקצור קצרה ידם לפרו' בעדם כל המסים וארנויות המוטלות על הצבור בלתי עזר וסיוע אלו האנשים יורנו מורנו שיחיה אם יש דין לקהלות יצ"ו:

עוד שאלנו ממנו הסכימו הקהלות יצ"ו שיפרעו הבעלי תורה כל מיני מסים כדרך שנוהגים בשאלוניק"י עיר ואם בישראל וראובן מרבין תורה בקהל א' רוצה לפטור עצמו בטענה שאין החכמים מרביצי תורה בכלל המסים ואין להם רשות לכוף אותו שלא כדין יורנו מורנו גם על זה אם יש להם דין לקהלות או לא:

תשובה להיותי טרוד מאד אשיב בקיצור מופלג ואומר דמן הדין ודאי פשיטא דהעשירים הם פטורים מן המס כי הנה הרב הגדול מורי ורבי ז"ל בתחלתו האריך למעניתו ספיר גזרתו בענין זה על ענין רופא אחד שפטרו המלך יר"ה והכריח שם שהוא פטור והביא כמה ראיות וכלם מספיקות לנ"ד ואפילו לדעת רבינו שמחה והנמשכים אחריו שכתב המרדכי דהיכא דמחל על ידי פיוס שבקש מאת המלך שהוא לאמצע מפני שאין שותף חולק שלא מדעת חברו מ"מ בנ"ד כ"ע מודו דהתם טעמא כדכתב ר' שמחה משום דכן דרך השותפין לטרוח בשביל חבריהם אבל בנ"ד ליכא האי טעמא דלא פטרו המלך משום פיוס לחוד אלא משום שנעשה אחד מבני הרינדה ונכתב בפנקס המלך מה שלא היה כן לאחד מהשותפים אחרים שלא נכתבו בפנקס המלך ואעפ"י שהיה על ידי שוחד ופיוס לא איכפת לן כיון דסבת הפטור היה בשביל הרינדה וכבר קדם חק מאת המלך שמי שיהיה לו עסק ברינדה שיהיה פטור ואח"כ קיים לאלו העשירים מה שכבר גזר ופטר לאלו בפירוש פשיטא דהם פטורים ואעפ"י שבשביל פטור אלו נתרבה המס על האחרים לא איכפת לן כדמשמע שה מדברי התשובה שכתב הרב מורי ורבי ז"ל ועוד כתב שם דשאני מלכות דידן מלכות תוגרמה דלא שייך בהו כל כך לומר דיינא שמקיל לזה ומחמיר לזה דאין הדברים באים כ"כ בדקדוק וכמו שהאריך יע"ש: איברא שכתב הרב הנמוקי בשם רבינו האיי גבי אנדסקי סיעתא דשמיא הוא דאם אחר שהטיל המס על כלל העיר פטרו אינו נפטר מחלקו שכבר חל החיוב עליו ולפי זה לא מהני פטור זה אלא במס העתיד לבא על העיר ולא על המס שכבר הוטל ומ"מ אפשר דאפילו על המס שכבר הוטל מהני דלא כתב כן רבינו האיי אלא כשנפטר בבקשה ופיוס או שפטרו המלך מעצמו אבל הכא שנתן לו המלך תמורת דבר זה עבודה אחרת שהוא עסק השאלינאש הוי כאלו כבר פרע למלך ופטורו פטור אפילו ממס שכבר הוטל אלא שאין זה מספיק כיון שעשה זה ע"י שוחד שבקש מאת המלך שיעשה לו כך והטיל עליו עבודה אחרת הוי כאלו פייס ובקש מאת המלך על כך ולא מהני ליה אלא למס העתיד ולא למס שכבר הוטל ומ"מ למס העתיד לבא וכמו שבא בשאלה ודאי דהעשירים פטורים לפי שורת הדין אלא א"כ יש מנהג אחר בעיר הפך בזה דכבר נודע דבענין מסים אזלינן בתר מנהג וכמו שכתב הריב"ש בשם הרשב"א בסימן תע"ז והרב בעל תרומת הדשן בסימן שמ"ב דבעניני מסים אזלינן בתר מנהג בני העיר או בני המדינה שנהגו בו מימי קדם אפילו לא הוקבע עפ"י חכמים אבל מצד הדין נראה לי מה שכתבתי:

ומ"מ אני אומר דכיון דנמשך מזה היזק לצבור שכל אחד הולך וכותב עצמו בפנקס המלך על הרינדה כדי להנצל מהמס אם יראה לצבור לתקן תקנה שלא יהא שום אחד רשאי

לעשות כן או שאם יעשה שלא יועיל לו לפטור מן המס יכולים לתקן אפילו שהרוב לבד יסכימו בכך ואין מחאת המיעוט מחאה בענין כזה שהוא דבר תקנה לצבור וכמו שכתב הרב הגדול מורי ורבי ז"ל בפסקיו ח"ב סימן ח' אחר שהאריך בענין כיוצא בזה כתב בסוף דבריו כלל הדברים אני אומר שכל גזרה ותקנה שעשו הרבים לתקנת הקהל או הקהלות אין ביד המיעוט להוציא עצמם מן הרוב ואם גזרו חרם חייבים המיעוט לשמור ולעשות אך בתנאי שיהיה גזרתם ותקנתם בהסכמת טובי העיר או טובי הקהל ותם יש שם חכם או חכמים שיהיה הח' או החכמים המנהיגים הקהלות עמהם ואם לאו אין בדבריה' ממש ע"כ גם אני אומר בנ"ד דאם הסכימו הרוב בעצת החכם המנהיג אשר ביניהם בתקנה כזו שאין כח במיעוט למחות על כך ולענין מה ששאל השואל שראובן מרביץ תורה רוצה לפטור עצמו מן המס אומר דהרב מורי ז"ל בפסקיו הראשונים סימן כ"ה העלה שכל בעלי תורה שרוב עסקו בתורה ואינו מתבטל ממנה אלא לבקשת ההכרחי אעפ"י שלא יהיה בעל הורתה פטור והרב רבו מהר"ר לוי ן' חביב בפסקיו סימן ק"ט כתב ג"כ כיוצא בו וז"ל הרי נתבאר שכל מי שעוסק בתורה ללמוד אף שיהיה מן התלמידים הוא פטור מן המס אם תורתו אומנותו ואינו מתבטל מתלמודו כי אם להרויח כדי חייו ובלבד שיתנהג כשורה וכל מעשיו יהיו לשם שמים דאל"כ אינו בכלל ת"ח שתורתו אומנותו להיותו פטור מן המס ע"כ. גם הרב מהריב"ל ז"ל בח"ב חלק על דברי בעל תרומת הדשן שהפריז על מדותיו לומר דלא ליהוי ההוא ת"ח מתעסק בסחורה אלא כדי חייו לבד וכתב עליו דאפשר דכל מה שישתדל להרויח הוא כדי פרנסתו להשי' בנותיו לפי כבודו דהאידנא נתרבו הנדוניות וכל זמן שתורתו קבע ועסקו עראי מיד הוא חוזר לתלמודו ומי שהוא ראש ישיבה או למדן עם חברים בישיבה ע"כ הוא מוכרח להעמיק בעיון כי קנאת סופרים תרבה חכמה וכו' ע"כ גם הר"ם אלשקר בפסקיו סימן י"ט כתב כללא דמילתא דנקיטנא מכלל דהני רבוותא דת"ח שעושה תורתו קבע ואינו מתבטל מלמודו כי אם לזון את בניו ובנותיו ולפרנסם ואפילו שהוא עשיר הרי הוא פטור מכל מיני מסים וארנוניות ע"כ וכתב שם תשובה דאפילו תקנו הצבור והחרימו סתם וכללו בחרם הת"ח אין החרם חל דארור בו שבועה ואין נשבעין לבטל את המצוה א"כ בנ"ד נמי אם ראובן זה הוא תלמיד חכם שיש בו מה שכבר אמור דהיינו שתורתו קבע ועסקו עראי הוא פטור ואפילו שיתקנו העיר על כך אין כח בידם דהוי כנשבע לבטל את המצוה כדכתיבנא הנראה לע"ד כתבתי:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פ

שאלה ראובן נתחייב לשמעון בשטר סך ידוע לפורעם לו למועד שמור מוגבל ביניה' הכל בקנין ושבועה ובנאמנות שהאמין ראובן לשמעון בעל החוב הנז' ונפל הספק אם נאמן ראובן בטענה שיטעון ששמעון בעל החוב התיר לו השבועה בינו לבינו ואם כן אם עבר הזמן ולא פרעו לא מקרי עבריינא או דילמא אינו נאמן בטענתו כיון שכתוב בשטר נאמנות ילמדנו רבינו הדין ושכרו כפול מן השמים תשובה ודאי אינו נחמן דהרא"ש ז"ל כתב בתשובה ריש כלל י' עוד שאל בענין השבועה שלח האמינה עליו באותה שבועה וכו' והשיב כיון שלא האמינה עליו בעדים נאמן ראובן לומר מרצונם אני יוצא וכו' כי דברים הללו בינו לבין יוצרו הם וכו' וסיים בה והכא לא שייך לחייבו שבועה שהרי כבר נשבע שלח יצא כי אם ברשותה והוא אומר שפטרה אותו ואם הוא משקר הרי הוא עובר על שבועתו שאין שבועה חלה על שבועה ע"כ. וצריך לדקדק מה שייך כאן אין שבועה חלה וכו' דלא אמרו כן אלא גבי שני שבועות שוות שבועה שלא אוכל ככר זו שבועה שלא אוכל ככר זו שאין שבועה חלה על שבועה אבל מי שנשבע שתי פעמי' לשקר על דבר א' ודאי חייב שתים כגון שנשבע שלא יצא אלא ברשותה ועבר ויצא שלא ברשותה ואח"כ נשבע על שקר פעם אחרת שיצא ברשותה ושפטרו דחייב שתים ולא היה לו ליתן טעם אלא מפני שלדבריה נעשה חשוד על השבועה שהרי עבר עליה ואין ראוי להשביעו וכמו שכתב רבינו מאיר גבי טוען הלויתני ברבית וכן בתשובות להרמב"ן גבי גזלתני הוזכרו בבית יוסף ח"מ סימן ע"ה ואף ע"ג דהוא חשוד לשבועה דלהבא ורש"י ז"ל סובר דחשוד לשבועה להבא אינו חשוד לשעבר מ"מ הרא"ש לא סבירא ליה אלא כר"ת דחשוד לשבועה להבא הוא חשוד לשעבר וכמו שכתב הטור בשמו ח"מ סימן צ"ב ואי הוה יהיב טעם זה הרא"ש היה פעם נכון אבל האי טעמא דיהיב לא מסתבר כלל ודוחק לפרש בלשונו הטעם שהזכרתי מ"מ למדנו מתשובה זו דדוקא משום דלא האמינה על עצמו כתב הרא"ש דנאמן שכן כתב כיון שלא האמינה וכו' הא אם האמינה על עצמו אינו נאמן וכתב הרב ב"י בטור י"ד דף רע"ב סי' רכ"ח וז"ל אחר שהביא תשובה של הרא"ש וכיוצא בזה כתב בתשובת בנו ה"ר יהודה על מי שחייב לחברו מנה בשטר, וכתוב בו שנשבע לפורעו וכו' והשיב שאם אין כתוב בשטר שלא יוכל לטעון שפרע אין אנו יכולים לפוסלו מחמת השבועה וכו' משמע דהיכא דאיכא נאמנות אינו יכול לטעון פרעתיך לענין השבועה וה"ה נמי שאינו יכול לטעון פטרתני מן השבועה וכמו שנראה מדברי אביו ז"ל שכתב כיון שלא האמינה וכו' סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתי' דבנ"ד דאיכא נאמנות בשטר ודאי דאינו נאמן לומר פטרתני:

נאם הקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פא

ראובן נכנס בחנות שמעון לשרת בחנות בלב שלם ונפש חפצה כמשר' נאמן ושמעון היה איש נכבד בעל מדות טובות נדיב נדיבות יעץ ולהיותו ראובן הנז' נכון לבו בטוח ונשען על מדותיו הטובות של שמעון ונדיבותו לא הזכיר מעולם תנאי שכרו אשר יהיה חלף עבודתו כי היה סומך על מה שהיו אומרים לו הסרסורים אשר נתמצעו ביניהם שהיו מבטיחים לו שתועלות גדולות ימשכו לו זולת תנאי שכרו ושהתנאי יהיה סך גדול ואחד מן הסרסורים הבטיח לו שיהיה שכרו סך כך עד שכשעשו שטר התנאים לא רצה ראובן המשרת להזכיר בתוך השטר תנאי שכרו כדי לינהג דרך כבוד עם שמעון אלא עשה שטר איך נתחייב לשרת לשמעון עשר שנים והכל בשבועה חמורה ע"ד המב"ה וע"ד רבים מפורשים ולא נזכר בשטר תנאי שכרו רק הכל יודעים שעל דעת כן נשבע ראובן ושמעון מודה בזה ולא עוד אלא שלא נשבע אלא ע"ד כמה תועלות שהבטיחו לו הסרסורים והנה מיד החליף שמעון משכירתו של ראובן ולא נתן לו כאשר היה בדעתו של ראובן וכמו שאמר לו הסרסור הא' אלא שראובן נתרצה ועוד שום תועלת ממה שהזכירו לו לא קיימו לו ועוד שעתה הוא דחוק במזונותיו ומוצא כפלים על שכר שמעון ושואל אם השבועה הוי שבועה בטעות על זה או לא ומה הדין נותן על זה ילמדנו רבינו הדין עם מי ומה' משכורתו שלמה:

תשובה הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות שבועות כתב מי שנשבע ואמר שבועה שלא אוכל היום ועל דעתיכם אין זה יכול לומר כך וכך היה בלבי שלא נשבע זה על דעתו אלא על דעת אחרים וכיון שהיה פיו ולבם של אחרים וכו' מפני לבם של אלו במקום לבו הם וכן בשאר מיני שבועות וכו' ע"כ משמ' מדברי הרמב"ם דאפי' מי שלא השביעו חברו אלא נדר או נשבע מעצמו כיון שאמר על דעתיכם אני נשבע לא מצי למימר כך וכך היה בלבי אבל מדברי הרשב"א בתשובה כתבה הרב ב"י טור י"ד סימן רפ"ח דף רע"ד לא משמע הכי שכתב נראה לי הדברים ברורים שכל שנדר ובא ואמר על דעת כן נדרתי נאמן ואעפ"י שהוציא בפיו הנדר סתם ואפילו תלה לאחר מכאן בדברים שהיתה כוונת השומעים בהפך מה שאומר וכו' ועל כן אמרו סתם נדרים להחמיר ופירושם להקל וכו' ושנינו נדר בחרם ואמר לא נדרתי אלא בחרמו של ים וכו' וגדולה מזו שהרי שנינו בנזיר יודע אני שהנזיר אסור ביין וכו' ובסוף דבריו כתב וכן מי שהשביעוהו שלא יאכל שום פת ואמר שלא נתכוון אלא לפת חטים אם ע"ד רבים השביעוהו אינו נאמן אבל בנודר

מעצמו ונתכוון להוציא פת חטים והוציא פת שעורים אפי' אמר על דעת רבים נאמן הוא עד כאן:

ויש לדקדק בכל ראיותיו בראשונה שהביא מסתם נדרים להחמיר ופירושם להקל דהתם לא הוי כוונת השומעים בהפך אלא הלשון מסופק דיש שקורין בשר מלוח ויין נסך לקדשי שמים ויש שקורין כן לבשר מלוח ויין נסך של ע"ז והרי כתב הטור בי"ד בסי' ר"ח דאם רוב אנשי המקום קורי' לבשר מלוח של קדשים בשר מלוח סתם וליין נסך לשמים יין נסך סתם אינו נאמן וטעמא משום דכוונת השומעים הוי בהפך ממה שהוא מכוון אלא צריך שיהא הלשון מסופק דאיכ' דקרו הכי ואיכ' דקרו הכי כדי שיהא נאמן וא"כ איך הביא ראיה דהיכא דכוונת השומעים בהפך דנאמן מיהו לזה י"ל דהוא סבור דלא כדע' הטור אלא שאפי' שהרוב קורין כן מ"מ נאמן הוא לפרש ולומר דהוי מהמיעוט וכן נראה קצת מדברי הרמב"ם בפ"ב מהלכות נדרים שלא תלה הדבר ברוב אנשי המקום אלא כתב אבל מקום שדרכן שאין קורין חרם סתם אלא לחרם בדק הבית וכו' משמע דדוקא היכא דכל אנשי המקום קורים כן וליכא אפילו מיעוט' דלא קרו הכי או הוא דלא מהימן מיהו על הטור קשה מאי שנא מהא דנדר בחרם נאמן לומ' לא נדרתי אלא בחרמו של ים אע"ג דהתם ודאי על הסתם רובם קורין לחרם סתם חרם ואין פירו' על הסתם חרמו של ים ת"ח מיהא מהימן וגבי בשר מלוח כתב דאם רוב אנשי המקום קורין הפך מה שהוא מכוון אינו נאמן להקל ומשמע אפילו ת"ח מדלא חולק אלא די"ל דשאני התם דמתכוון להערי' ולכך אמר לשון כדי להטעו' לעם ולכך אינו נדר בת"ח אבל הכא גבי בשר מלוח שלא נתכוון להערים אלא לנדור כפי המובן מהלשון אז אמרינן כיון דדעתו לנדר גמור ראוי לומר שמה שיהא מובן מהלשון לרוב העם הוא כוונתו דאל"כ היה לו לפרש כיון דכוונתו לנדר גמור ולא להערים. אחרי כותבי ראיתי בפסקי מהר"י ן' לב הראשוני' דף י"ג שהקשה כן ולא תירץ כלום. וגם בראיה שניה שהביא הרשב"א ז"ל מההיא דנדר בחרם קשה דהא התם חלקו בין ת"ח לע"ה והוא ז"ל לא חלק בתחלת דבריו משמע דבכל גוונא נאמן אפילו ע"ה והוא הפך ראייתו ואולי יש לומר דהראיה הוא שאנו מאמינים אותו אעפ"י שלשונו משמע בהפך ואף על פי דהחמירו שם בע"ה משום דנתכוון להערים החמירו עליו וכדכתב הרשב"א גופיה בתשובה הביאה הרב בית יוסף בי"ד סימן ר"ח. גם בראיה שלישית שהביא מנזיר דאמר סבור הייתי שמתירים לי וכו' קשה דהא בפ"ב דנזיר משמע דטעמא דהתם דמותר בלא שאלה משום דהוו נדרי אונסין דאי אפשר לו לחיות בלא יין ואי אפשר לו שלא לקבור מתים שאין שם קוברים אחרים וכדכתב שם רש"י מיהו לזה י"ל דהוה ס"ל דאונסין דאמר התם הוי שגגות וקרו להו

אונסין דלביה אנסיה וכפי' בתרא דרש"י והוא דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות נזירות וכדכתב שם הרב כסף משנה והראיה שהביא דהתם נאמן לומר שוגג הייתי ובאו על נכון כל ראיותיו מיהו מסוף דבריו שכתב דאיכא דנודר מעצמו ולא השביעוהו אחרים דאפילו שיאמר ע"ד רבים נאמן לומר כך היה בלבי משמע דהוא הפך דברי הרמב"ם ז"ל שכתבתי דהרמב"ם ז"ל לשונו מורה דבנודר מעצמו איירי ומ"מ כתב דאינו נאמן ומ"מ בנדון דידן דהשביעוהו אחרים על כך ונשבע עד"ר פשיטא ופשיטא דכ"ע מודו דאינו יכול ראובן לומר בלבי כך היה כיון שלא פי' בשעת השבועה ומה שבא בשאלה שמודה לו שמעון אם הודה לו שמעון דפי' התנאי בשעת השבועה ולא קיימו ודאי דראובן פטור אבל אם מה שהודה שמעון הוא שקודם השבועה התנו בכך ואח"כ בשעת השבוע' סתם ולא פירש דבר מ"מ אעפ"י שלא קיים שמעון התנאי עדיין ראובן בשבועתו דכיון דלא פי' התנאי בשעת השבועה ודאי דגמר בדעתו כשנשבע לישבע בלי שום תנאי ועל אמונתו של שמעון סמך שמה שירצה ליתן לו הוא מרוצה בכך ועל דעת כן נשבע דאל"כ אמאי לא פירש בשעת השבועה דבשלמא אם היה לו שום אונס בשעת השבועה וגלה לעדים קודם שאינו יכול לפרש בשעת השבועה ודאי דהוא פטור אבל כיון דלא היה אונס ולא פירוש ונשבע ע"ד אחרים ודאי דגמר בדעתו לישבע בהחלט ולבם של אותם אחרים במקום לבו קם וכדכתב הרמב"ם ז"ל. אך אם יאמר ראובן שבשעת השבועה פירש התנאים אעפ"י שלא כתבו אותם בשטר השבועה בזה יש מקום עיון דנר' דנאמן משום דהטור ז"ל כתב בהלכות טוען סי' פ"ב דהיכא דטען הלוה השטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר וקיימתיו וכו' ואם אינו מפורש בו שבלא שום תנאי וכו' שהרי אינו עוקר בטענה זו גוף השטר והרי הוא כטענת פרעון ואפילו יש בו נאמנות אינו מועיל שהרי אין הנאמנות רק כנגד הפרעון ע"כ משמ' דתנאי מדמה לפרעון וכי היכי דבפרעון כשיש בשטר שבועה וטוען פרעתי קי"ל דאינו נאמן לגבי הממון אבל לגבי השבועה נאמן וכמו שכתב בנו של הרא"ש ז"ל כתבו הטור בסימן ל"ד וז"ל כתב ה"ר יהודה בן הרא"ש ז"ל בתשובה אם היתה השבועה כתובה בשטר ולא היה כחוב שלא יוכל לטעון שפרע והיה אומר שקיים שבועתו ופרע אע"פ שלא היינו יכולים לפוסלו מחמת השבועה דשמא פרע מ"מ צריך לפרוע השטר ע"כ הכא נמי נימא דאע"ג דאם היה ממון לא היה נאמן לומר תנאי היה כדי לפטור מממון כדי לפטור משבועה מיהא מהימן ועוד ראוי להאמינו במה שאומר תנאי היו דברינו לענין השבועה מגו דיכול לומר פטרתני מהשבועה דנאמן הוא לומר כן כדכתב הרא"ש ז"ל בתשובה וכן ראינו להרב מהר"ר אליה מזרחי בתשובותיו סימן ע"ב שכתב דנאמן לומר חתמתי ולא נשבעתי במגו

דיכול לומר נשבעתי כדרך שנשבעין לחרמין וכו' וכמו שהאריך שם הכא נמי נימא מגו כדכתיבנא. מיהו אי איכא נאמנות בשטר לא שייך הך טעמא דמגו דהרי האמינו לענין השבועה שלא יוכל לומר שפטרו מיהו מטעמא קמא דכתיבנא אפילו שיש נאמנות נאמן לומר תנאי היה וכדכתב הטור דאפילו יש נאמנות אינו מועיל הנאמנות לענין התנאי. א"כ לפי זה אם אמר ראובן בשעת השבועה פירשתי כן אע"פ שהעדים לא כתבוהו נאמן לענין השבועה מיהו נראה דהא מילתא תליא בפלוגתא דרבוותא דאיכא דמפרשי ההיא דתנאי היו דברינו בפרק האשה שנתארמלה דנאמנין אפי' בשכתב ידם יוצא ממקום אחר משום דכי אומרים תנאי לא עקרי לסהדותייהו אבל כת האחרונים פירשו דלא הוי אלא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דוקא אבל אי כתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים משום דעקרי לסהדותייהו ומשמע מדברי הר"ן שם דלדידהו הוי כאלו כתוב בשטר בהדיא שלא היה שם תנאי ולכך אינם נאמנים לבטל עדותן ורבים נטו לזאת הסברא והרשב"א ז"ל מכללם איברא דבתשובה אחרת הביאה הרב ב"י בסימן כ"ט משמע בהפך על ענין ראובן שכתב משכונה ת"ק דינרים לשמעון חמיו וכו' וכתב שם שנאמנים העדים ואפי' כתב ידם של עדי השטר המשכונה יוצא ממקום אחר לפי שאין אלה העדים מכחישים עדי השטר אלא בירור בעיקר העדות הוא ע"כ וכבר הוקשה לרב ב"י זה ותירץ שם דשאני הכא שעדים אחרים הם מעידים על התנאי אבל ודאי הם עצמם אינם נאמנים בשכתב ידם יוצא ממקום אחר. וקשיא לי טובא על דבריו דא"כ למה כתב לפי שאין אלה העדים מכחישים עדי השטר אנא בירור וכו' הא אין הדבר כן דמכחישים הם אלא שהם עדים אחרים והוו להו תרי ותרי ואוקי ארעא בחזקת מאריה אלא ודאי שאין טעמו של הרשב"א כדכתב הרב ז"ל. אך אמנה על הרשב"א יש לתמוה למה לא נתן טעם זה משום דהוו תרי ותרי ולמה כתב שאין אלה העדים מכחישים וכו' דמשמע דאי מכחישים היה מהני הא הוו תרי ותרי ונ"ל לומר דהכא לא אמרי' תרי ותרי ואוקי ארעא בחזקת מאריה משום דדמי לתשובה אחרת שהביא שם מפרס שמכר ראובן לשמעון וכו' ובסימן תתקע"ב כתב אותה התשובה וסיים בה ואע"פ שאין הקרקע נתפס מ"מ נפקא מינה לזה שירד לתוכה ברשות הבעלים ע"כ גם אנו נאמר כאן בהך דמשכונה כיון דירד למשכונה ברשות הבעלים אע"ג דאיכא תרי ותרי מכחישים זה את זה אי איכא תנאי אין אי לא לא אמרי' אוקי ממונא בחזקת הבעלים אלא בחזקת מי שהוא בידו לפי שירד ברשות הבעלים ולא שייך כאן לומר אוקי ארעא בחזקת מאריה וטעמו של הרשב"א אינו כדברי הרב ב"י ז"ל משום דאין עדים אחרים דאפילו העדים עצמם היו נאמנים דלא דמי לתנאי דבעלמא דהתם אם שטר המלוה נעשה על תנאי ולא נתקיים התנאי הוה ליה

שטרא כמאן דליתיה דאין המלוה מלוה אבל הכא משכונה היתה אלא לא היתה רק עד שיקח קרקע לאשתו וא"כ מועיל שטר המשכונה עד אותו הזמן והרי זה דומה לתשובה שכתב אלף וי"ב בתשובותיו על משכונה דלא כתבו זמן דיכולים העדים עצמם לברר עד זמן פלוני הוא הכא נמי כך היה שבירו המשכונה היה עד שיקח קרקע לאשתו והועיל השטר עד אותו הזמן א"כ למדנו דהרשב"א ז"ל הוא כדעת האחרונים דבתנאי אינו נאמן אלא כשאין כתב ידו יוצא ממקום אחר ולדידהו הך דינא דכתב הטור בסי' הנז' לעיל דנאמן הלוה לומר תנאי היה להזקיק שבועה למלוה וכו' דלדידהו ליתיה להאי דינא דכיון דאית להו דהוי כאלו כתבי בפירוש שנעשה המעשה בלי שום תנאי וכדכתב הר"ן בפרק האשה שנתארמלה א"כ לאו כל כמיניה להכחיש את העדים ומינה בנ"ד דלאו כל כמיניה לומר תנאי היה כדי להפטר מהשבועה דהרי עדים מכחישים אותו לפי דעת זה וכיון דהוי ספקא דפלוגתא דרבוותא ראוי להחמיר בשבועה דהוי ספקא דאורייתא ולחומרא ואלו לא היה כאן שבועה אלא קנין לבד עדיין יש מקום לספק אם יוכל לחזור דהרב ב"י בה' פועלים סי' של"ג כתב דכתב הריטב"א ז"ל בשם רבותיו דאע"ג דפועל יכול לחזור בו מ"מ היכא דאיכא קנין אלימא מילתא ואינו יכול לחזור בו איברא דהריב"ש בתשובותיו נראה דחולק על זה בסימן תע"ו כתב שם ז"ל וז"ל שאין חלוק בין שכירות פועל ליום א' או שכיר שבת או שכיר חדש או שכיר או שהוא קבלן וכו' אלא שהפועל יכול לחזור בו לעולם אפי' התחיל במלאכה ואפי' בקנין ע"כ נראה דסובר דאפי' בקנין יכול לחזור ומ"מ לענין מעשה הריב"ש הוא יחיד לגבי הריטב"א ורבותיו ואין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכדכתב מהר"י קולין ז"ל וא"כ אפילו לא היה כאן שבועה אלא קנין לבד לא היה הפועל יכול נחזור בו אלא שנראה לי צד אחר לפוטרו מהשבועה משום דכתוב בסוף הגהות מרדכי דמציעא דיש ליזהר למלמד או לסופר או שאר מלאכות להשכיר עצמו להיות בבית ב"ה להיות בקבע עמו ולהיות סמוך על שלחנו בני הפסק יותר מג' שנים דכל טפי משלש שנים נפקא ליה מתורת שכיר ועבד גמור לא הוי לכל הלכותיו מ"מ כיון דנפקא ליה מתורת שכיר קא עבר כי לי בני ישראל עבדים וקצת ראיה מפרק מפנין מעשה באדם אחד שירד מגליל העליון והשכיר עצמו אצל ב"ה ג' שנים וכו' ומדנקט שלש שנים משמע דטפי לא מצי לאשתעבודי תשובת הר"ם ע"כ נראה מכאן דאסור לאדם להשכיר עצמו ביותר מג' שנים והגם דהראיה שהביא מפרק מפנין אינה ראיה מוכרחת דדילמא שאני התם דמעשה שהיה כך היה מ"מ הביא ראיה מדספר התלמוד שהשכיר ג' שנים דהא לא איכפת לן אלא להודיענו דין זה דדוקא עד ג' שנים יכול להשכיר ולא יותר ואם תאמר דאיסור זה

איסור תורה דכי לי בני ישראל וגו' ודאי דאין השבועה חלה עליו וא"כ בנ"ד שהשכיר עצמו לעשר שנים הרי ודאי כנשבע לבטל את המצוה ולא חלה עליו שבועה אלא שאין זה ודאי נראה כאיסור תורה אלא כאיסור דרבנן וכבר כ' הטור ז"ל ביו"ד סי' רל"ט דהנשבע לבטל מצוה דרבנן חלה עליו שבועה וא"כ לדידיה ודאי חלה כאן אי הוי איסור דרבנן ומ"מ יש לבטל השבועה מצד אחר ולומר דבשלמא אי הוה ידע דהוא איסורא דרבנן והיה נשבע על דעת כן ודאי דהשבועה חלה עליו כיון דלא נשבע לבטל אלא איסורא דרבנן אבל בנ"ד אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ואלו הוה ידע דהוה איסורא לא הוה נשבע והוה ליה שבועה בטעות. ודומה לזה כתב רבינו ירוחם ז"ל כתבו הרב ב"י ביו"ד סי' רנ"ב וז"ל נשבע שלא יעשה כך מטעם שהיה סבור שהיה איסור גדול ואח"כ נודע לו שלא יש בו איסור כל כך לא חלה השבועה כי היתה בטעות כך כתבו המפרשים ז"ל ע"כ ומינה נאמר בנ"ד להפך כיון דזה כשנשבע לא היה סבור שהיה איסור ואח"כ נודע לו שהיה איסור א"כ השבועה בטעות היא ולא חלה והנה לדברי מהר"ם לא ראיתי חולק בפירוש אלא התוס' שחלקו בפרקא קמא דמציעא בדבור כי לי בני ישראל עבדים וז"ל נ"ל דמ"מ מותר אדם להשכיר עצמו דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם ע"כ משמע לכאורה דיכול לשכור יותר משלשה שנים ואולי דתוספות מודו למהר"ם ליותר משלשה שנים דאינו יכול ולא כתבו כן אלא להשכיר עצמו לפחות משלשה שנים ואפילו שיהיו חולקים על מהר"ם מ"מ יש למצוא פתח היתר לשבועה דהיה בטעות דאולי אם היה יודע הדין לא היה מכניס עצמו בפלוגתא דרבוותא ולהשכיר עצמו ביותר משלשה שנים דהוא קרוב ליגע באיסור של תורה לדעת מהר"ם ומ"מ אין היתר זה ברור אצלי לענין השבועה החמורה על דעת רבים ומירא הוראה אני ועוד דמהר"ם לא כתב דהוי כעבד אלא כשהוא בקבע עמו וסמוך על שלחנו אבל נ"ד נראה דלא הוי הכי אלא שנתחייב לשרת בחנות לבד ואולי אינו סמוך על שלחנו ולא דמי ממש לעבד ומ"מ אני אומר כיון דיש קצת סיוע לפטור לראובן מהא דמהר"ם והוא דחוק למזונותיו כמו שבא בשאלה ראוי לפשר ולהרבות שכרו של ראובן באופן ממוצע וראוי והגון בעיני אלהים ואדם הנלע"ד. הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

מן התשובה יובן ענין השאלה:

שאלה פב

תשובה הן כל ראתה עיני טענות הדיינין שחייבו לרבי שבתי מארטו יצ"ו וטענותיו כאשר באו בשאלה ערוכה בכל ושמורה ובעיני צדקו יחדיו דברי ה"ר שבתי וזכאי בדינו הוא דמה שכתוב בקומפרומיסו וידונו הפרשותיהם אם יפול ביניהם שום הפרש ר"ל הפרש מחדש אבל ההפרש הקדום שכבר נגזר מסי רבני גאוני עירנו וכו' ודאי דלא נכנס בלשון השטר ברורים ואע"פ שלא עמד בדין על ההפרש ההוא ה"ר שבתי עם בני שמעון אלא עם ראובן השותף האחר כמבואר בשאלה לא מפני כן נאמר שהפרש זה נכנס בכלל כיון שלא עמד בדין עמהם על כך ולא נגמר כבר הדין ביניהם דכיון דעמד בדין עם השותף וינא חייב על פי חכמי רבני שאלוניקי נר"ו נשארו הם חייבים מאליהם דכבר שלחו טענותיהם וראיותיהם בני שמעון פה שאלוניקי וזכורני כי כל רבני עירנו חלקו ואני יחיד ועני כמתאבק בעפר רגליהם הסכמתי עמהם וא"כ ודאי דהוי כאלו עמד בדין ה"ר שבתי עמהם וכבר נגמר הדין ונשלם ההפרש ההוא וא"כ ודאי שלא קבלו דיינים עליהם לגזור מה שכבר נגזר שאין זה הפרש ועוד שלשון יפול משמע הפרש מחדש והפרש זה כבר עומד הוא ואע"פ שכתוב אח"כ וקבלו עליהם שכל אשר יעשו הברורים הנז' כפי שיראה ביניהם יהיה עשוי ומקוים וכו' לא קאי אלא אהפרשי' חדשים כמו שכתוב ראשונה אבל לא על הפרש קדום והגם כי מהר"י קולין בשרש י' כתב על פטור שכתוב הריני מרוצה מאשתי הנז' ממה שהייתי תובע ממנה הן שתלך עמי וכו' ומכל תביעות וערעורים וכו' דבא לרבות תביעות אחרות ממה שהזכיר קודם דהיינו תביעות הגוף היינו משום דהוי לישנא יתירא כדקאמר התם בודאי שבא לרבות תביעות שאינם נזכרות ראשונה אבל הכא אין כאן לשון מיותר דכותב באחרונה שכל מה שיעשו ביניהם בענין ההפרשים הנז' כפי ראות עיניהם הוא מקובל עליהם והוי מילתא דצריך ואדרבה מדברי מהר"י קולין ז"ל ראיה דטעמא משום דהוי לישנא יתירא אבל לשון הצריך ואינו מיותר ודאי דנפרש דקאי אדלעיל ודברים אלו הם פשוטים בעיני:

ומה שטענות הדיינים שבפניהם טענו הכתות ההפרש הקדום וע"ז קבלום עליהם ועל זה גזרו פשיטא דאינם נאמנים דכיון שהם קרובים הם פסולים לעדות ואם קבלה ה"ר שבתי עליו לא קבלם אלא לדיינים ולא לעדים דטעמא דב' דיינים נאמנים לומר לזה זכינו ולזה חייבנו וכדכתב הטור בח"מ סי' כ"ג לא הוי משום דקבלום עליהם לדיינים אלא משום דלא גרעי מעדים דעלמא וכן כתב הריב"ש בהדיא בסימן ח' תדע לך דהרא"ש ז"ל בתשובה כלל נ"ו נתן טעם לומר דהדיינים נאמנים יותר מהעדים המכחישי' אותם משום דהדיינים דייקי טפי ואם איתא דכשמקבל דיינים כאלו מקבל אותם ג"כ לעדים

אמאי לא יהיב טעמא הרא"ש בנאמנות הדיינים יותר מהעדים מפני שהם קבלום על עצמם לדיינים ועדים וכיון דהוא האמינם א"כ ראוי שיאמינו דבריהם יותר מהעדים המכחישים אותם אלא ודאי פשיטא ופשיטא דהוא לא קבלם על עצמו אלא לדיינים וטעם נאמנותם הוא משום דלא גרעי מעדים דעלמא וכדכתב הריב"ש א"כ בנ"ד שהם קרובים וגרעי מעדים דעלמא אינם נאמנים אחר שיצאו הבעלי דינים מלפניהם לומר לזה זכינו ולזה חייבנו והוא הדין והוא הטעם בנ"ד שאינם נאמנים לומר דקבלום עליהם על ההפרש הקדום ומה גם כי שטר הברורים מכחישם כדכתיבנא:

ועוד היה נראה טעם אחר מהא דכתב הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג סימן קי"ט דא' מגדולים אמר דהא דנאמנים הפשרנים היינו דוקא על הפשרה לומר כך וכך גזרנו ופסקנו אבל לומר דנטלו קנין לא מהימני דחשיבי נוגעים בעדות כי היכי דלא לימרו דדייני דשפילי נינהו שלא ידעו שפשרה צריכה קנין ומשום הכי קאמרי דנטלו קנין ע"כ ה"ה בנ"ד דיאמרו להם דייני דשפילי דייני הכי דגוזרי' במה שלא קבלום דהיינו הפרש קדום בלא נז' בשטר הברורין ואדרבא בשטר הברורין נראה בהפך ולכך הם אומרים שקבלום לכך וחשיבי נוגעים ואע"פ דשם כתב הרב ז"ל דרבים חלקו על גדול הדור ההוא מ"מ אכשר דהכא מודו משום דשם נתן הרב טעם לטעות ההוא כדי שלא יחשב נגיעה בדבר מה שאין כן בנ"ד דנראה טעות מפורסם ולכך חשיבי נוגעים ומ"מ יש להשיב על זה ואינו מספיק אבל מטעמא קמא הדברים פשוטים בעיני בלי שום ספק דאין הדיינים הקרובים נאמנים. אבל מה שבא בשאלה לזכות את ר' שבתי משום דהדיינים טועים בדבר משנה יכל כמה שלא הוציא רבי שבתי הממון חוזר יש לחלוק ולומר דלא מיקרי הא דבר משנה דזכורני דחכם חשוב היה מזכה ליתומים והיה מביא ראיות לדבריו ומורי ורבי זלה"ה בעת ההיא היה מראה לו פנים והיה אומר דרגלים לדבר אע"פ שכפי האמת הסכימו לחייב ליתומים מ"מ לא מקרי הא טועה בדבר משנה דאין זה דבר מפורסם ויש פנים לכאן ולכאן אלא שעדיין יש מקום לזכותו מהא דכתב הטור בסימן כ"ה בסופו בשם הרמ"ה דכל טועה בין בדבר משנה בין בשקול הדעת כל כמה דלא זכי תובע בממונו הדר והביא ראיה מעובדא דרבי ישמעאל בר יוסי דמה שלא פרע לא הוציא ממנו אע"פ שכבר דן רבי ישמעאל בר יוסי:

איברא דכתב הטור דנראה דאביו פליג על זה מדכתב דההיא עובדא לא הוי טעות בשקול הדעת משמע דאי הוה טעות בשקול הדעת היה מוציא ממנו ונ"ל דאין זה מוכרח דמה שפי' הרא"ש כן ההיא עובדא הוא משום דלישנא דכבר הורה זקן משמע הכי וכן כ' רש"י כבר הורה זקן וכו' ולא אחלוק על מה שעשה משמע דהדבר לא היה ברור כל כך

ורבותא אשמועינן הרא"ש דאע"פ דלא היה טועה רבי ישמעאל בשקול הדעת והיה לנו לומר דכיון דכבר הורה יוציא ממנו מה שלא פרע כיון דאין כאן טעות בשקול הדעת קמ"ל דלא הוציא ממנו יכל שכן אם היה טעות בשקול הדעת שהיה טועה רבי ישמעאל שלא היה מוציא ממנו מה שלא פרע ואפשר שמפני זה כתב הטור שנראה מדבריו כן כלומר שאינו מוכרת והרי"ף ז"ל כתב לשון זה אבל ליכא למידק מיניה מאי דדייק הטור מדברי אביו ז"ל דהרי"ף ז"ל כתב וז"ל ואלו שקול הדעת דאיפליגו ביה רבי ישמעאל בר יוסי ורבי חייה ליכא ראיה לרבי חייא לברורי טעותא לרבי ישמעאל הילכך ליכא כח לאהדורי לעובדא דידיה ומשום הכי קאמר כבר הורה זקן הילכך ליכא למיגמר מהא רעשה למי שטעה בשקול הדעת שאינו חוזר עד כאן. אבל הרא"ש ז"ל דסובר דטועה בשקול הדעת אינו חוזר אי אפשר דהוצרך לומר בההיא עובדא שלא היה טועה בשקול הדעת מהטעם שכתב הרי"ף ז"ל אלא ללמדנו נגד דינו של הרמ"ה וכמו שכתב הרב ב"י ז"ל ובין שיהא מוכרח בדברי הרא"ש ז"ל שיחלוק על הרמ"ה ז"ל או לא יחלוק יוכל לומר רבי שבתי המוחזק קים לי כהרמ"ה ז"ל דטועה בשקול הדעת כל כמה דלא נפיק ממונא מידי נתבע אין מוציאין ממנו מכאן היה ראוי ללמד זכות לרבי שבתי אבל אין זה מספיק בעיני כיון שכתוב בשטר הברורים וקבלו עליהם שכל אשר יעשו הברורים כפי אשר יראה בעיניהם יהיה עשוי וכו' משמע דקבלום עליהם בין לדין בין לטעות וא"כ ודאי דמה שעשו עשוי אם טעו בשקול הדעת ומהר"י ן' לב ז"ל בח"ג שאלה ל"ב נסתפק היכא דקבלוה בין לדין בין לטעות אי מהני אפי' להיכא שטועה בדבר משנה א"כ ודאי נאמר בנ"ד דאע"פ שהזכיר בתחלה דין ר"ל דין כפי ראות עיניהם ואע"פ שטעו מהני דהוי כקבלום בין לדין בין לטעות וכמ"ש שם מהריב"ל ז"ל במי שקבל עליו דיין שיורה כפי מה שיורוהו מן השמים יע"ש או נאמר דהכוונה לומר דין או פשרה ובתחלה הזכירו דין ואח"כ אמרו שאפי' שלא יהיה דין אלא פשרה כפי ראות עיניהם שיקבלו עליהם ובזה נקיים שתי לשונות השטר שלא יסתרו אהדדי וא"כ כיון שעשו פשרה כפי ראות עיניהם אין מקום לזכות לרבי שבתי אבל מטעמא קמא זכאי הוא בעיני:

פליאה דעת ממני מהחכם השלם אשר שמענו את שמעו הודו והדרו וחזקה אין דבר בלתי מתוקן יוציא מתחת ידו והן היום הראנו דברים מתמיהים וכל העם רואים כי דין אשר כבר נגזר ונגמר והוא אמר זה כמה ימים ושנים באמת ובאמונה בשפה ברורה חזר בו חזרה גמורה זו רעה חולה:

נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פג

שאלה שלשה דייני החזקות הממונים ביד ושם מארבע קהלות שבעיר שחתמו גזרה א' על הפרש שנפל בין ראובן ושמעון על אודות מעבר א' וכן כתוב בגזרה וקבלו עליהם ראובן ושמעון לסדר טענותיהם לפנינו ולהעלותם על ספר על ידי סופר העיר ואנחנו נגיש לפני החכם ה"ר פלוני וכל אשר יגזור החכם הנזכר ביניהם שהוא דין תורה לפי ראות עיניו על המעבר הנז' אחרי גזרתו ותורתו לא ישנו כלל ועיקר כמפורש בארוכה בגזר' הנ"ל ובסופה כתוב אחר כל אלה הדברים סדרו טענותיהם הב' צדדים הנ"ל לפנינו ע"י סופר העיר והגשנו לפני החכם הנ"ל וגזר אומר על מה שיברר בעדים ראובן על המעבר הנ"ל וקבלנו העדויות מהעדים שהביא ראובן על המעבר הנז' והראינו להחכם הנ"ל וגזר אומר החכם הנ"ל על פי העדויות הנ"ל שהדין עם ראובן וקם המעבר להשתמש בו ראובן כנז' שם ועתה החכם הנ"ל מכחיש לדיינים באמור להם כי הוא לא אמר להם כדברים האלה כי אמת הוא שראה העדויות ע"י א' מהם שהראה לו ובלבו שמר את הדבר ולא ענה לו הדין עם מי והדיינים משיבים לו ששלשתם לא הלכו אליו כמו שאמר הוא וכן הוא מנהגם לשלוח א' מהם ופיו כפיהם כאלו הלכו שלשתם ועפ"י הדברים האלה כתבו מה שכתבו עתה יורנו מורנו אם נאמנים הדיינים לומר כן ולהכחיש מה שחתום בחתימתם שהם הלכו ומפיו כתבו כנ"ל ועל כן נאמן החכם והגזרה בטלה ודין עדיין לא נפסק או נימא כיון שחתמו שוב חינם נאמנים להכחיש מה שחתמו ועל כיוצא בזה נאמר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כיון שהגזרה אינה תחת ידי הדיינים שיש כמה ימים שהיא תחת יד ראובן נמצא החכם מכחיש לא' לפי דבריו ושלשתם מכחישין לו והגזרה שרירא וקיימת והדת נתנה ולאו כל כמיניה של החכם להכחיש לשלשתם כיון שאינם יכולים לחזור ולהגיד יבא דברו וה' יכפול שכרו:

תשובה לכאורה נראה דאין כאן שאלה דודאי כיון שכתוב בגזרה וקבלנו העדויות מהעדים והראינום לחכם וגזר אומר החכם הנז' על פי העדויות הנ"ל שהדין עם ראובן ודאי דהם מעידים ששלשתם יחד הראוהו לחכם והחכם גזר שהדין עם ראובן ולאו כל כמיניה של חכם להכחיש לג' דיינים וגם הם אינם יכולים לחזור ולהגיד ולומר שא' מהם הראהו לחכם דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ואחר שנחקר העד בב"ד אינו יכול לחזור ולהגיד וא"כ אם כתב ידי הדיינים יוצא ממקום אחר ויכולה להתקיים חתימתם ודאי דלאו כל כמינייהו לחזור ולהגיד ולומר א' מהם הראהו לחכם ולא שלשתנו אבל אם אין כתב ידם יוצא ממק"א נאמנים וכ"ז מבואר בכתובות פ' האשה שנתארמלה ומפורש בכל ספרי הפוסקי': אבל מ"מ יש לחקור אם גזרת הדיינים

הוי כמו שטר כדי שנאמר הוי כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואינם יכולים לחזור ולהגיד דהא חזינן פלוגתא דרבוותא בפסק דין אם יש לו כח שטר ויוכל לומר הנתבע פרעתי או לא ולכאורה נראה דהא בהא תליא והטור כתב בסימן ט"ל בשם אבי העזרי שנאמן לומר פרעתי וכן כתב הרמב"ם ז"ל והרב מהר"ר לוי ן' חביב בפסקיו סימן ק"ט האריך בענין זה הרבה ושם כתב לשון ראבי"ה העתיקו מקונטריס א' ת"ל פסק ראבי"ה אם יש לאדם פסק דין על חברו נאמן לומר פרעתי שמה שכותבין ב"ד פסק דין זהו בדי שלא ישכחו פסק דינם ע"כ ולפי זה הטעם נראה לכאורה דאין לו דין שטר לומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא כפנקס בעלמא כמי שכותב על פנקסו למזכרת:

איברא דהטור בסי' ע"ט בהלכו' טוען סתם דלא כראבי"ה והרמב"ם שכתב שם מי שנתחייב בב"ד וכו' דשמא פרעו ויבא לגבות ממנו פעם שנית בפסק דין שכתבו לו ע"כ. ויש לי גמגום בדבריו דכאן בסימן ט"ל סתם כראבי"ה והרמב"ם ולא הביא חולק ושם סתם דלא כוותייהו מ"מ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הוה מצי למימר לכאורה דאוקי ארעא בחזקת מריה ולא תועיל לראובן החזקה אבל כד מעיינינן שפיר לאו מילתא היא דכיון דנעשה גזרה זו בצוואת בעל הדבר ומסר ביד בעל הדבר כ"ע מודו דיש לו כח שטר לענין דאינו יכול לחזור ולהגיד דכן כתב הריב"ש בסימן קכ"א וז"ל ועוד יש לומר בנ"ד דלא חתם בצוואת בעל הדבר וגם לא מסר השטר בידו הו"ל מפיהם ולא מפי כתבם משמע דאי סתם בצוואת בעל הדבר ומסר לידו סגי ועל מה שנתן טעם ראבי"ה שלא ישכחו פסק דינם כבר הקשה שם הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל דא"כ היה די שיניחוהו בידם ולא יתננהו ביד התובע ובמרדכי שלנו שהביא סברת ראבי"ה כתב הטעם מפני שאין הדיין נאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי במקום שאין בעלי דינים עומדין לפניו ומשמע פשוט לפי טעם זה דדין שטר יש לו והוי כהגדה בב"ד ולא פליג ראבי"ה אלא לענין אי מצי למימר פרעתי או לא דכשפרע אפשר שלא חש ליטול מידו כדכתב שם אבל לענין הגדה בב"ד הגדה גמורה היא ואפושי במחלוק' בין ראבי"ה ובין שאר הפוסקים דסוברים דדין שטר גמור יש לו ואינו נאמן לומר פרעתי לא מפשינן:

סוף דבר דבהא סלקינן ובהא נחתינן דהדייני' כיון שחתמו שהראוהו לחכם וגזר אומר החכם לאו כל כמיניהו לחזור ולומר חד ממנו לבד הראהו דכיון שהגידו שוב אינם חוזרים ומגידים והדיין לאו כל כמיניה להכחישם וזכה ראובן בדינו הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פד

שאלה ראובן תבע לשמעון בדין וקבלו עליהם שני דיינים בקומפרומיסו בסגנון כזה שידונו אותם בדין או קרוב לדין כפי ראות עיניהם והדיין הא' חייב את שמעון והדיין האחר פטרו היות שלא היה לראובן שום ראיה שבעולם והוכרחו הדיינים לשים מכריע בין שניהם והדיין המחייב והמכריע חייבו לשמעון שיפרע כל כך מעות עתה שואלים אם הדין בטעות ושלא כדין חייבוהו לשמעון מי ישלם המעות שפרע יורנו מורנו ומשכורתו כפול מן שמיא אנס"ו: תשובה בהא מילתא דטעותא דדינא איכא פלוגת' דרבוותא טובא בטוע' בדבר משנה דקי"ל דחוזר איכא פלוגתא היכא דאי אפשר לו לבעל דין להחזיר כנראה מדברי הטור בח"מ סי' כ"ה דג' סברות בדבר. הא' היא סברת הרמב"ם והרשב"א ז"ל שמסכים לדעתו דבין נשא ונתן ביד בין לא נשא ונתן ביד פטור הדיין. הב' סברת הרא"ש מן הקצה אל הקצה דבכל ענין חייב הדיין ואפילו מומחין ואפי' לא נשאו ונתנו ביד. הג' סברת הרמ"ה היא סברא ממוצעת דהיכא דלא נשא ונתן ביד פטור ואם נשא ונתן ביד אם הוא מומחה וגמיר וסביר וקבלוהו עלייהו פטור. וקשיא לי לסברת הרמ"ה א"כ אמאי דחיק תלמידא בפרק אחד דיני ממונות לשנויי עובדא דרבי טרפון כי היכי דלא תיקשי לרב ששת דאמר טעה בדבר משנה חוזר ואמרו שם חדא ועוד קאמר חדא דטועה בדבר משנה אתה וטועה בדבר משנה חוזר ועור אי נמי בשקול הדעת טעית מומחה לרבים וכו' לוקמא עובדא דרבי טרפון שנשא ונתן ביד וכן משמע לשון והאכילה לכלבים ומפני כך הוצרך לפטורו רבי עקיבא מפני שהוא מומחה דאם לא היה מומחה כיון דאי אפשר לחזור שכבר האכילו הפרה היה חייב לשלם אע"ג דטעה בדבר משנה לסברת הרמ"ה אבל השתא דהוא מומחה וקבלוהו פטור אע"ג דנשא ונתן ביד לדעתו ז"ל וליכא למימר דעובדא דרבי טרפון לא איירי בקבלוהו דא"כ אמאי פטרו משום מומחה כשטעה בשקול הדעת הא לפי שיטת הרא"ש חייב בכל גוונא אפילו לא נשא ונתן ביד המומחה היכא שלא קבלוהו וכמו שכתב הטור ומשמע דהרמ"ה לא פליג על שיטתו מדלא הביאו הטור לעיל לחלוק על הרב רבינו אשר ז"ל והזכירו למעלה בתוך דבריו שכתב וכתב הרמ"ה ודוקא שהיו סמוכין וכו' משמע דמודה על כל האמור וצ"ע. מ"מ למדנו שלשה סברות בענין ובטעותא בשקול הדעת פליגי דלהרי"ף והרמב"ם ז"ל דינא הוי הכי היכא דאיכא תרתי לטיבותא כגון שהוא מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא מריש גלותא פטור מלשלם ולכך חוזר הדין דהם סוברים דכל מקום דפטור לשלם חוזר הדין כי היכי דלא ליהוי פסידא לבעל דין והיכא דאיכא תרתי לריעותא שאינו מומחה ולא קבלוהו ולא נקיט רשותא מריש גלותא כתב הרי"ף דאין דינו דין הילכך אף ע"ג דלא

טעה ובעיא חד מנייהו למידן קמי דיינא דמומחה מצי הדר ביה ולית ליה להאיך לעכובי עילויה ע"כ ותמה על זה הרב מהריב"ל ז"ל בח"ג שאלה ל"ב דכיון דלא טעה הדיין מה תועלת יש לו כשידון לפני מומחה ותירץ דה"ק בין דידעינן טעה ובין דלא ידעינן אלא דמספקא לן ומ"מ לא נתיישב בזה שכתב ואי הכי מילתא דפשיטא היא ע"כ ולדעתי אין צורך לכל זה דכוונת הרי"ף היא כדברי הטור שכתב בסימן ג' ופחות מג' אין דיניהם דין והודאה שמודים בפניהם כמודה חוץ לב"ד ע"כ וזו היא כוונת הרי"ף ז"ל דאף ע"ג דלא טעה בדין כפי הטענות שנתן בפני מי שאינו מומחה מ"מ אם רצה לדון בפני מומחה ולשנות הטענות רשאי:

והיכא דאיכא חדא לטיבותא וחדא לריעותא כגון מומחה ולא קבלוהו ולא נקיט רשותא או שאינו מומחה וקבלוהו או נקיט רשותא אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי ומשלם מביתו ואם לא נשא ונתן ביד פטור וחוזר הדין דהיכא דפטור הדיין הדין חוזר לדעתם ז"ל: והרא"ש והטור יש להם דרך אחרת וסוברים דבתרתי לטיבותא מה שעשה עשוי ופטור מלשלם בין נשא ונתן ביד בין לא נשא ונתן ביד והיכא דאיכא חדא לטיבותא וחדא לריעותא מה שעשה עשוי וחייב לשלם מביתו והיכא דאיכא תרתי לריעותא אין דינו דין כמו שהוא לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל ומחלוקתם תלוי בסוגיא דפרק אחד דיני ממונות דהרי"ף פסק כרב חסדא והרא"ש דחה דבריו והדברים ארוכים שם בפסקיו יעו"ש וג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה והיכא דלא קבלום ולא נקיטו רשותא משלמי אם טעו והדין דין ואי גמר דינא בתרי מנייהו משלמים שני חלקים והג' פטור מחלקו וכל עה שכתבנו איירי בשקבלו סתם אבל קבלו בין לדין בין לטעות אז הוא פטור כשטעה בשקול הדעת וכן כ' שם הטור אבל רש"י כתב בפ"ק גבי מר זוטרא בריה דרב נחמן שאמרו שם אם קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים וז"ל אם קבלוך עלייהו לגמרי לילך אחריך אם לדין אם לטעות ולא יתבעוך לא תשלם ואי לא זיל שלים ואם לא קבלו טעותך עליהם דאמרו לך דיינת לן דין תורה זיל שלים ע"כ והתם ביחיד מומחה איירי ומ"מ כתב רש"י דבעי' שיקבלוהו בהדיא בין לדין בין לטעות כדי שיפטור משמע דאית ליה דאם קבלוהו סתם אינו פוטר ביחיד מומחה דלא כדברי הטור שסובר דבקבלה סתם פוטר ביחיד מומחה והוא מפרש כפירוש התוספות ואביו הרא"ש שהם מפרשים אם קבלו עליך סתמא לא תשלם וסוף דברי רש"י שכתב ואי לא קבלו עליך טעותך וכו' דאמרו לך דיינת לן דין תורה משמע בהפך דבריו הראשונים דהא סתמא הויא קבלה לפטור וכדברי הטור וכבר הקשה זה הרב מהריב"ל ז"ל כן בשאלה הנז' ורצה לומר דסיפא דוקא ולי נראה דרישא דלשון רש"י דוקא ומה שכתב בסוף שאמרו לך דיינת לן דין תורה הוא

להודיענו שלא כדברי המפרשים שסוברים שהיכא שאומר לו דיינת לן דין תורה אפילו שטעה בשקול הדעת חוזר הדין ואינו משלם דכיון דאמר בהדיא דין תורה הוי כאלו לא עשה כלום לכך כתב רש"י כן לומר דאפ"ה דינו דין ומשלם מביתו וזה מבואר בדברי הרב הנמוקי בריש סנהדרין שדקדק כן מדברי רש"י נגד שאר המפרשים אבל מ"מ קשה בדברי רש"י דבפרק הנז' דף ו' אוקמוה להההיא דדן את הדין בדקבלוהו עלייהו והקשו אי הכי אמאי משלם מביתו ותירצו דאמרו ליה דיינת לן דין תורה ע"כ וכיון דאוקימו רישא דאמר דיינת לן דין תורה סיפא דמתניתין דקאמרה ואם היה מומחה לרבים דפטור משמע דהוי אפילו דאמר דיינת לן דין תורה וא"כ איך כתב רש"י כאן דאפילו מר זוטרא שהוא מומחה אי אמרו לו שידון תורה שחייב וי"ל דרש"י יפרש מומחה לרבים דמתני' דפ' עד כמה דהוא גמיר וסביר ונקיט רשותא כי היכי דהוי פירושא דברייתא דפ' הנז' דקאמרה ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי ואי בעיא לן התם אי בעינן נמי דנקיט רשותא ולצד זה ודאי דמומחה לרבים ר"ל נקיט רשותא ואע"ג דצד זה אינו אמת דכבר פשטוה לבעיא דהוי אפי' דלא נקיט רשותא מ"מ מומחה לרבים דמתני' דפ' עד כמה דפטר לשלם פירש רש"י כן. ואחר אשר ביארנו כל זה נבוא לנדון דידן ונאמר אם הטעות ברד הוי בדבר משנה כגון בדבר המפורש בדברי הפוסקים המפורסמים דהיינו דבר משנה וכדכתב הטור בסימן כ"ה אז ודאי חוזר הדין ואם אי אפשר לחזור הדין כגון שזה שנטל הממון הלך לו או הוא אלם אי חשבינן להנהו תלתא כאלו קבלום עליהם דכיון דבררו לשנים מהם אע"פ שהבעלי דינים לא ביררו הג' מ"מ הא קי"ל כרבנן דאמרי בפרק זה בורר דלא בעינן דעת בעלי דינים אלא דעת דיינים לבד וכתוב בהגהות אשר"י בשם א"ז דאינם יכולי' לומר לדיינים אל תשאלו דיני בפני פלוני דאין הדבר תלוי בהם אלא בדיינים וא"כ הוי כאלו נתנו כח לדיינים שיבררו השלישי והוי כאלו הם ביררו השלשה אם נאמר כן ודאי דהם פטורים אפילו נשאו ונתנו ביד לדעת הרמ"ה דסובר דהיכא דטועה בדבר משנה היחיד מומחה אפילו נשא ונתן ביד אם קבלוהו עליהם פטור היכא דאי אפשר לו להחזיר הדין וכיון דהוא סובר כן ביחיד מומחה הוא הדין בשלשה הדיוטות דחד דינא להו: איברא דלדעת הרא"ש דאפי' ביחיד מומחה וקבלוהו היכא דטעה בדבר משנה ואי אפשר לו לחזור הדין ישלם ה"ה בשלשה הדיוטות ואפילו לא נשאו ונתנו ביד ולדבריו ישלמו המכריע והדיין הא' והשני שפטר לשמעון פטור ואפילו לדעת הרמ"ה היה אפשר לומר דנ"ד לא הוי בקבלו שלשה עליהם כיון דלא קבלו בפירוש ג"כ לשלישי וא"כ הוי כיחיד שקבלוהו עליהם שחייב היכא דטעה בדבר משנה ואי אפשר לו לחזור הדין לדעת הרמ"ה ז"ל ומ"מ אני אומר שפטורים הדיינים מפני שכתוב

בשאלה שקבלו עליהם כפי ראות עיניהם והוי כאלו קבלו בין לדין בין לטעות ודמי לנדון דשאלה ל"ב דמהר"י ן' לב ז"ל דקבלו לדיין כפי מה שיורוהו מן השמים וכתב שם הרב הנזכר דהוי כאלו קבלו בין לדין בין לטעות ונסתפק שם הרב היכא דטועה בדבר משנה אי מהני קבלה בין לדין בין לטעות וכיון שהוא ספק אין להוציא ממון מיד הדיינים על הספק. ועוד דהרי דהרשב"א והמאור ז"ל סבורים דאפילו שאינו מומחה ואפילו נשא ונתן ביד פטור בטועה בדבר משנה ואפילו היכא דאפשר לחזור הדין כגון שהבעל דין כאן ואינו אלם מ"מ אפשר דאינו חוזר כיון דהוי ספק אי מהני הקבלה כי הך דהוי בין לדין בין לטעות אפילו לטעות דבר משנה ואם לחשך אדם לומר דמה שכתוב כפי ראות עיניהם לא הוי אלא שיהא או דין או קרוב לדין כלומר שאם יראה בעיניהם לעשות דין יעשו ואם יראה בעיניהם לעשות קרוב לדין יעשו אבל מ"מ אם לא עשו אפילו קרוב לדין ודאי שישלמו לא היא דא"כ לימא דין או קרוב לדין לחוד למה הוצרך לומר כפי ראות עיניהם אלא לטפויי אתא שזה הדין יהיה כפי ראות עיניהם אע"פ שלא יהיה דין גמור אלא שיהיה נראה להם שהוא דין או קרוב לו סגי ואם כן כאלו קבלו עליהם בין לדין בין לטעות ופירוש זה מוכיח יותר כי היכי דלא להוי לישנא יתירא ואפילו יהיו הפירושים שקולים אין להוציא ממון על הספק ואם הטעות בשיקול הדעת אין לחייב לדיינים ג"כ אי מטעמא דלשון כפי ראות עיניהם כדכתיבנא דהוי משמע קבלה בין לדין בין לטעות אי משום דחשבינן כאלו קבלו השלשה וכדכתיבנא והיכא דקבלו השלשה וטעו בשקול הדעת פטורים וכדכתבו הרא"ש והטור ועוד אפילו לא להוי נדון דידן אלא דיינים שאינם מומחין שקבלו עליהם הא לדעת הרי"ף והרמב"ם אם לא נשא ונתן ביד הם פטורים ואם נדון דידן לא נשאו ונתנו ביד הם פטורים לדעתם. לכן אני אומר דעל כל פנים הדיינים פטורים דאין לחייב על הספק אלא בראיה ברורה וכבר הראיתי פנים וטעמים נכונים לפוטרם לע"ד:

הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פה

שאלה ראובן ושמעון שכנים דרים בחצר אחד ונפלו ביניהם הפרשי' על שטח החצר המשותף ביניהם ולקחו ביניהם דיינים ועשו שטר בירורים וזה לשונו בהיות שנפלו דברי ריבות בין ראובן ושמעון על ענין שטח החצר אשר בין שני החזקות אשר הם דרים ששמעון יש לו גן בשטח החצר ורצה ראובן לעשות בית אחד בשטח החצר אשר אמר שהוא שלו ושמעון מחה בידו וכדי להשקיט המריבה נתרצו ויאתו שני הכתות ובירורו

לפשרנים לפלוני ופלוני בקנין גמור ואחורי שטר הבירורי' כתבו בשם הפשרנים ב' עדים איך הפשרנים גזרו על הכתב שאחורי הדף על ענין השטח שבין שני הכתות שאם ירצה ראובן לעשות בשטח הנזכר גן אחד הרשות בידו וגם גזרו על ראובן שיעשה שוחה בקרן זוית וכו' גם גזרו שלא ישים שום חבית בשטח וכו' גם גזרו על ראובן שלא ישליך בשטח הנזכר וכו' יורנו מורנו אם יש כח ביד הפשרנים לגזור כל הגזרות הנזכרים על שטר הבירורים שנראה שנדרשו לגזור גזרות שלא שאלו ראובן ושמעון מהם בשטר הבירורים או לא וכל מה שגזרו ללא שאלו שני האנשים אשר להם הריב לאפס ותוהו יחשב או לא ושכר האדון כפול מן השמים:

תשובה נראה ודאי דכל אלו הגזרות שגזרו הדיינים הם מילי דכדי דאין כח בידם על כך דאין כתוב בשטר הבירורים אלא שהמחלוקת היה בענין הבית שהיה רוצה ראובן לעשות ושמעון מוחה בו ואם כן לא היה כח בידם לגזור אלא בענין עשיית הבית אם יעשה אותו ראובן או לא אבל מי נתן להם כח לגזור בענין שיעשה ראובן שוחה בקרן זוית וכו', וכל שאר העניינים הנמשכים נדרשו ללא שאלו וכיוצא בזה ראיתי בפסקי הרב הגדול מורי ורבי ז"ל ח"ב סימן מ"ה ובפסקי מהר"י אדרבי סימן קנ"ה על ענין מחלוקת שהיה לחנה עם היורשים ע"ד בתים שמכרה חנה משלהם וקבלו עליהם דיינים ועשו שטר בירורים והבירורים גזרו דברים יוצאים מכוונת ענין מכירת הבתים ופסקו הרבנים הנז' דאין כח בידם והביאו ראיה מההיא דנדרים דאזלינן בתר כוונת הנודר כדאמרינן בפרק הנודר מן הירק גבי קונם צמר ופשתים עולה עלי וכו', וכן בפרק קונם יין גבי היו מסרבים לשאת בת אחותו ואמר קונם שהיא נהנית לי וכו' הרי אלו מותרות ליהנות לו שלא נתכוון וכו' וכתב הרב מורי ז"ל דיש ללמוד משם לנדון דידן שכל משאם ומתנם של בעלי דינים לא היה אלא על הבתים אפי' היו נשבעים והיו מוציאים בפיהם דברים כל שומעם היה מבין שהן דברים כוללים היינו יכולים לדון ולומר שלא היה הכוונה רק על אותו דבר שהיו מריבים וכו' ע"כ וכיוצא בזה כתב מהר"י אדרבי ז"ל:

איברא דקשיא לי עלייהו מההיא דכתב הריב"ש ז"ל בסי' קצ"ה וז"ל ועוד דכל הני הוו כנדרים שנודר אדם בינו לבין עצמו והולכים אחר כוונתו משום דבעינן פיו ולבו שוין אבל במי שנותן מתנה לחברו כל שלשון המתנה כולל הולכים אחריו ואין הולכים בזה בתר אומדנא אלא א"כ הוא אומדנא דמוכח עד כאן א"כ משמע דאין לדמות נדרים לדברים אחרים ואפשר דבנ"ד אם הלשון היה מובן על עניינים כוללים דאזלינן בתריה דשאני נדרים דבעינן פיו ולבו שוים ומ"מ בנ"ד ודאי דאין הלשון מובן כולל בכל העניינים דאין כתוב בשטר הברורים אלא שמה שיגזרו הפשרני' הנז' על הב' כתות יהיה מרוצה

ומקובל ואפשר כמה שיגזרו דקאמר היינו על ענין הנ"ל דהיינו מחלוקת הבית אם יבנה אותה ראובן או לא וזהו ודאי פשט מובן הדברים דאדלעיל מיניה קאי ואפי' שתאמר דאיכא לפרושי דבכל ההפרשי' קאמר אפי' שלא יהיה מענין מחלוקת הבית יד בעל השטר על התחתונה ונפרש דלא קאמר אלא לענין מחלוקת בנין הבית כ"ש שפשט הדברים כך הוא כדכתיבנא וא"כ מה שגזרו הדיינים שלא מענין מחלוקת בנין הבית הכל בטל דמי נתן כח בידם לגזור בענין השוחה ובשאר הדברים הנמשכים למטה הנר' לע"ד: הקטון אברהם בכמ"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פו

שאלה ראובן שמעון ולוי אחים וראובן היה במ"ה והיה חייב שם ליהודה סך מעו' וגם לב"ח אחרות ומפני אימת הנוגשי' הסתיר פניו שם במ"ה ואחר זה מסר ראובן זה ביד יהודה הנז' קצת פקדונו' שישלחם בשמו לעיר אחרת לפ' קרוב יהודה הנז' וכן עשה יהודה הנז' ושלחם ביד קרובו הנז' ועוד מסר ראובן הנז' פקדונו' אחרות ביד יהודה הנז' שיביא' לאחיו שמעון ולוי הנז' והנה יהודה כשבא למקום אשר שמה שמעון ולוי הנז' לא נתן להם הפקדון שהביא אלא אדרבה שאל משמעון ולוי הנז' שיפרעו לו החוב שהיה חייב להם אחיהם ורבו כמו רבו טענות ודברי ריבות ביניהם עד שהזכרתו לברור ביניהם דיינים וביררו' כדת וכהלכה וגזרו הדיינים על האחי' הנז' שמהחוב אשר היה חייב ראובן ליהודה יתחייבו הם בשטר כתוב וחתום ליהודה הנז' לפרוע בזמנים מחולפי' ועוד גזרו וז"ל הגזרה ועוד גזרנו על יהודה למסור הפקדונות ביד האחי' ועוד ארגז א' עם נכסים בתוכה הכתובים במזכרת שהוא ביד קרוב ה"ר יהודה גזרנו על יהודה שיחוייב לשלוח בעדה ולתתה ולמוסרה ביד האחים מבלי שיחסר שום דבר מכל הנכסים שבתוכה ע"כ אחר כל זה נתחייבו האחים הנז' ליהודה בשטר כתוב וחתום בגזר' הדיינים אשר גזרו עליהם וכשבאו לתבוע הפקדון מיד יהודה אשר היה ביד קרובו קודם גזרת הדיינים ענה יהודה שנשרף שם בשרפ' העיר אשר היה שם קרובו ושמעון ולוי הנז' טוענים שאף שהאמת אתו שנשרף כמו שהם אומ' א"כ פטורים הם מחיוב השטר שנתחייבו שהרי גזר' הדיינים היתה בתנאי שיחזור יהודה הנז' הפקדון אשר היה ביד קרובו שלם בלי שום חסור וגרעון ולפיכך נתחייבו שאמ' שבין רב למעט היו שוים הפקדונות קרוב לחוב שהיו מתחייבים האחים הנז' ליהודה הנז' והדיינים כמו כן הם אומרים שע"ד כן גזרו וכיון שבאותה שעה לא היה פקדון בעולם א"כ אין כאן שום חיוב עליהם ושטרא דקיימא עלייהו כמאן דליתיה דמי עתה יורנו מורנו גאוננו הדין עם מי ושכרו הרבה מאד: תשובה

איברא דמלשון הגזרה לחוד היה מקום ללמד זכות על יהודה דלא גזרו עליו הדיינים אלא שיחוייב לשלוח בעד הארגז אשר ביד קרובו ואחר שישלחנה קרובו אליו יתנה לשמעון ולוי אבל לא גזרו עליו שיתן הארגז על כל פנים ואין החיוב על מסירת הארגז שא"כ היה להם לומר שהם גוזרים על יהודה שיתן הארגז על כל פנים לשמעון ולוי וכיון שלא אמרו אלא לשלוח נראה דאין כוונתם אלא שישתדל בכל עז ושישלח שלוחים להביאה ויטפל עצמו בהבאתה וכיון ששלח ונטפל בהבאתה ונמצא שנאבד הארגז א"כ לא פשע יהודה כלום ונמצא שקיים מה שגזרו עליו זה היה אפשר ללמד עליו זכות:

אבל כיון שהדיינים הם מבררים דבריהם ואומרים שכוונתם היה שיביא יהודה הארגז על כל פנים ויתנה לשמעון ולוי ושבתמורת הארגז שיביא גזרו על שמעון ולוי שיחייבו ליהודה ודאי שהם נאמנים בכך דכבר כתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"ג סימן קי"ו דכשהם ב' דיינים נאמנים לפרש לשון הגזרה היכא שנפל ספק בפירוש' והכריח דאפי' בדבר דלא הוי שודא דדייני נאמנים ב' דיינים בכך מלשון הטור בח"מ סימן כ"ג:

ועוד יש לי ראיה לדבריו מתשו' הרא"ש כלל ו' סי' י"ד על ענין ר' מנחם שעמד בדין עם קהל ולדוליר לפני דיינים והם חקרו ודרשו כי מכרוהו לקהל קאריאון ואינו חייב לפרוע מס לקהל ולדוליר כתב שנאמני' הדיינים להעיד על כך ומשמע ודאי דהא לא הוי שודא דדייני ומ"מ נאמנים וכן נר' מתשובת הריב"ש סימן ש' עוד כתב שם הרב הנז' דנאמנים הדיינים לפרש לשון הגזרה אם הפי' שקולים ואפילו שלא יהיו שקולים לגמרי אלא דתרווייהו מתיישבים אלא דחד מינייהו מרווח יותר מצי הדיינים לומר לכך נתכוונו ואי לאו דמסתפינא לחלוק על הרב ז"ל אמינא מילתא חדתא ממאי דאמר הוא ז"ל דכתב איברא דאם לא היו פירושים שקולים אלא דחד הוי משמעות דחוק וחד משמעות מרווח אפשר שלא היה להם כח לפרש דבריהם במשמעות דחוק אחר שכתבו הגזרה וחתמוה ומסרוה בידם עד כאן. ואני אומר דאפילו בכך נאמנים דהרי כתב הר"ן ז"ל כתבו הרב ב"י ז"ל בסי' כ"ט דהיכא דהדברים סתומים וסובלים ביאור אחד משני עניינים א' משמעות רחוק וא' משמעות קרוב יכולים העדים אחר שהגידו בב"ד לחזור ולפרש עדותם אפילו במשמעות הרחוק וא"כ לא תהא חתימת הדיינים בגזרה גדולה מחקירתם בב"ד וכיון שאחר שנחקר' יכולים לפרש אפילו במשמעות רחוק א"כ אחר חתימתן יכולים ודאי לפרש כן:

ואין לומר דשאני דיינים מעדים דאדרבה עדיפי דהם נאמנים יותר מעדים וכדכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל נ"ז סימן ח' דיותר הם זכורים ויודעים אמיתת הפסק דין מן העדים ונאמנים יותר מהם משום דדייקי שפיר בדברי הבעלי דינים וא"כ ודאי שהדיינים

נאמנים לפרש לשון הגזרה אפילו במשמעות רחוק וכל זה שאמרנו הוא אפילו להוציא ממון וכמו שנראה מתשובת הרב מהר"י ן' לב ז"ל יעו"ש וגם הר"ן ז"ל דסתם דבריו דנאמנים העדים על כך משמע אפילו להוציא ממון כל שכן בנ"ד דהוי להחזיק ממון דנאמנים הדיינים לפרש דבריהם ולומר דגזרו על תנאי כך ופירוש דבריהם כבר הוא מיושב דלשון הגזרה דהחיוב שהם מחייבים ליהודה הוא לתת הארגז על כל פנים ופירוש זה אינו פירוש רחוק אלא קרוב ושקול עם הפירו' האחר שכתבתי בראשונה ואפי' שלא יהא שקול כל כך כבר ביארתי שהם שהם נאמנים על כך אפילו לפי מה שכתב הרב מהריב"ל ז"ל דאפי' שלא יהא שקולים לגמרי נאמנים כ"ש אם נאמר שאפי' שיהא משמעות רחוק הם נאמנים כמו שהוכחתי:

לכך אני אומר בנ"ד דנאמנים הדיינים לומר שעל תנאי כך גזרו וכוונתם היה כך וכיון שיש ראיה ברורה שלא נעשה שטר אלא מחמת גזרת הדיינים שגזרו על שמעון ולוי בהבטל הגזרה ודאי דתבטל השטר דקנין בטעות הוא הנלע"ד כתבתי: הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פז

שאלה ראובן ושמעון נפלו ביניהם הפרשים ודברי ריבות על משא ומתן שהיה ביניהם ובירורו ללוי לדון ביניהם ועשו קומפרומיסו בקנין ושבועה שכל מה שיגזור לוי הדיין כפי ראות עיניו שיקבלו עליהם כאלו יהיה נגמר ע"פ ב"ד הגדול שבירושלם תוב"ב ולוי הנזכר בלי שמוע טענות ראובן ושמעון גזר עליהם מה שגזר ושמעון הוציא הגזרה נגד ראובן ואמר לו הנה הגזרה שלוי הדיין שלנו גזר קיים גזרתו כפי הקומפרומיסו וראובן טוען האיך אקיים את גזרתו שהוא לא שמע טענותינו שמעולם לא עמדנו לפני לוי הדיין שישמע טענותינו ואיך יוכל לדון בלתי שמוע טענותינו והלך ראובן וצעק לפני לוי הדיין ואמר לו איך דנת וגזרת על מה שלא שמעת טענותינו והשיב לוי לראובן מה תצעק אלי כבר ידעתי כל מה שאתה יכול לטעון נם מה שיכול לטעון שמעון והשיב ראובן ללוי האיך אתה יכול לידע מה שבלבי שאע"פ שאתה יודע כל עניינים שיש לנו עם כל זה אינך יכול לידע כל הפרטים שאנו יודעים שלב יודע מרת נפשו ועתה שואל ראובן אם יהיה מחוייב לשמור ולקיים גזרת לוי הואיל שגזר בלי שמוע טענותם של בעל הדין. עוד שאל ראובן שאם יאמר עכשו לוי הדיין שרוצה לחזור ולשמוע הטענות ולדון ביניהם אם יכול לכוף לראובן שיטעון הטענות לפני לוי מכח השבועה שיש לו או אם יכול לומר ראובן פסילנא ללוי לדיין הואיל ונזר בלי שמוע הטענות ועכשיו אף ע"פ שישמעם בכל

אופן ירצה לקיים סברתו וגזרתו שגזר על זה יורנו מורנו המורה לצדקה ושכרו כפול מן השמים אנס"ו:

תשובה נראה מדברי השאלה דשמעון מודה לראובן שלא שמע לוי הטענות כאשר גזר הגזרה ועל זה באה השאלה אם גזרתו גזרה אך אם שמעון אינו מודה בכך או שאין בירור לראובן על כך ודאי דלאו כל כמיניה דלוי הדיין לומר כשגזרתי לא שמעתי הטענות אע"פ שאינו כתוב בגזרה ששמע הטענות דודאי חזקה על כל דיין שאינו גוזר אלא א"כ שומע טענות שתי הכתות דכ"ע ידעי האי דינא וא"כ לאו כל כמיניה דדיין לפסול גזרתו ולומר שטעה בדבר פשוט כל כך שחשב שכבר הוא ידע הטענות ולא היה צריך לשמוע טענותיהם דבודאי לא טעי דיין בהכי וכיון שחתם בגזרה כבר יצא הכח מידו ולאו כל כמיניה לבטל גזרה ואפילו לפרש פירושו שמשמעותו רחוק בלשון הגזרה וכמו שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק שלישי סימן קי"ו אע"פ שהניח הדבר בצריך עיון מ"מ ודאי דלבטל הגזרה ולומר דלא שמע טענות בנ"ד ודאי דאינו נאמן ודבר זה הוא פשוט בעיני אך אם שמעון מודה שלוי לא שמע הטענות או שיש בירור על כך ודאי דגזרת לוי בטלה דהרי כתב הטור בחשן משפט סי' י"ז וצריך הדיין לשמוע דברי הבעלי דינין ולשנות אותם וכו' ומצדיק הדין בלבו ואחר כך חותכו ואפילו שידון הדיין בפשרה נראה ודאי דהדין כך דהרי כתב בסימן י"ב וכשם שמוזהר שלא להטות דין כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחברו ונפקא ליה מהא דאמרינן בריש פרק אחד דיני ממונות דר"ל רמי כתיב בצדק תשפוט עמיתך וכתיב צדק צדק תרדוף ושאני התם רב אשי קראי אחד לדין ואחד לפשרה כדתניא צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה כיצד שתי ספינות עוברות וכו' ופי' רש"י קראי דרמי ר"ל לא קשו דצדק צדק לאו לדרישה וחקירה אתי אלא צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדוף האחד יותר מחברו ע"כ וההיא ברייתא דשתי ספינות עוברות כתבה ג"כ הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל בסוף הלכות רוצח אלא שקשה לי עליו שכתב ובזה וכיוצא בו נאמר בצדק תשפוט עמיתך עד כאן. ובגמרא משמע דלא נאמר בענין פשרה אלא צדק צדק תרדוף כדפירש"י ז"ל וקרא דבצדק תשפוט הוא לענין דין: ועוד דקרא דבצדק תשפוט עמיתך לענין דין דרשינן ליה בפרק שבועת העדות דשוו הבעלי דינין בכל דבר וכדכתב הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל בריש פרק כ"א מהלכות סנהדרין ונראה לי דהרמב"ם ז"ל גריס כגירסת הרי"ף והרא"ש ז"ל בברייתא דריש פרק אחד דיני ממונות דגרסי כדתניא צדק צדק תרדוף וכתיב בצדק תשפוט עמיתך אחד לדין וא' לפשרה ופירוש אחד לדין ואחד לפשרה רוצה לומר חד קרא איירי בדין דהיינו צדק צדק תרדוף וקרא דבצדק תשפוט

איירי בפשרה ולכך קאמר בצדק דלא הוי צדק ממש אלא דמי לצדק ולא כגרסתנו בגמרא דגריס רש"י צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה דרוצה לומר דקרא דצדק צדק איירי אחד צדק בדין ואחד צדק בפשרה וקאמר קרא דאחד בדין ואחד בפשרה כלומר בין בדין ובפשרה תצדיק עצמך דלפי גירסא זו אין לו מקום להרמב"ם ז"ל כדכתיבנא ומ"מ אף ע"פ דעיקר קרא איירי להשוות הבעלי דינין כדכתב הרמב"ם ז"ל בפרק כ"א מהלכות סנהדרין מכל מקום נפקא לן מהאי קרא פשרה מדקאמר בצדק ולא צדק:

מ"מ למדנו מדברי כולם דכל כך יש לדיין לדקדק בפשרה כמו בדין א"כ בנ"ד בין שגזר לוי דין בין שגזר פשרה כיון דלא שמע הטענות ודאי דאין דינו דין ואין פשרתו פשרה:

ומה ששאל השואל אם עתה רוצה לוי לשמוע הטענות ולדון אם יש כח בידו איברא דהרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו בסמיכת זקנים שלו כתב דאחר שגזר הדיין וחתם כסופא ליה מילתא למהדר וא"כ לדבריו בנדון דידן כיון שגזר הדיין וחתם אפילו שישמע הטענות לא ישנה הדין כדי להחזיק בדבריו הראשונים והרב מהר"י בירב ז"ל חלק עליו ואמר דאעפ"י שגזר וחתם אינו פסול לאותו הדין וארכו ביניהם הטענות והדברים יע"ש וא"כ בנ"ד דאיכא שבועה והוי ספק איסור של תורה ראוי להחמיר בדברי הרב מהר"י בירב ז"ל ולומר דכיון דלוי ישמע הטענות עתה מחדש וידון יכול לכוף לראובן מכח שבועתו ועוד דבנ"ד אפילו מהר"ר לוי ז"ל יודה דכל טענותיו שכתב שם אינן מתיישבות בנ"ד דהתם הוי כסופא שטעו בדין ואפשר שעתה יחזיקו בדבריהם אבל הכא כיון דידעינן דלא שמע טענות וכבר הודה הדיין לוי בדבר לא הוי ליה כסופא השתא כשישנה הדין כשומעו הטענות דמפני ששמע הטענות נשתנה הדין וכ"ת כסופא הוי ליה דדן מבלי שמוע טענו' א"כ אפי' שידון עכשיו כמו שדן בראשונה מ"מ עדיין לא סליק נפשיה מכסופא דדן בראשונה מבלי שמוע הטענות: סוף דבר אפילו שתחלוק ותדמה נ"ד לנדון דרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל כיון דאיכא הרב מהר"י בירב ז"ל דפליג עליה ובנ"ד איכא שבועה אני אומר דמחוייב ראובן לעמוד בדין מחדש עם שמעון אם ירצה לוי לדון ולשמוע הטענות:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

השאלה ארוכה אין צורך להדפיסה ועניינה במי שעמד בדין וחייבוהו לסתום מעבר שבן חצרו לחצר חברו ונשבע לעשות כן אחר ג' חדשים ואח"כ מסרב ועובר על שבועתו אם מותר להעיד עליו בערכאות של גוים ולהפסידו חזקתו:

שאלה פח

תשובה הרמב"ם כתב בסוף ה' סנהדרין הית' יד הגוי' תקיפא ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממונו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחלה אם לא רצה לבא נוטל רשות מב"ד ומציל בדייני גוים מיד בעל דינו וכן כתב הטור בסימן כ"ו בח"מ ובעל התרומות כתב בשם רב שרירא גאון ז"ל מי שחייבוהו בחוב או פקדון ואינם יכולים להוציא ממגו ויש ביניהם מקום בי דואר של גוים שאינו מקבל שוחד ומקבל עדות מישראל על חברו יש רשות לזקנים ולתלמידים שילכו לפני השופט ויעידו וכו' כמו שהביא לשונו הרב בית יוסף בסימן הנז' ולכאורה נראה דהרמב"ם ורב שרירא חולקים דהרמב"ם לא כתב דב"ד מטפלין להציל מבעל דינו אבל כתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"ג שאלה מ"ח דבר נכון להשוות הדעות דהרמב"ם איירי היכא דנא בא האלם לב"ד וכיון דלא נתברר הדבר אם הוא חייב או לא אלא שאינו רוצה לעמוד לדין לפני דייני ישראל ומשום כך אין חייבים ב"ד להטפל בענין אלא שנותנים לו רשות להתדיין בערכאות שלהם להציל מבעל דינו אבל אין הכי נמי דיודה הרמב"ם ז"ל היכא דנתברר הדבר וחייבוהו ב"ד בחוב או פקדון ואותו האיש גברא אלמא ולא ציית דינא דחייבים ב"ד להטפל בדבר ועל ידי הזקנים והתלמידים יוציאו לאור משפטו וכמו שכתב רב שרירא גאון ע"כ א"כ בנ"ד דהדין כבר נפסק מב"ד שחייב לסתום לוי המעבר פעם ופעמים ולא אבה שמוע ועבר על שבועתו ודאי שיש לו רשות לראובן להוליכו בערכאות שלהם ואחר אשר יראה ראובן הפסק דין שחייבוהו ללוי יוכל כל בר ישראל להעיד בערכאות שלהם שנתחייב לוי לסתום המעבר וכל עדי ישראל שיעידו כן מצוה קא עבדי כדכתב רב שרירא גאון ואע"ג דמהראיה שהביא מהגוזל בתרא דאמר מכריז רבא האי בר ישראל דידע סהדותא וכו' לא משמע אלא שיוכל להעיד אבל לא מצוה מ"מ למד כן רב שרירא גאון משם דהתם הוי נגזל גוי וגזלן ישראל וקאמר בגמרא דאית ליה רשותא ומינה דכשהוי הנגזל ישראל מעלינן ליה דרגא ויהא המצוה להציל עשוק מיד עושקו והדברים ברורים:

אלא שיש כאן מקום עיון דרב שרירא התנה שיהא הבי דואר שאינו מקבל שוחד ותמה הרב מהריב"ל ז"ל בתשובה הנז' דמאי איכפת לן בהא ונראה לי לתרץ דהא נפקא ליה לרב שרירא ממאי דאמרינן בהגוזל בתרא לא אמרן אלא בדינא דמגוסתא ומפרש רב שרירא דדינא דמגוסתא הם שמקבלים שוחד ומטים את הדין ועושים שיהא עד אחד חשוב כשנים ולכך אין מעידים בפניהם שיחייבו לנתבע יותר ממה שהעדים מחייבים כי היכי דמוציאין ממון על פי עד אחד ודייק לשון רב שרירא הכי שכתב דאפילו נגזל גוי וגזלן ישראל עדים מעידים אצל השופט שאינו חומס ושופט כדאמרינן מכריז רבא

וכו' משמע דהא דאינו חומס ושופט מהתם נפקא ליה ומשום דמפרש דינא דמגוסתא כדפירשתי נמצא דכשבדיני האומות לא יחייבוהו יותר ממה שהדין מחייבו מצוה לכל ישראל לילך ולהעיד בערכאותיהם מה שהדין מחייבו ודבר פשוט הוא בעיני:
אבל מה ששאל השואל אם יש לאל ידם לעשות כל הבא מידם להפסיד חזקתו זה אינו נר' בעיני דמדברי רב שרירא שכתבתי נראה שאין להפסידו יותר ממה שהדין מחייבו אבל ודאי יוכלו עדים להעיד בפני הערכאות שנתחייב לסתום המעבר ומצוה קא עבדי ועליו תבא ברכת טוב על יהודי שיעיד כן כי מצוה להציל עשוק מיד עושקו ומה גם כי לוי זה עבריין שעבר על השבועה כפי הנז' בשאלה וכל ההוצאות שיעשה ראובן אחר שיתרה בלוי שיקיים שבועתו ולא ירצה ויצטרך להעמידו בערכאות כדי שיקיים מה שגזרו עליו ב"ד נרא' דחייב לוי באותן ההוצאות דכן כתב הרב ב"י בח"מ סימן י"ד שהוא דעת כל הפוסקים זולת דעת יחיד שאינו סובר כן ואפילו הדעת ההוא אפשר דמודה בנ"ד שכבר עמד בדין ועבר על שבועתו והוצרך להעמידו בערכאות שיקיים שבועתו שודאי חייב בהוצאות ההם:
הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה פט

שאלה ראובן היה לו תביעה על שמעון והתרה בו שמעין פעם ופעמים ושלש בפני עדים כשרים ונאמנים שיעמוד בדין תורה ולא רצה והוליך לשמעון בערכאות שלהם ותבע ממנו עלילות דברים בעדים שקרים וחייבו לשמעון בכך בערכאות שלהם מה יהיה משפט ראובן זה ומה דינו יורנו מורנו ושכרו כפול מן השמים: תשובה גרסינן בפרק המגרש תניא רבי טרפון אומר כל מקו' שאתה מוצא אוגריאו' של גוים אעפ"י שדיניהם כדיני ישראל אי אתה רשאי להזקק להם שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא גוים וכו' והוסיף על זה רש"י בפירוש החומש בפרשה ואלה המשפטים וז"ל שהמביא דיני ישראל לפני דייני גוים מחלל את ה' ומיקר שם ע"ז להחשיבה שנאמר כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים כשאויבינו פלולים זהו עדות לעלוי יראתם ע"כ וכתב מהרא"ם בפי' על רש"י דאינו ר"ל דקרא אתא למעוטי כשאין דנין כדיננו דההוא ודאי לא צריך קרא למעוטי דתיפוק לי' משום גזל אלא לא אתא קרא אלא לכשדנין כדיננו אי נמי אפילו באין דנין כדידנו איצטריך קרא למיעוטא סלקא דעתך אמינא דינא דמלכותא דינא דהכי איתא בגטין ואין כאן משום גזל עד כאן:

ואני אומר בענין אחר דאיצטריך קרא אפילו לכשאין דנין כדיננו וכגון ששניהם רוצים בכך להתדיין לפני גוים דאין כאן גזל אפילו הכי אסור מפני שמתעלה יראתם וכדברי נראה מדברי הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סימן כ"ו וז"ל נראה לי דאסור לפי שהוא מחקה את הגוים וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני גוים ואעפ"י ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקות הגוים ודיניהם ולא לעמוד לפניהם לדין אפילו בדבר שדיניהם כדיני ישראל וכו' ע"כ. הרי מבואר בדבריו דקרא אתא אפילו להיכא דאין דנין כדיננו ושניהם רוצים בכך כאשר כתבתי אם כן נתבאר דאין ראוי להוליך בערכאות אפילו בדבר שדנין כדיננו והרמב"ם ז"ל בסוף הלכות סנהדרין והטור בסימן הנזכר כתבו וכל הדן בדיניהם הרי זה רשע וכאלו חרף והרים ידו בתורת משה: וגדולה מזאת כתב בעל התרומו' בשער ס"ב הועתק לשונו בדברי הרב ב"י והיא תשובת הרי"ף ז"ל דהמקבל על עצמו לילך עם בעל דינו לשופט של ישמעאל דיכול לחזור בו וכתב שם ל"מ כי האי גוונא דקא עקר מצוה וכדאמר רבי טרפון אלא אפילו לדבר הרשות מאן דקנו מיניה במילתא דעביד קנין דברים הוא ואית ליה למהדר אבל אי מקבל עלויה סהדותא דגוים וקנו מיניה לאו דברים בעלמא נינהו וכו' והאריך שם ובסוף התשובה כתב על ענין מה שהתנה שאם לא ילך לפניהם לדון עם בעל דינו שיהא עליו לעניים וכו' ז"ל ואם לא ימנע התובע והנתבע לא הלך עמו לגוים אין ב"ד מוציאין ממנו לא לעניים ולא להקדש אלא מודיעים אותו כי חל הנדר עליו שעליך לתת מדעתך מה שפסקת על עצמך כי זה נדר הוא ונמצא כנודר שאם לא יחלל שבת שיתן מנה לעניים שהוא חייב לשומרו ולקיים נדרו ודבר זה שנוי במשנתנו חומר בנדרים מבשבועות אמר סוכה שאיני עושה לולב שאיני נוטל בנדרים אסור ובשבועות מותר וכו' וזה ששנינו בנדרים אסור זה ר"ל כמו זה שאמרנו שאם נדר בצדקה לקיים מצוה חייב באותה צדקה אבל ב"ד אין מוציאין ממנו עד כאן: ומה מאד נפלאו בעיני דברי הטור שכתב בשם בעל התרועות שהם לקוחים מהתשובה הנז' והם נראים הפך דבריו שהוא חולק בדבר שזכאי בדיניהם. ובדיננו חייב לדבר שבדיננו ובדיניהם הוא זכאי ואמר דכשהדבר שוה בדיננו ובדיניהם אין הקנין חל דכיון דאינו מעלה ומוריד לענין ממון נמצא דהקנין אינו אלא קנין דברים אבל היכא דזכאי בדיניהם ובדיננו חייב הקנין חל דהוי כאלו משעבד נכסיו לפרוע אותו זכות שזוכה בדיניהם כן נראה מכלל דבריו וכפי מה שביארם הרב ביי שם. ובאמת אין דברי התשובה הנז' כן אלא טעמא דתשובה הנז' הוא משום דכיון שקבל לילך ההליכה הוי כקנין דברים בעלמא ולא של הקנין עליה בין שיזכה בדיניהם ובדיננו חייב בין שבדיניהם ובדיננו

זכאי לא איכפת לן דאין הקנין חל דהוא על ההליכה וכן מבואר בדבריו שכתב אפילו לדבר הרשות מאן דקנו מיניה במילתא דעביד קנין דברים הוא ע"כ. ומחלוקת זה הביאו הטור בסימן קנ"ז ח"ל ואם נהגו לעשות מהוצא ידענא וכו' דלאו קנין דברים וכתב אח"כ בשם הרמ"ה דהוי הקנין דברים וכתב ואיכא מרבוותא דס"ל קנין לתת לאו קנין דברים הוא דלא מקרי קנין דברים אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך ע"כ משמע דאם קנו מידו לילך בנ"ד כ"ע מודו דהוי קנין דברים והוא טעמו של הרי"ף ז"ל ואיך דמה הטור קנין זה למקבל עליו עדות גוים דשאני הכא דאין הקנין אלא על ההליכה והוי קנין דברים ועוד דאפילו יקבל עליו לדון דייני גוים כקנין ולא אמר לילך לפניהם אלא אני מקבלם לדיינים בקנין דהשתא אפשר לומר דהקנין חל כמו נאמן עלי אבא וכו' מ"מ נראה לי מדברי התשובה הנז' דלא חל משום דקא עקר מצוה דר' טרפון דאמר לפניהם ולא לפני גוים ואפילו ששניהם רוצים בכך אין בידם לעשות כן כמו שכתבתי למעלה וטעמא דקנין דברים לא הוצרך הרי"ף לאומרו אלא לענין דבר הרשות וז"א ולא מבעיא כה"ג דקא עקר מצוה וכו' אלא אפילו לדבר הרשות וכו' ודקדק כן שאח"כ כתב אבל אי מקבל עילויה סהדותא דגוים וכו' ולא כתב אם קבל עליו דיינות דגוים דהכי ה"ל למכתב כיון דבדיינות קא עסי' ולא היה לו לדלג מענין דיינות לעדות דפתח בכך וסיים בחבית. ועוד דראיה שהביא מנאמן עלי אבא בדיינות איירי מתניתין דפרק זה בורר כדכתב שם רש"י ז"ל וא"כ לא כתב הדין בדיינות אלא ודאי נראה מדברי הרי"ף דאם קבל עליו לדון דייני גוים בדיניהם ודאי דלא חל הקנין דזה הוי עדות לעלוי יראתם ולא דמי לעדות וא"כ רחקו מאד דברי הטור מדברי הרי"ף ז"ל אשר הביא בעל התרומות והוא משם לקחם כפי הנראה והדבר צריך לי עיון: גם דברי סוף התשובה שהבאתי נתקשו אצלי מאד במ"ש דבר זה שנוי במתניתין בפ"ב דנדרים חומר בנדרים מבשבועות כיצד אמר קונם סוכה שאיני עושה ולולב שאיני נוטל תפלין שאיני מניח בנדרים אסור בשבועות מותר שמ"ש אסור ר"ל נדר בצדקה לקיים מצוה וכו' דדבר זה תימה הוא. בעיני דדינא דמתניתין דהתם הוי שאסר על עצמו הסוכה והלולב כנדר דאם נטל לולב לוקה משום איסור בל יחל אבל אם נשבע שלא יטול לולב אינו לוקה משום בל יחל אלא משום שבועה שוא והטעם דהוי איסור חפצא הנדר והשבועה איסור גברא כמו שכתב הטור בהלכות שבועות והרמב"ם ז"ל בה' נדרים אבל דין זה דנדר בצדקה לקיום מצוה אינו ענין למשנתינו כלל ובודאי דבדין זה נדרים ושבועות שוין דאי אמר אם אני נוטל לולב הריני נשבע לתת כ"כ מעות לצדקה ודאי דאמרי' שיתן המעות ויטול כמו בנדר דאין כאן חילוק בין שבועה לנדר ודברי תשובה זו צל"ע:

מ"מ למדנו מכל מה שכתבנו כמה גודל עונש המוליך בערכאות של גוים אפי' בדבר שדיננו כדיניהם ואין לו לאדם ללכת בערכאות אלא כשהוא גברא אלמא ועל זה כתב בעל התרומות בשם רבינו שרירא דאם יש מקום בי דואר שאינו מקבל שוחד וכו' דיש רשות לזקנים ותלמודים שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה ומצוה לעשות כן דאפילו נגזל גוי וגזלן ישראל וכו' ומה שהתנה שיהיה הבי דואר שאינו מקבל שוחד תמה על זה הרב מהריב"ל ז"ל בח"ג שאלה מ"ח דלמה צריך כן ונ"ל הטעם משום הראיה שהביא מגוזל בתרא דמכריז רבא וכו' דקאמר התם דבדייני דמגוסתא אינו יכול עד אחד להעיד וסובר רב שרירא דהטעם מפני שמקבלים שוחד ומטים את הדין ועושים שיהא עד א' חשוב כשנים ולכך התנה רב שרירא שלא יהא הדיין מקבל שוחד דיחייבו לנתבע יותר ממה שהעדים מחייבים אותו בעדותם כי היכי דדייני דמגוסתא אין הדין מחייב אותו אלא שבועה והם בעבור שוחד מחייבים לו ממון ומתבאר זה יותר בלשון רב שרירא גאון שכתב שם וז"ל דאפילו נגזל גוי וגזלן ישראל עדים מעידים אצל השופט שאינו חומס ושופט ביניהם כדגרסי' וכו' משמע דהאי דאינו מקבל שוחד מההיא עובדא נפקא ליה. ומה שהביא מההיא עובדא אע"ג דהתם לא משמע אלא דהרשות להעיד בגזלן ישראל ונגזל גוי אבל מצוה לא וא"כ היכי ילפינן הכא מצוה י"ל דכיון דהתם רשות הכא דהוי נגזל ישראל מסתמא מעלינן ליה דרגא ואמרינן דהוי מצוה:

א"כ נמצינו למ1דין דהיכא דהב"ד ציית דינא אין לו לבעל דינו להוליכו בערכאות שלהם אע"פ שדיננו כדינם כ"ש וק"ו בנ"ד שהלך עמו בעלילות ברשע ובעדים שקרים גדול עונו מנשוא והרב מהרי"ק בשרש קנ"ד כתב על מה שעשה ר' נפתלי לבנו ר' אשר כתב והנה כאן כמה חטאות ואשמות ראשונה שלא שאלו ממנו דין ישראל וכו' שנית שר' נפתלי שלח וכו' שלישית שלא נטל רשות מב"ד וכו':

ומה גם בנ"ד דיש חטאות ואשמות יותר מהמה ששמעון מתחלה ועד סוף צוח ככרוכיא לעמוד בדין תורה והתרה בו כמה פעמים והוליכו בערכאות ביד רמה ובעדים שקרים באמת לא ידעתי במה יכופר העון הזה דהרי זה חרף והרים ידו בתורת משה כמו שכתבו הפוסקים וראוי לנדותו ולהחרימו לו ולכל המחזיק בידו כמו שכתב הריב"ש בסימן ק"כ עד אשר ישוב ורפא לו וישיב הגזלה אשר בידו ויבקש מחילה וסליחה וכפרה משמעון כדת וכהלכה הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צ

שאלה ראובן שחייב ללוי חוב בשטר והגיע הזמן ולא פרע ראובן ללוי מפני שירד מנכסיו ואין לו מה לפרוע ועתה לוי מאיים לראובן שימסרהו במלכות או יביאהו בדיני אומות העולם שיפרע לו מעותיו וראובן משיב ללוי נעמדה יחד למשפט בדין התורה וכל מה שמחייב דין תורה שיעשו ולוי מסרב ואינו רוצה לעמוד עמו בדין תורה מה דינו של לוי דלא ציית לעמוד בדין תורה אם מכריזין אותו בנדוי או לא ואם יוכלו להעיד כנגד לוי איך ראובן פרעו ללוי אם יוליכהו בדין אומות העולם כל זה יורנו מורנו וכסא אדוננו תכון לעד ויוסיף ה' שנות אדוננו אמן:

תשובה אמת ואמונה כי כתב הרמב"ם ז"ל בסוף הלכות סנהדרין כל הדן בדיני גוים ובערכאות שלהם אף ע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאלו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה וכו' היתה יד הגוים תקיפא ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדיני ישראל תחלה אם לא רצה לבא נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני גוים מיד בעל דינו ע"כ וכן כתב הטור בח"מ סימן כ"ו ועוד הוסיף הריב"ש ז"ל בסימן ק"ב וכתב תוכלו לנדותה ולהחרימה כפי מה שיראה בעיניכם וכן לנדות ולהחרים כל המחזיק בידה ועוזר אותה ע"כ וכן מהרי"ק ז"ל בשרש קנ"ד נדה והחרים לר' נפתלי שהוליך את בנו בערכאות עד אשר יסלק מבנו כל נזק שגרם לו ואח"כ יעמוד עמו בדין תורה וא"כ נראה ברור דודאי ב"ד מנדין ומחרימין ומבדילין אותו מעדת ישראל ללוי עד אשר יעמוד עמו בדין תורה ואם כבר הוליכו בערכאות ינדו ויחרימו אותו עד אשר יסלק ממנו כל נזק שגרם לו ואח"כ יעמוד עמו בדין כמו שכתב מהרי"ק ז"ל אך אמנה מה ששאל השואל אם ילכו להעיד בערכאות שכבר פרע ללוי כיון שאינו רוצה לעמוד בדין תורה בזה יש מקום עיון איברא דרב שרירא גאון כתב דמי שחייבוהו בחוב או פקדון ואינם יכולים להוציא ממנו ויש ביניהם מקום בי דואר של גוים שאינו לוקח שוחד ומקבל עדות מישראל על חברו יש רשות לזקנים ולתלמידים שילכו אתו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה ומצוה לעשות כן וכו' כמו שהביא לשונו בעל התרומות בשער ס"ב הובא בבית יוסף סימן כ"ו וא"כ נראה לכאורה דכיון שאין לוי רוצה לעמוד בדין תורה שלפחו' ב"ד יתנו רשות לעדים להעיד בערכאות שכבר כרעו ראובן ללוי: אך אמנה נראה דלא קאמר הגאון אלא למי שחייבוהו ב"ד אבל כל זמן שעדיין ב"ד לא חייבוהו ולא ידענו אם יצא חייב בדין או לא אז ודאי לא יטפלו בו ב"ד ולא יתנו רשות לעדים להעיד אלא יתנו רשות לבעל דין שיוליכהו בערכאות ואולי יעשה ויצליח אם יוכל וזהו שכ' הרמב"ם ז"ל נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני הגוים כלומר שב"ד יתנו לו

רשות לבא בערכאות לא שהם יטפלו להעיד וגם לא יתנו רשות להעיד וכן נראה מדברי מהר"י ן' לב ז"ל חלק שלישי שאלה מ"ה שכתב כן כדי להסכים דברי הרמב"ם ז"ל עם דברי רב שרירא ז"ל וכן נראה מדברי ב"ה שהביא דברי רב שרירא אחר דברי הרמב"ם משמע שאינם חולקים זה ע"ז דלכך לא הזכיר הרמב"ם אלא נוטל רשות ולא שילכו להעיד משום דאיירי בלא ידעי' אם הוא חייב או לא ומ"מ איכא למידק לכאורה על דברי ב"ה שהביא דברי הרמב"ם אחר דבריו שנראה שהם מסכימים לדעתו ולפום ריהטא אינו נראה כן שהוא כתב אבל אם היה אלם ולא רצה לבא לב"ד אעפ"כ אסור להביאו לפני גוים אלא אחר סרובו ב"ד של ישראל כותבים אדרכתא על נכסיו ואם הוצרך לכך יבא לפני גוים להכריח אותו למה שדנו לו דייני ישראל דכה"ג ליכא משום לפניהם ולא לפני גוים וכו' משמ' דאין ב"ד נותנין לו רשות להוליכו לערכאות אע"פ שלא בא והרמב"ם לא כתב כן אלא שאם לא בא נוטל רשות מב"ד ומציל מבעל דינו וכו' וי"ל דהרמב"ם ז"ל לא איירי אלא היכא דב"ד מתייראים לכתוב לו אדרכתא או שאדרכת' של ב"ד אינה מועלת לו ודייקא לישניה דכתב ואינו יכול להוציא בדיני ישראל אבל אם יכול להוציא באדרכתא ודאי מודה לב"ה. עוד יש לדקדק דמלשון ב"ה משמע דדוקא בדבר שהדין הוא פשוט עם המלוה כגון שיש לו שטר מקויים שאז כותבים לו אדרכתא אז ודאי נותנין לו ב"ד רשות אם לא בא הלוה אבל בדבר שלא ידעי' אם הדין עמו כגון מי שבא ואמר יש לי תביעה ע"פ עם פלוני ושלחו ב"ד לו ולא רצה לבא לדין אז אין נותנין לו רשות ומדברי הרמב"ם ז"ל לא משמע כן אלא בכל גוונא כיון שאינו רוצה לבא לדין נותני' לו ב"ד רשות וא"כ אינם מסכימים עם דבריו אם לא שנאמר דב"ה ג"כ מודה דבכל גוונא נותנין לו רשות ומאי דנקט מלתיה באדרכתא הוא לומר דאע"ג דלא רצה לבא לדין אינו מוליכו בערכאות אלא ישאל מב"ד שיכתבו לו אדרכתא מ"מ נתבאר מכל מה שכתבתי דדוקא שחייבוהו ב"ד או מעדי' א"כ בנ"ד שעדיין לא חייבוהו ב"ד ללוי נראה לכאורה שלא יתנו רשות ב"ד לעדים להעיד בערכאות אלא שאחר העיון נראה דכיון דבנ"ד טוען ראובן שאין לו דמים לפרוע אחר שישביעוהו ב"ד שאין לו ויחרימו על כל מי שיש בידו ממון משלו כפי הדין אינו מחויב יותר ללוי וא"כ אחר שיעשו ב"ד כל זה אז יוכלו ליתן רשות להעיד בערכאות שפרע כדי לפוטרו כיון שבדין תורתנו הקדושה הוא פטור וחזר הדבר אחר שישביעוהו ב"ד כמו נדון דרב שרירא גאון ואפילו שלוי לא יבא לדין יוכלו להעיד בערכאות שפרע לו כדי לפוטרו:

אלא שעדיין הדבר צריך תלמיד מפני שרב שרירא כתב בי דואר של גוים שאינו מקבל שוחד והרמב"ם והרמ"ה ז"ל סוברים כדכתב הטור בסימן ס"ח דסתם ערכאות מקבלי

שוחדא ובפרט בזמננו זה דערכאותיהם אוכלים את ישראל בכל פה איברא דצריך למצוא טעם לרב שרירא למה התנה כן כמו שהקשה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בשאלה הנז' ונראה לי דיצא לו לרב שרירא כן מהראיה דמייתי מההיא דמכריז רבא האי בר ישראל וכו' ואמרו שם לא אמרן אלא בדינא דמגוסתא אבל בי דואר אינהו נמי חד אמומתא שרי ליה וכו' ופרש"י בלשון שני דמגוסתא אנסין ודנין בחזקה וכו' משמע היכא דגורמין לו הפסד ללוה אין מעידין ה"נ אם הוא מקבל שוחד ואוכלים את ישראל בכל פה הרי הם מאבדין ממון הלוה בידים ויגרמו לו הפסד גדול ולכך אין מעידין עליו זה נראה לי טעמו של רב שרירא הגם כי אינו ברור כ"כ בעיני:

ומ"מ נמצינו למדין בנ"ד אחר שישביעוהו ב"ד ללוה הוי כנדון דרב שרירא ובודאי דבדיניה דרב שרירא דיינינן הכא אפילו בזמן הזה דאפילו נאמר דמה שאמר דלא מקבלי שוחדא הוא מדוייק ומהטעם דכתיבנא מ"מ הרי הרא"ש ז"ל כתב דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא נינהו והכי דיינין להו לכל אלמי כדי לשבר מתלעות עול אם יר' בעיני החכמים השלמים ובפרט בעיני מורי ורבי הרב הגדול נר"ו:

נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

ראיתי כל מה שדקדק החכם השלם הפוסק נר"ו וכל דבריו מתוקים מנופת צופים אך לפי הנראה לדעתי לנ"ד אינו צריך כי כל הדברים שמראין שלא ניתן רשות להעיד היינו למנוע ולעכב לילך לפני או"ה ואז כל טצדקי דמצינן למיעבד עד שלא ילכו לפני ערכאות עבדינן אבל בנ"ד דהוי איפכא דראובן צועק ומבקש דין תורה ולוי מוליכו לפני ערכאות ועובר על התורה שאמרה לפניהם ולא לפני גוים אפילו ידענו שדנין כדין תורתנו עובר ומחלל את התורה. ואני אומר שאפילו לא ידענו אם הדין עם ראובן צריך להצילו בכל אופן שאפשר ולהעיד כנגדו אם א"א להצילו באופן אחר וזה נלע"ד דבר ברור וחתמתי שמי על הדין ועל האמת:

הצעיר שמואל די מדינה:

שאלה צא

שאלה ראובן ושמעון הלכו ליריד וקנו מלוי ויהודה ארגז א' ראזוש ערבים זה לזה לפרוע ביריד הנז' לשנה האחרת ובזמן הפרעון נאנס ראובן ולא בא ליריד אך שלח חלקו בחוב הנז' למקום אשר שמעון שם שיוליכם ליריד הנז' לפרוע החוב הנז' וכן עשה שמעון ופרע חלק ראובן ומקצת חלקו ג"כ בכ"כ גרושות לערך מאה הגרוש' שהיה שוה אז ונשארו עדיין מחוב שמעון ל' אלפים לבנים וגלה ראובן אזן לוי ויהודה המלוים בכתב

שהגיע לידם שיגבו משמעון כל חובו כנהוג בחובות היריד לפרוע ולא יעבור אפי' יום א' והמלוים לא כן עשו אך הרויחו זמן לשמעון שיפרע להם ביריד אסונה בכ"כ גרושות לערך שיהיו שוים שם וזה עשו לתועלתם כי ידעו שהיה הגרוש' עתיד לירד לערך פ' לבנים והראיה ע"ז כי ביד שמעון היו אז מעות רבות שהולכי' אותם ביריד הנז' וביריד אסונה פרע להם י"ב אלפים וחלה פניהם והרויחו לו עוד הזמן ועשו עליו שטר בשבועה ועבר ולא פרע ומכל זה לא ידע ראובן עד שאח"כ גלו את אזנו בהתרעמם על שמעון ושיעשה הוא עם שמעון שיפרע להם עבור היותו ערב בחוב מתחלתו וצוו גם לאיש אחר היושב בעיר אשר שם שמעון לגבות החוב הנז' בעדם משמעון וכשידע ראובן בדבר נתרעם עם שמעון על זה ושמעון השיבו שמה לו ולצרה והרי הוא כבר נפטר מהחוב כשהרויחו לו הזמן ועשו עליו שטר מחדש וכי השטר הישן אינו בעולם ועכ"ז לקח ראובן ע' גרושות שהיו בידו משל שמעון ושלחם ע"י שלוחו לשליח המלוי' הנז' היושב בעיר שמעון בעד פרעון ו' אלפים לערך מאה הגרוש' ולא רצה השליח לקבלם באמרו שהיה להמלוים הנז' שטר על שמעון מרי"ד גרושות אז אמר שמעון לראובן בכתב לאמר שהוא כבר נתפשר עם השליח בעד כ"כ קורדוואניש לזמן אז כתב ראובן לשלוחו אשר השבעים גרושות בידו לתתם לשמעון בחושבו שאין עליו עוד חיוב של כלו' ואח"כ נפטר שמעון לבית עולמו ועתה הוציאו המלוים השטר הקדום לגבות חובם מראובן וראובן טוען שכיון שהם הרויחו הזמן לשמעון פעמים שלש נגד המנהג וגם כי לא גלו את אזנו רק באחרונה וגם כי עשו עליו שטר חדש שני פעמים וגם כי שלוחם לא רצה לקבל הגרוש' לערך מאה כמו שהיה חיובם מקדם שכבר נפטר הוא מן הערבות יורנו מורנו הדין עם מי ושכרו מן השמים תשובה כל דברי ראובן וטענותיו הבאות בשאלה נתבטלו ממה שכתב הטור בח"מ הלכות ערב סימן קל"ב וז"ל עוד כתב הרמב"ן בתשובה ערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו בפני עדים שתבע ממונו מהלוה ואם לאו יפטר מהערבות ולא רצה המלוה והאריך הזמן ללוה אין הערב נפטר בכך ואין צ"ל בקבלן וכו': כללו של דבר נכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה וכו' עד אמרו כך הוא גובה מן הערב ע"כ מוכח משם בהדיא דאין לו שום טענה לראובן להפטר דכיון שהשטר הישן נשאר ביד לוי ויהודה אע"ג דהאריכו הזמן לשמעון עדיין לא יצאו מחיובם הראשון כל זמן שלא פרע שמעון וכדמשמע מדברי הרמב"ן ז"ל ואין עליו חולק:

איברא דאינו חייב ראובן לפרוע אלא כפי החיוב אשר בשטר הראשון ואם נתחייב שמעון לפרוע הגרוש' לערך שמונים אין לו עסק בזה ולא יפרע הגרוש' אלא לפי החיוב אשר נתחייב בשטר הראשון וכן הגרוש' שפרע שמעון ביריד אסונה לבעלי חובים י"ב

אלפים לבנים לערך שמונים הגרוש' לא יחשבו לגבי ראובן אלא לערך מאה כפי החיוב הקדום אסר הוא נתחייב ואם שמעון רצה לחייב מחדש אין לראובן עסק בזה והגרוש' הנז' יחשבו אותם לוי ויהודה לערך מאה והשאר יתבעו מראובן מכח השטר הראשון:
אך אמנה אם נשארו לשמעון יתומים קטנים ועבר זמן השטר אז לא יוכלו שמעון ולוי לגבות מראובן עד אשר יגדלו יתמי שמעון משום דהא תליא בפלוגתא דרבוותא כתב הטור בח"מ סימן ק"י ג' סברות. הא' סברת הרמב"ם ז"ל דאפילו מן הערב גובין היכא דנשארו יתומים קטנים. הב' סברת הרמב"ן הפוכה מן הקצה אל הקצה דאפילו מן הקבלן אין גובין היכא דאיכא יתומים קטנים. הג' סברת הרא"ש דהטיל פשרה ואמר דמן הקבלן גובין ומן הערב אין גובין וב' סברות הראשונות כתבם הרב הנמוקי בסוף בתרא וכתב דלסברת הרמב"ם ז"ל הסכים הרשב"א והראב"ד ז"ל ולסברת הרמב"ן הסכים הרא"ה ז"ל ושעשה מעשה כן ונראה לו שהיא עיקר:
איברא דקשיא לי על מה שכ' דהרשב"א הוא כדעת הרמב"ם ז"ל וכדבריו כתב ה"ה בפרק כ"ו ממלוה ובסי' תתקע"ג משמע דדעתו כדעת הרא"ש ז"ל שכתב שם שהנכון כדברי הר"ז ז"ל שאין נפרעים ממנו שהרי אין נפרעים מן הערב תחלה וכו' ומסתברא דה"מ בערב דעלמא אבל בערב קבלן נפרעין ממנו לאלתר וכו' הרי דהטיל פשרה כהרא"ש ז"ל:
גם קשה על מה שכתב הרב הנמוקי דהראב"ד ז"ל כדעת דהרמב"ם דהרב ב"י סימן ק"י כתב וגם הרשב"א בתשובה סי' תתקע"ג כתב שהנכון שאין נפרעים מן הערב אלא א"כ הוא קבלן וכתב בתשובה אחרת שכן דעת הראב"ד בפרק גט פשוט ע"כ הרי דהראב"ד ז"ל מסכים לדעת הרא"ש ז"ל דבערב אינו גובה ובקבלן גובה מ"מ למדנו דהדבר פלוגתא דרבוותא וטעם מחלוקתם הוא דהרמב"ן ז"ל דמה הא להההיא דאמרינן בפרק כל הנשבעין דסוף סוף ערבא בתר יתמי אזיל והרמב"ם ז"ל חלק ביניהם והטעם מבואר שם בטור בסי' הנז' ובהרשב"א בתשובותיו סי' הנז' א"כ כיון דהדבר מחלוקת אפי' שיהא ראובן קבלן בשטר יוכל לומר קים לי כהרמב"ן וסייעתו דאמרי דאינו יכול לגבות היכא דאיכא יתומים קטנים ואפי' מן הקבלן:
הכלל העולה דאם אין לשמעון יתומים קטנים יגבו לוי ויהודה מראובן מה שנשאר חייב שמעון כפי תנאי השטר הקדום והגרוש' שנתן שמעון לערך מאה יחשבו כפי תנאם הראשון אבל אם יש לשמעון יתומים קטנים לא יוכלו לוי ויהודה לגבות מראובן עד אשר יגדלו היתומים:
הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צב

שאלה ראובן תושב צפת תוב"ב תובע משמעון תושב רודיס שהיום כמו ה' שנים שהיה תושב טריפול ובהיות שמעון בעיר טריפול שלח לו לוי צרור א' עם ע"ה אישקודוש מזהב כדי שישלחם בצפת תוב"ב ליד החכם כה"ר אברהם גבריאל נר"ו מרביץ תורה בק"ק טליאנוש יע"א וליד ראובן הנז' כדי שיעשו כפי הסדר שכתב לוי הנ"ל ועד היום לא נתן שמעון האישקודוש לא ביד החכם הנז' ולא ביד ראובן הנז' ותובע ראובן משמעון האישקודוש ומשיב שמעון לראובן ואומר אמת ויציב שקבלתי הצרור מהאישקודוש מלוי הנז' אמנם לא ידעתי כמה הם ואשבע שבועה שהגרופו ששלח לוי כמו שקבלתיהו צרור עם הסדר ששלח לוי הנז' כך שלחתיהו ליהודה פאטור שלי תושב צפת תוב"ב וידעתי נאמנה שהוא איש אמונים ולא יטה ימין ושמאל מהסדר שכתב לוי ואתה ראובן לצפת תוב"ב תלך לך עם יהודה לדין ותבע ממנו אם לא עשה הסדר ותגבה מיהודה מה שתוכל והשאר תגבה מנכסי שיש לי בצפת תוב"ב והשיב ראובן ואמר לשמעון הפך מהגרופו הנז' עם הסדר שסדר לוי הנה הוא בידי כתוב וחתום מיד לוי ומיד ב"ד ממך שמעון אני תובע ואיני יודע ליהודה דלאו בעל דברים דידי הוא ואני אשבע שלא קבלתי כלום משום נברא לחשבון הגרופו הנ"ל ולא החכם הנז' ולא אעזבך עד שתתן המעות לי בשלם ופה עיר רודיס אתן לך ערב בעדי שכל זמן שיבא כתב מיד ב"ד של צפת תוב"ב שיהודה נתן הגרופו או מקצתו לידי או ליד החכם הנז' לחזור לך המעות שאתה תתן לי תיכף ומיד ועוד אמר ראובן אם אמת היה הדבר הזה שיהודה נתן המעות בצפת תוב"ב ליד החכם הנז' שיהיו כל הספרים שיש לו לראובן קדש לה' לחברת ת"ת אשר בצפת תוב"ב ילמדנו רבינו הדין אם יוכל ראובן לתבוע משמעון פה בעיר רודיס או אם ילך לצפת לתבוע מיהודה הפאטור הנזכר ושכרו כפול מן השמים:

תשובה אם שמעון כששלח הגרופו ליהודה כתב לו שיתן אותם לחכם ולראובן כאשר סדר לוי נראה דהוא פטור אף ע"פ שיהודה עתה כופר בחכם ובראובן ואומר שנתנם או שום טענה אחרת וטעמא דהטור כתב סי' קכ"א כתב רב אלפס היכא דשדר ליה כתבא לחבריה ואמר ליה ההוא מידי דאית לי גבך שדרינהו ניהלי לא מחייב באחריותו והכי נהיגי תגרי ומשמע מדבריו אפי' אם לא יחד לו שום אדם וכתב הראב"ד ז"ל ובמקום שאין מנהג ידוע חייב באחריותו שאין ראיה מהבאת הכתב ליתן הממון למי שהביא הכתב וכו' ע"כ משמע דהיכא ששלחו ביד אדם אחד פטור ומיהו שיהא נאמן וכמו שכתב הטור לעיל בתחלת הסימן דאפילו אם אמר שלח ביד מי שתרצה צריך שישלח לו ביד אדם נאמן וכדרך שבני אדם רגילים להעביר שם ממונם אבל אם שלח לו ע"י מי

שהוחזק כפרן או במקום סכנת דרכים שאין הרבים רגילים להעביר שם ממונם הרי פשע וכו' ע"כ וכ"ש היכא שאמר לו שלח סתם שצריך לשלוח ביד נאמן וכיון שבנ"ד שלחו ביד יהודה שיתננו ביד שלוחי לוי ויהודה נודע לנאמן כמבואר בשאלה ודאי דשמעון פטור אפילו אם כפר בו יהודה וכמו שכתב שם הטור גבי שלח לי ביד מי שתרצה דאם כפר בהם השליח פטור ה"ה והוא הטעם ברד דאמר לו סתם ששלחם ביד יהודה ואף ע"פ שלא הזכיר לו השליח וכמ"ש הרי"ף ואין לומר שפשע במה שלא שלחם תחלה ליד שלוחי לוי דודאי אין זה פשיעה דמנהג הסוחרים לשלוח הכל ביד הפאטור שלהם כדי שהפאטור יעשה הסדר שיסדרו לו ואולי השליח ששלח שמעון שיתנם לפאטור יהודה לא היה מכיר לחכם ולראובן ליתן להם ולכך כתב שמעון לפאטור שלו שהיא יוליכם בעצמו ויתנם להם ואין זה פשיעה בעיני לחייב לשמעון דדרך התגרים הוא זה וראיתי להרב מהר"י אדרבי בפסקיו סימן רי"ד גבי ראובן שכתב לשמעון שלח המעות דרך מדינה פ' ולא פי' ביד מי ושלחם ביד לוי דרך אותה מדינה ולוי לא שלחם לראובן דאם לוי זה הוא בחזקת נאמן דפטור שמעון מפני שלא שנה מדעת משלחו והביא ראיה מדברי הטור מלשון הרי"ף שכתב וכמו שכתבתי לעיל:

ומ"מ יש לי בזה מקום עיון דמצאנו בדברי הרי"ף ז"ל נסחאות חלוקות חדא היא גרסת הטור שגורס בדבריו היכא דשדר ליה כתבא לחבריה ואמר ליה ההוא מידי וכו' שדרינהו נהלי ולא גריס בהדי פלניא ומפני כן הוציא מדבריו דאפי' אם לא יחד לו אדם וכן גורס בעל התרומו' בשער נ"ט והמרדכי ג"כ הביא לשון הרי"ף בסגנון זה בפרק הגוזל קמא וכתב עליו וכן פסק ר"ת אבל נסחא דידן בדברי הרי"ף היא שדרינהו נהלי בהדי פלניא וכן הוא גירסת הרא"ש בדבריו שכן הביא לשונו בפסקיו ומפני כן תמה עליו דלמה תלה הדבר במנהג אם יש עדים שמכירים כתב ידו או שהוא מודה ואלו היה גורס בדבריו כדברי הטור ז"ל לא היה מקום לתמיהתו דאצטריך ליה לתלו' הדבר במנהג מפני שלא הזכיר בדבריו השליח ולא יחדו ומדינא אפשר דלא מהני זה דמתניתין דפרק השואל לא נפקא לן אלא היכא דאמר המשאיל לשואל הריני משלחך ביד בנך וכו' ואמר לי השואל שלח דהוי כמפרש השליח דכוונתו לומר שלח ע"י מי שאתה אומר אבל היכא דלא פי' השליח ודאי לא מהני מדינא אלא מטעם מנהג אלא שלפי גירסתו היא תמיהתו מפני שהוא גורס בהדי פלניא ומפני כן תמה דכן הוא הדין וכדנפקא לן מהשואל ואפי' שיהיה בכתב לא איכפת לן כיון דיש עדים שהוא כתב ידו וכן נראה שגורס רבינו ירוחם גירס' זו בסוף נתיב כ"ח שכתב שם ואם שלח אגרתו שישלחנו ביד פ' ושלחו ונאנס פטור דהכי נהיגי האידנא וכו' כך כתב הרי"ף ז"ל וכו' משמע דגירסתו כגירסת הרא"ש

וא"כ לפי גירסתו ודאי דאין ראיה לנ"ד דשאני התם דהזכיר ע"י פלוני אבל בנ"ד שלא הזכיר השליח אלא סתם נאמר דאם השליח כפר חייב שמעון אלא שיש לומר בזה דכיון דשמעון הוא מוחזק יאמר קים לי כהני דגרסי כהרי"ף הכי והמרדכי שכתב כן בשם ר"ת ג"כ לדידהו לא פשעתי כלל ואני פטור:

ומ"מ עדיין יש לי בזה פקפוק שבעל התרומות כתב בשער נ' על דברי הרי"ף וז"ל משמע דמאן דדייק בלישניה שאעפ"י שלא יחד לו המביא אם רצה למסור המעות למביא כתב זה מפטר מאחריותו אבל הר"מ ז"ל משמע דס"ל שצריך ליחדו וכו' נראה מדברי בעל התרומות שהבין בדברי הרי"ף שמה שאמר לא מחייב באחריותו היינו אם מסרו דוקא ביד מביא הכתב שכן הוא מנהג הסוחרים למסור ביד מביא, הכתב אבל אם מסרו ביד אחר לא דודאי כיון שלא הזכיר שם השליח לא היה לו למוסרו בידו זה נראה מדבריו שכתב אם רצה למסור המעות למביא כתב זה. ויש לי לתמוה על בה"ת דלמה כתב שהרמב"ם חולק על הרי"ף שהזכיר שם השליח שאמר ביד לוי הא הרמב"ם לא כתב אלא לפי הדין הגמור בלא מנהג ראיה לדבר שלא תלה הענין במנהג ומפני כן כתב שיזכיר שם השליח אבל הרי"ף כתב הדבר לפי המנהג שכיון שנהגו כך ליתנו ביד מביא הכתב מנהגא הוי אבל לפי הדין ודאי אין ליתנו ביד מביא הכתב אלא צריך שיזכיר שם השליח אלא שאפשר לומר דכוונתו מדכתב הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל הדין ולא המנהג משמע דלית ליה ההוא מנהגא:

מ"מ למדנו דכוונתו לפרש דברי הרי"ף דנותן למביא הכתב כיון שהמנהג הוא כן וכן נראה שהוא דעת הטור שכתב בסימן הנז' וכתב הראב"ד ובמקום שאין מנהג ידוע וכו'. ותמה עליו הרב ב"י שנראה שהבין בדברי הרי"ף שנהגו לתת הממון למביא הכתב וכו' וזה אינו במשמע דברי הרי"ף ועם מה שכתבתי אתי שפיר דודאי כן הבין הראב"ד בדברי הרי"ף וכמו שהבין דבריו בעל התרומות כמו שכתבתי וטעמייהו הוא מפני שאם לא תאמר כן כוונת הרי"ף קשיא להו איך יתן הממון ביד אדם אשר לא צוה לו המשלח אלא ודאי שהמנהג הוא ליתן למביא הכתב ובהכי סלקי שפיר דברי הרי"ף ז"ל:

מכל זה למדנו דלא אמר הרי"ף כן אפילו לפי הנסחא דלא גרסי בדבריו בהדי פלניא אלא היכא שהמנהג ליתן למביא הכתב ועתה שאין מנהג זה בינינו. ומה גם דבנ"ד לא שייך זה שכתב שישלחם לצפת ואיך יתנם ביד מי שמביא הכתב אם אינו הולך אותו המביא הכת' לעיר ההיא ודאי דלפי זה לא היה לו לשלוח ביד איש שכופר בממון ואם כפר יהיה שמעון חייב אלא שמ"מ אני אומר כיון דלכלהו פירושי הדבר תלוי במנהג

סוחרי' הרי בינינו הוא מנהג סוחרים שכיון שכותבים שישלח ממון כיון ששולח אותו ביד אדם נאמן די לו בכך ואם כן ודאי שיהיה פטור:

הכלל העולה ממה שכתבנו דאם שמעון זה שלחו ליהודה כדי שיתן אותו לחכם ולראובן ויהודה זה הוא אדם כשר ונאמן שנפטר שמעון בכך ויעשה ראובן דין עם יהודה אבל אם שמעון לא כתב ליהודה שיתנם לחכם ולראובן כאשר סדר לוי אלא שלחו סתם לידו כדי שהוא יעשה הסדר ששלח לוי והסדר שהיה מסדר לעשות לחכם ולראובן שיעשה הוא אותו הסדר עצמו ויהיה הוא במקומם אז ודאי פשיטא דפשע בשליחותו שאיך שלח ליהודה המעות כדי שיעשה הוא הסדר כיון שלוי לא שלח לו אלא שישלחם לחכם ולראובן וכיון שפשע ששנה בשליחותו השליחות בטל מכל וכל ואף על גב שאירע שנתן יהודה לחכם ולראובן המעות ונעשתה מחשבתו של לוי במקרה מכל מקום השליחות בטל ויחזור לוי ויתבע מעותיו משמעון ושמעון יחזור ויתבע מיהודה שנתנם לחכם ולראובן. וראיה לדבר מדאמרינן בפרק כל הגט דאם אמר הבעל לשליח שקול חפצא והדר הב גיטא דאם נתן הגט ואחר כך לקח החפץ דהגט בטל אף על פי שנעשתה מחשבתו שלקח החפץ אם כן משמע דכיון דאיכא שנוי כל דהוא השליחות בטל וכן כתב הרב מהר"י קונין זכרונו לברכה בשרש ו' ובשרש כ"ח והאריך שם להוכיח הענין מההיא ראיה שהבאתי ומראיות אחרות יעויין שם וכיון שכן יכול לוי לתבוע מעותיו משמעון:

אבל ראובן שיתבע משמעון נראה לעניות דעתי דאם לא בא בהרשאת לוי דאין טעם לדבריו מכמה טעמי חדא דכיון דהשליחות בטל כמו שכתבתי יחזרו המעות ללוי ואיך יכול ליתן המעות לראובן ועוד דהשליחות היה שיתן לשניהם. יחד לחכם ולראובן וכיון דאין החכם כאן איך יתן לראובן איברא דהרב מהר"י ן' לב בפסקיו ח"ג סימן י"ז חקר בזה אם נאמר דכשאמר פלוני ופלוני הוי שניהם יחד או זה או זה והביא פלוגתא דרבי יאשיה ורבי יונתן ושקיל וטרי אי אמרינן דלא פליגי רבי יונתן ורבי יאשיה אלא בלישנא דקרא אבל לשון בני אדם משמע שניהם יחד והאריך שם הרבה והדבר אצלו בספק קצת והרב הגדול מורי ז"ל בפסקיו הראשונים שאלה ע"ו נטה לומר דמשמע דבלשון בני אדם הוי שניהם יחד וכיון דאיכא הך ספקא איך מפקינן ממונא מיד שמעון אם לא יבאו שניהם יחד החכם עם ראובן דראוי להעמיד הממון בחזקתו ושלא להוציאו מספק ועוד שלוי לא אמר אלא שישלחו המעות להם בצפת כדי שיעשו שם הסדר וכיון שאינם בצפת אולי אינם יכולים לעשות אותו הסדר ואינו חפץ לוי שיתנו להם במקום אחר ואף על גב דהא אמרינן בפרק התקבל ובפרק האיש מקדש דתנהו לה במקום פלוני הוי קפידא משמע דלא הוי אלא דוקא גבי גטין וקדושין מטעמא דאמרו בפרק האיש מקדש בצריכותא

דעביד בגמרא דהנהו טעמי לא שייכי גבי ממון מכל מקום בנדון דידן הוי קפידא משום דאמר שיעשו הסדר ובאותו מקום אולי יכולים לעשותו ולא במקום אחר ועוד מי עדיף ראובן זה משליח שעשאו בעדים לוי והא קיימא לן בשליח שעשאו בעדים דאם לא רצה הלוה ליתן לו רשאי וכדכתב הטור בסימן קכ"ב עד שיביא הרשאה וטעמא משום שיש לחוש שמא ביטל המלוה השליחות וכו' והוא הדין והוא הטעם בנדון דידן וא"כ אין לו מקום לתביעת ראובן אם לא בא בהרשאת לוי ואפילו בא בהרשאה עדיין יש לדון בזה דהרב רבינו משה בר מיימון ז"ל כתב בפרק שלישי מהלכות שלוחים דאם לא ירצה לדון בהרשאה הנתבע הרשות בידו:

הכלל העולה דאין לו לראובן כלום עם שמעון:

נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צג

שאלוני משפטי צדק על דבר ראובן שכתב לשמעון אחיו שיקנה לו כ"כ בגדים עד סך חמשים אמות וגם כתב לו שלא יקח מחנות פ' ומה שיקח יהיה לערך כל כך לבנים האמה ולא יותר והלך שמעון ושנה בשליחותו בכל אלה הדברים שקנה מהחנות אשר צוה אחיו שלא יקנה משם ועוד שקנה יותר ממאה אמות ועוד שלקח בערך גדול יותר ממה שצוה לו אחיו ולא עוד אלא שנתאנה במה שלקח אעפ"י שאינו מגיע לשתות ובעת שלקח מאותו החנות אמר לבעלי החנות שהיה לוקח בשליחות אחיו ושבעדו היה לוקח ואחיו היה החייב והוא יכנס ערב עתה בא ראובן ואומר כי אלו הבגדים אשר קנה מהחנות הנז' אינו רוצה אותם כי שנה שלוחו ממה שצוה לו בכל הדברים הנז' ועדיין לו פרע השליח המעות לבעלי החנות שבשעת הקניה זקפום עליו במלוה ע"פ ולא עשו שטר ביניהם לכן שאלו את פי אם יתבטל המקח אם לאו:

ואשיב בקצרה דלע"ד בטל המקח דהרמב"ם ז"ל כתב בפ"ב מהלכות שלוחין השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני אעפ"י שמשך וכו' ונמצא שעבר. ע"ד המשלח בטל המקח ומחזיר ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו ע"כ ויצא לו זה מהתחלפות הסוגיות דבפרק גט פשוט גבי ההיא איתתא וכו' אמרו שם דחייב השליח לקנות שלא באחריות ולמכור למשלח באחריות ובפרק אלמנה ניזונת אמרו שאם טעה השליח נתבטל המקח לכך הוכרח רבינו לחלק בין כשהודיעו כשהוא שליח להיכא שלא הודיעו וכדבריו כתב הר"ן בריש האיש מקדש והרב הנמוקי בפרק גט פשוט והראב"ד בהשגות נטה לדרך אחרת והרא"ש ז"ל בפסקיו

פרק גט פשוט נראה דמפרש עובדא דההיא איתתא דלא כהרמב"ם ז"ל דמפרש לה בקנה בסתם אלא הוא הכריח דהוי במפרש וא"כ צריך עכ"פ לישב לדעתו להתחלפות הסוגיות דשאני ההיא דפרק אלמנה דלא פשע השליח אלא שנתאנה וכיון שכן ראוי שיהיה מכרו בטל כיון דהוא הלך בשליחות חברו ונתאנה דלתקוני שלחו ולא לעוות אבל בעובדא דפרק גט פשוט לא היה שם אונאה כלל אלא הדברים מפורשים ופרשו בהדיא שקונה שלא באחריות וא"כ כיון דאין אונאה במקח אלא פשיעת השליח ראוי שיתקיים המקח וילקה השליח וזה התירוץ כתב הרב ב"י ז"ל בסי' קפ"ג בשם הרשב"א שכתב בתשובה ועליו כתב וזה כדברי הרא"ש משמע דאית ליה דדעת הרא"ש כן על כן יש לתמוה קצת על הרא"ש מאין יצא לו דהיכא דקנה השליח בסתם דהמקח קיים דאי הרמב"ם ז"ל כתב כן הוא לתרץ השמועות ולכך הוצרך לחלק בכך אבל הוא שמתרץ אותם באופן אחר מנין לו כן אם לא שנאמר דמסברא אית ליה כן: ומ"מ אפשר דלא אמר כן הרא"ש ז"ל אלא גבי ההיא עובדא דההיא איתתא דלא נתאנה השליח אלא פשע ושם כתב דאם היה לוקח בסתם המקח קיים אבל היכא דנתאנה השליח אפשר דאפי' שהוא בסתם אין המקח קיים כיון דלא בא הדבר בפשיעתו ואפילו שיהיה פחות משתות המקח בטל כיון דלקח בשליחות אחר ולא פשע אלא שנתאנה ומפני שאפשר לומר כן כתב הטור על דבריו וזה נוטה לדברי הרמב"ם דאינו ממש כדברי הרמב"ם דאפשר דהיכא דנתאנה השליח אינו מודה הרא"ש להרמב"ם כדכתיבנא ועם זה נסתלקה תמיהת הרב ב"י שתמה על הטור בריש הלכות שלוחין דלמה כתב וזה נוטה דאינו אלא ממש כדברי הרמב"ם ז"ל: באופן דעלה בידנו דהיכא דהודיעו שהוא שליח וקונה לאחר אם שנה השליחות בטל לדעת הרמב"ם והר"ן והרב הנמוקי ז"ל א"כ בנ"ד שעשה כל אלו השנויים כיון שהודיעו שהוא שליח ודאי דאין המקח קיים וכי תימא תינח אי איכא עדים על אלו הדברים אשר צוה לו אחיו והוא שנה אבל אם אין עדים על כך איך נאמין המשלח על כך ואפילו שיודה לו השליח אדרבה נימא חזקה שליח עושה שליחותו כדאמרי' בכמה דוכתי ואינו נאמן במקום חזקה ואימור קנוניא עשו ביניהם השליח והמשלח כדי לבעל המקח לזה אומר דהרמב"ם ז"ל כתב שם בפ"ב גבי סרסור וז"ל ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים ויחרים על מי שנתן לו רשות למכור בחמשים או שרצה בחמשים וחזר בו אחר שקניתי ע"כ הרי שהאמין למשלח להוציא החפץ מיד הלוקח במה שאומר לא נתתי לו רשות למכור בחמשים כיון שהודיעו שקונה למשלח ודין זה דמי להאי דינא דלעיל שכיון שהודיע שהוא שליח בטל המקח וכמו שכתב הרב כסף משנה ואף עפ"י שהראב"ד ז"ל השיגו שם ואמר שאפילו הסרסור מודה

יאמר הלוקח קנוניא אתם עושים לי הרי הליץ בעדו הרב כ"מ דאין ראוי דבשביל טענה חלושה כזו נפסיד למוכר וכו' ואם מפני טענת קנוניא יחרים על מי שנתן רשות וכו':
גם כן נאמר בנ"ד דכיון שהודיעו שהוא שליח נאמין המשלח ויחרימו עליו אם הדבר כן כדכתב הרמב"ם ז"ל ואע"ג דהטור כתב על דברי הראב"ד ז"ל בסוף סימן קפ"ה והכי מסתברא הרי הסמ"ג במ"ע סימן צ"ב כתב בדברי הרמב"ם וא"כ יוכל המוחזק לומר קים לי כוותייהו כיון שעדיין לא פרע המעות ויתבטל המקח ועוד דאפשר דאפי' הראב"ד יודה בנ"ד כיון דעדיין לא כרע המעות ולא כתב שם הראב"ד כן אלא להחזיק החפץ ביד הלוקח שלא להוציאו ממנו לכך אמר אימור קנוניא עשו ביניהם אבל כל זמן שלא פרע להוציא מעות מהלוקח בנ"ד לא אלים האי טעמא ויודה להרמב"ם ז"ל דאפושי במחלוקת לא מפשינן וכן הרמ"ה שכתב הטור בשמו בסימן קפ"ב דיכול לומר המוכר שהמשלח התנה בין לתקן בין לעוות הרי כתב הטעם משום דהמוציא מחברו עליו הראיה אבל בנדון דידן דהלוקח מוחזק כולי עלמא מודו דנאמין המשלח במה שיאמר: ובר מן דין כיון דהוזכר בשאלה דזה נתאנה אפילו שיהיה פחות משתות כיון שהודיע שהוא שליח בטל מקח וכדכתב הרמב"ם דדין השליח הוא דבטל המקח אם נתאנה בכל שהוא ואפי' אין כאן אונאה מהטעם הראשון שכתבנו בטל מקח לע"ד אחר שיחרימו חרם סתם ששנה בשליחותו ואם כפי דברי השואל אשר הגיד לי שיש עד א' שכתב הכתב שמעיד כדברי ראובן ששינה שמעון בשליחותו אפשר דאפילו חרם סתם לא רמינן עליה:
הכלל העולה דבטל המקח בלי שום ספק לעניות דעתי נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צד

שאלה ראובן תושב תוגרמה היה בויניציאה והיה סוחר ופאטור ושלח לו שמעון מקצת עורות למוכרם ומכרם ראובן כפי כתבו לאדם בטוח בהמתנה ב' חדשים ועבר זמן רב יותר מב' שנים ולא שלח ראובן תמורתם לשמעון והיה צועק שמעון נגד ראובן ככרוכיא ואין קול ואין עונה וכשעבר הזמן הנז' השיב ראובן לשמעון כי יש לו משכון מהסוחר שקנה העורות ואין לו כח למכור המשכון ודברי ראובן סותרים זה לזה כי בתחלה כתב שמכר העורות לאדם בטוח ואח"כ כתב שלקח משכון דנראה שלא היה אדם בטוח והסוחר שקנה העורות היה זר מאנקונה והיה ראוי שיעשה ראובן תנאי עם הקונה שאם באולי לא יבא לפדות המשכון לסוף שני חדשים הנז' שיהיה כח ורשות לראובן למכור המשכון ועבר זמן יותר מב' שנים ורצה ראובן לבא לביתו בתוגרמה ומכר המשכון וכפי

אומרו לא הספיקו דמי המשכון שמכר לסכום תמורת העורות בשלימות ושלח ראובן לשמעון תמורת המשכון שמכר ועתה מבקש שמעון מראובן שארית סכום כל העורות באומרו שדברי ראובן כלם הם זיופים מתחלה ועד סוף כי לעת גמר הסחורה בויניציאה נמצא שם סוחר א' מתוגרמה ונעשה הסחורה על ידו והעיד הסוחר הנזכר בתורת עדות שנגמרה הסחורה הזאת ע"י בתנאי שיתן הקונה לראובן ערב בטוח בעד העורות הנז' לפורעם לזמן ב' חדשים ולא נזכר לעת גמר הסחורה משכון כלל ועיקר אלא ערב בטוח הרי דברי ראובן כלם שקרים ועל זה משיב ראובן ואומר שהן אמת שלעת גמר הסחורה נעשה הסחורה בתנאי שיתן לו ערב בטוח ולא נזכר משכון אמנם לעת לקיחת העורות לא רצה הקונה לתת ערב אלא משכון וראובן נתרצה ונתן לו העורות ולקח המשכון אלו הם דברי ראובן ושמעון טוען ואומר שאלו הדברים שאומר עתה ראובן כלם הם שקרים כי בתחלה הכחיש ראובן ואמר שלא היו דברים מעולם שעשו שיתן לו ערב אלא משכון ואחרי שהעיד הסוחר הנזכר שנעשה הסחורה על ידו בתנאי עם ערב בטוח ולא עם משכון חזר ראובן מדבריו הראשונים שהיה אומר שלא היו דברים מעולם שעשו עם ערב בטוח ואמר שאפי' שלעת גמר הסחורה נעשה עם ערב בטוח לעת לקיחת העורות נתחרט הקונה ולא רצה לתת ערב לכן טוען שמעון שכל דברי ראובן הם שקרים עוד טוען שמעון שמאחר שלקח משכון למה לא לקח משכון שישוה סכום דמי העורות וראובן משיב שלעת לקיחת המשכון היה שוה דמי העורות ויותר אמנם לעת מכירת המשכון הוזל וירד מערכו ולא הספיקו דמי המשכון לסכום העורות ושמעון טוען מאחר שהיה שוה המשכון למה לא מכרו באותו הזמן שהיה אחר שני חדשים זמן העורות ומשיב ראובן שלא היה לו כח ורשות למכרו באותו הזמן ושמעון טוען למה שינה מדרך הסוחרים ולא עשה שטר נגד הקונה שכל זמן שלא יבא לפדות המשכון שיהיה כח לראובן למכרו ואז היה לוקח סכום דמי העורות כפי דברי ראובן כי הקונה היה מאנקונה ובהגיע השני חדשים לפרוע חובו לא היה בויניציאה א"כ היה ראוי שיעשה ראובן שטר נגד הקונה שאם לא יבא לסוף השני חדשים שיהיה לו כח למכור המשכון וא"כ עשה פשיעה ע"ז וחייב לפרוע שארית סכום העורות על כל זה יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים. תשובה נראה דשמעון טוען על ראובן שישלם שארית העורות משלשה טענות האחד שדבריו סותרים זה לזה דבתחלה כתב שמכר העורות לאדם בטוח יאחר כך כתב שלקח משכון השני שבתחלה אמר בבית דין שלא היו דברים מעולם שעשו שיתן לו ערב אלא משכון ואחר שבא העד והכחישו בטענה זאת אמר שלעת גמר הסחור' נעשה עם ערב בטוח ולעת לקיחת העורות נתחרט הקונה ולא רצה

לתת ערב אלא משכון השלישי דלמה שינה מדרך הסוחרים שהיה לו לעשות שטר נגד הקונה שאם לא יבא לסוף שני חדשים לפדות משכונו שיהיה לראובן כח למוכרו:
ובטענה הראשונה ודאי דלא צדק שמעון דאפילו היה טוען כן ראובן בבית דין לא היה סתירה באלו הטענות דתרתי הוו היה אדם בטוח ולקח משכון ממנו. ועוד שיכול לתרץ דבריו דהבטחון הוא מפני שלקח משכון ממנו ואם כן כיון שאם היה טוען כן בבית דין לא הוי סתירה אפילו נחשוב מה שכתב לו כאלו טען בבית דין אין בכך כלום דלא סתר דבריו:
גם מה שטען דהעד הכחישו גם בזה לא צדק איברא דכתב הטור בהלכות טוען סימן ע"ה דהיכא דטען תחלה לא היו דברים מעולם ובא עד אחד והכחישו ואחר כך טען לויתי ופרעתי דמתוך שאינו יכול לישבע משלם גם הרמב"ם ז"ל כתב כן בפרק ד' מהלכות טוען אלא דהטור בסימן ע"ט כתב אבל הטוען לא היו דברים מעולם וחייבוהו שבועה וכשבא לישבע חזר וטען וכו' אפילו עד אחד מכחישו ישבע היסת שפרע דמשמע דחולק על מה שכתב בסי' ע"ה וכמו שהקשה הרב ב"י שם שכתב וז"ל קשה לי דאם מכחישו בטענה ראשונה הרי הוחזק כפרן וכו' קושיתו ודאי קושיא אבל לא בההוא גוונא דמקשה לה דאיהו מקשה משום דהוחזק כפרן ולע"ד אינו כן דהרמב"ם כתב בפרק ו' מהלכו' טוען דאינו כפרן עד שיבאו שני עדים, ויכחישוהו ואם כן עד אחר אינו עושה אותו כפרן ומה שכתב בהכחישו אחד מתוך שאינו יכול לישבע משלם כבר ביאר דעתו בעל התרומות וכמו שהביא שם לשונו הרב בית יוסף דלאו טעמא משום דהעד זה שהכחישו החזיקו כפרן דודאי אינו מוחזק כפרן בכך אלא טעמו משום דכשזה אמר לא לוה והעד בא והכחישו הרי הוא חייב שבועה מן התורה וכיון שהוא חייב שבועה מן התורה אם אינו יכול לישבע אותה משלם וכשזה אמר אחר כך לויתי ופרעתי הרי אינו יכול לישבע השבועה שהוטלה עליו מן התורה בטענתו אשר טען כבר ולכך משלם ואף על גב דאיכא מגו מכל מקים אמרינן מתוך שאין יכול לישבע משלם דהכי אמרינן בנסכא דרבי אבא ליפטריה איכא סהדא וכתבו התוספות בפרק חזקת בשם ריב"ם דאע"ג דאיכא מגו כן הוא הדין שישבע להכחיש העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטר ומה שכתב כאן הרב בית יוסף דלא חציף לומר לא חטפי בידא להכחיש העד דחו התוספות שם זה הטעם אבל הקושיא היא קושיא בגוונא אחרינא דכיון דהוא כתב בסימן ע"ה דין זה כהרמב"ם ז"ל דמתוך שאינו יכול לישבע משלם היכא שהכחישו העד תחלה קודם שטען שלוה ופרע איך כתב כאן בהפך ונראה לי לתרץ דאית ליה לרבינו כהרמ"ה דכתב בשמו לקמן בסי' פ' דאפילו באו עדים והכחישוהו בטענתו הראשונה אחר שטען טענה שניה

לא מהימן בבתרייתא משום דאמרי' אולי מפני שידע שהיו עדים בדבר חזר מטענתו הראשונה ולפי זה מה שכתב רבינו כאן אפילו אם עד אחד מכחישו היינו אחר שטען טענה שניה בא עד אחד והכחישו לטענה הראשונה ואלו היו שנים לא הוה מהני ליה בתרייתא כהרמ"ה אבל מפני שאינו אלא א' נאמן דלא אמרי' דמפני שידע שיבא עד אחד חזר מטענה הראשונה דאינו ירא על כך:

אבל מ"מ עדיין קשה במ"ש ישבע שאינו יודע ויפטר הא כיון דאיכא עד אחד שאומר שחייב והוא אומר איני יודע אמרי' ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכמו שכתב הטור בסי' ע"ה דכיון דעד אחד מסייע לתובע ברי ושמא ברי עדיף ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ומפני שהרב ב"י לא שת לבו לקושיא זאת כתב ואין לפרש שהעד מכחישו בטענה שני' דא"כ זה נשבע להכחיש ואמאי ישבע שבועת היסת שבועת התורה מבעי ליה משמע דשבועת התורה הוה ניחא וזה אינו דבחלוקה דאיני יודע אמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם וצריך עיון:

מ"מ למדנו דטען טענה ובא עד א' והכחישו ואח"כ חזר בו מטענה ההיא אמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם ומכאן נראה דהדין עם שמעון:

אבל כד מעיינת ביה לאו מילתא היא כלל דכיון דעד א' אינו עושה אותו כפרן אלא שנים כדכתיבנא ואי אתה בא לחייבו אלא משום שהעד מחייבו שבוע' התורה ואינו יכול לישבע היינו כד טעין הוא שלא לוה ובא העד ואמר שלוה הרי חייב שבועה מן התורה להכחיש העד שהוא מחייבו ליפרע שאמר שלוה אבל בנ"ד שאמר שלא עשו שיתן ערב והעד הכחישו ואמר שעשו שיתן ערב לא חייבו העד ממון כדי שנאמר שישבע להכחישו דהעד לא אמר אלא שהתנאי היה שיתן ערב ומי יודע אם נתן לו ערב או אם הערב פרע או היה ראוי לפרוע ולא דמי להיכא דהוא אומר לא לוה והעד אומר שלוה שהעד מחייבו ממון ואלו היו שני עדים מכחישים אותו בדבר זה ודאי דהיה מוחזק כפרן על פיהם והיה ראוי לדמותו לעובדא דפרק שבועת הדיינים דף מ"ב דאמר פרעתיך מאה קבי עפצי דקיימי בשיתא שיתא ואתו סהדי ואמרי דהוו קיימי בד' ד' ואע"פ שלא הכחישוהו אלא בענין השער הוחזק כפרן אע"פ דיש לחלק דשאני התם כיון דהוא אמר דפרע מאה קבי והעדים היו אומרים שהיו הקבי קיימי בד' ד' הרי מחייבים אותו ממון שהוא המאתים אבל מ"מ אלו היה כאן שני עדים היינו דנין על כך דדילמא הוחזק כפרן אבל כיון דעל פי עד אחד לא הוחזק כפרן א"כ אין לחייב אלא היכא דהעד מחייבו ממון בעדותו על פי טענתו של נתבע כיון שהוא אומר שלא לוה דהיינו שלא פרע משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי והעד מודה שלוה ואפילו בהא פליג הרשב"א ז"ל על דין זה

וכדכתב שם הרב ב"י שהביא תשובה לו דלא אמרי' כל מקום ששנים מחייבים ממון עד אחד מחייבו שבועה אלא ע"פ עדותם לבד אבל הכא מחייבים אותו השנים ממון מתוך שכפר וחזר וטען וכו' יעו"ש וא"כ נמעט במחלוקת כל מה שנוכל ונאמר דהרמב"ם והטור והראב"ד ז"ל שנראה שהודה להרמב"ם ז"ל בהשגות פרק רביעי מהלכות טוען דאית להו האי דינא מודו בנ"ד להרשב"א:

ובר מן דין אני אומר דיכול שמעון ליישב טענתו ולומר דמה שאמר תחלה לא היו דברים מעולם שעשו שיתן לו ערב רוצה לומר דלא נעשה כן בעת לקיחת העורות אע"פ שמתחלה נעשה וכבר כתב הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל פרק ששי מהלכות טוען דכשאמר תחלה אין לך בידי כלום והלך התובע והביא עדים שהלוהו בפניהם ואמר כן היה אבל החזרתי לו פקדונו לא הוחזק כפרן ונשבע היסת ונפטר משמע דמתרצינן דבוריה דאין לך בידי רוצה לומר שפרע ומשמע דאע"ג דלא טעין טענינן ליישב דבריו דאם לא כן היה לו להרמב"ם ז"ל לכתוב דאם טען כן נאמן וכמו שכתב בפרק ט"ו מהלכות טוען גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי וכו' שכתב שם חזר זה המחזיק ואמר כן של אבותיך היה וכו' משמע התם דצריך שיטעון הוא כן וכאן לא כתב שצריך שיטעון הוא כן משמ' דהאי לישנא דאין לך בידי אין פירושו רחוק לומר דרוצה לומר פרעתי ולכך אנו מתרצים בעבורו אבל ההיא דזה אומר של אבותי דהוא פירוש רחוק יותר צריך שיטעון הוא כן ואע"ג דהטור ז"ל כתב בסימן ע"ה כשכתב דין זה שיכול לתקן דבריו הראשונים ולומר אין לך בידי דקאמינא שהרי פרעתי וכ"כ שם עוד ולפי זה לא היה יכול לחזור ולתקן דבריו אין הכוונה שיאמר כן הוא בפירוש אלא מפני שיכול לומר כן אנו מתרצים בעבורו כדמוכח מדברי הרמב"ם ז"ל כדכתיבנא:

וא"כ בנ"ד דאין הפירוש רחוק ודמי להההיא דאין לך בידי כלום ודאי דאנו מפרשים בעבורו דרוצה לומר דלא עשו שיתן ערב בעת לקיחת העורות ולא צדק שמעון באלו הטענות:

אבל בטענה השלישית שטען ששנה מדרך הסוחרים אם דרך הסוחרים הוא כן לעשות כתב וראובן לא עשה ומפני כן נמשך אותו ההיזק ודאי דחייב לשלם וכן כתב הרמב"ם פרק ה' מהלכות שותפין המשתתף עם חברו לא ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה וכו' ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תדיר בהקפה משמע דאפילו יש קצת בני אדם שמוכרים בהקפה ומכר הוא כן חייב וכן כתב שם הרב כסף משנה גם אני אומר בנ"ד אם דרך רוב הסוחרים לעשות כן והוא לא עשה כתב זה ומפני כן לא מכר המשכון ונמשך ההיזק ההוא חייב בלי ספק הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צה

שאלה ראובן היה לו פקיד בארץ אחרת שהיה קונה בעדו סחורות מהם במדודים ומהם בהמתנה ויהי באחד מהימים הלך ראובן לעירו של הפקיד ובעת ההיא קנה הפקיד לשם ראובן כל כך קורדובאניש בהמתנה ונכנס ראובן יחד עם הפקיד בשטר החוב שנתחייבו שניהם אל הגוי לפרוע דמיהם לזמן ידוע וכאשר הלך ראובן אל היריד נתן ומסר דמי החוב ההוא אל הפקיד שיוליכם לעירו ויפרעם אל הגוי בעל החוב ויקרע השטר חוב ולאחר ימים הלך הפקיד לעירו של ראובן ושם עשו כל חשבונותיהם ולא זכר הפקיד שום דבר מחוב הגוי לראובן ועוד בהיותו הפקיד שם נתן ומסר ראובן ליד הפקיד סך מעות כדי שילך ויקנה קורדובאניש לחשבונו כאשר ימצא ויוליכם לעירו ומשם ישלחם לויניציאה לחשבון ראובן וכן עשה הפקיד עד שהגיע לעירו ובהיותו בעירו עם הקורדובא' הלך ראובן שם ומכר מקצת הקורדובאניש ומקצתם הניח בידו וצוה אל הפקיד שישלחם למקום אחר וכן עשה הפקיד ויהי היום לסוף עשרים שנה בא הפקיד הנזכר לעיר ראובן הנזכר ותבעו לדין וטען עליו כי הוא פרע דמי החוב שנתחייבו אל הגוי הנזכר מממונו והביא השטר חוב שהיה ביד הגוי בידו וכתוב בשולי השטר בכתיבת נוצרית שהודה הגוי שנתפרע החוב מיד הפקיד ובכן תובע מראובן שיפרע לו דמי החוב ההוא שפרע בעדו אלו הם טענות הפקיד וראובן משיב וטוען כמה טענות ראשונ' שאם כנים דברי הפקיד שהוא פרע מממונו דמי החוב ההוא א"כ למה אח"כ כשנתראה פנים בפנים עם ראובן בעירו ובאו לחשבון למה לא תבע ממנו אותם המעות וגם כשחזר ומסר ראובן בידו כמה מעות למקצת קורדובאניש וגם אח"כ כשנשארו בידו מאותם קורדובאניש למה בכל הפעמים האלה לא נתעורר לבקש אותם המעות או להתפרע הוא עצמו כי אין אדם עשוי להניח מעותיו על קרן הצבי אלא ודאי נכרים דברי אמת שכבר נתפרע ממנו בטענת ראובן. שנית טוען ראובן כי מאין לו לפקיד מעות לפרוע כי היה מוחזק לאיש עני. שלישית טוען ראובן כי אותו שטר חוב שביד הפקיד אינו כתוב בו שלא ישמטנו וכו' וכבר עברו כמה שמיטות ואם הגוי אינו בדין שמיטה הפקיד ישנו בדין שמיטה וכיון שהוא עתה התובע כבר השביעית השמיטתו. ועוד טוען שכתיבה הנוצרית מי יגיד לנו שהיא כתיבת הגוי עצמו שמא נפל השטר מהגוי ומצאו הפקיד והכתיב לשון ההוא ע"י גוי אחר בשולי השטר ומלבד כל אלה האומדנא הגדולה שאיש כמוהו אשר

לא כביר מצאה ידו איך הניח דבר כזה לתובעו לסוף עשרים שנה ילמדנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה מה שטען ראובן דכשחזר ומסר לפקיד כמה מעות למקנת קורדובאניש למה לא נתפרע מאותם המעות טענה ראויה ונכונה היא אם אחר שפרע הפקיד המעות לגוי בשביל ראובן נכנסו מעותיו בידו ומסרם לו והיינו דאמרי' בפרק שני דייני גזרות המוציא שטר חוב על חברו והלה הוציא שמכר לו את השדה אדמון אומר אלו חייב הייתי לך היה לך ליפרע את שלך ועד כאן לא פליגי רבנן עליה דאדמון אלא באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי אבל באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כולי עלמא מודו ונ"ד כשמסר לו המעות למקצת קורדובאניש לא כתב לו שפר וכיון שכן היה לו להתפרע ממנו:

ועוד דהטור כתב בריש סי' פ"ה בח"מ בשם הרמ"ה דהיכא דראובן הוציא שטר על שמעון ושמעון על ראובן מאוחר לשטרו של ראובן והגיע זמן הפרעון קודם שלוה משמעון יכול שמעון לומר לראובן אלו הייתי חייב לך לא היה לך ללוות ממני לא שנא באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי לא שנא באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ונדון דידן דכוותא היא והגם כי יש חולקים על הרמ"ה ז"ל יכול ראובן המוחזק לומר קים לי כוותיה כל שכן דבנ"ד כ"ע מודו כדכתיבנא ולא צריכא להאי דהרמ"ה ז"ל וא"כ הדין עם ראובן מכח טענה זאת: אך מה שטען כי מאין היה לו לפקיד ממון לפרוע אין זו טענה דאמור מציאה אשכח או בא לו שום ריוח או דבר אחר כיון ששטרו בידו נאמן לומר שפרע אם כתב לו הגוי התקבלתי. ומה שטען דאותו השטר אינו כתוב בו שלא ישמט: איברא דהרשב"א ז"ל כתב בתשובה הוזכרה בב"י חשן משפט סוף סי' ס"ז דשמעון דלוה מעות מגוי ונעשה לו ראובן קבלן והוצרך ראובן לפרוע לגוי בכח החצר ואחר נכנסה שמיטה דאם הגוי מכר שטרו לשמעון דאין השביעית משמטתו דאין הגוי בתורת שביעית וישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי וכו' וסיים דבריו שם דלאו דוקא קבלן אלא אפילו ערב ג"כ הוא משמט לפי שמשעה שפרע חזר על הלוה כמלוה ונעשה לו כמלוה על פה ומשמט א"כ בנ"ד ג"כ שפרע הפקיד בעד ראובן ובאה השמיטה אחר כך יש לו להשמט דכיון דפרע בעדו נעשה לו כמלוה על פה:

אך ראיתי להרב מורי ז"ל בפסקיו ח"ב סימן רל"ז דהסכים שאין שמיטה נוהגת בזמן הזה אע"ג דמתחלה היה דעתו שנוהגת כיון שראה אח"כ דברי רבו מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל דאין שמיטה נוהגת חזר בו. אך הרב הכהן נר"ו בפסקיו ח"א סימן פ"ה נוטה לומר דשמיטה נוהגת בזמן הזה והרב מהר"י אדרבי בפסקיו סימן ק' כתב וסתם דאם יש מנהג קבוע בעיר שלא לישמט אינו משמט ולכאורה נראה דמנהג קבוע הוא בעיר שלא לישמט

וכמו שכתב הרב מורי ומשום האי טעמא לחוד לא הייתי מזכה לראובן כיון שמורי ז"ל חזר בו ופסק דאין שמיטה נוהגת בזמן הזה אך מהטעם הראשון הדין עמו כדכתיבנא:
גם מהטעם האחר הבא בשאלה דצריך שנדע שהוא כתיבת הגוי בעל השטר הדין עמו דהא קי"ל דכדי לגבות החוב הערב מהלוה צריך שיכתוב המלוה לערב התקבלתי ממך דמי החוב ואז חשוב כשטר גמור אליבא דכ"ע לענין שאינו נאמן הלוה לומר פרעתי כיון שהשטר ביד הערב וכתב לו המלוה התקבלתי אבל בנ"ד דלא נודע ע"פ ב' עדים נאמנים שהוא כתב הגוי ודאי דאין זה כתב לו התקבלתי ויכול לומר לו פרעתיך כי אין שטר החוב שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר כמו שכתב הטור בסימן ק"ל:
ומה שטען ראובן דאומדנא גדולה היא שאיש עני כמוהו איך הניח דבר כזה לתובעו לסוף כ' שנה זו אינה טענה דהטור כתב בסימן ס"א שאלה להרא"ש וכתוב שם וז"ל מה שרצית לפסול השטר מפני שלא הוציאו בחיי אביהם ועוד מפני שבא לתכלית העניות אין זו טענה לפסול השטר ע"כ ומ"מ נראה משם דאהני הא לשוויי האי דינא כדין מרומה לחקור ולדרוש בו ומ"מ מהטענות הראשונות נראה דזכה ראובן בדינו כדכתיבנא הנלע"ד כתבתי:
הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צו

שאלה שטר א' שכתובים בו עניינים שונים והעדים החתומים בו מעידים בפיהם עדות נאמנה שבשעת חתימת השטר לא דקדקו היטב על כל העניינים הכתובים בשטר והנה אמת נכון הדבר שעל זה חתמו ועל זה לא חתמו שלא עבר בפניהם יורנו מורנו אם מפיהם אנו חיים ויהיו נאמנים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו אם לאו ומה' תהי משכורתו שלמה:
תשובה בירושלמי שנינו גבי שטרות המוקדמין מי מודיע ר"ש בר אבא בשם רבי יוחנן הן הן עדיו והקשו והא אמר ר"ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי תמן כשאומרים לא חתמנו ברם הכא יכול לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו ע"כ. וכתבו הר"ן בריש ר"ה וכתב משם הר"ז ומכאן אנו למדים שכל טעות שהעדים מצויים לטעות בו נאמנים ע"כ גם הטור בח"מ סי' ע"ה כתב שטר שיש בו נאמנות וכו' אבל אם העדים בפנינו ומעידים שלא כתבוהו בצווי הלוה אלא מפני שופרא דשטרי כמו שרגילין הסופרים לכתוב בכל:

השטרות וכו' אין סומכין על הנאמנות ואין כאן מגיד וחוזר ומגיד דאיכא למימר אשאר מילי דשטרא חתימי כדאיתא בירושלמי נאמנים העדים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו ע"כ. משמע מכל הני דדווקא בדבר שאפשר שהעדי' יטעו בו בהא הוא דאמרי' דיכולים לומר על זה לא חתמנו אבל בדבר הפשוט שאין העדים מצוים לטעות בו לא דהר"ז כתב כן כדכתיבנא גם לשון הטור הוא כיוצא בו שכתב שהעדים נותנים טעם לדבריהם שכחבוהו לשופרא דשטרא כדרך הסופרים לכתוב כן משמע דאם לא נתנו טעם לדבריהם ואין הדבר מצוי לטעות לא וההיא דשטר מוקדם הוא דבר מצוי לטעות דלא הרגישו במה שהוא מוקדם וכדכ' הטור בח"מ סי' מ"ג ולזה כתב הר"ז ז"ל שצריך ב"ד גדול להחמיץ הדין כלומר לידע אם הוא דבר מצוי לטעות או לא ותלוי הדבר בעיני ב"ד וכל זה הוא לדעת המפרשים דמפרשי הירושלמי בכתב ידן יוצא ממקום אחר: אבל יש להרמב"ן ז"ל בזה דרך אחרת דהוא מפרש הירושלמי באין כתב ידן יוצא ממקום אחר וכמו שכתב שם הר"ן בריש ר"ה והרב הנמוקי בפרק איזהו נשך וביאר דבריו הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים דף קל"ה שמפרש דהירושלמי בעי לאוקומי מתניתין דשטרי חוב המוקדמין אפי' לרבי מאיר ורבי מאיר אית ליה בפרק האשה דמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו והעדים שאמרו כתב ידינו זה אפילו שאין כתב ידן יוצא ממקום אחר שוב אין נאמנים לומר אנוסים אנו ואליביה פריך התם דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי וא"כ אפילו דמוקמת מתניתין בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר לא מתוקמא לרבי מאיר והא דבעי לאוקומי מתניתין אליביה יש לי לומר משום דסתם מתני' רבי מאיר ועוד דבפרק איזהו נשך מוקי הך מתניתין ר"ל כרבי מאיר דקניס התירא אטו איסורא כדאמרי' התם ואיהו גופיה אמר דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה וכו' א"כ קשה לדידיה מתניתין דלא מתוקמא כר' מאיר כדמוקי לה איהו גופיה ואע"ג דמאן דשני בירושלמי הן הן עדיו היינו רבי יוחנן ועליה פריך מהא דר"ל מ"מ פריך לר"ל גופיה דהיכי מתוקם לדידיה מתניתין דע"כ צריך לתרצה כדתריץ רבי יוחנן דקאמר הן הן עדיו דאל"כ מי מודיע וכיון שכן מקשה ליה דאיהו גופיה אמר דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי ואיהו מוקי לר' כר' מאיר וא"כ לא מתוקמא מתניתין כדכתיבנא ועוד אפי' לרבי יוחנן גופיה פריך דאיהו מוקי מתניתין נמי כרבי מאיר דבפרק איזהו נשך קאמר אפילו תימא רבנן וכו' משמע דמתניתין אתיא ככ"ע ולהכי פריך מר"ל ושני דכיון דאין כתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו בדבר שהוא מצוי לטעות אבל כשכתב ידן יוצא ממקום אחר אפילו בדבר המצוי לטעות אינם נאמנים זה דרכו של הרמב"ן ז"ל. נמצינו למדים

בנ"ד דאם הוא דבר שאינו מצוי לטעות לכ"ע אין העדים נאמנים על כך ואם הוא דבר שמצוי לטעות להר"ז הלוי וסייעתו נאמנים העדים לומר טעינו אפילו כשכתב ידן יוצא ממקום אחר ולהרמב"ם דוקא בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אבל אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אין נאמנים וכן נראה דעת ר"י והרא"ש לכאורה שכתב הטור בסי' מ"ג או שאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואמרו שטעו בשנת המלך וכן כתב א"א הרא"ש ז"ל א"כ בנ"ד בדבר המצוי לטעות וכתב ידן יוצא ממקום אחר ואמרו העדים טעינו הוי פלוגתא דרבוותא ואם העדים באים להחזיק ממון במה שאומרים טעינו מוקמינן ממונא בחזקתיה ואם באו להוציא אינם נאמנים כיון דהוי פלוגתא דרבוותא אבל בשאינו מצוי לטעות לכ"ע אינם נאמנים ומה נקרא דבר המצוי לטעות זה תלוי בעיני ב"ד ועל זה כתב הר"ז וצריך לזה ב"ד גדול ולהחמיץ הדין הנראה לע"ד כתבתי:
הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צז

שאלה ראובן מינה לשמעון אפטרופוס להיות מפקח על בנו ועל עזבון שלו ושמעון בעת שצוה ראובן להיות אפטרופוס לא נמצא בעיר אמנם אחרי ביאתו נתרצה להיות אפטרופוס כמצות המת ולאחר שנתגדל היתום והיה בן י"ד או בן ט"ו שנים עמד בחשבון עם האפטרופוס הנז' ונמצאו בידו מעזבון של אביו י' אלפים לבנים ונתפשר היתום עם האפטרופוס שיעמדו המעות בידו עוד חמש שנים אחרים ויתן לו אחר חמש שנים חמש אלפים ות"ק לבנים אחרים ריוח הכל בלי שום אחריות כלל רק רבית קצוצה ולאחר הגיע הזמן מהחמש שנים בקש היתום מהאפטרופוס הט"ו אלפים ות"ק לבנים שהם הקרן והריוח ולא היו בידו כפי שעה ובקש היתום ממנו שלפחות יעשה לו שטר חוב מהמעות הנז' כולם וכן עשה והחתים לו שטר חוב מט"ו אלפים ות"ק לבנים ולא עברו ימים מועטים ופרע ליתום הי' אלפים לבנים שהם הקרן בלבד ובין כך ובין כך נפטר היתום לבית עולמו וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק וקמו יורשי היתום ותובעים מהאפטרופוס שארית החוב שנתחייב בשטר מקויים והאפטרופוס הנז' הוציא עכשיו שטר מקויים שריר וקיים על אביו של יתום הח' איך היה חייב לו ט"ו אלפים לבנים וטוען שבהיות שבזמן שמת ראובן לא נמצא בעיר ושעל כן לא תבע החוב הזה אז ויורשי היתום טוענים שא"כ למה נתחייב לבנו היתום אח"כ בשטר ולא היה מנכה אליו חוב אביו והוא טוען שפעמים רבות תבע מהיתום חוב זה מאביו והיתום היה אומר או תביא עדים או תוציא שטר מקויים ואז בקש וחפש למצוא השטר חוב זה שהוציא עליו עכשיו מט"ו אלפים

ולא מצאו וגם שכח מי הם העדים החתומים בשטר ההוא ובין כך ובין כך העולם היו מרננים אחריו שהיה רוצה לאכול ממון היתום שמינו לידו והוא למען ירחיק מעליו לזות שפתים הוכרח לעשות לו השטר וגם הוכרח לפרעם אמנם היה שומר הדבר בלבבו לאמר ימים ידברו אי יתגלה השטר או עדי השטר וכל זמן שלא נתגלה הוכרח לפרוע לו העשרה אלפים לבנים מהקרן אמנם הריוח טען שאפילו שלא ימצא השטר עכ"ז אינו חייב לפורעם לו מפני שהם רבית קצוצה ואסור אפילו ליתומים קטנים כיש לגדול כמוהו ויורשי היתום טוענים שהם אינם יודעים כלום רק הם מוצאים שטר מקויים ומה שפרע ליתום יהיה פרוע ותובעים השארית באומרם מי יודע אם היה הכל קרן ולא ריוח כדבריו ועוד שאפילו שהיה ריוח למה כתב לו בשטר ואפטרופוס טוען שהוא היה סובר שאפילו היתומים גדולים מותרים אפי' ברבית קצוצה אבל עכשיו אמרו לו שהדין אינו כן וגם טוען שהיתום בהיותו חי תבע לו כל החוב בשלמות ובזאת הטענה עצמה דחה אותו ושיש עדים מגידי אמת על זה שעמדו בפניהם ונתברר הענין מפי היתום והאפטרופוס שהיו מרבית קצוצה ועתה יורנו מורנו אם עכשיו שמצא שמעון האפטרופוס השכר שהיה מבקש כל כך זמן שריר וקיים אם יוכל לגבות עמו תשלום כל הט"ו אלפים לבנים ואם לא יזכה בזה אם יכול לעכב אלו החמשה אלפים ות"ק לבנים מדין רבית שיש עדים שנתברר הענין בחיים חייתו של היתום שהיה שארית זה רבית קצוצה ושעל כן לא נתן לו השארית הזה כמו שנתן לו הי' אלפים לבנים האחרים על כל זה יורנו מורנו ורבינו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה אומר בהך שטרא דהוציא שמעון האפטרופוס על ראובן המת חספא בעלמא הוא דודאי שייך ביה טענה דאדמון דאמר בפרק שני דייני גזרות אלו הייתי חייב לך האיך אתה לוה ממני דביהבי זוזי וכתבי שטרא מודים לו חכמים ונ"ד נמי יהבי זוזי והדר כתבי שטרא הוא דהא הוה ליה זוזי מעיקרא ואח"כ כתב השטר ונתחייב ליתום וכ"ת הכא טוען שאבד השטר ועתה מצאו לאו טענה היא דהרי אף ע"פ שאבד השטר היה נאמן אם היה טוען בב"ד חייב לי אביך כנגד אלו המעות כ"כ אחרים והיה נאמן בשבועתו מגו דפרעתי וכ"ת שמעון זה מוחזק לכשר וירא שמים הוא ולא רצה לישבע בב"ד אע"פ שלדעת הרמב"ם היא מ"ע לישבע מי שחייבוהו ב"ד שבועה לא היא דודאי טענה חלושה היא זאת ועוד דלאו כל כמיניה לומר שאבד ועתה מצאתיו דא"כ תמה על עצמך למה אמר אדמון דיכול לומר לו אלו הייתי חייב לך האיך אתה לוה ממני לימא ליה סמכתי על נאמנותך והוא נאמן במגו דיכול לומר אבדתי שטרי ועתה מצאתיו דהא כתוב בהגהות אשר"י מצאתי יסור הרב הכהן מספקא אם אדם הוציא שטר על

חברו ואותו אומר בו לא פרעת לי בזה השבוע כך וכך והוא השיב לו אמת כדבריך אבל האמנתיך נאמן מגו דיכול לומר לא פרעתי לך שום דבר כי לא הייתי חייב לך וכו' ע"כ הרי דנאמן לומר סמכתי על אמונתך כיון דאיכא מגו וא"כ ה"נ איכא מגו אלא ודאי דלאו כל כמיניה לומר אבד שטרי ועתה מצאתיו: וכ"ת הרי בא בשאלה שראובן תבע זה החוב ליתום ואם היתה תביעה זאת בב"ד למה לא יועיל זה במקום מסירת מודעא דהרי ראובן טען ואמר שאבד שטרו לכך הוא עושה שטר אחר ובגמרא אמר אדמון באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי איבעי ליה למימסר מודעא דמשמע דמסירת מודעא סגי זה אינו כלום דבשלמא בגמ' מועיל מסירת מודעא דלכך מוכרו כדי שיוכל למשכנו והיא טענה ראויה אבל הך טענה דאבד לאו טענה היא כדכתבתי ועוד דהא היה יכול לישבע והיה נאמן בשבועתו כדכתיבנא:

כלל הדברים שאין בטענה זו ממש אבל מה שטען שיביא עדים שהוא רבית קצוצה ודאי שאם יביא עדים מעידים שזה השטר נעשה ברבית קצוצה בלא הכשר הוי שפר שיש בו רבית וחספא בעלמא הוא והדין עמו אבל כל זמן שלא יביא עדים אין טענתו טענה ודאי בזה לשאלה וה' ינחנו בדרך נכונה ויצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:

נאם הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

הדין ברור כמו שיפה כתב החכם השלם הפוסק אלא שהייתי רוצה להאריך קצת בקצת מקומות שמהם נראה קצת סתירה לכאורה אך לא ניתן לי זמן וגם כי לענין הפסק דין אינו צריך כי מלבד הראיה מהחכם השלם נר"ו שאין מקים לנגד כלל כל מי שיש לו מוח יכיר ויבין כי דברי האפטרופוס דברי היתול הם ולכן לא חששתי להאריך וחתמתי שמי על הדין ועל האמת:

הצעיר שמואל די מדינה:

שאלה צח

שאלה ראובן יש בידו שטר מקויים שחייב לו שמעון מאה פרחים ורצה ראובן הנז' לקנות מהמעות הנז' שחייב שמעון הנז' כך סחורה ובא ראובן הנז' והשטר מהחוב הנזכר בידו ואמר ללוי רוצה אתה לתת לי כך סחורה חלף שטר הנזכר אשר יש לי על שמעון והשיב לוי לראובן אני אתן לך הסחורה בעד השטר הנז' לוי קבל השטר מיד ראובן וראובן קבל הסחורה מיד לוי הנז' ושמעון החייב הנז' היה מחויב בשטר הנז' לחתוך הדיטה לזמן קצוב כמו שכתוב בשטר הנז' ולעת שנתן לוי הסחורה לראובן אמר לוי לראובן בזה התנאי אני נותן לך הסחורה הנז' שאתה תהא חייב לי על החוב הנזכר שאם לזמן הקורטי

מהדיטה או לזמן הפרעון לא יפרע לי שמעון הנז' שאתה חייב לפרוע לי החוב הנז' ואז ליותר יפוי כח מלוי הנז' נתן ראובן כתב ידו וכך אמר בכתב הנז' אני ראובן מהשטר ממאה פרחים שחייב לי שמעון נתחייבתי לעשות עם שמעון הנזכר שיחתוך הדיטה לזמן הכתוב בשטר הנז' ואם שמעון הנז' לא ירצה לחתוך הדיטה הנז' לזמן הנז' אני מחייב לך עד שאתה תהא פרוע משמעון מהשטר הנזכר ובא והגיע זמן קורטי מהדיטה הנזכר וראובן לא היה שם שעזב השטר ביד לוי והלך למקומו ונתן כח ללוי הנז' שיגבה ויחתוך הדיטה מהשטר הנז' משמעון ולא דרש לוי הנז' ולא בקש משמעון הנז' שיחתוך הדיטה הנזכרת כיון שיגיע זמנו מפני שכוונתו של לוי שיאריך הזמן מהקורטי הנזכר מפני הריוח שירויח משמעון הנז' היא שלו מהקורטי הנז' ועל ככה לא רצה לשאול לשמעון שום תביעה כלל ואחר שעבר הזמן מהקורטי ומהפרעון הנזכר נמצאו שלשתם ליריד אחד ראובן ושמעון ולוי הנז' ואמר לוי לראובן עדיין לא נתפרעתי משמעון והשיב ראובן ללוי ואמר למה לא עשית השתדלות לגבות ממנו השטר מהחוב הנז' עתה שהוא פה עמנו תן לי השטר הנז' ואני גובה מעמו הסך הנז' והשיב לוי לראובן אין השטר עתה בידי ועל ככה לא תבע ראובן משמעון החוב מהשטר הנז' כי אין השטר בידו כדי לגבותו ממנו ואח"כ עבר זמן הרבה שלוי הנז' לא עשה שום השתדלות כלל ועיקר לגבות החוב הנז' ולא תבע לו לא בפני דין ישראל ולא בנימוסי שאר האומות כלל עתה בא לוי וירצה החוב מראובן הנז' והשיב ראובן למה לא תבעת השטר הנז' מיד לוי ולא עשית שום השתדלות כדי לגבותם ממנו מהכח שנתתי לך וכו'. על כן יורנו מורנו יורה משפטי צדק אם הדין עם לוי לפי שיש בידו הכתב מיד ראובן שחייב לו או לא ושכרו יהיה כפול מן השמים:

תשובה אם לא הקנה ראובן ללוי השטר בכתיבה ומסירה ודאי דלוי יכול לחזור בו וכדכתב הטור בחשן משפט סי' ס"ו וז"ל ואם לא כתב כן לא קנה המלוה שבו ואפילו הנייר בעלמא לצור על פי צלוחיתו לא קנה אלא מקח טעות הוא ומחזיר הנייר ויחזיר לו דמים וכו' ע"כ. וא"כ ודאי דיכול לוי לחזור כל זמן שלא קנה השטר עדיין ואפי' ירצה ראובן להקנותו בכתיבה ומסירה כיון שעדיין לא קנאו לוי יכול לחזור קודם הקנין ואע"ג דנתן המעות בעדו דהיינו הסחורה ואיכא דברים ומעות לית ליה אלא מי שפרע לחוד ואפילו ממי שפרע יש לפוטרו כיון דהוא חוזר מפני שהוא ירא שלא יגבה חובו משמעון ויפסיד אותו וכבר כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק הזהב וכתבו הטור בסימן ר"ד דהיכא דחוזר משום שהוא ירא שמא יפסיד הכל לית ביה מי שפרע אבל אם הקנה ראובן ללוי החוב בכתיב' ומסיר' כדת וכהלכה וקנהו לוי בזה אני רואה שיש חלוק בדין בין

מה שנזכ' בשאלה למה שכתוב בלשון הכתב דבלשון השאלה כרוב דאמר לוי לראובן בזה התנאי אני נותן לך הסחורה הנז' שתהא חייב לי על החוב הנז' שאם לזמן הקורטי מהדיטה או לזמן הפרעון לא יפרע לי שמעון הנז' שאתה חייב לי לפרוע החוב הנז' ואם הדבר כן שהתנה לוי כך והודה לו ראובן בכך ודאי דהוא חייב ללוי שהרי הוא ערב גמור אם היה קנין בדבר. דאף על גב דמשתעבד נפשיה בלשון אסמכתא אם לא יפרע לך פלו' אני אפרע לך חייב וכדכתב הטור בריש הלכות ערב ואפילו לא היה קנין בדבר הרי התנה על כך ועל דעת כן נתן לו הסחורה וכיון שכן הרי חייב ראובן עצמו בעת שלקח הסחורה שאם לא יפרע שמעון ללוי לזמן הפרעון שיפרע הוא בעדו שכן אמר בפי' שאם לזמן הקורטי מהדיטה או לזמן הפרעון וכו' ואעפ"י שנתרשל לוי ולא גבה משמעון אין בכך כלום דגדולה מזו כתב הרמב"ן ז"ל כתבו הטור בסימן קל"א ערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו בפני עדים שיתבע ממונו מהלוה ואם לאו יפטר מהערבות ולא רצה המלוה והאריך הזמן ללוה אין הערב נפטר בכך ע"כ. הרי אעפ"י שמדעתו האריך לו הזמן אין נפטר הערב בכך כ"ש שלא האריך כאן מדעתו אלא שנתרשל ולא גבה ממנו. אך כפי הנראה מדברי לשון הכתב נפטר ראובן מטענת לוי שבלשון הכתב כתוב שנתחייב שאם לא ירצה שמעון לחתוך הדיטה שהוא מחייב לפרעו וכיון דלא דרש לוי משמעון שיחתוך הדיטה א"כ לא חל הערבות על ראובן דצריך שלא ירצה שמעון לחתוך הדיטה כלו' שימחה ולא ירצה בכך כדי שיחול הערבות על ראובן ואעפ"י שנתחייב לעשות עם שמעון שיחתוך הדיטה היינו ודאי אם ירצה לוי וכיון דלא רצה לוי דהרי הניח השטר ביד ראובן כשהלך מן העיר והוא לא דרש משמעון שיחתוך הדיטה לזמן הקורטי ודאי דלא ניחא ליה בהכי וא"כ כפי לשון הכתב פטור ראובן וכפי לשון השאלה נראה דחייב ועל הב"ד אשר שם לברר הדבר לאמתו איך היו תוכן הדברים ולהיות המוביל נחוץ מאד לא יתנני השב רוחי גליתי דעתי בקצרה:

נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה צט

שאלה ראובן ושמעון שיש להם שטר ביניהם ז"ל בפעח"מ שלהיות אמת שנפלו דברי ריבות בין ראובן ושמעון על נכסי עזבון לוי אשר לראובן משפט ירוש' בנכסי' הנז' ובכלל טענותיו של ראובן טען על שמעון שהוא גבה מאת יהודה או מאביו תושב אישקופיא ל"ה אלפים לבנים שהיה חייב יהודה הנז' ללוי הנז' ושמעון השיב שלא קבל מהחוב הנז' מש"פ ומעלה וליפוי כח ראובן יורש הנכסים בא לפנינו שמעון מדעתו וקבל על

עצמו ונתחייב חיוב גמור מעכשיו שכל עת וזמן בעולם שימצא ששמעון או אחר בעדו קבל וגבה מאת יהודה החייב הנז' או מאביו מעות בהרשאת שמעון או בכתב ידו כולם או מקצתם שכל מה שימצא או יתברר ע"פ שטר ראיה שיצא מתחת יד יהודה אז אביו הנז' שקבל שמעון או אחר בעדו מהחוב הנז' מעתה נתחייב שמעון לפרוע כל אותו הסך לראובן הנז' תוך שלשה ימים לדרישתו מפני שאותם המעות הם מראובן שיורש אותם ולגמור ולקיים כל הנ"ל נטל שמעון קנין גמור ושלם לקיים כל הנ"ל ונשבע וכו' עתה יורנו מורנו אם יביא עדים יהודה החייב ששלח לשמעון כ"כ צמר ונתפרע מהחוב המ' של לוי אם בדין יזכה ראובן לגבות משמעון על פי השטר הנז' או לא ושכרו כפול מן השמים:

תשובה הן אמת אני טרוד מאד בבלבול גדול נפל בקהלנו מודעת זאת בכל הארץ לכל באי שער עירנו אך אמנם להפצרת השואל יואל לדעת דעתי אומר בריש מילין שאם יביא יהודה עדים כמו שכתוב בשאלה דזכה ראובן והטעם דאף עפ"י שבשטר החוב שנתחייב שמעון אין כתוב שם אלא בכל מה שימצא או יתברר ע"ע שטר ראיה שיצא מתחת יד יהודה דמשמע דדוקא ע"פ שטר ראיה נתחייב שמעון לראובן מ"מ לא גריעי עדי' משטר ולא עדיף כתבם מפיהם והרי הרב מהר"י קולין ז"ל כתב בשרש קי"ב שבכל תנאי שאדם מתנה עם חברו אין אומרים הלך אחר לשון התנאי דוקא עד שלא נלמד ממנו לחייבו המתנה כי אם באותו התנאי שהוזכר דוקא ולא בכיוצא בו אלא יתחייב המתנה אפילו בדבר שאינו יוצא מתוך לשון התנאי כלל רק שלא יקשה על יותר וכו' והביא ראיה לדבר יע"ש. הרי דהרב הנזכר חייב בדבר שלא הוזכר בתנאי כיון שהוא דבר שוה ואינו קשה יותר ממה שהתנה וכן הטור בח"מ סי' רכ"ה כתב שם בשם אביו הרא"ש ז"ל כשהמוכר קבל עליו אחריות היין אונס דאתי ליה מעלמא שפיכה ושבירה ומסתמא ה"ה נמי כל אונסא דאתי ליה מעלמא דמאי שנא האי מהאי ע"כ הרי דלמדין מדבר לדבר בחיוב התנאי אם היה דבר שוה לו כ"ש וק"ו בנ"ד דעדיף מיניה דודאי עדיפי עדים דמעידים ע"פ משטר כתוב וחתום לענין עדותן דאלים עדות' טפי מפיהם יותר מכשהוא מפי כתבם ודבר זה פשוט ואין צריך לפנים. אך אמנה אומר דהראיה שיביא יהודה כדי לחייב לשמעון צריך שתהיה ברורה ששלח כ"כ צמר לפרעון החוב הנז' והודה שמעון שקבלם לשם כך דאל"כ דילמא אע"פ ששלחו יהודה בשביל החוב אולי קבל' שמעון מחמת חוב אחר שהיה חייב לו ותפס הצמר בשביל כך ולכן צריך שיברר שהודה שמעון שקבלם בשביל החוב הנז' דהיינו הל"ה אלפי' לבנים וב"ד יפה יוציא הדבר לאמרו:

נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ק

שאלה ראובן ושמעון שהיו שותפים בעסק משא ומתן לזמן קצוב בשטר כתוב וחתום בקנין ושבועה חמורה בכל תקף שכל ריוח והנאה:
ואפילו מציאות השוק יהיו לחצאין ביניהם וקודם תשלום זמן השותפות הסכימו ביניהם לחלוק השותפות והתחילו לגבות החובות שחייבים להם ולפרוע לנושים בהם בין כך ובין כך כל אחד מהם נושא ונותן בפני עצמו וראובן מבקש משמעון שיביא כל הריוח הבא לידו והוא גם הוא יביא כל הריוח הבא לידו שיהיה הכל מהאמצע עד שיחלקו נכסי השותפות בשלמות כי עדיין יש להם סחורות ונכסים לחלוק ועד כלותם לגבות חובותיהם ולפרוע לבעלי חובין שלהם שיהיה כל ריוח הבא לידם מן האמצע ואעפ"י שיש טענה בפי שמעון שאמר לראובן בשעה שהסכימו לחלוק מכאן והלאה נרויח כל אחד לעצמו וראובן נתרצה על זה משיב ראובן כי אם נתרצה היה בחשבו שאין כח בשבועה אשר להם בשטר השותפות לעכב בידם מה שהסכימו לחלוק וגם שלא נטל קנין על זה ולכן חוזר ראובן וטוען אחר שידעתי כי מן הדין אין אנו יכולים להפריד הריוח הבא ליד כל אחד ממנו עד שנחלוק השותפות מכל וכל אני רוצה שנביא כל הריוח לאמצע השותפות כל זמן ששטר השותפות קיים שכן אנו מושבעים לבלתי הסתר איש מרעהו שום דבר כל זמן שהשטר קיים ילמדנו רבינו ומורנו הדין דין אמת אם מחוייבים שניהם לתת זה לזה חשבון ישר מכל הריוח הבא לידו או לא ומאת ה' תהי משכורתו שלמה:
תשובה תחלה יש לדון אם יש כח השותף לכוף לחברו לחלוק תוך הזמן ואומר דהא ודאי פלוגתא דרבוותא היא דהטור בסי' קע"ו בח"מ כתב דדעת ה"ר ישעיה הוא דכל אחד יכול לכוף לחברו לחלוק תוך זמן השותפות וכן הוא דעת נמוקי יוסף בפרק המקבל והרב ב"י ז"ל כתב שם דהתוספות והרא"ש ז"ל סבירא להו כה"ר ישעיה. איברא שאני כתבתי בפסק אחר דלא משמע לי כן דע"כ לא אמרי התוס' והרא"ש אלא יחיד שקבל עסקא מב"ה דיכול לחזור מטעמא דפועל יכול לחזור משום כי לי בני ישראל עבדים וכו' אבל בתרי שותפי דכי היכי דהאי משתעבד להאי האי משתעבד להאי ואין לא' רשות לחברו מאשר לחברו עליו ודאי דאינו יכול לחזור דלא שייך בהו הך טעמא ומהר"י קולין בשרש קפ"ב כתב חילוק זה וכתב עוד דהמרדכי שכתב בהמקבל דמקבל עסקא אינו יכול לחזור בו ע"כ אית ליה האי סברא וא"כ דברי התוספות והרא"ש ממש כדברי

המרדכי בפרק המקבל נפרש ג"כ בכי האי גוונא ואין צורך לידחק ולו' דמה שכתבו הגהות מיימוניות בשם התוס' דאינו יכול לכופו לחלוק דפליג על תוס' שלנו כמ"ש הוא ז"ל אלא נפרש דברי התוס' שלנו כדברי הרמב"ם ז"ל כדכתיבנא ויסכימו עם מה שכתבו ההגהות בשמם ועוד תימא על מהריק"א שכתב שם שממה שכתב המרדכי בפרק מי שהיה נשוי משמע דאית ליה כדברי הרמב"ם ואם הוא סובר דדברי התוס' שלנו שיחיד שקבל עסקא מב"ה שיכול לחזור פליגי על הרמב"ם ואית להו דיכול לכופו שיחלוק תוך הזמן א"כ קשו דברי המרדכי מדידיה אדידיה דהוא כתב בפ' המקבל כדברי התוס' ובפרק מי שהיה נשוי כתב אותם הדברים בשם מהר"ם ולא חלק עליהם הגם כי אין זה דוחק כ"כ מ"מ מי הכניסו בתגר זה אלא ודאי קושטא דמלתא דדברי התוס' והרא"ש הם כדברי הרמב"ם וכן דברי המרדכי ומ"מ ה"ר ישעיה ונמוקי יוסף ז"ל אית להו דיכול לחלוק אבל הרמב"ם ס"ל דאינו יכול לכופו לחלוק תוך הזמן והרא"ש והתוספות והמרדכי ז"ל לדידי מסכימים לדעתו גם ראיתי לא' מגדולי האחרונים זה סיני ועוקר הרים והוא כהן לאל עליון בתשובותיו סי' ע' שרצה להסכים הרא"ש והתוספות לדברי הרמב"ם מטעמא אחרינא יע"ש ובין כך ובין כך לא נפיק מידי ספקא ופלוגתא דרבוותא וא"כ יכול המוחזק לומר קים לי וכיון שכן אם מעות השותפות ביד שמעון ולא ירצה לחלוק יוכל לומר קים לי כהני דאמרי דאינו יכול לחלוק וכן כתב שם הרב המחבר הנז':
אבל מ"מ יש בידי ספק דכיון דיש לשותף על חברו תרי שעבודי חד שעבוד גופו וחד שעבוד ממונו וכמו שכתב נ"י בפרק המקבל וכתב שם דכיון דיכול לחזור ולסלק שעבוד גופו מטעמא דפועל יכול לחזור ממילא פקע שעבוד נכסים דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה א"כ נאמר ג"כ בנ"ד כיון דיכול ראובן לומר להפקיע שעבוד גופו קים לי כמאן דאמר דיכול לחלוק תוך הזמן ואיני רוצה לטרוח דכיון דהוא מוחזק בעצמו יכול לומר קים לי להפקיע שעבוד גופו א"כ ממילא פקע שעבוד ממונו או דילמא אדרבה זיל לאידך גיסא כיון דאינו יכול לומר קים לי להפקיע שעבוד ממונא דחברו מוחזק בממון אינו יכול להפקיע שעבוד גופו ולא דמי להא דנמוקי יוסף דהתם ודאי פקע שעבוד גופו משום כי לי בני ישראל עבדים ולא מצית למימר לא תפקע שעבוד גופו או דילמא אמרי' דשעבוד גופו יכיל להפקיע מטעם קים לי דהוא מוחזק בגופו אבל שעבוד ממונו אינו יכול להפקיע ואם ירצה חברו לטרוח בנכסים וליתן לו חלקו מבלי שיטרח הרשות בידו אלו הן צדדי הספק ומסתברא כי הא סברא בתרא קצת דיכול להפקיע שעבוד גופו מטעם קים לי ולא שעבוד ממונו: וא"כ אם שמעון היה מוחזק בנכסים היה יכול לומר קים לי כרבוותא דאמרי דאינו יכול לחלוק תוך הזמן איברא דהיינו מסתפקים בכל מה שכתבנו אבל

מאחר שיש בנ"ד שבועה אפי' שלא יהא מוחזק יכול לעכב מלחלוק מטעם השבועה דאע"ג דמן הדין מכת הקנין קנין אין כאן מ"מ שבועה יש כאן: איברא דהרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו כתב כמה פעמים דבדבר דאיכא למימ' דטעי משום דהוי פלוגתא דרבוותא נאמר קנין אין כאן שבועה אין כאן דזה לא נשבע אלא לקיים מה שחייב מכח הדין וכמו שכ' בסוף ח"ב. אבל מ"מ יש מקום לחלוק עליו ולומר דאפי' בדבר דהוי פלוגתא דרבוותא נאמר דכיון דאיכא שבועה אזלינן לחומרא ואע"ג דמכח הקנין אין לחייבו יש לחייבו מכח השבועה וכן ראיתי שכתב הרב הגדול מורי ז"ל בפסקיו סי' רל"ח וכן ראוי להחמיר בשבועה החמורה ובר מן דין הרי היה עליהם חובות וכמו שכתוב בשאלה וכבר כתב הרמב"ם בהלכות שותפים פרק ד' דאם הם אחראין זה לזה כל אחד מעכב על חברו לחלוק עד שיגיע זמן השטר ויפרעו החוב וכן הטור בח"מ סי' קע"ו ודבר זה מוסכם בלי מחלוקת וא"כ ודאי שיכול שמעון לעכב מלחלוק עד שיפרעו חובותיהם:

אבל מה שהסכימו ביניהם שכל אחד ירויח לעצמו בזה יש מקום עיון אם מהני דלכאורה נראה דכיון דלא חלקו נכסי השותפות הוי כל מה שהרויח כל אחד מהם לאמצע ואע"פ שהסכימו שירויח כל אחד לעצמו דברים בעלמא נינהו: איברא דלענין השבועה אשר בשטר נראה דפטרו זה לזה ואע"ג דלא אמר כל אחד הריני כאלו התקבלתי ולדעת הרשב"א בעינן שיאמ' כן מ"מ לדעת הרא"ש אינו כן וכמו שהאריך הרבה בביאור מחלוקת זה הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בתשובותיו סי' קל"ז וכן הרב בעל תה"ד סי' שי"א נראה מדבריו שם דכשהסכימו שניהם לעשות דבר א' הנוגע לב' ונשבעו על כך ואח"כ הסכימו שניהם שלא לעשותו שהם פטורים משבועתם גם מהר"ר לוי הנז' למד מדברי הרב הנז' כן בתשובה הנז' והגם דכתב דהיינו דוקא בדבר שאין בו חיוב ממון אבל בדבר שיש בו חיוב ממון צריך מחילה גמורה ואח"כ תתבטל השבועה מ"מ בנ"ד ליכא חיוב ממון שנתחייב זה לזה אלא שזה משועבד לזה עד תשלום הזמן וזה משועבד לזה עד תשלום הזמן וכיון שנתרצו והסכימו לחלוק נפטרו משבועתם ואפשר דבזה יודה הרב הנז' גם הר"ם אלשקאר בתשובותיו סי' צ"ח תפס במושלם הך סברא דת"ה יע"ש. ואע"ג שטוען ראובן שלא נתרצה אלא בחשבו שלא היה כח בשבועה אשר בשטר השותפות מילי דכדי נינהו דלאו כל כמיניה לומר דטעה בדבר הפשוט דכיון דהיה מושבע שמעון בכך ודאי דכ"ע ידעי דיכול לעכב בידו וכן כתב מהר"י קולין ז"ל שרש ב' בשם ה"ר אביגדור כהן ז"ל דלאו כל כמיניה לומר לא ידעתי בדבר שאין רגילין בני אדם לטעות וכיוצא בזה כתב הריב"ל בח"א סי' צ"ז על מי שרצה לטעון שטעה שחשב שהפשרה אינה צריכה קנין א"כ נראה דלענין השבועה יש טעם לזכות לשמעון אבל

מ"מ לענין הממון כל זמן שלא חלקו ונכסי השותפות משותפים אפשר דמ"ש כל מה שנרויח כל א' לעצמו לא מהני דמילי דעלמא נינהו ואע"ג דקצת מן המפרשים אמרו דתנאים שמתנים השותפים לא בעי קנין דבההיא הנאה דצייתי גמרו ומקנו ההוא לענין הנוגע לקיום השותפות אבל אלו שרוצים לחלוק כל זמן שלא חלקו הריוח לאמצע:

אבל ראיתי להרא"ש שכתב בפ' מי שמת גבי אחין דאמרו שם השביחו לאמצע כתב שם ובסיפא כי אמר ראו מה שהניח השביחו לעצמן ויטלו כל השבח ואע"ג דבשאר שותף אין לו בשבח אלא כאריס ואפי' אמר ראו אני עושה לעצמי דשאני שותפים דלהשתכר נשתתפו ומקפידין זה על זה שחברו ישתכר ולא הוא הילכך לא מחלי אהדדי כלל ע"כ וכיוצא בזה כתב הטור ח"מ סי' רפ"ז משמע דאם השותף אמר לעצמי אני עושה והאחר מחל בפי' אע"ג דלא חלקו הוא לעצמו א"כ בנ"ד שמחלו בפירוש שאמרו כל אחד מהם לעצמי אני עושה ונתרצו אע"ג דלא חלקו נראה מכאן שכל אחד הוי לעצמו:

והראוני תשובת מהר"ם חולקת על דברינו דכתבה המרדכי בפ' האומנין גבי מלמד שהתחיל ללמוד ואמר לו ב"ה לך מעמדי כתב שם דלא נמחל שעבודו באמירה בעלמא והביא ראיה מפ"ק דקדושין שהקשו גבי ע"ע לימא ליה באפי תרי זיל ותרצו זאת אומרת ע"ע גופו קנוי וכתב שם הרב וה"ה בנ"ד דמדמינן פועל לע"ע בפ"ק דמציעא ע"כ וא"כ בנ"ד נמי דהשותפים הם כשכירים זה לזה לא נמחל שעבודם באמירה בעלמא דהוא שכיר לחברו עד הזמן הקצוב וזאת התשובה עצמה דמהר"ם הובאה בתשובות הרשב"א ז"ל סי' תתע"ג. אבל רבינו ירוחם ז"ל פליג עליו בהדיא שכ' בסוף נתיב כ"ט במשרים אם אמר לפועל או לשכיר בפני ב"ד או בפני ב' לך פטור בלא מחילה אחרת וי"א כי אמר לו בכעס שאינו פטור בפ"ק דקדושין ע"כ הרי שם מבואר דסובר דמ"ש בפ"ק דקדושין דלא מהני הוא גבי ע"ע דגופו קנוי אבל שכיר אין גופו קנוי והגם כי רבינו ירוחם הביא תשובת מהר"ם זו בנתיב כ"ט ח"ג לא כתב טעם זה אלא טעם אחר כתב בה שהוא יכול האב להפקיע זכות הבן ודלג טעם זה וכן התוספות אית להו הא דרבינו ירוחם ז"ל שכתבו בפ"ק דקדושין דף י"ז בד"ה חלה ג' וכו' יש שהיו רוצים לומר דהמלמד אם חלה תוך הזמן שיטול כל שכרו ודחו התוס' דבריהם דאין לדמות מלמדי תנוקות לע"ע דע"ע גופו קנוי אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמוד עד זמן וכו' ע"כ הרי מבואר דאין גופו קנוי וכיון שכן ודאי דמהני באמירה בעלמא דלא אמרו בגמרא דל"מ בע"ע אלא משום דגופו קנוי אבל אם אין גופו קנוי מהני. והר"ש בר אברהם בספר קנין סימן ל' הגם כי חלק על התוס' בדין זה דמלמד מ"מ כתב מדאמרינן גבי ע"ע אעפ"י שגופו קנוי למעשה ידיו וכו' כ"ש שכיר שאינו משועבד כ"כ משמ' דכ"ע מודו דשכיר אין גופו

קנוי ובודאי דמהני ביה לומר באפי תרי זיל באמירה בעלמא ומהר"ם לחודיה הוא דפליג ואפי' להוו הפוסקים מחצה על מחצה מ"מ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מצי למימ' המוחזק שהרויח קים לי ולא יתן החלק לחברו ועוד דאפילו מהר"ם אפשר דיודה בנ"ד מפני שהם שותפים ומשום דצייתי אהדדי גמרו ומקנו אעפ"י דאין טעם זה מספיק כ"כ כדכתיבנא וגם אפשר דמהר"ם סמך על הטעמים אחרים שכתב שם באותה תשובה:

סוף דבר בהא סליקנא ובהא נחיתנא דשמעון פטור:

נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קא

שאלה ראובן ושמעון ולוי שותפי' ומת לוי והיו חייבים לבעלי חובות ואין להם במה לפרוע ונתפשרו עם הבעלי חובים והניחו להם מקצת החוב ולהיות שנתנו חשבון בפני שני אנשים ומצאו להם הפסד גדול אח"כ הבדילו את לוי מהשותפות ואחר ימים באה האלמנה והיתומים של לוי לתבוע מראובן ושמעון משני צדדים האחד שיתנו להם חלק מהמחילה שמחלו להם הבעלי חובים דגם ללוי מחלו שהיה שותף ואת"ל שאחר המחילה לא היה די לפרוע כל החובות באים גם מצד אחר שיתנו להם חלק מכל מה שהרויחו כאלו היה לוי קיים ומה שהבדילוהו אחרי מותו מהשותפות אינו כלום כיון שלא נתנו החשבון בב"ד וא"כ הוא שותף ויתנו לו חלקו וראובן ושמעון משיבים שאפילו אחר המחילה לא היה די לפרוע החובות ועל מה שטוענים ממה שהרויחו אח"כ אומרים דכיון שמת לוי נתבטל השותפות ואין לו כלום יורנו מורנו ורבינו הדין עם מי:

תשובה ודאי דאלו היה לוי קיים לא היו ראובן ושמעון יכולים לחלוק השותפות בין שתהיה השותפות לזמן בין שתהיה סתם דכיון דהיו חובות לפרוע הרי כתב הרמב"ם בפרק ד' מהלכות שותפים היה עליהם חוב לאחר אם אינן אחראין זה לזה חולקים וכו' ואם הם אחראין כל אחד מעכב לחלק עד שיגיע הזמן וכו' ע"כ ומן הסתם אחראין וערבאין זה לזה הן דמה שאמר ואם אינן אחראין וכו' ר"ל שפירשו בפירוש שאינן אחראין כדכ' מהרי"ק בשרש ק"פ וא"כ ודאי שלא היו יכולין לחלוק:

אבל בנ"ד במת לוי ודאי שנתבטל כל השותפות וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה א' מן השותפים או המתעסקי' שמת בטלה השותפות או העסק אף ע"פ שהתנו לזמן וכו' וא"כ ודאי שאין לאלמנה וליתומים שום זכות במה שהרויחו ראובן ושמעון אחר מיתת לוי וזה מבואר. אבל מה שיש לחקור הוא אם המחילה שמחלו לראובן ושמעון תועיל ג"כ ללוי או לא ואומר דלכאורה נראה דמחול ללוי היא דכתב הרא"ש ז"ל בכלל ע"ג סי'

י"ב נראה דכשמחל לא' מן החייבים כל החוב מחל ג"כ לחברו ואין אומרים מחל לזה שלא לגבות הימנו אבל מהאחר גובה ונפקא ליה מההיא תוספתא דאמרו שם השותפים שמחלו להם מחלו לאמצע ואם אמרו בשביל פ' מחלנו מה שמחלו מחלו לו והקשה רבינו שמחה פשיטא שאם מחלו להם מחלו לאמצע ופי' שותפים שבקשו א' מהם למחול לו מה שמחלו לאחד מהם מחלו לאמצע כאלו הוא היה שלוחו ואם אמרו בשביל פ' מחלנו שמעצמם אמרו בלא שום פיוס שלא בקש א' למחול לו שעתה אין כאן שליח מה שמחלו מחלו לו ואין דרך שאדם ימחול לחברו בלא פיוס הילכך תלינן שבפיוס מחל והוי מחילה לשניהם ועוד דתוספתא מיירי שלא מחלו כל החוב מדקתני ואם אמרו בשביל פלוני מחלו לו דמשמע דמנכין לו מחלקו מה שמחלו וכו' אבל הכא שמוכח מלשון המחילה שמחלו לו כל החוב וכו' ע"כ:

א"כ נראה מכאן שכשמחלו לו הבעלי חובים לראובן ושמעון הוא מחול ג"כ ללוי. איברא דאיכא למישדי ביה נרגא מב' צדדים הא' שהמרדכי כתב דברי רבינו שמחה וכתב דהטעם דרישא שמחלו לאמצע משום דאין שותף חולק שלא לדעת חבירו ודרך השותפין לטרוח בשביל חבריהם ע"כ הרי תלה הטעם דהשותף טורח בשביל חברו ובנ"ד כבר נתבאר שאין לוי המת שורף שכיון שמת נתבטל השותפות וא"כ מה שמחל להם אינו מחול ללוי:

ועוד מצד אחר דנ"ד הוי מחילה דמקצת החוב שמחלו לראובן ושמעון והרב ב"י כתב בטור ח"מ סי' ע"ד דנראה מדברי הרא"ש ז"ל שאם לא מחל כל החוב אלא מקצתו אע"פ שע"י פיוס מחל לא מהניא מחילה אלא לאותו שמחל ולא לחברו ע"כ:

אלא שיש להשיב לשניהם ולצד הראשון אומר דאע"ג דנתבטל השותפות לשאר דברים מ"מ בענין זה החוב הם שותפים עד פורעם דראובן ושמעון הם חייבים בשביל המת ואם לא ימצאו למת נכסים יגבו מהם וכן איפכא שאם לא ימצאו לראובן ושמעון וימצאו ליורשי המת יגבו מהם וא"כ על כרחך הם שותפים בזה החוב וכבר נתבאר שם בדברי הרא"ש ז"ל דכשהם חייבים בשטר א' אע"פ שאינם שותפים אלא לענין זה החוב בלבד אמרי' שכל א' מחל לחברו הגע עצמך שמחלו לראובן ולא לשמעון הנאמר שאינו מחול לשמעון אע"פ שהוא קיים מפני שכיון שמת לוי נתבטל השותפות וכל אחד הוא לעצמו ואין שמעון שותף לראובן זה ודאי דברור הוא אלא מאי אית לך למימר דמ"מ שותפים הם בזה החוב ומה שמחל לא' מחול לחברו ה"ה לגבי לוי המת הוא מחול ואע"פ שיש לפקפק קצת לכאורה בזה אחר הדקדוק דעתי נוטה לזה:

ולצד הב' אומר דאע"ג דהרב הגדול מהרי"ק ז"ל כתב כן מ"מ דבריו מתמיהין אצלי דודאי הרב ז"ל הוציאו מן הלשון שהעתקתי למעלה בשם הרא"ש ממה שכתב שם ועוד דתוספתא מיירי וכו' ואדרבה משם ראיה להפך דהרי כתב הרא"ש דהתוספתא מיירי במחילה במקצת וחילק בין פיוס לבלתי פיוס כפי פי' רבינו שמחה דהרא"ש תפסו עיקר וא"כ התוספתא אמרה בהדיא דמחילה ע"י פיוס אפי' במקצת הוי לכלם ומ"ש הרא"ש ועוד ההיא דתוספתא מיירי וכו' חוזר למה שכתב למעלה דבנדון דידיה ודאי שהיה פיוס מדרך הסתם שכן כתב ואין דרך שאדם ימחול לחברו וכו' כלומר אע"פ שלא נתבאר בשטר המחילה אם היתה ע"י פיוס מ"מ מדרך הסתם כך הוא ולכך אמרתי שכיון שהוציאו יורשי ראובן מחילה שמחל לוי לאביהם כל תביעה שמחול ג"כ לשמעון ועוד אפילו שנאמר דבנ"ד לא היה פיוס מ"מ ע"כ לא קאמרה התוספתא דבעינן פיוס אלא במקצת אבל היכא דהוי מחילה על הכל אפילו בלא פיוס הוי מחילה לחברו כך הוא ביאור דבריו לע"ד: ויצא לנו מכאן דמחילה במקצת אם הוא ע"י פיוס הוי מחילה לחברו ואי לא לא ומחילה על הכל אפילו שלא ע"י פיוס הוא מחול ג"כ לראובן ובהכי מתרצא קושיא א' דאיכא בדברי הטור דאמאי לא הזכיר בסי' ע"ד בדין ראובן ושמעון ולוי שלוו מנה וכו' שכתב בשם הרא"ש דבעינן שהמחילה תהיה ע"י פיוס כמו שהזכיר כן בה' שותפים דף קע"ה שותף שבקש א' מהם מהמוכס שימחול לו וכו' ואם מעצמו בלא פיוס וכו' ובמה שכתבתי יתורץ זה דכיון דהטור מה שכתב בסי' ע"ד הוא מחילה על הכל לא בעינן פיוס ולכך לא הזכירו ובסי' קע"ה הזכירו משום דאיירי במחילה במקצת כדכתב הרא"ש דמדקאמר ואם אמרו בשביל פלוני מחלו לו משמע דהוי מחילה במקצת וכו' ומה שכתב רבינו ז"ל לפרש דברי הטור דמשמע מדברי הרא"ש בסי' י' שטעמו משום דע"י פיוס מחל לא נלע"ד כן כדכתיבנא דכיון דאיירי במחילה על הכל לא בעינן פיוס: ומה מאד תמהתי על דברי רבינו ז"ל דאיך אפשר לומר דהרא"ש ז"ל סובר דמחילה במקצת אפילו ע"י פיוס לא הוי מחילה חדא דהתוספתא היא בהפך כדכתיבנא ותו דהרא"ש ז"ל עצמו כתב באותו כלל סי' י"א על ראובן שהיה לו תביעה על שמעון ולוי ותבע' ונתפשרו בסך ממון וכו' לימים תבע ראובן לשמעון אותו שטר ולא יכול להוציאו מידו וכו' עשה עמו פשרה והניח לו ממנו ק' זהובים ועתה טוען שמעון ללוי שיפרע לו החצי מה שפרע בשבילו וכו' והשיב כי הדין עם לוי דכיון שהם שותפים לפרוע כל החוב מה שמחלו לשמעון מחלו גם ללוי וכו' והרי שם דהוי מחילה במקצת וכתב דכיון דמחל לא' מחל לאחר:

גם באותו הכלל בסי' ה' גבי ראובן ושמעון שהיו יחד בפנקס המס וכו' ושוב תפסו הקהל לראובן בשביל ע' זהובים הנשארים והכריחוהו לפרוע אותן בשביל הקבלנות וויתרו לו כ' זהובים והשיב שמה שמחלו מחלו לאמצע אלא ע"כ לע"ד נראה כדכתיבנא דמחילה במקצת ע"י פיוס הוי מחילה לכלם:

וא"כ נ"ד בפיוס היה כמו שנתבאר בשאלה דמה שראובן ושמעון נתפשרו עם הבעלי חובים היה ע"י פיוס שפייסו להם א"כ ודאי שהוי מחילה ג"כ ללוי וא"כ עלה בידנו דהמחילה שמחלו לראובן ושמעון הוי מחילה ללוי ומ"מ כל זה אינו אלא לדעת הרא"ש ז"ל דסובר דשנים שלוו כא' שגובה מכל א' מהם הכל כמו שנתבאר בסי' ע"ד אבל אנן לא קי"ל הכי כדכ' הרב ב"י סי' ע"ו אלא שהוא חייב על חציו וערב על חצי של חברו וא"כ לדידן לא הוי מחילה אלא לראובן ושמעון לבד וכדכתב שם הרב ב"י דהרא"ש ז"ל לטעמיה אזיל וכן נראה מסוף ההיא תשובה דהרא"ש ז"ל ואע"ג דכתב מהרי"ק בשרש ק"ב דכשלוו שנים לצורך השותפות אין לומר בזה דכל אחד נעשה ערב על חצי של חברו אלא שהוא חייב על הכל הא כבר דחה שם בסי' ע"ד הרב ב"י דבריו ומחי לה להך סברא מאה עוכלי בעוכלא וא"כ ודאי דמה שמחל לראובן ושמעון אינו מחול ללוי אך אם כתוב בשטרות הבעלי חובי' ששלשתם ראובן ושמעון ולוי הם קבלנים או מה שמחל לראובן ושמעון מחול ללוי וכמבואר שם בדברי הרא"ש ז"ל וכדכתב שם בסי' ע"ד הרב ב"י ז"ל. וגם נראה מבואר שראובן ושמעון אם ירצו האלמנה והיתומים צריכים לישבע כמה ממון נשאר בשעת מיתת לוי ושלא העלימו דבר ואע"ג דהם טוענים שמא מ"מ השותפים נשבעים על טענת שמא ובענין המחילה נדון כמו שכתבתי. ולמה שכתבתי דבנ"ד חשוב היורש שותף י"ל דבנ"ד אינו שותף כיון שלא נשאר לו נכסים מאביו ואין עליו שום חיוב לפרוע א"כ אין זה שותף שיטרח בשבילו כיון שאינו מחוייב לפרוע החוב ואם היה לו נכסים מאביו לפרוע היה מקום לטענה שאמרתי זה נראה לעניות דעתי ועיני הרואות וה' אלהי הצבאות יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:

נאום הצעיר מתאבק בעפר רגלי החכמים. הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קב

שאלה ראובן ושמעון שלקחו בשותפות סחורה מלוי סך מה לזמן שנה אחד ובזמן הפרעון שמע לוי שראובן ושמעון היו חייבים לאחרים חובות הרבה והיה לוי ירא וחרד שמא לא ישאר לראובן ושמעון אחר שיפרעו חובותיהם כדי לפרוע חובו מהם מה עשה לוי שם לראובן ושמעון בבית הסוהר ובהיותם שם בבית הסוהר אמר ראובן לשמעון חברו מה

נעשה לפרוע החוב שאנו חייבים ללוי השיב שמעון לראובן ואמר הנח לי כל שעבוד זה החוב עלי ואני אקבל עלי לפרוע ללוי כל החוב שאנו חייבים לו בשותפות באופן שלוי לא יוכל לתבוע ממך ולומר לך כלום על חובו אז ראובן נסתלק מבינתים וקבל שמעון עליו לשלם ללוי כל החוב ועוד אמר שמעון לראובן אני מתנה עמך זה התנאי שאם אוכל לפחות ללוי איזה דבר מהחוב שלוי ימחול לי או מעט או הרבה שלא תוכל לומר לי אני הייתי חברך תן לי מה שהגיע לחלקי והשיב ראובן והודה לדבריו ואחר שקבל עליו שמעון כל החוב ופרע ללוי הלך שמעון עם לוי לדין ושאל ממנו שיחזור לו עשרים אלפים לבנים יען וביען שמתחלת הפסק נעשה באיסור רבית ושמעו ב"ד טענותיו של שמעון וראו שהדין עם שמעון וגזרו ללוי שיחזור לשמעון הכ' אלפים לבנים וחזר לוי לשמעון הסך הנז' ועכשיו כראות ראובן שלוי חזר לשמעון הסך הנז' תבע ראובן לשמעון בדין ואמר לו שיתן לו חלקו מהסך שחזר לו לוי יען היותו חברו מתחלה ושמעון השיב ואמר שכבר התנה עם ראובן שכל מה שימחול לו לוי מהחוב שלא יוכל ראובן לתבוע ממנו כלום והשיב ראובן אמת הוא שהתנתי עם שמעון שמכל מה שיכול לנכות מלפרוע החוב ללוי שלא אוכל לתבוע ממנו כלום אמנם זה הסך שחזר לוי מצד הרבית זה לא מחלתי לו חלקי יען כי זה בא מתחלת העסק וזה הדבר לא עלה במחשבתי לכן ילמדנו רבינו אם יש לראובן זכות בזה הסך שחזר לוי לשמעון מאחר שראובן פרע לשמעון חלקו מהחוב שהיו חייבים ללוי בשלמות או לא. תשובה איברא דהרב מהרי"ק בשרש קי"ב כתב דבכל דבר שאדם מתנה עם חברו יתחייב המתנה אפי' בדבר שאינו יוצא מתוך התנאי רק שלא יקשה עליו יותר ממה שהתנה עם חבירו והביא ראיה מההיא דאמר רבא בפ' האומנין האי דאגיר אגירא לעבידתא ושלם עבדתא בפלגא דיומא דאי אית ליה עבדתא דכוותה יהיב לה ולא מצי שכיר לומר לבעל הבית אנא לעדור התנתי עמך ואיני רוצה לנכש וכו': אלא דקשיא לי טובא כיון דע"כ איירי ההיא דרבא דאמר לו בהדיא מלאכה זו של עידור ואעפ"כ יכול ליתן לו אחרת של ניכוש וכמו שהכריח הרב מהר"י קולין שם בכמה ראיות א"כ הא דאמרי' בהאומני' גבי המשכיר לחברו ספינה ליין זה דהוי קפידא ודוקא יין זה יוכל לטעון בספינה ולא אחר וכמו שכ' הטור בסי' שי"א וז"ל ודקדק מכאן הרמ"ה מי ששוכר חמור או ספינה למשא ידוע אין יכול לשנות למשא אחר אפילו אינו כבד ממנו וכו' ע"כ. ואמאי נימא כיון דלמדין מן התנאי בדבר שאין קשה יותר ממנו וכמו שלמד הרב מהרי"ק מהא דפועל וכי היכי דגבי פועל אמרי' דאע"ג דשכרו לעידור בפי' יהיב ליה ניכוש כיון דאינו קשה מעידור הכי נמי נימא התם דיהיב ליה משא אחר דכוותיה ואפילו לי"א שכתב שם הטור דשאני התם דמצא' מקום קפידא לנוח ונחה

כלומר דיש לו ריוח בקפידא קשה דה"נ יש לו ריוח לפועל בקפידא דנשלמה מלאכת העידור ואמאי יהיב ליה מלאכה אחרת דכי היכי דאמרת התם דמשום דטבע היין ויש לו ריוח בקפידא קפדינן ה"נ כיון דהמלאכה נשלמה וריוח בקפידא קפדינן וצ"ע:

מ"מ למדנו מדברי הרב מהר"י קולין דלמדין מן התנאי בדבר אחר דומה לו וא"כ היה נראה לומר בנ"ד דאע"ג דבלשון התנאי שהזכיר שמעון אמר שאם אוכל לפחות ללוי איזה דבר מהחוב שלוי ימחול לי ולשון מחילה לא הוי אלא שימחול מדעתו ורצונו אע"פ שאין הדין מחייבו וא"כ יוכל ראובן לומר אני לא הודתי לך בתנאי במה שיפחת לך לוי מפני שהדין מחייבו דהרי עכשיו כפי הנראה מן השאלה ע"פ הדין והתורה פחת לוי לשמעון מה שפחת:

מ"מ איכא למשדי נרגא בהא מהא דהרב מהרי"ק ז"ל דכתיבנא דהא כיון דפחת לו מה לי הא מה לי הא ואע"פ שלא הזכיר בלשונו אלא מחילה למדין מן התנאי בדבר הדומה לו: ומיהו כד מעיינת בהא ודאי דלאו מילתא היא כלל דפשיטא ופשיטא דאין זה דבר דומה לתנאי כדי שתלמוד ממנו דשנא ושנא ודאי דמה שמוחל לוי לשמעון בהא נתרצה ראובן שיטול שמעון משום דבא לו דרך מחילה ואם פייסו שמעון ללוי למחול לו אע"ג דמן הדין כיון דהוא שותף ובקש שימחול הוי לאמצע וכדכתב הטור בח"מ סי' קע"ח מ"מ נתרצה ראובן שיהא לו אפי' שבא לו המחילה דרך בקשה וכ"ש אם מחלו לוי בעבור שמעון בלא בקשה כלל דאז ודאי אפי' בלא תנאי הוי של שמעון וכדכתב הטור שם וכן אפי' שימחול לוי בשביל ראובן לשמעון אפשר שנתרצה ראובן שיטול שמעון כיון שלא בא לו אלא דרך מחילה ואין הפסד לו כלל דאינו נותן מממונו שום דבר לשמעון אבל מה שהדין מחייב שיתן לוי לשמעון וראובן לא נתרצה ראובן שיטול שמעון דזה הוי כנותן ראובן לשמעון מזכותו וממונו וכולי האי ודאי לא יהיב ליה ודברים פשוטים וברורים בעיני דחייב שמעון לתת לראובן החלק מהעשרים אלפים לבנים שקבל כיון שבא לו מכח גזרת הדיינים הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קג

שאלה ראובן שמעון לוי שלשתם נשתתפו בקושט' זמן וראובן היה יושב בחנות ועושה שם משא ומתן אשר להם ושותפיו הולכים בעיר לקנות איזו סחורה ואיזו מציאה להביא לחנות ובזמן שהיו עוברים המעו' רעים בכל יום ויום בא לראובן תוגר א' וקנה ממנו לבושים עשויים ומתוקנים במעו' רעים והולך ומוכר במעות טובים וגדולים וכורתם

ומביאם לחנות לראובן ולא היה פחד לעשות כי כאשר יחנו כן יסעו וכן היה חוזר חליל דבר יום ביומו וראובן בלתי ידיעת מעשה התוגר הרע היה מוכר בלב שלם אלא שלפי מה שאירע לו שכרתו ידו אמר שמא היה עושה זה שכורת מעות אח"כ עבר כרוז המלך ודתו בל יראו ובל ימצאו מעו' רעי' כלל אחר כן בא התוגר ההוא בידו כרותה במאמר המלך יר"ה והעליל לראובן ותבע עמנו ז' ועשרים אלף לבני' שאמר שנתנם לו כרותים לתת לו טובים ויפים אז השותפים הנז' נמנו וגמרו ביניהם להוציא הוצאות ולא לתת לתוגר כלום עד שהוליך לראובן הנז' לדיין ותבע ממנו העלילה ואז הוציא הוצאה גדולה וכל א' וא' מהם פרע חלקו המגיע לו ואח"כ שהתפרדה חבילת שותפותם חזר התוגר לתבוע העלילה עצמה וכן עשה כמה פעמים שכשמשימים דיין חדש בעיר תכף ומיד היה חוזר ותובע ממנו העלי' עצמה באופן שראובן הוציא הוצאות רבות אין מספר. עתה הנה ראובן תובע ושואל חלק ההוצאות ההמה מאת שותפיו והם מסרבים וממאנים לפרוע בטענה שאומרים כשהיינו בשותפות כלנו פרענו חלקנו עתה אם תבע לך פעמים אחרים מזלך גרם אין לנו חלק ונחלה עמך וראובן טוען שאין זו עלילה אחר' שיאמרו טענה זו כי העלילה עצמה שתבע ממנו כשהיו שותפין חזר ותבע ממנו כל הפעמי' אחרים ולא היה הפרש בין תביעה לתביעה כי פעם ופעמים הכל היה א' עוד טוענים השותפים מי יאמר לנו שזו היה עלילה שמא אמת היתה תביעתו שנתן לך התוגר המעות הנז' ותבעם ממך אין לנו חלק בענין זה כלל וראובן משיב לא כי הוא בזב ושקר שהוא מעולם לא נטל ממנו כלום על הכל יבא תשובת אדוננו גאוננו הרמתה ומשכורתו שלמה מאת ה' מן השמים: תשובה כבר כתבתי זה ימים בענין כיוצא בזה והארכתי ועתה אומר בקצרה כי הדין עם השותפים כי הנה הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה בפסקיו הראשונים סימן קכ"ד וסימן רי"ב כתב בענין כיוצא בזה וכתב בסימן רי"ב דאחר שחלקו השותפים אפילו שהעלילו על שותף אחד עלילה מענין השותפות אין חברו חייב לשלם דיאמר לו מזלך גרם:

והגם כי בסימן קכ"ד נראה מדבריו דאף על פי שנתפרדה החבילה חייבים השותפים לסייע כל אחד במה שיעלילו לחברו ונראים דבריו כסותרים כבר כתבתי בפסק אחר טעם נכון לישוב דבריו ומ"ע בנ"ד לפי הנראה מפשט דבריו בסימן קכ"ד אינם חייבים השותפים כלום דהתם העלילה היה בענין עסק השותפות שהם המשכונו' שלקחו לצורך השותפות שהיו מעלילים עליהם שלקחו משכון ששוה י' זהובים בזהוב א' וכן כל כיוצא בזה וכיון שנהגו מענין עסק השותפו' ראוי שילקו בעלילה אשר באה מחמת השותפות עצמו וכמו שכתב הרב מורי ז"ל בסימן רי"ב אבל בנ"ד אין העלילה על עסק השותפות

אלא שהעליל עליו שנתן לו מעות כרותי' ולא נזכר כאן עלילה לצורך השותפו' בנדון דהרב מורי ז"ל:
גם הח' השלם הרב הכהן נר"ו בפסקיו ח"א סי' פ"א כתב דאין מחויב יהוד' לפרוע העליל' שהעליל הגוי ללוי ונפתלי ואחיו שותפיו יע"ש. והגם כי בסי' נ"ו כתב דאם העלילה היתה בטובת עסק השותפו' דחייבים השותפי' לסייע לשותף שהעלילו עליו אפי' אחר שחלקו ונראי' דבריו דשתי התשובו' ג"כ סותרות זו לזו דבנדון דסי' פ"א משמע דהעלילה היתה על עסק השותפו' ומ"מ פטרו ליהודה כבר כתבתי פעם אחרת ליישב דבריו. וע"מ בנ"ד אפי' לפי מה שכתב בסי' נ"ו אינם חייבים השותפים כלל דשם כתב שתהיה העלילה מעסק השותפות מה שאין כן בנ"ד כדכתיבנא:
באופן דבנ"ד כל אפין שוין דאין לשותפין חיוב כלל במה שהעלילו לראובן ומה גם אחר שחלקו וזכו בדינם הנלע"ד כתבתי:
הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קד

שאלה ראובן נתן לג' אנשים גם יחד סך מעות שילכו להלבישם במקום מיוחד וידוע אצלם וזה לשון השטר בפנינו עדים ח"מ הודו פ' ופ' ופ' איך קבלו מפ' ופ' שבעים אלפים לבנים ובאו בידם וברשותם ללכת בארקאביא ולהלביש' בכ"כ עשי בתורת עסקא וכו' ונגמר השטר בקנין בדלא כאסמכתא וכו' וראובן הס' נתן לג' אנשי' הנז' שכר טורחם ובין כך ובין כך נפטר לב"ע בן א' מהג' אנשים הנז' וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והב' אנשים הנז' לא המתינו עד שיצא מהאבלות השותף הנז' שילך עמהם רק שמו לדרך פעמיהם והלכו להם הב' לבדם מבלתי ידיעת ראובן והלכו למקום אחר לא למקום הנז' בשטר ובחזרתם עברו בנהר וזרם מים שטף לקח אמתחותיו של א' מהם עם חלק אחד ממעות ראובן עתה ראובן טוען עליהם שפשעו במה שלא המתינו לשותף הג' שהיו שותפים קבלנים זה לזה בענין עסקא הנז' ועוד טוען ראובן ששנו בשליחותם במה שלא הלכו למקום אשר התנו ביניהם הנז' בשטר עתה יורנו מורנו הדין עם מי:
תשובה מה שטען ראובן שפשעו הב' אנשי' במה שלא המתינו לשותף הג' אינו מספיק לחייב להם דאם היה בלשון השטר ברור שילכו שלשתם להלביש ודאי דיש כאן שנוי שליחות והיו חייבים אבל מאחר דבלשון השטר כתוב ובאו בידם וברשות' ללכת בארקאביא לשון זה סתום הוא דמ"ש ללכת אפשר שאין הכוונה שילכו שלשתם אלא ב' מהם וכיון דיש לפרש הלשון כן אין לחייב לאנשי' ההם מספק. וכ"ת דל מהכא לשון

השטר תיפוק ליה דפשיעה היא זו שכיון ששלשתם לקחו המעות היה ראוי שילכו שלשת' יחד לא היא דאין זו פשיע' דדרך השותפי' שילכו ב' וישא' הא' ואין אלו נקראי' ששנו מדרך השותפי' ואעפ"י שלא הודיעו הדבר לראובן מה בכך הרי כתב הרא"ש בתשובו' כלל פ"ז וזיל ואין המתעסק צריך להודיע לבעל העסק בכל מסחר שמתעסק רק שלא ישנה ממה שצוהו בעל העסק כגון אם צוהו שיקנה חטין לא יקנה שעורי' ע"כ א"כ בנ"ד ג"כ כיון שאין כאן שנוי כדכתי' אעפ"י שלא הודיעו הדבר לבעל העסק אין בכך כלום:

אבל מה שמחייב לב' אנשים הוא הטענה הב' שלא הלכו למקום שהתנו ביניהם ואפילו שנאמר שעל כל פנים בחזרה היו צריכי' לעבור בנהר ההוא אפי' שילכו למקום הכתוב בשטר דלא היה להם דרך אחר לעבור כי אם דרך הנהר ההוא ולפי זה יש מקום לומר דאע"ג דתחלתם בפשיע' סופם באונס ואין האונס בא מחמת הפשיע' דאפי' היו הולכים למקום הכתוב בשטר היו צריכים לחזור דרך הנהר והיה בא להם הזרם מים וא"כ כיון דאין האונס בא מחמת הפשיעה הם פטורים: ומה גם בהצטרף לזה סברת הרמב"ם ז"ל בריש פרק ה' מהלכות שלוחין ושותפין דסובר דבמתעסק בפלגא שהוא פקדון הוא כשומר חנם ולסברתו אלו השני אנשים הם שומרי חנם על חלקו של ראובן שהוא פלגא של פקדון ואף על פי שכל הפוסקים חלוקים עליו מ"מ היה ראוי לעשותו סניף ללמד זכות לאנשים האלו שלא לחייבם אלא בדבר ברור שהוא פשיעה ושידענו שבא האונס מחמת הפשיעה: מ"מ לפי האמת אין זה כלום דאולי אם היו הולכים למקום ההוא היו מתעכבים בהליכתם יותר או היו באים יותר במהרה ולא היה מזדמן להם השעה רעה ההיא שבא להם הזרם מים דאולי היה הנהר אז בשובה ונחת:

ובר מן דין אני אומר דחייבים הב' שותפים מטעם שנוי שליחות ויש חילוק בין שנוי שליחות לפשיעה דבפשיע' בעינן דיבא האונס מחמת הפשיעה כדכתיבנא אבל שנוי שליחות אינו כן דאם נתן מעות לחברו לקנות חטים וקנה שעורים אמרי' בפ' הגוזל קמא דאם פחתו פחתו לשליח ומשמע ודאי דאם נגנבו ממנו השעורים דחייב לשלם אע"ג דכ"כ היו נגנבים ממנו החטים כמו השעורים אלא טעמא דכיון דשנה נעשו המעות מלוה עליו וחייב באחריות וכן כתב רבינו ירוחם הביאו הרב ב"י בח"מ סי' קפ"ג המפקיד אצל חברו סחורתו להוליכ' למקו' פ' ושנה והוליכ' למקום אחר חייב באחריות הסחורה ונעשה מלוה וב"ד יורדים לנכסיו וכו' א"כ בנ"ד ג"כ אני אומ' דהרי שנו השליחו' שזה אמר להם ללכת למקום פלו' להלביש והם הלכו למקום אחר הרי כאן שנוי שליחו' ונעשה עליהם המעות מלוה וחייבים לשלם וכבר כתב הרב מהרי"ק

בשרש כ"ז וכן בשרש ו' דהיכא דהשליח משנה שנוי כל דהו בטל השליחות מכל וכל ומה גם בנ"ד דשנה בדבר דאיכ' קפידא דבפ' האיש מקדש אמרינן דהאומר לשלוח לך וקדש לי אשה במקום פלו' והלך וקדשה במקום אחר אינה מקודשת ואע"ג דאין שם כ"כ קפידא כדאמרינן בגמ' שם בצריכותא כיש גבי ממון דאיכ' קפידא דאולי באותו מקום היה נמצא שם המשי יותר בזול ובודאי דאיכא קפידא בדבר ולהקפיד אמר ראובן שיהא באותו מקום וכיון דהם שנו נעשה עליהם מלוה וחייבים לשלם המעות:

ומטעם זה אני אומר דאם הלכו בלא רשות השותף האחר והשותף אחר תובע מהם חלקו שאבד מפני שהחצי הוא מלוה על שלשתם דעסקא הוי פלגא מלוה ופלגא פקדון ואם כן השליש מהחצי של מלוה עליו לשלם לראובן יכול לומר להם אתם פשעתם ותשלמו ג"כ אותו החלק המגיע לי לשלם שהוא השליש מהחצי שהיה מלוה: ואין לפטור להם מטע' פשיע' בבעלי' אעפ"י דהתחילו הג' להתעסק יחד ולקחו המעות שלשתם יחד דהיה מקום לומ' דכיון דהתחילו להתעסק יחד אע"ג דפשעו אחרי כן השנים דהם פטורים דהוי פשיעה בבעלים וכדכתב הטור בח"מ סי' קפ"ו מ"מ אני אומ' דהם חייבי' מטעם שנוי שליחות כדכתי' דאין אנו מחייבם מטעם פשיעה עד שתאמ' פשיע' בבעלים הוא ופטור אלא משום דשנו השליחו' ונעשה עליהם מלוה דכיון דהם הלכו למקום אחר שנו השליחו' וחזרו עליהם המעות מלוה וחייבי' לשלם לראובן אפי' החלק המגיע לשותף הג' שהו' השליש מהחצי של מלוה. ולהיות המוביל נחוץ איני מאריך בראיו' לבד זה אומר דחייבים השותפי' הב' לשלם לראובן וכמו שיפה דן ויפה הורה החכם השלם אלוף התורה מאריה דאתרא נר"ו וכל דבריו מתוקים מדבש ונופת צופים:

הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קה

שאלה ראובן ושמעון לוי ויהודה עשו שותפו' ביניה' בזמן שהיו שוים הגרוש' לערך ק' לבנים והתנו ביניהם שראובן יוציא ויתן לשמעון לוי ויהודה המעות והם ישאו ויתנו עם מעותיו וכל שבח וכל ריוח אשר יזמין להם מן שמיא יחלוקו לד' חלקי' וכן ג"כ אם ח"ו יהיה להפך והוציא ראובן ונתן ליד השותפי' הנז' שבע מאות וחמשים גרוש' וכל א' הוציא כפי יכולתו וכעת הגרו' נפחתו מאותו ערך ושוים לערך ע' לבנים ובאו לעשות חשבון ביניה' להפרד איש מעל אחיו וראובן רוצה לגבות ע"ה אלפים לבנים כי כן השטר מהשותפו' אשר עשו ביניהם כתבו לבני' ולא גרוש' והשותפים אומרי' אם אתה תגבה כאשר כתוב בשטר ע"ה אלפים לבנים נמצא שאתה גובה אלף וע"א גרוש' והרי הוא

רבית שכל מה שהוצאת היה תש"ן גרוש' ילמדנו רבינו אם ראובן יגב' מהשותפו' הסך מהגרו' כאשר נתנם ודי לו הריוח שניתני' לו מהשותפו' אעפ"י שלא עסק כלל או יגבה הסך משווי הגרוש' כאשר הם שוים בעת הזאת לפי שבשטר השותפות כתוב מעות ואינו כתוב גרוש' ולא הוי רבית יורנו מורנו הדין דין אמת ומה' תהיה משכורת' שלמה:

תשובה כבר נשאלתי זה ימים על דבר כיוצא בזה וסדרתי פסק ארוך על הענין והוכחתי דבענין הלואה כיוצא בנ"ד דהוי עסקא דלא יגבה אלא הגרוש' ששם בשותפות שהם תש"ן גרוש' דאע"ג דכתוב בשטר לבנים כבר נודע דאותם הלבנים היו כרותים וגרועי' כשהיה הגרוש' שוה לערך ק' לבנים ועתה שהגרו' שוה לערך ע' הלבנים יפים וטובים ויש בכל א' וא' כפלים מכסף ממה שהיה בכל א' מהראשונים וכיון שכן איכא רבית בענין הלואה דגרסי' בפ' הגוזל עצים בעא מיניה רבא מרב חסדא המלוה את חברו על המטבע והוסיפו עליו מהו א"ל נותן לו מטבע היוצא באותה שעה א"ל ואפי' כי נפיא א"ל אין איל ואפי' כי תרטיא א"ל אין והא קא זילן פירי אמר רב אשי חזינן אי מחמת טיבעא זילי מנכינן ליה והא קא שבח לענין נסכא אלא כי הא דרב פפא ורב הונא וכו' עבדי עובדא וכו'. ופירש"י והא קא זילי פירו' לגבי מטבע זה ונמצא שמשתכר זה בתוספת ואינה דומה לראשוני' והוי רבית לענין נסכא אם בא לעשות מהן גרוטאות וכו' יש יותר מן הראשונים וכו' זו היא סוגית הגמ' וכתבו הפוסקים דין זה הרמב"ם ז"ל פ"ד מה' מלוה והטור ביו"ד סי' קס"ה:

נתבאר מכאן דהיכא דזילי פירות איכא איסור רבית אי זילי מחמת טיבע' ואפי' לא זילי פירי אי איכא במטבע הב' טפי מחומש מהראשון איכא נמי איסור רבית דקא שבח לענין נסכא א"כ בנ"ד דאיכא תרתי לריעותא דהא חזינן ודאי דקא זילי פירי עכשיו מחמת טיבע' דיותר פירות נותנים בעד הלבן עתה ממה שהיו נותנים כשהיו הלבנים כרותים וגרועים שהיו שוים לערך מאה לבנים גרוש' א' דלא היו נותנים אלא פירות מועטים בעד לבן א' מחמת פחיתות וגריעות הלבן ועוד דאיכא טפי בלבן זה יותר מחומש מהראשון דהרי נודע דיש בלבן שעובר בהוצאה כהיום הזה יותר מכפלים בכסף שהיה בלבן כשהיה הגרושה לערך מאה לבנים שהיה גרוע וכרות מאד א"כ איכא שבח ג"כ לענין נסכא ולפי סוגית התלמוד משמע בהדיא דלענין הלואה כנ"ד איכא איסור רבית ולענין מקח וממכר צדדתי שם צדדים בפסק ההוא לומר דאיכא נמי איסור רבית אלא שלא תקעתי עצמי בדבר ההוא מ"מ בנ"ד דהוי הלואה כל אפין שוין דאיכא ביה איסור רבית כדכתיבנא:

אלא שאני אומר כיון דקיי"ל האי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון א"כ נמצא השלשה חלקים מאלו השבע מאות וחמשים גרוש' שעל יהודה ושמעון ולוי ההפסד הוו מלוה ואם יגבה ראובן אותם לערך שבעים לבנים הגרוש' איכא ביה איסור רבית אבל החלק הרביעי דעליו ההפסד והוי פקדון אם יגבה אותו ראובן כפי מה ששוה הגרוש' עכשיו ליכא ביה איסור רבית כיון דלא הוי אלא פקדון ונהי דבג' חלקים לא מהני תנאה שהתנה בשטר השותפות לגבות אותם מלבנים כמו ששוים עכשיו לערך שבעים לבנים הגרוש' משום דאיכא ביה איסור רבית ולא מהני תנאה בהא דהרי כתב המרדכי בפ' הגוזל עצים והוא בתשובות השייכות להלכות מלוה וז"ל אם היה כתוב בשטר שיש לו כך וכך ליטראות טובים היוצאים בהוצאה נותן לו מטבע היוצא אם לא הוסיפו עליה יותר כפי האמור בתלמוד שהוסיפו עליו ע"כ משמע דאע"ג שכתוב טובים יוצאים בהוצאה לא מהני תנאה משום דהוי מתנה בדבר איסור מ"מ בחלק הד' דהוי פקדון מהני ליה לישנא דכתוב בשטרא שיגבה לבנים דמשמע דיתן לו לבנים שעוברים בהוצאה עכשיו או הגרוש' לערך שבעים:

וכ"ת הרי נראה מדברי השאלה דשמעון לוי ויהודה כל א' הוציא מעות משלו זולת אלו התש"ן גרוש' וכתב הרב ב"י בטור יו"ד סי' קע"ו דלהרי"ף וסמ"ג כיון שכל א' הביא מעות אף ע"פ שהא' לבדו מתעסק אין זה קרוי עסק אלא שיתוף וא"כ בנ"ד דלא הוי כדין עסק דפלג' מלוה וא"כ ראוי היה שיגבה ראובן כפי תנאו הכתוב בשטר דמשמע שיגבה לבנים לזה אני או' דהרמב"ם פליג עלייהו כדכתב שם הרב ב"י וכיון שכן לא מפשינן מחלוק' בין הרמב"ם והרי"ף וסמ"ג כולי האי אלא נימא דע"כ לא קאמר הרי"ף וסמ"ג אלא לענין ליטול שכר טרחו דכיון דאית ביה חלק ממעותיו וטרח בשביל מעותיו טרח נמי בשביל חלק חברו ולא הוי רבית אלא הוי כשיתוף אבל לענין לגבות הגרוש' לערך שבעים כי נדון דידן דנותן לו מחלקו הגרוש' לערך שבעים ומשלם לו לבנים שלמים תחת גרועים וכרותים כולי עלמא מודו דהוי רבית:

הכלל העולה בנ"ד דהרביע מהשבע מאות וחמשים גרוש' יקח ראובן לערך שבעים לבנים דהוי פקדון והשלשה חלקים האחרים דהוו מלוה דעתי נוטה לאיסור דאיכא ביה רבית ולא יגבה הגרוש' לערך מאה לבנים הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי בקצור מופלג לנחיצת המוביל:

הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קו

שאלה ראובן ושמעון שותפים בנכסיהם וראובן היה עומד בעיר ושמעון יצא אל ארץ אחרת להתעסק שם בשם השותפות ובין כך בא לוי ואמר לראובן יש בדעתי לשלוח ליד שמעון כ"כ סחורה שימכרנה שם לשמי השיב לו ראובן אם תרצה לשלחה לו שלחנה אתה ידעת אז בא לוי והביא הסחורה לרשות ראובן וראובן שלחה ליד שמעון כאשר צוה לו לוי ושמעון מכרה שם באשר הוא שם ולעתים היה שולח שמעון מעות ליד ראובן והיה מצוה לו שיתן אותם מעות ללוי שהיו מחשבון סחורותיו וראובן היה נותנם ללוי בכל פעם שהיה שולח לו מעות לשם לוי ועתה בא לוי וטוען על ראובן ותובע ממנו שארית מעות שנשארו ביד שמעון מחשבון אותה סחורה ששלח לו באמרו כי כיון שהוא מסר לידו אותה סחורה לשולח' ליד חברו עליו מוטל לפרוע לו כל השארית הנשארה ביד שמעון שותפו וראובן טוען ואומר שהוא כבר אמר לו בשעה שאמ' לו הענין שהוא לא היה יודע אם תרצה לשלחה שלחנה שבזה גלה לו דעתו שאין לו עמו עסק טענה כלל ועיקר וא"כ מה יריב עמו ומה שואל ממנו הנה לפניו שמעון יתבענו לדין על כל זה ילמדנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים: תשובה דין זה פשוט יותר מביעתא בכותחא דאין ללוי על ראובן כלום דהטור כתב בהלכות טוען סי' ע"ז פלוגתא דהרמב"ן והרא"ש היכא שלוה שותף אחד לצורך השותפות אם מתחייב שותף האחר במה שלוה חברו דלהרמב"ן נשתעבד ולהרא"ש לא נשתעבד אא"כ יש בידו עמון השותפות יגבה המלוה מחלק השותף אשר נשתעבד חובו אבל אם אין בידו ממון השותפות לא נתחייב ולא נשתעבד כלל וקשיא להו לרבוותא הרב מהר"י בירב ז"ל והרב מהריב"ל בראשונות סי' צ' על דברי הטור דהביא תחלה דברי הרמב"ם שהם כדברי הרמב"ן ולא כתב עליהם חולק ואח"כ הפסיק הענין בדברים אחרים ואחרי כן כתב מחלוקת הרמב"ן והרא"ש כאלו לא היה להרמב"ם ז"ל עסק באותו המחלוקת כלל והרב ב"י כתב שם בשם מהר"י בירב ז"ל לתירוץ קושיא זאת דיש לחלק בין היכא שהדבר ידוע שהוא משל שותפות שאין השותף היה יכול להכחיש בשעת ההלואה להיכא דהיה יכול להכחיש בשעת ההלואה והרמב"ם ז"ל איירי בחוב שידוע שהוא לצורך השותפות ואין השותף יכול להכחיש ובהא כ"ע מודו דהשותף נשתעבד אע"פ שלא היה שם וכי פליגי הרמב"ן והרא"ש היינו בדבר שהיה יכול להכחיש בשעת ההלואה ואח"כ הודה השותף דלהרמב"ן חייב ולהרא"ש פטור:

והרב מהר"י ן' לב ז"ל תירץ באופן אחר דיש לחלק בין היכא דהיה שותף באותו מעמד להיכא דלא היה שם והרמב"ם ז"ל איירי היכא דהשותף היה באותו מעמד ובהא כ"ע

מודו וכי פליגי הרמב"ן והרא"ש הוי היכא דלא היה השותף אשר לא נשתעבד במעמד ההלואה. ולכולהו תירוצי קשיא לי דא"א לומר דעת הרמב"ם ז"ל כן ממאי דכתב הרמב"ם ז"ל בסוף הלכות שותפין טען שמעון שיש ללוי עליו חוב בזו השותפות במנה וכו' אבל אם טען שמעון שראובן יודע בודאי שזה החוב שעליו מחמת השותפות הוא והחוב אצלנו הוא ישבע ראובן היסת או על ידי גלגול שאינו יודע שחוב זה אצלנו וישלם שמעון החוב משלו ע"כ משמע מכאן דאם מודה ראובן שהחוב מן השותפות אע"פ שהיה יכול להכחיש שהרי כתב שאם הכחיש ישבע כדבריו מ"מ מתחייב בחוב דלא כהר"י בירב ז"ל וכן דלא כהר"י ן' לב ז"ל שחילק בין היה במעמד להיכא דלא היה במעמד דהרי לא פי' שם כלל הרמב"ם והיה לו לחלק בכך ואי פירש בעל הטורים לשון הרמב"ם דהלכות מלוה שהיה השותף במעמד הוא מכח התמיה דאיך הניח הדבר ההוא בפשוט כמו שכתב שם מהר"י ן' לב ז"ל אבל כאן דאין כאן תמיה לא אדרבה משמע פשט לשונו דלא היה שם השותף כלל במעמד ההוא דאם לא כן היה לו לפרש ודוחק לומר דלהכי כתב והחוב אצלנו הוא לרמוז זה שהיה שם דאין זה במשמע לשונו כלל:

ואפשר לומר לדעתם ז"ל דאיירי דלא נאבד כלל מקרן השותפות אלא יש ריוח וטוען שמעון שאין זה ריוח אלא המעות היתרים הם המעות שלוה הוא מלוי ואע"פ שראובן לא נשתעבד מ"מ מעות שלוה מלוי הם שם ורוצה לפרוע ללוי ואולי לזה רמז מ"ש והחוב אצלנו הוא וראובן טוען שאינו יודע כלל מאותה ההלואה והכל הוא ריוח ולזה אמר שאם מודה ראובן שזה לוה לצורך השותפות יפרעו תחלה ללוי ואח"כ יחלקו הריוח אם יהיה שם אבל אם אין שם אלא הקרן לבד יכול ראובן לומר איני רוצה שתפרע ללוי ותפחות מהקרן שלי כי אם נאבדו אותם המעות שלוית מלוי אתה חייב בהם ואני איני חייב בהם כלל כל זה יש להליץ בעד הרבנים הנזכרים אבל בעל התרומות כתב דדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן ז"ל:

א"כ למדנו דאפילו היכא דלוה השותף לצורך השותפות איכא פלוגתא דרבוותא אם נשתעבד חברו ופשוט דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דלא נשתעבד כל שכן בנ"ד דאין כאן הלואה לצורך השותפות אלא שולח לו סחורה למכור וישלח לו המעות דודאי לא נשתעבד ראובן כלל ומה גם שאמר לו אתה ידעת שר"ל עלי דידך ליהדר ואין לי עסק בזה כלל ואע"פ ששלח ראובן הסחורה ליד שותפו בשליחות לוי עשה כן ושלוחו הוא וא"כ פשיטא ופשיטא דאין לו עליו כלום כי מפני שנעשה שלוחו יתחייב בממון ואע"פ שנתן לו תחלה מעות הוא מה שהיה שולח לו שמעון שותפו וזה דבר פשוט ואין צריך לפנים דאין ללוי על ראובן כלום אלא יחרימו ביד אם יש ביד ראובן שום ממון משותפו

ויפרע ללוי מממון שותפו אבל אם אין בידו ממון שותפו ודאי דהוא פטור כדכתיבנא הנראה לעניות דעתי כתבתי:
הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קז

שאלה ראובן שלח למצרים על יד פקודו לוי קצת בגדים לעשות בהם כרצונו במצרים ולא עלה ביד לוי לעשות מהם שום מכר או הלבשה והניחם שם ביד ישששכר תושב מצרים ולוי שב לעירו וכי ארכו הימים שטף ועבר שמעון למצרים ובהיותו במצרים שלח גד במכתב לאמר לשמעון שיקבל אותם הבגדים של ראובן הנפקדים שם במצרים ושישתדל לצאת מהם כאשר יראה בעיניו ויען לא פירש לו לשמעון ביד מי היו הבגדים מופקדים לא קבלם ושוב אחרי כן לוי הפקיד הא' אשר הוליך הבגדים למצרים שלח לאמר ליששכר הנפקד שבמצרים שימסור הבגדים ההם ביד שמעון העומד שם כדי לעשות בהם כל מאמצי כחו כמו שיוכל ואז קרא ישששכר לשמעון הנז' וא"ל הנה צוותי מאת לוי אשר הפקיד הבגדים בידי שאמסרם לך לעשות מהם כאשר יראה בעיניך לכן קחם נא ועשה בהם כטוב בעיניך השיבו שמעון ואמר איך אשלח יד בבגדים האלה שלא ברשות הבעלים אז השיבו ישששכר ואמר הנה שמתי ידיך כידי וכחך ככחי ועשייתך כעשייתי לכן עשה בהם כטוב בעיניך אז קבלם שמעון וטרח ויגע בהם בכל מאמצי כחו ולא עלה בידו רק להחליפם בכל כך לבונה מפני כי הבגדים היו כלם אכלתם עש והיו מנוקבים ויען כי אותה הלבונה לא היתה זכה הלך ונתייעץ עם ישששכר הנפקד ואמר הנה זאת מצאתי הכר נא אם אעשה הלבשה זאת אם לאו כי לא מצאתי עד הנה להלביש' רק עם זאת ואם לא יכשר בעיניך אשיבה ידי לבטל ההלבשה הזאת השיבו ישששכר כיון שלא השיגה ידך להחליף הבגדים בסחורה אחרת מה לעשות עוד כיון שהבגדים הם כמו שאתה רואה קח הלבונה הזאת ותקח מעות אחרים בדרך קאמבי"ו לחשבון בעל הבגדים ובהם תקנה לבונה זכה ותערב עם הלבונה הזאת ובכן תעלה ההלבשה כהוגן השיבו שמעון כן אעשה כאשר דברת ועתה כאשר הביא שמעון הלבשת הבגדים בלבונה הנז' עם הלבשת המעות שנטל בקאמבי"ו שאול נשאל מאת ראובן בעל הבגדים ויספר לו את כל אשר קרהו ואת הקאמבי"ו אשר לקח על הלבונה הנז' ויטב לבו של ראובן לאמר יפה עשית ועכשיו כאשר נשלם זמן הקאמבי"ו בא שמעון לתבוע לראובן שיפרע הקאמבי"ו שנטל על הלבונה הנז' וישיבהו ראובן כי מי הרשהו לקחת מעות בקאמבי"ו לקנות בהם לבונה זכה כי עשה בזה שלא מדעת בעלים כי לו הונח שהיה

בידו למוכרם או להחליפם לא היה בידו כח להוסיף ליטול מעות בריוח ולקנות בהם לבונה זכה ושמעון טוען ואומר כי הנה בכח הרשאת ישששכר בא ומדעתו ועצתו עשה את כל הדבר הזה ועוד שהוא כבר נתרצה כששאל לו אחרי בואו ממצרים ילמדנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה נר' לי ודאי דאין לראובן על שמעון כלום דהרמב"ם ז"ל כתב בפ"ה מהלכות שלוחין ושותפין וז"ל המשתתף עם חברו בסתם לא ישנה ממנהג המדינה וכו' ולא ימכור בהקפה וכו' ולא יפקיד ביד אחרים וכו' עבר ועשה שלא מדעת חברו ואח"כ הודיעו וא"ל עשיתי כך וכך והסכים למעשיו הרי זה פטור ע"כ. הרי מוכח מכאן דאעפ"י ששינה השותף או השליח אם אחר כך הודיע הדבר לבעל הממון ונתרצה בכך די בזה וגדולה מזו ראיתי שכתב הרב מהר"י אדרבי בסימן קל"ד דאפילו אם התנו מתחלה בפירוש שלא ילבש בסחורות אחרות זולת הכתובות בשטר אשר ביניהם והלביש אחרות בהם והודיע לשותפי' ונתרצו דמהני ואם פחתו פחתו להם יע"ש א"כ בנ"ד דשמעון זה הודיע לראובן ונתרצה ואמר לו יפה עשית ודאי דאין עליו כלום:

וכ"ת שאני נדון דידן דהתם טעמא כדכתב הרב ב"י ז"ל משום דהוי כמחילה ומחילה אינה צריכה קנין אבל הכא אין זו מחילה אלא חיוב שמתחייב לפרוע ראובן הקאמבי"ו ובכי הא צריך קנין ואף על פי שנתרצה ומחל לא מהני דחיוב הוא והיה צריך קנין. לא היא דהקאמבי"ו על הלבונה הוא בא והלבונה הוא משועבדת לפרוע הקאמבי"ו והרי זה כאלו הודיעו שעבדתי נכסיך לפרוע קאמבי"ו והוא נתרצה ומחל בכך וא"כ אם לא ירצה ראובן לפרוע הקאמבי"ו ימכור כל הלבונ' המשועבדת לקאמבי"ו ויפרעם למלוה ואף על פי ששעבדה שלא כדין הרי ראובן מחל ונתרצה בכך:

ועוד אפילו לא היה מוחל ראובן בכך ולא היה אומר לשמעון יפה עשית אין לו על שמעון כלום דכל מה שעשה בשליחות ישששכר עשה וכמבואר בשאלה שישששכר נתן לו הבגדים ועשאו שליח לעשות כך וא"כ מה לו לראובן אצל שמעון ילך ויתבע לישששכר ואם לא ירצה לפרוע הקאמבי"ו ימכור שמעון כל הלבונה עד אשר יתפרע הקאמבי"ו כי שמעון לא שנה דבר ממה שסדר לו ישששכר כל שכן עתה שנתרצה ומחל ואמר לו יפה עשית דהשתא ודאי אפילו עם ישששכר אין לו לראובן תביעה כלל והדברים פשוטים לע"ד:

הק' חייא אברהם בכמהר"ר עשה די בוטון זלה"ה:

שאלה קח

שאלה ראובן שמעון ולוי נשתתפו בעסק נכסיהם כלם ונשבעו להשתדל בכל עז להקריב כל התועלת האפשרי אל השותפות ולהתנהג כל א' מהם בכל פרטי השותפות ביושר ואמונה מבלי העלמת דבר וכי ארכו הימים ויגדל זבולון בנו של שמעון בקש אביו שמעון להועילו וחשב בלבו להדריכו באותו מין העסק שהיו מתעסקים בו ג' השותפים הנז' ולא נתן אל לבו שהיה נמשך מזה היזק והפסד אל השותפות וביום א' מהימים בא אל העיר יששכר שהיה מביא למכור מאותה סחורה עצמה שהיו מתעסקים בה ג' השותפים הנז' וקרא לגד הסרסור שיבקש לו מי שיקנה ממנו אותה סחורה ואמר לו גד אם תרצה אביא אליך את השותפים ראובן שמעון ולוי הנ"ל אמר לו יששכר אל תביאם יען כי הם אוהבי ולא אוכל השב פניהם ריקם בכל אשר ישאלו ממני בערך הסחורה אז אמר לו הסרסור גד אקרא לך לזבולון בנו של שמעון אמר לו הביאהו אלי ואז כשקרא הסרסור לזבולון קרא זבולון לשמעון אביו שילך עמו והלכו שניהם יחד ולא נתפשרו בפעם ההיא במקנת הסחורה ההיא שוב הלכו פעם אחרת ונתפשרו וקנאה זבולון ומכל זה לא הגיד שמעון לחבריו דבר אבל העלים הדבר מחבריו יען כי היה יודע שאם היה נודע הדבר לחבריו הם היו קופצים לקנות אותה סחורה שהיתה ממין עסק שותפותם לחשבון השותפות כי היה הדבר גלוי להם שאם אחר זולתם ה"ה שולח יד במקנתה היה נמשך להם היזק רב ועל כן העלי' מחבריו הדבר והראיה לזה שהסרסור גד כאשר בא לשמעון לקרוא כדי שילך עם בנו זבולון לקנות אותה סחורה קראהו לשמעון בקריצת עין להיותו יושב בפני חבריו וזולת זה עוד נתגלה ששמעון הנז' בהיותו עומד בעיר קושטאנדינה מתעסק לחשבון השותפות הנז' קנה מאותה סחורה עצמה ושלחה לזבולון בנו וכן לא יעשה מאחר שאותה סחורה היתה ממין הסחורה שהיו מתעסקים בה השותפים הנז' והדבר מוחש שהיה נמשך היזק רב אל השותפות הנז' וגדולה משתים אלה עשה שמעון כי בזמן היותו ראובן חוץ לעיר שלח ידו בנכסי השותפות ולקח מהם שיעור ממון וקנה ממנו בתי' לעצמו מבלי נטילת רשות מחבריו ועתה בא ראובן וטוען על שמעון הנז' על ג' אלה כי בהם הפר ברית חלף חק השבועה הגדולה אשר נשבע להקריב כל התועלת לשותפות. ואף אם יטעון שמעון שנטל רשות מלוי חברו הנמצא בעיר או שיאמר דכיון שקנאם בפני לוי חברו והיא לא מיתה בו הוה ליה כאלו סבר וקבל ומחל לשמעון לזה טוען ראובן שכל זה לא שוה לו לשמעון להפטר מחומר שבועתו שאם לוי מחל לו על נטילת הממון הרי ראובן לא מחל לו ולא הרשהו על ככה ואיך שלח ידו במה שיש בו מכשול שבועה גדולה היתה לאלהים להתנהג בנאמנות לתועלת השותפות על כל

אלה הדברים ילמדנו רבינו אם יקרא שמעון עובר על שבועתו מחמת מעשיו אלה אשר עשה ומה יהיה משפט האיש הזה במקנת החצר או הבתים אשר קנה ואם יהיה נאמן בדבריו בענייני השותפות אחרי אשר הפר ברית חלף חק השבועה הנ"ל יורנו מורנו הדין לאמיתה של תורה ושכרו מן השמים:

תשובה אין ספק ששמעון עבר על שבועתו באלה הדברים אשר עשה שלא נהג אלא בערמה ובמרמה ומה שיש להסתפק הוא אם חייב לשלם ההפסד שגרם בפעם הראשונה שלקח אותה הסחורה לבנו וכן בפעם השני' ששלח' מקושט' כיון שידוע שאותה הסחורה היותה ביד אחר גורם היזק רב לשותפות ובפעם הראשונה לא בריר היזקיה כולי האי דכיון דבאה הסחורה לעיר ודאי היו מוכרים אותה בעיר ההיא ואם לא היה לוקחה בנו של שמעון היה לוקח אותה אחר או אפי' בנו של שמעון היה לוקח אותה על יד אחר אע"פ שלא היה מטפל אביו בה וכן במה שהעלים ולא הגיד לשותפיו כדי שיקנו הסחורה אין לחייבו משום שלא עשה שום מעשה:

אבל במה ששלח הסחורה מקושט' בהא ודאי בריר היזקיה טפי וגרם היזק רב לשותפות ויש לחייבו מההיא דכתב הרב מהרי"ק בשרש ט"ו על ראובן שהוסיף מעות בחנות ובסיבת אותה ההוספה נמשך היזק לחנות שהיו מלוים על משכונות לא טובות וגם שהמעות כאשר הם מועטים הם מולוות ולא שבותות מה שאין כן כשהם רבים והעלה באותה תשובה כי ישלם ראובן כל ההפסד אשר גרם לשמעון בהוספת המעות על פי מה שיאמרו דיינים ופשרנים שנראה להם שהפסיד שמעון בכך וטעמא דהשותפים שומרי שכר הם ושומר שכר בשנוי כל דהוא חייב כמו שהביא ראיה שם מפרק השוכר את האומנים א"כ ג"כ נאמר בנ"ד שישערו דיינים כל היזק שגרם שמעון במה ששלח אותה סחורה לשותפות וישלם לשותפים: איברא דיש לחלק דהתם השנוי הוא בענין הדבר הנשמר עצמו כמו בסנטר שהוליכה בבקעה והיה לו להוליכה בהר וכן כנדון דמהרי"ק שהוסיף מעות בחנות שהרבה ממון השותפות ומפני כן נאבד אבל הכא לא עשה כלל בממון השותפות עצמו אלא שהביא סחורה אחרת שמאותה הסחורה נמשך היזק לשותפות ואולי בהא לא אמרי' דחייב לשלם ההיזק:

אך אין חילוק זה ברור דודאי נזק זה אע"ג שאינו בדבר עצמו מ"מ הוא נזק גדול מההוא נדון דמהרי"ק ז"ל כד מעיינת ביה וכיון דשם חייב ה"ה כאן ואין לי בזה ראיה מוכרחת לחייב ממון והדבר שקול בעיני וטוב הדבר לפשר ביניהם ודי בזה לשאלה הראשונה:

ומה ששאל השואל בענין הבתים נראה לכאורה דשמעון זה שלח יד בממון השותפות ונעשה גזלן ואם עשה כן בפני עדים ואמר שלוקח לעצמו הדבר תלוי בפלוגתא דרבוותא

דלהרמב"ם בפרק ז' מהלכות מכירה וכן הרי"ף בפרק המקבל אינו יכול השליח לומר לעצמי אני קונה אע"פ שאמר כן בפני עדים ולהרשב"א ז"ל אם אמר כן בפני עדים מהני אין צריך לומר לשאר המורים שכתב הרמב"ם ז"ל שהפריזו על המדה ואמרו שאפילו שלא אמר בפני עדים מהני ושרש מחלוקת זה הוא מההיא סוגיא דהגוזל שאמרו שם דמי הודיעו לבעל החטין שיקנה חטין לבעל המעות וכמו שכתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י סי' קע"ו שלמד משם דכל היכא דנתכוון לקנות לעצמו לא זכה בעל המעות אבל מדברי הרי"ף בפרק המקבל כתב שם דלא משמע הכי ודברי הרי"ף כתב רבינו ירוחם בנתיב ח' ח"ג וז"ל כתב הרי"ף מאותו הדין של מעלה שאם הלוה מעות לחברו למחצית שכר וכו' ונראה דוקא בשלא שנה שאם שנה כגון שאמר ליה להתעסק בדבר פ' ונתעסק בדבר אחר ואמר בפי' לעצמי אני קונה ממחצה מלוה הכל לעצמו כאשר תמצא בשליחות ח' ראשון ודוקא שאמר כן בפני עדים וכו' ע"כ. ונראה כוונתו במה שחילק בין שינה ללא שינה לתרץ ההוא סוגיא דהגוזל שהביא הרשב"א ז"ל סיוע לדבריו ולכך נ"ל דחילק רבינו ירוחם בהא לומר דהיכא דשינה מודה הרי"ף כההיא סוגיא דהגוזל ולכך קנה בעל החטין אבל היכא דלא שינה לא וכיוצא בזה כתב בנתיב כ"ח ח"א וז"ל ודוקא כששינה דקנינהו בשינוי דאם לא שינה לא מהני תנאה בפני ב"ד ע"כ ונראה כוונתו לומר דאפי' בב"ד לא מהני התנאי היכא דלא שינה וכמו שכתב בנתיב ח' שהבאתי לשונו שרמז לשון זה שכתב שם כמו שתמצא בשליחות ח"א והדברים האמורים בב' המקומות הם על כוונה א' וממה שאמר בנתיב ח' משמע דאפילו בפני ב"ד לא מהני היכא דלא שינה וא"כ תמהתי מאד על הרב ב"י איך כתב בסי' קפ"ג דיש ט"ס בלשונו וצריך להגיה אלא בפני ב"ד דאין כאן טעות והדבר מבואר לע"ד ואדרבה משמע מנתיב ח' דאפילו בפני ב"ד לא מהני: א"כ נמצינו למדין דלהרי"ף ולהרמב"ם ז"ל לא מהני כשאמר כן בפני עדים ולהרשב"א וסייעתו מהני ולפי' להרי"ף והרמב"ם היכא דשינה ודאי דמהני כדכתב ר' ירוחם לתרץ ההיא דהגוזל כדכתיב ונמצא א"כ לפי זה אם אמר שמעון בפני עדים שקונה הבתים לעצמו מהני דכיון דאיכא שינוי ואמר כן בפני עדים מהני:

ולפ"ז היה יוצא לנו בענין השאלה הג' דשמעון זה חשוד על השבועה דכיון דשלח יד נעשה גזלן ופסול לשבועה וכמ"ש המרדכי בפרק אלו מציאות וז"ל וכיון שיש עדים ששלח יד בפקדון נפסל מלישבע וישבע ראובן כמה חסרו שמעון ואם טען עוד ראובן תביעות אחרות המוטלות על שמעון ישבע ראובן ויטול וכו' א"כ לפי זה שמעון זה ששלח יד הוא גזלן ואם יטענו עליו השותפין טענת ברי ויודה במקצת השותפים נשבעים ונוטלים כדין כל חשוד היכא דמודה במקצת:

אבל כד מעייניגן שפיר אשכחינן דהא לאו מילתא היא דאין שמעון זה גזלן אלא שנטל ממעות השותפות בעד חלקו כשותף החולק שלא לדעת חבירו ונוטל חלקו ואין כוונתו לגזול דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן וכמו שכתב המרדכי גבי מבטל כיסו של חבירו בפ' הגוזל קמא וז"ל שמסתמא לא היה דעתו של שמעון לשלוח בו יד ולהיות גזלן דלא משוי נפשיה רשיעא ועוד דכפי הנראה מן השאלה אין כוונתו לגזול אלא שטעה שחשב שדי לו שנתן לוי רשות ואינו כן דלא יועיל כלל זה לחלק ראובן וא"כ ודאי דהוי כשותף החולק שלא לדעת חבירו כדכתיב' ואפילו שימצא חולק על סברא זו מ"מ בנ"ד דמה שלקח הם בתים אין לומר בזה דשמעון מוחזק דאדרבה הבתים בחזקת השותפות דלא מקרי שמעון תפוס בקרקע וכיון שכן אמרי' ודאי דכוונתו ליקח מחלקו ממעות השותפות והוי כשותף שחולק שלא לדעת חבירו דבהא כ"ע מודו דלא עשה ולא כלום וכדמוכח בעובדא דרב ספרא ואיסור גיורא בפרק אלו מציאות דע"כ לא נחלקו הפוסקים אם קנה לעצמו אלא היכא דאמר לעדים שרוצה לגזול ולזכות לעצמו אבל אם אינו רוצה לגזול לא והדבר מבואר בתשובת הרשב"א הנז' שכתב שם ומיהו יש לומר דהתם משום דלא נתכוון לגזול אלא כסבור שהוא רשאי ליטול את שלו בלא דעתיה דחבריה א"כ משמע דהיכא שלא נתכוון לגזול לא קנה לעצמו וכיון שכן בנ"ד אפילו שאמר בפני עדים לעצמי אני קונה לא נתכוון לגזול אלא כשותף החולק שלא לדעת ולא עשה ולא כלום וא"כ חזרו הבתים לאמצע ואם לוי מחל לו על חלקו ראובן לא מחל לו חלקו ודי בזה לשנית: ולשלישית אומר דאע"ג דשמעון זה עבר על שבועתו שהיה לו לשאת ולתת באמונה והוא עשה הכל במרמה כדכתיב' מ"מ אם טענו עליו השותפים טענת ודאי והוא הודה במקצת אין לומר שישבעו השותפים ויטלו כדין חשוד דכבר נודע מחלוקת רש"י ור"ת ז"ל אם חשוד בשבועה דלשהבא אם הוא חשוד בשבועה דלשעבר וכתבו הרב ב"י בהלכות עדות סי' ל"ה והטור בסי' צ"ב דלרש"י ז"ל חשוד בשבועה דלשהבא אינו חשוד בלשעבר ויחסו הפוסקים להרי"ף ז"ל דעת זו ותמה הרב ב"י מהיכן למדו כן ונראה לי קצת טעם משום דהרי"ף הוסיף בל' הגמרא וכתב דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע דילמא מקיים ליה ומשמע דהוא מפרש כפירש"י ולתת טעם דאמאי כשר הוסיף ואמר דילמא מקיים ליה ודעת הרמב"ם בפ"ב מהלכות טוען כדעת ר"ת ז"ל שכתב אחד הנשבע לשקר שבועת בטוי או שבועת העדות או שבועת הפקדון וכו' והריב"ש כתב בסי' שי"א והכריח דשלא אוכל ואכל דהוא חייב מלקות אז פסול לשבועה אבל שאוכל ולא אכל לא וכתב שכן נראה מדברי הרמב"ם שכתב בפרק שני מהלכות טוען שכל הפסול לעדות משום עבירה הרי הוא חשוד על השבועה ובפרק י' מהלכות עדות

כתב איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבים עליה מלקות זהו רשע ופסול לעדות ע"כ. ואני שמעתי ולא אבין מהיכן למד כן מדברי הרמב"ם ז"ל וכי לא פסל לשבועה הרמב"ם אלא עבירה שחייבים עליה מלקות הרי שבועת העדות והפקדון שאין חייבים עליהם מלקות וכתב שמי שעבר עליהם פסול לשבועה:

ועוד הא איכא כמה פסולי דרבנן דאינו חייב מלקות עליהם ולא גרע שבועת בטוי מנייהו וכדכתב הרב המגיד ועוד כיון דכתב הרמב"ם בהדיא שבועת בטוי משמע כל שבועת בטוי והיכן ראה חילוק זה בדברי הרמב"ם ז"ל ולעיקר הכרעתו קשה דאיך תלו הדבר בגמרא משום דבקושטא אשתבע ומשום הכי לא תני ליה הא לא אוכל ואכל אף ע"ג דאשתבע בקושטא היה שונה אותו אלא משום דלא פסיקא ליה דאיכא חלוקה דלהבא דלא נפסל דהיינו שאוכל ולא אכל וא"כ מה לו לתלות משום דבקושטא משתבע היה לו לתלמיד לומר משום דאיכא אוכל ולא אכל דלא מחויב מלקות ואינו נפסל לשבועה משום הכי לא תני ליה דלא פסיקא ליה בכל להבא וצ"ע:

ועיקר הדבר דהרמב"ם כדעת ר"ת והטור בסי' צ"ב שכתב דדעת הרמב"ם כרש"י ז"ל נראה דהרמב"ן בנו"ן גרסינן דכן כתבו המפרשים בשמו דדעתו כדעת רש"י ור"י נראה דמתחלה היה סובר כרש"י ואח"כ חזר בו ואמר כר"ת ז"ל וכן מור"ם שכן כתב המרדכי בפ' כל הנשבעין בשם ר"י ומור"ם כרש"י ואח"כ כתב שם המרדכי שוב מצאתי בתוספות מור"ם דפסק כר"ת וכדברי ר"ת כתב בספר המצות סי' צ"ד עשה בשם ר"י וא"כ אין כאן תימה על הגהות שכתבו בשם ר"י כר"ת דהם לא כתבו אלא לשון סמ"ג ממש ולשונו העתיקו ובודאי דר"י חזר בו והתימה על הרב ב"י שתמה על ההגהות למה כתבו כן בשם ר"י היה לו לתמוה על המרדכי גופיה דבתחלה כתב בשם ר"י כרש"י ואח"כ כתב בשם סמ"ג בשם ר"י כרבינו תם אלא ודאי דלר"י ולמור"ם אירע דבר א' שחזרו בהם:

נמצינו למדים דהדבר פלוגתא דרבוותא מערכה לקראת מערכה וא"כ אף על פי ששמעון עבר על שבועתו אינו חשוד בשבועה דלשעבר דיאמר קים לי כהני רבוותא דאמרי דאינו חשוד וישבע ויפטר כמודה במקצת ולא אמרי' שכנגדו נשבע ונוטל דמספקא לא מפקינן ממונא:

נאם הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קט

שאלה ראובן שנפטר לבית עולמו וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והניח ג' או ד' בנים ונכסים והבנים בניו אחרי פטירתו היו נושאים ונותני' בנכסי עזבון אביהם והיו עושים

הוצאות ופוזרים כל אחד מהם כרצונו מבלי חשבון ועתה באו לחלוק נכסי עזבון אביהם יורנו מורנו מורה צדק אם יחלוקו שוה בשוה חלק כחלק כל הנמצא בעת החלוקה או אם יבאו בחשבון ישר על כל מה שהוציא כל אחד מהם ומי שהרבה והוסיף להוציא יגרע מחלקו התוספת ההוא או לאו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה בפ"ק דבב"ק גרסינן א"ר אלעזר האחין שחלקו שמין מה שעליהן שמין מה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין ופי' הרי"ף בשם הירושלמי דוקא בגדי חול אבל בגדי שבת וי"ט אפילו מה שעל בניהן ובנותיהן שמין וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ט' מהלכות נחלות וכן כתב הטור בח"מ הלכות נחלות סימן רפ"ח ובה' שותפים סימן קע"ו וז"ל אחין שהם שותפים יכולים כל אחד למחות בחברו שלא יקנה דבר לעצמו מהשותפות אם לא ינכה אותו מחלקו ואם לא מחו וקנו לעצמן כשבאים לחלוק שמין הבגדים שעליהם וכו' יע"ש: עוד אמרו שם פעמים אפי' מה שעליה' אין שמין ומשכחת לה בגדול האחין וכתבו הטור בסי' הנז' והרב ב"י תמה על הרמב"ם למה לא הזכיר כן בפ"ט מהלכות נחלות ומפני כן דחק עצמו וכתב דסובר הרמב"ם דפליג רב פפא דאמר הכי בגמרא אדרבי אלעזר ופסק כר"א. ולעניות דעתי נראה לומר דסמך אמאי דכתב בסוף פ"ט דגדול האחין שהיה לובש ומתכסה וכו' דהרי זה לובש מתפיסת הבית וכיון דלביש ודאי דכשיבאו לחלוק לא ישומו מה שעליו דא"כ ממנע ולא לביש וכדכתב הרב ב"י עצמו אעפ"י שגם זה הוא דוחק מ"מ יותר נאות בעיני לפרש כן כי היכי דתיקום הרמב"ם בשיטת הרי"ף רביה דהביא הא דר' אלעזר והא דרב פפא משמע דאית ליה דלא פליג ועוד דהכי משמע פשטא דתלמודא וכן דעת שאר הפוסקים ז"ל:

אם כן נתבאר מכאן שאלתנו דאם אלו האחין מחו האחד לחברו קודם שיוציאו ודאי דכל אחד הוציא לעצמו ויעשה חשבון מכל מה שהוציא אבל אם לא מחו אלא הוציאו בדרך הסתם אם קנו דברים לבניהם ולנשותיהן או חפצים בבתיהם ודאי דשמין אם הם בעין ולא נאבדו ולא בלו לגמרי אבל אם נאבדו או בלו לגמרי אין שמין כלל דמסתמ' אחים מחלי אהדדי ואפילו שזה הוציא יותר מזה וכן אם הוציאו באכילה ושתיה זה יותר מזה ולא מחו אהדדי קודם שיוציאו ודאי דמחלי אהדדי וכדכתב הרב המגיד בפ"ט מהלכות נחלות שהאחין כל זמן שהן ניזונין ומתפרנסים בתפיסת הבית בסתם מוחלים אלו לאלו אעפ"י שיש לזה הרבה בנים יותר מן האחר ושנינו בתוספתא האחים שהניח להן אביהם נכסים ועמדו בניו של זה והשביחו את הנכסים וכו' וכן הם לא יאמרו תנו לנו מה שאכלו בניך אלא מה שאכלו אכלו מן האמצע ע"כ:

וגדולה מזו כתב הרב הנמוקי בפ"ק דב"ק דהיכא דיהיב חד מן האחין מתנה לאיניש אחרינא מתפיסת הבית וחזו אחין ושתקו דמחילה הויא ע"כ. א"כ למדנו דכל מה שהוציאו באכילה ושתיה אפילו שזה הוציא הרבה וזה הוציא מעט אין לזה על זה כלום אך בדברים שקנו להם ולבניהם ולנשותיהם והם בעין שמין אותם בשעת החלוקה לבד בגדי חול אשר לבניהם ולנשותיהן אין שמין אבל מה שעליהם שמין ואפילו בגדי חול אשר עליהם שמין ואם חלה א' מהם והוציא בחוליו חלה בפשיעה מתרפא משל עצמו ואם חלה באונס הוי מן השותפות: אלא שהטור בסימן קע"ז כתב דאפילו חלה באונס אם יש קצבה לרפואתו מתרפא מן האמצע ונפקא ליה מדברי רשב"ג בתוספתא ותמה עליו הרב ב"י ז"ל שם דרשב"ג אמתניתין קאי ומתניתין אוקימנא לה בחלה בפשיעה ותירץ דאולי היה לו לטור גירסא בתוספתא הפוכה וגריס בד"א ברפואה שאין לה קצבה אבל ברפואה שיש לה קצבה מתרפא משלו. ואני תמוה איך אפשר לומר כן דאם כן רשב"ג לא קאי אלא אחלה באונס וחלה באונס לא הוזכר במשנה דמתניתין בחלה בפשיעה איירי ולא נזכר באונס דמתרפא מן האמצע אלא בדברי רבין בגמרא בפרק מי שמת וכי יעלה על הדעת דרשב"ג קאי אדברי רבין הא ודאי לא קאי אלא אמתניתין. לכך נראה לי לתרץ דהטור פסק דלא כרשב"ג דרשב"ג מחלק בכך בחלה בפשיעה ות"ק אינו מחלק ולכך כתב הטור דבחלה בפשיעה בכל גוונא מתרפא משלו דלא כרשב"ג אלא כת"ק ואע"ג דפסקו הפוסקים כרשב"ג משום דבאלמנה מפלגינן נמי בין יש לה קצבה לאין לה קצבה סובר רבינו דשאני הכא דחלה בפשיעתו וכיון דהוא פשע ראוי שיתרפא משלו אפילו ברפואה שאין לה קצבה וכבר הרגיש הרמב"ן בזה וכתב ואע"ג דאיכא לאיפלוגי בינייהו בטעמא אנן לא פלגינן עליה דרשב"ג וכו' ומפני כן פסק הטור כת"ק ומ"מ בחלה באונס כתב דברפואה שיש לה קצבה מתרפא משלו משום דלא עדיף שותף מאלמנה דאכלה בתנאי בית דין וחייב לעשות כל צורכיה וכדכתב הרא"ש ז"ל בפרק הנושא ואפילו הכי אמרינן התם דרפואה שיש לה קצבה מתרפאת משלה: א"כ למדנו דבחלה באונס ברפואה שאין לה קצבה מתרפא מן האמצע ואע"ג דהר"י הלוי כתב שם הטור בשמי' דדוקא זה שמתעסק באומנות לבדו אבל שני שותפים וכו' אפי' באונס מתרפא משל עצמו וכן כתב הרשב"א הרי הרא"ש חלוק עליו והתו' וכן נר' דעת הרי"ף והרמב"ם שלא חלקו בכך ועוד דר"י הלוי לא איירי אלא בשאינם ניזונים מתפיסת השותפות וכדכתב שם הרב ב"י להסכי' דברי ר"י הלוי עם הרא"ש ז"ל ויש הוכחה לדבריו מדברי הטור דהביא אח"כ שאלה לאביו הרא"ש ז"ל ולא כתב דפליג על ר"י הלוי משמע דסובר דאיירי בשאינ' ניזוני' מתפיסת השותפות ואינם חולקים זה על זה:

גם הרב מורי ורבי ז"ל בפסקיו הראשונים סימן רל"א קיים חלוק זה והכריחו. הגם כי הרב הכהן הגדול נר"ו בפסקיו סימן קט"ז סתרו מ"מ העלה שם דאפילו לר"י הלוי היכא דחלה באונס מתרפא מן האמצע ברפואה שאין לה קצבה יע"ש: הכלל העולה דאם אלו האחין לא מיחו זה לזה בהוצאה כל מה שהוציאו באכילה ושתיה ואפילו חלה א' מהם ונתרפא מן השותפות לא יחשב לו ואפילו שזה הוציא הרבה וזה מעט דאחין מחלי אהדדי וכל הדברים שקנו כל א' לעצמו ובשעת חלוקה הם בעין ישומו אותם כמבואר לעיל הנלע"ד כתבתי:. נאום הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קי

שאלה ראובן שמעון ולוי שהיו שותפים והיו נושאים ונותנים עם נכסיהם ונכסי אחרי' מחובות שהיו חייבין שלשתן יחד לסוחרים וקרה להם מקרה והפסידו הנכסים שלהם ושל אחרים ובין כך ובין כך שמעון ולוי מתו גם שניהם ונמצא ראובן חייב לסוחרים מחשבון השותפות יותר ממאתים אלפים לבנים ולא נמצאו בידו מכל נכסי השותפות רק כמו שלשים אלפים לבנים ועם אותם הל' אלף לבנים הנז' נתעסק ראובן והלך למרחקים הלוך ושוב כמה שנים וכמה פעמים קפצו עליו רוצחים בדרכים ובחמלת ה' עליו הציל את עצמו אך שללו נכסיו פעם ופעמים והכניס עצמו בכמה סכנות עצומות בדרכים המסוכנים והרחוקים מאוד כדי להביא די מחסורו לצאת ידי חובתו ומהחובות הנשארים עליו מחשבון השותפות הנז' ועתה יורשי שמעון ולוי קפצו על ראובן ומבקשים ממנו חשבון נכסי השותפו' שהיה לו עם שמעון ולוי ובפרט ממה שנמצא בידו מהחובות אחר פטירתם וראובן טוען שאותם כמו שלשים אלף לבנים נתפרע הוא מהם מפני שהשותפים הנז' היו חייבים הם בפני עצמם קודם השותפות חובות לאחרים וגם הוא היה חייב בפני עצמו חובות לאחרים ותנאי השותפות היה שיפרעו כל אלו החובות מן השותפות והוא פרע חובות אשר היה להם ולכן נטל הוא כנגדם סך מעות לפרוע חובותיו שהוא חייב בפני עצמו כמו שפרע חובות השותפות וזה הסך היה עולה כנגד מה שפרע בעבורם ועדיין פרע יותר ועוד שאפילו לא היה מקבלם לחשבון זה הרי קבל על עצמו לפרוע לכל בעלי חובים מצורך השותפות ולא נשאר לו כלום ואדרבה נשאר חייב בעבורם כל הסך שנשארו חייבים שהרי נאבד הכל. יורנו מורנו אם יש ליורשים זכות או תביעה על ראובן מצד השותפות הנזכר או אם אחר פטירתם נתבטל השותפות שהיה ביניהם ושכרו כפול מן השמים:

תשובה איברא דהרמב"ם ז"ל כתב בפ"ה מה' שותפי' דהיכא דמת אחד מן השותפים או מן המתעסקים בטל השותפות אפילו היה השותפות לזמן וא"כ בנ"ד כיון שמתו שמעון ולוי נתבטלה השותפות אבל מ"מ היה לו לראובן לחלוק בפני שלשה וכיון שלא חילק הריוח לאמצע וכדכתב הטור בח"מ סימן קע"ז. ועוד כתב הרא"ש בתשובה הובאה בדברי הטור בסימן הנז' גבי אלמנת שמעון שתבעה לאלמנת ראובן שלבעלה גבו המס בעבורה ואלמנת ראובן השיבה שעל מנת כן טרח בנכסים לעשות בהם כשלו והשיב שם בסוף דבריו כי דרך אחין השותפין אם נפטר א' מהם הנשאר טורח בכל הממון בשביל יתומי אחיו ולאלמנתו וכל זמן ששתק הריוח לאמצע ולא שיטול בשכר טורחו ממה שמגבין הקהל לאלמנה עד כאן הרי משמע דהיכא דהיו השותפים אחין ולא חלקו אע"פ שמת אחד מהם הריוח לאמצע ואפי' שכר טורחו לא יטול:

ואם כן בנ"ד שאחד מן השותפים הגידו לי שהוא אח לראובן ולא חלק נראה לכאורה דהריוח לאמצע כי כן דרך לטרוח בשביל יתומי אחיו ואפילו שכר טורחו לא יטול ואפילו בעד חלק האחר שאינו כ"כ קרובו אלא הוא בן אחיו מ"מ על הרוב יטול כדין שותף היורד ברשות בנכסי שותפות שכתב הטור בסימן קע"ה שנוטל כאריס וא"כ הכא נמי יטול בעד חלק האחר שאינו כ"כ קרוב שכר טורחו ובשביל אחיו לא יטול שכר טורחו זה היה נראה לכאורה:

אבל כבר אפשר לבטל כל זה משום דכאן לא נשארו נכסים כלל ומה חזה לו לראובן לחלוק בפני ג' אדרבה הוא חייב עדיין יותר ויותר בעדם. אבל אין טעם זה מספיק בעיני מפני שהגידו לי שבכל שטרי החובות הם שלשתם חייבים ונשארו ליורשי שמעון ולוי מהם מטלטלים וקרקעות וא"כ נכסי שמעון ולוי הנשארים הם משועבדים לבעלי חובות אשר הם חייבים להם בשטרות ואלו השלשים אלף לבנים מאלו החובות הם וא"כ איך יטול אותם ראובן כיון שהיום או למחר יבאו הב"ח לטרוף מנכסי שמעון ולוי המשועבדים להם באותם השטרי חובות ולא עוד אלא שאפשר שיאבד אותם ראובן ויתחייבו לפרוע יורשי שמעון ולוי מנכסי מורישם אשר נשארו להם וא"כ ראוי לראובן שיפרע החובות ויסלק חובות השטרות כדי לסלק השעבוד מעל נכסי שמעון ולוי ולא ללכת ולהסתחר במעות אשר אינם שלו ולסכן עצמו בדרכים כי אולי ח"ו יארע לו מאורע רע וישארו נכסי שמעון ולוי משועבדים או אם לא הגיעו זמני החובות לפורעם היה לי ליתן חלק היתומים ביד ב"ד והיה די לו בכך דאע"ג דכתב הרמב"ם פ"ד מהלכות שותפין דאם היה עליהם חוב לאחרים והם אחראין זה לזה אינם יכולים לחלוק עד הזמן והטעם נראה מלשונו מפני שאולי יפסיד הא' חלקו ויפרע חברו בעבורו וכמו שביאר הרב מהר"י

קולין ז"ל בשרש ק"כ וא"כ נראה דהיכא דמת אחד מן השותפים אמרינן נמי דאולי יפסיד השותף חלקו וישארו נכסי היתומים משועבדים ויתפרעו מהם חלק השותף לא היא אלא הרשות ביד השותף לחלוק דאין סברא לומר שהשותף האחד יטריח עד הזמן ויטלו היורשים חלק עם השותף כיון ששותפו מת אלא יניח חלקם בב"ד וסגי ואעפ"י שנכסי היתומים נשארים משועבדים בשביל השותף גם השותף נשאר משועבד בעד חלקם וכי היכי דהיכא דמת תוך הזמן הרשות ביד השותף לחלוק ה"ה נמי היכא דהיה עליהם חוב אף על פי שיש לחלק ביניהם מהטעם שכתבתי למעלה דאולי יפסיד האחד חלקו ויש פנים לכאן ולכאן:

מ"מ בנ"ד אין אנו צריכים להכרע' זו דראובן זה לא עשה כלל מזה וג"כ אין טעם לפוטרו וכל הריוח אשר הרויח הוי לאמצע. אבל מ"מ מכח הטענה האחרת הכתובה בשאלה שטען ראובן נר' ודאי פשוט שהדין עמו דכיון שהוא נתפרע בעד מה שפרע בעבורם והיא תנאי ביניהם שכל החובות יתפרעו מן השותפות א"כ הוי כאלו לא נשאר כלל שאלו שלשים אלפים לבנים היו חייבים לו שותפיו והוא נתפרע מהם ולא היה צריך לעשות זה בפני ב"ד דאין כאן חלוקה לומר מאן פלג לך כדאמרינן באיזהו נשך בעובדא דכותאי דכיון דלא שייך חלוקה מה שעשה שנטלם למשכונו כדין עשה:

ולענין אם חייב ראובן שבועת השותפים יש כמה צדדין לפוטרו חדא דאיכא פלוגתא אי בעי' הודאה במקצת או לא וכדכתב הטור בה"מ סימן צ"ג וכתב הרב הגדול מורי נר"ו בפסקיו סימן ק"ל ולדעתי אעפ"י שרבים הם הסוברים דבשבועת השותפות לא בעי' הודאה מ"מ אחר שרש"י והרשב"א והרמ"ה ז"ל סבירא להו דבעינן הודאת פרוטה ודאי אין בידנו להכריחו לישבע שיאמר קים לי כהני רבוותא דסברי דאין משביעין שבועת השותפים אלא היכא דאיכא הודאה במקצת ובנ"ד אינו מודה ראובן כלל אדרבא אומר שפרע בעדם יותר ויותר: שנית דבנ"ד אין כאן עדים שהוו שותפים ובאנו למחלוקת הרמב"ם וסיעתו והרא"ש ז"ל דלהרא"ש אמרינן מגו לפוטרו משבועה כדכתב הטור ז"ל בסימן צ"ג אם כן היה יכול ראובן זה לומר מעולם לא נשתתפנו ואיני חייב לכם שבועת השותפים ואפילו שמעון ולוי קיימים והיו אומרים לו נשתתפנו לא היו יכולים להשביעו על כך כיון דאין טענה זו מביאו לידי ממון וכדכתב הרמב"ם זיל בפ"י מהלכות שותפים ולהרא"ש דאית ליה מגו לאפטורי משבועה נמצא דזה פטור מגו דיכול לומר לא נשתתפנו מעולם אי נמי אפילו תאמר דאין כאן מגו דלא נשתתפנו דכבר יצא הקול מכמה שנים שהם שותפי' ולא היה מעיז פניו לומר כן מ"מ היה יכול לומר חלקנו דגם בטענה זו פוור משבועה כדכתב הרמב"ם שם בפ"י וכן הטור בסימן צ"ג וכיון דהרא"ש

מסייע ליה מצי למימר קים לי כהרא"ש ז"ל וכן הר"ן בפרק כל הנשבעין נראה דהסכים לדעתו יעויין שם שלישית שהרי כתב הרמב"ם בפרק ט' מהלכות שותפין מכאן הורו רבותי שאם מת השותף הא' אין היורש יכול להשביע שותפו של אביו בטענת שמא שהרי אינו יודע שחושדו אביו בשתי כסף וכו' ויש מי שהורה שמשביע אותו היורש בטענת שמא וכזה ראוי לדון שהרי היורשים משביעים את האשה שנעשית אפטרופא בחיי בעלה ע"כ וא"כ לדעת רבותיו של הרמב"ם אין היורשים יכולים להשביעו: איברא דדחה הרמב"ם ז"ל סברא זו והביא ראיה נכונה מההיא דהיורשים משביעים את האשה וכו' וביאור דבריו דפרק כל הנשבעין אמרינן דאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית תשבע ואע"ג דמשם אין ראיה כ"כ דמצינן למימר דמתניתין איירי שבעלה משביעה ולא היורשים מ"מ בפרק הכותב מוכח בהדיא דהיורשים משביעים אותה על מה שנעשית אפטרופא בחיי בעלה ולדברי רבותיו הקשה דאיך יכולים להשביעה דילמא לא היה בעלה חושדה בטענת שתי כסף אלא ודאי שהיורשים משביעים אותה זה נראה ביאור דברי הרב ז"ל. ועל כן אני תמוה על הרב בעל כסף משנה שכתב, דאינו מכיר אותה ראיה דאיכא לאוקומה כשחושדים אותה בב' כסף ולא נתבררו לי דבריו דכיון דהם משביעין אותה על מה שנעשית אפטרופא בחיי בעלה האיך ידעו אם חשדה אביו בשתי כסף ואם מוקמת לה שאמר להם אביהם כן זה דוחק גדול ומה שאמר רב נחמן והוא שיש טענה שתי כסף דמשמע דקאי אכולהו דקתני במתני' בסוף כל הנשבעין ושם נזכר האשה נושאת ונותנת בתוך הבית וכדנראה דדייק הרב הנז' לדחות דברי הרמב"ם מ"מ יש לומר דלא אמר כן רב נחמן אלא אשארה:

ואת"ל דקאי האשה הנותנ' איירי כשבעלה משביע' בדוקא וכדכתב הרי"ף בפ' הכותב דבכל גוונא איירי מתני' אבל כשהיורשים משביעים אותה על מה שנעשית אפטרופא בחיי בעלה ודאי דליכא בהו טענת שתי כסף ונמצאו דברי הרמב"ם על נכון ומ"מ אעפ"י שדחה סברת רבותיו בטעם נכון מ"מ יכול ראובן לומר קים לי כרבותיו של הרמב"ם כדי לפטור משבועה וא"כ נמצא ראובן פטור משבועה מכל הצדדים ומ"מ יחרימו עליו חרם סתם אם כדבריו כן הוא:

הכלל העולה דראובן זכאי בדינו ואפילו יש לו אלף אלפי זהובים אין יכולים לתבוע ממנו יורשי שמעון ולוי מאומה ואפילו שבועה אינו צריך מן הדין אלא חרם סתם ומ"מ להיות נקי מה' וישראל לצאת מפני החשד ישבע שכדבריו כן הוא הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קיא

שאלה ראובן שמעון ולוי שנשתתפו לזמן ג' שנים והגיע הזמן הנז' ועשו שטר שותפות ביניהם ונמצא שראובן שם בכיס השותפות מ"ב אלפים לבנים ושמעון ל"ג אלף אחרים ולוי שבעת אלפים לבנים בא ראובן ואמר בעת ההיא רוצה אני להפריד השותפות שכבר הגיע זמן הנז' ועשו ביניהם חשבון מכל מה שנטל כל אחד מהם בהמשך הזמן הנז' ונמצא שראובן נעל י"ד אלף ושמעון נטל כ"ח אלף ולוי י"ג אלף והנה טוען ראובן שרוצה ליקח ממנוטון השותפות לפי המעות ששם בשותפות ולפי המעות שנטלו חבריו בכל המשך הזמן הנז' גם טוען שלענין הריוח התנו ביניהם שיחלוקו ביניהם שוה בשוה אלא שראובן היה לו ליקח ב' אלפים ביתר שאת ויש להם לקבל חובות רבות שואל ראובן אם חייבים שמעון ולוי חבריו לגבות החובות ההמה הואיל ויש להם חלק שוה כמו כן ישתדלו כלם בגביית החובות בשוה או שיקח חלקו מהחובות עליו איש ככל אשר יושת עליו מחלקו המגיע לו לקבל ולגבות חלק כחלק ובזה יחלוקו הסחורו' הנמצאות ביניהם כראוי כפי חלקם או יהיה מחויב הוא לבדו לגבותם על הכל יאיר כנגה צדקת תורת ה' תמימה זכה וברה לפני אדוננו גאוננו מורנו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה מה שטוען ראובן שרוצה ליקח ממונטון השותפות לפי המעות וכו' פשוט הוא שהדין עמו שעכשיו שבאו לחלוק יקח ראובן תחלה כמו שלקחו חבריו ואח"כ יחלקו: ולענין החובות אם יחלקו אותם איכא בהא פלוגתא דהרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל צ"ח הביאה הטור בהלכות שותפין סימן קע"ו דאחין או שותפים שבאו לחלוק ויש להם שטרי חובות ישומו ב"ד כל שטר ושטר וכו' ואם אין בו שיעור חלוקה דנין בו דין גוד או אגוד ופי' אין בו דין חלוקה מבואר הוא שר"ל שאינו אלא שטר א' כמו שפי' שם הרב ב"י וכן מבואר שם בתשובות הרא"ש וכן בדברי הטור סימן ס"ז שכתב שם ובשטרות נמי איכא שיעור על פי שומת ב"ד ואם שטר חוב א' יכול לומר לו גוד או אגוד וכו' הרי בהדיא כדברי הרב ב"י. ואיכא למידק בדברי הרא"ש שכתב בפסקיו בסוף פ"ק דבתרא ובהלכות שותפים בקרקע סימן קע"א כתבו הטור בשמו בשם ר"י הלוי דלא שייך דינא דגוד או איגוד אלא ביורש או מקבל מתנה וכתב שם דנראין דבריו כשנשתתפו מתחלה ע"ד להיות ביחד כגון שלא היה להם בית דירה לדור בו הרי שהסכים לדברי ר"י הלוי ז"ל בהא:

איברא דלשון הטור קשה קצת שכתב בשם רבינו האי שהסכים לדברי הרא"ש ודלא כר"י הלוי ומשמע דתרווייהו בחדא שיטה הוו וכמו שנראה שם מדברי הרב ב"י שפי' דתרווייהו אית להו דלא כר"י הלוי ולפי האמת אינו כן דלא פליג הרא"ש על ר"י הלוי

ז"ל אלא בחדא דהיינו אם היה להם בית דירה ונפל ונשרף וכו' אבל אם לא היה להם בית דירה לדור בו מודה לר"י הלוי ומדברי רבינו האי לא משמע כן אלא דבשותפים שייך בו דינא דגוד או איגוד בכל גוונא מדלא חילק מיהו אפשר דלא מסכים להו הטור לגמרי אלא דלא אית להו כר"י הלוי דאיהו כתב דבכל גוונא בשותפים לית ביה דינא דגוד או איגוד והרא"ש ורבינו האי לית להו הכי מיהו הרא"ש מודה ליה בחדא דכיון דלקחו מתחלה לדור בו שניהם ביחד לית ביה דינא דגוד או איגוד וא"כ קשה על דבריו כאן שכתב דבשטר א' שייך ביה דינא דגוד או איגוד דהא מתחלה נשתתפו שניהם יחד להיות שותפין בחוב עד שיגבו אותו ולית ביה דינא דגוד או איגוד דלא דמי למי שהיה לו בית דירה ונשרף שכתב הרא"ש דאית ביה דינא דגוד או איגוד דהתם איכא טעמא רבה כדכתב הרא"ש דיכול לומר כשלקחנו ביחד ע"ד להיות שותפים הוה מפני שהיה לי בית אבל עכשיו שנשרף ביתי אני צריך בית לדור ואינו מספיק לשונינו ולכך שייך ביה דינא דגוד או איגוד אבל בשטר ליכא הך טעמא וצ"ע:

מ"מ למדנו דעת הרא"ש ז"ל דאיכא חלוקה בשטרי חובות אבל דעת הרשב"א דאין חלוקה לשטרות וכמו שכתב שם הרב ב"י תשובה בשמו נראה שאין ב"ד חולקים חוב כנגד חוב וכו' ואע"פ שכתב שראה כמה גדולים דנים כהרא"ש לענין שיגבה הב"ח משטרי חובות אבל לא לענין חלוקה דאיכא טעמא רבה בחלוקה לומר שלא יחלוקו משום דיש עשיר ואינו פורע מתוך אלמותו ויש מתרושש ופורע מתוך דוחקו וכו' וכמו שכתב שם גם דינא דגוד או איגוד לא שייך בהו לדעת הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ב"י סי' קע"א וכן בתשובות להרמב"ן סי' מ"ג והרמב"ם נראה דמסכים לדברי הרשב"א דלית ליה חלוקה בשטרי חובות וכמו שכתב הרב ב"י סי' קע"ו וא"כ הוה ליה הרא"ש יחידאה לגבייהו ואע"ג דבסימן ס"ו הביא הטור בסתמא דברי אביו דמשמע דאית ליה כוותיה מ"מ בסי' קע"ו כתב המחלוקת בינו להרמב"ם, וא"כ לא איכפת לן מ"ש בסי' ס"ו כיון דאלו הם דבריו האחרונים ודמי לסתם ואח"כ מחלוקת דאין הלכה כסתם וכן ראיתי בפסקי הרב הגדול מורי ורבי ז"ל שכתב על ענין כיוצא בזה ועוד דאפילו היה מסכים בהדיא לדברי אביו מ"מ הרי כתב הרב ב"י בסי' ע"ו דהרא"ש והטור אינם אלא כח א':

איברא דקשיא לי עליו מהא דקי"ל בפרק אחד דיני ממונות דהרב והתלמיד נמנין לב' כגון רבי אמי ורבי אסי דלגמריה דרב הוו צריכי ולסבריה לא הוו צריכי וא"כ הטור אע"פ שהיה תלמיד לאביו לחבריה לא הוה צריך ואית לן למחשב לו ולאביו כתרתי כי היכי דמנינן כשיעמדו למנין הרב והתלמיד כנגד שנים אחרים כתרי ותרי ולא אמרי'

התלמיד כחו של רבו ויהא חשוב חד לגבי שנים משמע דאין הדבר כמ"ש הרב ב"י אלא דחשבינן להו כתרי ועוד דאפילו דלסבריה דרבו צריך בטומאות וטהרות וה"ה באיסור והיתר חשבינן להו לב' כדאיתא התם א"כ לא ידענא מנא ליה להרב ב"י לתת לנו כלל זה דנראה לכאורה דחשבינן להו כשנים:

מ"מ בנ"ד אני אומר דאין דעת הטור מוכח כדעת אביו כדכתיבנא וא"כ הוה ליה הרא"ש יחידאה לגבי הרשב"א והרמב"ם ואפילו המוחזק לא יוכל לומר קים לי כוותיה דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו כמו שהשרישנו הרב מהרי"ק זיל:

איברא דהרב מהריב"ל בפסקיו הראשונים כתב סימן צ' דדוקא היכא שכל הפוסקים נושאים ונותנים בדין א' ומסכימים לסברא א' ויצא א' מכללם נגד סברתם הרי הוא בטל במיעוטא דמיעוטא אבל בנ"ד שלא מצאנו מי שידבר בפי' אלא הרמב"ם והרמב"ן ז"ל על כיוצא בזה לא כתב מהרי"ק מ"ש וכו' ע"כ. א"כ נ"ד דלא דברו בדין זה אלא הרמב"ם והרשב"א והרא"ש יוכל המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ונחלוק השטרות ומ"מ אני אומר דאפילו יהא א' מוחזק בממון השותפות לא יוכל לומר כן דהאי טעמא דכתב הרב מהריב"ל ז"ל לאו טעמא בריר הוא אלא עשאו סניף לטעמים אחרים הכתובים שם לכן אני אומר דשטרות והחובות יהיו בשתוף עד אשר יגבו אותם ואז יחלקו המעות כדעת הרש והרמב"ם וצריך שישתדלו כלם בגביית החובות דשותפים בסתם חייבים כל א' לעסוק בשותפות אם לא יש תנאי ביניהם שהא' יתעסק לבדו דאז הוא לבדו חייב להתעסק ולא האחרים אבל אם אין תנאי ביניהם כלם חייבים להתעסק עד גמר השותפות וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות שותפין המתעסק עם חבירו בסתם וכו' ולא יתעסק בסחורה אחרת וכו' משמע משם דכולם צריכים להתעסק יחד עד גמר השותפות:

ולענין חלוקת הסחורות כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהל' שותפים ואם לא היתה באותה סחורה דין חלוקה או שהיתה בחלוקתה הפסד הרי אלו מוכרים אותה וחולקים את הדמים היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה יש לכל א' מהם לעכב שלא יחלוקו עד שתמכר הסחור' בזמן הידוע למכירתם ע"כ. ויש להסתפק אי קאי אדסמיך ליה דוקא שכתב ונשתתפו סתם ולא קבעו זמן וכו' דאז אין חולקי' כשיש בחלוק' הפסד אבל בקבעו זמן והגיע הזמן כיון שהגיע הזמן חולקים בכל גוונא אפי' שיש בחלוקה הפסד ויש דמות ראיה לזה מההיא דמשכיר לזמן קצוב שיכול להוציאו אפי' שיכלה הזמן בימות הגשמי' ואם השכירו סתם אינו יכול להוציאו בימות הגשמים וכמו שכתב הטור בח"מ

סי' שי"ב משמע דעדיף זמן קצוב מסתם הכא נמי עדיף לענין החלוקה זמן קצוב מסתם ובזמן קצוב יחלקו הכל אלא שלפי האמת יש לחלק דשאני התם דהוי כאלו הודיעו וא"כ היה לו לבקש דירה ולצאת משם אבל הכא כשנשתתפו על הסתם לא נשתתפו באופן שיגיע הפסד לשותפות אלא לתועלת השותפות וכיון דהתועלת הוא שלא לחלוק אותה הסחור' עד שימכרו אותה ודאי דדעתם כן היה מתחלה ושניהם נתכוונו לכך מתחלה כיון דאם לא היו עושים כן נמשך היזק לשותפותם על כן נראה דהרמב"ם קאי אפי' אחלוק' קמייתא דנשתתפו לזמן קצוב ואם יש בסחור' הפס' בחלוקת' ימכרו אות' ואח"כ יחלקו או אם יש זמן ידוע למוכר' ימתינו עד הזמן ההו' וימכרוה ויחלקו הדמים ושאר כל הסחורות יחלקו והשטרות והחובות לא יחלקו עד אשר יגבו אותם וישתדלו כלם בגבייתם כיון דיש לכלם חלק בהם וכדכתיב' הנלע"ד כתבתי:
נאם הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קיב

שאלה ראובן ושמעון כת א' ולוי ויהודה כת אחר' ומשה כת ג' ואהרן כת ד' וזה נוסח השטר נתרצו ויאותו הכתות הנ"ל ועשו ביניהם חברה ושותפו' עד תשלום ב' שנים רצופי' והתנו ביניהם תנאים גמורים שרירים וקיימים כתנאי בני גד ובני ראובן ראשונה נתחייב משה הנ"ל לשלוח לג' הכתו' הנ"ל כל בגדי משי אשר ישאלו ממנו כל משך הזמן הנז' ויהיו הבגדי משי ברשות לוי תחת ידו ולא ביד אחר מהשותפי' הנז' עוד התנו ביניהם ונתחייבו הג' כתות הנז' להתעסק ולהשתדל ולמכור הבגדי משי כל משך זמן הנז' בחניות אשר להם פה לארשו ובחנויות אשר להם בירידי' בכל מאמצי כחם ואפשרותם הכל בנאמנות גמורה וביושר לבב מבלי שיעלי' שום א' מחבריו מהבגדי משי לא מהקרן ולא מהריוח מפרוטה ומעלה ושלא יהיו רשאי' מהיום והלאה להיות להם שום עסק אחר בעולם בבגדי משי לא על ידם ולא ע"י בניהם ולא ע"י אחרים לא לקנות ולא למכור כל משך זמן הנז' זולת הבגדי משי אשר ישלח להם משה הנז'. עוד נתחייבו הג' כתות הנז' למכור הבגדי משי במעות ולא בהמתנה ואם באולי ימכרו בהמתנה מעתה התנו ביניהם שאחריות מכל מה שימכרו בהמתנה יהיה מוטל על הכת שימכור בהמתנה לפרוע כל נזק שיגיע ח"ו וכמו כן אם ח"ו יקרה בשותפות איזה הפסד יפסידו הכתות הנז' כפי מה שחולקים הריוח כפי מה שכתוב בשטר בפרטות וכמו שהן קרובים לשכר כך יהיו קרובים להפסד ח"ו על הכל נטלו הכתות הנז' קנין גמור ושלם מעכשיו וכו' ונשבעו שבוע' חמורה בתורה לקיים כל הנ"ל בלי שום מרמה ותחבולה ובלי שום פתח

היתר וחרטה בבטול כל מיני מודעי עד סוף כל המודעו' ע"ד הרשב"א ופסול עדיהן וכו' עתה נפל הפרש בין הכתו' הנז' שאירע מקר' שחלה א' מהכתות הנז' או שאירע לו אונס ששמו אותו בבית האסורי' ונתעכב שם כמו ג' חדשים ועתה יצא וחזר לאיתנו הראשון ושואל מהשותפין הנז' הריוח שהרויחו כל אותו הזמן שנתעכב בבית האסורים והשותפי' טוענ' כי מאחר שלא השתדל בשותפו' כל זה הזמן אין לו הנא' והוא טוען להם שכמו שאירע לו זה כך היה באפשרו לאירע להם ועוד טוען להם שנתחיי' בשטר שאם היה מוכר בהמתנה שהיה האחריות עליו לפרוע כל נזק שיגיע ח"ו וג"כ נתחייב בשטר שאם ח"ו יקרה יקרה בשותפות איזה הפסד שהיה מפסיד כפי החלק שהיה לוקח מהריוח ועתה איך יהיה רחוק מההנאה וקרוב להפסד כל זה יורנו מורנו הדין עם מי המתפלל בשלו' תורת אדוננו ובאורך ימיו ושנותיו בנעימים והתמדת שלוחו ובריאותו לעולמים: תשובה הר"ן בפ"ק דבתרא והגהות מיימון בפ"ד מה' שותפין וכמה פוסקים אחרים הזכירם הרב בעל ב"י ברישׁ ה' שותפין בח"מ סי' קע"ו כלם כתבו דשותפין נעשו שכירים זה לזה ומהך טעמא אית להו למקצת רבוות' דיכולים לחזור תוך זמן השותפות דדמי לפועל דיכול לחזור בחצי היום. והרמב"ם דאית ליה בפ"ד מהלכות שותפין דיכולין לעכב מלחלוק עד הזמן אע"ג דדמי לפועל טעמו דיש לחלק דהתם איכא טעמא דלי בני ישראל עבדים אבל הכא בשותפין כי היכי דנעשה שכיר זה לזה כן נעשה האחר לו ושניהם שוים ולא שייך כאן לומר לי בני ישראל עבדים ואין קושיא לדברי הרמב"ם ז"ל אע"ג דמדמי ליה לפועל וכן כתב הרב מהר"י קולין ז"ל בסימן קפ"ב יע"ש:

ועם זה אין אנו צריכים לדחוק במה שדחק הר' הגדול ב"י שם בסי' קע"ו שכתב דממ"ש התוס' בפ' המקבל גבי הנהו בי תרי דעבוד עסקא בהדי הדדי דכתבו שם דבעל העסק אינו יכול לחזור והמקבל יכול לחזור משמע דפליגי על הרמב"ם דאית ליה דשותפין אין יכולין לחזור עד הזמן ואע"ג דהגהות מיימון כתבו בשם התוס' בהפך וכדברי הרמב"ם הוצרך הרב לומר דההוא דבור פליג על תוס' שלנו ולפי מ"ש אתי שפיר דלעולם התוס' אית להו דינ' כהרמב"ם גבי שותפין דכי היכי דזה נעשה שכיר לזה כן נעשה זה שכיר לזה ואין לא' רשות על חברו מאשר לחברו עליו אבל במקבל ובעל העיסקא דאין למקבל רשות על בעל העיסקא ואיכא טעמא דלי בני ישראל עבדים לא ובהא הוא דכתבו התוס' בפ' המקבל דיכול לחזור כיון דיש לחברו רשות עליו ואין לו רשות על חברו ושייך ביה טעמא דלי בני ישראל וגו' ומש"ה כתבו דהיכא דמקבל עסקא מחברו לא נקט תלמוד' משום דודאי יכול לחזור בו אבל תרי דנקטי עיסקי מב"ה דהם שותפים ודאי דאינ' יכולים לחזור דאיירי בדקבעו זמן ולא הגיע הזמן עדיין כדכת' הגהו' בשמ' ומש"ה נקט תלמוד'

תרי דעבוד עיסק' וכו' דהיינו שותפים והתימ' על הרב ב"י דא"כ לדבריו לא משנו ולא מידי התו' כדהקש' הרב מהרי"ק דכיון דמקבל עיסקא מחברו יכול לחזו' א"כ תרי דעבו' עיסק' נמי אמאי קאמ' תלמוד' דאינו יכול לחזו' מיהו לזה י"ל דבשנטלו עיסק' מב"ה לא נשתעבד הא' לחברו ולא שייך כאן כי לי בני ישראל עבדים אלא שניהם נשתעבדו כל א' לב"ה שניהם בשותפות וכיון דכל א' לא נשתעבד לחברו לא מקרי עבד לגביה ומ"מ מצי מעכב לזה דכיון דהם נתחייבו לב"ה הרי יש לאחרי' חוב עליה' ויכולי' לעכב עד שיפרעו חובם כדכתב הרמב"ם ולא שייך כאן כי לי בני ישראל עבדים מטעמא דפרישית. וע"כ אנו צריכים לתרץ כן לדברי הרב הנמוקי שחלק בין ב' שקבלו עיסקא לב' שותפי' וסבר דבב' שותפי' יכולים לחלוק תוך הזמן ובב' שקבלו עיסקא מעכבי אהדדי ואין טעם לחלק ביניהם אלא הך טעמא דכתי'. אבל קשה על הרב ב"י דמ"ש התוס' בפ' המקבל כתב המרדכי ג"כ בריש פ' המקבל והוא ז"ל כתב לקמן דדעת המרדכי כדעת הרמב"ם שכת' גבי מ"ש רבינו ואין זה כדברי הרמב"ם כבר כתבתי לעיל וכו' אבל המרדכי בפרק מי שהיה נשוי כתב כללו של דבר אין השותף יכול לחלק וכו' וזה כדעת הרמב"ם וא"כ לדבריו קשיא טובא דהרב מרדכי מוקש' מדידיה אדידיה דממ"ש בריש המקבל דברי התוס' נר' דלא כרמב"ם וממ"ש בפ' מי שהיה נשוי הוי כהרמב"ם ועם מ"ש א"ש ודברי התוס' אינ' חלוקי' על הרמב"ם דיש לחלק בין מקבל עיסקא לתרי דעבוד עיסק' כדחלק הרב מהרי"ק והרא"ש דכתב נמי בפסקיו דיחיד שקבל עסק' מב"ה לזמן קצוב וכו' אית ליה דינ' דהרמב"ם ולא כתב כן הרא"ש אלא גבי מקבל ונותן אבל לא בב' שותפי' כדכתי' ועם זה נסתלקה תמיהתו ג"כ שתמה על הטור למה לא כתב שהרא"ש חלוק על הרמב"ם דאינו חלוק אלא אדרב' דבריו ממש כדברי הרמב"ם ובאו כל דברי הטו' והרא"ש והתוס' על נכון. נמצינו למדים דשותפי' לשכירי' מדמינן להו וכיון דאית לן דהיכא דחלה שכיר תוך זמנו לא יטול אלא מה שהרויח אבל הזמן שהוא חולה אינו נחשב לו כלל ולית ליה שום רווחא ודעת זה עיקר דכן כתב המרדכי בפרק האומנין גבי מלמד וכתב דהתשב"ץ מסכים לדעת התוס' ואפילו מהר"ם דכתב שם דפליג בתשובות מיימוניות דספר קנין סימן ל"א כתב דחזר בו יע"ש אם כן מינה לנ"ד דחלה השותף דהוא כשכיר דאין לו ממה שהרויחו בימי חוליו כלל וכן כתב הרב ב"י בהלכות שותפין סי' קע"ו בשם הר"ש בר צמח ז"ל וז"ל שותף שחלה או נאנס ולא נתעסק בשותפות אין מן הדין שהאחר ירויח ויתן ואפי' קנו ממנו בשעת שיתוף אבל אם היה בעיר אחרת בשליחות השותפות ונתעכב באונס יש לו חלק עמהם ואם יש מנהג בזה בין השותפים יעשו כמנהגם ע"כ ולכאורה

נר' דבכל שותפות איירי בין נשתתפו במלאכת ידם לבד בין נשתתפו בממונם ובימי השותפות חלה א' מהם מה שירויחו האחרים בכל הממון הוא שלהם ואין לו חלק כלל: אבל איכא לאתמוהי טובא דהטור כתב בהלכות נחלות סימן רפ"ז גבי מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים והשביחו הגדולים וזיל ואם יאמרו ראו מה שהניח לנו אבינו הרי אנו עושים ואוכלים כל השבח שהשביחו וכו' ואפילו שהשביחו מחמת הנכסים אע"ג דשאר שותף אין לו בשבח אלא כשאר אריס אפילו אמר לעצמי אני עושה שאני הכא דכיון שהן אחין ולא נשתתפו תחלה להרויח וכו' ע"כ. ועוד בפ' חזקת אמרינן דשותף כיורד ברשות דמי ונוטל כאריס בחלק חברו וכתבו הטור סי' קע"ה א"כ משמע דהיכא דהשבח מחמת הנכסים שנוטל שכר טורחו ממה שהשביח בחלק חברו ושמין לו וידו על העליונה אפילו אמר לעצמי אני עושה וכדכתב הטור בסימן רפ"ז והשאר יתן לו כיון שנכסיו הם שהשביחו והדעת מכרעת כן וכי יעסוק בממונו של זה וירויח ומפני שזה אינו יכול להתעסק שהוא אנוס או חולה יטול כל השבח זה ודאי לא יעלה על הדעת אלא ששמין לו שכר עמלו והשאר יתן לו וא"כ אם דברי הר"ש בר צמח הם כפשטן כדכתיבנא הם תמוהים הרבה מכח הדין ומכח הסברא. ואפשר דלא איירי הר"ש בר צמח אלא במי שנשתתפו במלאכת ידם דאז ודאי דינא הוא דכיון דאין השבח אלא מחמת גופם אינו נדין שזה יטרח וירויח ויתן חלקו לאחר אבל בדבר דאיכא שבח נכסים כגון שטרחו בסחורתם דהיינו שבח נכסים כדכתב הטור בסימן רפ"ז ודאי דשמין לשותף שכר טורחו בחלק חברו ושאר השבח יתן לו. ואפי' נאמר דהר"ש בר צמח איירי דנשתתפו בממונם אפשר דלא אמר כן אלא לומר שלא יתן לו חלקו משלם אלא שמנכים לו שכר טורחו אבל שלא יתנו לו חלק כלל זה בעיני לא יעלה על הדעת:

על כן אני אומר בנ"ד דנכסים אלו היו לשכר ולהפסד על כל הכתות ונעשה לכל א' חלקו מלוה והרי הוא כשלו א"כ זה האיש שחלה או נאנס הרי השותפים נתעסקו בממונו והרויחו בו ויטלו בחלקו שכר עמלם בשבח והשאר יתנו לו ד"מ אם מגיע לחלק עשרה בשבח ינכו מאלו הי' מה שראוי לשכר טורחם והשאר יתנו לו שהוא שבח ממונו ואע"ג דבאחין לא יהבי להו שכר טורחם כדכתב הטור סימן רפ"ז כבר כתב הרא"ש בפסקיו דשאני אחין דמחלי אהדדי זה נראה בעיני דין נכון וקרוב אל הדעת דמה שהרויחו האחרים בממונו אין סברא שיטלוהו כיון שהוא אנוס וחולה ולא היה יכול לטרוח:

אבל צריך לדקדק במה שכתוב בשאלה שהיה חבוש בבית האסורים אם היה אפשר לו לצאת בנקלה משם ולא יצא דנראה מדברי הריב"ש בסימן ת"ס גבי שבועה או חרם דהיו אנוסים הקהל מחמת צווי השלטון דאם בנקלה היו יכולים לבטל צווי הנזכר היה

להם להשתדל בזה דאל"כ אין כאן אונס דנהי דלא היו מחוייבים לפזר ממון רב מ"מ אם בנקלה היו יכולים לבטל היה להם לעשות גם אני אומר בנ"ד שהיה לזה החבוש שבועה בשטר להשתדל ולהתעסק כל משך הזמן הנז' אם בנקלה היה יכול צאת מבית האסורים הי"ל לעשות כן מכח השבועה וכדכתב הריב"ש הגם הלום ראיתי בדברי הריב"ש בסי' שפ"ז דברים סותרים לאלו במה שהשיבו לחכם ר' עמרם אפרתי הוא ואחיו וז"ל שם אבל מי שחלה לעליו השבועה בלי שום טעות ואונס ונתחדש לו אונס בשעת קיום השבועה ואינו יכול לקיימה בזה לא דבר הכתוב וכו' אלא אם האונס הוא שאינו יכול לקיים וכו' או שחבשוהו בבית האסורים ואינו יכול לצאת בשום פנים הוא פטור מולנערה לא תעשה דבר וכו'. עוד כתבו שם ואפילו יאמר הנשבע אדעתא דהכי לא נדרתי הרי זה פתח היתר והוא אינו מיחל לעצמו וכו' ואם יביא עוד ראיה בעל הדין לומר שמבטלים מצוה מפני הפסד ממון מרובה וכו' סוף דבר אין דעתינו נוטה שיהא אונס ממון פוטר כנדון זה וכן לעיל כתב ולא עוד אלא אפי' לא היה יכול לבטל אונסו אלא ע"י ממון הרבה שיצטער בנתינתו נראה לנו שחייב לתת וכו'. מוכח מכל דברי אותה תשובה שאינו יכול לפטור עצמו מן השבועה בטענ' אונס ממון אלא כל מה שיש לו יתן לקיים שבועתו וכאן נראה בהפך דדוקא אם בנקלה היו יכולים לבטל אין כאן אונס אבל אי לא הוי אונס והביא ראיה לזה מתשובת הרשב"א ובודאי דכדברי תשובה זו עיקר ולתשובה הראשונה יש לי קצת ישוב ואין להאריך:

על כן אני אומר אם בנ"ד היה יכול לצאת מבית האסורים בנקלה ולא יצא לקיים שבועתו ולהשתדל ולהתעסק הוא כשגגה וה' יכפר בעדו ומ"מ בין כך ובין כך כיון דאינו פושע ומזיד כל כך נראה לי לענין דינא מ"ש שינכו מחלק השבח המגיע לו שכר טורחם כפי מה שישומו והשאר יתנו לו זה נראה לי מכח הדין אבל אם יש שום מנהג אחר בין השותפין יעשו כמנהג דהמנהג עיקר וכדכתב הר"ש בר צמח ז"ל הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קיג

שאלה ראובן ושמעון נשתתפו לזמן שנתים ימים ראובן הכניס בקרן השותפות ט"ו אלפים לבנים להתעסק בהם בכל אופני מיני סחורה ושמעון שם חנותו ביד ראובן לעמוד בה כל זמן השותפות לישא וליתן בשותפות הנז' ושעבדה לו בתורת אפותיקי גמור שאם ח"ו יהיה היזק בשותפות שיהיה ראובן בטוח להתפרע חצי הנזק מהחנות הנזכר

באופן שכמו שהם קרובים לשכר כך יהיו להפסד ובתוך זמן השותפות בעלי החוב שהיה שמעון חייב להם היו נוגשים ולוחצים אותו לפרוע החובות שנתחייב הוא לבדו קודם זמן השותפות ואע"פ שהיה תנאי ביניהם שכל איזה ריוח שיזמין להם הבורא בכל אופני מיני סחורה ואפי' מציאה בשוק יהי' לחצאין ולא יוכל שום א' מהם לעשות שום עסק מיוחד לעצמו זולתי לצורך השותפות הפליא חסדו ראובן עם שמעון לתת לו רשות לעשות בגדים בביתו לפרוע חובותיו המיוחדות לו לבדו ואחר שעשה הבגדים היה רוצה שמעון לתתם לב"ח שהיו לו לערך רב ועצום בעד החובות ומאנו לקח' אותם באותו הערך וחלף הלך לו בסחורות שהיו בידו מהשותפות למוכרם שם לחשבון השותפות והניח הבגדים ביד ראובן שותפו ושלחם לו אל המקום אשר היה שם למוכרם ולקנות ממעות הבגדים וממעות השותפות כל כך צמר לתועלת השותפות ושמעון קנה ממעות השותפות צמר לבד וממעות הבגדים לבד ושלח הצמר שקנה ממעות הבגדים ליד חמיו כדי לפרוע החובות והצמר שקנה ממעות השותפות שלח ביד ראובן עתה טוען ראובן שרוצה חלק ריוח הצמר שקנה ממעות הבגדים בטענה שלא הרשהו רק למכור הבגדים ולפרוע ממעותיהם לב"ח לא להלבישם בשום סחורה לתועלתו רק לתועלת שניהם יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים. תשובה לכאורה נראה דהדין עם ראובן משום דאמרי' בפ' הנודר מן הירק דאזלי' בתר כוונת הנודר וכתבו הטור ביו"ד סימן רי"ח כיצד היה טעון צמר או פשתן והיה ריחו קשה עליו ונדר קונם צמר ופשתים עולים עלי מותר לכסות וללבוש ואינו אסור אלא להפשילן לאחוריו וכו' וכן בהיו מפצירין ליקח בת אחותו ואמ' קונם שהיא נהנית לי לעולם או שגירש את אשתו ואמ' קונם שהיא נהנית לעולם מותר ליהנות שלא נתכוון אלא לשם אישות ע"כ. א"כ נראה דבנדרים אע"פ שאין הלשון מוכיח אזלי' בתר כוונתו וידוע דשטרות ונדרים שוים דכי היכי דבנדרים אזלי אחר לשון בני אדם הכי נמי בשטרות וא"כ נראה ודאי כיון דכוונתו לא היה אלא לעשות חסד עמו כדי שיפרע חובותיו ודאי שלא נתן לו רשות אלא שיעשה הבגדים וימכרם לפרוע חובותיו דהרי עם זה יוצא מידי דוחקו שדוחקים לו כי מפני הדחק נתן לו רשות וכיון שיוצא מידי הדחק די לו ולא נתן לו רשות שילביש המעות בצמר הגע עצמך שבאלו המעות היה עושה הלבשות הרבה זה אחר זה ועם זה היה מטריד עצמו ומונע מלהתעסק בעסק השותפות הנאמר שנתן לו רשות גם בזה זה לא יעלה על הדעת דלא נתן לו רשות אלא לצאת מידי דוחקו כדכתיבנא ואפילו שאין הלשון מורה כן אמרי' גבי נדרים דאזלינן בתר כוונתו והוא הדין גבי שטרות כדכתיבנא וכן ראיתי להרב הגדול מורי ורבי זלה"ה בפסקיו חלק שני סי' מ"ה שלמד מנדרים לשטרות

לענין זה וכל שכן בנ"ד דהלשון אינו סותר כוונה זו אדרבה פשט המאמר מורה שנותן לו רשות לעשות בגדים ושימכרם במעות ויפרע מהמעות לא שילביש המעות בדבר אחר ואפי' נודה שהלשון מסופק ואפשר לפרש שני הכוונות מכל מקום הרי זה שקבל הרשות הוי כמקבל מתנה מחבירו דהרי הוא חייב בכל מה שירויח והאחר נותן לו רשות ומוותר לו וכיון שכן הרי ידוע דכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון במתנה גמורה עליו להביא ראיה דהוא המוציא וכמו שכתב הרב ב"י בשם הרשב"א בח"מ סי' רמ"ו יע"ש:

ומה גם אי איכא בשטר זה שבועה כנהוג בכל השטרות דראוי להחמיר דהוי ספק שבועה דאם לא נתן לו רשות לכך והוא נוטל כל הריוח מהצמר הוי עובר על שבועתו והוי ספק של תורה ואזלי' ביה לחומרא ואין לומר דנדר שהותר מקצתו הותר כולו דהרי כתב ר' ירוחם ז"ל וכתבו הרב ב"י בטור יו"ד סי' רכ"ט וירי' לי דכ"ש למי שנדר או נשבע לחבירו בענין שאין יכולים להתיר לו בלא חבירו כגון לעשות מלאכה או לפרוע לו חוב וכיוצא בזה והתיר לו חבירו מקצתו דלא הותר השאר וכו' וכתבתי זה בשביל שראיתי רבים טועים וכו' ע"כ א"כ נראה דלמה שהתירו התירו ולמה שלא הותר לא הותר וא"כ הוי ספק שבועה להחמיר כל זה נראה לכאורה:

אבל מ"מ יש כאן עיון דאם זה הצמר שלקח ממעות הבגדים שמעון לשלוח לחתנו לא הפסיד במה שנתעסק בזה בשותפות כלל ולא בא מזה שום היזק ושום גרמה להזיק לשותפות כלל א"כ למה לא נאמר דנתן לו רשות גם לזה כיון דלא בא לו היזק וראיה לדבר ממה שכתב הרב מהר"י קולין בשרש קי"ב שבכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו אין אומרים הלך אחר לשון התנאי דוקא עד שלא נלמוד ממנו לחייב המתנה כי אם באותו תנאי שהוזכר דוקא ולא בכיוצא בו אלא יתחייב המתנה אפי' בדבר שאינו יוצא מתוך התנאי כלל רק שלא יקשה עליו יותר ממה שהתנה עם חבירו ע"כ:

א"כ גם בנ"ד כיון דאינו קשה לו יותר הדבר הזה שעשה שמעון ולא בא לו היזק ממנו למה לא נאמר דנתן רשות ג"כ לקניית הצמר אלא שיש להשיב לזה דראובן לא היה רוצה להרויח ולוותר אלא כדי שיצא מחמת דוחקו דהיינו הבעלי חובים כדכתיבנא אבל אם יהיה לו ריוח מאחר שיכול לצאת מהבעלי חובי' לא ויתר לו דהוא זכותו כפי התנאי אשר לו בשטר ולמה יוותר לו כיון דכבר יכול לצאת מידי דוחקו ואף ע"פ דאין הדבר מוכרח כל כך בעיני אם בשטר כתוב שבועה אני אומר דהוי ספק של תורה וראוי להחמיר כדכתיבנא ויתן שמעון לראובן חלקו מהריוח ההוא ואע"פ שהרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב בכמה תשובות דבכל מקום שאינו חייב מכח הדין אינו חייב ג"כ מכח השבועה דממון

אין כאן שבועה אין כאן בכל זאת בעקבות הרב הגדול מורי ורבי ז"ל אני הולך דחלק עליו וסובר דאדרבה אפי' שמכח הדין אינו חייב מחמת הספק דספק ממונא לקולא מכח השבועה חייב דהוי ספק שבועה וספיקא דאורייתא לחומרא זה דעתו ז"ל בפסקיו כמה פעמים וכן ראיתיו דן הנראה לע"ד כתבתי: נאום הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קיד

נדרשתי לאשר שאלני החכם הרופא המובהק ה"ר שלמה וונאנה יצ"ו על המאורע רע אירע בצופיא"ה כי קם איש רשע עריץ פריץ מבני עמנו ומסר והלשין לאגודת עדת ממוני ברורי עברות אשר בקהלות הקדושות אשר בעיר ההיא האנשים הנגשים אל ה' ברשות החכמים השלמים מרביצי תורה אשר שם ובתוכם החכם הרופא הנז' אשר העליל עליו עלילות דברים כי המיר דתו פה שאלוניק"י והביא עדים שקרי' על כך עד שהוכרח החכם הרופא הנז' לבא פה העירה להמלט על נפשו ולפזר ולהוציא הוצאות להציל עצמו מני שחת כי נלכד בארשת רשת האיש הרשע המלשין ההוא כי רדפו הדפו פרש רשת לרגלו ולא יכול לו עד שהוכרח לצאת ממקומו:

ועתה שאל ממני אם אלו ההוצאות אשר סזר להציל את עצמו מן העלילה ההיא אם יתחייבו חבריו ורעיו אשר בחברתו לסייע בהוצאות ההם כל א' וא' לפי חלקו יען וביען יש תנאי מיוחד ביניהם בשבועה חמורה לדעת המב"ה שאם יעלילו שום עלילה לשום א' מהם שחבריו נתחייבו להצילו בין בגופם בין בממונם וכיון שזאת העלילה בא לו מסבת החברה כי הרשע הנז' לא רדפו אלא מפני שהיה רוצה לייסרו יחד עם חבריו על אודות עבירות רבות אין מספר נמצאו בו ממשכב זכור ואשת איש וכהנה רבות עמו ברוך שעקרו מן העולם א"כ חייבים בני החבר' לסייע לו בהפסד אשר בא לו אפ' שלא היה תנאי ביניהם כ"ש שיש הנאי ביניהם כנז' בפני עדים כשרים ונאמנים ודרש ממני הח' הרופא הנז' להגיד לו דעתי בעפי אשר אתי:

ואען ואומר כי הנה יש מקום לחייב החברה הנז' לג' טענות ואף ע"פ שהראשונות אינם מספיקות האחרונה היא בעיני נכונה מספקת לחייב החברה הנזכרת:

הא' היא דהרב מהרי"ק כתב בשרש די כי אע"פ שלא נתפסו בצרה אלא ק"ק רעגשפור"ק בעלילה אשר העלילו עליהם מדבר סכנה מחויבים בני שאר הקהלות לעזור להם במה שסזרו להציל מצרתם כיון ששאר הקהלות היה ראוי לחשוב וקרוב לודאי הוא ח"ו שגם עליהם יעבור כוס התרעלה ההיא אם לא היה הדבר הזה מתוקן א"כ נמצא שתקון אשר

עשו בני ק"ק רעגשפור"ק הועיל לכלם ולכך הם מחויבים לסייע בהוצאת אותה העלילה אע"פ שלא העלילו אלא על הקהל הנז' והביא לזה ראיות:

א"כ גם אנו נאמר בנ"ד כיון שזה החכם הרופא היה אחד מחשובי הממונים ויען היה מייסר לרשעים העלילו עליו כך אם לא היה מפזר להציל מאותה עלילה היום או למחר תפשה הצרע' לשאר הממונים אשר הם ג"כ מייסרי' לרשעים ויקרה להם כאשר קרה לו כי הסבה אשר העלילו עליו מפני שהיה מייסר' היא עומדת לעומתם ג"כ שהם מייסרי' להם וא"כ נמצא שבהצל' הח' הרופא הנז' נוצלו גם הם כי כל העם ישמעו ויראו ולא יעלילו עוד הרשעים עלילות על שאר הממונים ולא תעשינה ידיהם תושיה. ומ"מ אין זו טענה כ"כ מספקת בעיני דהרב מהרי"ק בשרש הנז' כתב דבנדון דידיה הוי ברי היזיק' מפני שכל מחשבות הגוים להתנפל ולהתגולל עלינו וה' ברוב רחמיו יצילנו מידם אבל בנ"ד דהמעלילי' הם היהודים הרשעים אשר אלו הממונים רוצים לייסרם והם המעלילים נאמר דאדרב' ישראל בחזקת כשרי' הם וריקנים שבנו מלאים מצות כרמון והרשע אשר בנו יטה אזנו וישמע לקול מוריו ולא יזיד עוד ואם אירע היום רשע זה אשר העליל ועשה בזעם ועברה לא תקום פעמים צרה ולא יזידון עוד בני ישראל הקדושים לעשות כדבר הרע הזה א"כ לא חשיב ברי היזיקא בנ"ד כי ההיא דהרב מהר"י קולין ז"ל:

הב' כי אלו החברים נשתתפו להעביר גלולים ועברות מן הארץ ועיקר שותפות' הוא זה וכל עלילה אשר בא לשום א' מהם מחמת כך הוי כב' שותפים שנשתתפו בממון והעלילו לא' מהם מחמת השותפות שחייב חבירו לסייע לו וכן ראיתי להרב מורי ורבי זלה"ה בפסקיו הראשונים סי' קכ"ד שכתב כן וכן הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו בפסקיו סי' נ"ו כתב כן:

איברא דקשי' טובא דהרב מורי ז"ל נר' דסתר דבריו בחלק הנז' בסי' רי"ב והרב הכהן הנז' ג"כ סתר דבריו בסי' פ"א וצריך אני להבין דבריהם כי הנה הר' מורי כ' בסי' קכ"ד על ראובן ושמעון ולוי היו חברי' זה ימים ושנים וכו' הן במדודי' הן בחליפין הן בהלואה על משכונות וזה ימים נתפרדה החבילה איש ואיש לאהלו וכו' והגוים מעלילי' עליהם וכתב שם מורי ז"ל דאם העלילו על שום אחד מהם חייבים חבריו לסייע בעלילה ההיא כיון שהעלילו לו בדבר מחמת השותפות וכתב שם בסוף דבריו וטעמא דמילתא דשאני הכא דכיון שראובן נהנה מאות' המשכונות שמכר שותפו אין מן הדין שיאכל הוא וחדי והלה שמעון שותפו ילקה שכבולעו כך פולטו וכמו שנהנו שניהם כך אם יגיע הפסד יפסידו שניהם אבל בההיא דכלילא הנז' לעיל לא נהנה שום א' מהם ומי שילקה ולא יברח מזל' גרם וק"ל ע"כ משמע דאע"פ שחלקו השותפות שכן כתוב שם בשאלה שנתפרדה

החבילה מ"מ אם יעלילו על שום א' מהם חייב חבירו לסייע ובסי' רי"ב כתב בהפך על ראובן ושמעון שנשתתפו בקניית שמן ואח"כ חלקו השותפות והעלילו לאביו של אחד מהם על ענין קניית השמן כתב שם אבל בנ"ד ששניהם קנו וחלקו זה קצת ימים כשם שהחלק שהגיע לשמעון מן השמן עומד לאחריות שמעון אם ישרף או יאבד כך מה שיעלילו על כל אחד מהם הוא לאחריותו וכו' וסיים שם דבריו שמשעה שחלקנו אין לי עליך כלום ולא לך עלי כי כל אחד מחל לחבירו כל אחריות והפסד שיגיע לו ע"כ הרי מבואר כאן דאחר שחלקו אין לזה על זה כלום הפך הנאמר בסי' קכ"ד כדכתיבנא: גם הרב הכהן נר"ו סותר את עצמו שבסימן נ"ו כתב על שר שהעליל לראובן א' מהשותפים מפני שהיה רוצה למכור לו משי ביוקר לצורך השותפות והוא לא רצה וז"ל אמנם פסקא דמילתא כנ"ד הוא שאם זאת העלילה שמעליל זה התוגר וכו' אף ע"פ שזמן תביעת העלילה היה עתה אחר שחלקו השותפות אם יתברר שסבת העלילה זאת היתה מחמת משטמת השר שלא רצה ליקח המשי הנז' כפי הערך שהיה רוצה לאו דינא לאו דיינא שחייבים שאר השותפים לפרוע חלקם מכל מה שיוציא השותף וכו' ע"כ ובסימן ס"א כתב על ראובן ושמעון אחים שהיו שותפים דאם העלילו אחד מהם מזמן השותפות אין חבירו חייב לסייע וכתב שם דאע"פ שהיה תנאי ביניהם שאם יעלילו לאחד מן השותפים שיפרע כל אחד חלקו לא מהני התנאי כאשר האריך שם וזה סותר למה שכתב בסי' נ"ו דאפילו שבנדון דבסי' ס"א לא יועיל התנאי מהטעמים שכתב תיפוק לי דחייב יהודה לסייע אע"פ שחלקו השותפות משום דהעלילה היתה מחמת השותפות והוא כתב בסי' נ"ו דחייב לסייע:

ולהליץ בעד הרב מורי ז"ל נ"ל דבסי' קכ"ד לא אמר שאחר שחלקו מחלו זה לזה משום דמתוך השאלה נראה דמה שהיו מעלילים להם אחרי החלוקה היו פורעים בשתוף ולא שאל השואל אלא אם רוצים ללכת מקצת מן השותפים מן העיר אם יוכל האחר לעכב אבל ודאי שכל זמן שהם בעיר פורעים זה לזה מה שמעלילים לכלם או לא' מהם משמע דגלו בדעתם שלא מחלו זה לזה בשעת החלוקה על כך ולכך אין מועיל שם הטענה ההיא אבל מה שצדד הרב ז"ל הוא דאפי' כשהם שותפים אם יעלילו לא' והאחר איננו שם אם חייב לסייעו בעלילה ההיא וכתב שחייב לסייעו ואחר החלוקה לא מחל על זה דמתוך מעשיהם אינו נראה כן כדכתיבנא זה נ"ל ליישב בדוחק דברי מורי ז"ל:

ומ"מ קשה לי מה שהביא ראיה לדבריו בסי' רי"ב בסוף דבריו מדברי רבו וכתב כ"ש בנ"ד דאין הנדון דומה לראיה דבנדון דרבו ז"ל תפסו למי שלא היה נחשד על הגנבה בעד מה שנחשד והוא גזל שהוא נקי מן הדין ולכך פטור מי שנחשד לסייע לו וכמו

שכתב הרמב"ם בפרק ח' מהלכות חובל ומזיק דאין אדם נתפס על חבירו שיהא חייב אלא נתפס בעבור המס אבל שותפים שאני דכיון דהם שותפים לשכר גם הם שותפים להפסד ואדעתא דהכי נשתתפו דכל ריוח והפסד שיבא מחמת השותפות שיחלקו וא"כ כיון שעלילה זו מחמת שותפות היא ודאי דחייב לסייע השותף אשר לא היה בעלילה דאדעתא דהכי נשתתף עמו וכמו שנהנה מן הריוח ראוי שילקה בהפסד דכבולעו כך פולטו וכמו שכתב בסי' קכ"ד:

ולהליץ בעד הרב המובהק הכהן נר"ו נ"ל דיש ב' מיני עלילות הא' שיארע לשותף הא' לסבה אחת ולא יארע לשותף אשר מפני שאין לו אותה הסבה. השנית דאפשר שיארע עלילה זו לשותף הא' כמו לשותף האחר ומזלו של זה גרם לו שאירע לו ולא לחברו ונדון דסימן נ"ו הוי כמין הראשון דמה שאירע לשותף הא' לא היה אירע לשותף האחר מפני שמה שהעליל השר לשותף זה הוא מפני שלא רצה ליקח ממנו המשי אבל השותף האחר לא ראהו ולא ידע לו ואין לו משטמה עמו אלא עם זה לבד ולכך כאן נאמר דאע"פ שחלקו לא מחלו זה לזה מין עלילה זו דכיון דאפשר שאירע לשותף הא' ולא לאחר איך ימחול שותף זה לחבירו עלילה שיארע לו ולחבירו לא יארע בשלמא המין הב' דאפשר שיארע לזה כמו לזה מחלו זה לזה דכיון דיכול ליארע לחבירו ומוחל לו בההיא הנאה מוחל הוא לחבירו ג"כ אם יארע לו שלא ילקה חבירו אבל עלילה שהיא מיוחדת לו לבדו ולא לחבירו איך ימחול דבאותה עלילה אינו משותף עמו חבירו עד שתאמר בההיא הנאה דחבירו מוחל לו הוא מוחל לחבירו ומ"ש בסי' פ"א הוא מן המין הב' דאותה עלילה ששאל הגוי שהיה חייב לו אביהם במות רב היה אפשר ליארע ג"כ ליהודה וכיון שחלקו מחלו זה לזה דבההיא הנאה דחבירו מוחל לו הוא מוחל לחבירו מאי אמרת הא התנו ביניהם אח"כ להשתתף בעלילות תנאי זה אינו מועיל כמו שכתב הרב נר"ו שם והנהו תלתא גווני דכתב הרא"ש בסי' צ"ג לחייב השותף בעלילה הוי כנדון דסימן נ"ו שכתב הרב הנז' והוא המין הא' דלשותף א' היה אירע העלילה ולא לאחר שהוא הטעה לגוים בחשבון ולא חבירו וכן הוא מכר המשכונות ולא חבירו וכן הוא קנה בגדים ולא חבירו א"כ לו יארע עלילה ולא לחברו ולכן אפילו שחלקו בהנהו גווני דהרא"ש לא מחלו אהדדי וכמו שכתב הרב הנז' בסי' נ"ו והוא חילוק נכון בעיני לתרץ דבריו ובין שיהא כוונתו כן או לא יהיה כתבתי כן מפני שהדבר נכון בעצמו: ומ"מ למדנו מכל הנ"ל דכל אפין שוין דכל היכא דלא חלקו השותפות כל עלילה שיארע לא' מן השותפים חייבים חבריו לסייע לו א"כ בנ"ד נאמר ג"כ כיון דזו העלילה היא מסבת השותפות כדכתיבנא חייבים חבריו לסייע לו: ומ"מ אין טעם זה מספיק בעיני לחייב החברה הנז'

מפני דשאני בענין ממון דכיון דהשותפים נהנו מן הממון ראוי שילקו בהפסד וכבולעו כך פולטו כמו שכתב הרב מורי ז"ל אבל בנ"ד לא נהגו אלו החברים משום דבר דאלו לדבר מצוה נתכוונו ומצות לאו ליהנות נתנו וכיון דלא היה להם שום הנאה אין ראוי שילקו בהפסד:

השלישית לחייב החברה הנז' הוא מכח התנאי אשר ביניהם ואף על גב דאיכא למשדי ביה נרגא מ"ש הרב הכהן נר"ו בסימן פ"א דהם מחייבים עצמם בדבר שאינו קצוב ויוכלו לומר קים לן כהרמב"ם ורבותיו גם דלא עלה על הדעת עלילה זו שיעלילו שהמיר דתו ואדעתא דהכי לא נתחייבו וכמו שכתב הרב הכהן נר"ו בסימן הנז' בטעם השני יע"ש מ"מ בנ"ד נראה דהוי תנאי גמור דע"כ לא קאמרי הרמב"ם ורבותיו הכי אלא בשני שותפים אבל בבני אומנות א' שהם מסכימים לכך מחייבים עצמם אפילו בדבר שאינו קצוב כי היכי דמהני כח הרבים לחייב עצמם אפילו בלא קנין אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל וכמו שכתב מהר"י קולין בשרש קפ"ב דשאני ליה להרמב"ם בין בני אומנות א' לב' או ג' והכריח הדבר דאטו רבינו משה תנא הוא דלפלוג אתוספתא דרבי חייא דקתני רשאין הצמרין והצבעים וכו' אלא ודאי דהרמב"ם ז"ל מפרש לה דוקא בהסכמת כל הצמרין וצבעים של אותה העיר וכו' גם אני אומר דאסי' לענין דבר שאינו קצוב הסכמת הרבים עדיף דהא אמרו בההיא תוספתא רשאין הצמרין והצבעים לומר כל מקח שיבא לעיר נהיה שותפים בו וכו' ובודאי דהרמב"ם לא פליג על ההיא וכל מקח שיבא לעיר דבר שאינו קצוב הוא שמחייב כל א' שכל מקח שיקח יתן חלק לחבירו ונמצא מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אלא ודאי כח הרבים בני אומנות א' עדיף וכבר כתב הרב מהר"ר דוד כהן בבית י"ד דקהל אחד בעיר א' הוי כבני אומנות א' כ"ש בנ"ד דהם עיר אחד ברשות ועצת מרביצי תורה אשר בה דיפה כחם לחייב עצמם אפי' בדבר שאינו קצוב:

והטעם השני דלא עלה על דעתם דבר זה אינו כלום דבודאי העלילות כאלה בעונות מצויות בין התוגרמים ומי שרוצים לייסר והוא רשע מלשין יעליל כזה וכזה ואדעתא דהכי נחתי להכנס עצמם בעובי הקורה ולשבע מתלעות עול וא"כ ודאי דמן הטעם הזה ראוי לחייב לחברה ואף ע"פ שהטעם הזה האחרון לא יספיק כל כך ראוי להצטרף עמו הטעמים הראשונים אע"פ שאינם מספיקים כ"כ בהצמדם יחד יספיקו ודאי לחייב:

ומה גם דיש בטעם האחרון שבועה ולדעת רובא דרבוותא דיכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב הרי אלו נכשלים בעונש שבועה ואף על גב דהרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים דף קמ"ח כתב בענין זה עצמו דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דיכול לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל ואף על פי שנשבע יכול לומר השבועה היתה בטעות שהייתי סבור

שהייתי חייב מן הדין הרב מורי ז"ל חלק עליו בכמה תשובות וכן שמעתי ממנו פעמים רבות דאדרבה ראוי להחמיר כיון דלרובא דרבוותא הוי נכנס בעונש שבועה ספק שבועה להחמיר וכיון שכן ראוי להחמיר וכמו שכתב הרב מהריב"ל ז"ל עצמו וראוי להחמיר בספקות מחרמים ושבועות כאלו על כן אני אומר דחייבים בני החברה הקדושה לסייע כל א' חלקו להחכם הרופא ה"ר שלמה זונאנה יצ"ו בכל מה שיפזר ויוציא להציל מן העלילה שהעלילו עליו הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:
הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קטו

שאלה ראובן ושמעון אחים שירשו בתים מיעקב אביהם ואחר שחלקו עיסתן החזיק כל א' מהם בחלקו כמו עשרים שנה ויותר כמנהג והסכמות העיר שפרע לתוגר חלק שכירותו זה לבד וזה לבד גם ראובן הוציא הוצאו' הרבה בחלקו וקנה קרקע מחצר אחר סרוך לחצרו וחברו עם הבתים שירש מאביו והוסיף דיורין ובנה בתים עליו גם ראובן הקדים שכירות שני שנים מחלקו לתוגר ה' גאבי באופן שכל אלו ראיות ברורות שחלקו הבתים וכן קלא דלא פסיק שחלקו הבתים אחר כל זה מכר ראובן חלקו ללוי וכתב לו שטר מכירה מכ"כ בתים שהם חלקו כמו שכתוב בשטר המכירה בארוכה ובשעת המכירה אמר ראובן המוכר ללוי הקונה שהיה לו שטר כתוב וחתום מעדים כשרים מן החלוקה איך חלקו הבתים האחים הנז' מדעתם ורצונם ולוי נעל וגדר בבתים והחזיק בהם והכניס דירתו בבית א' תחתית עד שיצא ראובן מהבתים ונכנס לוי בכל הבתים לזמן שהיה קצוב ביניהם והנה עתה בא שמעון ורוצה לסלק ללוי מן המקח באמרו שעדיין לא חלקו הבתים מירוש' אביהם ושהוא קודם ללוי וגם ראובן אחיו עתה מודו לו שכן הוא האמת שעדיין לא חלקו הבתים ושאין לו לא שטר ולא עדים מן החלוקה וכוונת ורצון האחים הנז' לסלק ללוי מן המקח ולוי טוען דכיון דחלקו עיסתן והחזיק כל אחד מהם כמה שנים בחלקו ובנה בתים והוסיף דיורין בחלקו ופרע לתוגר לבד מחלקו ככל הנ"ל והקול נשמע בעיר שחלקו הבתים אע"ג שהו' מודה לשמעון אחיו אינו נאמן כיון שחב לאחרים כדאמרינן בפ"ב דכתובות מלוה שאמר על שטר שבידו אמנה הוא זה אינו נאמן במקום שחב לאחרים וכדר' נתן וכן נמי אמרינן בפ"ק דמציעא בשטר שנפל אע"ג דחייב מודה לא יחזור דחיישינן לפרעון ולקנוניא יורנו מורה צדק הרב נר"ו הדין עם מי ותהי משכורתו שלמה מן השמים:

תשובה מה שטוען לוי שיש לו לראובן חזקה משום דהוא ושמעון אחיו חלוקים בעיסתן אינה טענה דאע"ג דכתב הטור בסימן ק"ן בשם הר"י ברצלוני וז"ל אבל משקול הדעת יש לנו לדקדק אם אין חולקים בעיסתן קרובין להיות כאב ובן דמשמע דאם הם חלוקין בעיסתן יש להם חזקה זה על זה זו אינה ענין לכאן דהתם איירי להחזיק א' בנכסי חברו שלא היו משותפים באותם הנכסים מעולם אבל אם ירשו האחים קרקע מאביהם והיו שותפים בה היינו דינא דאמרי' בפ' חזקת דאין השותפין מחזיקין זה על זה כשאין בה דין חלוקה וכשיש דין חלוקה הסכימו רוב המפרשים זולת רבינו חננאל דהיכא דמחזיק בכולה יש לשותף האחד חזקה וכשמחזיק בחציה ואמר חלקנו וזה חלקי אין לו חזקה וטעמייהו משום דמפרשים מאי דאמרי' בפרק חזקת רבינא אמר הא והא דנחית לכולה ולא קשיא הא דאית בה דין חלוקה הא דלית בה דין חלוקה דלהכי נקט רבינא הא והא דנחית לכולה משום דאי נחית לחציה בכל גוונא אין מחזיקין אפילו דאית ביה דין חלוקה ורבינו חננאל מפרש דבכל גוונא בין דמחזיק בכולה בין דמחזיק בחציה היכא דאית ביה דין חלוקה יש לו חזקה והא דנקט רבינא דנחית לכולה לרבות' נקטיה לומר לך דאפילו הכי אי לית בה דין חלוקה אין מחזיקין וכל זה מבואר בח"מ סימן קמ"ט ובדברי הרב ב"י שם. אלא שקשה לי קצת לפי' ר"ח דהוה ליה למינקט רבינא נחית לחציה להודיענו דהיכא דאית ביה דין חלוקה מחזיקין ומה ראה רבינא למינקט נחית לכולה לאשמועינן חדושא דלית בה דין חלוקה ולמשבק חלוקה דנחית לחציה דהוה אשמועינן רבותא דאית בה דין חלוקה ועוד יותר היה ראוי לו לומר הא והא בין דנחית לכולה בין דנחית לחציה והוה אשמועינן הנהו תרי חדושי ורוב הפוסקים הסכימו דלא כדברי ר"ח ולכך לדידהו ודאי דנ"ד דראובן מחזיק בחציה דאית בה דין חלוקה ודאי דאין לו חזקה לראובן מהך טעמא אלא שיש שם בדברי הטור סימן קמ"ט סברת בעל העיטור שנראה לכאורה משם זכות ללוי כמו שנבאר בע"ה: גם מה שטוען שבנה בתים והוסיף דיורין גם זו אינה טענה דאע"ג דאמרי' בפרק חזקת דיש לאיש חזקה בנכסי אשתו היכא דחפר בה שיחין ומערות וכתבו הטור בח"מ סי' קמ"ט כבר כתב הריב"ש בסימן רנ"ב דהיינו דוקא בבעל בנכסי אשתו דבהזיק כגון, חפר בורות שיחין ומערות ודאי לא הוה שתקה אם לא שמכרה לו אבל באפטרופא או מורשה דטעמ' מפני שירד ברשות אפשר שגם זה עשה ברשות כיון שהוא מורשה שלו לעשות כאשר יראה בעיניו א"כ מהאי טעמא בנ"ד דהוי שותף ואמר שמואל בפרק חזקת דשותף כיורד ברשות דמי ודאי דאין לו חזקה. עוד כתב שם הריב"ש דהיינו דוקא בעושה היזק אבל בנ"ד לא עשה היזק אדרבה היתה חורבה ובנאה וכו' ולפי ההוא טעמא ג"כ בנ"ד אין חזקה לראובן דהוא

הוסיף דיורין ולא עשה היזק אלא תועלת הרבה שהוסיף דיורין בחלקו כמבואר בשאלה ואע"ג דאיכא בנ"ד טעמא טפי שקנה קרקע אחר וחברו עם אלו הבתים שירש מאביו אפשר לומר דאם לא חלקו הבתים כל כי האי לא הוי שתיק השותף והיה מוחה מ"מ אין זה מספיק להעמיד חזקתו: אך מה שטען לוי שהאחים כל א' היה פורע שכירות חלקו לתוגר וכן קלא דלא פסיק דחלקו הבתי' בזה יש מקום לטענתו אם החזיק ג' שנים אחר שיצא הקול שחלקו וכן שהיה פורע לתוגר שכירתו לבד וטעמא משום דאמרינן בפרק חזקת גבי רמי בר חמא ורב עוקבא בר חמא זבון אמתא וכו' וה"מ דלא כתיב אטדא אבל כתיב אטדא קלא אית ליה וכתב הרב הנמוקי וכיון שיש קול בדבר ה"ל למחויי מדלא מיחה אפסיד אנפשיה ע"כ. וכתב הטור דין זה בסי' קמ"ד וכתב שם הרב הנמוקי וכן הטור שם בשם ה"ר יונה דה"ה נמי אם טוענין שלקחו מפלוני ועשה להם שטר מכר קלא אית ליה וכו' ע"כ משמע דהדבר תלוי ביציאת הקול דכיון דיצא הקול ולא מיחה ודאי דמועיל חזקתו דלא היה לו להניח לו להחזיק שני חזקה כיון שיצא הקול על כך גם הא דהיו פורעים כל אחד שכירותו לבד היה הוכחה ודאי גמורה שהיה חלקו וכמו שכתב הרשב"א בתשו' הוזכרה בב"י ח"מ סוף סימן קמ"ו על ד' שירשו בית אחד ושנים מהם דרו בה יותר משני חזקה וכו' כתב שם אפילו הכי היה להם ליזהר בשטר המכירה דכיון שהיו פורעים תמיד מס על המחצית קול יוצא שהמחצית שלהם וכו' גם בנ"ד כיון שכל א' מהם פורע חלקו קול יוצא שכל א' מחזיק בשלו והוה ליה לכל אחד למחויי אי לא היו חלוקים והיה כל אחד מחזיק בחלקו דהוי פריעת שכירות לתוגר כל א' חלקו כמו פריעת המס דהוכחה גמורה היא פריעת השכירות לתוגר מחלקו וגם בהצטרף לזה שחבר הבתים האלו עם הבתים שקנה דכל כי האי גוונא ודאי דה"ל למחויי דהקול יוצא בכך:

עוד יש טעם אחר לזכות ללוי מהא דכתב העור בסימן קפ"ט וכתב בעל העיטור האחים אינם כשותפים ומחזיקין זה על זה ע"כ משמ' לכאורה מדבריו דאחים שירשו בית א' לא הוו כשותפים אלא כנכרים ומחזיקין זה על זה והיינו ממש נ"ד אבל הדברים תמוהים קצת דלמה יגרעו האחים השותפים בחצר אחד שירשו מאביהם משני שותפין דעלמא שקנו חצר א' שאין להם חזקה אדרבה כיון דהוו אחין וגם שותפים בחצר שירשו קריבי טפי אהדדי ולא קפדו חד אחבריה ולית להו חזקה אם לא שנאמר דשאני הני דלא גלו דעתם שרצו להשתתף יחד דאולי זה מקפיד על זה ואם היו שותפים בחצר ממילא הוי שנפלה להם בירושה אבל שותפים שנשתתפו יחד מדעתם גלו אדעתייהו דלא קפדי אהדדי ורוצים להיות שניהם שותפים ולכך אין להם חזקה זה על זה אבל הרשב"א בכמה

חשובות חולק על דין זה בההיא תשובה שכתב הרב ב"י ז"ל בשמו בסימן קמ"ט גבי אלמנה שנתנה גן א' וכו' כתב בסופה וכדקיימא לן שהשותפים מחזיקים זה על זה וכו' משמע דמשוה אחין דהיינו נדון דידיה לשותפים וכן בסימן קמ"ו כתב הרב ב"י ז"ל בשמו שתי תשובות האחת על ד' שירשו בית א' שהזכרתי למעלה וגם החשובה שהביא קודם לזו מכולהו מוכח בהדיא דדין אחין שירשו בית הוי כשותפי' ואפשר היה לפרש דברי העיטור דמ"ש אחין אינן כשותפים ר"ל אחר שחלקו ירושת אביהם או להחזיק כל א' בנכסים שקנה חברו אינן כשותפין ומחזיקין זה על זה אבל קרקע שירשו מאביהן כל זמן שלא נתברר שחלקו אין להם חזקה זה על זה. ומצאתי בעיטור כתוב בלשון הזה כתב על ההוא דינא דשותפין וז"ל ומסתברא דה"ה לאחין דמחזיקין והא דאמרי' האחין שחלקו אין להם זה על זה וכו' היינו בתוך ג' דלא מצי למימר דיירנא ביה כדדרו אבהתי אבל אחר ג' דינו כשותף ומחזיקין זה על זה ע"כ ומדהקשה מההיא דאחין שחלקו משמע דהא דקאמר דאחין מחזיקין היינו היכא דחלקו ועל זה תירץ דמחזיקין אבל מ"מ סוף הלשון קשה שכתב דינו כשותף דאי חלקו כנכרי בעלמא הוי ומחזיקין אפילו החזיק בפלגא ומה ענין אחין שחלקו לשותפין ועוד קשה דאין לשון העור שכתב בשם העיטור מסכים למה שכתוב בספרו דשם כתוב דהוו כשותפין כדכתיב' מ"מ לא נתבררו אצלי דברי העיטור ולכך איני סומך על זה לזכות ללוי ומה גם כי הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל בכמה חשובות משוה אחין לשותפין כמו שהזכרתי:

אבל מ"מ מהטעם האחר שכתבתי נ"ל שהדין עמו ואף ע"ג דלא ליהוי טעמא ברירא כולי האי וליהוי ביה ספקא מ"מ אני אומר דהדין עמו מפני ששמעון רוצה לסלק ללוי מן המקח מטעם שהוא שותף והוא קודם לכל אדם וכדכתב הטור בריש הלכות מצרנות וכיון דהא דקדים שותף מטעמא דמצרן הוא הרי כתב הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ב סי' מ"א וז"ל ובנ"ד אפילו דנימא דהרמ"ה ז"ל הוא סבור דלגבי פלוגתא דרבוותא דהמצרן הוא המוחזק מ"מ הוי יחידאה ולית הלכתא כוותיה וכבר כתב הרב מהרי"ק דאפילו המוחזק אינו יכול לומר קים לי כפלוני היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכל שכן בנ"ד דליכא מוחזק דהא בהא פליגי אם הלוקח הוא מוחזק או המצרן וכו' עד כאן. משמע משם דלדברי כל הפוסקים זולת הרמ"ה ז"ל הלוקח מוחזק והמצרן מוציא משום דטעמא דמצרנות אינו אלא מתקנת חכמים משום ועשית הישר והטוב וכו' וכיון שלוי לקח והשותף בא להוציא מידו שהוא מוחזק אף ע"ג דלהוי ספקא בההוא טעמא דכתיבנא מסתייע דלא נפיק ארעא מידיה:

ועוד דהא ר"ח מסייע ליה שכתב דאפילו מחזיק בחציה דאית ביה דין חלוקה מהני חזקה שכן כתב הטור בשמו וכן העיטור בדיני חזקה וכן רבינו ירוחם בנתיב כ"ז בהלכות שותפין הגם כי קשה לי על הרב הנמוקי שכתב בפרק חזקת דר"ח ז"ל דעתו כדעת הרי"ף דכל הפוסקים כתבו בשם ר"ח בהפך וא"כ כוותייהו נקטינן דדעת ר"ח כך הוא וכ"ת לא יוכל לוי המוחזק לומר קים לי כוותיה דהוא יחידאה וכבר קי"ל דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו מ"מ איכא סיוע ללוי ממה שכתבו התוספות בפרק חזקת בד"ה בשותפים עסקינן וכו' שכתבו בתירוצא בתרא דההוא דאין שותפים מחזיקין זה על זה היינו בשדה אבל הכא מירי שהבתים אלו פתוחים לחצר זה דכיון שהוא יוצא ונכנס דרך חצר זה היכא דקפדי אין מניח לו לעשות אי לאו דזבנה מיניה ע"כ. א"כ ג"כ בנ"ד ודאי לא היה לו להניח להחזיק בחצרו ולהשתמש בבתים אי לא זבנה מיניה ואע"ג דהם כתבו היכא דקפדי הא חזינן בנ"ד ודאי דקפדי דכל א' פורע חלקו וא"כ יוכל לומר לוי המוחזק קים לי כר"ח וכדברי התוספות שכתבו כן ואע"ג דהוו תרי דמסייעי ליה מתרי טעמי כבר כתב הרב מהרי"ק בשרש נ"ב דהיכא דהוו תרי מתרי טעמי מצטרפי אפילו להיתר וא"כ ודאי דיוכל לומר קים לי כוותייהו ואפילו דליהוי מתרי טעמי לכן:

כאן נמצא חסר בהעתק:

שאלה קטז

שאלה ראובן קיים עסקא עם שמעון ולוי ויהודה והוציא להם סך מעות כדי שיתעסקו בהם וכל הריוח אשר ירויחו יחלקו ביניהם על פי תנאיהם והתנו ביניהם שאפי' ימצאו מציאה בשוק הכל יהי' בשותפות ביניהם ועל זה נשבעו שבועה חמורה וכן התנו שלא יורשה שום אחד מהם לבטל השותפות עד תשלום כל הזמן הקצוב ביניהם ובתוך זמן השותפות בא שמעון ונתרעם לראובן שאינו יכול לקיים השותפות בסבה כי הריוח אינו מספיק למזונותיו והתיר לו ראובן שיקח מהסך אשר לו בשותפות ויתנם בקאמבי"ו וכל הריוח יהיה לו לבדו וכן עשה שמעון והרויח לעצמו סך ידוע ועתה כאשר נודע להם ללוי ויהודה את אשר נעשה תובעים כל אחד מהם חלקו המגיע לו מאותו הריוח באומרם כי בשעה שנשתתפו ושנתחייב ראובן להוציא כל אותו הסך היה כדי שיתעסקו עמו כלם לתועלת כל השותפים עד סוף הזמן וא"כ לא היה כח בידו להוציא מהם דבר ולא לתת רשות לשמעון להוציא סך מהמעות לתתם בקאמבי"ו לתועלתו לבדו וא"כ אותו הריוח יהיה לחשבון השותפים כולם ומה גם שכבר נשבעו לבלתי יורשה שום אחד מהם

להתעסק עד סוף הזמן בשום עסק לבד מעסק השותפות ואפילו ימצאו מציאה בשוק שהכל יהיה מהשותפות וא"כ ריוח זה שהרויח שמעון לא גרע ממציאה שבשוק והכל יהיה מחשבון השותפים ילמדנו רבינו הדין עם מי וה' ישלם פעלך:

תשובה נדון דידן עדיף ממציאה שבשוק דאלו במציאה שבשוק באנו למחלוקת הרמב"ם והרמב"ן עם שאר הפוסקים דלדידהו לא מהני תנאה בהכי אפילו בקנין כדכתב הטור בריש הלכות שותפים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אע"ג דרבים חולקים עליהם מ"מ היה יכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו ואע"ג דכל כמה דלא חזרו בהם כתב הרמב"ן דמהני מ"מ בנ"ד יש מקום לבעל דין לחלוק ולומר דהרי חזר בו שמעון. איברא דכיון דאיכא שבועה מטעם השבועה יש להחמיר אלא דבלאו הכי בנ"ד ודאי דלא הועיל שמעון במעשיו כלום דכיון דזה הממון היה בשתוף והאי עסקא להדדי משועבד איך יכול שמעון לחלוק בלא דעת לוי ויהודה והיינו עובדא דבי תרי דקבילו עסקא בהדי הדדי דאמרי' בפרק המקבל דאין יכולים לחזור בהם עד הזמן ואע"ג דמעות העסקא של ראובן אין כח בידו לשנות דבר דהא התם בהדיא כתבו התוספות והרא"ש שהנותן אינו יכול לחזור בו ואדרבה עדיף כח המקבל מכח הנותן וא"כ מה שהרויח שמעון במעות ודאי שהכל הוא מן השותפות ויהיה לחשבון כולם ואם בנ"ד היה קנין ושבועה לאו דינא ולאו דיינא ואפילו ליכא קנין הרי כתב הטור בסי' קע"ו כיון שהתחילו לישא וליתן בעסק השתוף מהני ועוד אפילו היה שמעון יכול לחזור בו מ"מ לא עשה כלום דכיון דהממון היה בשתוף מאן פלג ליה לשמעון שלקח והרויח לעצמו שלא מדעת חבריו והוי כשותף שחלק שלא לדעת חבירו שלא עשה ולא כלום ועוד שהרי לא חזר שמעון אלא השותפות היה נמשך ובהסתר מלוי ויהודה עשה מה שעשה וא"כ אין במעשיו כלום ומה גם בנ"ד דאיכא שבועה וכבר כתב הרשב"א בנדון כיוצא בזה בתשובה הוזכרה בב"י סי' קע"ו ז"ל ואפי' היה להם מטבע שאין נקנה בחליפין מ"מ כבר נהגו שיתופם זמן אחד ונשלטה יד שניהם וכו' ועוד שכבר נשבעו וא"א להם לעבור על שבועתם ע"כ. א"כ זכינו לדון בנ"ד דכל מה שהרויח שמעון הכל הוי לחשבון השותפים ויחלקו כתנאם ולהיות הדברים פשוטים לא הוצרכתי להאריך בראיות הנלע"ד כתבתי וחתמתי: הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קיז

תשובה בשאלה הראשונה ששאל השואל שהשותף שינה מדרך השותפים מפני ב' דברים הא' שלקח מלח אחר משלו שלא לצורך השותפות והוליכו יחד עם מלח

השותפות ובשביל זה הוזל השער ובא ההפסד ועוד שערב המלח אשר לקח שהיו חתיכות קטנות עם מלח השותפות שהיו חתיכות גדולות והשותף המשנה מכחיש כל זה דלא בא היזק לשותפות מחמת ריבוי המלח וכן חתיכות שלו לא היו אלא גדולות והוא נשבע על זה. נראה להשיב דודאי דמה שנשבע דהחתיכות שלו היו טובות כמו אותם של שותפות הוא נאמן אבל במה שעשה שהוליך מלח אחר משלו ובשביל זה הוזל השער כבר נשאלתי על כיוצא בזה זה לי ימים וכתבתי שם דיש לחייבו מההיא דהרב מהרי"ק שרש ט"ו על ראובן שהוסיף מעות בחנות ובסבת אותה ההוספה נמשך היזק לחנות שהיו מלוים על משכונות לא טובות וגם שהמעות כאשר הם מועטים הם מולוות ולא שבותות משא"כ כשהם רבים והעלה באותה תשובה כי ישלם ראובן כל ההפסד אשר גרה לשמעון בהוספת המעות על פי שיאמרו דיינים ופשרנים שנראה להם שהפסיד שמעון בכך וטעמא דהשותפים שומרי שכר הם ושומר שכר בשנוי כל דהו חייב כמו שהביא ראיה שם מפרק השוכר את האומנים א"כ ג"כ נאמר בנ"ד שישערו דיינים כל היזק שגרם השותף המשנה באותה הסחורה שהביא שמפני אותה סחורה הוזלה סחורת השותפות ונמשך היזק לה ואותו ההיזק ישלם לשותפות כמו בנדון דהרב מהרי"ק דנמשך היזק לשותפות מחמת המעות שהרבה שם וחייבו לשלם מה שישערו הדיינים גם אני אומר כן בנ"ד ואם יראה לדיינים שלא נמשך היזק מזה כלל כמו שטען השותף דאדרבה משום שהיה המלח י"א אלפים חתיכות ביחד לפיכך נמכרו לאותו הערך שהיו הרבה קונים ואם היו חמשת אלפים חתיכות לבד לא היו נותנים כ"כ אז ודאי הוא פטור. כללא דמילתא דהדבר תלוי בראות עיני הדיינים כדכתיבנא ודי בזה לשאלה הראשונה:

שאלה קיח

ולשאלה שניה ששאל השואל שראובן כשהיה הולך לראונ' לצורך השותפו' גוי א' מהארגאטיש שהי' בספינה עמו נטבע בים ומפני כן העלילו עליו אם חייב שמעון השותף לסייע באותה עלילה אומר דאני רואה בענין זה דברי הרב מורי ז"ל בפסקיו ח"א סימן קכ"ד וסימן רי"ב וסימן רצ"ב דדבריו נראים כסותרים דבסימן קכ"ד כתב על ראובן ושמעון ולוי היו חברים זה ימים ושנים וכו' הן במדודים הן בחליפין הן בהלואה על משכונות וזה ימים נתפרדה החבילה איש ואיש לאהלו וכו' והגוים מעללים עליהם השיב מורי ז"ל דאם העלילו על שום א' מהם חייבים חבריו לסייע בעלילה ההיא כיון שהעלילו לו בדבר מחמת השותפות וכתב שם בסוף דבריו וטעמא דמילתא דשאני הכא

דכיון דראובן נהנה מאותן משכונות שמכר שותפו אין מן הדין שיאכל הוא וחדי והלה שמעון ילקה שכבולעו כך פולטו וכמו שנהנו שניהם כך אם יגיע הפסד יפסידו שניהם אבל בהאי דכלילא הנ"ל לא נהנה שום א' מהם ומי שילקה ולא יברח מזלו גרם וק"ל ע"כ משמע דאע"פ שחלקו השותפו' שכן כתוב שם בשאלה שנתפרדה החבילה מ"מ אם יעלילו על שום א' מהם חייב חברו לסייע ובסימן רי"ב כתב על ראובן ושמעון שנשתתפו בקניית שמן ואח"כ חלקו השותפות והעלילו לאביו של אחד מהם על ענין קניית שמן וז"ל אבל בנ"ד ששניהם קנו וחלקו זה קצת ימים כשם שהחלק שהגיע לשמעון מן השמן עומד לאחריות שמעון אם ישרף או יאבד כך מה שיעלילו על כל אחד מהם הוא לאחריותו וכו' וסיים שם דבריו שמשעה שחלקנו אין לי עליך כלום ולא לך עלי כי כל אחד מחל לחברו כל אחריות והפסד שיגיע לו ע"כ הרי מבואר כאן דאחר שחלקו אין לזה על זה כלום הפך הנאמר בסימן קכ"ד:

אם לא שנאמר דבסימן קכ"ד לא אמר שאחר שחלקו מחלו זה לזה משום דמתוך השאלה נראה דמה שהיו מעלילים להם אחרי החלוקה היו פורעים בשתוף לא שאל השואל אלא אם רוצים ללכת מקצת מן השותפים מן העיר אם יוכל האחר לעכב אבל ודאי שכל זמן שהם בעיר פורעים זה לזה מה שמעלילים לכלם או לאחד מהם משמע דגלו בדעתם שלא מחלו זה לזה על כך ולכך אין מועיל שם הטענה ההיא אבל מה שצדד הרב ז"ל דאפילו כשהם שותפים אם יעלילו לא' והאחר איננו שם אם חייב לסייעו בעלילה ההיא וכתב שחייב לסייעו ואחר החלוקה לא מחל על זה דמתוך מעשיהם אינו נראה כן כדכתיבנא זה נראה להליץ בעד מורי ז"ל. מ"מ עדיין קשה דבסימן רצ"ב כתב נמצינו למדים שאע"פ שחלקו חייב השותף לפרוע מה שהוציא השותף חברו וכו' הרי דאית ליה דדינו של הרא"ש הוי אע"פ שחלקו ובסימן רי"ב לא כתב כן אלא כתב כי מה שאנו מחייבין בנדון דהרא"ש היינו דבר שמן הדין אינו של השותפים וכו' וכל זה לע"ד היה בשעה שבאו לחלוק אבל בנ"ד ששניהם קנו וחלקו וכו' משמע דאית ליה דדינא דהרא"ש לא הוי אחר שחלקו ומה שכתוב בשאלה דהרא"ש אח"כ חלקו ראובן ושמעון שותפות שביניהם ובקש שמעון מראובן וכו' היינו דבשעה שחלקו בקש שמעון מראובן כן אבל אם חלקו סתמא ואח"כ בקש שמעון כן לאו כל כמיניה ובסי' רצ"ב לא אמר אלא שאע"פ שחלקו וכו' משמע אף ע"ג דחלקו סתמא אם לא שנאמר דכוונתו לומר שבשעת החלוקה התנה כן אלא שממה שכתב שם אח"כ גם בנ"ד נמי אע"פ שכבר חלקו וכו' משמע דאע"פ דלא התנה כן בשעת החלוקה דנדון דהתם הכי הוי מ"מ חייבים השותפים לסייע בעלילה:

עוד נתקשו אצלי דברי מורי ז"ל מה שהביא ראיה בסי' רי"ב בסוף התשובה מדברי רבו הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל וכתב כ"ש בנ"ד דאין הנדון דומה לראיה דהתם תפסו למי שלא היה נחשד על הגנבה בעד מה שנחשד והוא גזל שהוא נקי מן הדין ולכך פטור מי שנחשד לסייע לו וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ח' מהלכות חובל ומזיק דאין אדם נתפס על חבירו שיהא חייב אלא נתפס בעבור המס אבל שותפים שאני דכיון דהם שותפים לשכר הם שותפים להפסד ואדעתא דהכי נשתתפו שכל ריוח והפסד שיבא מחמת השותפות שיחלוקו וכיון שעלילה זו מחמת שותפות היא ודאי דחייב לסייע השותף דכבולעו כך פולטו וכמו שכתב בסי' קכ"ד:

עוד נתקשו דבריו אצלי מה שכתב בסי' רצ"ב דדינא דהרא"ש הוי שנהנה השותף ולא הוי עלילה אבל בנדון דידיה שלא הגיע הנאה לשותפים מה להם לשותפים לפרוע מזלו גרם ע"כ משמע מההיא דאית ליה דעלילה הוי כשביה ובסי' רי"ב בענין עלילת השמן לא משמע הכי אלא דדוקא דטעמא משום שכבר חלקו לכך אינו חייב לסייע אבל אם לא חלקו דהיה חייב לסייע בעלילה משמע דלא ס"ל בסי' רי"ב דעלילה כשביה אלא שאין זו קושיא דבסי' רצ"ב לא כתב כן מורי ז"ל אלא בדרך וכי תימא אבל אפשר דלענין דינא אית ליה כמו שכתב בסי' רי"ב דעלילה לא הוי כשביה וחייב השותף לסייע אלא א"כ חלקו סתמא דאז מחלו זה לזה כמו שכתב בסי' רי"ב וכיון שכן לא למדנו מדברי מורי מהך תשובה כמו שחשב השואל דעלילה אית ליה דדינו כשביה אלא לא כתב כאן אלא בדרך וכ"ת ולעולם דאית ליה דעלילה לא הוי כשביה וכמו שכתב הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו בפסקיו סימן נ"ו עם היות שנתקשו אצלי דבריו שבסימן פ"ה נראה שכתב בהפך דשם כתב דיהודה אינו חייב לסייע בעלילה אף ע"פ שהיה שם ואמאי אפילו שלא יועיל התנאי שעשה כמ"ש שם תיפוק ליה דחייב יהודה לסייע משום דהעלילה היתה מחמת השותפות וחייב לסייע כמו שכתב בסי' נ"ו וכבר כתבתי בפסק אחר טעם נכון ליישב דבריו דשאני בסימן פ"ה דאותה העלילה היה אפשר להעליל אותה לכל א' מן השותפים וכיון דחלקו סתמא ודאי דמחלו זה לזה דבההיא הנאה דחבירו מוחל לו דאם יעלילו עליו יפרע הוא לבדו מחיל נמי איהו לחבירו דאם יעלילו עליו יפרע הוא הכל ולא יסייע לו חבירו אבל ההיא דסימן נ"ו משטמת השר לא היה אלא לשותף הנושא ונותן והעלילה לא היה ראוי להעליל אלא עליו לבד וכיון שכן עלילה כזאת אין לומר בה דבההיא הנאה דחברי' מחיל ליה איהו נמי מחיל לחברי' דכיון דאי אפשר לבא עלילה כזו על חבירו אלא עליו וא"כ לא מחל ליה חבריה מידי ואיהו נמי לא מחיל לחבריה ואע"פ שחלקו חייב חבירו לסייע והדבר נכון בעיני אם היתה כוונת הרב הנז' כן אבל

נשאתי ונתתי עם כבוד חכמתו ומדבריו נראה שאין כוונתו כן והוא תירוץ באופן אחר ליישב דבריו:

ומ"מ בנ"ד אני אומר דהדבר מסופק מאד בעיני אם חייב השותף לסייע לראובן בעלילה דאע"פ דיש לחלק בין עלילה לשביה וכמו שכתב הרב הכהן נר"ו ודברי מורי ז"ל אפשר דהם כן ולא כתב הפך מזה בסימן רצ"ב אלא בדרך וכ"ת כדכתיבנא ואם עדיין לא חלקו ראובן עם השותף אפשר לדבריו דחייב לסייע השותף למה שהוציא מ"מ האי עלילה לא דמיא להנהו עלילות שבאו עליהם השאלות דהרב מורי ז"ל והרב הכהן נר"ו דהתם העלילות הם מחמת ממון עסק השותפות כגון ההיא דמשטמת השר שמפני שלא רצה ליקח המשי ביוקר בא לו כן וכן ההיא דסי' רי"ב מהשמן שקנו וכן ההיא דסימן קכ"ד אבל הך דהכא לא הוי מחמת ממון השותפות אלא מחמת ארגאט א' שהיה הולך לצורך השותפות נתפס ראובן ואפשר דאין זו בגוף השותפות עצמו והוא דבר רחוק ואפשר לדמותו לשביה ויש פנים לחלוק לזה לכן אמרתי טוב הדבר לפשר ביניהם הנלע"ד כתבתי וחתמתי:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קיט

שאלה ראובן ושמעון עשו שותפות בעסק הסחורות בעד משך שלש שנים רצופים והתנו ביניהם בשעת השותפות תנאים ככתוב בשטר השותפות אשר בידם. ובכלל החיובים והתנאים נתחייבו להשתדל בכל מאמצי כח לתועלת השותפות הנז' להרחיק את הנזק ולקרב התועלת וכל צד ריוח ותועלת שיבא הכל יהיה לחשבון השותפות הנז' בין שיבא בדרך סחורה ועסק בין בדרך סרסור בין בדרך הלואה מצד ומחמת החברה והשותפות הנז' בין בדרך מציאה הכל יהיה לחשבון השותפות הנז'. עוד נתחייבו שלא יהיה רשאי שום אחד מהם לשחק אפילו משום לבן אחד בשום מין ממיני שחוק שיהיה לא באמת ולא בהיתול לא ע"י עצמו ולא על ידי אחר בשום צד ואופן בעולם לבד זה אם יטילו שום אריפה של פאפיליקוש ויהיה לחשבון השותפות. עוד נתחייבו שלא לצאת ערב לשום נברא בעולם בשום צד ואופן לבד איש לחבירו יש להם רשות לצאת ערב אף שלא יהיה לצורך השותפות אבל לנברא אחר בעולם לא לא בפראנקיא' ולא בתוגרמה. עוד נתחייבו ללכת בנאמנות גמורה ושלא להעלים אפילו פרוטה אחת איש מעיני חבירו וללכת בלב תמים איש עם רעהו ושלא יוכל שום אחד מהם לעשות שום שותפות עם אדם אחר בעולם בין בפראנקיאה בין בתוגרמה על כל התנאים והחיובים הנ"ל נשבענו

כל אחד לדעת חברו ועל דעת המב"ה בלי ערמה מרמה ותחבולה לגמור ולעשות ולקיים כל הנ"ל עד סוף הזמן הנז' בביטול כל מיני ואופני מודעי עד סופן ובפסול כל מיני עדי מודעי. ואחרי שנכתב ונחתם שטר התנאים הנז' עלתה הסכמתם והלך ראובן הנז' לעמוד בפראנקיאה להתעסק שם בעד ובשם השותפות הנ"ל ובעומדו שם לא עברו ימים מועטים עד כי יצא ממחיצתו ופרץ גדר וסיג השותפות ועבר ברית חלף חק השבועה החמורה הנ"ל ויצא ערב שם בעד יהודה עד כי גרם ועשה פסידא גדולה עד כי בא והגיע ראובן הנז' עד שברים. זאת ועוד מלאו לבו לעבור על שבועתו לשחק שם בכל אות נפשו והלך בשרירות לבו. ויהי כראות שמעון כן כי ראובן הנז' חלל בריתו ושבועתו פעמים שלש וגרם הפסד ונזק גדול כנז' עמד ביתר הפלטה אשר בידו ובקש להתעסק לבדו נפרד מהשותפות הנז' באומרו כי חבר ראובן קדם והתחיל בפורענות ובטל השבועה פעם ופעמים בפרט בדברים ועניינים שהם עקר ויסוד שהשותפות תלוי בהם ומאז נתפרדה החבילה לגמרי ובודאי כי אדעתא דהכי לא נשבעו מתחלה. עתה יורנו מורנו אם יש טעם בדברי שמעון ויפה עשה במה שעשה והוא פטור ומותר מן השבועה שלא להתעסק נפרד מן השותפות כנז' גם יורנו מורנו אם יהיה ראובן הנז' נאמן על פי פנקסו לבא נגד שמעון כדרך הסוחרים לפחות על ידי שבועה או שמא אינו נאמן עליו בשום צד אפילו על ידי שבועה ויכול שמעון לומר לו את לא מהמנת לי לא ע"פ פנקסך ולא על ידי שבועתך אחרי כי נודע לכל ונתפרסם לעולם שעברת על שבועתך פעם ופעמים על שני דברים הנז' לעיל על הכל יבא דברו הטוב ועליו תבא ברכת טוב ע"כ:

תשובה על השאלה הראשונה פשיטא ופשיטא יותר מביעתא בכותחא דשמעון פטור משבועתו כיון דראובן עבר ואע"ג דאין ראיה כל כך מההיא תשובה דהרא"ש דכתב בכלל ח' דהיכא דנשבעו להלך יחד לארץ ישראל דאם לא הלך הא' פטור דשאני התם דאמרו בפירוש בשבועתם דילכו יחד בחברה אחת דכיון דפרשו כן ודאי דאם לא הלך האחד פטור השני ומה גם דבאותה השאלה כתוב דגלו דעתם בפי' בלשון השטר שעל דעת ללכת בחברה א' עושים כן אבל שנים שנשבעו לעשות דבר א' ולא אמרו יחד מנא לן דכשיעבור הא' פטור חבירו מ"מ הרי כתב רבינו ירוחם ז"ל בנתיב י"ד חלק ח' וז"ל שנים שנשבעו לעשות דבר אחד והא' מהם עבר על השבועה הב' פעור ע"כ והרב ב"י בסי' רל"ח בטור יו"ד כתב שדבריו נכונים בטעמם ומשם למדנו דבכל ענין שנשבעי' שנים יחד לעשותו אדעתא דהכי נשבעו שיעשו אותם שניהם אע"פ שלא פרשו בפירוש כך וכיון שעבר הא' הב' פטור וא"כ בנ"ד נתבטל ודאי השותפות כיון דעבר ראובן על התנאים הכתובים ומה שהם עיקר השותפות ובודאי דאדעתא דהכי לא נשבע שמעון

וא"כ מה שעשה שמעון שנתעסק לעצמו כדין עשה ולא עבר כלל כיון ששותפו עבר על תנאי א' מהשותפות אע"פ שראובן לא עבר באותו ענין עצמו ששמעון עובר לא איכפת לן דבודאי כולה חדא מילתא דהכל הוא קיום השותפות וכיון שעבר תנאי אחד נתבטל הכל וזה פשוט מאד:

אבל מה שיש לדקדק הוא דאע"ג דשמעון פטור מהשבועה מ"מ המעות שנשארו בידו ממין השותפות הם ומאן פלג ליה והיה לו לחלוק בפני ב"ד וכדאמרי' באיזהו נשך בעובדא דתרי כותאי וכיון שלא חלק בב"ד לא עשה ולא כלום וכדכתב הטור בח"מ סימן קע"ו וא"כ כל מה שהרויח הכל לאמצע דנהי דנתבטל השותפות מפני שעבר ראובן על התנאי וגרם היזק לשותפות מ"מ ה"ז כעבר זמן השותפות דאמרי' ליה מאן פלג לך וצריך לחלוק בב"ד ואין לומר דכיון דעבר ראובן על שבועתו ונתבטל התנאי גרוע מעבר זמן השותפות דאין סברא לומר כן דמ"מ איכא טעמא דמאן פלג לך אלא לתרץ זה אומר דכפי המובן מדברי השאלה גרם ראובן נזק גדול לשמעון ואפילו אם בשיעור הנזק שעשה ראובן לשמעון לא יהיה לו חלק ביתר הפלטה שנשאר ביד שמעון אלא הכל יהיה חלקו של שמעון מפני שהא' כבר אבד ממונו אין לומר מאן פלג לך ואין לומר דהיה לו ליל"ך לב"ד שישערו הנזק ויראו אם יהיה מגיע לראובן שום חלק ביתר הפלטה אשר ביד שמעון דכיון דאנו רואין עכשיו שהדבר כן הוא איגלאי מילתא למפרע דהכל היה חלק שמעון ואין לראובן כלום בו ואין לומר מאן פלג לך כיון שאין לו בו חלק כלל ובשלמא אם יהיה לו ביתר הפלטה שום חלק קטן ודאי דאיכא טעמא דמאן פלג לך אבל כיון דישערו ב"ד עכשיו הנזק ויראו שאין לראובן חלק במה שנשאר לשמעון ודאי דהדין עמו ולא שייך טעמא דמאן פלג כנ"ל הדברים מסברא ודי בזה לשאלה ראשונה:

ועל השאלה הב' בפרק כל הנשבעין על מתניתין שכנגדו חשוד על השבועה כיצד וכו' הקשו בגמרא וליהוי נמי שבועת ביטוי ותירצו כי קתני שבועה דכי קא משתבע בשקרא קא משתבע אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע לא קתני ע"כ ופירש"י דאפילו עבר עליה שכפאו יצרו אינו חשוד בכך על השבועה שלא הוציא שקר מפיו ע"כ. ולפי דבריו חשוד בשבועה דלהבא אינו חשוד בשבועה דלשעבר אבל התוספות פירשו בשם ר"ת דפסול הוא ומאי דקאמר בגמרא לא קתני הוא דמתניתין לא מיירי במאי דאיכא למימר דבקושטא משתבע והריב"ש בסי' שי"א כתב שהרמב"ן ז"ל והרבה מן האחרונים מסכימים לדעת רש"י ז"ל והוא ז"ל כתב שם הכרעה שלישית וז"ל ולי נראה להכריע דנשבע שלא לאכול ואכל הרי הוא חייב מלקות ורשע הוא ופסול לעדות ולשבועה אבל נשבע לאכול או לפרוע ולא עשה כיון דאינו חייב מלקות דלא עביד

מעשה אינו פסול לעדות ולשבועה והא דלא קתני במתני' שבועת ביטוי להבא בשלא אוכל ואכל משום דלא פסיקא ליה בכל שבועת ביטוי להבא וכן נראה דעת הרמב"ם שכתב בפרק ב' מהלכות טוען ונטען שכל הפסול לעדות משום עבירה הרי הוא חשוד על השבועה ובפ"י מהלכות עדות כתב איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות וכו' ע"כ ודבריו תמוהים אצלי חדא דכמאן מפרש לשמעתא לפי הכרעתו אי כפירש"י ז"ל דמאי דקאמר לא קתני ר"ל שאין הדין כמשנתנו משום דאיכא למימר דבקושטא משתבע ומשום הכי אינו חשוד א"כ אפי' היכא דנשבע שלא לאכול ואכל כיון דאיכא הך טעמא דבקושטא קא משתבע אינו חשוד ואם מפרש כפי' ר"ת ור"ל מתניתין לא מיירי בהכי א"כ מה הוקשה לי דאמאי לא קתני שבועת ביטוי להבא היכא דנשבע שלא לאכול ואכל הא מתניתין לא מיירי בהכי. וי"ל בדוחק לקושיא זאת דמאי דקאמר בגמרא איכא למימר דקושטא וכו' הוא משום דמשום הך טעמא כשר לעדות כדכתב הרמב"ם ז"ל בסוף פרק ד' מהלכות שבועות דהיכא דנשבע לאכול ולא אכל משום הכי לא לקי דלא קאמר משום דאיכא למימר בקושטא קא משתבע וכיון שכן אינו חייב מלקות דלא עביד מעשה ולכך לא קתני לה מתני' שהוא כשר ואידך דשלא אוכל ואכל אע"ג דאית בה מעשה וחייב מלקות לא קתני לה משום דלא פסיקא ליה בכל שבועת ביטוי להבא: ותו קשיא בדבריו דנהי דמי שאינו חייב מלקות לא יהא חשוד מן התורה מכל מקום חשוד מדרבנן מיהא ליהוי דלא גרע מעבר עבירה דרבנן דכתב הרמב"ם ז"ל בפרק עשירי מהלכות עדות שהוא פסול מדבריהם וכמו שכתב הרב ב"י ז"ל בטור חשן משפט סי' ל"ד וזה לשונו ואף ע"פ שמדברי הרמב"ם ורבינו נראה שאינו פסול מדרבנן אלא העובר על דברי רבנן משמע דכל שכן הוא לעובר על דברי תורה שאין בהם מלקות עד כאן. ומה שהצריך הרמב"ם ז"ל חיוב מלקות הוא לעשותו פסול מן התורה כדמוכח מדבריו בפרק י' מהלכות עדות מיהו גם לזה י"ל דלית ליה דברי הרב ב"י ז"ל אלא דלא הוי חשוד מדרבנן אלא במילי דרבנן דאית בהו מעשה דאלו הוי של תורה הוי בהו מלקות ועשו חזוק לדבריהם כשל תורה אבל דבר שאין בו מלקות מן התורה גריע:

ותו קשיא לי טובא בדברי הריב"ש שכאן בסי' שי"א רצה לפרש דברי הרמב"ם ז"ל דהיכא דנשבע לפרוע ולא פרע שאינו נקרא חשוד ובסי' דש"מ כתב בהפך זה שכתב גבי אחד שנשבע לפרוע לחבירו כל מה שיעלה היין ולא פרע ז"ל שם וגם לדעת רבינו תם והרמב"ם ז"ל דאפילו בעובר בשבועת ביטוי להבא נעשה חשוד ונראים דבריהם אפ"ה בנדון זה לא נעשה חשוד וכו' שהרי אפשר שכשעבר הזמן וכו' הרי מוכח התם דאפילו היכא שנשבע לפרוע ולא פרע דאין בו קיום מעשה ואינו חייב מלקות דהוי

חשוד לשבועה והוא הפך מה שכתב כאן. גם בסי' תקט"ו כתב גבי עובדא בההיא דסימן דש"מ על אחד שנשבע לפרוע ולא פרע וז"ל אבל לדעת רבינו תם והרמב"ם והרא"ש ז"ל הוי חשוד ומחלוקתם תלוי וכו' הרי ג"כ מבואר שם דהרמב"ם ז"ל אית ליה כל שבועת ביטוי דהוי חשוד על השבועה ודבריו סותרים את דבריו וצריך עיון. אבל כפי האמת נראה לי מה שכתב בסי' דש"מ ובסימן תקט"ו עיקר דודאי הרמב"ם כרבינו תם סבירא ליה שכן כתב בהדיא בפרק שני מהלכות טוען דהיכא דעבר על שבועת ביטוי הוי חשוד וזהו כדעת רבינו תם ז"ל וכן פירשו שם ההגהות וכן כתב הר"ן ז"ל בפרק כל הנשבעין דדעת הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל כדעת רבינו תם ואע"ג דפרק עשירי מהלכות עדות הצריך לפסול לעדות חיוב מלקות יש לומר דהיינו מדאורייתא כדכתיבנא אבל מדרבנן אף על פי שאין בו מלקות פסול וכן מוכח מדבריו דסתם וכתב דהיכא דעבר על שבועת ביטוי הוי חשוד ולא חלק בין אית ביה מעשה ללית ביה מעשה א"כ נמצא דדעת רבינו משה בר מיימון ז"ל כדעת ר"ת ואע"ג דהטור בסי' צ"ב כתב דדעתו כדעת רש"י ז"ל נראה לי דטעות סופר הוא והרמב"ן בנו"ן גרסי' והיינו הרמב"ן ז"ל דכתב הריב"ש דאית ליה כסברת רש"י:

הרי ראינו הפוסקים מערכה לקראת מערכה דהרי"ף ורש"י והרמב"ן והרשב"א והרבה מהאחרונים אית להו דאינו חשוד והרמב"ם ורבינו תם והרא"ש ורבינו חננאל ור"י ז"ל אית להו דהוי חשוד א"כ ראובן זה המוחזק ובא שמעון להוציא ממנו יכול לומר קים לי כהני דאמרי דאיני חשוד ואני נשבע ופטור וצריכים אנו לזה להיכא דחייב ראובן שבועת התורה אבל אם חייב שבועה מדבריהם הרי כתב הטור ז"ל בסי' צ"ב דלא אמרי' בהא שכנגדו נשבע ונוטל ופטור ראובן אפי' שיהא חשוד ומ"מ אפילו בשבועת התורה הוא פטור מטעם קים לי כדכתיבנא והדברים פשוטים לעניות דעתי:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכ

שאלה ראובן היה מביא כסף מהיריד פה שאלוניקי ופגע בלוי בגני' אשר חוץ לעיר וא"ל לוי תן הכסף בידי ואעבירנו דרך הפתח ואח"כ אמסרנו בידך ובכניסת' בפתח שער העיר נעלם מעיני כל חי ויבקשהו ולא מצאו והלך לביתו ושאל ממני כספו אשר נתן בידו וכחש בו לא ראיתיך ואשר לא ידעתי תשאלני ואז נשבע לו שלהד"ם וכראות ראובן שעבר על שבועתו הוסיף שלוח לו איש אחד ושאל ממנו הכסף הנז' ונשבע ג"כ שלא הד"ם ויוסיף עוד שלוח שלוחים אחרי' פעמים שלש ולכלם כפר בענין הכסף הנז' ונשבע בכל

פעם ופעם שלא היו דברי' מעולם שלקח ממנו הכסף הנז' ואח"כ הגזימוהו וישטמוהו כי מרה תהיה באחרונה שיוליכוהו בעש"ג ויעידו נגדו ומפני פחד הבריו' הוציא צרור הכסף ונתן ביד ראובן ואין פחד אלהים לנגד עיניו לכפור ולישבע לשקר כ"כ פעמים יורנו מורנו ורבינו האם ראוי להשביע ללוי זה פעם אחרת ומה משפטו ודינו על דברת שבועת ה' שנשבע לשקר כמה פעמים בפני אנשים רבים ומה גם שחסר מהכסף אשר מסר בידו ראובן אם יהיה נאמן בשבועה שלא נתן לו רק הכסף שהחזיר לו ורעה עוד מזאת שאכל מראובן כמה גרושוש' להודות לו על הכסף הנזכר והודה במקצתו וכפר במקצתו על הכל יבא דבר התורה לצדקה ושכרו כפול ומכופל מן השמים:

תשובה נראה דלוי זה חשוד על השבועה כיון שבא בשאלה דנשבע על שקר ואף על גב דלא התרו בו בשעת השבועה דהרי כתב הרמב"ם ז"ל פי"ד מהלכות עדות כל הנפסל בעבירה אם העידו עליו שני עדים שעשה עבירה פלו' אעפ"י שלא התרו בו שהרי אינו לוקה הרי זה פסול לעדות בד"א בשעבר על דבר שפשוט וכו' כגון שנשבע לשקר או לשוא וכו' הרי דכתב דכשנשבע לשקר הוא פסול לעדות וה"ה לשבועה דכל הפסול לעדות פסול לשבועה ואין לומר דכיון דליכא תרי סהדי דמסהדי בחדא שבועה אלא שכל א' מעיד שנשבע לו לבדו דאין מצטרפים דבהדיא אמרי' בפ' זה בורר גבי בר חמא דקטל נפשא וכו' אזיל אייתי תרי סהדי אסהידו ביה בחד מהנך חד אמר קמאי דידי גנב קבא דחושלא וחד אמר קמאי דידי גנב קתא דבורטיא וכו' הרי דאף על גב דהוי גנבות חלוקות וכל אחד מעיד שראה גנבה אחת שלא ראה אותה חברו מצטרפין לפוסלו וא"כ ה"ה בנ"ד:

אבל מה שיש כאן מקום עיון הוא דאין כאן עדים שיעידו שמסר הכסף ראובן ללוי ונשבע על שקר אלא שהוא הודה אח"כ שאותו הכסף אשר בידו נתנו לו ראובן ושנשב' על שקר וא"כ על פי הודאתו הוא נפסל דאם לא היה מודה על כך היינו אומ' דאותו הכסף אשר בידו היה שלו ולא נתנו ראובן וא"כ כיון דעל פי הודאתו הוא נפסל אין זה כלום דהא קי"ל דאין אדם משים עצמו רשע וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ב מהלכות עדות דאין אדם נפסל בעבירה על פי עצמו כיצד הרי שבא לב"ד ואמר שגנב וכו' וא"כ בנ"ד נמי לא נעשה חשוד לוי מהאי טעמא. אלא שמ"מ י"ל דהטור בח"מ סימן צ"ב כתב בשם הרמ"ה דאף על גב דאין אדם נעשה חשוד על פי עצמו אי ניחא ליה לתובע לישבע ויטול כי אמר נתבע חשוד אני נשבע ונוטל אם כן בנדון דידן נמי אם ראובן רוצה לישבע ויטול כמה חסר מהכסף אשר מסר בידו ישבע ויטול מלוי כיון שנעשה חשוד אף על פי שהוא על פי עצמו ומיהו דוקא צריך שיודה לוי שחייב לו מקצת שאז נתחייב שבועת התורה ואמרי'

שכנגדו נשבע ונוטל אבל אם אינו מודה לו כלום כגון שהכסף שהודה לו כבר מסר אותו בידו ונמצא בעת התביעה אינו מודה לו כלום דאז אינו חייב שבועת התורה אלא שבועת היסת לא אמרי' שכנגדו נשבע ונוטל דלא אמרינן הכי אלא בשבועת התור' ולא של דבריה וכמ"ש הטור בח"מ סי' צ"ב והכי איתא בפ"ק דמציעא דתקנתא לתקנתא עבדינן ובין כך ובין כך אני אומר דהוא ראוי לעונש וגדול עונו מנשוא דהדברים מוכיחי' דעבר על שבועתו וכמו שהודה מעצמו וישיב אל ה' וירחמהו וגרושוש' שאכל אם יש עדים על כך יחזיר אותם לראובן על פי הדין הגמור וכשבולעו כך פולטו ולא ידבק בידו מאומה מדבר עבירה מרה כלענה. נאם הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכא

ילמדנו רבינו קהל א' שהיו מחוברי' כא' בקהלם ונפלו הפרשים ביניהם ונתפרדו ונעשו שני כתות ובכת של ראובן היה יחיד א' שמו נפתלי ונפתלי זה נשבע לכת של ראובן להיות עמה' באהב' ואחוה אם לטוב אם למוטב וקודם זמן העריכ' אמרו כת של שמעון לנפתלי אל תלך להעריך עם כת של ראובן מפני שאתה מושבע עמנו ונפתלי שתק והודה להם כי כן היו הדברי' ולזמן הערוכה קראו כת של ראובן לנפתלי הנז' לאמ' בא להעריך עמנו שאתה מכתתנו והלך נפתלי הנז' להשבע בפני המעריכי' ואמ' כת של שמעון לנפתלי הנז' למה אתה הולך להשבע עם כת של ראובן שאתה מושבע ועומד עמנו והשיב להם אמת שאני מושבע עמכם אבל שבועתי עם כת של ראובן קדמה לשבועתי עמכם וא"כ לא חלה שבועתי עמכם שהיא מאוחרת וכל אלו הדברים עברו בפני המעריכי' ונשבע עם כת של ראובן ואמרו לו כת של שמעון למה נשבעת עם כת של ראובן בעריכ' אם מושבע אתה עמנו מקודם והשיב נפתלי הנז' אמת הוא ששבועתי עמכם קדמה לשבועתי עם כת של ראובן נמצ' שנפתלי הנז' הכחיש את עצמו ילמדנו רבינו מה יהיה משפט נפתלי זה הנז' ובשכר זאת אל אלהים יאריך בטוב ימי רבינו: תשובה נראה דמה שהודה תחלה בפני המעריכים שהם ב"ד שהשבועה של כת ראובן קדמה היא הודאה ואינו יכול לחזור מדבריו הראשונים דהטור כתב בח"מ סי' פ' דמי שטען טענה אחת בב"ד דאינו יכול לחזור מדבריו הראשונים וכ"ת שאני התם דהוי מילתא דממונא אבל במילתא דאיסורא לא אמרינן הכי הא לאו מילתא היא דזה בא להפקיע עצמו מכת ראובן מענין העריכה והמס וכיון שכבר הודה בפני ב"ד אין יכול לחזור מדבריו הראשונים דהוא חב להם וגדולה מזו כתב הרא"ה ז"ל גבי האשה שאמרה מקודשת ואחר כך נתנה אמתלאה לדבריה דאמרי' בפ"ב דכתובו' דנאמנת דאי אמרה

מקודשת אני לפ' אינה נאמנת דלא כל כמינה לחוב לאות' פלו' ולהפקיע עצמה ממנו ואע"ג דהר' מהריב"ל בפסקיו ח"א סי' י"ג נסתפק מאד דדילמ' דברי הרא"ה דברי יחיד הם מ"מ כתב שלא מלאו לבו לעשות כנגד דבריו ומה גם בנ"ד דכ"ע ודאי מודו דהוי ענין ממונא דזה בא להפקיע עצמו מן העריכה והמס של כת של ראובן דפשיטא ופשיטא דאינו יכול לחזור מדבריו הראשונים ואפילו שיתן אמתלאה:

ועוד מטעמא אחרינא אני אומר דאפי' שיתן אמתלאה לדבריו דאינו נאמן כיון שלפי דבריו האחרונים ששבועה של כת של שמעון קדמה נמצא דעבר על שבועתו במה שהטיל הגרעינים עם כת של ראובן אמרי' ודאי דכשאמ' תחלה בב"ד ששבועה של כת ראובן קדמה דקדק יפה ולא יועיל לו אמתלאה דאין לנו לומר שמשום אמתלאה עשה עצמו רשע ועבר על שבועתו בראשונה אלא שדקדק יפה בדבריו הראשונים וכדין נשבע ועתה חוזר בו ולא יועילו לו דבריו האחרונים: א"כ עלה בידנו דכל גוונא אינו יכול לחזור בו מדבריו הראשונים כ"ש בנ"ד דלא נתן שום אמתלאה דאפילו התם גבי אשה היכא דאמרה מקודשת אני דהוי מילתא דאיסורא אינה נאמנת בלא אמתלאה וא"כ ודאי בנ"ד דבריו הראשונים קיימים ונפתלי זה מכת של ראובן הוא:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכב

שאלה ראובן ושמעון שהיו ביניהם הפרשי' על דבר כותל מפסיק בין ב' חצרו' שהם דרים ומחזיקים ביניהם זה אומ' הכותל שלי וזה אומ' שלי הוא ובררו ולקחו ביניה' נבררין ונכת' ונחת' שטר ברורין ביניה' שגזר' הנבררי' תהיה שרירא וקיימ' ונטלו כל שטרי ברורין וגזרו' אחרו' בין מהעבר ובין מההוה ובין מהעתיד כלם לאפס ותוהו יחשבו זולת זה השטר ברורין והגזרה שיגזרו עליו ואם לא יסכימו שניהם לדעת א' יקחו מכריע שיכריע ביניה' וסדרו טענותיה' לפני הנבררין הנז' ובתוך הטענות נתפשרו הב' האנשים אשר להם הריב בפני הנבררין הנז' שאם תזכר שם כותל בשיגי"ל אשר ביד א' מהם שיהי' הכותל שלו ואם לא תהיה נז' כותל בשיגי"ל שיהי' הכותל מהאיש אשר אין לו שיגי"ל וברצונם ורצון הנבררין עלתה הסכמת' כן להשבית דברי ריבות' ונשבעו שבועה חמור' ע"י הנבררין לבלתי סור ימין ושמאל מהפשר' הנז' ועפ"י מה שימצא כתו' שם כותל או לא ימצאו כתו' בשיגי"ל יקום דבר הכותל למי היה ואז הלכו להקרו' את השיגי"ל ונקרא פעמים ג' ולא נז' שם כותל בו רק כך אמו' וא' טוען שבכלל האמו' הנז' הכותל הנז' והי' שלו כפי הפשר שנתפשרו בשבועה לפני הנבררין והאחר טוען כנגדו שהכותל

שלו כיון שלא נז' שם כותל כי כן היתי' השבוע' על הפשר שיזכר שם כותל בשיגי"ל ואם לא תזכר כותל אין לו שום חלק וזכו' קטן וגדול בכותל כמ"ש וחתו' מיד א' מהדיינים ביד האיש אשר אין לו שיגי"ל והדיין האחר לא רצה לחתו' על הפשר הנז' אך אמנ' חתם איש אחר כדאי לסמוך עליו ששמע מפי שניהם דבר הפשר הנז' יורנו מורנו הדין עם מי וכמו כן אם רשאי' הדייני' לקח' מכריע אחר הפשר הנז' אם לאו ובפרט אם חזר בו א' מהנבררין ואמר לאחר טעינו טעו' גמורה לקח' מכריע אחר שנתפשרו האנשי' אשר להם הריב בשבועה ובפיו מלא לאמר למכריע יחדל מלהכריע ולא שמע בקולו רק לקול מי שהפציר בו להכריע והכריע שלא בפני שום א' מן הב' נבררין על הטענו' שכבר שמע יורנו היש בהכרעתו ממש אם לאו ושכמ"ה:

תשובה לא נתבא' בשאלה אם בשטר הברורין שעשו ביניהם היה בו שבוע' דא"כ הוא לכאור' נר' דבאנו למחלוקת גדולי עול' הרבני' מהר"ר לוי ן' חביב ומהר"ם אלשקאר בספרי פסקיה' דהרב מהר"ר לוי בפסקיו סי' קל"ז כתב על ענין ב' בע"ד שלקחו ביניהם נבררין בקנין ובשבוע' ואח"כ נתרצו שיאותו שניה' גם יחד לקח' עליה' נבררי' אחרי' בשבוע' והאריך שם הרב הנז' לאשר ולקיים השבוע' הא' והב' היא שבועת שוא אעפ"י שנתרצו שניה' לבטל הא' כיון שלא שאלו היתר עליה' וכת' שם הרב הנז' דל"מ אם הב"ד הא' כבר פסקו הדין אלא אפי' לא פסקו אינ' יכולי' בעלי הריב לברר מכח שבועתם ב"ד אתר וטעמו דלדעת הרשב"א בעי' שיאמר הריני כאלו התקבלתי וכיון שעדיין נשאר ביניה' הריב וקבלו עליה' דיינים אחרים אין כאן התקבלתי ואעפ"י שיש חולקים על הרשב"א ז"ל אנן סהדי דכשנשבעו לא נשבעו אלא אדעת' שתהיה בטלה הא' אליבא דכ"ע דלא היו מכניסי' עצמם בספק שבועה ועוד האריך יע"ש. והרב מהר"ם אלשקאר בתשו' סי' נ"ח כתב בהפך דאפי' פסקו הב"ד הא' יכולי' לקחת עליה' נבררין אחרים וכתב שם וז"ל הילכך אפי' במקו' שחייבו הברורי הא' סך מעו' יכול לומ' חברו הריני כאלו התקבלתי ואפי' בסתם הוי כאלו אמ' וכו' וכ"ש במקום שעדיין לא פסקו וכו' יע"ש. ולפי זה היה נר' דהרב מהר"ר לוי ן' חביב סבר בנ"ד דלא מהני הפשרה דעבדי תרווייהו אע"פ שנתרצו ויאותו כיון שלא נשאלו על השבועה הא' כך נר' הדברים לכאורה. אבל כד מעיינת בה לא דמיא כלל דשאני הכא שהברורין בעצמ' נתרצו ויאותו בפשרה שלהם והוי כאלו הם עשו ג"כ הפשרה שכן כתוב בשאלה שבהסכמתם נעשה אעפ"י שנר' שהם לא הסכימו אלא אחר שראו שרצונם של בעלי דינים כך מ"מ בהסכמתם היה הדבר ונתקיימ' שבועה הא' ועוד דאפי' לא היו מסכימים מודה הרב הנז' בנ"ד דשייך שפיר כאן הריני כאלו התקבלתי אם ימצא כתו' בשיגי"ל הכותל הרי היא של שמעון ונתרצ'

ראובן והרי הוא כאלו קבל ראובן משמעון ואם לא ימצ' היא מראובן וקבל שמעון ממנו וכבר נתברר הדבר ביניהם ולא נשאר ביניהם ריב ומצה וע"כ נא קאמ' הרב הנז' אנא בנ"ד דלא שייך לו' הריני כאלו התקבלתי כיון דעדיין נשא' המחלוק' כבראשונ' אבל נ"ד שנא ושנ' כדכתי' א"כ אין כאן טעם לבטל הפשר' משו' הך פלוגת':

ואם באנו לבטלה משום דכת' הרמב"ם בה' מכירה פי"א וכל תנאים שמתני' בני אדם ביניה' אעפ"י שהם בעדי' וכו' לא קנה דכל האו' אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנ' שהרי דעתו עדיין סומכ' שמא יהיה או לא יהיה ע"כ. וכ' הרב ב"י בח"מ סי' ר"ז עלה רי"א מ"ד ולדעת הרמב"ם תנאי בני גד שהוא קיי' אעפ"י שהיה בלשון אם ולא בל' מעכשיו נ"ל דהתם שאני שהחזיקו קודם שיקיים התנאי וכן תנאים דאיפליגו ביה ר"מ ורבנן בהכי איכא לאוקומינהו משמ' דלהרמב"ם לא מהני שום תנאי בעול' כיון שהוא בלשון אם אלא אם לא אמר מעכשיו או החזיקו קודם שיקיים התנאי דאז לא הוי אסמכת' א"נ בידו ולא גזים כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטב' כתב שם הרב ב"י דמהני לדעתו אעפ"י שהוא אסמכתא משום תקנת חכמים כמו שהאריך שם נמצא דבנ"ד דליכא שום חד מהני דאינו בידו ולא אמר מעכשיו ולא החזיקו קודם נר' לדעתו דהוי אסמכתא גמור' ולא מהני וא"כ מצי למימר המוחזק מכח הדין קים לי כהרמב"ם ז"ל והרב ן' מיגאש שמסכים לדעתו דהוי אסמכת' ונתבטלה הפשרה ויעמוד הדבר על הדין:

איברא דקשה על הרב ב"י דבסימן כ"ב כתב שמעשה בא לידו בא' שאמ' לחברו שלא בפני ב"ד אם תשבע אני אשלם לך ונשבע שלא בפני ב"ד ופסק דאע"ג דהוי שבוע' שלא בב"ד אינו יכול לחזור והשתא קשה ת"ל מטעם אסמכתא דלהרמב"ם ון' מגיאש ז"ל הוי אסמכתא כיון שאמר בלשון אם ומצי המוחזק לומר קים לי כהני ואולי בנדון דידיה לא אמר בלשון אם אלא השבע ואשלם לך ואע"ג דהוא הביא בלשונו אם וכו' לא דק דהוא לא בא לומר אלא דאעפ"י דהשבועה שלא בב"ד הוי שבועה ולא בא להזכיר כלל האסמכתא ולכך לא דק בלישניה ומ"מ בנ"ד יוכל המוחזק לומר קים לי כדכתיבנא והגם דאיכא בנ"ד שבועה וכבר כתב הריב"ש בתשו' דבאסמכת' אע"ג דמכח הקנין אינו חייב חייב מכח השבועה יש להשיב דהרב מהריב"ל ז"ל בתשו' כתב בהרב' מקומות וא' מהם בסו' ספר ב' דהיכא דהשבועה בדברים הידועים אז לא נאמר ממון אין כאן שבועה אין כאן דהא כיון שהוא ידוע שאינו חייב ונשבע ודאי לחייב עצמו נשבע דאם לא כן אמאי נשבע אבל כשהוא דבר נעלם כגון דבר שהוא תלוי בפלוגתא דרבוות' דלאו כ"ע דינא גמירי אז נאמר ממון אין כאן שבועה כאן דהוא נשבע אדעתא שהיה מחויב מחמת הקנין א"כ בנ"ד ג"כ דהוי פלוגתא דרבוותא אי הוי אסמכתא או לא דהא אליבא דר"י והרא"ש

דאמרו דהיכא דאין בידו הלל לא הוי אסמכתא בנ"ד נמי לא הוי אסמכתא וכן לשאר המפר' דאית להו דבעינן שיאמר דרך קנס נ"ד לאו דרך קנס קאמר אלא בדרך פשר' דלא הוי אסמכתא וכיון שכן היה סבור שהיה מחויב מן הדין וטעי ולכך נשב' וא"כ כיון שנתבטלה הפשר' מכח הדין אין כאן שבוע':

איברא דאם לא היה כאן קנין בפשרה כנר' מהשאלה שלא היה אלא שבועה לבד אז ודאי מחויב מכת השבועה דלא טעי במידי דכ"ע ידעי דכיון דאין כאן קנין לא קנה כלל ובודאי כשנשבע אדעת' לחייב עצמו בשבועה נשבע אבל מ"מ מכח הדין אינו חייב אלא נתבטלה הפשרה גם זו אינה טענה מטעמא דכתי' דכיון דנעשה הדבר בהסכמ' הנבררים הרי ודאי כאלו הם גזרו ומכח הקנין והשבועה הא' מחויבים לעשות שכן גזרו עליה' הפשרני' מדעת' אעפ"י שלא היו גוזרי' אלא מפני שראו שרצונם כך מ"מ הרי גזרו עליהם והסכימו עמהם ובגזרת' ליכא למימ' אסמכת' דלא שייך זה אלא בתנאים שבין אדם לחברו ולא בגזרת דיינים והוא פשוט:

אבל מכל מקום יש מקום עיון בטענת שמעון שטען שכיון שכתוב בשיגי"ל כ"כ אמו' הכותל בכלל דאם אפש' שבאותן אמו' לא יהיה הכותל בכלל כשיהיו מצומצמים פשיטא ופשיטא דכיון שלא נזכר בשיגי"ל בהדיא כותל אנו אומ' דלא נכנס הכותל בכלל דהכי התנה בהדיא שיזכיר הכותל בפי' בשיגי"ל אבל אם הוא מוכרח שבאותה המדידה יהיה הכותל בכלל א"כ יש לחלוק ולומר מה לי שהוזכר' בפי' מה לי שיוצא מכללא הרי כיון שהוא מוכרח דמכללא איתמר הוי כאלו בפי' איתמר אלא שנ"ל שאין זו טענה דמ"מ כיון שהזכירו בתנאם שיזכיר הכותל בפי' קפדי דילמ' כתבו בשיגי"ל אמה א' יותר דאינו מקפיד בשיגי"ל לכתוב אמה יותר דכן אמרו לי דבשיגי"ל שיש לו ראובן במנין האמות נכנס בכללם הכותל כמו שנכנס לשמעון ולהכי קפדי דבעי' שיזכיר הכותל בפי' וכיון דלא הזכיר בפי' הרי שמעון מחל והכותל של ראובן והפשרה קיימת וא"כ כיון שלא נמצא כתוב בשיגי"ל כותל ואמר שמעון שיהיה של ראובן קנה אעפ"י שמן הדין זוכה שמעון הרי נתן לו זכותו וכ"ת לשון יהיה שלו לאו לשון מתנ' היא לא היא דהטור כתב בסי' ער"ה וז"ל וכתב הרמ"ה אבל כתב לו בשטר שדה פ' תהא נתונה לו או תהא שלו קנה אבל בדבורא בעלמ' לא קנה בחד מהני לישני אא"כ קנו מידו ע"כ. וא"כ בנ"ד אם קנו מידו בפשר' הרי מחל לו זכותו איבר' דאיכא למשדי ביה נרגא מטעם אסמכתא כדכתיב' ואם לא קנו מידו עדיין מכח השבועה הוא חייב וכופין אותו לקיים שבועתו כדכת' הריב"ש בסימן. שמ"א וכן מכח קנין של שטר ברורין כיון שהסכימו הנבררי' כדכתיבנא:

הכלל העולה דהפשר' קיימת וטענת שמעון שהכות' נכנס במנין האמו' אינה טענה כדכתיבנא ואפי' היה הדבר ספק כיון דאיכא שבועה בענין ספק שבוע' להחמיר דהוי ספקא דאוריית' ועוד כיון דהפשרני' הסכימו בענין מכח הקנין או השבועה ג"כ של שטר ברורין אם היה בו שבועה נתקיימה הפשרה ומה שהכריע המכריע אינו כלום דאין להם רשות לדון אחר שכבר נתפשרו הבעלי דינים בהסכמתם:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכג

שאלה יורנו אדוננו ראובן תבע משמעון י"ב אלפים מהלוא' חן וחסד שהלוה לו יום פ' כשהיה תוגר א' דוחק לשמעון הנז' וחל' פני ראובן הנז' שילו' לו המעו' הנז' והשיב שמעון אמת ששאלתי ממך המעו' בעת ההי' אבל לא הלויתני כלום כי מיד בא אחי והוצאני לאור מיד התוגר טען ראובן הנז' אני אבי' עדי' שהלויתי לך הסך הנז' בזמן הנז' ושמעון מיראתו את העדים הודה מעצמו ואמ' אמת הוא שלויתי אבל פרעתי לך עד סוף פרוט' אחרונ' ולפי שאת' באת עלי בעלילות דברי' גם אני באתי עליך בעלילו' דברי' אבל האמת כי לויתי ופרעתי טען ראובן הנז' כבר ידעתי שאתה אינך נאמן לומר שפרעתני כיון שכפרת מתחל' בעיק' ההלוא' אבל עכ"ז להראו' זיופך ושקרותך השבע לי שפרעתני ותפטר והשיב שמעון אני רוצה לישבע כשראה ראובן ששמעון היה רוצה לישבע וכלת' אליו הרעה חזר ואמ' חוזרני בי כי לא קנו מידי אלא אני רוצה שיקוב הדין את ההר ועתה אדוננו יורנו הדין עם מי ומשכורתו שלמה: תשובה אם טענה זו שטען שמעון תחלה לא הלויתני כלום לא היה בב"ד לאו דינא ולאו דיינא דיכול לחזור ולסתור טענתו הא' ולומר פרעתי ונאמן בשבועתו אפי' שהטענה הא' היה מחייבו בדין דכל מה שטוען חוץ לב"ד אינו כלום וכמ"ש הטור בה' טוען סי' פ"א כ"ש בנ"ד דהטענה הא' היה פוטרו והוה מצי למיקם בטענתו הראשונה אך אם מה שטען שמעון תחלה היה בב"ד ולא הכחישוהו עדים בטענתו אלא שמאליו חזר וטען פרעתי אם יבאו עדים אח"כ ויכחישוהו בטענתו הראשונה שאמר לא הלויתני כלום בהא איכא פלוגתא דרבוותא דבסי' הנז' כתב הטור בשם הרמ"ה וז"ל והוא דלא אתו סהדי בתר הכי אבל אי אתו סהדי בתר הכי והכחישוהו בטענה קמייתא לא משגחינן בטענה בתרייתא עד דמייתי ראיה וכו' וה"ר יוסף ן' מיגאש כתב דאין טוען וחוזר וטוען וכו' אלא דוקא בהכחישוהו עדים בטענה הראשונה אבל כל זמן שלא הכחישוהו חוזר וטוען אע"ג דנפיק לברא דמגו דאי בעי קאי בטענתיה קמייתא וכו' ע"כ וטעמו של הרמ"ה הוא כדכתב הרב ב"י ז"ל דאמרי'

מה שחזר בו מטענה ראשונה לפי שהיה יודע שיש עדים בדבר ואולי יבאו ויכחישוהו: איברא דקשיא על הרמ"ה ז"ל מהא דתניא בפרק מרובה גבי מודה בקנס דקיי"ל פטור ראה עדים שמשמשים ובאים ואומר גנבתי אבל לא טבחתי ומכרתי אינו משלם אלא הקרן ואע"ג דרבי אלעזר בר"ש פליג קיימא לן כחכמים משמע דאע"ג דהודה מפחד העדים שהיה רואה שהם באים להעיד מכל מקום פטור הכי נמי אימא דאף על גב דבאו עדים אחרי כן כיון שלא הכחישוהו קודם טענתו האחרונה שיהא נאמן וראיתי להרב ב"י ז"ל בסי' ע"ט שכתב בשם מצאתי כתוב וזה לשונו אם הודה מעצמו אינו כפרן עד שיעידוהו עדים ואף ע"פ שלא הודה אלא מפני שראה עדים משמשים ובאים לא הוי כפרן כחכמים דפליגי ארשב"א גבי גנב על פי שנים וכו' ע"כ והיא הראיה שהבאתי ונ"ל לתרץ לדעת הרמ"ה דשאני התם דאמר קרא אם המצא בעדים וכו' פרט למרשיע את עצמו וכיון שהודה מפי עצמו הרי הוא הרשיע את עצמו מה לנו שעשה כן מחמת יראת העדים מ"מ מעצמו הודה אבל הכא כיון דטעמא הוי משום מגו דאי בעי קאי בטענתיה קמייתא היכא דירא מעדים ליכא טעמא דמגו דודאי ירא הוא לומר כן שלא יכחישוהו העדים זהו דעתו של הרמ"ה ומ"מ אין דעתו מוסכמת שהרי כתבתי בשם מצאתי כתוב שכתב הרב ב"י הפך סברתו ועוד הר"י ן' מיגאש והרמב"ם ז"ל שכתב הטור בסי' פ"א כתב שם הרב ב"י דלדעתם אפילו באו עדים והכחישוהו בטענתיה קמייתא כיון שלא באו קודם שיטעון טענה שנית יכול לסתור דבריו הראשונים נגד דעתו של הרמ"ה ז"ל והדבר מוכרח בעיני מלשון הטור דיש לדקדק עליו איך כתב אח"כ והר"י ן' מיגאש כתב וכו' דנראה דפליג אדלעיל הא כ"ע מודו ליה דהטור בתחלת הסי' כתב מי שטוען בפני ב"ד טענה ונתחייב בה וכו' ונפקא ליה הא מההיא עובדא דפרק חזקת דזה אומר של אבותי וכו' ומדכתב שנתחייב בה משמע דדוקא משום דאתו סהדי והכחישוהו ונתחייב בה הא אי לא אתו סהדי ולא הכחישוהו לח והיינו מאי דכתב הר"י מיגאש ואי משום דכתב דאע"ג דיצא מב"ד יכול לטעון במגו דאי בעי קאי בטענתיה קמייתא גם בזה לא כתב הטור לעיל הפכו דמאי דכתב שאם יצא מב"ד אינו יכול לטעון היינו היכא דנתחייב בטענה ראשונה וכמו שכתב בתחלת דבריו מי שטוען בפני ב"ד טענה א' ונתחייב בה אבל אם לא נתחייב בה שלא הכחישוהו עדים אפילו יצא מב"ד יכול לטעון. לכך נראה לפרש דברי הטור דבתחלה כתב דבטענה שנתחייב בה אינו יכול לחזור ולטעון ודבריו סתומים אי הך נתחייב בה הוא שנתחייב קודם שיטעון השניה וכגון שבאו עדים והכחישוהו בטענתו הראשונה קודם שיטעון השניה או דילמא שנתחייב מ"מ אפילו שבאו עדים אחר הטענה השניה והכחישוהו בראשונה לזה אמר שהרמ"ה מפרש

שאפילו שבאו עדים אחר הטענה השניה ואע"ג דבגמרא אמרו שבאו עדים קודם שיטעון השניה לאו דוקא והר"י ן' מיגאש כ' דדוקא שבאו עדים קודם שיטעון השניה אבל אם באו עדים אח"כ לא וא"כ הדבר מחלוקת דלהרמ"ה אם באו עדים ויכחישוהו בטענתיה הראשונה אחר השניה אינו נאמן ולר"י ן' מיגאש והרמב"ם ומצאתי כתוב שכתב הרב ב"י נאמן וא"כ בנ"ד נאמן שמעון בטענתו שטען באחרונה פרעתי אפילו שיביא עדים ראובן אח"כ להכחיש טענתו הראשונה כיון שלא הכחישוהו קודם השניה ואע"ג דהרמ"ה פליג יכול לומר קים לי כר"י ן' מיגאש ז"ל וסייעתו וכ"ש דהרמ"ה יחידאה הוא: ועוד יש טעם לזכות לשמעון מפני שראובן אמר לו השבע והפטר ומדברי הטור בח"מ בסי' כ"ב והרב ב"י באותו סימן נראה דאיכא פלוגתא דרבוותא אם נתחייב שבועה בב"ד ואמר איני רוצה לישבע ולא לשלם או שאמר תובע לנתבע השבע בחיי ראשך והפטר דלר"ת כל זמן שלא נשבע יכול לחזור בו וזה נראה דעת הרמב"ם ז"ל שכתב עד שיגמר הדין וישבע ולרש"י והרא"ש קודם שיצא מב"ד יכול לחזור אבל אחר שיצא מב"ד אינו יכול לחזור והריב"ש בסי' ת"צ כתב בשם גדולי האחרונים דכיון שקבל בב"ד סגי ואינו יכול לחזור בו נמצאו ג' מחלוקות בדבר ר"ת והרמב"ם בחדא שיטתא ורש"י והרא"ש בחדא שיטתא ואע"ג דכתב שם הרב ב"י דהרא"ש כהרמב"ם דבריו תמוהים דלא משמע הכי אלא דהוי כרש"י והוא עצמו כתב שם כן וכ"כ הטור וגדולי האחרונים הרמב"ן והרשב"א בשיטה אחרת וא"כ יכול שמעון המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן והרשב"א וכיון שקבל בב"ד לישבע סגי א"כ זכינו לדין דשמעון פטור מכל הטעמים ונאמן בשבועתו:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכד

שאלה שמעון היה לו עסק ומשא ומתן עם גוי אחד וראובן היה נושה באותו גוי סך אלף לבנים ואמר לשמעון הואיל ויש לך משא ומתן עם גוי זה עשה זאת למעני שתקבל ממנו לשמי האלף לבנים שאני נושה בו והמחהו עם הגוי ושמעון קבלם מיד הגוי לשם ראובן ולקצת ימים קראו הגוי לשמעון ונתן לו האלף לבנים שצוה לו ראובן שיפרעם ביד שמעון באופן שפרעם ב' פעמים כי חשב הגוי שעדיין לא פרעם ושמעון קבלם ועכבם בידו כי לא פרע לראובן רק האלף לבנים ראשונים שקבל מיד הגוי ועתה נפל הפרש בין שמעון וראובן כי ראובן תובע האלף לבנים משמעון בטענה שטוען שכיון שאותם האלף לבנים שטעה בהם הגוי לתתם פעם שנית ליד שמעון לשם ראובן הוא נתנם מחמת חובו והרי הוא זוכה בהם ושמעון טוען כיון שכבר קבלתים פעם אחד ופרעתים לך הרי

האלף לבנים האחרים הם טעות חשבון ואני זוכה בהם ועוד טוען שמעון דלו יהי' כדברי ראובן שהוא זוכה בהם הוא רוצה לעכבם בידו בטענה שמא היום או למחר יזכור הגוי שנתנם אליו ב' פעמים ויחזור לתובעם ממנו וראובן משיב אל הטענה הזאת הב' כי יתן לו המעות כי הוא יתחייב בשטר בשעבוד אפותיקי מבתים שכל זמן שהגוי יחזור ויתבעם שהוא והבתים יהיו משועבדים לפרעונם והכל בכל חזוקי סופר על כל אלה הטענות ילמדנו רבינו הדין עם מי ושכרו גדול מעל שמים:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפרק אלמנה ניזונת גבי מתני' דהיתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מאתים במנה וכו' מסקינן התם בגמרא אליבא דרבי יוסי דקי"ל כוותיה דבדבר שאין לו קצבה הכל לבעל המעות ובדבר שיש לו קצבה חולקים ונפל מחלוקת בין הפוסקים היכא דשלח את חבירו לקבל מעות מן הגוי והטעהו בחשבון לג' סברות הא' סברת ר"ת קודם חזרה דחולקין והוא דעת העיטור וכמו שכתב הרב ב"י ז"ל בח"מ סימן קפ"ג והוא ג"כ דעת רב צמח גאון שכתב המרדכי בפרק אלמנה ניזונת וז"ל ששאלתם על שנים שהיו בפונדק וכו' ואזל חבריה וסייעיה והוה ביה חריפותא אתו לקמיה דהלל הזקן וכו' אמר להו זילו מדדו וכו' ומאי דפייש לכו פלגו פלגא וכו' והודו לו חכמים להלל וכו' ע"כ. וכנראה לכאורה דהרי"ף ז"ל דסובר טעמא דאמרי' בגמרא דדבר שיש לו קצבה חולקים דהוי משום דבאת לשליח הנאה על ידי בעל הבית חולק עמו א"כ גבי מי ששלח לקבל מעות דאיכא הך טעמא אית ליה ג"כ דחולקים וכן כתב הרב כסף משנה בפרק א' מהלכות שלוחין ושותפים אבל בח"מ סימן קפ"ג כתב בהפך שכתב דאפילו לדברי הרי"ף דאית ליה הך טעמא אפשר דסבר כר"י גבי טעות חשבון דהכל לשליח שהיתרון דבר בפני עצמו ואם גנב או גזל או הטעה את הגוי מה טיבו של ב"ה בזה ע"כ. ונ"ל שמה שכתב בח"מ הוא העיקר ולא תלי הך דינא בטעמא שנתן הרי"ף כדכתב בספר כסף משנה דהא הרא"ש אית ליה טעמא דהרי"ף שכתבו בפסקיו וכתב שכדברי ר"י עיקר ועוד דר"י עצמו משמע דאית ליה טעמא דהרי"ף ז"ל שכתבו התוס' בפרק אלמנה ניזונת וז"ל ולרבי נראה שהכל לשליח שאם גנב וגזל וכו' ואפילו חולקין איך שייך לומר דעל ידי מעותיו נשתכר דלא דמי לשאר טעות שנותן הכל בשביל המעות וכו' משמע דאית ליה טעמא דהרי"ף משום דעל ידי מעותיו נשתכר ומ"מ כתבו דגבי טעות חשבון הכל לשליח משמע דלא תלי דינא דחולקים גבי טעות חשבון בטעמא דיהיב הרי"ף גבי דבר שיש לו קצבה ומ"מ דעת העיטור ותשובת רב צמח דחולקין כסברת ר"ת קודם חזרה:

הסברא השנית היא דעת ר"ת אחר חזרה דסובר דהכל לבעל המעות ועם היות שהרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים סי' צ"ב כלל י"ו כתב שם דדעת כל הפוסקים הוי דהכל לשליח זולתו דעת ר"ת דסובר דהכל לבעל המעות ואינו יכול לומר קים לי כוותיה משום דדעת יחיד הוא ואין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו אינו נראה כן אלא דרש"י לכאורה מסכים עם רבינו תם משום דכתבו התוס' בפרק אלמנה כדברי רבינו תם קודם חזרה שהיה אומר דחולקין אע"ג דאיכא טעמא אחרינא גבי חולקים האי טעמא דפרישית הוא עיקר דמוחזק הוא וידו על העליונה ע"כ והך טעמא אחרינא הוי טעמו של רש"י כמו שכתב הרא"ש בפסקיו ומדקאמר דאית לן לומר דחולקין משום דהשליח מוחזק ולא כטעמו של רש"י משמע דלטעמו של רש"י הכל לבעל המעות דכיון דלא הוי מתנה ליכא למימר לשליח נתנה אלא טעות הוא ומחמת המקח בא ולכך הכל לבעל המעות וכן כתב הרב מהר"ר דוד הכהן בתשובותיו בית י"ט דר"ת אחר חזרה דאית ליה דהכל לבעל המעות היינו משום דסבר שטעמו של רש"י עיקר והך טעמא לא שייך גבי טעות כדפרשתי והמוחזק ידו על העליונה עד כאן:

אמת דקשה לי לשונו שכתב והמוחזק ידו על העליונה דלטעמו של רש"י אמרינן הכל לבעל המעו' גבי טעו' אע"ג דבעל המעות אינו מוחזק אלא השליח וא"כ לא הוי טעמא החזקה אלא שיש לומר דמה שכתב והמוחזק ידו על העליונה קאי לנדון דידיה, וה"ק אפי' תאמ' שאעפ"י שר"ת חזר וסובר כדברי רש"י דמ"מ אין דברי רש"י עיקר מ"מ כיון שהוא מוחזק כנדון דידיה ידו על העליונה ונאמר דטעמא דרש"י עיקר אם כן למדנו דלדברי רש"י גבי טעות דחשבון או דמקח הכל לבעל המעות דלרש"י לה מתפרשא ברייתא דהוסיפו לו אחד אלא במתנה דוקא ולא בטעות כדמשמע מדברי רש"י דבזה חלקו בגמ' בין דבר שיש לו קצבה לאין לו קצבה דכשויתר בדבר שאין לו קצבה מדעתו הוי לבעל המעות ובדבר שיש לו קצבה חולקין אבל בטעות ודאי דהוי לבעל המעות ואין חילוק בין דבר שיש לו קצבה לאין לו א"כ למדנו דדעת רש"י כדעת ר"ת ז"ל. וקשה על הרב מהר"י ן' לב ז"ל שכתב דאין לומר קים לי כר"ת דיחיד דהא רש"י סבר כוותיה אלא שעדיין קשה לי דהמרדכי כתב שרשב"ם פסק כר"י ז"ל גבי טעות חשבון דהכל לשליח לפני רש"י זקנו ז"ל ומדקאמר לפני רש"י זקנו ז"ל משמע דרש"י ז"ל הודה לו דהכל לשליח וכפי מה שאמרנו דלפי טעמו של רש"י הוי הכל לבעל המעות א"כ קשו דברי רש"י אהדדי וקושיא זו כעת צ"ע בעיני:

עוד קשה לי על הרב מהר"י ן' לב ז"ל שכתב שם דכל הפוסקים סוברים דהכל לשליח דאינו כן דהא איכא דסברי דחולקין כדכתיבנ' וא"כ למה כתב שם דשואל שמעון כל

המעות משום דכל הפוסקים סוברי' דהכל לשליח זולת ר"ת ז"ל הא אין יכול לשאול אלא חצייה דהא איכא פוסקים דסברי דחולקים ור"ת ז"ל מסייעם ומוסיף עוד דהכל לבעל המעות וא"כ לפחות בחצי יוכל המוחזק לומר קים לי כמ"ד דפלגו:

הסברא הג' היא סברת ר"י ז"ל שכתבו התוס' בשמו דאית ליה דהכל לשליח ומשמע כוונתו דהוא מפרש שמעתתא דהוסיפו לו אחד וכו' דאיירי בטעות ודלא כרש"י ז"ל דמפרש דאיירי במתנה דשמעת' מוכחה דאיירי בטעות וכדדחו פי' רש"י ז"ל הגהות אשר"י יע"ש ומפני כן מפרש דאיירי בטעות אבל מ"מ מחלק בין טעות מקח לטעות חשבון דבטעות מקח חלקו בגמ' בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה כלומר אם הוא דבר שיש לו קצבה כגון שמוכרים ד' בזוז א' והוא נותן ה' אעפ"י שהיה ידוע שהם חמשה אלא שסבור שכך השער ה' בזוז א' אז ודאי חולקים וטעמא כדכתבו הגהות אשיר"י דלא מחמת מקח בא הטעות אלא מחמת מזל של שניהם כלומ' כיון דהוא דבר שאינו מצוי לטעות אבל דבר שנמכר באומד כגון טלית או חלוק דהוי דבר שאין לו קצבה אם טעה בו הכל לבעל המעות דמזלו של בעל המקח גרם וכדכתוב בהגהות אשר"י אבל כשהטעות הוא בחשבון כגון שמכר ה' בזוז מפני שטעה בחשבון שהיה סבור שהם ד' או ששלח לו לקבל מעו' מן הגוי ונתן לו יותר שטע' בחשבונו הוי הכל לשליח וטעמא רבה איכא נחלק ביניהם משום דכשאין הטעות בחשבון הוא סבור שהמעות שוות המקח אבל טעות שבחשבון היתרון דבר בפני עצמו הוא וכדכתבו התוס' ז"ל בשם ר"י ז"ל והוא הסברא שכתב הטור סימן קפ"ג בשם רבינו יונה ז"ל ודבריו מבוארים שם כמו שכתבתי. ואע"ג דכתב שם דגבי מקח אין חלוק בין שהוסיף מדעתו בין שטעה וכו' נראה לי דגבי מקח ג"כ אם טעה בחשבון כגון שנותן לו ה' בזיז כסבור שהם ד' ודאי שהדין כמו שכתבתי דמה לי טעות זה מהיכא דשלח לקבל מעות וטעה בחשבון הכל דבר א' ובודאי שהוא לשליח לדעת ר"י ור' יונה והרא"ש והביא ר"י ראיה לדבריו תדע דהא סברא הוא שאם היה רוצה היה מחזיר לגוי כל מה שהטעהו דזהו תימה לומ' שלא היה יכול להודיעו ולהחזיר לו ע"כ. וכתב על זה הרב מהר"י אדרבי בפסקיו סי' שפ"ג דסברא זו דחוקה דאדרבה תימה הוא לומר שיכול להודיעו ולהחזירו וכו' והביא ראיה מדברי הר"ם שכתב הטור בח"מ סימן קפ"ג דיקדש שם שמים בשלו ולא בשל אחרים ואינו יכול להחזירם ואני תמה עליו דמה הענין ההוא דהר"ם להא דר"י דהתם נתן מעות לשליח לפרוע ואם הגוי שכח לא יחזור על השליח אלא על המשלח שחייב לו ולכך מה לו לשליח להודיעו אם יזכור הגוי לא יוכל לתבוע ממנו כלל אלא מן המשלח וכיון שכן מפני מה רוצה להחזירם לו אי משום קדוש שם שמים יקדש שם שמים מממונו ולא

משל אחרים אבל הכא היה מודיע לגוי שאם היה הגוי נזכר אינו חוזר אלא על המקבל וכדכתבו ההגהות טעמא לדברי ר"י והדבר פשוט מאד דיש לחלק כן הא דר"י להיא דהר"ם: ועוד אני תמה עליו איך גזר שם אומר דהכל לבעל המעות להוציא ממון מיד המוחזק משוה חזרה דר"ת הא לדברי ר"י הסכימו רבים וגדולים רשב"ם שפסק כן לפני רש"י זקנו ז"ל והרא"ש שכת' שכן עיקר ורבי' יונה שכתב הטור ונמצא כמעט ר"ת יחיד וכמה רחוקה דעת הרב מהר"י ן' לב ז"ל מהרב מהר"י אדרבי ז"ל דהרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב דדעת ר"ת דעת יחיד הוא ואפי' המוחזק לא יכול לומר קים לי כוותיה ודעת הר"י אדרבי ז"ל הוא דיספיק דעת ר"ת להוציא מיד המוחזק ולא יספיק דעת ר"י אפי' להחזיק: ועוד קשו דבריו מדידיה אדידיה דבסימן קי"א כתב וגם מה שטען וכו' ודאי דהדין עמו כמו שכתבו התוס' פ' אלמנה ניזונית וז"ל אם גנב או גזל והטעה וכו' תדע דהא סברא הוא שאם היה רוצה להחזיר וכו' וכן פסק הרא"ש בפסקיו וכן הביאו הטור סימן קפ"ג וכ"כ המרדכי שם וכו' וכן פירש הרשב"ם לפני רש"י ז"ל וכו' משמע דפסק כר"י משום דרבים סוברים כמותו וכדכתיבנא הפך מה שכתב בסי' שפ"ג לכן נראה בודאי דכדברי מהר"י ן' לב ז"ל עיקר דרוב הפוסקים מסכימים לדעת ר"י ור"ת יחיד הוא אלא שרש"י נראה דמסכים עמו כדכתיבנא לעיל. אך אמנה איני תוקע עצמי בדבר זה ממה שראיתי שהודה רש"י לרשב"ם כדכתיבנא לעיל בשם המרדכי שהורה לפניו כדברי ר"י. ורבינו ירוחם דבריו מעורבבים בדין זה שכתב בנתיב כ"א מחלוקת ר"י ור"ת ובנתיב כ"ח כתב דברי ר"ת לחוד מיהו הא לא קשה דאפשר דדעתו כדעת ר"ת ולכך סתם כר"ת בנתיב כ"ח ואף ע"ג דהרב ב"י בסי' קפ"ג כתב דבנתיב כ"א משמע דאית ליה כדברי הרא"ש אין זה מוכרח דלא כתב אלא שכתב הרא"ש דכדברי ר"י עיקר אבל לעולם שהוא סובר כר"ת. אבל מ"מ קשה מ"ש בנתיב כ"ח עצמו ראובן ששלח שמעון לקבל מעות מן הגוי וטעה הגוי וכו' כתבתיו בדיני גוי עם ישראל משמע דרצה לסמוך על מה שכתב שם דהיינו מחלוקת ר"י ור"ת ואח"כ כתב ראובן שנתן לשמעון וכו' וכתב ר"ת וכו' וכיון דדעתו לכתוב אח"כ דברי ר"ת לא היה לו לכתוב ראשונה שכתב המחלוקת בדיני גוי עם ישראל דמשמע שאינו רוצה לכתוב בנתיב ההוא אותו הדין:

הכלל העולה דג' מחלוקות בדבר גבי טעות חשבון הא' דעת ר"ת ז"ל אחר חזרה דהכל לבעל המעות. הב' דעת ר"י ז"ל דהכל לשליח. הג' דעת העיטור ורב צמח ז"ל דחולקים. וכיון שכן אני אומר דהכל הולך אחר המוחזק אם השליח מוחזק יכול לומר קים לי כר"י וסייעתו דהכל לשליח ואם המשלח מוחזק שחייב לשליח ממקום אחר כגון מהלואה או פקדון או שום דבר בעולם יוכל לומר קים לי כעיטור ורב צמח ז"ל דחולקים אבל הא

לא מצי למימר קים לי כר"ת ז"ל דהכל לבעל המעות דדעת יחיד הוא כדכ' הרב מהר"י ן' לב ז"ל והגם כי לכאורה רש"י מסכים עמו מ"מ לא ברירא לי מילתא כדכתיבנא לכך אני אומר דיוכל לומר קים לי דחולקין ויטול החצי:
נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכה

פום ממלל רברבן אמרת אלוה צרופה האי צורבא מרבנן זית רענן פריו למאכל ועלהו לתרופה. דמחדדן שמעתתיה גברא דמריה סייעיה וסכיניה חריפא. לו זרוע עם גבורה במלחמתה של תורה וחרבו שלופה. מי זה משה האיש איש האלהים ודבריו חיים סלת צפה על גבי נפה. כושל יקימון מליך הלא בספרתך משיבת נפש כי טריאק לגופא. מי כמוהו מורה שקיל וטרי מתון ומסיק חריף ומקשה מה מתוק מדבש יכאיב ויחבש החכם שלם ונעלה כה"ר משה עבס יצ"ו אלהים עמך ישלח עזרך כיש את נפשך נפש ברכה ונפשי כי לעפר שחה. כתבך כתבי הקדש טובים השנים האירו אל עבר פני פעם ופעמים תרי כמאה לבי ראה הוספות על השמועה את קולך שמעתי קול ענות גבירה הא גברא והא תיובתא מגדף בה ותמיה ליה טובא אל אברהם לאמר מאי טעמא שתוק מר איבעי ליה לאהדורי בעטו יורה נקוט מהא גאה גאה. אלהים חשבה לטובה אל אלהי הרוחות יודע תעלומות הביע ה' ראה. כי לא גבה לבי אף רוחי בקרבי שפיל ואזיל בשפל המדרגות ולא הלכתי בגדולות ובנפלאות כאשר שליח עשה שליחותו ונתן בידי הכתב האחרון בהיותי חולה מחולי העינים חי אני כאשר קמתי ואתעודד השתדלתי בכל מאמצי כחי עד אשר בא הכתב הראשון לידי כי שליחא הוא דעות השליח הראשון אשר לא נתנו לי ולא בא לידי עד עתה וכמה פעמים שאל השליח הראשון התשובה ואמרתי לו לכי תיתי אגרתא ולא שת לבו לשמור ולעשות שיגיע הכתב לידי ולתקן את אשר עותו ואתרע גביה חזקה דשליח עושה שליחותו והנני בא להשיב על ראשון ראשון:
בדיק לן מר בההיא עובדא דראובן שהיה חייב ד' מאות דינרים לגוי ובא שמעון ומנאם והטעהו לגוי ובמקום הג' מאות שנתן לו ראובן לפרוע לגוי אמר ד' מאות והטעהו במאה דינרים וסייע שמעון שנתן כ"כ לבנים שהיה חסר לתשלום הפרעון כדי שילך הגוי ולא ירגיש בטעות ואמר לראובן ראה שהטעות נחלוק אני ואתה וראובן שתק ועתה בא שמעון שהוא מוחזק שחייב מעות לראובן ורוצה לגבות החצי מהטעות כאשר אמר לראובן שיחלוקו. והא שאלתא נראה לע"ד דאינה צריכה לפנים דודאי הכל לבעל המעות ולא מטעמא דכתב המרדכי דלא דמי לשאר מעות וכו' דהמרדכי לא איירי אלא בטעות יוקרא

וזולא כדכתב כ"ת אלא מתוך תשובת מהר"ם פשוט דין זה כמו שהקשה כ"ת שכתב שם ומיהו נראה שאם מסר ישראל לחברו מאתים לשלם לגוי וכו' דאז ודאי המעות כל שעה ברשות המשלח ע"כ ועדיף נ"ד מההיא דמהר"ם דהתם יכול לומר במה שנשאר אני רוצה לזכות לעצמי ואעפ"כ קאמר הר"ם ז"ל דאינו יכול אבל הכא במאי זכי שליח ומאי פייש גביה דזכי הרי לא הטעהו אלא במאמר ולא פייש גביה מעות וההיא דכתב המרדכי בשם גאון דחולקים היינו דפייש אבל כי הא דנ"ד נראה לי דכ"ע מודו והא דכתב מהר"ם ומיהו נראה וכו' לאו לסברת ר"ת קאמר ליה דזה פשיטא ופשיטא דלא יעלה על דעת שום אדם לומר כן כדהקשה כ"ת דכיון דטפי מינה אמר ר"ת ז"ל דהכל לבעל המעות כ"ש כאן ומה חדש לנו אבל דבריו הם אפילו לר"י ז"ל דמהר"ם אית ליה סברת ר"י וכן כתב לעיל מיניה ומיהו לא דמי למתניתין וכו' והיינו כסברת ר"י ז"ל ומ"מ כתב ומיהו נראה וכו' משמע דבהא כ"ע מודו אפילו ר"י וא"כ לכ"ע הכל לבעל המעות והרבה תמהתי על כ"ת שבא לפשוט בעיא מהך לישנא דמהר"ם איך לא פשט לה כדכתיבנא אלא שדחה ואמר שפי' ומיהו לא הוי לר"ת ז"ל ומי הוא שיאמר כן או מה יועיל לנו שנאמר כן דסוף סוף עדיין לא הוכחנו שיסבור ר"י שהכל לבעל המעות כשנאמר דהך ומיהו הוי פי' אליבא דר"ת ז"ל וכ"ת נראה מדבריו שרצה להמלט מפי' זה כדי שלא נאמר שלר"י ז"ל הכל לבעל המעות דהיה נמשך כן לפי זה הפי' ולא ירדתי לסוף דעת כ"ת והעיקר ודאי שמ"ש מהר"ם ז"ל ומיהו הוי אליבא דכ"ע כמו שכתבתי ואפשיטא בעיין דהכל לבעל המעות. ומ"ש כ"ת דשתיקא כהודאה דמיא אינה ענין לכאן דכיון דמן הדין אינו חייב מתנה הוא דיהיב ראובן לשמעון ואפילו הודה לו בפי' מהדר הדר ביה כיון דליכא קנין ודברי כ"ת בהא דשתיקה כהודאה נראה דהם לקוחים קצת מדברי הטור ח"מ סימן פ"א ודבריך באו כמעורבבים. ומפני שאין זה ענין לכאן כדכתיבנא איני בא להשיב עליהם ואם יחלוק הבעל דין ויאמר הרי כתב המרדכי בשם רב צמח גאון שכתב שם וששאלתם על ב' שהיו בפונדק ועבד חד מינייהו עסקא וכו' ואמר ליה לחבריה איתא וסייע בהדי וכו' אתי לקמיה דהלל הזקן אמר להו זילו שקלו ומנו ומאי דפייש לכו פלגו פלגא בעקב דאלמלא זוזי דהאיך לא הוה מטעי לגוי ואי לא הוה מטעי לגוי לא הוה פייש ע"כ. הכא נמי בנ"ד הרי סייעו וכי תימא שלא קראו לסייע וא"כ לא דמי להתם לא היא שאחר כן אמר בחסדך שתמנה אותם וא"כ הוי קראו לסייע וכפי רב צמח גאון חולקים ויכול שמעון המוחזק לומר קים לי תשובתו בהא דרב צמח לא פליג אהך ומיהו דכתב מהר"ם דדינא דרב צמח הוי שהישראל קנה מהגוי והטעהו במידה במשקל וזהו שאמר אלמלא זוזי דהאיך וכו' שלקח ממנו ונתן הגוי ר' אגוזים ד"מ במאה

והוי כמו הולך לקבל מעות מהגוי וזהו שאמר זילו מדדו וכו' ומאי דפייש לכו כלומר מהסחורה שלקח זה שקלו והמותר שנתן הגוי תחלקוהו וה"ה אי הוי איפכא שהישראל נותן הסחורה והטעהו בפחות שהסחורה שוה ק' והטעהו במנין ונתן לו מאתים הוי הכי אבל הכא דהלך לפרוע והטעהו שנתן לו פחות ברשותא דמריה איתיה דכל היכא שאין אנו מוצאין בהפך דינו של מהר"ם בהדיא אין ספקו דרב צמח גאון מוציא מידי ודאי של מהר"ם כ"ש דלזה דרב צמח גאון כ"ע חולקין עליו:

סוף דבר בהא סלקינן ובהא נחתינן שראובן פטור ולא מצי לעכב ליה שמעון ממונו ודי בזה לענין השאלה:

שאלה קכו

עוד שאל ממני כ"ת דבור א' בפ' אעפ"י שאם אמר הלואתו לפלוני פירש בקונט' וכו' קשה לי לפירוש הקונטריס דמשמע דלא שאני ליה בין הלואה למטבע בעין א"כ הא דאמרינן בפרק הזהב גבי פלוגתא דמטבע נעשה חליפין רב ולוי חד אמר מטבע נעשה חליפין וחד אמר אין מטבע נעשה חליפין מסתיי' דרב הוא דאמר דאין נעשה חליפין דאי רב סבר דמטבע נעשה חליפין כ"ש דנקנה בחליפין דהכי משמע מסוגיא דהתם וכן כתבו התוספות שם גבי דבור אלא ש"מ דאין מטבע נעשה חליפין כתבו שם ומאן דאמר נעשה נמי אתותב דמדאינו נקנה כ"ש דאינו נעשה וכו' משמע מהתם דמיד נעשה כ"ש נקנה ואי איתא דרב סבר נעשה א"כ כ"ש דנקנה ואיך קאמר כאן כי רב משמיה דרב דהיכא דאמר הלואתו לפלוני דאע"ג דבברי לא מהני משום דאין מטבע נקנה בחליפין כש"מ מהני הא בברי נמי מהני דמטבע נקנה בחליפין אלא ודאי דסבר רב דאין מטבע נעשה חליפין וא"כ תסתיים. וי"ל דלעולם רש"י ז"ל ס"ל דיש לחלק בין מטבע להלואה וכ"ת מנא ליה לרש"י ז"ל דמקניא הלואה באגב י"ל מכח ההיא קושיא דהגוזל דהקשו התוספות דאיך כותבים הרשאה והוצרכו לדחוק עצמם ולומר דלא מהניא אלא להיות שליח וא"כ כד הוה אמרינן תסתיים ה"א דשאני בין מטבע בעין להלואה דלעולם דרב סבר מטבע נעשה חליפין ומ"מ שאני הלואה דאינה בעין אלא שקשה לי לזה כיון דעכ"פ אתה צריך לומר לרש"י ז"ל דיש לחלק בין הלואה למטבע א"כ מה הקשו לו התוספות דאמאי לא נקט מעותיו נימא דאי הוה נקט מעותיו ה"א דוקא מעות בעין דאיתא בברי בקנין אגב מקניא בש"מ אבל הלואה דליתא בברי בקנין אגב לא מקניא בש"מ ואם לא הבינו התוספות כן בדבריו שיש להם להקשות לו מה שהקשתי:

עוד כתבו התוספות וא"ת הואיל ולא הוי מורשה אלא להיות שליח וכו' ויכולין היתומים לתבוע מן הנפקד וכו' קשה דמדהזכירו בהך קושיא ובתירוץ נפקד משמע דאית להו דהתם פקדון ולא גרסינן מסיק בה רב פפא וא"כ מאי קושיא ומאי תירוץ שייכא הא התם כיון דהוי פקדון ודאי דקני בקנין אגב דדוקא הלואה לא קני בקנין אגב אבל פקדון שייך ביה קנין אגב ולא מקשו התוספות ולא מידי ולא היו צריכים לתירוץ ההוא ואולי נאמר דכוונת התוספות במה שהזכירו נפקד בקושיא ובתירוץ לאו דוקא והוי כאלו אמרו לוה ודוחק:

עוד כתבו ויש לומר כיון דאם היה הנפקד בא לפני ב"ד וכו' אין להקשות א"כ בלא תקנתא דאגב קרקע אמאי אית לן לומר אי שכיב ר' אבא וכו' הא ב"ד יגזרו לנפקד שיתן דאוקמיה לרבי אבא בחזקת קיים וכיון שכן פטור הנפקד די"ל דודאי אין ראוי לב"ד שיגזרו כן אלא כשבא בהרשאה דוקא דהקנהו להיות שליח אבל אי לא לא מסתייא הך טעמא דמוקמינן ליה חזקת קיים למרשה כדי שיגזרו עליו שיתן:

עוד כתבו התוספות והשתא משמע קשה איך נקשר זה עם הקודם וי"ל דהתוספות הוקשה להם דבשלמא הא דרבי אלעזר ן' עזריה הוי אומדנא דהתוספת כתוב ומכח האומדנא אנו באים לומר דלא מהני כתיבה וכן בדר' שמעון שזורי אע"פ דלא אמר תנו מכח האומדנא אנו אומרים דהוי כמו תנו אבל הא דרב דאמר ארכבה תרי רכשי לא הוי אומדנא אלא שיש לנו לקיים הב' דברים סותרים דש"מ ודברי ולזה תירצו התוספות דהיה ראוי להיות מתנת ברי ודש"מ נימא דמעשה דהוה הכי הוה והך תירוצא הוי תירוצא אליבא דתוספות דהם סוברים דמילתא דלא מהניא בברי אפילו בקנין אגב כגון הלואה מהני בש"מ וא"כ ודאי דאזיל טפי רב בתר אומדנא כיון דמכח אומדנא אמר דאית לן לומר דהלואתו לפלוני דליתיה אפילו בקנין אגב בברי דאמדי' דעתיה כאן דנתן לו כח ש"מ וקני אבל לרש"י אינו מועיל כאן כ"כ האומדנא דלא מהני בש"מ אלא מאי דמהני בברי בקנין אגב:

עוד כתבו התוספות אע"ג דגבי שודא שמעינן להו וכו' קשה אמאי הקשו זה לתירוץ ראשון דכיון דאית לן דרב ושמואל אזלי בתר אומדנא א"כ אמאי לא אזיל התם רב בתר אומדנא ואמר חלוקה ולא שודא. וגם איכא למידק אמאי כתבו התוספות דשודא הוי כפי' רבינו תם אפי' כפי' רש"י נימא דבהא פליגי רב ושמואל דלרב לא אזלינן התם בתר ההיא אומדנא כי היכי דאנו מוכרחים לומר דהתוספות ורש"י פליגי בההיא אומדנא דאם לא כן לפי' ר"ת נמי קשה אמאי לא עבדי ליה אומדנא כי הכא אלא דלא נהיר ליה ההיא אומדנא א"כ רב נמי נימא דלא נהיר ליה ההיא אומדנא וכל זה לאו מילתא היא

וזיל קרי בי רב הוא דהתוס' לא הקשו כן אלא משום דהיו סברות הפוכות מסני כן לא הקשו לתירוץ ראשון דכיון דתרוויהו אזלי בתר אומדנא אע"ג דרב לא אזיל התם בתר אומדנא משמע ליה דהתם לאו אומדנא הוא אבל לתירוץ שני דרב אזיל כאן בתר אומדנא ושמואל לא אזיל והתם הוי סברא הפוכה דלשמואל הוי אומדנא ולרב לא זהו סברות הפוכות והוא דוחק:

עוד איכא למידק בפשטא דשמעתא ועם התירוץ שנאמר לקושיא ההיא יפול הקושיא בדברי התוס' והוא דרב נחמן אמר כאן דאין הלכה כראב"ע משמע דלא אזיל בתר אומדנא ובפרק מי שמת דף קמ"ו על מתניתין דש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים מאן תנא דאזיל בתר אומדנא וקאמר רב נחמן דהוי רבי שמעון ן' מנסיא ורב ששת אמר דהוי ר' שמעון שזורי וקאמר התם דרב נחמן לא אמר רבי שמעון שזורי משום דהתם הוי אומדנא טפי דאמר כתבו והך אומדנא כר' שמעון ן' מנסיא וא"כ קשה דהא תלמודא מדמה לעיל הך אומדנא דר"א לדר' שמעון שזורי וא"כ ודאי דעדיף מאומדנא דר' שמעון ן' מנסיא דהא לרב נחמן ההיא דשזורי עדיף מדרבי שמעון ן' מנסיא ודוחק לומר דסוגיין כרב ששת דהלכה כרב נחמן בדיני וא"כ כיון דרב נחמן אית ליה בפ' יש נוחלין דף קל"ב דהלכה כר' שמעון ן' מנסיא דהוי אומדנא גריעה איך קאמר כאן הלכה כראב"ע וי"ל דודאי הא דר"א ן' עזריה גריעה מכולהו ומאי דקאמר לעיל דרבי נתן אמר הלכה משום דאזיל בתר אומדנא אף ע"ג דההיא אומדנא עדיפא וליכא למפשט להך אומדנא מ"מ כיון דהוא חזינן דאזיל בתר שום אומדנא ורב לא חזינן ליה דאזיל כלל לכך אמרינן דהוי ר' נתן וזהו שאמרו בגמרא דשמעינן ליה לרבי. נתן דאזיל בתר אומדנא ורב לא חזינן דאזיל אבל אומדנא דרבי אלעזר גריעה מכולהו ולכך רב נחמן אף ע"ג דפסק התם כר' שמעון בן מנסיא הכא אמר דלית הלכתא כר' אלעזר ן' עזריה ודבר זה הוא פשוט בעיני בתירוץ זאת ועם זה יפול לי קושיא קצת בדברי התוספות שכתבו בתירוץ הא' לאו לאפוקי מדשמואל וכו' דהא בסמוך פסק שמואל הלכה כר' אלעזר וכו' דאין זה הכרח דאע"ג דהתם אזיל בתר אומדנא הכא מצינן למימר דלא אזיל כמו שאנו מחלקין בין אומדנא לאומדנא אליבא דרב נחמן כדכתיבנא אלא שנאמר דמה שכתבו התוספות בהא אין זה הכרח גמור אלא כאלו אמר כיון דחזינן דאזיל שמואל בתר אומדנא בהא דרבי אלעזר ן' עזריה אין לומר כאן דלא אזיל:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכז

שאלה שטר מכירת חזקה שכתוב בו שמכר המוכר לקונה חזקת ב' בתים וכו' וכתוב שם בכלל המכירה וז"ל ועם חלק האייאט אשר נגד פתח ביתו נסתפק השואל אם נדון לשון זה ליפוי המוכר ונאמר דלא מכר לו מן האייאט אלא מה שכנגד פתח ביתו של הקונה ולא השאר או דילמא כל זכות שיש לו באייאט מכר לו ומה שאמר אשר נגד פתח ביתו אינו אלא סימן לאייאט באיזה מקום הוא לכן אמר שהוא נגד פתח ביתו כלומר לפני ביתו ופי' נגד פתח ר"ל שהוא לפני ביתו שכן לשון אחר כתוב בשטר למטה מזה שכתוב שם וגם יהיה רשאי ראובן לעשות דרך ומעבר מהגארדאקי אשר נגד ביתו לגארדאקי של שמעון ופי' נגד ביתו האמור שם ע"כ פירוש הוא שלפני ביתו שמורה שזה הסופר קורא למה שלפני ביתו נגד ביתו ויש לנו לומר כן וליפות כח הקונה שנמצא כתוב בשטר ההוא דכל לישנא דלישתמע לתרי אנפי יהיה נדון ומובן לתועל' וליפוי כח הקונה ולתועלת וליפוי כח באי כחו ועוד דמוכר בעין יפה הוא מוכר על כל זה יבא דברו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה אע"ג דקיי"ל דמוכר בעין יפה הוא מוכר אין זה ענין לנ"ד דלא נאמר זה בכל הדברים דאם כן הא דקיי"ל בשלהי מנחות וכתבו הטור בח"מ סי' ר"ד האומר לחברו בית בבתי אני מוכר לך דנותן לו הפחות שבבתיו אמאי לא אמרינן התם מוכר בעין יפה הוא מוכר והמעולה מהם מכר אלא ודאי עיקר הדבר כדפי' רשב"ם פרק המוכר את הבית במשנה גבי פלוגתא דר' עקיבא ורבנן וז"ל דאפי' למ"ד מוכר בעין יפה הוא מוכר ה"מ במה שמפרש במכירתו מכר הכל ולא עכב לעצמו כלום ממה שמכר לחברו אבל למוכר יותר ממה שפירש לגבי הכי לא הוי וכו'. גם אני אומר כאן כשידענו מה הדבר שמכר אז נאמר ודאי שאותו הדבר מכרו בהחלט דלא נשאר לו דרך וכן אם מכר חצר ושייר לעצמו בית מכרו בהחלט ואינו למונעו שלא יאפיל עליו וכדכתב הר"י ברצלוני זכרונו לברכה כתבו הטור בסי' קנ"ד בסופו אבל כשלא ידענו הדבר שמכר אם הוא פחות או מעולה נאמר יד הלוקח על התחתונה והפחות מכר לו וחילוק זה ק"ל. ובכן נבא לנדון דידן ונאמר דמזה הטעם אין לזכות לקונה דאדרבה נפרש לשון השטר דלא מכר אלא מה שכנגד הפתח לבד:

אבל מכל מקום נראה לי דיש לו זכות מטעמא אחרינא דכתב הרב בית יוסף ז"ל בח"מ סי' רי"ח בשם הר"ן גבי אומר לחברו שמוכר לו ארעתא שלי דאמרינן מיעוט רבים שנים ולא מכר לו אלא ב' ז"ל ומיהו אם אמר הקרקעות שלי או הקרקעות של פלוני כלם

במשמע דכיון שהזכירם בה"א הידיעה שאמר הקרקעות הידועים משמע ואם אתה אומר שאינה אלא ב' אינם ידועים וכן כתב ה"ר יונה ז"ל:
גם אני אומר בנ"ד דבשלמא אי אמרת דפירוש אשר נגד פתח ביתו הוא סימן לאייאט ומפרש האייאט ניחא ודאי דהדבר ידוע שמוכר לו כל חלק אשר לו באייאט שמוכר זה שותף עם אחר באייאט ומוכר לו כל חלק אשר לו באייאט ופירש לנו האייאט שהוא כנגד פתחו ועם זה הדבר ידוע ולא נשאר לנו ספק אבל אם תפרש דלשון אשר נגד לא קאי לסיים האייאט אלא לסיים החלק אם כן איך אתה מסיימו עדיין תבעי לך ח' אמות הם או י' או ט' דאינו מפרש בשטר שכל מה שנגד הפתח מוכר לו אלא אומר חלק אשר נגד הפתח וחלק אשר נגד הפתח יקרא בין שיהיה המקום מועט או מרובה ועוד אפילו לשון נגד אינו ברור דאפשר דמן הצד הוא נגד הפתח או תאמר דוקא ביושר אם כן אתה מסיימו בדבר שאינו ברור ואיך אתה מסיימו וזאת נראית בעיני ראיה שאין עליה תשובה: ועוד אני אומר לפחות הך לישנא לישתמע לתרי אנפי דלשון זה יסבול פירוש זה שכתבתי וכיון שכן הרי כתוב בשטר דכל לשון דלישתמע לתרי אנפי יהיה נדון לזכות הקונה וכי תימא שופרא דשערא הוא הרי כתב הטור בשם הרא"ש זכרונו לברכה בסימן ס"א דכל מה שנהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה וכי תימא אין דבר זה נהוג בכל השטרות שקצתם כותבים אותו וקצתם אין כותבים אותו וכבר כתב הרב בית יוסף ז"ל בסי' ע"א לתרץ דברי הטור כתירוץ קמא שתירץ דיש לחלק בין היכא שנהגו הכל לכתוב בן להיכא שקצתם נהגו כן היינו דוקא היכא שעדי השטר בפנינו ואומרים שכתבוהו בלא צווי הלוה וכדכתב שם העור אבל בנדון דידן דאין עדים לפנינו שיעידו כן נאמר דבצווי הלוה כתבוהו לכן אני אומר דזכה הלוקח בדינו הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:
הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכח

שאלה לאה אשת יעקב דרה בבית א' זה לה עשר שנים וזה לו כמו שנה שנפטר יעקב לב"ע ועתה בא ראובן ומוציא שטר מקנה שקנה הבית מלוי גיסו של יעקב קודם שיכנס לבית והיה זמן השטר מכר קודם לכניסת יעקב בבית כמו חדש ימים ולאה טוענת אם כנים הדברים שהיא שלך מדוע לא טענת בחיי יעקב אישי עמו ואם טענת כבר נתפשרת עמו וקנאה ממך הקנאה גמורה ואנכי ירשתי הבית הזאת מאישי בתורת כתובתי ובעד

כתובתי מניתיה אצלי וזהו מה שירשתי ממנו על הכל ישיב גאוננו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה הדין עם לאה דקיי"ל הבא מחמת ירושה אין צריך טענה כדאיתא בפרק חזקת וז"ל הטור בסימן קמ"ו ואם בא מחמת ירושה שטוען אני ירשתי ממורישי אין צריך טענה אחרת ובלבד שיביא עדים שדר בה המורישׁ אפילו יום אחד והוא ג' שנים או שדר בה המורישׁ שלש שנים והוא יום אחד ע"כ. וא"כ בנ"ד אף עפ"י שבודאי לאה אינה יכולה לבא מחמת ירושה שאינה יורשת לבעלה מ"מ יורשים של יעקב יבאו מחמת ירושה וטענינן להו כיון שמורישׁם דר שם שלש שנים בפני ראובן שחזר וקנאה מראובן וכיון דקרקע זה בחזקת יורשים הוא תוכל לאה לגבות כתובתה מקרקע זה המשועבד לכתובתה ואפילו יאמרו היורשים שהם יודעים שקרקע זה אינו של מורישׁם אלא משל ראובן אינם נאמנים בכך אם אין למורישׁם נכסים אחרים כדי שתוכל לאה לגבות כתובתה מהם דדילמא להפקיעם מכתובת לאה עושים כן וכמו שאמרו גבי מלוה שאומר על שטר שבידו שהוא פרוע שאינו נאמן אם הוא חייב לאחרים ואינם יכולים ליפרע אלא מזה השטר שאינו נאמן וכדכתב הטור בסימן מ"ז בח"מ כך הדברים נראים ברורים בעיני:

אך אמנה יש מקום עיון שמצאתי להרא"ש תשובה סותרת כל דברנו בכלל צ"ט על ראובן שהיו לו בתים וכו' ואחר שמת נשאר שמעון בבתים וכו' ואח"כ יצאו בעלי חובות של שמעון לירד בבתים והיו טוענים שהבתים היו של שמעון מפני שהחזיק בהם שני חזקה וכתוב שם שבחיי שמעון ירדו לגבות מהבתים ועשו שומא והכרזה וכו' ואח"כ מת שמעון והשיב שם הרא"ש וז"ל מילתא דפשיטא היא שלא הפקיע זכות הבנות ולפסול שטרן מחמת שהניחו שמעון אביהם דר בבית כיון שהוא אינו טוען שקנה מהם דדוקא ליורש טענינן דיורש כרעיה דאבוה הוא ומוחזק בנכסים וטענינן ליה אבל ב"ח קיי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה והוא בא להוציא ואינו יכול להוציא אלא בטענה ברורה ודאית ולא טענינן ליה ע"כ:

אם כן נפל פיתא בבירא דבנ"ד נמי לאה זו בעלת חוב שבאה לגבות כתובתה וכיון שיש כאן ראובן שמוציא שטר שהם שלו לא טענינן לה כדי שתגבה כתובתה דילמא יעקב בעלה חזר ולקח מראובן דאין טוענין לב"ח. אלא שעדיין במקומי אני עומד משום דיש תשובה להרא"ש סוף כלל צ"ח שנראה לכאורה סותרת לזו שכתב שם גבי ראובן שתבע לשמעון אחיו חלקו מהבתים וכו' ושמעון טוען שאמו החזיקה בהם והם שלה והוא רוצה לגבות מהם ת"ש זהובים שחייב לו אמו והשיב שם וז"ל אבל אם מתה האם ויש לשמעון

עדים שאמו החזיקה בבתים חזקה דכיון שאתם טוענים לכל בא מכחה או יורש או לוקח כל מה שהיתה היא טוענת אם היתה קיימת והיא יכולה לטעון קניתי הבתים מבני והחזקתי בהם שני חזקה וכו' הילכך שמעון שיש לו שטר על אמו בת"ש זהובים ונשתעבדו לו כל נכסיה טוענין לו מה שהיתה יכולה לטעון ויגבו ת"ש זהובים מנכסיה דכמו שטוענין ליורש וללוקח כך טוענין לבעל חוב שנשתעבדו לו הנכסים בחייה ע"כ משמע דטוענין לבע"ח הפך התשובה הקודמת ולתרץ השתי תשובות הנז' נראה בעיני דבתשובה הראשונה לא טענה אמו בחייה שלא לקחה מראובן בנה וא"כ נוכל לומר שאם היתה קיימת אפשר שהיא תטעון והיתה נאמנת וכיון שכן חזרו נכסים בחזקת אמו ולכך שמעון בא לגבות בשטרי מנכסי אמו דאין שם טענה לב"ח באמת אלא אמרינן דמה שאנו טוענין שאמו לקחה מראובן בנה הוא להעמיד הנכסים בחזקת יורשים דקי"ל דטוענין ליורש ואחר שהעתקנו הבתים והעמדנו אותם בחזקת יורשים אז ב"ח יגבה מהם וכדרך שכתבתי לעיל בתחלת התשובה ואע"פ שלבסוף בא הטענה לתועלת הב"ח מ"מ עיקרה אינה אלא להעמיד הנכסים בחזקת היורשים וא"כ הוי הא דטענינן ליורש באמת. אבל בתשובה האחרונה נראה שכבר שמעון בחייו הודה שהנכסים לא היו שלו דהכי משמע מדברי התשובה שכתב כיון שהוא אינו טוען שקנה משמע שבחייו כשעשו שומא והכרזה הוא לא טען שקנה וכיון שבחייו לא טען שקנה הרי לא נוכל להעמיד עוד בחזקת היורשים כדי שמהם נביא אותם לבעל חוב כמו שאמרנו בתשובה הראשונה מפני שכיון שאביהם הודה שלא לקחה בחייו א"כ אין להם שום זכות כלל אלא צריך אתה לומר שנטעון לב"ח ושיבואו הנכסים מיד שמעון לב"ח ונאמר דשמעון להפקיע מהב"ח אמר כן שלא קנאם אבל אנן טענינן לב"ח ונאמר שקנה הנכסים מהבנות כדי להעמיד אותם ביד הב"ח ועל זה כתב הרא"ש ז"ל דודאי אין לו כח לב"ח דלא דמי לתשובה הקודמת שנוכל להעמיד הנכסים בחזקת היורשים ומשם נביאם לבעל חוב:

ואם כן ברד דהוא דומה לתשובת הקודמת שיעקב לא טען בחייו שלא קנה הבתים מראובן נוכל לומר דקנאם אחר כך מראובן והנכסים בחזקת היורשים ולכך היא גובה כתובתה זה עלה בידי לתרץ אלו התשובות והוא תירוץ נכון בעיני: ואם כן זכינו לדון שהדין עם לאה דהוא דומה לתשובה ראשונה של הרא"ש וכ"ת עדיין יש רעותא בנ"ד דכפי מה שהוגד לי יעקב נכנס בבית מחמת גיסו שנתנה או שמכרה לו וכיון שאחר כך נתגלה שגיסו מכרה לראובן קודם נאמר דמה שדר בו עד עתה לא דר אלא מכח גיסו ואין חזקתו חזקה ומעולם לא נאמר דקנאה מראובן כיון דיש לנו לתלות חזקתו בסבה הראשונה לזה נאמר דהרב רבינו ירוחם במשרים נתיב כ"ו ח"ג כתב תשובה להרא"ש

כיוצא בנדון דידן שכתב שם ראובן שמכר לשמעון פרדס ומת שמעון ואחר כמה שנים יצא שטר מתנה שנתנו ראובן לבנו חנוך קודם המכירה כתב הרא"ש בתשובה טוענין ליורשי לוקח כי חזר שמעון וקנאה מחנוך וכו' הרי שם דאע"פ שנוכל לומר שלא החזיק אלא מכח המכירה שעשה לו ראובן והוציא חנוך שטר שכתבו לו ראובן קודם נאמר דלקח אח"כ מחנוך כיון שהחזיק ולא מיחה חנוך ה"ה והוא הטעם בנ"ד דכיון שהחזיק יעקב ולא מיחה ראובן נאמר דאח"כ קנאו ממנו נמצינו למדין שהדין עם לאה הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קכט

ראיתי דברי החכם השלם הפוסק ובודאי שכל דבריו ברורים שאין לחתן חזקה בנכסי חמיו וא"כ אין ליתום חתן ראובן חזקה כלל מכח אביו אבל מ"מ זכה הח' הפוסק ליתום מפני שכיון שחתן ראובן קנה המולקי' מהתוגר ובהסכמות כתוב שכל מי שקונה מולקי' מהתוגר שיפרע דמי שווי החזקה לבעל החזקה א"כ לא נשאר לראובן אצל חתנו אלא מלוה על פה שהיה לו לפרוע דמי החזקה וכיון שכן היה יכול לטעון פרעתי כדין מלוה על פה וטענינן ליתום של חתן ראובן מה שהיה אביו יכול לטעון זה כלל דברי החכם השלם הפוסק נר"ו: ויש בזה מקום עיון אם נדון הדבר כמלוה על פה או דילמא מ"מ החזקות כדין קרקע דייניגן להו ואפילו למאן דדאין להו כדין מטלטל אינו נאמן לומר לקחתיה ממך ונתתי לך הדמים וכדכתב הרב מהריב"ל בריש כלל ז' מהסכמות ח"א ומצאתי לרב ב"י בטור ח"מ סי' קצ"א גבי כותב שטר מכירה והלוקח טוען שנתן המעות שכתב שם בשם רבינו ירוחם וז"ל וכתב הרשב"א במקום שכותבין ואח"כ נותנין דמים על הלוקח להביא ראיה שנתן וכו' ובמקום שנותנין ואח"כ כותבין וכתוב בשטר שהודה שקבל על המוכר להביא ראיה שלא קבל וראיה מסוף פ' בתרא דכתובות וכו' ורבינו האיי כתב שאין הלוקח נאמן לו' נתתי וראשון עיקר וכן מוכח בפ' מי שמת ע"כ נר' מדברי רבי' ירוחם דהרשב"א מחלק בין אתרא דיהבי ואח"כ כתבי לאתר' דכתבי והדר יהבי כדפלגי' בפ' ב' דייני גזרו' בפלוגתא דאדמון ורבנן ורבינו האיי אינו מחלק אלא בכל גוונא אינו נאמן הלוקח לומר נתתי ותימה. גדול הוא כי הרב ב"י כתב שם בסמוך תשוב' להרשב"א בהפך ממ"ש רבינו ירוחם בשמו ששאלוהו על סברא של רבינו האיי והשיב מסתברא שכל מקום שכותבין וכו' ומ"מ אין דינם עולה יפה וכו' משמע משם בהדיא שהוא מפרש דברי רבינו האיי דקאמר דאין הלוקח נאמן דהיינו באתרא דכתבי

והדר יהבי אבל היכא דיהבי והדר כתבי לא אמר רבינו האיי ועל זה כתב שאין דינו עולה יפה דבכל גוונא בין אתרא דכתבי והדר יהבי בין אתרא דיהבי והדר כתבי הלוקח נאמן נמצאו דברי הרשב"א ורבינו האיי חלוקים ממה שכתב רבינו ירוחם בשמם דרבינו ירוחם ייחס להרשב"א מה שמפרש הרשב"א דברי רבי' האיי וסובר דרבינו האיי סובר דבכל גוונא אינו נאמן: אמת דאיכא לאתמוהי על הרשב"א שייחס לרבינו האיי דאיירי באתרא דכתבי והדר יהבי איך דחה דבריו מההיא ברייתא דפ' מי שמת דאמרה דהיכא דאמר מוכר לא נתת. לי הדמים אינו נאמן נימא דברייתא איירי באתרא דיהבי והדר כתבי ולר' ירוחם שייחס להרשב"א דמחלק בין יהבי והדר כתבי לכתבי והדר יהבי וכתב על זה דעיקר מכח ההיא דפ' מי שמת ניחא דהביא ראיה אלימתא מהתם דבשלמא אי לוקח נאמן היכא דיהבי והדר כתבי מתוקמא ההיא ברייתא דפ' מי שמת בהכי אבל אי כדברי רבינו האיי דבכל גוונא נאמן המוכר ולא הלוקח אם כן ההי' ברייתי' דפ' מי שמת דקאמר' דנאמן הלוקח ולא המוכר היכי מתוקמא אך להרשב"א שייחס לרבינו האיי חלוק דיהבי והדר כתבי לכתבי והדר יהבי אין לו מקום לדחו' דברי רבי' האיי בכך אע"ג די"ל דלהרשב"א משמע ליה ברייתא בכל גוונא דסתמא מתנייא מ"מ אין זו ראיה מוכרחת: גם הראיה הב' שהביא מפ"ק דבתרא דמה שבנה למעלה מד' אמות כקרקע חשוב ומ"מ נאמן לומר פרעתי יש לדחותה דלא דמי בנין לקרקע עצמו דבנין אפשר דחשבינן ליה כתלוש וכמלוה ע"פ מה שאין כן בקרקע וק"ל וא"כ נמצאו דברו רבינו האיי קיימים כפי מה שהבין הרשב"א ז"ל דבריו דמחלק בין יהבי והדר כתבי לכתבי והדר יהבי והיא הסברא שתפס עיקר רבינו ירוחם אעפ"י שהוא יחסה להרשב"א ז"ל:

עתה נבא לנ"ד ונאמר דהרי ביארנו ג' סברות בענין הא' דהיכ' דיהבי והדר כתבי הלוקח נאמן ובאתרא דכתבי והדר יהבי המוכר נאמן הב' דבכל גוונא המוכר נאמן הג' דבכל גוונא הלוקח נאמן. עוד נר' דאיכא פלוגתא אחרת היכא דאינו כתוב בשטר שהודה שקבל אלא מכר לו בכך וכך זוזים סתם דרבי' ירוחם כתב בתחלת דבריו יש מי שכתב שלוקח נאמן ומה שכותבים בשטר שמודה שקבל לרווחא דמילתא משמע בהדיא דלהך סברא אין צריך לכתוב בשטר שהודה שקבל אלא לרווחא דמילתא כותבין כן אבל מ"ש בשם הרשב"א אינו כן שכתב בשמו ובמקום שנותנים ואח"כ כותבי' וכתוב בשטר שהודה שקבל על המוכר להביא ראיה משמע דדוקא היכא שכתוב בשטר שהודה שקבל. איברא דגם בזה איכא לאתמוהי על רבינו ירוחם דמ"ש הרשב"א ז"ל בסוף אותה תשובה שכתב וטעמא דמסתבר הוא שהקרקע נקנה לו וחזרו המעות עליו כתוב ובמלוה ע"פ ע"כ משמע דאע"ג שלא הודה שקבל אלא כתב מכירה סתם משמע דהוי

כמלוה ע"פ ונאמן לומר נתתי ולא כדכתב רבינו ירוחם בשמו גם נר' כן מהראיה שהביא מפ"ק דבתרא דלמעלה מד' אמות נאמן לו' פרעתי איברא דמהראיה הא' שהביא מפ' מי שמת לא משמע הכי דנימא דהתם איירי כשכתוב בשטר שהודה שקבלם ועל כן אני אומר דמ"ש רבינו ירוחם ז"ל דמוכח בפרק מי שמת דראשון עיקר לא קאי למ"ש בתחלת דבריו דהיינו סברת יש מי שכתב דכולי האי לא מוכח מפ' מי שמת דנימא דהתם איירי כשהודה המוכר שקבלם אלא למה שכתב אח"כ בשם הרשב"א ז"ל דהיכא שהודה שקבלם באתרא דיהבי והדר כתבי הלוקח נאמן דאם לא כן לא מתוקמא ההיא דפרק מי שמת וכדכתיבנא:

אבל מ"מ מסוף דברי התשובה של הרשב"א משמע דאע"ג דלא הודה שקבלם נאמן הלוקח לומר נתתי וא"כ בנ"ד אם מנהג פשוט בעיר לכתוב שטר בענין כזה היכא דא' קונה מולק"י ושמים לו החזקה שהוא כותב שמוכרה לו בכך פשיטא ופשיטא שחתן ראובן לא היה נאמן לומר לקחתי ממך ונתתי הדמים וכן בנו הבא מכחו כיון דאין בידו לא שטר ולא חזקה ולאו כל כמיניה לומר קניתי בלא שטר דכל הטוען חמורת המנהג עליו להביא ראיה וכיון דהמנהג לכתוב שקר ודאי דהי"ל לכתוב ובכל זה אין עסק למחלוקות שכתבנו:

אבל אם אין מנהג פשוט בעיר לכתוב שטר על כך או שלא ידענו המנהג אני מסכים שזכה היתו' בדינו דכיון דמתקני ההסכמות הקנו שיפרע לו דמי החזקה הרי גוף הקרקע קנוי לו אלא שחייב לו הדמים מפני שלא אמרו שימכור לו החזקה אלא שיפרע והפקיעו חכמים חזקתו בכך ואין גוף הקרקע קנוי לו וזהו כמ"ש הרשב"א בסוף אותה תשובה שהבאתי דטעמא דמסתבר כיון דגוף הקרקע קנוי לו אין זה אלא כמלוה ע"פ. ואע"ג דלרבינו האיי משמע דאע"ג דכתב לו שטר מכירה בקרקע והקרקע קנוי ללוקח מ"מ אינו נאמן בדמים לומר נתתי ומה גם לסברת רבינו ירוחם שכתב בשמו דבכל המקומות אינו נאמן הלוקח מ"מ לא דמי לנ"ד דהתם איירי בקרקע גמור שדרכו לכתוב עליו שטר אבל אלו החזקות יש כמה ספקות אי דיינינן להו כקרקע או טלטל וכיון דאין ברור לנו אם הם קרקע היכא שאחר קנה המולק"י כיון דמתקני ההסכמות נתנו לו כח שיהי' החזק' שלו אלא שיפרע למחזיק דמי החזקה ודאי דלגבי דידיה דיינינן ליה כמטלטל גמור וכמלוה ע"פ ובודאי דיכול לטעון פרעתי תדע לך הגע עצמך שבירדו שני דיינים ושמו החזקה ופרע לו אף על פי שלא היה שם קנין ולא שטר ודאי דיכול לגרשו משם בעל כרחו ואפילו שלא יעשה לו שטר מכירה אלא ודאי דמתקני ההסכמה הסירו ממנו כמו כשיפרע לו דמי החזקה ואם כן הוי כמלוה ע"פ זה אני כותב אף על פי שאין לי בזה

ראיה מכרחת כי אם דעתי נוטה לכך וצדק החכם השלם במאמרו הנר' לע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קל

שאלה ראובן ושמעון אחים נשאר להם מירושת אמם חזקת חרבה א' גם היה לו לראובן לבדו חזקת חנו' א' והיו ראובן ושמעון שותפים בעסקיהם ובתוך זמן השותפות מת ראובן ונשאר ממנו יתום קטן ושמעון שלח ידו בכל נכסי עזבון ראובן אחיו בלי רשות ב"ד מכר כל הסחורה אשר היה לשניהם מעסק השותפות הנז' ולאחר ימים בא תוגר א' ושאל משמעון שיתן לו החרב' הנז' שהיו שותפים בה ראובן ושמעון כדי לבנות בה בתים וחצר ושמעון נתנה לתוגר במתנה ואחר שנבנית החרבה החזיק שמעון בכל אותם הבתים וחצר לעצמו לבדו ואף גם זאת חזקת החנות הנ"ל שהיתה מראובן לבדו לקחה לעצמו והיה כאשר שאלו משמעון למה יעשה כה לקחת החנות שהיתה של אחיו לבדו גם חזקת הבתים. שנבנו בחרבה שהיתה בשותפות בינו ובין אחיו משיב אמריו כי היו שניהם שותפים בנכסיהם ונשארו על שמעון חובות מעסק השותפות והוא פרעם מממונו ובתמורת מה שהיה מוטל על ראובן לפרוע מהם לקח לעצמו חזקת החנות וחזקת החרבה כי לא הספיקו הנכסי' אשר היה בשותפות לפרוע כל החובות ועתה שאל השואל אם היה כח ביד שמעון לשלוח יד בנכסי אחיו הנפטר מבלי רשות בית דין ואם הוא נאמר לומר שלא הספיקו הנכסים לפרוע החובות ואם מה שעשה במכירת הנכסים ובלקיחת החנות והחרבה מבלי רשות בית דין הוא עשוי וקיים ואם נאמן לומר פרעתי בעד אחי ראובן חובות שנשארו מעסק השותפות הנזכר על כל אלה יבא דבר תשובת אדוננו הרמתה ומאת ה' יהיה שכרו הרבה מאד: תשובה דברים פשוטים אני רואה כאן דאם היו חזקות אלו מטלטלין הויא מהניא בהו תפיסת שמעון ואף על גב דהוי תפיסה דלאחר מיתה הרי כתב הריב"ש ז"ל סימן שנ"ב דהאידנא דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח אפילו תפיסה לאחר מיתה מהניא ואם כן היה נאמן שמעון לומר פרעתי בעד אחי ראובן כל כך מעות וחייב לי מגו דאי בפי שתיק או במגו דהחזרתי אי ליכא עדים שתפס ועדים שראו עתה בידו אבל אי איכא עדים וראה ודאי דלא היה נאמן שמעון אפילו היה תופס מטלטלין וכדכתב הריב"ש בסימן הנזכר וכן הפור כתב כן בהדיא בריש הלכות חזקת מטלטלין ואף על גב דבסימן ס"ד גבי ההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי דפרק הכותב כתב הטור דאיירי באיכא עדים וראה ומכל מקום אמרו בגמרא דאי לאו טעמא דתפיסה דלאחר מיתה הוה מהני ולדידן דמטלטלי דיתמי משתעבדי

לבעל חוב מהני ואם כן נראה לכאורה דקשו דברי הטור דהא כתב בריש הלכות חזקת מטלטלין דהיכא דאיכא עדים וראה אינו נאמן לומר שבשביל חוב שחייב לו תפסו. הא לאו מילתא דהטור בסימן ס"ד איירי כשברור להם החוב בשטר או בעדים ואין מחלוקת אלא בענין התפיס או מהניא או לא אבל בטוב מודים לה היורשים ובהכי איירי ההוא עובדא דההיא איתתא לדברי הטור אבל אם לא היו מודים לה היורשים או לא היה ברור לה החוב בשטר או בעדים ומת בתוך זמנו וכיוצא בזה כדין הבא לגבות מנכסי יתומים ודאי דלא מהימנא לומר חייב לי כיין דליכא מגו דהא איכא עדים וראה כדכתיבנא וכל זה הוא במטלטלין:

אבל בנדון דידן דאינו אלא קרקע ודאי דאין תפיסה בקרקע ואינו נאמן שמעון לומר שחייב לו ראובן בשביל חובות שפרע בשבילו ואף על גב דאלו החזקות איכא מרבנן קמאי דדייני לה כדין מטלטל לאו להא מילתא דייני לה כדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים מן סימן מ"ו דכולי עלמא מודו דבעינן בהו חזקת ג' ומעולם לא ראינו ולא שמענו מי שערער בדבר עיין שם וכיון שלא החזיק לא מצי לטעון לקוחה בידי ואפילו החזיק שמעון שני חזקה דהיינו יכולין לומר דיהא נאמן לומר מעות חייב לי מגו דאי בעי למימר לקוחות הם בידי וכדכתב הרשב"א ז"ל בתשובה גבי מקומות בית הכנסת הזכירה הרב ב"י בריש הלכות חזקת קרקעות סימן ק"ע:

מ"מ בנ"ד אין חזקתו מועלת דהרי החזיק בנכסי יתום קטן ואפילו החזיק ג' שנים אחר שהגדיל לא מהני אליבא דרובא דרבוותא כדברי הטור והרב ב"י בסימן קע"ט וכן כתב הריב"ש בסימן שע"א ואפילו יהיה הדבר ספק אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא ואין החזקה מועלת לו ואין תפיסתו תפיסה כלל וא"כ איני רואה צד לומר שיהא שמעון נאמן לומר שחייב לו ראובן וזכה היתום בדינו: וגם מה שמכר הסחורה שלא ברשות בית דין שלא כדין עשה דכיון דמת ראובן הרי אלו נכסי יתום קטן וכבר כתב הרא"ש בפסקיו בפרק אלמנה ניזונת גבי עובדא דרבינא הוה בידיה דרבינא זוטי וכו' וזה לשונו וכן ראוי לעשות לכל מי שיש בידו מעות יתומים שיעשה במאמר בית דין ולא שיאמר מדעת עצמי אעשה כמו בשלי כי לא יצא בזה ידי חובה ליפטר מן האונס וכן מכירת מטלטלי דיתמי הכל לפי ראות עיני בית דין וכו' וכדבריו אלו כתב הטור ז"ל בסימן ר"צ ואם כן כיון שמת ראובן ונתבטל השותפות היה לו לשמעון לבא לבית דין ולעשות הכל במאמרם וברשותם וכיון שלא עשה כן ודאי שאם נתברר בעדים שאירע שום דבר הפסד בשביל זה עליה דידיה ליהדר ודברים אלו פשוטים הם עד מאד ולא היה צריך ראיה

הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי. הצעיר וקטן חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלא

שאלה ראובן שמעון ולוי שמחזיקין בחצר אחד בזה האופן שיש להם חנויות סביב לחצר וכל אחד מהם יש לו בחנותו פתח פתוח לחצר הנזכר גם יש סביב לחצר חנויות של תוגרמים ויש להם פתחים פונות לחצר הנזכר ולוי שכר חנות אחד מהתוגרמים והחזיק בה ונדבה רוחו להרחיב אותו החנות לצד החצר נגד הפתח ושאר המחזיקין מעכבים בידו באמרם שחלל החצר הוא זכות כלם בשוה ולוי טוען שחלל החצר אינו זכות שאר החנויות אשר סביב לחצר אלא הוא זכות התוגר בעל חנותו וכיון שבעל חנותו חפץ בהרחבת החנות לצד חצרו אין לאל יד שום מחזיק אחר למחות בידו ועוד טוען לוי שאע"פ שיהיה לראובן ושמעון זכות וכח למחות בידו הרי לפי הדין יש לו זכות ארבע אמות לפני פתח חנותו ומה שהרחיב חנותו הוא חזקתו וזכותו יורנו מורנו מורה צדק על הדין ועל האמת דין אמת לאמתו ומה' תהי' משכורתו שלמה תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בב"ב ס' השותפין אמר רב הונא חצר מתחלקת לפי פתחיה ורב חסדא אמר נותנין ד' אמות לכל פתח והשאר חולקים בשוה ע"כ ופרשה רש"י בחולק נכסיו על פיו ונותן הא' לראובן והב' לשמעון וחצר לא חלק והר"י הלוי פרשה בב' שקנו מן ההפקר והחזיקו אבל ב' שקנו או ירשו ודאי קנו וירשו שוה בשוה חלק כחלק וטעמייהו נר' מדברי הרא"ש שם דע"כ איירי בהכי דאי לא הא דאחין שחלק אין להם חלונות זה על זה וכמו שאין החלון זוכה לו בהרחקת ד' אמות משכנגדו כך אין פתחו זוכה לו בד' אמות בחלק המשותף לחצרו וכן בב' אחין שחלקו א' נוטל כרם וא' נוטל שדה לבן אמרי' בפ"ק דאין לו לבעל הכרם ד' אמות בשדה לבן אלא היכא דעלו אהדדי אלא ודאי דהכא איירי בחולק נכסיו על פיו או בב' שהחזיקו מן ההפקר לר"י הלוי וכתב הריב"ש בסי' רמ"ח דהם סוברים דהד' אמות שיש לכל א' החצר לפי פתחיה לקנין גמור הם לו ולא לשעה ודלא כירושלמי דאמר דהד' אמות לא שהם לו לקנין אלא כדי שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה ומפני שהם סוברים כן לא פרשוה כפשטה בב' אחין שירשו או קנו בשותפות בתים וחצר וחלקו הבתים ובאו לחלוק עתה כחצר כי בענין זה לא היה להם ד' אמות בחצר לפי פתחי' לקנין גמור אבל חולקים אותה בשוה ע"כ וכן הרמב"ן בחדושיו כתב אחר דברי רש"י ור"י הלוי ז"ל אבל בירושלמי גרסינן אמר רבי יוחנן ד' אמות ולא שהם לו לקנין וכו' ולפי זה הדין שוה בכל החצרות ובכל השותפין

וכו' וצריך לעיין תרתי חדא דאיך תלה הא בהא דמשמע דמאן דאית ליה כרש"י אית ליה לקנין גמור דהא הרא"ש ז"ל סבר כפירוש רש"י ז"ל ומ"מ סובר כדברי הירושלמי כמבואר שם בפסקיו שכתב שם ומטעם אחר היה נר' שאין נוטל ד' אמות לכל פתח דגרסי' בירושלמי וכו' ותירץ ומיהו י"ל וכו' משמע דסובר כדברי הירושלמי עם שהוא מפרש כפי' רש"י כנראה שם:

ועוד קשה לפי דעתם לרש"י ור"י הלוי ז"ל אמאי לא פרשוה כפשטה וכדברי הירושלמי ומי הכריחם שיחלוק תלמוד דידן עם הירושלמי ויש לומר דהרמב"ן והריב"ש סוברים לדעת רש"י ור"י הלוי דע"כ הם חולקים על הירושלמי דאי אית להו כדברי הירושלמי דאלו ארבע אמות אינם לקנין אמאי הוצרכו לפרש כן מכח ההיא דהאחין דאין להם חלונות וכו' שאני התם דהם לקנין גמור אכל הכא שאינו אלא להשתמש לפי שעה ודאי אית להו אלא מפני שהם סוברים שהוא קנין גמור דומיא דחלונות וסולמות לכך הוצרכו לפרש כן ואע"ג דהירושלמי סובר דלא הוי קנין גמור תלמוד דידן סבירא להו דע"כ פליג אירושלמי דאם לא כן אמאי מתחלקת לפי פתחיה הא קודם חילוק אינו משתמש שם אלא לשעה ואחר חילוק הוא קנין גמור והוא שלו לגמרי ואמאי יפסיד זה וכמו שהקשה הרב רבינו אשר ז"ל אלא ודאי דאית ליה לתלמוד דידן דהוי קנין גמור ולהכי אינו מפסיד חברו וכיון שהוא קנין גמור קשה ההיא דארבעה אחין אין להם סולמות וכו' ולכך העמידו הך במחלק נכסיו על פיו או בשנים שהחזיקו אבל הרמב"ן ז"ל שהסכים הירושלמי עם תלמוד דידן תירץ הקושיא בחדושיו דמאי דקאמר תלמוד דידן מתחלקת לפי פתחיה רוצה לומר אם כופה בעל הפתח הא' לבעל שני הפתחים שיחלוק דאז ודאי יאמר לו כיון שאתה רוצה בחלוקה תן לי ח' אמות אבל בעל השני פתחים אינו יכול לכוף לבעל פתח האחד שיחלוק דיאמר לו בעל פתח האחד אלו הח' אמות אינם לך לקנין אלא לפי שעה ואני יכול להשתמש בהם ועתה אני מפסיד שהם שלך לגמרי זה נראה שהבינו הרמב"ן והריב"ש ז"ל בדברי רש"י ור"י הלוי ז"ל ואכתי קשי' לי טובא חדא דאיך העמיד הרמב"ן הא בכל החצרות והשותפי' משום דמסכים הירושלמי עם תלמוד דידן נהי דיתורץ הקושיא מההיא דאחין אין להם חלונות זה על זה וסולמות וכו' דשאני התם דהוי קנין גמור והכא הוי לפי שעה אבל מכל מקום תקשי לך ההיא דכרם ושדה לבן דאף על פי שאינם לקנין וכמו שכתב הרמב"ן בחדושיו שם שאלו אינם לו לקנין אלא כענין שאמרו יש לו לבעל הכרם ארבע אמות וכו' משמע דההיא דארבע אמות אינם לקנין ואם כן מאי שנא הא מההיא דהתם דהצריכו בגמרא בפרק השותפין דעלו אהדדי ואי לאו אינו נוטל בעל הכרם ארבע אמות בשדה לבן וכאן נראה דאפי' לא עלו אהדדי

נוטל ח' אמות ועוד קשה דנימא דרש"י ור"י הלוי סוברים כפירוש הירושלמי דאינם לקנין ומה שהוצרכו להעמידה במחלק נכסיו או בשנים שקנו מן ההפקר הוא משום קושיא דכרם ושדה לבן דאינם לקנין כדכתיב' ועם זה נתבאר טעם הרא"ש והרב נמוקי יוסף שהם סוברים כרש"י ור"י הלוי דסבירא להו דמסכים הירושלמי עם תלמוד דידן ומכל מקום הוצרכו לפרש כן מכח ההיא דכרם דהתם אינו לקנין וכדכתב בהדיא בעל נמוקי יוסף ומפני כן הוצרכו להעמידה בנותן נכסיו על פיו או בשנים שהחזיקו מן ההפקר ואף על פי שהרא"ש ז"ל הביא ראיה דהאחין אין להם סולמות וכו' וההיא דכרם עיקר ראיתו אינו אלא מכח ההיא דכרם ומכל מקום סבירא להו דארבע אמות אינם לקנין כדברי הירושלמי ולא פליג תלמוד דין עם הירושלמי כלל ודלא כהרמב"ן והריב"ש שהם סוברים דרש"י ור"י הלוי זכרונם לברכה סבירא להו דפליג תלמוד הירושלמי ותלמוד דידן וכיון דלדעת הרב נמוקי יוסף רש"י ור"י הלוי סוברים כדברי הירושלמי דאינם לקנין הוצרך לחלק לדעתם החילוק שחילק ג"כ הרמב"ן דתלמוד דידן לא איירי אלא כשבעל פתח אחד כופה לבעל שני פתחים מטעמא דכתיבנא יעויין שם:

נמצינו למדים דלדעת רוב הפוסקים הארבע אמות אינם לקנין אלא לפי שעה ואפילו רש"י ור"י הלוי ז"ל לדעת הרא"ש והרב הנמוקי סוברים כן זולת הרשב"א וקצת מפרשים ז"ל שחולקים על זה כדכתב הריב"ש ז"ל ואם כן אין בטענת לוי הבאה בשאלה ממש בטענה שאמר הד' אמות הם שלו ובשלו הוא עושה אינו כן כדכתיבנא דלדעת רוב הפוסקים אינם לקנין אלא לשעה ויש רשות לשותפי' להשתמש בשעה שאין זה משתמש וחזר הדין למה שכתב הרמב"ן ז"ל ואם בא לבנותו בית אינו בונה ואינו מוכרו וכיון שכן אינם שלו לגמרי ויש רשות לשותפים להשתמש בהם ואינו זכותו וכ"ת לדעת שאר הפוסקים דהם לקנין ויכול לעשות בשלו מה שירצה ויוכל לומר קים לי כהני לא היא דהוא הבא לבנות הוא המוציא וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בבית יוסף סימן קנ"ד וזה לשונו ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח חלונותיו או סמך קוטרא אין מחייבין אותו לסתום ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח עד כאן כל שכן בנדון דידן דאיכא טעמא אחריתי דאפילו כבר הרחיב פתח החנות מחייבים אותו לסתור והוא דבשלמא אם היה זה בונה בארבע אמותיו היינו באים למחלוקת זה אם הוא קנין או לפי שעה אבל זה הוא מרחיב פתח חנותו וכיון שכן לא הפסיד ארבע אמותיו דלעולם יש לו ארבע אמותיו משם ואילך וכשיבאו לחלוק יטול ד' אמותיו נוסף על הארבע אמות שכבר בנה ואפילו שיאמר לוי אעשה לכם שטר הודאה שכשנחלוק לא אטול הד' אמות בחצר המגיע לפי פתחי אלא אתם תטלו לפי פתחיכ' והשאר נחלוק בשוה ואני לא אטול

לפי פתחי מ"מ יוכלו השותפים לומר אין אנו שומרים שטרנו מן העכברים וכמו שכתב הרשב"א בתשובה הובאה בב"י סימן קנ"ד וז"ל ואפילו רצה לכתוב לו שטר הודאה בכך אין שומעין לו דנמצא זה צריך לשמור שטרו מן העכברים ולא אמרו כותבים שובר אלא משום עבד לוה לאיש מלוה ומשום שלא יאכל הלה וחדי הא לאו הכי לא ע"כ:
וכן טענה הראשונה הבאה בשאלה שטען לוי איני מכיר דכיון שהם שותפים הרי כלם החזיקו בחצר יחד ואין בידו לעשות כן לפי הסכמות החזקות הנהוגות. כלל העולה שאין בטענות לוי ממש ואפילו כבר הרחיב נראה לי שמחייבין אותו לסתור דהדין עם המחזיקים דכל זמן שלא חלקו יד כלם שוה בו הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:
הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלב

שאלה ראובן שכר עליה ובית תחתיה לזמן שנה תמימה מנערה אחת בוגרת יתומה ובתוך זמן השכירות הלך ראובן לעיר אחרת גם הנערה הנזכר' נסעה לדרכה ותוך זמן השכירות הנ"ל בא מורשה מהנערה הנזכרת בהרשאתה ומכר לשמעון העליה והבית הנז' לתשלום זמן הנז' שיזכה בקנייתו בסכו' מעות שנתפייס וקבל ממנו וביני ביני בתוך ל' יום בא ראובן לביתו ובו ביום שבא ושמע איך המורשה הנז' מכר העלי' והבית הנז' המושכרים לו וקבל המעות לשיהיה קיים המכר לתשלום זמן הנז' אז תיכף בא ראובן ולקח בידו סכום המעות ששמע שנתן שמעון למורשה בעד המכירה הנז' מעות טובות והלך אצל שמעון ואמר לו עתה באתי מדרכי ושמעתי שקנית הבתים אשר אני דר בתוכם בשכירות קח נא מעותיך מידי כי אני זוכה בקניית הבתים עפ"י הסכמות החזקות הנהוגות פה העירה וז"ל ההסכמה עוד הסכימו הנבררים שכל בעל החזקה שימכור חזקתו לשום יהודי שלא יהיה קיים המכר אם השוכר היושב בה ירצה אותה באותו המחיר שנותנים בעדה בלי ערמה ותחבולה בעולם וגם זאת התקנה בכח חרם לאהבת, האמת והשלום משום הטוב והישר עכל"ה. ושמעון משיב לראובן שנפל זכותו בבירא מפני שאינו מפורש בהסכמה שהתקנה שהתקינו היתה אפילו להולך למדינת הים והמובן מההסכמה הוא לעומד במדינה בשעת המכירה לו בלבד התקינו התקנה משום דהדר בבית אין לו דין בן המצר והתקינו מתקוני ההסכמה שיהיה לו דין בן המצר והבו לה דלא לוסיף עלה אף לעומד במדינת הים דלהולך למדינת הים לדעת הפוסקים רובם ככולם אמרו דאין לו דין בן המצר שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעות מיראת לאחר כמה שנים תצא מידו ואינו הישר והטוב דהוי פסידא למוכר ולא

יהא אלא ספק כיון שהלוקח הוא המוחזק מדינא דאורייתא והמוציא הוא בעל המצר מדרבנן לדעת כל הפוסקים זולת הרמ"ה בלבד דקרי מוחזק לבעל המצר ומוציא ללוקח ומספיקא לא מפקינן ממונא וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בענין שקנה אחד מתקנות הקהל דכיון שאין הדבר מפורש בתקנה מוקמינן מילתא אדינא אם כן לעומד דוקא בעיר היתה התקנה והמוציא מחברו שהוא בן המצר עליו להביא ראיה כדאמרי' וראובן אומר לו דמפורש הוא בהסכמ' אפי' לעומד במ"ה בלישנא דקאמר כל בעל החזקה כולל בין הולך ובין עומד בעיר והוי המוחזק השוכר הדר בתוך הבית והמוציא הוא הלוקח ועליו להביא ראיה יורנו המורה צדק הדין עם מי:

תשובה איברא דאם לא היה בנ"ד ההסכמה היה הדין עם הלוקח מכמה טעמי חדא דהא רוב הפוסקים הסכימו דהיכא דהמצרן אינו בעיר לית ביה משום דינא דבר מצרא ועוד דזה שוכר הוא ושוכר לא הוי מצרן וכדכתב הרב בית יוסף בסוף הלכות מצרנות וז"ל והנה נשאלתי על מי שהשכיר ביתו ואחר כך מכרו וכו' ופסק שם דאינו יכול לעכב מלמוכרו לאפר עיין שם. ואע"ג דבכל הני טעמי איכא חולקים הא קיימא לן דהלוקח הוא מוחזק וכל הפוסקים שוין בזה זולת הרמ"ה והיכא שקנה כבר ודאי דאין מוציאין מידו וכדכתב שם הרב בית יוסף ולענין הדין נראה לי דכיון דקיימא לן וכו' והטיל שם פשרה בין היכא דכבר קנה לבא לקנות וא"כ בנדון דידן דכבר קנה ודאי דהוא מוחזק ולאו דינא ולא דיינא ופשיטא דהדין עם הלוקח ואפילו שאשתו באה ביום המכירה ליתן המעות למורש' ולא רצה לקבל הימנה דהיה מקום לומר מההיא תשובה דרב פלטוי גאון שכתב הרב ב"י דאם המצרן או אחר במקומו או א' מקרוביו חפץ לקנותו בכך מוטב דמשמע דאפילו אינו בעיר אם א' מאוהביו קונה בעדו ויכול לעכב וכ"ש אשתו דודאי הוי כגופו מ"מ הרי כתב שם הרב ב"י דלדעת הרמב"ם ליתא לתשו' רב פלטוי וכן משמע ודאי מדלא פירש הרמב"ם אלא סתם דבריו משמע דבכל גוונא לית ביה דינא דבר מצרא היכא שאין המצרן בעיר ואע"ג דאשתו כגופו מ"מ מדסתם דבריו משמע דאפילו אשתו שהיא כגופו ס"ל דאינו יכול לסלק ללוקח ואע"ג שבפרק י"ג מהלכות שכנים כתב עמדה היא וסלקה ללוקח לא כתב כן אלא גבי נכסי מלוג דהקרן שלה אבל בנכסי צאן ברזל משמע דלית ליה להרמב"ם דיכול לסלק ללוקח היכא שאין המצרן בעיר וא"כ כיון דאיכא הרמב"ם דפליג הדין ודאי עם הלוקח שכבר קנה והוא מוחזק כדכתיבנא זה נ"ל ודאי על פי שורת הדין מבלי ההסכמה:

אבל עתה דאיכא הסכמה שכל בעל חזקה שימכור חזקתו לשום יהודי שלא יהיה המכר קיי' אם השוכר היושב בה ירצה אותה באותו המחיר שיתנו בעדה ותקנה זו בכח חרם

לאהבת האמת והשלום ע"כ ודאי דיש כאן מקום עיון אם נאמר דהסכמה זאת הוי אפילו דאין המצרן בעיר דיש פנים לומר דדילמא ההסכמה לא הוי אלא היכא שהמצרן בעיר דוקא וכ"ת א"כ מאי אהנו לן רבנן בתקנתייהו הנאה טובא איכא דאי לאו ההסכמה מדינא השוכר אינו מצרן כדכתיבנא דכן הסכימו רוב הפוסקים ומה גם אחר שכבר לקח שהלוקח מוחזק ולכך תקנו דאפילו השוכר הוי מצרן ואפי' שקנה הלוקח לא יהיה מקחו קיים אבל שנאמר שההסכמה הוי אפילו שאין המצרן בעיר נגד רוב הפוסקים לא אמרי' דהרי כתב הרא"ש בכלל נ"ו על ענין התקנה שכתוב בה שהאלמנה והיתומים חולקים כל עזבון המס ויצא שטר חוב על המת מאוחר לכתובת האשה והאשה לא שעבדה עצמה באותו השטר אם יפרעו אותו מתפיסת הבית קודם חלוקה והשיב כיון שאין דבר זה מפורש בנוסח תיקונכם יד התקנ' על התחתונה כי התקנ' באה להוציא מכח דין תורה שהדין נותן שתטול האלמנה כל כתובתה וכו' הרי משמע דכל מה שאנו יכולים לקיים דין תורה מקיימים ואמרי' יד התקנה על התחתונה הכא נמי נימא הכי ונאמר העמד הדבר על דין תורה ולא נתקן אלא היכא שהמצרן בעיר: איברא דאם האשה באה ביום עצמו אם המעות למורשה יש מקום לומר דהדין עם המצרן מפני שבהסכמה כתוב שעשו כן לאהבת השלום ובודאי דמכח האומדנא אנו מפרשים התקנה והרי אין לך שלום גדול מזה דודאי כיון שהאשה צווחת ככרוכיא שהיא רוצה הבית בודאי ירבו קטטות ואין כאן שלום וכבר נודע מה שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג סי' פ' דמכח האומדנא אנו דנין בענין ההסכמות אפי' לעשות מהלשון הכולל חלקי וגדולה מזו כתב בשם הרב דוד כהן ז"ל דמכח האומדנא אנו יכולים להוסיף לשון התקנה כ"ש כאן דאינו להוסיף אלא לפרש דודאי אפי' שאין המצרן בעיר אם תרצה אשתו תעכב בלוקח מפני השלום אבל אם לא באה האשה ביום ההוא וכמו שהניח הח' השלם הפוסק לשון השאלה בזה ודאי נר' לכאורה דהדין עם הלוקח כדכתיבנא:

אבל כד מעיינינן שפיר חזינן דיש פנים אחרים לומר דכיון דהלשון הוא כולל וכתוב בה כל בעל חזקה שימכור חזקתו משמע בכל גוונא אפי' שאינו בעיר ומנא אמינא לה מההיא תשובה שכתב הרשב"א הביאה הרב ב"י טור ח"מ סי' מ"ב וז"ל שם כלל גדול אמרו המע"ה ולפיכך כל מוציא שטר ידו על התחתונה ופעמים שיד בעל השטר על העליונה בזמן שהלשון כולל לפי דעת השומעים ולפיכך מי שכתב סתם על דעת משמעות השומעים הוא בוטח שאלולי כן ה"ל לפרושי כיין שהוא יודע שסתמן של דברים משמע הפך כוונתי. וכאותה שאמרו בפ' חזקת ההוא דאמר ליה לחבריה נכסי דבר סיסין וכו וה"מ בדאמר ליה נכסי דפלניא שהוא לשון כולל כו' ע"ש. הרי מבואר

שם דאף ע"ג דאמרי' יד בעל השטר על התחתונה היכא דהלשון כולל אמרי' ידו על העליונה דאי לא ה"ל לפרש. גם אנו נאמר בנ"ד אע"ג דיד התקנה על התחתונה כדכתב הרא"ש היכא שהלשון הוא כולל כנ"ד שכתוב כל בעל חזקה אמרי' יד התקנה על העליונה דאי לא ה"ל לפרש ולא נעשה מהלשון הכולל חלקי אלא היכא דאיכא אומדנא לבד כדכתיבנא אבל היכא דליכא אומדנא אנו אומרים דהכל בכלל ומאי דכתב הרא"ש בההיא תשו' לא הוי אלא לעשות פירוש מלשון עזבון המת שהגוף הוי מנכסי המת והכל בכלל ונ"ד הוא בהפך ואם כן אין לדמותו לתשובת הרא"ש: איברא דיש להקשות מהרשב"א ז"ל מדידיה לדידיה שהרי כתב הרב מהר"י ן' לב בפסקיו ראשונים שאלה ק"ה תשו' הרשב"א דהיכא דכתוב נאמנות סתם לא מועיל ולא מידי ואם יאמר לו פרעתיך יאמר לו לא האמנתיך על הפרעון אלא על אמנה לבד וכי יאמר לו אמנה יאמר לו לא האמנתיך אלא על הפרעון ולא על אמנה וזיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא קא מדחי לה כן דקדק הרב מתשובה ההיא יעויין שם. והשתא קשה נימא דלשון נאמנות סתם היי לשון כולל והאמינו על הכל ובזה נאמר יד בעל השטר על העליונה כיון דהוי משמעות כולל ולזה נראה לתרץ דאין זה לשון כולל כמו נכסי דפלניא או כנ"ד אלא בההוא דאמרי' ארעתא דבר סיסין דלא אמרינן כולהו ארעתא אלא תרי דמיעוט רבים שנים אבל נ"ד וההיא דכתב הרשב"א באותה תשו' הוא בשכתב לשון כולל כמו נכסי דפלניא דמשמע כל הנכסי' שקנה ממנו דאל"כ לימא ארעתא דפלניא וכן נ"ד כי האי גוונא:

נמצינו למדים לפי זה דכיון דאיכא לשון כולל נאמר דהדין עם המצרן דהלשון הזה יש לפרשו כולל כמו שהוא לפי דעת השומעים ואין לזכות למצרן ולומר אפילו לא הוי אלא ספק אם נכנס בלשון ההסכמה אם לאו ספק חרם להחמיר דבכל צד איכא ספק חרם דהרי הסכמות החזקות ג"כ הוא בכח חרם ואי זה לא נכנס בהסכמה נמצא דהחזקה היא של לוקח וכשנכנס המצרן בה נכנס בספק חרם א"כ אין לזכותו מטעם זה אבל מ"מ נר' לי לזכותו מההיא דהרשב"א כדכתיבנא אם יסכימו עמי הרבנים לא שיסמוכו על דעתי לבד להוציא מיד הלוקח שהוא המוחזק:

נאם הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלג

שאלה ראובן נשא את לאה ואחר ילדה בת ובתוך ט"ו ימים ללידתה נפטרה לבית עולמה ובקש ראובן לצאת מהעיר ואמר לשמעון שיבאו הוא ואשתו לדור בביתו וחזקתו וקודם שבאו שמעון ואשתו לדור שמה הוצרך ראובן לבקש מינקת לבתו אשר ילדה לו לאה

אשתו ואמר ללוי רצונך שאמכור לך חזקתי ומדמי המכירה פרוע תפרע לאט לאט לרגל המלאכה למינקת בתי כ"כ לבנים בחדש מידי חדש בחדשו והודה לו לוי אז עשה ראובן שטר מכירה כדת וכהלכה גלוי ולא היו ימים מועטים עד שנפטרה הילדה הנז' ולא פרע לוי מאומה למינקת הנז' ונשאר השטר ללוי וראובן הלך לו ובהיות שמתה הילדה תוך הזמן הקצוב של זרע של קיימ' נשאר ראובן חייב להחזיר מחצית ההשבון ליורשי אשתו לאה כמשפט כל הכתובות הנהוגות בישראל אחרי כן נפטרו שמעון ולוי לב"ע ויהי היום באו יורשי לאה לגבו' מחצית ההשבון מהחזקה הנז' ואשת לוי הוציאה שטר מכירה שמכר ראובן לבעלה החזקה הנז' ואשת שמעון טוענת כנגדה אמת שנעשה שטר המכירה אבל לא פרע בעליך מאותם דמים כלום כי ה"ל לפרוע למינקת והילדה לאלתר מתה ראיה לדבר כי זה לי קרוב לעשרה שנים שדרנו יחד עם בעלי בחזקה הנז' ולא אמר לנו בעליך דבר בודאי הוא מפני שהחזקה לא היתה שלו והמכירה נתבטלה מפני שלא נתן הדמים ואם לא כן תשבע לי כי אין את יודעת כי אמת יהגה חכי וכן עברו הדברים ככל אשר אמרתי ליך. יורנו מורנו אם הדין עם אשת לוי כיון ששטר המכירה בידה או דילמא צריכה לישבע על כך כאשר טוענת אשת שמעון ואת"ל שהדין עמה אכתי מבעי לן אם תפרע לאשת שמעון כל ההוצאות שהוציאה בחזקה ההיא כל משך העשר שנים הנזכרים על כל זה יבא דברך מורנו ושכרך כפול מן השמים:

תשובה כפי הנראה מדברי השאלה אשת שמעון מודה שהיא ובעלה לא קנו מלוי החזקה כלל דמן הדין כיון שהחזיקה שני חזקה היתה יכולה לטעון שהן לו יהי כדבריך שבעליך קנה החזקה אולי בעלי חזר וקנה החזקה מבעליך כיון שהחזיק שני חזקה בחייו וטענתה היתה טענה דקי"ל טוענין ליורש וללוקח ותעמוד החזקה בחזקת יורשי שמעון אבל מאחר שכלם מוסכמים שודאי שמעון לא קנה כלל מלוי נראה ודאי שהדבר מבורר ביניהם שכן הוא לכן לא טענה אשת שמעון אלא ששטר זה שטר אמנה הוא שהיה לו ללוי ליתן הדמים ולא נתן ובודאי שטענה כזאת אינה נאמנת דהרי כתב הרמב"ם בפרק י"ד מהלכות מלוה ולוה דאע"ג דיכול לטעון בשטר שאין בו נאמנו' פרעתיך אינו יכול לטעון שטר אמנה או רבית ואף על פי שיש מי שהורה כך דחה דבריו ודעת יחיד הוא וכבר נודע שאין לומר קים לי כפלו' הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו א"כ אפילו שראובן יהיה קיים ויטעון ללוי ברי שפר זה אמנ' לא היה מחויב לוי שבועה כ"ש עתה שאין ראובן עצמו הטוען אלא אשת שמעון ואף על פי שהיא טוענת ברי אינה היא בעלת הדבר דפשיטא ופשיטא שאין לחייב לא ללוי ולא לאשתו שבועה בשביל טענת אמנה ואע"ג דכתב שם הרמב"ם ז"ל דישלם ואחר כך יטעון וישבע היסת לא שייך הא

אלא בשטר חוב דאחר שישלם קרע השטר ואחר שנקרע השטר יוכל לטעון אמנה אבל הכא בשטר מכירה לא שלעולם הוא עומד קיים דלא יוכל לטעון אמנה כלל. ומ"מ ודאי דחרם סתם תקבל אשת לוי איך לא ידעה מכל אותם הדברים ואפי' שהיה כתוב בשטר המכירה שעשה ראובן לבעלה נאמנות לו ולבאי כחו עליו ועל באי כחו לא מהני לאפוקי מחרם סתם חדא דאיכא פלוגתא דרבוותא דסברי דאין נאמנות מועיל גבי יורשים ועיקרן של דברים בטור א"ה סי' צ"ח ובח"מ סי' ע"א דהביא בא"ה דר"ח פליג על הרי"ף ז"ל בהא דאית ליה דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים עם היות שנתקשו אצלי שם דברי הטור דמדברי ר"ח שכתב הטור עצמו לעיל מעשים בכל יום שאין נפרעים וכו' ומהיורשים גובין בלא שבועה משמע דאית ליה דנאמנות מועיל גבי יורשים גם בח"מ כתב בשמו דאע"ג שמועיל ליורשין אינו מועיל לגבי לקוחות הרי משמע דדעתו כדעת הרי"ף וא"כ איך כתב בסי' צ"ח באהע"ז דחולק על הרי"ף גם הרשב"א בתשובה שהביא שם הרב ב"י כתב וכן דעת הרי"ף ור"ח וא"כ נתקשו אצלי דברי הטור:

ואם נאמר דמ"ש ר"ח דמועיל לגבי יורשים היינו דקנו מידו וכדכ' הטור שם בשמו דהיכא דקנו מידו מועיל נאמנות לגבי יורשים דאלים קנין אכתי קשה דא"כ אמאי לא מהני גבי לקוחות הרי כתב הריב"ש בסי' ק"ח וז"ל וכן דעת ר"ח ז"ל דאפי' ללקוחות מועיל נאמנות כשפירש וקנו מידו דאית ליה קלא ולקוחות אינהו הוא דאפסידו אנפשייהו ומלבד זה קשה לשון הטור שכתב בסימן ע"ה בח"מ אחר דברי ר"ח וי"א שאם קנו מידו וכו' מועיל לגבי לקוחות משמע דלר"ח אינו מועיל לגבי לקוחות והרי הריב"ש כתב בהפך משמו וכבר הארכתי על כל זה בפסק אחר ועתה אקצר ונאמר דמ"מ רבים וגדולים סוברים דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים וכיון שכן הוי כאלו אין כאן נאמנות ואע"פ ששבועה לא יוכלו להשביע לאשת לוי מ"מ חרם מיהא סתם רמינן עליה ועוד דאפילו נאמנות מפורש לחרם סתם לא מהני וכדכתב הטור ז"ל בח"מ סימן ע"א בשם רבינו האי בתנאה דחרם סתם והדרת הראש לא מהני בנאמנות וכו' וכיון דאתא לידן לשון זה אומר דאני תמיה על מה שפירש הרב מהרי"ק ז"ל בסוף הלשון שאמר מסור אתה בביתך דין על גוזלך וקלל אותם כרצונך שר"ל שיביאם לב"ד ויקללם שם בב"ד דאין הלשון משמע כן אלא מסור בביתך קאמר כלומר שם בחדרי משכבך ובביתך ולא שתביאם לב"ד כיון שאין לך אדם ידוע לחשוד בו מ"מ למדנו דחרם סתם אפי' תנאי לא מהני ביה הרי נתבארה השאלה הראשונה שהשטר אשר ביד אשת לוי קיים אחר שיחרימו חרם סתם אם יש יודע הדברים שטוענת אשת שמעון שעברו בין ראובן ולוי:

ועל מה שטענה אם תשלם לה ההוצאות נראה דדין זה מבואר בתשובת הרא"ש הוזכרה בדברי הטור הלכות גזלה סי' שמ"ה וז"ל ראובן היו לו בתים והלך מעירו ובא שמעון ודר בהם וראה שהיה הבית רעועה וכו' והשיב שם הרא"ש דכל ההוצאות שהוציא לענין צורך הבית שלא יפול ישלם ראובן לשמעון אבל מה שבנה שלא היה צורך לבנות לא ישלם לו אלא יאמר לו טול עציך ואבניך. איברא דקשיא לי בדברי הרא"ש דכיון דאלו הבתים הרי הם כשדה העשויה ליטע דהרי ודאי הוא חפץ שלא יפלו הבתים למה לא חייב הרא"ש ז"ל ליתן אלא דמי ההוצאה לבד היה לו לחייב ליתן כדין שדה העשויה ליטע דאמרו בגמרא שנותן לו מה ששמין שיתן אדם בשדה זו לנוטעה ופירש הרא"ש ז"ל דהיינו כשאר שתלי העיר דהוי יותר מההוצאה גם כאן הי"ל להרא"ש לחייב לענין הבנין הצריך כדי שלא יפול שיתננו כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל גבי חצרות וכתבו שם הטור בסמוך:

מ"מ למדנו מדברי הרא"ש בנ"ד דכל מה שהוציאה לאה לצורך הבית שהוא דבר מוכרח לקיום הבית תשלם לה הוצאתה וכל הדברים שהם מותר תאמר לה טול עציך ואבניך ואינה חייבת ליתן לה כלום ומ"מ אם הוא חצר דקיימא לאגרא אפילו הבית מועט חייבת אשת שמעון לשלם כל שכירות עשרה שנים משלם כמו שכתב הרב הנמוקי בפרק השואל. ועוד כתב שם דאפי' חצר דלא קיימא לאגרא אם השכירו לאחרים מחשבין לו כל מה שקבל בשכירות הבתים מדרבי יוסי דאמר כיצד הלה עושה וכו' ובנ"ד נראה דהוי חצר דקיימא לאגרא ולכך מחוייבת אשת שמעון לשלם כל שכירות העשר שנים ואשת לוי תפרע לה ההוצאה שעשתה לקיום הבית: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלד

שאלה ראובן שהחזיק בחצר אחד אצל חצר ישמעאלי אחד שיש כותל מפסיק ביניהם שיסוד' מאבנים עד חציה והשאר מלבנים נקראים טאפייאש ובכל עת שהלבנים נופלים היה חוזר ובונה אות' בעל חצר ראובן שלא היה שום דבר נסמך על הכותל הנז' ולסוף חמש עשרה שנה השכיר הישמעאלי הנז' המקום אשר אחורי כותל חצר ראובן לשמעון ושמעון התחיל לבנות אחורי הכותל הנזכר וכשראה אבי ראובן שרצה שמעון לבנות ולסמוך על הכותל הנז' מיחה בידו והתרה בו לבלתי בנות במקום הנז' לסמוך על הכותל עד בא ראובן בנו והוליכו בדברים והדיחו מעליו ופתע פתאום סמך על הכותל ובא ראובן וא"ל על מה סמכת ובנית על הכותל שהחזקתי בה וישב לו שמעון שלי היא

הכותל ולכן סמכתי עליה ועל זו רבו כמו רבו ביניהם הפרשים עד שבררו להם נבררים על זה וקודם שיגזרו הנבררים הנז' אמר שמעון לראובן ולאביו מה לנו לגזרת הנבררים הנז' ישבעו שהכותל היה שלהם ויבטל המחלוקת יורנו מורנו האם יוכלו ראובן ואביו לישבע שהכותל שלהם אחר שעיניהם ראו שבכל פעם היה בונה בעל חצרם הטאפייאש כשהיו נופלות ובימים ההם לא היה לשמעון חלק ונחלה במקום ההוא אם לאו. ומה גם שעוד היום בכל עת שיתר הנשאר מהכותל הנז' בכל עת שתפול ראובן בונה אותה עד כל משך הכותל הסובבת כל החצר לפי שהיא מוקטעא שלו האם ע"פ הדברים האלה יוכלו לישבע שהכותל היה שלהם או לאו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה ודאי כיון ששמעון זה שכר החצר מהישמעאלי והחזיק בו טעני' ליה כל מה שיוכל לטעון הישמעאלי דכי היכי דקי"ל טוענין ללוקח ה"ה לכל בא מכחו כדכתב הרא"ש ז"ל בתשובותיו סוף כלל נ"ה דה"ה לבעל חוב שנשתעבדו נכסיו והטעם כמו שכתב שם כיון שאתם טוענים לכל בא מכחו או יורש או לוקח ולא עוד אלא אפילו יטעון הישמעאלי בהפך לא מהני ליה דהכי קי"ל גבי לוקח כדאמרו בתוספתא דאחר שמכרה המוכר אמר גזולה היתה בידי לאו כל הימנו כתבה הרשב"א בתשו' הובאה בב"י ח"מ סי' ק"מ ובתשובות אחרות וכיון שכן הא קי"ל דבכותל המפסיק אפי' שהא' בנאו לבדו והאחר טוען פרעתי חלקי נאמן וכמ"ש הטור בה' נזקי שכנים סי' קנ"ז וז"ל ואפי' שידוע שאחד בנאו לבדו ושאל מחבירו שיפרע נו את חלקו וטוען שפרעו נאמן ובשבועת היסת א"כ בנ"ד כיון שיכול הישמעאלי לטעון שפרע חלקו לבעל חצר של ראובן אנן טענינן לשמעון הבא מכחו וא"כ אינו ראיה מה שבונה בעל חצר ראובן הטאפייאש לומר שהכותל שלו:

אבל אם בדין תוגרמה אין לישמעאלי זכות בכותל כלל מכח טענה זאת שבעל חצר ראובן בונה הטאפייאש ובדיניהם אהני ליה הך טענה לבעל חצר ראובן ודאי דאין לשמעון שום זכות בכותל דלא השכיר לו הישמעאלי אלא כל זכות שהיה לו ואין לו שום זכות בכותל בדיניהם ומנא אמינא לה מההיא תשובה דהרא"ש שהביא הטור ח"מ הלכות נזקי שכנים סי' קצ"ד ותשובות הרשב"א שהביא הרב ב"י מסכימות לה כתב שם על ראובן שפתח חלון על גגו של גוי והחזיק בו כמה שנים ואח"כ מכר הגוי ביתו לישראל ובא הלוקח להגביה ביתו בענין שסותם החלון של ישראל דהדין עמו דהבא מחמת גוי הרי הוא כגוי וכיון דבעוד שהיה הבית של גוי היה יכול הגוי לבנות ולסתום בדיניהם הרי הגוי מכר לו כל זכותו שהיה לו בדיניהם וא"כ יכול לסתום וע"כ לא פליג עליה הגאון על ההיא תשובה אלא משום דהוי למעליותא אבל בנ"ד אמרי' ישראל הבא מחמת

גוי הרי הוא כגוי לגריעותא וכולי עלמא מודו ביה דכיון דבדיניהם לא היה הכותל של ישמעאלי והוא בא מכחו הרי הוא כגוי ואין לו זכות בכותל וכן מבואר יותר בתשובות הרשב"א שהביא שם הרב ב"י ואחת מהם היא שכתוב בסופה ולפיכך אם מדיני הגוים היה לו לסותמו מצד שאין להם חזקה בכך אף דינו של שמעון כמוהו ע"כ. ובתשובה אחרת שהביא קודם כתב כיוצא בזה. איברא דקשה לי באותה תשובה שכתב ועוד נ"ל שאלו היה ניזוק באותם החלונות בהיזק ראיה דשמעון יכול לכופו לסתמן דכיון דאין לו חזקה הרי הוא חייב לסתום מפני שהוא מזיקו בהיזק ראיה דאמאי הא באותו נדון הוי ישראל שקנה מן הגוי החצר ואומר לחבירו שיסתום חלונותיו ונהי ודאי דאין לו חזקה מפני שבדיני הגוים היה יכול לפתוח ואם בא האחר לבנות בונה בכל עת שירצה משום הכי בדין הוא אם ירצה ראובן לבנות שלא יוכל שמעון שקנה מן הגוי למחות בו אבל שיהא מחויב לסתום הרי ישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי וכיון דכשהיה ביד הגוי לא היה הגוי יכול לכופו שיסתום בדיניהם הכי נמי הוא לא ימחה דלכולי עלמא ישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי אמרי' לגריעותא ובשלמא בתשובה הקודמת לזה דהוי הנושא בהפך שהגוי היה לו חלון על חצר ראובן והוא מכר לשמעון ובא ראובן ואמר לשמעון הבא מחמת גוי סתום חלונותיך אע"פ שהגוי לא היה סותם בדין הוא ששמעון יסתום ולא אמרי' ישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי למעליותא כדכתב הוא שם שלא אמרו הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי אלא להחמיר אבל לא להקל אבל הכא נימא ישראל הבא מ"ג הרי הוא כגוי לגריעותא ונראה שלתרץ לזה כתב הרשב"א ז"ל מפני שהוא מזיקו בראיה והוי גירי דיליה כלומר כיון דמזיקו בידים לכך לא אמרי' הכא ישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי לגריעותא:

אבל מ"מ קשה דא"כ בתשובה הקודמת למה נתן טעם לומר שיסתום שמעון מפני דלא אמרו ישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי למעליותא הא אפי' שנאמר למעליותא חייב הוא לסתום משום דהוא מזיקו כראיה והוי גירי דיליה כמו שכתב בתשובה אחרת ושמא משום דבתשובה הראשונה אית ליה טעמא מעליא טפי קאמר ליה אע"ג דבלאו האי טעמא חייב לסתום משום דהוי גירי דיליה כדכתיבנא:

נמצינו למדין דאם בדיניהם הכותל היה של בעל חצר ראובן גם עתה הדין עם ראובן דלא השכיר הישמעאלי לשמעון אלא הזכות שיש לו בו זה נראה לי אבל מ"מ לא משום הא ישבע שהכותל שלו אלא יברר טענתו ויאמר אותה בב"ד ואם היא בענין הנז' זכה בדינו הנלע"ד כתבתי:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלה

שאלה יעקב מת ולו ששה בנים והניח להם חזקת חצר אחד בשותפות עם יהודה מחצה על מחצה ושנים מהם ראובן ושמעון החזיקו בבתים שהניח להם אביהם אחרי מות אביהם יותר משני חזקה בפני אחיהם שהיו גדולים בעת מות אביהם כי באו עדים שהעידו ששניהם לבדם היו דרים בהם שהיו דרים במקצתם והיו משכירים מקצתם לאחרים מבלי שיערער אדם עליהם יותר משני חזקה בשופי בלי שום ערעור כלל ובחצר הנז' היה בו דין חלוקה אח"כ יצא הקצף מלפני ה' ונשרפה העיר ומכרו ראובן ושמעון חזקת חצי החורבה אשר היה להם לזבולון וחזר ראובן ולקחה מזבולון וכן לקח חצי האחר מיהודה ומכר הכל לדן ובשטר המכירה שעשו ראובן ושמעון לזבולון כתוב שמכרו לו חזקת חורבה אחד שיש להם במקום פלוני ומצריו הם פלוני ופלו' והבתים אשר היו להם קודם השרפה הם אלו וכו' ושאר הבתים מהחצר היו של יהודה באופן שהוא מחצה על מחצה שוה בשוה עמו כל הזכות שיש להם בחורבה הנזכר ודתשמשיה ומובאיה ורוחב חלל החצר ומקום הבתים ותשמשיהם כגון בור ושוקת ותנור ואשפה וב"ה ותשמישים אחרים מכרו המוכרים הנז' לזבולון הנז' ע"כ ובשטר המכירה שעשו זבולון ויהודה לראובן כתוב שבאו זבולון ויהודה ומכרו לראובן כל כח וזכות ושעבוד שיש להם בחצר פ' שמצריו הם פ' ופ' חזקת כל החצר החרב הנז' המסומן במצרים הנז' עם כל חלל ורוח' החצר וכל הנאותיו ומוצאיו ומובאיו וכל הנלוה אליו הכל מכרו המוכרי' הנז' וכו' ע"כ ובשטר המכירה שעשה ראובן לדן כתוב שמכר לו כל כח וזכות ושעבוד שיש לו בחצר פלוני שמצריו פלו' ופלו' חזקת כל החצר המסויים במצרים הנז' עם כל חלל ורוחב החצר וכל הנאותיו ומוצאיו ומובאיו וכל הנלוה אליו עומקא ורומא וכו' הכל מכרו המוכרים הנז' ע"כ:

עתה באו היורשים מהד' בנים האחרים אשר ליעקב ורוצים להוציא מדן ד' חלקים המגיע להם מחצי חזקת החצר שהיה לזקנם ואומרים כי ראובן ושמעון לא מכרו לזבולון אלא חלקם אבל הד' חלקים אחרים לא מכרו ואת"ל שמכרו לא היה להם למכור חלקם שאינו שלהם ודן טוען שהכל מכרו כנראה בשטר המכירה שעשו לזבולון שכתוב שם שהמחצה שהיה להם בשותפות עם יהודה מכרו וכן נראה מכל השטרות האחרים ומה שהם טוענים שאין כח בידם למכור אינו כן דכיון דהם החזיקו שני חזקה אחר מות אביהם בחיי כל שאר האחים נאמר שהם לקחו חלק האחים ואפי' שיאמרו עתה שלא לקחו חלק שאר האחים אין אמירתם כלום כיון שמכרו וטוענים ללוקח ולאו כל כמיניהו בהודאתם לחוב לאחרים עוד טוען דן שזה יותר מג' שנים שהוא משתמש

בחורב' הנז' וחפר בה בורות שיחין ומערות דבר שהיה מגיע נזק גדול ליורשים ושתקו ולא אמרו כלום שהדבר מוכיח שמכרו שאר האחים חלקם והם ידעו ושתקו יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים. תשובה מה שטענו היורשי' שלא מכרו ראובן ושמעון לזבולון אלא חלקם לבד פשוט הוא שאין בטענה זו ממש שהרי בשטר כתוב שהוא מחצה שוה בשוה הבתים אשר היו להם עם יהודה וכתוב שם שמכרו כל זכותם א"כ נראה ודאי שכל החצי חזקת החורבה מכרו וכן בשטר שחזר ולקח ראובן מזבולון ויהודה מפורש שמכרו חזקת כל החצר יהודה מחצה וזבולון מחצה וכן המכירה שמכר ראובן לדן מכר לו כל הכח שיש לו ומפורש בשטר שלקח מזבולון שמכר לו החצי כמדובר וא"כ זכותו הוא כל חזקת חצי החצר וזהו שמכר לדן ועוד מפורש יותר בשטר מכירת ראובן לדן שכתוב שם חזקת כל החצר עם כל חלל ורוחב החצר הח' א"כ נראה ודאי שמה שקנה דן מראובן הוא כל חצי חזקת החורבה שירש מאביו עם החצי האחר שלקח מיהודה וזה אין צריך לפנים:

אבל בטענה השניה שטענו שאין כח בידם למכור החלק מהד' האחים בזה יש מקום עיון ואם באנו לזכות לדן מפני שכתוב בשטר המכירה שמכרו ראובן ושמעון לזבולון חזקת חורבה א' שיש להם ונימא דעדים אכולה מילתא מסהדי דאע"ג דאיכא פלוגתא בפ' האשה שנתארמלה היה כתוב בשטר אני פלו' כהן לויתי מפ' מנה אי מעלין משטרות ליוחסין ונימא דעדים אכולה מילתא מסהדי או דילמא אמנה דבשטר קא מסהדי ופסקו הפוסקים כמ"ד אין מעלין כדכתב הר"ן ז"ל בשם הרא"ה ז"ל דהא דמספקא לן דוקא בלישנא דידיה כי האי דאמר אני פלו' כהן אבל בלישנא דסהדי ודאי מהימני וכי מספקא לן נמי דוקא בהך דשייך למידק בשמא דידיה לפי שהמלוה תלוי בזה אבל אינך מילי דמתניא בשטרא בשמא דידיה ודאי לא מסהדי סהדי עלייהו אלא דאיהו אמר להו הכי עד כאן. א"כ בנ"ד דכתו' בלישנא דסהדי שיש להם ודאי דאכולה מילתא קא מסהדי והם יודעים ודאי שאלו האחים לקחו מהאחים אחרים זו אינה טענה דהרי כתב הרשב"א בתשובה הביאה הרב ב"י סי' קמ"ז וז"ל אע"פ שהעדים כתבו לאה מכרה הבתים שלה לראובן אין מכאן ראיה לפי שהעדים לאו אכולה מילתא מסהדי ע"כ כלומר שאין זו ראיה שהבתים הם שלה אלא הם אומרים מה שהיא אמרה ובנ"ד ג"כ נימא דמאי דקאמרי שיש להם הוא כפי דבריהם:

עוד כתב הרשב"א ז"ל כיוצא בנ"ד בסימן אלף קנ"ו וז"ל אע"פ שעשאו הבעל סימן לשאר קרקעות שהכניס' לו וכו', ואם מפני שחתמו עליה עדים אין בכך כלום דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי וכדתנן העורר על השדה והוא חתום עליה עד איבד זכותו דאלמא

טעמא משום דהוא עצמו חתום עליה עד הא משום חתימת עדים דעלמא לא איבד זכותו משום דקי"ל דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי עד כאן. איברא דאיכא למידק דא"כ לדברי הרשב"א תקשי ממתני' דעורר על השדה למ"ד מעלין דא"כ אפי' אינו חתום עליה עד איבד זכותו ועוד קשה דהרי כתב הר"ן דבלשון עדים לכ"ע אכולה מילתא מסהדי וכתב בסוף דבריו וזה דעת הרשב"א ז"ל אבל הרמב"ם ז"ל כתב דאפילו בלשון עדים נמי מספקא לן משמע מפשט דבריו דמאי דכתב וזה דעת הרשב"א קאי נמי למאי דקאמר לעיל אבל בלישנא דסהדי ודאי מהמני. ונראה לתרץ דיש לחלק דבר שהוא עיקר המלוה כגון פלו' כהן הא מילתא ודאי אי הוי בלישנא דסהדי ודאי מהמני אבל הא מילתא דאין באים להעיד אלא על המכירה ואע"פ שהם לא ידעו שיש לו מאי איכפת לן אינו מוכר אלא מה שהוא אומר שיש לו הא ודאי לכ"ע אפילו בלישנא דסהדי לא מהימני ולכך כתב הרשב"א ז"ל בהא דלאו אכולה מילתא קא מסהדי ומתניתין דעורר על השדה לא קשיא למ"ד מעלי' דהכא ודאי שאני דלאו עיקר מילתא היא כדכתיבנא. איברא דקשיא קצת לפי זה מאי דכתב הר"ן ז"ל אבל אינך מילי דמתניא בשטרא דשמא דידיה ודאי לא מסהדי וכו' דמשמע דאפילו מילי דלא הוו עיקר המלוה דוקא כי הוו בשמא דידיה בשטרא הוא דלא מהימנ' אבל בלישנא דסהדי מהימני אף ע"ג דלא הוי עיקר דאל"כ היה לו לומר אבל אינך מילי דמתניא בשטרא לא מהימני כיון דלא הוו עיקר המלוה ולא היה לו לומר בשמא דידיה דמשמע דוקא היכא דהוזכר בלישנא דידיה אלא שי"ל דמאי דנקט בשמא דידיה הוא משום דתלמודא איירי בלישנא דידיה נקט לישנא דאבל אינך מילי וכו' כגוונא דאיירי תלמודא. נמצינו למדים לפי זה דאין כאן זכות לדן מהך טעמא דעדים לאו אכולה מילתא מסהדי ונאמר דמאי דקאמר בשטר שיש להם ר"ל כפי הדברים שהם אומרים שיש להם:

ואם באנו לזכות לדן מפני שהחזיק דן בקרקע ג' שנים בפני היורשים ומה גם דחפר בה שיחין ומערות כנר' בשאלה ואיכא אוקימתא בגמ' דאפי' לבעל בנכסי אשתו יש חזקה היכא דחפר בה בורות והיא הלכה כדכתב הטור בח"מ סי' קמ"ט וא"כ כיון דהיה גורם היזק להם לא היו שותקים אם לא שידעו שאבותיהם מכרו לשני אחים לאו מילתא היא אם היורשים היו קטנים כשמתו אבותיהם דלא ידעי במילי דאבוהון וסבורים היו שהחזקה של ראובן ושמעון שהיו דרים בה ואפי' היו מחזיקים ראובן ושמעון אחר שהגדילו היורשים ג' שנים אינה חזקה כיון שבתחלת החזקה הוו קטנים וכדכתב הטור ז"ל בסי' קמ"ט בשם אביו וכן כתב הריב"ש בסימן שע"ה שהיא הסכמת כל האחרונים אע"פ שהרמב"ם ז"ל חלוק בזה מ"מ אף ע"ג דלהוי ספקא דפלוגתא דרבוותא אוקי ארעא

בחזקת מריה שהם היורשים ואין החזקה שהחזיקו ראובן ושמעון חזקה ומינה דאין חזקת דן חזקה כלל:

אבל מה שמזכה לדן הוא שאלו הב' אחים ראובן ושמעון החזיקו שני חזקה ואחר שמכרו הם טוענים ללוקח ונאמר שכיון שהחזיקו בפני אחיהם שהיו גדולים בעת מיתת. אביהם כנר' בשאלה ודאי שלקחו החלק מכל האחים כדאמר בפ' חזקת דאי אית ליה סהדי ללוקח דדר ביה קמא חד יומא ויש לו שני חזקה דטוענים לו ונאמר דזה מכרה למי שלקחה זה הלוקח ממנו ואפילו יאמרו עתה ראובן ושמעון שלא לקחו משאר האחים אינם נאמנים וכדכתב הרשב"א בתשוב' הובאה בב"י סי' ק"מ המתחלת לאה היו שני שלישי מקום וכו' כתב בסוף התשובה ואפילו הודית רחל שלא קנאתו גם מראובן אינה נאמנת שלא כל הימנה לאבד זכותה של לאה. שלקחתו ממנה ולא היתום שירשו וכן שנינו בתוספתא ראובן שלקח שדה משמעון ואמר שמעון שהיא גזולה ממנו לא כל הימנו לאבד זכות של ראובן ע"כ. וכן כתב הרא"ש ז"ל כלל צ"ט ואף אם לא יוכל שמעון להביא עדים שהקרקע היה בחזק' חמיו יום א' לא הפסיד ראובן זכותו בשביל זה כיון שאם לא שאלו לשמעון זכה ראובן מן הדין וכו' דאטו אם יאמר ראובן שדה שמכרתי לשמעון גזלתיו מלוי יוציא השדה מיד שמעון פשיטא דלא וכו' יע"ש. וכ"ת אין חזקת אלו האחים חזקה דהרי אחים אלו הם כשותפים בחזקה זו ואין להם חזקה זה על זה אינו כלום דהא כתב הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בב"י סי' קמ"ו שהשיב על ד' שירשו בית א' ושנים מהם דרו בו יותר משני חזקה וע"כ טוענים שכל הבית שלהם והשיב אם אין בה דין חלוקה אין חזקתם חזקה דשותף כי האי גוונא לית ליה חזקה ע"כ ומסכים לזה כתב בתשובה אחרת שהביא קודם זה שם הרב ב"י. נמצינו למדין דהיכא דיש בו דין חלוקה הוי חזקה וכן כתב הטור סי' קמ"ט גבי שותפים וכבר נתבאר בשאלה דחצר זה יש בו דין חלוקה וא"כ ודאי דיש להם חזקה זה על זה. וכ"ת אין עדות הבא בשאלה מספיק לעדי חזקה דאין עדים מעידים אלא שדרו בהם בלי שום ערעור והשכירו מקצתם ומי יודע אם היו פורעים שכר לאחיהם והם אינם יודעים בזה זה ודאי אינו כלום דא"כ לעולם לא תמצא עדי חזקה דאפילו דאתו סהדי דדר ביה ביממא ולילא כדאמרי' בפרק חזקת מי יודע אם פרעו לו שכר אלא ודאי דכיון דיש עדים על הדירה מבלי שום ערעור די בזה ועל התובע להביא ראיה שהיה פורע לו שכר וכן מבואר בדברי הרמב"ם ז"ל פרק י"א מהלכות טוען ז"ל מפני שאומר לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתת למה היה זה משתמש בקרקעך שנה אחר שנה ואין לך עליו לא שטר שכירות ולא שטר משכונה ולא מחית בו ע"כ משמע דעליו להביא ראיה או שטר שכירות דבעדים שהי'

דר בו לבד בלי שום ערעור מהני: וכ"ת עדיין אין עדות זה מספיק שכיון שהם אחים מי יודע אם אין חלוקים בעיסתן והוצאתן ביחד ואין להם חזקה זה על זה כדכתב הטור בסי' קמ"ט בשם ה"ר ברצלוני האחים שאוכלין על שלחן אחד וכו' יש לנו לדקדק אם אין חלוקים בעיסתן קרובים להיות כאב ובן וכו' גם בזה י"ל דודאי על היורשים להביא ראיה דודאי שהאחים יכולים לטעון חלוקין אנו בעיסתנו ויש לנו חזקה וא"כ גם אנו טוענים ללוקח מה שהאחים היו יכולים לטעון וכמו שכתב הרא"ש בתשוב' כלל צ"ח וז"ל דכיון שאתם טוענים לכל באי מכחה או יורש או לוקח כל מה שהיתה טוענת אם היתה קיימת והיא יכולה לטעון קניתי וכו': נתבאר מכל זה דעדים המעידים על החזקה הוא עדות מספיק ואנו טוענ' לדן הלוקח שראובן ושמעון לקחו משאר האחים:

איברא דצ"ע טובא במ"ש הרא"ש בתשוב' ריש כלל צ"ט דאין טוענים כלל ליורש וללוקח אלא אם לא אמרו הם מי שלקחתיו ממנו או מי שירשתיו ממנו לקחה ממך ומ"ש במשנה הבא מחמת ירושה אין צריך טענה הכי מפרשה אין צריך שיטעון טענה ברורה שיודע בבירור שאביו לקח' ממנו כגון קמאי דידי זבנה ממך וכו' עוד כתב שם ואף את"ל דטוענין ללוקח וליורש אף אם לא אמרי דזבנה ממך דהרבה פעמים אדם קונה מחבירו שאינו יודע ממי קנאה המוכרה לו וכו' מ"מ היכא שיודע שהקרקע היא של נפתלי וקנאו מגד נ"ל דלא הויא חזקה אם לא אמר שנפתלי אמר לו שקנאו מגד ואף אם ת"ל שבכל ענין טוענים ללוקח אף לא טען שאמר לו דזבנה ממך מ"מ כיון דבזמן הזה רגילין לפרסם מכירת קרקעות ואין שום קרקע נמכר אלא שיכרזו ברבים וכו' נ"ל לדמותו להההיא דסוף השוכר את האומני' וכו' ואף את"ל אם היה אביה קיים היה נאמן לומר לקוח הוא בידי אע"ג דליכא קול מ"מ ליתמי לא טענינן מילתא דלא שכיח וכו'. כללא דמילתא אין עיני רואות בענין הלז להחזיק יורשי שמעון כי הרבה הוא בכל יום שיש לא' מן האחים חלק קטן בבית אחד ואינו משגיח למחות ולא לתבוע שכר מאחיו ע"כ ותשובה זו סותרת כל דברינו במ"ש ראשונ' דצריך טענה שיאמר הלוקח פ' אמר לי דזבנה ממך בנ"ד לא טען דן ראובן א"ל שלקח מאחיו ולא שום א' מהלוקחים טוענים שראובן ושמעון אמרו כן וכן מ"ש שלפחו' היכא שיודע הקונה הקרקע של מי היה צריך שיאמר מי שמכרה א"ל שקנאה ממך בנ"ד יאמרו היורשי' לדן הרי ידעת שהקרקע הזה היה של אבינו ואין אתה טוען ראובן א"ל שלקחו מאחיהם ואם היות שדן מכחישם ואומר שסבור היה שהקרקע הזה לא ירשוהו ראובן ושמעון מאביהם אלא שקנאוהו מאחר יש מקום עיון אם נאמן דן בזה וכן מה שכתב דהאידנא רגילין לפרסם מכירת קרקעות ואין טוענים ליתמי מילתא דלא שכיח גם זה סותר דברינו דיאמרו היורשים לדן אם איתא דאבותינו מכרו לאחיהם

קלא הוה ליה או שטרא הוה להו כיון דרגילין לפרסם מכירת קרקעות וכן מ"ש כי הדבר הזה בכל יום שיש לאחד מן האחים חלק קטן בבית ואינו חושש למחות גם זה סותר דברינו א"כ נמצאו הפך דברינו כל דברי התשו' ונפל פיתא בבירא:

אלא שאני תמיה הרבה על דברי הרא"ש ז"ל שמצאתי לו תשובות אחרות סותרות תשו' זו ומי יתן והיה לי לב להבין דבריו דהוא ז"ל כתב לקמן בכלל זה גבי ראובן קנה בתים משמעון זה עשרים שנה או יותר והחזיק בו ראובן הקונה וכו' כתב שם באותה תשובה לכן אין צריך לשאול האיך בא הקרקע לידו אלא יביא ראובן עדים שהקרקע היה בחזקת שמעון יום א' טענינן ליה שמא קנאו שמעון מן המערער והשתא נמי ששאל ראובן לשמעון האיך בא הקרקע לידו וכו' הרי דסותרת תשובה זו למ"ש בתשובה הראשונה וצריך שיאמר הקונה פלו' אמר לי שלקחו ממך דקאמר דאין צריך לשאול פי שמעון ואפילו נאמר דסמך על מ"ש אחרי כן דהיכא שיודע ממי היה הקרקע צריך שיאמר קנאו ממך ואפשר דדברי תשוב' זו איירי דאינו יודע ממי היה הקרקע מ"מ סותרת תשובה זו הקודמת דשם כתב דכיון דרגילין בזמן הזה לפרסם מכירת קרקעות אי איתא קלא אית ליה ולא טענינן ללוקח מילתא דלא שכיחא וכאן כתב דטענינן וכן בסוף כלל נ"ח כתב גבי ראובן תבע משמעון אחיו חלק בבתים וכו' כתב שם ושמעון אינו טוען שאביו מכרם לו או שנתנם לו או שקנאם מראובן וכו' אבל אם מתה האם ויש לשמעון עדים שאמו החזיקה בבתים חזקתה חזקה דכיון שאתם טוענים לכל בא מכחה או יורש או לוקח כל מה שהיתה היא טוענת אם היתה היא קיימת והיא יכולה לטעון קניתי הבתים וכו' הילכך שמעון וכו' הרי דכתב דכשמתה האם אנן טענינן שהאם קנאו מאחיו אע"פ ששמעון אינו טוען אמי קנאה מאחי והוא ודאי הרי ידע שמעון שיש לראובן אחיו חלק בו והוא ז"ל כתב בתשובה הקודמת דלפחות היכא דיודע הקונה ממי היה שצריך שיאמר המוכר א"ל שקנאה ממך וגם סותר מה שכתב דלא טענינן ליורש וללוקח מילתא דלא שכיח דכיון דרגילין לפרסם מכירת קרקעות אי איתא קלא אית ליה וכן בתשובה הקודמת לזאת כתב הרא"ש מסכים לזה ע"ש. וכן קשה לי טובא מ"ש בסוף התשובה זו דכי היכי דטענינן ליורש וללוקח טענינן לבעל חוב בכלל צ"ט גבי ראובן היה לו בתים ודר בהם כל ימי חייו ואחר שמת נשאר שמעון בבתים ולאחר מיתה יצאו עליו בעלי חובים השיב שם דדוקא ליורש טענינן שקנה מהבנות אבל לא לב"ח דיורש כרעיה דאבוה אבל ב"ח קי"ל מכאן ולהבא הוא גובה וכו' הרי מבואר שם דדוקא ליורש טענינן ולא לב"ח הפך תשובה בסוף כלל צ"ח וצ"ע ליישב כל דברי אלו התשובות אלא שמ"מ אני אומר בנ"ד דזכה דן בדינו דודאי כיון שמצינו כל אלו התשובות של הרא"ש מסכימים

למה שכתבנו וגם הטור בסי' קמ"ו כ' דטענינן ללוקח סתמא ולא חילק שם במה שחילק הרא"ש בתשובה זו וגם אי איתא דבזמן הזה רגילין לפרסם מכירת קרקעות ליתיה להאי דינא דכ' הרא"ש ז"ל לא ה"ל לטור למכתביה וכן כל שאר הפוסקי' לכן נאמר בודאי דע"כ לא קאמר הרא"ש דין זה אלא באותו הנדון שנשאל עליו כמ"ש בתחלת דבריו דלפי הטענות שהדבר ידוע שהשתות של לוי היה וגם שמעון אינו טוען וכו' והרבה מעידים שלפי ראות עיניהם לא מכרו לו האידנא רגילים לפרסם וכו' כלומר דיש כאן דברים מוכיחים שלא מכר ורגילי' לפרסם הוי מילתא דלא שכיח ולא טענינן אבל היכא דליכא כל אלו ההוכחות אע"ג דרגילי' לפרסם וכו' מ"מ טענינן ליתמי מילתא כי האי גוונא ומה גם בנ"ד דהיה קודם השרפה ועבר זמן כל כך ואפילו דהוה קלא במכירה נשכח הדבר ואע"ג דהרא"ש כתב בזאת החשובה דצריך שיאמר פלו' א"ל שקנאו ממך ולפחות היכא שיודע הקונה ממי היה צריך שיאמר פלו' א"ל שקנאו ממך אפשר דלא כתב הרב אלו הדברים לסמוך לענין הדין אלא הם סניפים לאותו הנדון דאיכא כמה הוכחות דלא מכר כדכתיבנא ומפני כן בשאר התשובות דליכא אלו ההוכחו' לא סמך עליהם לענין הדין: הכלל העולה דלע"ד זכה דן בדינו בעדי חזקה שהחזיקו האחים הח' אחרי מות אביהם בפני אחיהם שהיו גדולים בעת מות אביהם או אפילו בפני יורשי אחיהם שהיו גדולים בעת מות אביהם והחזיקו משם ואילך ג' שנים די זה ומעתה אין צריך להשיב על מה ששאל השואל אם יוכל דן לחזור על זבולון דהרי זכאי הוא בדינו ומ"מ לענין הדין אני אומר דאם היה דן חייב בדינו לא יוכל לחזור על זבולון מפני דאין כחו אלא מחמת ראובן שזבולון נתחייב להעמיד המכירה לראובן וראובן ושמעון כשמכרו לזבולון נתחייבו להעמיד המכירה בידו ואם כן יאמר זבולון לדן מאיזה כח אתה בא מכח ראובן שנתחייבתי להעמידה בידו גם הוא נתחייב להעמידה בידי כן היה הדין לע"ד אם היה הדין עם ראובן אבל כבר כתבתי דהדין עם דן וזכאי הוא בדינו הנלע"ד אם יסכימו הרבנים המובהקים ובפרט הרב הגדול מורי ורבי נר"ו:

פי המדבר הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

החכם השלם הפוסק נר"ו הרחיב הדבור וצדד בכל הצדדים וגמר ואמר שזכה דן בחזקה וכן נראה לע"ד כיון שראובן ושמעון היו דרים בבתים הם לבדם בחיי שאר האחים שהיו גדולים בעת מות אביהם, ואין ספק שהיו חלוקים בעיסתן כיון שהד' אחים לא היו דרים בחצר שאפי' הבתים שלא היו צריכי' לראובן ושמעון היו משכירים לאחרים הרי ראיה גדולה שהיו חלוקים בעיסתן וכן כתב רשב"ם שאפי' לא היו חלוקים אלא בעיסתן מחזיקין זה על זה וכל שכן בהצטרף סברת בעל העיטור ז"ל שכתב הטור וז"ל וכתב בעל

העיטור שהאחים אינם בשותפים ומחזיקים זה על זה ואע"ג שכפי הנראה קרוב שהיא סברת יחיד מ"מ הביאה הטור ולא הביא אחר דבריו חולק א"כ אין ספק שיכולים אנו לעשות אותה סניף:

ולרווחא דמילתא אני אומר שאם החזיקו ראובן או שמעון אחר שגדלו היורשים התובעים ג' שנים בטענה זו לבד הייתי מזכה לדן שהרי כתב הטור וז"ל והיכ' שירד לנכסי קטן והיה ביד המחזיק שני חזקה אחר שהגדיל כתב הר"י ברצלוני בהא איכא פלוגתא דרבוותא וכו' עד והרמב"ם כתב דהוי חזקה אם אכלה ג' שנים רצופים אחר שהגדיל וכו' ורב האי ז"ל חלק בדבר בתשו' אם החזיק האב בפני הקטן אחר שגדל ומת בנו יכול לטעון דחזר אביו וקנאה מאותו קטן אחר שגדל וזהו בכלל טוענים ליורש ע"כ וידוע שכמו שטוענין ליורש כן טוענים ללוקח וא"כ אם היורשים גדלו ואח"כ שגדלו החזיק ראובן ג' שנים ומכר אח"כ לדן זכה דן בדינו שטוענים בשבילו שאחר שגדלו היורשים קנה ראובן מהם ואפילו שיאמר ראובן שלא קנה אינו נאמן וכמו שיפה כתב החכם השלם נר"ו בתשובתו כתבתי זה לשאת ולתת בדבר הלכה ומ"מ בין הכי ובין הכי הדין דין אמת שזכה דן במקחו וחתמתי שמי:

הצעיר שמואל די מדינה:

ראיתי דברי החכם השלם סיני ועוקר הרים הפוסק נר"ו וכל דבריו נכוחים למבין וישרים ולי מה יקרו ולכן באתי להסכים עמו על הדין ועל האמת ואומר דאיברא דאם היה מקום לומר שמה שהחזיקו ראובן ושמעון בחצר הנז' בפני אחיהם לא היתה מועלת א"כ לא היה זוכה דן במקחו ומצו יורשי שאר האחים להפקיע ולבטל קנייתו דאף על גב דקיימא לן בעלמא טעני' ללוקח ואי אית ליה סהדי שהמוכר שמכרה לו דר ביה יומא חדא סגי ולא בעי' דלימא בפני לקחה ממך וה"נ לא בעינן דלימא מי שמכרה לי א"ל שלקחה ממך כמו שכתב הרא"ש ז"ל באותה תשובה שהביא החכם השלם נר"ו דבלי ספק אין לחוש לאותה תשובה דאיכא למשדי בה נרגי כמו שיפה כתב החכם השלם נר"ו. ותו איכא טובא לאתמוהי בכל מה שכתב באותה תשובה אין כאן צורך להאריך מ"מ היינו דוקא היכא שלקח הלוקח המחזיק ממוכר שהיה יכול להחזיק על המערער אם כן כיון דאית סהדי דדר ביה המוכר יומא חד טענינן ללוקח שהמוכר לקחה מזה המערער והחזיק בה אבל היכא דלא מהני חזקת המוכר כנגד המערער לא שייך לומר טענינן ללוקח. אמנם יראה דשפיר מהני חזקת ראובן ושמעון כנגד שאר אחיהם דאם אלו האחים חלוקים בעיסתן לאו דינא ולאו דיינא דלא עדיפי משותפים וכי היכי דבשותפים כל אנפין שוין דהיכא דנחת לכולה חזקתן חזקה הכי נמי באחים כיון שיש דין חלוקה בחצר ואפילו אם

אלו האחים לא היו חלוקים וכיס אחד לכלם אפילו הכי בנדון דידן מהני חזקתן מכמה אנפין חדא דאפילו אם נחוש לדברי הר"י ברצלוני נראה דלא ברירא ופסיקא ליה מילתא שהרי כתב דמפשטא דגמ' משמ' דדוקא בבן ואב שחלקו ואשה שנתגרשה מפלגינן אבל אחים בין כך ובין כך הרי הוא כשאר כל אדם אבל משקול הדעת יש לנו לדקדק וכו' דברים אלו מוכיחים דלאו בבירור ובפשיטות אמר מר להך מילתא ועוד אפילו אם תמצי לומר דבפשיטות ובבירור אמר מכל מקום אפשר שהם דברי יחיד ולית דחש להו כיון דמפשטא דגמרא לא משמע הכי וכבר היה אפשר להוכיח שהרשב"א ז"ל חלוק על זה מאותה תשובה שכתב החכם השלם נר"ו על ד' שירשו בית אחד ואם איתא דהיכא דאינם חלוקים בעיסתן לא מהני חזקה ואין להם חזקה אם כן היה לו להודיע ולחלק. הן אמת כי איני תוקע עצמו להוכיח מזאת התשובה זה יען כי אפשר שאלו הד' שירשו שנשאל עליהם הרשב"א לא היו אחים כי אם ד' בני אחים שירשו מאחי אביהם או שאר יורשים עוד נר' לע"ד לחלק ולומר דמאי דכתב הר"י ברצלוני דהיכא דאין חלוקים בעיסתן דאין להם חזקה זה על זה היינו כל שמחזיקים זה על זה בנכסים הידועים לכל אחד ואחד לבדו כי האי דאפטרופסים ואריסין ואשה בנכסי בעלה ואב בנכסי הבן אבל בנכסים שהם מחזיקין יחד בשותפות הרי הם כשאר כל אדם לא שנא חלוקים בעיסתן או אין חלוקים ויראה דיש להוכיח זה דאלת"ה איכא למידק עליה דהר"י ברצלוני מהא דתנן בפ' חזקת האחים שחלקו נעל גדר ופרץ כל שהו הוי חזקה ואם איתא לדברי הר"י ברצלוני א"כ היכי קא פסיק ותני בסתמא אחין שחלקו נעל גדר ופרץ יש להם חזקה אכתי אם אינם חלוקים בעיסתן אין להם חזקה ואי מאי דקתני האחים שחלקו היינו שחלקו בעיסתן א"כ היכי קאמר הר"י ברצלוני הא מילתא ליתא בגמרא א"כ נראה דליכא לפרושי הך מתניתין לאוקמי כפי דברי הר"י ברצלוני אם לא שנחלק דמאי דקתני האחים שחלקו היינו דוקא בנכסים שהיו מחזיקים יחד בשותפות וכי האי גוונא לא שאני לן בחלוקים לאין חלוקים לא נעלם ממני שאפשר לפרש דמאי דקתני האחין שחלקו היינו שחלקו בפנינו ובעינן חזקת נעל גדר ופרץ שלא יוכלו לחזור בהם דמכל עקום איכא למידק במה שכתבתי וק"ל בין הכי ובין הכי דעתי הקצרה היא שיש לחלק בין נכסים ידועים לכל אחד ואחד בין נכסים המשותפים יחד דבנכסים הידועים לכל אחד לבדו בעינן מילתא אלימתא להפקיע חזקת נכסיו הידועים ואם אינם חלוקים בעיסתן אמרי' לא קפדי אהדדי אבל בנכסים המשותפים יחד בכל דהו יספק להחזיק זה על זה:

סוף דבר בהא סלקינן ונחתינן כי כל מה שפסק החכם השלם סיני ועוקר הרים הפוסק נר"ו עליו אין להוסיף ודבריו אינם צריכים חיזוק:

נאום הטרוד והעלוב הצעיר שלמה הכהן:

שאלה קלו

שאלה ראובן שהחזיק בבית א' ט"ו שנה ויש בידו שטר קניה כתוב וחתום כדת וכהלכה ועתה קמו קצת תובעים מק"ק פלוני ואומרים שחזקת הבית הנז' זה מ' שנה ששמעון זקנו של ראובן הנז' קנה אותה ממעות הקדש שהיו בידו ולהיות הבית הנז' סמוכה לביה שלהם הם רוצים אותה עתה לתועלת הב"ה ויש עדים מעידים ששמעו מפי זקנים איך שמעון קנה הבית הנז' ממעות הקדם הקהל ואין גם אחד שיעיד מפי שמעון או שראה שקנה החזקה ממעות הקדש הקהל ועוד שיש מי שהיה דר בבית הנז' בחיי שמעון ולא לקח ממנו שום שכירות ואחר פטירתו פרע שכירות לאשת שמעון כמה שנים עוד טוען ראובן ששמש הקהל הנזכר היה דר בבית הנזכר' כמה שנים ונפל הפרש בין ראובן ובין השמש ובירורו להם דיינים מהקהל וגזרו שיפרע לו השמש שכירות כך מעות מדי שנה בשנה בשטר כתוב וחתום על בנו של השמש ליותר בטחון ראובן המשכיר והנבררים שהיו פרנסי הקהל הם חתומים בשטר הגזרה ההיא ועוד יש זקן נכבד ובעל תורה מעיד שנמצא בבית הכנסת בזמן שקנה שמעון הבית הנזכרת ושאל את פי הזקנים מדוע אינכם קונים הבית הנזכרת לתועלת הבית הכנסת והשיבו לו מה לנו בה עתה דבזמן שהיה בידי גוי' היה קשת בעיני הקהל אמנם עתה שלקח אותה הנכבד הזה אין לנו צורך בה ועוד שאחר שיצא השמש מתוכה השכיר ראובן הבית לאיש אחר ולקח ממנו שכירות כמה שנים ואין פוצה פה ומצפצף עליו. יורנו מורנו מורה צדק אה יש ממש בטענת יחידי הקהל אחר שראובן הנזכר החזיק בבית הנזכרת כל כך שנים ואין מוחה בידו ומה' תהי' משכורתו שלמה. עוד טוען ראובן שקנה אותה החזקה הנז' מגיסה של אמו והוא לקח הבית הנז' בכתובה בפני קהל ועדה וקלא אית ליה ואם כדברי הקהל כן הוא היה להם לערער באותה שעה על החזקה הנז' א"כ נכרים דברי אמת שהחזקה של ראובן קיימ' וזכה בה בכסף ובשטר ובחזקה ושטרא קלא אית ליה על הכל יורנו מורה צדק מה משפט החזקה הזאת: תשובה איברא דאם היה כאן עדות ברור שבית זה היה של הקדש אפילו שהחזיק בה ראובן שני חזקה לא מהניא לזה אם אין לו עדים שקנאה הוא או מי שמכרה לו מן ההקדש דהטור ז"ל כתב בסי' קמ"ט וזה לשונו והמחזיק בהקדשות כגון הקדש של עניים ושל בית הכנסת בזמן הזה אין להם חזקה שאין מוחה בעבור ההקדש שאם ירד בו שום אדם יאמרו העולם שירד בו לקבץ פירות לצרכי העניים ויהיה אצלו עד שיצטרכו העניים ואם יטעון קניתי משבעה טובי העיר כדרך שמוכרים ההקדשות

שבעה טובי העיר אם יודו שבעה טובי העיר יש לו חזקה אע"פ שאין לו שטר ואם טוען שהלכו להם שבעה טובי העיר או מתו נאמר לו אז ודאי אם מכרו שבעה טובי העיר הוה ליה קלא וכיון שאין עכשיו מי שיעיד בזה ויש להקל עדים או שטר שאותו קרקע היה הקדש ולזה אין לו עדות ולא שטר במה שהוא טוען לאו כל כמיניה עד כאן. וכדי להבין דברי הטור זכרונו לברכה אשא ואתן בתרי סוגי' דפרק לא יחפור ודפרק חזקת אמרו בפרק לא יחפור גבי מתניתין דאם לקחו אפילו בית רובע וכו' זאת אומרת טוענים ליורש וללוקח והקשו שם תנינא ותירצו וצריכא דאי אשמועינן התם גבי רשות הרבים דאימור בונה לתוך שלו וכו' ואי אשמועינן הכא כיון דיחיד הוא אימא פיוסי' פיסיה אי נמי אחולי אחיל גביה אבל רבים מאן פייס ומאן שביק אימא לא צריכא ע"כ. משמע מכאן דאפילו ברבים אמרו דאימור אחולי אחיל ולא אמרי' מאן פייס בהא אשמועינן מתניתין דלקח חצר וכו' דלא אמרי' הכי. ובשלהי חזקת אמרי' רבי אמי הוה ליה זוזי דהוה נפיק למבואה וההוא גברא נמי הוה ליה זוזי דהוה מפיק לרשות הרבים הוו קא מעכבי עליה בני רשות הרבים וכו' דידי למבואה מפיק בני מבואה מחלין גבאי דידך לרשות הרבים מפיק מאן מחיל גבך ע"כ. משמע מכאן דברשות הרבים לא שייך מחילה מפני שהוא דרך לכל העולם ומאן מחיל והוא הפך הנאמר בסוגיית פרק לא יחפור וקשיין אהדדי. ומדברי הרב רבינו שלמה ן' אדרת בתשובה הובאה בבית יוסף סי' תי"ז המתחלת שורת הדין מדין הגמרא כל שבא לעשות חלל תחת ר"ה וכו' למדנו לקושיא זו שני תרוצים הראשון דמה שאמרו בפ' חזקת מאן מחיל הוא מפני שלא היה שם אלא שתיקת בני רשות הרבים בלבד ולכך אמרו דאין השתיקה מחילה ומה שאמרו בפרק לא יחפור הוא כשמחלו בפירוש וכיון דיש כאן חזקה טוענין ללוקח ואומרים דאימור מחל בפירוש נמצא לפי פירוש זה דהחזקה לרשות הרבים מועלת כשטוענים שמחלו אנשי העיר בפי' אבל שתיקה לא מהניא. וזהו שכתב שם אע"פ שראו רבים ושתקו אין זו מחילה המועלת וכההיא דר' אמי דפרק חזקת. איברא דיש לתמוה קצת על דברי הרשב"א ז"ל כיון דהוא סובר דלכל חזקה אפילו להוצאת זוזין צריך חזקה ג' שנים וטענת מכירה או מתנה וכמו שכתב הרב המגיד בשמו פרק י"א מהלכות שכנים שכתב שם כשהזכיר סברא זו וזה דעת הרשב"א ז"ל וכן ראיתי בתשובותיו מכתיבת יד בפירוש א"כ איך אפשר לפרש הא דפרק חזקת בשתיקה לבד דא"כ היכי אמר רבי אמי בני מבואה מחלים גבאי הא השתיקה אינה מחילה ובודאי דהוי טענת מחילה בפי' וא"כ דכוותה מאי דקאמר בר"ה מאן מחיל לך הוא אפי' בפי' אלא שי"ל ליה שלא פי' כן הרב אלא לפי דעת הסוברים דבשתיקה מהניא אבל לפי האמת דעתו לפרש כפירוש האחרון וכן גלה דעתו בתשובה

אחרת הביאה הרב מהרי"ק זכרונו לברכה בסי' קמ"ט שכתב שם מסתברא שיש לו חזקה ואעפ"י שהמחזיק ברשות הרבים אין לו חזקה לפי מה שאני סבור דמאן מחיל ומאן שביק וכו' והיינו כפירושא בתרא שפירש שם דלפירוש הראשון ודאי דמהניא ליה חזקה כדכתיבנא: והתירוץ השני הוא דמאי דאמרו בפרק לא יחפור ה"ק אבל רבים מאן פייס ומאן שבק ואפילו שימחול בפירוש א"א שהרי הדרך מסור לכל העולם וא"א לכולם שימחלו צריכא דאפילו דאמרי' כן הוי חזקה מטעמא אחרינא דאימור כונס לתוך שלו אבל היכא שלא כנס לתוך שלו לא מהניא ליה חזקה כלל מטעמא דמאן פייס ומאן שביק וזהו שכתב בתשובה אחרת שהזכרתי לפי מה שאני סבור דמאן מחיל וכו'. ועתה נבא לדקדק בלשון הטור דקשיא לי בגויה טובא חדא דנתן טעם לומר דלא הוי חזקה משום דאין אדם מוחה דסבור הרואה שלצורך עניים ירד שם לקבץ פירותיו ולכך אין מוחה בו משמע מלשונו מדהוצרך לזה הטעם דאם היה דבר שהרואה לא היה סבור כן הוי חזקה אעפ"י שהוא של רבים מפני דהיה להם למחות לכל הרואה וזה אינו דבגמרא בפרק חזקת אמרינן מאן מחיל לך והא התם היה להם לרבים למחות דעושה להם היזק ומכל מקום אמרי' דאינו חזקה משום דאמרי' מאן מחיל לך כלומר דכיון שהוא של רבים אין לו בעלים ואין אדם יכול למוחלו וכדכתב הטור בסי' תי"ז:

ועוד יש לדקדק במאי דכתב דאם יודו שבעה טובי העיר דמהניא ליה חזקה הא אם מודו ליה שבעה טובי העיר למה ליה חזקה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ולמה ליה חזקה דמשמע דדוקא בחזקה סגי וכמו שכתב אעפ"י שאין לו שטר אבל חזקה מיהא בעיא:

ועוד קשה במאי דקאמר ואם טוען שהלכו להם שבעה טובי העיר אז נאמר לו אם מכרו שבעה טובי העיר הוה ליה קלא ולמה לי הך טעמא לימא דאינו נאמן מפני דאין חזקתו חזקה דאין מוחה בו וסבור דירד לצורך עניים כדכתב לעיל וכיון דלא היה לו למחות אין כאן חזקה:

אלא שיש לי לתרץ כל זה ולומר דהטור סובר דהך חזקה מהניא קצת אבל מכל מקום גרועה היא מטעמא דהרואה סבור דירד לצורך עניים והך טעמא לא אלים כל כך לבטלה לגמרי הלכך כשיודו לו שבעה טובי העיר אז נצרף החזקה עם הודאתן ומהניא דהחזקה לחוד לא מהניא דגרועה היא והודאת שבעה טובי העיר לחוד לא מהני כיון דאי איתא קלא איתי ליה למכירה ואינם נאמנים לחוב לאחרים בהודאה כי האי דרגלים לדבר דלאו הודאה מעליא היא ואימור קנוניא עשו ביניהם אבל כשנצרף ההודאה עם החזקה מהני ומה שכתב הטור טעמא בקלא איתי ליה הוא לבטל החזקה לגמרי מן הטעם הראשון דהרואה סבור שירד לצורך עניים אינה בטלה לגמרי וטעם זה מספיק יותר לבטלה

לגמרי. ומה שהקשינו דלמה הוצרך כאן טעמא דהרואה סבור שירד לצורך עניים דמשמע דהיכא דליתא להך טעמא לא הוי חזקה וא"כ תקשי ליה מההיא דפרק חזקת יש לומר דהתם סבירא ליה לטור דלא מועיל ליה קניה כלל משום דדרך רשות הרבים הוא לכל העולם והתם אמרינן מאן פייס ומאן שביק אבל ב"ה יכולים למוכרו שבעה טובי העיר וליכא למימר כאן מאן פייס ומאן שביק ולכך הוצרך לומר שהרואה סבור וכו' אבל התם בלאו הך טעמא סגי דמאן פייס ומאן שביק דאין שום דרך למכור או למחול:

נמצינו למדים דבהקדש אין לו חזקה וכך כתב הרשב"א סי' אלף וקנ"ו וזה לשונו והכי נמי כיון שהקדיש האח' קודם ששלמו שני החזקה כי שלמו הא שלמו בפני מי שאינו יכול למחות דמאן מחי אם עניים מאן מינייהו מחי דהא ליכא בעלים מיוחדים דנימא הוה ליה למחות ועוד דכיון דלית לה קלא וכו' מוכח משם דבהקדש אין כאן חזקה ואע"ג דבתשובה שהבאתי לעיל כתב בהקדש של קברים דיש לו חזקה הרי כתב בסוף דבריו שהרי יש להם בעלים ידועים וגזברים וממונים ויש להם חלק באותם ההקדשות דמשמע דבגזברים סגי שאני התם דהגזברים יש להם חלק בהקדש וכן גלה דבריו יותר בתשובה אלף וקנ"ו שכתב אטו אי לא מחי גזבר עי מפסדי עניים והא אין לגזבר בהקדש כלום משמע דאם יש לו לגזבר חלק בהקדש מהני ליה חזקה ועל כרחין צריכים אנו לומר חילוק זה ליישב דבריו דלא יחלוק מדידיה אדידיה. ועל כן אני תמיה על הרב הגדול בית יוסף ז"ל שכתב בש"ע סי' קמ"ט המחזיק בהקדש עניים או ב"ה אין לו חזקה ואם יש גזברים ממונים עליו יש לו חזקה דמשמע דגזברים לבד סגי ואינו כן דהא הרב רבינו שלמה ן' אדרת זכרונו לברכה עצמו כתב באותה תשובה שהבאתי דכיון דאין לו לגזבר כלום כאותו נדון שנשאל עליו שהיה הקדש של יחיד ומנה עליו גזברים דלא מהני אלא צריך על כל פנים שיהיה לגזבר חלק באותו הקדש וא"כ היה לו לבאר שיהיה לו לגזבר חלק באותו ההקדש והרבה סתם הדברים יותר מדאי והיה לו לבאר. א"כ למדנו דדוקא היכא דגזבר ממונה עליו ויש לו חלק בהקדש יש לו חזקה לדעת הרשב"א זכרונו לברכה ואפשר דהטור שכתב והמחזיק בנכסי הקדש אין לו חזקה וכו' דלא פליג על הרב רבינו שלמה ן' אדרת זכרונו לברכה דלא איירי כשיש גזברים ממונים על אותו ההקדש שיש להם חלק בו אפשר דפליג ובכל גוונא קאמר הטור ז"ל דאין לו חזקה והכי דייק לישנא דהרב בית יוסף שכשהביא תשובת הרשב"א ז"ל על דברי הטור ז"ל כתב והרשב"א ז"ל כתב משמע קצת דסבירא ליה דפליג בין כך ובין כך בנדון דידן אליבא דכולי עלמא אין לו חזקה דלא ברור לן שהיו גזברים שיש להם חלק בה ממונים על ככה אדרבה משמע דשמעון עצמו היה הגזבר והוא קנאו ממעות ההקדש אשר בידו ואימור דלא הוו ידעי

דקנאו ממעות הקדש ולכך לא מיחו א"כ למדנו מכל מה שאמרנו שאם היה כאן עדות ברור דבית זה של הקדש אין חזקתו של ראובן מועילה כלל ואעפ"י שהפרנסים חתמו בשטר שהשמש יפרע לו שכירות לא מהני דבהקדש עניים לא מהני מחילת הפרנסים כלל אם לא שימכרוהו כל גזברי הקהל במעמד אנשי הקהל א"כ אין לזכות מן הטעם הזה לראובן:

אבל זכות ראובן הוא פשוט ומבורר מצד אחר שאין כאן עדים מעידים שזה הבית של הקדש שהעדים שמעידים מפי זקנים הוי עד מפי עד ולא מהני כלל דמשנה שלמה שנינו בפרק זה בורר גבי כיצד בודקים את העדים וכו' אם אמר הוא אמר לי שאני חייב לו איש פלוני אמר לי שהוא חייב לו לא אמר כלום. ועוד אני אומר שאפילו היה כאן עדים המעידים ששמעו מפי שמעון שקנה משמעון הקדש לאו כלום דאימור שלא להשביע את עצמו אמר כן כמו שאמרו במשנה הנז' דהיכא דהלוה א"ל לא אמר כלום דאימור שלא להשביע את עצמו קאמר וכי תימא כי אמר שלא להשביע דוקא כשאמר להדיוט אבל להקדש דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט לא אמרי' הכי לא היא דהטור כתב בסי' רנ"ה וכן אם בא א' ואמר ראיתי את אביהן שהטמין מעות ואמר של פ' הם של הקדש הם אם כמוסר דבריו בלשון צוואה דבריו קיימים ואם כמערים שלא יחזיקוהו כעשיר אין צריכים לקיים דבריו היא ברייתא בפרק זה בורר. הרי מבואר דאפילו בהקדש אמרינן שלא להשביע וכי תימא שאני התם דאמר כמערים ונאמר דמאי דקאמר כמערים הוא שניכר מתוך דבריו שהיא ערמה אבל סתמא לא לא היא חדא דקשיא רישא אסיפא דברישא אמר כי כמוסר דבריו קיימים משמע הא סתמא אין דבריו קיימים אלא צריך אתה לתרץ נעשה סתמא כמערים וכי היכי דמערים אין דבריו קיימים הכי נמי סתמא ועוד דדומיא דשל פלוני הן וכי היכי דבשל פלוני אפילו סתמא אמרי' שלא להשביע את עצמו הכי נמי בשל הקדש ועוד דלשון הרמב"ם ז"ל מוכח בהדיא בפרק עשירי מהלכות זכיה דהדיוט והקדש שוין בדבר זה שכתב שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו נותנים לא אמר תנו אין נותנים שמא לא אמר מנה לפלוני וכו' לפיכך אמר זה דרך הודאה ולא היה שם חשש ערמה נותנים אעפ"י שלא אמר תנו כיוצא בדבר ראו אביהם שהטמין וכו' אם כמוסר דבריו קיימים אם כמערים לא אמר כלום עד כאן. משמע מפשט לשונו דהכל שוה ובעינן שיאמר דרך הודאה ושלא יהיה שם חשש ערמה. על כן אני אומר דראובן זכאי בדינו כיון דאין כאן עדות שהבית של הקדש והעדות הנזכר בשאלה הוי עד מפי עד ואפילו שיבאו עדים שיאמרו ששמעו מפי שמעון שקנאה ממעות הקדש לאו כלום הוא דשלא להשביע אמר כן אלא א"כ יעידו שבדרך הודאה אמר כן שלא יהיה

שם חשש שלא להשביע הנראה לעניות דעתי כתבתי אם יראה בעיני הרבנים המובהקים ובפרט בעיני הרב הגדול מורי ורבי נר"ו:
הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:
דבר זה כמה שנים כתבתי באורך על הפרש בין הח"ק יע"א עם יחיד אחד שהיה רוצה להחזיק בקצת חנויות מהקצבים והיו דיינים החכם השלם כמהר"ר חיים עובדיה והחכם השלם כמהר"ר אברהם סירלוו זכרונם לברכה ופסקתי כמו שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו שאין מחזיקין בנכסי הקדש כלל אך בזאת שיש עדים ברורים שהיה של הקדש ואם לא הכל כמו שפסק החכם השלם נר"ו וחתמתי שמי: הצעיר שמואל די מדינה:

שאלה קלז

שאלה ראובן שירש חזקת אביו שמת בעיר אפרת והלך ראובן ומכר החזקה וחזר לעירו ולימים נפטר ראובן המוכר ואשת ראובן רוצה לגבות כתובתה מן החזקה שמכר בעלה שלא בפניה בטענה שאומרת אין לי חפץ במכירה שמכר בעלי שלא ברצוני מכר ושלא מדעתי יורנו מורנו אם תוכל האשה לתפוס מן החזקה ההיא להתפרע כתובת' משם ושכרו כפול מן השמים:
תשובה אם כתוב בכתובה שקנה ושיקנה אעפ"י דלא שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי ודאי טורפת כתובתה מהקרקע ההוא דמאי אמרת חזקה הוי מטלטלי אליבא דקצת רבוותא כדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו פעמים רבות מכל מקום שעבוד של עליה אפילו מכרו דטעמא דאין השעבוד חל על מטלטלי שמכר כתב הטור בס"מ סי' קי"ג לפי שאין דעת המלוה סומכת על המטלטלין מפני שיכול הלוה להבריחם וכו' ופשוט הוא דזה לא שייך בחזקה אפילו למאן דאמר דהוי מטלטל דאין המלוה יכול להבריח הקרקע ההוא כל שכן דאליבא דרובא דרבוותא דין קרקע יש לחזקה וכן דן אותה מורי הרב הגדול נר"ו:
וכ"ת כיון שהלך ראובן זה לעיר שנפל לו החזקה בירושה ויצא משם הא אבד חזקתו וא"כ נאמר לו דל אנת ודל מכירתך מ"מ נאבד חזקתך ואין האשה גובה כתובתה ואין לומר דעדיין גובה כתובתה מפני שאין כח ביד ראובן להפקיר חזקתו ולהפקיע שעבוד אשר לאשתו עליה דאין הפקר מפקיע מידי שעבוד כדכתב הרב המגיד בשם הרשב"א בפרק ב' מה' זכיה ומתנה דאע"ג דכשמת הגר נעשו כל נכסיו הפקר אין שעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש וכו' וא"כ כיון שחל שעבוד האשה על הקרקע אין כח בידו לצאת ולהפקיר חזקתו דלזה יש לומר דטעמא דמי שיצא מן העיר אבד חזקתו לא

הוי מטעם הפקר שהוא מפקיר חזקתו לכל אלא שהחכמים הראשונים לא נתנו לו כח בחזקה ההיא אלא כל ימי היותו בעיר ובצאתו משם נאבד כחו והם נתנו לו כח החזקה והם סלקוהו דהם אמרו והם אמרו ואם כן מזה הטעם נראה דלא תוכל האשה לגבות כתובתה כיון דהוא אבד חזקתו כדכתיבנא:

מ"מ נראה לי שאין זו טענה חדא דלא תקנו חכמים כן אלא מי שיושב בעיר ועקר דירתו שאבד חזקתו אבל מי שנפל לו חזקה במדינת הים ודאי שלא אבד חזקתו וכי תימא הא הלך שם ועקר דירתו משם זה אינו דמעולם לא היה לו דירה שם והוי כאלו לא הלך דלא הלך שם אלא למכור ועוד דאם הוא היה סבור שאבד חזקתו לא היה מוכר ולא מכר אלא ע"ד שאם ימות תגבה אשתו כתובתה משם ולא תהא מכירה אלא עד שימות וכן הלוקח לקח ע"ד כן דכבר הוא יודע שאינה מועלת לו' המכירה לשלא תגבה אשתו כתובת' ממנו וכבר ידעתי כי יש פנים לחלוק על זה מ"מ הדעת נוטה למה שכתבתי וכל זה אם כתוב בשטר הכתובה דאקנה אבל אם אין כתוב בה דאקנה וקרקע זה נפל לו בירושה אחר שטר הכתובה אז ודאי לא משתעבד דאין אומרים בדאקנה סתמו כפירושו:

הן אמת דהטור כתב בזה מחלוקת בח"מ סי' קי"ב וכתב וי"א כיון דקי"ל אחריות ט"ס הוא בכל מדי שראוי להשתעבד אמרי' אחריות ט"ס הוא וכן דעת א"א הרא"ש איברא דהרא"ש עצמו כתב בפ"ק דמציעא גבי הא דאמר שמואל ב"ח גובה את השבח ופעמים נוטל כלו כגון שכתב למלוה דאקנה ולא כתב ללוקח דאקנה וכו' נראה דקשה מדידיה אדידיה דשם משמע דאין סתמו כפי' דא"כ אפי' לא כתב ללוקח דאקנה הרי סתמו כפי' ודוחק הוא לו' דמ"ש ולא כתב דאקנה הוא שפי' בפי' שאינו משתעבד לו מה שיקנה. אלא שנ"ל לתרץ דשאני התם דכיון שכתב למלוה דאקנה וללוקח לא כתב מוכח מילתא דבדוקא הוא ולא אמרינן שם סתמו כפי' אבל בעלמא סבר הרא"ש דסתמו כפי' מ"מ למדנו שהוא פלוגתא דרבוותא אלא שהטור כתב שם שהלקוחות הם המוחזקי' ואע"ג דגם שם כתב דהוי פלוגתא דרבוותא מ"מ כתב דהכי מסתבר. ועוד דבכי הא כ"ע מודו דהלקוחות הם המוחזקים דע"כ לא פליגי אלא היכא שלא נודע שקנה הקרקע הלוה אלא שירשו מאבותיו והלוה טוען שאחר שלוה נפל לו בירושה דבכי הא אמרי' דילמא מעולם היו שלו אבל היכא דנודע שקנה והספק הוא אי משתעבד אי לא בכי הא כ"ע מודו דהלוקח מוחזק דדמי להיכא דיש עדים שקנה והמלוה טוען שקנאו קודם שעבודו דבכי הא כ"ע מודו דלוקח מוחזק וכיון דכן להוציא מיד הלוקח צריך ראיה ברורה וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מוקמינן ליה ביד לוקח ואמרינן דלאו סתמו כפירושו הנראה לע"ד כתבתי:

הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלח

שאלה ראובן ירש חזקה א' מאביו ודר בה כמו ט"ו שנים אשר זמן זה שם בלבו ללכת לדור בעיר אחרת והשכיר הבית שירש לשמעון וראובן עקר דירתו מהארץ ההיא ולא נשאר לו באותה העיר רק חזקת בית זה שהשכיר ושאל השואל אם יש ביד שמעון היום או למחר כח לומר לראובן הבית שהשכרת לי חזקתי היא כפי ההסכמות הנהוגות פה שהם הסכמות שאלוניקי כי כבר עקרת דירתך מהעיר הזאת ואני נמצאתי בתוכה והחזקתי בה והיא חזקתי אף כי אתה השכרת אותה לי כפי ההסכמות הנ"ל הדין עמי ואין לך בחזק' כלום וראובן טוען ואומר אני דר בבית הזה כ"ז שנים והוציא בבנינה יותר מכ' אלפים לבנים וגם אני דרתי בה כמו ט"ו שנה אחר שירשתיה וגם הוצאתי בה יותר מי' אלפים לבנים ואני השכרתי לך כמו שנראה בשטר שכירות שבידי אף כי עקרתי דירתי חזקתי הוא כי כבר העברתיה לך בשטר ושמעון טוען כי העברה זאת אינה העברה כי כבר עקר דירתו מפה מכל וכל החזקה הזאת כפי הסכמות שאלוניק"י של מי היא של ראובן או של שמעון יורנו מורנו הדין עם מי אחר זה מצאנו קצת מהסכמות שאלוניק"י וראינו בתוכם הסכמה אחת ונסתפקנו בלשונה וזה נוסחה הסכימו שכל יהודי שיהיה לו חזקה בחצר או בבית יוכל להעבירה ליהודי אחר וכן נמי אם ירצה ללכת מהעיר הזאת יוכל להעבירה כנז' בלשון זה נסתפקנו העברה זו איך יובן מכורה או נתונה כמתנה או מופקדת או מושכרת גם בזה ילמדנו רבינו ושלום רב לאוהבי תורתו:

תשובה הרב מהר"ר לוי ן' חביב בפסקיו סי' קל"ב על ענין משה דילה קאנפאנה נראה מדבריו שם דאפי' דהניח פקיד שהשכיר חצרו לאחרים לא מהני דלא הזכיר לזכות את ראובן אלא מפני שיצא לאנסו וכיון שהניח נכסיו בעיר ודעתו לחזור אבל לא הזכיר שם לזכותו מפני שהניח הפקיד כמו שהזכיר טעם זה הר' מהר"י טאיטצק ז"ל שכתב באותו הנדון ותשובתו אצלי בכתיבת יד והזכיר שם ג' טעמים הא' שראובן יצא לאנסו. הב' שדעתו לחזור כמו שמוכיח מכל ענייניו שהיה עושה כן כמה פעמים שהיה הולך ובא. הג' שהניח נכסיו בעיר ההיא. ועוד כתב טעם אחר וז"ל ועוד כיון שהניח פקיד על נכסיו ועל החנות והיה פורע שכירות לתוגר ודאי כי לא יובן על זה הדקדוק הנ"ל ע"כ. וכיון דהרב מהר"ר לוי ן' חביב לא הזכיר נראה לכאורה דפקיד לא מהני ומ"מ אינו מוכרח דאפשר דמפני שדי לו בטעמים שהזכיר לא הזכירו ומדברי הרב הכהן נר"ו בפסקיו ח"א סי' ק"ה נראה דפקיד מהני שכן כתב שם שאע"פ שלא הפקיד ולא העביר מהני

ועוד כתב שם דכיון שעקרו דירתי ולא העבירו והפקידו בסתמ' הפסידו ע"כ משמע דפקיד מהני מדכתב והפקידו א"כ למדנו לפי זה דפקיד מהני ואעפ"י שאין זה ברור כל כך מ"מ עדיין אפשר דמילתא דנ"ד השכיר בשטר לזמן מהני משום דתנן בפרקא קמא דבבא בתרא כמה יהא בעיר ויהיה כאנשי העיר י"ב חדש קנה בה בית דירה ה"ה כאנשי העיר ע"כ. וכתב הרב בעל תרומת הדשן בסי' שמ"ב ומי שבא לעיר לגור שם אם דעתו להשתקע חייב וכו' והטעם כיון ששכר בית או חדר לדור בו הוי כקנה בה בית דירה דתנן דמחייבין אותו מיד דשכירות ליומי ממכר הוא ע"כ וכן כתב הריב"ש בסי' תע"ה וז"ל וכבר כתבו קצת מן האחרונים דלאו דוקא קנה בה בית דירה דה"ה אם שכר בה בית דירה כל ששכרה ל"ב חדש ע"כ. ומיהו מדברי הריב"ש אין הוכחה כל כך דשכירות הוי כקניה דהרי כתב דבעינן שישכור ל"ב חדש וטעמא משום דגלי דעתיה שירד להשתקע אבל מדברי הרב בעל תרומת הדשן דמשמע דשכירות כקניה לענין להיות כיושבי העיר משום דשכירות ליומיה ממכר א"כ מינה בנ"ד מה שכתוב בהסכמות שיוכל להעביר החזקה כי היכי דיכול להעבירה במכירה יכול להעבירה בשכירות דשכירות ליומיה ממכר הוא ומה גם דהאי דקדוק שדקדקו הראשונים דמי שיוצא מן העיר אבד חזקתו הוא דקדוק חלוש וקלוש וכן כתב הרב מורי ז"ל בפסקיו ח"ב סי' רכ"ד בעובדא דדוד מונטיזינוש ודין זה מעקירת הדירה שאבד חזקתו בעל החזקה הוא חדוש וכיון שכן אני אומר דכל מה שאנו יכולים למעט תקנה זאת ממעטינן ונאמר דבאיזה אופן שיעבירנה דהיינו מכירה או שכירות סגי דשכירות הוי מכירה לזמן ולא בא התקנה אלא לומר שאם לא ימכרנה או ישכירנה שאבד חזקתו:

ומ"מ אפילו נאמר שלא יועיל מה שראובן השכירה ואבד חזקתו מכל מקום מה שהוציא אביו בבנינה וכן הוא כנזכר בשאלה חייב שמעון ליתן לו וכמו שכתב הרב מורי זכרונו לברכה בפסקיו חלק ראשון סי' קס"ב וכתב שם על אחת כמה וכמה ראובן זה שבנה בשלו שאפילו שאבד זכות החזקה לא מפני זה אבד מעותיו ומה שהוציא שם כיון שמה שעשה עשה ברשות ודבר ראוי וצריך ע"כ: הכלל העולה דהיכא דהפקידה לדעת מהר"י טאיטצק ז"ל לא אבד חזקתו ונר' דה"ה השכירה ואפשר דכ"ש הוא מטעמא דכתיבנא דשכירות ליומיה ממכר הוא ונקרא העברה הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:..

הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קלח

שאלה ראובן היה מחזיק בחצר אחת ובכל הבתים שבתוכו ובכל רחבו וחללו ואחרי כן מכר לאחרים כמה בתים מבתי החצר באופן שנעשה החצר חצר השותפים שמחזיקים בתוכו ט' או י' אנשים כל אחד מהם בחזקתו הם הבתים שקנה מראובן הנז' וכתוב בשטרי המקנה שמכר לכל אחד מהם שמכר לו אותם הבתים עם כל המגיע להם מזכות וחלל החצר ההוא ויהי היום בא ראובן ועלה בדעתו לטפויי זכות לאחד מהמחזיקים בחצר ומכר לו זכות בחלל החצר לשיוכל להוציא בנין גארדאקי מחדש על שטח חלל החצר ועל הבור שבחצר שמשתמשים בו כל בעלי החזקות שבחצר הנזכר ובעלי החזקות שבחצר מוחין בדבר וטוענין שמאין לו כח לראובן למכור זכות החלל שהרי כל אותו החלל הוא זכות של כל בעלי החזקות שבחצר הנז' ואין כח ביד שום מא' מבעלי החזקות לבנות דבר חדש ולא להוציא לחלל החצר דבר כי אם ברשות כל בעלי החזקות ילמדנו רבינו הדין עם מי. עוד ילמדנו רבינו ראובן הנז' שמכר לאנשי החצר הנז' וכתב בשטרי המכירה שמכר להם הבתים הנז' עם כל תשמישי החצר כגון בור ושוקת ואשפה וכו' ולא כתב בשטר המכירה הנז' שמכר להם חלל החצר הנז' ועתה בא ראובן להוציא לחלל החצר שום בנין מה שירצה ואנשי החצר מוחין בידו באומרם כי כשמכר להם ראובן הבתים עם כל תשמישי החצר מכר להם גם חלל החצר החלק הנוגע לבתים הנז' ואעפ"י שלא כתב בשטר המכירה חלל החצר הנז' ילמדנו רבינו ג"כ הדין עם מי. תשובה דברים פשוטים אני רואה כאן בשאלה הראשונה פשיטא דכיון דנעשה חצר השותפין אין כח לראובן לתת כח לא' מן המחזיקים להוציא בנין גארדאקי דהטור כתב בסימן קנ"ד וכן אם קנה בית אצל ביתו אינו רשאי לפותחו לחצר השותפים שכל א' מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל אלא כמו שבנאוהו או קנאוהו או ירשוהו יש להם. לנהוג בו ע"כ משמע בהדיא דכיון דנעשה חצר השותפין יד כלם שוה בו ואין רשות לא' לשנות ממה שהיה בתחלה א"כ אחר שמכר ראובן לכל א' חלקו בחלל חצר המגיע לבתים שלו א"כ נעשה החצר חצר השותפים ואין כח להוציא בנין גארדאקי מבלי רשות בעלי החצר: ובשאלה הב' ודאי דהדין פשוט דראובן יכול להוציא לחלל החצר הבנין שירצה דשנינו במשנה פ' המוכר את הבית מכרן לא' ר"ע אומר אינו צריך ליקח לו דרך וחכמים אומרים צריך ליקח לו דרך ע"כ. כלומר דאם מכר לבור ודות לרבי עקיבא אין צריך המוכר ליקח דרך משום דמוכר בעין יפה הוא מוכר ובודאי מכר לו הדרך ללכת לבורו ולרבנן בעין רעה הוא מוכר וצריך ליקח לו דרך וקיימא לן כרבי עקיבא וכן פסק הטור בסי' רי"ד והרמב"ם ז"ל בפרק כ"ה מהלכות מכירה למדנו מכאן דלא איפלגו רבנן ורבי עקיבא

אלא לענין הדרך לבד אם מכר לו בהדי מכירת הבור או לא אבל שאר חלל החצר לא וא"כ אע"ג דאנן קיימא לן כרבי עקיבא אין חייב המוכר ליתן לו אלא דרך ללכת לבורו או לאשפה שלו אבל טפי לא וא"כ בנדון דידן שלא הזכיר המכירה חלל החצר אלא בור ושוקת ואשפה כיון שנותן לו דרך ללכת שם סגי ויכול ראובן להוציא לחלל החצר הבנין שירצה אחר שהוא מניח דרך לבעלי החצר ללכת לבור ולשוקת ולאשפה וכו' שמכר להם כדי שיוכלו ללכת להשתמש בתשמישי החצר שמכר להם הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:

הקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמ

כן באו אלי האנשים היקר כה"ר יעקב קאניג"י יחד עם שכניו על דבר אכסדר' שהיה רוצה לבנות ה"ר יעקב בחצר השותפין כמו שיש לכל. אחד משכניו הדרים עמו ושכניו היו מוחים בידו וקבלוני עליהם אדון ביניהם שני הכתות יחד במעמד הדרת החכמים השלמים הרבנים נר"ו אשר בעיר והנה אז מנעתי את עצמי לעיני בני עמי ושם אתנו שר וגדול בישראל תורה וגדולה במקום א' החכם השלם דון חייא אברבנאל נר"ו אשר הוא חלה פני באמור אלי כי שני הצדדים מרוצים וכלם מקבלים עליהם בסבר פנים יפות מה שאגזור ביניהם א"כ למה זה אנכי חושך עצמי מן הדין דין אמת ושפטתי בין איש ובין רעהו ואיש על מקומו יבא בשלום אז אמרתי אין מסרבין לגדול כבודו גדול עלי ואעשה כן גם אני כאשר צוני וכאשר בא ה"ר יעקב לפני יחד עם הכת המנגדת טען כי קודם השרפה היה לבעלי הבתים ההם אכסדרה בנויה על עמודים בחצר כמו שיש לכל שכניו ושיש לו עדים על כך ואחרי שנשרף אעפ"י שלא עשה אכסדרה לא אבד זכותו והוא בא מכחו כי לקח כל זכותו כאשר כתוב בשטר המכירה ושכניו אמרו שמעולם לא היה שם אכסדר' והם החזיקו מעולם באכסדראותיהם והוא לא החזיק מעולם על כך ולא מי שמכר לו אז הביא ה"ר יעקב הנז' בפני ובפני כל הישיבה שני עדים זקנים חשובים שם האחד ה"ר אברהם גאפינויו ושם השני ה"ר יוסף ויליי־אנפאנדו ואחרי האיום והגזום ראוי להעשות קם ה"ר אברהם גאטיניו והעיד בתורת עדות כי קודם השרפה היה שם שנים הרבה יותר משני חזקה אכסדר' בנויה על עמודים כשאר האכסדראות והיתה של המוכר הא' שהיה ה"ר שמואל גאטיניו ושאלתי אם הוא זכור כמה היתה רחבה וארכה של אכסדרה ואמר שהיתה כפי האכסדראות אשר לכל א' מהשכנים בחצר עתה ויותר מהמה ושאלתי אם כשהיתה האכסדרה בנויה קודם השרפה היו הבתים של מעלה ושל

מטה בנוים כמו שהם בנוים עתה ואמר לי שהיו ממש כמו שהם עתה בנויות אלא שהיו יפות ביותר ושאלתי לו אם היו הבתים של מעלה ושל מטה מב' אנשים כמו שהם עתה והשיב שכן היו משני אנשים מעולם ואח"כ קם ה"ר יוסף ויילייאנפאנדו והעיד בתורת עדות כמו שהעיד ה"ר גאטיניו. אז אמרתי כיון שלמוכר הא' קודם השרפ' היה לו שם אכסדרה על אויר החצר נסמכת בעמודים אע"פ שלא בנה אותה זה כמה שנים לא אבד זכותו המוכר הא' וה"ה המוכר הב' או הג' הבא מכחו דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכן כתוב בשטר המכירה כל זכות ושעבוד וכו' וחזקת הבתים והאכסדרה וכו' וראיה לזה מתשובת הרשב"א הביאה הרב ב"י בסי' קנ"ג והיא בתשובותיו בסי' אלף קל"ג ראובן יש לו מקום חרב סמוך למצר חצרו של שמעון וכותל עפר חוצץ ביניהם וכדי שלא יתקלקל הכותל כסה אותו ברעפי' בענין שמי הגשמים יורדים עליו נגרים על חצר שמעון ובא שמעון. לעכב עליו והביא ראובן עדים והעידו שראו שאותו מקום שהיה חרב עכשיו היה בנוי ומכוסה בגג שהיה משפע כלפי חצר שמעון ומימי הגג נגרים על החצר ושמעון טוען כי מיום שירש הוא החצר לא ירדו גשמים משם לחצר וכך החזיק בה מעולם והשיב הרשב"א ז"ל באורך וסוף דבריו ומעתה נחזור לענין שלפנינו הרי שהיה גגו של ראובן מקלח לחצר שמעון אם לא אבדו לשעתו לא אבדו מעולם ואע"פ שנתעכב כמה שנים עד שחזר ובנאו כי במה הורע כחו וטענת שמעון אין בה ממש כי במה החזיקו ומה חדש שתעלה לו חזקה בכך ואלו שמעון מגביה בנינו בענין שאם יחזור ראובן ויבנה גגו כמו שהיה לא היו מי גגו יכולים לקלח בחצרו של שמעון או שהיה לראובן חלון על חצר שמעון ונסתר הכותל ועמד שמעון ובנה הכותל כנגדו בקרוב ארבע אמות ולא מיחה ראובן בזה ודאי היה יכול שמעון לטעון עליו שמחל או מכר ושנתן לו אותו שעבוד שהיה לו עליו שהרי עשה מעשה ולא מיחה בו ראובן והוא שבא בטענה ע"כ היה בדברי הרב ב"י וכיוצא בזה הוא בדפוס אלא שכתוב שם באורך יותר וכתוב שם לשון נוסף וטענת שמעון שאמר שהוא ואביו וכו' ומה חדש שתעלה לו חזקה בכך הוא לא חדש כלום שהרי הוא ואביו היו משתמשים בחצרו בענין א' קודם שנפל הגג כלאחר שנפל ולאחר שנפל כקודם שנפל והוא אי אפשר לו לבא אלא מצד ראובן שהוא יושב ואינו מוריד מימיו בחצרו וכבר נתבאר שאין זה סלוק שעבוד ואלו היה שמעון מגביה בנינו וכו' ע"כ. א"כ נתבאר מדברי הרשב"א שכל שעבוד שיש לו לאדם בחצר חבירו אפילו נתעכב כמה שנים לא אבד זכותו ואע"פ שהוריש האב הקרקע לבנו לא פקע זכותו אפילו מהיורש ולא מהני ליה טענה דירשתי מאבא כיון דלאביו אין לו חזקה בכך והוא הדין והוא הטעם בנ"ד כיון דהיה לו למוכר הראשון זכות לעשות

אכסדרה זו באויר החצר נסמכת על העמודים אע"פ שנשרפה ולא בנאה לא אבד זכותו המוכר הראשון וה"ה השני הבא מכח כיון דאין חזקה בדבר זה וכמו שכתב הרשב"א ז"ל דמה חדש שתעלה לו חזקה הכא נמי דכוותא היא דהרי חזקה זו היה באויר חצרו והאויר לא החזיקו בו שכני ה"ר יעקב מעולם וא"כ לא אבד חזקתו המוכר הראשון וה"ה הבאים מכחו ואף ע"פ ששכני ה"ר יעקב קאגיג"י לקחו בתיהם מאחרים וכך החזיקו המוכרים להם אחר השרפה שלא היה שם אכסדרה אינו כלום דבנדון דהרשב"א ג"כ כך החזוק היורש שלא ירדו גשמים משם לחצרו ואינו מועיל לו טענה לו' אולי אבי לקח זכות זה ממך שלא ירד מימי גגך על חצרו דכיון דאין לאביו חזקה בכך אין טענתו טענה הכי נמי בנ"ד כיון דאין למוכר הראשון חזקה בכך ה"ה לשכני ה"ר יעקב שלקחו ממנו דמה לי יורש מה לי לוקח דהא קי"ל כי היכי דטענינן ללוקח טענינן ליורש ואם היה מועיל לטעון ללוקח דאולי מי שמכרו לו לקח זכות זה שלא יוכל לבנות שם אכסדרה כיון דמעולם החזיקו שם בלא אכסדרה בנויה ה"נ הוה למטען בנדון דהרשב"א ז"ל גבי יורש אלא ודאי לא שנא יורש ולא שנא לוקח כיון דהוא חזקה על אויר חצרו לא אבד זכותו המוכר הראשון דמעולם לא החזיקו שכניו באותו האויר לאבד זכותו:

ואם נפשך לומר הרי החזיקו במקום העמודים התקועים בחצר שאותו המקום הוא לכל וכלם היו משתמשים שם ואיך יוכל ה"ר יעקב לסמוך אכסדרה על עמודים ולמנוע תשמיש מקום תקיעת העמודים מבני החצר לא היא מכמה טעמי חדא שאותו המקום שתחת האכסדרה ודאי שהוא משותף לכל בני החצר לעשות שם כל מה שירצו ואין לו לה"ר יעקב יצ"ו זכות באכסדרה אלא לבנותה על אויר חצרו ומקום תקיעת העמודים בחצר אינו אלא כל מקום שיש לו אכסדרה בחצר יהיה לו רשות לתקוע אותם עמודים שם אבל כשאין לו אכסדרה מקום העמודים משותף לתשמיש החצר ואין אותו המקום שלו לגמרי עד שתאמר שלא היה לו להניח לשכני החצר להשתמש שם וטענינן ללוקח שלקח מן המוכר הראשון דלא היה שם למוכר הראשון אלא חזקה זו לבד ולכך לא מיחה בתשמיש ואע"ג דהניחו להעמיד העמודים אין זו ראיה דהחזיק בקרקע דכי היכי דאמרי' בהזורק אמקו' כרעי לא קפדי אינשי גבי אשתו ה"ה גבי שותפים לא קפדי ועוד דמקום העמודים הוא מעט כאן ומעט כאן דהעמודים תקועים אחד הנה ואחד הנה וכיון שאינו במקום א' איך ימחה בשכני החצר לומר להם אל תשתמשו באלו המקומות מועטי' מאחר שאינן מצויין במקום אחד והיכי שייך לומר מכל זה המקום תשתמשו לבד אלו המקומות המועטים כיון דבפני עצמם אחד הנה ואחד הנה אינו ראוי לתשמיש אלא בהצטרפות כל המקום זה ודאי דבר שאין לו שחר ועוד הרי כתב הריב"ש ז"ל בסי'

רמ"ח כל שאין דרך בני אדם להקפיד אם מפני התשמיש עצמו אם מפני המקום אין התשמיש ההוא חזקה ומקומות מועטים ומפוזרים כי הני ודאי לא קפדי אינשי ועוד דהרי כתב הטור בהלכות חזקת קרקעות בשם הרי"ף והרמ"ה זיל דאפילו בחצר אם היה של שותפו לא הוי חזקה דהשותפים אין מקפידין זה על זה ואע"פ שיש חולקים עליהם מ"מ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מוקמינן חזקת המוכר הראשון על חזקתו שהיה לו חזקה באכסדרה מימי קדם ומי שבא לבעלה עליו להביא הראיה דיאמר המוכר הראשון דלא מיחה מפני שהמקום זה משותף ואין השותפים מקפידים זה על זה ולכך לא מיחה באלו המקומות המועטים ועוד דאפילו הטור והרא"ש דפליגי עלייהו וס"ל דדוקא ברחבה שהוא בינו ובין שותפו לא הוי התשמיש חזקה מפני שאין דרך השותף להקפיד בתשמיש הרחבה אבל בחצר לא מודו בנ"ד נמי דאין דרך להקפיד בתשמיש מקומות מועטים כאלו וגריעי מתשמיש רחבה א"כ זכינו לדון ודאי דלא אבד המוכר חזקתו שיש לו באכסדרה מפני שנשתמשו בני החצר באלו המקומות מועטים ואע"ג דהרשב"א בתשובה הנז' כתב במה שנמצא בדפוס הוא לא חדש כלום שהרי הוא ואביו היו משתמשים בחצרו בענין אחד קודם שנפל כלאחר שנפל ובנ"ד איכא מקום העמודים שנשתמשו בני החצר שלא נשתמשו קודם לאו קפידא היא כלל מטעמי ברירי דכתיבנא והוי כלא נשתמשו והרשב"א ז"ל בנדון דידיה קושטא דמילתא קאמר. ואם נאמר דכיון דאחר השרפה פתח חלון א' מוכר א' שמכר לשכני ה"ר יעקב לאותו המקום הפנוי שרוצה לבנות בו ה"ר יעקב האכסדר' וכבר החזיק בחלון ההוא והוא מעכב מעשות האכסדר' ה"ר יעקב הנז' א"כ נמצא שאבד חזקתו ר' יעקב הנז' לא היא דירחיק ר' יעקב ד' אמות מהחלון ויעשה אכסדרה שלו ויסתום עצמו כדי שלא יביט לבית ההוא כהוגן וכשורה ונהי דבפתיחת חלון ההוא אבד הד' אמות מ"מ לא אבד כל המקום ההיא והרשב"א לא כתב בתשובה הנז' אלא שאם היה שמעון מגביה בנינו בענין שאם יחזור ראובן ויגבה גגו כמו שהיה לא היו מי גגו יכולים לקלח בחצרו של שמעון דאז היה נאבד חזקתו ודכוותא בנ"ד אם היו בונים בענין שלא היה יכול ה"ר יעקב לעשות אכסדרה ודאי דהיה נאבד חזקתו אבל מפני שפתח חלון א' לא אבד זכות כל המקום דהרי הניח לו מקום לבעל האכסדרה לעשות אכסדרה שלו אלא שויתר לו בעל האכסדרה אותם הד' אמות ויקצר אכסדרה שלו אבל אין טעם לומר שבשביל כך יאבד זכותו לגמרי זה ודאי אין הדעת מקבלו על כן מכל האמור זכינו לדון ודאי שיוכל לבנות ה"ר יעקב האכסדרה בהרחקת ד' אמות מן החלון ויסתום עצמו שלא יביט דרך החלון ההוא לבית ההוא:

אחרי כן באו אלי ואמרו כי באלו השכנים יש בהם אלמנה א' שיש לה יתום קטן שיש חלק בבתים ההם וכשזה בונה אכסדרה זו הוא מאפיל לבית האלמנה של מטה שיש בה חלק ליתום ההוא הקטן ואיך נקבל עדות שלא בפני בעל דין שהוא היתום הקטון כדי שה"ר יעקב יבנה אכסדרה שלו ויאפיל ביתו של היתום הקטן הן אמת שכשבאו לפני לדין וקבלתי העדיות בפני הישיבה לא אמרו לי שהיה יתום קטן אלא באו השכנים וקצת מיחידי ק"ק אראגון ואמרתי אם היו שם כל הבעלי דינים ואמרו לי הן ואז קבלתי העדיות ואמרתי שהדין עם ה"ר יעקב לבנות אכסדרה שלו אבל שירחיק ד' אמות מהחלון כאשר כתבתי ואמרתי שאני אלך שם וארא ההרחקה הראויה אחרי כן נתגלגלו הדברים והאיבות ומריבות גדלו בין ב' הכתות והלך ה"ר יעקב ובנה אכסדרה שלו ועתה אני אומר שאחר שכבר נתקבל העדות ובנה ה"ר יעקב אין לסתור את דינו חדא דגדולי האחרונים כתבו שאם קבלו עדות שלא בפני בעל דין בדיעבד עדותו עדות וכמו שכתוב במשרים הוזכר בב"י סי' כ"ח ועוד דבנ"ד נתקבל העדות בפני ק"ק אראגון שהוא קהלו של היתום והוא בית דינו והם אפטרופסים שלו והרב ב"י כתב בשם הרשב"א בסימן הנז' דאפטרופס שלו כמוהו וכן כתב בסימן שס"ח יע"ש. ובר מדין אני אומר דהכא לא צריכנא דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני קטן היינו היכא שהיו הנכסים בחזקת אביו וכדכתב הטור בהלכות עדות סי' כ"ח אבל היכא דליכא חזקת אבוה לא כדאמרי' בפ' בתרא דב"ק וא"כ בנ"ד זה האויר לא היה בחזקת אביו של הקטן מעולם שאביו לא נשתמש אלא בחצר אבל באוירו לא היה לו חזקה וזה מביא ראיה שיש לו זכות באויר ובונה בשלו ואע"פ שיגיע היזק ליתום לא איכפת לן כיון דאין העדות להוציא ממון מהיתום או דבר שהוא בחזקת אביו. ובר מדין אחרי כן הלכתי שם וראיתי שאחר שירחיק ד' אמות כדינו אינו נמשך שום אפלה ליתום ולא לשאר השכנים ונתבטלה הטענה הנז' א"כ ודאי דהדין עם ה"ר יעקב כמו שכתבתי דהמוכר הראשון היה לו כח וזכות וחזקה באכסדרה ההיא כדכתיבנא וכיון שכן הרי הלוקח ממנו יש לו כחו וזכותו שכן כתוב בשטר המכירה שמכר לו כל כח וזכות ושעבוד וחזקת הבתים והאכסדרה והחנות וכו' עם כל הנאותיהם ותשמישיהם ומובאיהם וכל הנלוה להם משאר תשמישי החצר כגון בור ושוקת ותנור ואשפה ובית הכבוד ורוחב ושטח חלל החצר הכל מתהומא דארעא וכו' מכרו המוכרים וכו' וכיון שמכר לו חלל החצר מתהומא דארעא ועד רום רקיעא וכל זכות דאית ליה בגויה והרי יש לו זכות באויר החצר לבנות האכסדר' א"כ הלוקח שלקח ממנו שהוא ה"ר יעקב יכול לבנותה כיון שהוא בא מכחו ודברים פשוטים ברורים הם. אחר כן באו אלי השכנים ואמרו שיש להם ראיה איך מכרו המוכרים שמכרו

לרבי יעקב קאגיגי אותו הזכות מהאויר לרבי משה גורמייאנו כדי שלא יוכל לבנות שם אכסדרה קודם שמכרו לרבי יעקב ואמרתי שיביאו עדים ואם יעידו כדבריהם ותהיה המכירה כראוי יצדקו בדינם ואמרו לי שלמחר יביאו אותם עד חצות היום ונטלו קנין שאם לא יביאו אותם למחר עד חצות שיוכל לבנות האכסדרה ברצונו רבי יעקב למחר לא הביאו אותם ביום הג' באו אלי ואמרתי להם שיביאו העדים והיו נשמטים ממני ואמרו לי שיביאו אותם בכתב שחתמו הכתב ביום שלפניו אז אמרתי כיון שאמרתם להביא העדים לפני הרעותם אשר עשיתם לצאת מלפני ולחתום העדים כי רוצה אני לקבל עדותם מפיהם ולא מפי כתבם וכמו שכתבו הפוסקים שלא ישלחו כתב ידם לב"ד אז חששתי על עדות עדים אלו אולי עדי שקר הם ולכך הם נשמטים מלהגיד הדבר בפני הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמא

שאלה ראובן ושמעון שכנים מחזיק כל אחד מהם בחצר בפ"ע והיה בכותל המפסקת בין ב' החצרות פתח פתוח שהיו עוברים בו מחצר זה לחצר זה והיה הפתח סוגר ופותח בבריח מצד חצר ראובן וכאשר היה נדרש ראובן משמעון ושכניו לפתוח הפתח היה ראובן פותח ועוברים בו מחצר לחצר והחזיקו כן כמה שנים. וכי ארכו הימים מכר ראובן חצרו הנז' ללוי והחזיק בו לוי בפתיחת הפתח הנז' ובין כך ובין כך נתקוטט התוגר בעל החצר עם לוי המחזיק וגרשו מתוך החצר וכראות שמעון הנ"ל כי חצר לוי נשאר ריקם מאין יושב כי נתייירא מאד פן יכנסו גנבים ושודדי לילה לחצרו דרך הפתח הנז' ובכן נתן אל לבו לסתום הפתח ההיא ובקש מעם לוי שיתרצה בסתימת הפתח לסבה האמורה כל זמן שהחצר ההוא יעמוד ריקם מאין יושב בו ונתרצה לוי לבקשתו על מנת שנתחייב שמעון בשטר ובקנין שכל זמן שיחזור לוי אל החצר שיוכל לפתוח הפתח כאשר בתחלה ונתגלגלו הדברים שלוי מכר כל הכח והזכות והחזקה אשר לו בחצר הנז' לישכשר וזבולון ובכן נכנסו ישכשר וזבולון בחצר ההוא והחזיקו בו כדת וכהלכה בכסף בשטר ובחזקה ובאו לפתוח הפתח הנ"ל כאשר בתחלה ובשעה שהיו פותחים הפתח בא שמעון המחזיק בחצר הסמוך לו הנ"ל ואמר להם כבר נכנסתם בחצר יהיה בסימן טוב מקצת חזקת החצר ופתיחת הפתח זאת אבקשה מאתכם שתגדילו ותרחיבו הפתח יותר מאשר היתה בתחלה כדי שנוכל לעבור בריוח ולא בדוחק ולעיני שמעון פתחו הפתח עם הבריח מצד חצרם של הקונים כאשר היתה בתחלה והקונים הנז' החזיקו

בפתיחת הפתח הנז' זה שלש שנים בשופי בלי ערעור כלל. ועתה רוח אחרת היתה עם שמעון הנז' ולסבה שהקונים הנז' לא רצו לתת לשמעון שאלתו שבקש מהם שיוותרו לו מזכותם בדבר אחר חרחר וערער כנגדם על פתיחת הפתח הנז' באומרו כי רוצה לסתום הפתח כי אין להם לקונים הנז' זכות בפתיחת הפתח הנז' אחרי אשר כבר נסתם וישכר הנז' גם יורשי זבולון הנמצאים היום טוענים ואומרים כי הם זוכים בפתיחת הפתח אם מצד לוי הקונה הראשון שמכר להם כל זכותו והרי תנאי היה ביניהם שכל זמן שיחזור אל החצר שיזכה בפתיחת הפתח כאשר בתחלה והם קנו זכותו ואם מצד ששמעון הנז' נמצא בשעת פתיחת הפתח ונתרצה ואמר להם שיהיה בסימן טוב ובקש מהם שיגדילו הפתח וכן עשו וא"כ אף אם לא היה להם זכות מצד המוכר לוי הנז' כבר החזיקו בפתיחת הפתח ברצון שמעון והחזיקו שני חזקה כן א"כ מי בעל דברים יגש אליהם לערער כנגדם כ"ש בהצטרף ב' הטעמים יחדיו ומה גם שיש בכאן יתומי זבולון וטעני' ליתמי מאי דהוה מצי אבוהון למיטען. ילמדנו רבינו אם יש מקום לשמעון לערעורו זה להפקיע וכו' ישכר ויתומי זבולון או לא ושכר אדוננו גדול מעל שמים להציל עני ואביון ויתומים מגוזלם ולא יחרוך רמיה צידו:

תשובה מה שטענו ישכר וזבולון ששמעון נתרצה בשעת פתיחת הפתח יש לסתור טענתם מהא דכתב הרא"ש בפסקיו ברישׁ פ"ק דבבא בתרא וכתבו הטור בסימן קנ"ז וז"ל ואם חלקו ולא תבע שום אחד מהם וכו' אבל היכא שהמחזיק ניזוק כמו שהוא מזיק יכול לומר לא חששתי למחות וכו' עד אומרו אבל אם יש עדים שמחלו זה לזה על היזק ראיה שוב אין יכולים לחזור בהם ע"כ. וביאר הדבר יותר בפסקיו וז"ל אעפ"י שהאומר לחברו קרע כסותי וכו' שאני הכא דתביעת ממון יש וכו' ומחל לו עליו שזכה במחילתו בלי קנין ע"כ משמע דבמחילה בלא קנין סגי ותמיהא לי בדברי הרא"ש ז"ל דכיון דהוא נתן שני טעמים בדבר והא' מהם דהוי תדיר כמו קוטרא אמאי מהני מחילה בלא קנין הרי כתב הטור בסי' קנ"ה וז"ל כתב ר"ת כל נזק שאין לו חזקה אפילו הקנה לו בעדים וכו' אבל ר"י פירש דנהי דלא אהני להו חזקה אבל אם יש ראיה שמחל לו מהני ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל וקנין ג"כ צריך שלא כדעת המפרשים וכו' משמע דצריך קנין גבי קוטרא ובית הכסא במחילה אליבא דהרא"ש דהאי וקנין צריך וכו' דקאמר הטור אליבא דהרא"ש משמע דקאמר ליה ואפילו נאמר דהטור סברא דנפשיה קאמר והרא"ש פליג עליה אכתי קשו דברי הטור אהדדי דכתב בסי' קנ"ז דדברי הרא"ש ז"ל בסתם דבמחילה סגי בלא קנין וכאן כתב דבעי' קנין במחילה ואולי י"ל דלא דמי לגמרי לקוטרא דלא ליהני בלא קנין אלא הוי דומה לקוטרא לענין דלא מהני ביה חזקה אלא מחילה בעי אם

כן למדנו דהיכא דהוי מזיק וניזוק וגם הוי היזק תדיר לא מהני חזקה מתרי טעמי ומטעם זה כתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בראשונות סי' פ"ב דפתח שהחזיק לוי בחצר שמעון דלא הוי חזקה יע"ש. גם הרב מורי ורבי ז"ל בפסקיו ח"א סימן רצ"ו כתב בפתח שהחזיק ראובן בחצר שמעון אעפ"י שפתחו ברשות שמעון לא היה מועיל לו חזקה דג' שנים משום דהוי מזיק וניזוק אלא מהדר לאשכוחי טעמא דמועלת לו החזקה לראובן משום דהוי שמעון ניזוק טפי שהיה שואב מים מבורו א"כ למדנו בנ"ד דליכא הך טעמא דאע"ג דפתחו יששכר וזבולון בחצר שמעון לא מהני להו חזקתם כיון דהוו מזיקים ונזוקים אלא שיש מקום לזכותם ולומר דכיון דהמסגרות היו בחצר יששכר וזבולון והיה להם כח לסגר' ולפתוח מה שלא היה כח זה לשמעון א"כ תועיל חזקתם כנגד שמעון דע"כ לא אמרו הרבנים הנזכרים אלא שאותו שיש לו המסגרת יוכל לסגור הפתח וכנראה מתשובה דהרב מהר"י ן' לב ז"ל דזכה למי שיש לו המסגרות לסתום הפתח אבל אם היה בהפך שהאחר היה רוצה לסתום אולי מי שיש בידו המסגרות ידו על העליונה ואעפ"י שלא יהיה טעם זה ברור כ"כ מכח הטעם הראשון הנז' בשאלה נ"ל דזכו יששכר וזבולון ואע"ג דאיכא למימר דמה שנתחייב שמעון בשטר ובקנין היינו כל זמן שיחזור לוי עצמו בחצר אבל יורשי לוי או הלוקחים ממנו לא ודמי למאי דאמרי' בפרק מי שאחזו דהאומר לאשה ה"ז גיטך ע"מ שתתנו לי מאתים זוז ומת לא תתן ליורשיו וכ"כ הרשב"א בתשו' הוזכרה בב"י סי' ר"ה האומר שדה זה נתונה לך ע"מ שתתן לי בכל שנה מנה הרי זה נותן לו כל ימי חייו מת אינו נותן ליורשיו וכו' וכיון דלא הוי ממון להורישו ליורשיו הוא הדין דלא הוי ממון למוכרו דזה לא נתחייב אלא לו ולא ליורשיו ולא ללוקחים ממנו הא ודאי לאו מילתא היא חדא דהלוקחים ממנו אפשר דעדיפי מיורשים והוו כהוא עצמו שהם שלוחים ממנו ושלוחו של אדם כמותו ועוד אפילו תאמר שאין לחלק מכל מקום נבא מצד אחר ונאמר דהפתח שהיה ללוי מעיקרא קודם שגרשו התוגר מהחצר לא אבד זכותו ואע"ג דסתמו ופרץ פצימיו וקיימא לן כיון דפרץ פצימיו אבד זכותו וכדכתב הטור בח"מ סי' קס"ב מכל מקום הרי הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל כתב בתשובה הוזכרה בבית יוסף ז"ל סימן קנ"ג וז"ל כל שעבוד שיש לאדם על חצר חברו וכו' אם סלקם משם הבעל בענין שיראה שהיה סלוקו מחמת מחילה וכו' וא"כ בנדון דידן הרי גלה דעתו שלא היה מחמת מחילה אלא מחמת שגרשו התוגר ונתחייב שמעון שכשיחזור לוי לפתוח הפתח וכו' א"כ לא אבד זכותו הראשון וכיון שכן זכו יששכר וזבולון הבאים מכחו. וכי תימא הדרא קושיא לדוכתא דאיך זכה לוי מעיקרא בפתח ההוא כדי שתאמר שלא אבד חזקתו הראשונה כיון שהוא מזיק וניזוק וכמו שכתבנו לעיל אין לו חזקה כבר כתבתי

לעיל דכאן דיש ללוי המסגרות מהני לו חזקתו ובהצטרפות הטעמים הנזכרים פשיטא ודאי דזכו יששכר וזבולון בדינם הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמב

שאלה ראובן מכר בתים לגוי א' ונשארה לו החזקה ולא היו רוצים היהודים ליכנס ולדור בבתים ההם מפני שהיתה החזקה של ראובן אח"כ בא ראובן ואמר כל מי שירצה ליכנס בבתים לדור יכנס ואני מוחל לו החזקה בא שמעון ודר שם ועמד ג' שנים שני חזקה אח"כ נפטר ראובן לב"ע ובאו יורשיו לתבוע משמעון הבתים כי הם חזקת אביהם ושמעון טוען שנכנס שם שמפני שאביהם מחל החזקה למי שיכנס ושישבע על כך והוא נאמן מפני שאכלה שלשה שני חזקה יורנו מורנו הדין עם מי. תשובה אפילו שיהיה כדברי שמעון אין לשון מחילה מועיל בקרקע דכן כתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בבית יוסף ח"מ סי' רמ"א וז"ל שאלת ראובן היה תופס קרקעו של שמעון ולא היה יכול להוציאו מידו עד שאמר לו ראובן מחול לי הקרקע וכו' והשיב שם דכל שקנו מידו אפילו באומר דין ודברים אין לי בשדה זו קיי"ל דמגופו של קרקע קנו מידו וכו' משמע משם דדוקא קנו מידו הא לא קנו מידו הוה ליה כמו דין ודברים אין לי על שדה זו שאינו מועיל כלל ואם כן אם לחזקות שלנו דין קרקע יש להם וכמו שהיה דן אותם הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה וכמו שכתב בפסקיו פשיטא ופשיטא דאין מועיל לשון מחילה וכמו שכתבתי ואפילו נאמר דיש להם דין טלטל דזה ספק קדום נפל לרבנן קשישי ז"ל וכמו שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים כמה פעמים מ"מ לא מהני לשון מחילה במטלטלין אלא נתינה וכן כתב הרא"ש בתשובה כתבה הטור בח"מ סי' מ"ג וז"ל אבל כשיש לאדם חפץ ביד חברו ואומר לו אני מוחל לך החפץ לאו כלום הוא אלא אם כן שאמר לו אני נותנו לך עד כאן אם כן ודאי דלשון מחילה אינו מועיל כאן כלל:

אבל מה שיש להסתפק הוא כשאמר בלשון לע"ז יו לי אינפריזינטו לה חזקה דאף על גב דיש הפרש בין לשון מחילה ללשון מתנה דלשון מתנה מהני ולשון מחילה לא מהני היינו בלשון הקדש משום דלשון מחילה לא שייך אלא בחוב וכדכתב שם הרא"ש אבל בלשון לע"ז שכשאדם נותן לחברו חפץ אומר יו טי אינפריזינטו אישטי חפץ א"כ לשון אינפריזינטאר הוי לשון מתנה ודמיא למאי דכתב הטור בא"ח סי' ש"ז בהלכות שבת וז"ל השואל דבר מחברו לא יאמר לו הלוני דמשמע לזמן מרובה ואיכא למיחש שמא יכתוב הלויתי לפלוני כך וכך אלא יאמר לו השאילני וכתב ה"ר פרץ דבלשון לע"ז הכל

לשון אחד הוא ע"כ ואם כן גם כאן נאמר דבלשון לע"ז הוי מחילה ומתנה לשון אחד ומהני דאזלינן בתר לשון בני אדם בענין מקח וממכר וכיון דלשון בני אדם לנותן דבר אומר אינפריזינטו הוי לשון מתנה:

איברא דלא דמי לגמרי להההיא דה"ר פרץ דהתם בלשון לע"ז אין הפרש כלל מהלואה לשאלה אבל הכא יש הפרש דלמחילה יאמרו אינפריזינטאר ולמתנה יאמרו דאר וכשיתן לו חפץ יאמר לו טידו אישטו אבל מ"מ אין זה חלוק כלל לע"ד דכיון דאזלינן בתר לשון בני אדם כדכתיבנא הרי אנו רואים דבני אדם אומרים בלשון לע"ז למתנה אינפריזינטו ואם כן בנ"ד אם אמר כל הרוצה ליכנס לדור יכנס קי לי אינפריזינטו לה חזקה נראה לי ודאי דמהני דהוה ליה כאומר אני נותנו לו במתנה וכיון דהחזיק שמעון קנה דהוי כמאן דאמר ליה לך חזק וקני והחזיק דקנה בחזקה לחודא:

איברא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי חזקה לחודא באתרא דכתבי שטרי מהני או לא דהר"ן כתב בפ"ק דקדושין בשם הרמב"ן דמסתברא דכי אמרי' לא שנו אלא במקום שכותבין השטר אכולה מתניתין קאי שלא מצינו שיפה כח החזקה מכח הכסף אלא במה ששנו לקמן בברייתא בגמ' ע"כ נראה לכאורה מדברי הרמב"ן דראייתו היא משום דבקדושין פ"ק דף כ"ו הביאו שם בגמ' ברייתא יפה כח הכסף מכח השטר וכו' וכח החזקה מכח שניהם וכו' ואי איתא דעדיף חזקה מכח כסף באתרא דכתבי שטרא דחזקה מהני וכסף לא מהני אמאי לא תני לה הא עדיפותא בברייתא. וקשה לי טובא דאם כן תקשה ליה להרמב"ן ז"ל דאמאי לא תני עדיפותא אחריתי דיפה כח שטר מכסף וחזקה דבמתנה באתרא דכתבי שטרא בשטר לחודיה סגי וכסף או חזקה לא מהני מיהו לזה י"ל דהא לא הוי עדיפותא דשטר דאין זה אלא משום דנהגו לסמוך על השטר ולכך עדיף שטר אבל באתרא דכתבי שטרא דעדיף טפי חזקה מכסף הא הוי עדיפותא משום הכי הביא ראיה הרמב"ן ז"ל דאי איתא דעדיף חזקה מכסף בהא הוה ליה למיתניה. ומיהו קשה אמאי לא תני יפה כח כסף משטר דבאתרא דלא כתבי שברא קנה בכסף לחודיה ובשטר לא קנה עד שיתן את הדמים ועוד ליתני יפה כח כסף מכח חזקה דבשטר לא קנה עד שיתן דמים ובחזקה עם שטר ולא נתן דמים לא מהני א"כ כיון דדמים עם שטר מועילים ולא חזקה עם שטר א"כ כסף. עדיף ויש לומר דמאי דאמרי' דבשטר לא קנה עד שיתן דמים אין הדמים כתורת קנין אלא כתורת פרעון ומשום הכי כתב שם הר"ן דאיכא מ"ד דבעינן שיתן כל הדמים וכיון דאין הדמים כתורת קנין לא חשיב ליה עדיפותא דלא חשיב בברייתא אלא הדבר שזה עושה קנין ולא האחר זה נר' לי ליישב דברי הרמב"ן. ואם היינו מפרשים דבריו במה שכתב שלא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף וכו' אין כוונתו לומר

משום דלא תני הא עדיפותא בברייתא אלא כוונתו לומר דאין לנו לחדש עדיפות אשר לא מצינו דבשלמא אם היינו מוצאים אותו בשום מקום בגמ' ככל הני יפויים שהקשיתי לעיל דאנו מוצאים אותו בגמ' אף על פי שלא הוזכרו בברייתא ניחא אבל כיון שלא מצינו עדיפות אחר אלא מה שהזכיר בברייתא אין לנו לומר ולחדש דעדיף חזקה מכסף במה שלא נתפרש לא בתלמוד ולא בברייתא עם זה ודאי היו כל הקושיות הנזכרות מתורצות אלא שאין זה במשמע דברי הרמב"ן ז"ל וזה ימים בפסק אחד אשר שלחתי למגנאסיא"ה כתבתי שם לשון זה של הרמב"ן ז"ל והקשיתי כל אלו הקושיות ולתרצם רציתי לפרש כפירוש האחרון שכתבתי וכתב לי משם החכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר שמואל טאיטאצאק ז"ל כי לא ישר בעיניו פי' זה והוא דחוק מאד והקושיות הם חזקות וצריך לתרצם על כן נראה בעיני כעת לתרצם כאשר תירצתי בראשונה כפי עניות דעתי החלושה:

מ"מ למדנו דעת הרמב"ן ז"ל דבאתרא דכתבי שטרא לא מהני בחזקה לחודא א"כ השתא במקומותינו אתרא דכתבי שטרא הוי ואפילו למ"ד דהחזקות דין טלטל להם לא לכל הדברים אמרו וכמו שכתב הרב מהר"י ן' ז"ל בפסקיו הראשונים סי' מ"ו וכיון דראינו דכל חזקה כותבין שטר אתרא דכתבי שטרא הוו וכיון שכן להרמב"ן ז"ל לא קני בחזקה לחודא:

אלא שמ"מ אני אומר דאני רואה דעת הרמב"ן דעת יחיד ורבים חולקים עליו דרשב"ם כתב שם הר"ן דחולק עליו והרא"ש ז"ל בפסקיו בפ"ק דקדושין על מימרא דרבא דאמר לא שנו אלא שנתן דמי כולן וכו' כתב מכאן יש לדקדק אף במקום שכותבים שטר אע"ג דכסף לא קני חזקה קני ע"כ. ורבינו ירוחם כתב בנתיב י"א ח"א וז"ל אבל במקום שכותבין לא קנה בכסף בלתי שטר אבל בחזקה קונה לבדה ע"כ. וה"ה בפ"ה מהלכות מכירה כתב שכן העלה הרשב"א ז"ל והריב"ש בסימן תעיז כתב וז"ל ולזה אמרו המפרשים ז"ל דחזקה קונה בלא שטר אפילו במקום שכותבין את השטר ע"כ משמע דהוא מוסכם מכל המפרשים ודעת הרמב"ן ז"ל דעת יחיד וכבר נודע שאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו ומשום הכי נאמר דאין לומר בנ"ד אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא ויאמרו היורשים קים לן כהרמב"ן ז"ל דחזקה לחודא לא קניא דדעת יחיד הוא כדכתיבנא ומה גם כי הא דחזקות אם יש להם דין קרקע הוי פלוגתא דרבוותא כדכתיב' לעיל ואם הם מטלטלים הרי שמעון הוא תפוס ואוקי ממונא בחזקתיה:

הכלל העולה דאם אמר ראובן בלשון לע"ז לי אינפריזינטו לה חזקה חזקתו של שמעון חזקה ונאמן בטענתי' במה שיאמר כיון שאכלה ג' שנים בחיי ראובן במגו דיכול לומר

לקחתיה ממנו ואבד שטרי ודוקא שיאמר שמעון שנתנה ראובן ברצונו אבל אם עשה כן מחמת התוגר ודאי דלא מהני וכדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בריש כלל ז' ח"א דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כל תוגר יתחכם לשאול כן מאת היהודי כשמשכיר לו חצרו וכן אני אומר דא"כ כל תוגר שיוציא יהודי מחצרו יכריחנו לעשות כן אלא ודאי כל מחילה או מתנה שעשה ראובן מחמת דוחק התוגר אינו כלום אלא שעשה כן ראובן מרצון נפשו ואם הדבר כן זכה שמעון בחזקתו ואין ליורשי ראובן עליו כלום אחר שישבע שמעון שהדבר כן כמו שכתבתי. אחרי כותבי ראיתי לרב הגדול מורי ורבי ז"ל שכתב בפסקיו הראשונים סי' רצ"ח כמו שכתבתי שדעת הרמב"ן ז"ל הוא בטל נגד כל הפוסקים איברא דהריטב"א ז"ל בחדושי קדושין כתב בדעת הרמב"ן דחזקה וכסף לא מהני ואפי' שניהם יחד באתרא דכתבי שטרא ומ"מ כתב שם דבמתנה אפילו באתרא דכתבי שטרא חזקה לחודא מהניא וא"כ נ"ד דהוי מתנה אפילו לדידיה מהני חזקה לחודא וא"כ הדין ברור כמו שכתבתי הנלע"ד כתבתי:

נאם הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמג

הן כל יקר ראתה עיני דברי הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו ודבריו אינם צריכים חיזוק והאמת עד לעצמו וה' נתן חכמה לשלמה לבד זה מצינא אמינא לאפושי גברי קא אתינא. ואומר כי מדברי השאלה נר' בהדיא דכשמכר ראובן החצר עדיין לא קנה הבית מלוי שכן כתוב בשאלה וראובן מכר חזקת החצר וכו' לשמעון ואח"כ קנה ראובן הבית אשר היה לבדו וכו' ומ"מ אם אחר שהחזיר לוי החצר לראובן קודם שמכרו לשמעון החזיק לוי ג' שנים בדריסת רגל על חצר ראובן לעלות ולרדת בסולמו ודאי דחזקתו חזקה ונאמן בטענה דמכירה או נתינה ואע"פ שמתחלה כשהסיר המחיצה המפסקת בין בתי החצר לבית והסיר הסולם אשר היה מיוחד לבית חוץ לחצר והיה משתמש דרך אכסדרת החצר היה החצר מושכר לו ואפשר היה לומר דדמי לפתח ברשות דכיון דהיה מושכר לו לא חשש ראובן למחות בו וכיון שהסיר המחיצה המפסקת ברשות אינו נאמן עוד לטעון על החזקה אפילו שיעברו כמה שנים. דהרי כתב הריב"ש ז"ל סימן שכ"ז מסורת בידנו מגדולי האחרונים וכו' דיורד ברשות אין לו חזקה וכמו שהאריך שם. מ"מ אפי' נאמר כן דהוי ירד ברשות מ"מ אחר שהחזיר החצר לראובן והחזיק ג' שנים דמי ליורד מחדש כיון שיצא החצר מרשותו ובא לרשות ראובן והיה לו לראובן למחות וכמו שכתב רשב"ם בפ' חזקת דף נ' גבי בעל שמכר נכסי מלוג של אשה והחזיק ג' שנים אחר מיתת הבעל

דחזקתו חזקה כתב שם דלא דמי ליורד ברשות וכו' דכשמת הבעל הרי זה כיורד מחדש לשדה אשה זו והרי הוא שותקת ג' שנים הכא נמי כיון דחזר ראובן לביתו והחזיק לוי הרי זו ירידה מחדש וחזקתו חזקה והתנאי שעושה ראובן על שמעון שיסתום המחיצה לפי זה אינו מועיל כלום כיון דכבר החזיק לוי בדריסת הרגל והוי כמתנה לתת לשמעון דבר שאינו שלו וכן נמי אם לוי זה החזיק אחר שקנה שמעון הבתים בדריסת הרגל עליו ג' שנים ודאי דחזקתו חזקה ואם אחרי כן קנה ראובן הבית מלוי הרי זכה בדריסת הרגל כמו שהיה לו ללוי על שמעון וכשחזר אח"כ ומכרו ליהודה מכר לו כל זכותו ויש לו ליהודה דריסת הרגל על שמעון כמו שהיה ללוי על שמעון וכיון שמכרו לוי טוענין ללוקח דאולי לוי זה קנה זכות זה כיון דיש לו שני חזקה וזכה בדריסת הרגל יהודה כמו שהיה ללוי. אלא שמבטל כל זה התנאי שהתנה ראובן עם יהודה שיהיה זכותו נפרד מחברו ולא יהיה לו דרך על חצר שמעון ודוקא שיש עדים בכך או שיהודה מודה הא לאו הכי אפי' שהמוכר אומר שמכרו ליהודה בתנאי כך אינו נאמן דומה למה שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף ח"מ סימן ק"מ וז"ל ואפילו שהודית רחל שלא קנאתו גם מראובן אינה נאמנת וכו' וכן שנינו בתוספתא ראובן שלקח שדה משמעון ואמר שמעון שהיה גזולה ממנו לאו כל הימנו לאבד זכותו של ראובן ע"כ. וא"כ צריך שיהיה עדים שמכרו ליהודה בתנאי זה או שיהודה מודה בכך אם החזיק לוי שני חזקה בדריסת הרגל על חצר שמעון כדכתיבנא הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:
הקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמד

שאלה ראובן שהיה לו פתח פתוח על גארדאקי ואכסדרה של שמעון ולא היה לפתח הנז' לא דלתים ולא פצימין אלא עמודי הבית שסומך בנין כותל הפתח עליהם בלבד ושמעון שואל מראובן כיון שאני מזיקך בהיזק ראיה כמו שאתה מזיקני דבהאי גוונא ליכא חזקה לכ"ע כמ"ש הטור ח"מ סימן קנ"ז בחצר השותפין רצוני הוא שתסתום הפתח הנז' זאת ועוד טוען שמעון טענה אחרת דכיון דבפתח הנז' ליכא דלתים ולא אותם פצימין העושים עם הדלתים בבת אחת ודאי דלא שייך בה דין פתח כלל ועיקר וראובן טוען שכבר החזקתי שני חזקה בפתח הנז' ועוד כיון שיש לי הנאה בהכנסת הרוח בה בימות החמה אין רצוני לסותמה עתה שאל השואל אם יש ממשות בטענת ראובן או לא ועוד שאל השואל דכיון דבפתח הנז' ליכא דלתים וליכא אותם פצימין הנקראים גירגיב"י שדרך כל העולם שעושים עם הדלתים בבת א' אלא עמודי בנין הכותל בלבד אי חשבינן

להו פצימין או לא יורנו מורנו הדין עם מי ושכרו יהיה כפול מן השמים: תשובה מה שטען ראובן דמשום דאין לפתח דלתים אין לו דין פתח אינו כן דאפילו להתחייב במזוזה הוי פתח אע"ג דלית ביה דלתות דאע"ג דהרמב"ם ז"ל בהלכות מזוזה הצריך דלתות הנה רבו עליו החולקים דס"ל דלא בעינן כדכתב הטור בי"ד סי' רפ"ז ואפילו הרמב"ם ז"ל לא אמר כן אלא גבי מזוזה דוקא משום דכתיב ובשעריך אבל מ"מ פתח מקרי כמו שביאר הוא בתשובתו לחכמי לוניל הוזכרה שם בב"י ואף ע"ג דיש לחלק דשאני לענין חזקה דכיון דלא העמיד דלתות משמע ליה דהוי תשמיש עראי ואינו קבוע ולכך לא מיחה בו וכדכתב המרדכי בפ' חזקת גבי חלון המצרי דאין לו חזקה אעפ"י שיש בו היזק ראיה משום דיכול לומר כיון דקטן הוא הוי עראי והיום או למחר אסתלק מ"מ כיון דיש לו פצימין הוא קבוע דהא נמוקי יוסף בפרק חזקת כתב גבי חלון דהסכימו האחרונים דכי אמרינן יש להם חזקה דוקא כשיש להם צורת פתח ומלבן והיינו פצימין דהיינו מזוזה ומשקוף כדפי' נ"י התם משמע דבהא לחוד סגי והוי מילתא דקביעתא אעפ"י שלא יהיו שם דלתות וה"ה נמי דאמרי' הכי גבי פתח ועדיף פתח מחלון דכיון דאית ביה כניסה ויציאה בחצר ורבוי דרך ודאי דהוי חזקה אלימתא:

ומה שטען דאין בפתח פצימין אלא פצימין שעשה הבנאי בעת עשיית הכותל דהיינו האזור של הכותל א' למעלה וב' עמודים אשר הם לבנין הכותל מן הצדדים נראה לי ודאי דאע"ג דלענין מזוזה לא מהני צ"פ כי האי דאע"ג דאיכא משקוף למעלה שהוא אזור הכותל ושני עמודים מן הצדדים מ"מ כיון דלא נעשו לשם מזוזות הפתח אינו חייב במזוזה וכדאמרי' בפרק הקומץ גבי אכסדרה דאע"ג דאית לה פצימין אינה חייבת במזוזה שאינן עשוים אלא לחיזוק תקרה ופרש"י חיזוק לתקר' הוא דעבידי הפצימין ולא לשום פתח ע"כ. וכיוצא בזה כתב הרמב"ם בהלכות מזוזה וכן הטור בי"ד סי' רפ"ו היינו דוקא לענין מזוזה משום דכתיב מזוזות ביתך משמע דצריך שיעשו להם מזוזות אבל מ"מ פתח מקרי דהא אית ליה צ"פ וא"כ פצימין מקרו ויש לו חזקה:

ועוד דאף ע"ג דהצריך נ"י היכא דפתח חלון לחצר חברו פצימין לא יאמר כן גבי פתח פתח לחצר חברו כנ"ד דטעמא רבה איכא לחלק ביניהם דכיון דאיכא כניסה ויציאה מחצרו לחצר חברו אין לך חזקה גדולה מזו וכיון דהוחזק בזה ג' שנים אף על פי שלא יהיה לו פצימין אלא שהוא עשוי כמו שבנאו הבנאי מתחל' בעת עשיית הכותל ודאי דאית ליה חזקה אבל בחלון כיון דליכא כניסה ויציאה לחצר חברו לא חשש למחות כיון דלית ליה פצימין ולא קבוע ואפי' בחלון ולא מצינו להרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל שיזכירו כן אלא דהוצרך לומר הרב ב"י בסי' קצ"ד דסמכו על הסתם והרשב"א ג"כ

נראה מתשובה שהביא שם הרב ב"י דפליג עליה דנ"י היכא דעשוי לאורה ודי לנו היכא דאיתמר איתמר אבל בפתח דאיכא כניסה ויציאה יודה נ"י. וקרוב אני לומר שאפילו בחצר השותפין דלא שייך הך טעמא דנכנס מחצרו לחצר חברו דהא דידיה נמי הוא מ"מ כיון דהוא פתח מיוחד לכניסה ויציאה ולכך עשאה הבנאי מתחלה אעפ"י שלא יהיה לו פצימין יש לו חזקה ויש לו ג"כ דין ד' אמות דלא גרעא מחפירה דסופלי דאמרי' דיש לה ד' אמות לכל רוח וכדכתב הטור בסי' קע"ב וכן אכסדרה אליבא דרש"י דהיינו נותנים לה ד' אמות אלא משום דאפשר דעייל בגוה משמע דאי לא אפשר דעייל בגוה אף ע"ג דלית ליה צ"פ כיון דאיכא בה כניסה ויציאה נותנים לו ד' אמות דאיכא טעמא דפירוק משא. ומזה הפלפול נולד לי ספק היכא דסתם פתח כזה דאין לו פצימין הנעשין עם הפתח אם נאמר דהויא סתימה דמ"ש בגמ' בפ"ק דבתרא דבעינן שלא יפרוץ פצימיו כדי שלא יאבד חזקתו היינו היכא דאיכא פצימין וטעמא כדכתב ה"ה פ"ב מהלכות שכנים דמחשבתו נכרת מתוך מעשיו שהוא מסלק עצמו ומפקיר זכותו בחצר לשכניו שאלמלא כן היה סותר בלא פריצת פצימין ע"כ אבל הכא דלא היו לו פצימין מעולם מה היה לו לעשות וסתימתו לחוד אינו ראיה על סלוק זכותו או דילמא לא אמרינן דאין סתימתו מורה על סלוק זכותו אלא היכא דאיכא פצימין ולא פרץ אותן אבל היכא דליכא פצימין אז נאמר דהסתימה מורה על סלוק זכותו ואפשר היה לתת פנים לב' הצדדים ובנ"ד אין אנו צריכים לכל זה דכיון דאית ביה פצימין שנעשו מהבנאי בעת עשיית הכותל פצימין מקרו והוי חזקה: ומה שטען דהוא מזיק וניזוק איברא דהטור כתב בריש סי' קנ"ז מה שכתב הרא"ש בריש בתרא דשותפים בחצר אין להם חזקה לענין היזק ראיה וכתב שם דטעמא דחזקה כיון דלא מיחה הפסיד והיינו דוקא היכא שהמחזיק מזיק ואינו ניזוק כגון מי שיש לו חלון פתוח על חצר חברו אבל היכא שהמחזיק ניזוק כמו שהוא מזיק יכול לומר לא חששתי למחות כיון שאני מזיקך כמו שאתה מזיקני והייתי ממתין אולי תפתח אתה לתבוע ע"כ. ואיכא למידק טובא בדברי הטור דהוא כתב בסימן קנ"ד בהלכות נזקי שכנים וחלון כנגד חלון או פתח כנגד פתח לא יעשה כלל וכו' וכתב הרמ"ה ז"ל דאפילו חזקה לא מהניא ביה כיון דבאיסור עשאו ומיהו דוקא פתח כנגד פתח אבל חלון כנגד חלון דלא הוי כל כך קפידא מהני ביה חזקה עד כאן והך דכתב הרמ"ה דחלון כנגד חלון מהני חזקה משמע דהוי דלא כהרא"ש ז"ל דכיון דהוא מזיק וניזוק להרא"ש לית ליה חזקה וכדכתב הריטב"א בתשו' הוזכרת שם בבית יוסף באותו סימן שכתב שם אבל חלון כנגד חלון דתרווייהו מזקי אהדדי לא למה זה דומה להיזק ראיה דשותפים בחצר וכו' וא"כ כיון דהרא"ש פליג עם הרמ"ה היכי מביא דבריהם הטור נסתם בשני

המקומות. ותו קשיא להרמ"ה דאיך אפשר לו להכחיש מה שכתב הרא"ש דתיקשי ליה מה שכתב בריש בתרא דמדאמרו במתניתין השותפים שרצו משמע דוקא רצו אין לא רצו לא שמע מינה דהיזק ראיה לא שמיה היזק וכתב שם נמוקי יוסף דהוקשה להרי"ף דמנא ליה דלא שמיה היזק דילמא שמיה היזק ואפילו הכי לא רצו לא משום דהזיקו זה על זה ומכאן יצא לו להרי"ף ז"ל דהיזק ראיה אין לו חזקה אבל כל שאר המפרשים הוצרכו לומר לתירוץ קושיא זו דדוקא בחצר הוא דאין לו חזקה כי ההיא דהשותפים וטעמא משום דמזקי אהדדי וא"כ הרמ"ה דאית ליה דאפי' דמזקי אהדדי אית להו חזקה איך יתרץ קושיא זו. ונראה לתרץ קושיא זו עם מה שכתב ה"ה בפ"ב מהלכות שכנים וז"ל דעת המחבר כדעת רבו דבחצר בדוקא אין לו חזקה דממילא הם מזיקים זה את זה בלא עשיית שום מעשה וכו' אבל אם עשו מעשה כגון פותח חלונות על חצר חברו וכו' ע"כ. ואם כוונת דברי הרב המגיד ז"ל הוא לתת הטעם שנראה מדברי הרא"ש ז"ל משום דהם מזיקים זה לזה ונמצא השותף מזיק וניזוק קשה למה לו להזכיר בדבריו עשיית מעשה אלא נראה כוונת הרב המגיד ז"ל דאע"ג דהוי מזיק וניזוק אם הוא דבר דאתי על ידי מעשה הוי חזקה כמו פותח חלון נגד חלונו דאע"פ שכשהוא פותח החלון הוא מזיק וניזוק ממנו מכל מקום יש לו חזקה דהיה לו למחות בו ולא להניחו לפתוח דבשלמא דבר דממילא איכא טעמא דהרא"ש שהיה ממתין שחברו יתחיל לתבוע אבל כשחברו עושה מעשה היה לו למחות ומה היה לו להמתין יותר ונמצא לפי זה דחלון כנגד חלון אע"ג דהוא מזיק וניזוק כיון דעביד מעשה יש לו חזקה ואפילו לדברי הרא"ש ז"ל דלא דבר הרא"ש ז"ל אלא בענין חצר דהוי ממילא ונכרים הדברים מפני טעמו שאמר אולי תפתח אתה דטעם זה לא שייך כשרואה לחברו עושה מעשה. א"כ לפי זה לא פליג הרא"ש על הרמ"ה ונתיישבו דברי הטור שהביא דברי שניהם דלית ליה כהריטב"א ז"ל דמשמע ליה משום דמזיק וניזוק גבי חלון כנגד חלון דלית ליה חזקה כמו בחצר השותפין דשנא ושנא כדכתיבנא:

ורשב"ם שהביא הרב ב"י ז"ל שכתב גבי מתני' דלא יפתח פתח כנגד פתח דאפי' דאיכא חזקה אית ליה כהריטב"א דאעפ"י דיש חזקה להיזק ראיה מ"מ גבי פתח נגד פתח וחלון כעד חלון כיון דהם ניזוקים זה לזה לית ליה חזקה והוצרך רשב"ם ז"ל לפרש כן במתני' משום דקשיא ליה מה הודיענו דלא יפתח בחצר. השותפים פתח כנגד פתח אפילו שלא כנגד פתח אמרה מתני' לעיל דלא יפתח לכך תירץ דמאי דקאמרה מתניתין הכא הוא דלא מהני ליה חזקה משום דהוי מזיק וניזוק כדברי הריטב"א כדכתיבנא או משום דהוי מילתא דאיסורא ואית ליה כטעמא דקאמר הרמ"ה גבי פתח כנגד פתח משום דהוי

מילתא דאיסורא דאמרי' הכי בחלון כנגד חלון אבל מכל מקום אית ליה דיש חזקה להיזק ראיה ודלא כדכתב הרב ב"י דאית ליה דאין להיזק ראיה חזקה דהא הוא כתב לקמן גבי חלון מצרי וצורי ולדברי האומרים שיש חזקה להיזק ראיה וכו' המשנה והסוגיא כפשטן בחלון שיש בו היזק ראיה וזה נראה דעת רשב"ם והרא"ש ז"ל משמע דרשב"ם ז"ל אית ליה דיש חזקה להיזק ראיה ונמצאו דבריו סותרים זה לזה אם לא שנאמר דמאי דכתב כאן דאית ליה לרשב"ם ז"ל שאין חזקה להיזק ראיה לאו דוקא אלא ר"ל להיזק ראיה כי האי דמזיק וניזוק. נמצינו למדים דהיכא דמזיק וניזוק בעשיית מעשה כגון חלון כנגד חלון לדעת הרב רבינו אשר והרמ"ה והרב המגיד זכרונם לברכה אית ליה חזקה ולדעתם היכא דפתח פתח בין חצרו לחצר חברו אע"פ שנמצאו מזיקים זה לזה יש לו חזקה משום דהוי ע"י עשיית מעשה:

איברא דראיתי בפסקים ראשונים מהרב מהר"י ן' לב ז"ל סימן ע"ב גבי פתח שבין שתי חצרות דחשיב ליה התם מזיק וניזוק אליבא דהרא"ש והוא הפך מה שכתבנו אלא שיש לומר דהתם לא עשה מעשה שפתח פתח אלא שמתחלה לא היה כותל מפסיק ביניהם ועתה לא עשה מעשה אדרבה הניח אותו המקום כמו שהוא שלא בנה אותו וכמו שכתב הוא שם באותה תשובה וכיון שכן לא חשיב ליה עשיית מעשה א"כ לעולם דהיכא דעושה מעשה שפותח מחצרו לחצר חברו אע"ג דמזיק וניזוק אית ליה להרא"ש ולהרמ"ה ולהרב המגיד ז"ל כדכתיבנא דהוי חזקה אבל אין כן דעת הריטב"א והר"ם הלוי הנשיא ז"ל שכתב הוא באותה תשובה אלא אית להו דבכל גוונא לית להו חזקה היכא דמזיק וניזוק:

ועתה נבא לנ"ד אם נכרים הדברים דראובן זה או מי שמכר לו פתח פתח זה לחצר שמעון אף ע"ג דהוא מזיק וניזוק איכא פלוגתא דרבוותא אי אית ליה חזקה או לא כדכתיבנא וכיון דאיכא פלוגתא עבדינן כדכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף סימן קנ"ד גבי היזק ראיה דהביא פלוגתא וכתב דאם כבר פתח אל יתחייבוהו לסתום ואם לא פתח אין מניחין אותו לפתוח הכא נמי כיון דאיכא פלוגתא אחר שפתח אין מחייבין אותו לסתום כיון דאיכא מאן דמסייעי ליה ועוד דלא הוי מזיק וניזוק גמור דאע"ג דשמעון מזיק לראובן בראיה ובכניסה לחצרו כמו שמזיק ראובן לו מכל מקום אין ראובן ניזוק כל כך דהא אית ליה נחת רוח הרבה בהך פתח להכניס אויר וטענה היא כדכתב הטור בסימן קנ"ב גבי חלון שהוא עשוי להכניס אויר וכיון דאינו ניזוק כל כך לא שייך טעמא דהרא"ש דיאמר אמתין עד שתפתח לתבוע דלעולם הוא לא יפתח לתבוע כיון דאית ליה הנאה טובא מהפתח והיזק פורתא ולא הוו מזיק וניזוק כי הדדי ולא כתב

כן הרא"ש אלא היכא דמזקי כי הדדי וכן כתב מורי נר"ו בסימן רצ"ו וכל זה מספיק שלא לחייבו לסתום עתה שהוא פתוח והוצרכנו לכל זה אם זה הפתח הוא פתוח מבין חצר ראובן לחצר שמעון אבל אם הוא מביתו של ראובן למרפסת של שמעון פשיטא ופשיטא שיש לו חזקה דהוא מזיק ואינו ניזוק דהוא רואה מפתחו מה שעושה באכסדר' שלו ושמעון אינו רואה מפתחו מה שעושה ראובן בתוך ביתו ועוד שיש לו דרך לצאת לחצר שמעון ושמעון אין לו דרך עליו והוי כפותח ביתו לחצר חברו דאית ליה חזקה ומיהו אם סתמו שמעון בפני ראובן אבד חזקתו כיון דמפתח זה הוא נכנס לו אורה ואין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק ואפי' שלא פרץ פצימיו וכדכתוב בנמוקי יוסף בפרק חזקת יע"ש וכדברי הטור סי' קנ"ד ואפילו טענה אין צריך דמוכח דחזקתו היתה בטעות כדכתב הטור שם הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי: נאם הצעיר וקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמה

שאלה תושבי עיר שארא"י לא היה להם בתים לדור בשכונת יהודים וגם התוגרמי' לא היו רוצים להשכיר להם בתים בשכונתם והלכו אל השר ובקשו ממנו שיבנה להם בתים תחתיים שניים ושלישים בחצר לדור הם ובניהם ונשיהם והוציאו על זה סך מעות עד שנתרצה השר לבנות הבנין ויהי היום ומת השר ההוא ונשאר הבנין בטל בלתי נגמר ומקצת מן היהודים לא מצאו בית לדור ולהיות שלא היה לדור על פני השדה הלכו לדור אל ארץ אחרת ובתוכם הלך ראובן לראגוז"ה ועתה העיר ה' רוח איש א' והוא השר לגמור הבנין בתנאי שיתנו לו כ"כ מעות בשכירות מוקדם ויודע הדבר לראובן העומד בראגוז"ה ושלח לאמר לתושבי שארא"י שיש לו זכות בבנין ההוא וגם עתה שרוצה השר לבנות הבנין יתן מה שנוגע לו משכירות מוקדם שכן נתן חלקו בתחלת הבנין ואם שמת השר ונתבטל הבנין לא בכך אבד זכותו ועתה שנתחדש גמר הבנין נתחדש זכותו אשר יש לו שם ובמה שעקר דירתו לא אבד זכותו כי לא היה להם לתושבי שארא"י מה לזכות אחר שמת השר ונתבטל הבנין ועתה בגמר הבנין שאם לא יתן מה שנוגע לו משכירות המוקדם יזכו הם בזכות אשר היה לו בבנין רוצה הוא לזכות ולהחזיק בזכותו אשר היה בתחלת הבנין עתה יורנו מורנו הדין עם מי ותבנה ותכונן כסא כבוד הוד והדר קדושתו לעד אנס"ו. תשובה ודאי דאין לראובן זה חזקה בעיר שארא"י כלל דאין דין חזקה אלא כסדר בבית התוגר ופרע שכירות כמו שקבלנו מקדמונינו ז"ל משא"כ כאן אלא שמ"מ אני אומר דראובן זה לא גרע מעני המהפך אחר חררה ובא אחר ונטלה דנקרא רשע ולא

מבעיא לרש"י ז"ל דסובר דאפילו במציא' נקרא רשע דכאן ודאי מי שרוצה ליטול זכותו של ראובן שהוציא מעותיו וטרח בו שנקרא רשע אלא אפילו לדעת ר"ת שסובר דלא אמרו רק אלא במכיר' ושכירו' אבל במציאה והפקר לא וכמו שכתב הטור בשמו בסימן רל"ז בח"מ ליכא למימר בנ"ד דדמי למציאה שאינו יכול למצוא במקום אחר והכא נמי הבא ליטול מידו של ראובן אינו מוצא בית אחר לדור ולא מקרי רשע דשאני נ"ד דראובן הוציא מעות וטרח הרבה בדבר ודמי למי שפירש מצודה וצד חיה ועוף דאע"ג דאין המצודה עשויה ככלי ולא קנו לו כליו מכל מקום אסור לאחר לנוטלם וכמו שכתב הטור בסי' רע"ג מפני דרכי שלום דכיון דטרח הרבה כל כך ובא אחר ליטול ממנו אתו לאנצויי ובנדון דידן דכוותא היא דכיון דטרח ראובן כל כך והוציא מעותיו ובא אחר ליטול ממנו אתו לאנצויי ולכן אני אומר דהבא ליטול מיד ראובן זכותו אף על פי דאין לו חזקה מ"מ לא טוב עשה ולא מבעיא לרש"י ז"ל דמקרי רשע כדכתיבנא אלא אפילו לרבינו תם אפשר דמקרי רשע כיון דטרח ראובן הרבה כדכתיבנא וראוי לכל אדם להרחיק מדבר זה הנראה לע"ד כתבתי:. נאם הצעיר וקטן חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמו

שאלה ראובן שהיו לו ב' חצרות א' ישן וא' חדש סמוכים זה לצד זה בלא הפסק ביניהם ובתי חצר החדש הם תחתיים שניים ושלישים כשורה א' ודיוטא עליונה על גביהם בריש שורת הבתים ופתחי כל בתי החצר החדש וכנף א' ארוכה ורחבה מני ים שיוצאה ומושכת לאורך גג בתי החצר החדש שמי הבתים יורדים בה הכל פונה ויורד לחצר החדש ומשעת קרקעות דיוטא העליונה הנז' כדי רוחב אכסדראת הבתים מן הצד מפני קיום כותלי בתי העליונות מהמטר הוציא ג"כ מבחוץ על אויר חצר הישן הנז' ועל קצת רוחב כל הגארדאקי מהחצר הישן כנף רחבה מני ים שהיתה סובבת וחוברות אשה אל אחותה ובכמות זו הכנף לא היתה מקבלת מי הבתים כלל ועיקר אלא קצת מים היורדים על גבה מדיוטא עליונה ומן השמים וממנה היו יורדים. על הגארדאקי החכ' ומהגארדאקי יורדים לחצר הישן ומהחצר הישן הולכים ומתכנסים לחצר החדש ומי הדיוטא והשמים יותר מכמות הכנף בלאו הכי יורדים לחצר הישן ומתכנסים לחצר החדש וראובן הנז' היה נשוי עם לאה ואחר כמה שנים שבנה החצר נשא אשה אחרת עליה בחייה ונתן לשניה החצר החדש במתנה גמורה וכתב בשטר המתנה דכל כח וזכות שיש לו בחצר החדש עם כל זכות הבנויים שבנה בתים ופתחי הבתים וחלונות וסולמות וכו' מוצאות ומובאות וכו' ובור ושוקת המים הכל מתהומא דארעא ועד רום רקיעא וכו'

כדרך שכותבים שטרי מתנה ומכירה ולא פורש בשטר המתנה ענין בנין הכנפים כלל ועיקר ושייר לעצמו החצר הישן ולא כתב בשטר המתנה אלא חצר החדש ולאה לא נתרצית וראובן נפטר לב"ע וב"ד גבו ללאה החצר הישן עם כל זכיותיו בכתובתה, אח"כ מכרה השניה לשמעון החצר החדש עם כל זכיותיו שהיה לה בשטר המתנה ולא פירש ג"כ בשטר המכירה ענין בנין הכנפים ובשעת המכירה לא היתה עומדת הכנף הפונה לחצר הישן שנשברה מחמת רוח ולא נשארה ממנה כלל ואפילו בשעת הנתינה שנתן ראובן לשניה השתא יש ספק אם היתה עומדת או לא ואחר שהחזיק שמעון החצר החדש שני חזקה בא והוציא תחת אויר הכנף גארדאקי מרוחב חמשה נסרים בולטות מכותלו לחצר הישן במשך חמשה אמות באורך הכותל ועשה פתח אחד על הגארדאקי הנז' זאת ועוד שסולם מהדיוטא העליונה שהיתה קבוע כלפי פנים הוציא שמעון מבחוץ לחצר הישן במקום שראשי עצי הכנף היו קבועים והחזיק בכל זה שני חזקה אח"כ מכרה לאה הנז' ללוי כל זכות החצר הישן וספרה לו כל ענין הבליטות שהוציא שמעון שלא מדעת' וכל זמן שתשיג ידה או יד לוי לסתור הבליטות הנז' שהיה ביד לוי לעשות באותו מקום הבליטות מה שירצה ואגב קצת דברי ריבות שעברו בין לוי ושמעון בא שמעון ונטה קו לפני לוי ואמר זהו חלקך וזהו חלקי שכן כתוב בשטרי המתנה והמכירה הנז' אז קרא לוי שטרי המתנה והמכירה ולא ראה בהם שום זכות מהזכיות שהיה אומר שמעון שהיו לו בשטרי המתנה והמכירה אז אמר לוי לשמעון שמה שכתוב בשטרי המתנה ומכירה היה מקבל עליו ובזה פנו איש לדרכו לשלום ולא היה ביניהם לא קנין ולא שטר אלא דברים בעלמא אחר שהחזיק שמעון בכל הבליטות בפני לוי בא לוי בטענ' דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה והכא ודאי לא מצינן למימר טענינן ללוקח כיון דבין בשעת המתנה ובין בשעת המכירה מעולם לא היה שם שום בליטה מהבליטות ולא אחרות בשום צד ואופן ושאל משמעון שיסתור כל הבליטות שהוציא וכן נמי רוצה לבנות במקום הכנף ושרוצה לסלקה כדי שיוכל לבנות במקומה וטען שמעון דכיון דבשטרי המתנה ומכירה הנז' כתוב בהם כל זכות חצר החדש והבנינים וכו' ובור ושוקת המים וכו' ומוצאות ומובאות וכו' מתהומא דארעא ועד רום רקיעא והמוצאות ומובאות ובור ושוקת המים הם קצת תחת אויר הכנף אעפ"י שהוא ברשות וזכות חצר הישן אהני תהומא דארעא עד רום רקיעא למקניא כל אותו השטח חלל חצר הישן העומד תחת אויר הכנף לבנות ולהוציא בליטות שירצה כנגד שפת הכנף בין למעלה בין למטה עד תהומא דארעא וכ"ש בכנף עצמה דמן הדין אין כח ביד לוי לסלקה. עוד טען שמעון שכבר נטה קו בפני לוי ואיך שתק אז לוי ולא מיחה וטען לוי שבנטיית הקו לא היה אלא דברים בעלמא ועוד

שכבר אמר לו באותה שעה שמה שכתוב בשטרי המתנה ומכירה היה מקבל עליו ולא עוד משום שיודע היה לוי שלא היה שום זכות מאותם הבליטות בשטרי הנז'. ולטענה השניה שטען שמעון טוען לוי ואומר דכמו ששמעון משתמש מהבור ונכנס ויוצא מתחת אויר הכנף לחצר החדש כמו כן הוא משתמש מהבור בין למעלה מהגארדאקי הנזכר בין מלמטה מהחצר הישן והבור עומד רובו תחת הגארדאקי ועוד שיש ללוי גארדאקי אתר שמאהיל על רוב דרובא ונכנס ויוצא הוא גם כן תחת אויר הכנף לחצר הישן ואין לך תחת אויר הכנף אלא מה שהיה בשעת הנתינה ומכירה ולא עוד. ועוד טען לוי לענין סלוק הכנף דכיון שהדין הוא שאין חזקה לאותם זוזין שמוציאים מגגו כמו שכתב נמוקי יוסף הביאו הרב בית יוסף ז"ל ח"מ סימן קנ"ג הוא הדין בנדון דידן שאין לשמעון שום חזקה בכנף ואין לסלק לכנף קצרה לרחבה כמו זו כיון דבכלן שייך טעמא דזה נהנה וזה אינו חסר ועוד דהכא הוו שתי החצרות מראובן לחוד שמי היה לו לומר מה תעשה אבל עתה שהשתי חצרות הם זה משמעון וזה מלוי אין ביד שמעון לשנות ולזכות בחצר הישן ממה שהיה ברשות המוכרים הן אמת שהכנף הנזכר אינו עומדת השתא כנזכר לעיל אבל שמעון רוצה לחזור ולבנותה מטענה שהיתה מקדמא דנא ולוי מוחה יורנו מורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה אע"ג דנראה מדברי נמוקי יוסף דכנף הגג אין לו חזקה כמו שהביא השואל לשונו ובודאי דאין לחלק בין קצרה לרחבה דזיל בתר טעמא וכיון דטעמא דזה נהנה וזה אינו חסר מה לי קצרה מה לי רחבה וכמו שבא בשאלה מ"מ נראה לי דאם כנף הגג היה בעת שנתן החצר ראובן לאשתו שניה ודאי דזכתה גם כן בכנף הגג דקיי"ל נותן בעין יפה נותן ואפילו במוכר קיימא לן כרבי עקיבא דאמר בפרק המוכר את הבית גבי בור ודות דאע"פ שכתב לו עומקא ורומא צריך ליקח לו דרך דמוכר בעין יפה הוא מוכר ואפילו דיש חלון בביתו לחצר ומכר החצר ושייר הבית לעצמו משמע התם בפרק המוכר את הבית דכיון דמוכר בעין יפה הוא מוכר ולא שייר לעצמו זכות באותו חלון ויכול הקונה לבנות סמוך לחלונו:

איברא דהטור ז"ל כתב דין זה בסי' קנ"ד בשם הר"י ברצלוני ז"ל וכתב דיש חולק עליו וצריך הקונה להרחיק מכנגד חלון המוכר כדי שלא יאפיל עליו וקשה לי טובא דהא התם בגמרא משמע דטעמא דאחין אין להם חלונות זה על זה משום דהוו המוכרים זה לזה דקאמר דשמואל דאמר הלכה כרבי עקיבא דמוכר בעין יפה הוא מוכר אזדא לטעמיה דסבירא ליה דאחין אין להן דרך זה על זה משמע דטעמא דאחין משום דהוו כמוכרים וכן כתב הרב רבינו משה בר מיימון זכרונו לברכה בפרק שני מהלכות שכנים

וא"כ נתבאר בהדיא דמוכר אין לו חלון על הלוקח ומה טעמו של החולק דסבר איפכא דאדרבה משמע בגמרא התם דאיכא טפי באחין לומר דיש להן חלון משום תחת אבותיך יהיו בניך מכמוכר דכיון דקיי"ל כשמואל דבאחין אין להן חלונות זה על זה כל שכן במוכר וצריך עיון. ומכל מקום למדנו דמוכר לא שייר לעצמו כלום וא"כ כל שכן בנותן דהא אמרינן התם דנותן נותן בעין יפה יותר ממוכר דאמרינן התם במתניתין דקאמרה לא את הבור ולא את הגת ולא את השובך וכו' במה דברים אמורים במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה וכתבו הטור בסי' רט"ז וכן הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות שכנים כתב כללו של דבר הנותן קרקע קנה המקבל כל המחובר לה עד שפירש עד כאן. וא"כ בנדון דידן דעדיף טפי ממוכר ודאי דכשנתן לו הגג עם הכנף הכל נתן לו ואע"ג דכנף הגג הוא מילתא דלא שייך ביה חזקה היכא שהחזיק אחד על חברו מכל מקום כיון דזה נתנו לחצר עם כנף הגג הוי כאלו פירש לו שיהיה לו אותו זכות וכן ראיתי למורי הרב הגדול נר"ו שכתב בפסקיו סי' ש"ג גבי מי שהיה לו בית ויש בה חלון על החורבה ומכר הבית לאחד ושייר לעצמו החורבה ואח"כ מכרה לאחר דאע"ג דמי שמחזיק בחלון על החורבה אין לו חזקה לדעת קצת הפוסקים מ"מ כיון דמוכר בעין יפה הוא מוכר הרי כאלו מכר לו הבית עם החלון שלא יוכלו לסותמו וא"כ ה"ה בנ"ד אף ע"ג דכנף הגג אין לו חזקה הוי כאלו נתן לו הבית עם כנף הגג:

אם כן נתבאר ודאי שאם היה כנף הגג בשעת המתנה שנתן ראובן לאשתו ודאי דזכתה אשתו בה וכן הלוקח ממנה אבל אם לא היה כנף הגג בשעת המתנה ודאי דלא זכתה בה כלל דלא נתן אלא מה שהיה אבל בכנף שלא היה אז ודאי שדינה אם עשאה בעושה כנף בחצר חברו שאין לו חזקה משום דזה נהנה וזה אינו חסר כדכתב נמוקי יוסף ואם בשעת המכירה לא היה ובשעת המתנה נסתפק לנו אם היה ודאי שעליה להביא ראיה שבאה להוציא איך היה בשעת המתנה ואעפ"י שידענו שאותו הכנף היה בה מעיקרא: וכ"ת הא אמרינן בפ"ק דחולין מנא הא מילתא דאמור רבנן אוקי מילתא אחזקיה אמר קרא ויצא הכהן וגו' וכתבו שם התוס' בדבור אתיא מפרה אדומה וכו' ויש לומר דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה אפילו שעה אחת לא אזלינן בתרה משמע דכשנודעה שעה אחת לבד אזלינן בתרה ומהאי טעמא פסקו הרבנים הרב מורי נר"ו בפסקיו סי' מ"ח והרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג סי' ע"ב גבי מי ששמע שמועה שמת לו מת ולא ידע אם היא שמועה קרובה או רחוקה דחייב להתאבל דמוקמינן לה אחזקתיה והשתא היא דמת אף ע"ג דספק אבל להקל וא"כ הכא נמי נימא כיון שידענו שהיה כאן כנף ועתה איננו שנשברו מחמת הרוח ספק אם נשבר בשעת המהנה ספק אם לא נשבר אוקי

אחזקתיה ואח"כ נשבר ובשעת המתנה היה או י"ל דהרי זה כמקוה שנמדד דאמרינן התם דמקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנמצאו על גביו טמאות ולא מוקמינן ליה בחזקתיה משום דהרי חסר לפניך ואיכא חזקה אחרת דהעמד טמא על חזקתו הכא נמי הרי הכנף הוא שבור בפנינו ואיכא חזקה אחרת דהעמד ממון על חזקתיה ואין לבעל המתנה זכות בכנף אלא נשאר לבעל החצר דהוא מאריה דממונא ואע"ג דגבי מקוה איכא טעמא אחרינא דחסר ואתאי חסר ואתאי כדכתבו התוס' בפ"ק דחולין בדבור המתחיל סכין אתרמאי וכו' לא ברירא להו הך תירוצא דהא כתבו תירוץ אחר דועוד יש לומר ועוד דבדבור המתחיל ודילמא אדנפיק ואתי בציר לה שיעורא הקשו דמאי שנא נגע ממקוה שנמדד דבנגע איכא תרי חזקי כי התם משמע דאית להו דטעמא דמקוה לא הוי משום חסר ואתאי כדתירצו בתירוצא קמא בדבור שלמעלה הימנו דאל"כ לא מקשו ולא מידי ואע"ג דהרא"ש תירץ כן להך קושיא בתוספות שלו וכדכתב שם הרב מורי נר"ו מ"ע לא ברירא מילתא כיון דהתוס' לא תירצו כן להך קושיא וגם שתירצו ועוד י"ל בדבור הקודם כדכתיבנא. וכן כתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסק הנז' דטעמא דמקוה לא הוי אלא משום דמוקמי' חזקה בהדי חזקה והרי חסר לפניך ועוד דאף ע"ג דמוקמי' מילתא אחזקתיה לא סגי הא להוציא ממון דהא רובא וחזקה רובא עדיף וקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב בריש פרק המניח וא"כ כיון דלא אזלינן בתר רובא להוציא ממון כל שכן דלא אזלינן בתר חזקה:

ועל מה ששאל השואל באותן הבליטות שהוציא שמעון אם זכה ודאי דאם בא מטעם שהם תחת כנף הגג ודאי דאין לו חזקה כלל דאפילו שיברר בעדים שהיה כנף הגג בשעת המתנה לא זכה אלא כנף הגג דוקא אבל כל מה שתחתיו אינו זוכה כלל דלא נתן שמעון לאשתו אלא כנף הגג לחוד אבל לא מה שתחתיו שהוא בחצר הישן ואי כתב ליה מתהומא דארעא ועד רום רקיעא לא כתב לו כן אלא מה שיש לו בחצר חדש אבל מה שיש לו בחצר הישן ודאי לא מהני מאי דכתב ליה מתהומא דארעא וזה דבר פשוט בעיני:

אבל אם בא שמעון מחמת טענה שכיון ששתקה האשה הראשונה כשהוציא אותן הבליטות הרי היא כאלו מחלה מחילה גמורה אם טען כן באנו למחלוקת הגאונים והרמב"ם ז"ל עם שאר הפוסקים דלפי שטת הגאונים דשעבודים נקנים בשתיקה וכדכתב הטור בסי' קנ"ד כתב הרמב"ן דחזקת חלון וזיזין וכיוצא בהן שאינו אלא נזק ואינו גוזל גוף הקרקע וכו' לא בעי חזקת ג' שנים אלא מכי מתברר נזקיה ושתיק מחל וכן כתב הרמ"ה וכן דעת הגאונים וכן כתב הרמב"ם ור"ת פ' שלכל דבר צריך ג' שנים וטענה בין

בחזקת תשמיש בין בחזקת גוף הקרקע ע"כ. א"כ נמצא דלדעת ר"ת כיון דאין לשמעון טענה דאתה מכרתו לי אפילו שהחזיק כמה שנים אין השעבודים נקנים בשתיקה אבל לגאונים והרמב"ם והרמב"ן השעבודים נקנים בשתיקה וצריך לדעת מי הוא המוחזק והנה מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הרב ב"י סימן קצ"ד גבי היזק ראיה וקוטרא וכיוצא בהן דאיכא פלוגתא דרבוותא אי מהני מכירה ומתנה ואפילו קנו מידו כתב שם ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח חלונותיו או סמך קוטרא וב"ה אין מחייבין אותו לסתום או לסלק ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח ולא לסמוך לכתחלה ע"כ. ומכאן נראה דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא כי התם דלא מסלקי' מילתא ממאי דהוי ההיא שעתא דבאו לדין וכיון שכן דלפי דעת הרמב"ם וסייעתו כל השעבודים בשתיקה הם נקנים בלא טענה לא מחייבי' לשמעון לסלקם נגד סברתם. וכן ראיתי להרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א סי' פ' גבי ראובן שהיה לו חלון על חורבה של גוי וקנה שמעון החורבה מהגוי ורוצה לסתום חלונו של ראובן וראובן טוען שהרי החזיק באותו החלון כמה שנים כתב שם דראובן הוא המוחזק מהך תשובה דהרשב"א ז"ל וסמך שם על הך טענה דלהרמב"ם ז"ל וסייעתו אפילו בלא טענה מהני ובסוף הפסק כתב וכבר כתבנו דלחזקת חלונות והזיזין וכיוצא בהן אין צריך טענה בחזקה לדעת רוב הפוסקים ע"כ. א"כ נמצינו למדין דאין לחייב לשמעון להסיר הבליטות כיון דאיכא דמסייעי ליה והוא המוחזק והגם כי ראיתי להחכם השלם כמהר"י אדרבי ז"ל בפסקיו סי' קי"ב על חלון שיש ללאה בחצר ראובן והחזיקה כמה שנים דמחייבין אותה לסתום משום דכל השעבודים בעינן טענה וחזקה דכן כתב הרשב"א דבריו נפלאו ממני איך לא הזכיר שיטת הרמב"ם והגאונים ז"ל דפליגי עליה ולא היה לו לחייבה לסתום נגד סברתם כיון שכבר היה פתות כדכתב הרשב"א בתשובה שהבאתי דאחר שהיה פתוח אין לחייבו לסתום בדבר שהוא מחלוקת. ולע"ד נר' כדברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל דכיון דהמוחזק הוא מי שכבר פתח אין לחייבו לסתום ואם תטעון לאה שכשהוציא שמעון הבליטות היה שלא מדעת' והיא מחתה ושמעון מכחישה הרי הדין מבואר כהרמב"ם ז"ל פ"א מהלכות שכנים שישבע שמעון היסת ויפטר כל מה שכתבתי נראה בעיני פשוט ואין לי ספק: אבל נפל לי ספק במה שכתוב בשטר שנתן ראובן לאשתו החצר החדש מוצאותיו ומובאותיו וכו' ובסוף כתב הכל מתהומא דארעא ועד רום רקיעא ולכאורה נראה דהכל מתהומא דארעא קאי אבל מאי דכתב לעיל וכיון שכן מוצא ומובא של החצר החדש הוא פתח החצר וכפי מה שסיפר לי השואל הוא מוצא ומובא ג"כ של החצר הישן שבפתח א' נכנסים לחצר חדש ולחצר ישן וא"כ כיון דקיי"ל דמוכר בעין יפה הוא מוכר וכל שכן נותן א"כ הרי לא

שייר ראובן לעצמו דרך לחצר הישן כלל דהא קיי"ל כרבי עקיבא דאמר דצריך ליקח לו דרך כמו שכתבתי לעיל גבי בור ושובך וה"ה היכא דמכר חצר ושייר לעצמו בית אין לו דרך וכמו שכתבו התוס' בפ"ק דבתרא גבי עובדא דאספלידא ולא עוד אלא שיש בתים מהחצר הישן שהם בנוים על פתח הנכנס לחצר חדש וישן וכיון דכתב לה מתהומא דארעא ועד רום רקיעא משמע דכל מה שהוא על הפתח נתן לה וא"כ נתן החצר חדש וקצת מהחצר הישן וכ"ת הרי החזיק בעלה כמה שנים בחצר הישן בבתים שהיו על הפתח וכן בזה הפתח שהיה נכנס בו לחצר ישן ואימור שלקח ממנה הדרך והבתים אשר על הפתח דטענינ' למי שלקח החצר הישן מהאשה הראשונה לא היא דאין לאיש חזקה על נכסי אשתו ואע"ג דקיי"ל בפ' חזקת הנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות וכיון דאין הבעל אוכל פירות נאמר דאית ליה חזקה גם זה אינו דהרי כתב הטור בח"מ סי' קמ"ט דאפילו כתב לה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן בעודה ארוסה דאין הבעל אוכל פירות דאין לו חזקה בנכסיה, וא"כ לבא מכחו נמי אין לו חזקה אפילו שהחזיק כמה שנים כדאמרינן בפרק חזקת וכתבו הטור בח"מ סי' קנ"ב דכל מי שאין לו חזקה לבנו הבא בטענת אביו אין לו חזקה וה"ה ללוקח הבא מכחו. ואם כן לכאורה נראה דלא שייר לעצמו דרך לחצר הישן ואפילו הבתים שעל הפתח נראה דנכנסים בכלל המתנה ואע"ג דכתב הרב ב"י תשובה לה"ר יהודה בן הרא"ש בסי' קי"ד על ראובן שיש לו ב' בתים זה אצל זה ומכר אחד לפלוני ודרך הבתים שבתי הכסאות נמשכים מבית לבית דרך חפירות ובא הלוקח לסתום החפירה שהיה נמשך בית הכסא של בית המוכר והלוקח טוען שכתב לו מתהומא דארעא ועד רום רקיעא והמוכר טוען שלא מכר לו ע"מ שיפסיד ביתו והשיב שהדין עם המוכר ע"כ. א"כ בנ"ד נמי נימא לא נתן לה על מנת שיפסיד חצרו הישן דאם לא נשאר לו דרך לחצר הישן מה יעשה לא היא דא"כ תקשה להיא תשובה דה"ר יהודה בן הרא"ש דהא קיי"ל כר' עקיבא דצריך ליקח לו דרך ואמאי לא אמרינן התם דלא מכר לו ע"מ שיפסיד ביתו דאם אין לו דרך איך יפרח באויר. ונראה לתרץ דשאני בעובדא דה"ר יהודה ן' הרא"ש דעביד מעשה להפסידו ולא דמי לדרך דהיינו שלא שייר כלום ואין לו דרך עליו אבל לא שיעשה מעשה חברו להפסידו א"כ שאני דרך דאיכא טעמא דאין אדם רוצה ליתן מעותיו וידרסוהו אחרי' כדאמרי' בפ' המוכר את הבית ומשום הך טעמא גבי דרך אמרי' דלא לקח דרך אבל בעובדא דבנו של הרא"ש לא שייך הך טעמא ובין כך ובין כך למדנו דלא שייר לעצמו דרך וכדכתיבנא ואין בזה פקפוק כלל:

אם כן צריכין אנו למודעי איך יזכה הלוקח זה מהאשה הראשונה הדרך שלא נשאר לבעלה כשנתן במתנה לאשתו וכן הגארדאקי שנתבאר בשאלה שהוא על הכניסה סמוך לפתח החדש נכנס בכלל המתנה דהרי כתוב מתהומא דארעא ועד רום רקיעא. ועוד יש מקום לבעל דין לחלוק דהשואל סיפר לי שיש בית שער לשתי החצרות ועל הבית שער יש בתים בנוים מהחצר הישן וכיון דכתוב בשטר שנתן לו מוצא ומובא של החצר החדש הרי הבית שער של החצר בכלל מוצא ומובא הוא שהרי הבית שער הוא ענין לכניסה ויציאה שבו נכנסים ויוצאים לחצר החדש וא"כ כיון שכתוב בשטר מתהומא דארעא ועד רום רקיעא וקאי על זה המוצא והמובא א"כ נמצאו אלו הבתים של חצר ישן אשר על הבית שער דהרי הם בכלל מתהומא דארעא ועד רום רקיעא כך נראים הדברים לכאורה. אבל כד מעיינינן בה אין להלך כ"כ אחר משמעות לשון השטר דכתוב בו הכל מתהומא וכו' והטעם דהרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ו מהלכות מכירה דהולכין אחר המנהג באלו הענינים בין שנהגו כשמוכרים אחד מאלו מוכרים אותו לבדו או שימכרו עמו כל סביבותיו וכן במטלטלין בכל הולכין אחר שמות הערוכות בפי כל ע"כ. וכיון שכן הרי נודע ומפורסם שאלו היה מוכר הבתים אשר על הבית שער אשר הם מהחצר הישן או הגארדאקי אשר תוך פתח החצר החדש שהוא מהחצר הישן היה ראוי שיזכיר אותו בשטר כיון שמתחלה לא כתב שנתן אלא בנייני החצר החדש וכל אלו הם בנייני חצר הישן ולא היו בכלל הכתוב קודם אלא אדרבה נתמעטו שהרי מתחלה כתבו חצר חדש משמע ולא ישן ואלו הבניינים שהם מחצר הישן יצאו מן הכלל וכיון שכן אי אתה יכול להחזירם לכלל עד שיחזירם הסופר בפירוש. תדע לך שהרי בבנייני החדש כתב בפרטות חלונות וסולמות ופרט א' לא' אף על פי שכבר כתב אותם בכלל שכתב כל בנייני החצר החדש משמע דהדרך בשטרות לכתוב כענינים אלו כלל ופרט ק"ו בבנייני החצר ישן שלא כתב בהן הכלל שהיה ראוי שיפרט אותה ולא שיניח אותם ברמז הכתוב בלשון מתהומא דארעא ועד רום רקיעא דקאי אמוצא ומובא וכדבר המוכיח מן הסברא שאינו כדמשמע הכתוב בשטר כתב הרשב"א ז"ל סי' תת"פ גבי מי שנתן לבתו עליה בנדוניא שהיא על חצרו וכתוב בה שנתן לחתנו כל אותה עליה מתהומא דארעא ועד רום רקיעא וטוען כי החצר של מטה הוא בכלל המתנה והשיב הרשב"א וז"ל ולבי מגמג' כי אפשר שהסופר טעה והיה קורא לקרקעות העליה תהום ארע' כלומר מקרקע עליה ועד רום רקיעא והביאני לזה שאלו היה החצר בכלל היה להם להזכיר החצר בפי' וכל כיוצא בזה צריכין ב"ד לחקור יפה לרדת לאמת הענין ע"כ. א"כ אני אומר בנ"ד אלו היה הדבר שהיה נותן לו מהחצר הישן היה מזכירו בפי' דכיון שכתב שנתן לו מהחצר החדש

נתמעט החצר הישן והיה לו להזכיר בפי' אם היה נותן לו שום דבר מהישן אלא ודאי שמה שכתוב הכל מתהומא וכו' לא קאי אמוצא ומובא של החצר החדש אלא לשאר עניינים הנזכרים בשטר המכירה והסופר כתב הלשון המורגל בשטרות ואין זה טעות שאנו תולין בסופר כ"כ כמו הטעות שתלה הרשב"א בתשובה הנז' בסופר כדי לקרב הדבר אל הסברא וא"כ רשאים אנחנו לקרב הדבר אל הדעת שאנו רואים בכל שטרי מתנה ומכירה שדרכם לפרש כל הדברים ולפרטם א' לא' וכאן לא פירש כלל מהחצר הישן אדרבה לשון דמשמע בהפך וא"כ אין זה כל כך דחוק שנאמר דהכל מתהומא דארעא לא קאי אמוצא ומובא כדכתיבנא וזה נראה לי דין אמת אעפ"י שמי שרוצה לדייק לשון השטר יוכל לחלוק על זה מ"מ אין להלך אחר משמעות לשון השטר בעניינים אלו שכבר אנו יכולים ליישב ולא קאי מאי דכתב הכל מתהומא וכו' על כל הנז' לעיל כאמור ולכל הכתוב לעיל הוצרכנו בהניח ששטר המתנה הוא קיים אבל כיון שלאה לא נתרצית לסתום לו ובית דין גבו לה בכתובתה החצר הישן עם כל זכיותיו פשיטא ופשיטא דבתר גובייגא דבית דין אזלינן ושטר המתנה כחרס הנשבר דכיון דהקרקע ההוא משועבד לכתובתה מה שנתן בעלה לא נתן כלום:

גם מה שבא בשאלה שטען שמעון שנטה קו בפני לוי ושתק לוי הכל דברי הבל ורעות רוח שלא אמר לו אלא שיעשה כאשר כתוב בשטר המתנה והמכירה ועוד דדברים בעלמא אמר לו בלא קנין ואין בהם ממש הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי: הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמז

שאלוני משפטי צדק על דבר חזקת חצר וגן שהיו מחזיקים מ' סול ובעלה ה"ר משה טובירמיני ומכרום ואח"כ נתחייבו הקונים בשטר מדעתם ורצונם לחזור ולמכור להם בתת להם המעות אשר קנו בהם החצר והגן הנז' וכמו שכתוב בשטר המכירה וז"ל בפנינו עדים ח"מ פלוני ופלוני מדעתם ורצונם בלי שום אונס כלל נתחייבו בחיוב גמור כראוי מעכשיו שבכל עת וזמן שיתנו להם או לאיזה מהם או לבאי כחם סול ובעלה כה"ר משה הנז' או באי כחם ששה אלפים לבנים ומכרו להם חזקת הגן והחצר ע"כ. ויהי היום החזקה והחצר הנז' הם ביד אנשים שמכרום להם אחרים שקנו אותם מהקונים אשר קנו מר' משה ואשתו הנז' והנה היא באה מ' סול הנז' לתבוע חזקת חצרה מכח שטר אשר בידה שיש לה חיוב על המוכרים הראשונים שבתת להם כסף מקנתה חייבין להחזירה לה וזה היום עשרים שנה אשר החזיקו בחצר הקונים הבאים מכח המוכרים הראשונים

ושאלו את פי הדין עם מי ואומר דלע"ד יראה דהדין עם מ' סול: וראיתי פסק שכתב על זה גברא רבה רבה דעמיה החכם השלם כמה"ר חנניא ן' יקר נר"ו בזכות האלמנה והאריך להביא שם סוגיא דאיזהו נשך דמכר לו בית וכו' ודבריו חיים וקיימים ודברים פשוטים הם דמה שנתחייב הקונה מעצמו אחר המכר בקנין גמור דתנאי קיים ואין כאן צד רבית וזו אינה ענין להההיא דאיזהו נשך דהתם איירי בשעת המכר וכמו שהאריך החכם השלם הנזכר: אך מה שיש לפקפק בנ"ד הוא מתשובת הרשב"א ז"ל שכתבה הרב ב"י סוף סימן ר"ו בח"מ וז"ל שאלת מי שקנו ממנו בעדים שימכור ביתו לחברו וכו' והשיב לשון זה שאמרת איני מכירו ואיזה ענין לקנינים אלו וקנין דברים בעלמא הוא שהרי לא הקנה המוכר ביתו לחברו אלא שקנו מידו שימכור ובמה נתחייב למכור ועובדא דההוא גברא דאמר אם מזביננא להאי וכו' התם כשקנה האי ארעא מהשתא וכו' וכן כתב רבינו האיי וכו' הרי מבואר שם שהוא קנין דברים ולא מהני:

איברא דבסוף סי' קצ"ה כתב הרב בית יוסף תשובה אחרת בשם הרשב"א שנראה לכאורה סותרת לזו שכתב שם ששאלוהו על מי שיצא עליו שטר שכתב אתן לך כך וכך וכו' והשיב כל שקנו מידו אעפ"י שלא אמר בלשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו הדבר שאמר ליתן וכו' א"כ משמע מהתם דקנין מהני לעשות הלשון לשון חיוב ואיך כתב בתשובה האמורה דקנו למכור לא מהני אלא שיש לחלק לזה בין נתינת מעות לחיוב למכור דבנתינת מעות הקנין מתקן כאלו מחייב עצמו על המעות ליתנם אבל המכירה דהוי דבר שאינו נתפס בקנין אין לומר דהקנין עושה כאלו מחייב עצמו למכור דדמי לקנו מידו שיהלך או שישתתף שכתב הטור בסי' קנ"ז בשם הרמ"ה דאיכא מרבוותא דסבירא להו דאף על גב דקנין לתת מהני מ"מ קנין להלך או לחלוק הוי דברים בעלמא:

מ"מ למדנו בנדון דידן דלדעת הרשב"א ז"ל דהוי קנין דברים דלא מהני כך היו נראים הדברים לכאורה. אבל לפי האמת נראה לי דדעת הרשב"א דעת יחיד אפילו בנדון דידיה ומה גם בנ"ד דאפילו הרשב"א יודה כמו שנבאר בע"ה וטעמא דהרי הרמב"ם בפ"ח מהלכות מכירה כתב ההיא עובדא דההוא גברא דאמר לחבריה אי מזביננא ליה להאי ארעא וכו' כסתמא וז"ל שם האומר לחברו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במאה זוז וקנה מידו על כך ולאחר זמן מכרה לאחר במאה קנה הראשון ע"כ. ולא הזכיר שהחזיק בקרקע אלא קנין ומעכשיו לחוד ואפילו בהא דהצריך מעכשיו כתב הרב בית יוסף ז"ל דהוה משמע ליה דטעמא דבעי מעכשיו משום דלא ליהוי קנין דברים ושאח"כ ראה בעיטור שאין הטעם אלא משום אסמכתא וכן הטור בסי' ר"ו כתב בסתם

הדין ההוא ולא הזכיר שהחזיק בקרקע. גם הרי"ף בפרק בית כור הביאו בסתמא ושאר הפוסקים משמע דס"ל דבקנין ומעכשיו לחוד סגי דלא כהרשב"א ז"ל וא"כ בנ"ד דאיכא קנין ומעכשיו לכולהו רבוותא מהני והטעם דמעכשיו מסלק טעם קנין דברים כדהוה סלקא דעתיה הרב ב"י או אפשר דאין צריך מעכשיו אלא לסלק אסמכתא וקנין למכור לא חשיב ליה קנין דברים כמו מי שקנו מידו שילך וכו':

ועוד אני אומר דאפילו הרשב"א ז"ל יודה בנ"ד דכתיב ביה לשון חיוב שכתוב בשטר נתחייבו וכו' דהרי כתב הטור בסימן קנ"ז בשם הרמ"ה אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות וכו' שאין קנין נופל על החיוב א"כ היכא דאיכא לשון חיוב כשטר אפשר לומר דהרשב"א ז"ל יודה דהקנין נופל על לשון חיוב וראוי לנו לחלק ולומר כן כדי דלא נשוייה להרשב"א חולק כל כך על שאר הפוסקים ונאמר דס"ל דאפילו לשון חיוב לא מהני דאפושי במחלוקת לא מפשינן ואפילו תחלוק על זה פוק חזי מה עמא דבר שנהגו לעשות שטר חזרה כזה בכמה מכירות ודנין על פיו א"כ משמע דנהוג עלמא כדעת שאר הפוסקים דלא כהרשב"א ז"ל: ומ"מ קשה קצת על מה שכתבתי דמודה הרשב"א דהיכא דהוי לשון חיוב מהני א"כ בפרקא קמא דכ"כ כשהקשו שם גבי רצו לחלוק קנין דברים בעלמא הוא אמאי לא משני שנתחייבו לחלוק וקנו מידם דשייך קנין על לשון חיוב כדכתיבנא ואפשר דהכא בלמכור מהני לשון חיוב אבל לחלוק לא מהני דהתם גריע יותר וק"ל: עוד יש טעם אחר לפקפק בנ"ד משום דמ' סול ובעלה לא מיחו כמה שנים שהחזיקו הקוני' ולא אמרו להם שיש עליהם חיוב זה וא"כ נאמר דטוענין ללוקח דאולי חזרו מ' סול ובעלה ולקחו מהקונים שמכרו להם ונתבטל שטר החזרה ולא לקחו מידם השטר חזרה דלא איכפת להו כיון שחזרו למכור להם ואח"כ מכרו לאחרים מ' סול ובעלה מכירה גמורה וחלוטה בלי שום תנאי חזרה כלל ומאותם האחרים קנו אלו הקונים ומפני זה לא מיחו בידם כ"כ שנים: והא ודאי לאו מילתא היא כיון ששטר תנאי החזרה ביד מ' סול ובעלה ויש בו נאמנות ודאי שהיא נאמנת לומר שמעולם לא נתבטל השטר הנזכר שהרי הוא בידה והאמינוה אלו שקנו ממנו ובריש הלכות חזקת מטלטלין כתב הטור ענין דומה קצת לזה סימן קל"ג בשם רבינו יונה ז"ל שאם בא מערער ואמר חפץ זה שבידך אני הפקדתיהו לשמעון ואמרתי לו אל תחזירהו אלא בעדים ואין עדים שהחזירו שהדין עם המערער וא"כ בנ"ד נמי תאמר מ' סול קרקע זה שבידך אני מכרתיהו למי שמכרו לך ועשה לי שטר חיוב להחזירו וכל זמן שהשטר בידי אני נאמנת עליו לומר שלא נתבטל השטר וכיון שכן אני נאמנת לומר שמידו בא לידך כמו בחפץ דנאמן לומר לסברת רבינו יונה ואף על פי שהטור תמה שם עליו היינו משום דהנפקד היה נאמן

לומר החזרתיו בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים אבל בנדון דידן אינו נאמן מי שקנה ממ' סול לומר נתבטל שטר החזרה משום דתאמר לו שטרך בידי מאי בעי ועוד דהרי יש בה נאמנות בשטר כדכתיבנא: ועוד דאעיקרא דדינא פירכא דמאיזה טעם אתה בא משום שלא מיחתה מ' סול עד עתה בקונים הנזכרים הא לא איכפת לן מידי דהרמב"ם ז"ל כתב בפרק י"א מהלכות טוען שטעם החזקה הוא מפני שאומרים לו לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתת למה היה זה משתמש בקרקעך שנה אחר שנה וכו' אבל בנ"ד אין זה משתמש בקרקעו כדי שימחה בו דכל זמן שאינו מביא מעותיו לחזור ולקנות אין זה קרקעו ועד עתה לא היו לו מעות לחזור, ולקנות והיה מניחו להשתמש דלא היה לו דין עליו דקרקעו של אוכל פירות הוא ודבר זה פשוט בעיני מאד ולא הוצרכתי להאריך כ"כ בזה אלא מפני שזה ימים ראיתי חכם א' שנפלה בטענה זו לזכות לקונים ולא נראו דבריו בעיני מהטעם שכתבתי: הכלל העולה דזכתה מ' סול בדינה עם המוכר הראשון שקנה ממנה שיחזיר לה מה שמכרה בתת כסף מקנתה וכיון שזכתה עם המוכר הראשון זכתה נמי עם הבאים מכח המוכר הראשון דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכמו שכתב הרב מהר"י קולין ז"ל בשרש כ' בענין כיוצא בזה שנתחייב שלא למכור כי אם לפלוני ומכרו לאחר יע"ש:

ועוד דבשטר החזרה כתוב דהבאים מכחו חייבי' להחזיר לה המקנה ההוא לכן זכתה בדינה ולהיות שהקונים הוציאו הוצאות רבות בחצר ובגן טוב הדבר שיפשרו ביניהם ואיש על מקומו יבא בשלום הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמח

שאלה ראובן ואשתו היו חייבים איזה סך מעות לשמעון וראובן ברח הלך לו כי אין לאל ידו לפרוע החוב ועודנו חוץ לעיר בא שמעון ותבע חובו מאשת ראובן ודחקה ביותר והיה רוצה להוליכ' בעש"ג ולשים אות' בבית האסורים באופן שנפל אימת ב"ת עליה ע"כ בראות' כי כלתה הרעה שרצונו של שמעון לשומה בבית האסורים הוכרחה ע"כ שלא בטובתה למכור לשמעון הב"ח הנז' חזקת חנות א' אשר לראובן בעלה מנחלת אבותיו לחשבון החוב הנזכר ועתה בא ראובן ושואל משמעון חזקתו שרוצה לפרוע אליו כל חובו משלם במעות מדודים ואין רצונו במה שמכרה אשתו בטענ' שאין רשות לאשה למכור דבר בחיי בעלה שלא ברשותו ורצונו ובפרט היותו חזקת קרקע מנחלת אבותיו וגם בטענה שהיתה אנוסה שמוליכ' בעש"ג ולכן מכרה ע"כ שלא בטובתה לכן יורנו

מורנו המורה לצדקה אם חייב שמעון לחזור החזקה למריה קמא אחר שפורעים אליו במעות כל חובו ומה' תהי' משכורתו שלימה:

תשובה דברים פשוטים אני רואה כאן דודאי אין המכירה מכירה דאפילו במוכרת למזונות אמרינן בפרק אלמנה ניזונת דבעינן שלשה הדיוטות דהיינו תלתא גברי דבקיאי בשומא להרמב"ם והרי"ף והרא"ש ז"ל כמבואר באבן העזר סי' צ"ג ואם מכרה שלא בפניהם איכא רובא מרבוותא דסברי דהמכר בטל כל שכן בנ"ד דלא מכרה למזונות דודאי עכ"פ צריך בבית דין גמור אפי' שנודה שהמכירה מכירה דע"כ לא קא אמרי התם דלא בעינן ב"ד גמור אלא הדיוטות למזונות דאין לה לישב ולהתענות עד שיזדקקו לה בית דין וכן לכתובה משום חינא אבל היכא דליכא הך טעמא ודאי דצריך ב"ד גמור. וא"כ ברד דאפילו ג' הדיוטות בקיאי בשומא לא הוו כאן פשיטא דלכ"ע אין המכירה מכירה ובר מדין ודאי דאפילו בפני ב"ד אין לה כח למכור בנכסי בעלה דלמזונות ודאי יש לה כח מטעמא דכתיבנא אבל לפרוע חוב בעלה מה לה למכור בנכסי בעלה ואם שמעון דחקה אותה ונאמר דמפני זה מכרה הא דא ודאי תברא דשלא כדין דחק אותה דא"א אין יכול לדוחקה כיון שאין לה נכסים שהכל משל בעלה ואפילו שבועה איכא מרבוותא דאמרי אין משביעין אותה כדכתב הטור בח"מ סימן צ"ז אלא לכשתאלמן או תתגרש תשלם ומה לו אצל אשת ראובן והיה לו לשמעון לילך אצל ב"ד ויכתבו אדרכתא על נכסיו אחר התראה ואח"כ יעשו לו שומא כמבואר בדברי הטור הלכות גביית מלוה אבל מכירת האשה בלא כתיבת אדרכתא ובלי שומת ב"ד ודאי דאיני רואה בה ממש ועוד אפילו גבי שומא דבנ"ד לא ברירא מילתא כולי האי דשומא הדרא לעולם ואפילו נתייקרו הקרקעות אח"כ איכא מרבוותא דאמרי דאין משלם לו אלא חובו לבד וכדכתב הטור בח"מ סי' ק"נ:

הכלל העולה בנדון דידן דפשיטא ופשיטא דאין מכירת האשה כלל: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קמט

שאלה ראובן שמעון לוי ויהודה אחים ירשו מאביהם חצר ובתים וכשבאו לחלוק נפלו ביניהם הפרשים והרשה ראובן את אחיו שמעון לעמוד בדין עם לוי ויהודה על ענין חלוקת החצר הנזכר וזה לשון שטר ההרשאה בקצרה בפנינו וכו' ראובן מדעתו וכו' מנה והרשה אגב ארבע אמות קרקע לאחיו שמעון ונתן לו כח יפה ויכולת מספיק ורשות שלמה כראוי לעמוד לדין בעדו ובשמו עם אחיו לוי ויהודה על ענין חלוקת החצר פלוני

וכו' ולקבל הדין ולהסתלק מהדין ולעשות בענין הנזכר פשרה קרובה לדין או רחוקה מן הדין ועל כל הנ"ל שם ראובן יד אחיו שמעון כידו וכחו ככחו וכו' ומחילתו וכו' באופן שכל מה שיעשה שמעון הנז' על ענין הנזכר יהיה קיים כאלו נעשה ע"י וכו' הכל בקנין גמור וכו' ומכח ההרשאה הנז' בא שמעון ועמד בדין עם לוי ויהודה. על ענין חלוקת החצר בעד אחיו ראובן ונתפשר עמהם וכתב וחתם וז"ל אאון קי איש וירדאד קי טינגו טימאדו פור אחי ראובן שו פארטו די איל קורטיגו איש בזה התנאי קי אישטין אגורה פור חשבון די אחי לוי פאשטה קי אחי ראובן לי מאנדי אשפרוש שנים עשר אלפים, קי לי דיבי קומו יו פרופייו ויאו פור טוש חשבונות פאריסי שיר וירדאד אי טיניר ראוין פור אונדי דיגו קי לאש קאזאש דיטאש אישטאן פור חשבון די אחי לוי עד קי לי פאגי אחי ראובן אי אנשי לו אפירמו יו אי דיגו קומו לאש קאזאש דיטאש טי לאש וינדו מכירה גמורה כדת וכהלכה פור לוש דיטוש אשפרוש ונטל ממני קנין גמור מסודר וכו' ונאמנות וכו' וכל זה מכח הרשאתו אשר יש בידי אך בזה התנאי קוסי בתוך שמנה שני' נו לי מאנדארי או ויציינדו איל דוינטרו אישטי זמן אי נו לי פאגארי דיטוש אש' קי קידה מכירה גמורה בידו ולראות האמת חתמתי שמי. ועתה שאל השואל אם יש כח ביד יורשי לוי אשר גם הוא נפטר לב"ע להחזיק בבתים הנז' מכח המכיר' שמכר שמעון המורשה מכח הרשאתו הנ"ל ללוי אם לא יפרע לו ראובן הסך הנ"ל לסוף הח' שנים שגזר שמעון המורשה אם תהיה המכירה הנז' שרירא וקיימא ביד יורשי לוי כיון שמכח הרשאתו מכר ללוי הבתים הנז' או אם יש טענה ביד יורשי ראובן אשר נפטר לב"ע בתוך הח' שנים לבטל המכירה הנ"ל באיזו טענה בעולם על הכל יבא דבר מורנו מורה צדק על הדין ועל האמת יען שמעון המורשה הנז' מודה ואומר שהמכירה הנז' קיימת ביד יורשי לוי יען לא פרע ראובן בחייו הסך הנזכר ללוי הנזכר ושכר אדוננו כפול מן השמים:

תשובה מכירה זו יש צדדים לכאורה לבטלה הצד הא' שלא הרשה ראובן לשמעון אחיו אלא על חלוקת החצר אבל שימכור חלקו בשביל חוב אחר שהיה חייב הא מילתא אחריתי ולא נכנס בהרשאה והא ודאי לאו מילתא היא דכיון דכתוב בהרשאה כמה לישני ליפות כח המורשה וסיים בה באופן שכל מה שיעשה שמעון הנז' על ענין הנז' כאלו נעשה ונגמר על ידו א"כ כל מה שעשה שמעון בענין חלוקה זו הכל הוא עשוי וא"כ הוא ראה שלענין גמר החלוקה צריך שימכור על תנאי כמו שעשה דאל"כ לא היה בא הדבר לידי גמר כי לא היו רוצים לתת חלקו לראובן אלא בזה התנאי וכמו שהתחיל בלשונו או טומאדו טו פארטו די איל קורטיגו בזה התנאי וכו' כלומר דאם לא היה

התנאי ההוא לא היה לוקח חלקו של ראובן ונרא' לו כדי להשקיט המריבות וריבות לעשות כך א"כ ודאי שהוי עשוי:

הצד הב' לבטלה דנרא' לכאורה כתב שמעון כסותר את עצמו שבתחלה כתב שהם ביד לוי אשטה קי לי פאגי אחי ראובן משמע שהם משכונה בידו ואחר כך כתב שמוכר לו מכירה גמורה אך בזה התנאי וכו' והא ודאי נמי לאו מילתא היא דאין זו סתירה דלמטה ביאר שהענין שאמר למעלה אינו רצה לומר משכונה ממש אלא ענין מכירה על תנאי וזהו שאמר למעלה שהם בידו עד אשר יתפרע מראובן כלומר דכיון דעל תנאי הם נמכרות עד ח' שנים נמצאו שכל אלו הח' שנים כמשכונה הם בידו וכבר נודע שכל היכא דאנו יכולים ליישב שתי הלשונות שלא יסתרו אהדדי מיישבינן וכמו שאמרו גבי ספל וקפל כתבו הטור בסי' מ"ב דאם אפשר לתלות המחק בזבוב תלינן וכן גבי מן וחנני כל שכן כאן דעדיף מהתם דאפשר ליישב ולפרש לשון ראשון כלשון אחרון ואפילו תאמר שלשון אחרון פליג אראשון הא קיי"ל דאזלינן בתר התחתון וא"כ אין לבטל המכירה מטעם זה. הצד השלישי לבטל מכירה זו משום דאפי' דנימא דהמכירה קיימת על תנאי שלא יפרע לו ראובן תוך ח' שנים דילמא פרע לו ראובן ונתבטלה המכירה דאע"ג דהר"ן כתב בפרק מי שאחזו וז"ל ולפי זה משמע דהאומר לחברו אני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אמר על מנת שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו ע"כ. וא"כ משמע לכאורה בנ"ד דלבטל המכירה צריך קיום מעשה שיפרע המעות א"כ עליו להביא ראיה שקיים המעשה וכל זמן שלא הביא ראיה המכירה קיימת לא היא דהר"ן כתב שם דהיינו דוקא כשהתנאי תלוי ביד המקבל אבל כשהתנאי תלוי ביד אחרים או ביד הנותן לא שהרי באם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש חיישינן שמא יבא ולא שריא לאנסובי ואפילו לאחר י"ב חדש אלא צריך שיאמינה שלא בא ואפילו להרמב"ם ז"ל דסובר בפ"ט מה' גרושין דלאחר שנים עשר חדש שריא הא יהיב טעמא שאין דרך בני אדם לבא בצנעא אבל בנ"ד אמרי' ודאי שדרך בני אדם לשלוח מעות ע"י שליח ולפרוע מה שהם חייבין וא"כ חיישינן שמא פרע כי היכי דחיישי' התם בגט שמא בא דהא הר"ן ז"ל מדמי להו אהדדי וכי תימא הא אית לן חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו וכיון שמת זמן הרבה קודם השלמת הח' שנים לא אמרי' שפרע כיון דעדיין יש לו זמן הא לאו מילתא היא דאין זה פרעון חוב אלא שרוצה לפדות חזקתו מיד הקונה אותה וכדי שתחזור חזקתו אליו ממהר לפרוע כל מה שיוכל א"כ מן הצד הזה יש לנו לבטלה: הא נמי לא ברירא לי דכיון דכתוב שם מסודר וכו' ונאמנות וכו' א"כ הרי המכירה היא עשויה מסודרת בכל חזוקי סופר וגם נאמנות שנותן

לקונה וכיון שנתן לו נאמנות נאמר דיועיל לזה דכל זמן שיאמר שלא נפרע שיהא נאמן על כך דאל"כ למאי האמינו ואפילו שיש צד אחר שתוכל לומר שהאמינו לצד ההוא כיון שכתוב נאמנות וכו' ר"ל הנאמנות הסתם המורגל לכתוב בכל השטרות נאמר דמועיל לכל הטענות:

וראיתי להרב מורי ורבי ז"ל שכתב בתשוב' דכשכתוב בשטר ונאמנות וכו' נותנים כח הנאמנות גמורה לו ולבאי כחו עליו ועל באי כחו כשני עדים כשרים כדרך הנאמנות הרגיל לכתוב בשטרות היותר מקויים והיותר חזק דלהכי כתבו שתים וכתב וכו' לעשות נאמנות מאושר ומקויים ועוד דבנ"ד כתוב מסודר וכו' דהיינו מסודר בכל חזוקי סופר ואפילו נאמר שהוא נאמנות סתמי כולל לכל הדברים וא"כ אין לבטל המכירה מן הצד הזה אדרבה נוכל לומר לכאורה דאפילו שיתנו יורשי ראובן המעות ליורשי לוי לא תתבטל המכירה דהכי כתב רבינו ירוחם בשם הרשב"א וכ"כ הרב ב"י בח"מ סי' ר"ז בשם הריטב"א דמתנה ע"מ שתתן לי עד זמן פ' ומת המקבל תוך הזמן אינו נפטר אעפ"י שיתן ליורשו כי לי ולא ליורשי כדאמרי' בפ' מי שאחזו וכן אתה תתן ומת קודם שנתן לא קיים התנאי דאתה תתן משמע ולא יורשיך ע"כ:

איברא דקשה דלעיל כתב הרב ב"י בשם הרשב"א לכאורה הפך מזה שכתב שם כתב הרשב"א ז"ל בתשובה מה שנחלקו בו רשב"ג ורבנן באומר הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי ק' זוז דאמרי' בפרק מי שאחזו דפליגי בלי ולא ליורשי כו' היינו משום דמסתמא בדוקא אתני משום דאיהו צריך להו אבל האומר לחברו שדה זו נתונה לך במתנה ע"מ שתתן ק"ק זוז ומת בניו נותנין לו לאחר מותו שלא היתה ההקפדה שיתן הוא אלא שינתנו ע"כ משמע דהוא מחלק בין מקבל לנותן דכשאמר ע"מ שתתן לי ודאי דקפיד שיהא הוא המקבל מפני שצריך להם אבל בנותן אעפ"י שאמר ע"מ שתתן לא קפיד דמה לו שיתן הוא או אחרים ומה שכתבתי לעיל בשם רבינו ירוחם בשמו הוא בהפך וא"כ קשו דבריו אהדדי. אלא שנראה לי לומר דבשלמא ע"מ שתתן לי אין כאן לשון מיותר דלי אצטריך לומר למי יתן דאם יאמר ע"מ שתתן היה אפשר לומר שיתן לאחר ולכך הוצרך לומר לי ואעפ"י שאין שם לשון מיותר אמרי' בגמ' לי ולא ליורשי דקפיד משום דהוא צריך למעות אבל במקבל כשיאמר על מנת שתתן לי אע"ג דמשמעות שתתן הוא שיתנו נאמר דלא קפיד בהכי כיון שאין סברא כ"כ להקפיד בנותן כיון דבאו לידו המעות מה לי שיתן הנותן או שיתנו בניו אבל כשאמר אתה תתן הרי מלת אתה הוא מיותרת ובודאי דאמר אתה לענין קפידא שיתן הוא ולא בניו וחזר מלת אתה שהיא מיותרת לענין הנותן במלת לי אף על פי שאינה מיותרת לענין המקבל זה נראה ליישב דברי הרשב"א ז"ל. אם כן

נאמר ג"כ בנ"ד דכיון דמתו המוכר והלוקח. ובתנאי כתוב נו לי מאנדארי וכו' או נו לי פאגארי וכו' שצריך שיהא המקבל חי כדי שיפרע לו ואע"ג דלא קפדינן בנותן כל כך כמו שכתבתי בדברי הרשב"א כיון דאין כאן יתור לשון מ"מ קפדינן במקבל דכיון שמת אעפ"י שיתן המעות ליורשיו לא נתבטלה המכירה והרב מוהר"י אדרבי בפסקיו סי' פ"ז כתב גבי אחד שנתחייב למכור חנות לאחר ומת שאינו מחויב למכור ליורשיו יע"ש כך היו נראים הדברים לכאורה. אך אמנה לפי האמת מכירה זו היא בטלה בעיני שיש בה איסור רבית דכיון דמכר על תנאי שכשיתן לו המעות שחייב לו תתבטל המכירה א"כ נמצא ששכירות הבתים שאכל בתורת רבית הוא מהלואת המעות וכבר כתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סי' ר"ה וסוף סי' ע' דראובן שמכר קרקע לשמעון וכתוב בשטר המכירה שכל זמן שיפרע לו אותו מנה שחייב להחזיר לו שטר מכירה וכו' דהמכר אינו מכר וכו' וההוא שטרא חספא בעלמא ונאמן לומר פרעתי והביא ראיה לדבר יע"ש א"כ בנ"ד ג"כ מכר זה באיסור נעשה ושטר זה לא נתן לכתוב וה"ל כמאן דליתיה וחזר הדבר להיות מלוה ע"פ שחייב ראובן ללוי י"ב אלפים לבנים מחשבונותיו ואימור שמא פרע והחזקה היא בחזקת יורשי ראובן:

וכ"ת הרי בנ"ד לא כפל תנאו והרא"ש כתב דבין בממון בין באיסור אפי' במעכשיו בעינן כפל תנאי כמו שכתוב בספר א"ה סי' ל"ח א"כ כיון דבנ"ד לא כפל התנאי נמצא דהמכר מכר והתנאי בטל והחזקה בחזקת יורשי לוי לא היא דהרי"ף אית ליה דבממון לא בעינן תנאי כפול והרשב"א בתשובה מסכים עמו הלא היא כתובה בספר ח"מ בבית יוסף סי' ר"ז ורבים מהאחרונים הסכימו כן כדכתב ה"ה בהלכות אישות וגם הרשב"א כתב שם הדין ברור מפי רבותינו שאין הלכה כרבי מאיר דבעי תנאי כפול אלא שהחמירו בגיטין ע"כ וא"כ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא דלמ"ד דהוי תנאי אין המכר מכר דהוי באיסור ולמ"ד דלא הוי תנאי הוי מכר א"כ אמרי' אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא שהיא בחזקת יורשי ראובן וא"כ עלה בידינו שהדין עם יורשי ראובן. אבל הוגד לי כי המורשה נתחייב ללוי בשטר כתוב וחתום בעדים והאמינו שכל זמן שלא יפרע לו ראובן המעות שחייב לו שהוא מחוייב בעדם וא"כ הוא ודאי שהדין עם יורשי לוי ואין לומר שילקה המורשה בכך והוא יפרע מביתו דהא בהרשאה נתן לו כח מספיק בכמה לישני שכל מה שיעשה הוא כאלו עשאו ראובן עצמו וכיון שעשה זה לצורך החלוקה ההיא הוי כאלו עשאו ראובן עצמו דהוא עשה מה שהיה נראה בעיניו שהיה טוב לענין החלוקה להביאם לידי גמר וכיון שכן יפרעו יורשי ראובן הי"ב אלפים ויטלו חזקתם הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנ

שאלה מעשה שהיה כך היה שבא בפנינו עדים ח"מ ה"ר אהרן פינטו וה"ר יוסף קארו יצ"ו על ענין הבתים שירש ה"ר אהרן הנז' מאחיו נ"ע ונתפשר עם ה"ר יוסף הנזכר שיתן ה"ר יוסף לה"ר אהרן כ"ב אלפים לבנים שישתמש מהם ה"ר אהרן וה"ר יוסף הנז' ישתמש מב' בתים עליות עם קוזינה א' עליה ועוד קוזינה א' תחתונה ובשומענו התנאים הנז' אמרנו שאינם יכולים לעשות הענין שהוא רבית קצוצה ממש וכששמעו הדבר נתפשרו באופן אחר שעשו מכירה גמורה כדין וכהלכה בבתים הנז' ואח"כ נתחייב ה"ר יוסף הנזכר שבסוף ג' שנים רצופים כל זמן שה"ר אהרן ידרוש מה"ר יוסף הנז' שימכור הבתים הח' שיתחייב למוכרם תיכף בלי ערעור ופקפוק ותיכף הוציא ה"ר יוסף הנז' ונתן בידינו סך מאה וחמשי' גרושושי' ובאותם המעות לקחנו וקנינו החלק מאחיו של ה"ר אהרן הנז' שהוא ה"ר דוד פינטו כדי שיגמור ה"ר אהרן הנז' תנאו עם ה"ר יוסף הנז' והוא שעבר בפנינו ולראיה כידו חתמנו פה אישקופיי"א ביום פלוני וקיים פלוני עד. ועתה שאל השואל אם יש ביד המוכר כח להעביר הבתים מיד הקונה הנזכר ומה גם עתה שהוא יושב בבתים מקדמת דנא בתורת שכירות ועדיין הוא בתוך הבתים יורנו מורנו מורה צדק מה יהיה משפט הבתים ומה' יהיה משכורתו שלמה:

תשובה ידוע הוא דיש ד' קנינים לקרקע כסף ושטר וחזקה וקנין ובאתרא דכתבי שטרא כי הני מקומות דידן כסף לא מהני בלא שטר וכן שטר לחוד לא מהני בשום מקום במכירה עד שיתן את הדמים כדאמרי' בפ"ק דקדושין וחזקה לחודא דאתר' דכתבי שטרא דעת הרמב"ן הוא דלא מהניא כדכתב הר"ן בשמו בפ"ק דקדושין והרב הגדול מורי ורבי ז"ל בפסקיו הא' סי' רנ"ח כתב דדעת הרמב"ן נגד רוב הפוסקי' קמאי ובתראי אלא שמ"מ מצאנו להרמב"ן חבר הריטב"א בחדושיו בפ"ק דקדושין שסובר כן: וחזקה לחודא בלא דמים אי מהניא הא נמי הויא פלוגתא דרבוותא וכדכתב הרב המגיד בפרק ראשון מהלכות מכירה ודע שהמפרשים ז"ל נחלקו וכו' עד אומרו הא החזיק בכלם ומוכר לא עייל ונפיק אזוזי קנה אף עפ"י שלא נתן דמים וכן נראה דעת הר"ן ז"ל בס"ק דקדושין שכתב וכ"ת וליטעמיך דילמא עייל ונפיק אזוזי וכו' דאפי' בחזקה נמי לא קנה וכו' משמע דחזקה מהניא בלא דמים היכא דלא עייל ונפיק אזוזי ואף עפ"י שמדברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"א שאלה פ' לא משמע כן כבר תמה עליו הרב הכהן הגדול נר"ו בפסקיו שאלה ע"ג וכתב כמו שכתבתי: וקנין אי מהני במכירה בלא דמים בהא כתב הר"ן בפ"ק דקדושין דהוי פלוגתא דרבוותא יע"ש ובאתרא דכתבי שטרא אי

מהני קנין לחוד בהא כתב הרב מורי ורבי ז"ל בפסק הנזכר דמהני משום דשטר וקנין הכל דבר אחד דסתם קנין לכתיבה עומד גם הרב הכהן נר"ו כתב כן בפסק הנזכר:
ואחרי כותבי כל אלה הדברים נפשטה שאלתנו דאם המכירה שמכר ר' אהרן לר' יוסף היתה בשטר ונתינת דמים ודוקא כל הדמים כמו שכתב הר"ן בשם איכא מאן דאמר אליבא דכולי עלמא מהני וכן אם היה שם ונתינת דמים ודאי דמהני אליבא דכ"ע כדכתיבנא אבל אם לא היה שם אלא כסף בלא שטר כיון דמקומות דידן אתרא דכתבי שטרא הן לא מהני:
וכן מטעם חזקה לחודא דהיה ר' יוסף בבתים בתורת שכירות וכיון דמכרם לו הרי הלך והחזיק עתה מחדש ותעלה לו חזקתו גם זה אינו מועיל דכבר כתבתי דהוי פלוגתא דרבוותא אי חזקה לחודא מהני וכיון שכן מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא אבל מ"מ אם נתן דמים מהני ליה לרבי יוסף הך חזקה דהחזיק בבתים אי אמר לו לך חזק וקנה או שהחזיק בפניו אפילו לא אמר לו לך חזק וקנה ואע"ג דהריטב"א ז"ל בחדושי קדושין כתב דחזקה וכסף לא מהני באתרא דכתבי בשטרא מכל מקום דעת יחיד הוא דהרב המגיד בפרק א' מהלכות מכירה כתב דבאתרא דכתבי שטרא ונתן דמים החזקה עולה לו במקום שטר ומהניא וכן כתבו התוספות בפרקא קמא דקדושין בדבור בד"א שנתן לו דמי כלם בתירוצא קמא וכן דעת הרב מורי ז"ל בפסקיו הראשונים סי' רנ"ח וא"כ אי איכא דמים מועיל החזקה על האופן הנז' כדכתיבנא. וא"כ נתבאר מכירת רבי אהרן לר' יוסף על הדרכים שתהיה קיימת ומינה מה שנראה מדברי השאלה שחזרו ולקחו חלקו של ר' דוד פינטו לר' יוסף מפני שר' אהרן לא היה לו אלא חלק א' ומכירתו לא היתה מועלת אלא לחלקו לבד ולכך חזרו ולקחו חלקו של ר' דוד בעד רבי יוסף הנזכר כדי שיהיה המכר קיים אם קנו מיד ר' דוד ונתנו לו הדמים ודאי דמכירתו קיימת ג"כ לחלקו אם היה שם חזקה ונתינת דמים או על הדרכים שנתבארו למעלה ודאי דמכירתו לחלקו ג"כ קיימת כמו שמכירת רבי אהרן לחלקו היא קיימת על פי הדרכים הנז' ודא ודא אחת היא: ואף אם לא היו שם הדרכים הנזכר המועילים להיות המכירה קיימת מ"מ יש לומר דאם ירצה רבי יוסף הדר בתוך הבתים בתורת שכירות ליקח הבתים הוא קודם לאחר וראוי ליתנם לו בערך אשר יתנו אחרים דשייך ביה דינא דבר מצרא דהרב ב"י ז"ל בח"מ בסוף סי' קע"ה כתב דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוי מצרן או לא אחר שמכר המוכר אין להוציא מיד הלוקח אבל קודם שמכר אומרים למוכר שימכור למצרן כיון דאין הלוקח מוחזק טפי שייך מצרן בההיא ארעא מהלוקח וכיון שכן הרי כתב הוא שם דאיכא פלוגתא דרבוותא אם השוכר קודם בקנית הבית לאחר

ואע"ג דפסק שם וכתב הילכך במקום דכל הנך רבוותא סברי דאין המלוה יכול לעכב מלמכרה לאחר ה"ה לשוכר שאינו יכול לעכב ע"כ האי עיכובא הוי דוקא אחר שלקח הלוקח אבל קודם שלקח ודאי דיכול לעכב שהוא קודם מפני שהוא מצרן טפי וכמו שכתב בסוף הסימן דאם לא תאמר כן נמצא דבריו סותרים זה את זה:

איברא דעדיין קשה לי טובא שכתב שם מעשה בא לידי בבית וחנות תחתיו וכו' וכתב שם בסוף התשובה ואפי' קנאו שוכר הבית יוציא שוכר החנות מידו מטעם מצרן וכן אם שוכר החנות קנה הבית שוכר הבית מסלקו מטעם מצרן משמע דאפי' קנה הלוקח השוכר מסלקו מטעם מצרן והוא הפך מה שכתב למעלה דאחר שקנה הלוקח אין השוכר יכול לסלקו מטעם מצרן וכמו שכתבתי לשונו וכן בסוף הסי' כתב שאחר שקנה הלוקח נקרא הלוקח מוחזק וכדכתיבנא לעיל. ואולי יש לומר ליישב דעת הרב דההיא עובדא דבית וחנות היה הא' בתוך הבית והאחר בתוך החנות וכיון שכן נקרא בעל הבית מוחזק בביתו ובעל החנות בחנותו אע"ג דבקרקע לא שייך תפיסה היינו לגבי מאריה קמא דארעא בחזקתו היה ולא שייך גביה תפיסה אבל לגבי לוקח דלא הוי מאריה קמא מקרי שוכר מוחזק כיון שהוא בתוך הבית ואפילו אחר שקנאו הלוקח יוציא מידו השוכר ובעובדא שכתב גבי מי שהשכיר ביתו ואחר כך מכרו לאחר והשוכר רוצה לקנות הבית איירי שאין השוכר בתוך הבית ובהא הוא דכתב בסוף הסימן דאינו מוחזק אחר שלקח הלוקח משום דאינו בתוך הבית ואף על פי שאלו הדברים היו צריכים ביאור ולא היה לו לרב בית יוסף לסתום דבריו כל כך מכל מקום מוכרח אני לפרש כן ליישב דבריו שלא יסתרו זה לזה ובין כך ובין כך למדנו דכל זמן שלא מכר המוכר השוכר שהוא בתוך הבית קודם לכל אדם וראוי שיתנו לו הבתים מדין מצרן ואם קנה על פי הדרכים הנזכרים למעלה זכה במקחו הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנא

מה נמלצו לחכי דברי פי חכם חן טובינ' דחכימי מרגינתא דלית בה סימי החכם הותיק חשוב ונעלה נר"ו דלה מים מבורות עמוקים מתוקים מדבש ונופת צופים ואגב גררא באתי לתרץ הקושיות אשר נתקשו אצלו. הקשה דהרב בעל הטורים בסוף הלכות קנין קרקע בח"מ כתב מקנה לישראל בנתינת המעות ובדיני יין נסך סי' קל"ב כתב לפיכך ישראל שמוכר יין וכו' כיצד יעשה יקח ממנו המעות שאין מעות קונות בגוי עד שימשוך ע"כ נראה דבעי משיכה בגוי הפך הנאמר בהלכות קנין קרקע ויש לי לומר

דאזיל לטעמיה שכתב בי"ד סי' ש"ך גבי בכור דצריך לצאת ידי רש"י ור"ת וכיון דאיכא איסורא אזלינן לחומרא ה"נ גבי יין נסך אזלינן לחומרא וצריך ליתן המעות במתנה כיון דאיכא מ"ד דמעות אינם קונות בגוי דהיינו ר"ת אבל לענין דינא דמקח וממכר ס"ל לטור כהרמב"ם ז"ל דאע"ג דקיי"ל כר' יוחנן דדבר תורה מעות קונות וכדפסק, בהלכו' קנין מטלטלין מ"מ גוי קונה ומקנה מטלטלין במעות או במשיכה וכדנתן טעם לדבריו פרק א' מהלכות זכיה ומתנה ולדבריו הסכים הרשב"א הביאו הרב ב"י בטור י"ד סי' קל"ב ומפני כן כתב בהלכות קנין קרקע דקונה במעות גבי גוי:

עוד הקשה דהרב הנמוקי בפרק הזהב כתב במטלטלי' של גוי דאינו קונה אלא במשיכה ובפרק ח"ה גבי נכסי הגוי הרי הם כמדבר וכתב וה"מ דאמרי' דוקא במקרקעי אבל במטלטלים כיון דדבר תורה מעות קונות קונה בגוי אעפ"י שלא משך ע"כ ודחק עצמו בתירוץ קושיא זו. ולי נר' דמ"ש בפ' הזהב הוי סברא דידיה ומ"ש בפ' ח"ה הוא סברת המפרשים ז"ל שכן כתב בדין הקודם והעלו המפרשים ז"ל ואח"כ כתב דין זה והוא נמשך עם הקודם שהכל הוא מדברי המפרשים ז"ל:

עוד כתב דהרב מהריק"א ז"ל בפי' כסף משנה בה' ע"ז פ"ז כתב גבי הלוקח גרוטאות מן הגוי וז"ל וכתב רבינו טעם וכו' דאלת"ה הוה קשיא ליה דהא משיכה בגוי קונה אבל בנתן מעות ומשך דלא קשיא מידי לא חשש לכתוב הטעם ע"כ. ונראה מדבריו דנראה לו דע"כ ט"ס נפל בספרים וצ"ל כדברי הרב ז"ל אבל בנתן מעות ולא משך דלא קשיא ליה מידי לא חשש לכתוב הטעם וכן העתיק הוא לשון הרב כסף משנה ומפני כן השיג עליו דאשתמיטתיה מה שכתב רבינו בפרק א' מהלכות זכיה דגוי קונה בדמים וכאן כתב דבנתן מעות ולא משך דאינו קונה הגוי בדמים לא חשש לכתוב הטעם והוא הפך מה שכתב בפרק א' מהלכות זכיה. ולי נראה דאין כאן ט"ס בדברי הרב כסף משנה ודבריו נכונים וה"ק דלא הוצרך רבינו לתת טעם בנתן מעות ומשך דאמאי יוליכם לים המלח משום דהא ודאי סברא היא דכיון דנתן מעות ומשך הא איכא קנין גמור ולכך. יוליכם לים המלח אבל במשך ברישא דאיכא קנין דקשיא ליה כיון דאיכא קנין אמאי לא יוליך הוצרך לתת טעם מפני שהוא כמקח טעות וה"ה גבי נתינת דמים שצריך טעם זה אלא כתבו רבינו גבי משיכה דהוה ס"ד למימר דליכא מקח טעות גבי משיכה כיון דכבר משך וראה ועדיף טפי משיכה בלא מעות ממעות בלא משיכה וכדכתב הרב עצמו שם וא"כ כתב קושיית האעפ"י במשיכה שהוא יותר חזקה שם ותירצה ומינה נלמוד לנתינת מעות. עוד כתב לתרץ דברי הרמב"ם דסובר דקונ' גוי במעות או במשיכה דהברייתא דנתנה לסיטון מעל דאמרי' בפרק הזהב איירי בסיטון גוי ואחר שהתיר רבי את השמן

ודלא כתוס' דאי בישראל כיון דמחסרה משיכה דרבנן תקינו משיכה לא מעל אעפ"י שנותן מעות דתקנתא דרבנן מפיקא מידי מעילה הפך מה שכתבו התוס' בע"ז דף ס"ג ד"ה והא מחסרה משיכה דהרמב"ם חולק עליהם וקשיא לי כובא על זו דא"כ מה הקשו בפרק הזהב דקשיא לר"ל ממתניתין דסיטון הא כדמוקי לה רבי יוחנן בסיטון גוי ה"נ מוקי לה ר"ל:

עוד הקשה על מה שכתב הרא"ש בפרק הגוזל קמא גבי הנותן מעות לשלוחו ליקח חטים וכו' ואע"ג דרבי אבא משני הך משנה אליבא דבני מערבא דמריהטא דשמעתא לא משמע הכי אלא רבי אבא לקיים דברי רבי יוחנן בא וכן כתב מהרי"ק בשם בעל התרומות בטור א"מ סי' צ"ח גבי דין וכתב הרמ"ך הא דאין בעל חוב. ונ"ל לומר דהרא"ש מפרש שמעתא כפי' התוס' שפי' דכי מתקיף אפילו חטים וחטים נמי הכי קאמר מאי קושיא דבני מערבא ע"כ ברייתא איירי בהודיעו דאי לא כן אפילו חטים וחטים נמי וא"כ מודה האי דמתקיף לדינא דבני מערבא דבעינן הודעה אלא דאומר דאין כאן קושיא משום דברייתא איירי בהודיעו ורבי אבא אתא לקיים האתקפתא וכיון שכן ברייתא איירי בהודיעו ודינא דבני מערבא קושטא הוי דגבי כסות אשתו ובניו צריכים לטעמא דכל המקדיש וכו' דבעינן הודעא וא"כ קיימא דינא דבני מערבא לפי המסקנא ולכך הקשה הרא"ש אבל בעל התרומות סובר דעיירות דשמעתא הוי דהאתקפתא בא לדחות דברי בני מערבא דלא בעינן הודעא וכיון דרבי אבא לקיים האתקפתא בא נדחו דברי בני מערבא:

עוד הקשה על דברי רבינו ירוחם ז"ל דבנתיב כ"ז משמע דאית ליה דהנותן מעות למחצית שכר לחברו וחברו זה זקף עליו במלוה ואמר בפני עדים לעצמי אני קונה נעשה גזלן על המעות והכל שלו אף עפ"י שלא שינה אבל בנותן מעות לשלוחו ליקח משמע דאית ליה גריעותא דדוקא היכא דשינה כגון שאמר ליקח חטים ולקח שעורים מהני היכא דזקפן בפני עדים אבל אם לא שינה לא וכ"כ בהדיא בנתיב כ"ז בתחלתו וכתב שם כל זה מיירי שנתן בתורת שליחות כי למחצית שכר כתבתי בשותפין משמע דאית ליה חלוק זה ובנתיב ח' בדיני רבית ח"ג כתב דברי הרי"ף ז"ל וכתב עליהם ונר' דוקא שלא שינה וכו' הרי דבמחצית שכר צריך ג"כ שישנה הפך מ"ש בנתיב כ"ח. ולי נראה לתרץ דה"ק אפי' הרי"ף דפליג לא פליג בלא שינה אבל בשינה מודה דלא גרע מחצית שכר משליחות אפילו להרי"ף וז"ש בסוף דבריו כאשר תמצא בשליחות ונמצא דלפי דברי הרי"ף כ"ש דמודה בהא אבל סברא דרבי' ירוחם היא לחלק בין מחצית שכר לשליחות כמ"ש בסי' הנז':

ולענין דינא דנ"ד נ"ל דהדין עם שמעון אף על פי שעשה שלא כהוגן ומה שחקר הח' החשוב נר"ו דכיון דהגוי היה סבור דבדיניהם בנתינת המעות קונה הרי נסתלק והוי הפקר וכיון דאיכא ספק קנה ראובן מהתוגר בנתינת המעות דאיכא מ"ד דקונה גוי בנתינת כסף אף ע"ג דר"ת וסייעתו אינם סוברים כן א"כ יכול לומר ראובן הרי אני קניתי מתחלה בספק כשהיה הפקר ואני קודם לך שהרי כתב הרא"ש ז"ל בפ"ק דמציעא גבי משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה דבהפקר אם אמר אני מושך בהמה זו לקנותה והכלים שעליה כיון דמספק' לן הרי הוא מוחזק בה מספק ותפיסת הספק מקרי תפיס' כנגד אחר שאין לו שום טענה וכו' א"כ בנ"ד נמי נאמר כיון דזה הוי הפקר דהרי הגוי נסתלק יאמר ראובן הרי יש לי קניה בספק ואין אתה שמעון יכול ליקח ממני. נראה לומר לזה דאין הענינים שוים דע"כ לא קאמר הרא"ש הכי אלא בתפס דכיון דהוא מוחזק אזלינן בתר חזקה אף על נב דהוא מספק כנגד אחר שאין לו בה שום טענה אבל היכא דליכא חזקה כנ"ד אלא שראובן נתן המעות לגוי לבד יאמר שמעון לראובן בקנייתך יש ספק דאיכא מ"ד דמעות אינן קונות דהיינו רבינו תם וסייעתו וקנייתי הוא ודאית אליבא דכלהו רבוותא ואני מוחזק ואתה ספק אינך יכול להוציא ממני שקנייתי ודאית ועוד שאני מוחזק לכן אני אומר שזכה שמעון בדינו שקנאו מן הגוי אחר ראובן הגם כי לא טוב עשה וראוי היה לעונש מכל מקום לענין דינא הדין עמו והאיסטיס שלו וכמ"ש החכם החשוב נר"ו צדקו יחדיו דבריו האמת והצדק: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנב

שאלה ראובן ושמעון מכרו ללוי חזקת חצר אחד בסך מה בקנין ושבועה שנטלו השני כתות ואח"כ חזרו המוכרים ונטלו קנין ושבועה מיד הקונה הנזכר לפרוע המעות מהחצר הנז' לזמן מה ואח"כ באו המוכרים ואמרו לשכנים בפני הנזכר שמהיום והלאה יתנו שכירות הבתים לקונה הנז' אחר ימים הלך אחד מן המוכרים לקרא לקונה שיתן לו אינטריגו כנגד סך חצר הנז' שכך היה תנאי ביניהם ומצאו לקונה הנז' סותר ובונה בבית שהקונה דר בה שמקדמת דנא היה דר בה בשכירות אלו הם טענות שטוענים המוכרים הנז' אבל לוי הקונה טוען שמעולם בשעת הקניה לא נטל קנין כי אם שבועה לבד ולמה שאומרים שאמרו לשכנים בפני הקונה שמהיום והלאה יתנו השכירות לקונה הנזכר טוען לוי אמת שהלכו אבל לא יצא לידי גמר לפי ששכן אחד היה רוצה לקנות הוא ג"כ החצר הנז' ונתבטל הענין ולמה שאומרים שמצא לקונה סותר ובונה השיב

לוי הנז' שבשעת כניסתו בחצר הנז' נכנס בו בתורת שכירות לפרוע שכירותו בכל חדש לזמן ד' שנים ובשעת השכירות נתנו המוכרים הח' רשות ללוי הנזכר שאם ירצה לבנות שום דבר להנאתו שיוכל לבנות אלא שאין נותנים לו אלא דמי הוצאת אומן א' ליום א' והשאר יהיה עליו ועל זה טוענים המוכרים הנז' שלא נתנו לו רשות לבנות רק מחיצה א' ולא יותר וכבר בנה אותה קודם המכירה. עוד טען לוי הקונה הנזכר שצוה לסופר לעשות שטר מכירה ולא רצו המוכרים הנז' לעשות לו שטר מכירה כמנהג המדינה באופן שמעולם לא היה מכר כלל ואחר כך פגע הקונה הנז' באחד מן המוכרים הנז' ואמר לו למה לא עשית שטר המכירה והשיב ששותפו אינו רוצה להעמיד המכירה בידו כמנהג המדינה אבל אם אתה רוצה לקנות חלקי אני אעשה שטר מכירה בכל חזוקי סופר כמנהג המדינה והשיב לוי הנז' זירימוש והלכו כל אחד מהם לדרכו יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי:

תשובה טרם אענה אסורה נא ואראה בדברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים סימן ע"ג בתשובת שאלה כיוצא בנ"ד השיב הרב על קנין ראובן שמכר חנותו ללוי בקנין ובשבועה ונתן לו עשרים פרחים מיד ואח"כ בא ראובן לחזור בו וחקר שם אי מאי דאמרי' בפ"ק דקדושין לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב שטר או אמרינן נמי הכי בההיא דאמרינן לא שנו אלא בשטר המתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן את הדמים וכו':

עוד כתב שם ומזה הספק נולד לי ספק אחר והוא שהר"ן במימרא הראשונה כתב מחלוקת הרשב"ם והרמב"ן ז"ל היכא שקנה בחזקה במקום שכותבין אח השטר ולא הזכיר מחלוקת בקנין לחוד ובמימרא השניה כתב בשם הרב הברצלוני ז"ל דאיכא פלוגתא דרבוותא היכא דקנה מיניה בקנין סודר דאיכא מאן דאמר וכו' וטבע החלוקה מחייב אחד משלשה או שנאמר דמי שהוא סבור דאלימא מילתא דקנין במימרא השניה הוא הדין נמי במימרא הראשונה ומאן דלא אלימא ליה מילתא בקנין במימרא השניה גם בראשונה לא אלימא או דילמא ע"כ לא פליגי בקנין אלא במימרא השניה אבל בראשונה לא אלימא או שמא דאלימא וזה הספק שיש להסתפק בקנין יש להסתפק ג"כ במה שכתב ממחלוקת הרשב"ם והרמב"ן היכא שקנה בחזקה וכו' ואם היינו אומרים דאי פריש פריש לא מהני במימר' שניה הייתי יכול לקיים ולומר דע"כ לא פליגי אלא בחזקה אבל בקנין כולי עלמא מודו דקני במקום שכותבים שטר דהוי כאלו פירש ואמר שרצה לקנות בקנין לחוד וכו' זה כלל דבריו. ועוד האריך יעויין שם ומי יתן והיה לי לב להבין דבריו דקשי' לי בגווייהו טובא חדא דמה שנסתפק אי מהני פריש במימרא השניה ולא

עוד אלא שרצה להטות עצמו לבד דלא מהני כדכתב ואם היינו אומרים וכו' דהרב המגיד בפ"א מהלכות מכירה משמע דמהני פריש שכתב שם גבי מה שכתב הרמב"ם ז"ל במה דברים אמורים במוכר שדהו מפני רעתה וכו' אבל בשאר קרקעות אף על פי שהגיע שטר מכירה וכו' כתב שם הרב המגיד ואפילו בשאר קרקעות נראה דאם התנו תנאן קיים דומיא דכסף דלעיל מבואר מכאן דמהני פריש במימרא שניה:

עוד קשה לי במה שנסתפק דהר"ן ז"ל כתב פלוגתא דחזקה במימרא ראשונה ופלוגתא דקנין בשניה וכתב דטבע המחלוקת מחייב דאפשר דמאן דפליג בחזקה ואמר דמהני במימרא א' בשניה לא מהני וכן מאן דאמר דקנין בשניה דלא מהני אפשר דבראשונה מהני ואני שמעתי ולא אבין דפלוגתא דמימרא ראשונה גבי חזקה שכתב הר"ן ז"ל הוא באתרא דכותבין שטרא בלא דמים ובלא שטר בחזקה לחודא והך מימרא ראשונה דלא שנו אלא במקום שאין כותבים וכו' במכר איירי ואף על פי שלא יתן דמים ולא יכתוב שטר קאמר רשב"ם ז"ל דמהני דהיכא דאיכא כסף וחזקה כולי עלמא מודו. ומבואר זה בדברי כל הפוסקים הרב המגיד בפרק אי כתב גבי בד"א כשנתן דמי כולן וכו' אם תשאל אי כשנתן דמים למה לן חזקה כלל והא אמרינן דקרקע נקנה בכסף תשובתך הא במקום שכותבים את השטר היא וכו'. ודע שהמפרשים ז"ל נחלקו חזקה במקום שכותבים את השטר אם היא קונה לבדה וכן הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרקא קמא דקדושין מכאן יש לדקדק אף במקום שכותבין את השטר אע"ג דכסף לא קני חזקה קניא וכו' וכן נראה ממה שדחה הרמב"ן סברת רשב"ם ואמר שלא מצינו שיפה כח חזקה מכח כסף אלא במה ששנו לקמן בברייתא משמע דדוחה מה שכתב רשב"ם דחזקה לחודא מהני אע"ג דכסף לחודיה לא מהני כדי שלא יהיה יפה כחה מכח כסף ואלו יש עמה דמים אין כחה יפה אף ע"פ שיש לדחות זה וכיון שכן איך אפשר דמי שיסבור כמימרא ראשונה דחזקה לחודא בלא כסף ובלא שטר מהניא אעפ"י דהוי אתרא דכותבים שטרא יסבור במימרא שניה דבלא כסף מהניא היכא דלא כתבי שטרא הא כל דכן הוא והוא הדין והוא הטעם דמי שסובר בקנין דלא מהני אפילו באתרא דלא כתבי שטרא בלי דמים דאי אפשר שיסבור היכא דאיכא תרתי לריעותא דכתבי שטרא וליכא דמים דמהני קנין ואין מקום ליישב דבריו ז"ל אלא שנאמר שהוא סובר דמימרא ראשונה הוא במתנה או במכר ואיכא נתינת דמים מה שאין נרא' כן מדברי המפרשים ז"ל כדכתיבנא. וכדברי הבין הרב בית יוסף שכתב בסי' קצ"ב אי חזקה לחודא מהניא עיין בהר"ן בפרקא קמא דקדושין וכו' וכן הרב עצמו כשכתב ולרווחא דמילתא וכו':

ועוד קשה לי איך אפשר לומר דמי שיסבור במימרא שניה בקנין דמהני יסבור דבחזקה לא מהני הא כתב שם הר"ן ז"ל במימרא שניה וכ"ת ולטעמיך ליחוש דילמא עייל ונפיק אזוזי דבכי האי גוונא ודאי בקנין לא קנה דאפילו בחזקה נמי לא קנה וכו' ע"כ משמע דלכולי עלמא עדיף. חזקה מקנין:

ועוד קשה לי במה שאמר ואם היינו אומרים דפריש פריש לא מהני במימרא שניה הייתי יכול לקיים ולומר דע"כ לא פליגי אלא בחזקה אבל בקנין כ"ע מודו וכו' נראה כוונתו דאי פריש פריש לא מהני במימרא שניה אפשר דקנין הוי כפריש מטעמא דכתב ואפ"ה במימרא שניה דליכא נתינת דמים לא מהני אבל במימרא ראשונה מהני אבל אי פריש מהני במימרא שניה אי אפשר דקנין הוי כפריש דא"כ אמאי לא מהני במימרא שניה ולכך צריך לומר דפריש לא מהני במימרא שניה ומהך טעמא רצה לומר בנדון דידיה דאף ע"ג דליכא שטרא כיון דאיכא קנין הוי כפרש ומהני במימרא ראשונה. וקשה לי דהא נדון דידיה הוי כמימרא שניה דהא אע"ג דנתן עשרים פרחים לא נתן כל הדמים וכבר כתב הר"ן דצריך שיתן כל הדמים ואי לא לא קנה כלל וא"כ נדון דידיה הוי כמימרא שניה וכיון דבמימרא שניה לא מהני פריש א"כ בנדון דידיה נמי לא ה"ל לומר דמהני סוף דבר שלא ירדתי לדעת הרב ז"ל באותה תשובה ופירוש דברי הר"ן ז"ל ליישב הספק שנסתפק הוא כך הוא בעיני דאיכא שלשה דינים באתרא דכתבי שטרא כסף לא מהני ובאתרא דלא כתבי שטרא מהני זה הוא דין אחד בכסף ושטר יש לו דין אחר גרוע ממנו דבכל מקום לא מהני גבי מכר אלא א"כ נתן את הדמים ובחזקה איכא פלוגתא אי עדיפא מכולהו דלדעת רשב"ם כיון דהוא ברשותו עדיפא מכולהו ויש לו דין שלישי דקני אפילו באתרא דכתבי שטרא וליכא נתינת דמים ואע"ג דכסף לא קני שם קני חזקה והרמב"ן סבירא ליה דלא הוי אלא בכסף ובאתרא דכתבי שטרא דלא קני כסף לא קני חזקה אלא באתרא דלא כתבי שטרא דוקא דקני שם כסף קני חזקה אבל בקנין כולי עלמא מודו דלא קני לחודיה באתרא דכתבי שטרא דלא עדיף קנין מכסף וע"כ לא קאמר רשב"ם ז"ל דעדיף מכסף אלא בחזקה משום דכיון דברשותו סמכא דעתיה אבל בקנין לא ומשום הכי לא הביא שם פלוגתא גבי קנין והפלוגתא שהביא גבי קנין הוא באתרא דלא כתבי שטרא דשטר לא מהני אי מהני קנין כמו כסף או דילמא לא הוי קנין אלא בשטר אבל שיהא עדיף קנין מכסף זה לא עלה על דעת שום אדם מהני רבוותא מעולם ולכך במימרא דלעיל דהוי אתרא דכתבי כולי עלמא מודו דכיון דכסף לא מהני קנין נמי לא מהני ונתיישבו דברי הר"ן ז"ל במה שהביא חזקה בהך פלוגתא ולא קנין ובאידך קנין ולא חזקה זה נר' לי נכון ליישב דברי הר"ן ז"ל. אמת שראיתי ברבינו ירוחם נתיב י"א ח"א כתב וה"ה

בחליפין שקנה שדה אחד בלא נתינת דמים כמו שאמרנו בחזקה ע"כ משמע לכאורה דהשוה קנין לחזקה לגמרי ומ"מ לע"ד דעת הר"ן כמו שכתבתי:
ואחר שכתבתי זה אבוא להשיב לשואל ולומר דודאי אם בנ"ד איכא קנין ושבועה המקח קיים וכי תימא הרי אין כאן לא דמים ולא שטר וכבר נתבאר דלכולי עלמא באתרא דכתבי שטרא לא מהני קנין לחודיה כיון דכסף לא מהני ומקומות דידן אתרא דכתבי שטרא הוו ואין לומר לדחות זה דבנדון דידן אע"ג דליכא דמים מהני דטעמא דלא קנה עד שיתן את הדמים הוי משום דלא סמכא דעתיה ובנדון דידן כיון שנתבאר בשאלה דזקפן עליו במלוה הא סמכא דעתיה דכיון דבנדון דידן עדיין לא נתן האינטריגו לא סמכ' דעתיה והאינטריגו בנדון דידן הוי כמו התם הדמים יש לומר דאעפ"כ אומר אני דהמקח קיים והטעם דכתב שם הרב מהר"י ן' לב ז"ל דמאחר דאיכא שבועה הוי כאלו פירש שרוצה לקנות בקנין לחוד והוי כפריש וכבר נתבאר למעלה דכתב הרב המגיד ז"ל דאפי' במימרא שניה דליכא דמים אי פריש מהני אבל אי ליכא קנין בנדון דידן כדברי הקונה נראה. לי דאין כאן מקח מן הדין אלא מכח השבועה לבד וכי תימא הרי לוי זה בנה וסתר והוי כמו חזקה והרי כתבנו לעיל דחזקה לחודא מהניא אפילו באתרא דכתבי שטרא ובלא נתינת דמים לא היא חדא דהא הוי פלוגתא דרבוותא והקונה הוי מוחזק ועוד דבחזקה בעינן חדא מתרתי שהחזיק בפניו כל זמן שעסוקין וכדכתב הטור בסי' קצ"ב בשם רב האי ז"ל דאי בפניו כל זמן שעסוקין באותו ענין ודאי אדעתא למקנא עביד וכו' או שלא בפניו ויאמר לו לך חזק וקנ' ובנדון דידן לא הוה חד מינייהו. ועוד אני אומר דאפשר דבנדון דידן אפילו שהחזיק בפניו כל זמן שעסוקין באותו ענין לא מהני דכיון דמעיקרא דר בה בתורת שכירות לא מוכחא מילתא דהא דעביד אדעתא למקני עביד בשלמא כשלא היה דר בה מתחלה ועשה מעשה שלא עשה עד עתה ודאי דאדעתא למקני עביד אבל עתה שעד עכשיו היה דר בה בתורת שכירות אעפ"י שיעשה מעשה לא מוכחא מילתא דבתורת קנייה עושה אותו דדילמא בתורת שכירות עביד ליה כל שכן דלא היה כאן חזקה בפניו וא"כ אין כאן חזקה כלל אבל מטעם השבועה חייב לקיים שבועתו וב"ד כופין אותו וכי תימא מאי איכא בין שיהיה חייב מדין הקנין או מדין השבועה טובא איכא וכדכתב הריב"ש ז"ל בסי' של"ה וז"ל ונפקא מינה שאם מת ולא השלים אין בניו חייבים להשלים וכו' וכן נ"מ שאפילו בחייו אין ב"ד יורדין לנכסיו וכו' וכן נמי נ"מ דאם נשאל על שבועתו והתירוהו שאין עליו להשלים לדעת ר"ת וכו' יע"ש:
הכלל העולה דבנ"ד אם המוכרים יביאו עדים דאיכא קנין ושבועה ודאי דהמקח קיי' מכח הדין ואי ליכא קנין ביד כופין אותו מכח השבועה ונ"מ להנהו מילי דלעיל ואם יש

הכחשה ביניהם ישבע הקונה שהוא מוחזק שלא היה שם קנין ונפטר מכח הדין וכ"ת הרי הוא חשוד על השבועה שאינו רוצה לקיים שבועתו ואין מוסרין לו שבועה שישבע דלא היה שם קנין לא היא דהרי כתב הריב"ש בסי' דש"מ וז"ל וכ"ת והלא לדברי התובע חשוד הוא שכבר עבר על השבועה וכו' לא היא דלדעת רש"י והרמב"ן והרשב"א ז"ל לא נעשה חשוד בשבועה הראשונה לפי שדעתם ז"ל שאין נעשה חשוד בשבועת בטוי להבא וכו'. עוד כתב שם מעתה אין לומר שנעשה חשוד כשהוא מאחר מלפרוע שהרי יש לו זמן לקיים שבועתו וכו' ג"כ אנו נאמר בנ"ד דלא נעשה חשוד דהרי יש לו זמן לקיים השבועה ולא נעשה חשוד אליבא דכ"ע אין צ"ל לדעת הסוברים דנעשה חשוד בשבועת בטוי להבא אינו חשוד בשבועה לשעבר כל זה כתבתי על פי מה שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בשאלה הנזכרת דהשבועה מהני למשוי קנין כפריש: אחר כך ראיתי בפסקיו השניים בסוף הספר גבי ראובן תבע לדין את שמעון על דבר חזקת חנות א' שקנה ממנו בקנין ובשבועה והתנו ביניהם באותה שעה שיתן ראובן לשמעון וכו' וכתב שם הרב ז"ל באותה תשובה וז"ל איברא דכתב הר"ן ז"ל בפרקא קמא דקדושין והיכא דקנה ממנו בקנין סודר כתב הרב אלברגילונ"י ז"ל דפלוגתא היא ביני רבוותא איכא מאן דאמר דדינה כשטר ולא קנה עד שיתן את הדמים ואיכא מאן דאמר וכו' ובנדון דידן לא נתפרש אם נתן כבר אותן מקצת הדמים ואם לאו ואם נתן מקצת הדמים כיון דלא מעייל ונפיק אזוזי דהרי זמן מוגבל היה ביניהם במקצת הדמים קנה הכל אבל אם לא נתן הדמים הויא פלוגתא דרבוותא וכדכתיבנא ואיכא למימר אוקי החזקה בחזקת מאריה קמא ומחמת הקנין לא קנה וכיון דמחמת הקנין לא קנה היכא דליכא שבועה היכא דאיכא שבועה לא אלימא לאקנויי וכו' והאריך שם וכתב בסוף דבריו, ובנ"ד ודאי דלאו כולי עלמא דינא גמירי דלא סגי הקנין לחוד אלא צריך שיתן מקצת הדמים כיון דהויא פלוגתא דרבוותא וכיון דכן הוא אמרי' דלא נשבע אלא בהיותו חושב שהוא מחויב מחמת קנין וכיון דקנין אין כאן שבועה אין כאן: הכלל העולה דאין שמעון חייב לתת החנות לראובן אם לא שיאמר שכוונתו היה כשנשבע דאף כשלא יהיה מחוייב מחמת הקנין לתת לו החנות שיהיה מחויב מחמת השבועה ע"כ. ותשובה זו קשה לי יותר מן הראשונה חדא במה שכתב דאם נתן מקצת הדמים דמהני לכ"ע בקנין דהרי הר"ן כתב בהפך דאפילו לא עייל ונפיק אזוזי ולא נתן כל הדמים לא קנה כלל כמו שכתבתי למעלה ותו אי דעתו דלא כאיכא מ"ד שכתב הר"ן ז"ל אלא הוא סובר דבנתן מקצת דמים לחוד סגי למה טרח עצמו בפסקיו הראשונים בשאלה הנז' לומר דהשבועה הוי כפריש לימא דהקנין מהני לכ"ע כיון דאיכא מקצת דמים מיהו הא לאו קושיא דהיינו דקאמר לבסוף לרווחא דמילתא

דהיכא דאיכא תרתי קנין ודמים דכ"ע מודו כמבואר בשאלה ותו איך סתר עצמו כאן ממה שכתב שם דשם כתב דהשבועה הוי כפריש וכאן כתב בהפך דכיון דקנין אין כאן שבועה אין כאן:

מ"מ עלה בידינו כפי תשובה זו בנ"ד דאפי' שיביאו עדים המוכרים שקנו מיד הקונה לא מהני כלל ושבועה נמי ליכא דקנין אין כאן ושבועה אין כאן אמת שבפסקיו הראשונים נראה בהפך וכמו שכתבתי ואם באנו ליישב דבריו ולומר דמ"ש בפסקיו הא' דפריש מהני גבי קנין הוא היכא דאיכא ג"כ דמים וכמו שכתב שם הוה ליה כאלו פירש שרוצה לקנות בכסף שקבל ובקנין שקנה ע"כ אבל היכא דליכא דמים כלל כנדון בפסקיו השניים לא מהני פריש גבי קנין ולפי זה ג"כ בנ"ד דליכא דמים לא מהני פריש גבי קנין והוי הדין כמו שכתב בפסקיו השניים דקנין אין כאן שבועה אין כאן אבל לפי האמת נראה שחזר בו הרב ממה שכתב בפסקיו הראשונים וכ"ת דילמא הרב אית ליה דפריש לא מהני במימרא שניה ולכך בפסקיו הב' דליכא דמים כלל כתב דקנין אין כאן דפריש לא מהני במימרא שניה אבל לפי מה שכתבתי למעלה בשם ה"ה דפריש מהני במימרא שניה חזר הדין למה שכתבתי למעלה הא ודאי ליתא דהא הרב ז"ל נסתפק בפסקיו הא' אי פריש מהני ואדרבה כתב דהדבר מוכיח דמהני אלא שלא ראה בפוסקים דבר זה מפורש והיה לו להזכיר כאן זה הספק ולא היה לו לומר בפשיטות קנין אין כאן שבועה אין כאן אלא ודאי דלית ליה כאן דהשבועה הוי כפריש ובין שנאמר שחזר בו הרב או שניישב דבריו כמו שכתבתי למעלה עלה בידינו דאפילו דיש כאן קנין ושבועה כיון דליכא דמים הדין עם הקונה הנלע"ד כתבתי וברשות הרב הגדול מורי ורבי נר"ו:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנג

עוד שאלו אם יביאו המוכרים עדים שהקונה מסר כ"כ אדרות ליהודה ויהודה נתחייב למוכרים שאם לזמן פלוני לא יפרע לו הקונה מעות החזקה שימסור בידם האדרות ונתחייב זה בקנין מי אמרי' דהוי זה כקנין ודמים דכבר סמכא דעתם של המוכרים כיון שיהודה נתחייב להם או דילמא כל כמה דלא מטא לידייהו לא מקרי נתינת דמים:

ואשיב על זה דודאי יש לדון בזה דיש פנים לומר דסמכא דעתייהו בהכי כיון דהקונה זקפן עליו במלוה ומסר כ"כ אפותיקי ביד יהודה ויש פנים בהפך דמדלא הזכירו בגמרא אלא נתינת דמים משמע דכל כמה דלא מטא לידייהו לא סמכא דעתייהו דיהודה זה אינו אלא בערב להם ועדיין לא סמכא דעתייהו דאולי ידחה להם ואין להם שטר עליו

ומה גם שהיה ערעור במכירה שלא היו רוצים לעשות שטר כמנהג המדינה ועל כן אני אומר לא יהא אלא ספק אוקי ארעא בחזקת מאריה והדין עם הקונה:

ועוד מצאתי בעיטור על המימרא דשמואל דאמר לא שנו אלא במתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן את הדמים כתוב שם בריש מאמר ג' ירושלמי בשטר ע"מ שלא ליתן אבל ע"מ ליתן כסף לא קנה עד שיתן כסף ש"מ דמי' היינו כסף ע"כ. ונ"ל כוונתו דדקדק הרב מלשון הירושלמי דנקט כסף דדמים דאמרו בגמ' לא תימא שוה כסף דכיון שנתן לו שוה כסף אעפ"י שעשה עמו ליתן כסף מהני ומקרו דמים אלא צריך שיתן לו זוזי ממש וטעמו נ"ל כדכתב הרב הנמוקי בפרק המוכר את הספינה דף קצ"ט וז"ל אבל במוכר שדה יפה שאינו מוכרה לו אלא משום שצריך זוזי אין המוכר מסלק זכותו ממנה בפחות מכסף ושטר דהכי אמר שמואל התם ע"כ ומשום הכי ס"ל לבעל העיטור דכיון דמי שמוכר קרקע הוי מפני שדחוק למעות צריך שיתן לו מעות ולא דבר אחר וא"כ בנ"ד דאם לא יפרע הקונה לזמן פלוני לא נתחייב יהודה למסור לו אלא האדרות לא סמכא דעתייהו ועוד דאפילו הוי דמים ממש איכא מ"ד דקנין ודמים לא מהני דהרי כתב הריטב"א זיל בחדושיו על המימרא ולא שנו אלא במקום שאין כותבין וכו' וז"ל והא דרב בין אכסף בין אחזקה קאי שלא קנה בא' מהם ולא בשניהם יחד במקום שכותבין את השטר עד שיכתוב את השטר ואע"ג דלא עייל ונפיק אזוזי ע"כ וכיון דבחזקה ודמים אית להו הכי כ"ש בקנין ודמים דטפי עדיף חזקה מקנין כנרא' מדברי הר"ן ז"ל שהזכרתי למעלה שכתב בפ"ק דקדושין דאפילו חזקה לא מהני וכו'. גם הריטב"א כתב שם בפ"ק דקדושין וז"ל ולא קנה בכסף ולא בחזקה ולא בקנין עד שיכתוב את השטר ולא עדיף כח קנין מכח כסף וחזקה ע"כ משמע מכל הני דטפי עדיף חזקה מקנין או לפחות שוים וכיון דכתב הריטב"א דחזקה ודמים לא מהני ה"ה לקנין ודמים:

איברא דעל זאת הסברא אין ראוי לסמוך דהרי הרב המגיד בפ"א מהלכו' מכירה כתב דבחזקה ודמים כל אפין שוין דמהני ולא מצאתי לו חבר בפי' להריטב"א בדבר זה מ"מ ראוי לעשות זה סניף לטעם הקודם ומה גם בנ"ד דהני דמים לא הוו ברירי כולי האי כדכתיבנ' ואפשר דבנושא שלפנינו כל אפין שוין דלא מהני אי משום דהוי קנין ודמים וגריעי מחזקה ודמים כדכתיבנא אי משום דהני דמים לא ברירי כולי האי ולפחות כל אלו הטענות יועילו להטיל ספק בדבר ואוקי ארעא בחזקת מאריה ואין לומר אדרבה אוקי ממונא בחזקה מאריה בודאי לא מקרו המוכרים מוחזקים במה שנתן הקונה האדרות ביד שליש בתורת אפותיקי. עוד יש לי טעם אחר לזכות לקונה מהא דאמרי' בפ"ק דב"ק אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסוקין וכו'

ויש מחלוקת בפירושא דהך מימרא בין המפרשים ז"ל והטור והרא"ש ז"ל כתבו בפי' התוספות וזה לשון הטור בח"מ סי' רכ"ו ראובן שמכר קרקע לשמעון ונתקיים המקח בקנין או באחד מדרכי ההקנאות ועדיין לא נתן הדמים ויצא קול שיש עליו עוררין אם אחר שיצא הקול גלה הלוקח בדעתו שהיה רוצה לקיים המקח כגון שהלך סביב מצרי השדה לראות ענין השדה או קיים המקח לגמרי וכו' ואם לא הלך על מצרי השדה לאחר שיצא הקול יכול לעכב המעות דכיון שיש עליו עוררין הוי כמו מקח טעות דלא סגי דלא צריך טרחא לבי דינא ולמבטל מעבידתיה והוי כשאר מומין למיהוי מקח טעות ע"כ. ובנדון דידן הגידו לי שנודע לקונה אחר כן שהקרקע הזה היה מקצתו מהיתומים שמכרוהו אפטרפוסים וכבר נודע שיש ערעור על זה וראיה לדבר שלא רצה לעשות לו שטר כמנהג המדינה ומעולם לא גלה דעתו הקונה שחפץ במקח זה אדרבה צוח ככרוכיא על זה מתחלה ועד סוף וא"כ מצינן למימר בנדון דידן דהוי מקח טעות וכיון דעדיין לא נתן המעות יכול לחזור בו דלא בעי למיקם בדינא ודיינא ואפי' שיעשו לו המוכרים שטר להוציאו מידי ערעור זה לא סגי דלא צריך טרחא ולמבטל מעבידתיה וגדולה מזאת כתב הרא"ש ז"ל בתשובה הביא הטור שם דאם יצאו עליו חובות אפילו יש לו שוברים המקח בטל דיכול לומר איני רוצה לקנות קרקע כדי לשמור שובר:

וכי תימא נהי דאם היה הקונה חוזר בו הרשות בידו אבל כל זמן שלא חזר בו בפירוש ארעא ברשותיה קאי וכיון דבנ"ד הוגד לי שבאו אונסין ונטלו הקרקע מזלו של הקונה גרם וקרקעו הוא דנטלו דכל כמה דלא חזר בו ברשותיה קאי י"ל דכיון דנ"ד הוי כמו מום וכמו שכתב הטור גבי קול ערעור וה"ה בנ"ד דלא רצה זה לעשות לו שטר כמנהג המדינה ויש ערעור בדבר ודאי דהוי מום וכיון שהודיע לו שיש בו מום סגי למהוי המקח ברשות מוכר ואם נגנב ואבד הוי ברשותו וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ו מהלכות מכירה מכאן אתה למד שכל הלוקח מקח מחברו והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למוכרו שם ואחר שהוליכו נמצא בו מום אינו יכול לומר לו החזר לי מקחי וכו' ואפילו אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר ע"כ. ופירושו כדכתב הרב בעל כסף משנה שם שהודיעו אחר שהודיע הלוקח למוכר שיש בו מום ובהא בלבד סגי למהוי ברשותיה כיון דהוא דבר שאינו חייב להחזירו לו דאם הוא דבר שהוא חייב להחזירו הרי כתב שם הרב שהוא ברשות הלוקח עד שיחזירנו עם היות שאפילו על זה תמה שם הרב בעל כ"מ יע"ש מ"מ בדבר שאינו מחויב להחזירו בהודעה שיש בו מום סגי א"כ בנ"ד דהוי קרקע דלא שייך ביה חזרה דכל כמה דאיתיה ברשותיה דמאריה איתיה ודאי דבהודע' המום לבד סגי ואם באו אונסין ונטלו אותו הוי ברשות מוכר ואע"פ שנתבאר בשאלה

שאמר לו הקונה וירימו"ש אין זו מחילה על המום עד שימחול לו בפירוש או יעשה מעשה מוכיח על המחילה ובעיני זאת הטענה נכונה להיות סניף לקודמות וכבר כתבתי דלפחות כל זה יספיק להיות הדבר ספק ואוקי ארעא בחזקת מאריה והדין עם הקונה זה נראה לעניות דעתי אם יראה בעיני הרב הגדול מורי ורבי נר"ו וברשותיה דמר:
נאם הקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנד

רבא דעמיה מדברנא דאומתיה, החכם השלם כה"ר אהרן נר"ו ראיתי מה שפסק כ"ת בראובן שקנה חנות מתוגר והתוגר קנה החנות משמעון בחוב אחד שהיה חייב לו וכתב לו חוגי"ט והחזיקו בחנות הנזכר ועתה מערער שמעון על ראובן באומרו שאין מכירתו מכירה שהחוגי"ט שנכתב עליו היה שקר והביא ראובן עדים יהודים כדבריו שהיה חייב שמעון לתוגר סך מעות ובשבילם מכר לו מדעתו ורצונו החנות הנזכ' וכתב לו חוגי"ט והארכת לזכות לראובן ודבריך טובים ונכוחים מתוקים מדבש ונופת צופים:
אך אמנה עדיין לבי נוקפי מפני שראיתי שכ"ת בנה היסוד על החוגי"ט שהוא טוב וישר מפני שיש עדים יהודים מעידים שאמת הוא הענין שהיה חייב שמעון לתוגר ושכתב לו החוגי"ט ואין דעתי נוחה בזה שאלו השטרות הכתובים בערכאות נר' לי דלא הוו לא שטרי ראיה ולא שטרי קניה מפני כמה ריעותות אשר בהם וכמו שהאריך הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג סי' ק"י ובכללם כתב סברת בעל התרומות שכתב דמסתברא דהני שטרי דהאידנא דעולים בערכאות של גוים שאין חותמין בהם אפילו סהדי גוים אלא הסופר לבדו דהם פסולים וכבר ידוע המנהג באלו הארצות שהוא כן שהדיין כותב שם העדים וכמו שכתב שם הרב מהר"י ן' לב ז"ל. וכיון שכן אני אומר דאפילו קנה בכסף גמור באתרא דכתבי שטרא כהני מקומות דידן לא קני בכסף עם החוגי"ט דהחוגי"ט חספא בעלמא ולא מהני אפילו כשטר ראיה מהטעם הנז' ועוד דאפילו לדידהו לא מהני החוגי"ט כלל דהם מצריכים להביא עדים שנכתב החוגי"ט בבית השופט הנקרא בלשונם מאשמונה שאי"ס וא"כ היכי יהבינן אנן להנהו חוגיטי"ש שכותבים הם כח יפה ממה שהם עצמם נותנים להם וכיון דלדידהו לא מהני לשטר ראיה כ"ש לדידן וא"כ אפי' קנה בכסף באתרא דכתבי שטרא דלא קנה אלא בשטר עם הכסף מפני דלא סמכא דעתיה עד שיכתוב השטר ודאי דבחוגי"ט לא קנה דלא סמכא דעתיה דלוקח בהני שטרו' הנעשים בעש"ג כיון דלא מהני לשטר ראיה מהטעמים שכתבתי וכ"ש דלא מהני ודאי לשטר קניה דכבר ראה כ"ת מ"ש הרמב"ן ז"ל דצריך שיהיו בהם דרכי ההקנאה דלא

עדיפי שטרות דידהו משטרות דידן וכיון דשטרות דידן כשאינם עשוים כתקנם לא מהני ה"ה בשטרות דידהו אם חסר א' מדרכי ההקנאה שלנו אין דנין בדיניהם וכמו שכתב הטור ז"ל בשמו בהלכות שטרות הנעשים בעש"ג ואפילו בשטרות דידן יש מהפוסקים סבורים דלא הוו שטרי קניה אלא שטרי ראיה וכל שכן בשטרות דידהו דאינם עשויים כתקנם: ואם כן כיון דיסוד זה נפל איך נזכה לראובן אם בכסף כולהו פליגי על הרמב"ם ז"ל דס"ל דקרקע נקנה במלוה ואפילו לדידיה בעינן שטרא באתרא דכתבי שטרא וזה החוגי"ט לאו שטרא הוא מטעמי דכתיבנא ואי משום חזקה הא להרמב"ם ז"ל גוי לא קני בחזקה והגם כי הרב ב"י כתב ששאר הפוסקים חלוקים עליו אין ראיה ברורה מהפוסקים שלא הזכירו הדין בפירו' שיחלוקו עליו ועוד אפי' חזקה איכא פלוגתא באתרא דכתבי שטרא אי בעינן שטרא וכמו שכתב הר"ן ז"ל בפרקא קמא דקדושין וכיון דהחוגי"ט אין בו דין שטר א"כ ליכא אלא חזקה בלא שטר לדעת הפוסקים החולקים על הרמב"ם וסוברים דחזקה בגוי מהניא ולהרמב"ם ז"ל אפילו חזקה ליכא:

אלא מה שיש ללמד זכות על ראובן הוא מפני שראובן זה הלוקח הוא מוחזק בקרקע זה ולא מהטעם שכתב כ"ת שכתב הרב הגדול מורנו ז"ל בפסקיו דכל שהמוכר החזיקו מדעתו הלוקח הוא המוחזק דהגם שדעתו כן הוא ואין משיבין את הארי לאחר מותו מ"מ אין ראיותיו מוכרחות דמה שהביא ראיה ממ"ש ר"ש בפ"ק דקדושין דכיון שבא ברשותו סמכא דעתיה אין משם ראיה דהתם טעמא הוי משום דהלוקח לא סמכא דעתיה בקנין כסף אע"ג דמהני לחודיה מן התורה עד שיכתוב לו שפר ולכך בכסף לא קני אבל בקנין חזקה סמכא דעתיה דכיון דבא ברשותו משמע ליה שהוא כאלו הוה בידו ואינו יכול להוציאו משם אבל מדינא ודאי לעולם הקרקע בחזקת מאריה קמא הוא עומד ואין טעם זה דבא ברשותו אלא לענין סמיכות דעת הלוקח לבד גם הראיה מהירושלמי אינה ראיה דנימא דהתם אין הטעם מפני שהספק שיש בו מוקמינן ליה בחזקת הלוקח אלא משום דעל הסתם אמרי' שלא היה בידו ליקח מן המציק כיון דלא ראינו שהלך לקנותה מן הסקריקון כשזה בא לקנותה והניח לזה ללוקחה ולא ערער עליו כשהיה ביד הסקריקון ולומר אל תקח אותה שאני רוצה ללוקחה משום הכי עתה שטען שהיה בידו ללוקחה אז ואעפ"כ לקחה הלוקח עליו להביא ראיה:

אבל מטעם אחר נ"ל לזכות לראובן משום דאמרי' בפרק חזקת הלכתא כוותיה דרבה בארעא והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי ופי' שם רשב"ם דמספקא לן כמאן הלכתא ולכך בארעא אין מוציאין מיד מי שהוא מוחזק בו עכשיו ואהני ליה שטריה כרבה דאמר מה לו לשקר וכרב יוסף בזוזי שהלוה מוחזק ולא בעל השטר ולכך לא מהני ליה שטריה

דהוא בא להוציא והקשו שם בתוספות לפי' רשב"ם דהא אמרינן בההיא דבר שטיא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת מאריה קמא ותירצו שם לדעת רשב"ם דיש לחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דתרי ותרי דספיקא דדינא מוקמינן ליה ביד מי שהוא מוחזק עכשיו וספיקא דתרי ותרי מוקמינן ליה בחזקת מאריה קמא וכתבו שפי' רשב"ם דוחק ופירשו בשם ר"י דהיינו טעמא דהלכתא כרבה בארעא משום דאמרי' מגו להעמיד הקרקע בחזקת מי שהוא עומד עכשיו וכדברי ר"י נראה שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו אך בכלל ראשון שאלה ח' בתשובות כתב וזה לשונו כך קבלתי מפי רבנא מאיר ז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממונא בחזקתיה והכי אמרינן בפרק חזקת הבתים הלכתא כוותיה דרבה בארעא היכא דקיימא תיקום וכוותיה דרב יוסף בזוזי היכא דקיימא זוזי ליקום וכו' ע"כ. ונראה ודאי מכאן דרבינו מאיר מפרש כפירוש רשב"ם בההיא דחזקת דמשום ספק פסקינן הלכה כרבה בארעא וכן כתב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק ג' שאלה נ"ט דדעת רבינו מאיר כרשב"ם. איברא דקשיא לי על הרא"ש ז"ל שכתב כרבינו מאיר בתשובותיו דבפסקיו נראה שכתב כדברי ר"י מיהו אין זו קושיא דכמה פעמים מצינו שחולק בפסקיו עם תשובותיו:

מ"מ למדנו דדעת מהר"ם הוא כרשב"ם לחלק בין ספקא דדינא לספקא דתרי ותרי ובספקא דדינא מוקמינן ארעא בחזקת מי שהוא מוחזק עכשיו וא"כ לדידהו בנ"ד כיון דאיכא ספקא דפלוגתא דרבוותא דבודאי לא נפקינן מידי ספקא דפלוגתא דרבוותא דאפי' נאמר דהחוגי"ט חספא הוא לכ"ע משום דאפילו בדיניהם לא מהני וכטעמא דכתיבנא מכל מקום הא איכא מ"ד דחזקה בגוי מהניא והיינו רשב"ם מדפי' ההיא דגוי אינו קונה אלא בשטר לענין חזקת ג' וכמו שכתב הרב בית יוסף ז"ל ואיהי אית ליה דאפילו במקום שכותבים שטר חזקה לחודא מהניא וכמו שכתב הר"ן בשמו בפ"ק דקדושין א"כ לדידיה קנה הגוי בנ"ד בחזקה לחודיה אע"ג דליכא שטר וכיון דנ"ד הוי פלוגתא אית לן לומר דאוקי ארעא בחזקת מי שהוא עכשיו לדעת מהר"ם ורשב"ם כדכתיבנא. והגם כי לדעת ר"י וסייעתו אמרינן אפילו בספקא דדינא אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא מ"מ כיון דנ"ד הוי ספק מי הוא המוחזק דלדעת רשב"ם ומהר"ם הלוקח מוחזק ולדעת ר"י המוכר מוחזק אית לן לומר דשב ואל תעשה שאני וארעא תיקום ביד דמאן דקני השתא וכיוצא בזה כתב מהר"י ן' לב ז"ל בתשובותיו ח"א כלל י"ג סי' ע"ח וז"ל ועוד אני אומר מטעמא אחרית' דהדין עם הקונה והיא טענה ברורה ולית בה ספקא כלל והיא דבשלמא כשהוא קרקע גמור על כל הספקות שנפלו במכירה נוכל לומר העמד הקרקע בחזקת יתמי כיון שהוא ידוע שהוא קרקע העמד קרקע בחזקת מאריה

קמא אבל בנ"ד הספק הוא אם אלו החזקות הם קרקע או טלטל ודבר זה נשאר בספק אצל החכמים שבאו אחר מתקני ההסכמ' וא"כ איך נאמר העמד קרקע בחזקת יתומים והלא דבר זה הוא הספק בעצמו אם הוא קרקע או טלטל ע"כ ומטעם זה פסק דהדין עם הקונ' ומוקמינן ארעא בחזקת מי שהוא בעת ההיא הכא נמי בנ"ד מוקמינן ארעא בחזקת מי שהוא עכשיו שהוא ראובן זה נראה לזכות לראובן. ומ"מ אין הדבר כ"כ ברור בעיני ולענין מעשה ראוי לגזור כמו שגזר כ"ת שיפרעו הבעלים ללוקח מה שפרע לתוגר בשבילו ותחזור לו הקרקע דאפילו שיהא גזלן הא פסק רבינו גרשום דגוי שאנס ביתו של חברו ולקחו ישראל ממנו שב"ה יתן ללוקח מה שההנהו ולדבריו הסכימו התוס' והרא"ש וכל הפוסקי' זולת רש"י ז"ל וא"כ ודאי ההנהו ראובן כדי דמי הקרקע שהרי היה משלם לו כל חובו עד פרוטה אחרונה:

ומיהו מה שכתב כ"ת נותן לו מה שההנהו כל שאינו גזלן מפורסם לא ידעתי יצא לכ"ת כן דבהא ודאי ליכא חילוק בין גזלן מפורסם לשאינו מפורסם דאפילו שיהא מפורסם כיון שזה הצילו מידו ולא היה יכול להצילו מהגזלן אלא במה שנתן זה ודאי דיתן לו מה שההנהו וחילוק דגזלן מפורסם לשאינו מפורסם חילק אותו הטור בסימן שס"ט וכן הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות גזילה הגם כי שאר הפוסקים חלקו עליהם ואיירי במי שלקח חפץ מן הגזלן שגזל מישראל דמצי למימר ליה הישראל אם לא היית לוקח אותו אני הייתי נוטל אותו מן הגזלן לזה אמרו שאם לא היה גזלן מפורסם שידע בו הלוקח עשו לו תקנת השוק כמו בגנב שאינו מפורסם אבל מפורסם לא עשו בו תקנת השוק וצריך להחזיר בחנם כגנב מפורסם אבל אחרים חלקו על זה ואמרו דקול יוצא לגזלה ואין לחלק בין גזלן מפורסם לשאינו מפורסם אבל בהך דינא דר"ג ליכא חילוק בהא דהוי טעמא משום שההנה אותו שלא היה יכול להציל בזולת זה ומ"מ לענין דינא דנ"ד ודאי דיפה כתב כ"ת דיתן שמעון לראובן המעות ויקח חנותו. כל זה כתבתי לדרישת הדרת כבודך ועמך הסליחה אם איני משיב במהרה כהוגן וכשורה כי אני טרוד מאד בכמה ענינים ודינים כאשר יודע כל שער בת עמי ולאהבת כ"ת עתה שמצאתי קצת מהפנאי הנני משיב מפני הכבוד הודך והדרך ושלומך יגדל כנפשך ונפש נאמן אהבתך:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנה

שאלה בני עיר א' שקבלו עליהם חכם א' מבני עירם לדיין לדון לכל בני העיר כל דיניהם וזה שלש שנים אשר דן להם כל ריב וכל נגע ומפיו היו חיים בכל כל וע"ז מעידים טובי

העיר ובתוך זמן הנז' היה להם ליתומים קטנים עילית ותחתית אחד בהר אצל מבצר העיר והכותל הנשענת בהר היה עליה הר גבוה ותלול עפר הרבה מאד ונפלה הכותל והעפר והאבנים נכנסו בבתים ועשו היזק גדול ואם היו מניחים אותם חרבים מי גשמים היו נכנסים שם והשתות יהרסון ומלבד זה היה מגיע נזק לשכנם הקרוב אליהם מהכותל שבינו לבינם והיה מריב עמהם ועל זה יעידון יגידון עדי אמת והיתומים ההם לא היה לאל ידם לבנות הבתים ההם כי עניים היו וחלו אז פני החכם הנ"ל להיותו הוא דן לכל בני העיר אשר יבקש להם דרך ואופן לתועלת היתומי' לבנין הבתים ההם והחכם הנ"ל בפתוי לשונו חלה מאד פני איש אחד שיבנה ויתקן הבתים ההם מכיסו ויעשה חשבון מהוצאתו באמת ובשבועה בס"ת בחיקו כי אמת יהגה חכו והוא יתן לו כתב ידו בכח המנוי הנ"ל שמנוהו הקהלות יצ"ו שידור בבתים ההם תשעים חדשים כדבריו אשר פחות מזה הזמן לא היה רוצה להקדים מעות לבנותם גם אחר עבור ג' שנים מהתשעים חדשים חלה החכם הנ"ל לאיש ההוא דרך חסד שיניח ליתומים לדור בתחתית אחד שיתקנהו להם היטב בעד שכירות הגאב"י בלבד אף עפ"י כי הגאב"י לא היה רוצה שיכנסו היתומים לדור שם, כי נתקוטט עמהם שיכריח לגאב"י עד שיאמר רוצה אני וגם לזה הודה האיש ההוא להחכם הנ"ל ועתה אחר עבור שלש שנים מהתשעים חדשים הנזכר קמו קרובי היתומים לחרחר ריב עם האיש ההוא ואמרו לו שיריק כל הבתים שנתייקרו מאד ויש תועלת גדול ליתומים אם להשכיר' אם למוכרם ויעשה חשבון עמהם ויפרעו לו כל מה שישארו חייבים לו מההוצא' הנ"ל וראובן משיב להם כלום הייתי יורד להקדים מעות יותר מג' אלפים לבנים לבנותם לולא שהחכם הנ"ל שהוא ב"ד לכל העיר חלה פני ונתן לי כתב ידו שאדור צ' חדשים וכאשר יושלמו הצ' חדשים הנ"ל אז אמסור הבתים ריקנים בידכם ואלו אומרים לו דשכירות ליומיה ממכר הוי והחכם הנזכר היה לו להכריז קודם בנין הבתים אולי היה מוצא איש אחר שהיה מקדים מעות לזמן קצר מאד ממנו ואף גם זאת שהיה צריך ב"ד של ג' ומעשה החכם הנז' אינו כלום וראובן אומר להם כי מה ענין ההכרזה לכאן כי אין דרך ומנהג בעיר מעולם להכריז מי שירצה להקדים מעות לבנות בתים חרבים כי אם בתים בנויים לשכירות ולמכר בלבד ובכאן לא היה מכר להצריך הכרזה גם לא שכירות שמ"ש שכירות ליומיה ממכר הוי הוא לענין שלא יוציא המשכיר לשוכר בתוך זמנו אפילו לעצמו אם נפל ביתו ולדברים אחרים אכן בנדון זה הוי כמו משכנתא בנכייתא אשר בעד הסך שהיה מקדים לבנותם ידור בהם תשעים חדשים בלי שום ריוח יותר משכירות הגאב"י ובמשכנתא כתוב בתשו' הגאונים דלא הצריכוהו ב"ד של ג' הדיוטות וראיה לדבר אשר בנדון זה הוי כמו משכנתא שהרי

התנה החכם הנ"ל עם ראובן שאם הגאב"י יקח לחשבון שכירותו ההוצאה שהוציא והקדים לבנות הבתים אשר מסוף הששים חדשים ואילך עד תשלום תשעים חדשים הנ"ל יפרע פירות החזקה ליתומים כאשר יגזרו עליו ב"ד שבימים ההם ואם לאו ידור עד תשלום תשעים חדשים ומלבד הטעם הנ"ל שלא צריך הכרזה היה ריע ליתמי ההכרזה שאם היו מכריזים ולא היו מוצאים שום איש מקדים מעות לבנות לפי שאין דרך להקדים לחרבה וגם שהבתים היו אז בזול גם זה ראובן היה מתחרט מלהקדים מעות והיו מפסידים היתומים וישארו הבתים חרבים ושאייה יוכת שער כדאז"ל ולא יהיה להם עוד תקומה ליתומים כמו שכתב החכם הנ"ל בתחלת דבריו וז"ל בהיות שהבתים אשר בהר מעזבון פלו' גדר אבנים נהרס ועוד מעט ולא יהיה להם תקומה לבנות' כי אזלת יד וישארו תל עולם ע"כ לתועלת היתומים לבל יאבדו חזקתם באתי אני החתום למטה ובכח המנוי והמסור לי מכל הק"ק יצ"ו חליתי פני פלו' אשר הוא יבנה אותם מכיסו וידור בהם תשעים חדשים על פי התנאים שהתנתי עמו וזה הדבר שההכרזה ריע ליתמי אפילו במקום שמכריזים וכדין עושים שאינם מכריזים כתב הרשב"א ז"ל בתשובותיו וכל זה הוא בבתים הבנויים כ"ש בחרבים אשר בזה מודו כ"ע דריע ליתמי ההכרזה ויישר כחו של החכם שלא הכריזם שיפה כח היתומים והפליא חסדו עמהם גם אם מנהג פשוט בעיר שלא להכריז כנ"ד בתים חרבים שמעולם לא הכריזו כבר כתב הרמב"ן ז"ל בתשובותיו שכל מנהג פשוט בעיר מעמידין אותו בחזקתו ותולין שכן הסכימו עליו ראשונים שלהם כראוי וכן דנין בו וכן כתוב בתשובות הרי"ף ז"ל עד כאן. וכתב הרמב"ן ז"ל שאם לוו בית דין או אפטרופוס של יתומים לצרכם נזקקין לנכסיהם ומוכרים בלא הכרזה וטעמו שכשאמרו חכמים ז"ל אין נפרעין מנכסי יתומים היינו במילי דאבוהון דווקא דאלו מה שלוו בית דין או אפטרופוס לצורך יתמי נזקקין לצרכיהם כשהם קטנים דלמאן דאמר משום צררי ליכא וכן למאן דאמר משום פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו כיון דאפטרופוס לוה עליה דידיה רמיא הך מצוה למהוי הן שלו צדק ולא מצריכי רבנן למהוי מי שמפקח על נכסי יתומים לוה רשע ולא ישלם וכל שכן בית דין עצמם שלוו לצרכם ועוד שזהו תקנתם דלעבדי להו מידי וכן לא בעי הכרזה שאם לוה לצרכם מוכרים ופורעים כדרך שאדם פורע בשלו והרא"ש ז"ל כתב דדברי הרמב"ן ז"ל דברים של טעם הם ע"כ ואם הם ז"ל אמרו למכירה בלא הכרזה כל שכן בנדון דידן דהוי משכנתא ומאן דכר שמיה דהכרזה לכאן ודברים כאלו תלויים לפי ראות בית דין שבכל דור מה שהוא תועלת ליתומים כי הם אביהם ולא יניחו התועלת הודאי אף שהוא מעט בעד תוחלת תועלת גדול על הספק כי אולי ימצא נזק והפסד הרבה מאד.

וכיוצא בזה הביא הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף ט"ו על אפטרופוס שמכר קרקע של יתומים לפרוע חובותיהם כי נתפשר עם בעלי החובות בפחו' וכשגדלו היתומים רוצים לבטל המקח מטעם דאין נפרעים מנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם והלה השיב דהועיל להם הרבה שהרי נתפשר בפחות ועכשיו היו צריכין לפרוע הכל והשיב הוא ז"ל דהדין עם הלוקח שהרי רשאי האפוטרופוס למכור בשטר שיש בו רבית משום פסידא והאי טעמא מהני לכל ריוח שיש ליתומים שהמוכרים אומרים מוטב שנמכור עכשיו ולא נחוש לספקא דשובר ומניחין הספק ותופסין הודאי אף בזו כן ואם יראו בית דין שאלו לא מכר ופרע היה בכך הפסד ליתומים הדין עמי כמו שהאריך הוא ז"ל בטעמו כי נמוקו עמו דומה למה שאמרתי ולחששות רחוקות דהוי פסידא ליתמי חיישי בית דין כדכתב מהר"י ן' לב ז"ל בשם הרשב"א ז"ל בתשובה ע"ח כלל י"ג ע"ש: הגם שמותר לוותר ב"ד נכסי היתומים חוץ מן הדין כדי להשקיטם ממריבית כמו שפסק בית יוסף והנה שכנם של היתומים היה מריב עמהם אשר כותלו משותפת עמהם אם לא היו בונים מה שנהרס שהיה ניזוק מהם ועוד אם אתם אומרים שמעשה החכם הנ"ל אינו כלום אתם נועלים דלת בפני ג"ח המקדישים מעות ליתומים לבנות בתיהם שיאמרו אם חכם מומחה בעיר גם קבלוהו עליהם לדון לכל בני העיר בקשו עליו אח"כ טצדקי ובוקי סריקי לסתור מעשיו מי הכניסנו בתגר זה להקדים מעות ליתומים לשום דבר מענייניהם אשר פגיעתם רעה שאח"כ יבאו עלינו בעקיפים ובשעיפים לומר שלא כדין עשו ב"ד ההם ועינינו הרואות בפוסקים החקוקים אשר המלוה מעות לאותם הדברים שאינם צריכין הכרזה כגון לקבורה ולמזונות וכו' אמרו שיפרעו לו מנכסי היתומים בלתי הכרזה כדי שלא לנעול דלת בפני ג"ח המלוים והרב רבינו אשר ז"ל כתב בתשובה כלל פ"ז דבמקום שמסלקין ההפסד מהיתומים יש כח לעשות תועלת היתומים בלא ב"ד כמו שהאריך הוא ז"ל:

ולטענה האחרת שאומרים לו שהיה צריך ב"ד של ג' מלבד הטעם הנ"ל גם אומר להם ראובן לפי סברתם כי לא ב"ד של ג' בלבד היה אז כי אם בית דין גדול אשר כל הקהלות הרהבוהו וקבלוהו עליהם וידו וכחו ביד כל בני העיר אשר מכחם בא והוא שלוחם כאפוטרופוס שמנוהו ב"ד שכל מה שעשה עשוי כר"ג בזמנו שהרי בירושלמי דמגילה אמרו ג' מבית הכנסת כבית הכנסת שבעה מבני העיר כבני העיר ושאלו מה הן קיימין אם כשקבלוה עליהם אפילו אחד ואם כשלא קבלו עליהם אפילו כמה אלא הן הן קיימין בסתם ופי' ואם כשקבלו עליהם בני העיר כל מה שיעשו הז' במכר זה אפילו אחד נמי והעמידוה בסתם כן פי' הרשב"א ז"ל נמצא כשקבלו עליהם כל בני העיר לכל דבר

אפילו אחד ידו בידם וזה הענין של ירושלמי מיירי לענין הקדש וידוע הוא בפ' הנזקין דיתומים הרי הם כהקדש וטובי העיר המוזכרים בכל התלמוד אינם מובחרים בחכמה או בעושר וכבוד אלא ז' אנשים שהעמידום פרנסים הצבור סתם על ענייני העיר והרי הם כאפטרופוסים עליהם ואין צורך לפרנסים אלו אלא לדברים שיש בהם קדושה וכאות' המוזכרים במגילה כן פי' הרשב"א ז"ל:

עוד ראובן מצא סמך לדבריו מתשו' מהריב"ל הנ"ל על ששאלוהו ראובן שקנה חזקת חצר אחד מהאפוטרופוס של יתומים זה עשרים שנה והיתומים הגדילו ובאים להוציא החצר מיד ראובן באומרם שזה האיש מעולם לא היה אפטרופוס ואפי' את"ל שהיה אפטרופוס עשה שלא כדין למכור חזקת החצר וכו' וכ"ש שמעולם לא היה האיש המוכר אפטרופוס שלהם ולא מנהו ב"ד ולא אביהן גם זה האיש המוכר מודה לדבריהם שמעולם לא נתמנה אפטרופס עליהם אלא שנכנס הזאת המכירה לקורבה שהיתה בינו ובין אביהם וראובן הקונה טוען שכל העולם יודעים שזה האיש לעולם היה מתעסק בכל עסקיהם וה"ל כיתומים שסמכו אצל ב"ה והוא ז"ל השיב שהמכר קיים כמו שהאריך שם אכן לטענה שטען הקונה שזה האיש המוכר היה לעולם ראש וממונה מהקהל וה"ל כמו ב"ד שמכרו שפשיטא שממכרו קיים השיב הוא ז"ל וז"ל אף על זאת הטענה לא הייתי סומך עליה לפי שסתמא של ממונים של זאת העיר היה לצאת ולבא בקהל בענייני מסים וארנוניות ולא לפקח על עסקי יתומים עכ"ל ומתוך דבריו אני לומד שאם היה ממונה לפקח על עסקי יתומים כנ"ד שקבלוהו להחכם הנ"ל לדון לכל בני העיר כל דיניהם לא למסים וארנוניות כלל אפילו שיהיה א' בלבד מה שעשה עשוי שריר וקיים דאלת"ה גדולה מזו לאשמועינן במהריב"ל שאפילו היה ממונה על עסקי יתומים לא עשה כלום לפי שהיה צריך ב"ד של ג' אלא ודאי כל שהוא ממונה על עסקי יתומים אינו צריך ב"ד של ג' אפילו שאינו אפטרופס שלהם אלא ממונה הקהל כמו שבא בשאלה מעשיו קיימים דומה לתשו' הרשב"א ולירושלמי הנ"ל וקרובי היתומים הנ"ל אומרים לראובן שלא קבלוהו בני העיר להחכם הנ"ל בפי' ליתומים אלא סתמא קבלוהו עליהם לדון משתמע חזקות וממונות וראובן משיב להם שזה מחלוקת במציאות שהרי טובי העיר מעידים אשר לדון לכל בני העיר כל דיניהם כולל ג"כ יתומים ואלמנות כל עוד שלא פירשוהו ומעטוהו והוציאוהו מן הכלל והראיה שבכל הג' שנים היה דן לכל בני העיר ובכללם יתומים ואלמנות ואין גם אחד מכל חכמי הקהלות מעכב על ידו כי אדרבה כשהיו באים לדון לפניהם כל ריב וכל נגע היו אומרים להם אצל דיין הקהלות וע"כ החכם הנ"ל תמיד בכל גזרותיו ופסקיו היה כותב ואומר כך גזרתי בכח המסור אלי מכל

הקהלות כי לא נעלם ממנו להצריך ג' הדיוטות לדבר הצריך לפום. דינא לולא שמכח כל הקהלות בא שהם יותר מג' מאות אנשים והחכם הנ"ל ידע אז התועלת הודאי כאמור הן לאלו היתומים הן ליתומים אחרים אשר אפטרופס של יתומים אחרים הוציא שטר חוב אחר שריר וקיים על אבי היתומים הנ"ל ודחהו החכם הנ"ל עד שיגדלו אלו היתומים ואז אם יזכו בשפטם אלו היתומים עם אלו יש לכלם על מה שיסמוכו שהרי בתועלת זה שהועיל החכם הנ"ל בבנין הבתים בקדימת המעות הנ"ל השביחם שהרי היום הזה נותנים במחירם י"ג אלפים לבנים להיותם בנויים מה שלא האמין אדם ואם אז ישארו חרבים כי לא היה ליתומים לאל ידם לבנותם השתות יהרסון עד היום הזה ג' שנים. והחכם הנ"ל עיניו בראשו לתועלת כלה על כן האריך הזמן של התשעים חדשים בתנאים כנ"ל כי לולא זה לא היה חפץ ראובן בשום צד להקדים מעות לבנות ולא היה מוצא אז שום איש שיקדים מעות לבנות בתים חרבים כי אפילו הבנויים היו אז בזול וכאשר צר להם באו לחלות פניו ועתה בהניח ה' להם רוצים לגרשו מהבתים קודם השלמת הצ' חדשים שגזר החכם הנ"ל אשר מעשיו שרירין וקיימין ע"פ הטענות הנ"ל סמוכות לגדולים הנ"ל וכמו פתן חרש יאטם אזנו איננו שומע לקול קרובי היתומים הנ"ל והוא שומע לקול החכם הנ"ל כאשר דבר המלך שלטון אז ומי יאמר לו מה תעשה עד תשלום הזמן הנ"ל יורנו מורה צדק הדין עם מי:

ואנכי תולעת ולא איש מתאבק בעפר רגלי חכמים לשתות בצמא כל דבריהם אני הוא אשר גזרתי לתועלת היתומים כמדובר לזרות ולהכר ואם שגיתי הורוני ואני אחריש כי לדעת האמת חפצתי ולא אבוש לומר לא ידעתי מי לנו גדול ממשה רבינו ע"ה אשר הודה ולא בוש לומר לא שמעתי ואני בתחלה לתועלת היתומים לשם שמים נתכוונתי בכל הבא מידי הנה בשמים עדי:

פי המדבר דל ומלך דוד ן' מלך תשובה מה שטוענין קרובי היתומים דדבר זה היה צריך הכרזה דשכירות ליומיה ממכר הוא וכי היכי דהמכירה בקרקעות של יתומים צריך הכרזה השכירות גם כן היה צריך טענה זו אין לה שטר ומעולם לא ראינו ולא שמענו הכרזה בשכירות קרקע ואע"ג דאמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא לא לכל הדברים אמרי' תדע לך דבפ"ק דע"ז אמרינן דשכירות לא קניא מההיא דישראל ששכר פרה מכהן וכו' והקשו שם בתוספות דבפ' הזהב אמרי' דשכירות ממכר הוי ותרצו דמאי דממכר קרינן ליה לפי שעה היינו דוקא לגבי אונאה דכתיב ממכר מיותר מיהו בשאר מקומות אמרינן דשכירות לא קניא ע"כ משמע מהתם דלא לכל הדברים אמרו ממכר הוי דאינו ממכר אלא לפי שעה בלבד:

וגדולה מזאת כתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות שכירות שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אעפ"י שהיא מושכרת ביד אחרים משמע דאף על פי שהיא שכורה ביד אחרים חשובה כאלו לענין קניה וכן נראה ממ"ש בפרק ג' מהלכות מכירה לפיכך אם היה ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר מושכר למוכר לא תקנו לו חכמים משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן את הדמים נקנה המקח משמע משם שחצרו של לוקח אע"פ שהיא מושכרת ביד אחרים קונה לו וכן פי' דבריו ה"ה ז"ל. איברא שקשה לי משם בלשון רבינו טובא חדא כיון דטעמא דתקינו רבנן משום שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה א"כ איך נוצלנו מדבר זה כשהיא ברשות הלוקח ונאמר שרשותו קונה לו הא מעות נמי קונות לו מדין תורה ומשום טעמא דשמא נשרפו אפקוה מדין תורה ה"נ איכא הך טעמא ואיך כתב לפיכך אם היה ביתו וכו' דמשמע דנציל מדבר זה ואינו דעדיין החששא במקומה עומדת ועוד דבגמרא יש לנו בפירוש כדברי רש"י ז"ל שכתוב שם הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עליה של לוקח מושכרת ביד מוכר טעמא מאי דתקינו רבנן משיכה גזרה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה הכא ברשותיה דלוקח נינהו אי נפלה דליקה באונס טרח ומייתי לה עד כאן נראה בפירוש כדברי רש"י ודלא כהרמב"ם ז"ל וצ"ע מ"מ למדנו לפי דבריו דעדיין נשאר לו כח לענין קניה ואינו כמכור לגמרי. איברא דהראב"ד השיגו בפ"ו מהלכות שכירות וכן רש"י ז"ל חלוק עליו מ"מ לדברי כלם ודאי לא נאמר ממכר הוי לכל הדברים ומה גם לענין הכרזה דודאי לא נאמר שכשירצו להשכיר קרקע יתומים שיכריזו עליו זה דבר שלא עלה על לב אדם מעולם. איברא דאם יש מנהג בעיר להכריז בעניינים כאלו של שכירות היינו צריכין לדון על זה אבל מאחר דאין מנהג בעיר על כך פשיטא ופשיטא שבית דין או האפטרופסים יכולים להשכיר בלא הכרזה:

אבל מה שיש לדקדק הוא אם יש כח להחכם השלם יצ"ו של בית דין או של אפטרופס דכח ב"ד נראה ודאי דאין לו דהרי ביחיד מומחה איכא פלוגתא דרבוותא בין הרמב"ם והרא"ש דלהרמב"ם אעפ"י שמותר לו לדון יחידי מ"מ אין ההודאה בפניו חשובה כבפני ב"ד וכתב הטור בח"מ סימן ג' ומדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה שאין חלוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר ע"כ ואעפ"י דנראה דיחיד מומחה להרא"ש ז"ל הוי כג' הדיוטות וא"כ החכם השלם שרבים המחוהו עליהם הוי יחיד מומחה לעיר ויש לו כח בית דין זה ודאי אינו דהרי כתב שם הטור תנאי יחיד מומחה בשם ר' שרירא גאון באופן דבזמן הזה ליכא יחיד מומחה:

אבל מ"מ נראה דהחכם השלם הנזכר דמעשיו קיימין דלא גרע מאפטרופס שמינהו ב"ד ועדיף מיניה כיון שהקהלות מנוהו לפקח על עסקי יתומים וגדולה מזאת נראה מדברי

הרב מהריב"ל ז"ל שיש לו כח בית דין שהביא החכם השלם הפוסק נר"ו ואף על פי שלעניות דעתי אין לו יפוי כח כל כך ככח בית דין יפה מכל מקום לא גרע מאפטרופס כדכתיבנא ופשיטא שמעשיו קיימים ומה גם בהיכר הניכר לכל שהוא תועלת ליתומים והדברים פשוטים לעניות דעתי הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי. הצעיר אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנו

שאלה לאה שנפלה לה מחלוקות וקטטות עם בעלה ראובן עד שגברה ידו עליה ויתן אותה בבית הסוהר ותהי שם כמה ימים בבית האסורין ובין כך בא שמעון אשר נתן עיניו בחזקת בית ראובן ואמר ללאה התפושה הנזכר' אם תעשה לי הדבר הזה שתמכור לי חזקת ביתך בעד ד' אלפים לבנים אני אכנס לפשר בינך ובין בעליך שיתן לך חזקת הנז' לפרעון כתובתך ולאה כדי להוציא ממסגר נפשה הודית ונשבעה לעשות כרצון שמעון אז נכנס שמעון והשתדל לפשר ענין ההפרשים הנז' באמצעות אנשי קהל ראובן עד שבאו לידי גרושין ופטר ראובן ללאה אשתו בגט כשר ונתן לה חזקת הבית הנזכר לפרעון כתובתה ותיכף בא שמעון והביא הסופר לכתוב לו קניית החזקה הנז' שמכרה לו לאה הנזכר' בעד ד' אלפים לבנים והיא הודתה שקבלה מיד שמעון שבעת אלפים לבנים וכל זה עשתה לאה בכוונת ללכת לצפת תוב"ב וכך אמרה לשמעון פעמים רבות מכעס הקטטות קודם המכירה הנזכ' איך גמרה בלבה ללכת לא"י ולכך מכרה לו החזקה עתה היתה רוח אחרת עמה וחזרה בה והסכימה בדעתה להשאר בשאלוניק"י ורוצה לחזור לקחת את ביתה מיד שמעון ועוד שהבית שוה יותר מי"ב אלפים לבנים ויש אונאה גדולה במקח ומלבד זה נדר לה שמעון בעד ההטבה שהודתה לו החזקה בעד ד' אלפים לבנים להניחה בחדר א' מהחזקה הנז' לדור שם עד שתלך לא"י ובתוך ימים אחדים גרשוה ודחפוה בשם ולזר נחשב לה שמעון וישכח מלבו הטבת המעות דמי החזקה ואונאתו הנז' ומה שנדר לה לעשות ילמדנו מורנו מורה צדק אם יכולה לאה לחזור ליטול חזקתה אחר שלא יצתה ללכת לא"י וגמרה להשאר פה או לא ומה' תהי' משכורתו שלמה. תשובה איני רואה בטענות לאה ממש דאי משום שגלתה דעתה שרוצה לעלות לא"י הא קיי"ל בפרק האיש מקדש דדברים שבלב אינם דברים וכתב הטור בח"מ סימן ר"ז והרמב"ם ז"ל פרק י"א מהלכות מכירה שצריך שיאמר כן בשעת המכר וכל שלא פירש כן בשעת המכר אעפ"י שגלה דעתו קודם אינו כלום והוא מוסכם מכל המפרשים וכיון שאשה זו לא אמרה בשעת המכר כלום כפי הנראה מדברי השאלה דברים שבלב

אינם דברים. ואי מפני שטענה האחרת שיש אונאה הא קי"ל דאין אונאה לקרקעות וכתב הרמב"ם ז"ל אפי' מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף וכן כתב הרב אלפסי ז"ל וכי תימא הרי כתב הטור בסימן רכ"ז דר"ת והרא"ש אית להו דאם הטעהו בכפל המקח בטל וכיון שכן יוכל המוכר לומר קים לי כוותייהו דיש אונאה בבעל וכיון דבנ"ד איכא יותר מכפל אוקי ארעא בחזקת מריה קמא שהיא האשה שמכרה כנון דיש ספק אם המכר מכר או לא. ועוד הא איכא מרבנן קמאי דאמרי דהחזקות דין מטלטל יש להם ולדידהו איכא אונאה בחזקות דהרי יש להם דין מטלטל וכיון דהוי ספק' אוקי ארעא בחזקה מריה קמא:

מיהו הא ודאי לאו מילתא דאפילו למ"ד דהוי מטלטל אימעיטו מאונאה דהא מאי דאימעיטו הוי מקרא דאו קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד ובין שתאמר שהיא קרקע או שהיא מטלטל אינו נקנה מיד ליד ואתמעט מן הכתוב אבל מטעמא דאידך פלוגתא דרבינו תם והרא"ש עדיין יש לה לאשה הזאת לומר קים לי כוותייהו והא נמי לאו מילתא היא דאפילו יש להן אונאה יותר משתות הא קי"ל דאפילו ביותר משתות השעור הוי בכדי שיראה לתגר ולקרובו וכפי הנראה מדברי השאלה עבר השיעור יותר מזמן זה וכיון שכן הרי מחלה ואינה יכולה לערער עוד: וכי תימא הרי היא מוכרת וקיימא לן מוכר חוזר לעולם הרי כתב הרמב"ם בהלכות מכירה וכתבו הטור בסימן רכ"ז ושאר המפרשים דלא אמרו כן אלא בדבר שיש בו שנוי אבל בדבר שאין בו שנוי שיכול לשאול על שער שבשוק או שבא מקח כזה אח"כ לידו ולא תבע הרי מחל דטעמא מאי אמרו רבנן דאינו יכול לחזור מפני דאין מקחו בידו כדי שיוכל לשאול עליו וכשנתבטל טעם זה כגון שאין במינו שנוי או שבא לידו מקח כזה אחר כך שהיה יכול לשאול עליו הרי דינו כדין לוקח ואע"ג שהרשב"א ז"ל חולק על זה דעת יחיד הוא כמ"ש שם הרב ב"י ואם כן בנ"ד נמי דהוא קרקע והרי הוא במקומו שיוכל לשאול עליו שאינו כמו טלטל שנטלו הלוקח והלך לו ודאי דדינו כדין לוקח ושהה בכדי שיראה דוקא הוא שיכול לחזור אבל יותר לא:

ועוד דהרי כתב הרא"ש בתשובה הובאה בדברי הטור בסימן הנזכר דאם זלזל במכירתו יותר מכדי שהדעת טועה שנכר שמפני דוחקו הוצרך לזלזל אינו יכול לחזור כי ידע ומחיל ובנ"ד ג"כ שמכרה שוה י"ב אלף בד' אלפים ודאי דהוי יותר מכדי שהדעת טועה וידעה ומחלה. אח"כ ראיתי להרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"א סי' ק"ח שכתב גבי מוכר קרקע ונתאנה ביותר ככל מה שכתבתי ע"ש:

ואי משום שנדר לה שמעון לתת לה הבית מדברי השאלה נראה שלא היה תנאי זה במכירה אלא הטבה שהיה רוצה לעשות וכיון שכן לא תתבטל אעפ"י שלא קיים ההטבה ואי משום שהיתה בבית הסוהר והיתה אנוסה לא עשה לה שמעון שום אונס אלא שאמר לה שבשכר שהוא יטפל בעניניה תמכור לו הבית:

א"כ חזרתי ע"כ הצדדין ולא מצאתי זכות ללאה ומכירת' ודאי קיימת: הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנז

איסקולוס תיקא דאורייתא דסלקא ליה שמעתא אליבא דהלכתא רבה דהדין גלותא החכם השלם מאריה דשמעתא ריש מתיבתא סיני ועוקר הרים גדול מרבן שמו מרן כמהר"ר אברהם נר"ו בן כבוד גדולת קדושת החכם השלם מיחסותא דיהדותא חריפא דפומבדיתא כמהר"ר משה די בוטון זצו"ל לפני בא דברי כחצי' וכקשת מול הר גאון תפארת עוזו אדברה נא שלום ואתחנן אל ה' יתגדל ויתנשא כסא כבוד שלמות חכמתו בכל משלה אעתר אל אלוה מהר מאד נראה בשמחות וגיל תגיל ותשמח רב בבני חיי ומזוני מול מערכה יגזרו עליה דמר מן שמיא בשובה ונחת בשובע שמחות אמן:

תשואות חן וכבוד הוד והדר מטיבותיה דמר שמעה אזני במחנה העברים מפי סופרים ומפי ספרים ואירא מגשת אליו גם היום הנה ידי יד כהה לא תוסיף תת כחה לשלוח יד בשבט סופר לשחר פניו פני הכבוד כי ירא מהביט אך לזאת דחה דחיתיה שהשעה צריכה לכך להיותי דופק בדלת ובמזוזות בתי מדרשות ואמרתי אני בלבי עת לעשות להניע דברי אלה קודם מרן מאריה חטיא סלת נקיה בעל הכנפים יפרוש כנפיו יקחני ידריכני בנתיב הישר דרך אלך במעשה שהיה כך היה. שכבוד א"א זצ"ל קנה בתים מולקי מחוץ לחומ' העיר על שפת הים מבאקוף א' והבאקוף קנה אותם עם בתים אחרים בזמן א' ששתיהם כא' היו ממוכס אחד ויהי אחרי מות המוכס שמכר את שתי הבתים קם הדיפטירדא"ר למטה רשע ולקח הבתים מיד א"א ז"ל באומרו שהבתים ההמה היו של המוכס הנפטר והמוכס היה חייב למלך יר"ה והוציא הבתים במיזיט וא"א ז"ל טען שהבתים ההמה קנאם מהבאקוף והוציא החוגי"ט שעשה עם הבאקוף ולא יכול לו כי מי יבא אחר נאמן המלך לאמר לו טוב המעשה אשר אתה עושה וכראות זה כבוד א"א ז"ל הלך לתבוע מעותיו מהבאקוף באומרו שהבתים שמכרו לו לקחום מאת המלך ושיתנו לו הבתים או המעות והקריבו משפטם לפני הדיין הגדול וגזר אומר שאין לא"א על הבאקוף שום טענה הצד שאם איש אחד חייב למלכות ולבאקוף אף שחוב המלכות

קודם בזמן הבאקוף קודם לקחת המעות והבתים ההמה אם היו נמצאים ביד הבאקוף בעת מיתת המוכס לא היה הדיפטירדא"ר לוקח הבתים וראיה לזה שהבתים האחרים שמכר המוכס לבאקוף לא לקחום אחרי מות המוכס שלא עלה ביד הדיפטירדא"ר אף עפ"י שהשתדל לקחתם ואין זה אלא חמסנות ועול שעשה הדיפטירדא"ר גם ידוע ליהוי למר שאין על המוכס הנפטר שום חוב למלכות כמו שזה ידוע לכל שער עירנו שהחוב ההוא היה ממוכס אחר שנכנס. במקום המוכס הנפטר בחיים חייתו וכמו שטען כל זה א"א ז"ל באותו פרק והוכיח הענין מהתנאי שהיה כתוב בבראט המוכס והיו משיבין אליו דבריך טובים ונכוחים ושומע אין לך מהמלך עד שבסבה זו כשהוציאו הבתים במיזיט לא נמצאו שום עשיר ואביון לקחת הבתים בראות' לא"א ז"ל צווח ככרוכי' סגייא בייא בייא באומרו שעשה הדיפטירדא"ר עמו נגד חקי ומשפטי המלך יר"ה ועל זה איכא סהדי דידעי דהכי הוה עובדא ולסבה זו נמכרו הבתים בחצי הערך וקנאם ישמעאל א' ויהיו בידו ג' שנים ואחר שנתבקש בישיבה של מעלה א"א ז"ל קם יהודי א' וקנה הבתים מיד הישמעאל בלתי רשותי ואף שמיחה בידו הגביר האפטרופס עתה אתה ברוך ה' א' שאלתי מאת האדון לדעת אם יש לי איזו חזקה בבתים עד אשר לא יוכל איש איש מבני ישראל לקחת הבתים מיד הישמעאל בלתי רשותי שהקונה טוען דדינא דמלכותא דינא ולי אני עבדך נראה דלא הוי דינא דמלכותא ממ"ש המרדכי לא אמרי' דינא דמלכותא אלא כשמלך משוה מדותיו והכא מאחר שהבאקוף קודם למלכות והבתים ההמה אם היו ביד הבאקוף בשעת מיתת המוכס לא היו לוקחים אותם וכמו שלא לקחו הבתים האחרים מידם א"כ לא הוי אלא חמסנות' דמלכותא וכבר פסק הרמב"ם בפ"י מגזלה ואבידה ז"ל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה ה"ז גזל וה"נ שבסבת היותר ביד א"א ז"ל שלא היה לו יכולת עם הרשות נטלו הבתים מידו אין זה כי אם רוע לב הדיפטירדא"ר והוי גזל גמור ומהרי"ק בה' ח"ק כתב בשם הריטב"א ז"ל על ראובן שהיה חייב לגוי וכו' ומכרו הגוי לשמעון ומת ראובן ובנו תובע הבית שאם לא נתברר שהגוביינא ההיא היתה ע"פ דייני ישראל או ע"פ הערכאות במקום שדין המלכות לדון עם ישראל כדיניהם אין לשמעון שום זכות בקרקע ההוא עכ"ד. כ"ש דנ"ד שעין הרואה יראה שהוא עול גמור ובפרט שהוא עצמו הודה שמחה בידו הגביר האפטרופס ז"ל דלפי דעת המרדכי אין לו חזקה כלל וכבר יראה שזו היא הסכמת הפוסקים ז"ל כמו שהוכיח מהר"י קולין ז"ל בשרש ט"ו ובסוף שאלותיו וא"כ כפי זה הדיפטירדא"ר הוי אנס והישמעאל הקונה מהדיפטירדא"ר אין לו חזקה והיהודי הקונה מיד הישמעאל ידו כיד הישמעאל כדאמרי' בח"ה ישראל הבא מחמת וכו' הרי הוא כגוי מה גוי אין לו

חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת גוי אין לו חזקה אלא בשטר וכו' וכבר ביאר הריב"ש ז"ל דין זה בשאל' ר"ץ ומאריך טרחא:

כבודי ומרים ראשי יורנו ילמדנו את"ל דאפי' הכי הוי דינא דמלכותא אם אתן לו מעותיו אוכל לקחת הבתים מידו דלדעתי הקצרה ע"כ לא קאמר שמואל דינא דמלכותא דינא אלא לשלא יהיה המלך בחזקת אנס לשאוכל לקחת הבתים בחנם כדברי רש"י ז"ל דכתב בהנזקין בההיא דאנפרות ז"ל גוי שלקח קרקע ישראל בחובו או באנפרות ולקחו ישראל ממנו צריך להחזיר לו בחנם דאין לו דין סקריקון ואפי' שהתה בידו כמה זמן אין מחזיר וכו' אלא מחזיר לבעלים חנם דלא גמור ומקני עכ"ד אבל דינא דמלכותא הוי לשאם אתן לו מעותיו אקח הבתים כסבר' ר"ג דסמך על ההיא דהאומנים ובפרט דדינא דמלכותא הוי אם החייב שמכרו ביתו מפני חובו יבא אחר זמן רב לתת המעות ולשאול ביתו יתנו לו ביתו ושומא הדרא אפי' אחר כמה שנים דאדעת' דהכי גמר ומקני מי שקונה קרקע מהמלכות שאם יתנו לו מעותיו יחזיר הקרקע לבעלים ולא קנה אלא שמא לא יתנו וזה דבר הדיפטירדאריש שידעו בטיב חקי המלכות זאת ועוד שעין הרואה יראה שבזמננו זה זמן שחורים לאו מאן דעבד בה דין מלכותא הוי דינא דמלכותא וכו' ומה גם שהדיפטירדא"ר עושה מה שרוצה בין באונס בין ברצון והנצבים עליהם מסכימים עמהם אם לא כסף וזהב האנוש העלוב המחזירן לתנאם הראשון:

אלוף התורה ילמדנו להועיל אם תמצי לו' שיחזור הקרקע אם אני אפרע ליהודי הקונה כפי מה שלקח' בעת ובעונה ההיא או אם אפרע לו כפי מה ששוה בשעת החזרה שמלבד מ"ש הריב"ש שנראה מדבריו שלא אחזיר לו אלא מעותיו לבד יש לי סיוע לזה ממקום אחר מהא דגרסי' בפ"ק דמציעא ז"ל הכיר בה שאינו שלו ולקחה רב אחר מעות יש לו שבח אין לו וכו' ואסיקנא בגמרא אמר רבה הלכתא הכיר בה שאינה שלו וכו' מעות יש לו שבח אין לו ומוכח מכל הפוסקים דהכי הוי הלכתא ולהיות הדברים גלוים וידועים למרן אמרתי לא אזכרם והכי נמי שזה האיש הקונה ידע וראה לא"א ז"ל בעת ההיא צועק מרה שנאמן המלך עשה מעשהו שלא כמשפט חקי המלכות וראה שכל העשירים הנמצאים פה העירה לא רצו לקחת הבתים בראותם שא"א ז"ל היה מוחזק בם לית דינא ולית דיינא שיאמר שמקחו הוי מקח ולאומר שיאמר דמאי דקאמר בגמרא יש לו שבח או אין לו שבחא הוי מהגזלן והכא הגזלן שהוא האנס הדיפטירדא"ר או הישמעאל הקונה אינו משלם ליהודי הקונה כלל עד שנאמר שיתן לו נמי את השבח או לא אז נשיבהו מאחר שהאנס הכא כפי סברת הריב"ש ז"ל נכנס במקום הגזלן לתת המעות ליהודי הקונה אליבא דרב מעות יש לו שבח אין לו וכבר אסיקו הלכתא כוותיה דרב כ"ש הכא

שהשבח הוי שנתייקר הקרקע מעצמו מצד שעלו כל הקרקעות של המקום ההוא דאין לו שבח דאמינא ארעאי אשבח:

גם על מה שטוען שנשרף הקרקע יקנה בשנוי ע"ז אזעק במר ואמור אומר אוי להם לבריות מעלבונה של תורה דברי התנא גלוים וידועים כמזהיר ומזכיר אל תעש עצמך כעורכי הדיינין וכו' וידוע לכל שאף שזה הטוען הוא איש משכיל ונבון מ"מ לא הגיע למדרגה זו לדעת דיני שנוי וכדומה ואין זה אלא דברי מי שמתעטף בטליתן של ת"ח ואפ"ה טענה זו אינו מכיר שלא נאמר קנה בשנוי אלא במטלטלין אבל קרקע אינה נגזלת ובחזקת מריה קיימא וכבר הסכים לזה הרא"ש בכלל צ"ה וזה דעת הפוסק:

יורנו ילמדנו על מה שטוען הקונה שהוציא הוצאות בבתים טרם השרפה לקיים הבנין שלא תפול ומאחר שהבתים מעיקרא לא היו שלו מה שבנה והוציא עלי לשלם ואני העבד נ"ל דאין לו דין יורד בתוך שדה חברו וכו' מאחר שנשרפו הבתים דלא אמרי' דמשלם את היציאה אלא כשהיציאה קיימת:

סיני ועוקר הרים יורנו ילמדנו אם יש דין ליהודי הקונה שאומר שאין חזקה במקום ההוא וכדומה מאחר שאין דרך היהודי' הקונים בתים במקום ההוא להיותם תושבים כל השנה אלא בזמן הדבר ח"ו או בקיץ ואדרבה באזני שמעתי שאפי' במקום הירידה שהולכים שמה היהודים פעם אחת בשנה להסתחר והירידי' הם על הרוב ח' ימים ואפ"ה יש להם חזקה בחנויו וכו' וכבר הייתי מאריך להציע לפני שלמות חכמתו מה שהעלה מצודתי גבי האידנא דשינוי מההיא דפ' הגוזל דאמר רב פפא האי מאן דגזל עפרא מחבריה ועבדא לבנתא וכו' אך אמנה השעה צריכה להיותי בוחר הקיצור האפשר ולזה לא הצעתי מול פניו מה שלבי גומה בההיא דאנפרות לפי' חלוף פי' אנפרות ומה ששלחתי יד בשבט סופר במה שהצעתי להיות להבת שלהבת יקד יקוד כיקוד אש פלדות בתוך מעי אמרתי אחכמה אדברה וירוח לי:

משגב בעדנו אלופנו לראש עינינו תלויות עד עת בא תשו' הרמתה ואחלי יכנו לפני שלמות רוממות חכמתו אף כי ידעתי צדק ומשפט בשעריו המצויינין בהלכה ואחרי דברו לא ישנו להיות החולקים עלי הם רבים אם יראה בעיני שלמות חכמתו להחתים עמו לרבינו הגדול גם שב גם ישיש מר שמואל נר"ו מה מאד גיל גבעות תחגורנה ותעלוזנה כליותי בקרבי ואני תפלתי ממעמקים קראתי בכל לב יגדיל ה' את שלום ביתו ושלום תורתו ושלום מחברת השלמות ישיבת האדון כחפץ נפשו החכמה וכנפש נחפץ:

המשתחוה מרחוק נרצע לעבודת האדון בלב שעח וטוב:

יצחק בכמהר"ר יום טוב ן' פארג זלה"ה:

תשובה בענין דינא דמלכותא דינא איכא פלוגתא דרבוותא טובא ורב יוסף סיני ורבה הרב הגדול מהר"י ן' לב בפסקיו ח"ג סימן ק"י הביא כל הסברות ובסוף דבריו כתב כי קשב לכתוב קונטריס ארוך בהאי עניינא ואני יחיד ועני אחוה דעי ואם מצער היא אדברה נא באמת ובאמונה ואומר דנפל מחלוקת בין הפוסקים בתרי ענייני. הא' במה נוהג זה הדין אם בקרקע לבד או בכל ממון או בדבר שהוא הנאת המלך דוקא. הב' באיזה אופן נקרא דינא דמלכותא אם הוא דוקא דין חקוק מהמלכים הראשונים לבד או דילמא אפי' שיחקוק מלך א' לבד. בענין הראשון הרי"ף והרמב"ם ז"ל אית להו דאינו נוהג אלא בדבר שהוא הנאה למלך ואית להו דתרי לישני דאיכא בגמ' בפ"ק דגטין על מתני' דכל השטרות הא דקאמר דינא דמלכותא דינא הב' דאמר וא"א תני חוץ מדגטי נשים דפליגי אהדדי ופסקו כלישנא בתרא וכמבואר זה בדברי הרב המגיד בפרק כ"ז מהלכות מלוה ואף ע"ג דהרמב"ם ז"ל כתב בפ"א מהלכות זכיה שכל דיני המלך דממון על פיהן דנין לאו דוקא כל ממון אלא דוקא בדבר שהוא הנאה למלך וסמך על מה שכתב בפ"ה מהלכות גזלה דנראה משם דצריך שיהא הנאה למלך והרמב"ן והרשב"א פליגי עלייהו וס"ל דתרי לישני דבפ"ק דגטין לא פליגי אהדדי כדכתב הרב המגיד בפרק כ"ז מהלכות מלוה ואית להו דאפי' שטרות העולים בעש"ג דלא הוי הנאה למלך אמרינן בהו דינא דמלכותא דינא:

איברא דהרב ב"י בה' שטרות הנעשים בעש"ג סימן ס"ח כתב תשובה להרשב"א שכתב מ"ש ששטר הרשאה כשר משום דינא דמלכותא דינא אעפ"י שיש מקצת מן הגדולים סוברים כן אין דעתי נוטה אלא כלישנא אחרינא דאתמר בגמ' תני חוץ מדגטי נשים וכן נראה דעת הרי"ף וכו' ע"כ. מכאן נראה דאית ליה דתרי לישני פליגי ופסק כלישנא בתרא והוא הפך מ"ש ה"ה בשמו והריב"ש בסימן ר"ג וצ"ע ודעת זה של הרמב"ן נראה הפך מדעת רבותינו הצרפתים שכתב הרב מהר"י קולין בשרש ס"ו שהם סוברים שלא נאמר דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהם עסקי המלך וזה נוטה לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל ע"כ תמה הרב מהר"י ן' לב בסימן הנזכר איך רצה מהר"י קולין להסכים דעתו עם דעת רבותינו הצרפתים דהם חלוקים דהרמב"ן ס"ל דבכל ענייני ממון אמרינן ליה. ולי נראה לתרץ דאין כוונת מהר"י קולין להסכים דעת הרמב"ן עם אבותינו הצרפתים ומ"ש בשרש ס"ו ואמר דעת הרמב"ן וכן כתב בספר התרומה לא קאי מלת וכן על דעת הרמב"ן אלא על מה שאמר למעלה שרבו הפוסקים בענין דינא דמלכותא דינא ושלא נאמר דין זה בכל הענינים כתב שכמו כן כתב בספר התרומה שלא נאמר בכל הענינים דאיכא מילי דלא אמרינן להו וכיון שכן בנדון דידיה דליכא הנהו תנאי' שאמרו הפוסקים לא

אמרי' דינא דמלכותא דינא וק"ל: אבל הא קשיא לי על מה שכתב הרב מהר"י קולין זיל בשרש קפ"ח הרי לך בהדיא שפי' הענין דוקא במסים וארנוניות ומנהגות וכו' אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא דא"כ בטלת דיני תורה ח"ו וכ"כ גם הר"ן בפ"ק דגטין וז"ל והא אמר שמואל וכו' דוקא מה שהוא עשה מחוקי המלך אבל מה שהוא עשה שלא כדין לא ולישנא דדינא דמלכותא הכי משמע דאי עביד שלא כדין חמסנות' הוא ולאו דינא ע"כ דמה ענין מה שכתב הר"ן למה שהוא רצה לומר דהרב רבינו נסים לא איירי בהא כלל דהוא לא אמר אלא שיהא דין חקוק מקדם שהמלכים קדמונים וכדעת הרמב"ן אבל בין שיהיה דין המלכיות בין שיהיה דין בין אדם לחבירו לא איכפת לן אם היא גזרה חקוקה מהמלכים הקדמונים ולא שיהא עשוי מאליו דהאי נקרא חמסנותא ולא דינא דמלכותא:

עוד כתב הרב הנזכר שלכל דעות שהביא המרדכי בעינן מיהא שיהא מנהגות ומשפטי מלכים וכו' ובודאי שהוא מוכרח מכח ההכרח שהביא דאם לא כן בטלת דיני תורה, ח"ו אבל מדעת ה"ר יצחק בר פרץ שהביא המרדכי בפרק הגוזל בתרא שכתב שם דכיון דדינא דמלכות' דינא דכל מי שיש לו משכון מוכרו אחר שנה ולא ימתין יותר דמי שיש לו משכון יעשה כן משום דדינא דמלכותא דינא והביא ראיה מפירקא קמא דגטין מכל השטרות העולים בערכאות של גוים וכו' דפסק בגמרא דדינא דמלכותא דינא כשמואל ע"כ והתם משמע דהוי דינים שבין אדם לחבירו דהיינו מי שיש לו משכון מחבירו שמוכרו אחר שנה ואולי בענין זה תיקון המלכות היה כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ומקרי נמוס הנוגע למלכות. גם מה שהביא ראיה הר"י בר פרץ מפ"ק דגטין קשה עליו דאין זו ראיה דאדרבה משם משמע דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא משום דלישני פליגי אהדדי והלכתא כלישנא בתרא דהיינו וא"א כדפסק הרמב"ם דכן הוא הדרך לפסוק כלשון האחרון וכ"ת דאיהו סבר דלישני לא פליגי כדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל לשונו אינו מוכיח כן שכתב דפסק בגמ' דדינא דמלכותא דינא כשמואל ומריהוט לשונו שכתב דפסק בגמ' כשמואל משמע דס"ל דפליגי שמואל אלישנא בתרא וא"כ היכן ראה דפסק תלמודא כשמואל אדרבה לישנא בתרא עיקר וצ"ע. והרב ב"י בהלכות גזלה סימן שס"ט כתב בשם מהר"ר יעקב ישראל שתמה על הר"י בר פרץ דמאי שבק פ' חזקת ופ' הגוזל ופ"ד נדרים והביא ראיה מפ"ק דגטין ואין זו קושיא כ"כ דעיקר מילתא דשמואל בגטין נאמרה ובפרק חזקת דאמרו והאמר שמואל וכו' וכן בפרק הגוזל ובפ"ד נדרים לא אמרו אלא משום דאמרו שמואל בפ"ק דגטין אבל מה שתירץ הוא משום דאיכא דאמרי דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בקרקע או בדבר שהוא הנאה למלך ולכך הביא מפ"ק

דגטין אין תירוץ זה מספיק למ"ד דלא אמרינן אלא בקרקע דוקא דבפ"ק דגטין בקרקע נמי איירי דהקשו שם בשטר מתנה כיון שהוא נקנה בו מאי אהני הא חספא בעלמא ומה שנקנה בשטר הוא קרקע דמטלטלין אין נקנין בשטר וע"ז תירצו דינא דמלכותא דינא וא"כ מאי מייתי מפ"ק דגטין אכתי נימא דלא איירי אלא בקרקע לבד מ"מ למדנו מכל הנ"ל ב' סברות הא' דעת הרמב"ם דאיירי בדבר שהוא הנאה למלך דוקא. הב' דעת הרמב"ן דאיירי בכל דבר אפי' שאינו הנאה למלך כגון שטרות של גוים. עוד כתב המרדכי שם בפרק הגוזל דעת שלישי בשם ראבי"ה דדוקא בקרקע שייך לומר דינא דמלכותא דינא ולא בשאר מילי:

נמצאו ג' מחלוקות בענין דינא דמלכותא דינא במה הוא נוהג ובענין איזה נקרא דינא דמלכותא יש דעות דלהרמב"ן צריך שיהיה חקוק אותו הדין מהמלכים הקדמונים אבל שיחקוק אותו המלך אעפ"י שיחקוק אותו הדין לכל מלכותו אין דינו דין אבל הרמב"ם בפ"ה מה' גזלה נר' דעתו בהפך שכיון שהמלך חוקק אותו לכל אעפ"י שאבותיו לא הנהיגו בכך די ועוד יש לנו מחלוקת אחר היכא דהמלך חקק הדין למדינ' וכו' ולא לשאר מדינות אשר בכל מלכותו מה דינו דהרא"ש כתב בפ"ד נדרים בשם ר"ת דהא דאמרי' דינא דמלכותא דינא היינו כשהמלך משוה גזרותיו על כל בני מלכותו אבל אם הוא משנה למדינה א' לאו דינא הוא והביא ראיה מסקריקון ודחה הרא"ש ראייתו ונראה דעת הרא"ש דפליג עליו וס"ל דאפי' שיחקוק המלך על בני מדינה א' לבד סגי וכ"כ בח"ה וז"ל כל משפט חרוץ שתקן והנהיג המלך על כל בני מדינתו דינא ואין בו משום גזל ע"כ משמע דדי שיגזור המלך על מדינה א'. והמרדכי כתב בפ' הגוזל בשם ה"ר אליעזר ממיץ כדעת ר"ת והביא ראיה שהביא ר"ת מדאמר בגטין לא היה דין סקריקון משום דאגב אונסיה גמר ומקני ואי לאו משום דאניס לא קני אע"ג דבמצו' המלך היתה אבל יש לתמוה טובא על ראייתו זאת דהוא ז"ל כתב אח"כ דלא אמרי' דיניה דינא אלא בקרקעות ובמשפטים שהם תלוים בקרקעות כגון מכס וכו' אבל אם קוצב מלכות על דבר שאינו שלו כי ההיא דסקריקון דגטין או אדם שאינו חפץ להשאר בארצו לאו כל כמיני' וכו' וא"כ כיון דדינא דסקריקון לא הוי דין משום דהוי קוצב על דבר שאינו שלו מה מייתי לעיל ראיה דלא הוי דינא כשמשנה למדינ' א' נימא דלעולם הוי דינא והתם בסקריקון מאי דאמרי' דלא הוי דינא לאו משום דמשנה למדינה א' אלא משום דקוצב ע"ד שאינו שלו אבל אין הכי נמי דאם יגזור על בני מדינתו דבר אחד אעפ"י שלא יגזור ע"כ מלכותו הוי דיניה דינא ולפי מה שהביא הרא"ש בפ"ד נדרים לשון ה"ר אליעזר ממיץ ניחא שהוא לא הביא כדעת רבינו אליעזר ממיץ אלא הא דלא הוי אלא בקרקע דוקא אבל הא דקאמר

דאם משנה למדינה אחת אין הדין דין הביאו בשם ר"ת ודחה אותו ומשמע דר' אליעזר ממיץ לית ליה ההיא דר"ת אבל לפי מה שהביא המרדכי לשון ה"ר אליעזר ממיץ כדעת ר"ת ואח"כ כתב בשמו דלא איירי אלא בקרקע וכו' קשה מה שהקשיתי וצריך לי עיון: מ"מ למדנו דאיכא פלוגתא גם כן אי די שיגזור על כל בני מדינתו או שיגזור על כל מלכותו והטור ז"ל בה' גזלה סימן שס"ט כתב בד"א בדבר כללי שגוזר על כל מלכותו וכו' מריש' דלישניה משמע דאית ליה כר"ת שצריך שיגזור ע"כ מלכותו וכן הבין דבריו מהר"י קולין בשרש ס"ו שהוא כדעת ב"ה אבל מסיפ' דלישניה אבל מלך שלקח חצרו או שדה של אחד שלא מדין חק המלכות איכא למידק איפכא דדוקא כשהוא לאדם אחד אבל לבני מדינה אחת לא הוי גזל דהוי כחק וכן משמע ממאי דכתב והרמ"ה כתב אפי' הוא מטיל ע"כ בני המדינה וכו' משמע דלעיל מיניה קאמר דבהטלה לבני המדינה סגי אע"פ שלא יטול לכל בני המלכות. גם בהרמב"ם ז"ל אין הכרח בדבריו כ"כ דאף על גב דברישא דלישניה כתב בפ"ה מהלכות גזלה וכן מלך שהשים מס על בני העיר דמשמע דבעיר א' סגי אעפ"י שלא יהא לכל בני מלכותו מ"מ בסיפא דלישניה כתב כל דין שיחקוק אותו המלך לכל דמשמע לכל מלכותו מ"מ אין זה הכרח דמאי דקאמר לכל הוא לאפוקי אדם אחד כדכתב ולא יהיה לאדם א' בפני עצמו וכו' ומ"מ ריהוט לשון הטור משמע דבעינן שיהא הגזרה בכל מלכותו וריהוט לשון הרמב"ם משמע דדי שיהא לבני מדינתו ורבי' ירוחם בריש נתיב ל"ב משמע דבעי שיהא בכל מלכותו דכמה פעמים הזכיר שם ענין זה ובכלם הזכיר בכל מלכותו יע"ש: ואחר אשר ביארנו כל אלה הדברים נבא לנדון דידן ונאמר דכיון דהדיפטירדא"ר לקח בתים אלו בכח הזרוע שמכר המכס לבאקוף אחר אשר מכרם הבאקוף להאדון החכם השלם רועה ישראל אביך ז"ל והוא ודאי שלא כדין המלכות כפי אשר גזר הדיין הגדול אשר בעיר ולראיה שהבתים אשר נשארו ביד הבאקוף לא לקח אם כן אפי' שיהא גזרה שיגזור המלך בעת אין זה דינא דמלכותא שלא גזר לא על מלכותו ולא אפי' על בני מדינתו אלא על איש פרטי לבד ולכ"ע לאו דינא דמלכותא הוא ואין זה צריך לפנים:

אבל מה שכתב כבוד תורתך דאם תמצי לו' בהא דדינא דמלכותא דינא היה יכול ליקח הבתים ממנו בתת לו מעותיו דעד כאן לא קאמר שמואל דינא דמלכותא דינא אלא לשלא יהיה המלך בחזקת אנס לשתוכל לקחת הבתים בחנם וכו' אבל ודאי שאם יתן כ"ת לו מעותיו יקח הבתים וכו' במחילה לא היא דודאי אי דינא דמלכותא דינא אי אתה יכול להוציא מידו שכן כתב הריטב"א באותה תשובה שהזכרת אם נתברר לב"ד שהגובייניא ע"פ ב"ד או ע"פ ערכאות וכו' הא קיי"ל דינא דמלכותא דינא והוי כאלו לקחו מראובן

וחזר ומכרו לשמעון וכו' משמע דכשאמרו דינא דמלכותא דינא הוי ממש כאלו לקחו מראובן וכי היכי דכשלקחו מראובן ומכרו לשמעון אינו יכול ראובן להוציא מיד שמעון הכי נמי הא וכן נראה דעת הרמב"ם בפרק ה' מה' גזלה שכתב והלוקחה מן המלך הרי היא שלו ואין הבעלים מוציאים אותה מידו שזה דין מלכים וכו' והרי המלך הפקיע שעבודם וכו' אבל הקונה אותה מן המלך זכה בה וכו' וכיון שעשאה כהפקר ואמר דהקונה זכה בה משמע דאין יכול להוציא מידו אפילו שיתן לו מעותיו וזה פשוט אצלי בלי שום ספק אבל אי דינא דמלכותא הוי כמו שכתבת דשומא הדרא אז ודאי מודינא לך דכיון דקנאה בדינא דמלכותא אזלינן בתר דינא דמלכותא לגמרי:

ומה ששאל כבוד תורתך שכשיפרע לו מעותיו אם יפרע לו מה שהוא שוה עכשיו או עה שהיה שוה בעת שלקחה גם זה פשוט אצלי דכיון שאמרנו דדינא דמלכותא אינו דינא בכאן כדכתיבנא אם כן אין כבוד תורתך חייב לשלם לו אלא כפי מה שההנהו וכדעת הריב"ש ז"ל שכתב בסימן ר"ץ וכדעת ר"ג וכל מה שהיה צריך כבוד תורתך לתת לאנס להצילו מידו אז ודאי אתה חייב לתת לו אבל אי אייקר פשיטא דברשותך אייקר ולא ידעתי למה הוצרך כבוד תורתך לומר דאותו היהודי הקונה הכיר בה שהיתה גזולה בלאו הכי שבחא דיוקרא דידך הוי דבין הכיר בין לא הכיר שבחא דממילא אינו נוטל כלום מנגזל אלא דבלא הכיר נוטל ההוא שבחא מגזלן ובהכיר אינו נוטל אפילו מגזלן אבל לענין ליטול מנגזל בין הכיר בין לא הכיר שוה דאינו נוטלו מנגזל כדכתב הטור ז"ל בסימן שע"ג וידוע הוא דשבחא דממילא הוי יוקרא וכדכתב הרי"ף ז"ל בהלכותיו בפרקא קמא דמציעא ואם כן ודאי שאינו נוטלו ממך כל שכן אם הוא הכיר כדכתב כבוד תורתך שאז אפילו שבח הבא על ידי הוצאה אינו נוטל כלום לדעת ר"י והרא"ש כדכתב הטור בסימן שע"ג:

איברא דתמיה לי טובא בדברי הטור דאיך כתב בשם אביו הרא"ש כן דהרא"ש לא הקשה בפסקיו לרב אלפסי אלא משום דהוא סבור דהרי"ף קאמר דנוטל כל השבח מנגזל דומיא דראיה שהביא דהשביח ומכר השביח והוריש וכו' ועל זה הקשה לו דהתם קני מפני תקנת השבי' מה שאין כן בקרקע דקרקע אינה נגזלת וא"כ כדין הוא דבקרקע לא יטול כל השבח אלא הוצאה אם היה פחותה מהשבח אבל שלא יטול אפי' הוצאה מהנגזל מעולם לא עלה ע"ד אביו הרא"ש ויגיד עליו רעו הרז"ה שהביא הרא"ש ז"ל סיוע מדבריו הוא כתב בהדיא דיש לו הוצאה שבח כנגדה. ומה שהקשה על הרי"ף הוא דאמאי כתב דיטול כל השבח כמו שתראה בספר מלחמות והרמב"ן השיג על הרז"ה דהוא הוא מאי דקאמר הרי"ף ויטול ההוצאה מהנגזל והשבח יותר על ההוצאה יפסיד ועוד תימא על

תימא על דברי הטור איך עלה בדעתו לומר דאית להו לר"י ולהרא"ש דגרע לוקח מגזלן עצמו דבגזלן עצמו כתב בסימן שקודם זה הטור דאם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל השבח מהנגזל וכיון דגזלן עצמו נוטל ההוצאה מהנגזל כ"ש לוקח ממנו אלא ודאי שהרא"ש והרז"ה הבינו בדברי הרי"ף שיטול כל השבח ומשום הכי כתב הרא"ש בקושייתו להרי"ף דהכא לא עבדינן תקנתא בקרקע דאינה נגזלת ואם איירי להוצאה גופא מאי תקנתא איכא הא אפילו גזלן עצמו נוטלו ולא נזדמנה להם הנסחא אשר לנו כדכתב הרמב"ן בספר המלחמות על דברי הרז"ה ודברי הטור צריכין לי עיון מ"מ למדנו בנ"ד דודאי אם נתייקר שלך הוי דברשותך אייקר ואתה חייב לשלם לו מה שהיה צריך להצילו מיד האנס מעיקרא כשלקחו וכדכתב הריב"ש וכדברי ר"ג:

גם מה ששאל כ"ת שטען הטוען שקנאו בשנוי אחר שנשרף הא ודאי צורכא הוא דאין קרקע נקנה בשנוי כדכתב הרא"ש בתשו' כלל צ"ה שהבאת וגמ' ערוכה היא בפ' הגוזל עצים דאמרו שם דף צ"ה ר' מאיר לדבריהם דרבנן קאמר להו לדידי שנוי אינו קונה ואפילו בהמה נמי אלא לדידכו דאמריתו שנוי קונה הודו לי מיהא בעבדא דכמקרקעי דמי וקרקע אינ' נגזלת ואמרי ליה רבנן לא עבדא כמטלטלי דמי ע"כ משמע דאין שנוי קונה בקרקע:

אבל מה שיש לבעל דין לחלוק ולומר הוא דאמרי' בפרק חזקת דף מ"ד גבי מכר לו שדה מכר לו פרה מכר לו טלית וכו' דוקא מכר דהוי יאוש ושנוי רשות וכו' וכתבו שם התוס' דיאוש ושנוי רשות קונה בקרקע אע"ג דאינה נגזלת וכ"כ הרא"ש בפסקיו אע"ג דהטור בסי' ל"ז כתב בהפך וכן דעת רשב"ם מ"מ נראה דלדעת התוספות והרא"ש היכא דאיכא יאוש ושנוי רשות קני אפי' בקרקע וא"כ בנ"ד אפשר לומר דאיכא יאוש דכיון דלקחו הדיפטירדא"ר מהאדון החכם השלם אביך ז"ל ולקחו ישמעאל אח"כ ונשתקע בידו ג' שנים קרוב הדבר לומר שנתייאש ואעפ"י שלא ידענו אותו בפועל דבר זה תלוי באומד ב"ד וכ"כ הטור בה' גזלה בשם ר' שרירא סימן שס"ח וז"ל אלא ב"ד אומדין ופוסקים הדבר אם ראוי ליאוש או לא ואם רואים הדבר שראוי ליאוש מעמידין ביד הקונה אם כן בנ"ד קרוב הדבר לומר שנתייאש ואח"כ נשתנה הרשות שלקחו היהודי וקנאו לדעתם דהוי יאוש ושנוי רשות:

אבל כד מעיינינן הא נמי לאו מילתא היא חדא דקרקע אין רגילות להתייאש ממנו כדכתבו התוספות בפרק חזקת הבתים דמימר אמר אם לא אוכל ליטלו ממנו אטלנו מיד בנו ועוד דאפילו נתייאש הא איכא רשב"ם והטור דאית להו דלא מהני יאוש בקרקע

וכיון דאיכא ספקא בפלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא האדון החכם השלם אביך ז"ל:

ומה ששאל כ"ת שטוען הקונה שהוציא הוצאות בבתים קודם השרפה איברא דלכאורה היה נראה לומר דאפילו היה הבית קיים כיון שדר בה ואכל הפירות מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל מהא דאמרינן בפרק המפקיד גבי הא דאמרינן דשמין להם כאריס גבי נטושי' ושבויין הקשו שם מאי שנא מהא דתנן המוציא הוצאות על אשתו הוציא הרבה ואכל קימעא מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ותירצו הא לא דמיא אלא להא דתנן המוציא הוצאות על נכסי אשתו קטנה וכו' אלמא כיון דלא סמכא דעתיה תקינו ליה רבנן כי היכי דלא ליפסדינהו ה"נ תקינו ליה רבנן כי היכי דלא ליפסדינהו ע"כ משמע דהיכא דסמכא דעתיה אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ומהאי טעמא כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו דלפי המסקנא היכא ששמעו שמת דסמכא דעתיה אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ואפילו מאן דפליג עליה דהיינו רש"י ז"ל דכתב הא לא דמיא הא דנכסי שבויין דמשמע דקאי נמי אשבויין וכן הרמב"ם דלא חלק בהלכות נחלות וכדתב הרב ב"י ז"ל בח"מ סימן רפ"ו היינו משום דס"ל דאפי' דשמעו בו שמת לא סמכא דעתיה אבל דאי היכא דסמכא דעתיה הוי ממש דומיא דאשתו גדולה דמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ומינה בנ"ד דסמכא דעתיה דהרי זה היה סבור שבונה בשלו משום דלקחו מדינא דמלכותא א"כ כיון שדר בו אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל כך נראים הדברים לכאורה אבל ראיתי להרי"ף ז"ל שכתב בפרק האשה שנפלו על הא מתניתין מסתברא לן מתניתין דקתני מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל כשהבעל רוצה לגרש' אבל במורד' על בעלה בין אכל בין לא אכל ישבע. כמה הוציא ויטול דלא הויא אלא מתנה הוא דיהיב לה הא אמרי' כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למישקל ומיפק לא אקני לה הילכך בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול ע"כ. וכן כתבו כל הפוסקים משמע דדוקא באשה אמרינן הכי משום דמתנה יהבי ניהלה אדעתא למיקם קמיה אבל לא אמרינן הכי בעלמא אלא שמ"מ קשה דא"כ מה הקשו בגמרא בפרק המפקיד גבי נטושין מאי שנא דמוציא הוצאות וכו' דשאני התם דמתנה יהיב ניהלה אדעתא למיקם קמיה ושמא י"ל דהתם נמי כיון שהוא ראוי ליורשו מתנה יהיב ניהליה א"כ למדנו בעלמא דלא אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל וא"כ אלו. הבתים היו קיימים ודאי דמה שהוציא כדי שלא יפלו הבתים ודאי דהיה חייב כ"ת לשלם וכדכתב הרא"ש הביאו הטור בהלכות גזלה סימן שע"ה וז"ל כיון שהיה רעוע וקרוב ליפול אין יכול להוציאו עד שיתן לו כל יציאותיו שהוציא להחזיק הבית ולהצילו

מנפילה וכו' והיה מנכה כל מה שדר בה דמחשבין לו הפירות שאכל אליבא דהרמב"ם בפרק ט' מהלכות גזלה והטור בסימן שע"ג אף על פי שרש"י חולק כמבואר שם בדברי ה"ה אבל כיון דבנ"ד אין השבח בעין נ"ל כמו שכתבת שאין לך לשלם כלום דדוקא כשמחזיר לו קרקע משובח אז הדין שישלם השבח או ההוצאה כנגד השבח כיון שנהנה ממנו אבל זה לא נהנה שהרי בשעת החזרה אין הקרקע משובח ואם נשרף בעוד הקרקע בידו מזלו גרם ואבד שבחו והוצאותיו כנ"ל מסברא אעפ"י שאין לי בזה ראיה מוכרחת ומה גם כי התרה בו האפטרופס שלא יקח והוא לקח איהו דאפסיד אנפשי':

ומה שטען היהודי הקונה שאומר שאין חזקה באותם הבתים כיון שאין דרך היהודים להיותם תושבים שם כל השנה אלא בזמן הדבר ח"ו או הקיץ הא ודאי לא מילתא היא וכבר כתב הרשב"א במקומות ב"ה דיש להם חזקה וחזקת' כשמשתמשין בהם כדרך שמשתמשין במקומות שלהם שיושבין שם כל שהולכים לב"ה אבל אם הולך לעתים חוץ לעיר לעסקיו או שהוא חולה או שמקצת בני העיר משנים מקומם משום מאורע אין זה מפסיד חזקתו וכו' ותשו' זו הוזכרה בב"י ז"ל סימן קמ"א וכדברים האלו כתב הטור סימן ק"מ בשם הרא"ש דלמד כן מדברי ר"ח ז"ל וכן כתב הרא"ש בפסקיו ואע"ג שר' יונה נראה שחלוק על זה הרי הרא"ש ור"ח והרשב"א כולהו אית להו דלא כוותיה וכ"ת כיון שזמן הביטול הוא ידוע שאין הולכים שם אלא בזמן הקיץ לבד הרי הוא כחניות דלהרא"ש בעינן ששה שנים ומה שכתב הרא"ש במקומות ב"ה דלא בעינן שש שנים הוא משום דאין זמן הביטול ידוע דפעמים הוא רב פעמים שהוא מעט כדכתב שם הטור בשמו וכ"כ בפסקיו בפרק חזקת מ"מ אין הביטול ידוע ודאי כמו חניות דאין זמן קבוע לתשמישם פעמים משתמשים בהם כל הקיץ ופעמים מקצת חדשים מן הקיץ פעמים יש דבר והולכין שם פעמים אין דבר ואין הולכים שם. ועוד אני אומר דאפילו ה"ר יונה יודה כנ"ד משום דטעמא דה"ר יונה כדכתב שם נמוקי יוסף הוא משום דבתים עשויות לדירת יום ולילה וצריך ג' שנים שלימות וכן מקומות ב"ה עשוי ליישב שם בכל יום שהולך לב"ה ולכך בעינן שלש שנים שלמות ואין הימים אשר לא הלך לב"ה עולה לו מן המנין אבל אלו הבתים שדרך תשמישם הוא להשתמש בימות הקיץ לבד הרי זה כבור ששואב ממנו מים שכתב שם הרב הנמוקי דכיון דאינם מצויים לשאוב אלא בעת שצריך להם כיון שהחזיק בו שלש שנים כדרך הבעלים הוי חזקה ה"נ כיון שאין דרך להשתמש באותם הבתים אלא בזמן הקיץ כיון שהוא נשתמש שלש שנים כדרך שבני אדם משתמשים בהם הויא חזקה. והחניות של ירידים שמועיל להם חזקת שלש אעפ"י שאינם שם אלא ח' ימים א"ש לדעת הרמב"ם וה"ר יונה וסייעתם ז"ל דאית להו דחזקה דחניות הוי חזקת ג'

דכיון שמשתמש בעת שדרך להשתמש בהן סגי אבל לדעת הרא"ש דאית ליה דהחניות צריך שיחזיק בהם חזקת ששה שנים דלימא עבידא ולא לליליא א"כ באותם החניות של ירידים איני מוצא להם מקום שתועיל להם חזקת שלש שנים אע"ג דלא עבידן אלא להנהו ח' ימים בשנה דלא עדיפי מחניות שמשתמשין בהם כל היום ולא עבידי לליליא ואין מועיל בהם חזקת שלש ובודאי אם מועיל חזקת שלש בחניות של ירידים הוא דלא כדעת הרא"ש וסייעתו או שמא מכח הסכמת חזקות שהסכימו על כך כמו שהסכימו שכששכר בית או חנות מגוי הרי היא חזקתו ואין שום אחר יכול ליכנס בו. כל זה נראה לע"ד בכל השאלות אשר שאל כ"ת ממני אם יראה בעיני פני הרבנים המובהקים ובפרט בעיני הרב הגדול נר ישראל מאור גולתנו מורי ורבי נר"ו וצור ישראל יצילנו משגיאות: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנח

שאלה ראובן שהיה חולה מושכב על מטתו ודבריו ומלוליו נכוחים ונכונים ומיושבים בפיו וצוה מחמת מיתה שיתנו מנכסיו לאשתו כל כתובתה בשלמות עוד צוה שיתנו מנכסיו לאחותו בתורת מתנה סך וכו' עוד צוה שיתנו מנכסיו לבנו סך וכו' עוד צוה שיתנו את חצרו לבתו הבתולה לנדונייתה כל הדברים האלה צוה המצוה וחתמו בחתימת ידו ובא בנו של מצוה ומכר את החצר לשמעון בקנין ובשבועה ובשטר ולא ידעה אחותו מהמכירה משום צד וכשהגיד לה האח צעקה צעקה גדולה ואמרה מה רשות יש לך למכור את חצרי שהניח לי אבי לנדונייתי יורנו מורנו אם מכירתו מכירה או אין מכירתו מכירה:

תשובה דבר פשוט הוא שאין מכירתו מכירה מפני שמכר דבר שאינו שלו שהחצר הניחו האב לאחותו ואם נשבע על זה לאו כלום הוא ושבועת שוא היא שאין בידו למכור דבר שאינו שלו אבל מה שיש מקום עיון הוא דבשטרות דידן כתוב שנתחייב המוכר להעמיד ולקיים מכירה זו ביד הקונה ולסלק מעליו כל עורר וטוען הכל להוצאותיו וא"כ אפילו שאין מכירתו מכירה מ"מ יבא עליו הקונה מטעם החיוב שנתחייב המוכר לסלק מעליו כל עורר וטוען ומפקפק. ולזה נאמר שיש למוכר ב' טענות לומר דאין חיובו חיוב הא' דהרמב"ם כתב בפי"א מהלכות מכירה בשם רבותיו המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אין חיובו חיוב ובנדון דידן נמי מה שנתחייב שכל ההוצאות שיצטרכו לעשות להסיר המערער מעליו זה דבר שאינו קצוב הוא שאינו יודע כמה יוציא ואע"ג שרבים

מהפוסקים חלקו על הרמב"ם ורבותיו בזה מ"מ יוכל המוכר המוחזק לומר קים לי כוותייהו ויחזור לו לקונה מעותיו שנתן לו לבד ונתבטלה המכירה:

ועוד טענה שניה שכתב בעל התרומות בשער מ"ג על הנותן דבר שאינו ברשותו וז"ל אך יש סברא אם קבל אחריות להעמיד מתנת מה שיקנה אי מהני ליה ומסתברא דלא מהני ליה דכיון שלא חלה המתנה ג"כ לא יחול שעבוד ממנה כדאיתא בקדושין דאמרינן פריטי אין כאן נסכא אין כאן וכן מצוי בתשובת הרב אלפסי ז"ל אבל אם מכר או נתן לו קרקע שלו באחריות ובאותו אחריות שעבד לו נכסיו שקנה ומה שיקנה לסלק מעליו כל עורר שיבא על השדה בזה הושוו לו המורים דלכל שעבוד מהני מה שאקנה ומוציאין מיד הלקוחות וזה מה שכתב לו בזה הרמב"ן ז"ל הנותן או המוכר מה שעתיד לקנות ושעבד נכסיו וכו' חייב להעמידה בידו ואם לאו גובה מהם מדין אחריות והוא שכתב דאקנה. וליכא למימר מתנה אין כאן שעבוד אין כאן שיכול האדם לחייב עצמו באחריות שאינו חייב בו וכו' עד אומרו בדבר שאינו קצוב ע"כ. והביא הרב ב"י לשונו בטור ח"מ סי' ס' ונר' מאותם הדברים שהדבר הוא מחלוקת בין הרמב"ן והרי"ף דהרי"ף סובר כוון דמה שנתן לא הוי מתנה גם מה שנתחייב לסלק מעליו כל טוען אינו כלום דאין מועיל חיוב זה אא"כ נתן קרקע שלו וכמו שאמר אבל אם מכר או נתן קרקע וכו' והרמב"ן סובר דאע"ג דהמתנה אינה מתנה מ"מ דל מהכא המתנה הרי יכול לחייב עצמו בדבר שאינו חייב והחיוב במקומו ולא דמי למאי דאמרי' פריטי אין כאן משכון אין כאן והטור שם בסימן הנז' סתם כדעת הרי"ף שכתב שם גבי נותן מתנה דבר שאינו מצוי אצלו דמתנה אין כאן ושעבוד אין כאן דלא עדיף ממשכון והם דברי הרי"ף ותשובות מיימון דספר משפטים סימן ס"ו כתב בשם העיטור לדחות דברי הרי"ף ודבריו נראים כדברי הרמב"ן נמצא דהדבר מחלוקת בין הפוסקים דהרי"ף והטור ובעל התרומות ס"ל דמתנה אין כאן שעבוד אין כאן והרמב"ן סובר בהפך והעיטור מסייעו:

איברא דראיתי באותו הסימן שכתב שם הרב בית יוסף תשובה להריטב"א שכתב שם וכן השיב הרמ"ה והסכים עמו הרמב"ן ז"ל כי אלו שנותני' לנשותיהם מתנת מעות צריך שלא תהא בלשון מתנה גרידתא אלא שיכתוב לה לשון חיוב שנתחייב בסך ההוא בתורת חוב הא לאו הכי אע"פ שכתב לה אחריות לא קנתה וכן נראים הדברים ע"כ. והשתא קשה דזה שהעיד הריטב"א בשם הרמב"ן דאפילו שכתב אחריות על דבר שאינו ברשותו לא יועיל הוא הפך מה שכתב בשמו בעל התרומות שהשיב לו וקשו דברי הרמב"ן אהדדי דאחריות שקבל על המתנה היינו ששעבד נכסיו בודאי וא"כ אמאי לא מהני אע"ג דאין המתנה מתנה מ"מ אחריות במקומו עומד וליכא למימר מתנה אין כאן שעבוד אין כאן.

ואפשר לתרץ זה ולומר דהאי שכתב אעפ"י שכתב אחריות לא הסכים הרמב"ן בכך אלא דברי הריטב"א הם אבל מה שהסכים הרמב"ן הוא שיכתוב לשון חיוב ולא לשון מתנה ובין כך ובין כך הדבר מחלוקת אם נאמר מתנה אין כאן שעבוד אין כאן או לא וא"כ בג"ד נמי נאמר לדעת הרי"ף והטור מכירה אין כאן שעבוד אין כאן ומה שנשתעבד המוכר אינו כלום דכיון דמכר דבר שאינו שלו ואין מכירתו מכירה, כיון שנסתלקה המכירה נסתלק השעבוד ואע"ג דהרמב"ן והעיטור חולקים יוכל המוכר המוחזק לומר קים לי כהרי"ף וסייעתו ויחזיר לקונה מעותיו לבד ותתבטל המכירה:

ולענין השבועה הא מילתא תליא באשלי רברבי הרב הגדול מורי ורבי נר"ו והרב הגדול מהריב"ל ז"ל דהרב מהריב"ל ז"ל כתב כמה פעמים בפסקיו ח"א ובסוף ח"ב מכח סתירת תשו' הרשב"א ז"ל דבכל דבר דאיכא פלוגתא דרבוותא ואין הדין ברור אז נאמר קנין אין כאן שבועה אין כאן דכיון דאינו דבר פשוט וטעו אינשי בהכי יוכל לומר דהוא לא נשבע אלא מה שחייבתו תורה מכח הדין והוא היה סבור שמן הדין היה חייב ומפני כן נשבע אבל כשנתברר שאין הדין כן משום דהוא מוחזק ויכול לומר קים לי כהני דאמרי כוותי ומסייעי לי. השבועה ג"כ נסתלקה דהוא לא נשבע על דעת כן אבל כשהוא נשבע בדבר פשוט שאינו חייב מן הדין דכולי עלמא ידעי הכי אז ודאי שהוא חייב מכח השבועה לקיים שבועתו דהוא נשבע לחייב עצמו מה שלא חייבתו תורה. ולדברי הרב הנזכר בנדון דידן שהוא מחלוקת בין הפוסקים כדכתיבנא הוא פטור משבועתו אבל דעת הרב הגדול מורי נר"ו אינו כן אלא דאף ע"ג דמן הדין פטור משום דיכול לומר קים לי היכא דנשבע חזר הך ספקא דפלוגתא דרבוותא ספק בשל תורה דאם הוא כדעת הפוסקים ז"ל דחייב ואינו משלם הרי עובר על שבועתו והוי ספקא דאיסורא בשל תורה ולחומרא ונמצא לדבריו בנידון דידן דמן הדין אין לקונה על המוכר כלום ויחזיר לו מעותיו אבל מ"מ מכח השבועה חייב לקיים שבועתו ולהעמיד המכירה בידו:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קנט

שאלה ראובן ושמעון היו שותפים פה סידרוקאפס"י בחנות א' הנקרא גארקי וזה ענינו שבאותו הגארקי יבאו הסוחרים לצרוף כספיהם ואשר ישאר דבוק בשולי התנור ובעליל הארץ אותם המותרות יקחו ראובן ושמעון ומזמן לזמן כד אתי בעל הגארקי להתפרע מהם השכירות מאותם המותרות משלמים והשאר חלק כחלק יאכלו השותפי' ויהי היום כי באו ימי השילום מהגארקי אמר ראובן לשמעון חבירו הנראה בעיניך שנרויח

יותר מדמי השכירות או לא באופן שנתפשרו ביניהם שראובן נתן לשמעון סך אחד בעד הריוח וקנה מיד תיכף הלך שמעון אצל בקיאי העושים במלאכה לשאל להם מה מעשיהם באלו המותרות וכמה הוא שוים ואמרו לו שהיו שוים המותרות הללו יותר ויותר הרבה מדמי השכירות ובא שמעון לראובן ואמר לו כי המכירה ההוא היא בטעות והאונאה היא רוב הנראה לעינים וראובן השיב לו כי אין לו לשמעון עליו דין בעבור שמה שהוא קנה היה כספא מעורב בחסף טינא לא היה שם בעין כסף וכבר היה אפשר שלא ישוה כלל ועתה אפילו שהם שוים יותר ויותר מדמי השכירות אינו רוצה להחזיר מקנת כספו ושמעון אומר לו כי אם לא היו שוין כלל המותרות ההם מי הבטיחו עתה שלמפרע לא היה תובעו ראובן חברו באמור לו תן לי הנפש כי הטעיתני וראובן ושמעון נאחזים בטענותיה זה עם זה ואין אומר השב לכן יורנו מורנו המורה לצדקה מה יהיה משפט המכירה הזאת האם יש טעם בטענות ראובן או לא ויאר לנו בחכמתו כי מי כמוהו מורה ויהי בישורון מלך ויהיה לגוי גדול יבא דברו כגשם לנו כי לדברו יחלנו:

תשובה בפרק הזהב אמר רבא אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ויש לו אונאה קנה אע"ג דלא משך דכיון דלא קפיד קנה דכי חליפין דמו ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קאמ' רבי אבא אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ואין עליו אונאה ע"כ. ופסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל כרבא דיש לו אונאה וז"ל הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות מכירה הלוקח בדמים אכסרא כגון שחפן במעות ואמר לו מכור לי פרחך באלו אעפ"י שקונה בחליפין קנה ומחזיר אונאה כמו שבארנו וה"ה ללוקח פירות אכסרא בסלע או בשתים שקנה ומחזיר אונאה ע"כ. ובפרק כ"א מהלכות מכירה המקנה לחברו דבר שאינו מסויים וכו' כיצד ערימה זו של חטין אני מוכר לך בכך וכך וכו' אעפ"י שאין מדת הערימה ידועה ולא משקל התאנים וכו' הרי ממכרו ממכר אעפ"י שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם ויש להם אונאה לפי השער שבשוק ע"כ. והוא נלמד מדין מכור לי באלו שכתב בפרק י"ג שיש לו אונאה כמו שכתב שם הרב כסף משנה אלא שיש להקשות מה שהקשה הרב כסף משנה שם וכתבו בח"מ סימן רכ"ז דתניא בפרק איזהו נשך ההולך לחלוב עזיו וכו' ואמר ליה מה שעזי חולבות מכור לך מותר ופרש"י שם מותר שהרי קבל עליו שכר והפסד הילכך אפילו ימצא יותר משום דמים אין כאן אגר נטר ליה דאי הוה בציר מדמיה נמי הוה שקיל ע"כ. משמע דכיון שהוא דבר שהוא קרוב לשכר ולהפסד אין בו אונאה א"כ קשה גבי מכור לי באלו וגבי ערימה זו של חטין שכתב הרמב"ם ז"ל שיש בו אונאה אמאי הא קרוב לשכר ולהפסד הוא דאפשר דהמעות הם דבר מועט ואינם ערך הדבר שנותן לו ויש בו אונאה יותר משתות או בהפך דעדיף טפי יותר משתות וא"כ

קרוב לשכר ולהפסד הוא וקושי' זו איכא בדברי הגמ' דלרבא דאמר דמחזיר אונאה גבי מכור לי באלו תקשי מההיא בריית' דאיזהו נשך ושם באיזהו נשך איהו גופיה מודה לה דשם אמרו איכא דאמרי אמר רבא כיון דממילא רבו שפיר דמי והתניא כך וכך אסור וכו' ותריץ לה אליבא דרבא משמע דרבא מודה בה וא"כ קושיא זו איתא בדברי הגמרא והגם כי הרב בעל ב"י הקשה אות' בדברי הרמב"ם מ"מ לא עליו תלונותיו אלא על דברי התלמוד ומה שתירץ לקושיא דשאני חלב וגיזה דאין להם שער ידוע ולכך אין לו אונאה תירוץ דחוק הוא וכבר הרגיש הוא עצמו בדבר וכתב בספר כסף משנה דצריך עיון ולי נראה לתרץ דשאני התם דהגיזה והחלב ליתנהו בעולם דמתיר לגדל הגיזה והחלב וכמו שאמרו בגמרא שם דטעמא דאסור בסיפא היכא דאמר כך וכך משום דליתנהו בעולם ולאו ממילא קא רבו ודמי לקרי דממילא קא רבו כדאיתא התם וכיון שכן אין כאן אונאה דמי יודע אם יגדל מעט או רב והוא קרוב לשכר ולהפסד אם כן בערימה של חטין וגבי מכור לי באלו שהדבר הוא כבר בעולם שזה טעה שהיה סבור שהיה רב ונמצא מעט או בהפך נמצא זה טעות בענין שכבר הוא בעולם והרי זו אונאה וחילוק זה נכון בעיני:

ואחר אשר כתבתי זה אבא לנ"ד ונאמר דאם נאמר דנ"ד דמי למכור לי באלו דהרי אלו המותרות אין יודעים אם יש בו כסף רב או מעט והוי כלוקח פירות בלא מנין ואמר לו מכור לי בסלע או בשתים דיש בו אונאה כדכתיבנא לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל אך אם נאמר דדמי להההיא דמה שעזי חולבות דאין בו אונאה מפני שהוא קרוב לשכר ולהפסד ברד ג"כ הרי הוא קרוב לשכר ולהפסד שהרי אפשר שבאותם המותרות לא ימצא בהם כסף כמו שטוען ראובן וא"כ אין לו אונאה:

אך אמנה כד מעיינינן שפיר אשכחינן דדמי למכור לי באלו דלפי תירוץ הרב כ"מ דהגיזי' והחלב אין בו שער ידוע ודאי דכאן הכסף הנמצא בו יש בו שער ידוע ולפי מה שתרצתי אני דכיון שהדבר בעולם א"כ נמצא הטעות במה שכבר היה והוי אונאה בנ"ד נמי הרי הכסף אשר במותרות המעט אם רב כבר הוא בעולם וא"כ ודאי דיש בו אונאה לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל. איברא דהרא"ש כתב דספקא הוא כמאן הילכתא אי כמ"ד יש לו אונאה או כמאן דאמר אין לו אונאה ומספקא לא מפקינן ממונא ע"כ. מ"ע יחידאה היא לגבי הרי"ף והרמב"ם וכבר נודע דאין לומר קים לי כש' הגאון היכא דיחידאה הוא כ"ש דלדידיה הוי ספקא ואין ספקו של הרא"ש מוציאנו מידי ודאי של הרי"ף והרמב"ם א"כ בנ"ד נר' דיש שתות אונאה ויותר כפי הנזכר בשאלה דיש לו אונאה דהרי לא שהה יותר מכדי שיראה לתגר ולקרובו דתיכף הלך ואמר לראובן כי המכירה היה בטעות ועוד דהא מוכר חלקו מהמותרות הוא וקי"ל מוכר לעולם חוזר א"כ נראה דהדין עמו ואם יש בו

שתות מחזיר אונאה ויותר משתות בטל מקח: אלא דיש כאן קצת מקום עיון דטעמא דגמ' הוי משום דהזכיר לשון מכירה דאמר מכור לי באלו וכתב הרב בעל כ"מ בפי"ג וז"ל נראה מכאן דאם לא הזכיר לשון מכירה אלא שאמר לו החלף פרתך באלו אין לו אונאה ע"כ ובשאלה לא הוזכר שאמר לא לשון מכירה ולא לשון חליפין ואם כן צ"ע למאי מדמינן לה אי מדמינן לה לחליפין אין לו אונאה ואי מדמינן למכר יש לו אונאה אלא שמ"מ נראה דמכירה היה ביניהם שכן כתוב בשאלה בטענת שמעון כי המכירה היה בטעות ובטענת ראובן נאמר בשאלה שטען שמה שהוא קנה הוא כספא מעורב בחסף טינא וכו' משמע שהוא לקח והאחר מכר ומשמע דכן פירשו ביניהם ועוד אפילו לא פירשו סתמא דמילתא מי שנותן מעות לוקח הוא ולא מחליף וראובן זה שנותן סך מעות בעד הריוח ודאי דקניה הוי ולא חליפין וא"כ כן לו אונאה וחייב ראובן להחזיר אונאתו לשמעון אם היה שתות ואם יותר משתות בטל מקח: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קס

שאלה ראובן שמעון לוי ויהודה אחים בני איש אחד יתומים היו ואין אב שהיו מחזיקים בשתי חצרות ובכל הבתים הנלוים אליהם ובכל החניות אשר סביבותיהם ביריד אלאסונה וראובן ושמעון לבדם השכירו החצרות והבתים והחניות הנז' כלם לישששכר אשר היה אהובם לשנה אחת זה להם קרוב לשש שנים והרשוהו הרשאה גמורה להוציא ולגרש מתוך החצרות והבתים והחנויות לכל מי שיחפוץ בהם ויכנס לתוכם או לתוך איזה מהם בשטר כתוב מהשכירות הנזכר ומרוב אהבה וחבה יתרה שהיה ביניהם וגם שלא היה להם צורך מהחצרות והבתים והחנויות הנז' הניחוהו שם לישששכר השוכר מבלי שאלת שכירות עד עצם היום הזה שהוצרכו האחים המשכירים הנזכרים לחצרותיהם ולבתיהם ולחנויותיהם הנז' ושואלים ממנו החצרות והבתים והחנויות הנז' שהשכירו והשכירות לפי ערך השנה האחת שהשכירום לו ואיננו רוצה להחזיר חזקות החצרות והבתים והחנויות לבעליהם ולא לשלם השכירות לפי רוב השנים שעמד בתוכם אחר שהשכירום לו לשנה אחת ילמדנו רבינו נר ישראל עמוד הימני פטיש החזק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה אם ישששכר היה טוען שקנה החצרות והבתים ההם מראובן ושמעון ואעפ"י שאין בידו שטר הרי חזקתו שהחזיק בהם חמשה שנים ראיה וחזקת שלש בלא שטר מהניא יש מקום לדון ולזכותו. איברא דהריב"ש ז"ל כתב בסימן שכ"ו מסורת בידנו מגדולי

האחרונים ז"ל ועליהם אנו סומכין שלעולם אין חזקה מועלת אלא א"כ ירד מתחלה בתורת מקח וכו' והאריך שם להוכיח דכיון שהודה שנכנס שעה א' שלא בתורת מקח אין לו חזקה עוד וא"כ לפי זה היה נראה בנ"ד כיון שישכר זה מתחלה ירד בתורת שכירות לאלו החנויות בשנה הראשונה שוב לא תעלה לו חזקה מ"מ י"ל דהיינו דוקא היכא שהדירה בבתים היא נמשכת אז נאמר כיון דמתחלה ירד ברשות מה שדר אחר כך היה מכח הראשון שנכנס בה שהיה ברשות ונמשך כל הזמן ההוא אבל היכא שפסק הכח הראשון כגון שיצא משם ואחר ימים חזר ונכנס שם אז ודאי לא אמרינן כיון דמתחלה בדירה הראשונה נכנס ברשות גם השנית היתה ברשות דודאי פסק הכח הראשון כיון שיצא ודירה ראשונה אזדא לה והוא פשוט ומבואר א"כ בנ"ד כיון שבשנה הראשונה כשנכנס ברשות יצא משם א"כ מה שבשנים אחרות דר שם לא נאמר שמכח הראשון היה דר שם כיון שכבר יצא משם ודירה ראשונה כבר פסקה לה אם כן ודאי דהדין היה עם ישכר אם היה טוען כך:

איברא דעדיין יש לחלק דבנ"ד לא פסקה דירה ראשונה ולא מקרי שיצא משם דכיון דאלו החנויות של ירידים אין דירתם אלא משנה לשנה בזמן היריד ובשאר ימות השנה אין בהם דירה א"כ כל זמן הראוי לדירה היה שם בשנה הראשונה וכן בשניה ושאר השנים ולא אמרי' שפסקה דירה ראשונה כיון שלא יצא בזמן שהיה ראוי לדור בהם דמה שיצא הוא מפני שלא היה ראוי לדירה מ"מ עכ"ז אני אומר דסוף סוף יציאה משם מקרי אע"ג דלא דמי ממש ליציאה דבית בעת הראוי לדירה וכיון דאיכא כמה רבוותא דסברי דאפילו נכנס ברשות יש לו חזקה וכדכתב הטור בח"מ סימן ק"ן שכתב שם בשם הרמ"ה והר"י ברצלוני שאם אכלה ג' שנים אחר המשכונה יש לו חזקה א"כ אפושי במחלוקת לא מפשינן ודי לנו שנאמר דאינך רבוותא פליגי עלייהו היכא דלא יצא כלל משם אבל היכא דאיכא שום יציאה משם כגון בנ"ד דסוף סוף כבר יצא משם כל אפין שוין דמהניא חזקה דיש לנו למעט במחלוקת בכל מה שנוכל ונאמר דלכלהו בהא מהניא חזקה. וכי תימא הא בנ"ד איכא חנויות ורבים מהפוסקים סוברים דלחנויות כיון דליממא עבידן וללילי לא עבידן בעינן חזקה ששה שנים וכדכתב הטור ז"ל בח"מ סימן ק"מ בשם אביו הרא"ש ז"ל והראב"ד והרשב"א והתוספות ז"ל הסכימו לדעתו הגם כי הרמב"ם וסייעתו חלוקים עליו וכיון שכן בנדון דידן דליכא חזקה דששה שנים דהא כפי הנראה מדברי השאלה לא היה אלא ח' שנים השנה הראשונה השכירוה ואח"כ לא נשארו אלא ה' שנים ודאי דלא מהני חזקה לזה נאמר דודאי לחנויות של ירידים מהני חזקת ג' וכן המנהג ובודאי דהמנהג הוא בהא דלא כהרא"ש דהא ביריד אינם מתעכבים שם אלא

ח' ימים ולדעת הרא"ש היה צריך כמה שנים להחזיק בהם כדי שיהיה ג' שנים שלמים ומעולם לא ראינו ולא שמענו מי שיאמר כן וזה לי ימים כתבתי בשאלה שלוחה אלי מקושטאנדינה על ענין שכתב השואל דבחנויות הירידים היה מועיל חזקת ג' שנים וזה לשוני שם והחנויות של ירידי' שמועיל להם חזקת ג' אף עפ"י שאינם שם אלא ח' ימים אתי שפיר לפי דעת הרמב"ם וה"ר יונה וסייעתם דאית להו דחזקת החנויות הוי חזקת ג' שנים דכיון שמשתמש כדרך שמשתמשים בהם סגי אבל לדעת הרא"ש דאית ליה דהחנויות צריך שיחזיק בהם חזקת ו' שנים דליממא עבידא ולא לליליא אם כן באותן חנויות של ירידים איני מוצא להם מקום שתועיל להם חזקת ג' אע"ג דלא עבידן אלא להנהו ח' ימים בשנה. דלא עדיפי מחנויות שמשתמשין בהם כל היום ולא עבידי לליליא ואין מועיל בהם חזקת ג' ובודאי אם תועיל חזקת שלש בחנויות של ירידים הוא דלא כדעת הרא"ש וסייעתו או שמא מכח הסכמות החזקות שהסכימו על כך כמו שהסכימו שכששכר בית או חנות מגוי הרי הוא חזקתו ואין אחר יכול להכנס בו ע"כ מה שכתבתי שם. והרב הגדול מורי ורבי זלה"ה שאלתיו בעת ההיא על ככה ואמר לי כי כן המנהג מכח הסכמות שתועיל להם חזקת ג' וכיון שכן ודאי שתועיל חזקתו של יששכר בנ"ד כיון שהחזיק ג' שנים אם יטעון לקחתים מראובן ושמעון והיינו לחלקם לבד דנראה מן השאלה דהם היו גדולים כיון שהשכירו ועשו הרשאה בשטר דאם היו קטנים לא היו יכולים להשכיר כדכתב הטור בח"מ סימן רל"ה ולא לעשות שטר הרשאה דאין שליחות לקטן וכדכתב הטור בח"מ סימן קפ"ח ובודאי דאין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול ואם כן כיון שירד יששכר אחר שהם היו גדולים יכול לטעון שלקחם מהם ואע"ג דירשו חנויות וחצרות אלו מאביהם כשהיו קטנים מ"מ כיון שבעת שירד יששכר לתוכם היו גדולים מהני חזקתו לגבייהו דאף ע"ג דקיי"ל דאין מחזיקין בנכסי קטן ואפילו אמר שהגדיל היינו היכא שירד לקרקע כשהוא קטן אבל כשירד לקרקע כשהיה גדול וטען שקנאו ממנו כל אפין שוין דמהני חזקתו א"כ בנ"ד ודאי שתועיל חזקתו לגבי ראובן ושמעון אם יטעון יששכר שקנה מהם אבל לגבי לוי ויהודה אחיהם אם היו קטנים בעת ההיא ודאי שלא תועיל חזקת יששכר כיון שירד לתוכם כשהם קטנים ואין לומר כיון דאינה מועלת חזקת לגבי השני אחים הקטנים לא תועיל לגבי הגדולים דהרי כתב הטור בסימן קמ"ט בשם אביו הרא"ש ז"ל על ראובן ושמעון שיש להם בית בשותפות ולוי החזיק בו וכו' דאף על גב דאינו מועיל חזקתו לגבי שמעון שלא היה בעיר מועיל לגבי ראובן וכ"כ הרשב"א הוזכרה בב"י סוף סימן קמ"ט גבי שמעון ולאה שהיו שותפים בבית א' והחזיקה בה לאה דאע"ג דלא מהניא חזקתה לגבי בתה

תועיל לגבי שמעון: אם כן זכינו לדון דאם היה טוען ישששכר שקנה הבתים מראובן ושמעון היה מקום לומר דטענתיה טענה והיה נאמן בשבועתו אעפ"י שיש מקום לבעל דין לחלוק מההיא דירד ברשות שכתב הריב"ש וכדכתיבנא מ"מ אפשר היה לזכותו מהטעם שכתבתי דכבר יצא משם וכמו שהארכתי ודעתי נוטה אליו. אבל כפי הנראה מדברי השאלה יששכר לא בא בשום טענה כלל וא"כ פשיטא ופשיטא דאין בדבריו ממש דהא קיי"ל כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ומאי מהני ליה חזקת ג' כיון דלא טעין לקחתיה ממך או נתת לי במתנה ואי משום שאבדו ראובן ושמעון חזקתם כיון שיצאו משם והם זכו מן ההפקר הא ודאי לא מילתא היא דהסכמת החזקות היא שתהיה רקנית מיהודים ג' שנים ואח"כ יבא היהודי להחזיק ולזכות מן ההפקר ואפילו אם יכנס יהודי תוך הג' שנים הימים הראשונים יפלו וחוזרין ומונין הג' שנים מיום שיצא היהודי האחרון באופן שצריך שתהיה ג' שנים רצופים רקנית מיהודים וכמו שכתב כל זה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בחלק ב' סימן ע"א וא"כ בנ"ד לא היה רקנית שלש שנים קודם שנכנס בה יששכר אלא תיכף בשנה הב' אחר השנה שהשכירוה לו נכנס שם וא"כ איך זכה מן ההפקר נמצא ודאי שאין בדבריו ממש. ולענין השכירות ודאי שצריך לשלם כדרך השנה הראשונה וכמו שהאריך הריב"ש בסימן תע"ה וז"ל וכל שכן בנדון זה שכבר הסכימו שניהם שנה ראשונה שבשניה היה דעתם על דעת התנאי הא' מן הסתם וכמו שכתב רב האי גאון ז"ל בתשובה שהמשכיר בית לחברו לשנה לסך ידוע ועמד שם יותר שאינו חייב לפרוע ממה שעמד אלא כמו סך השנה הא' כיון ששתקו וכו' ע"כ דמשמע משם דכל זמן ששתקו ולא עשו תנאי חדש אע"ג דלא היה הזמן אלא לשנה א' ודאי דעל דעת התנאי הא' הוא ואין לומר כיון שלא תבעו השכירות עד עתה מחלו דהרי הרב בעל תרומת הדשן בסימן שי"ז פסק על החתן שאכל בבית חמיו יותר מהשנים שקצב לו שחייב לשלם לו אעפ"י שלא תבע לו כל אותם הימים והאריך שם ובסוף דבריו כתב שאין לפטור לחתן אלא אם כן ראובן הוא איש אמיד וכו' ותנאים אחרים שהזכיר שם מה שאין כן בנ"ד יע"ש. גם מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק ראשון דף קמ"א כתב שהבן שהיה מתעסק בסחורותיו של אביו ומעולם לא תבע ממנו שום שכר פאטוריא' שאחרי כן יכול לפרוע והאריך שם והדברים קל וחומר כהנהו עובדי דהוי חתן לגבי חמיו דמסתמא מחמת קורבה אפשר דמחיל ליה וכן הבן לגבי אביו דאפשר דמחיל ליה בן לגבי אביו מ"מ פסקו שם דלא מחלו אעפ"י שלא תבעו כ"ש בנ"ד דהוי יששכר נכרי לגבי ראובן ושמעון דלא אמרי' דמחלו מפני שלא תבעו ולכן אני אומר דישלם להם השכירות כל אותן השנים:

הכלל העולה דהבתים והחנויות הם של ראובן ושמעון וחייב ישששכר לשלם להם שכירות כל הה' שנים כדרך שפרע להם בשנה הראשונה:
הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסא

שאלה יהודה נשוי עם לאה ולו בנות ובן שמו ראובן והיה לו חזקת חצר ובתוכו בתים ובנה בית על ביתו והיו שואלים אותו מה היה בונה והשיב בית אחד לבני ראובן והשיא יהודה בתו הגדולה לאיש ודר חתנו עם בתו באותו הבית ואמר לו יהודה שידור שם בשאלה עד שינשא ראובן כי הבית שלו היא ובעבורו בנה אותו וכשבא ראובן לישא אשה הוציא יהודה את חתנו משם והלבין את הבית והחזיק כל בדק ולא נשאר לא ליהודה ולא לחתנו הנז' שם שום דבר והשיא את ראובן שם בבית הנז' וחזר ונתנה לו במתנה ויהודה לא השיא בן אחר בחייו כי אם זה ודר שם ראובן כמה שנים ולא לקח ממנו אביו שום שכירות ומתה אשתו ונשא אחרת והוליד ממנה בנים במשך י"ג שנים וראובן בנה והרס ודר כחפצו ולא מיחה בו יהודה כל ימי חייו ובשעת פטירתו של יהודה צוה מחמת מיתה ואמר שראובן הנז' ובני האשה האחרת יחלקו בכל החצר תחתיות ועליות חלק אחד לכל בן וחלק אחד לראובן ועתה ראובן שואל חלקו בחצר ובשאר הבתים שבתוכו חוץ מהבית הנז' שהיא שלו והחזיק בה כמה שנים ולא פרע כלום לאביו ואפטרופסי היתומים אחיו טוענים כי שמא היה פורע שכירות לאביו ולא נתנה לו במתנה וראובן טוען שאם היה אביו חי לא היה נאמן לומר שהיה פורע לו שכירות מאחר שהוא דר שם כמה שנים ובנה והרס כחפצו וא"כ איך טוענים ליתומים מאי דלא הוה מצי למטען אבוהון וכי הוא ישבע שהבית הנז' נתנה לו אביו במתנה מיום שנשא אשה עתה יורנו מורנו הדין עם מי אם ראובן נאמן בשבועתו ושכרו כפל מן השמים:
תשובה ב"ד אביהם של יתומים לפיכך אנחנו חייבים לחפש בזכותם בכל מה שנוכל על כן עלה בדעתי ללמד זכות עליהם ולומר דחזקה שהחזיק ראובן אינה חזקה משום דאע"ג דקיימא לן בפרק חזקת דבן שחלק מאביו דיש לו חזקה בנכסי אביו כלומר שנתפרד מעל אביו ואינו סמוך על שלחנו וראובן זה נראה שחלק מאביו שכבר השיאו אשה וא"כ חלוק מאביו ועלתה לו חזקתו מ"מ אם ראובן זה היה סמוך על שלחן אביו כשהתחיל להחזיק שקודם שהשיאו אשה היה סמוך על שלחנו ומעל שלחנו הוליכו לבית ההוא אע"ג דאח"כ היה חלוק מאביו זמן הרבה מ"מ אפשר לומר דלא עלתה לו חזקה ודמי למה שכתב הריב"ש בסי' שכ"ו שהוא מסורת בידנו מגדולי האחרונים שכיון שירד ברשות

אין לו חזקה לעולם הכא נמי נימא הכי כיון שכשירד לבית יצא משלחן אביו הוי כירד ברשות ואין לו חזקה לעולם ומאי דאמרי' בגמרא דבן שחלק יש לו חזקה בנכסי אביו היינו שנתפרד מעל שלחנו וחלק ממנו קודם שנכנס לבית אבל בנ"ד שמעל שלחן אביו יצא והחזיק בבית אפשר דברשות אביו היה ושוב אין לו חזקה לעולם וכיון שאין חזקתו חזקה א"כ מה שטוען שנתן לו אביו הבית שכשהשיאו אשה היתה רקנית והוא היה הבן הגדול. איברא דאם הדברים כמו שבאו בשאלה ועוד תנאים אחרים ודאי דקנה ראובן הבית וכדאמרינן בפ' מי שמת המשיא אשה בבית לבנו קנאו וכו' וכתבו הטור בסימן נ"ט בא"ה והטיל שם תנאים הוזכרו בגמרא שיהא בנו הגדול ונשואים ראשונים לזה הבן ולא השיא בן אחר קודם לו והשיאו בתולה ודוקא שיש לאב בית אחר לדור בו ופנה הבית לגמרי שלא השאיר בו כלי קטן כל דהו ובהיות שם כל אלה התנאים ודאי דקנה ראובן הבית שמרוב שמחתו אביו גמר ונתן לו במתנה אבל אם אין חזקתו של ראובן חזקה אינו נאמן לומר שהיו שם כל אלה התנאים אלא בעדים שיביא על כך דמי יאמר אם השאיר שם אביו סך קטן או אולי חסר א' משאר התנאים לכן צריך שיברר ראובן בעדים שכדבריו כן הוא ואז הבית שלו אבל אם חזקתו של ראובן היה חזקה ודאי דבכל מה שיאמר ראובן נאמן כיון שעלתה לו חזקתו. ואחר אשר ביררנו שאין חזקתו חזקה א"כ הבית הוא בחזקת אביו של ראובן והדין עם היתומים. אלא שלפי האמת אין זה נראה מפני דהאי מילתא דיורד ברשות אם יש לו חזקה או לא הוי פלוגתא דרבוות' וכדכתב הטור סימן ק"ן דהרמב"ם והרא"ש ז"ל סבורים דהיכא דירד בתורת משכונא לא מהני חזקה והר"י ברצלוני והרמ"ה סבורים דהוי חזקה וכן הרב ב"י ז"ל הביא שם תשובת הרשב"א ז"ל שכתב שהדבר הוא מחלוקת וכיון שכן אפושי במחלוקות לא מפשינן ומ"ד דיורד ברשות אין לו חזקה כתב הריב"ש בסימן שכ"ו וז"ל דבכה"ג אין להם חזקה כיון שע"כ יש להודות שנכנסו שעה אחת שלא בתורת מקח ע"כ משמע דדוקא היכא דמודה ששעה אחת נכנס ברשות ולא בתורת מקח אבל היכא שאומר שנכנס בתורת מקח או בתורת מתנה אף על גב דיצא מעל שלחנו וירד שם ודמי לירד ברשות יש לו חזקה כיון דבתורת מקח או מתנה ירד לדבריו ובהא ודאי כל אפין שוין דמועלת לו חזקתו ולא פליגי רבוותא דאמרי דירד ברשות אין לו חזקה בהא מילתא אלא כ"ע מודו ולא מפשינן במחלוקות כדכתיבנא:

עוד היה נראה לי טעם אחר לזכותם משום דכתב הטור ז"ל ח"מ סי' ק"מ לשיטת רשב"ם דבעינן שיעידו השכנים בחזקת שלש שנים בדירת הימים והלילות וכתב שם הטור שאם יטעון ראיתיו שיצא ממנו בלילות אחר שהלכו השכנים לישן לא הוי חזקה אלא א"כ

יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרנו בה ימים ולילות ע"כ וכן כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו וכיון דבנ"ד אין כאן אלו העדים שיאמרו ששכרו ממנו הבית אלא שראובן דר בבית טענינן ליתמי שאלו היה אביהם קיים היה טוען אני ראיתי שיצאת ממנו בלילות אחר שישנו השכנים ולא תועיל לו חזקתו דכלל גדול בידינו דמאי דמצי אבוהון למטען טענינן ליתמי וגם זה אינו נראה דודאי מילתא דלא שכיח כי האי לא טענינן ליתמי וכמו שהאריך הרא"ש בתשובותיו כלל פ"ו ע"ש:

ומה שבא בשאלה שטוען האפטרופס דאולי פרע שכירות הא ודאי מילי דכדי נינהו דאלו היה אביהם קיים לא היה יכול לטעון כן וכדאמרינן בפ' חזקת דאם יטעון המערער לפירות הורדתיו אינו נאמן וכתבו הטור ז"ל ח"מ סימן קמ"ב וז"ל אבל אם יטעון לאחר ג' לפירות הורדתיו אין שומעין לו לפיכך אם הורידו לפירות צריך למחות בתוך ג' להודיע שלפירות הורידו ע"כ. א"כ בנ"ד ג"כ אינו נאמן לומר בשכר הורדתיו. ועוד דסברא הוא כן דאלת"ה היכי אמרינן בריש פרק חזקת דעד תלת שנין מזדהר איניש בשטריה הרי לעולם צריך לשמרו פן יאמר לו בשכר הורדתיך וכה"ג מקשו התוספות ז"ל בפרק חזקת: אבל מה שטוען ראובן דבנה והרס ומשום הכי יש לו חזקה איברא דבפרק חזקת אמרו דאין לבעל חזקה בנכסי אשתו מ"מ אם חפר בו שיחין ומערות יש לו חזקה וכתב הטור סימן קמ"ט דהלכה כי הך אוקמתא וכיון שכן נראה לכאורה דהדין עם ראובן אבל מ"מ אין טענתו זאת טענה דהרי כתב הריב"ש ז"ל בסימן רנ"ב דלא אמרו כן אלא במקלקל שחפר בורות דודאי לא היתה מניחה לקלקל אבל בונה דמתקן הוא לא ואע"ג דהרס ע"מ לבנות מתקן הוא וא"כ אין מהטעם הזה חזקה לראובן דמה שעשה מתקן הוא:

אך אמנם מכל מה שכתבנו נתברר דחזקתו של ראובן חזקה וכיון שכן אם יאמר שאביו נתן לו אותו הבית במתנה בפי' או יאמר שנתן לו סתם שהשיאו שם והיו שם כל התנאים הנ"ל הבית שלו הוא ונאמן מפני דחזקתו חזקה:

עוד היה אפשר ללמד זכות ליתומים ולומר דאפילו נאמר דהבית שלו הוא ונתנו לו אביו במתנה מ"מ כיון שבלשון הצוואה כתיב שראובן ובני האשה האחרת יחלוקו בכל החצר תחתיות ועליות חלק אחד לכל בן וחלק אחד לראובן וכו' א"כ רצה אביו של ראובן שכל החצר דהיינו כל הבתים אשר בו ואפילו הבית שנתן לראובן יעשו לשלשה חלקים ויקח ראובן חלק אחד ואעפ"י שגורע מחלקו של ראובן ושאר הבנים נוטלים יותר שהרי ראובן היה לו בית א' שם כך רצה אביו לגרוע מחלקו זה מסני שרצה שיטלו שאר הבנים חלק אחר כנגד הבית שנתן לראובן ויהיו הכל שוים עם המתנה שנתן כבר לראובן ולשונו מורה כן שאומר שיחלוקו בכל החצר וכיון שהבית שדר ראובן הוא בתוך החצר בכלל

החצר הוא וכדאמרינן בפ' המוכר את הבית והביאו הטור ז"ל סימן רט"ו דהמוכר את החצר מכר הבתים פנימיים וחצוני' וכו' משמע דבכלל חצר סתם הוי כל הבתים וכיון שכן נראה דכוונת המצוה כך היתה ולעולם יטלו הבנים האחרים ב' חלקים בחצר אעפ"י שיגרע מחלקו של ראובן:

ואין לומר דאולי אביו שכח מה שנתן לראובן ולכך צוה כן וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף ח"מ סימן ר"ן על יעקב שנתן מתנה קרקע א' לבנו מתנת בריא וחלק כל נכסיו והניח אותו קרקע לשמעון בנו וכו' וכתב שם הדעת נוטה שהשכחה גרמה לו. אבל מה נעשה ואין אומדן הדעת הזה חזק כל כך בידינו שנוכל לסמוך עליו לבטל מה שצוה שאם יסרב וכו' ע"כ משמע דאיכא למימר דאולי שכח ואע"ג דשם כתב דאין לסמוך על זה הוא משום דכתוב בסוף הצוואה שכל מי שיסרב או יערער במה שצוה שלא יטול כלום אבל בנ"ד דאין כאן צווי זה נסמוך על אומד הדעת וכן מוכיח לשונו שכתב שם שנוכל לסמוך עליו לבטל מה שצוה וכו'. י"ל דבשלמא התם הוי אומדן דעתא דשכח מדנתן סתם מה שנתן לשמעון מה שכבר נתן לראובן ולא הזכיר כלל ממה שנתנו כבר לראובן אבל נ"ד לא הוי אלא שעשה חלקים שוים ונשאר לו לראובן מה שכבר נתן לו אלא שגורע מחלקו האחר ואולי רצה שיהיו כל בניו שוים ונתן לאחרים תמורת מה שכבר נתן לראובן וא"כ נמצא לפי זה הדין עם היתומים. אבל מכל מקום אין זה מספיק בעיני אלא אם כל החצר והבתים אשר בתוכו הם של הנפטר וכולם חולקים בניו אבל אם יש בחצר בתים אחרים שאינם שלו אז אין טעם זה מספיק דכיון דצריך אתה לומר דמ"ש שיחלוקו כל החצר לא הוי בדווקא כן אלא פירושו כל הזכות שיש לו בחצר דע"כ הבתים אשר אינם שלו לא צוה שיחלוקו הבנים א"כ כיון דפירוש כל החצר רוצה לומר הזכות אשר לו בחצר אם כן יצא מכלל זה הבית אשר כבר נתן לראובן דאין לו זכות זה בחצר דכבר הוא נתון לבנו ומלבד זה הבית הוא שצוה שיחלוקו השאר לשלשה חלקים ואפילו תאמר דפי' זה אינו מוכרח דמסופק בלשון הצוואה ראוי לאוקמי הירושה על מקומה על הספק ולבטל הצוואה כיון דיש כאן ספק ויעמוד הדבר על דין תורה שיהיה הירושה לבנים חלקים שוים זולת הבית שנתן לראובן. ר"ל שנפרש לשון הצוואה שר"ל שיחלקו כל החצר זולת הבית שנתן ויסכים הדבר עם דין תורה ולכן אמרתי שעל כל פנים זכה ראובן בדינו וזכות ליתומים בקשתיו ולא מצאתיו: הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסב

אנחנו עדים חתומי מטה לדרישת עזרא היינו מצויין ונרשמין לעדים בעת שהשכירו התוגרמים פ' ופ' לעזרא המוקטעא של שטח חצר א' אשר לפני מהחנויות כ' אמה ברוחב וכ' אמה באורך כלם מאמת הבנין השכירו התוגרמים הנז' לעזרא השוכר בעד ח"י לבנים בכל חדש וחדש ותיכף פרע ונתן להם שכירות ג' חדשים על ערך הנז' ובפנינו עדים ח"מ נכנס עזרא לתך החצר ברשות התוגרמים המשכירי' וזכה והחזיק בו זכיה וחזקה גמורה בכל חזוקי תורתנו הקדושה ובכל חזוקי ההסכמות הנהוגות פה שאלוניק"י יע"א ופרע להם שכירות הג' חדשים הנז' בלי שום שיור ותנאי:

שאלוני אם הגביר ה"ר עזרא כששכר מהתוגרמים עשה חוגי"ט בערכאות שלהם וכתוב שם בחוגי"ט שהשכירו לו התוגרמים י"א אמות ועתה באו התוגרמים לבנות בשאר הט' אמות אם יוכלו יהודים לזכות בבתי' משום דה"ר עזרא הפסיד חזקתו שאף על פי שבשטר כתוב שהשכירו לו התוגרמים כ' אמות הרי אח"כ מחל ועשה חוגי"ט שלא שכר מהתוגרמים אלא י"א אמות ועוד שהרי עברו כמה שנים והפסיד חזקתו מהט' אמות מפני ההסכמה הקדומה שכשיעברו ג' שנים אבד חזקתו או דילמא השטר הראשון שעשה בעדים יהודים הוא קיים וחזקתו לא הפסיד דלא עשה כן אלא מחמת אונס התוגר ואי מפני שעברו ג' שנים הרי לעולם משתמש בו ה"ר עזרא שמוש המועיל בחצר הנז' ולא עקר שמושו משם מכל וכל לזה אני אומר שהדין עם הגביר ה"ר עזרא דכיון שבשטר הראשון הוה כתוב שהחזיק בכל החצר והשכירוהו התוגרמים ופרע להם שכירות לא אבד חזקתו מפני החוגי"ט הנעשה אחר כך מכמה טעמי חדא דהרב מהר"י ן' לב ז"ל בריש כלל ז' מהסכמות חלק א' שאלו ממנו דשמעון החזיק בחזקתו של ראובן בטענה שהוא התנה עם הגוי אדון החנות שאם יצא מהחנות שהפסיד חזקתו וזכותו ושיהיה רשות לכל יהודי ליכנס בחנות תיכף ומיד שיצא מבלתי שיצטרך להמתין ג' שנים וראובן טוען האמת כי היא כדברי שמעון וכו' אך אמנם שמעשים בכל יום שהתוגרמים והגוים שואלים מאת היהודים שיסלקו ידם וזכותם מעל החזקה ויתנו רשות שיכנסו בחצרות ובחנויות באופן שלא יצטרך להמתין ג' שנים ולפעמים קונים זה הזכות מאת היהודי ועם כל זה אינו מועיל להם וההסכמה במקומה עומדת והשיב הרב הנזכר דהדין עם ראובן דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנת' כל אדון החצר או החנות יתחכ' לשאול מאת היהודי כשישכיר לו חצרו או חנותו שיסלק ידו וזכותו מעל החזקה וא"כ מה הועילו מתקנו ההסכמה בתקנתם וא"כ גם אני אומר בנ"ד אם לא היה עושה כן ר' עזרא לתוגרמי' והיה מודה להם דבר זה לא היו עושים לו חוגי"ט מהשכירות בערכאות ולכך הודה להם

בכך אבל מפני כך לא הפסיד חזקתו אשר החזיק בפני ישראל כדת וכהלכה בכל החצר ועוד אפי' שהודה בכך שלא מחמת אונס אלא מרצון נפשו הרי ידוע דהחזקות דין קרקע יש להם דאע"ג דאיכא רבנן קשישי דאמרי דדין מטלטל יש להם מ"מ צריך להקנותם קנין או כסף או שאר קנינים וכאן לא עשה ה"ר עזרא הנז' שום הקנאה לגוי מהחזקה שהחזיק בה שהיה צריך להקנותה לו בכסף או בשטר ולא הקנה לו כלל ואפי' נסתלק ממנו בדבור בפני הערכאות שאמר שלא השכיר לו אלא החנויות ולא הבתים לא מהני דצריך קנין לחנות להקנותה לגוי והוא לא עשה ועוד דשטרות העולים בערכאות של גוים בעינן למידע דאותם ערכאות דלא מקבלי שוחדא לפי הרמב"ם והרמ"ה וכדכתב הטור בח"מ סימן ס"ח וא"כ ערכאות דידן ודאי דלא ידעינן בהו דלא מקבלי שוחדא אלא אדרבה סתמא הוי דמקבלי שוחדא ואפילו לדעת הרא"ש דפליג על הרמב"ם והרמ"ה וסובר דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא אפשר דמודה דערכאות דידן דתוגרמה איתרע חזקתייהו ומקבלי שוחדא כנודע ועוד דאיכא בהו ריעותות אחרות וכמו שהאריך הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"ג סי' ק"י יע"ש. וא"כ החוגי"ט בדין תורתנו חספא בעלמא הוא והוה ליה כמאן דליתיה וא"כ נאמן הגביר ה"ר עזרא לומר שהוא החזיק בכל ומה שהודה לתוגר בפני הערכאות הוי מפני שלא היה רוצה להשכיר לו בערכאות והיה חתר בו מהשכירות ולא היה יכול לו והשטר המכחישו לאו כלום דחספא בעלמא הוא כדכתיב' וא"כ ודאי דלא הפסיד חזקתו ר' עזרא מחמת החוגי"ט ואי משום שעברו ג' שנים היה משתמש בו רבי עזרא שמוש הצריך לו בחצר הנזכר והשכירות פורע ח"י לבנים בכל חדש כמו שהתנה כששכר כל הכ' אמות וא"כ מעולם לא אבד חזקתו וכל הבתים אשר יבנה בחצר ההוא הם מה"ר עזרא יצ"ו וכמ"ש הרב מהריב"ל בכלל ז' שאלה מ"ז דאיתא בהסכמות הכי עוד הסכימו שאם שום יהודי שכר חצר אחד מגוי אחד או מתוגר אחד, ואח"כ בעל החצר רצה לבנות בתים בחצר ההוא אותם הבתים שיעשה החזקה מהם הם מהיהודי המחזיק בחצר ההוא ע"כ. א"כ זכינו לדון שכל העשרים אמות הם חזקתו של ה"ר עזרא הנזכר וכל מה שיבנה שם חזקתו הוא הנלע"ד כתבתי:
הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסג

שאלה יעקב קנה חנות מאת גוי ותיכף אחרי המקנה נכנס בה ראובן בנו רווק ועמ' שם כמה שנים ואח"כ נשא אשה והוליד בנים והוא מחזיק בחנות הנז' ואח"כ השכירה ז' שנים לאחרים והוא היה לוקח השכירות ואביו לא נטפל מעולם בחנות הנז' ולא

בשכירות כאשר יעידון השוכרים וגם במשך אותם השנים רצה התוגר להעלות השכירות ועשה ראובן כרצונו וגם סתר ובנה ראובן בחנות ועשה הוצאות ולא נטפל יעקב בכל זה כלו'. ועתה אחרי מות יעקב מצא שמעון בן יעקב אח לראובן הנז' שטר בין שטרותיו של אביו ממקנת החנות הנז' שקנא' אביו מאת הגוי ושואל מאת ראובן חלקו בחנות הנז' על פי השטר הנז' שהיתה של יעקב אביהם וראובן טוען שאמת שהשטר נכתב על שם אביו יען כי הוא חלה פניו שילך בשליחותו לקנות אותם על שמו ולא וזכר שם ראובן במקנה הנז' לסבה ידועה אבל דמי המקח היו שלו ובשליחותו קנאה והראיה ע"ז שיעקב מעולם לא נכנס בחנות הנז' ולא החזיק בה ולא נטפל בה כלל כנודע לכל שכני החנות ובפרט שראובן ויעקב לא הוו אגידי אהדדי אלא היו רחוקים וחלוקים בעסקיהם לגמרי כי יעקב היה נשוי אשה אחרת ולו בנים ממנה וא"כ הוא נאמן בטענתו במגו דאי בעי אמר קניתיה ממך או נתת לי במתנה שוב טוען ראובן שהי"ל שטר הודאה מאביו ומחילה כוללת אלא שנאבדה ממנו בשרפת העיר שוב מביא ראובן ראיה לדבריו שחנות היתה ליעקב אביהם בצד חנות הנז' ומכרה לזבולון וכתב בשטר המכירה שמצרי החנות הנז' הם מצד א' פ' ומצד א' מחזיק ראובן בנו הנז' ונוסף על זה שאח"כ קנה ראובן חנות זבולון הנז' מאת זבולון הנז' וכתבו בשטר המקנה שמצרי החנות הנז' מצד אחד מחזיק ראובן הקונה הנז' הן כל אלה הראות גמורות היות דברי ראובן אמת ויציב עתה יורנו מורנו הדין דין אמת ושכרו כפול מן השמים אכי"ר:

תשובה נ"ל ודאי שהדין עם שמעון דאי משום שהחזיק ראובן בחיי אביו אעפ"י שחלק מאביו כשירד מתחלה ירד ברשות שהרי היה רווק ולא היה נשוי אשה וכבר כתב הריב"ש בסי' שכ"ז מסורת בידינו מגדולי האחרונים ועליהם אנו סומכים שלעולם אין חזקה מועלת אלא א"כ ירד מתחלה בתורת מקח והאריך הרבה שם יע"ש א"כ ראובן שירד ברשות שעה א' בחיי אביו שוב אינה מועילה לו חזקה ועוד אסי' היה מועיל לו חזקה אינו טוען שלקחה מאביו אלא שאביו לקחה לו ובטענתו זאת אין בה ממש דודאי כיון שהשטר על שם אביו אמרי' דהויא של אביו ודמיא להא דבא לידון בשטר ובחזקה דאעפ"י דחזקה לחודא הוה מהניא אי טען דחזקתו מכח השטר והשטר נמצא מזוייף אין חזקתו מועלת לו וכדכתב ה"ה פט"ו מה' טוען ובנ"ד נמי כיון שטענתו היא מכח שאביו לקחה לעצמו ובטענתו זאת אין בה ממש איבטלה לה חזקה:

ואי באנו לזכות ראובן מפני שעשאה אביו שיתן לאחר הא אמרי בשלהי כתובות בההוא אפטרופא דאתא לקמיה דאביי וטען אי הוה אבוהון דיתמי הוה טעין חזרתי ולקחתיו ממנו נאמן ואף ע"ג דהתוס' כתבו דלא אמרינן הכי אלא כשנמצא השטר מזוייף הרי

רש"י לא כתב כן וכן הרמ"ה ס"ל דיכול לטעון לקחתי ממנו במגו שיכול לומר על תנאי מכרתיה לו וכדכתב הטור בח"מ סימן קמ"ז וא"כ לדבריהם טענינן ליתמי מה שהיה יכול לטעון אביהם שחזר ולקחו ממנו ואף ע"ג דהתוספות פליג כדכתיבנא וגם הרי"ף סובר דאינו יכול לומר כן אלא כשהחזיק המערער ג' שנים הוי פלוגתא דרבוותא ואוקי ארעא בחזקת מריה קמא וא"כ החנות היה בחזקתו של אבי ראובן ושמעון שהוא מריה קמא. כל זה אני כותב ריש מילין ואם יצטרך עוד להאריך עוד לאלוה מילין: ואי יאמר אומר שהרי ראובן סתר ובנה בפני יעקב אביו ואמרינן בפרק חזקת דחפר בה שיחין ומערות הוי חזקה והביאו הרמ"ה לפסק הלכה וכדכתב הטור בסימן קמ"ט גם טענה זו דחה הריב"ש בסי' רנ"ב מתרי טעמי חדא דלא אמרו כן אלא בבעל בנכסי אשתו אבל באפט' או מורשה דטעמא מפני שיורד ברשות אפשר שגם זה עשה ברשות ועוד דהתם הוא דעושה היזק אבל בנדון זה לא עשה היזק וכו' ואם לצורך הבנין סתר על מנת לבנות אין זה מקלקל אלא מתקן וכו' יע"ש. ובנ"ד שייכי השני טענות הטענה האחרונה פשיט' דבנדון דידן מתקן הוא והטענה הראשונה ג"כ אצל אביו הוי כיורד ברשות כיון שהיה רווק ומתחלה ירד ברשות ועוד דההיא אוקימתא דחפר בה בורות שיחין ומערות לא כתבוה הרי"ף והרא"ש וכדכתב הטור שם משמע דלית להו ההיא אוקימתא וכבר נתן הרב בית יוסף ז"ל טעם לדבריהם:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסד

השאלה ארוכה אין צורך להדפיסה כי מתוך התשובה יובן ענינה:

תשובה מה אדבר ומה אומר ולבי חמרמר כי יד ה' הויה בקרב מחננו מחנה אלהים וכל העם רוהים ונוהים נעים ונדים אבל גדול ליהודים מחמת אימת המציק הדבר אשר בעיר המהוללה אבלה נפשנו מרוב עצבוננו האל ברחמיו יסלק חרון אפו מעלינו ואני בתוך הגולה באישון לילה ואפילה הלא זה כפר ליבאד"י ויאבדו כלי מלחמה מלחמתה של תורה הספרים היקרים חדשים גם ישנים אחד מהם אין אתי ואיך אוכל להגיד דעתי בעטי אשר אתי אך אמנה להפצרת הדרת שר וגדול מישראל לא אוכל להשיב פני הדרת תהלתו ריקם אחוה דעי ואם מצער היא כפי מה שרשום בזכרוני אני יחיד ועני ואומר דלא צדק יהודה בשום אחד מטענותיו דמה שטען דאבד ראובן חזקתו מפני שהניח החנות מדעתו זה אינו כלום דבתשובות הרב מהר"י ן' לב ז"ל חלק שני זכורני שימצא

כתוב שתקנת ההסכמות היא שאפי' שיניח היהודי החצר מדעתו צריך שתהי' רקנית שלש שנים כדי שתאבד חזקתו:

ומה שטען כי עברו שני חזקה בהיותה מושכרת לתוגר איברא דהרב מהר"י ן' לב ז"ל בחלק שני מתשובותיו נסתפק אם צריך שתהיה ג' שנים רקנית מכל וכל כדי שיאבד חזקתו או אפילו שתהיה רקנית מיהודי' ולא מגוים אבד חזקתו ואעפ"י שהרב ז"ל נסתפק אני מעיד שאמר לי הרב הגדול מורי ורבי מר שמואל זלה"ה שההסכמה כך היא שתהא רקנית אפילו מגוים ושכן נתקנה אעפ"י שבפסקיו המודפסים נראה לי שמצאתי הפך מזה ומפני שאני בכפר ואינם בידי איני מזכיר המקום בכל זה על פה אמר לי כן ואפשר שתקנוה אחר אשר כתב פסקיו המודפסים שהיה בימי בחרותו כשכתבם באופן שצריך שתהיה רקנית אפילו מגוים ג' שנים כדי שיאבד ראובן חזקתו מה שלא היה כן בנדון דידן שלעולם היתה מושכרת כפי הנראה מדברי השואל ואפילו שיהיה בדבר ספק הרי ההסכמות נתקנו בחרם וכתב הרשב"א ז"ל דספק חרם להחמיר ואם כן יש להחמיר ולומר שכל זמן שאין החזקה רקנית ג' שנים אפילו מגוים לא יכנס אדם בה כדי שלא יכנס בספק חרם:

וכל שאר הטענות שטען דנפקע זכותו מפני שמכרה לתוגר אחר וכו' כל זה הבל ורעות רוח דקרקע אינה נגזלת ואפי' נמכרה אלף פעמים לעולם הנגזל נוטלה ממי שמוצאה בלא דמים כמו שכתב הטור בח"מ סימן שמ"א ולא שייך בהאי דינא הא דאמרינן דינא דמלכותא דינא כלל דאם כן נבטל דין החזקות מפני שדין המלכות שלא יהיה לשום יהודי חזקה בחצר הגוי אלא ודאי דהני מילי. דכדי דלא אמרו כן אלא בחקי המלוכה וכמו שכתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סי' כ"ו דע שלא אמרו אלא במאי דאיכא הרמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות וכו' אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנים לעצמם כמו שימצאו בספרי הדיינים שאם אי אתה אומר כן בטלת ח"ו דיני ישראל ע"כ. ועוד האריך בתשוב' אחרת הוזכרה שם למעלה מזו באופן דכל הני מילי דכדי ושלותא הוו ואין צריך להשיב עליהם:

אך אני מוצא מקום לזכות ליהודה ממקום אחר דקיי"ל בפרק הנזקין במשנה גבי דינא דסקריקון דאם שהתה לפני סקריקון י"ב חדש כל הקודם לוקח ונותן רביע. וכתב הטור בסי' רל"ו וז"ל גוי אנס שישראל מסור בידו להורגו ואנס קרקע מידו אם שהתה בידו י"ב חדש ואח"כ קנאה ישראל אחר ממנו הרי זו שלו אלא שצריך ליתן לבעליו השליש ממה שנתן לגוי לפי שהגוי מוזיל גבי ומוכר לו שוה מ' בל' וכו' ע"כ. ואם כן בנ"ד ג"כ דכפי הנראה מן השאלה היה ביד זה התוגר כח להעליל על ראובן ולהביאו לידי שרפה כמו

שהרעידו והפחידו כי יש לאל ידו כפי הנראה מן השאלה א"כ כיון שזה היה מסור בידו להרגו ואנס קרקע זה מידו והרי שהתה בידו שנים עשר חדש אם כן כיון שיתן השליש ממה שנתן לגוי יהיה הקרקע שלו דהשליש הם פחות משבעה אלפים לבנים ואם כן זכה יהודה בדינו מהאי טעמא. ואין לחלק ולומר דהאי דינא דסקריקון הוי כשהגוי היה רוצה להמיתו לסיבה אחרת והוא פדה עצמו בקרקע וכמו שכתב רש"י ז"ל בפרק הנזקין וז"ל סקריקון גוי רוצח שנותן לו ישראל קרקע בפדיון נפשו ואומר לו שא קרקע זו ואל תמיתני דמשמע דהמיתה היה באה לו מסיבה אחרת ופדה עצמו בקרקע זה ולכך גמר ומקני אבל כשהמיתה באה לו מחמת הקרקע שאומר לו אם לא תתן לי קרקע זה אמיתך אז ודאי לא גמר ומקני הא ודאי ליתא דאי פירש רש"י ז"ל הכי היינו בגזרה קמייתא דסקריקון אבל בבתרייתא לא וכן מצאתי לרב בית יוסף ז"ל שכתב כן בח"מ סימן ר"ה וזיל אבל בגזרה בתרייתא כיון דאמרי כל דקטיל לקטלוה ודאי לא היה בא להורגו אלא על ידי שהיה תובע ממנו קרקעו ומגזם לו שיהרגנו אם לא יתננו לו ע"כ. גם לשון הרמב"ם בפרק י' מהלכות גזלה נראה כן שכתב המציקים לישראל ומבקשים להורגם עד שיפדה עצמו מיד הגוי בשדהו או בביתו ויתנהו למציק וכו' משמע דהוא אונסו על אותו קרקע וכיון שכן נראה לכאורה דהיינו דומה לנדון דידן וזכה יהודה כאשר יתן השליש לראובן כדכתיבנא:

אלא שמכל מקום אני אומר שאין זה מספיק לזכות ליהודה דשאני התם כיון דשהתה בידו שנים עשר חדש הרי נתייאש ממנה ולכך זכה הלוקח בה כשיתן השליש יותר ממה שנתן לגוי לבעל הקרקע כאמור אבל הכא יודע ראובן זה שיהודי לא יכנס בה לעולם מכח חרם ההסכמות והתקנות ויודע הוא שעל כרחו יבא הגוי להתפשר עמו ועוד אם יועיל לגוי הא דאונס להמית לישראל כדי ליטול הקרקע מה הועילו חכמים בתקנתם כל גוי יאיים על כך לישראל כדי ליקח חזקתו ממנו כי ידם תקיפא עלינו בעונותינו ויש לאל ידם לעשות רע וכן כתב הרב מוהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים דאפילו יתחייב הישראל שלא יתבע חזקתו ושהוא נותנה לגוי אינו מועיל כלום מהאי טעמא דאם כן מה הועילו חכמים בתקנתם דכל גוי יערים לעשות כך וכדכתיבנא אם כן נראה דלא זכה יהודה מהאי טעמא:

אך אמנה נראה לי דצריך ראובן ליתן ליהודה העשרים אלפים שנתן לגוי בעד קניית החזקה מהא דכתב העור שם בסימן רל"ו בשם רבינו גרשום גבי גוי שבא עליו בעקיפין ולקחה ממנו ולא היה מסור בידו להורגו ומכר לאחר שצריכים הבעלים ליתן ללוקח כל מה שההנה אותם וכמו שכתב שם וזה לשונו ורבינו גרשום כתב שאין צריך להחזירו

בחנם אלא שמין כמה הוא רוצה ליתן לגוי כדי שיחזירנו לו וכך יתן ללוקח עד כאן ולדעתו הסכים הרא"ש והתוס' וכמה רבוותא אעפ"י שרש"י חלוק על זה דעת יחיד הוא כמו שכתב שם הרב בית יוסף ז"ל וכתב שם הרא"ש דאף על פי שהוא היה צריך ליתן לגוי יותר ממה שנתן הוא כגון שהיה הגוי אוהבו ונתנו לו בזול אין הבעלים צריכים ליתן לו אלא כמו שנתן הוא לגוי וכו' א"כ בנדון דידן העשרים אלף לבנים ודאי שהיה דמי המקח צריך ליתן לו אבל החמשה אלפים לבנים שהאיספא"י גזלם ממנו ולא רצה לפורעם ליהודה אינו חייב ראובן לפורעם:

ועוד אני אומר שאם ישערו בית דין שבפחות מעשרים אלף לבנים היה יכול ראובן להוציא חזקתו מיד התוגר לא יתן ליהודה אלא מה שישערו ב"ד ואם יהודה נתן יותר ההפסד הוא עליו דמי אמר לו שיתן ואין לו לראובן לפרוע אלא כדברי רבינו גרשום דהיינו מה שההנהו וכמו שכתב שמין כמה הוא רוצה ליתן לגוי כדי שיחזירנו לו וכך יתן ללוקח ולא עוד אלא שידו על התחתונה שאם היה צריך ליתן יותר לא יתן אלא מה שנתן הלוקח וכמו שכתבתי בשם הרא"ש ז"ל:

ואין לומר בנדון דידן דהרי יש שופטים בארץ וכיון דלא הזמין ראובן לגוי לדין נתייאש וישאר ביד הלוקח ולא יתן לבעליו כלום וכמו שכתב הטור שם בסימן הנז' חדא דליכא בזה יאוש כדכתיבנא דיודע הישראל דלא יכנס בה שום יהודי מכח החרם הקדום ומזה ודאי לא נתייאש ועוד הרי נתבאר בשאלה דיש באלו התוגרמים לאל ידם לעשות רע עם ראובן ואם יתבע מהם יבא ח"ו עליו רעה גדולה ומפני כן שתק ולא תבע עד עתה כאשר בא בטענותיו:

הכלל העולה מכל מה שכתבנו שאם אחר שיצא ראובן מהחנות לא היתה רקנית שלש שנים מכל וכל אפילו מגוים לא אבד חזקתו ויתן ליהודה העשרים אלפים לבנים שנתן לתוגר ויטול אותה ואם ישערו ב"ד שהיה יכול ראובן להוציא חזקתו מהתוגר בפחות מעשרים אלפים לבנים יתן הסך שישערו ב"ד ולא יותר ואם אזכה בעזרת האל ית' אבא בעיר ואשוב עוד לכתוב ידי שנית ואחזק כל דברי בראיות ברורות מפי סופרים ומפי ספרים אשר כעת אינם בידי הנלע"ד כתבתי: הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסד

שאלה ראובן שעשה גארדאקי מגולה פתוח משלשה רוחותיו לרווחה של אויר בית תחתית של לוי שהוא שפל מאד שמתוך הבתים עליים אשר סביבותיו צופים ומביטים על הגארדאקי הנז' כ"ש מהאוראנדאש שלפני הבתים עליים הנזכרים וגם ההולכים

בתוך החצרות אשר סביבותיו רואים לכל מי שהולך על הגארדאקי הנז' אפי' שיהיה ילד קטן וסמוך לו יש לשמעון לצד אחד עלייה אחת ורוצה לפתוח חלונות פונות על הגארדאקי הנזכר אם יכול ראובן לעכב ביד שמעון בטענת היזק ראיה או בטענה אחרת אחר שהוא שפל מאד ואין לאל ידו להגביהו יותר ולא לעשות בו שום דבר אחר ועוד שהרשות ביד שמעון לעשות גם הוא גארדאקי על גגו צופה ומביט על הגארדאקי של ראובן ולא יוכל לטעון עליו שום טענה כלל יורנו מורנו הדין דין אמת אם יכול ראובן לעכב ביד שמעון לבלתי יפתח חלונות על הגארדאקי או לא:

תשובה ודאי דאין לשמעון רשות לפתוח חלונות וטעמא דאמרי' בפ' חזקת אבל פותח הוא לר"ה פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון ואמרינן טעמא התם דאמר ליה סוף סוף הא בעית לאיצטנועי מר"ה ונחלקו המפרשים גבי מבוי שאינו מפולש אי אמרי' הכי סוף סוף הא בעי לאיצטנועי מבני מבוי וכתב ה"ה בפרק ה' מהלכות שכנים בשם הרשב"א ז"ל דכל שיש למטה ממנו שלש בתים הרי הוא כר"ה דאמר ליה סוף סוף הא בעי לאיצטנועי מן הרבים דר"ה דקתני לאו דוקא אלא שרבים בוקעים. אבל הרב נמוקי יוסף ז"ל סוף פ' חזקת כתב דהרא"ש והריטב"א ז"ל תלמידיו חולקים בדבר וס"ל דמבוי שאינו מפולש אינו כר"ה דלעולם אין עוברין שם תדיר ולסברתם הסכים ה"ר יהודה ברצלוני ז"ל כתבו הטור בח"מ סי' קנ"ד וז"ל כתב ה"ר יהודה ברצלוני דמבוי המפולש דינו כר"ה ושאינו מפולש דינו כחצר ע"כ. א"כ מינה נשמע לנדון דידן דודאי להנהו חצרות הרואים והאוראנדאש לא דייני' להו כר"ה ולא כמבוי מפולש דמבוי מפולש עוברים שם תדיר מה שאין כן כאן א"כ כי דיינינן להו כמבוי שאינו מפולש הרי הר"י ברצלוני והרא"ה והריטב"א ז"ל חולקים על הרשב"א ז"ל וסבירא להו דמבוי שאינו מפולש לא דיינינן כר"ה וא"כ לדידהו לא מצי שמעון לומר לראובן סוף סוף בעי לאיצטנועי מבני ר"ה דאין זה כר"ה ובודאי שאינו יכול לפתוח חלון ולהזיקו בראיה וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל כדברי הר"י ברצלוני וסייעתו שכ"כ בתשו' הובאה בח"מ בסי' הנז' וז"ל דאפילו אינו רחב י"ו אמה כיון שיש לכל אדם רשות לילך שם אין אדם רגיל לעשות תשמיש צנוע פן יראוהו עוברי דרכים משמע דלא מקרי ר"ה לענין זה אלא שיש לכל אדם רשות לילך בו אבל אין לומר דאפי' שיהיה כר"ה גמור מ"מ יוכל למחות בו משום דזה עושה חלון ולא דמי לאחרים שרואים להדיא והוא לא ידע כד אתי האי לראות בחלונו כדי לאצטנועי מיניה ודומה למה שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה הביא הטור סי' קנ"ד דגבי עשה גג משופע אם צריך להשפילו ממנו ארבע אמות לפי שאין עליו תשמיש קבוע והשיב דגרע יותר ממקום שעולים עליו תמיד שאז נזהרים בני הבית לעשות תשמיש צנוע בפני החלון

שמא יעלו ויראו אבל בעליית עראי אין נזהרין אם כן הכא נמי כיון שאינו רואה אותו בעת שהוא שם דרך חלונו איכא היזק טפי ולא מצי לאצטנועי לא היה דודאי אינו עושה שם תשמיש צנוע כיון דדיינת ליה כר"ה ובהדיא כתב נמוקי יוסף בפרק חזקת דאע"ג דאמרינן פותח אדם פתח כנגד פתח בר"ה הוא הדין חלון כנגד פתח ואע"ג דלא ידע בהי עידנא אתי לאצטנועי מיניה אלא טעמא כדכתיבנא דלא דיינינן להא כר"ה גמור:

עוד היה נראה טעם אחר לומר שלא יוכל שמעון לפתוח חלון משום דאם היום או למחר ירצה לבנות ראובן יצטרך להרחיק ממנו ד' אמות שהחזיק שמעון בחלונו ואפילו יכתוב לו שמעון שטר הודאה ע"ז אין מחייבין לשמעון שישמור שטרו מן העכברים וכדכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף סי' קנ"ד אבל אין טעם זה מספיק כל כך משום דכתוב בשאלה דאין כח ביד ראובן להגביהו משמע דהתנאי עם לוי אשר הוא בעל הבית בתחתיתו שלא יוכל לעשות שום דבר יותר ממה שהוא עתה וא"כ כיון שאינו יכול לבנות דכן הוא תנאי עם לוי כפי הנראה מהשאלה וכפי מה שספר לי השואל א"כ אזל ליה טעמא דאם ירצה לבנות יצטרך להרחיק:

איברא דאיכא למימר דאולי היום או למחר יתן לו לוי רשות לבנות שיפייסנו ברצוי כסף ואז יצטרך להרחיק מחלונו של שמעון אלא דאין זה בריר כל כך דהרי כתב הריב"ש ז"ל בסי' תע"א בשם הראב"ד דפותח חלון על חורבתו של חברו שיכול למחות בידו אעפ"י שעכשיו אינו מזיקו כיון דאלו בא לבנות נמצא מזיקו וסתם חורבות עשויות להבנות ע"כ ומדתלי טעמא דסתמו להבנות משמע דבנ"ד דאין סתמו להבנות כיון דהתנה עם לוי על כך אינו יכול למחות ואולי דאפילו הכי סתמו להבנות מקרי אבל מהטעם הא' ברור בעיני דאין שמעון יכול לפתוח חלון. ומה שטען עוד שמעון שהרשות בידו לעשות גארדאקי צופה ומביט על גארדאקי של ראובן לא היא דודאי כל שמזיקו בראיה אינו יכול לעשות וא"כ נראה ודאי דהדין עם ראובן:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסו

שאלה ראובן ושמעון קנו שני בתים מלוי אחיהם בשותפות הא' הוא בית ועליה על גביו והב' בית ועליות ג' זו על גב זו ויש בו חלונות שקופים פונים על הבית והעליה הנז' וחלקו ביניהם ראובן ושמעון הנז' הבתים הנז' ראובן לקח הבית והעליה שהיא מצד ביתו ושמעון לקח הבית והג' עליות שהיו ג"כ מצד ביתו וברצו ביניהם דיינים להעריך כמה שוה כל חלק וחלק וכתבו קומפרימיסו והדיינים פסקו וכתבו לשון זה אנחנו ח"מ

המבוררים מהב' כתות הנז' פסקנו שיהיו הבתים הנז' שוה בשוה הערך דהיינו חצי הסך על ראובן וחצי הסך על שמעון לא פחות ולא יותר וכו'. אחר ימים עלה על לב ראובן להגביה ביתו ושמעון מעכב עליו שאומר שסות' חלונותיו שעל בית ראובן הנז' וראובן טוען שהוא מוכרח להגביה ביתו וגם שמהחלונות מגיע לו נזק ברעפים וכשהיו הבתים הנז' מאיש א' היה שומר בטיב ביתו וכו' ומה גם כשהעריכו הדיינים הבתים הנז' לא שמו האויר רק מה ששוה גוף הבתים והראיה שבקומפרומיסו כתוב שהדיינים העריכו כמה שוה החלק של ראובן וכמה שוה החלק של שמעון שלא ירדו מעולם להעריך האויר וכו' ועל הכל ראובן צועק מרה שהדיינים עשו לו עול גדול או טעו בעריכת הבתים הנז' שבלי ספק א' מהג' עליות שוה כמו הבית והעליה של ראובן גם טוען ראובן שאחר שקנו הבתים הח' התרה לשמעון על ידי שליח שיסתום חלונותיו שעל ביתו שרוצה להגביה ביתו קודם ג' שנים על זה יורנו מורנו אם כל אלו הטענות יועיל לראובן או קצתם לשיוכל להגביה ביתו ולא יוכל שמעין לעכב על ידו ומהשי"ת יהיה משכורתו שלמה: תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפ' קמא דבבא בתרא גבי עובדא דהנהו תרי אחי דפלגי בהדי הדדי וכו' וכפי הנראה מדברי הטור ז"ל סימן קנ"ד והרא"ש בפסקיו איכא בהאי עניינא פלוגתא דרבוותא בג' גווני. הא' רש"י פירש דעובדא הוי אפי' שהיה סותם לו האורה ההוא דהוה בני אשיתא אפימא דאספלידא ונשארה האספלידא כבית אפל אפילו הכי אי לא עלו אהדדי אוירא בשומא יכול לבנות בפני האספלידא ואינו יכול לעכב עליו. ובהגהות אשר"י כתב דריב"ם נראה לו כפי' רש"י וכתוב שם בשם אור זרוע ומאד נראה דבריו ור"י והרא"ש והטור כתבו דאיירי בתוספת אורה אבל אם לא נשאר לבית אורה פשיטא שאינו יכול להאפיל ולא לבנות בפניהם דבית אפל אינו שוה כלום וכמו שכתבו התוספות שם:

ור"ת אית ליה דלא איירי כלל במיעוט אורה אלא משום שמאותה אספלידא היה רואה בעד התרביצא שדותיו הרחוקים ודחו התוספו' ז"ל פירושו: פלוגתא תניינא אי כששמו החלקים על הסתם אי שמו ג"כ האויר דהטור כתב בסי' הנז' בשם ה"ר יונה דצריך שפירשו שלא היה העלוי אלא בשביל הבנין אבל בסתם היה דעתם גם על החלונות וכתב ה"ה פ"ז מהלכות שכנים דאפשר דלזה כוון הרמב"ם באומרו ושמו הבנין והעצים והרא"ש והטור סבירא להו דעל הסתם לא שמו האויר אלא צריך שיפרש ששמו האויר: פלוגתא תליתאה אי מה שאמרו אין להם חלונות זה על זה היינו שיכול לבנות בפניהם או דילמא שיכול לכוף לסותמם דהרמב"ן והראב"ד ורש"י אית להו דאינו יכול לכוף לו לסותמו אלא שיכול לבנות בפניו וסותם והרא"ש והרמב"ם אית להו דיכול לכופו

שיסתום והרב ב"י בסימן קע"ג כתב דבהגהות אשר"י בשם א"ז כתוב דריב"ם ס"ל כהרמב"ם והרא"ש ע"כ. ונראה דהרב דקדק כן מדכתב שם וכן הא דאמר רב נחמן אמר שמואל ולא חלונות זה על זה היינו שיכול לסתום החלונות וכו' ולע"ד נראה דאדרבה מסיפא דלישנ' שכתב דיכול לסתום ולבנות כותל כנגדו ועוד כתוב שם ואינו יכול למונעו מלבנות כותל בחלקו בכל מקום שירצה וכו' משמע דאית ליה כרש"י ז"ל והרמב"ן והראב"ד דהסתימה שהזכיר למעלה לא הוי אלא לבנות כותל כנגדו אבל לא שיכוף אותו לסתום ובההיא הגהה דאשר"י לא איירי אלא בפלוגתא קמא דכתיבנא אי איירי ההיא עובדא לענין אורה כפי' רש"י ועל זה כתב שם שריב"ם הסכים לפי' רש"י ועל זה כתב ומאד נראה דבריו אבל אין לה להיא הגהה עסק בפלוגתא תליתאה דכתיבנא דהיינו לענין אם נכוף אותו לסתום או שיבנה כותל כנגדו כדכתב הרב בית יוסף ז"ל:

ועתה אחר אשר ביארנו אלו המחלוקות דשייכי לנ"ד דשנים שקנו מא' הוי כאחים שירשו וכדכתב הרמב"ם בפ"ב מה' שכנים צריכים אנו לבאר מי נקרא מוחזק דאם שמעון שיש לו החלונות פונות אל הבית והעליה של ראובן מקרי מוחזק משום דראובן בא לבנות כנגדו א"כ אפי' שיהיה לבית אורה ממקום אחר יכול למחות בראובן שלא יבנה כנגדו דיכול לומר קים לי כרבינו יונה והרמב"ם דנר' דמסכים עמו וכן ה"ה שהביא דבריו נראה שמסכים לו שכתבו דעל הסתם אמרינן דהיה דעתם על החלונות וכדכתיבנא לעיל בפלוגתא תניינא: ואם נאמר דראובן הוי המוחזק אפילו שלא יהיה לביתו של שמעון אורה ממקום אחר יוכל לבנות כנגדו דמצי למימר קים לי כרש"י וריב"א וא"ז דאית להו דאפילו שעושה אותו בית אפל יכול לבנות כנגדו וכדכתיבנא לעיל בפלוגתא קמא ומדברי הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו סימן פ"ג נראה שראובן הוא המוחזק שכתב גבי ראובן שפתח חלונות לרחבה של שמעון דיכול שמעון לבנות ולהאפיל כנגדו דיכול לומר קים לי כהרא"ש דאית ליה דאין לו חזקה על החורבה. איברא דקשיא לי על דבריו דהא צריך לפחות ב' פוסקים שיסכימו לסברא א' כדי שיוכל לומר קים לי כדכתב הוא עצמו שם וכמו שכתב מהר"י קולין דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו א"כ צריך לפחות שיהיו שנים והוא ז"ל כתב בסי' פ"ה דדעת הרא"ש דעת יחיד הוא וכל הפוסקים חלוקים עליו ולא משגחינן בההיא סברא ואולי יש לומר דחשיב ליה לטור שהביא דברי הרא"ש בסימן קנ"ד כדעת אחר מסייע לי והוו שנים: אבל הרב ב"י כתב בסי' ע"ז דהטור ואביו כח א' הם ולאו כתרי חשיבי מ"מ למדנו מדברי הרב הנז' דראובן הוא המוחזק שהוא בונה בתוך שלו ומ"מ אני אומר דאפשר לומר דאע"ג דראובן הוא מוחזק אם אין לבית אורה ממקום אחר לא יוכל לבנות ולא מצי למימר

קים לי כרש"י וריב"א וא"ז דיאמר שמעון אפי' ת"ל דהלכתא כוותייהו דילמא הלכתא כרבינו יונה והרמב"ם דעל הסתם שמו החלונות והוי ספק ספקא ואפשר דמפקינן ממונא וכדכתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו בכמה מקומות ונפקא ליה ממה שכתבו התוספות בדבור אי למיתב לה כתובתה ואע"ג דהוא כתב דב' ספקי דפלוגתא דרבוותא אפשר דחד ספקא הוא וכן כתב בתשובותיו ח"ג סימן ס"ד על ענין כיוצא בנ"ד מ"מ י"ל כאן טעם אחר דנראה דרש"י וריב"א כדי לתרץ הקושיות שהקשו התוספות בפירושם בפ"ק דב"ב וז"ל ותימא שיהיה יכול להאפיל עליו שלא יהיה לו בטרקלין אורה כלל ועוד דמאי קאמר באוירא לא עלו אהדדי פשיטא דעלו נמי באוירא דבית בלא אורה אינו שוה כלום ע"כ נאמר ודאי דאית להו כר' יונה דעל הסתם שמו ג"כ האויר דודאי בית בלא אורה אינו שוה כלום ותלמודא איירי במאי דאמר דלא עלו בשומא ששמו הבנין והעצים כדכתב הרמב"ם דפרשו דלא שמו האויר ובהכי מתיישב פי' רש"י ונסתלקו ממנו קושיות התוספות כיון שכן איך יוכל לומר ראובן קים לי כרש"י וריב"א הא רש"י וריב"א לפירושם אית להו דעל הסתם שמו ג"כ החלונות דבית אפל ודאי אינו שוה כלום וא"כ לדידהו אינו יכול לבנות: איברא דלא ברירא לי הא מילתא כולי האי דרש"י וריב"א לא גלו דעתם בהדיא בפלוגתא דרבינו יונה והרא"ש ואפשר דאית להו כהרא"ש ויוכל ראובן לומר קים לי כרש"י בחדא פלוגתא וכהרא"ש ז"ל באחריתא דתרי ספיקי דפלוגתא דרבוותא חד הוא כדכתיבנא וכיון דאיכא פנים לכאן ולכאן רפיא בידי היכא דליכא אורה בבית ממקום אחר שיוכל לבנות ראובן אבל ודאי אם יש לבית אורה ממקום אחר כלומר שיוכל להשתמש שם ודאי דראובן יכול לבנות כנגדו וכן העלה הרב מהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ס"ב בענין כיוצא בנ"ד זה נלע"ד: נאם הקטן חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסז

שאלה ראובן שחייב לשמעון וללוי וליהודה וירד מנכסיו ואין לו לפרוע לכל אחד ואחד החוב שחייב להם בשלמות ובא שמעון להתפרע מראובן החוב שחייב לו בשלמות ובטענה שהוא בא ראשון להתפרע עם הטענה הזאת רוצה שיפרעו לו בשלמות וראובן טוען שאינו רוצה לפרוע לו בשלמות ושהאחרים לא יקחו כלום יורנו מורנו אם הדין עם ראובן או עם שמעון:

תשובה אלו הבעלי חובים אם באו לגבות מקרקעות ודאי דהמוקדם הוא קודם ואפילו גבה האחרון מוציאין מידו לתת לראשון אפילו הגיע זמן הפרעון המאוחר קודם הראשון

וכן כתב הטור בסי' ק"ד אבל אם באו לגבות מטלטלין אין בהם דין קדימה וכגון שלא שעבד להם מטלטלי אגב מקרקעי א"נ אפי' שעבד להו היכא דלא ידוע דהני מטלטלי הוו ליה קודם שלוה מהשני דמחזקינן ליה כלוה ולוה ואח"כ קנה כדכתב הטור בסימן ק"ד אי נמי אפי' בקרקעות וזמן כלם שוה בזה נפלו שני ספקות הא' אם בא א' מהם לב"ד והאחרים לא באו מי אמרינן כיון דזה איתיה קמן והאחרים ליתנהו מגבינן להאי בשלמות או לא. השני אם תמצי לומר דלא מגבינן ליה היכא שהא' הגיע זמנו ליפרע והאחרים עדיין לא הגיע זמנם מי אמרינן כיון דאין כאן קדימה יגבה מי שהגיע זמנו ליפרע תחלה ואם ימצאו אח"כ נכסים הרי טוב ואם לאו יפסידו דאדעתא דהכי מוזפי ליפרע בזמן הקצוב אם ימצא או דילמא לא והלשון הבא בשאלה בטענה שהוא בא להתפרע ראשון הוא סתום ואפשר לפרשו בא' משני פנים או שהוא בא לפנינו והאחרים עדיין לא באו או שהגיע זמנו להתפרע ראשון לכן באתי לפרש גם שניהם:

ואומר דהרב רבינו מאיר כתב בתשובה הובאה בהגהות מיימוניות בספר משפטים סי' מ"א וז"ל ועל שיש לו בעלי חובות ואין לו כדי לפרוע לכלם נ"ל דאין הדיין יכול לכופו לפרוע לאחד בעל חובו ממטלטלי אלא יפרע לכל ב"ח בשוה אף על פי שחייב לזה יותר מלזה חולקים וכל הנמצא בידו בשוה ממש וכו' עד אומרו הילכך כיון דידעינן בודאי דאית ליה בעלי חובים אחרים האי דיינא דמזדקק לחד מינייהו ומפיק מלוה לאו שפיר עבד דהא תנן סתמא חולקים וקא פסיק ותני חולקים בין דאתו כולהו קמן בין דלא אתו אלא חד וכו' יע"ש. נתבאר מתוך תשובה זאת הספק הראשון דודאי לא מגבינן ליה וכמו שסיים עוד שם ה"נ ב"ד אין להם להשתדל בדבר להתפיסו לחוב לאחרים כיון דאלו מתפסינן ליה לא מצי לאפוקי מיניה וכו' איברא שהרב ב"י בסימן ק"ד דחה תשובה זאת וכתב שם ותמהני על דבריו שאם אחד מהבעלי חובים במדינת הים יפסידו האחרים ולא יכופו לפרוע אותו וכו' ותמהני איך דחה תשוב' הר"ם ואור של עולם בקושיא חלושה כזאת דהר"ם ז"ל לא אמר אלא וכיון שידעינן דודאי יש לו ב"ח ואין לו נכסים מספיקים לכלם שיגבו לזה כפי ערכו המגיע לו ולא נחוב לאחרים כיון שאין לזה שום קדימה עליהם אלא ישבע זה ממה שיש לו ויקח זה חלקו המגיע לו וסבר' גדולה היא זאת ומי הוא זה אשר יחוש להוציא ממון מזה וליתן לזה שלא כדעת הר"ם הגם כי מהרי"ק דחה דבריו א"כ נתבאר הספק הא' מדברי הר"ם והיינו דוקא כשידעינן בודאי שזה חייב לאחרים לא שהוא אמר כן דאינו נאמן לחוב ולומר אני חייב לאחרים והוא פשוט בדברי הר"ם דכתב הילכך היכא דידעי' בודאי וכו':

ולספק השני לכאורה נראה דתליא בפלוגתא דרבוותא הביא הטור בסי' ע"ג גבי מי שלוה לזמן ובתוך הזמן רואה שהלוה מבזבז נכסיו ואין לו קרקע לתבוע המלוה שלו כתב הרמב"ם ז"ל שאין נזקקין לו עד שיגיע זמנו וכן כתב רב יהודה גאון וכו' אבל הרב אלפסי ז"ל כתב בתשובה ראובן שקנה וכו' שומעים לו וכן דעת הרא"ש והרשב"א ז"ל בסימן תתק"ח נראה דהסכים לדעת הרמב"ם שכתב שם דבר פשוט בעיני שכל זמן שנתן המלוה מעות אעפ"י שהוא מבזבז נכסיו וכו' דדילמא למחר ירויח וימצא מה שיגבה ובאותה תשובה בדפוס יש שם ט"ס ויש בידי קובץ תשובות הרשב"א מכתיבת יד וכתוב שם וז"ל ושמעתי בשם הרי"ף שאם לא פרע המעות והיה המוכר עני מבזבז בנכסיו וירא הלוקח שאם יתן לו מעותיו לא ימצא לגבות הימנו שיכול לעכב שלא לפרוע המעות אבל כשכבר נתן המעות בזה הוא שאמרו דמצי אמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך ואפילו היה המוכר עני ולפי דברים אלו וכו' ע"כ. ואתמהא דהוא חייב מדברי הרב אלפסי דס"ל דאינו יכול לומר המלוה כן וכמו שכתב ולפי דברים אלו וכו' והוא דבר נמשך ממה ששמע משם הרב אלפסי ואנן חזינן לבעל הטורים ז"ל שכתב איפכא בשם הרב אלפסי ז"ל כדכתיבנא ותו קשיא לי טובא דהרשב"א בסימן אלף קי"א הביא בשם הרב אלפסי הפך זה והוא מסכים לדברי הטור שכתב שם והשיב הרב ז"ל טענה יפה היא זו וזה שאמרו רבותינו אחוי טירפך ואשלם לך כשיש לו מאין ישלם וכו' ולפי זה נראה דה"ה שמבזבז וכו' והרב שהזכיר בסימן הנזכר הוא הרב אלפסי דכן הביא תשובה זו ב"ה אות באות בשם הרב אלפסי וא"כ קשו דברי רב אלפסי אהדדי דהרשב"א עצמו חייב כאן מדבריו הסך ממה שחייב שם גם אני תמה על הרשב"א דקשיא מדידיה אדידיה דלפי דברי תשוב' זו משמע דס"ל דאחוי טירפך דאמרו בגמ' הוא כפשוטו אפי' שהמוכר עני והוא ז"ל כתב בתשובה אחרת הביאה הרב מהרי"ק ז"ל וז"ל הא דאמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון ואפי' באחריות ויצאו עסקין וכו' אחוי טירפך ואשלם לך היינו כשהמוכר אמיד דאי מפקי ליה מיניה לא יפסיד אבל כשאינו אמיד לא מפקי' מהאי דאי טרפו ליה מיניה נמצא זה מפסיד ממונו ע"כ. הרי שהסכים לדברי החולקים על הרי"ף וסוברים דיכול לומר לו המלוה ללוה שיתן הנכסים ביד ב"ד ולא יבזבז אותם מדפירש ההיא דאחוי טירפך כשהמוכר עשיר והוא הפך ממ"ש כאן גם בתשובה אחרת הביא שם הרב ב"י בסמוך לזאת נר' שהסכים לזאת התשובה שכתב על מה שטען לוי אינך אמיד שתשלם לי ועוד שאתה דר תחת שלטון א' ואם אפרע אני מניח מעותי על קרן הצבי והשיב שם הרב ז"ל ועוד שהטענה שטען לוי שנמצא מניח מעותיו על קרן הצבי הטענה יפה היא זאת ולא נעלם ממני מה שיש לתרץ בתשובה זאת אחרונה מ"מ קשו

ג"כ דברי הרשב"א אהדדי ולקושי' סתיר' דברי הרשב"א אהדדי יש לי לתרץ דהרשב"א מפרש ההיא דאחוי לך טירפך דלא נתן הלוקח המעות כפי קצת מפרשים ואותו הנדון דהרשב"א נשאל עליו עדיין לא פרע לוי לשמעון המעו' שכן כתוב בשאלה שזקפן עליו במלוה והרשב"א מודה דהיכא דלא נתן המעות ודאי שיכול לעכבם בידו אם המוכר עני ומ"ש הרשב"א והא דאמר אביי הכל הוא תשובה א' עם התשובה הסמוכה שהביא לשם ב"י שכך מצאתיה בקובץ תשובות הרשב"א מכתיבת יד אשר בידי וכתוב שם אחר טענה יפה היא זו והא דאמר אביי ראובן שמכר וכו' והכי פירושו כיון דאני אומר דטענה יפה היא כיון שעדיין לא נתן המעות דודאי אלו נתן המעות אינו יכול לומר לו כלום א"כ קשיא לי הא דאמר אביי התם וכו' דהא התם איירי בשלא נתן המעות כדכתיבנא לזה הוצרך לתרץ דהמוכר עשיר והך תשובה דסימן תתק"ח מתרץ בענין אחר בשם הרב אלפסי דהיינו שנותן המעות ולכך מצי אמר אחוי טירפך א"כ השני תירוצים עולים לכוונה א' ואין כאן סתירה בדברי הרשב"א אבל הסתירה בדברי הרי"ף צריך עיון: נמצינו למדין דלהרשב"א והרמב"ם ורב יהודאי אין ב"ד נזקקין לכך וטעמם כדכתב הרשב"א דילמא ירויח וימצא מה שיגבה ממנו א"כ לדידהו בנ"ד נמי יגבה מי שהגיע זמנו תחלה ולא יאמר האחר ללוי איך תבזבז נכסיך שלמחר לא אמצא לגבות דהיום או למחר ירויח וימצא מה שיגבה ממנו אבל לסברת הרי"ף והרא"ש ז"ל כיון דחצי הנכסים הם משועבדים לזה ודאי דלא שבקינן ליה ללוה לבזבז נכסיו וליפרע לאחר שכשיבא ב"ח שמשועבד לו החצי הזה לגבותו לא ימצאנו כן היה נראה לכאורה. אבל כד מעיינינן נוכל לומר דאפילו הרשב"א וסייעתו יודה כאן דאין ב"ד נזקקין לכך ללוי להגבות לזה החצי שהוא משועבד לאחר דהא כתב הרשב"א בסי' אלף קי"א דאפילו הרמב"ן ז"ל דאית ליה דאינו יכול המלוה לעכב הנכסים בב"ד ס"ל דמ"מ ב"ד לא יוציאו הנכסים לתת לב"ח המאוחר כדכתב שם ואין ב"ד מוציאין מתחת ידם דבר שאינו מתוקן שאינו בדין שיזיקו הם אחרים וא"כ אין ב"ד נזקקין לחוב לאחרים ולתת לזה הנכסים המשועבדים לאחרים ואחרים לא ימצאו כלום וכדכתב הר"ם ז"ל בתשובה שהבאתי דהך טעמא דידיה שייך אפילו שלזה הגיע זמן הפרעון ולאחרים לא הגיע וא"כ כיון שהנכסים אינם מספיקים לכולם אם ירצו ב"ד להגבותו יגב' אותה כפי הראוי לו וכדכתב הרי"ף דחולקים בשוה ממש וכמו שנתבאר בטור סימן ק"ב ואפילו תרצה לחלוק על כל זה אני אומר דהדין כן מדהר"ם ז"ל מדמי ליה לתופס לב"ח במקום שחב לאחרים והרמב"ם כתב בפרק ב' מהלכות מלוה כל התופס לב"ח במקום שיש עליו חוב לאחרים לא קנה אבל אין עליו חוב לאחרים קנה ואי איתא דכשתופס לבעל חוב במקום שהב"ח אחרים לא הגיע זמנם

ליפרע דקנה לישמועינן הרמב"ם ז"ל רבותא ולימא דאפילו שיש עליו חוב לאחרים כיון שלא הגיע זמנם קנה אלא ודאי דכיון דחצי הנכסים משועבד לאחרים הרי זה מפסיד שעבודם שתופס מטלטלים שאין בהם דין קדימה ולא קנה וא"כ היה ב"ד שלא יתפיסו לזה דהא הר"ם מדמי להו ועוד דבפרקא קמא דמציעא אמרינן המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו משום דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים וטעמא דאלו היה בא אחר היה מגביהה ואף על פי שאין לאחר בה שום זכות כל שכן כאן דחצי הנכסים משועבדים לאחר ואתה בא להזיק שעבודו דאין ב"ד רשאין לעשות כן ועוד דלא לישתמיט שום פוסק דליכתוב שהדבר תלוי בקדימת זמן הפרעון כמו בקדימת זמן ההלואה אלא ודאי שאין קדימת זמן הפרעון מעלה ומוריד ואין בית דין נזקקין לעשות שיפרע לזה כיון שהוא אינו רוצה לפרוע אלא לכלם זה נראה לי מתוך תשובת דברי הר"ם ז"ל ואף על גב דדקדוק לשון הטור בסי' ק"ד שכתב היו ב"ח זמנם שוין ובאין לגבות כאחד משמע קצת דדוקא שהגיע זמן כלם לגבות אז אין כאן דין קדימה הא אם הגיע זמן א' לגבות ולא זמן האחרים גובה הוא וזהו אומרו באין לגבות כא' י"ל דהאי לישנא לאו דוקא שהגיע זמן כלם לגבות אלא באים עתה לב"ד לגבות מפני שאין לו נכסים מספיקים ואעפ"י שלא הגיע הזמן יראים מפני שכשיגיע הזמן לא ימצאו ולכך הם באין עתה לגבות:

נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

מתקו לחכי דברי החכם השלם הפוסק נר"ו ויפה הליץ בעד מהר"ם ולאורך ימים ושנים יצא לקראתו ותמהני על מהרי"ק מאין ראה בדברי הר"ם שיפסיד זה הב"ח בשביל אותם שהם במ"ה שהרי לא כתב הר"ם אלא שלא לפרוע ר"ל משלם ועל מה שכתב מהרי"ק דאל"כ לא לישתמיט שום חד מהפוסקים ז"ל לכתוב כן נפלאתי דכי הר"ם מאן דהו חשיב דלא אפשר שחדש דין שאינו ברור לפוסקים ז"ל והוציאו מחשך לאור כיון שלא מצינו חולק אפשר ששאר הפוסקים ז"ל לא נפלו בו לבארו כדאי ומקום הניחו לו הקדמונים כמו שמצינו במסכת חולין שתלמיד שאמר דבר אין משחיזין לו וכו' כל שכן שנראה בעיני שהניחוהו לדבר ברור דקיי"ל התופס לב"ח במקום שחב לאחרים אינו מועיל כלום וכי מפני שהם ב"ד יעשו מה שאין ראוי לעשות תורה א' לכולנו ולכן יפה כתב הר"ם דאין הדיין יכול לכוף לזה וכו' משום דחב לאחרים:

ועל הספק הב' שנפל בדין זה אין דעתי מסכמת למ"ש כי תלוי דין זה בדין המבזבז וכו' ובקוצר מילין אומר שידוע שדיני ממונות הררים נתלים בחוט השערה ויש לדעת גם כי דבר ברור הוא דאפושי במחלוקות לא מפשינן ויש לנו לקרב הסברות כל האפשר:

ועתה חזינן אנן במאזנים לעלות סברת הרמב"ם וסברת הרי"ף ז"ל איזו מהם קרובה לדין כפי הסברא אין ספק שסברת הרמב"ם היא הראשונה העולה על הדעת כי לכאורה פשיטא שהיה יכול הלוה לומר מה לי ולך ומה אני חייב מן הדין וכתב הנמוקי תשובת הרי"ף וז"ל מבזבז נכסיו ורוצה ללכת יכול לעכב עליו שיניח נכסים פרעון כדי שלא יהא כל אחד לוה מחברו ומבזבז נכסיו והולך למדינת הים ונמצא נועל דלת בפני לווין ע"כ הא קמן שלא אמרה הרב ז"ל אלא מפני תקנת לווין הא בנדון זה לא שייך תקנת לווין שהרי מזל זה גרם שקדם זמנו ליפרע ואין תרעומות על הלוה כלל מה שאין כן במבזבז או הולך למ"ה שיש ביד הלוה לקמץ את עצמו ושלא ילך למ"ה ועל זה ודאי נראה בעיני דכ"ע מודו שהדין כסברת הרמב"ם והשתא א"ש לשון הריב"א ז"ל שכתב היו ב"ח זמנם שוה ובאים לגבות כא' ואין לומר דלא דק דודאי דק. וחתמתי שמי על הדין ועל האמת: הצעיר שמואל די מדינה:

שאלה קסח

שאלה ראובן נתחייב לשמעון בשטר סך מעות ושמע שמעון שראובן היה רוצה לטעון טענות כדי להפטר מהחוב ההוא ויעש גם הוא בערמה ושם את ראובן בבית הסוהר וזייף חתימתו של ראובן וכתב וחתם בשמו של ראובן ושלח לעיר אחרת אשר שם חנות לראובן מלאה סחורות ושלח חמרים עם האגרות לזבולון שעכ"פ יקום כחצות הלילה ושיקרא אל התוגר שומר הגארג"י שילך עמו וידבר ג"כ אל הנער משרתו של ראובן שיפתח החנות הנז' ויקחו כל הנכסים שבחנות ויטענו אותם בסוסים וישלחו אותם ליד ראובן והנער נער חשב שכנים הדברים והניח לזבולון לפתוח החנות ולקבץ ולשולחם הנכסים כלם ע"י החמרים ההם ועמהם הלך הנער עד טריקול"ה והנער הביא הכל ליד ראובן כי לא חשב שנעשה הענין בערמה קפץ שמעון בחזקת היד בכח אנשי הדגלן וחטף הנכסים ההם והוליכם אל ביתו ולקחם בחשבון החוב שבשטר הנ"ל וכאשר נודע הדבר לראובן רע עליו המעשה ובבואו לחשבון עם שמעון על הנכסים הנז' שלקח בערמה צעק מרה כי ראה שחסרו נכסים הרבה מהנכסים שהיו לו בחנות וכאשר ראה שמעון כי היה מקום לתביעת ראובן כדי לסתום פיו שלא יערער כנגדו על חסרון הנכסים הנז' הביא עליו צרות רבות ורעות עד שהוכרח ראובן לברוח מהעיר אל ארץ אחרת ועתה תובע ראובן הנז' כל אותם הנכסים שנאבדו ממנו בהפכה ההיא באישון לילה ואפלה שעל שמעון מוטל לפרוע לראובן כל אותו ההפסד כיון שמידו היתה זאת לשלוח בנכסיו ע"י אחרים כי עתה לא יוכל שמעון לשבע שבועה שלא נאבדו ממנו נכסים כיון שע"י אחרים

שלח בהם יד מי יימר לן שהאחרים או החמרים לא שלחו יד בנכסים בשעת קיבוץ הנכסים ואסיפתם או בלכתם בדרך כי הנער ההולך בחברתם סוף הוא נער והחמרים רבים על נקלה היה לאל ידם לשלוח יד בנכסים ומי יאמר לנו שהנער גם הוא לא נתן לבו להשמר מהם בחושבו שהם היו שלוחי ראובן מה שלא היה כן ועל כן טוען ראובן כי הוא ישבע שבועה על הנכסים שנחסרו ממנו ועל זה שאל השואל הדין עם מי ושכר אדוננו כפול ומכופל מן השמים:

תשובה דין נגזל וניזק שוים דנשבעים ונוטלים בין שיהא המזיק או הגזלן טוען ברי או שמא ודין נגזל איתיה בשבועות ריש פרק כל הנשבעין ודין מזיק איתיה בסוף פרק הכונס וכתבו הרמב"ם בפ"ז מהלכות חובל וכן הטור בח"מ סימן צ' וז"ל המזיק ממון חברו ואינו יודע כמה הזיק הניזק נשבע ונוטל כתקנת חכמים כיצד לקח כיס של חברו והשליכו לים או לאור או שמסרו ליד אנס ואבד בעל הכיס אומר זהובים היה מלא והמזיק אומר איני יודע מה היה בו הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל וכו' אבל אין דרכן להניחם בכלי זה וכו' ואם תפס אין מוציאין מידו ע"כ. ובמסור איבעיא לן בפרק הכונס אם עשו תקנת נגזל או לא והוי בעיא דלא איפשיטא ושיש לעיין בנ"ד הוא אי מאי דקפץ שמעון בטריקול"ה בכח אנשי הדגלן וחטף הנכסים הוי כגזלן אעפ"י שחטף הנכסים בחובו הא הוי זה כנכנס לביתו למשכנו דנחשב כגזלן כמו שאמרו במשנה בפרק כל הנשבעין ואעפ"י שלא נכנס לביתו למשכנו הרי כתב הרמב"ם בפ"ג מהלכות מלוה דהיכא דחטף המשכון מידו בזרוע הוא עובר משום לאו וא"כ ה"נ כיון שחטף הנכסים מיד החמרים הרי הוא כגזלן ונגזל נשבע ונוטל: וגם זה אינו כלום דלא חטף מידו ממש אלא מיד החמרים ועביד דינא לנפשיה ומשום דהיה רוצה להשמט נכסיו ושלא לפרעו עבד הכי וכבר כתב הטור בסימן צ"ז בח"מ בשם הרמ"ה והרי"ף דהיכא דהמלוה אינו רוצה לפרוע שהוא רע מעללי' ויש לו נכסים שיכנס השליח ב"ד בביתו למשכנו ועוד אפילו תחשוב אותו כגזלן כפי הנראה מדברי השאלה לא נחסרו הנכסים אלא בדרך קודם שיכנסו ביד שמעון ואין יכול לשבע ראובן שמעת שנעשה שמעון גזלן שחטף הנכסים שנחסרו בידו וא"כ כיון דאינו יכול לשבע ולומר לו אתה נטלת כמו שישבע הנגזל לגזלן היכא שאמרו נגזל נשבע ונוטל אין לו דין על שמעון לכן נראה דזכה שמעון בדינו אלא שראוי לייסרו על הזיוף וערמה אשר עשה: נאם הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קסט

שאלה ראובן היה חייב לשמעון כ"כ מעות לזמן קצוב ורצה שמעון הב"ח לילך למ"ה אשר ע"כ הוצרך למנות שלית בהרשאה שלו וגם שטרו הניח בידו שיגבה מראובן החיוב בהגיע הזמן והנה בתוך זמנו פחת המלך שיווי המעות שלא יצא הגרוש' יותר מפ' לבנים ולהיות שתקנו סופרי העיר שיקבלו הב"ח בעת זמנם הגרוש' לערך צ' לבנים הלך המורשה בהגיע זמנו יום אחר יום עד עברו חדש או חדשים ולא רצה ראובן לפורעו כפי תקנת הסופרים רק לערך ק' לבנים והנה קרה מקרה שהמורשה ג"כ הוצרך ללילך חוץ לעיר והניח שטר והרשאת שמעון ביד שליש אחד והשליש כאשר ראה ממון שמעון שהיה קרובו ביד אחר הלך לתובעו בכח השטר שבידו אשר היה כתוב בו כי כל מוציאו יגבה אפילו בלי הרשאה וענהו ראובן שאם יקבל הגרוש' לערך ק' יתן לו מעותיו כי לא היה חפץ בתקנת סוחרי העיר שתקנו ביניהם לפרוע הגרוש' לערך צ' וכאשר שמע שמעון הב"ח במקום שהיה יושב שהשטר היה ביד שליש אחר והיה קטטה ביניהם שהיו רוצים לפרוע הגרוש' לערך ק' שהיה שלא כדין כתב לשליש פעם ושתים ושלש שאל יקבל המעות כי הוא היה בא לגבותם עד שעברו אחר זמן הפרעון השטר עוד ה' או ו' חדשים ויהי בימים ההם באה שמועה נאמנה כי המלך הוציא עוד כרוז בקושטנדינה שלא יעבור הגרוש' יותר מע' אש' והנה כאשר שמע ראובן הב"ח שמועה זו תפסו לשליש אשר השטר בידו לב"ד להכריחו ולכופו לקבל המעות לערך צ' הגרוש' ולא יצאה כוונתו לרצונו כי לא היה הדין מחייב את השליש ההוא לקבל המעות ואף גם במה שכתב אליו שמעון הב"ח שאינו חפץ בקבלתו והלך מיד והפקיד המעות ביד ב"ד ואמר להם דעו שאני חייב לאיש א' שאינו פה והנה כבר עבר זמנו ע"כ היה מניח מעותיו לפניהם לחשבון צ' הגרוש' כתקנת הסוחרים ואחר זה הגיע הכרוז לעיר וכה אמר כי פתגם המלך יר"ה שאל יצא הגרוש' יותר מע' לבנים והנה שאל השואל אם הנחת ביד ב"ד חשיב פרעון ע"כ של מלוה לשיהיה פחת שינויים עליו ועוד אם אחר שתבעוהו המורשה ואחריו השליש ולא רצה ליתן כתקנת הסוחרים אם נאמר שהפחת הזה הוא על ראובן הואיל ועבר כל כך מזמנו ולא פרע כי אין לומר כבר נעשה דרך ומנהג לעבור אחר הזמן חדש ושתים להזמין המעות שהרי אלו כבר היו בידם מעות רק שהיו אומרים ליתן הגרוש' לערך ק' אשר בזה בלי ספק לא היה להם דין כלל ודרך הסברא והדעת יתן לומר שאם הם בטענות הבל אחרו מלפרוע למה יפסיד שמעון על זה יורנו עין ישראל והדרו דרך הדין ואורו:

תשובה תנן בערכין ומייתי לה בפרק מי שאחזו בראשונה היה נטמן יום י"ב חדש כדי שיהא חלוטה לו התקין הלל הזקן שיהא חולש את מעותיי ללשכה וכו' ואיכא תרי לישני בגמרא ללישנא קמא בעלמא נתינה בעל כרחו לא שמה נתינה בין בפניו בין שלא בפניו ומשום הכי אצטריך הלל לתקן וללישנא בתרא בעלמא בפניו בין מדעתו בין בע"כ הויא נתינה ושלא בפניו לא הויא נתינה בע"כ ואצטריך הלל לתקוני משום דהיה שלא בפניו והקשו בתוספות וא"ת בבתי ערי חומה דהוי כפרעון חוב דעליו לקבלם פשיטא דהוי פרעון כדקאמר הלוהו בישוב לא יחזיר לו במדבר משמע דבישוב יחזיר בעל כרחו וכו' ומה אצטריך הלל לתקן וי"ל דוקא בעלמא פשיטא דהוי נתינה שאין הלוה מפסיד בקבלת הפרעון אבל הכא דעל ידי הפרעון צריך להחזיר הבית וכן ע"י קבלתו הוי הגט גט לא הוי נתינה ע"כ למדנו מכאן בנ"ד דודאי יש הפסד למלוה בפרעון זה דהא יצא הכרוז מאת המלך יר"ה בקושטנדינה שהגרוש' יהיה לערך ע' אעפ"י שעדיין לא הגיע פה בעיר הזאת מ"מ הדבר ברור שעתידים להכריז ג"כ בעיר הזאת והוא הפסד מוכיח א"כ לא הוי נתינה בע"כ אע"ג דמן הדין אלו היה כאן היה חייב לקבלם ויחייבוהו ב"ד ע"כ כדכתב בעל התרומות הביאו הטור ח"מ סימן ע"ד דהיכא דהגיע הזמן אעפ"י שהלוה ממהר לפרוע חובו כדי להציל עצמו מחילוף המטבע רשאי ולא דמי לפריעת מדבר דאין הסכנה מצויה וגלויה אבל כשלא הגיע הזמן דמי לפריעת מדבר וא"כ בנ"ד שהגיע הזמן היינו מחייבים אותו לקבלם מ"מ כיון שאינו כאן נתינת בע"כ לא שמה נתינה דהא בבית בתי ערי חומה אם היה כאן היינו מחייבים לקבל ולא עוד אלא שכתב הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו סימן קל"ד דכיון שהיא מצוה מן התורה שיוכל לגאול ביתו כל י"ב חדש יכולים ב"ד לכופו שיקיים מצוה התורה ע"כ ומ"מ אמרינן דאם אינו כאן נתינת בע"כ לא שמה נתינה ולהכי אצטריך הלל לתקן. גם אנו נאמר בנ"ד בכי האי גוונא. ואם יחלוק החולק דאינה פסידא כל כך בנ"ד דהא בעל התרומות מדמי ליה לפריעת ישוב כיון שהגיע הזמן מ"מ הרי ב"ה מודה דהפסד מיהא הוי דכל היכא דלא הגיע הזמן הוי כפריעת מדבר והתוספות תלו הדבר בהפסד שכן כתבו שאין המלוה מפסיד משמע דכיון דאיכא הפסד כל דהו לא הויא נתינה ומ"מ אפשר לחולק לחלוק דלא הוצרכו התוספות לתרץ כן אלא ללישנא קמא דאינו מחלק בין בפניו לשלא בפניו ולכך הוקשה להם דאמאי אצטריך תקנת הלל כיון דקיי"ל דהלוהו בישוב יחזור לו בישוב אבל ללישנא בתרא אין כאן קושיא דמתני' דקאמר דלא יחזיר לו במדבר דמשמע דבישוב יחזיר היינו בפניו וכי אצטריך תקנת הלל לשלא בפניו וכיון דקיי"ל כלישנא בתר' דרבא וכמו שכתב הר"ן א"כ התירוץ שכתבו התוספות בטל מאליו. ומכל מקום אני אומר דאין

חלוק בין לישנא בתרא לקמא אלא דבלישנא קמא אית ליה דאפי' בפניו לא הוי נתינה בע"כ נתינה וללישנא בתרא דוקא שלא בפניו אבל בפניו הוי נתינה ומ"מ מאי דאית לן ללישנא קמא דהוי נתינה בע"כ ולא הוי נתינה ללישנא בתרא נמי הכי הוי ושלא בפניו מיהא לא הויא נתינה ועוד דאם אתה אומר ללישנא בתרא דהא דיחזיר לו בישוב היינו בפניו אבל שלא בפניו לא אף ע"ג דהוי פרעון א"כ נ"ד דהוי פרעון והוי שלא בפניו לא הויא נתינה ונמצא שאתה מיפה כחו של מלוה לפי לישנא בתרא טפי. ומצאתי ראיה לדברי מתשובת הריב"ש סימן קצ"ז על א' שפרע מהמטבע שנפסל והמטבע היה עומד ליפסל והמלוה לא היה שם ופרע בזמן דפ"ע אדה"ב שהוא זמן ידוע ונהוג להקל לפרעון המשכונות ונתנו ביד נאמן ב"ד וכתב שם וכן עם היות שהמלך לא הזכיר במצותו שיוכל אדם לפרוע ביד נאמן ב"ד מ"מ כיון שהיה מנהג מקדם בתקנת ב"ד שפורעים מעות בזמן דפ"ע אדה"ב ביד נאמן ב"ד כדי שלא יהא המלוה נטמן ונשמט מלקבל הפרעון כההיא דתנן במסכת ערכין לענין בתי ערי חומה וכו' משמע דדוקא משום שהיא תקנת ב"ד בכך מהני הפרעון הא לאו הכי לא הוי הפרעון פרעון ג"כ בנ"ד דליכא האי תקנה ודאי דלא הוי הפרעון פרעון. ובר מדין אני אומר דהמרדכי כתב בפ' הניזקין וז"ל ולוה אין פטור עד שיגיע ליד המלוה או לחצרו בפניו ואפילו בע"כ פטור ואפילו למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה בפרק מי שאחזו ואם זיכה לו ע"י אחר שלא בפניו לא מפטר אם נאנסו אפילו למ"ד גבי הרי זה גטך על מנת וכו' היינו לענין דהוי גט והבית פדוי אבל אחריות המעות לעולם על הגואל עד שיזכה לו בפניו ע"כ וכיון דאחריות המעות הוי על המלוה עד שיבאו לידו א"כ הפרעון לא הוי פרעון וא"כ פסול המטבע נמי עליה דידיה ליהדר הפסידא ולא על המלוה דאין טעם לחלק בין אחריות אבידת המעות לאחריות פסול המטבע דמנין לנו לחלק בכך זה ודאי דין חדש בלא ראיה וכן הא דאמרינן בפ"ק דגטין דהולך מנה לפלו' דאם בא לחזור אינו חוזר ומ"מ חייב באחריותו עד שיגיע ליד המלוה נראה דבין באחריות פסול המטבע ובין באחריות אבידה חייב דהכל שוה ולא מצאתי מי שיחלק בכך ואם משום דבנ"ד עשה ראובן ב"ד ע"כ ומסר המעות לפני ב"ד ב"ד בענין זה אינו מעלה ואינו מוריד וכמ"ש הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סימן ע"ג גבי מי שנשבע לחברו לפרוע ביום נועד והמלוה אינו בעיר כתב שם ולעשות ב"ד ולמסור בידם ג"כ אינו צריך ואם עשה לא עשה ולא כלום וכו' משמע דאינו מועיל ב"ד כלל בענין:

הכלל העולה מכל מה שכתבנו דהיכא שאין המלוה בעיר אינו נפטר הלוה במה ששם המעות ביד ב"ד והוי כאלו לא פרע ואחריות פסול המטבע עליה דידיה ליהדר וישלם

כפי תקון המדינה ובשלמא אם המלוה היה בעיר והיה מתרה בו הלוה ולא היה רוצה לקבלם אז ודאי ברשותו הם עומדים ואינו אלא כשומר חנם עליהם וכדכתב הטור בסוף סימן ק"כ אבל בנ"ד שלא היה כן ולא היה תקנת ב"ד שכל מי שחייב מעות יפרע ביד ב"ד וכתקנת הלל וכמ"ש הריב"ש ז"ל שהיה בזמנו א"כ נראה בעיני שפסול המטבע בנ"ד הוא על המלוה ולא על הלוה כ"ש שהמלוה הרשה לקבל ממנו ולא רצה לפרוע כמבואר בשאלה והוא פשע בדבר ומידו היתה הרעה הזאת:

אחרי כותבי ראיתי פסק רב מובהק וגדול בדורו שחלק עלי מסברא דנפשיה דיש לחלק בין אחריות דגנבה ואבדה לאחריות דירידת מטבעות ואני כתבתי למעלה לדחות זה וגם ראיתי שהוקשה אצלו בלשון הרא"ש בפסקיו שכתב בפרק מי שאחזו וז"ל והא דלא חייש רבא בקושיות דרב פפא משום דס"ל דאם איתא דבע"כ הויא נתינה בפניו ה"ה נמי שלא בפניו ואי משום ליחודי המקום שיתן שם המעות אפשר שיזכה לו ע"י אחר ע"כ דאיך אפשר דרבא אינו מחלק בין בפניו לשלא בפניו הא ע"כ צריך לחלק בכך דהא גבי פרעון חוב צריך לומר דנתינה בע"כ שמה נתינה כי היכי דלא תקשה ממתני' דקאמר דהלוה בישוב לא יחזיר לו במדבר דמשמע דבישוב יחזיר ואי אמרת דאין חלוק בין בפניו לשלא בפניו א"כ אתה אומר בפרעון היכא שיזכה למלוה שלא בפניו יהא נפטר הלוה מאחריות וזה א"א דבפ"ק דגטין בסופו אמרינן בין לרב בין לשמואל דהיכא דאמר הולך מנה לפלו' בפרעון דחייב הלוה באחריותו עד שיגיע ליד המלוה. ועוד הקשה דהיכי קאמר דרבא אינו מחלק בין בפניו כשלא בפניו הא קי"ל חבין לאדם בפניו ולא שלא בפניו וגט אשה יוכיח דבפניה מתגרשת אעפ"י דחוב הוא לה ושלא בפניה אינה מתגרשת כל זה הקשה והניח בצ"ע. ולי נראה דאלו הקושיות יתורצו עם מה שכתב המרדכי בפרק הניזקין בשם ר"י וכתבתיו לעיל ואם זיכה לו ע"י אחר שלא בפניו לא מפטר אם נאנסו אפילו למ"ד גבי הרי זה גטך ע"מ שתתני לי ר' זוז או לגבי ערי חומה שמה מתנה היינו לענין דהוי גט והבית פדוי אבל אחריות המעות וכו' ועם זה נאמר דכוונת הרא"ש לומר דרבא אית ליה דאי בפניו מהני ה"ה שלא בפניו דמהני לענין שיהא הבית פדוי בלבד אעפ"י שלא יועיל ודאי לענין אחריות המעות אלא בפניו דוקא וכמו שדקדק הרא"ש בלשונו למעלה שכתב ולענין פריעת ב"ח פשיטא דהוי פרעון ומפטר אם זרק לו חובו בפניו בע"כ ע"כ. מדכתב בפניו משמע דלא מפטר אלא א"כ זרקו בפניו דוקא והוא סיוע לדברי שכתבתי למעלה ומ"ש כאן דהוי שלא בפניו כבפניו היינו לענין דליהוי הבית פדוי לבד וכיון דהיה הבית פדוי מדינא לא היה צריך הלל לתקן. ומ"מ קשה לי בדברי המרדכי במ"ש אפילו למ"ד גבי הרי זה גטך וכו' דהא מ"ש הכ' בפ' מי

שאחזו דהוי נתינה לא קאמר אלא כשהיא בפניו דלא בפניו לכולהו לישני לא הויא נתינה וכיון דאיהו בשלא בפניו מסיק דקאמר ואם זיכהו שלא בפניו וכו' מה הוקשה אצלו ממ"ד בפרק מי שאחזו דשמה נתינה עד שהוצרך לחלק בין אחריות המעות לענין פדיון הבית הא התם לא איירי אלא בפניו דשלא בפניו כ"ע מודו דהוי נתינה וצ"ע. ומה שהקשה הרב הנז' דגט אשה יוכיח וכדכתיבנא י"ל דשאני גט אשה דהיא רוצה להקנות עצמה לה שהיא קנויה לבעלה ולכך צריך שתהא בפניה אבל גבי גט וגבי בית דאינו אלא לפטור עצמו מחיובו דגבי גט נתחייבו לתת הר' זוז כדי שיהא הגט גט וכן גבי בית הוא חייב לפדותו תוך שנה כיון שהוא לפטור מחיובו מה לי בפניו מה לי שלא בפניו והיינו לענין פדיון הבית ולא לענין אחריות המעות כדכתיבנא: כלל העולה אני על משמרתי אעמודה והדין פשוט בעיני כמו שכתבתי הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי:
הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קע

הן כל ראתה עיני מה שהאריך טובינא דחכימי מרגליתא דלית בה טימי החכם החשוב ונעלה יצ"ו דלה מים מבורות עמוקי' ודבריו מתוקים מדבש ונופת צופים בתחלת דבריו הקשה מדברי הרשב"א מדידיה אדידיה דבסימן אלף קמ"ט משמע דשטר שלא נעשה מדעת המתחייב הוי כמלוה על פה מיהא ואינו יכול לכפור ובסימן אלף ר"ט כתב דהוי כפנקס בעלמא ומשמע דאפילו כמלוה על פה לא הוי ותירץ דבסימן אלף קמ"ט איירי בשהיה מודה שלא פרע וכמו שהזכיר שם הרשב"א באותה תשובה ובעיני אין זה מספיק דאי איתא הכי למה כתב שם הרשב"א ועוד שהבעל יכול לטעון שמא פרעתי וכו' ואפילו האשה מודה אינה נאמנת בהודאתה מפני שחבה לאחרים לימא דיכול הבעל לומר להד"מ דשטרא חספא בעלמא הוא ואעפ"י שהיא מודה בהלואה אינה נאמנת מפני שהיא חבה לאחרים אלא ודאי דבההוא נדון דהרשב"א לא היתה יכולה לכפור והטעם שהב"ד היו קיימים והיו יכולים לשאול את פיהם וכן מבואר בסוף דבריו שכתב הילכך בכאן יש לחוש ונשאל אותם אם יודעים אם לאו וכו' משמע דהיו יכולים לשאול אותם ומפני כך לא פסל הרשב"א אלא מטעם שטר דהעדות יכולים להעיד על פה. ומ"ש באלף ר"ט הוא דאינו עדות מפי הכתב עד שיבאו ויעידו בפיהם כמ"ש שם. ועוד הקשה דהיכי קאמר הרשב"א בהא יד בעל השטר על התחתונה כיון דבטל השטר לגמרי ותירץ תי' נכון דאין לומר כן בדברים דידעינן דהעדים טעו בכך ומבואר בדברי הרשב"א שכתב דאנן סהדי דרוב הדיינין שיושבין עכשיו בדין אינן בקיאין בכך. עוד כתב דהרב הגדול

מורי ורבי זלה"ה בפסקיו חלק שני סי' שי"ד שכתב דאעפ"י שכתוב בשטר וקנינא וכו' אינו מועיל סמך על הגהת אשר"י שהיא חולקת על הרשב"א בכך והרשב"א סובר דהיכא דאיכא קנין מועיל אעפ"י שהוא קנין דברים וכדכתב הרב ב"י בשמו בסימן קצ"ה:

איברא דבפסק אחר נתקשו אצלי דברי הרשב"א אהדדי מתשובה א' שכתב הרב ב"י בשמו בסוף סימן ר"ו על מי שקנו ממנו שימכור לחברו וכו' וכתב שם דאינו מועיל הקנין ושם תירצתי והארכתי אבל כאן אין אני צריך לכל זה דמ"ש הרשב"א כאן דאינו מועיל משום דלא כתיב וקנינא הוא משום דבשטר ההוא כתוב ונטלה בקנין חזוק לתנאי' הנז' ועל זה כתב הרשב"א דאם היה כתוב וקנינא חזוק לתנאים הנז' היה מועיל אבל בנדון הרב מורי זלה"ה כתוב וקנינא אכל מאי דכתיב ומפורש לעיל ובהא אפי' הרשב"א אפשר דיודה דאין זה אלא קנין על דבר שאין בו ממש כמ"ש בהגהה אשרי"ת:

עוד כתב דרבינו ירוחם כתב בשם גדולי המורים דאם מחה הלוה בעדים או המוכר בעדים מלכתוב השטר וכתבוהו דמהני להיות כמלוה על פה פליגי על הרשב"א דסבר דהוי כפנקס בעלמא. ולי נראה דיש לחלק בין הנושאים דהתם כיון דכבר הוי כצוה לכתוב שסתם קנין לכתיבה עומד אעפ"י שאחרי כן חזר לא מהני אלא שלא להיות לו דין שפר גמור אבל כמלוה על פה שלא יוכל לכפור מיהא הויא אבל בההיא דהרשב"א דסימן אלף ור"ט דהשטר לא נעשה מדעת המתחייב ומעולם הוא לא צוה אפשר דיודו גדולי המורים להרשב"א דהוי כפנקס בעלמא משום דלא נעשה מדעת המתחייב:

איברא דהרי"ף בפ' ד' אחין ליית ליה הך דינא דהרשב"א דתירץ ההיא דד' אחין בגוונא אחרינא אבל הר"ז הלוי ז"ל בפרק ארבעה אחין תירץ כדברי הרשב"א ומההיא דארבעה אחין נפקא ליה להרשב"א ההוא דינא כפי הנראה: עוד תפס על הרב בית יוסף בסימן ט"ל שכתב שדעת הרא"ש ז"ל בתשובה סימן ל"ד כלל ג' דאם מחה בעדים מלכתוב דאין לו דין שטר כלל דאינו כן משום דנדון דהרא"ש הוי כמו על מנת שתכתבו את השטר. ולי נראה דאעפ"י דמהנדון ההוא אין ראיה מכל מקום מלשונו שכתב שם דכיון שנתבטל השליחות ושלא כדין נכתב הוי חספא בעלמא משם נלמוד דכיון שבטל שליחות העדים שעשאה שלוחים לכתוב והם כתבו שלא כדין הוי חספא בעלמא:

ולענין דינא אני מסכים עמו בפטור ה"ר שלמה הנז' משום דיצא ערב בדבר שאין לו קצבה ודעת הרמב"ם ורבותיו דאינו מועיל אע"פ שבסוף חלק א' מפסקי מהר"י ן' לב פירש פירוש אחר דרבותיו של הרמב"ם פליגי עליה בערב מכל מקום לרב המגיד אנו שומעים שכתב דמודו ליה אפילו בערב וכיון שכן יוכל ה"ר שלמה לומר קים לי כוותייהו וכל שאר הדברים שפלפל הם חיים טובים וקיימים:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעא

שאלה ראובן השכיר לשמעון בתים ידועים בשטר לכל משך זמן שירצה שמעון לדור בהם ונכנס שמעון ועמד כמה שנים בבתים הנז' ויהי כי ארכו הימים בא ראובן המשכיר וחרחר ריב עם שמעון כדי לגרשו מהבתים ושמעון לא היה רוצה לצאת מהבתים הנז' ורבו ביניהם המריבות עד שנתרצו וברורו שני דיינים רשומים מחכמי שלמי העיר וקיימו וקבלו בקנין ושבועה חמורה לקבל גזרת' בכל מה שיגזרו הן למכור חזקת הבתים לשמעון בסך שיגזרו והן להשכירם נו כפי מה שיראה בעיניהם של דיינים ואחר אשר שמעו הדיינים הנז' טענות הכתות הנז' גזרו שימכור ראובן לשמעון החזקה הנזכר' בסך ידוע ושיחייב שמעון לקנותם באותו סך וסברו וקבלו הכתות הנזכרים גזרת הדיינים ומכר ראובן הבתים הנזכרים לשמעון בעד אותו הסך מכירה גמורה בשטר והחזיק שמעון בבתים עד היום. ויהי היום בא ראובן וחוזר לחרחר דברי ריבות על המכירה הנזכרת ואומר שמסר מודעא על המכירה הנזכרת באמרו שהיה אנוס ושטר המודעא בידו כתוב וחתום מעדים מעידים שהכירו באונסו. ושמעון אומר אני לא אנסתי לראובן כי אדרבה אני בתחלה הייתי יושב לבטח בתורת שכירות ומי הביאני לקנות הבתים הלא טוב לי היותי שוכר כי כל כך שכירות אני פורע עכשיו כמו מאז מקדם ואם כן למה לי להוציא דמי המקנה אלא ודאי שהוא גלגל עלי דברי ריבות כדי שאקנה הבתים הנזכרים וכן מוכח מגזרת הדיינים שכתבו שיחויב שמעון לקנות באותו הסך שנגזר עליו. ועוד טוען שמעון שאם היה הדבר באונס מאחר שהקריבו טענותיהם לפני שני חכמים שלמים הם אתנו ועל פי טענותיהם גזרו מה שגזרו היה לו לראובן להשמיע טענת האונס לדיינים ובלי ספק אם היה אונס בדבר היו פוטרים אותו. ועוד טוען שמעון שבשטר המכירה נזכר בטול מודעות וזה לשונו בבטול כל מיני אופני מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי עד סוף כל המודעות כולן מתחלתן ועד סופן ובפסול כל עדיהן וכו'. ועוד טוען שמעון כי מלבד שטר המכירה הנזכרת יש לו שטר אחר שנתחייב ראובן לסלק כל ערעור שיבא מחמת מערער ידוע בפרט ומכל מערער בכלל הכל בקנין וגם באותו שטר הוזכר בטול מודעות ופסול עדיהן באופן שיש ביד שמעון שני שטרות על המכירה וקיומה ובטול המודעות ופסול העדים. ועוד טוען שמעון שיש בידי כתב כתוב וחתום מגיד שהתרה בראובן כשהיה רוצה לגרשו מהבתים שלא כדין ואמר לו שיחדיו למשפט יקרבו ויקוב הדין את ההר והשיבו שלא היה רוצה לעמוד בדין תורה כי אם

יוליכנו עם השוטר בעש"ג ויתבע לו תביעתו עד שהוכרח שמעון לקנות ממנו הבתים כדי לסלקו מעליו וא"כ מכל הטענות האלה נרא' דאין בטענת ראובן ממש עתה יורנו מורנו הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה אע"ג דמטענות שמעון נראה שלא היה אונס בדבר כמו שבא בשאלה ומה גם משטר ההתראה שהתרה בראובן שיעמוד בדין תורה ולא רצה מכל מקום אם המודעא עשויה בתוקפה וכתוב בה שהכירו העדים באונסי אפשר שהאונס אירע אחר גזרת הדיינים שגזרו לתת הסך ההוא ושמעון לא עשה כגזרתם ואעפ"י כן הוצרך למכור לו מפני האונס שאנסו שמעון כגון שכתוב בשטר שהודה שקבל מעות המכירה משמעון כמו שנהוג בשטרי המכירה שאין כותבי' שבפניהם מנה המעות אנא שהודה המוכר שקבלם אם הדבר כן אפשר שלא קבל ראובן המעות כולם או מקצתם ומחמת האונס הודה שקבלם והוצרך למכור ואע"ג דמדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות מכירה משמע דאעפ"י שלא לקח הדמים בפני עדים מהני כיון שהודה בפני עדים הרי הטור פליג עליה בח"מ סימן ר"ד וכמי שהאריך שם הרב ב"י וכן הראב"ד ז"ל בהשגות ועוד אפילו הרמב"ם לא קאמר אלא בשלא מסר מודעא אבל אם מסר מודעא ודאי דיכול לומר דאגב אונסא הודה שקבל וכמ"ש הרב המגיד בריש פרק עשירי וז"ל ולא אמרינן אגב אונסא קא מודה כל זמן שלא מסר מודעא כמו שיתבאר בפי' זה ע"כ וכן כתב הרמב"ם לקמיה וכן אם הודה בפניהם שלקח הדמים אחר שמסר מודעא על כד אינו חייב להחזיר כלום שהאנס אנסו עד שיודה והעדים כבר ידעו שהוא אנוס ע"כ משמע דכיון דמסר מודעא יכול לומר לא קבלתי המעות אלא מחמת האונס הודתי ואעפ"י שלא יהא מפורש בההיא מודעא שמה שמודה שקבל הוא מחמת אונס אלא שכותב שמוכר באונס והכירו העדים באונסו יכול לומר אח"כ דגם המעות לא קבל. איברא דמדברי מהרי"ק ז"ל בריש סי' הנז' שכתב על דברי הרב המגיד שהבאתי וז"ל ביאור דבריו כל זמן שלא מסר מודעא שלא קבל המעו' שהוא מודה שקבלם מחמת היראה ע"כ משמע דנשמר ממה שכתבתי לדעתו צריך שיפרש בהדיא במודעא שמה שמודה הוא מחמת אונס. מ"מ לע"ד נראה פשט דברי הרמב"ם וה"ה דאין צריך לכך אלא כיון שהוא אומר לפני העדים דעו שאני מוכר באונס והעדים הכירו באונסו יכול לומר אחר כך לא קבלתי המעות ולכן אני אומר כיון שיש ביד המוכר מודעא כתקנה אולי האונס היה אחר גזרת הדיינים דודאי קודם גזרת הדיינים כיון שהם עמדו בדין לא היה שם אונס ואחר כך אנסו שמעון לראובן וכדי שלא נכחיש לעדי המודעא ראוי לומר כן דהרי אנו רואים דיש ליישב דברי העדים שלא יכחישו זה לזה בכל מה שנוכל כדאמרי' בפרק היו בודקין אחד אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה

בחדש דטעו בעיבורא דירחא אם כן ראוי להעמיד דברי העדים בחזקתן ואין הכחשה לדבר ממה שהתרה שמעון לראובן מעיקרא שיעמוד בדין תורה ולא רצה דאולי אחר כך רצה וחזר הדבר בהפך שאנסו שמעון ואפילו שיודה ראובן שקבל המעות הכתובות באותו שטר או שכתוב בשטר המכירה שבפני העדים מנה המעות אפשר דשום דבר אחר שנה שמעון מגזרת הדיינים ולא עשה כמאמרם ואנס לראובן שימכור לו והוצרך למכור מחמת אונסו ואעפ"י שאפשר לומר שכדין אנסו כמו שיתבאר בעזרת האל מ"מ כיון שאין ראיה ברורה על כך אמרינן דסתם אונס שלא כדין הוא אבל אם מודה ראובן שלא שנה שמעון מגזרת הדיינים ונתן לו המעות שגזרו הדיינים משלם או אפילו אינו מודה ראובן אלא שיש עדים על כך ומכל מקום הוא לא היה רוצה למכור אלא ששמעון אנסו בכח הפחדות בדבר שבידו לעשות או שום אונס אחר ושעל כן הוצרך לקיים גזרת הדיינים ולמכור אף עפ"י שמסר מודעא על כך והעדים מעידים שהכירו באונסו שהיה אונס גמור מכל מקום אפילו שנודה לדברי ראובן ולדברי העדים שאנסו שמעון מכל מקום הרי אנסו כדין שיקיים גזרת הדיינים שחייב לקיים בקנין ובשבועה וכיון שאנסו כדין לאו אונס הוא תדע לך דהא בגט אם אנסוהו ישראל לגרש עד שאמר רוצה אני הגט גט וכמו שכתבו כל הפוסקים זכרונם לברכה משמע דלא מקרי אונס וכיון שכן אפי' מסר מודעא על כרחין לא מהני גבי מכירה דבעינן תרתי מודעא ובאונס וכיון דליכא אונס המודעא בטלה והעדים המעידים שהכירו באונסו אינם אומרים אלא שאנסו שמעון לראובן למכור ונודה לדבריהם ונאמר דכיון שיש גזרת דיינים ביד שמעון וראובן מודה או יש עדים על כך שלא שנה שמעון מגזרת הדיינים הרי הודה דאנסו כדין ואין המודעא מודעא והמכירה קיימת ואע"ג דגבי גט הוי שאנסוהו ב"ד לגרש מכל מקום הא קיימא לן בריש פרק המניח עביד איניש דינא לנפשיה וכתבו הטור ז"ל בח"מ סי' ד' וא"כ כיון שזה אנסו להוציא את שלו מתחת ידו שמן הדין היה חייב למכור לו ולא רצה למכור לו הוי כאנסוהו ב"ד לעשות מה שהתורה גזרה עליו דאין זה אונס אבל אין לקיים המכירה מפני הבטולים שיש במכירה כמו שהוזכר בשאלה דהא איכא פלוגתא דרבוות' טובא בכך דלהרמ"ה זכרונו לברכה בעינן שיעיד על עצמו שלא מסר מודעא כמו שכתב הטור בסימן ר"ה מה שאין כן בשטר מכירה זו ולהרב רבינו משה בר מיימון ז"ל בעינן שיאמר הל הדברים הגורמים וכו' מה שאין כן בשטר זה ג"כ. ועוד דהרב מוהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו סי' ל"ד כתב דלא אמר הרמב"ם ז"ל אותו תיקון אלא לענין גט ולא לענין מכירה יע"ש:

איברא דהרב מהר"י ן' לב ז"ל פליג עליה בפסקיו חלק שלישי סימן כ"ח עיין שם ועוד דאע"ג דאיכא פסול ערים דלדעת הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל מהני הרי הקשה עליו הרב רבינו נסים ז"ל ואמר דאם ימסור מודעא על פסול העדים המודעא קיימת ולפיכך כתב שאין לו תקנה ולכך אין לבטל המודעא מטעם זה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי המודעא קיימת או לא אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא ונימא דהמודעא קיימת אבל אם יש לבטלה הוא מהטעם שכתבתי לעניות דעתי ואלו היה מציג השואל לפני נוסח לשון המודעא אפשר היה שיתברר הענין יותר ומכל מקום מה שנראה לענ"ד לפי לשון השאלה כתבתי וחתמתי. הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעב

שאלה ילמדנו רבינו על דבר ראובן שהיה נשוי עם לאה ונפטר לבית עולמו וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והניח בת וכל נכסי עזבונו הנה הנם בביתו ובית דין הק"ק אביהן של היתומה הנזכרת חפצים לשלוח יד בנכסים לחשבון היתומה והאלמנה לאה טוענת שהן תחת ידה בבית שהיתה דרה אי מהניא לה האי תפיסה לעכב הנכסים הנזכרים בעד מזונותיה כל זמן שהם בבית בעלה הנזכר ובית דין של היתומה טוענין שהנכסים בבית אבי היתומה וחפצים לזכות בהם מצד היתומה יורנו מורה צדק הדין עם מי ושכר אדוננו כפול מן השמים: תשובה הריב"ש ז"ל סי' שס"ד וסי' ק"ז כתב דבר ברור הוא כי הנכסים שהם בבית הבעל אעפ"י שכשמת נשארו הנכסים בידה ואהלים כאשר המה אין זו תפיסה של כלום שכל תופס צרין שיתפוס תפיסה גמורה באחד מדרכי הקניות וכתב עוד בסימן ק"ז וא"כ הבית והתיבות והמטלטלין הכל ברשות היורשים ואינה נקראה תופסת מפני תפיסת המפתחות שאין מסירת מפתח קונה וכל שכן תפיסתו וכו'. ועוד כתב שם צריך בתפיסה זו שתתפוס היא בעצמה ולא על ידי אחר אפילו עשאתו שליח וכו' יעויין שם א"כ בנדון דידן שכפי הנראה מדברי השאלה נשארו הנכסים בבית המת והיא לא תפסה אות' וקנאם באחד מדרכי הקניות כגון הגבהה שקונה בכל מקום וכן אם הוציאם מרשות המת שהוא הבית אשר מת שם שהיא בחזקת היורשים והניחם בבית אפר ושכר הבית ההיא או נתנוהו לה במתנה ובקנין או אפילו בדבור בעלמא וכמו שכתב הטור ז"ל בח"מ סי' ר' אז קני לה רשותה אצל משיכה ודאי לא מהניא ברשות המת דלא מהניא אלא בסימטא או בחצר של שניהם וכמו שכתב הטור ז"ל בח"מ סי' קנ"ז ולא מהניא לה אלא הגבהה או קנית רשות כדכתיבנא ואם לא עשתה אחד מאלו אז בית דין ישגיחו על היתומים ויוציאו הנכסים מידה שלא תתפוס בהם וראוי להם לעשות

כן לתועלת היתומים כדכתב הריב"ש זכרונו לברכה בתשובה הנזכרת ואם היא תאמר שתפסה הנכסים ועשתה אחד מדרכי הקניות צריכה להביא ראיה על כך מפני שהדבר בחזקת היורשים הוא שנמצאו בבית העת הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי: הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעג

הן כל ראתה עיני דברי פי חכם הן טובינא דחכימי מרגניתא דלית בה טימי החכם הותיק כה"ר שמואל חוון נר"ו האריך למעניתו ספיר גזרתו ודבריו חיים וקיימים מתוקים מדבש ונופת צופים בענין תפיסה על הספק צדד צדדים רבים ונכבדים מזהב ומפז רב הנחמדים אמרת אלוה צרופה מה יפה כמגדל דוד בנוי לתלפיות בקושיות והויות ראויות רצויות עיני ראו את כל אשר עשה והנה טוב מאד ואף גם זאת אמרתי לברר וללבן הסברות אמרות טהורות דברי חכמים וחידותם יבא שלום ינוחו על משכבותם הרי"ף והרב רבינו משה בר מיימון והרב רבינו אשר והרב מהר"ר שמואל בר ברוך שהביא המרדכי בפ' נערה ודברי הרב הנמוקי בפרקא קמא דמציעא כאשר עם לבבי יחיד ועני עתה באתי במגלת ספר אנכי עפר ואפר:

הרי"ף ז"ל כתב בפרק השואל ושמעינן מינה דליתא להא דאמר רב וכו' אבל אי תפס לא מפקינן מיניה דהוה ליה לאחר תפיסה נתבע ע"כ והרמב"ן ז"ל כתב בעל התרומות בשער ס"ח וכתבו הרב ב"י בח"מ סי' מ"ב דהאי תפיסה שכתב הרי"ף היינו תפיסה ברשות והאי ברשות ר"ל שנתנו לו כדי לפורעו ואין להקשות דא"כ פשיטא כדהקשה הרב מהרד"ך בבית ב' חדר ט' דהאי פריעה ברשות הוי דומיא דמתניתין דבכור דמת בתוך שלשים יום דאמרינן דאם נתן לא יחזיר וכן בפרק האומנין גבי שוכר ספינה וטבעה לה בחצי הדרך דאמרינן שם אם נתן לא יחזיר וברשות דקאמר הרמב"ן בפרק שני דבכורות הוי כי הני דכי היכי דהאב כשנתן הפדיון היה סבור שהוא בן קיימא ועל מנת כן נתן וכן מי שנתן שכר הספינה היה סבור שיוליך היין כל הדרך ועל מנת כן ואלו היה סבור זה שימות תוך שלשים יום לא היה נותן וכן אם היה סבור שוכר הספינה שהיתה טובעת בחצי הדרך לא היה נותן ואעפ"י שבטעות נתן מכל מקום מקרי תפיסה ברשות גם פריעה ברשות שפרע דהי' סבור דהדין מחייבו ואח"כ נודע לו שאין הדין מחייבו אעפ"י שיכול לומר אלו הייתי יודע שאין הדין מחייב לי שאני פטור מספק לא הייתי פורע והוי כאלו לא פרע מ"מ מקרי תפיסה ברשות אע"פ שהתפיס בטעות דומיא דספינה שאע"פ שאלו היה יודע מהטביעה לא היה נותן וכן בבכור אלו היה יודע שימות תוך ל' יום לא היה נותן

ומ"מ מקרי תפיסה ברשות דמה לי טעות שטעה בענין שלא ידע שיארע כן ומה לי טעות שטעה בדין שהיה סבור שהדין מחייבו דדא ודא אחת היא אבל בקרקע אם התפיסה בטעות כי האי שלא ידע הדין לא מקרי תפיסה דברשות' דמריה איתיה וזה הוא טעם חלוק מטלטלין לקרקע לע"ד שנתקשה בעיני החכם הותיק נר"ו לפי פי' הרמב"ן בדברי הרי"ף אעפ"י שהוא רמז כן בדבריו אלא שאני ביארתים יפה לע"ד ועם זה הפי' חלוקים הרי"ף והרמב"ם ז"ל כמו שנבאר דעתו בס"ד:

אבל הרא"ש בפ' כיצד הרגל פי' דברי הרי"ף בכוונ' אחרת שכתב בריש פ' הנז' דלא כתב בעיא דיש שנוי לצרורות משום דהוא סבור דבכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה והך בעיא דסלקא בתיקו לא נפקא לן מידי בבבל אלא היכא דתפס וכיון דתפס גובה חצי נזק משמע דסבור בדברי הרי"ף דתפיסה לענין ספקא דדינא מהני אפילו דתפס שלא ברשות כי היכי דמהני לענין קנסא בבבל אפי' היכא דתפס שלא ברשות דאי לענין קנסא מהני תפיסה שלא ברשות ולענין ספקא דדינא לא מהני אכתי קשה דהוה ליה לאתויי הבעיא ונפקא מינה דהיכא דתפס שלא ברשות אינו גובה אלא רביע נזק אלא דאיכא למידק קצת בדברי הרא"ש דאכתי קשה דבריש פרק המפקיד גבי אותן בעיות דעלו בתיקו גבי כפל כתב שם דנ"מ האידנא אעפ"י שאין דנין דיני קנסות אי תפס לא מפקינן מיניה או אזמיניה לדין לא"י ע"כ. ופי' הרב ב"י בח"מ סי' רצ"ה דהוא ע"פ הוראת הרמב"ם ז"ל דאפשר להיות סמוכים בזמן הזה בא"י ולדון דיני קנסות וא"כ כיון שכן אמאי לא מייתי הרי"ף בעיא דיש שנוי לצרורות דנפקא מינה היכא דאזמיניה לדין לא"י ולא תפס. ואולי יש לומר דהרא"ש ז"ל סובר דהרי"ף אית ליה כההיא הוראה דהרמב"ם ז"ל אף ע"ג דהרא"ש גופיה ס"ל להההיא הוראה אליבא דהרי"ף ליתא ולפי פי' הרא"ש בדברי הרי"ף יסכימו דברי הרי"ף והרמב"ם יחד כמו שנבאר בעה"י ומה שכתב בפ' השואל אי תפס לא מפקי' מיניה הוי אפי' תפס שלא ברשות ודלא כדפי' הרמב"ן דבריו דאיירי בתפס ברשות אלא שקשה קצת על הרא"ש כיון דהוא סובר דפירוש דברי הרי"ף הוי דלא כהרמב"ן אלא דאיירי אפי' תפס שלא ברשות למה כתבם בפרק השואל כיון דהוא סובר דתפיסה שלא ברשות לא מהני לענין ספקא דדינא והשתא אין לומר דנפרש דבריו כמו שפי' הרמב"ן דברי הרי"ף כמ"ש החכם נר"ו מאחר דהוא סובר דאין פי' דברי הרי"ף כן ואעפ"י שהוא כתב שלא כתב שם הרא"ש כן אלא בלשון אפשר אין זה מספיק:

ורבינו ירוחם כתב בנתיב ו' ח"ד גבי שית מאה וזוזא דאי תפס לא מפקינן מיניה אלא בראיה ברורה וכל זה בטלטל אבל בקרקע בחזקת בעליה עומדת ודוקא בדבר דלא עבידא לגלויי כך כתבו התוס' והרא"ש ויש מי שכתב דאי תפס מפקי' מיניה וכו' וראשון עיקר

וכן כתב רב אלפס ע"כ. ונר' דמה שכתב דאי תפס לא מפקינן מיניה היינו ע"כ בתפס ברשות דאי שלא ברשות איך כתב דהרא"ש והתוס' סוברים דמהני הא בפי' כתב הרא"ש בריש כיצד הרגל דתפיסה לא מהני לענין ספקא דדינא אנא ודאי דאיירי תפס ברשות וכיון שהוא כתב דהרי"ף מסכים לדעת הרא"ש נרא' דהוא לא הבין דברי הרי"ף כמו שהבינם הרא"ש דהרא"ש הבין שהרי"ף חולק עמו ואיירי בתפס שלא ברשות כדכתיבנא והוא הבין דברי הרי"ף כמו שפירש' הרמב"ן דאיירי בתפס ברשות ודעתו כדעת הרא"ש אלא שקשה לסברת יש מי שכתב רבינו ירוחם דלפי זה אפילו תפס ברשות לא מפקינן מיניה א"כ מה יעשה לתרץ הנהו דהקשה הרב הנמוקי בפרקא קמא דמציעא מההיא דכור בשלשים וכו' וההיא דטבעה ספינה בדרך וכו' דהוא תירצם דאיירי דתפס ברשות ולדידיה אפילו תפס ברשות לא מהני ויש לומר דהוא יתרץ דהיינו משום דתפס קודם שנולד הספק ואע"ג דאינו מחלק בין תפיסה ברשות לשלא ברשות מחלק מתפיסה אחר שנולד הספק לתפיסה קודם שנולד הספק וזה נראה לי שהוא דעת הסמ"ג בעשין צ"ה שהוא מחלק בין תפיסה דקודם שנולד הספק לאחר שנולד הספק ואינו מחלק בין תפיסה ברשות לשלא ברשות מדהביא ראיה בתפיסה דקודם שנולד הספק מהני מההיא דר"ע דבכור ואי מחלק בין ברשות לשלא ברשות מאי ראיה מייתי מהתם הא התם איירי ברשות וכמו שהקשה החכם נר"ו אלא ודאי דאין הסמ"ג מחלק בכך אלא בין תפיסה דקודם שנולד הספק לאחר שנולד לו הספק ואעפ"י שהחכם לא מצא חבר לסמ"ג בענין זה יש מי שכתב האמור ברבינו ירוחם הוא חברו ורעו כדכתיבנא וכדעתו דעת הסמ"ג ומה שכתב בעשין ע' דמהני תפיסה היינו קודם שנולד הספק ולא הוצרך לבאר אחר שביארו בסימן צ"ה בהדיא ודלא כהרב מהר"ר דוד כהן ז"ל שכתב דדעת הסמ"ג כדעת הרמב"ם ז"ל ומה שכתב בסי' רי"א אין מוציאין מידו על כרחך טעות סופר הוא וצריך לומר מוציאין מידו דהרי כתב דהוא כרבה ורבה מוציאין מידו הוא סבור וכמו שהכריח החכם נר"ו. אבל מ"מ עדיין אין דעתי נוחה בפי' דברי רבינו ירוחם שהוא כתב בחלק הנזכר בתפיסת המטלטלין שלשה סברות הראשונה דבעינן קודם שנולד הספק וברשות בית דין. והשנית ברשות הלוה וקודם שבאו עדים דהיינו קודם שנולד הספק. והשלישית היכא שטוען ברי דמהני אפילו אחר שנולד הספק והוא דעת הרא"ש ואם כן התפיסה שכתב גבי שית מאה וזוזא מאיזה מין היא אי אחר שנולד הספק וטענת שמא לכולי עלמא לא מהני ואי טענת ברי דהמלוה טוען שית מאה זוזי וזוזא הלויתי לך דלהרב רבינו אשר מהני כיון דאיכא טענת ברי מכל מקום התפיסה שכתב הרי"ף בפ' השואל בטענת שמא היא גבי מאה מעי אסתירא וההיא דרב נחמן ואם כן איך הסכים דברי הרי"ף עם

דברי הרב רבינו אשר וצריך עיון נתבאר למעלה דיש חילוק בדברי הרי"ף ז"ל דלדעת הרמב"ן ז"ל דעתו דלא כהרמב"ם ז"ל דאין מועיל תפיסה לספקא דדינא ולהרא"ש דעתו כדעת הרמב"ם ז"ל:

והרמב"ם ז"ל דרכו דבכל ספקא דדינא מהני תפיסה אחר שנולד הספק והסכים עמו הראב"ד ז"ל בפרק שני מהלכות גנבה וכן פוסק הרמב"ם ז"ל ברוב התיקו האמורים בתלמוד זולת בקצת מהם שיש טעם וכמו שכתב הרב המגיד בפ"ג מהלכות מכירה גבי הקנה השדה לאחד ומטלטלין לאחד ובפרק א' מהלכות נזקי ממון גבי כשכשה בזנבה אבל בקרקע לא שייך תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכרב נחמן בפ' השואל דאית ליה הכי וכן פסק בהלכות שכירות פרק שביעי וכת' עוד וכן בעל הבית שאומר לזמן זה השכרתיך והשוכר אומר לא שכרתי אלא סתם או לזמן ארוך על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא בעל הבית נשבע היסת ומוציאו מהבית ע"כ. וכתב הרב המגיד על זה גם זה מהטעם האמור למעלה שקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן הדין בכל מילתא דלא עבידא לאגלויי ע"כ. ויש לתמוה על הרב המגיד דאין דין זה תלוי במילתא דלא עבידא לאגלויי דהרמב"ם ז"ל אפילו במילתא דעבידא לאגלויי איירי הכא דאע"ג דאיכא עדים בדבר שלמחר יבררו הענין מכל מקום קאמר הרמב"ם ז"ל דבעל הבית נאמן משום דהכא איירי דעדיין לא דר שכן כתב ומוציאו מן הבית והיכא דעדיין לא דר ורוצה לדור מכאן והלאה ודאי דכולי עלמא מודו דבעל הבית יוציאו דהוא מוחזק אפילו במילתא דעבידא לאגלויי ולמטה שחילק רבינו בכך הוא אחר שדר דכבר אכל הפירות ולכך אם הוא מילתא דעבידא לאגלויי לא מטרחינן לבי דינא להוציא הפירות שאכל השוכר דהיום או למחר יביא עדים ואטרוחי בי דינא תרי זמני לא מטרחינן אבל היכא שלא דר פשיטא דבחזקת בעליה עומדת ומעולם לא חלק אדם על כן ושמואל דפליג עליה דרב נחמן בגמ' הוא משום שבא בסוף החדש דאז סבר שמואל דלא מפקינן מיניה אבל בבא בתחלת החדש ודאי דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין כאן שום ספק כלל ואין חלוק בין מילתא דעבידא לאגלויי או לא וכעת צריך לי עיון לזה:

ועוד יש לתמוה כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת למה בסוף פרק ה' מהלכות שכירות גבי שתי עליות זו על גב זו דנפחתה התחתונה דהוא בעיא דלא איפשטא בגמרא כתב דלא ידור בבית ומצי המשכיר לדחותו לעליונה ומ"מ אם דר אין מוציאין אותו משם והא קרקע בחזקת בעליה עומדת ויוציאו אותו מן הבית ויתנו לו העליה דבחזקת המשכיר הוא מיהו לזה יש לומר דע"כ קרקע זה משועבד לשוכר אבל לא ידענו אי משום הבית או משום העליה חשבינן להאי שוכר מוחזק כיון דע"כ של משכיר יש לו זכות בקרקע

זה או בבית או בעליה מ"מ למדנו דעת הרמב"ם ז"ל דבכל ספק דדינא אי תפס אפילו שלא ברשות לא מפקינן מיניה:

והרא"ש ז"ל בריש פרק כיצד הרגל ובפ"ק דמציעא משמע דאית ליה דלא מהני תפיסה לספק דדינא וכהני דפסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות גנבה דאי תפס אין מוציאין מידו כתב הוא בפ' מרובה דאם תפס מוציאין מידו משום דלטעמיה אזיל דהוא סבור דאין תפיסה מועיל לספקא דדינא ודלא כהרב ב"י ז"ל שכתב בח"מ סי' שין דטעמו של הרא"ש בכך הוא מטעמו של הראב"ד ז"ל בהשנות ואינו לעניות דעתי דטעמו של הראב"ד ז"ל הוא משום דהוי קנס ואין אדם זוכה בו עד שעת העמדה בדין אבל בתיקו דממון מודה להרמב"ם ז"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה אבל הרא"ש ז"ל אזיל לטעמיה דסבור דאין תפיסה מועיל לספקא דדינא כדכתיבנא ומ"מ איכא לאתמוהי טובא עה שתמה החכם על דבריו במה שהביא ראיה בפ"ק דמציעא לומר דלא מהניא תפיסת הספק בטענת שמא מההיא דרב נחמן דאמר גבי חדש העיבור דקרקע בחזקת בעליה עומדת דשאני התם דהוי קרקע ולא הוי תפיסה ואפילו בטענת ברי לא מהניא תדע לך דבפ' המקבל גבי ההוא שטרא דכתיב ביה שנין סתמא פריך מהא דרב נחמן והתם טענת ברי הוי דהלוה טוען ברי דהוי שלשה ומ"מ פריך מדרב נחמן משמע דרב נחמן טעמיה משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואיירי אפילו בטוען ברי ויש לי לתרץ לזה דהרב הנמוקי הקשה שם בההיא דפרק המקבל דהא שטרא מסייע לממשכן דשנין תרי משמע כדאמרינן גבי סלעים דינרים ותירץ דכיון שהניחו לוה למלוה לאכול פירות של שנה שלישית אתרע ליה סהדותא דשטרא ע"כ. ואפשר דמשום הך דשטרא מסייע למלוה לא חשבינן לטענת דלוה כברי וכן לא חשבינן לטענת מלוה טענת ברי גמור משום דהניחו לאכול פירות של שנה שלישית וא"כ הוי כאן כשמא ושמא ולכך אינו מועיל תפיסה אבל בברי מהני תפיסה דאעפ"י דקרקע בחזקת בעליה עומדת הרי הוא תפס השכירות שכבר דר בבית וגם בההיא דשנין סתמא כבר אכל הפירות וההיא דכור בשלשים סאה בסלע דאמרי' ראשון ראשון קנה אע"ג דהוי טענת ספק ותירץ הרא"ש דשאני התם דתפס ברשות כדכתב הרב הנמוקי בפ"ק דמציעא וכן ההיא דמרא למרפק ביה פרדסי דפרק השואל דאזלינן בתר דתפיס ומשום הכי רפיק ואזיל כל פרדסי דאית ליה והוקשה להח' מהר"ר דוד ן' לב ז"ל בפסקיו אבי' ח"א דף נ"ג דכיון דליכא טענת ברי אמאי מהני תפיסה דלהרא"ש דאינו מחלק בין קודם שנולד הספק לאחר שנולד הספק אין הדבר תלוי אלא בטענת ברי ובטענת שמא לא מהני תפיסה יש לתרץ דשאני התם דתפס ברשות כי היכי דתריץ הרב הנמוקי יוסף כל הני דהקשה בפ"ק דמציעא ולהכי מהני אע"ג דהוי טענת

שמא וכדמשמע מההיא דכור בשלשים וההוא דבכור דרבי עקיבא דאמר אם נתן לא יחזיר משום. דהתפיסו ברשות:

וכי תימא א"כ מאי מייתי ראיה הרא"ש מההיא דרב נחמן הא התם נמי תפס ברשות וכמו שכתב הרב הנמוקי ז"ל בפ"ק דמציעא יש לומר דבשלמא אם הוא מטלטל כמו מרא ודאי דזה מקרי ברשות שברשותו נכנס בידו ועדיין הוא בידו אבל בקרקע אין כאן תפיסה ברשות דאחר ששלמו החדשים שהשכיר לו קרקע ברשותיה דמריה איתיה ולא מקרי דהוי בידו של שוכר ואעפ"י שכבר דר ותפס דשכירות לא מקרי תפס ברשות וחולק הרא"ש ז"ל בהא על הרב הנמוקי וכבר כתב קצת מזה החכם הפוסק נר"ו:

מ"מ נתבאר דעת הרא"ש ז"ל דתפיסה ברשות מהני אפילו דטעין טענת שמא אבל היכא דטעין ברי אפילו שלא ברשות ואחר שנולד הספק מהני דבטענת ברי משמע דתלי הרא"ש ז"ל למלתיה וכמו שכתב החכם מהר"ר דוד ן' לב ז"ל בספר הנז': הרב מהר"ר שמואל בר ברוך שכתב המרדכי בפרק נערה אפשר דאית ליה כדעת הרמב"ם דתפיסה אחר שנולד הספק מהני וכמו שכתב הרב בעל התרומות בסימן שנ"א שנראה דעתו כן או אפשר דדעתו כדכתב הר"י קולין ז"ל בשרש קס"א דחשיב ליה לקים לי כרש"י ז"ל בטענת ברי ויש להביא ראיה לזה קצת מהא דקיימא לן גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו דעביד כרב ושמואל עביד דעביד כרבי אלעזר עביד וכתב הטור בח"מ סימן ק"ח דאם קדמו יורשי המלוה ותפסו אין מוציאין מידם וכדבריו כתב בעל התרומות בשער י"ג בלי שום חולק ואע"ג דבעל התרומות נראה דאית ליה כהרמב"ן ז"ל דאין תפיסה מועיל לספקא שכתב דבריו בסתמא בשער ס"ח מ"מ כתב גבי הא דאין אדם מוריש וכו' דאין מוציאין מן יורשי המלוה אם תפס והא החם ספקא הוי הלכתא כשמואל או כר' אלעזר אלא ודאי משום דהתופס יאמר קים לי כר' אלעזר דהיינו יורשי המלוה שתפסו והוי הך כטענת ברי זה נראה קצת ראיה לדעת הרב מהר"י קולין ז"ל בפי' רבינו שמואל בר ברוך ז"ל:

והרב הנמוקי ז"ל בפ"ק דמציעא האריך מאד בענינים אלו ודקדק החכם נר"ו עליו יפה דודאי אין לדמות ההיא דתקפה א' בפנינו לכל תיקו שבתלמוד דהתם כיון שזה תפוס בחצי וזה תפוס בחצי אם תקפו והוציאו מידו ודאי דמוציאין ממנו דחזקה כל מה שביד האדם הוא שלו אבל בספקא דדינא לא שייך לומר כן וכבר כתב הוא עצמו כן בפרק האשה שנתארמלה בפי' כתיבת יד נרא' שחזר כן ממה שכתב כאן שדמה הענינים וכן כתב שם דזמנין דתפסה מאתים איירי דתפס שלא בעדים דאל"כ לא מהני דודאי חזקה מה שביד האדם הוא שלו ואין לדמותו לכל תיקו שבתלמוד כמו שדמה בפ"ק דמציעא

וכמו שהאריך החכם נר"ו שהביא לשונו. ואף גם זאת תמהתי עליו דההיא דשנין סתמא דחלק בפרק המקבל בין עבידא לאגלויי להיכא דלא עבידא הוי בטוען טענת ברי וכן ההיא דתרי ותרי דפרק האשה שנתארמלה וכיון שכן שייך שפיר לחלק התם בין תפיסה שלא בעדים לתפיסה בעדים דשלא בעדים מהימנינן ליה במגו אבל בעדים ליתא מגו אבל בספקא דדינא לא שייך מגו כיון דלתופס עצמו הענין מסופק. וכן ראיתי לרבינו ירוח' בנתיב ו' שכתב דההיא דתרי ותרי הוי דתפס שלא בעדים וכן נראה מדברי הרב הנמוקי ז"ל בין בכלל שנתן שכתב כללא דספקא בין מה שכתב תחלה דרך תרי ותרי דלההיא דשנין סתמא ספק מחמת הדין ולא ספק מחמת העדות ואין לחלק בהם בין תפיסה בעדים לשלא בעדים ולא נתבררו לי דבריו וצ"ע. ומ"מ למדנו דעתו נוטה לדעת הרמב"ם ז"ל דתפיסה אחר שנולד הספק לא מהניא כלל אלא היכא דתפס ברשות וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בשמו בפ"ק דבכורות אלא שהרב הנמוקי האריך וחלק עוד חלוקים דקים יע"ש לזה ראיתי ונתון אל לבי לכתוב מעט מהרבה ממה שיש לי באלו הענינים ועוד חזון למועד אשוב להעמיק יותר בעיון ואכתוב עוד בדברים אלו כאשר עם לבבי בענינים עמוקים והדברים ארוכים:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעד

שאלה ראובן אמר לשמעון סרסור יש לי ה' טישטיש משי לך ומכור אותם לי והבא לי המעות ונתן לו מיד השלשה טישטיש והלך שמעון הסרסור ומכרם ללוי וקודם שפסק השער עמו בא ואמר לראובן אם היה רוצה למכור המשי לערך כך מעות והשיב לו ראובן לך אצל יהודה ואמור לו אם ירצה ליתן המשי בזה הערך כי לו את' צריך לשאול ערך המשי אז הלך שמעון אצל יהודה ושאל ממנו אם היה רוצה ליתן המשי באותו הערך והשיב לו לך תן המשי בערך שאמרת והלך שמעון ופסק השער עם לוי ונתן לו הג' טישטיש ועשה עמו לתת לו שנים אחרים אח"כ שאל שמעון מראובן השני' אחרים להשלים המקח עם לוי אז אמר לו ראובן לך ג"כ אצל יהודה שיתן לי הב' טישטיש שיש לי בידו ולקח שמעון השנים טישטיש מיד יהודה כמאמר ראובן ונתנם לו אחר כך תבע ראובן המעות מלוי והשיב לו לוי זה המשי היא של יהודה שכן אמר לי שמעון שאתה שלחת אותו אצל יהודה לשאול ממנו ערך המשי ומכאן אני צודק שהיא שלו ויהודה הנזכר חייב לי מעות בעד טישטי אחד והרי אני נשבע שחייב לי כך מעות אז השיב לו ראובן אמת שאני שלחתי לשמעון אצל יהודה לשאול ממנו ערך המשי אבל אינה

שלו שאני קניתיה ממנו מקדמת דנא ונתתי לו המעות בערך יותר ממה שאתה קנית וכשראיתי שהיה אונאה בה אמרתי ליהודה תרעומת דברים והשיב לי יהודה הנז' אם אין אתה רוצה אותה בערך הנז' וגם היא רעה בעיניך מכור תמכרנה בכסף ומה שיפחות ממה שנתת לי עלי לשלם ובטענה זו נתתי הטישטיש למכור ביד שמעון וכשראיתי שהשיב ליתן לי פחת הערך ממה שאני לקחתי מיהודה לכך אמרתי לשמעון שילך אצל יהודה אם היה רוצה ליתנה ולהפסיד כ"כ מעות אבל מעות המשי שלי הם כמשפט המקח וממכר הנעשה בין הסוחרים ולו משפט הפחת ומידי אין לטרוף מה שיהודה חייב לך ושמעון איש הביני' אינו מכחיש לא לראובן ולא ללוי כי כמו כן דבריו ויהודה ג"כ מודה דברי ראובן ואומר שמכר לראובן קודם המשי וקבל מעותיו אלא שהפחת היה לו לפרוע כדברי ראובן וכנגד לוי מכחיש לו ואומר שאינו חייב לו כלום כי מה ששואל ממנו כבר פרע לו ואם ירצה לוי שישבע שבועת היסת שאינו חייב לו כלום כדין התובע לחברו מלוה על פה ולוי טוען שיש לו תחת ידו ממנו שהוא רוצה להתפרע ממה שתחת ידו שהמשי הוא של יהודה ומה שאמר ראובן שקנה אותה מיהודה לאו כלום דלאו כל כמיניה לומר כן ובודאי עשו קנוניא ביניהם וראובן אומר דאינו צריך לישבע שלא עשה קנוניא כי אין כאן לחשש קנוניא יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול ומכופל מן השמים:

תשובה ודאי שבטענת לוי הבאה בשאלה אין בה ממש כי מה שאמר שהוא צודק שכיון שאמר ראובן לשמעון לך אצל יהודה ושאל ממנו ערך המשי שהמשי של יהודה זו אינה טענה מכמה טעמי חדא שאפילו היה אומר ראובן לשמעון בפירוש לך אצל יהודה ושאל ממנו ערך המשי שהיא שלו היה יכול ראובן לטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי ואפי' לא טען אנן טענינן ליה כמבואר בדברי הטור בסימן ל"ב וסי' פ"א לדעת הראב"ד והרא"ש כ"ש בנ"ד שלא אמר בפירוש שהיא שלו ומתרץ דבוריה דודאי טענתיה טענה ויפה פי' דבריו ועוד דראוי להאמינו במגו דאי בעי לומר שלא להשביע את עצמי הודיתי ועוד דבטור ח"מ סי' ס' גבי ראובן הלוה מעותיו ללוי ובשעת ההלואה אמר שיחייב עצמו בקנין כתב שם וז"ל אפילו היה עניינו בסתם ושמעון מערער ואומר אעפ"י שלא היה הממון שלי זכיתי בו מאחר שצוית ללוי להשתעבד לי בקנין ונכתב השטר על שמי הרי נתת אותו לי אין ממש בדבריו הואיל ואמר ראובן שיתנו השטר נידו ולא לשמעון הרי גלה בדעתו שאינו לא לשון זכיה ולא לשון הודאה שהיה של שמעון וכו' ע"כ. וכד מעיינת בנ"ד עדיף מההיא דהתם אעפ"י שכתב השטר על שם שמעון כיון שאמר שיתנו לו השטר גלה בדעתו שאינו לא לשון זכיה ולא לשון הודאה כל שכן בנדון דידן שלא

אמר לו אלא שישאל הערך ליהודה והמעות צריך ליתן לראובן שודאי אין כאן לשון זכיה ולא לשון הודאה שהיא של יהודה: איברא דקשה לי טובא בדברי הטור דבמ"ש גלה בדעתו שאינו לא ל' זכיה ולא ל' הודאה משמע דאפי' היה מערער שמעון ואומר ההלואה נעשי' מממוני לא כל כמיני' דכיון דכשהלוה ראובן המעות אמר שיתנו השטר לידו גלה שאינו מודה שהמעות של שמעון ומדרך אמנ' עושה כן ובסוף דבריו כתב הטור וכיון ששמעון הודה שלא נעשית ההלואה מממונו כופין הלוה וכו' נרא' דאם היה אומר שמעון שההלואה נעשית מממונו לא היה נאמן ראובן וזה סתר דבריו הראשונים שכתב שאינו ל' הודאה דמשמע דאין כאן הודאה שמודה שהמעות של שמעון ותו קשיא כיון דהעור ז"ל קא עסיק היכא דשמעון מודה שההלואה לא נעשית מממונו אלא טוען מטעם זכיה למה ליה למימר שאינו לא ל' זכיה ולא ל' הודאה למה לן גלוי דעת שאין המעות של שמעון הא הוא מודה בפיו אלא שהוא טוען מטעם זכיה ולא היה לו לומר אלא גלה בדעתו שאינו ל' זכיה לבד ותו קשיא למה לי גלוי דעת שאינו ל' הודאה אפילו שהיה מודה נימא שלא להשביע את עצמו הודה. מיהו לזה י"ל דכולי האי לא הוה עביד לעשות שטר על שם שמעון שלא להשביע את עצמו ודמי למאי דכתב הטור בשם אביו בסי' פ"א דהיכא דכתב בכתב ידו שחייב מנה לפלו' אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמו הודה דכולי האי לא הוה עביד ולקושיא שניה י"ל דאע"ג דשמעון אומר שלא מממונו נעשתה ההלואה אם היה מודה ראובן שהוא של שמעון היינו אומרים דאפשר דנתן לו לשמעון כגון שזיכה לו ע"י אחר והוא לא ידע וכמו שכתב הטור לעיל בשם הראב"ד ומי שהודה על עצמו שנתן אין בודקין אחריו האיך נתן ויש לנו להעמיד השטר בחזקתו ולומר שזיכה אותם לו על ידי אחר לכך כתב שאינו לשון הודאה אבל לקושיא ראשונה צריך לי עיון וכבר חפשתי מקום מוצא של דין זה בבעל התרומות וגם שם לא הונח לי ואפשר לומר דאם היה אומר שמעון דממונו נעשתה ההלואה ודאי דהדין עם שמעון דאין אנו צריכין להודאת ראובן ואף על פי שראובן לא הודה מ"מ מעשיו מוכיחים שהוא ממון שמעון כיון שעשה השטר בשם שמעון אבל השתא דשמעון אומר דאינו ממונו מטעם הודאת ראובן אין לחייבו מכל מקום למדנו דאין זה ל' הודאה מה שאמר ראובן לשמעון שישאל ליהודה ערך המשי:

אך מטעם אחר היה אפשר לזכותו לכאורה דהשני טישטיש שנתן יהודה לסרסור הם בחזקתו דנהי דהג' שנתן ראובן הם בחזקת ראובן ואף על פי שאמר שישאל הערך ליהודה אין זו הודאה שהם של יהודה כדכתיבנא מ"מ השנים שיצאו מתחת יד יהודה הם בחזקתו וכדכתב הרמב"ם ז"ל בריש הלכות מלוה טען הלוה המטלטלין אלו שביד'

אינן שלי אלא פקדון הם בידי או שאולין וכו' אין שומעין נו או יביא ראיה או יגבה מהן בעל חובו ע"כ. א"כ ה"נ אעפ"י שיהודה מודה לראובן שהם שלו אינו נאמן וקנוניא עשו ביניהם וכן כתב הטור בסי' צ"ט דכל הנמצא בבית האדם אנו מחזיקין שהוא שלו עד שיתברר בעדים שאינו שלו וכו'. איברא דאיכא למידק בדברי הרמב"ם ז"ל אמאי לא מהימנינן ליה במגו דאם היה רוצה מחביאן או היה נותנן במתנה ע"מ להחזיר והיה מחויב המקבל להחזיר לו ולא שייך כאן תירוץ ה"ה ז"ל שתירץ במה שהקשה הוא על הרמב"ם ז"ל וכ"ת הרי שבפ' ב' כתב רבינו שכולל בשבועתו שלא החביאן ושלא נתן מתנה ע"מ להחזיר ולא היה יכול לעשות כן זה אינו כלום דשבועה זו תקנת גאונים והשתא רבינו מדין התלמוד קא עסיק ועוד דא"כ השתא נמי נהמניה בשבועה דשאולים או שכורים מגו דאם היה מחביאן יהיה נאמן בשבועה וגם אין לו' דהרמב"ם איירי אחר שיצאו המטלטלין בב"ד וכיון שכן אין אומרין מגו אם היה מחביאן קודם כיון דהשתא אינו יכול להחביאן דא"כ קושית ה"ה ז"ל ג"כ ליתא דאיך יכול ליתנם במתנה אחר שיצאו בב"ד להכרחה קא מכוון ומתנתיה לאו מתנה אלא ודאי אמרי' מגו שיכול ליתנם קודם שיצאו בב"ד ולתירוץ הרמב"ן ז"ל שכתב הרב המגיד א"ש הכל אבל לפי דעת הרב המגיד קשה וכבר יש לי בזה תירוץ ואין כאן מקום להאריך. מ"מ למדנו דכל מה שביד האדם הכל הוא בחזקתו א"כ היה נראה דיכול לוי לתפוס טישטי אחד מן השנים שלקח הסרסור מיהודה שהם שלו וכד מעיינינן אשכחינן דלאו מילתא היא דאלו הב' טישטיש לא תפסם לוי מתחת יד יהודה כדי שנאמר דודאי דהם שלו אלא מיד הסרסור לקחם והסרסור אומר שלקחם מיהודה במצות ראובן שאמר לו לך אצל יהודה שיתן לי הב' טישטיש אשר לי בידו וכן עשה יהודה ובעת מסירתם לסרסור בתורת ממון ראובן מסרם בידו נמצא שכשיצאו מתחת יהודה ובאו ליד הסרסור ממון ראובן היה ועתה שתפס לוי מיד הסרסור תופס מיד ראובן מקרי דהסרסור שלוחו של ראובן היה ועוד דכשנתן יהודה הב' טישטיש של ראובן לסרסור בעת ההיא לא היה חייב לאחרים דלא היה מחויב ללוי כלל ובשבועתו היה נאמן כדין מלוה ע"פ ועוד היום אומר שרוצה לישבע אותה וכיון שבאותה שעה לא היה חייב א"כ הודאתו בעת ההיא שהם של ראובן הודאה היא וכדכתב הרשב"א בתשובה הובאה בב"י ז"ל סי' צ"ח ואעפ"י שאלו היה עכשיו ביד ראובן לא היה נאמן דכל שנמצא בידו חזקה אינו של אחרים וכדמוכח בהאומר שטר אמנה הוא הכא שאני שבאותה שעה לא היה עדיין חב לזה ע"כ. א"כ בנ"ד נמי נימא הכי ואפילו שבועה ודאי אינו צריך לישבע ראובן שכדבריו כן הוא על מה שטוען לוי שקנוניא עשו ביניהם וכדכתב שם הרשב"א בתשובה הנז' על טענת קנוניא וז"ל כבר

ידעת שאין משביעין היסת על טענת שמא וזו טענת שמא היא דמאין הוא יודע וכו' ה"נ נימא הכי כיון דאין כאן טענת ברי אינו מחויב לישבע ומ"מ אם רצה לוי להחרים חרם סתם ודאי דהרשות בידו וכמו שכתב שם הרשב"א בסוף אותה תשובה אבל אם רצה להחרים סתם כל מי שיש בידו נכסים מראובן שיביא לב"ד הרשות בידו וכו': הכלל העולה דאין בטענת לוי ממש ופטור ראובן משבועה וישלם הה' טישטיש לראובן ואם יש לו תביעה ע"פ עם יהודה ישבע לו יהודה ויפטר הנראה לע"ד כתבתי:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעה

שאלה ראובן שמעון ולוי אחים היו שותפים. בכל ענייניהם והיה ראובן עומד בוויניציא"ה על עסק השותפות וגם היה עושה פאטוריאש לאחרים בכלל השותפות ויהודה שלח לו סחורה וראובן קבל הסחורה ומכרה ולקח בתמורה בגד אחד וכ"כ דאמאשקוש ובתוך כך היתה עומדת ספינה א' על הנסיעה וכדי לשלוח מהרה הריטראטו הוכרח לעשות באלה א' ושם הדאמאשקוש עם הבגד מסודר באופן נאה בבאלה כדי שלא ירגישו בדאמאשקוש להצילו מן המכס וכך היה שהצילו מהמכס וכן עשה באופן זה באלה אחרת לאיש אחר ושלח אותם יחד קשורות וחתומות לספינה בגונדולה א' ודרך בעל הגונדולה להראות הבוליט"ה מהמכס במקום אחד מיוחד מהשררה ושכח ועבר משם ולהלאה ורדפו אנשי נוגשי אותו המקום ותפשו הבאלאש מהגונדולה ועכבו אותם לילה א' וראובן לא ידע מאומה עד הבקר ומיד הלך והוציא הבאלאש ושלחם והגיע הבאלה ליד יהודה קשורה וחתומה כמו שהיה כתוב בכתב ראובן וכנראה שלא מצא חתיכה אחת מדאמאשקו שהיה כתוב בכתב ראובן ומיד כתב לראובן תלונות ותרעומות עד שהוכרח ראובן להשיב לו כדי לפייסו וכדי שלא יעכב ידו מלשלוח לו פאטוריאש שבע"ה הוא יבא לביתו ויעשה עמו כל האפשר על חתיכה זו ובתוך זה הזמן נפטר ראובן בוויניציא"ה והניח יתומים קטנים ובא יהודה לתבוע מהאחים השותפים הנז' שיפרעו לו החתיכה וטוען כנגד הנפטר שפשע במה ששם כ"כ דאמאשקו עם בגד א' בבאלה א' שאין כן דרך הסוחרים ושהיה זה סבה שהרגישו שהיו שם דאמאשקוש ומצאו מקום לגנוב החתיכה בדרך או נוגשי המקום גנבוה שם עוד טוען פשיעה אחרת שאחר שהוציא הבאלה הנז' מיד נוגשי המקום היה לו לפתות הבאלה ולראות אם לקחו דבר. עוד טוען שהנפטר כתב לו שהוא יבא לביתו ויעשה כל האפשרות בדבר הזה והוא לא בא אלו הם טענות יהודה. והאחים טענו בעדם ובעד היתומים שמה

ששם כ"כ דאמאשקוש בתוך באלה א' היה לתועלתו שהספינה על הנסיעה ולא רנה לעכב הריטראטו וכמו כן עשה לאחרים ועוד שהיה אפשר להנצל אותם מהמכס כמו שכן היה ועוד אפשר שמסתמא אין אדם עושה פשיעה ואולי ראה כתב שלו שישלח לו בכל אופן והוכרח ע"פ כתבו לעשות כן ועל מה שאמר שפשע במה שלא ראה אם חסר דבר אחר שהוציאה מיד נוגשי המקום שעכבוה טוענין שאפשר שכן היה שראה ומצא הכל בשלמות דמסתמא לא פשע ועוד דאפילו שנודה שלא ראה ובדק אין זה פשיעה שכיון שהיו נוגשי המקום עומדים ע"פ דינם וחזקם ודאי שיראים לעשות כל עול. ועוד שאחר שראה הבאלה קשורה וסתומה כמו שהיה לא היה שם חשש ואולי בדרך נעשה הגנבה וגם שיש לזה אמתלאות כפי הנשמע שבקורפו עשה הקונסול הגנבה ועוד טוענים שמי יאמר שלא מצא הכל בשלמות כיון שהודה שהיתה הבאלה קשורה וחתומה ועליו להביא ראיה להוציא מן היתומים ואפילו שנודה שהוא לא ידע ממנה דבר אולי אנשי ביתו איזה מהם או נער שלו לקח אותם אחר שבאה הבאלה לביתו ומה שטען שהנפטר כתב לו כתב הנז' אין בזה שום חיוב שכדי שלא יפסיד הפאטוריא' וכדי לפייסו כתב כן ואם היה בא לביתו היה עומד עמו בדין ובטענות והיה מציל עצמו ממנו. ועוד טוענין שאפילו שנודה שכן היה שהרגיש הנפטר שעשה פשיעה אולי ע"י כתביו מתרעומות שלח לו משם כל מה שהפסיד ועליו הראיה עתה יורנו מורנו אם טענות האחים הם טענות תשובה כל דברי יהודה שטוען על שמעון ולוי ויורשי ראובן כפי דין תורתנו הקדושה ודאי דאין בהם ממש דאין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה ואפילו הוציא כתב ידו על היתומים אינו גובה מהם וכמו שכתב הטור בח"מ סי' ע"ט וטעמא משום דמצי אבוהון למיטען פרעתי אליבא דרובא דרבוותא וכיון שכן טענינן ליתמי מאי דמצי למיטען אבוהון וגדולה מזאת כתוב בתשובות מיימוניות סי' ל"ח דספר משפטים שאפילו כתוב בכתב ידו שלא יהא נאמן לומר פרעתי לגבי יורשים לא מהני נאמנות וטענינן להו דילמא פרע להו אבוהון והרב בעל התרומות בשער י"ג נראה שדעתו כן שכתב גם יש לברר אם כתב בכתב ידו שהאמינו עליו ועל יורשיו מת דינו מי אמרי' כיון דאין בו עדים נא אמרי' שטרך בידי מאי בעי או דילמא כיון דאית ביה נאמנות אמרי' ליה אם איתא שטרך בידי מאי בעי ומסתברא דודאי מהני ולא מהימן לוה בשבועה ואפילו מיתמי גבי נמי בלא שבועה ע"כ. ואיכא למידק אמאי נקט נאמנות עליו ועל יורשיו לישמועינן רבותא היכא דלא הוי נאמנות אלא עליו לבד אלא ודאי משום דבעל התרומות בעיא דקא בעי הוא לגבות מיתמי דבתחלת דבריו התחיל ואמר והיכא דאפיק מלוה כתב יד לוה על יתמי הלוה בהא ודאי מסתברא שאינו גובה בו מיורשיו

ואף ע"ג דקא מודה דחתימת ידיה דאבוה הוא וכו' ובתר הכי כתב גם יש לברר אם כתב בכתב ידו וכו' כמו שכתבתי לשונו לעיל משמע דכוונתו כששואל דיש לברר הוא לענין לגבות אפילו מיתמי ולכך נקט נאמנות על יורשיו דאי לא ודאי לא גבי מיורשיו וכדברי תשובות מיימוניות:

אבל מ"מ לשון הטור ז"ל בסי' ס"ט קשה שכתב וז"ל ואם כתב בו נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו ונתקיים בב"ד או שיש עדים שהוא כתב ידו שוב אינו נאמן לומר פרעתי שאלו פרעו לא היה מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות ע"כ. וכיון דאיהו לא עסיק אלא לענין, הוא עצמו אם נאמן לומר פרעתי או לא ולא איירי בדין היורשים כלל למה הזכיר נאמנות עליו ועל יורשיו בנאמנות עליו לחוד סגי שלא יהא נאמן לומר פרעתי. ואולי הטור נמשך אחר לשון כה"ת והזכיר נאמנות על היורשים לומר דאפילו לגבי יורשים מהני האי כתב ידו מפני שאביהם לא היה יכול לומר פרעתי ולכך גובה אפילו מהם אף עפ"י שלא נתבררו דברי הטור יפה והם סתומים ומ"מ ק"ק דהטור בסי' ק"ח כתב ואפילו יש לו כתב יד אביהם אין גובין מהם שאלו היה חי אביהם היה נאמן לומר פרעתי ואנן טענינן להם ע"כ. ולפי זה הטעם שנתן שם הטור אפילו שלא יהיה הנאמנות אלא עליו לבד יכול לגבות מהיורשים דהא לא היה אביהם יכול לטעון פרעתי דאלו פרע לא היה הניחו בידו כיון שיש בו נאמנות וכדכתב הטור בסי' ס"ט וליכא כאן טעמא דפטר להו הטור ליורשים אלא שיש לומר שהטור נתן טעם מספיק לדין ההוא לבד אבל כשיש בו נאמנות עליו לבד איכא טעמא אחרינא לפטור ליורשים דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים וכמו שהאריך שם מהר"ם ז"ל בתשובות מיימוניות ע"ש:

מ"מ למדנו דאפילו הוציא על היתומים כתב ידו ואפילו שיש נאמנות עליו אינו גובה מהם כ"ש בנ"ד דאין כאן כתב ידו מהודאה של חיוב דלא כתב אלא שכשילך לביתו יעשה כל האפשר ואין לשון זה מורה על חיוב כלל ומה גם לגבות מיתומים קטנים ואפילו משמעון ולוי השותפים ודאי דאינו יכול לגבות דאפי' תימא דהם ערבים בשבילו כי היכי דבכ"י לא גבי מהיורשים דילמא פרע ה"ה דלא גבי ג"כ מהערב מהך טעמא גופי' דילמא פרע ליה הלוה דאלו היה יכול לגבות מהערב היה יכול לגבות מנכסיו אחר מותו דנכסוהי דאיניש אינין ערבים ביה וכן מבואר בדברי הרמב"ם בפרק כ"ו מהלכות מלוה מי שהיה ערב לחברו במלוה ע"פ ובא המלוה לתבוע את הערב והרי הערב וכו' אומר לו הערב הבא ראיה שלא פרעך וכו' וכתב ה"ה דאפי' מן הקבלן אין נפרעין דכיון דאין כאן שפר יש לחוש לפרעון כיון שהלוה היה נאמן בשבועתו בלא שובר וכו' ע"כ. א"כ למדנו דבכתב ידו שנאמן בשבועתו לומר שפרע אין גובין אפי' מן הקבלן ודברים פשוטים הם

וכל זה אפילו היה כאן כתב ידו כ"ש דאין כאן חיוב כדכתיבנא והפשיעה אינה מבוררת כ"כ ואפילו שיהא פשיעה אולי כתב לו שום כתב ונתן לו רשות יהודה כמבואר בשאלה וכן שאר הטענות הבאות בשאלה בודאי דראויות לפטור את לוי ושמעון ויתמי ראובן מדין תורה בלי שום פקפוק כלל:

אבל מ"מ יש מקום עיון דהריב"ש בסי' קכ"ח גבי ראובן שהלך למ"ה והניח לחצרון שישתדל בסחורה בעבורו לשלוח לו סחורות ולקבל הסחורות שראובן שולח לו ומוכרם ומת ראובן והראה חצרון בכתביו של ראובן ששלח לו סחורות הרבה יותר ממה ששלח ראובן לו דודאי כפי דין תורה אין אלו הכתבים מועילים כלום דאפילו שיהא זה בכתב ידו של חיוב גמור שחייב ראובן לחצרון היה יכול לטעון בחייו לחצרון פרעתי ושלחתי לך סחורות יותר וכתבת לי שקבלת אותם ולא היה יכול חצרון להוציא ממנו ומ"מ כתב שם הרב ז"ל דבעניינים כאלו הולכים אחר מנהג הסוחרי' ויבררו ב' אנשים סוחרים שידקדקו בחשבונות ואם יוכיח חצרון מה שיש לראובן להחזיר לו שהותירו הסחורות ששלח לראובן על הסחורות ששלח ראובן אליו וזה בכתבי ראובן או בספרי המעשה וכו' לפי שאין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה או כפי הראיות שדרך הסוחרים להיות מספיקות להם ואחרי שיתברר שיש לחצרון לקבל סך מה מנכסי ראובן הנה הוא בסך ההוא כבעל חוב של ראובן וכו' והאריך שם לומר שגובה מן היתומים אפילו מבגדי שבת הרי כתב דאזלינן בתר אלו הדברים בתר דין סוחרים ולא בתר דין תורה. ונראה לי טעמו משום דבשלמא במה שנושא ונותן האדם עם חברו בתוך העיר יכול לעשות כל ענייניו על פי התורה בשטר ועדים וראיה ברורה אבל מי שנושא ונותן עם חברו מעיר לעיר והוא שולח לו סחורות וחברו שולח לו אין יכול להתנהג על פי ד"ת בשטר ועדים כיון שאין חברו עמו בעיר ובודאי באלו הדברים צריך ללכת אחר מנהג הסוחרים ועל דעת כן נשאו ונתנו בתחלה בעסק זה שאי אפשר להיות באופן אחר אלא דליהוו הכתבים כשטרות ביניהם ולכך כתב הרב דבעניינים אלו עכ"פ אזלי' בתר מנהג סוחרים:

ואם כן לפי זה בנ"ד היינו יכולים לומר דכיון דעסק זה הוי ממדינה למדינה אחרת ראוי להיותו נדון ע"פ דין הסוחרים ואם יראה להם כפי הטענות ראיות מספיקות לחייב את שמעון ולוי והיתומים מפני הכתבים שיהיו מחויבים ודמי לההוא נדון דהריב"ש:

ומ"מ אני אומר דהא מילתא דהריב"ש מילתא חדתא היא לחלק בכך כדכתיבנא וא"כ הבו דלא לוסיף עליו ודוקא לענין ברור החשבונות מה שחייב זה לזה כתב הריב"ש כן שיבררו הדברים על פי הסוחרים שיראו הכתבים אבל לענין אם פשע או לא דאלו היה

ראובן חי היה יכול לטעון טענות הרבה דאולי כתב לו יהודה שיעשה כאשר יראה בעיניו או טענות אחרות הבאות בשאלה אין לחייב ליורשים ולשותפים בשביל כך אלא יעמוד הדבר על דין תורתנו הקדושה ויהיו פטורים היורשים והשותפים מהטעמים שכתבנו ובעילה כל דהו מוקמינן ממונא בחזקתיה הנראה לעניות דעתי כתבתי:
הקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעו

שאלה ראובן היה דר בעיר א' והיה שולח מעות לשמעון אחיו הדר בעיר אחרת ושמעון היה שולח לו מיד ההלבשה ואחר ימים נפטר שמעון לב"ע וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק ובתוך שנה, א' נפטר ג"כ ראובן ובאת אלמנת ראובן עם בנה קטן בן ה' שנים שהיה סמוך על שלחנה לעיר שהיה דר שמעון אחיו של ראובן בעלה הנזכר ותבעה מאלמנת שמעון שהיה לראובן בעלה נכסים ביד שמעון וכשמת שמעון נשאר הכל בידה וברשותה וכל זה היתה טוענת ותובעת בעד כתובתה ובעד בנה ואלמנת שמעון היתה טוענת שכל מה שבא ליד שמעון בעלה מראובן אחיו שהכל שלח לו בחייו ולא נשאר חייב שום דבר והיא ג"כ היתה רצונה לגבות כתובתה מנכסי בעלה שמעון הנז' ורבו ההפרשים והמריבות עד שב"ד הק"ק מעיר ההוא נתנו כח ורשות לד' נבררים שיהיו מבררים כל תביעתם בין בעד כתובת אלמנת ראובן ובין בעד חלק בנה הקטון הנז' ושיהיו גוזרים על הכל כפי מה שיראה בעיניהם וכן עשו הד' הנבררים וגזרו בכח ב"ד הקהל כל מה שגזרו כמו שהכל מפורש כתוב וחתום ובכלל גזרתם היה שתתן אלמנת ראובן בעדה ובעד בנה הקטן הנזכ' שטר מחילה ופטורים לאלמנת שמעון ובניה וכן עשתה שטר מחילה גמורה לאלמנת שמעון ובניה וליותר יפוי כח המחילה שעבדה את עצמה ונכנסה ערבית אלמנת ראובן בעד כל מה שבנה הקטן יהיה תובע מהם באיזה זמן בעולם ובהמשך הזמן אלמנת ראובן נשאת אח"כ ללוי ומתה בחיי לוי בלי שום זרע ממנה ובנה הקטן בן ראובן ירש את מחצית כתובתה כמנהג העיר ועתה אחר כמה שנים שגדל הנער תובע מחדש לאלמנת שמעון ובניה כל התביעות שהיתה תובעת אמו בעדו בעודו קטן ושאינו מתרצה במה שנתרצתה אמו בעדו ושהוא לא מחל להם מעולם שלא היה אז בן דעת ואלמנת שמעון ובניה טוענים שכבר מימי קדם גזרו הדיינים מאת הכח המסור להם מב"ד הק"ק כל מה שגזרו וקיימו גזרתם ונתנו הכל ביד אמו בעדה ובעד חלקו ע"פ ב"ד הקהל ומהכל יש להם שטר מחילה מאמו ועוד שאמו מעולם לא תבעה בכח שום שטר חוב לא בכתב יד שמעון ולא בשום שטר אחר אלא בע"פ ומעולם לא היה לא לאמו ולא

לו שום כח להוציא שום ממון מתחת ידיהם ומשום שבימי קדם היתה אמו מוחזקת בנכסי שמעון גזרו הדיינים מה שגזרו לשום שלום ביניהם ועתה מה לו עמהם. עוד טוענים שאפילו שיהיה אמת שהיה חייב שמעון לראובן כיון שמת שמעון בחיי ראובן לא היה יכול ראובן להתפרע חובו מהם אלא בשבועה וכיון שמת ג"כ ראובן ולא נשבע אין אדם מוריש שבועה לבניו ואין לו שום זכות ותביעה עמהם. עוד טוענת האלמנה של שמעון הנז' שאפילו שיהיה אמת שהיה חייב שמעון לראובן שלא נשאר לה מכל נכסי שמעון בעלה אחר שנתנה לאמו בעד כתובתה ובעד חלקו כל מה שנתנה ע"פ ב"ד הק"ק אפילו להתפרע חצי כתובתה ולא נשאר שום ממון לבניה משמעון ומיד גבתה היא כתובתה ע"פ ב"ד ואין לו לבן ראובן שום תביעה עמה שהיא קדמה לגבות כתובתה. עוד טוענים אלמנת שמעון ובניה שאפילו שעתה יצאו חייבים שהם מוחזקים בנכסיו ורוצים להתפרע מהם הערבות שנתחייבה עמו בעדו בכל מה שיהיה תובע הוא באיזה זמן בעולם וכיון שהוא ירש את כתובתה נכנס הוא חייב לפרוע חובותיה ואפילו שלא נזכר סך קצוב בערבות של אמו כיון שהם מוחזקים יוכלו לומר קים לן כהנהו דס"ל דיועיל הערבות שלא נזכר סך כלל. עוד טוענים ואומרים שכיון שאז היה קטן והיה סמוך על שלחן אמו הוי כאפטרופא שלו וכל מה שעשתה היא בעדו מעשיה קיים ואפילו שלא הגיע לפעוטות יכולים לומר קים לן כמאן דסבר דלא שנא בין הגיע לפעוטות ללא הגיע כיון שהם מוחזקים יורנו מורנו ורבינו הדין עם מי ואם יש ממשות בתביעה זו שתובע בן ראובן:

תשובה נראה לי שאין ממש בטענות בן ראובן ואלמנת שמעון צדקה בטענותיה איברא דלכאורה נראה דמה שגזרו הדיינים ודנו בשביל היתום לאו דינא הוא דלא היה שם אפטרופס שיטעון בשביל היתום וראוי לב"ד להעמיד אפטרופס בשבילו כדאיתא בפרק שום היתומים נהרדעי אמרי בכולהו נזקקין ומעמידין אפטרופס וכתבו הטור בח"מ סי' ק"י וז"ל ומעמידין אפטרופס להפך בזכותם אם יוכל לערער ולבטל הצוואה ע"כ. וכ"ת הרי היתה שם אמו של יתום זה אינו כלום דאפילו מנוה ב"ד בשביל היתום לא עשו כלום דאין ב"ד ממנין אשה אפטרופס וכ"ת הרי ב"ד הקהל ששמו הנבררים לפקח על ענין היתום הרי הם מנום אפטרופסי היתום לא היא דודאי לא לאפטרופסי מנום אלא לדיינים והם לא כוונו ג"כ להיות אפטרופסי וכמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ה על ענין פשרה שעשו ג' פשרנים בשביל יתום ח"ל אלא שראו הפשרנים שלא היה אפשר וכו' ומתוך כך שתפו היתום בפשרה וזה לא היה ראוי לעשות בלא קנין אפטרופס של יתום וגם כי כתבו שלתועלת היתום פישרו בשבילו וכל אדם יש לו כח ורשות לזכות

היתומים ולא גריעי ג' דיינים שהם עצמם רוצים להיות אפטרופסים שלו הכא מוכח מלשון הפשרנים שלא היתה כוונתם להיות אפטרופסים ליתומים שהרי כתוב בשטר הפשרה לפי שראו שבפשרה הזאת יש תועלת ליתום הרשו לאפטרופס שיתמנה על זה היתום ועל ממונו ולהפך בזכיותיו ולמחול וכו' ואלו הוחזקו עצמם בתורת אפטרופסים מה הוצרכו להרשות לאפטרופס שיתמנה שימחול היה להם למחול ולגמור הכל על ידן וכו' ע"כ. א"כ אף אנו בנ"ד נאמר שכיון שהם גזרו שאלמנת ראובן תתן מחילה בעד בנה ויהיו בידה המעות וכו' משמע שלא כוונו להיות אפטרופסים בדבר וכיון שכן נמצא שלא היה שם אפטרופס בדבר זה ועוד אפילו היה שם אפטרופס הא אמרינן בפרק הנזקין אין אפטרופסים רשאין לחוב ע"מ לזכות וכתב הטור ז"ל בח"מ סי' ר"צ וז"ל היה לאדם תביעה אצל היתומים אין לאפטרופס לטעון בשבילם ולדון עמו שמא יתחייב בדין אבל אם ירד עמו לדין וטען בשבילם וזכה הדין קיים ע"כ משמע שאם נתחייב היתום אין הדין קיים וא"כ אם היתום יש לו עתה זכות וטענות שיוכל לטעון נגד אלמנת שמעון יוכל עתה מחדש לטעון טענותיו ולעמוד בדין עמה והמחילה שעשתה האלמנה בשבילו אינה כלום דהיא אינה אפטרופא ועוד דאפי' אפטרופס או ב"ד כתב הרמב"ם בפרק ל' מהלכות מכירה שאם נתנו מתנה מנכסי יתומים אינה כלום והא נמי דכוותא היא:

אבל כד מעיינינן אשכיחן דכל הא לאו מילתא היא דאשה זאת היתה אפטרופא מהיתום משום דסמך אצלה וכבר כתב הטור בסי' ר"צ יתומים קטנים שסמכו אצל ב"ה פירוש הם מעצמם נתחברו אליו ונשתדל בשלהן יש לו כל דין אפטרופס גמור למכור ולקנות ולכל דבר ואפילו סמכו אצל אשה ע"כ ואע"ג דכתב שם בשם הרמ"ה דהא דיש לו דין אפטרופס דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן ט' לא ואפי' בבן ט' אין לו רשות לבעל הבית זה למכור אלא מטלטלים כי היכי דקטן גופיה מצי לזבוניה אבל מקרקעי לא וכתב על דברי הרמ"ה הריב"ש ז"ל בסי' תצ"ה וקמ"ב שדבריו נכונים א"כ נראה מזה דאם היתום לא היה בן ט' שאין סמיכתו כלום מ"מ כיון דהרא"ש ז"ל פליג עליה כדכתב שם הטור ז"ל יכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש וכמו שכתב הרב מהריב"ל ז"ל בענין זה בתשובותיו ח"א סי' צ"ה דף קי"ט ע"ש:

איברא דאיכא למידק עליה דטור מאין הוציא זה מדברי הרא"ש והרב ב"י ז"ל כתב שאינו מבואר בדברי הרא"ש ולי נראה דאדרבה מוכח הפך מדברי הרא"ש שהוא לא השיג על הרמ"ה ז"ל אלא משום דכיון דיש לו כח לתרום הוי כאפטרופס גמור להתעסק בכל תועלת היתומים משמע דפליג עליה במה שאמר דאין לו כח בקרקעות אלא במטלטלים אבל בהא דבן ט' מודה ליה ונראה לי לומר שמדברי הריב"ש ז"ל בסי' תצ"ה וקמ"ב

נראה למי שמעיין בדבריו דמה שאמר הרמ"ה שצריך שיהיה בן ט' לאו משום דפחות מבן ט' אין סמיכתו סמיכה משום דלאו בן דעת הוא אלא טעמיה הוא משום דאין כח לאפטרופס לעשות היכא דסמכו גבי' יותר ממה שהם יכולים לעשות והיכא דהם בן ט' יכולים למכור במטלטלים ופחות מבן ט' לא לכך סבר דצריך שיהיו בן ט' ודוקא במטלטלין אבל פחות מבן ט' או אפילו יותר בקרקעות לא וכיון שכן כיון שדחה הרא"ש ואמר דיכולים לעשות יותר ממה שהיתומים יכולים לעשות דהרי יש להם כח לתרום א"כ ממילא אידחו תרי דיני דקאמר הרמ"ה ז"ל וקל להבין:

א"כ ודאי דהיה שם אפטרופס שהוא אמו של היתום וכיון שהיא נטלה קנין אין היתום יכול לערער על מה שעשה האפטרופס דאע"ג דאין האפטרופס יכול לדין נ"ד הוי פשרה וכבר כתב הרב מהריב"ל ז"ל בתשובה הנז' דביד האפטרופס הוא לעשות פשרה בנכסי היתום וכמו שכתב הרב בעל תרומת הדשן הוכיח הדבר מההיא עובדא דאפדנא דפרק כיצד הרגל יע"ש. ועוד דבנ"ד היה הדבר ברשות ב"ד וכבר כתב הטור בסי' ר"צ בשם הרמ"ה דכל הדברים האמורים בברייתא שאין האפטרופס יכול לעשות היינו בלא רשות ב"ד אבל ברשות ב"ד יכולים לעשות מה שיראה להם לתועלת היתומים אין צריך לומר לפי פי' הרמב"ם שפי' מה שאמרו בגמר' לזכות הוא שהם תובעים בנכסי אחרים ונקרא לזכות שהם קרובים לשכר שמא יזכו ורחוקים להפסד שאפילו לא יזכו לא אבדו כלום ממה שהם מוחזקים בו ועל זה הקשו בגמרא לזכות אמאי לא והלא אפשר שירויחו וא"א שיפסידו ותירצו אלא לחוב וכו' דמשמע לפי פי' דלתבוע בנכסי יתומים ודאי דהוא רשאי ומה שדנו בין לזכות בין לחובה הוי דינו דין דאל"כ חלקה מדת הדין וכמו שכתב הרב המגיד לקמן וכיון שכן בנ"ד יפה עשה האפטרופס שבידו לתבוע בנכסי יתומים ואפילו שיברר היתום שהדין עמו והפשרה היתה לפחות דינו אין היתום יכול לערער על הפשרה וכמו שכתב הרב בעל תרומת הדשן והוכיח מההיא דכיצד הרגל דכדי להשקיט מריבות יכולים לוותר נכסי היתומים וכן נרא' מההיא תשובה דהרא"ש כלל פ"ה שהבאתי דהיכא דנטל קנין אפטרופס היתום אינו יכול לערער על הפשרה בשום צד ולומר הפשרה היתה אונאה בה וכמו שיראה המעיין באותה תשובה כ"ש בנ"ד שלא היה הדין כלל עם היתום שהתביעה היתה ע"פ כמו שבא בשאלה ואפילו היתה בשטר הרי מת לוה בחיי מלוה ואין אדם מוריש שבועה לבניו וא"כ היתה פטור' אלמנת שמעון מן הדין ומה שפשרו הדיינים הכל היה ריוח ליתום ופשיטא ופשיטא שאין בערעורו כלום: ועוד אני אומר אפילו לדעת הרמ"ה שבפחות מבן ט' שסמכו אצל ב"ה אין להם דין אפטרופס נמצא לדבריו דלא היה כאן אפטרופס אפילו יברר היתום

בראיה ברורה שאלמנת שמעון חייבת לו היא פטורה ממנו מן הטענה שבאה בשאלה שכיון שאמו נכנסה ערבית בכל מה שיתבע הוא והוא ירש מחצית הנדונייא מאמו הוא חייב לשלם בעדה וכ"ת אין זה ירושה מאמו אלא מחמת תנאי חשבון ודמי קצת למקבל מתנה שאמו נתנה נכסיה לבעלה כשנשאה בתנאי שאחר מיתה תתן אותם ליורשיה וא"כ אפילו שעבדה אמו לאלמנת שמעון בערבות מטלטלי אגב מקרקעי אינו גובה ממנו משום דהוי מקבל מתנה וכבר כתב הטור בשי' ס' בשם הרא"ש ז"ל דממקבל מתנה אינו גובה מפני תקנת השוק יע"ש ואע"ג דכתב הטור בא"ה סי' קנ"ח תשובה להרא"ש גבי הבת יורשת חלי הנדונייא מחמת תקנת טוליטולה והוציאו לה חוב מאבי אמה והשיב דאי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי יש להם דין קרקע ועוד דהוי מקבל מתנה שכבר נתן האב הנדונייא לבתו כמבואר שם ע"כ צריך לומר דלא כתב שם הרא"ש אלא מה שהוא לפי הדין אבל מחמת המנהג ודאי דאינו גובה מפני תקנת השוק ומוכרח אתה לומר כן דאל"כ קשיא מדידיה אדידיה וא"כ ודאי מפני תקנת השוק אינו גובה מהבן דדמי למתנה כדכתיבנא הא ודאי לאו מילתא היא דאין חזרת ההשבון נקרא מתנה אלא ירושה שהבעל סלק כחו מירושת האשה ונמצאו היורשים זוכין וכמו שכתב הרב מהריב"ל בח"ב שאלה כ"ד וז"ל הא לאו מילתא היא דבכלל החיוב שהוא מחייב עצמו להחזיר ליורשיה הוא מסלק עצמו מהירושה ממילא זכו היורשים דאי לא תימא הכי היכא מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם ע"כ וכיון שכן ירושה מקרי ובודאי שחייב לשלם בעד אמו וכ"ת הא הרמב"ם ורבותיו ז"ל סוברים דאין החיוב שנתחייב' כלום משום דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ואע"ג דיכול המוחזק לומר קים לי מ"מ אם יברר היתום בראיות שאלמנת שמעון חייבת לו דמי הך מילתא לחייב אני לך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב דכיון דמה שחייבת היא ליתום הוי ודאי אליבא דכולהו ואומרת לו איני יודע אם נתפרעת מאמך דשמא חייבת לי דקים לי כמ"ד דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב חייב הוי ודאי בחיובא וספק בחזרה:

איברא דאי הוה חשבינן לטענת קים לי טענת ספק היה מקום לדבר זה אבל הרב מהרי"ק ז"ל בסי' קס"א כתב דטענת קים לי הוי כעין טענת ברי ואי תפיס לא מפקי' מיניה יעויין שם אף על גב דהרב מהר"י ן' לב זכרונו לברכה בפסקיו הראשונים דף נ"ד נרא' לו הדבר כמסתפק מכל מקום להרב מהר"י קולין זכרונו לברכה אנו שומעין שתפס הדבר במושלם דמהניא תפיסה בטענת קים לי וכיון שכן אלמנת שמעון היא תפיסה ותאמר קים לי כמאן דאמר דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב חייב:

ועוד אני אומר דבענין זה דערבות דנדון דידן דשעבד עצמו בדבר שאינו קצוב הוי הרב רבינו משה בר מיימון זכרונו לברכה יחיד נגד כל הפוסקים שחולקים ולא מקרי ספקא כלל אלא ודאי הוא שמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב חייב דכבר נודע מה שכתב הרב מהר"י קולין זכרונו לברכה דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו:

איברא דבפרק י"א מהלכות מכירה כתב דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב שאינו חייב וכתב וכזה הורו רבותי דמשמע דרבותיו הם מסברתו ואינו יחיד כדכתיבנא אבל מכל מקום בנדון דידן דהוי ערבות נראה לי דהוא יחיד בסברא זאת. ולבאר זה אומר דאיכא לאקשויי דבפרק י"א מהלכות מכירה כתב חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים אעפ"י שקנו מידו לא נשתעבד שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה וכן הורו רבותי ז"ל ע"כ. ובפרק כ"ה מהלכות מלוה כתב מי שלא פירש קצב הדבר שערב כגון שאמר לו כל מה שתתן לו אני ערב או מכור לו ואני ערב וכו' יש מן הגאונים שהור' אפילו מכר לו בעשרת אלפים או הלוהו מאה אלף נשתעבד הערב בכל ויראה לי שאין זה הערב חייב כלום שכיון שאינו יודע הדבר ששעבד עצמו בו לא סמכא דעתו ולא שעבד עצמו ודברים של טעם הם למבין ע"כ. והשתא אי מילתא דערבות תליא במלתא דבפרק י"א מהלכות מכירה וכמו שנראה מדברי ה"ה א"כ למה בפרק י"א מהלכו' מכירה כתב הדבר בשם רבותיו ז"ל ובפרק כ"ה ממלוה כתב ויראה לי כיון דהכל ענין אחד היה לו לכתוב גם בהלכות מלוה הדבר בשם רבותיו ועוד דהיה לו להביא המחלוקת בפרק י"א מהלכות מכירה ועוד מה זה שכתב שזה כמו מתנה הוא ומה לנו לדעת אם הוא מתנה או מכר לימא שזה מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב. ולתרץ זה אומר דיש לחלק בין ערב למחייב עצמו דאיכא גוונא דאע"ג דבמחייב עצמו לא מהני בערב מהני וראיה לדבר דאמרי' בפרק גט פשוט אמר ליה רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד אלא אמר רב אשי שההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה ע"כ ופירש רש"י גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאלו הוא עצמו הלוה ע"כ. הרי דאע"ג דבמחייב לא מהני אסמכתא בערב מהני משום דבההיא הנאה הוי כאלו עצמו הלוה הכי נמי נימא אפילו מאן דאית ליה דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא מהני בערב מהני משום הך טעמא דבההיא הנאה וכו' ואע"ג דיש לחלק קצת בין הכא להתם מכל מקום למדנו דערב הוי כאלו הוא עצמו הלוה וכל מה שנותן ללוה המלוה בשליחותיה קא עביד ולכך חייב ולהכי בפרק י"א מהלכות מכירה כתב הדבר פשוט דאין שם חולק וכתב שם

שזה כמו מתנה היא כלומר ואין זה כמו שעבוד ערב דשם יש חולקים אבל כאן כולי עלמא מודו ובערב הביא מחלוקת דהגאונים סוברים אף על פי שבמחייב עצמו לא מהני בערב מהני מטעמא דפרישית ולזה כתב דיראה לו מסברת עצמו דאפילו בערבות לא מהני ונמצא דדעתו בערבות היא סברא יחידית דרבותיו אפשר דמודו בערבות כיש מן הגאונים ומטעמא דפרישית ולכך כתב שם בערבות ויראה לי. ואל תשיבני ממה שכתב הרב המגיד לטעמיה אזיל וכו' והחולקים בפרק י"א מהלכות מכירה שיחלוקו כאן דאין סותר לדברי כלל דפשיטא הוא דמאן דהתם אית ליה דחייב כל שכן בערבות ולכך כתב הרב המגיד דמה שאמר רבינו כאן סברא זאת הוא מפני שסובר דלא מהני ולכך כתב כאן דלא מהני אעפ"י דאין זה מוכרח כדכתיבנא דיש לחלק מה שכתב הרב המגיד הוא דאלו היה סובר רבינו כדעת החולקים והתם חייב כל שכן כאן דחייב בערבות דהחולקים שם מכל שכן חולקים כאן אבל אין החלוקה מתהפכת דמי שסובר כאן דחייב אינו מוכרח שיסבור שם דחייב זה נראה לי נכון בדברי הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל וכיון שכן הוי יחידי הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל בסברא זאת ולא הוי ספק בחזרה אלא ודאי:

איברא דבהא איכא למשדי בה נרגא דערבות דנדון דידן לא דמי לערבות דכתב הרמב"ם זכרונו לברכה דהתם כל מה שנתן המלוה ללוה בשליחותיה דערב קא עביד והרי כאלו נתן לערב וחייב אבל נדון דידן לא נתן כלום אלא שנתחייב בכל מה שיתבע היתום ומכל מקום מכח הטענות הראשונות נראה לי שהדין עם האלמנה של שמעון גם הטענה שבאה בשאלה שמא נשארה לה כדי כתובתה גם זו טענה פשוטה אלא שהיתה צריכה לישבע על ככה אבל כבר פטרנו אותה מהטענות האמורות:

הכלל העולה מכל מה שכתבתי דאין בערעור היתום כלום ומה שכבר נגזר נגזר ואפילו אם מן הדין היתה חייבת האלמנה יותר אל היתום הרשות ביד האפטרופס לעשות פשרה להשקיט המריבה וגם הוא חייב לפרוע בעד אמו שנכנסה ערבית וכיון שכן נתבטלו טענותיו ואין בהם ממש:

אחרי כותבי מצאתי להרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים דף קמ"ה שעמד על לשון זה אלא שכתב שהרב המגיד ז"ל חולק על זה:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעז

שאלה ראובן ושמעון עשו שותפות שראובן היה בעיר אחת ושמעון בעיר אחרת והיה ראובן שולח סחורה מעירו ליד שמעון שבעיר אחרת כדי שימכרנה שם לשם השותפות

ובתוך זמן השותפות כראות שמעון שלא היה להם ריוח בנכסים וסחורות שהיה שולח לו ראובן אבל אדרבה היה להם הפסד בנכסים מחמת שהיה קונה ראובן הסחורות ביוקר שלח לומר לראובן שעל כל פנים ילך לעירו ושניהם יחד לחשבון יבואו ובכן הלך ראובן לשם ואחרי אשר נתבררו החשבונות הן על קרן והן על הריוח הנמצא להם הסכימו שניהם לחלוק השותפות ונטל כל אחד מהם חלקו מהקרן ומהריוח מכל. מה שהגיע ליד ורשות שמעון הנזכר וכמו כן נטל וקבל ראובן הנזכר מיד שמעון כל דמי הסחורות ששלח מעירו ליד שמעון שלקחם ראובן בהקפה ובהמתנה מאנשי עירו מהכל נתפרע משמעון עד סוף פרוטה אחרונה ובשעת קבלת הנכסים שקבל ראובן משמעון הכתיב והחתים ראובן לשמעון שטר מחילה כוללת ומספקת בכל תוקף וכתוב במחילה הנזכרת זה הלשון הכל מחלתי לו מחילה גמורה ואפילו טעות חשבון וכו' עד ומעתה ומעכשיו כל שטר או כתב או שום ראיה שיצא מתחת ידי או יד באי כחי מיום שנברא העולם והיום הזה בכלל לבטל שום דבר מכל הנזכר לעיל בין בעדים בין בלי עדים באיזה צד ואופן בעולם הכל יהיה בטול וחשוב כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש והעדים יהיו פסולים עלי לאותו עדות בלבד ודבריהם יהיו בעלים וכלא חשבון וכו' עד בבטול כל מיני מודעות שבעולם ומודעי דמודעי עד סוף כל המודעות לאין קץ בכל לישן דאמור רבנן דמבטלין ביה מודעי ובפסול עדיהן והעיד ראובן על עצמו שלא מסר שום מודעא על שטר מחילה זו ואם באיזה זמן ועדן יצא מתחת ידו או יד שום אחד מבאי כחו שום מודעא הכל יהיה בטול כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש ופסל עליו כל עדי מודעא שיעידו עליו שמסר בפניהם שום מודעא על זה ושטר מחילה זו יהיה קיימת לעולם והכל ממה שנעשה לבטל שטר זה יהיה בטל וכו' עד והכל בקנין גמור ושבועה חמורה שנשבע ראובן לדעת המקב"ה ולדעת שמעון לקיים כל הנ"ל עכ"ל המחילה. ובו ביום שנכתבה ונחתמה המחילה הנזכרת נכתב ונחתם שטר הודאה ומחילה אחרת ונתן ביד שמעון הנזכר לעיל וכאשר ראו חכמי העיר כי באותו שטר שנעשה קודם לא נכתבו בו בטול המודעות ופסול עדיהן בארוכה ולא נכתב בו שבועה לקיים המחילה צוו לכתוב השטר השני הנזכר לעיל בארוכה על פסול עדי מודעי ובטול המודעות בכל חזוקי סופר ובכל תוקף והוסיפו שבועה שנשבע ראובן על קיום כל הנז' לעיל הכל כפי כל הנזכר לעיל ושתי השטרות הנם כתובים וחתומים ביד שמעון ועתה קם ראובן לערער נגד שמעון בטענה שמסר מודעא ומוציא המודעא נגד שמעון ובכן מחרחר דברי ריבות לתבוע ממנו תביעות מחמת השותפות שהיה ביניהם ילמדנו רבינו אם יש כח ביד שום מודעא שבעולם לבטל כח שטר ההודאה והמחילה הנזכרת ומהשם יהיה משכורתו שלמה:

תשובה בענין בטול מודעות איכא פלוגתא דרבוותא טובא דהרשב"א ז"ל סובר דכשכתוב בשטר מכר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה אפילו קדמו לו כל מודעות שבעולם ואפילו מודעות על הבטולין המכר קיים וכמו שכתב ה"ה בשמו סוף פרק עשירי מהלכות מכירה וכתב עליו וכן כתבו אחרים והר"ן ז"ל הקשה עליו בפרק חזקת והעתיק לשונו הרב ב"י בח"מ סי' ר"ה וסוף דבריו ולפיכך נראה לי דכל היכא דידעינן באונסיה ומסר מודעא על המכר ועל הבטולין שיעשה ואף על בטול העדים הרי המכר בטול ואין לו תקנה וכן כתב בשמו הרב הנמוקי ז"ל בפרק חזקת:

והרא"ש ז"ל סובר דכשיכתוב בשטר מכר בפיסול כל מודעי ומודעי דמודעי עד עולם נתבטלו כל המודעות הקודמות ואפילו מסר מודעות על הבטולים לא מהני והרמ"ה סובר דצריך שיעיד על עצמו שלא מסר שום מודעא והרי"ף ורבינו האי ז"ל סוברים דלא מהני עד שיעידו העדים בסילוק האונס:

והרמב"ם ז"ל בפרק ז' מהלכות גרושין גבי גט כתב א"כ מהו תקנת דבר זה שיאמרו לו העדים קודם, כתיבת הגט אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת שגורמים כשיתקיימו אותם הדברים לבטל גט הרי הם בטלים וכו' ובפ"י מהלכות מכירה גבי ממון לא הזכיר תקנה זו והרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו סימן כ"ח חלק ב' תמה על זה ומכל מקום סובר דדעת הרמב"ם ז"ל הוא דתקנה זו תועלת לענין ממון וכן דעת הר"י אדרבי ז"ל בפסקיו סי' רל"ז וכתב שם כיון דבגט מהניא תקנה זו כל שכן בממון אבל אין כן דעת מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו סי' ל"ד שהסכים שם עם השואל לחלק בין גט לממון דמדלא הזכיר הרמב"ם ז"ל תקון זה גבי ממון משמע דסובר דגבי מכר לא מהני הך ביטול משום דידעינן באונסיה מה שאין כן בגט דלא בעינן לידע באונסיה והכריח הדבר דיש לחלק בכך דהרב רבינו נסים ז"ל כתב גבי מכר שאין לו תקנה כמו שכתבתי לעיל ובפרק השולח בפירושו להלכות גבי גט דחה דברי הרשב"א והסכים לדברי הרמב"ם משמע דיש לחלק בכך וכן הרב הנמוקי בפרק חזקת כתב בשם הרמב"ם ז"ל גבי מכר דאם מסר מודעא על הבטולין לא מהני סתם ולא הזכיר כלל מהתקנה משמע מדעתו כן זה דעת הרב מהר"ר לוי ז"ל ונראין דבריו בעיני. ואחרי הודיע ה' לגו את. כל זאת מבואר בנ"ד דכל מודעא שיצא על מחילה זו בטלה דכד מעיינת בה איכא לישני דהזכרתי לעיל דמהני לדעת הרשב"א והרא"ש והרמ"ה ז"ל ואע"ג דלהרי"ף ורבינו האי וגם הרמב"ם לדעת מהר"ר לוי ן' חביב דל דסובר דלא מהני שום תקנה גבי ממון וכן הר"ן ז"ל דכתב אין לו תקנה לא מהני הני לישני מאן ניהו דמפיק ממונא מיד שמעון כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא וכן כתב הרב מורי ורבי ז"ל בפסקיו ח"א סי' רס"א בענין זה עצמו יע"ש ואע"ג דהרב מהר"י אדרבי

בפסקיו סי' קנ"ט כתב לקיים מודעא ולבטל המחילה אע"ג דהיה במחילה שבועה וסתר דברי הרשב"א דאמר דבפסול עדים לבד סגי משום דהר"ן דחאם מ"מ לא כתב שם כן אלא משום דלא היו כל לשונות המועילים לדעת הפוסקים אבל בנ"ד דהיו כל הדברים המועילים לדעת רוב הפוסקים ודאי דמהני תדע לך דבסי' רל"ו כתב לבטל המודעא מפני שהיה כתוב בשטר המכירה לשונות המועילים לדעת כל הפוסקים כי הא דנדון דידן: ומ"מ יש לתמוה על דבריו שם בסי' קנ"ט למה דחה דברי הרשב"א ולמה לא יוכל לומר המוחזק קים לי כוותיה דהרשב"א אינו יחיד בדבר זה דהרב המגיד כתב עליו וכן כתבו אחרים וכמו שכתב הרב. מהר"י אדרבי ז"ל עצמו בסי' ס"ו ורל"ו שהזכרתי אלא שנא' שלא סמך על טעם זה לבד אלא על טעם אחר שכתב שם דהוי מתנה:

א"כ למדנו בנ"ד דמחילה זו קיימת ובר מן דין איכא טעמא אחרינא בנ"ד דאיכא שבועה במחילה וכתב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג סי' כ"ח דלדעת רוב הפוסקים בעינן אונס הגוף במודעא לבטל השבועה ולא אונס ממון וא"כ אם שמעון זה לא עשה לראובן אונס הגוף אלא אונס ממון אינו יכול לבטל המחילה דאית בה שבועה ולדברי הרב מהריב"ל ז"ל הסכים הרב הכהן נר"ו בפסקיו סי' קפ"ג:

איברא דמדברי הרב מהר"י קולין ז"ל סי' קס"ד משמע דאית ליה דאונס ממון מהני לבטל השבועה שכתב שם דדוקא מניעת טובה לא חשוב אונס משמע דהפסד ממונו חשוב אונס ואני תמוה מאד על דבריו שם דבין שנפרש דברי ר"י שכתב המרדכי פרק שלישי דשבועות דמניעת טובה מקרי אונס לבטל השבועה ובין שנפרש כפירוש אחר שפירש שם הרב הנז' דהתם הוי הפסד ולא מניעת טובה מפני שכבר ניתנה להם הארץ למורשה כדכתב שם מכל מקום אונס ממון הוי. ורבינו מאיר כתב המרדכי שהוציא מדברי ר"י דאונס שאדם מייסר לחברו הוי אונס והקשה דהא התם בנודרין לחרמין אמרינן דדוקא אמר בלבו היום שרי ואי לא לא ותירץ דשאני הכא דהוי אונס הגוף שמייסרו ואתמהא דעדיין קשה לדברי ר"י דכתב דאונס ממון הוי אונס שכתב שמא לא יביאם לארץ והרי מהר"י ן' לב ז"ל בסימן הנזכר תירץ לקושיא זו דסובר דטעמא שמא יניעם במדבר דהוי אונס הגוף אבל אין תירוץ זה מספיק לדעת הרב מהר"י קולין ז"ל באותה תשובה שסובר דאונס ממון הוי אונס לגבי שבועה והביא שם דברי רבינו מאיר ודבריו של רבינו מאיר הם תיובתיה דמיניה משמע דאונס הגוף הוי אונס ולא אונס ממון כדכתיבנא וצריך עיון: מיהו אי לאו הרב מהר"י קולין ז"ל לקושי' הרב מהר"י ן' לב ז"ל שהקשה על רבינו מאיר איכא לתרוצי דאע"ג דבההיא דשמא לא יביאם לארץ ישראל הוי אונס ממון תירוצו של ר"י קיים דמשום הכי לא אמרו דקבלוה בערבות מואב משום דאיכא אונס ממון והם

יאמרו שהערימו ואמרו בלבם בשעת שבועת היום דהא בפרק שבועות שתים בתרא חיישי' התם בגמרא לכמה ערמות כשהשביע משה לישראל שלא יערימו ישראל כדי להציל עצמם כמבואר שם אם כן יערימו ויאמרו שאמרו בלבם היום להציל עצמם אבל לדעת הרב מהר"י קולין דנראה דסובר דאונס ממון סגי לבטל שבועה קשה מההיא דרבינו מאיר וצ"ע:

מ"מ אעפ"י שיהיה דעת הרב מהרי"ק דאונס דממון הוי אונס לבטל שבועה וכן נראה קצת מתשוב' הר"ש בר צמח גבי אלקנה שנשא פנינה על מה וכו' הביאה הרב מהר"י קארו ז"ל בי"ד סימן רל"ב מ"מ לענין הלכה משום חומרא דשבועה נקטינן ודאי דאינו מבטל השבועה וכל שכן דרובא דרבוותא סברי כן כמו שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל. גם הרב מורי ורבי ז"ל בפסקיו בסי' הנזכר כתב דהיכא דאיכא שבועה במחילה המחילה קיימת אליבא דכולי עלמא ומשמע מדבריו דאפילו שיאמר בלבו היום בשעת השבועה לא מהני ואע"ג דבההיא דנודרין להרגין מהני הכא לא מהני כמו שחלק שם יע"ש. אם כן למדנו בנ"ד דאיכא שבועה ודאי דהמודעא בטלה והמחילה קיימת. ולאומר שיאמר דנ"ד הוי מתנה משום דהוי מחילה ודל מהכא מודעא כיון דכתוב במודעא שהעדים הכירו באונסו סגי דבמתנת אונס בלא מודעא סגי נאמר לזה דנדון דידן פשרה הוי דכפי הנשמע אלו השותפים עשו חשבונותיהם ושמו ביניהם דיינים ופשרנים ונתן שמעון לראובן כל מה שהגיע לראובן בחשבונות והכל היה בפני חכמי העיר ההיא וכיון שכן פשרה הוי והרמב"ם ז"ל כתב דפשרה הוי כמכר ובעינן תרתי מסיר' מודעא ואונס וכיון דנסתלקה המודעא אונס לחוד לא מהני והרב מורי ז"ל בפסקיו בסימן הנזכר כתב בנדון כי האי דהוי פשרה יעויין שם: זאת ועוד עדי האונס היכן הם אם תאמר עדי המודעא שאמרו שהכירו באונסו הרי פסלם על עצמו ולדעת הרשב"א וסייעתו הרי עדים אלו פסולים לעדות זה דהוא פסלם ויוכל המוחזק לומר קים לי כהרשב"א וסייעתו דעדים אלו פסולים הם ואין כאן עדים מעידים על האונס וגם כן אין כאן עדי אונס א"כ הרי נתבאר דהדין עם שמעון מכל הצדדים. זאת ועוד טעם אחר דאפילו דיהבינן לראובן כל טענתיה ונאמר דהמחילה בטלה אין כל זה אלא מלוה ע"פ שלא יש לראובן שטר על שמעון כפי הנשמע אלא הכל הוי כמלוה ע"פ וכפי מה שהגידו לי יש עד אחד שמסייע לשמעון שאומר שבפניו עשו החשבונות בלי שום. אונס ונסתלק האונס ולא נשאר לזה על זה כלל ומחלו זה לזה מחילה גמורה. וכבר נודע דעת רוב הפוסקים דכשם שעד אחד מחייבו שבועה כך עד אחד פוטרו מן השבועה וכמו שכתב הטור בהלכות טוען ובמקומות אחרים וכיון שכן מה נשאר לראובן על שמעון אפילו שתאמר שהמחילה

בטלה לא נשאר עליו אלא שבועה שאינו חייב לו כלום מפני שהכל מלוה ע"פ וכיון שעד אחד מסייע לשמעון הרי פטרו מן השבועה ולא נשאר עליו כלום כל זה כתבתי לרווחא דמילתא דלפי האמת המחילה מאושרת ומקויימת וזה פשוט יותר מביעתא דכותחא ולא ניתן ליכתב. אך אמנה להפצרת השואל ר' משה שאול יואל לדעת דעתי בעטי אשר אתי נדרשתי לבקשתו הגם כי לא היה צריך לכך כי הדבר פשוט מאד כמו שכתבתי ומה גם שקדמוני בדבר זה הרב הגדול מורי ורבי זלה"ה והרב המובהק הכהן הגדול ששניהם יחד כתבו בענין זה דהמחילה היא קיימת ומי אני יחיד ועני לבא אחריהם אך אמנה הלא לאמונה שלא להשיב פני שואלי ריקם כתבתי מה שכתבתי הנלע"ד:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעח

שאלה ראובן אורח בבית שמעון ונפל למשכב וצוה מחמת מיתה לתת מנכסיו להקדש ולפרוע נדוניית אשתו והשאר יהיה ליורשיו ולכל זה עשה לשמעון בעל הבית אפטרופס כנראה משטר הצוואה וכאשר נפטר ראובן לב"ע כנס שמעון כל אשר לנפטר פה העיר' והלך לארץ ראובן לכנוס ולגבות שאר נכסי ראובן הנפטר ושם יורשי ראובן ערערו עם שמעון בענין הגביה ונתפשרו ביניהם שאחר שיפרעו ויתנו כל מה שצוה ראובן לתת השאר שישאר יחלוקו ביניהם שוה בשוה חלק א' יקח שמעון האפטרופס וחלק א' יקחו יורשי ראובן ומזה הב' כתות נטלו קנין ונשבעו שבועה חמורה לקיים עליהם הנ"ל ואחר ששמעון גבה וכנס כל נכסי ראובן הנפטר באו יורשי ראובן והגיעו לשמעון האפטרו' לפני שערי דייני ישראל אשר בשאלוניקי לתבוע ממנו לקיים השבועה ואז לפני דייני ישראל בא שמעון והוציא מנעלו ונתן אל פני יורשי ראובן וחרפם וגדפם והוליך ליורש א' לעש"ג והכוהו מכה רבה ונטלו ממנו מעות הרבה ועוד שלח שמעון תוגרמים ליורשי ראובן לאמר להם שיעשו כל מה ששמעון חפץ וכאשר ראו יורשי ראובן כי כלתה עליהם הרעה מאת שמעון כי רמה ידו רמה ואין כח להם לעמוד לעומתו עשו יורשי ראובן מודעא א' לבטל כל המחילות ופטורים אשר יתנו לשמעון על ענין הנז' באופן שכאשר יוכלו לחזור ולתבוע משמעון התנאי שהתנה עמהם בקנין ושבועה יחזרו לתבוע ממנו עתה יורנו מורנו מורה צדק אם יש כח ביד יורשי ראובן לבטל כל מה שעשו עם שמעון אחר שמוציאים מודעא רבה ועדים כשרים מכל הנ"ל ושכמ"ה:

תשובה אין כאן שאלה דאם המודעא עשויה כתקנה וכתוב בה שהכירו העדים באונס יורשי ראובן ודאי דהמחילה בטלה דאפילו דייניו להך מחילה כפשרה ופשרה דינה

כמכר וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות מכירה מ"מ הא איכא תרתי מסירת מודעא ואונס ואפי' בזביני לא הוו זביני היכא דאיכא תרתי כדאיתא בפ' חזקת כ"ש אי דיינינן להך מחילה כמחילה ממש דאעפ"י דהיורשים נטלו מקצת ומחלו על השאר כיון דבדין חייב שמעון להם על הכל א"כ מה שמחלו לו על השאר הוי מחילה כמו שכתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סי' י"ב גבי שמעון שחייב לראובן מנה ובשום פנים לא רצה להודות לו בשום דבר אבל אמר לו עשה לי מחילת שמים ומחילת בריות ואתן לך חמשים זוז ועשה כן ראובן אם נפטר שמעון בכך כתב שם שאעפ"י שקבל קצת מעות לא אמרו בכי האי אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה שלא אמרו אלא בזוזי של דמי המכירה אבל כאן הגזלה הוא דהשיב וכו' הגע עצמך הרי שגזל שדה מחברו ואנסו למכור לו מחציתו וכו' הנאמר בזה אגב אונסא וחצי שדהו שהוא מחזיר לו גמר ומקנה החצי האחר והא נמי דכוותא היא ע"כ. א"כ בנ"ד נמי אמרינן הכי דמה שמחלו כיון שבדין חייב להם הוי מחילה ולא פשרה כ"ש לפי מאי דנר' לכאורה מדברי הרא"ש דאפי' פשרה דיינינן לה כמחילה וכדכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק שני סי' כ"ח אמת דאחר העיון אינו נראה לי כן מכל מקום בנדון דידן ודאי דהמודעא כתקנה והעדים הכירו באונסם ודאי דאיבטלה אליבא דכ"ע הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי:
הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קעט

תשובה בפרק חזקת אמרינן דבזביני בעינן תרתי מסירת מודעא ואונס ר"ל אם מסר מודעא בפני עדים והעדים הכירו באונסו אין מכירתו מכירה ובמתנה ובגיטא בחדא סגי או מסירת מודעא אעפ"י שלא יהיה שם אונס או עדים שהכירו באונסו אעפ"י שלא מסר מודעא בחד מהני המתנה בטלה. ובפשרה נראה לכאורה דאיכא פלוגתא דרבוותא אי בעינן בה תרתי כמכר או בחדא סגי דהרמב"ם ז"ל בפרק עשירי מהלכות מכירה כתב שהיא כמכר ומדברי הרא"ש בתשובה משמע לכאורה דהיא כמתנה והרב מהר"י ן' לב ז"ל בסי' כ"ח כתב על זה ואני יחיד ועני הארכתי והוכחתי בפסק אחר דהרא"ש והרמב"ם ז"ל שוים ואין בהם מחלוקת דסבירא להו דפשרה הוי כמכר. ובנדון דידן דנראה דהוי כפשרה אע"ג דאיכא בה תרווייהו מסירת המודעא ואונס שעדים הכירו באונס מ"מ אי הוי פשרה כמכר נפקא מינה טובא דאם כתוב במחילה לשונות המבטלים המודעות לפי דעת הפוסקים כגון להרשב"א ז"ל פסול עדים ולהרמב"ם ז"ל בטול כולל שיאמר כל הדברים הגורמים לבטל מחילה זו וכמו שכתב בהלכות גרושין וכן להרמ"ה ז"ל שהעיד

על עצמו שלא מסר מודעא וכמו שכתב הטור בח"מ סי' ר"ה א"כ נסתלקה המודעא לפי זה דכיון דיש פוסקים סוברים דאותם הבטולים מהני יכול אבי הנפטרת לומר קים לי כוותייהו והמחילה קיימת דכיון דאיכא תרי פוסקים דמסייעי ליה יכול לומר קים לי כוותייהו כיון דהוא מוחזק וכיון דנסתלק' המודעא לא נשאר כאן אלא העדים המעידים על האונס וכיון דהויא כמכר לא מהני דאונס בלא מודעא לא מהני דבעינן תרתי כדכתיבנא אבל אי דיינינן לה כמתנה אעפ"י שנסתלקה המודעא מ"מ הרי יש כאן עדים שהכירו באונס ובאונס לבד סגי וכן כתב הטור בח"מ סימן ר"ה בשם הרא"ש ובמתנה היכא דידעינן באונסיה אפילו אם בטל לא מהניא בטול דכיון דאנוס הוא אפילו לא מסר מודעא לא הוי מתנה ע"כ. וכבר הוכחתי לעיל דלכ"ע פשרה כמכר וא"כ ודאי דבנ"ד אם יש בטול מודעות במחילה שתועיל לפי דעת קצת מהפוסקים ז"ל ודאי דהמודעא בטלה והמחילה קיימת אבל אם אין בה בטול מועיל לפי דעת קצת מהפוסקים ודאי דהמודעא קיימת דיש כאן מסירת מודעא ואונס וכי תימא מה אונס הוא זה הרי היא מחוייבת לקיים מצות אביה וכיון שאביה אומר לה שתמחול היא חייבת לעשות כן מן הדין וא"כ כשתמחול מה שהדין מחייבה היא עושה יש לומר דבפרקא קמא דקדושין איפליגו גבי כבוד אי הוי משל אב או משל בן ופסקו הפוסקים ז"ל דהוי משל אב ולפי זה ברייתא דרבי אליעזר דאמרה עד היכן כבוד אב ואם כדי שיטול ארנקי ויזרקנו לים בפניו ואינו מכלימו איירי בארנקי של אב ולא משל בן והרמב"ם ז"ל שכתב בהלכות ממרים פרק ששי עד היכן כבוד אב ואם אפילו נטלו כיס של זהובים שלו והשליכו בפניו לים לא יכלימם ולא יצער בפניהם וכו' דמשמע דאיירי בארנקי של בן שכן כתב שנטלו אביו ואמו ארנקי שלו וזרקו לים הכל תמהו עליו איך כתב כן הרב ב"י ז"ל והרב מהר"י קולין ז"ל בסי' קס"ז דהוא הפך סוגית הגמרא בפרקא קמא דקדושין והרב ב"י תירץ תירוצים והרב מהר"י קולין וז"ל דאף ע"ג דאין הבן רשאי להכלי' אביו ולצערו בשביל ממונו מ"מ אין חייב הוא להפסיד ממונו בשביל כבוד אביו וכן צריך לומר וכו' ועדיין לא נתקררה דעתי דעל כל התירוצים יש להקשות א"כ מאי פריך בגמרא למ"ד משל אב כלו' דלדידיה דאיירי בארנקי של אב מאי נפקא ליה מינה הא אפילו לדידיה מצינן לאוקומי בארנקי של בן. ויש לחלק בין כבוד לצער ובכל התירוצים שתירצו הרב מהרי"ק והרב ב"י וכבר הרגיש בזה הרב ב"י ודחק בזה הרבה. לכך נראה לי לתרץ דהרמב"ם ז"ל סבירא ליה כדעת הרמ"ה ז"ל שכתב הטור ביורה דעה הלכות כבוד אב ואם סי' ר"מ דהא דבארנקי של בן מצי לאכלימי היינו דוקא מקמיה דשדייה לים דאפשר דממנע ולא שדי ליה אבל בתר דשדייה אסור לאכלימיה דמאי דהוה הוה ע"כ. ואיכא למידק א"כ מאי פריך

תלמודא בפ"ק דקדושין למ"ד משל אב מברייתא דארנקי לימא דברייתא איירי בשל בן ומ"מ קאמרה דלא יכלימו משום דכבר זרקה וכיון דכבר זרק' אין כאן חסרון כיס דמאי דהוה הוה אבל לעולם הכבוד הוי משל אב דאיכא ביה חסרון כיס וצריך לומר לדעת הרמ"ה ז"ל דלשון הברייתא דאמרה כדי שימול ארנקי ויזרקנו לים בפניו ואינו מכלימו משמע דברייתא איירי קודם זריקה שכשרוצה לזורקו לא יכלימו אע"ג דאית ביה חסרון כיס דאל"כ היה לו לומר שאם נטל כיסו וזרקו לים לא יכלימו מדקאמר שיטול משמע דאיירי קודם זריקה ולכך פריך תלמודא שפיר דלמ"ד משל אב ע"כ האי ארנקי משל אב דאי משל בן כיון דברייתא איירי קודם זריקה אמאי לא יכלימנו הא אית ביה חסרון כיס דאם יכלימו לא יזרקנו זה נראה דעת הרמ"ה ז"ל והוא דעת הרמב"ם ז"ל ובאו דבריו על נכון דהוא שנה הלשון וכתב שאם נטלו והשליכו לים לא יכלימו וכו' כלומר אחר שהשליכם לא יכלים אותם דמידי דלית ביה חסרון כיס הוא דמאי דהוה הוה ולכך לא כתב בלשון התלמוד שיטול ויזרוק אלא לשון בדבר והוא נאות בעיני לדעת הרמב"ם ז"ל. ואכתי קשה לדברי הרי"ף שכתב לשון הברייתא ואמר כדי שיטול ארנקי שלו וישליכנו לים דכיון דהוא פסק משל אב למה כתב שלו דמשמע דקאי אבן. ואולי י"ל דקאי אאב וה"ק שיטול האב ארנקי של עצמו ויזרקנו לים לאפוקי של בן ואע"ג דבעובדא דרבי טרפון כתב כלום זרקה ארנקי שלך לים היינו משום דסבר נמי כדעת הרמ"ה דאחר שזרק אין להכלימו דלית ביה חסרון כיס וההיא דר' טרפון אחר שזרקה איירי כדאמר כלום זרקה וכו':

מ"מ לכל התירוצים שתירצו הרב מהר"י קולין ומהר"י קארו ז"ל ומה שתירצתי אני יחיד ועני אין מחוייב הבן לחסר ממונו בעבור רצון אביו וכן כתב שם הרב מהר"י קולין בההיא תשובה דכ"ע מודו דאין מחוייב הבן לשמוע לאביו להפסיד ממונו. א"כ למדנו בנ"ד דאין הבת מחוייבת להפסיד ממונה ולמחול אותו בשביל כבוד אביה ואם אביה הכה ופצעה על כך ודאי דאנוסה היא דאנסה שלא כדין וכיון שמסרה מודעא והעדים הכירו כן הרי יש כאן מסירת מודעא ואונס כי מה היתה יכולה לעשות אם אביה מכה אותה ומצערה וגדול כבוד אביה שלא היתה יכולה להתרי' כנגדו ואונס גמור הוא והמודעא קיימת: הכלל העולה דבנ"ד דנראה לכאורה דהוי פשרה אם יש במחילה בטול מודעות שיועילו לפי דעת קצת מהפוסקים ז"ל סגי דמצי הנמחל לומר קים לי כוותייהו ונסתלקה המודעא אבל אם אין במחילה בטולים המועילים המודעא קיימת ואם בנדון הזה היה החיוב ברור שהיה חייב אבי הנפטרת לבת הנפטרת בלי שום פקפוק והבת הוצרכה למחול מחמת אונס שאנסה אביה הרי נדון דידן כמתנה ממש וכמו שכתב הרשב"א

ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף ז"ל ח"מ סימן י"ב על שמעון שחייב לראובן מנה ונתן לו חמשים ועשה לו מחילה דהרי זה כמי שאנסוהו ליתן וז"ל שאף על פי שקבל קצת המעות לא אמרו בכי האי אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה וכו' הגע עצמך הרי שגזל שדה מחברו ואנסהו למכור מחציתו ובמחיר שיחזיר לו מחצית האחר הנאמר בזה אגב אונסא וחצי שדהו שהוא מחזיר לו גמר ומקנה והא נמי דכוותא עד כאן. גם בנדון דידן אני אומר אם החיוב היה ברור ומחלה השאר בשביל אביה הרי זה כמחילה ומתנה ואף על גב דליהוי המודעא בטלה מכל מקום כיון שיש עדים על האונס המחילה בטלה כדכתיבנא ועל הדיינים אשר שם לברר אם החיוב היה ברור והוי כמתנה או לא היה ברור כ"כ והוי כפשרה הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפ

שאלה ראובן היה פקיד של סוחרים שמינוהו בנטל בכפר א' לקבל נכסיהם מתוגרמים לשולחם בלועזות והבאים מויניציא"ה לשולחם בכל מקום שימצאו הבעלים ומנהג אנשי הכפר הנז' שבזמן היריד יקבצו מאנשי הכפר החמרים ויחטפו את המשאות מבלי שיניחו הפקיד לבררם ולפרט' ולראות של מי הם והולכים להם ליריד תיכף ואין ביד הפקיד למחות ודבר וצעק הפקיד אל הנאמן על הדבר הזה ודבר אליו קשות והנאמן השיב לו שכך מנהג אנשי הכפר ובכל פעם שבאים נכסים בזמן היריד לעשות כן ואינו יכול לשנות מנהגם וגם לסוחרים דבר הפקיד הנז' והתרה להם שיעשו איזה סדר שיכתבו לנאמן על זה אולי יתקלקל המנהג הרע ההוא פן יקרה ויאבד דבר ולא הטו אזנם לדבר הפקיד ולא אבו שמוע לקולו ויהי היום באו נכסים מויניציא"ה בנטל הנז' בכפר הנז' וחטפו החמרים אותם הנכסים והפקיד לא היה לאל ידו למחותם ולברר הנכסים של מי ומי הם ומי לקח המשא של מי לבד כתב שמותם כלם יחד שהיו בידם, כ"כ משאות והלכו להם ביריד ובהכנסתם קרוב ליריד יצאו שרים תוגרמים הרבה ורגליים וחטפו ולקחו ממשאות הבגדים הנז' ומי מהם הוליכו באהל שלו ומי הוליכו בכפרים אחרים והסוחרים בעלי הנכסים נתפזרו מפה לפה באהלי התוגרמים ובכפרים לבקשם ולדעת כל א' שלו אנה הוא ומתוך ההומיה והבהלה ההיא נאבדה באלה א' מסוחר א' ולא ידעו ולא הבינו אם בדרך נאבדה או בתוך הבהלה נאבדה שחטפו התוגרמים אותם והוליכוה באהליהם ובבתיהם ונתפזרו מפה לפה ועתה הסוחר בעל הבאלה מהבגדים הנז' טוען ואומר שראובן הפקיד חייב בפשיעה שפשע שהיה לו להשגיח ולברר ולפרט המשאות של מי ומי משל הסוחרים לקח כל א' וא' מהחמרים בפרטות כל א' בשם. עוד טוען

הסוחר ואומר שפשע הפקיד לפי שכתב במקום ט"ו באלי טעה וכתב ששולח לו י"ג באלי ולכן לא השגיח הסוחר לבקש לבד י"ג באלי והגם שמצא י"ד אחר הט"ו לא בקש לפי שכתב לו לבד י"ג ולא ט"ו וראובן הפקיד טוען שאנשי הכפר החמרים החטיפום כמנהגם כפעם בפעם ולא הניחוהו לבררם ולדעת מי ומי מהחמרים הלוקח המשא של כל סוחר וסוחר בפרטות ואין לאל ידו למחות בהם כנז' ולכן כתב כל שמות החמרים שלקחו סכום כל כך משאות ועל הטענה הב' שכתב י"ג במקום ט"ו משיב שכך דרך כל הסוחרים לטעות ועל הכל בזמן הירידי שדרך לכתוב לכל הסוחרים בחפזון גדול וכ"ש שבאותו הפעם היה הזמן קצר מאד להשיג הירידי ומרוב החפזון טעה וכתב כן והוי כמו סופר שטעה וכתב מאה במקום מאתים דפטור ואם היה מוצא י"ג היה לו לומר שסמך על כתב הפקיד שי"ג כתב וי"ג מצא ולא השגיח לבקש אחרים אבל מאחר שהפקיד כתב י"ג והוא מצא י"ג וגם בקש בעד הט"ו ולא מצאה יען היה בידו כתב אחיו שהוא שותפו וכתב מויניציא"ה ששלח לו ט"ו ותיכף אשר ראה כתב הפקיד שכתב י"ג ומצא י"ד ידע והבין שהפקיד טעה וכתב כן ולא עשה עיקר מכתבו כלל לבד מכתב אחיו שותפו עשה עיקר גדול והלך לבקש גם הבאלה האחרת בין הסוחרים והתוגרמים שחטפו הבגדים ולקחום באהליהם ויחפש ולא מצא וגם לקח חלק מהחמרים לתובעם ולהוליכם בעש"ג ועשה כל השתדלות בעד הבאלה שחסרה לו מסכום שכתב אחיו ולא מצאה נראה שמכתב אחיו עשה עיקר גדול ותיכף הבין שהפקיד טעה במה שכתב כדרך שטועים כל הסוחרים ולא השגיח בכתבו כלל ולכן מורנו ורבינו יורנו הדין עם מי הוא:
תשובה מה שטוען הסוחר שפשע הפקיד שהיה לו לברר ולפרט המשאות של מי הם אין טענתו טענה שכבר צעק הפקיד על זה לסוחרים שיעשו סדר על כך ולא אבו שמוע לו כמבואר בשאלה ומה בידו לעשות אנוס הוא דאינו בא מידו כיון שמנהג אנשי הכפר לעשות כן ומי ששולח לו נכסיו ודאי שעל דעת כן שלח לו וזה אין צריך לפנים:
אבל מה שטען שכתב לו י"ג במקום ט"ו בזה יש מקום עיון דהשואל דמה אותו לסופר שטעה וכתב מאה במקום מאתים ואין הנדון דומה לראיה איברא דנמוקי יוסף בפרק לא יחפור גבי הא דאמר רבא מקרי דרדקי וכו' וסופר מתא דטעו מסלקינן להו כתב שם וסופר מתא שטעה לכתוב במקום מאתים מנה אין משלם ההפסד דגרמא בעלמא היא ע"כ. וכן כתב הר"ן כמבואר בב"י ח"מ סימן שפ"ו אבל נ"ד שלפנינו שנא ושנא דטובא איכא לחלק בין סופר הכותב שטרות לאדם המוסר לחברו ממון לשמור או להוליכו לאחר דמי שנותן ממון לשמור או להוליכו לחברו אם פשע שום מין פשיעה אפילו שיהא גרמא בעלמא מחייבינן ליה דלא נתן לו המפקיד הממון אלא על דעת וכיון ששנה

מדעת המפקיד או השולח הרי הוא חייב באחריותו ואפילו שיהיה גרמא בעלמא דכל שומר שפשע שחייב להרחיק בידים אלא גרמא בעלמא הוא ואפי' הכי חייביה רחמנא ושומר שכר משום דלא נטר נטירותא יתירתא אפילו שלא פשע מחייבינן ליה בגנבה ואבדה וטעמא משום דמי שנותנין לו ממון על דעת כן קבלו לחייב באחריותו אם פשע או אם הוא שומר שכר לחייבו בגנבה ואבדה אפילו שלא יהיה מזיק אלא גרמא בעלמא דהא בפרק המפקיד גבי ההוא דאפקיד כשותא גבי חבריה והוה ליה לדידיה כשותא ואמר ליה לסריסיה מהא רמי דאמרינן התם דאי לא שהה שיעור לאתויי ליה מכשותא דיליה דפטור כתב נמוקי יוסף בשם הר"ן דאי שומר שכר אפילו הכי חייב כיון דלא אמר מהא לא תרמי והא התם לא עבד כלל אלא דבורא בעלמא אמר שטעה בו השליח משום דלא אמר מהא לא תרמי ואפילו הכי מחייבינן ליה משום דהוי ש"ש ואע"ג דהוי פחות מגרמא אלא ודאי טעמא כדכתיבנא דכל נותן מעות לחברו אם פשע בו שום מין פשיעה אפי' שיהיה גרמא חייב אבל התם גבי סופר שלא נתנו לו ממון לשמור אלא שעשה מעשה ואבד למלוה כיון דלא הוי דינא דגרמי אלא גרמא בנזקין פטור וזה דבר פשוט מאד ואין צריך לפנים. ואם כן בנדון דידן ודאי שראובן זה הפקיד פשע במה שכתב י"ג במקום ט"ו ואף על גב שטעה איבעי ליה למידק דהא בההיא דכשותא שהבאתי לעיל דלא טעה כ"כ במה שלא אמר מהא לא תרמי מחייבינן ליה היכא דהוי שומר שכר משום דאיבעי ליה למידק כל שכן כאן דלא היה לו לכתוב י"ג וכיון שכתב י"ג הרי פשע ואם נאבדו המשאות חייב באחריות דלא היה לו לתת מקום לסוחר לטעות שלא ישתדל לבקש הבאלה אם כן ודאי דמהך טעמא חייב הפקיד:

אבל כד מעיינינן ביה יש לזכותו משום דתחלתו בפשיעה וסופו באונס ואע"ג דבתחלה פשע הרי אח"כ הסוחר הבין שהכתב היה טעות וסמך על כתב אחיו ונתבאר בשאלה שעשה כל ההשתדלות האפשרי ולא יכול לו וא"כ אפילו שהיה כותב ט"ו מה היה יכול לעשות הסוחר יותר ממה שעשה וא"כ הוה ליה תחלתו בפשיעה וסופו באונס ואע"ג דקי"ל בסוף פרק המפקיד דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב הרי כתבו המפרשים ז"ל דדוקא היכא דהאונס בא מחמת הפשיעה כההיא דצריפא דאורבני דאף ע"ג דהוי נטירותא לגבי גנבי אלו שמרם כדינו דהיינו בקרקע לא היה בא אונס זה אבל היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה לא. וא"כ בנ"ד דלא בא האונס מחמת הפשיעה שהרי אפי' שהיה כותב ט"ו מה היה יכול לעשות יותר ממה שעשה פטור:

וכי תימא לא אמרינן הכי אלא גבי שומר שפשע בשמירתו אבל שליח ששנ' בשליחותו הא קיי"ל בפ' הגוזל קמא הנותן לחברו ליקח לו חטין ולקח שעורין אם פחתו פחתו לו

ואם הותירו הותירו לאמצע ומשמע דכיון דשנה חייב באחריותו אם נאבדו או נאנסו וכן כתוב במשרים ח"א ז"ל המפקיד אצל חברו סחורתו להוליכה למקום פלוני והוליכה למקום אחר חייב באחריות הסחורה ונעשית מלוה וב"ד יורדין לנכסיו ע"כ. אע"ג דיש לחלק דשאני התם דשנה מקומות ויש אחריות דרך יותר במקום א' מבמקום אחר מ"מ משמע דבההיא דהגוזל דחייב באחריותו דהרי כתב מהר"י קולין בשרש כ"ו דהיכא דשנה השליח כל דהו בטל השליחות מכל וכל וכיון דבטל השליחות הרי נעשה הממון ברשותו וחייב באחריותו אף ע"ג דלא חשוב גזלן מה שהוא משנה כדכתב הרא"ש שם בהגוזל בתרא והמרדכי ג"כ וטעמיה כיון דאין כוונתו לגזול אלא מפני שסבור שיש יותר ריוח בסחור' זו מבאחרת מ"מ חייב באחריותו כיון דשנה מדעת המשלח ואע"ג דהוא נעשה שלוחו היינו לטובתו של משלח אם יהיה ריוח: וא"כ בנ"ד ששנה שליחותו שהרי שולחי' לו שישלח' לסוחר ההוא ומסתמא ודאי על דעת שיכתוב לו ששולח לו ט"ו משאות כדרך כל הפקידים וכיון ששנה בטל שליחות וחייב דמי ששלח לו יאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ובטל שליחותו וא"כ הרי הוא חייב באחריות המשאות יש לומר דאין זה מקרי שנוי שליחות דבשלמא כשאמר לו לקנות חטין וקנה שעורין או להוליכו למקום זה והוליכו למקום אחר הרי שנה כוונתו וא"כ כיון ששנה כוונתו ודאי שנעשה באחריותו אבל היכא דשלחו למי שאמר לו ולמקום אשר צוה לו ולא כתב לו שיכתוב לו בפי' ט"ו משאות אלא שסמך על דרך הפקידים שהם כותבים מנין המשאות וזה לא עשה כדרך הפקידים פשיעה מקרי ולא שנוי שליחות וכיון דהוי פשיעה הא קי"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה הכלל העולה דבנ"ד הפקיד זכאי בדינו ומ"מ אומדין בית דין אם כשהיה כותב הפקיד ט"ו היה לו מקום לסוחר להציל ואבד בפשיעתו אז ודאי חייב הפקיד ואם לאו אלא שלא היה בידו לעשות יותר פטור הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפא

שאלה ראובן תושב עיר צידון היה לו פקיד בעיר ויניציא"ה שהיה שולח כל סחורותיו לידו כל הימים והפקיד היה מוכרם והיה חוזר לשלוח לו ההלבשה לעיר צידון ופעם אחת שלח ראובן הנזכר סחורה ליד הפקיד הנז' בויניציא"ה וקודם שהגיע הסחור' ליד הפקיד נסע הפקיד מויניציא"ה ללכת לעירו והניח במקומו לישששכר כדי שיקבל סחורות ראובן הנז' וימכרם וישלח הלבשתם ליד ראובן הנז' וכאשר הגיע הסחורה הנזכר

ליד יששכר מכרה והלביש הדמים בכ"כ קירמיז ובכל כך אמות ראזו אדום פאראנגון ושלח הקירמיז והראזו הנז' בתוך באלה אחת מבגדים שהיה שולח לזבולון בעיר צובה והגיע הבאלה מהבגדים עם הקירמיז והראזו הנז' ביד זבולון בעיר צובה ושלח יששכר אגרת לראובן להודיעו שהיה שולח לו הלבשתו בתוך הבאלה ששלח לעיר צובה באופן שהוכרח ראובן ללכת לעיר צובה לקבל הלבשתו מיד זבולון וכאשר שאלו ראובן על ההלבשה הנזכרת השיבו זבולון וכחש בו לאמר לא ראיתי לא קירמיז ולא ראזו כלל אז שאלו ראובן איך מכרת הבאלה הנז' הודיעני אם מכרת הבאלה סתומה או פתוחה והשיבו כי מכרה פתוחה ללוי תושב עכו ושלא מצא בתוכה שום דבר אז הוכרח ראובן ללכת לעכו ומצא שם ללוי הקונה ושאל את פיו אם מצא בתוך אותם הבגדים הקירמיז והראזו והשיבו לוי כי לא נמצא בתוך הבגדים ההם תולעת שני כלל אלא ראזו אדום מצאו רגלי א' שקנה ממני הבגדים ובהיותי מודד הבגדים נמצא בתוכם הראזו ותפס בו הרגלי ולא פרע לי בעדו רק לערך מאה ועשרים וחמש לבנים האמה ולפי דברי ראובן היה שוה הראזו לערך מאתים לבנים האמה. גם טוען ראובן כי מה שהודה לוי על הראזו הוא לפי שנמצא עד יודע הדבר ומי יודע אם מצא גם הקירמיז בתוך הבגדים ועתה שאל ראובן אם יש כח בידו לתבוע הלבשתו הנז' מאיזה מהם שירצה אם מהפקיד הראשון שמסר נכסיו ליד פקיד אחר שלא ברשות ראובן ואם מהפקיד השני שפשע במה ששלח ההלבשה בתוך הבגדים ליד זבולון בעיר צובה ואם מזבולון עצמו שאין ספק שהפקיד השני גלה אזניו על שליחות ההלבשה בתוך הבגדים ואם מלוי שהודה על מציאת הראזו ולא על הקירמיז או אם יוכל לתבוע מאיזה מהם. על הכל יבא דבר אדוננו ומורנו להודיענו דבר המשפט ומאת ה' יהיה משכורתו שלמה. תשובה הלכה רווחת היא דשומר שמסר לשומר חייב אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם וכמו שכתב הטור ז"ל בח"מ סימן רצ"א אבל מ"מ הפקיד הראשון אשר היה בויניציא"ה פטור מתביעת ראובן אע"ג דהניח לישששכר במקומו דהאי דאמרינן דחייב היינו היכא דנכנסו הנכסים בידו וקבל עליו שמירה ומסרם לשומר אחר אבל זה לא נכנסו הנכסים בידו אלא אמר לישששכר שיקבלם ומצוה עבד דכיון דהוא היה נוסע מן העיר אולי ראובן היה שולח נכסים אליו ואם הוא לא היה נמצא שם אפשר שיאבדו הנכסים לכך אמר לישששכר שיקבלם הוא כדי שלא יאבדו הנכסים ההם. ועוד דכפי הנראה יששכר זה היה. מניחו במקומו לעשות כל ענייניו ומסתמא כששולח ראובן הנכסים לויניציא"ה הוא אדעתא דאם לא נמצא שם הפקיד יתנום ביד האיש אשר הניח במקומו שמוסר כל ענייניו ונכסיו בידו וכמו שאמרו בפרק הכונס דאורחיה דרועה למימסר לברזליה ומכאן למד המרדכי

בפרק המפקיד דשכירו ושותפו של אדם שדרך להניח שלהם בידם פטור והובא בב"י ז"ל סימן רצ"א והכא נמי דכוותא היא דרך הסוחרים לעשות כן להניח אנשים אחרים במקומם וכיון דלא שנה ממנהג הסוחרים לא עשה פשיעה כלל: אך לישׁשכר יש לחייבו מטעמא דלעיל דכיון דאמר לו הפקיד שישלחם ליד ראובן למה שלחם ליד זבולון לעיר צובה ולא שלחו דרך ישר לראובן ובודאי דהוי שומר שמסר לשומר וחייב ואין לחייב לפקיד שהניח לישׁשכר במקומו מהא דכתב הרא"ש דאע"ג דאמרינן כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד אם מסרם ביד אשתו ובניו ופשעו חייב לשלם וכמו שכתב הטור בשמו בח"מ סימן רצ"א והכא נמי כיון דמסרם לשכירו ושותפו שהניח במקומו דהיינו ישׁשכר ופשע חייב הפקיד לשלם דהא הרמב"ם ז"ל פליג על הרא"ש וכמו שכתב בפרק ד' מהלכות שאלה שאם הודיעם שהוא פקדון שהוא פטור וכתב שם ה"ה ז"ל שלדבריו הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל וא"כ פשיטא דיכול הפקיד המוחזק לומר דקים לי כוותייהו כיון שהודיע לישׁשכר שהנכסים הם של ראובן. ועוד הרא"ש והתוס' מודו בנ"ד דהפקיד הזה לא נכנסו הנכסים בידו והוא מסרם לישׁשכר אלא אמר לישׁשכר שיקבלם וטעמא רבה איכא לחלק בין היכא דנכנסו הנכסים בידו ומסרם ליד אשתו ובניו להיכא דלא נכנסו בידו כלל וכדכתיבנא וא"כ הפקיד הראשון הוא פטור וישׁשכר הוא חייב ויעשה ישׁשכר דין עם זבולון ואם כתב לזבולון שהיה שולח הבגד והקירמיז בבאלה סתומה ודאי דהוא פשע למוכרה כן וחייב דאע"ג דדרך הסוחרים למכור הבאלה סתומה לפעמים על פי הכתב ששולח הפקיד והוא הנקרא פאטורה מ"מ כיון דכתב לו שהיה שם ראזו ותולעת שני היה לו לפותחה ולראותה אם היה שם כן וכיון דלא עשה כן חייב ואם יאמר זבולון שלא כתב לו ישׁשכר כן בתוך הכתב ששלח לו אז ישבע זבולון על כך להכחיש לישׁשכר ואם מכרה סתומה יש לפוטרו מטעם מנהג הסוחרים לעשות כן דמוכרים על פי פאטורה:

ועוד דהרי כתב הטור בסימן רצ"א ואפילו כשמקבל לשמור אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו שאם נתן לו לשמור דינר זהב ואמר הזהר בו של כסף הוא ופשע בו ונאבד אינו חייב אלא בשל כסף שיאמר לו לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף וכן כל כיוצא בזה הכא נמי כיון שלא כתב לו בכתב שהיה שם בגד אדום וקירמיז לא נזהר בו ולכך הוא פטור אף על פי שנאבד והגע עצמך שהיתה נאבדת כל הבאלה מפני פשיעתו של זבולון לא היה חייב זבולון יותר ממה שכתב לו ישׁשכר דלא קבל שמירה יותר דיאמר אלו הייתי יודע שהיה שם ראזו ותולעת שני הייתי נזהר יותר כ"ש עתה שלא

פשע ולא עשה רק כדרך הסוחרים למכור על פי פאטורה ולכן על פי שבועתו שישבע שלא כתב לו יששכר כן פטור:
ואם יאמר שכתב לו כן ושפתחה ולא ראה שם ראזו ולא קירמיז גם על זה נאמן זבולון בשבועתו כך הוא הדין לפי דין תורה. אבל מ"מ מדברי לוי שאמר שבהיותו מודד הבגדים מצא ראזו אדום נראה ודאי דפשע זבולון במה שלא השגיח והביט שם אם היה ראזו אדום ותולעת שני אין אנו יכולים לחייבו אלא אם ישבע שפתחה היטב ולא ראה שם כלל הוא פטור ובין כך ובין כך יששכר יפרע הראזו והתולעת שני לראובן ואם מכרו הראזו לרגלי לערך מאה וכ"ה לבנים מה שעשה הרגלי באונס האי פסידא עליה דיששכר הדר והוא יפרע הראזו והקירמיז כמו ששוה הנלע"ד כתבתי:
הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפב

שאלה ראובן שמעון לוי שותפין שלחו כך סחורה ממקום מושבם ליהודה אשר באנקונה ששם ימכור סחורתם ויהי היום אשר הגיע הסחורה ההיא בארגוז"ה קודם שיגיע לאנקונה נמצא שם יהודה בארגוז"ה ובא ולקח הסחורה מיד הקונסול אשר בארגוז"ה ושלח לה משם דרך אניה בלב ים דרך אנקונה לסוחר א' בלי ידיעת ג' מרעים ראובן שמעון לוי כלל שהיה לו ליהודה לעשות כן להוציאה מידו כי אם כששלחו הסחורה בחשבם שהוא יושב באנקונה ושם ימכור הסחורה ההיא והוא פשע ונטל הסחורה מיד הקונסול אשר בראגוז"ה ושלחה לאיש אחר אשר באנקונה יהיה מי שיהיה ועתה שאל השואל אם יתפסו הג' מרעים ליהודה שפשע להם מפני מה יצא ממקומו וממחיצתו לבא להקדים עצמו לקחת הסחורה ממקום א' ולמוסרה ביד איש א' אשר לא ידעו ולא הכירוהו מה שלא צוו נעשות כן ויהיה יהודה הנז' חייב לפרוע סחורתם אם לא ותהי משכורתו שלמה אמן תשובה יהודה זה יש לו דין שומר שמסר לשומר ואם הסוחר אחר אשר שלח הסחורה לו היו רגילים אלו השותפים לשלוח לו סחורה למכור יהודה יעלה ופטור ולא זו בלבד אלא אפילו שלחו לו פעם א' די וכמו שכתב הרב ב"י בטור ח"מ סי' רצ"א וחלק על מהר"י וייל שסובר דבעינן שהורגל תמיד להפקיד אצלו ודוקא שלא העני הסוחר ולא נעשה חשוד בין הזמן שהפקידו אצלו לזמן ששלח אצלו יהודה ובהיות הדבר כן אז יהודה פטור בין לאביי דאמר בפ' המפקיד דף ל"ו דטעמא דשומר שמסר לשומר חייב משום דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ובין לרבא דאמר דטעמא משום

אנת מהימנת לי בשבועה וכו' דהיינו עובדא דהנהו גינאי דהוו מפקדי גבי ההיא סבתא וכל יומא הוו מפקדי אצלה וכדאמרי' בפרק המפקיד שם:

אבל אם אין הסוחר ההוא נאמן אצל השותפים הנז' כגון שלא שלחו לו סחורה פעם אחרת או אפילו שלחו והעני או נעשה חשוד בנתים אז יהודה ודאי חייב משום טעמא דאנת מהימנת לי וכו' אלא א"כ הביא יהודה ראיה בעדים שנאבד באונס ביד הסוחר שאם היה נאבד בידו ג"כ על הדרך ההוא היה פטור אי נמי אם היה יהודה שם בשעה שנאבד שהיה יכול לישבע אז ודאי פטור ולא שייך טעמא דאנת מהימנת לי וכו' והראיה שצריך להביא איני אלא שנאבד באונס ולא בפשיעה ביד הסוחר ואינו צריך להביא ראיה שלא שלח בו יד אע"ג דהרא"ש דקדק מדברי הרי"ף שכתב בפ' המפקיד דהיכא דאיכא עדים דנטרה שומר כי אורחה דמלשון זה משמע שצריך להביא ראיה ג"כ שלא שלח בה יד כבר חלק עליו הרא"ש ז"ל בפסקיו בפ' המפקיד דאחזוקי אינשי ברשיעי ששלחו יד בממון חבריהם לא מחזקינן וכן כ' הטור בסי' רצ"ד ואע"ג דבסי' רצ"א כתב וכן אם יש עדים ששמרה כראוי וכו' אבל אם נשאר עליו שום שבועה חייב וכו' דלא כתב שום שבועה לרבויי אפי' שבועה דשליחות יד וכדכתבו רבינו ירוחם והרא"ש דמשמע מדברי הרי"ף דאם תאמר כן קשו דברי הטור אהדדי דבסימן רצ"ד כתב דאין צריך לישבע על כך אלא כיון שיביא ראיה שנאנסה לדעת ר"י ולדעת הרא"ש שנגנבה ושלא פשע בה די ואין צריך להביא ראיה שלא שלח בה יד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן א"כ צריך אתה לומר דמ"ש בסי' רצ"א שום שבועה ר"ל שבועה שנגנבה ושלא פשע בה וכדעת הרא"ש אבל שבועה דלא שלח בה יד לא איכפת לן דאין זו עיקר שבועת השומרים. וכיון דאין זו עיקר שבועת השומרים אין ראוי לחייב לשומר שמסר לשומר דכיון דיש עדים שנגנבה ולא פשע בה הרי פטור השומר הב' משבועה וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק המפקיד כנ"ל לפרש דברי הטור:

א"כ לפי זה כשיביא יהודה ראיה שנאבדה באונס ביד הסוחר ולא פשע בה סגי והוא פטור ואין צריך להביא ראיה שלא שלח בה יד ואפילו הרי"ף שכתב דנטרה כי אורחה נראה דכן כוונתו ומה שאמר כי אורחה ר"ל שנגנבה באונס ולא פשע בה תדע לך דהרי הרמב"ם בפרק א' מהלכות שכירות כתב בלשון הרי"ף שכתב שם אם יש עדים ששמרה השומר הב' כדרך השומרים ונאנסה וכו' ומ"מ כתב בפרק ששי מהלכות שאלה ופקדון שומר חנם שהביא ראיה שלא פשע בה וכו' ואין אומרים שמא שלח בה יד קודם שנאבד משמע דמאי דקאמר בפ"א מהלכות שכירות כדרך השומרים ר"ל שלא פשע בה ונגנבה אבל אין לחוש שמא שלח בה יד וכן יש לפרש דברי הרי"ף רבו ז"ל וכמו שאנו צריכים

לפרש לשון הרמב"ם נפרש ג"כ לשון הרי"ף דהכל לשון אי הוא ואע"פ שהרא"ש ז"ל לא פירש כן לשון הרי"ף מדברי ה"ה בפ"ה מהלכות שכירות נראה כמו שכתבתי שהסכים דברי הרמב"ם לדברי הרי"ף ולפי זה אם יביא ראיה שנגנבה באונס אליבא דכ"ע פטור ולא אמרי' דילמא שלח בה יד קודם וכן אם סוחר זה היה שותפו של יהודה או שכירו שדרכו להניח שלו בידו הוא פטור וכמו שכתב המרדכי בפרק המפקיד והביא ראיה מההיא דאמרינן בפרק הכונס דאורחיה דרועה למימסר לברזליה וכל אלו הם דברים פשוטים ומפורשים בפוסקים בטור ח"מ סימן הנז' והרמב"ם ז"ל הלכות שכירות פ"א:

אבל מה שיש לדקדק בנ"ד הוא דאם שותפים אלו היו רגילים להפקיד אצל סוחר זה ששלח לו יהודה אבל מעולם לא שלחו לו למכור שום דבר דאפשר בזה דיהודה יהיה חייב משום דפשע במה שמסר לסוחר למכור דאין רצונם של השותפי' שימכור הסחורה אלא יהודה שהוא משתדל ויודע למכור ולא הסוחר ההוא דאולי אינו בקי בטיב משא ומתן כיהודה או אינו משתדל כמוהו ואפי' יהיה כמוהו מ"מ לשותפים נראה להם יהודה יותר ראוי למכור הסחורה מהסוחר ההוא ומי נתן לו רשות למסור הסחורה לסוחר למכור דאע"ג דהוא נאמן אצלם אינו בקי בכך אצלם ואע"ג דרבא פליג על אביי בטעמא דאין רצוני דלא חשיב ליה פשיעה וכדכתב הרי"ף ז"ל בפרק המפקיד דאין זה אלא לכתחלה אבל בדיעבד ודאי דאין ראוי לחייבו בשביל כך מ"מ אפשר דבטעמא כי האי דכתיבנ' מודה ליה דמקרי תחלתו בפשיעה ששלח לו למכור והוא נתן לאחר למכור ושינה בשליחותו וכיון דתחלתו בפשיעה אע"פ שסופו באונס חייב כיון שבא האונס מחמת הפשיעה דאם יהודה זה לא היה שולח הסחורה לסוחר לא היתה נאבדת:

ועוד היה נראה להביא סעד לזה ממאי דפסק הטור בהלכות מגילה בא"ח סי' תרצ"ד ואין העני רשאי להוציאן לדבר אחר אלא בסעודת פורים דנראה דפסק שם כר' מאיר דכל המעביר על דעתו של ב"ה גזלן הוי ואע"ג דהרב ב"י תמה שם עליו מ"מ יש סעד לתומכו מרבינו ירוחם שגורס בההיא ברייתא דהאומנין דברי ר"מ משום רבי עקיבא וכתב שרבים חולקים על הרי"ף ופסקו כרבי עקיבא ואפשר שזה דעת הטור וא"כ כיון דמעביר על דעת בעל הבית גזלן הוי הרי יהודה זה שהעביר על דעת משלחו נקרא גזלן וחייב באחריות כל הסחורה ההיא לפי דעת הטור והחולקים על הרי"ף:

אלא שיש לתמוה על הטור דמההיא דפרק המפקיד משמע דלא קי"ל כרבי מאיר דכל המעביר על דעתו של ב"ה גזלן הוי וכדכתב הרי"ף בפרק המפקיד דאע"ג דהפקידו ביד אחר פטור היכא שיש עדים שנאבד באונס דמההיא משמע דלית הלכתא כרבי מאיר דאי איתא דגזלן הוי ליחייב שומר שמסר לשומר כיון שעבר על דעת ב"ה דהרי כגזלן

הוי וחייב באחריות אלא ודאי מוכח מינה הרי"ף דלית הלכתא כרבי מאיר וכיון שכן הטור שכתב בח"מ סימן רצ"א כדברי הרי"ף איך בה' מגילה פסק כרבי מאיר דמשמע דהדינים הם סותרים:

ואין לומר דרבי מאיר לאו גזלן גמור קאמר להתחייב באונסים אלא כגזלן דהא בפרק האומנים לא משמע הכי דאמרי' גבי מתני' דהשוכר את החמור וכו' הא מני רבי מאיר הוא דאמר כל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן ופרש"י וקמה ליה ברשותיה להתחייב באונסיה. אלא שיש לתרץ לדעת הטור דהך לא מעביר על דעת ב"ה מקרי דיש מקפיד בכך שלא ימסרנו לאחר ויש שאינו מקפיד כ"כ ומכל מקום לכתחלה ודאי שאין לי למסור לאחר דאיכא למיחש לטעמא דאין רצוני לכתחלה:

ועתה נחזור לנ"ד ונאמר דהכא ודאי כ"ע קפדי בא' מוכר הסחורה ומשתדל יותר מאחר וא"כ לא היה לו ליהודה למסור הסחורה למכור לאחר וכיון שמסר הוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס דחייב כיון דבא האונס מחמת הפשיעה כדכתיבנא: אלא שמ"מ אין לחייב ליהודה בשביל כך אם יביא עדים שנאנס ביד הב' ולא מקרי תחלתו בפשיעה דהא כשמסר ש"ש לש"ח אע"ג דהיו דרך הבעלים להפקיד אצלו כתב הרמב"ם בפ"א מהלכות שכירות דמקרי פושע כיון שמיעט בשמירתו וכתב שם הרב המגיד ז"ל דעת רבינו נראה נכון וכו' ואין לך פשיעה גדולה מזו ומכל מקום כתב הרמב"ם ז"ל דאם הביא עדים שנאנס ביד השומר השני פטור הא' וכתב הרב ג"י בח"מ סי' ש"ה טעמו דלא אמר הרמב"ם ז"ל דהוי פושע אלא למנין שאין לפוטרו מטעם שהיה המפקיד רגיל וכו' אבל היכא שידוע שנאנסה ע"פ עדים או על פי שבועת שומר ראשון פטור הוא. א"כ בנ"ד ג"כ לא הוי פשיעה כ"כ עד שנאמר שאפילו שמביא עדים שנאנס שיהא חייב דלא עדיף הך פשיעה מההיא פסיעה לדעת הרמב"ם ז"ל:

ועוד דשוכר שהשאילה לאחר ומתה כדרכה אמרי' דפטור הראשון בעדים שמתה כדרכה ואמאי נימא תחלתו בפשיעה היא שאם זה שכרה לו שישתמש בה הוא מפני שנראה לו שזה יחוש יותר מאחר על בהמתו ולא יכביד כ"כ בשמושה וישתדל בה להמציא לה כל צרכה יותר מאחר ומי אמר לו למוסרה לאחר וכיון שהשאילה לאחר להשתמש בה פושע הוא ותחלתו בפשיעה היא אלא ודאי דאין לקרותו פושע גמור בשביל כך:

הכלל העולה דיהודה זה יש לו דין שומר שמסר לשומר וכדכתיבנא הנראה לעניות דעתי כתבתי:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפג

שאלה ילמדנו רבינו על ראובן אשר היה פאטור לסוחרים והיה גם לשמעון והקונסילו של שמעון הנז' בקורפו טען נכסיו באניה א' וכתב לראובן הנז' שיבטיח על נכסי שמעון ג' פרחים באניה הנז' והבטיח והאניה נשברה והגיע זמן הפרעון שיפרע המבטיח שהוא ו' חדשים כפי נמוסי שררת ויניציא"ה והמבטיח היה מעביר לראובן בדברי' פעם שיפרע ופעם שממתין אניה א' שלו ומהנו לו יפרע ואחר זה שילך ויחזור מרומא ואח"כ יפרעם ובין אלו הדחיות עבר זמן הרבה ונשבר המבטיח עתה שואלים אם ראובן חייב לפרוע הג' פרחים אחרי אשר עשה פשיעה שהוא שומר שכר שנוטל ב' בק' בהבטחה זו ועוד שואלים אם הפסיד שטר ההבטחה אם חייב לשלם כי לא נשאר ראיה לשמעון לתבוע מהמבטיח ועוד שהלכה כמאן דדאין דינא דגרמי בזמן הזה או לאו ותשובת אדוננו ומורנו יבא אלינו ושכרו כפול מן השמים:

תשובה לפי מה שנתבאר בשאלה ראובן זה שומר שכר גמור הוא שמכל מה ששולחים לו אפילו ממה שנאבד בספינה והוא מבטיח אותו לוקח בעד ההבטחה שנים למאה כאלו היה נטפל במכירתו וכיון שכן ודאי דהיה לו לעשות יותר מהראוי כדין ש"ש דאמרי' דלהכי יהבי ליה אגרא כי היכי דמנטר ליה נטירותא יתירתא והוא לא כן עשה אדרבה פשע הרבה במה שהאריך כ"כ זמן למבטיח עד שלבסוף נשבר וכשהיה רואה דחיות רבות מהמבטיח היה לו לדחוק אותו שיפרענו וקרוב הדבר לפושע גמור ואולי למזיק ודמי להא דכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ב' מהלכות שכנים וכתבו הטור בח"מ סי' צ"ה שמי שמשכן כרם לחברי או הוריד אריס לתוכה והתנה עמו לעובדו ופשע בו ולח עבדו חייב שלא פטרה אותו תורה אלא בהיזק דאתי מעלמא וכו' אבל זה כיון דלא עבדי כהיזק בידים דמי ע"כ. גם בנ"ד שלח נכסיו לזה ע"ד שישתדל בו כראוי והוא נתעצל ובסבתו נאבדו הנכסים א"כ ודאי דפושע הוא וראוי לחייבו ואפילו הרמ"ה דפטרו התם הוי טעמא כדכתב הטור מפני דהוא מפסיד דבר שלא בא לעולם מה שאין כן בנדון דידן: ומה ששאל השואל דהפסיד ראובן שטר ההבטחה אם יש לחייבו בשביל כך ודאי דאין לחייבי בשביל זה דכבר נתמעטו השומרים מדין עבדים קרקעות ושטרות בפרק הזהב ואע"ג דשורף שטרותיו של חברו חייב היינו מזיק בידים אבל השומר אפילו פשע בשמירתו לא מפטר אם אבד השטר לפי דעת רוב הפוסקים וכמו שכתב הטור בסי' צ"ה ומבואר שם בב"י וכן בסי' ס"ו ובסי' ש"א והרב ב"י פסק שם כן לפסק הלכה כ"ש דהוא להחזיק ממון ויכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל צ"ד ודלא כהרמב"ם ז"ל דמחייב הפושע בשטרות ולהראב"ד ז"ל מצאנו לו בזה

דעות חלוקות דבפרושיו כתב כדעת הרמב"ם ז"ל ובהשגותיו חלק עליו והרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק הזהב ובפרק כל הנשבעין כתב דדעתו כדעת הרמב"ם ובתשובה כלל צ"ד כתב דדעתו כדעת שאר הפוסקים ולא ידעתי למה סתם בפסקיו דבריו דבפרושיו עיקר ובתשובותיו דבריו דהשגותיו עיקר:

מ"מ לענין הדין ודאי דראובן פטור מזה הטעם אבל מהטעם הראשון יש לחייבו כדכתיבנא:

הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפד

שאלה ה"ר דוד מולכו שלח מעות לצפת ביד החכם שלם ונעלה כה"ר משה די ליריאה יצ"ו והתנה עמו שיהיה פטור מפשיעה ובין שניהם תפרום במלבושו ובצאתו מן העיר עם השיירא יצא רבי דוד ללותו ובשער העיר אמר דוד הנזכר להחכם הנז' זה הבגר שבו המעות שים אותו למטה מן הכל סמוך לחלוק כדי שיהיה שמור היטב ואם לאו חזור לי מעותי זה אמר עד א' ועד ב' אמר שבהיותם רחוקים מהעיר אמר לו כן ולא אמר לו חזור לי מעותי ועל פי אלו הדברים באו לפני דיין העיר וחייב להחכם הנז' ופסקו כל בעלי הוראה נגדו ושאל השואל אם מפני שנטל קנין וקבל חרם ונדוי לקיים גזרת הדיין ההוא הוא מחויב לעמוד בדינו או דילמא מאחר שהוא טעות שחלקו עליו כל בעלי הוראה הו"ל קנין בטעות וחוזר וכן החרם והנדוי יורנו המורה צדק הדין עם מי:

תשובה הן אמת ראיתי אלהים עולים הגם הלום גזרת יהלום אלופנו מסובלים בתורה ובמצות רבני צפת תוב"ב ורבני עירנו נר"ו ובפרט הרב הגדול מורי ור' נר"ו הם המדברים עונים ואומרים כי הדיין ההוא טעה בדבר משנה וגזרו על רבי דוד שיחזור המעות להחכם הנז' כדין כל טועה בדבר משנה שחוזר ובאמת שדבר זה צריך לי עיון כי כפי אשר ראיתי והבנתי מתוך דבריהם טעם הטעות שטעה הדיין ההוא הוא מפני שהוא גזר שהתנאי שהתנה ר' דוד עם החכם הנז' לפוטרו מפשיעה נתבטל ואינו כן אלא התנאי במקומו עומד ולפיכך הוא פטור מפשיעה ועם זה נתבטל הטענה האחרת שטען ר' דוד שהחכם הנז' ביום בואו לארץ נשתכר ואז נאבדו המעות והשכרות הוא פשיעה שכיון שהתנאי הראשון במקומו עומד הרי הוא פטור מפשיעה וכיון שכן אין זה נקרא טועה בדבר משנה שהרי מצינו לה"ר ברוך מרגעשפוריק שכתב שתנאי לפוטרו מפשיעה אינו מועיל וכמו שכתוב בהגהות אשיר"י פרק השוכר את הפועלים וז"ל וכתב ה"ר ברוך מרגענשפוריק מדלא נקט גבי שומר חנם להיות פטור מתשלומים כדקתני גבי שומר

שכר משמע דלא מפטר אם פשע אפילו התנה ע"כ. ואע"ג דהתוספות נראה דדחו ראייתו שהרי כתבו בפרק כל הנשבעין גבי מתניתין דשומר חנם אינו נשבע וכו' דהוה מצי למתני שומר חנם אינו משלם כי היכי דשומר שכר אינו משלם אלא משום דשבועה גבי שומר חנם כתובה ותשלומין גבי ש"ש נקט בכל חד מאי דמפרש ביה קרא ועם זה נדחה ראייתו של הרב ר' ברוך וכמו שכתב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים דף קנ"ה מ"מ כתב שם הרב בסוף דבריו ואפשר לומר דההיא דר' ברוך בהגהה אתי כך"ע וכל אפין שוין דאין השומר מתנה להיות פטור מפשיעה ואפילו שהתנה אין בתנאו כלום ויכול המפקיד לתבוע ממנו משום דהוי כמתנה להזיק ולעבור על דבר תורה ובודאי דטעמא דמסתבר הוא אבל לא מצאתי דבר זה מפורש בשום אחד מן הספרים הנמצאים אצלי לבד זאת ההגהה דנראה דכיון דבסתמא קאמר להאי דינא דס"ל דכל אפין שוין בה אבל מפני שאנו מדמין לא נעשה מעשה להוציא ממון מחזקתו ע"כ: איברא דמצאתי תשובה לרבינו מאיר שנראה חולק על זה כתבה המרדכי בפרק השוכר את האומנין וז"ל נשאל לרבינו מאיר על המלוה לחברו על המשכון והוא ש"ש ובשעת קבלת המשכון אמר איני מקבל אחריותו עלי מי הוי כאומנין שאמרו טול את שלך והוי כשומר חנם ולא סלק עצמו לגמרי וכו' והשיב נראה לי דאפילו ש"ח לא הוי דכל היכא דאמר מעיקרא שלא באחריות וכו' א"כ כי אמר בהדיא שלא באחריות פטור מכלום דמשמע שלא באחריות מכל וכל דאפילו בפשיעה לא וכו' ע"כ משמע דמועיל תנאי לפוטרו מפשיעה דלא כר' ברוך אלא שיש לחלק בין היכא דמקבל שמירה ולפטור מפשיעה להיכא דלא קבל שמירה דהיכא דקאמר שלא באחריות הוי כאומר לו הא ביתא קמך שנסתלק לגמרי וכדכתב שם או הוי כאלו אמר הא ביתא קמך וכו' ולהכי פטור מפשיעה דלא קבל שמירה אבל כשקבל שמירה ואמר ע"מ לפטור מפשיעה הוה ליה מתנה להזיק ואינו מועיל תנאו נגד דברי תורה. ועם זה לא יחלוק מהר"ם על ר' ברוך ומ"מ בין שנאמר שיחלוק מהר"ם עליו או לא יחלוק כדכתיבנא ודאי שטעה הדיין להוציא ממון מיד החכם ה"ר משה נר"ו דמספקא לא מפקינן ממונא וכדכתב הרב הנז' באותה תשובה דמשום הא דרבינו ברוך לא נעשה מעשה להוציא ממון אבל מ"מ אין זה טועה בדבר משנה ודי לנו לקרותו טועה בשיקול הדעת וכדי לברר זה נבאר דברי הרא"ש בפרק אחד דיני ממונות ודברי הטור ח"מ סי' כ"ה:

כתב הרא"ש בפסקיו כתב בעל המאור שמעתי משם חכם גדול מחכמי דורנו שלפנינו דהאידנא לית לן טועה בשיקול הדעת שהרי כל ההלכות הפסוקות בידינו או מן הגמ' או מן הגאונים שאחר התלמוד הילכך לא משכחת האידנא טועה בשקול הדעת אלא כל

הטועים בדבר משנה הם טועים ואני אין נראה לי דברים הללו וכו'. והראב"ד כתב על דברי בעל המאור דאמת אמר החכם שאם טעה בפסקי הגאונים שלא שמע דבריהם ואלו שמע היה חוזר בו באמת ובברור זהו טועה בדבר משנה וקרוב אני לומר שאפילו אם היה חולק על פסק הגאון מטעם שנראה לו לפי דעתו שלא כדעת הגאון וגם לא כפירושו גם זה טועה בדבר משנה הוא שאין לנו לחלוק על דברי גאון מראית דעתינו וכו' ואני אומר ודאי כל מי שטעה בפסקי הגאונים ז"ל שלא שמע דבריהם וכשנאמר לו וכו'. והטור כתב בסי' כ"ה כתב הראב"ד ז"ל שאין אדם עתה בזמנינו רשאי לחלוק על דברי גאון כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אלא בקושיא מפורסמת וזה דבר שאינו נמצא לפיכך החולק על דברי הגאון הוי כטועה בדבר משנה וכן אם טעה בפסקי הגאונים שלא שמע דבריהם ואלו שמע היה חוזר בו זהו טועה בדבר משנה ע"כ. ואיכא לאקשויי טובא במאי דכתב בעל המאור בשם הח' דהאידנא כל הטועים טועים בדבר משנה ואמאי נהי דהלכות פסוקות בתלמוד וגאונים הם דבר משנה אבל כמה דינים יש שאינם מפורשים לא בפוסקים ולא בתלמוד וחכם אחד טועה בו מפני שמדמה לו לדין אחר ואין דמיונו עולה יפה ששאר החכמים חולקים עליו מכח קושיות ומתוך פלפולם יוצא להם הדין דודאי שאין זה דבר משנה אלא שקול הדעת והיכי קאמר כל הטועים בדבר משנה הם טועים וכן בפשטא דשמעתא דפ"ק דסנהדרין דקאמר היכי דמי שקול הדעת כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי אהדדי ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ואיקרי ועבד כחד מינייהו וסוגיא דעלמא אזלא כאידך ע"כ. קשה דמה שאל התלמוד היכי דמי שקול הדעת נימא דהוי דין א' שאינו מפורש בתלמוד ומר מדמי ליה להאי ושאר החכמים חולקים עליו בטעם נכון כדכתיבנא כמו שהוא מעשה בכל יום: גם על הראב"ד שאמר אמת אמר החכם קשה דהוא לא אמר כדברי החכם דהחכם אמר שלעולם לא תמצא טועה בשקול הדעת והוא אמר דדוקא בפסקי הגאונים לבד הוי טועה בדבר משנה אבל השאר הוי טועה בשקול הדעת ובדברי הטור שהעתיק דברי הראב"ד איכא לאתמוהי דהעתיק הדברים הפוכים שבתחלה כתב שכל החולק על דברי גאון הוי טועה בדבר משנה ואח"כ כתב שאם טעה בפסקי הגאונים שלא שמע דבריהם ואלו שמע היה חוזר בו משמע שאם לא היה חוזר בו אין זה נקרא טועה בדבר משנה והוא סותר מה שאמר תחלה שכל החולק על גאון טועה בדבר משנה ובשלמא בלשון הראב"ד א"ש שהוא כתב הדברים בהפך והוא כתב תחלה הדבר הראשון ואח"כ הדבר היותר מחודש שכתב קרוב אני לומר וכו' אבל בדברי הטור קשה טובא. ונ"ל לתרץ לקושיות הראשונות ולומר דרש"י והרי"ף ז"ל חולקים בפי' מ"ש בגמ' וסוגיא דעלמא אזלא כאידך דרש"י ז"ל פי' דרוב הדיינים נראה

להם דברי הא' והרי"ף ז"ל כתב דסתמא דתלמודא פריך ממילתיה ונראה לי דהחכם שכתב בעל המאור סובר כפי' הרי"ף ז"ל דסתמא דתלמודא פריך ממילתיה אבל שום דבר אח' שאינו כן אלא דין שיראה לחכם א' לדמותו לדבר אחר אם יש צד סברא לדבריו אף ע"פ שכל שאר החכמים חלקו עליו לא משוינן ליה טועה בשקול הדעת בשביל כן כדי לחייבו לדיין כדין טועה בשקול הדעת ולכך כתב דהאידנא לית לן טועה בשקול הדעת דבתלמוד לא משכח טועה בשקול הדעת אלא הטועה בדבר שלא נפסק הלכה כמאן אבל אם היו ההלכות פסוקות כמו שהם פסוקות עתה כל דיני הגמ' וההלכות פסוקות אי מדברי הגמ' או מדברי הגאונים לא תמצא טועה בשקול הדעת לעולם דאם אותו הדין נזכר בתלמוד אע"פ שלא נפסק ההלכה בתלמוד הרי נפסק מפי הגאונים ואם אין הדין מוזכר בתלמוד וחכם א' מדמי ליה לדין א' ויש לו קצת טעם אבל אין דמיונו עולה יפה לפי שאר החכמים לא משום הכי מקרי ליה טועה כדי לחייבו או לחזור הדין כיון שקבלוהו עליהם דדילמא הלכתא כוותיה ואם הדמיון שהוא עושה דבר כוזב ברור לעין הוי זה כטועה בדבר משנה וא"כ אין כאן טועה בשקול הדעת לעולם ולהכי שאלו בתלמוד ה"ד שקול הדעת דאם אין הדין מפורש בתלמוד מהיכא ידעי' שהוא טועה ולא אשכח תלמודא גוונא אחרינא אלא האי דקאמר תלמודא והראב"ד שאמר אמת אמר החכם וכו' הוא סובר כפי' החכם דסוגיא דעלמא אזלא כאידך שהוא פי' הרי"ף ז"ל ומתחלה אמר שאם לא שמע דברי הגאון ואלו שמע היה חוזר בו הוי טועה בדבר משנה ונ"ל שדבר זה הוא אפי' שבמה שפסק יש לו על מה לסמוך על שום פוסק קדמון או גאון אחר אלא שעתה ששמע דברי גאון זה ישר בעיניו וחזר בו אפילו שבתחלה היה לו סמך במה שפסק מקרי טועה בדבר משנה ואח"כ כתב וקרוב אני לומר שכל החולק על גאון מדעתו וראייתו הוא טועה בדבר משנה. ולפי זה א"ש דברי הטור במה שהעתיק דברי הראב"ד דמתחלה כתב שכל החולק על דברי הגאון מדעתו הוא טועה בדבר משנה ואח"כ כתב שאם טעה בפסקי הגאונים וכששמע ישר בעיניו הוא משום דאיירי כשיש לו פוסק על מי לסמוך ומ"מ כיון שאח"כ שמע דברי הגאון וישר בעיניו מקרי טועה בדבר משנה הא אם לא ישר בעיניו כיון שיש לו על מי לסמוך לא מקרי טועה בדבר משנה. זה נראה לי ליישב דברי הטור ודברי הרא"ש שכתב בשם הראב"ד ועוד יש לדקדק קצת בלשון הרא"ש במה שדחה דברי הראב"ד אלא שאין כאן מקומו:

נמצא לפי זה לית לן האידנא טועה בשקול הדעת ואם הדבר יש לו קצת סמך כנדון דידן שהרי רבינו ברוך מסייעו ודאי דלא הוי טעות כדי לחזור הדין ולפי דברי רש"י שפי' דסוגיא דעלמא רוב הדיינין נראה להן דברי האחד משמע דבכל דבר שחולקים

רוב החכמים מקרי שקול הדעת הוי נ"ד טעות בשקול הדעת ולרש"י ז"ל מאי דנקט תלמודא תרי תנאי וכו' ה"ה דכל דבר שאינו מפורש בשום פוסק וחכם אחד מדמי ליה לדין א' ושאר החכמים חולקים עליו ולדמיון החכם קצת טעם מקרי טועה בשקול הדעת ותלמודא נקט תרי תנאי ותרי אמוראי לרבותא דאע"ג דחד תנא מסייע ליה בהדיא מקרי טועה:

א"כ בנ"ד לכ"ע לית כאן טעות בדבר משנה דאי לחכם שכתב המאור ולהראב"ד כיון שיש לו טעם לא מקרי טעות ואי לרש"י לא הוי אלא טועה בשקול הדעת וכן למה שרצה להסכים הרב ב"י בספר כ"מ דברי הרי"ף במה שפי' דתלמודא פריך סתמא ממילתיה עם דברי רש"י ז"ל דלענין דינא לא פליגי נמצא דלהרי"ף הוי טועה בשקול הדעת כמו לרש"י וא"כ כיון דהוי טועה בשקול הדעת קשה לי טובא איך גזרו על ר' דוד מולכו שיחזור הממון הא אע"ג דהרי"ף והרמב"ם ז"ל כתבו דיחיד שאינו מומחה וקבלוהו עליהם שטעה בשקול הדעת חוזר הדין הא הרא"ש והטור וכן הגאון כתבו דקם דינא וישלם הדיין מביתו ומצי רבי דוד למימר קים לי כוותייהו ואין כאן תפיסה לאחר שנולד הספק דאדרבה הספק נולד לנו מחמת התפיסה אי קם דינא כהרא"ש או כהרמב"ם והרי"ף ז"ל אלא שודאי הרבנים קראוהו טועה בדבר משנה מפני שטעמו של הדיין לא היה אלא מפני מה שהעיד העד חזור לי מעותי דמשמע דביטל התנאי דכן גזר על ר' דוד שישבע שאמר לו חזור לי מעותי משמע דטעמו מפני שביטל התנאי ובודאי שזה טועה בדבר משנה ופשוט הוא כמ"ש הרבנים כמה טעמים:

אלא שמ"מ אני חוכך בדבר זה כיון דמטעם אחר יש לו על מה לסמוך להך מילתא דרבינו ברוך כדכתיבנא אע"פ דטעמו הוא בטל דילמא לא מקרי טועה בדבר משנה דנהי דטעה בטעם הדין בדבר הפשוט לא טעה בעיקר הדין בדבר פשוט דטעות הדין לא הוי אלא שקול הדעת לכך נראה לומר דהרבנים אפי' בלאו תנאי דפשיעה לא היו פוטרים אותו אלא שלא הזכירו כן בדבריהם אלא לרווחה דמילתא והטעם הוא משום דכיון דבשעת קבלת הפקדון לא קבל לשומרו אלא במלבוש העליון ומה שאמר לו בדרך והודה לו החכם הנזכר פטומי מילי נינהו כדי שלא יצטרך להתיר התפירות ושמא בתוך כך תלך השייירא והשכרות אפי' שהוא פשיעה מ"מ הרי אומר החכם הנז' שהשכרות היה ביום והדבר לא נאבד אלא בלילה כל זה עלה בידי להעמיד דברי הרבנים נר"ו. ומ"מ אני אומר שאפי' יהיה טועה בשקול הדעת ויוכל ה"ר דוד לומר קים לי כהרא"ש והטור מ"מ כיון דאפי' למי שסובר כדעת הרא"ש איכא מאן דסבר דמה שאמר ביחיד שאינו מומחה וקבלוהו וטעה בשקול הדעת ישלם דוקא כשאין הבעל דין כאן אבל כשהבע"ד

כאן מוציא ממנו כמו שכתב הטור בשם בעל העיטור ז"ל הוי כעין תרי ספקי בפלוגתא דרבוותא דכתב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו ח"ג בכמה פסקים דעל תרי ספקי מפקינן ממונא איברא דלא רצה הרב ז"ל הנז' לסמוך על טעם זה לחוד אלא בהצטרפות טעם אחר משום דדילמא שם פלוגתא דרבוותא חד הוא וליכא אלא חדא ספקא ועוד בנ"ד הבגד שנמס' ביד ר' דוד היה מחמת החכם כמ"ש החכם השלם כמה"ר שמואל עטוואש ובגזל בא לידו ואין כאן תפיסה כלל ולכך מוציאין ממנו וכדכ' הרב המובהק מהר"ר משה מטראני ז"ל. לכן אני אומר שהדין עם החכם ומה שבא בשאלה שנטל קנין פשיטא שאין זו כלום דהוי קנין בטעות וכן נראה מלשון המרדכי שכתב וטעה בדבר המצוי במשנה בפי' וכגון שטעה בדבר משנה אפי' הדיוט יכול לחזור בו דהוי קנין בטעות וחוזר ע"כ. ועוד מפורש הדבר יותר בפסקי הרב מהריב"ל ח"ג שכתב שם סי' ל"ב ומסתבר' דקנין לא מעלה ולא מוריד לאלומי אם טעה אלא מהני דאתמר התם בפ' זה בורר שלחו מבי רב לשמואל וכו' יע"ש א"כ ודאי דהקנין אינו כלום ומהך טעמא החרם והנדוי אינו כלום דהוא לא קבל אלא על דבר שהדין כך בלי טעות. הנלע"ד כתבתי:

נאם המתאבק בעפר רגלי החכמים הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפה

שאלה ראובן שלח ליד שמעון ולוי י' בגדים וכתב להם שישלחום ליד יהודה ושמעון ולוי שלחום ליד יהודה כאשר נצטוו מראובן ובטרם הגיע הבגדים ליד יהודה בדרך נאבד בגד א' מיד החמרי' ובראות החמרי' אבידת הבגד נזורו אחור לשמעון ולוי כי יראו מגשת אל יהודה כי יגוש להם להתפרע מהם הבגד כדרך החמרי' הפורעים אבידתם לבעלים כש"ש. ונתפשרו החמרים ברצונם ולא תבעו הבגד מיד החמרים וגם נתנו כתב ידם לחמרים לבלתי יזיקם יהודה כלל וגם שיפרע להם החמרות משלם וכן עשה יהודה כאשר צוה משמעון ולוי והניחם ופרע להם החמרות ג"כ ועתה ראובן תובע העשרה בגדים בשלמות ויהודה משיב כי שמעון ולוי משלחיו לא שלחו לו רק ט' וגם כתבו לו שלא יתבע מהם שום דבר ושיפרע להם החמרות ושמעון ולוי אומרים כי החמרים אבדו הבגד וכבר הם מסרו עשרה ליד החמרים ומענין הכתב משיבין שכן נראה להם שלא פשעו החמרים באבדתו וראובן משיב שהחמרים היו חייבים לפרוע לו הבגד כש"ש והמה גרמו לו הנזק בזה ועתה יורנו מורנו מי יאבד הבגד הזה ואם יש לראובן זכות על שמעון ולוי או על יהודה או לא והאלהים יופיע ממרום קדשו ברכה ערוכה ארוכה כי תשפוט מישור בין איש לרעהו אמן:

תשובה איברא דאם באנו לחייב לשמעון ולוי מפני שהיו יכולים לתבוע לחמרים אחר שבאו אצלם כיון שהם שומרי שכר והיו חייבים בדין וכיון שלא תבעוה נקראו שמעון ולוי פושעים בשמירתם. זו אינה טענה דודאי אחר שעשו שמעון ולוי מאמר ראובן ומסרו הבגדים ביד החמרים אין להם עוד דין שומרים וכבר כלתה שמירתם והרי הם ככל אדם ואינם מחוייבים לתבוע תביעת ראובן וא"כ מזה הצד הם פטורים ואם באנו לחייבם משום דמחלו לחמרים בנתינת הכתב להם שלא יזיקם יהודה והוה ליה כמוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו דחייב משום דינא דגרמי הכא נמי דכוותא היא שהרי כיון שכתבו ליהודה שלא יזיקם מחילה היא זו ולא עוד אלא אפילו יאמרו שראובן נתן להם רשות על כך אינם נאמנים אפילו אין כאן עדים שפטרו אותם כדכתב רבינו מאיר בתשובות השייכות לספר נזיקין סי' י"ב והביא ראיה מהא דפרק החובל דאמרו שם תני רבה בר בר חנה קמי' דרב שורי הרגת נטיעותי קצצת אתה אמרת לי להורגו אתה אמרת לי לקוצצו פטור והקשו שם כל כמיניה ותירצו בשור העומד להריגה ובאילן העומד לקציצה ואי איתא דהיכא דליכא עדים דקצץ הנטיעות נאמן לומר אתה אמרת לי לקצוץ במגו דלא קצצתי א"כ מאי דוחקיה לוקמיה בשור העומד וכו' לוקמיה בדליכא עדים על הקציצה והוא נאמן במגו אלא ודאי דאינו נאמן משום דאנן סהדי דאין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו הכא נמי אפילו ליכא עדים שמחל להם לא מצי למימר אתה אמרת לי למחול במגו דלא מחלתי דאנן סהדי דאין אדם אומר למחול חובותיו:

איברא דאיכא למידק על הך ראיה דעדיין קשה דלוקמוה דליכא. עדים דידעי אם זה השור עומד להריגה או זה האילן עומד לקציצה דהשתא אפי' רבינו מאיר מודה דמהימן לומר אתה אמרת לי במגו דלא קצצתי וכדכתב שם גבי אם אין העדים יודעים אם החוב פרוע או מהימן במגו משום דליכא למימר אנן סהדי דלא פטרו דאולי הוא פרוע וצוה לו לפוטרו הכא נמי אולי עומד לקציצה וצוה לו לקוצצו י"ל דשאני הכא דאפי' דליכא עדים סתמא דשור לאו להריגה קאי ואפילו אילן נמי סתמיה לאו לקציצה קיימא ולכך לא מהימן לומר אתה אמרת לי לקוצצו אבל שטר לפרעון קיימא ואולי אמר לו פרוע הוא ואמר לו לפוטרו א"כ נראה משם דאפי' היו טוענים שמעון ולוי ראובן צוה לנו לפוטרם אפילו דליכא עדים על הפטור לא מהימני. וגדולה מזאת נראה מאותה תשובה דהך שמעון ולוי דין מסור יש להם שכתב שם ואם אין עדים כמה היה החוב ישבע שמעון וישלם ומן המותר יפטר דבעי' היא אם עשו תקנת נגזל במסור ומסקא בתיקו ע"כ נראה כוונתו לומר דלא אמרינן דישבע ראובן כמה היה החוב ויפרעו לו משום דבעיא היא דפרק הכונס אם עשו תקנת נגזל במסור או לא כלומר כי היכי דבגזלן נשבע נגזל

ונוטל הכי נמי במסור ונמסר דנשבע נמסר או לא וכיון שכן אע"ג דהך שמעון הוי מסור כיון דאיבעיא לן התם וסלקא בתיקו וראובן הנמסר רוצה להוציא ממנו הממע"ה הרי נקראו מסור. איברא דאיכא למידק דא"כ דכמסור דיינת ליה איך ישבע על המותר הרי כתב הרמב"ם ז"ל דהמסור אין מוסרין לו שבועה דאורייתא ולא שבועה דרבנן. ונראה לתרץ דאין זה ודאי מסור אע"ג דאנן מחייבינן ליה משום דאנן סהדי דהאחר לא אמר לו לפוטרם אין זו טענה מספקת לעשותו מסור גמור לפוסלו ומסתיי' דמפקינן מיניה ממונא וה"ק אע"ג דלפי דברי ראובן הוי מסור מ"מ אין לו לראובן לישבע וליטול אפי' לפי דבריו דהמוציא מחבירו עליו הראיה. כיוצא בדבר אתה אומר בתשובות הרא"ש הביאה הטור סימן שפ"ח ח"מ וז"ל רחל שטוענת את ראובן שמסרה ביד גוי והפסידה וקצת ביררה בעדים וכו' תשובה מה שתוכל לברר בעדים שהפסידה יפרע לו וישבע ראובן שאינו יודע כיון דסליק בתיקו אם עשו תקנת נגזל דמסור וכו'. והקשה שם הרב בית יוסף כי האי גוונא דאקשינן דאיך מוסרין לו שבועה וכתב שם דכשיעוין התשובה במקומה אתי שפיר דאין העדים אומרים שראובן מסרה אלא שהפסידה באותה תביעה ובאותה תביעה לא נתכוון למוסרה אלא כדי להוציא מידה ממונו. ועדיין קשה לי דאם כן איך קאמר כיון דסליק בתיקו וכו' הא לא הוי מסור ואם כן אע"ג דבמסור היו עושים תקנה הכא אין לעשות דלא הוי מסור אלא שיש לתרץ דהכי קאמר אף ע"ג דיהבינן לה לרחל כל טענתה דהוי מסור מ"מ אין לחייבו דהוי בעי' דלא איפשיטא והוא כעין שתירצנו מכל מקום למדנו מצד זה לחייב את שמעון ולוי כדכתיבנא. אך אמנה גם זו אינה טענה דלשון הכתב שכותב ליהודה שלא יוזק לחמרים אין זה לשון מחילה דאפשר לו לתובעם אחרי כן אלא שלפי שעה דחה את יהודה שלא יתבעם ולא דמי למוחל שטר חבירו אלא כאומר לו לא תבעם עתה אבל אני אתבעם אחרי כן:

אבל מה שהיה נראה לחייב את שמעון ולוי הוא דנהי דלא מחלו מכל מקום גרמו היזק לראובן במה שיהודה היה תובעם והיה גובה מהם והם דחו ליהודה שלא תבעם והלכו להם החמרים ולא יוכל עתה בשום צד לגבות מהם ולכאורה נראת דיש לחייבם לפי השני חילוקים שכתב ר"י בדינא דגרמי הא' שהוא עצמו עושה ההיזק וברי היזיקה. הב' דההיזק בא לו מיד כמ"ש בפ' לא יחפור והביאם שם הרא"ש ז"ל שהוא מחלק בין גרמא דנזקין לדינא דגרמי ומאן דאית ליה הני שני תנאים נקרא דינא דגרמי לדעת ר"י לפי שני החלוקים. א"כ בנ"ד נמי הרי ברי היזיקה דהכי כתוב שם בתשובות השייכות בשם רבינו מאיר והביאה המרדכי פ' הגוזל ומשרים נתיב ל"ה ח"ב דאפי' היה ערב הגוי לג' ישראל וא' מהם פוטרו חייב לשלם לחבריו ואע"ג דמן הדין אין הגוי פטור כיון דלא

פטרוהו כלם כל בידי גוים ברי היזיקה כמבואר שם וא"כ הכא ברי היזיקה מקרי ודמי למראה ממון של ישראל לגוים דכתב שם הרא"ש בפי לא יחפור דכיון דברי היזיקה משום דרשא דכתיא מכמר וכו' הוי כאלו עשה מעשה בעצמו ה"נ דכוותא היא והוי כאלו עשה מעשה בעצמו:

גם החלוק הב' איתא דההיזק מיד בא לראובן כשנתנו לו הכתב שמעון ולוי לחמרים ואע"ג דאפשר לומר דאין ההיזק בא עד שיתנו הכתב החמרים ליהודה ודחי למאי דכתב הרשב"א בתשו' הביאה הרב ב"י בסי' שפ"ו דאם החזיר שמעון שטר פרוע ליד המלוה הוא פטור משום דאין ההיזק בא לו מיד בחזרת השטר משמע טעמו משום דעדיין צריך המלוה ליתבע ממנו ה"נ עדיין צריך הגוי להוליך הכתב ליהודה ואף ע"ג דבס"ס שפ"ח הביא הרב ב"י תשובת הר"ש בר צמח שנראה חולקת על הרשב"א גבי ראובן שלוה מעות מישמעאל בשטר והפקדו הישמעאל אצל שמעון וראובן פורע לישמעאל וצוה הישמעאל לשמעון שיחזירנו לראובן והוא לא כן עשה אלא מסרו לזקן הקהל וזקן הקהל מסרו לשר העיר ושר העיר תובע החוב מראובן ופטר שם לשמעון מפני שהזקן אינו מוחזק באנס דאי לאו הכי היה חייב משמע דחזרת השטר דיין ליה דינא דגרמי מ"מ לא שבקינן להרשב"א ועבדינן כהר"ש בר צמח. עם כל זה אומר דלא דמי כלל משום דבהא דהרשב"א איכא למשדי בה נרגא מההיא דשורף שטרותיו של חברו דהא התם גם כן אין ההיזק בא לו מיד עד אשר יתבע לבעל חובו ולא ירצה לפורעו וניחא לי הך קושיא דודאי בין בשורף בין בההיא דהרשב"א איירי דעם השטר בא ההיזק על כל פנים דבשורף אם אין שטר האחר הוא אלם ולא יפרע וכמו שכתב הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל בהלכות חובל שצריך שבסבת כן יאבד חובו דאם אולי יפרע לו בלאו שטרא האי לאו ברי היזיק' הוא וגם במחזיר השטר הכי נמי דודאי על כל פנים יתבע ממנו המלוה דעד כאן לא פטרו הרשב"א אלא משום דאין ההיזק מיד משמע אף ע"ג דברי היזיקה אלא שהחלוק ביניהם דבנדון דהרשב"א ז"ל חסר כאן פעולה שצריך שהמלוה יתבע ממנו השטר וכיון שצריך לעשות פעולה לבא לו ההיזק א"כ עדיין לא בא אבל התם אין צריך לעשות פעולה לבא ההיזק דבשב ואל תעשה כבר ההיזק בא שהאחר לא יפרענו בודאי ואם כן בנ"ד נמי הוי דכוותא כשורף דאין צריך לעשות פעולה לבא ההיזק דמיד בנתינת הכתב לחמר בא ההיזק דאם יקום ויתבענו יהודה לא יוכל דהרי כבר א"ל שלא יזיקנו א"כ נראה דלפי אלו החילוקים חייבים ראובן ושמעון אע"ג דלפי טעם הרשב"א שכתב בפ' לא יחפור דבכל מלתא דשכיח קנסו משום דינא דגרמי יש מקום לפטור לראובן ושמעון ולומר דהך לא שכיח הוא. מ"מ לפי הני טעמי דהזכרנו נר' לכאורה דיש לחייבם

אבל כד מעיינינן שפיר אשכחינן דהך נמי לאו מילתא היא והם פטורים דהרי כתב הרמב"ן בחדושי בתרא בקונטריס דדינא דגרמי דמאן דצייר פומהון דסהדי דלא יסהדון כגון שראה עדים מגלגלים ובאים להעיד עדות לפלו' והרחקינהו וכו' דמצד א' נראה דהוה חייב ואח"כ כתב ויש לומר שהוא פטור דמי יימר דמסהדי דילמא הדרי בהו ולא ברי היזיקו וכו' ועוד שהם גמילות חסדים הוא דקא עבדי גביה ומי שראה חברו רוצה ליתן מתנה לפלו' או הולך להציל ממונו והוא מעכבו אין מן הדין לחייבו שאין זה גורם היזק אלא מונע וההיזק בא ממילא עד כאן: א"כ בנדון דידן נמי יהודה זה משום גמילות חסדים דהיה מציל ממונו של ראובן אם לא היה בא לו הכתב של שמעון ולוי דודאי הוא אינו חייב להציל והרי זה כמי שרוצה להציל הממון של ראובן ובא שמעון ועכבו דפטור. ויצא לנו מכאן דהחמרות דהוא היזק שעשו לו שודאי היו יכולים לפטור מהם ושלא לפורעם חייבים שמעון ולוי לפרוע לראובן ויהודה פטור מהחמרות מפני שיהודה לא היה יכול לפטור עצמו מפרעון החמרות כיון ששמעון ולוי היו כותבים שיפרעם ואם הוא בענין שהיה יכול לפוטרם בדיני האומות שלא לפורעם אז יהודה חייב דלא היה לו לשמוע לשמעון ולוי לאבד ממון ראובן: הכלל העולה מכל מה שכתבנו דאין לחייב לשמעון ולוי מחמת לשון הכתב הבא בשאלה מפני שאין כאן לשון מחילה אבל אם לשון הכתב שהם כותבים ליהודה יש בו עוד דברים שמורים שהם מחלו לחמרים בענין שאינם יכולים לתובעם עוד לאו דינא ולאו דיינא דודאי דחייבים לפרוע לראובן וכמ"ש רבינו מאיר בתשובה הנז' שלא יפרע כל דמי החוב אלא כשויו לימכר בו אומדין כמה אדם רוצה ליתן וכו' ואפי' אין עדים שפטרום חייבים כדמשמע מאותה תשובה ודאי החמרות בכל גוונא חייבים ועוד יטילו עליהם חרם אם נהנו מהחמרים וגם אם פטרום לחמרים שאז חייבים כדכתיבנא כל אלה ראתה עיני ואני יחיד ועני לבי ראה לא כמורה הוראה במקום גדולים אלופינו מסובלים בתורה ובמצות כבוד חכמים ינחלו המה הגבורים רבנים המאירים לארץ ולדרים. הנה באתי במגלת ספר ויאמר אברהם אנכי עפר ואפר ואנכי תולעת גם בלא דעת עפר מן האדמה אדם להבל דמה:

הצעיר וקטן אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפו

מעטה תהלה מאד נעלה החכם השלם נר"ו אותותיך האירו אל עבר פני ותבט עיני בשורי בקמים עליך יפלו ממועצותיהם. הגם הלום ראיתי אחרי רואי כתב הדרת תהלת סגולת מעל' כ"ת ואנכי משיב מפני הכבוד הודך והדרך כמשפט לאוהבי שמך ובאתי להשיב

לכ"ת על השאלה אשר הראה לי אחיך ויראה לי דודאי יפה דנת ויפה חייבת דלענין מי שיש להם עבדים בביתם הא ודאי כיון שהם תפוסים דאין עדות בענין השותפות כע"ש ודאי דלא מפקינן מינייהו:

אבל לענין השנים שלא היה להם עבדים בביתם כפי הרי"ף והרמב"ם דהבעיא היא לענין אי משלם אי פטור לגמרי כמו שכתב הרב הנמוקי במציעא פרק השואל הגם כי גירסתנו בגמ' היא כלו בעליו בעינן והא ליכא או דילמא מההיא פלגא דידיה מיהא מיפטר ולפי זאת הגירסא ודאי דאין מקום לפירושם דבהדיא אמרו דהבעיא אי מההיא פלגא דידיה מיהא מיפטר אבל לא לענין חלק חברו מ"מ אפשר שהיה להם גי' אחרת בגמ' וגם הרב הנמוקי לא הקשה להם אלא מדאמר בגמ' בפשיטות והא ליכא ויותר היה לו להקשות מאו דילמא דקאמר בהדיא דדוקא בההוא פלגא דידיה מיפטר אלא שאולי גם בגי' הרב הנמוקי לא היה בגמ' אלא או דילמא לא שנא מ"מ משמע דדעתם הוא שפטור לגמרי וכיון שכן ודאי דיש לפטור לשומר מחלק אלו הב' כיון דהם אינם מוחזקים דאטו הרי"ף והרמב"ם קטלי קני באגמא הם ובודאי שיוכל לומר המוחזק קים לי כוותייהו: אלא שאיני תוקע עצמי לדבר זה מפני שראיתי להרב הנמוקי שכתב שם ומיהו אפשר דמשום שהאמת דשואל זה פטור בהך דשותפין ששאלו שהרי בעל הבהמה עמו במלאכתו נקט הרמב"ם אינו משלם משום דסליק מיניה וממילא נמי בהך דשאל מן השותפין אינו פטור אלא מפלגא ע"כ. אלמא לא ברירא ליה מילתא כהרמב"ם ז"ל וכיון שכן לא שבקינן מאי דברור לן בכל הפוסקים ונאמר קים לי כהרי"ף והרמב"ם דאדרבה ראוי שנסכים דבריהם עם כל הפוסקים ולכן יש לחייב לשומר בחלק אלו הב'. אמת שאם השמירה ששמר זה השומר היה תנאי ביניהם בדרך שמור לי ואשמור לך וכו' שזה ישמור אלא שקרה מקרה ששמר היה מקום לפוטרו מחלק אל הב' משום מאי דכתב המרדכי בפ' חזקת ז"ל ושוב בלמדי בב"ק הייתי רוצה לדקדק דודאי שותף אפי' ש"ח לא הוי ונר' משם שלזה הסכים רבינו מאיר ז"ל ונרא' משם הטעם דכיון שהוא שותף והוא חייב לשמור כל עת שירצה זה הוי כפשיעה בבעלים כדרך שאמרו ברב ותלמידים שאפי' שלא בשעת הלימוד הוי כשאלה בבעלים כיון שזה משועבד לזה ללמד או ללמד בכל עת שירצה חברו וא"כ יוכל השומר המוחזק לומר קים לי כוותייהו אבל אם היה התנאי ביניהם שהם לא ישמרו אותו הזמן כפי מה שספר לי הגביר ה"ר אברהם מאנה יצ"ו אין מקום לפוטרו וגם אם אלו הב' לא התנו לשמור אלא שאלו ישמרו ולא הם כלל הוי זה השומר בחלק אלו הב' שומר חנם דלא אמרו שומר שכר אלא גבי שמור לי ואשמור לך וכו' וא"כ היה צריך לחייבו שיהיה פשיעה ודאית אבל אם הוא פשיעה גמורה אין מקום לפוטרו.

ואם בתחלה כשנתעסק זה השומר בשמירה הביאו אלו הב' בביתו והם סייעו ונתעסקו עמו נראה ודאי שאז השומר פטור מכל דבעליו עמו קרינן ביה אבל אם הוא כמ"ש ודאי שהוא חייב ואתה חכם כמלאך ה' לברר האמת וחזקה אין דבר בלתי מתוקן יוצא מתחת ידך. קנצי למילין הנני הנני לכל אשר תגזור אומר לשמור ולעשות כאשר תשיג ידי וה' אלהים יעלך גם עלה על גפי מרומי המעלות כנפשך קדוש יושב תהלות ונפש המתפלל אל אלהיו ישם לך שלום ורב מהיות קולות:

הק' חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפז

שאלה ילמדנו רבינו על דבר שני זוגי רמוני כסף ולוח כסף שהיו הקדש מהקהל והפקידו אותם בבית שמעון שהיה ביתו סמוך לב"ה מהק"ק והיה מביא אותם בכל יום ב' וה' ושבת לשים אותם על ס"ת ואחר התפלה מוליכ' לביתו ויקר מקרה שנגנבו הרמונים לפי שאשת שמעון הלכה מהבית והקהל טוענים שפשע שמעון בשמירתם אחד שלא שם אותם בארגז ולא בתבה במסגרת כדין בגדי משי אלא בבית שהיא יושבת בו וגם היה בתוך הבית חדר למה לא שם אותו לשם וגם שהבית שהיו בו הרמונים לא נאבד שום דבר לשמעון וגם לא נמצא הדלת שבור ולא רעוע אלא בודאי כשהלכה מהבית שכחה הדלתות פתוחות וגם שמעון נתן זוג מרמונים לקהל אחר בלי רשות הקהל ושלח ידו בפקדון שהיו אצלו השיב שמעון שמעול' לא הופקדו אצלו כדי שישמרם אלא השמש היה מוליכם לביתו ומביאם לבית הכנסת ולא היה נוגע בהם ועל זה יש לקהל עדים ששמעון היו רואים אותו מוליך רמונים לבית הכנסת ומביאם מבית הכנסת לביתו ויום אחרון קודם שנגנבו ומה שטענו הקהל שלא שם הרמונים בארגז או בתבה עם מסגרת השיב כי סגירת הדלת של הבית תספיק ומה שטענו הקהל מאחר שלא נמצא הדלת שבור שבודאי אשתו הניח' הדלתות פתוחות השיב כי סגרה הדלתות והגנבים פותחים הדלתות בהמצאות שיודעים בלי שבירה השיבו הקהל זה הדבר לא ראו ולא שמעו שיעשה כך ואת"ל שיעשו אם סגירת הדלת במנעול של עץ יקרא מסגרת לשמירה ומענין שליחות יד השיב שמעון שבא אדם א' ואמר לאשתו שהקהל אמרו שתתן לאותו קהל והקהל אומרים שלא אמרו יורונו רבותינו איזה הדרך ישכון אור ושכרכם כפול מן השמים:

תשובה לכאורה נראה דשמעון חייב מתרי טעמי חדא מטעמא דפשיעה דאע"ג דכתב הטור בח"מ סימן רצ"א בשם הר"י אברצלוני דאין לומר בזמן הזה כספים אין להם שמירה

אלא בקרקע כדין התלמוד אלא מניחן במקום שמניח מעותיו וכן העלה שם הרב בית יוסף אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל ונראה דלפי זה לא היה צריך שמעון לשמור הנהו רמוני כסף בקרקע מ"מ היה לו לשומרן בתבתו במקום ששומר מעותיו וכיון שלא עשה כן ודאי שאין לך פשיעה גדולה מזאת גם מטעם השליחות יד נראה דחייב דהא קיי"ל אין השואל רשאי להשאיל ואין לומר דהנהו רמוני כסף הוי השאלתם דבר מצוה וניחא ליה לאיניש דליעביד מצוה בממוניה דהא אפילו בספר תורה אמרינן הכי וכדכתוב בח"מ סימן שמ"ב וכן הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' שכירות ואין לומר שאני ספר תורה דאיכא למיחש ביה לקריעה דהא הטור לא חילק שם וכן הרמב"ם לא נתן שם הטעם אלא משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ובכולהו שייך הך טעמא כ"ש וק"ו ברמוני כסף דלפי האמת אין זו מצוה כ"כ דודאי דעשה שלא כהוגן שמעון בהשאילו לקהל אחר ומה שהתנצל שמעון שבא אדם א' ואמר בשם הקהל שישאילם לקהל האחר אין זה התנצלות דלא היה לו להאמין לשליח דילמא משקר וכיון דכן בנ"ד שהוא ש"ח והשאילו לכ"ע חייב באונסין וכדכתב שם הרב בית יוסף בסימן שמ"ב בשם הריטב"א ז"ל וז"ל ומיהו ש"ח או שיש שאין לו רשות להשתמש בפקדון אם השכירו או השאילו דכ"ע חייב באונסין כדין שלח יד בפקדון והיינו דנקט הכא שוכר ושואל ע"כ. נמצינו למדין דחייב שמעון מהנהו תרי טעמי: ואם באנו לפוטרו מטעם דהנהו נכסי הוו הקדש וכל דין השומרים אינו בעבדים ובקרקעות ובשטרות ובהקדשות כדכתב הטור בסימן ש"א וא"כ נראה דאפילו פשע בהן הוא פטור ואע"ג דהרמב"ם ז"ל כתב בפרק ב' מהלכות שכירות דפושע הוי כמזיק וחייב בכולהו ואף ע"ג דאמרינן בפרק הכונס הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא הזיקתו משלמת דינר זהב ואם פשעה בו משלמ' דינר של כסף דמשמע דאיכא חלוק בין מזיק לפושע התם כדקתני טעמא נטירותא דכספא קבילו עלי נטירותא דדהבא לא קבילו עלי ולא כתב הרמב"ם דפושע כמזיק אלא היכא דקביל נטירותא עליה ומ"מ פשע תדע לך דהא כי אמר ליה הא ביתא קמך לא הוי אפילו שומר חנם ופטור אפילו מפשיעה ואם הזיקו בידים ודאי דחייב והא דהקשה עליה הראב"ד ז"ל בהשגות מפשיעה בבעלים הוא דאע"ג דקבל עליה נטירותא מ"מ הוא פטור בפשיעה ובהיזק חייב. ויש לי לתרץ קושייתו עם מה שכתבו התוספות ז"ל בריש פרק השואל בדבור ונשאל לו א' מהן וז"ל אבל שאלה בבעלים אין סברא לפטור והוי כחדוש ואין לך בו אלא חדושו ע"כ ומזה הטעם נאמר דדוקא פשיעה הוא פטור אבל לא היזק כיון דהוי חדוש אין לך בו אלא חדושו ומזה הטעם בפ"ב מהלכות שאלה פסק רבינו בכל הנהו בעיי דשאלה בבעלים דבעי בפרק השואל דאם פשע הוא חייב וכתב שם ה"ה דטעמא דכיון דפושע

כמזיק כל שאין שם ראיה ברורה לפוטרו חייב לשלם אע"ג דפשיעה בבעלים פטור והוא הטעם שכתבתי דאין לך בו אלא חדושו נמצא דלדעת הרמב"ם הפושע חייב מ"מ היה מקום לפוטרו דהא רוב הפוסקים חלוקי' עליו על הרמב"ם ז"ל בהא וכוותייהו נקטינן כדכתב שם הרב ב"י ז"ל ועוד ששמעון הוא מוחזק ואפילו לגבי הקדש מוקמינן ממונא בחזקתיה כמו שאבאר בה"י:

אבל כד מעיינינן שפיר הך טעמא פריכא הוא דאפילו חשבי' ליה כהקדש גמור להך הקדש הא תקינו רבנן משום שלא יזלזלו בהקדשות שנשבעין עליהם וכדפסק הרמב"ם בפ"ב מה' שכירות וכיון דרבנן תקינו בו דין השומרים ודאי דאם פשע חייב לשלם והטור כתב גם כן דין זה בשם הרשב"ם זיל בסימן צ"ה. איברא דבסימן ש"א לא כתבו וכתב הרב בית יוסף שם דסבירא ליה לטור כדברי ההגהה דלא נאמר דין זה אלא בהקדש גמור אבל לא בהקדש עניים וכיון דהקדש גמור לא שכיח האידנא לא כתבו גם בהלכות אונאה ומקח טעות סימן רכ"ז אזיל לטעמיה הרב בית יוסף וכתב שם בשם רבינו האי דאין להקדש עניים אונאה והרי"ף סובר דיש אונאה וכתב דנראה מדברי העור כדברי הרי"ף ז"ל וטעמו משום דלא הזכיר הטור דאין אונאה להקדשות נראה דסובר דלא נאמר דין זה אלא בהקדשות דבדק הבית ולא שכיחי האידנא ולכך לא הזכירו הטור שם. וכיוצא בזה כתב המרדכי בפרק הזהב על דברי הרי"ף על ענין דנשבעין על ההקדשות מתקנת חכמי' שלא הזכירו מן הטעם הזה יע"ש. וקשה לי טובא דא"כ למה כתב הטור ז"ל בסימן צ"ה ובסימן ש"א דאין נשבעין על ההקדשות כיון דאינו מצוי בזמן הזה וגם קשה דאיך כתב דהא דתקינו שנשבעין משום שלא יזלזלו לא הזכירו רבינו לפי שאין מצוי דהא הזכירו בשם הרמב"ם ז"ל בסימן צ"ה ואעפ"י דבסימן ש"א לא הזכירו לא איכפת לן. גם קשה לי בדברי הטור כיון דבהקדש גמור מתקנ' דרבנן שלא יזלזלו בהקדשות חייב בכל דיני שומרים ובעניים לא כדברי ההגהה למה נתן לנו מקום לטעות וכתב הופקדו אתו מעות עניים דינו כשל הקדש ופטור עליהם דלא היא דהקדש חייב מדרבנן ובעניים פטור. ולתרץ הקושיא הזאת היה נראה לי לומר דאולי דעת הטור לפסוק דלא כר' אלעזר דאמר דתקינו דנשבעין משום דלא יזלזלו בהקדשות וסבירא ליה כי הא דכתב המרדכי בפרק המפקיד וז"ל יכול להיות דרב ששת ורבי יוחנן שתירצו בשקנו מידו קיימי אקושיא קמייתא ופליגי אדרבי אלעזר דמפ' טעמא משום שלא יזלזלו בהקדשות ופסק הטור כוותייהו ובהקדש גמור הוא פטור והוי כמו הקדש עניים והשתא אתי שפיר מאי דכתב בעניים דדינו כדין הקדש ומה שכתב בסי' צ"ה הא דרבי אלעזר הוי בשם הרמב"ם וליה לא סבירא ליה אלא הוא סובר כרבינו האי ולכך לא כתב הא דר' אלעזר כאן דע"כ זהו

דעתו של רבינו האי שכתב הטור בסימן צ"ה דאין נשבעין על ההקדשות אפילו שבועת היסת והביא ראיה מפ"ק דבבא בתרא וקשה עליו וכי יכחיש דברי ר' אלעזר דאמר הכי בהדיא בפרק הזהב אלא ודאי דסבירא ליה דרבי יוחנן ורב ששת פליגי עליה וכוותייהו נקטינן כדכתיבנא. אלא שעדיין אינו מספיק זה לרבינו האי דכיון דהא דאין מחשבין עם גבאי צדקה היא ברייתא בפ"ק דבתרא א"כ מאי מייתי ראיה מינה הא ע"כ צריך אתה לחלק מינה להא דרבי אלעזר דאל"כ תיקשי מינה לרבי אלעזר ומ"מ יש לומר לדעתו דאעפ"י דרבי אלעזר יחלק מ"מ הביא ראיה דיש לפסוק בפשטא דברייתא ודלא כרבי אלעזר וכן מהא דרמי רב יוסף בר חמא לרבא מההיא ברייתא דאחריות שבת בפרק הזהב משמע לכאורה דאית להו דלא כר' אלעזר דא"כ מאי קשיא להו מההיא ברייתא נימא דהתשלומין דהתם הוו מדרבנן דתיקנו כן שלא יזלזלו בהקדשות אלא ודאי לית להו הכי אלא כי תירוצי אחריני דלעיל. א"כ לפי דרכנו למדנו לדעת הטור ז"ל ולדעת רבינו האי דלית להו הא דרבי אלעזר וכיון שכן אי הוי הקדש גמור הוי פטור לגמרי מדין השומרים ונמצא דשמעון היה זכאי בדינו לפי זה הפלפול אשר פלפלנו בדברי הטור אבל כל זה אינו מוכרח ויש לדחותו ולא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. ועוד דלא הוצרכנו להך תקנה דר"א כדי לחייב לשמעון אלא מפני שראיתי למרדכי שכתב בפרק המפקיד גבי הקדש עניים וז"ל וה"ר שמואל מרוטנבורק היה מתיר להלוותם ברבית וראייתו מפ' בן סורר וכו' וכתב עוד שם ומיהו מצאתי דההיא דכתובות לחלק לעניים דעניים סמכי נפשייהו עלייהו אבל צדקה שנותנין שיהא הקרן קיים והפירות להאכיל לעניים שרי וכן עמא דבר ור"מ אוסר וראייתו מדתנן לשמור ולא לחלק וכו' ומשמע דלדברי רבי' שמואל אית ליה להך הקדש דינא כהקדש גמור וכן נראה מדברי מהר"י קולין שכתב בסימן קצ"ד וז"ל ולא מבעיא לדברי רבינו שמואל מרוטנבורק שמתיר להלוות מעות צדקה ברבית ולדידיה איכא למימר דמשוה דין הקדש לדין עניים דכי היכי דאין רבית ואונאה להקדש כך אין רבית ואונאה לעניים ע"כ. וההיא ראיה דהביא רבינו מאיר לדבריו מלשמור ולא לחלק לעניים למה לי קרא תיפוק לי' מרעהו הא מתרצה במה שכתב המרדכי דשאני צדקה שהקרן קיים כדכתב ולכך היה נרא' לפי זה לתת לרמוני כסף דין הקדש גמור ולכך הוצרכנו לכל הכתוב לעיל כדי שלא יהיה לשמעון פוסק שיוכל לומר קים לי דהיינו רבינו שמואל והמרדכי שכתב וכן עמא דבר. אבל לדעת הטור והרא"ש ז"ל דין הקדש עניים כדין הדיוט גמור וכן כתב בהדיא בי"ד סימן ק"ס וז"ל וכן הדין במעות של הקדש שהוקדשו לעניים או לתלמוד תורה או לצורך ב"ה וכו' וכן כתב הרא"ש כלל י"ג סי' ח' וז"ל דע כי לא הותר רבית קצוצה אלא להקדש וכו' אבל הקדש שבזמן הזה וכו' בכלל

אחיך ורעהו הם והביא ראיה רבינו מאיר מההיא דבפ' החובל וכו' ומילתא דפשיטא היא וראיה אין צריך. עוד כתב שם בכלל י"ו אבל בהקדשות שמקדישין האידנא לתלמוד הורה ולפרנסת עניים ולשמש שמשים ולמפטיר כולן הנאת הריוח הן וקרינן ביה אחיך וכו' וכן עטרה ומנורה וכו' הרי דלכל הקדשות דזמן הזה נתן להם דין הדיוט. גם הטור כתב כן בהדיא בח"מ סי' ס"ה בשם ה"ר ישעיה וז"ל בסוף הסימן ומה שמקדישין בזמן הזה לבית הכנסת מעות או ספר תורה או המקדיש לקנות בהן קרקע וכו' דינו כשאר נכסי הדיוט ואם יש תביעה לקהל עם א' שגזל מהם או שמעכב על ידו ואינו מוסרו לקהל דין הוא להשביעו בין היסת בין דאורייתא כדין כל תביעות שהרי לצורך הדיוט הם ואין כאן עסק גבוה ע"כ. וכי תימא תיקשי ליה להה"ר ישעיה דהא אית לן לשמור ולא לחלק לעניים ואפי' הוי הקדש עניים נפטריה משבועה מהך טעמא י"ל דהתם הוי טעמא משום דהוי ממון שאין לו תובעים דאי קייצי לעניים ודאי דחייב כדאמרינן התם אבל הכא אית ליה תובעים והם הקהל ולא דמי להתם דכבר נתנוהו בידו לחלק לעניים ומה יתבעו לו ועניים לא מצי תבעי ליה דלכל מדחי ליה א"כ למדנו לפי דעת הטור וה"ר ישעיה ומהר"ם וראבי"ה שכתב המרדכי דהקדש שלנו דין הדיוט יש לו ובודאי דאית ביה דינא דשומרין וחייב שמעון ולר' שמואל מרוטנבורק חייב מטעם התקנה דר' אלעזר דאין לנו לומר נצרף שתי הסברות ונאמר דלית לן תקנה דר' אלעזר אי נמי אית לן ודוקא בהקדש גמור היא ולא בהקדש עניים וכדברי הגהה דלא הושוה הקדש עניים להקדש גמור להא מילתא ונאמר גם כן כאידך סברא דאית ליה דהקדש עניים כדין הקדש גמור לכל מילי דשבועה ודפיטור השומרין דזה ודאי דבר שאין לו שחר כיון שאין לו לשמעון ב' פוסקים מפורשים לזכותו ולא יוכל לומר קים לי א"כ אין לפטור לשמעון מטעם הקדש ונמצא שמעון חייב מטעם הפשיעה ומטעם השליחות יד כדכתיבנא:

וכן אם באנו לזכות שמעון בטענת הפשיעה מפני דאשתו היא דפשעה וכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד וכיון ששמעון הניח החפצים בבית שאשתו היתה שומרת שם והניח לאשתו שומרת שם אעפ"י שהיא פשעה הוא פטור והמפקיד יעשה דין עם אשתו וכדכתב הרמב"ם ז"ל והביאו הטור בסימן רצ"ה וה"ה כתב דכן הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל ויכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו ואע"ג דלא אמר לאשתו שהיא פקדון אפשר שכבר היא. ידעה בזה ועל זה סמך שלא אמר לה דכבר היתה רואה שהיה מוליכ' ומביא' מבית הכנסת ועוד דאמרינן בההוא דיהיב דמי לאמיה דאף עפ"י שלא הודיע לאמו שהיא פקדון שהוא פטור מפני שיכול לומר הייתי סבור שיותר תזהר לשומרם כשסבורה שהיא שלי וכדכתב שם הטור א"כ גם אנו נאמר כאן כן דאעפ"י שלא אמר

פקדון יותר תזהר אשתו לשומרם ואשתו פשעה ויעשה דין עמה וכיון שאין לה לשלם לכשתתאלמן או תתגרש תפרע וכדכתב הרא"ש ז"ל בסוף כלל ט"ל:

גם טענה זו אינה מספקת לפוטרו מהפשיעה דבשלמא אם היה אומר שמעון לאשתו שמור לי אלו החפצים וקבלה שמירה או שהיה מוסרם בידה ודאי שבזה לא היה פושע שמעון אלא אשתו היא הפושעת והוי דינא כדכתיבנא אבל כיון שלא אמר לה מידי אעפ"י שהיא יושבת בבית לשמור שאר הדברים נטירותא דהך לא קביל עליה ויותר מזה אמרינן בפ' הכונס שהבאתי למעלה גבי דינר של זהב וכסבורה שהיא של כסף דמצי אמרה נטירותא דזהב לא קבילי עלי אף ע"ג דלענין הפשיעה הכל שוה לה ומה לה אם היא של כסף או זהב מ"מ מצי למימר בדבר א' אחריות שמירה זו קבלתי ולא אחריות אחר כ"ש כאן שהם דברים מחולקים אע"פ דשאני כאן דהיא אשתו מ"מ לאו אדעתה עד שיאמר לה שמור או יתן בידה ועוד שאפילו לענין הבית לא הניחה שומרת אלא קרה מקרה שאשתו היתה שם וא"כ אין לפטור לשמעון מטעם זה בענין הפשיעה ועדיין נשאר חייב מכח השני טעמים דפשיעה ושליחות יד כדכתיבנא:

וכן אין לפוטרו בטעם הפשיעה מפני דלא קבל עליו שמירה דהוא אומר שהשמש הביאם לביתו ואף ע"פ שיש עדים שהיה הוא בעצמו מוליכם ומביאם לבית הכנסת אפשר דנאמר דלא קבל שמירה בשביל כך אלא על דעת הראשונה הוא עושה כן שיחזירם למקום שהניחם השמש כשהיו ולא יהיה עליו דין שמירה כלל דהא קיי"ל כר' דבעינן שיקבל עליו לשמור ואע"ג דאיכא דפסקי כחכמים כדכתב הטור בריש סימן רצ"ה מ"מ צריך שיקדש רשות לכנוס שם ואפילי הכי אחריות בעלמא לא קביל והך אחריות דגנבה כאחריות דעלמא הוא ועוד דמצי למימר קים לי כהנהו דאית להו דבעינן שיקבל לשמור וכן פסק שם הרב ב"י דפסק זה עיקר:

איברא דראיתי שאלה להרא"ש ז"ל בסוף כלל ט"ל גבי אשת ראובן שהשאילה לאשת שמעון כלי כסף וכלי זהב ויצא קול בעיר שנגנבו וכתב שם אחר שהודה שבאו אלו החפצים לביתו צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהן יד ושלא פשע בהן במה שנגנבו עד כאן. ותשובה זו סותרת דברינו אבל אני תמיה עליה כל מה שכתבתי דהא קיי"ל כר' ואפי' לדעת הטור דסובר דאביו פסק כחכמים מ"מ בעי שיכנס ברשות מה שלא היה בנושא דהרא"ש וגם שם הוי אחריות דעלמא ולא קביל עליה ואי משום דנהנה הבעל מאותן החפצים עשאו כשואל או כשומר שכר אם כן בגנבה ואבדה נמי ליחייב וצ"ע:

מ"מ מן הטעם הזה אין ראוי להצילו מדין הפשיעה אפילו שהחזירם שהשמש היה מצניעם ולא פחת שמירתן דאל"כ לא שייך הך טעמא אפ"ה אין טעם זה ברור בעיני לפטור את שמעון מהפשיעה דכיון דיש עדים דנטלם והוליכם לבית הכנסת הרי נעשה שומר עליהם בנטילתם דכי אמרי' הא ביתא קמך דאינו שומר חנם היינו היכא שהניחו שם אבל כשנטלם ומוליכם כמו שמעידים העדים בכל פעם ופעם ודאי דנעשה שומר עליהם ואין לומר על דעת הראשונה הוליכם להניחם במקומם ואין זה טעם מספיק בעיני לפוטרו אעפ"י שיש לו פנים: אבל בטעם השליחות יד יש לי לפוטרו מב' טענות הא' דכפי המובן מדברי השאלה אשתו הוא דהשאילה אותם שכן כתוב שם שבא אדם א' ואמר לאשתו וכו' וכיון דאשתו השאילה ובידה היו החפצים מה יש לו לעשות דלא פשע במסירתן לאשתו דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד וחזר הדין לפלוגתא דרבוותא שכתבתי למעלה דהיכא דפשעה האשה אם יעשה דין עמה או לא והרי זה מוחזק ויכול לומר קים לי ואף ע"ג דיד הקדש על העליונה כדאמרינן בפ"ק דקדושין גבי משיכה ומעות אפי' נחשוב להקדש זה כהקדש גמור מ"מ לא מפקי' מידה דמוחזק דהך בעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד פסקוה לקולא רוב הפוסקים כמבואר בדברי הטור והב"י בסימן ר"ן ונכסי בחזקת נותן קיימי ואפילו הרא"ש דפסק לחומרא מטעמא אחרינא הוא יע"ש. ואע"ג דבי"ד בהלכות צדקה סימן רנ"ט כתב הרב בית יוסף תשובה להרשב"א על בעיא זו וכתב שם בעיא בפרק מי שמת וכו' וסלקא בתיקו דאיסורא ויש מי שפסק לקולא וכו' הרי משמע דאיכא מ"ד דהוי תיקו דאיסורא אפילו לדידיה שאני ושאני דהתם הוי איסורא משום דהוא עובר משום לא יחל דברו אי ההקדש הוי הקדש אבל בנדון דידן לית כאן איסור דלא יחל אלא אי גזל מן ההקדש או לא ואם כן תיקו דממונא הוא ולכ"ע הוי לקולא וא"כ כיון דהאשה שלחה יד יעשה דין עמה ותשלם לו לכשתתאלמן או תתגרש. ועוד מטעם אחר נרא' לי דפטור בשליחות יד משום דכפי המובן מדברי השאלה אחר שהשאילם לקהל האחר השיבם לקהל אשר הרמונים שלו ואח"כ הביאם לביתו וגנבום משם וא"כ הרי אפי' לרבי עקיבא דקיי"ל כוותיה דאמר דהגונב סלע מן הכיס בעינן דעת בעלים הא הכא הרי החזירם ואיכא דעת בעלים דכיון דהחזירם לקהל הרי נפטר מאחריותם בהביאם לבית הכנסת לשימם על ס"ת אין לך דעת בעלים גדול מזה דנהי דלר' עקיבא שאל שלא מדעת גזלן הוי ולא מועיל חזרה בלא דעת בעלים ואף ע"ג דכתוב במרדכי בסוף קמא דאדם הנפקד ששאל חפץ מהפקדון אשר בידו די לו בחזרה למקומו אפילו לר' עקיבא היינו ששאלו מדעת בעליו אבל שלא מדעת גזלן הוי ולא מועיל חזרה למקומו וכן מוכרח מן הסוגיא דפרק המפקיד דלא מועיל

חזרה למקומו אלא לרבי ישמעאל ומ"מ בנ"ד הרי החזירו ליד הבעלים מקרי ומדעתם הוא כדכתי'. נמצא דאם היה הענין בשום חד מהני גווני נפטר מטעם שליחות יד ר"ל שהאשה השאילה אותם או אפילו שהוא השאילם אם החזירם לקהל ואח"כ הביאם לביתו וגנבום משם נפטר מטעם השליחות יד אבל מטעם הפשיעה לא נפטר ונפקא מינה דאם אמר לאשתו שמור לי אלו החפצים והיא הלכה מביתו ובפשיעתה גנבום דהוא פטור מטעם הפשיעה גם כן וזכאי בדינו:

הכלל העולה מכל מה שכתבתי דאם אמר לאשתו שמעון שמור לי אלו החפצים והיא קבלה עליה ואשתו פשעה והלכה מביתה וגנבום הוא פטור בתנאי שהיא שלחה יד בהם והשאילם לקהל האחר ולא הוא אי נמי אפילו שהוא השאילם אם החזירם לקהל פטור אבל אם לא אמר לאשתו שמור לי אלו החפצים חייב בכל מטעם הפשיעה ואם אמר לאשתו שמור לי אלו החפצים והוא מקודם השאילם לקהל האחר ולא החזירם לקהל שלו הוא פטור מטעם הפשיעה וחייב מדין שליחות יד באותו הרמון לבד ששלח בו יד דכן כתב הטור אבל שאר הפירות ששלח יד במקצתן ולא הגביהן אינו מתחייב אלא כפי מה שנטל ה"ה בנ"ד דלא שלח יד אלא במקצתן לבד אינו חייב אלא כפי מה שנטל הנראה לעניות דעתי כתבתי והארכתי בכל אלו החלוקים יען כי הדבר בא מארץ מרחקים:

הצעיר וקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

השאלה באלמנה שילדה ומת הולד ביום הלידה ולא יבם ומתה קודם שנשבעה על כתובתה ונשים מעידות שהולד לא היה של קיימא:

שאלה קפח

תשובה איכא לאסתפוקי בהך שאילתא ד' ספקות. האחד דאע"ג דידעינן דלא כלו חדשיו כתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' נחלות הואיל והיה שעה א' אחר אמו הרי זה נוחל ומנחיל. הב' דאשה זו לא נשבעה על כתובתה וא"כ איך האב יכול לירש דאין אדם מוריש שבועה לבניו. הג' דעדות האומרים שאין זה בר קיימא אינו אלא על פי נשים ונשים אינם נאמנות. הד' דאע"ג דחשבינן ליה לזה נפל מ"מ שומרת יבם היא זו ומטעם דשומרת יבם היבם יורש אותה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה. ואומר לספק הראשון איברא דהרמב"ם ז"ל כתב כן בפ"א מהלכות נחלות אבל רבינו ירוחם בנתיב כ"ה כתב וז"ל פי' בן יום א' אפילו חי שעה א' וכן כתב הרמב"ם ז"ל ועוד כתב ואפילו לא כלו חדשיו והראב"ד השיג עליו כי בודאי מיירי שכלו לו חדשיו דקיי"ל כל שלא שהה שלשים יום באדם הרי זה נפל זולתי אם כלו לו חדשיו כדפשוט בגמרא שבת פרק רבי אליעזר וכו' ע"כ. והשגה זו

של הראב"ד היא כתובה בספר כסף משנה והטור ז"ל בסימן רמ"ו שלא הזכיר לא כלו חדשיו וכן סמ"ג בעשין ל"א לא הזכיר לא כלו חדשיו אלא כתב כדאיתא בפרק יוצא דופן ושם נאמר בגמרא לכאורה המובן מפשטא דשמעתא דוקא בדכלו חדשיו וא"כ ודאי דנראה דדעתם כדעת הראב"ד ז"ל ועוד מוכרח אתה לומר דהטור לית ליה סברת הרמב"ם דהרב המגיד כתב בפרק א' מיבום וחליצה דהרמב"ם ז"ל איירי בגמרו סימניו משום דאית ליה כר' דגמרו סימניו לחוד מהני מדין תורה. והטור בא"ה סימן קנ"ו כתב דלר' לא מהני גמרו סימניו לחוד אלא שישהה שלשים יום כמבואר שם בבית יוסף ע"ש א"כ ודאי דלית ליה כהרמב"ם. גם דברי רבינו ירוחם נוטים קצת לדעת הראב"ד ז"ל שהביא דבריו לבסוף וכמו שרגיל הטור לדקדק מדברי אביו הרא"ש ז"ל בכמה מקומות שהביא בפסקיו מחלוקת הפוסקים שדעתו נוטה לפוסק שהביא אחרון מדהביא דבריו לבסוף וכבר ראית כמה תמה הרב המגיד על דברי הרמב"ם ז"ל בפרק א' מהלכות נחלות עם היות שיישבם קצת בפ"א מהלכות יבום וחליצה מ"מ למדנו דדעת של הרמב"ם ז"ל דעת יחידי הוא ואעפ"י שהיבם מוחזק בנכסים שהם תחת ידו אין לו לומר קים לי דאין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו ועוד אני אומר דבנ"ד אפילו הרמב"ם יודה דהרב המגיד כתב בפ"א מהלכות יבום וחליצה דמה שכתב רבינו בפ"א מהלכות נחלות דבן יום א' שלא כלו לו חדשיו דנוחל ומנחיל היינו דוקא כשגמרו סימניו ובנדון דידן כיון שיש נשים מעידות שלא היה לו חך ושהיה מראהו אזול ושאזניו דבוקות לא גמרו סימניו מקרי דאע"ג דכשאמרו גמרו סימניו הזכירו גמרו שערו וצפורניו ה"ה ודאי הני מילי דאין לו חך וכיוצא בזה דאומרות המילדות שהם סימנים שלא נגמר הולד ושאינו בן קיימא דהוי כלא גמרו שערו וצפורניו ודכוותייהו הוו. ועוד תדע דה"ה והטור ז"ל פליגי בפירוש דברי הרמב"ם במה שכתב בפ"א מהלכות מילה דספק בן ז' ספק חי מלין אותו בשבת דה"ה בפרק א' מה' יבום וחליצה פי' דברי הרמב"ם אפילו כשלא גמרו סימניו והטור פירשם בי"ד סימן של"ז כשגמרו סימניו ומה שפירש הטור בדברי הרמב"ם הוא דחוק מאד אעפ"י שכבר ישב דבריו הרב כסף משנה. ומ"מ אני תמה על דברי הטור דאם כדבריו לדברי הרמב"ם מאי דקאמר בגמרא בפרק ר' אליעזר דמילה ממהל היכי מהלינן אמר רב אדא בר אהבה מלין אותו ממה נפשך וכו' הוי בשגמרו סימניו דוקא וא"כ מה הקשו שם מברייתא דספק בן ז' אין מחללין עליו את השבת הא ההיא ברייתא איירי בשלא גמרו סימניו כדאוקמוה בפרק הערל ואין לתרץ כמו שתירץ הרב ב"י ז"ל בסימן של"ז בי"ד בעד הרי"ף והרא"ש דס"ל דרב אדא לא הוה מפליג בין גמרו סימניו ללא גמרו דהא את אמרת דרב אדא בגמרו דוקא איירי ומחלק בכך וא"כ מאי

מקשה מההיא ברייתא דהוה ליה לאוקומי בלא גמרו ולא לדחוק ולאוקומי כרבי אלעזר אבל לפירוש ה"ה ניחא דמאי דשאלו בגמרא ממהל היכי מהלינן אפי' היכא דלא גמרו סימניו והשתא מקשה שפיר מההיא ברייתא דאייתי ג"כ בלא גמרו וא"כ פי' מרווח יותר בדברי הרמב"ם ולפי הפי' ההוא מוכרחים אנו לפרש דמאי דכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות מילה ושלם היינו שלם באבריו ואף על גב דלא בעינן גבי מילה גמרו שערו וצפורניו מ"מ שלם באבריו בעינן וא"כ בנ"ד דאינו שלם באבריו דאין לו חך ואזניו דבוקות ודאי דגרע מלא גמרו שערו וצפורניו דולד כי האי אפילו גבי מילה אין מלין אותו בשבת וכי תימא אלו העדיות הם על פי נשים ונשים אינם נאמנות וכמו שכתבתי:

איברא דהרב ב"י בח"מ סי' ל"ה בסופו כתב תשו' להרשב"א ז"ל וז"ל אני רואה מתוך הקונדרסין שכתבתם שאתם תוקעים עצמכם על עדות הנשים ואולי מצאתי כן לא' מן הראשונים שהנשים יושבות שם מפני שאין האנשים נכנסים שם ואנחנו לא נדע דברים אלו ולא שמענום מעולם ואין ראוי לסמוך עליהם ע"כ משמע דאפילו בדבר שאין האנשים רגילים להמצא שם והם דברים דשייכי לגבי נשים דאינם נאמנות אבל הרב מהרי"ק בסי' ק"פ כתב דבדבר דאין רגילים עדים להמצא שם הנשים נאמנות והכריח כן מדברי המרדכי והביאו ראיה לזה מההיא דנאמנת חיה לומר זה בכור אע"ג דיש בו הוצאת ממון חמשה סלעים לכהן וכן הרב בעל ת"ה בסי' שנ"ג האריך בענין זה וכתב כדברי הרב מהר"י קולין ז"ל ואע"ג דמדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות נזקי ממון משמע דלא כדבריו הוא הסכים שם דעת הרמב"ם ז"ל לדעתו וחילק בין נזיקין לשאר מילי עם היות כי הרב ב"י ז"ל בח"מ בסימן הנזכר כתב דאין דבריו נראים לו מ"מ למדנו דהיא פלוגתא דרבוותא דאיכא מ"ד דהיכא דאין רגילין לאנשים להמצא שם הנשים נאמנות וכמו שאמרו נאמנת חיה וכו' ואיכא מ"ד דאינם נאמנות וההיא דנאמנת חיה יתרצו לדעתם כמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ג גבי דאין האשה נאמנת לומר על העובר דלא כלו לו חדשיו וז"ל לא מצינו נאמנות לאשה אלא ההיא די' יוחסין דקאמר התם ג' נאמנים על הבכור חיה וכו' והתם גופיה לא אמרינן הכי אלא משום דגלי קרא יכיר יכירנו לאחרי' ובשביל שהאמינה תורה לאב אע"פ שהוא קרוב ויחיד וטעמא שאין אחר יכול להכירו ע"כ גם הם יאמרו דהתם דוקא מהימנינן לחיה ולא לשאר מילי א"כ בנ"ד להרב מהרי"ק ז"ל ולבעל ת"ה כיון דהם מילי דשייכי לגבי נשים ואין האנשים מצויים בדברים אלו ודאי דנאמנות. וכ"ת עדיין נאמר לדעת החולקים עליהם אין הנשים נאמנות וכיון דהיבם הוא המוחזק מצי למימר קים לי כוותייהו וכיון דאין הנשים נאמנות הוי לא כלו חדשיו וגמרו סימניו ולדעת הרמב"ם נוחל ומנחיל לאומר שיאמר כן נאמר אדרבה

נימא ליה ליבם הבא את ראיה שגמרו סימניו דאי הרמב"ם ז"ל כתב דמנחיל היינו היכא דידענו בודאי ובדקנוהו שגמרו סימניו דכיון דלא כלו לו חדשיו איתרע ליה רובא דאמרי' רוב נשים ולד מעליא ילדן וכיון דזה בא להוציא מהיורשים הודאין נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי ודילמא לא גמרו סימניו וכיוצא בזה הקשה לו הראב"ד בהשגות ולכך צריך לומר ודאי לדעת הרמב"ם שידענו בודאי שגמרו סימניו ובדקנוהו וכיון שכן אע"פ שלא כלו לו חדשיו כיון דהוי ולד גמור מדין תורה נוחל ומנחיל וכמו שכתב ה"ה בפ"א מהלכות יבום וחליצה אבל על הסתם כיון שאנו רואים שלא כלו לו חדשיו נאמר שלא גמרו סימניו ולא יוציא מן היורשים הודאין וא"כ בנ"ד נאמר ג"כ כיון דלא שהה שלשים יום ועוד שילדה מתוך חליה אתרע לה רובא דאמרי' דרוב נשים ולד מעליא ילדן דאדרבה נימא דהחולי גרם לה שיפיל קודם זמנה ועוד דהריב"ש ז"ל בסי' תמ"ו כתב דלא אמרי' רוב נשים ולד מעליא ילדן אלא היכא שידענו בודאי שגמרו סימניו וא"כ כל זמן שלא הביא היבם עדים שגמרו סימניו ושבדקנוהו שהיו לו כל סימני ולד בן קיימא נאמר דלא גמרו סימניו ואוקי ירושה בחזקת אבי האשה שהוא ודאי ולא אתי ספק ומוציא מידי ודאי דומה למאי דמוכח בפרק החולץ גבי יבם וספק דבאו לחלוק בנכסי מיתנא דאם אין הסבא קיים יטול היבם הכל דהוא ודאי בירושה וכתבו הטור בא"ה סי' קס"ג עיין שם. וכל זה הוצרכנו לפלפל לרווחא דמילתא לומר דאפילו הרמב"ם יודה בנ"ד אבל לטעמא קמא שאמרנו דלדעת כל שאר הפוסקים צריך שנדע בודאי דכלו לו חדשיו כיון שלא שהה לי יום וכדכתב הראב"ד ז"ל בהשגות ודעתו של הרמב"ם ז"ל דעת יחידי הוא אין אנו צריכים לכל זה והוא טעם ברור ונכון:

ולספק השני דלא נשבעה על כתובתה איברא דהכי קי"ל בפ' הנשבעין דאין אדם מוריש שבועה לבניו וההיא דשומר' יבם שמתה דיורשי האשה יחלוקו בנכסים עם יורשי הבעל אוקמוה בתוס' בפ' החולץ בנכסי צאן ברזל שהביא' מבית אביה שנוטלתן בלא שבועה וכן כתב הרמב"ם בפ' י"ב וי"ח מהלכות אישות והרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים בסי' ס"ט כתב דהיכא דהאלמנה כשמתה היתה מוחזקת בנכסים או שהיה נאמנות בשטר הכתובה בין ממנו בין מיורשיו ודאי היורשים יורשים כתובתה ואי בנ"ד ליכא חד מהני תרתי דליכא נאמנות בשטר הכתובה וגם היא כשמתה לא היתה מוחזקת בנכסים ונאמר דאע"ג שמתה בבית בעלה וכל הנכסים היו שם אין להחשיבה מוחזקת בשביל כך וכמו שכתב הריב"ש ז"ל בסי' שס"ד שאע"פ שכשמת נשארו הנכסים בידה ואהלים כאשר המה אין זו תפיסה של כלום מ"מ לפחות נכסי צאן ברזל שהביאה מבית

בעלה והם קיימים ודאי שאביה יורש אותם כיון שהיא נוטלתן בלא שבועה וכמו שכתבו הפוסקים: והספק הג' כבר מבואר למעלה בתוך דברי:
ולספק הד' אומר דלכאורה הדין עם היבם דיאמר ליורש האשה אני בא עליך מב' צדדין אם זה הולד ולד של קיימא הוא אבי יורשו ואם הוא נפל והיא היתה ראויה ליבום הא איכא פלוגתא דרבוותא גבי נכסי צאן ברזל אם כלם ליורשי הבעל או לא דלהרמב"ם ורש"י ז"ל יחלוקו ולר"ת והרא"ש ז"ל כלם של יורשי הבעל וכמו שכתב הטור בא"ה סי' ק"ס וא"כ יאמר היבם כיון שאני מוחזק קים לי כר"ת והרא"ש דכלם הם ליורשי האשה ואע"ג דהרא"ש כתב בפרק החולץ וכתבו הטור בא"ה סימן קס"ג גבי יבם וספק דנכסי בחזקת מיתנא קיימי ולא מהני ביה חזקה היינו משום דאית ליה דלא מהני תפיסה בטענת ספק אבל להרי"ף וסייעתו דמהני תפיסה בטענת ספק מהני כאן ג"כ. ואם תרנה לעמוד על עיקר הדבר עיין במהריב"ל ז"ל בראשונות דף נ"ד וא"כ ממה נפשך הוא זוכה בנכסים מחמת הולד או מחמת ירושת האשה ואע"ג. דאלו היה מת הולד תחלה תוך שלשים ואח"כ האשה לא היה יורש כיון דהיא חולצת ולא מתייבמת דלא מקרי שומרת יבם כיון דאינה ראויה ליבום, וכדכתב הרשב"א ז"ל בסי' תש"ה גבי אלמנה שמתה לה הבת תוך שלשים דחולצת ולא מתייבמת כתב שם אע"פ ששומרת יבם שמתה היבם יורש כתובתה או כלה או מקצתה ר"ל נכסי צאן ברזל הני מילי שומרת יבם אבל זו אינה שומרת יבם להתירה לו ע"כ משמע דכיון דחולצת ולא מתייבמת אין היבם יורש מ"מ עכשיו שמתה היא תחלה ואח"כ הולד דבא היבם ממה נפשך נראה ודאי דיורש לזה אני אומר דמכח טענה זו הדין עם היבם: אבל יבא עליו אבי האשה מחמת טענה אחרת דכיון דאית ליה תנאי לבעל עם האשה שאם תמות בלא בנים שיחזיר ליורשיה חצי הנכסי' לא עדיף היבם דאתי מכח אחיו מהבעל גופיה וא"כ יחזיר לאבי האשה חצי הנכסים כמו שהיה מחזיר לה הבעל וכן ראיתי להרשב"א שכתב בתשובה הביאה בב"י בי"ד ה' טומאת כהן סי' שע"ג וז"ל גבי שומרת יבם כהן שמתה כיון שאמרו שהוא יורש כל כתובתה וכו' ואפילו לאותן שכותבין אי מיתת בלא בנים תהדר כתובתה לבי נשא מסתברא כן דהא נכסי מלוג שנפלו לה תחתיו הבעל הוא יורש ועוד כיון דיבם דעלמא מטמא לה אין הולכים אחר זה שכתב כן וכו' משמע בהדיא מאותה תשובה דמאי דכתב הבעל שיחזיר הנכסים מהני ג"כ לגבי יבם וטעמא דלא עדיף יבם מגברא דאתי מחמתיה. איברא דראיתי להר"ן ז"ל שחלק ע"ז שכתב בתשובותיו סי' נ"ד לחכם א' שהשיב גבי שומרת יבם שמתה דאפילו לדעת הרשב"א שסובר שהכל ליבם מ"מ מחמת תנאי השיור יחזיר היבם ליורשי האשה כמו שהיה מחזיר הבעל וחלק שם הר"ן

עליו וכתב דלדעת הרשב"א ז"ל דאית ליה דהכל ליבם לא מהני שיור לגבי יבם וכתב שם ודבר ברור הוא שתנאי השיור אינו אלא אם תמות אשתו בחייו אבל בחיי יבם אין לנו ע"כ משמע דאית ליה דהך תנאה לא מהני לגבי יבם מ"מ להרשב"א ז"ל אנו שומעין ואע"ג דהר"ן חלק הוא לא ראה תשובת הרשב"א בודאי דלא היה כותב דהרשב"א ז"ל יודה בכך כיון דבהדיא בתשו' שהזכרתי פליג עליה וכבר כתב הרב מהר"י קולין ז"ל בשרש צ"ד דכשדבר הפוסק הראשון אינו על ספר מפורסם והאחרון חולק עליו נאמר דלא שמיע ליה לאחרון דברי הראשון דאי הוה שמיע ליה דברי הראשון לא הוה אמר ליה כי היכי למעט פלוגתא בין ראשון לאחרון כ"ש בנ"ד שראינו בודאי שלא ראה הר"ן ז"ל דבריו של הרשב"א שנאמר דאלו היה רואה אותם לא היה חולק עליו זאת ועוד דהחכם הפוסק ששאל להר"ן ז"ל חולק ג"כ עליו ונמצא דעת הר"ן דעת יחיד ולא יוכל המוחזק לומר קים לי כהר"ן ועוד דכאן איכא תרי ספקי דפלוגתא דרבוותא ספק אי כרש"י או כר"ת ואת"ל כר"ת היכא דאיכא תנאי השיור ספק אי כהר"ן או כהרשב"א ועל פי ספק ספקא מפקינן ממונא וכמו שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו כמה פעמים ונפקא ליה ממאי דכתבו התוספות בפ"ק דכתובות בדבור אי למיתב לה כתובה וכו' איברא דתרי ספיקי דפלוגתא דרבוותא חשיב להו הרב הנז' כחדא ספקא משום דשם פלוגתא דרבוותא חד הוא אבל מ"מ בנ"ד איכא ספקא אחרינא דירושת היבם ליבמה השומרת לו הוי ספקא כדמשמע מסוגיא דהחולץ דזיקא ספק נשואה יע"ש וכיון דירושתו הוי מספק ובנכסי צאן ברזל אית לן דמוקמינן להו בחזקתייהו דהוי בחזקת היבם מתחלה ולכך יורש הכל היכא דאיכא ספקא אחרינא דפלוגתא דרבוותא הוו תרי ספיקי חדא ירושת היבם דהוא מספק נשואה ואידך ספקא דפלוגתא דרבוותא ולא עוד אלא תרי ספקי דפלוגתא דרבוותא כדכתיבנא א"כ אע"ג דנכסי צאן ברזל בחזקת היבם מפקינן להו מחזקתייהו על פי הני ספקי. כל זה אני אומר לרווחא דמילתא אפילו נחשוב לדעתו של הר"ן ספק נגד דעתו של הרשב"א ז"ל אבל לפי טעמא קמא שכתבתי אין להחשיבו כספק והוא טעם ברור בעיני:

ולכן נמצינו למדים דהיבם ואבי האשה יחלוקו בנכסים מחמת תנאי ההשבון כמו שהיו חולקים הבעל ויורשי האשה ואפילו בנכסי צאן ברזל שאינם קיימים נראה לי דחולקים לפי טעם זה דהשתא לא שייך לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו כדכתיבנא לעיל דההשבון הבא ליורשי האשה אין האשה מורשו להם אלא כשנתן לו אבי האשה הנדוניא נתן לו על תנאי כך שיחזור ההשבון ליורשי האשה ולא בא להם מחמת האשה עד שתאמר אין אדם מוריש שבועה לבניו והא דשמואל דאית ליה אין אדם מוריש לא

ברירא כולי האי דהא אסיקנא דעבד כרבי אליעזר עבד וכיון שכן הבו דלא לוסיף עלה ונאמר דבהא מודה שמואל ולא מפשינן במחלוקת כ"כ:
הכלל העולה דיחלוקו אבי האשה והיבם בנדוניא שהביאה מבית אביה ועם היות עלה בדעתי לדחות הממה נפשך שכתבתי למעלה מ"מ אין הדבר ברור בעיני ואין בי כח להוציא ממון מיד היבם המוחזק אבל מה שכתבתי שיחלקו מטעם תנאי ההשבון הוא טעם ברור לע"ד בלי שום ספק ועל דא קא סמיכנא. ואחרי כותבי ראיתי בפסקי הרב מהר"י אדרבי ז"ל פסק חכם א' שהזכיר בדבריו טעם ההשבון כאשר כתבתי והרב הנז' נראה דמודה לו אבל מה שכתב הפוסק החכם ההוא שם אם הנכסים ביד שליש ואינם מוחזקים בהם לא יורשי הבעל ולא יורשי האשה אינו לפי מה שכתבתי דאפילו מוחזק בהם היבם מהני טעם ההשבון כנלע"ד ואם יראה בעיני הרבנים המובהקים לזכות לאבי האשה או לחייבו ובפרט בעיני הרב הגדול נר ישראל מורי ורבי נר"ו להם משפט הגאולה ודעתי בטלה אך אמנה אני יחיד ועני הנראה לע"ד קלושה וחלושה כתבתי וחתמתי:
הק' אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קפט

שאלה ראובן שמעון לוי ויהודה אחים וראובן האח הגדול הלך לו לארץ מרחק' זה כמה ימים ולא נודע מה נהיה ממנו ונשאר לו זרע בעיר וגם שמעון האח הב' נשא לו אשה בעיר אחרת ועקר דירתו לשם ולוי הנז' מת במגפה ונשארה אשתו זקוקה ליבם ואחר עבור ז' ימי אבלות רצתה היבמה הנז' ללכת בכפרים רחוקים בעבור כי יד אלוה נגעה בכפר ההוא ולהוליך גם נדונייתה עמה ויהודה היבם אשר בעיר לא היה רוצה לתת לה דבר רק להעמיד הנכסים בחזקת הבעל עד שיר' מה יהיה בדינה אם תתייבם או תחלוץ וגם כי שטר כתובתה לא היה בידה ורבו הקטטות והמריבות בין יהודה היבם ובין היבמה הנז' עד שנתפשרו ביניהם לתת לה היבם נכסים סכום נדונייתה ושיהיו בידה בתורת פקדון עד יחזרו בעיר וכשיבאו בעיר נתחייבה האלמנה הנז' בשבועה חמורה בתורה להחזיר הנכסים הנז' ביד ב"ד וכתבו שטר על זה והוא עתה ביד יהודה הנז' והאלמנה הלכה לה לדור בכפר ונגפה ומתה אחר ימים כשמוע שמעון א' מן האחים הנזכרים כי נפטר אחיו שם לדרך פעמיו לבא ובבאו בעיר הוגד לו איך אחיו יהודה נתן ליבמה הח' נדונייתה בידה וכשומעו חרה לו עד מות וצעק נגד אחיו יהודה הנז' איך נתן ליבמה הנז' נכסים בעד נדונייתה אשר לא היה שום דין מחייב לתת שום דבר בידה כל זמן שאין שטר כתובה בידה וכ"ש שהיא זקוקה ליבם ואז השיב לו אחיו יהודה הנז' אל תפחד מזה כי

לא נתתים לה בתורת גביה רק בתורת פקדון כאשר נראה משטר פקדון אשר בידי והואיל שהיא מחוייבת להחזיר הנכסים ביד ב"ד אינה נקראת מוחזקת ואפילו הכי שמעון לא היה מתפייס בזה רק היה רוצה שיהיו הנכסים מוחזקים בידו ולא ביד יתומים הקטנים בני אחי היבמה ויהי כי זכר ה' את הארץ ואמר למלאך המשחית די והתחילו האנשים לבא בעיר לקחה גם אלמנת אחי היבמה הנז' קרון א' להוליך נכסיה בעיר ושמה גם ארגז א' מנכסי יבמה הנז' על הקרון ויהי בדרך במלון הוגד לבעל הקרון איך הנכסים הנז' הוו מוגפים ונתערבו עם המתים במגפה וכשומעו חרה אפו והטיל הנכסים ארצה ואז יצאו שמעון ויהודה אחיו הנזכר ולקחו הנכסים הנזכרים והחזיקו אותם בידם ועתה באים יורשי האשה ומבקשים מיורשי הבעל הנכסים הנז' ויורשי הבעל טוענים ואומרים כי מאחר שהיבמה הנז' לא נשבעה שבועת אלמנה הנכסים הם בחזקת הבעל ואינם רוצים לתת להם דבר וגם שהם יבמים והם יורשים היבמה: עתה יורנו רבינו אם יזכו יורשי הבעל בטענות אלו או לא גם ילמדנו רבינו אם חנוך בן ראובן הנז' יזכה בעד מה שטוען שאביו הוא קיים ולו משפט הקדימה ביבום מאחר שהוא אח הגדול ואפי' שאין דוחין היבמה אצל אח הגדול כשהוא במ"ה אלא אומרים לקטן אשר הוא בעיר או ייבם או חלוץ עכ"ז טוען חנוך הנז' מאחר שהיבמה הנז' לא באה לכלל יבום שהרי מתה בתוך ג' חדשים ויזכו כל היבמים בנכסיה שוה בשוה ואפילו אותו שהוא במ"ה ואין כח ליבם אשר הוא בעיר יותר משאר האחים כמו שפסק הרב הגאון מוהר"ר שמואל די מדינה ז"ל בפסקיו ח"א סימן צ"ז וז"ל ראיה מהא דתנן בפרק החולץ וכו' עד משמע בהדיא שלא זכו שום א' מן האחים אלא א"כ ייבם ואם לא ייבם לא זכה בנכסי אחיו וכו' שכל שלא יבם היבם אין לו זכות בנכסי' יותר משאר אחיו עכ"ל והכא נמי הואיל ולא ייבם כל האחים שוים בירושה אפי' שהוא במ"ה עוד טוען חנוך הנז' שאפילו אם מת אביו ואינו זוכה בנכסים מכח יבום מ"מ הוא זוכה מכח ירושה מאחר שהיבמה הנז' לא נשבעה שבועת אלמנה הנכסים הם בחזקת יורשי הבעל והוא יורש אותם ג"כ מכח הבעל על כל אלו הטענות יורנו רבינו הדין עם מי ושכמ"ה. הן כל ראתה עיני מה שכתב החכם הותיק טובינא דחכימי נר"ו מה נמלצו לחכי אמריו ופלפוליו מתוקים מדבש ונופת צופים והדברים ברורים לענין דינא הלא לאמונה דהאחים שהם מוחזקים זכו בדינם אי מטעמא דמצי למימר קים לן כהר"ן דתנאי השיור לא הוי אלא גבי בעל ולא גבי יבם וכיון שאנו יבמים אנו יורשים הכל דקים לן כר"ת וסייעתו ואע"ג דנשואים אשה ויש להם בנים לא איכפת לן דכן כתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"ב סימן ח"י על ענין כיוצא בזה דיש ליבם. אשה ובנים ועוד שהיתה היבמה זקנה וכמו שהאריך שם השואל ואע"פ כן

כתב שהיבם יורשה לרש"י כדיניה ולר"ת כדיניה וקאמר התם דהמוחזק יכול לומר קים לי כמאן דמסייע לי ומינה בנ"ד דהדין האמור נתברר בבירור כאמור ואף ע"פ שהיבמה מתה תוך ג' חדשים לא איכפת לן דמתני' מילתא פסיקתא קתני שומרת יבם שמתה אפילו מתה תוך ג' חדשים ובמרדכי כתוב בפרק החולץ וז"ל אבל ביבמות ובכתובות גבי שומרת יבם שמתה וכו' שהיבם יורד לנכסים מיד לאחר מיתת אביו ומחזיק מן הדין דהוא יורש והרי אין ליטול כתובה כלל עד שתחלוץ וכו' ע"כ משמע דתיכף אחר מיתת אחיו תוך ג' חדשים קרי ליה יורש ליבם והטעם כמו שכתב החכם הפוסק יצ"ו והאריך למעניתו ספיר גזרתו ואי מטעמא דלא נשבעה זכו ג"כ האחים בדינם דמצי למימר קים לן כמ"ד דצריכה שבועה:

אך אמנה בענין חנוך שכתב שאינו יורש מצד אביו שהאחים ודאי וראובן זה שהלך לארץ מרחקים ספק הא לא ברירא לי דבפרק כל הגט אמרי' דהניחו זקן או חולה הרי הוא בחזקת שהוא קיים ומתירין לבת ישראל לכהן שהלך בעלה למ"ה לאכול בתרומה כמבואר שם במתני' מטעמא דמוקמינן גברא אחזקתיה שהוא חי וא"כ אין כאן ספק אלא ודאי וחנוך הבא מכחו הדין עמו אלא שב"ד מניחין אותו החלק המגיע לאביו ביד שליש כדין יצא שלא לדעת דכתבו הפוסקים דמניחים המטלטלים ביד נאמן ה"נ דכוותא היא דלענין הירושה שנפל לו במ"ה דין יצא שלא לדעת יש לו דאין לומר היה לו לצוות במילתא דלא הוה כשיצא מכאן אך אם יצא הקול שמת אפשר דחזקה דחי גריעה ומ"מ מהטעם האחר זכה חנוך דאין הכתובה קיימת וכל הנכסים בחזקת אחיו וכמו שכתב החכם הפוסק ודבריו טובים ונכוחים:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצ

שאלה ראובן היו לו בנות ומת וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והניח לשמעון אחיו אפטרופס על בנותיו ושמעון היה נושא ונותן בנכסיו כדרך אפטרופס וג"כ היה מחזיק בחזק' א' שהי' מהיתומי' בדרך אפטרו' ובשע' נשואיהן בקש שמעון האפטר' מחילה מהן וכן עשו שמחלו לו כל מה שנשאר מאביהן ולהיות ששמעון ג"כ נתן להן יותר ממה שהניח להן אביהן לקחו היתומו' ג"כ מחילה ממנו ולא נזכר במחילות שום דבר מאותה חזקה ועתה טוען שמעון שגם החזקה מחלו לו והיתומות טוענות שמעולם לא מחלו החזקה רק הנכסים והמטלטלין ועוד טוענות שבשטר המחילה חתום שם גיסו משמעון בעל אחות אשתו ולא יועיל המחילה יורנו מורנו אם יש איזה זכות ליתומות הנז':

תשובה איברא דהרשב"א כתב בתשו' הביאה הרב ב"י בח"מ סימן רמ"א על ראובן שהיה תופס קרקע שמעון באלמות ונתן מעות לשמעון כדי שיעשה לו שטר מחילה ואח"כ טען שאין מועיל לו אותה מחילה דהוי כידי מסולקת המינה דהדין עם ראובן כיון שקנו מידו ותשובה זו הביאה ג"כ הרב הנז' בסימן י"ב ומשמע דחדא עובדא היא ואע"ג דבסי' י"ב כתב הדין עם ראובן כיון שלא קנו מידו ודאי דטעות סופר הוא דאי לא קנו מידו הדין עם שמעון מבעי ליה דאין המחילה מחילה ועוד דכיון שעשו שטר מסתמא יש בו קנין אלא ודאי צ"ל הדין עם ראובן כיון דקנו מידו ומ"ש ולענין המעות וכו' היינו להתלמד במקום אחר דחוזרים אם לא היה קונה מן הדין וכמו שכתב בתשובה הנז' בסי' רמ"א אבל בנדון דידיה ודאי דקנה והמעות אינם חוזרים משמע משם דאפילו בקרקע דלשון מחילה אינו מועיל אם קנו מידו מהני וכיון שכן בנ"ד דכתוב בשטר מחילה שמחלו לו כל מה שנשאר מאביהן ומדכייל כללא משמע דאפי' על הקרקעות קאמר ומהני בהו לשון מחילה אע"ג דהוי כדין ודברים אין לי על שדה זו כיון דקנו מידו מהני:

אלא שיש לחלק ולומר דהטור כתב בשם הרא"ש ז"ל בסי' ע"ג שכתב בתשובה דלשון מחילה לא שייך אלא במי שחייב לחברו מעות אבל בחפץ שהוא בעין לא שייך לשון מחילה אלא לשון נתינה וכן כתב מהר"י קולין ז"ל בשרש נ' וכיון שכן מצינו למימר דע"כ לא קאמר הרשב"א הכי אלא כשאמר מחילה בהדיא על הקרקע כנדון דידיה שכתוב שם ועשה שמעון כן וכתב לו שטר שמחל לו אותו קרקע אבל היכא דאינו מפורש בהדיא אמרינן דלא אמר לשון מחילה אלא על מאי דשייך ביה מחילה כגון מה שהיה חייב לאביהן אבל על דבר דלא שייך ביה לשון מחילה לא אמר ואע"ג דאמר כל מה שנשא' מאביהן ר"ל שהו' חייב לאביהן דלשון מחילה דקאמר שייך ביה אבל לא למאי דלא שייך ביה לשון מחילה. אבל מ"מ איני תוקע עצמו בחילוק זה מפני שכתוב כל מה שנשאר מאביהן ומשמע דכוליה כייל בין למאי דשייך ביה לשון מחילה בין למאי דלא שייך דאלו היה כתוב במחילה כל מה שנשאר מאביהן בידו וברשותו הייתי סומך על חילוק זה מפני שיש לי עוד סיוע אחר דבידו וברשותו לא משמע על הקרקעות דאינם בידו דאעפ"י שהוא היה דר בהם לא שייך בקרקעות תפיסה דברשות היורשים הם אבל כיון דאינו כתוב בידו וברשותו אלא כל מה שנשאר מאביהן סתמא משמע דעל הכל קאי אפי' הקרקעות:

אבל מצד הטענה האחרת שטענו שגיסו של שמעון חתום במחילה יש להם טעם נכון לבטל המחילה אם לא יש עדים כשרים חתומים בסוף בשיטה שתחתיה דהטור כתב בסימן מ"ה שטר הבא לפנינו ועדים הראשוני' פסולים אם שנים האחרונים כשרים כשר

שאנו תולים שעל שם מלוה חתמו והגאונים לא חלקו בין אם הקרוב או הפסול וכו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה. ע"כ והרי"ף בסוף פ"ק דמכו' כתב וחזינן לגאון דקאמר ה"מ בעדות ע"פ אבל שטר שיש בו ג' עדים וב' מהם קרובים זה לזה אם לא נודע בעדות ברור' שיש בו שלשתן וכתבו עדותן זה בפני זה דדמי כמאן דאמרי למסהד אתינן לא מבטלינן לשטרא מספק אלא התקיים העדות בשאר דאמרי' דילמא רווחא שבק למאן דקשיש מיניה ובא זה הקרוב וחתם שם שלא מדעת חברו וכו'. עוד כתב והיכא דליכא בשטרא אלא תרי וחד מינייהו פסול אי נמי תרי קרובי' להדדי אפי' מסהדי ניהליה באפי סהדי אחריני דכשרים לא מהני ולא מידי כדגרסינן בפרק דיני ממונות בענין ההיא מתנתא דהוו חתימי עלה תרי גיסי וכו' ע"כ. ולדבריו הסכים הרמב"ם בפ' ז' מה' עדות נמצא דלדברי הטור והרא"ש ור"י ור"ת אין הדבר תלוי אלא שיהיו העדים בסוף כשרים אבל אם הפסולי' בסוף פסול. והגם דהרא"ש לא ביאר דעתו יפה בפסקיו דנראה דעתו סותר מה שכתב בפרק גט פשוט עם מה שכתב בסוף פ' קמא דמכות דבגט פשוט כתב כדברי ר"ת ור"י ובפ"ק דמכות הביא דברי הרי"ף בסתם והוא תימא אלא שי"ל שסמך על מ"ש בפ' גט פשוט וכן גלה דעתו בתשובה כלל ס' דהוא כר"י ור"ת ומפני כן כתב החכם החולק על הריב"ש בתשובותיו סי' תס"ו דיש בידו תשובה של הרא"ש חולק עליו דבנדון של הריב"ש הוי הפסולים לבסוף כדכתב הוא שם והוא כתב בתשו' הנזכר כדברי ר"י ור"ת דהיכא דהפסול לבסוף פסול והתימ' על הריב"ש שכתב דלאו הרא"ש ז"ל חתום עלה וכתב והנה אתנו ספר ח"מ שחברו בנו ז"ל אשר שם כל תשובותיו ואין בספר ההוא דבר שיסתו' טענותי אבל מחזק אותם בשם הגאונים ז"ל ע"כ. ואיך לא ראה בדברי הטור דבר שסותר דבריו הרי הוא כתב בשם הרא"ש דהיכא דהפסול לבסוף כנדון דידיה פסול שכן כתב ואדוני אבי כתב כסברא ראשונה והוא עצמו כתב לעיל באותה תשובה שדעת הרא"ש כן הוא ואם הטור מחזק דבריו בשם הגאונים הרי חולק עליו מדברי אביו ז"ל:

מ"מ למדנו דעת הרא"ש דהיכא דהפסול לבסוף פסול וכן דעת ר"י ור"ת אחר החזרה כמבואר בדברי התוספות והרא"ש בפסקיו אע"ג דכתוב שם בתשובות הריב"ש ור"י ור"ת ז"ל מכשירים קרוב או פסול בין בתחלה בין באמצע בין בסוף ומפני כן כתב שם הריב"ש ומעתה ראה אם ראוי לסמוך על הגאונים ועל הרמב"ם ז"ל והר"י ור"ת נראה בתוספות שלנו דאינו כן דבפרק גט פשוט ובפרק המביא תני' מבואר בדבריהם דמעיקרא הוה משמע להו דבכל גוונא כשר ולבסוף אסיקו דדוקא כשהאחרונים כשרים אז כשר וכן מבואר בפסקי הרא"ש דדעתם כן הוא נמצא דלר"י ור"ת והרא"ש היכא דחתם הפסול

בסוף השטר פסול והיכא דהוי באמצע כתב הרב ב"י דדעת הרשב"א והר"ן והמרדכי הוא דפסול ואע"ג דדעת הרא"ש להכשיר אפשר דהרא"ש איירי כשנודע לנו סדר חתימתן אבל היכא דלא נודע לנו סדר חתימתן כ"ע מודו דפסול. והעיטור ג"כ כתב שם הרב ב"י שמסכים לדבריהם אע"ג דהריב"ש לא כתב כן דכשהביא שם בתשובה הח' דברי העיטור שכתוב שם שטר שנמצאו הראשונים קרובים או פסולים ספקא דרבוותא וכו' כתב שם וכ"ש כי הרב בעל העיטור לא כתב זה כי אם בעדים הראשונים פסולים שהוא ספק אם חתמו וכו' אבל כשחתמו אחרונים לעול' כשר הרי כתב דהעיטור פוסל כשהראשונים פסולים דוקא אבל כשהם בסוף כשרים הפך ממה שכתב הרב ב"י דאדרבה כתב דסברתו דהיכא דהוא בסוף דפסול ואינו כשר אלא כשהפסול בתחלה איברא דלישנא דייק כהריב"ש שכתב שטר שנמצאו הראשונים קרובים או פסולים משמע הראשונים דוקא וטעמו של הרב ב"י הוא מפני שהעיטור הביא שם לעיל תשובה לרב משה חנוך שדעתו כדעת ר"י ורבינו תם והרא"ש דדוקא כשהפסול בראשונה אז כשר אבל כשהוא באמצע או בסוף פסול וזה כדעת הרא"ש והר"ן והמרדכי והרשב"א ותשובה זאת של ה"ר משה חנוך הביאה הריב"ש בשם העיטור בסימן הנזכר איברא דכתב עליה שם העיטור וקשיא לן הא דגרסינן בגטין מהתם בתחלה קרוב או פסול וכו' משמע דבשטרות דעלמא בתחלה פסול אבל בסוף כשר וכו' ומפני כן משמע ליה להריב"ש דאין דעתו כדעת רבי משה חנוך דהקשה עליו ואח"כ כתב ומסתברא בשטרות שנמצאו הראשונים פסולים או קרובים אם כן מדנקט ראשונים משמע ראשונים דוקא אבל הרב ב"י לא ס"ל הכי אלא דאעפ"י דהקשה עליו לא דחאו מהלכה ולכך כתב שדעת העיטור כהרא"ש ור"י ורבינו תם והמרדכי נמצא דלדברי אלו הרבנים ר"י ורבינו תם והרא"ש והר"ן והמרדכי והעיטור לדעת הרב ב"י הדבר תלוי דבעינן שיחתמו הכשרים בשיטה שתחתי' ואי חתמו כלהו בשיטה א' הרי כתב שם הרב ב"י דדעתו היא דהוי כחתמו זה תחת זה אבל בנמוקי יוסף כתוב בפ' גט פשוט דאמרי' לשם עדות נתכוונו ולדבריו אנו שומעין אבל נמצא דלדברי אלו הרבנים אם הם בשיטה אחד כשרים ופסולים או הפסולים באמצע או בסוף השטר פסול ואין כאן צד להכשיר אלא כשהכשרים בשיטה שתחת השיטה שחתמו בה הפסולים: ודעת הרי"ף והרמב"ם והגאונים כפי מה שכתבתי למעלה הוא דאין הדבר תלוי אלא שישבו כלם לחתום ביחד דאם יודע זה הוא פסול ואם לאו השטר כשר ולא פסלינן ליה מספקא אלא שכתב הרב ב"י שנראה מדברי הרמב"ם שכשהעדים קיימים שואלים אותם אם ישבו כלם לחתום או לא אבל אי לא ידענו לא פסלינן לשטרא: ונראה עוד מדברי הרי"ף שהבאתי למעלה דהיכא דליכא בשטר אלא ב' עדים לבד אז אמרינן

ודאי דישבו יחד לחתום ולשם עדות הוו דכיון דליכא בשטרא אלא תרי ודאי דהני הוו סהדי דליכא למימר סהדי הוו חד מהנך וחד מעלמא והפסול בא כאן וחתם מעצמו דלא אמרי' הכי אלא היכא דיש בשטר עדים כשרים מלבד הפסול אבל כשאין שם אלא ב' עדים עם הפסול אז אמרי' דאלו היו עדי השטר כיון שאין אני רואה עד אחר כשר וא"כ כיון שישבו לחתום העד הב' הוא פסול ואינו זוקק לשבועה וגם אי מסרו השטר בפני שני כשרים לא מהני דהוי מזוייף מתוכו וזה מבואר אצלי בדברי הרי"ף שכתב בתחלה אבל שטר שיש בו ג' עדים וכו' ואח"כ כתב והיכא דליכא בשטרא אלא תרי וחד מינייהו פסול וכו' משמע דהחלוק בין דין א' לב' הוא דכיון דליכא בשטרא אלא תרי אז אמרינן ודאי שישבו לחתום והשטר פסול ובהכי אתי שפיר ההיא מתנתא דחתימי עלה תרי גיסי דאמאי אמר בגמ' בפ' דיני ממונות דהוי מזויף מתוכו נימא דאולי הפסול חתם מעצמו. מיהו אין זו קושיא דדילמא הוה ידיע להו הא דישבו שניהם לחתום ועם מ"ש א"ש דכיון דלא היו שם אלא ב' עדים לבד אז ודאי אמרי' דישבו לחתום והשטר פסול וכה"ג א"ש מ"ש בעל העיטור בשם הרי"ף הביאו הריב"ש בסימן תט"ו וז"ל ש"מ דשטרות דחתימי סהדי וחד מינייהו קרוב או פסול אע"ג דאיכא עדי מסירה מזויף מתוכו הוא ואע"ג דלא איברו וכו' וכתב בעל מתיבות נהי דלא מגבי' ביה אבל משבעינן אפומא דחד וכו' דקשה אמאי הוי מזויף מתוכו נימא דאולי הפסול חתם מעצמו אלא ודאי שאני התם דכיון דליכא אלא תרי לכך קאמר דהוי מזויף מתוכו דודאי ישבו לחתום כדכתיבנא והתם ודאי ליכא אלא תרי מדכתב שם בשם בעל מתיבות דמשבעינן אפומא דחד זה נ"ל פשוט ומבואר והתימא על הריב"ש שכתב שם דהא דכתב בעל העיטור בשם הרי"ף איירי שידענו שחתמו יחד הקרוב והפסול דלמה ליה הא הא כיון דהתם לא איירי דליכא אלא ב' חתומים משמע בהדיא מלשון הרי"ף בפ"ק דמכות דאמרי' דלשם עדות נתכוונו כדהוכחתי לעיל ועוד דאם כדבריו דנודע דישבו לחתום היכי כתב בעל מתיבות דמשבעינן אפומא דחד דתלינן רווחא שבק כדכתב הוא בעצמו שם דזהו טעמו של בעל מתיבות הא כיון דדברי הרי"ף ע"כ איירי שנודע שישבו שלשתן להעיד וכתבו עדותן זה בפני זה כי היכי דלא יקש' אמאי דכתב בפ"ק דמכות דהכי כתב שם בהדיא דלפסול השטר בעינן שנדע א"כ היכי שייך טעמו של בעל מתיבות דילמא רווחא שבק וכו' הא ידעינן ששלשתן ישבו להעיד ודוחק לומר דבעל מתיבות לא איירי בגוונא דאיירי הרי"ף דהא מדכתב בעל העיטור וכתב בעל מתיבות וכו' משמע דעל מאי דקאמר הרי"ף קאמר אבל עם מה שפי' א"ש ודבריו צריכים לי עיון:

נמצינו למדים בנ"ד דאם שטר מחילה זו דחתום בה גיסו משמעון דהוא פסול לו דתרי בעל כאשתו אמרי' בראשון בראשון והם נשואין ב' אחיות שהם ראשון בראשון הוא חתום בסוף או באמצע להרא"ש ור"י ור"ת ושאר הפוסקים שהזכרתי השטר פסול ומצי היתומי' לומר קים לן כהני כי היכי דלא יוציא שמעון מהן הקרקע דקרקע בחזקת בעליה עומדת אעפ"י שהוא דר בו ואפילו שהוא חתום עם הכשרים בשיטה אחת השטר פסול לדעתם כמו שכתבתי למעלה בשם נמוקי יוסף אבל אם הוא חתום בראשונה והכשרים חתומים לבסוף בשיטה שתחתי' אז השטר כשר לכ"ע דלהרא"ש וסייעתו הרי האחרונים הם כשרים ולהרי"ף וסייעתו הרי לא ידעינן אם ישבו לחתום ומספקא לא פסלינן לשטרא ומ"מ מדברי הרמב"ם שכתב והרי אין העדים קיימים לשאול אותם משמע דאם קיימים שיילינן להו וכן הוכיח הרב ב"י מדבריו והיכא דלא מצינן לשאול לעדים או שאינם זוכרים אז ודאי השטר כשר:

א"כ בנ"ד אם הם קיימים שיילינן להו אם ישבו לחתום ואם ישבו השטר פסול ואי ליכא שום חד מהני גווני אלא דהוא חתום בראשונה ולא ידעינן אם ישב לחתום עם הכשרים אז ודאי השטר כשר ואפילו ישב לחתום עם הכשרים אם הכשרים זוכרים לעדות על ידי ראיית השטר כתב העור בסי' מ"ו דשפיר דמי שיעידו בפני ב"ד כדכתב שם בשם הרא"ש יע"ש. זה נ"ל בטענה השניה שטענו היתומות דבטענה הראשונה אף ע"ג דיש לחלק בין נ"ד לתשובות לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה אלא א"כ כתוב בשטר בידו וברשותו דאז אני סומך על החילוק ההוא כדכתיבנא מפני שיש לי סיוע אחר בלשון בידו וברשותו כדכתיבנא זה נראה לענ"ד:

נאם הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצא

ראה ראיתי את השאלה הבאה מאירודוס על דבר ה"ר גרשון פילוסוף שנתן לחתנו ר' אליעזר פיראדה עליה ומגאזין וכתוב שם שנתתי לו לר' אליעזר עליה פלונית וכן נתתי לו מגאזין פ' במתנה גמורה בזה התנאי שידור ה"ר אליעזר חתני עם בתי שרה וכו' ועוד כתוב שם אמנם העליה והמגאזין הנז' לא יוכל למוכרם ולא להשכירם לשום אדם בעולם אלא יהיו לו ולאשתו לדירה כשירצו אמנם למכור או להשכיר לא יהיה להם רשות כלל וכו' ושאל השואל אם עתה שמת ר"א אם תהיה המתנה לבתו מפני שכתוב שם שיהיו לו ולאשתו לדירה וגזר אומר הח' השלם כה"ר יוסף אלמאטורי נר"ו שאחרי מות ר"א פיראדה אין לאשתו כלום במתנה הנז'. ואני אומר שהדין כן הוא ולכאורה יש

להסתפק בדין זה ממאי דכתב הרב ב"י בסי' ר"ז וז"ל כתוב בתשובו' שבסוף ספר חזה התנופ' ראובן נתן לשמעון חדר בבית שידור בו אעפ"י שכתוב בשטר שישתמש שמעון ואשתו בחצר ובבור ובב"ה מעכשיו ועד עולם אם מת שמעון לא ירשו בניו זכותו אחריו מדהוצרך להזכיר בשטר שמעון ואשתו נר' שבא למעט בניהם אחריהם ע"כ נראה מלשון זה שהמתנה נתן לשמעון לבדו אלא שכתוב בשטר שישתמש שמעון ואשתו ומפני שכתב שישתמש שמעון ואשתו דקדק דודאי דאתא למעוטי בניהם אחריהם משום דחזר להזכיר שמוש שמעון ואשתו דנר' מותר שכיון שכתב שנתן הבית לשמעון למה חזר וכתב שישתמשו שמעון ואשתו אלא ודאי למעוטי בניהם אתא אי נמי משום דהזכיר שמוש אשתו דודאי כיון שנתן הבית לשמעון תשתמש אשתו עמו אלא ודאי למעוטי בניהם אתא. ויש להסתפק היכא דמת שמעון אם תשתמש אשתו לבדה דאפשר לומר דלא אתא למעוטי אלא בניהם אחריהם לבד אבל אשתו תשמש אחר מותו ומינה בנ"ד שכתוב בו שיהיו לדירה לו ולאשתו כשירצו כשמת ר' אליעזר תדור בו אשתו או אפשר דאין שמוש אשתו אלא עמו יחד ואם מת הוא לא תשתמש שם אשתו וזה נראה יותר לפי הפי' השני שפירשתי דדקדוק דברי התשובה הנז' הוא מדהזכיר אשתו דמשמע דאתא למעוטי בניהם אחריהם ואי אשתו תשתמש בו אחרי מותו לימא דהזכיר אשתו לומר דאחרי מותו תשתמש אשתו אלא ודאי משמע דפשיטא ליה דמאי דקאמר דתשתמש אשתו היינו בחיים חייתו עמו יחד אבל כשימות הוא לא תשתמש אשתו ומינה בנ"ד שכתוב שיהיו לו ולאשתו לדירה היינו אשתו עמו כשהוא חי אבל אם ימות הוא לא תדור אשתו לבדה ונמצאו דברי החכם השלם הפוסק קיימו וכן נראה אם עיקר כפי' זה אחרון שהזכרתי מלשון תשובה זו שהזכיר הטור בהלכות מתנה ומחילה בשם הרא"ש ז"ל וז"ל ששאלת ראובן נתן חדר ביתו לשמעון ולאשתו וכתב בשטר שישמשו שמעון ואשתו בחצר ובבור שבחצר עם שאר בני הבית מעכשיו ולעולם ונסתפקת בשביל שכתב מעכשיו ולעולם אם ירשו בניו זכותו אחר מותו דבר זה יכול להתברר בלשון השטר ולפי הנ"ל מדהזכיר אשת שמעון שבא למעוטי בניהם אחריהם עד כאן הרי שכתב דמדהזכיר אשת שמעון משמע דהוי מעוטא כפי' בתרא שהזכרתי:

אלא שק"ל טובא בלשון תשוב' זו דמשמע מלשון השאלה שנתן החדר לשמעון ולאשתו יחד וא"כ מאי האי דכתב הרא"ש דמדהזכיר אשתו שבא למעט בניהם אחריהם אי משום דבתחלת המתנה הזכיר שנתן לו ולאשתו נימא דהזכיר אשתו משו' שרוצה שיהיה הבית חציו של בעל וחציו של אשה והבעל אוכל פירות מהחצי ולכשתתאלמן או תתגרש הגוף שלה כדין נותן מתנה לא"א ואי משום דהזכיר אח"כ שישמשו שמעון ואשתו בחצר כיון

דהזכיר המתנה לשניהם וחזר והזכיר השמוש לשמעון הזכיר ג"כ השמוש לאשתו אפי' תתאלמן או תתגרש שתשתמש אשתו ובלשון התשו' דחזה התנופ' ניחא דלא הזכיר בתחלה שנתן מתנה לאשתו אלא לו לבד ולכך הוקשה לו דלמה הזכיר שתשתמש אשתו עמו דפשיטא דבחייו ישמשו אשה ובעלה אלא ודאי אתא למעוטי בניהם אחריהם ולכך נראה ודאי דלשון התשובה של חזה התנופה עיקר ולשון התשובה שהביא הטור צ"ע: וזכינו לדון בנ"ד דאשתו תדור עמו בחייו אבל אחרי מותו לא ועוד אני אומר דאפי' דנאמר בנדון דחזה התנופה דאם ימות הוא תשמש אשתו שם מ"מ בנ"ד לא אמרינן הכי מדהתחיל בלשון השטר בזה התנאי שידור ה"ר אליעזר חתני עם בתי שרה משמע דהתנאי הוא שידורו שניהם יחד ואין לומר מכח אומדנא דלבתו נתן דהיא העיקר ובסבת' נתן לבעלה דאין נראה כן מהלשון כלל אלא לבעלה נתן בתנאי שידור עם אשתו ולא נכניס במתנה מה שלא הוזכר בה כמ"ש יפה בזה הח' השלם הפוסק. ועוד דודאי בנדון דחזה התנופה כשאמר שישתמשו שמעון ואשתו ר"ל שניה' יחד דהא איכא פלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה גבי אביו ואמו קלל אי משמע שניהם יחד או כל א' בפני עצמו והרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג סימן ס"ח כתב בשם הרא"ש דאע"ג דקיי"ל כר' יונתן דמשמע כל א' בפני עצמו מ"מ בתנאים שאדם מתנה עם חברו אזלינן בתר לשון בני אדם דמשמע שניהם יחד וא"כ הרא"ש בנדון דידיה ודאי דאית ליה דלא משמע אלא שניהם יחד שישתמשו ומינה בנ"ד לא משמע אלא שידור ר' אליעזר ואשתו אבל אם ימות ר' אליעזר אין לה לאשתו כלל בבית ההיא כמו שכתב החכם השלם הפוסק הנלע"ד כתבתי: נאם הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצב

ראיתי המתנה שנתן ה"ר נתן צורי לבנו מרדכי צורי ואת אשר נגזר עליה מאת הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו ובהרמנותיה דמר אגיד הנלע"ד ואומר דודאי אין לפקפק משום דהיא אגב קרקע ומי יודע אם היה לו קרקע באותה שעה וכן נמי דלא סיים הארבע אמות ולפי דעת הרמב"ם פ"ג מה' זכיה ומתנה בעינן דיסיים אותם דכבר כתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ריש ה' קנין קרקע ח"מ סימן ר"א דכבר נהגו העולם שלא לחוש לכך וכן אפי' לא נודע לנו שיש לו קרקע אנו אומרים קרקע יש לו וכו' והטור בסימן קי"א כתב דאפילו אין אנו יודעים שיש לו קרקע כותבין וכן כתב הרא"ש שפשט המנהג שלא לדקדק אם יש לו קרקע וכל כיוצא בזה הולכין אחר המנהג וכן כתב הריב"ש בסי' שמ"ה יע"ש וכבר הוזכר כן בדברי הרב הנז' נר"ו:

אבל מ"ש דאין לפקפק בההיא דהרי"ף שכתב הטור בח"מ סי' ס' בשמו דבעינן לידע שבאותה שעה היו המעות ברשותו ואם לא הביא ראיה המקבל מתנה ע"כ אין מתנתו מתנה דהרי"ף כ"ע פליגי עליה תמוה אני על כך שהרמב"ם כתב בה' מכירה פ' כ"ב כדעת הרי"ף וכן הרשב"א כתב שם הרב ב"י שהסכים לדעת הרי"ף וכן הרמב"ן כתב שם הרב ב"י בשם הרשב"א שכתב כדברי הרי"ף והריטב"א בההיא תשובה דק' כשטנטיש כתב אבל כשלא נתברר האיך קנתה שהרי אינו נותן דבר שאינו ברשותו ועל מקבל מתנה להביא ראיה וכן השיב הרמ"ה והסכים עמו הרמב"ן כי אלו שנותנים וכו' משמע דאית ליה להרמב"ן דשום מתנה דמעות לא מהני אלא בלשון חיוב משום דצריך להביא ראיה דאותם המעות היו ברשותו: איברא דקשיא לי דבסי' קי"ב כתב הטור סברא ראשונה בנותן נכסיו מהיום ולאחר מיתה דהוא בחזקת מקבל מתנה ונאמר דהיו לו נכסים אלו בעת שנתן המתנה והיורש צריך להביא ראיה שלא היו לו בשעת המתנה אלו הנכסים וסברא זו היא סברת הרמב"ן שהשיב לבעל התרומות כמו שכתב שם הרב ב"י. וכיון שכן למה לא נאמר כאן ג"כ דאלו המעות היו בשעת המתנה ויהיו בחזקתו כמו התם ואולי דבנכסים אמרי' כאן נמצאו וכאן היו וכמ"ש הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סימן ר"כ דטעמן של גאונים כך הוא אבל גבי מעות לא נאמר כאן נמצאו וכאן היו דאדרבה מעות להוצאה נתנו ומסתמא אין אלו הראשונים דדרך המעות להוציא אלו ולהכניס אחרים תחתיהם. ואכתי איכא למידק דמתנת מעות להרמב"ן לא קני אעפ"י שכתב בה אחריות שכן כתב הא לאו הכי אעפ"י שכתב לה אחריות לא קנתה ואמאי הא באותו הסי' כתב הרב ב"י בשם בה"ת בשער מ"ג שהשיב לו הרמב"ן שהמוכר או הנותן בה שמתיר לקנות ושעבד נכסיו וקבל אחריות להעמידה בידו חייב להעמידה בידו וכו' וליכא למימר מתנה אין כאן שעבוד אין כאן וכו' וא"כ כיון דהרמב"ן עצמו אית ליה התם דאע"ג דמתנה לא מהניא אחריות מהניא הכא נמי נימא הכי אלא שנאמר דהתם הצריך באחריות שיכתוב דאקנה ומה שאמר הכא איירי שלא כתב דאקנה באחריות אי נמי דהתם הוי אחריות להעמידה בידו והוי מילתא באנפי נפשא שהוא חיוב אחר שמחייב ומשעבד עצמו להעמיד המתנה אבל הכא אין זה אחריות להעמיד המתנה בידו אלא שיגבה אותה המתנה אפי' מנכסים משועבדים וזה ודאי אינו כלו' דכיון דמתנה אין כאן שעבוד אין כאן דאיך יגבה אות' מנכסים משועבדים אם אינ' מתנ' מעיקר' ועדיין צ"ע:

מ"מ דעת הרמב"ן ודאי כדעת הרי"ף דבעינן שיביא ראיה שהיו לו אותם המעות באותה שעה גם מ"ש דהריטב"א חולק על הרי"ף לא חלק אלא כשהודה בלשון הודאה וכמו שהתחיל בתשובה שהביא הרב ב"י קודם זאת כיון שהודה ראובן שהיו המעות ברשותו

וכו' והיינו ודאי שהודה שהמעות הם בידו וכדכתב בסוף התשובה אבל אם לא אמר בפי' כן חיישינן דילמא לא היו בידו ומודה לרי"ף בהא וכן נרא' מההיא תשובה דק' בשטנטיש שהזכרתי הגם שדברי התשובה ההיא מגומגמים וצריכים ביאור שכתב שאין המתנה חלה אלא בדבר מיוחד בנותן דבר מסויים לגמרי כאומר בית בביתי וכו' דלכאורה נר' דהראיה היה בהפך דבית בביתי לא הוי דבר מסויים דמינה הקשו להרמב"ם פ"ג מה' זכיה שכתב דבעינן שיסיים הקרקע וכמו שמבואר שם בדברי ה"ה גם מינה בנכסי אינו מסויי' אלא שביאור דבריו ודאי דמ"ש כאן מסויים ר"ל שיסיים שהוא מנכסיו דאז מוכח שאותם המעות או אותם המטלטלים ברשותו אבל כשאמר מטלטלין סתם מי אמר לנו שהיו ברשותו באותה שעה ולא קרי כאן מסויים להההיא דקרי הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' זכיה אלא כוונתו כמו שכתבתי ומבואר בסוף לשונו ומ"מ אין ראיה שסובר נגד הרי"ף אדרבה מוכח מהך תשובה דדעתו כדעת הרי"ף לכן אין לקיים המתנה מהך טעמא דאע"ג דהראב"ד פליג עליה וכן הרא"ש באותה תשובה שהביא הרב ב"י שכתב אפי' לא היה לו המטבע באותה שעה הרי הודה שיש לו הגם כי אותה תשובה קשה עלה מההיא דכתב הרא"ש בריש פ' אעפ"י דאם אנו יודעים שאין לו נכסים אין מועיל טעם דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכאן כתב דאפי' לא היו לו באותה שעה אמרי' הודאת בע"ד וכו' יש לתרץ דמה שאמר בתשובה לא היה לו המטבע ר"ל שלא ראינו המטבע שהיה לו באותה שעה כלומר דלא יש עדים שראו המטבע בעת ההיא אבל לעולם דאם ידענו בודאי שלא היה לו באותה שעה לא מהני טעמא דהודאת בעל דין כמאה וכו'. א"כ למדנו דהרא"ש פליג על הרי"ף וכן הראב"ד ז"ל ומ"מ רבים מסייעים לו. אלא שיש לקיים המתנה בנדון דידן מטעמא אחריתא אליבא דכ"ע כיון שכתוב ממיטב נכסיו וכתב הרשב"א בתשובה הוזכר' שם בב"י דטעמא דהרי"ף הוי משום דאית ליה דדוקא קאמר אבל אם אמר מנכסי ודאי דאמרינן בשוה קאמר וכן כתב בהרבה תשובות הוזכרו כאן ובסימן רי"ג אמר על כן אני תמוה על הריב"ש בסימן שמ"ה שהיה כתוב באותה מתנה שתגבה מנכסיו ותפס במושלם דבעינן שימצאו המעות בעת ההיא ברשותו ואמאי הרי כיון שאמר מנכסי ודאי דשוה קאמר ואין צריך שימצאו המעות כדכתיבנא אם כן בנדון דידן דכתוב בצוואה ממיטב נכסיו ודאי דשוה קאמר ולכולי עלמא מהני:

אלא שעדיין נפל במתנה זאת שתי ספקות האחד דאפילו נאמר דשוה קאמר כיון דאמר מנכסי עדיין באנו למחלוקת שכתבתי לעיל גבי נותן נכסיו מהיום ולאחר מיתה דדעת הטור וסייעתו דלא אמרינן אלו הנכסים היו בשעת המתנה אלא הלכו להם ואלו הם אחרים והמתנה בטלה אם כן הכא נמי נימא דאע"ג דאמר שוה מנכסיו אולי אותם

הנכסים הלכו להם ואלו אחרים הם ואין זה שעבוד לומר שיחול על גוף האדם אלא מתנת נכסים וכיון דהנכסים הלכו להם בטלה המתנה: ספק שני אם ברוב הימים יבא לגבות מרדכי צורי נאמר לו אולי פרעך אביך וכי תימא שטרך בידי מאי בעי הרי כתב בתשובה הוזכרה בב"י סימן ס' דאם אין עדים שהיו ברשותו באותה שעה מצי למימר פרעתיך במגו דיכול לומר דלא היו המעות באותה שעה והביא ראיה מהמפקיד אצל חברו בשטר וכו'. א"כ בנ"ד נמי כיון שיכול לומר אלו הנכסים לא היו באותה שעה שנתתי לך המתנה יוכל לומר פרעתיך וכיון שהיה אביו נאמן בכך אינו יכול להפקיע ממון זה מרדכי לא מיורש ולא מב"ח ולא מכתובת אשה דטענינן להו מאי דמצי למטען אביו כ"ש למ"ש הריב"ש בסימן שמ"ה דנראה מדבריו דאפילו ידענו שהיו אותם המעות בשעת המתנה ויהיה עדים בכך מ"מ הוא כפקדון בידו והוא כפקדון בשטר דקיי"ל דנאמן לומר החזרתיו לך מגו דנאנסו וכיון דהם פקדון בידו היה יכול לומר נאנסו וטעמא דמסתבר הוא. וצריך לתת טעם להרי"ף למה כתב שאם היו עדים שבאותה שעה היו המעות בידו דאינו נאמן לומר החזרתי הא פקדון הוו ומתוך שיכול לומר נאנסו נאמן אלא שיש לתת טעם להרי"ף דסובר דאינו כפקדון בידו אלא שיכול להשתמש בהם ומתוך כך חייב באונסין דנעשה כשואל או לוה עליהם ואינו יכול לומר נאנסו ומ"מ בין כך ובין כך למדנו בנ"ד דאין עדים שהיו אלו הנכסים באותה שעה דאולי אחרים היו והלכו להם ואלו הם אחרים שקנה אח"כ ונאמן לומר פרעתי וא"כ מטעם אלו הב' ספקות היה ראוי לבטל מתנה זו כשיבא לגבות מרדכי צורי:

אלא שאני אומר שהיא מאושרת ומקויימת ממה שכתוב בה וכדי ליפות כחו וכו' חייב את עצמו בכל הסך הנז' ושעבוד וכו' ואפילו להרי"ף דסובר מתנה אין כאן שעבוד אין כאן בנ"ד מודה דזה ודאי הוי חיוב גמור שחייב עצמו ושעבוד ששעבד בקנין גמור והוי כשטר גמור שאינו יכול לומר פרעתי וגם אין לומר דדילמא לא היו הנכסים האלו באותה שעה דאין זה אלא שעבוד על גופו ועשה מהמתנה שעבוד וע"כ לא קאמר הריב"ש בסימן שמ"ה דאע"ג דאיכא קנין יכול לומר פרעתי דלא דמי להההיא דריש פרק הנושא דאמרינן דהיכא דקנו מידו גובה מנכסים משועבדים ואינו יכול לומר פרעתי דהתם הקנין הוא על השעבוד ששעבד עצמו אבל המתנה דנדון דהריב"ש לא הוי שעבוד ולכך הצריך שם שיהיה נאמנות במתנה כדי שלא יהיה נאמן לומר פרעתי אבל כאן עשה מהמתנה שעבוד וחיוב אגופו בלשון מבואר ופשוט וכמו שהיו עושים בעירו של הריב"ש ז"ל דהיו עושין חיוב אגופו בסוף השטר ובהא ודאי כל אפין שוין דהוי כשטר גמור והמתנה קיימת

והרוצה לעמוד על עיקרן של דברים יע"ש בהריב"ש ז"ל: הכלל העולה דמתנת רבי נתן צורי לבנו מרדכי היא מאושרת ומקויימת הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי: הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצג

תשובה עד שאתה שואלני אם יכול ראובן לתבוע המתנה מפני שעבר זמן רב שלא תבעה שאל ממני אם המתנה קיימת אם לאו דשהה ראובן מלתבוע מתנתו אינו כלום דכיון דשטר מתנה בידו ויש בו נאמנות שכן כתוב שם ונאמנות וכו' ודאי דבכל זמן יכול לתבוע ראובן מתנתו ולא מצינן למימר דילמא יהיב לה לאה בחייה מתנתה לראובן דכיון דהשטר בידו אמרינן ודאי דלא יהיב דכיון דכתבה שטר והאמינו לאו כל כמינה לומר פרעתי וה"ה ליורשים הבאים מכחה דלא מצי למימר הכי ואם נתעכב ראובן ולא תבע מתנתו לא בשביל זה הפסיד וכ"ש דיהיב טעם לדבריו דמפני מתנה של לאה שהיה לו יד במלכות היה מתפחד ממנו ולא תבע:

אך אמנה עיקר המתנה נראה דבטלה מכמה טעמי חדא שאם ישבע לי גיסי וכו' לעקור דירתו מעיר וכו' שאתן לאחותי היקרה וכו' מעתה ומעכשיו במתנה גמורה וכו' והפוסקים נחלקו היכא דקנו מידו לתת אי הוי קנין דברים או לא וכמו שכתב הטור בסימן קנ"ז בח"מ וז"ל וכתב הרמ"ה ומיהו דוקא דקנו מיניה דמחייב ליה ליתן וכו' אבל אם קנו מידו לתת הוי קנין דברים ואיכא מרבוותא וכו' משמע משם דהוי פלוגתא דרבוותא אם כשקנו ממנו לתת מהני וכן כתב הרשב"א ז"ל בסימן אלף ול"ג ורבינו ירוחם בנתיב ט"ו והוזכרו בב"י ח"מ סי' קצ"ה יע"ש. איברא דהרשב"א ז"ל סבירא ליה דקנין לתת מהני כדמשמע בתשובה שהזכיר שם הרב בית יוסף וז"ל כתוב בתשובות ששאלוהו על מי שיצא עליו שטר שכתוב בו אתן לך כך וכך וכו' והשיב דכל שקנו מידו אעפ"י שלא אמר בלשון חיוב וכו' וכן בההיא תשובה דאלף ול"ג משמע דנטה לדברי הגאונים ואע"ג דבסימן ר"ו כתב הרב ב"י שם כתב הרשב"א שאלת מי שקנו מידו בעדים שימכור ביתו לחברו וחברו קנה לו בקנין וכו' משו' לשון זה שאמרת איני מכירו ואין זה ענין לקניינים אלו וקנין דברים בעלמא וכו' דמשמע משם דקנין למכור הוי קנין דברים איכא למימ' דשאני ליה להרשב"א בין מי שקנו מידו למכור להיכא דקנו מידו לתת דקנין לתת קאי על הממון ולא משמע ליה קנין דברים אבל למכור משמע דהוי קנין דברים. מ"מ למדנו דהוי פלוגתא דרבוותא וכיון שכן בשטר שכתוב בו קנו ממנו וכו' שאתן הוי פלוגתא דרבוותא אי מהני או לאו וכיון שכן היורשים הם המוחזקים ומצי למימר קים

לי כמ"ד דלא מהני ועל המקבל מתנה להביא ראיה ואע"ג דכתוב בשטר מעכשיו מ"מ לא מהני דהא הרשב"א בההיא תשובה שהזכרתי כתוב דעובדא דההוא גברא דאמר לחבריה אי מזבננה וכו' התם בשקנה בההיא ארעא מהשתא והחזיק בה וכו' משמע דאע"ג דאמר מעכשיו בעינן שתהא הקרקע ביד הלוקח וא"כ כיון דכאן אין המתנה ביד המקבל מתנה ודאי דלא מהני אע"ג דאמר מעכשיו הא חדא ריעותא: שנית שכתוב שם שליש נדונייתי וכתובתי הן ממעות הן מכסף וזהב הן מנכסים מתנה גמורה וכבר נודע דהמעות אינם נקנות בקנין סודר דמטבע אינו נקנה בחליפין והוא הקנה המעות עם הדברים אחרים בקנין. ובזה באנו למחלוקת שכתב המרדכי בפרק מי שמת מעשה בא' שהקנה לחברו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת א' ונחלקו חכמי הדור בדבר י"א דדמי לקני את וחמור דפרק מי שמת וכי היכי דלא קני המעות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקע לא קנה וי"א קנה הכל וכו' וכתב רבינו שמחה אע"ג דמעות לא קנה קרקע ומטלטלין קנה ע"כ. א"כ בנ"ד לסברא קמייתא שכתב המרדכי כיון דלא קנה המעות לא קנה הדברים האחרי' וכיון שכן מצו היורשים המוחזקים לומר קים לן כי ההיא סברא ולא קנה מקבל המתנה:

שלישית דהמטלטלים והמעות שנתן לה מי יאמר שהם מה שנמצאים בעת הזאת בעין כשבא לגבות המתנה דילמא אותם המטלטלים אזלי להו והני אחריני נינהו גם בזה באנו למחלוקת שכתב הטור בסי' קי"ב בח"מ וז"ל וכן הורו הגאונים בנותן נכסיו ולא נודעו לו הנכסים שהיו לו באותה שעה ופסקו שאם לא נודע שקנה נכסים אח"כ שהכל בחזקת מקבל המתנה וי"א וכו' וכן בנותן נכסיו מעכשיו ולאחר מיתה היורש ודאי מוחזק והמקבל מתנה ספק והרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י סי' ר"נ כתב אמרו משמן של גאונים כי נותן סתם מטלטלים לאחר מיתה וכו' ואמרו שעל היורשים להביא ראיה דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו והיא כסברא קמייתא שכתב הטור בסי' קי"ב. איברא דהרב ב"י כתב שם תשובה אחרת להרשב"א שנראה סותרת לזו שכתב שם שאלת ראובן שהוא חולה ומתייירא וכו' וכתב שם איני יודע לו דרך שיוכל לזכותם להם במתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה וכו' משמע דלית ליה כאן נמצאו וכאן היו מיהו הא לאו מילתא דלעולם על הסתם אית ליה להרשב"א ז"ל דנאמר כאן נמצאו וכאן היו אלא מ"ש שמא מה שיש לו היום כלומר שעא יבררו היורשים בראיה שאלו הנכסים הם אחרים ומה שנתן אינם בעין וכיון שהם מבוררים בראיה אינו מועיל מה שנותן במתנה כיון דלא היו באותה שעה וא"כ נמצאו דברי הרשב"א כסברא קמייתא שכתב הטור מ"מ הוי פלוגתא דרבוותא וכיון שכן יוכלו

היורשים המוחזקים לומר קים לן כמ"ד דעל המקבל מתנה להביא שאותם הנכסים אשר הם עתה היו בשעת המתנה: רביעית דהרמב"ם ז"ל כתב בפ"ג מהלכות זכיה ומתנה כשם שמוכר צריך לקיים הממכר כמו שביארנו כך הנותן כיצד הכותב לחברו קרקע מנכסי נתונה לך וכו' הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום וכו' והיא סברת רבו ן' מיגאש ז"ל כמו שכתב ה"ה וכיון שכן בנ"ד שאמרה שליש מהמטלטלים שלה ולא סיים מה המטלטלים שנתן לו הוי כקרקע מנכסי נתונה דלא מהני לדעת הרמב"ם ורבו ן' מיגאש ז"ל ומצי היורשים המוחזקים לומר קים לן כוותייהו וכי תימא הרי נתפשט בהא המנהג דלא כהרמב"ם ורבו ז"ל דאנן כתבינן בשטרות אגב ד' אמות קרקע סתם ולדברי הרמב"ם ורבו ז"ל בעינן שיסיים הקרקע וכמו שכתב שם ה"ה וכן הריב"ש בסי' שמ"ה י"ל דמ"מ אין זה הכרח לשנאמר דהיכא שנתן דבר שאינו מסויים והוא בידו שעדיין לא נתנו כנ"ד דמפקינן מיניה דאין המנהג בזה אלא שנהנו לקנות באגב ד' אמות קרקע סתם אע"פ דמן הדין אינו מועיל מטעם מנהג סוחרים דלא גרע מסיתומתא דקניא וכמו שכתב שם הריב"ש ז"ל לתת טעם למקום שדנין מפי הרמב"ם ז"ל מכח הסכמתם דקני מטעם מנהג סוחרים יע"ש:

א"כ למדנו מכל אלו ד' צדדים דמתנה זו בטלה אלא דיש ללמד זכות עליה מהאי דכתב הרב הגדול מורי ורבי ז"ל בפסקיו ח"ב סי' פ"א כתב גבי שטר שעשוי בענין דאית ביה אסמכתא כתב שם וז"ל עוד טעם ג' וגדול הוא שהרי כתוב בתחלת השטר הוו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' וכתב הריטב"א ז"ל בתשובה הביאה ב"י בח"מ סי' ע"א ח"ל דבר התלוי בתנאי כל שלא פירש אינו מחויב וכו' עד וכן כתב רב האי ז"ל בתשו' האי מאן דמקבל עליה למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי דכיון דכתיב ביה אחריות וכו' ומזה למד שם הרב מורי ז"ל בנדון דידיה דאיכא אסמכתא דכיון דהיה יכול לסלקה על דרך שכתב הרמב"ם ז"ל פי"ז מהלכות מכירה אף ע"פ שהסופר לא עשה הדבר כדין לא מפני כן אבד זכותו שהרי כתוב שם כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו'. ובנ"ד נמי השני צדדים הראשונים היה יכול הסופר לתקן אותם דלמחלוקת הראשון היה יכול לכתוב בלשון חיוב שמחייבת עצמה ליתן והצד השני היה יכול לעשות קנין לחודיה למטלטלים ולנכסים ולמעות קנין אגב קרקע אך אמנה צדדים האחרונים לא היה יכול הסופר לתקן ועוד אנו יכולים לבטלה מטעם אסמכתא דאמרה שאם ישבע לי גיסי וכו' וכל דאי לא קני ואין צורך שכבר הארכנו בביטול המתנה באופן שהיא בטלה הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצד

שאלה ראובן שיצא ערב לתוגר אחד בעד שמעון חתנו בשביל סך גדול וכשהגיע זמן הפרעון הסתירו שמעון וראובן פניהם והתוגר הלך ושח המאורע ללוי וחלה פניו שיודיע לו העת והשעה שראובן יושב בביתו אולי יוכל לגבות ממנו חובו או ימסור ראובן חתנו בידו או יגלה לו מקומו איו ולוי בשמעו את דברי התוגר והבין מתוך דבריו שהיה מטיח דברים נגד אמונתנו לאמר כי עוד אין תורה ואין אמונה בישראל ומצורף לזה ג"כ ראה ראה כי מהסתרת פניהם נמשך נזק גדול ללאה אשת יהודה עבר עליו רוח קנאה והלך והודיע העת והשעה שהיה ראובן יושב בביתו אל התוגר וע"פ דבורו הלך התוגר לבית ראובן פתע פתאום אך לא מצאו שם כי תיכף נודע הדבר אל ראובן וברח מביתו ובא בהחבא. וכראות התוגר כן שברח ראובן ולא עלה דבר בידו הלך לפני ערכאותיהם והודיע הדבר לפניהם וצוה השופט לסגור ולחתום את בית ראובן באין יוצא ואין בא באופן שהוצרך ישששכר אחיו של ראובן להוציא ממון לפתוח את בית אחיו ולהושיעו מיד התוגר. האמת כי אין בזה עדות ברורה רק עד אחד שאומר כדברי ישששכר שעל ידו הוציא כך וכך מעות להצלת בית אחיו מיד התוגר ועתה עמד ישששכר לדעת מי הוא זה ואיזהו אשר מלאו לבו לגלות אל התוגר העת והשעה שהיה ראובן אחיו יושב בביתו עד כי גרם לו לעשות הפזור הנז' להושיע את בית אחיו וחקר ודרש ולא מצא כי אם נער קטן שהגיד לו איך לוי שלחו אל בית ראובן לראות אם היה יושב בביתו באותה שעה ושהוא השיב לו כי באותה שעה היה ראובן יושב בביתו ומתוך הדברים האלה שפט ישששכר כי לוי הוא שהלך ג"כ להודיע הדבר אל התוגר הגס כי הנער אינו אומר מזה כלום. סוף דבר נתגלגלו הדברים ובאו לפני ב"ד ושם הכחיש לוי את הנער ואמר כי מעולם לא שלחו ולא הודיע דבר אל התוגר עד למחרתו שחזר בו לוי והרהר תשובה בלבו ובא לפני ב"ד והודה ואמר כי אמת היה הדבר שעשה כן ששלח אל הנער וגם הודיע הדבר אל התוגר אך לשם שמים נתכוון כי ראה כי התוגר היה מטיח דברים כלפי אמונתנו ובפרט כי מהסתרת פניו נמשך נזק גדול לקרובתו ולבעלה הנז' כנודע ולכן חשב שלא היה בזה אסור האמנם אם נראה לב"ד שיש אסור בדבר מעתה ומעכשיו הוא שואל מחילה וסליחה וכפרה מהשי"ת ומתורתו ומראובן הנז' וגזרו עליו ב"ד שכשם ששאל בפניהם מחילה כך ילך וישאל בתוך השני קהלות קדושות בשעת התפלה בפני כל העם ולוי סבר וקבל ועשה בסבר פנים יפות וגם קבל עליו להתענות ולתת צדקה כפי יכלתו ואמר כי מעולם לא עלה בדעתו שהיה אסור בדבר ושאם היה יודע כן מעול' לא היה מטפל עצמו בזה שום צד בעולם. ומעתה נסתפק השואל תחלה אם יש ללוי הזה דין מסור ליפסל לעדות ולשבועה

כדין כל מסור דעלמא או לא. ואת"ל דפשיטא דאין לו דין מסור מכמה טעמי חדא דליכא עדי מסירה כלל כי אם ע"י הודאת פיו דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא כל שכן קטן דאע"ג דהמרדכי בב"ק כתב דבעדות מסור הקלו היינו בעדות הנזק שגרם המסור אבל בעדות המסירה עצמה ודאי בעינן עדות גמורה להחזיקו בחזקת מסור ואי ליכא אלא עד א' נאמן להכחישו בשבוע' וכמ"ש המרדכי שם. ומה גם כי הקטן אינו אומר כלום כי אם שהוא שלחו לדעת אם היה יושב ראובן בביתו אבל מענין הודעתו אח"כ אל התוגר מזה לא אמר כלום וכיון שכן אין כאן כי אם הודאת פיו ואין אדם נאמן דאין אדם משים עצמו רשע. ועוד שלוי היה מורה היתר לעצמו בזה ומעולם לא היה דעתו למסור כי אם להושיע מתוך זה את נכסי קרובתו הנז' ומה גם שהיה מכוון לשמים בראותו התוגר מטיח דברים כנז"ל וכיון דאיכא חילול ה' נראה דמותר אפי' לכתחלה ודומה לזה כתב הטור ח"מ סימן כ"ח גבי ישראל היודע עדות לגוי שאם הגוי יחדו להיות עד איכא חילול ה' אם לא יעיד ע"כ. ועוד שראובן לפי האמת היה משועבד ומחויב אל התוגר וכיון שכן שהתוגר עמד על ראובן בדין אין כאן דין מסור מידי דהוה איודע עדות לגוי נגד ישראל דאפי' העיד הישראל מעצמו בלא יחוד בפני ערכאותיהם נגד ישראל חברו ואפי' באתרא דמפקי ממונא אפומא דחד אפי' הכי אין שם דין מסור לענין פסול ולענין תשלומין רק לענין שמתא בלבד כיון שלפי האמת חייב הישראל לגוי. ואת"ל דאין לזה ודאי דין מסור וכדאמרן אכתי איכא לספוקי לענין ההוצאות אשר הוציא ישששכר בעד ראובן אחיו אם חייב לוי לשלם או לא דלכאורה נראה דאינו חייב בהן מטעמים חדא דאין כאן עדות ברורה כמה הוציא ושלא היה אפשר להפטר בלאו הכי ולוי עצמו ג"כ אינו יודע אם הוציא הוצאות וכמה הוציא וכ"ת מזה הטעם אין לפטור ללוי דאע"ג דאיבעיא לן אי עבדינן תקנת נגזל במסור וקאי בתיקו ואיכא מרבוותא דאמרי דתיקו זה כשאר תיקו דממונא דקולא לנתבע וחומרא לתובע ולא אמרי' ישבע נמסר ויטול מ"מ היכא דאיכא עדות כל דהוא ישבע נמסר כמה הוציא ויטול וכמ"ש המרדכי ז"ל בב"ק יע"ש והכא נמי כיון דאיכא עד אחד ישבע ישששכר כמה הוציא ויטול איכא למימר דלאו מילתא היא דהא המרדכי גופיה קא יהיב טעמא למילתיה משום דבעדות מסור הקלו מפני תקון העולם ומשום מגדר מילתא דמשמע דוקא היכא דודאי הוי מסור ובעדות גמורה אז אמרי' הכי אבל היכא דלא הוי מסור כי הכא בנ"ד שאין לו דין מסור וכדמוכחינן לא מקלינן בעדותו. ועוד טעם אחר דאפשר דראובן עצמו אינו חייב לפרוע דמי ההוצא' שעשה ישששכר אחיו להצלת ביתו מידי דהוה אפורע חובו של חבירו דאינו חייב לשלם וכיון שכן גם לוי אפשר דאינו חייב לשלם לישששכר מה שהוציא. ועוד דהוי זה כמי

שיודע עדות לגוי נגד ישראל שאם אמת היה שהישראל חייב לגוי שאין עד המעיד חייב לשלם ואפי' באתרא דמפקי ממונא אפומא דחד אלא שמותי הוא דמשמתינן ליה והכא נמי שמותי משמתינן ליה שלומי לא משתלם ושמא הכא בנ"ד כיון דליכא עדי מסירה כי אם על ידי הודאת פיו כי היכי דאינו נפסל על פי עצמו משום דאין אדם משים עצמו רשע כמו כן לא משמתינן ליה על פי עצמו מהאי טעמא גופא. ועוד דהא דמשמתינן ליה גבי יודע עדות לגוי טעמא דמילתא הוי משום דלא ברירא לן אם הישראל חייב לגוי או לא אבל אי ברירא לן דחייב ודאי דלא משמתי' ליה וכמ"ש המרדכי בב"ק ובנ"ד נמי כיון דברירא לן דחייב לאו בר שמתא הוא. ומה גם אחרי שכבר הודה על חטאתו ושאל מחילה ברבי' כמדובר. ואת"ל דשלומי לא משלם אכתי איכא לספוקי אם הוציאו ממנו ממון אם חייבים להחזיר כיון שהוציאוהו שלא כדין. על כל פרטי צדי וטצדקי השאלה יניף ידו הפלא' מורנו מורה צדק המורה לצדקה ולנו לחן ולחסד ולו תחשב לצדקה:

תשובה מה שהודה לוי איך מסר לראובן לתוגר בעל חובו נראה לי דמסירה גמורה היא לחייבו כל מה שהוצרך ראובן או אחר בשבילו להציל מן המסירה ההיא אע"פ שלענין פסול לוי לפוסלו לעדות משום מוסר ודאי שאין לפסלו דאין אדם נפסל לעדות על פיו כדמוכח בפ"ק דסנהדרין גבי פ' רבעני לאונסו וכתבו הטור בח"מ סימן ל"ד מ"מ לענין תשלומין ודאי דהודאתו מהני לענין ממון לחייבו בתשלומין ואין מקום להתנצלותו שמתנצל דהיה סבור דמצוה קא עביד מפני שהגוי היה מטיח דברים נגד אמונתנו לאמר כי אין עוד תורה ואמונה בישראל וגם כי מהסתרת פניו נמשך נזק גדול לשנייתו ואין בדבריו טעם:

איברא דאמרי' בפרק זה בורר גבי עובדא דהנהו קבוראי דרב הונא בריה דרב יהושע אכשרינהו משום דסברי דעבדי מצוה בקבור' המת בי"ט ופסק הרא"ש כרב הונא דאכשרינהו וכמו שכתב הטור בסי' ל"ד קוברי המת בי"ט ראשון פסולים לרב אלפס וא"א הרא"ש ז"ל הכשיר אפילו נדו אותם על ככה ושנו באולתם ע"כ. ואיכא למידק בדבריו דמשמע דלרב אלפס פסולים בכל גוונא אפי' לא נדו אותם על ככה ושנו באולתם מדלא כתב כן אלא בדברי הרא"ש ולא כתב כן בדברי הרי"ף דדוקא בכי האי גוונא אית ליה דפסולים אלא כתב פסולים סתמא ומדברי הרי"ף לא משמע הכי דאף אם נפרש גירסתו כמו שפירש הרא"ש דמדקאמר סבר רב הונא משמע דלית הלכתא הכי הא לא דחי ליה רב פפא אלא משום דקא משמתינן להו הא לאו הכי הוה מודה ליה לרב הונא ומנא לן לאפושי במחלוקות כולי האי דרב פפא אית ליה דאפילו לא נדו אותם פסולים. ואגב גררא אמינא דקשיא לי בדברי רש"י דפירש בגמרא דהך עובדא דקבוראי דמשום

שכר ממון עוברים על דת והוו כרשע דחמס דלמה פירש כן דאין זה אלא לרבא ואנן קים לן כאביי דלא בעינן רשע דחמס מ"מ למדנו מדבריו דלהרא"ש כשרים אין צריך לומר לדברי הרב ב"י דמפרש גירסת הרי"ף דפסקינן כרב הונא ואין מחלוקת בינו להרא"ש ז"ל וכן נראה מדברי הריב"ש ז"ל סי' י"א שהביא גירסת הרי"ף וכתב ונראה דקי"ל כרב הונא בריה דרב יהושע דהא שתיק ליה רב פפא משמע דמפרש גירסת הרי"ף כמהרי"ק וא"כ למדנו מכל זה דהיכא דסברי מצוה עבדינן כשרים מ"מ אפי' נאמר דדמי נ"ד להיא דהנהו קבוראי מה שיש לבעל דין לחלוק על כך דאע"פ דאין רוב העולם טועים בההוא דקבוראי כמ"ש הריב"ש בסי' שי"א מ"מ טעו טפי בההיא מהא דנ"ד עכ"ז לא אמרו כן בגמרא אלא שלא לפוסלו לעדות משום הא כיון דיש מקום להתלות אבל לפוטרו במה שהפסיד לחבירו בשביל המסירה ודאי דאין מספיק טעם זה וכן בסוף קמא כתב המרדכי על ר' אפרים שקבל בערכאות שלהם על ר' יואל להכריחו שיקבל עליו דין יהודית ולא הלך תחלה אל דייני ישראל ר' אפרים מוסר בשביל כך וכמו שהאריך שם וכל מה שהפסיד ר' אפרים לר' יואל בשביל כך יפרע לו אע"פ שהיה יכול להציל עצמו ולומר שלהכריחו לקבל דין יהודית עשה ואע"ג דלא הלך תחלה אל דייני ישראל מ"מ כד מעיינת ביה עדיף או לפחות שקול ההוא התנצלות כהתנצלות דנ"ד דודאי גרוע הוא ולא דמי להיכא דיחדו הגוי להיות עד דאיכא חלול ה' אם לא יעיד כדכתב הטור סי' כ"ח ודמהו השואל לזה דשאני התם דנמצא זה מחלל את ה' אם לא יעיד שיחדו לעד מה שאין בנ"ד דאין זה מחלל את ה' אם לא יגיד לתוגר וא"כ אין לפטור ללוי מהך טעמא אלא שלא נפסלנו לעדות ואע"ג דהודה מפי עצמו ובלאו הכי אינו פסול לעדות משום דאין אדם נפסל לעדות על פיו כדכתיבנא מ"מ אהני ליה הך טעמא לעשותו עד לכתחלה משא"כ בנפסל לעדות ע"פ עצמו דאין עושין אותו עד לכתחלה כדכתב הרמב"ם ז"ל פרק ב' מהלכות טוען אבל לענין הממון לפרוע מה שהפסיד בעד המסירה ודאי לא מהני האי טעמא ואע"ג דראובן היה חייב לתוגר בדין אין לדמות זה להיכא שיודע עדות לגוי והעיד הישראל מעצמו בלא יחוד בפני ערכאותיהם דאפילו באתרא דמפקי ממונא אפומא דחד אין חייב העד בתשלומין כמו שדמה השואל דהתם טעמא הוא כדכתב המרדכי פרק הגוזל קמא וז"ל ולא משלם אפילו לר' מאיר משום דלא חסריה מידי דה"מ למימר אמת העידותי כי הייתי יודע בודאי שהיית [חייב לו ולישנא דרבא משמע נמי הכי מדקאמר האי בר ישראל דידע סהדותא דנוי משמע ברי לי דידע אע"פ שזה אומר לא הייתי חייב לגוי אין לחייבו בכך דהממע"ה והלה אומר לא חסרתיך וכו' ע"כ. אבל בנ"ד שהפסידו בעד המסירה שחתמו ביתו של ראובן והוצרך לפזר לפתוח ביתו לא מצי למימר ליה

מאי חסרתיך דטובא חסריה בעד מסירתו תדע לך דבעובדא דר' אפרים שקבל על ד' יואל שהבאתי למעלה אע"פ שקבל עליו בדין על מה שחייב לו חשוב לר' אפרים מוסר וחייב לשלם מה שהפסיד לרבי יואל ה"ה וכ"ש בנ"ד שחייב לוי לשלם מה שהפסיד לראובן בעד מסירתו דחסריה טובא ועובר ומתעבר על ריב לא לו ולא עצי למימר ליה מאי חסרתיך כדכתיבנא:

וגם אין מקום לפטור ללוי מפני מה שבא בשאלה שישכר הוא שפזר להציל ממון ראובן מן הערכאות ואפילו ראובן עצמו אינו חייב לפרוע לישכר מידי דהוה אפורע חובו של חבירו דלא דעי הא לפורע חובו של חבירו וכמ"ש הרב ב"י בסי' קכ"ח בשם מצאתי כתוב דהיכא דהגוי בא עליו בגזלנותא וזה הצילו אין לומר בזה פורע חובו של חבירו דבעל חוב גוי אינו מתפייס אלא ברצוי כסף ואוהבים איך רגילין לפרוע אלא ב"ח דוחק ולא גזלן דוחק וכן מהרי"ק ז"ל בשרש קנ"ה כתב דמוציא הוצאות להוציא ממון חבירו מיד גוי המחזיק בו שלא כדין מתחייב בעל הממון לפרוע לו וא"כ בנ"ד דהוי כי האי גוונא שחתמו ביתו והוציאו משם כל בני ביתו הוי כי גזלן גוי הבא עליו ואם הוציאו יששכר מעל ראובן חייב ראובן לפרוע לו ההוצאות ואע"פ שהשואל רצה לפוטרו מטעם זה אין נראה לי טעם ברור לפוטרו אבל מה שפוטר ללוי הוא מפני שליששכר אין לו ב' עדים על הוצאותיו אלא עד א' ואע"ג דהמרדכי בסוף שור שנגח את הפרה כתב ומ"מ בעדות כל דהוא מנדינן משום דבעדות מסור הקלו אין פירושו כדברי השואל דבעדות כל דהו ר"ל אפילו בעדות עד א' דאלו דברי הר"ם הם והמרדכי כתב בשם הר"ם ז"ל עצמו בפרק הגוזל בתרא נראה לי דלא יטול ראובן בלא שבועה אלא ע"פ עדות ברורה או על פי עד א' כנסכא דרבי אבא והמעיין באותה תשובה ילמוד משם בהדיא דבעינן תרי עדים שיעידו שנתפשר עם הגוי בכך אלא מפני שאעפ"כ אין עדות זה ברור כ"כ שהגוי דבר שוא או דילמא עשה קנוניא עם הגוי לכך הצריכו שבועה וז"א בעדות כל דהו כלו' אע"פ שאין עדות זה ברור מגבינן ביה בשבועה ומ"ש בפ' הגוזל ובפ' שור שנגח הכל דבר א' אבל לעולם דבעי תרי עדים וכמ"ש בפ' הגוזל בתרא ואם ראובן נתפשר עם הגוי וסלקו ולא העמיד עליו עדים איהו דאפסיד אנפשיה דהיה לו להתפשר בפני עדים ולומר בפניהם וכו' וכתב ג"כ שם שדין זה הוי גבי מסור מוכח משם דבעינן שני עדים וכיון דבנ"ד ליכא אלא עד א' על ההוצאה אין לחייב ללוי אבל מה שפרע לוי לראובן ההוצאה נראה לומר דכיון דפרע כבר אין מוציאין מידו דאבעיא לן אם עשו תקנת נגזל במסור או לא וסלקא בתיקו וכתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מידו אע"ג דהרא"ש ז"ל לא כתב כן מ"מ כיון דהוא מוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל אלא דבנ"ד י"ל דמוציאין מידו

מפני שאם עשו תקנת נגזל במסור היינו שישבע הנמסר כמה הוציא ויטול אבל בנ"ד שא"א לו לנמסר לישבע שהרי הוא לא הוציא אלא ישששכר הוציא והוא אינו יודע א"כ אין יכול ליטול דאי אמרת ישבע ישששכר לא זו היא התקנה אלא שהנמסר עצמו ישבע כמו הנגזל וכיון דא"א לו לישבע מוציאין מידו וכ"ת הרי יש לו עד אחד שכך הוציא וקי"ל כשם שעד אחד מחייבו שבועה כך עד א' פוטרו מן השבועה וכדכתב הטור בסי' פ"ד י"ל דלא אמרו כן אלא כשהשבועה באה לפוטרו אבל שבועה זו ליטול היא דמן הדין לא היה לו ליטול אפילו בשבועה אלא דרבנן תקנו מפני תקנת הנמסר שישבע ויטול ובהא ודאי לא אמרי' דעד א' פוטרו מן השבועה דאין זה פוטרו אלא אתה אומר שיטול ממון על פי עד אחד זה היה נראה לכאורה. אבל זה א"א דהרי כתבו תשובות מיימון דספר משפטים סי' ס"א דה"ה למי שדינו לישבע וליטול אם יש עד א' שמסייעו יטול בלא שבועה ע"כ וא"כ אפילו שנוטל בנ"ד מכל מקום העד פוטרו אלא שי"ל דלא כתבו כן אלא כשהתובע טוען טענת ברי והעד מסייעו אבל בנ"ד הנמסר תובע טענת שמא דהוא אינו יודע כמה הוציא וא"כ אף ע"פ שהעד מסייעו אינו פוטרו וכ"ת הרי כתב הטור בסי' ע"ה בשם הרי"ף ז"ל וסייעתו דהיכא דטוען טענת חפץ על פי העד דמחייבו שבועה וכי היכא דמחייבו שבועה גם עד א' מסייע לתובע אפילו בשמא פוטרו ואע"ג דאיכא מרבוותא דחולקים על זה מ"מ יכול זה המוחזק לומר קים לי כהרי"ף ז"ל וסייעתו לזה אני אומר דהא דעד א' פוטרו מן השבועה היא פלוגתא דרבוותא ולדעתי יש בזה ג' סברות הא' דפוטרו משבועת התורה ומשבועת היסת כגון אם הודה בנ' והביא עד א' שמסייעו הוא פטור אפילו מהיסת והיא סברת הטור בסוף סי' פ"ד. השנית דמשבועת התורה או שבועת המשנה פוטרו אבל מ"מ שבועת היסת חייב והיא סברת בעל התרומות בשער נ"א וז"ל ולדידן מסתברא לן שלא יפטר מהיסת אפילו שעד מסייעו דתקנתא דרב נחמן בכל דבר נתקנה דחזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עדיפא ליה והאי דבבא מציעא לא קשיא ליה דלא פטרוהו אלא משבועת המשנה אך מהיסת לא יפטר ע"כ והביא לזה סיוע מהרמב"ם ז"ל ורב מתתיא שכתב הטור גבי עד א' אומר תנאי ועד א' אומר לא היה תנאי דפטור משבועת התורה חייב היסת הוא כדעת זה. עוד אפשר דאפילו הטור מודה לרב מתתיא וע"כ לא קאמר רב מתתיא דחייב היסת אלא היכא דאיכא תרי דמכחשי אהדדי דאוקי חד לבהדי חד והוי כאלו אין כאן עד כלל אבל כשהעד א' מסייעו לנתבע ואין עד מכחישו אז פטור אפילו מהיסת ובהכי א"ש דבסימן כ"ט ובסימן מ"ו מייתי דברי רב מתתיא בסתמא כאלו אינו חולק עליהם וכן בסימן פ"ב כתב כן סתם ודלא כרב בית יוסף ז"ל שכתב בסימן כ"ט דהטור חולק על רב מתתיא וסובר דפטור אפילו מהיסת.

והג' הוא דעת הרמ"ה שכתב הטור בסימן מ"ז גבי עד א' אומר תנאי ועד א' אומר לא היה תנאי דאין המסייעו פוטרו כלל אלא נשבע שבועה דאורייתא כנ"ל וראיתי להרב בית יוסף בסימן מ"ו וסימן פ"ד וסימן ע"ה שכתב דרב מתתיא חולק על בעל התרומות ודבריו תמוהים בעיני שהרב בעל התרומות עצמו כתב בסתמא כדברי רב מתתיא בשער נ"א שכתב שם דכיון שהעדים מכחישים וכו' לא אלימא ההיא סהדותא לחייב עלה שבועת עד א' וכמו שהעתיק לשונו שם הרב בית יוסף ודברים אלו ראיתים שכתב בעל התרומות בסתם ואח"כ הביא דברי רב מתתיא ועל פי דרכו כתב ג"כ בסימן ע"ה שהרב בעל התרומות חולק על ההיא דכתב הטור ז"ל בסימן ע"ה דאם מודה בנ' ויש עד א' שמעיד כדבריו פוטרו מן השבועה וגם זה תימא דא"כ למה נטר עד סימן פ"ד להביא דברי בעל התרומות בסימן פ"ד ולא הביאם בסימן ע"ה. לכך נראה לי כמו שכתבתי דרב מתתיא ובעל התרומות לא פליגי אהדדי ובעל התרומות מודה בההיא דסימן ע"ה דמודה בנ' דפטור משבועת התורה ואין דעתו כדעת הרמ"ה כמ"ש הרב ב"י בסי' פ"ד דהרמ"ה סבור דאפילו משבועת התורה אינו פוטרו ובעל התרומות סובר דפוטרו משבועת התורה ולא מהיסת וג' מחלוקות בדבר כדכתיבנא: ואחרי כתבי את כל זה אני אומר דכיון דבעד א' המסייעו אי פוטרו מן השבועה איכא כל הני פלוגתי דכתיבנא יש לנו לקרב הסברות כל מה שאפשר ואפושי במחלוק' לא מפשינן הרי לנו שנאמר דמ"ד דעד א' פוטרו מן השבועה הוא כשהנתבע טוען ברי אבל שנאמר שאפילו טוען שמא פוטרו הפך מן הקצה אל הקצה דמ"ד דאפי' דהנתבע טוען ברי אינו פוטרו כל כי הא ודאי לא אמרי' אע"ג דבעד אחד המחייבו שבועה איכא מ"ד דאפילו בטוען התובע שמא על פי עד א' מחייבו מ"מ בהא דפוטרו מן השבועה כל אפין שוין דאין עד א' פוטרו אלא א"כ טוען ברי ומה גם דהוי ליטול כנ"ד וא"כ בנ"ד שאינו טוען ברי הנמסר אין העד המסייעו פוטרו ליטול אלא שיש להשיב לזה דאין זה ליטול ממש דאע"ג דנוטל מן התקנה מכל מקום כבר הוא תפוס ומוחזק בידו ולא מפקינן מיניה:

איברא דיש קצת טעם לזכות ללוי מפני שאפילו ישבכר אפשר היה לפוטרו משום פורע חובו של חברו אעפ"י שכתבתי למעלה דאין זה טעם ברור לפוטרו מ"מ קצת טעם מיהא הוי לעשותו סניף עם כל מה שכתבתי לעיל דאין עד המסייע פוטרו ובהצטרפות הב' טעמים יחד אפשר לומר דמוציאין מיד הנמסר אבל מ"מ איני סומך על זה להוציא מיד הנמסר כיון שכבר הוא תפוס וטוב הדבר שיפשרו ביניהם אבל אם לא פרע לוי פשיטא לי דהוא פטור מהטעמים שכתבתי: הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצה

שאלה ראובן נפטר לבית עולמו הצדק בעיר רחוקה ולא מנה לפני מותו אפטרופסים על נכסיו ויתומיו אמנם ב"ד קהלו מנו אפטרופסים לשמעון ולוי שני יחידי הקהל ובאו מנכסי ראובן מהמקום אשר נפטר שם בגדים וסחורות לעירו ונכנסו ליד שמעון ולוי האפטרו' ההם שהיו שותפי' בנכסיהם ועסקיהם ומה עשו האפטרופסים ההם הא' מהם נעשה מוכר והשני נעשה קונה ומכר הא' לשני אותם הבגדים של היתומים מבלי הגיד דבר לשום נברא אחר זולתם ולא לזבולון אחי הנפטר וכאשר נודע הדבר לזבולון צעק צעקה גדולה כי למה לא הגידו לו הדבר למען יפנה ישכיל אל היתומים במכירת הבגדים ההם כי מי יחוש חוץ ממנו לתועלת היתומים ובכן טוען זבולון ומבקש מאת ב"ד הקהל שיגזרו על שמעון ולוי האפטרו' הנז' שלא יעשו דבר במכירת נכסי יתומי אחיו ראובן כי אם יגלו סודו אליו ושיעשה הכל ברצונו ורשותו לעזר ולהועיל ליתומי אחיו ושעל כן לא ירימו ידם ורגלם לעשות דבר בנכסי יתומי אחיי כי אם על פי הסכמת זבולון עמהם ומה גם כי יש ביד זבולון מעשה ב"ד איך האפטרופסים הודו בפני עדים איך לא היה כח בידם למכור דבר מנכסי יתומי ראובן הנפטר ל"ע מבלתי שימצא שם זבולון אחי הנפטר כי הוא היה ממונה יפקיד עליהם הנקרא נאזי"ר בלשון ישמעאל ועל זה שאל אח הנפטר הנז' הוא זבולון כדת מה לעשות ואם יש כח בידו להביא את האפטרו' ההם במסורת הברית שיתנו לו חשבון מכל נכסי היתומים הנז' ושלא יעשו דבר מכאן והלאה במכירת והתעסקות נכסי עזבון אחיו כי אם בעצתו ורצונו לתועלת היתומים הנז' ועוד טוען על האפטרו' שיפרעו מנכסי עזבון אחיו כל אותם חובות שהיה חייב אחיו הנפטר לאחרים והוא נכנס ערב בעדו והוא נרדף מאת בעלי החובות אם יש כח בידו להביא את האפטרופסים במסורת הברית שיפרעו אותם החובות אם לאו ילמדנו רבינו הדין דין אמת ושכרו מן השמים:

תשובה מה שעשו האפטרופסי' לא עשו כלום מכמה טעמי חדא דאפטרופסים הם כשלוחי ב"ד למכור וכדי להקנות הדבר צריך שיצא מרשות' לרשות אחר וכל זמן שלא יצא מרשותם אינו מכור וכן כתב הטור בח"מ סימן קפ"ה וז"ל ושוב מצאתי שכתב הרשב"א בפרק אלמנה ניזונת וכו' ומכאן נראה שאין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותן דמים וכו' דאין אדם מקנה לעצמו דאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהוא במקום בעלים ע"כ גם בנ"ד הרי לא יצא המכר מרשותם ואעפ"י שהא' מכר לחברו הרי הוא ברשות שניהם ששניהם הם שלוחים למכור:

איברא דקא קשיא לי דאמרינן בפרק השותפין גבי גבאי תמחוי שאין להם לחלק מוכרים לאחרים ואין מוכרין לעצמן וכתב הטור ביורה דעה סימן רנ"ז ימכרו לאחרים משום חשד משמע דאי לאו חשד מוכרין לעצמן ואמאי הא אמרינן דלא הוי מכירה אלא הוצאה מרשות לרשות וגבאי התמחוי הם שלוחים לגבות התמחוי לעניים וכיון שכן לא יצא הדבר מרשותם ומכירתם לעצמם אינה מכירה מיהו י"ל דהיו יכולים למכור לעצמם כגון שימכרו לאחר והאחר יחזור ויזכה להם ואפי' הכי אינו יכול לעשות כן מפני החשד מ"מ למדנו בנ"ד דאין כאן הוצאה מרשות לרשות דאין המכירה מכירה:

ותו איכא טעמא אחרינא דאיכא בהו חשדא דהרי כתב הטור ז"ל בסימן ר"ל בשם הראב"ד ז"ל האפטרופס יכול ליקח מעות של יתומים בתורת עסק וליקח הריוח שהיה לוקח אחר ובלבד שיודיע הדבר לב"ד ואפילו הכי הקשה עליו הטור ז"ל דגנאי הוא הדבר ליקח אותם בתורת עסק משום לזות שפתים והליץ בעדו הרב בית יוסף ז"ל דאין כאן בית מיחוש כיון שהודיע הדבר לב"ד משמע דבלא הודעא לב"ד לכולי עלמא אינו לוקח המעות בתורת עסק משום לזות שפתים וא"כ בנ"ד נמי איכא לזות שפתים מיהו אפשר לומר דאי משום הך טעמא לחוד לא להוי כדאי שלא יהיה מכירתו מכירה דאע"ג דלכתחלה אין לעשות כן משום לזות שפתים מיהו בדיעבד הוי מכירה:

ותו איכא טעמא אחרינא לומר דאין המכירה מכירה משום דב"ד מנו השני אפטרופסים למכור שניהם וכל מה שיעשה האחד בלי רשות חברו אינו כלום דלא מנו ב"ד אלא שנים ולא א' וכיון שאחד מוכר לחברו והאחר קונה נמצא שאין כאן אלא א' אפטרופס שמוכר ומה שעשה אינו עשוי דהוא אחד לבד ואין בידו כח לבדו בלי רשות חברו והאפטרופס הקונה לעצמו כאלו אינו הוא כיון שהוא קונה ולא מוכר וכן ראיתי להרב הגדול מורי ורבי ז"ל בפסקיו הראשונים סימן ר"פ שכתב גבי חצר אחד מהחברה הקדושה שמכרו פרנסי החברה לא' מן החברים וז"ל שם ועוד נ"ל טעם גדול לבטול מכר זה שהרי כ' הרשב"א ז"ל כשהעמידו הצבור ז' פרנסים סתם לפקח על עסקי צבור לפיכך כשהם ז' יש להם רשות לכל דבר כאלו עשו כן כל בני העיר אע"פ שלא העמידו על דבר זה בפירוש אבל פחות מז' אין כחם שוה להיותם ככל בני העיר עד שיטלו רשות בפירוש מבני העיר עד כאן. וא"כ נראה בעיני שכמו שכשמעמידים ז' מה שעשו הז' עשוי ופחות אחד אינו כלום עד שיטלו רשות מבני העיר ובנ"ד הוה ליה כאלו חסר אחד שכיון שהקונה היה א' מהפרנסים אין כאן אלא ו' והמכר בטל ע"כ. א"כ בנ"ד ג"כ כיון שהא' מאפטרופסים הוא הקונה נמצא כמי שאינו ואין כאן אלא אפטרופוס א' שמכר ואין מכירתו מכירה דלב' מנו ב"ד ולא לא': ומה ששאל השואל אם יש כח ביד זבולון להביא לאפטרופס

במסורת הברית שלא יעשו דבר בלתי רשותו זה תלוי הדבר לפי ראות ב"ד שאם יראה לב"ד שהאפטרופסים ראוים וכדאים לכך ויוכלו לעשות מבלי רשות זבולון אין לזבולון עסק עמהם ואע"פ שהם הודו שלא היה בידם לעשות מבלי רשות זבולון מה בכך אם מנוי ב"ד היה לב' האפטרופסים לבד אע"פ שהם יאמרו שאין בידם כח אין בדבריהם כלום דמה שעשו הב"ד עשוי וכחם יפה שמנו לב' לבד ואע"פ שאמרו בפני עדים שהוא היה נאזי"ר עליהם אין זו הוכחה ברורה שב"ד מנו אותו נאזי"ר עליהם דאפשר דהם קבלוהו ושמוהו לממונה ופקיד עליהם ואין כח ביד האפטרופסים למנות נאזי"ר עליהם מבלי רשות ב"ד ואפילו ששמו אותו יכולים לחזור בהם ולומר דכיון שב"ד מנו לב' לבד להם לבדם הרשות נתונה ויכולים לעשות מה שירצו:

אבל מ"מ מאחר שב"ד ראו שפשעו אלו האפטרופסים בכי האי דמכרו א' לחברו בגדי היתומים וכתב הטור בסי' ר"ל דהיכא דהפסיד האפטרופוס בפשיעה מסלקינן ליה ראוי לב"ד להפך בזכות היתומים ולשום לאחי הנפטר לפקיד עליהם כיון שהוא אדם ראוי ונאמן וישר בכל ענייניו ואין טוב ממנו והכל תלוי לפי ראות עיני בית דין ויהיו מעשיהם לשם שמים:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצו

שאלה ראובן החזיק בת"ק פרחי זהב מנכסי עזבון אחיו שמעון נ"ע אשר השאיר אחריו ברכה לאלמנתו והבן יקיר לו ובנותיו הנמצאות שהיו קטנים והיה נושא ונותן במעות נכסי עזבון אחיו גם שלא נודע ולא נשמע שמנהו לאפטרופס בעודנו חי ולא מינוהו ב"ד אחר מותו לאפטרופ' ויהי אחר הדברים האלה נפטרו לב"ע ג"כ האלמנה ובנותיה לא נשאר רק הבן לבדו ויגדל הילד ויתבע מראובן דודו חשבון הת"ק פרחים הנז' אשר נכנסו בידו מנכסי עזבון אביו שמעון הנז' והשיב לו ראובן שכל מה שנכנס בידו פיזר נתן לצורך האלמנה ובנותיה שהיו לו כל המעות הנז' בכיס אחת מיוחד להן לדוב ולא נשאר בידו מאומה והיתום אומר שעכ"פ אינו רשאי ליפטר ממנו כי אם בתת לו חשבון ישר ומדוקדק איך ספו תמו כל המעות ההם קרן וריוח וראובן משיב שישבע לו על הדבר הזה שלא נשאר בידו מאומה אמנם אינו יודע באיזה אופן פזרם והיתום טוען מאחר שלא מנהו לאפרופס אביו קודם פטירתו לשיהי' לו כח בנכסים הנז' ולא הב"ד אחרי מותו והוא נשא ונתן בנכסי עזבון שמעון אחיו שאינו מאמינו בשבועתו ונתון יתן לו החשבון ישר מאחר ששלח ידיו בנכסים ההן שלא ברשות ורצון הנפטר ושלא ברשות

ב"ד ואם פשע בנתינת קצת המעות ההן שלא במקום הראוי עליו לשלם יורנו מורנו אם צריך להביא ראיה שעשאו אפטרופס אחיו על בניו ועל כל נכסי עזבונו או הב"ד אחרי מותו ואם לא יביא ראיה אם צריך להראות החשבון ישר היכן פזרם ואם חייב באיזה פשיעה אשר פשע בהן על הכל יצא דברו כגשם ושכרו כפול מן השמים:

תשובה לכאורה נראה ראובן זה דהיתומים סמכו אצלו והיה הוא מפרנסם ומשתדל בצרכיהם וא"כ הוא היינו מתני' דיתומים שסמכו אצל בעל הבית דפרק הניזקין דאמרינן דהוי אפטרו' וכתב הטור בסימן ר"ץ דלכל דבר הוי אפטרופס גמור וכיון שכן הא איפסיקא הלכתא כרשב"ג דאמר בפ' הנז' דאין צריך לחשב עמהם באחרונה וכתב הטור בסימן הנז' ואין צריך לעשות עמהם חשבון מה הכניס ומה הוציא אלא אומר להם זה נשאר וכו' וכיון שאומר שפזר לצורך האלמנה ובנותיה נאמן ודי בזה דכיון דהוי אפטרופס מה שנראה בעיניו שהוא צורך להם יכול לפזר וליתן:

ולענין השבועה איכא פלוגתא דרבוותא דלהרא"ש והרמ"ה ז"ל משבעינן ליה ולהרמב"ן והרשב"א והראב"ד לא משבעינן ליה משום דעדיף ממנהו אבי יתומים וכדכתב הרא"ש בפסקיו סברתם ומצי למימר קים לי כוותייהו ולא משבעינן ליה ולענין לחייבו בפשיעה אם יש עדים שפשע ג"כ תלוי בפלוגתא דרבוותא דלהרמב"ן ז"ל מנהו אבי יתומים אפילו פשע פטור ולרבינו חיים בין מנהו אבי יתומים בין ב"ד אפילו פשע פטור נמצאו דלפטור מנהו אבי יתומים אית לן תרי אריוותא דאמרי דפטור היכא דפשע וכבר נתבאר דלהרמב"ן והראב"ד והרשב"א ז"ל עדיף הך דסמכו יתומים ממנהו אבי יתומי' א"כ ודאי דפטור מפשיעה לרבינו חיים והרמב"ן ז"ל ומצי למימר קים לי כוותייהו: איברא דאיכא כאן תרי ספקי דפלוגת' דרבוות' ספק אי הוי כמנהו אבי יתומים כהרמב"ן והרשב"א והראב"ד ז"ל או כהרא"ש דגרע מנייהו ואת"ל דהוי כמנהו אבי יתומים ספק אי מנהו אבי יתומים פטור מפשיעה או לא וע"פ ס"ס מפקינן ממונא וכמו שכ' הרב מהריב"ל ז"ל בכמה תשובות בח"ג אלא שכבר כ' שם הרב הנז' דלא אמרי' הכי בתרי ספקי דפלוגתא דרבוותא דשם פלוגתא דרבוותא חד הוא והוי כחד ספקא ולא, מפקינן ממונא וא"כ פטור הוא ראובן זה מפשיעה ברורה ולהשביעו אם פשע אפילו הרא"ש מודה דלא משבעינן ליה כדכתב הטור בסימן ר"צ דלא משבעינן ליה בהכי אלא דוקא אם ראינו שפשע הוא דפליג הרא"ש ואומר דחייב זה הוא דינו של ראובן אם היתומים סמכו אצלו ואפילו שהיו קטנים פחות מבן ט' דכתב הטור בשם הרמ"ה דאין לו דין אפטרופס ולכאורה נראה דלדעתו אם פשע אז כשהיו קטנים פחות מבן ט' שלא היה אפטרופס שחייב מצי

למימר קים לי כהרא"ש אע"ג דהריב"ש כתב בסי' תצ"ה דדברי הרמ"ה נכונים וכן כתב הרב מהריב"ל בס"א דף קי"ט בענין זה דמצי למימר קים לי כהרא"ש:

ואם ראובן זה לא סמכו יתומים אצלו והוא אומר שמנוהו בית דין אפטרופס או אבי יתומים נאמן בשבועתו מגו דאי בעי אמר פרעתי ליתו' אחר שגדל כיון דהוי מלו' ע"פ ואע"ג דהך הוי טענה דהעזה כבר כתב הריב"ש בסימן שצ"ב דאמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז לאפטורי מממונא אבל לא משבועה וכתב שכן היא הסכמת כל האחרונים והביא ראיה מההוא עובדא דהנהו עזי דחושלא יעויין שם. וכן ראיתי להרב מהריב"ל ז"ל חלק ראשון דף קי"ט שכתב שנאמן ראובן לומר ליתום שגדל פרעתי לאפטרופס שלך אע"פ שלא ידענו שהיה לזה היתום אפטרופס מ"מ נאמן לומר ב"ד אמרו לי שהיה אפטרופס שלך ופרעתי לו מגו דאי בעי אמר פרעתי ליתום אחר שגדל יע"ש אלא שנראה משם שאם לא עבר זמן רב שמנוהו אפטרופס הוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי דאי איתא דהוה אפטרופס קלא אית ליה אבל אי עבר זמן רב ודאי דדינו כמו שכתבתי דאחר זמן רב נשכח הדבר ולא נודע והוא נאמן ואם יאמר שמנוהו ב"ד הוא חייב בפשיעה דאע"ג דרבינו חיים אומר דהוא פטור מפשיעה לא מצאנו לו חבר בסברא זאת וכבר נודע דאינו יכול לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו ואם כן הוא חייב בפשיעה אם יתברר בעדים שפשע אבל להשביעו אם פשע לא דהא כ"ע מודו דלא משבעינן ליה בהכי כדכתיבנא אלא שלא עכב משלהם כלום ואין צריך לחשב עמהם כלל:

ואם ראובן זה מודה שמעולם לא היה אפטרופס ב"ד ולא מנהו אבי יתומים וגם לא סמכו היתומים אצלו אז ודאי המעות שנשא ונתן בהם שלא כדין עשה שהיה לו ליתנם בב"ד ואם נתעסק בהם והפסיד הכל לאחריותו הוא ונעשה גזלן עליהם שלא היה לו לשלוח יד בנכסי יתומים שלא ברשות ביד ואם הוא פטור במה שפזר ונתן לצורך האלמנה ובנותיה בזה יש מקום עיון:

איברא דאיכא פלוגתא בין הרא"ש והרמב"ם כדכתב הטור בריש הלכות טוען התובע את חבירו בבית דין ואמר מנה לי בידך כתב הרמב"ם שבית דין אומרים לו ברר דבריך למה חייב לך הלוית לו או הפקדת בידו שאפשר שהוא תושב שחייב לו ואינו חייב לו וכן הנתבע אם משיב אין לך בידי כלום או איני חייב לך כלום צריך לברר דבריו דשמא טועה וסבור שאינו חייב לו והוא חייב וא"א הרא"ש ז"ל כתב בתשו' שאין אדם צריך לברר לא פרעון מחי פרעו וכמה פרעו ולא הלואה וכו' ודייק לה הרא"ש בפסקיו מההוא דאמרי' עלה בפ' שבועת הדיינין גבי ולא פרעתיך מאת קבי עפצי דקיימי שיתא שית'

ואייתי סהדי דקיימי בד' אמרי' התם כל מילתא דלא רמי עליה דאיניש לאו אדעתיה משמע דלא היה מוטל עליו לומר האיך פרעו ובמה פרעו וכן כתב המרדכי בשם ר"ת ודייק לה מההיא דאמרי' בפרקא קמא דמציעא חיישי' שמא מלוה ישנה יש לו עליו ומ"מ כתב שאחר סיום התלמוד ראו הגאונים שרבו הרמאים ותקנו שצריך ללבן ולברר וכן כתב הרא"ש בתשו' כלל ע' סי' ד' אף ע"ג דקי"ל דאין אדם צריך לברר לא פרעון מתי פרע ובמה פרע ולא הלואה האיך הלוה הכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו. איברא דקשיא לי תשו' שלאחריה שכתב שם וז"ל דע לך בני שיחיה כי נכון הדבר לברר מהיכן נתחייב לו משום דנפישי רמאי אולי מתוך דבריו יתברר רמאותו וימצא שקרן בדבריו וכך אני נוהג לפסוק דלא דמי לשמא מלוה ישנה יש לו עליו דהתם בקל הטלנו עליו שבועה וכו' עד כאן. והשתא כיון דהרא"ש סובר דלפי דין התלמוד אין צריך לברר כדכתב רבינו תם וכדדייק איהו גופיה מההיא דשבועת הדיינין אלא משום דבזמן הזה נפישי רמאי צריך לברר מאי קשיא ליה מההיא דשמא מלוה ישנה הא התם לא הוי אלא לפי דין התלמוד והרא"ש עצמו מודה דבדין התלמוד אין צריך לברר. ועוד קשיא לי בדברי הטור למה כתב דהרמב"ם והרא"ש פליגי הא הרא"ש לא קאמר דאין צריך לברר האיך פרעו ובמה פרעו אבל מ"מ צריך שיברר ויאמר שפרע לו ולא שיאמר איני חייב לך כלום דהא טעמא דהרב רבינו אשר הוא משום דדייק לה מפרק כל הנשבעין דקאמר כל מילתא דלא רמי עליה דאיניש גבי ההוא דאמר ולא פרעתיך מאה קבי עפצי וכו' והתם לא קאמר בגמרא דהוי מילתא דלא רמיא עליה דאיניש אלא אופן הפרעון אבל מ"מ צריך שיאמר שפרע לו והרמב"ם ז"ל ה"נ קאמר דאין מקבלין התשובה שאומר איני חייב לך כלום אלא צריך שיאמר אם לא לוה או פרע לו אבל אחר שיאמר שפרע לו אין צריך שיברר יותר וכן כתב המרדכי מיהו אני קבלתי מרבותי דדוקא בטוען איני חייב לך כלום ודאי נראה דברי רבינו תם ז"ל שטענה זו אינה ברורה אבל בטוען פרעתי אין צריך לפרש עד כאן. אלא דאפשר דהטור ז"ל משמע ליה דהכל שוים משום דבכל איכא ערמה או אפשר שיטעה כמו שכתב הרמב"ם ז"ל ולכך צריך שיפרש בפירוש האיך פרע ומתי פרע אליבא דהרמב"ם ז"ל ולהרא"ש ז"ל לא אבל אם נאמר דלהרא"ש ז"ל יש הפרש בין בירור לבירור דבשלמא לברר אם פרע לו ודאי דצריך וכדברי הרמב"ם ז"ל אבל האיך פרע ומתי פרע בירור כי האי אין צריך מן הדין אלא מפני הרמאים בזמן הזה נוכל ליישב התשובה שהקשיתי דמה שכתוב בתשובה ראשונה אע"ג דקיי"ל דאין צריך לברר לא פרעון מתי פרע וכו' היינו בירור גמור כי האי ולזה כתב דאע"פ דאין צריך לברר זה מדין התלמוד מ"מ אית לן להוציא הדין לאמתו ומה שכתוב בתשובה שניה כי נכון

לברר מהיכן נתחייב לו רצה לומר אם הוא פקדון או מלוה כדכתב הרמב"ם ז"ל דבירור כזה אפילו מדין התלמוד צריך לעשותו ולכך הוקשה אצלו מההיא דמלוה ישנה דאין שם בירור כלל כשנשבע חציה שלי ומשמע דמדין התלמוד אין צריך לברר כלל ותירץ שם והביא סיוע לזה וכן כתבו הגאונים דצריך לברר מהיכן נתחייב לו וכו' דהיא סברת הרמב"ם ז"ל ואע"פ שהנדון שנשאל עליו שם היה שטען שנתחייב מעסק משא ומתן שהיה בינינו דהרי זה כאלו אמר שנתחייב לו מחמת הלואה ומ"מ כתב שצריך לברר יותר מ"מ אינו דומה אומר שנתחייב לו מחמת הלואה שהלוה לו לאומר מעסק משא ומתן וקל להבין. ועם זה יסכימו דברי הרמב"ם והרא"ש אע"פ שאין נראה כן מדברי הטור כמ"ש:

מ"מ למדנו דלדעת הרא"ש ז"ל אין צריך לברר ולדעת הרמב"ם צריך לברר ובנ"ד היה נראה לומר דלדעת הרא"ש אין צריך לברר כיון שאומר שהוציא לצורך האלמנה והבנות הרי כאלו אמר שנתן למזונותיהן ולמלבושם ובודאי שאלו המעות של המת נשתעבדו לכך והוי כאלו אומר פרעתי ואין צריך לברר: אלא שיש לחלק ולומר דבנ"ד אפילו הרא"ש מודה דכיון דהוא נשא ונתן בהם אימור הפסיד בהם ורוצה שיהיה לחשבון היתום ואין הדין כן אלא שהוא חייב באחריותם כיון שנשא ונתן שלא ברשות ב"ד כדכתיב' ואפי' שיאמר שלא הפסיד בהם מ"מ כיון דאין זה אפטרו' אלא איניש דעלמא שחייב ת"ק זהובים ליתום אע"פ שהוא אומר שנתנ' לצורך האלמנה אפשר שאמר שנראה בעיניי שהוא צורך האלמנה והבנות ואינו כן דבשלמא אם היה אפטרו' ודאי שהכל היה נדון ע"פ ראות עיניו שהוא צורך אבל עתה לא מפיו אנו חיים ואפשר שלתת לאלמנה מנה בכל יום למזונותיה קרי צורך שלה ואינו כן דאם נתן לה יותר מהראוי ופזר יותר מן הדין עליה דידיה ליהדר לכך ודאי צריך לברר איך נתן כדי שיראו ב"ד אם מה שנתן נתן כדין יקבלו אותו בחשבון ואם נתן שלא כדין למה יקבלו אותו בחשבון וגרע נ"ד מהיכא דאמר איני חייב לך כלום דאין צריך לברר לדעת הרא"ש ז"ל ועוד דהא כתב הרב ב"י דנקטינן כהרמב"ם ז"ל שאף ר"ת והרא"ש סוברים דהאידנא עבדינן הכי וא"כ כיון דהשתא איכא רמאי ודאי דצריך לחוש בנדון זה שיברר ראובן טענותיו אם אינו אפטרופס במה פזר ונתן אלו הת"ק זהובים בדבר שיראה לב"ד שהוא צורך לאלמנה וליתום כיון שהוא ודאי בחיובם צריך לברר פרעונם האיך הוא וכל זה אם יודה ראובן שאינו אפטרופס ב"ד ולא מנהו אבי יתומים ולא סמכו היתומים אצלו כדכתיבנא הנלע"ד כתבתי הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצז

שאלה ראובן שנפטר לב"ע וצוה לפני מותו על נכסיו ועל בתו יחידה ומנה אפטרופסים על הכל ואח"כ זכר ענין אחר שהיה לו לצוות עליו בכלל הצואה הראשונה ואמר שיקראו לפניו עדים שרוצה לצוות עוד בפניהם וכשבאו לפניו אמר להם יודע לכם רבותי איך היה במחשבתי לצוות בכלל צוואתי שיתנו מנכסי לשמעון קרובי אלף לבנים ונשכח מלבי כי לא זכרתי לאומרו בשעת הצוואה כאש' היה עם לבבי לכן הוו עלי עדים איך אני מצוה מחמת מיתה שעל כל פנים יתנו מנכסי לשמעון קרובי אלף לבנים ולא יעשו באופן אחר עתה ששמעון מבקש האלף לבנים מהאפטרופסים וממאנים בנתינתם לו בטענה שאינם רוצים להוציא מהיתומה ולתת לו יורנו מורנו הדין דין אמת אם יכול שמעון העני להוציא האלף לבנים מיד האפטרופס או לא ומה' תהי משכורתו שלמה:

תשובה אין זה צריך לפנים דפשיטא שזכה שמעון העני באלף לבנים דאפילו נאמר דשכיב מרע זה סותר דבריו הראשונים שאמר בצואתו הראשונה הרי יכול לחזור בו כמבואר בפרק מי שמת ולא עוד אלא אפילו חזר במקצת הויא חזרה בכלהו כמבואר שם ואם כן כיון שחזר בו ואמר שיתנו לעני שמעון אלף לבנים פשיטא ופשיטא דזכה בהם ואפילו לפוסקים דהם סוברים חיישינן למנה קרוב הרי בנדון דידן אמר מנכסי ובהא כל אפין שוין דלא חיישינן למנה קרוב ואי משום שאמר ינתנו ולא אמר יתנו אין חשש בזה דכלשון הזה כתב הטור בח"מ סימן רי"ב כל מה שיוציא אילן זה שכר בית זה ינתן לעניים זכו בו העניים ומה גם שאמר ולא יעשו באופן אחר שעל כל פנים זכה שמעון בדינו מיהו אם נתן שאר מתנות בצואתו הראשונה לא נאמר דכיון דחזר במקצת דהיינו האלף לבנים שנתן לשמעון שחזר בכלם דאף על פי שחלק כל נכסיו בצואתו הראשונה מ"מ לא מקרי חזרה גמורה אלו אלף לבנים שנתן לשמעון שכבר פירש שנשכח מלבו כי אם היה זוכר אותו היה מצוה עליו שם וא"כ הרי הוא כאלו הוא אומר שאינו חוזר מצוואתו הא' וכל דבריו קיימי' זולת אלו אלף לבנים שיתנו לשמעון וכבר כתב נ"י בפ' מי שמת גבי הא דפסק תלמודא דחזרה במקצת הויא חזרה בכלהו והיכא דאמר בפי' איני חוזר אלא במקצתן בודאי נשארו מקצתן לא' יע"ש:

ואין לערער על זה משום דאין מקבלין עדי צואה שלא בפני בעל דין אף על גב דאיכא פלוגתא דרבוותא דאיכא מאן דאמרי דמקבלין מכל מקום מוקמינן ממונא בחזקת היתומים ולא מפקינן מינייהו וכמדומה דלסברא זו פנה הרב מהרר"י אדרבי ז"ל בפסקיו סימן ר"ס. אך אמנ' ראה ראיתי להרב הגדול מורי ורבי נר"ו בפסקיו הראשונים סימן קפ"ב שכתב דמאחר דרובא דרבוותא מסכימי' שמקבלין עדות צואה שלא בפני ב"ד

דהכי דיינינן ואין זה נקרא מוציא מן היתומים דבשלמא כשהנתבע יכול לטעון טענה ויזכה בה שלא יוציא ממון לעולם ניחא אבל בטענת שמא לכשיגדלו ימצא היתום טענה לבטל הצוואה בהא ודאי הוי חששא רחוקה ואין לומר קים לי כפלוני. לכן נראה לעניות דעתי שכן נהגו ולא חששתי להאריך עוד כי בעיני אין צורך כל כך וסוף דבר כי דעתי הוא שהדין עם שמעון וכן הייתי אני עושה מעשה אלו היה בא לידי עכ"ד. וכיוצא בזה כתב בפסק שלאחריו סימן קפ"ג ואחר שהרב הגדול תל שהכל פוני' בו הורה כן כן אנו דנים אחריו ומה גם כי העיד שהמנהג הוא כן והסברא מוכחת כן דאם לא כן בטלת כל הצוואות שרובן נכתבות לאחר מיתה ומהררי"ק ז"ל בחשן משפט סימן ק"י כתב דלמאן דאמר דאין מקבלין עדי צואה צריך שיכתבוה ויחתמוה קודם מיתה אלא דלכשימות כותבין בה מגו מרעיה אתפטר לבית עולמו ואם כן כיון דצואות הנהוגות בעירנו רובן נכתבות לאחר מיתה אם כן נתברר ודאי שאין מנהגנו כההיא סברא ועוד שאפי' שיהיו נכתבות מחיים שטר צואה אינו אלא זכרון דברים בעלמא ואין לומר בה כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי וכמ"ש רבינו ירוחם בסוף נתיב כיד וא"כ אם היינו נוהגים כאות' הסברא דאין מקבלין עדי צואה בפני יתום קטן אין מקום שתועיל שום צואה אלא שיהיה כתוב בכ"י של מת וכמ"ש הטור בח"מ סימן ק"י ולא עוד אלא שיהיה מקוים מחיי אביו כמו שפי' שם הרב ב"י ומעולם לא ראינו מי שנהג כן בענין הצואות אלא כל צואה היא כתובה וחתומה בעדים ומוציאין ע"פ ממון מן היתומים א"כ נתברר ודאי שהמנהג דמקבלין עדי צואה בפני יתום קטן וכמ"ש הגדול מורי ורבי נר"ו ומפיו אנו חיים. כלל העולה דזכה שמעון באלף לבנים הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצח

שאלוני על דבר צואה שכתו' וזה לשונו בבקשה מכם הוו עדי צואתי והריני מודה בפניכם מחמת מיתה שיתנו כל אשר יש לי לאשתי פלונית לבד החובות אשר יש לי שהיא יודעת למי שאני חובה ויתנו לבני הגדול פלוני מאתים לבנים ולבני פלוני מאה לבנים ועוד אני מצוה שיתנו לבתי חנה מאה לבנים וכו' כל הנ"ל נוה רבי פלוני מחמת מיתה וכו' ויש לנפטר בן אחר שלא הניח לו כלום אם צואה זו קיימת:

ואומר אני דאף על פי דלשון צואה זו הוא כתוב כפי הנראה מסיפר משובש ובלתי נקי בלשון מכל מקום לא מפני שיבוש הלשון נתבטלה הצואה דלמאי ניחוש לה. אי משום דבתחלה כתוב הריני מודה בפניכם דמשמע דאין זה לשון צואה שיתנו לו אלא

לשון הודאה והוא דבר שאין לו מובן מכל מקום הרי בתחלה כתוב הוו עדי צואתי ולבסוף גם כן כתוב כל הנזכר לעיל צוה רבי פלוני הרי גלה דהוא לשון צואה. ואי משום דבתחלה כתוב שיתנו הכל לאשתו ואחר כך כתב שיתנו לבניו דמשמע. דחזר ממה שאמר תחלה שיתנו הכל לאשתו וקיימא לן בפרק מי שמת חזרה דמקצת הויא חזרה בכולה וכיון דחזר מהמאתים ומאה שנתן לבניו וכן מאה שנתן לבתו שהיו נתונים כבר לאשתו דהכי הוא משמע מלשון כל אשר לי חזרה מכל המתנה ולא הוי כלום הא ודאי לאו מילתא היא דכל היכא דאנו יכולים לקיים שלא יסתרו דבריו זה לזה מקיימינן ומה גם בתוך כדי דבור וכמו שכתבו הגהות מיימון בסוף הלכות מלוה דהא דהכל הולך אחר התחתון היינו היכא דאי אפשר לקיים שתי הלשונות שלא יהיו סותרים זה לזה אבל היכא דאפשר לקיימן אפילו היכא דשתי הלשונות מרוחקים זה מזה מקיימים אותם וכל שכן היכא דסמיכי אהדדי דלאו אורחא הוא לסתור דבריו תוך כדי דבור. וגדולה מזאת כתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף חשן משפט סימן מ"ב דכדי לקיים לשון השטר היכא דאיכא ביה תרי לישני חד כתיב למעלה עד וחד למטה עד:

נאמר דעד אחד פירושו מלמעלה למטה ועד אחד פירושו מלמטה למעלה כדי שלא יסתרו דבריו זה לזה וכן כתוב שם ולפיכך אני אומר שיש לפרש בזה הלשון עד הכתוב וכו' יעויין שם. אם כן אף אנו נאמר בנדון דידן דנפרש הלשון כדי שלא יסתרו דבריו והכל קאי אמילת לבד שהזכיר ראשונה. והכי קאמר יתנו הכל לאשתי לבד מהחובות שאני חייב וגם מאתים לבנים שאני מצוה שיתנו לבני פלוני ובתי פלונית מאה אחרים לבד מאלו כל השאר אני מצוה ליתן לאשתי והוי כאלו אמר כלל ואחר כך אמר חוץ ואף על פי שאמר ועוד אני מצוה שיתנו לבתי דמשמע דהוא ענין נפרד מ"מ נפרש כן ליישב שלא יסתרו דבריו: ואי משום דקי"ל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא ואף על גב דהניח לבניו מכל מקום כיון דאיכא בן אחר שלא הניח לו אולי עשאה אפטרופא עליון וכן נראה קצת מתשובת הרב רבינו שלמה ן' אדרת זכרונו לברכה כתבה הרב בית יוסף זכרונו לברכה חשן משפט סימן רמ"ת על שכיב מרע שאמר אני נותן לבני כך וכך ושאר כל נכסי לאשתי כיון שנתן מקצת נכסיו לבנו ואין לו אלא אותו הבן זה ודאי מוכיח מצד עצמו שלא נתכוון בנתינת האשה לעשות' אפטרופא בשאר הנכסים עליו דא"כ מאי שנא אותו מקצת שלא עשאה אפטרופא עליו וכו' משמע דדוקא משום דליכא אלא בן אחד הא אם יש שם בן אחר חיישינן אולי עשאה אפטרופא:

איברא דמלשון זה הכי משמע אבל מהטעמים אחרים שכתב שם דהרי לא כתב כל נכסיו שהרי נתן מקצת לבן ועוד כיון דבשעה אחת וכו' משמע לפי אותם הטעמים דאפי'

דיש בנים אחרים ולא הניח להם לא אמרינן דעשאה אפטרופא ועוד מבואר שם בהדיא בתשובת רבינו האי שכתב שם הרב ב"י בשם הגאונים ז"ל על ש"מ שאמר תטול בתי נ' זהובים ובתי פ' נ' ואמר השאר לאשתי דלא אמרי' עשאה אפטרופס אעפ"י שלא הניח לבת הגדולה כלום יע"ש ואפי' לה"ר ישעיה שכת' שם שם הטור בשמו דהיכא דכת' נכסיו לאשתו ולבנו תרווייהו אפטרו' היינו שכת' לשניה' ביחד אבל בנ"ד שכת' לאשתו תחלה ואח"כ נתן לבניו מה ששייר מוד' ה"ר ישעיה דהוי לאשתו מתנה גמור' כי היכי דלא נשוי פלוגתי כ"כ בינו ובין הרא"ש ועוד דדעת ה"ר ישעיה דעת יחיד ואע"ג דכתוב בפרק יש נוחלין בהגהה דרשב"ם בנו ואשתו אשתו משום אפטרופס ובנו משום מתנה גם דעתו דעת יחיד הוא ואף על גב דמסכים עם רבינו ישעיה במאי דאמר דלאשתו אפטרופא מכל מקום הרי רבינו ישעיה עצמו חלוק עליו גבי בנו ואפילו תימא דיכולין לומר היורשים קים לי כה"ר ישעיה ורשב"ם דאית להו דאשה הויא אפטרופא ונתבטלה הצואה מכל מקום אפשר דאפילו רשב"ם ז"ל לא אמר הכי אלא כשנתן יחד לאשתו ולבנו אבל כשנתן לאשתו תחלה לא וכמו שכתבתי למעלה ועוד דאפילו רשב"ם גופיה לא אמר אלא כשנתן לאשתו לבדה במקום בנו דומיא דחלוקות ראשונות אבל לאשתו ובנו יחד מודה לדינו של הרא"ש:

הכלל העולה דאשה זאת זכתה בכל הנכסים זולת מה ששייר לבניו והצואה קיימת גבי דידה אחרי כן אמרו לי שהנפטר אמר לבן שלא הניח כלום בשעת מיתה בני איני מניח לך כלום מפני שאין אתה צריך לו והוא שתק הרי יש כאן הוכחה גמורה שלמתנה גמורה נתכוון ולא לעשותה אפטרופא כיון דהיה אומר לו שאינו מניח לו כלום מפני שאינו צריך לו משמע דמתנה גמורה היה נותן לכל דאם לא מה היה אומר שאינו צריך הא לא עשה לאחרים אלא אפטרופסים ודמי הא לנדון דהרב רבינו אשר שכתב הטור בתשובה הביאה הטור באהע"ז סי' ק"ז בשאלה דאמר בשעת מיתה אל תחשבו לי לשטות שאני נותן נכסי לאשתי משמע דלמתנה גמורה נתכוון וא"כ בנ"ד נמי משמע דלמתנה גמורה נתכוון ובודאי שצוואה זו קיימת ואין כאן אפטרופס כלל אלא למתנה גמורה נתכוון:

נאם הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה קצט

שאלה ראובן ושמעון היו שותפים וראובן נפטר לבית עולמו ובשעת צואתו צוה ואמר שיתנו ויפרעו לשמעון שותפו כל מה שיאמר שחייב לו ראובן המצוה הנזכר ועתה בא שמעון השותף הנשאר בחיים ותובע מיורשי ראובן הנזכר שתי חובות שהיה חייב לו

ראובן הנזכר אחד בשטר ואחד בעל פה ובא מכח צואת הנפטר שצוה לפרוע לו כל מה שיאמר שחייב לו ראובן הנזכר ילמדנו רבינו אם נותנין לו לשמעון מה שתובע ע"פ דבורו או אם אין נזקקין לו אלא על פי שבועתו יורנו רבינו הדין ושכרו כפול ומכופל מן השמים. תשובה איכא לאסתפוקי בנ"ד תלתי ספקי חדא דנראה דשכיב מרע זה האמין לשותפו עליו ובודאי דדבריו קיימים אפילו בלא קנין על הנאמנות דהלכה רווחת היא דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו אך איכא רבוותא דסבירא להו דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים אפילו פירש בפירוש שיהא נאמן עליו ועל יורשיו וכמו שכתב הטור ז"ל באהע"ז סי' צ"ח ורבינו חננאל ור"י ז"ל פסקו כאבא שאול דלא מהני כלל גבי יורשים אפילו פירש לי וליורשי ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל עד כאן:

שנית שאפילו שהאמינו על מה שיאמר אפשר לומר דהאמינו בשבועה דהרי כתב בעל התרומות בשער כ"ו הביאו הרב ב"י ח"מ סי' ע"א ומסתברא דאי כתיב ליה בשטרא דאת מהימנת עלי לומר לא נתפרעתי ולא כתב בה בשני עדים כשרים ואף בלא שום שבועה אפי' הכי אי טעין לוה דפרעיה בינו לבינו לא משבעינן ליה ואף ע"ג דאמרי' בעלמא מאי נאמן נאמן בשבועה הכא ליכא למימר הכי דהא בלא תנאי נמי נאמן בשבועה וא"כ תנאי לאפטורי משבועה אתא ואיכא מאן דפליג בסברא זו וסבירא ליה דכל נאמן סתם בשבועה קאמר עד כאן. הרי דאיכא מאן דאמר דלא נאמן אלא בשבועה ולא האמינו אלא לכך ואפילו לסברת בעל התרומות לא אמרי' דהאמינו בלא שבועה אלא בשטר משום דבלא תנאי היה נאמן בשבועה ותנאי לאוסופי אתא אפילו בלא שבועה אבל בנ"ד דהוי על פה וליכא למימר למאי הימניה דאהניא ליה דיטול בשבועה מיהא דבלא נאמנותו לא היה נוטל אפילו בשבועה מודה בעל התרומות איברא שכתב עוד שם בשם הרמב"ן שאפילו במלוה על פה אמרי' דהימניה בלא שבועה דלשון נאמן משמע בלא שבועה.

שלישית דהרמב"ם ז"ל כתב בפי"א מהלכות מכירה ופ' כ"ה מהלכות מלו' דהמחייב עצמו בדב' שאינו קצוב אינו חייב ובפ' כ"ה ממלוה כתב הטע' כיון שאינו יודע הדבר ששעבד עצמו לא סמכא דעתו ולא שעבד עצמו ודברי' של טעם הן למבין ע"כ. א"כ בנ"ד הרי חייב עצמו בדבר שאינו קצוב דאמר כל מה שיאמר פ' ומי יודע אם יאמר שחייב לו אלף אלפים או פחות וא"כ אינו חייב לדעת הרמב"ם ורבותיו וא"כ לכאורה נר' בנ"ד כיון דאיכא ספקא דפלוגתא דרבוות' ונכסי בחזקת יורשי' קיימי יוכלו לו' דלא מבעיא דבלא שבועה לא גבי דהרי איכא תרי ספקי דפלוגתי כדכתיב' חדא אי נאמנות מועיל לגבי יורשים שנית אי נאמנות הוי אפילו שלא בשבועה אלא אפילו בשבועה לא גבי משום

דהא איכא פלוגתא אחריתא דהרמב"ם ז"ל ורבותיו סברי דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא מהני ויוכלו היורשים המוחזקים לומר קים לן כוותייהו:

אלא דכד מעייני' שפיר נ"ל לסלק כל הני ספקי הספק הא' נסתלק ממאי דכתב הרב ב"י בא"ה סי' הנז' בשם רב נטרונאי וז"ל כתב רב נטרונאי בתשו' הנז' הא דאמ' אבא שאול ן' אימא מרים אבל מה אעשה וכו' ה"מ דכתב לה בשעת קדושין וכו' אבל פטר' בשעת מיתתו ואמ' תנו לה כתובתה. ואל תשביעו אותה דבריו קיימים ונוטלת שלא בשבוע' וכו' דכיון דקא מפקיד בשעת מיתה כמקבלת מתנה דמיא ע"כ. א"כ בנ"ד כיון דצוה בשעת מותו ליכא פלוגתא כלל ואפי' הרא"ש ז"ל וסייעתו דפסקו כאבא שאול מודו בנדון דידן דאבא שאול לא פליג בנדון דידן וכמו שכתב רב נטרונאי וכדכתיבנא:

והספק הב' דנאמנות איכא מ"ד דהוי בשבוע' משמ' דסבר' יחיד הוא דבה"ת עצמו הסכים אח"כ לסבר' הרמב"ן דאפי' מלוה ע"פ כשהאמינו עליו הוי אפי' בלא שבוע' ואעפ"י שמתחל' כתב לדחו' דברי איכא מ"ד דבלא תנאי נמי היה נאמן בשבועה דמשמע דדוקא בשטר אמרי' הכי כדכתי' היינו להקשות ולדחות הסברא ההיא כפי דעתו דסובר דנאמן ר"ל בשבועה אבל כד הביא דברי הרמב"ן דלשון המאמין לחברו לו' לו נפרע משמע בלא שבועה לא פליג עליה ומודה לו בעל התרומות וכיון דיחיד הוא האי איכא מ"ד לא מצו היורשים המוחזקים לומר קים לן כוותיה דאין לומר קים לי כפ' היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכבר כתב הרמב"ן בתשובה ההיא שהביא בה"ת דדעת הראשונים ז"ל בחבוריהם כן הוא:

והספק הג' נסתלק. עם מה שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י בח"מ סימן ס' לסתור דעת הרמב"ם ז"ל דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דלא מהני ז"ל מעשים בכל יום שאדם מחייב עצמו בקנין במה שיאמר פלוני במקח וממכר ובנדונייאות הבנות בין בדבר שיש לו קצבה בין בדבר שאין לו קצבה ושלא כדברי הרמב"ם ז"ל ע"כ. והאמת שזו קושיא גדולה להרמב"ם זכרונו לברכה דכל פשרה איך יתקיים לדעתו ז"ל דודאי אדם מחייב בקנין מה שיגזרו עליו ואינו יודע אם מעט או הרבה וכן מ"ש בסוף ע"ז כדאמרי בי תלתא כדשיימי בי תלתא וכו' ואיך מתחייב עצמו במה שיאמר א' מן השוק והוא דבר שאין לו קצבה ובפסק אחר הארכתי בדבר זה ליישב דעת הרמב"ם ז"ל ושם כתבתי דיש חלוק בין היכא דמתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב למתחייב מה שיאמר או ישום פלוני דבהא סמכא דעתיה ודאי. וראיה לדבר מתשובת הרשב"א ז"ל הוזכרה בבית יוסף ז"ל ח"מ סוף סימן ר"ו שכתב שם וז"ל אבל אם קבל המוכר שיתן בכמה שיאמר או ישום א' מן השוק או שנים או יותר וכו' היכא דתלו בשומא או באמירה דאחריני סמכי דעתייהו

עד כאן. משמע דיש לחלק היכא דתלי בשומא של אחריני דאז אמרינן דס"ד אם כן בנדון דידן שאמר שהאמין לשותפו כל מה שיאמר סמכא דעתיה וידע ודאי דחברו הוא אדם נאמן ויאמר האמת ואם כן הוא חייב אפילו לדעת הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל:

ועוד יש טעם אחר לסלק הספק הנז' דהמרדכי כתב בס"פ שור שנגח ארבע וכו' וזה לשונו מפרש רבינו מאיר דברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו כמסירה המועלת בכל מקום באיזה צד שתועיל שהרי כל דברי ש"מ ומצוה מחמת מיתה אסמכת' היא אם ימות תנו ואפילו הכי היכא דמת קנו ע"כ וכיון דאלימי דברי ש"מ דאפי' במילת אסמכתא קני ה"ה בהא דדבר שאינו קצוב דהוי משום ליתא דאסמכתא וכיוצא בזה כתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"א דף קמ"ה דכיון דבערבות ליכא אסמכתא משום טעמא דבההיא הנאה אלימא ההוא טעמא לדבר שאינו קצוב וכיון דהא מילתא דדבר שאינו קצוב הכל חלקו עליו על הרמב"ם ז"ל בזה דחיין ליה בגילה דחיטיתא ולא משוינן ליה חולק על כל הפוסקים ז"ל במאי דלא אתפרש בהדיא דהיכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר. הכלל העולה דגובה שמעון זה מן היתומים מכח צוואת המת אבל מ"מ מטילין חרם סתם דלהא לא מהני הנאמנות וכמ"ש הטור בח"מ סימן ע"א ואפשר דאפילו שבועה מטילין על שמעון כיון דכבר כתבתי לעיל דאיכא מ"ד דהנאמנות הוי בשבועה אע"ג דרבים חלוקים עליו אם יראה לב"ד במקום נכסי יתומים להחמיר עליו ולהשביעו הרשות בידם אבל מן הדין הגמור חרם סתם מטילינן ובהא סגי ליה. הנראה לע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ר

אלה ראובן תושב צידון נפטר לבית עולמו הצדק ונשארו ממנו שלש בנות הגדולה מהן הוא כבת שית כבת שבע וצוה לפני מותו דברי צואתו ובכללם צוה ומנה את אחיו שמעון תושב עיר אחרת רחוקה מעירו מרחק עשרים יום לאפטרו' על נכסי עזבונו גם צוה להנתן מנכסיו למזונות ופרנסת היתומות מה שיצטרך גם להזמין להן מהר ומתן לפי כבודו ולאחר ימים נשאת לאה אלמנתו לזבולון הקרוב אליה ואל היתומות והגם הבנות בנותיה סמוכות על שלחנם ועתה בא שמעון האפטרופס אחי המת ורוצה להעתיק הבנות מאצל אמן אל ארץ רחוקה באשר הוא שם ולהביא עמהן כל נכסי עזבון אחיו המת והאלמנה הנשואה היום לזבולון טוענת לעכב בנותיה אצלה מכמה טענות ראשונה מטעם מה שאמרו ז"ל הבת אצל האם לעולם ומה גם בהיותן קטנות כי מי יחוש עליהן להדריכן

בדרך ארץ יותר ממנה. שנית מטעם סכנת הדרכים כי הרבה הדרך ומה גם בהיותן קטנות ורכות ודפקון יום א' יקראם אסון. שלישית שאין ראוי שתשבו היתומות אצל דודן שמעון כי הוא יורש אותן ואין נכון להעמידן אצל הראוי ליורשן. ועל זה שואל השואל אם יש כח ביד לאה לעכב הבנות אצלה ואם הדין אתה לעכב הבנות שאל השואל אם יש כח בידה לעכב ג"כ נכסי הבנות בעירה כי ראוי שיעמדו הנכסים במקום עמיד' היתומות ואת"ל שאין כח בידה לעכב הנכסים כלם אם לפחות יהיה כח בידה לעכב מן הנכסים שיעור שיספיק הריוח העולה מהם למזונות פרנסת היתומות גם כדי להזמין התכשיטין ושמושי ערש לצורך נדוניית היתומות הנז' כל כל אלה ילמדנו מורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה הרב הגדול מהריב"ל ז"ל בפסקיו ח"א שאלה כ"ו כתב דהא דאמרי' בפ' הנושא הבת אצל האם לעולם היינו אפי' אם האם תרצה לעקור דירתה מן העיר שתוליך בתה עמה והאריך הרבה להוכיח הדבר והרב הגדול מורי ורבי בפסקיו ח"א סי' פ"ז באותו הנדון עצמו חלק עליו והאריך לסתור דבריו והעלה דהא דאמרי' הבת אצל האם לעולם היינו כשאינ' רוצה לעקור דירת' מן העיר אבל כשרוצ' לעקור דירת' מן העיר לא דאיכא סכנת דרכים וכ"ש בהיו' ילדה רכה וקלה להתפעל מחורב ביום ומקרח בלילה ויעקב אע"ה אמר הילדים רכים וגו' והאריך שם להוכיח כן ובנ"ד כל אפין שוין דאין שמעון האפטרופס יכול להוציא הבנות מאצל אמן דאפילו לא היה מוציאן ממקום דירתם אמרינן בפרק הנושא הבת אצל האם לעולם כ"ש בנ"ד דבא להוציאן ממקום דירתן ואיכא סכנת דרכים וכל הטעמים שכתב הרב הגדול מורי ז"ל בתשובה הנז' דהוא פשוט יותר מביעתא בכותחא דאין שמעון יכול להוציאן ומה גם שהוא ראוי לירש ואין מניחין קרוב אצל הראוי לירש כדאיתא בפ' הנושא משום מעשה שהיה ואעפ"י דהנכסים הם במקום שמעון האפטרופס וכתב הרב הגדול מורי ז"ל בפסק הנז' בשם רבו מוהר"ר לוי ן' חביב ז"ל שזכות היתומים בודאי הוא שיהיו נכסיהם במקום אחד ולא שיהיו הם במקום א' ונכסיהם במקום אחר וכמו שהאריך שם היינו היכא דרוצה האפטרופס לעלות לארץ ישראל ולהוליך עמו נכסי היתומים דלאו כל כמיניה שזכות היתומים הוא שהנכסים יהיו במקום שהם שם לכמה סבות שביאר שם אבל היכא דהנכסים במקום א' ואתה בא להוציא הבת מאצל האם מהאי טעמא ודאי לא אמרינן הכי דאדרבה מקיימינן תקנה דהבת אצל האם לעולם שהוזכרה בתלמוד בהדיא ומה גם דאיכא סכנת דרכים ואיכא סכנת חולי כדכתיבנא ומוטב שתהיו הבנות אצל אמן והנכסים במקום אחר דאעפ"י דהוי ריעותא כנראה מדברי מורי ז"ל מ"מ לא הוזכרה בתלמוד כמו הבת אצל האם:

ואיברא דאם היינו יכולים לעכב הנכסים במקום שהבנות שם היה טוב הדבר מאד כדי שיעמדו הנכסים והיתומות במקום א' כמו ששאל השואל באת"ל אבל מה נעשה דאבי יתומים מנה לשמעון אפטרו' שהוא רחוק מעירו ובודאי שכיון שהניחו לפקח בנכסיו ולהשגיח בהם משמע שכוונתו היתה שהנכסים יהיו במקום האפטרופס דאיך ישגיח בהם ויהיה אפטרופס עליהם אם הנכסים במקום א' והוא במקום אחר שהוא איש במעון ומעשהו בכרמל אלא ודאי דעתו היה שהנכסים יהיו במקום האפטרופס כדי שישגיח עליהם ואע"ג דב"ד אין עושין כך כשימנו אפטרופס אלא ממנין אפטרופס שיהיה במקום היתומים כדי שיהיו הנכסים והיתומים במקום א' כדכתיבנא כיון דמנהו אבי היתומים הרשות בידו. דהא אמרינן בפרק הנזקין דאין ממנין ב"ד נשים ועבדים וקטנים לאפטרופסים ואפילו הכי שנינו שם דאם מנו אותם אבי היתומים הרשות בידו ודכוותא בנ"ד כיון דאבי היתומים נתרצה בכך הרשות בידו והנכסים יהיו במקום האפטרופס: אבל מה ששאל השואל אם לפחות יהיה כח בידה לעכב שיעור מה שיעלה הריוח העולה מהם למזונות הבנות אע"ג דלכאורה נראה דכוונת אבי היתומים שיהיו כל הנכסים במקום האפטרופס כדי שישגיח עליהם מ"מ כיון שלא ביאר הדבר בהדיא שיהיו כל הנכסים שם אלא מינהו אפטרופס סתם אם יראה לב"ד שלפחות שיעור המספיק הריוח העולה מהם למזונות הבנות שיהיה במקום היתומות כדי שלא יטרחו אחר מזונותיהן דכיון דאין האפטרופס בעירן תלכו מדחי אל דחי לבקש מזונותיהן ודורש אין להן כיון שאין האפטרופס שהנכסים בידו שם הרשות בידם לעשות כן וכמו שכתב הרמב"ן בתשובת שאלה סימן ל"ח הביאוה הרבנים הנז' בתשובותיהם הנז' וז"ל ולעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר מה שיראה בעיני ב"ד שבכל מקום שיש בו יותר תקון ליתומים שב"ד אביהם של יתומים לחזור אחר תיקונן ע"כ כן נאמר בנ"ד דיעשו ב"ד בזה הנראה בעיניהם לעכב שיעור מה שיספיק לריוח מזונות הבנות לבד ויהיו מעשיהם לשם שמים הנלע"ד כתבתי:

הצעיר וקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רא

ראלה ראובן צוה מחמת מיתה ואמר שנותן במתנה גמורה מעכשיו לנער ישראל א' החנות וכל מה שבתוכה הסחורות והמעות הכל נתן במתנה גמורה ועוד נתן לו הבתים והעליות אשר הם סמוכות לבתי ה"ר יהודה די ברבונה ומאגאזין אחד אשר בו היין והוא בתנאי שאם יגיע הנער לנשואין הרי המתנה מעכשיו שלו אמנם אם ח"ו ימות הנער קודם

שישא לא תחול המתנה כלל. עוד צוה שתירש בתו דונה חנה שנים אלפים לבנים. עוד צוה שאשתו דונה לידיסייא תהיה אפטרופסית על נכסי הנער כל ימי חייה כל הכתוב לעיל אמר ראובן וצוה שלשה ימים קודם פטירתו ומת מאותו חולי שהיה בעת הצואה ולא נעתק מאותו חולי לחולי אחר ע"כ. ושאל השואל ראשונה מאחר שאמר החנות וכל מה שבתוכה סחורו' וכו' ולא פי' מינו לא סמכא דעת המקבל שכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק כ"א מהלכות מכירה המקנה לחברו דבר שאינו מסויים אם היה מינו ידוע אעפ"י שאין מדתו ידועה הרי זה קנה ואם אין מינו ידוע לא קנה כיצד ערימה זו של חוטין אני מוכר לך וכו' מרתף זו של יין אני מוכר לך וכו' אעפ"י שאין מדת הערימה ידועה ולא משקל וכו' הרי זה ממכרו קיים אבל האומר כל מה שבבית זה אני מוכר לך בכך וכך וכו' שהרי אינו יודע מה יש בו אם תבן או זהב. עוד כתב פרק ג' מהלכות זכיה כשם שהמוכר צריך לסיים המקח כך הנותן וכו' ובנ"ד לא אמר מינו אלא כל מה שבתוכה לא קנה ולא זכה במתנה. עוד שאל השואל ואם ת"ל שכן האמת שמאחר שלא אמר מינו המתנה בטלה מי אמרינן מתנה שבטלה מקצתה בטלה כלה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל מתנה שחזרה מקצתה חזרה כלה. עוד שאל השואל שזאת הצואה דבריה סותרות זו לזו שבתחלה אמר צוה מחמת מיתה ואחר כך אמר שנותן במתנה גמורה מעכשיו והיא מתנת בריא וצריכה קנין עוד חזר בסוף הרי המתנות מעכשיו שלו ואזלינן בתר תחתון ומורנו הרב ר' יוסף ן' לב ז"ל הביא בפסקי' ח"א שאלה ס"ג וז"ל תשובה היה נראה מזאת הצואה שהיא בטלה ואין בה ממש וכו' עד אומרו ולא אמרינן דסימנא לחיים קאמר עיין שם:

תשובה איברא שהרמב"ם ז"ל כתב בפרק כ"א מהלכו' מכירה שצריך לסיים המקח וכן המתנה בפ"ג מהלכות זכיה וכמו שהשואל העתיק לשונו ומטעם זה היה נר' לבטל מקצת הצואה והיה נראה להביא סיוע לזה ממה שכתב ה"ה בפ"ג מהלכות זכיה דחולק לדעת הרמב"ם בין מתנה למכר ואמר דבמתנה כל שלא סיים לא קנה כלל דהממע"ה אבל במכר אין זה קרוי מוציא מחבירו וא"כ נאמר בנ"ד דהדברים ק"ו במכר דאין קרוי מוציא מחבירו כתב הרמב"ם ז"ל דלא קנה כ"ש במתנה. אבל כד מעיינינן אשכחינן דהא לאו מילתא היא דאי אמרת הכי קשה טובא דהא ממה שכתב בפ"ג מה' זכיה משמ' דדוקא משום שכתב חוץ ממקצתן לא קנה הא אי כתב כל נכסי קנוין לך לבד קנה וכן בפרק המכי' אמרו הכותב כל נכסיו לעבדו קנה עצמו בן חורין ומשמע שם שכתב לו בשטר כל נכסי קנוין לך וכן בפי"א מהלכות זכיה כתב שכיב מרע שאמר מטלטלין שיש לי וכר עד אומרו נוטל כל המטלטלין ואם איתא דנדמה למכר בענין זה דבעינן שידע

מה שנתן לו אמאי קנה אלא ודאי צריך לומר דלא אמר הרמב"ם עכ"פ דין זה אלא דוקא במכר וטעמא משום דכיון שזה הלוקח נותן דמים ואינו יודע מה קונה לא סמכ' דעתו דאומר בלבו אולי ישוה הדמים ויש בו תבן או כיוצא בו אבל במתנה כיון דבחנם בא לו ולא שייך לומר כאן דלא סמכא דעתו דמקבל דבכל דהו ניחא כיון דבחנם בא לו ולהא מילתא ודאי עדיף מתנה ממכר משום הך טעמא: איברא דאיכא למשדי נרגא בהך ראיה שהבאתי לחלק בין מכר למתנה דבמכר גופיה קשה הך קושיא דהרי כתב הרמב"ם ז"ל פרק כ"א מהלכות מכירה ואם אמר לו כל נכסי אפילו עבדים ובתים וכל המטלטלין הידועים לו ע"כ והשתא אמאי קנה הא כיון שאמר כל נכסי הוי דבר שאינו מסויים ואינו יודע מה הם נכסיו ותו קשיא דבפרק המוכר את הבית אמרו גבי מוכר את הבית דלא מכר מטלטלין שבה ואם אמר היא וכל מה שבתוכה כולן מכורין וכתבו הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ו והשתא אמאי קנה הא כי אמר וכל מה שבתוכה הוי דבר שאינו מסויים ואין סברא לחלק ולומר דדוקא היכא דאמר כל מה שיש בבית זה הוי דבר שאינו מסויים אבל כשאמר הבית וכל מה שבתוכה כיון שמכר לו הבית עצמה מקח מסויים הוי דודאי כיון דטעמא הוי משום דכיון דאינו יודע מה יש בו לא סמכא דעתו הך טעמא נמי איתא כשאמר וכל מה שבתוכה דקונה כל מה שבתוכה בכ"כ מעות ואינו יודע אם שוה אותם המעות וא"כ ודאי דקשיא טובא אלא ודאי אית לך למימר לתרץ זה דמ"ש הרמב"ם בפרק כ"א וכו' ומה שאמרה המשנה הוא כשהלוקח יודע מה שלוקח דכבר ידע מה שבתוכה אלא שלא הוצרך הרמב"ם והמשנה ג"כ לפרש כן משום דלא בדינא דדבר מסויים איירי אלא בדינא אחרית' קא מיירי לפרושי היכי משמע לישנא דמוכר אע"פ שהלוקח יודע מה שלוקח ולכך קאמר דהיכא דלא אמר מה שבתוכה לא משמע מטלטלין וא"כ נתרץ ג"כ בהא דש"מ דהלכות זכיה דמה שכתב הרמב"ם מטלטלין שיש לי וכו' הוא דהמקבל יודע מה נותן ולאו בהאי דינא קא עסיק הרמב"ם ז"ל כדי שנאמר שהיה לו לפרש שיהא מסויים דסמך בזה על מה שכתב בהלכות מכירה ולעולם דאין לחלק בין מכר למתנה דבכולהו בעינן מסויים ונתבטלה הראיה שהבאתי:

אלא שמ"מ אני אומר שחלוק שחלקתי בין מכר למתנה חלוק אמתי הוא דודאי זיל בתר טעמא כיון דלוקח נותן דמים אמרי' לא סמכא דעתיה אבל מקבל מתנה בכל דהו ניחא ליה וא"כ אין לבטל הצואה מטעם זה. ואם באנו לבטלה מפני הטעם השני דכתוב בה מעכשיו ומההוא שהביא השואל ממ"ש הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו הראשונים שאלה ס"ג דע"כ לא קאמר התם הרב דהצואה קיימת אלא משום דלבסוף כתיב שם וצוה מחמת מיתה ואזלינן בתר תחתון אבל בנ"ד דהויא איפכא דלבסוף כתב שנתן במתנה גמורה

אזלינן בתר תחתון והוי מתנת בריא דבעי קנין הא נמי ליתא דהא הרב ז"ל כתב שם בסי' ס"א וז"ל ועוד שהרי אתה יכול לקיים דברי הצואה שלא יהו סותרים זה לזה שמה שאמרה ומעכשיו יהיו נתונים לה במתנה גמורה לא היתה כוונתה לחזור ממתנת מצוה מחמת מיתה ולתת מתנת בריא אלא כוונתה היתה לענין שלא תוכל לחזור לעשות צואה אחרת ואף שבזה אין דבריו קיימים וכו' והביא ראיה ממ"ש מהר"ם בתשובת שאלה כשדברי השטר הם סותרות זו לזו יש לנו לישבם ואפילו במשמעות רחוק ולא נאמר הלך אחר תחתון ע"כ נראה מכאן דבנ"ד נמי כיוון דאפשר לישב דברי הצואה שלא יהו סותרים נפרש כן לישבם ותהיה קיימת א"כ היה נראה מכל זה שצואה זו קיימת. אלא שלע"ד נראה אחר העיון דצואה זאת בטלה ויש לי לדון ולהשיב בההיא תשובה מהרב הגדול מהריב"ל ז"ל דקשיא לי בגוה טובא חדא בדבריו הראשונים כתב בההיא דבחיים ובמות מסקנא דשמעתא דהוי מתנת מצוה מחמת מיתה אינה צריכה קנין משמע דס"ל להרב ז"ל דאהני במות לעשותו כמצוה מחמת מיתה ולא בעי קנין ולא ידעתי מנין לו אדרבה מצאתי להרב המגיד שכתב הפך זה בפ"ח מהלכות זכיה שכתב שם על מ"ש הרמב"ם ז"ל בדין זה בין במקצת וכו' דהוא במצוה מ"מ אבל בסתם ודאי אם קנו ממנו הרי הוא כמתנת בריא ואם לא קנו ממנו אינו כלום וכן מ"ש שהרמב"ם פליג על שאר הפוסקים לא ידעינן במאי פליג עלייהו דכ"ע פסקו כרב וכן פסקו דלא כרבא דאמר דמחיים קני ולא ראיתי בזה מחלוקת כלל וכן מ"ש ליישב הלשונות סותרות ולקיים הצואה לע"ד נראה ליישבם בהפך במחילה מכ"ת וכמו שכתב הריטב"א בתשובה הובאה בב"י סי' ר"ן וז"ל ואע"פ שכתוב בתחלתו שצוה מ"מ ושנתן מתנותיו לאחר מיתה אין השם ההוא מוציא מידי מעכשיו הכתוב בסופו ואנו מצרפין שניהם והם מתנה מהיום ולאחר מיתה ע"כ אף אני אומר בנדון דידיה ודידן דכוונתו לומר מהיום ולאחר מיתה כדי לישב סתירת שתי הלשונות וכדכתב הריטב"א ז"ל וכיון שכן הרי כתב הרב הנמוקי יוסף בשם המפרשים דכשכתוב במתנ' ש"מ מהיום ולאחר מיתה בעי קנין והכא דליכא קנין הצואה בטלה:

ואם נפשך לומר אדרבה יש לנו לפרש הצואה בלשון דמהני ולקיימה ולא לבטלה ודמיא למאי שכתב הריב"ש ז"ל בסי' רס"ג בהקדמה שלישית דכי אמרי' יד בעל השטר על התחתונה בלשון שיש לדון אותו בשני פנים דדנין אותו בפחות שבלשונות אבל בענין שבטל השטר יש לנו לקיים השטר ואפילו באפשר רחוק נכשיר אותו וכתב עוד שם שאין אומרין יד בעל השטר על התחתונה לפסול אותו אפילו בדבר שהעדים רשאין לעשות אותו ע"כ ה"נ נימא אע"ג דיד בעל המתנה על התחתונה דהיורש מוחזק בנכסים

מ"מ בדבר שמבטל הצואה לגמרי אדרבה נפרש אותו בלשון המועיל ונפרש כפי' הרב מהריב"ל דליפוי כח קא עביד כדי שלא יוכל לעשות צואה אחרת הא ודאי לאו מילתא היא דירושה הוי דאורייתא ומתנת ש"מ דרבנן ולהכי מהדרינן לקיים הירושה שהיא מן התורה ולבטל המתנה שהיא מדרבנן. תדע לך דהא בפ' מי שמת במתנת ש"מ דכתוב בה קנין אמר שמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר אלא לאחר מיתה והשתא אמאי לא נעמיד הצואה ונאמר דהקנין הוא ליפוי כח כיון דאפשר לומר הכי ואפשר לומר הכי דהא שמואל שמא קאמר דמשמע דמשום חששא בעלמא פסלינן לה אלא ודאי כדאמרן שהירושה שהיא מדאורייתא נעמידה בכל מה שנוכל ולא ניחוש לבטול מתנת ש"מ דרבנן וכן מצאתי להריב"ש כדברי בסי' קס"ח וז"ל וכן כל מה שמוסיף להקנות כדרך מתנה בריא אנו חוששין שמא לא רצה להקנות בדבור לבד אלא בקנין כדרך הבריאי' ואע"פ שאפשר שאין זה כוונתו כיון שיש לחוש לזה אין אנו מוציאין מחזקת היורשים אלא בראיה ברורה שיבאר המצוה שאינו מכוין אלא ליפוי כח המקבל וכבר פי' לנו בגמרא היכי דמי מיפה כחו כגון דכתבי וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא ע"כ אף אנו נאמר בנ"ד אם איתא דליפוי כח קא מכוין כדכתב הרב מהריב"ל ז"ל היה לו לבאר וכל זמן שלא ביארו ניישב סתירת שתי הלשונות כדכתב הריטב"א ז"ל וכמו שכתבתי דהוי מהיום ולאחר מיתה והצואה בטלה כיון דלית בה קנין ועומד הירושה בחזקתה:

איברא דאיכא למשדי בה נרגא מהא דכתב הרב מהרי"ק בסי' צ"ד גם הריב"ש בסי' ת"פ דאפילו בענין הצואה לא אמרי' בה יד בעל בעל השטר על התחתונה כדי לבטלה אלא אדרבה נפרש לקיימה משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה והיכא דאית בה לשון דסובל שני פי' אחד מבטל אותה וא' מקיימה נפרש כדי להעמידה ולא לבטלה הכי מוכח ממאי דכתבו שם הרבנים הנזכרים וכיון שכן נראה דלית להו החלוק האמור דשאני הכא דהוי מתנת ש"מ דרבנן ולא נחוש בבטולה וא"כ דברים הללו סותרי' כל מה שאמרנו ונפל פיתא בבירא אלא שע"כ יש לחלק ולומר לדעתם דכל לשון האמור בש"מ לא נפרשהו ליפוי כח דדבר זה הוא עד שיבאר כן המצוה בפי' דאלת"ה קשיא תרתי חדא דתקשי עלייהו הא דשמואל דכתיב דמשמע דאע"פ דאפשר לפרש הצואה בשני פנים ונוכל לומר דליפוי כח קא מכוין מ"מ קאמר שמואל שמא לא גמר וכו' ותו קשיא בהריב"ש מדידיה אדידיה שבסי' ת"פ כתב שכשיש לשון מסופק נפרש כדי לקיים הצואה ובסי' קס"ח כתב דלא יוציא מחזקת היורש אלא א"כ יפרש המצוה בפי' משמע דהיכא דאיכא לישנא דלישתמע לתרי אנפי אע"פ שתתבטל הצואה נפרש הפי' לבטלה ולהעמיד הירושה בחזקתה אלא ודאי ע"כ צריך אתה לומר דליפוי כח דבר זה הוא לומר

דהמצוה מכוין ולהכי בנ"ד נמי אין לומר דליפוי כח קא מכוין כדכתב הרב מהר"י ן' לב ואפי' בנדון דהרב מהריב"ל ז"ל בשאלה ס"ג דכתב וצוה מ"מ לבסוף וכתב שם הרב הנז' דאזלי' בתר תחתון ונקיים הצואה בשביל כך אי לאו דמסתפינא אמינא דאדרב' נעשה שלא יסתרו דבריו זו לזו ונפרש דכוונתו הוא מהיום ולאחר מיתה וכדכתבתי והצואה ההיא בטלה במחילה מכ"ת אלף אלפי פעמים כ"ש בנ"ד דמ"ש צוה מ"מ הוא בתחלה דאפשר דאפי' הרב הנז' יודה בנ"ד ואע"פ שבשאלה ס"א כתב ועוד שהרי אתה יכול וכו' דמשמע דאפי' יהיה צוה מ"מ קודם נקיים הצואה מ"מ אפשר דהרב הנז' לא על טעם זה סמך אלא על הטעמים אחרים הנז' שם:

הכלל העולה מכל מה שכתבתי דצואה זו בטלה והבת תירש כל הנכסים כדין תורתנו הקדושה ובזה אין צורך להשיב למה ששאל השואל אם בטלה מקצתה בטלה כולה ומ"מ כדי להתלמד במקום אחר אומר דאע"פ שנתבטלה מקצת הצואה מכח הדין לא נתבטל השאר דאף על גב דאמרי' בפ' מי שמת דכשחזר במקצתה חזר בכולה דהיינו כתב לא' כל הנכסים וכתב לשני מקצת התם טעמא הוא כדכתב שם רשב"ם דגלי דעתיה שמתחרט בראשון אבל הכא לא גלה דעתו שמתחרט ואע"פ שמכח הדין בעלה מקצתה לא מפני זה נאמר בטלה כולה ובנ"ד לא איכפת לן האי כדכתיבנא דבלאו הכי הצואה בטלה והבת תירש. הכל לע"ד אם יראה בעיני הרבנים המובהקים ובפרט בעיני הרב הגדול נר ישראל מורי ורבי נר"ו כי איני ח"ו כמורה הלכה בפניהם אלא כמגלה דעתי אם יראה בעיניהם: נאם מתאבק בעפר רגליהם הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רב

שאלוני משפטי צדק על דבר ראובן שהיה ממושכן בידו קרקע א' בעד אלף וחמש מאות זוז שהלוה עליו והיה דר בו ובשעת מותו אמר שיחזירו הקרקע לבעליו ע"מ שיתנו האלף ות"ק מאות זוז לנשואי בת אחיו אחרי כן אירע שבת אחיו נשאת לאלמן א' ולא הוצרכו לתת לו מעות בעין אלא נתנו לו תכשיטין ושמושי ערש בעלי הקרקע קרוב לעשרים אלפים זוזים ויהי היום באו יורשי ראובן לערער על הקרקע ההוא ולומר שאביהם התנה שיתנו אלף ות"ק זוז במעות בעין לנשואי בת אחיו ולא קיימו התנאי שלא נתנו לו מעות בעין אלא תכשיטין ושאלו את פי הדין עם מי:

ואמרתי שהדין עם בעלי הקרקע משום דהרא"ש כתב בכלל מ"ג סי' י"ד על ראובן שנשבע לשמעון ליתן לו מנה לז' בסיון ואירע ז' בסיון באותה שנה בשבת ואמר ראובן

כיון שנשבע ליתן ביום ידוע ואירע אותו יום בשבת שהוא פטור מהשבועה וכו' והשיב שם רואה אני את דברי שמעון כי כוונת שניהם היה שיהיה שמעון פרוע בז' בסיון ולא שיפרענו דוקא באותו יום ועוד אני אומר אם לא פרע ראובן קודם ז' בסיון צריך ראובן ליתן לשמעון ביום השבת משכון שוה מנה לקיים שבועתו דשוה כסף ככסף וכו' ע"כ והרי התם דנשבע לפרוע מעות וקאמר דאע"ג דנתן משכון פטור משבועתו דשוה כסף ככסף א"כ ה"נ ה"ה והוא הטעם בנ"ד דכיון דנתן לה שוה כסף הרי קיים תנאו:

וגדולה מזו כתב הרב ב"י בח"מ סי' ע"ג וז"ל אבל במשרים נ"ו ח"א כתב שאפילו נשבע לפורעו במעות ולא במשכון יתן לו משכון של כסף ולא יעבור על שבועתו דשוה כסף ככסף ע"כ. איברא דהדברים תמוהים בעיני דאיך אפשר דנשבע לפרוע בפי' מעות ולא משכון ויפטר בפרוע משכון הפך ממה שהתנה בשבועתו ע"כ נראה לי דאין כוונת בעל משרים כמו שכתב הרב ב"י ז"ל שלשונו כך הוא שם ומי שנשבע לחבירו לפורעו ליום ידוע לחדש וחל אותו יום ביום שבת פורעו קודם השבת או יתן לו משכון של כסף כי שוה כסף ככסף ולא יעבור על שבועתו ואף אם נשבע לפורעו במעות ולא במשכון ע"כ ונדמה לו לרב ב"י דהך דכתב ואף אם נשבע וכו' קאי אדסמיך ליה דהיינו יתן לו משכון ולי נראה דלא קאי אלא אמאי דפתח ביה דהיינו דצריך לפורעו קודם השבת והיינו ממש הדין שכתב הרא"ש בתשובה השניה שכתב שם וז"ל שוב אמרו שנשבע לפרוע בז' בסיון במעות ולא במשכון אמרתי שאעפ"כ לא נפטר מן השבועה כיון שבשעה שנשבע לא ידע דז' בסיון יהיה בשבת אין זה כנשבע לבטל את המצוה והשבועה קיימת ודמיא להא דאמרי' בירושלמי אם נשבע שלא יאכל מצה שבועה שלא אוכל מצה אוכל דכיון שלא הזכיר ליל פסח אין זה נשבע לבטל את המצוה ושבועתו קיימת וכן בנדון זה שבועתו קיימת כיון שלא ידע דז' בסיון יהיה בשבת וצריך לפרוע קודם ז' בסיון שלא יעבור על שבועתו ע"כ נראה מדברי הרא"ש דמאי דכתב בדין נשבע לפרוע מעות ולא משכון הוא שיפרע קודם שבעה בסיון ולא לומר שיפטר במשכון כמו שנדמה לרב ב"י בדברי רבינו ירוחם ז"ל: איברא דקשי' לי על הרא"ש דכיון דכוונתו היא לומר שיפרע קודם ז' בסיון א"כ למה ליה למהדר בשאלה שניה אטעמא אחרינא בטעמא קמא דשאלה ראשונה סגי ליה דבשאלה קמייתא כתב דכוונתו שיהיה שמעון פרוע בז' בסיון ולא שיפרענו דוקא באותו יום א"כ בשאלה שניה נמי אמרי' הכי דכוונתו שיפרענו קודם ויפרענו במעות כמו שהתנה ותו קשיא לי עליו דמאי ראיה מייתי מההיא דלא אוכל מצה הא התם שכוונתו הוא שלא יאכל לא בליל פסח ולא בכל השנה, ומ"מ חייל שבועתו משום דחייל בכולל מגו דחל אשאר ימות השנה חייל אליל פסח אבל הכא לא ידע שז' הוא בשבת

ואפשר לומר דשבועה בטעות היא ופטור משבועתו דדמי לנדרי שגגות ולא דמי נדון דידי' להההיא ראי' כלל ומ"מ למדנו מדבריו דלא יתן משכון אלא מעות קודם השבת וזו היא כוונת רבינו ירוחם לדעתי וכוונתו לכתוב הדינים שכתב הרא"ש ז"ל בב' השאלות דמ"ש פורעו קודם השבת או יתן משכון הוא דין השאלה הראשונה ומה שכתב ואף אם נשבע לפורעו במעות וכו' הוא דין השאלה שניה כדכתיבנא:

נמצינו למדין דמי שנשבע לפרוע מעות סתם ונתן משכון נפטר משבועתו וא"כ ה"ה בנ"ד דנפטר מתנאו וסברא גמורה דשוה כסף ככסף וכדכתב הר"ן בריש קדושין וכן כתבו התוספות שם כך היו הדברים פשוטים בעיני אלא שראיתי להרב מוהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בפסקיו סימן קל"ד שחלק על הרב מהר"י בירב ז"ל שהוא סבור דאפילו בגירושין אם אמר הרי את מגורשת על מנת שתתני לי מאתים זוז ונתנה לו שוה כסף דנתקיים התנאי והביא שם ראיה מתשובת הרא"ש שהבאתי למעלה ועוד האריך והרב מוהר"ר לוי ז"ל חלק עליו והאריך שם להשיב עליו לחלק בין ההיא דשבועה לגרושין. עוד כתב שם וז"ל עוד נ"ל ראיה לקיים שגם בזוזים צריכה לתת כמו שהתנה דהא אע"ג דקי"ל שוה כסף ככסף עכ"ז יש מקומות רבים דכסף דוקא בעיא וכו' וסיים דבריו וא"כ כיון שיש מקומות דלא אמרינן בהו שוה כסף ככסף דזה שהתנה עם אשתו בפי' שתתן לו זוזים נראה דהוי קפידא וצריכה לתת כמו שהתנה עמה וזה ככל התנאים שבעולם וכו' ע"כ נראה, מלשונו דבתנאי כנ"ד צריך שיתן מעות דוקא ולא שוה כסף: ומ"מ אני אומר דאפילו לפי סברת הרב מהר"ר לוי ז"ל הדין הא' קיים משום דהוא כתב שם האמנם אם נתן לה חפצים שוים כדי אותם זוזים ועוד כדי שכר טורח המכירה בריוח נ"ל דהויא מקודשת וכן אם התנה עמה לתת לה איזה בגד או איזה חפץ ונתן לה דמי שווי אותו בגד ועוד דמי שכר טורח הקניה בריוח והוא דבר נמצא לקנות נראה דהויא מקודשת וכו' ודוקא בגרושין אמרינן בכה"ג דאינה מגורשת משום דלצעורה קא מכוין אבל בעלמא לא כמו שהאריך שם ואעפ"י ששם העלה בסוף דבריו ועכ"ז גם בכאן מי שירצה לחוש לסברת אלו הרבנים ויאמר בחלוקה שהזכרתי מקודשת דהויא מקודשת לחומרא וצריכה גט ממנו אבל אם יקדשנה אחר דגם מאותו השני צריכה גט אני לא אחלוק עליו כי המחמיר תבא עליו ברכה ע"כ לא כתב כן אלא לחומרא גבי קדושין אבל גבי ממון ודאי דכ"ע מודו דהיכא דנתן לה שוה כסף ועוד מעט יותר כדי שכר טורח המכירה דקיים תנאו א"כ בנ"ד דנתן יותר ויותר מהאלף ות"ק זוז שיש שם יותר משכר טורח המכירה לכ"ע ודאי דקיים תנאו והקרקע הוא של בעליו בלי שום פקפוק וערעור כלל:

נאם הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רג

בהיות שהעלוב ה"ר משה עאטיאש בכ"ר משה נ"ע חלה את חוליו אשר מת בו ממכת דבר ביום ד' י"ג לאלול השמ"ו שאנחנו בו הן היום הזה יום ה' כ"א לאלול הנז' נועדו יחדו ב"ד ק"ק פורטוגאל ובא ה"ר לוי עאטיאש יצ"ו אחי הנפטר ודרש מב"ד שיקבלו עדויות מעדי הצואה שצוה רבי משה הנז' ובא החכם כמה"ר אברהם מוטאל נר"ו והעיד בתורת עדות איך הלך ביום ו' ט"ו אלול הנז' לבקר את ר' משה הנז' והיו שם ר' יוסף קאזיש ור' שלמה אלמידה ואמר לחולה בלשון לעז קירישׂ' אזיר אלגון ביין פור וואיסה אלמה דיזילדו אקי בפנינו אידישו שי קיירו קי איל שי"ת לו שאבי קי אין מי שאנידת יו טיניאה וילונטא' די אזיר אונה אוברה בואינ' אי נו שביא' קומו לה ריפארטיריאה אגורה דיגו קי דישו שיין מיל אש' פארה קי אנדין אגאנשיאה לה מיאטאד פארה איל הקדש די צפת תוב"ב אי לה אוטר מיאטאד פארה א' ישיבה קי מילדין פור מי אלמה אין צפת אי אל דיניראַ קי אישטי אין פודיר די דוש מירקאדיריש פרינסיפאליש די שאלוניקי לוש מאש שיגורוש קון מי אירמאנו ר' לוי אחר זה לי דימאנדי קי דיאה איש דישו איש שבת דישולי רבי יוסף קאזיש יצ"ו קי דיזיש נו איש שינו ויירניש ריספונדיו אנסי איש וירדאד אי שי דיש"י שבת איש פזר קי יא אישטאמוש אה אינטראדה די שבת אי מירה קומו איש אנשי קי היום איש ט"ו די איל מיש גם דישו קומו דישאבה סיין דוקאדום אה סו קונייאדו ע"כ עדו' ה"ר אברהם מוטאל נר"ו. אחריו קם ר' יוסף קאזיש והעיד ככל דברי החכם הנז' ואחריו קם רבי שלמה אלמידה והעיד ככל דברי החכם הנז' ואחריו קם ר' יצחק עוזיאל יצ"ו והעיד קומו דישו קי שיין מיל אש דיש אב' פאר' צפת תוב"ב אי לידישו איל ה"ר אברהם מוטאל קומו קירישׂ קישי ריפארטאן דישו לוש שינקואינטס רינדאן פארה איל הקדש אי לוש שינקואינטה פארה א' ישיבה ואחריו קם רבי משה זארמאטי והעיד כדברי ר' יצחק עוזיאל הנז':

עתה יש לגמגם בצואה זו דלא נזכר בה אני מקדיש מנכסי ועוד שאמר לשון מניח ועוד יש לדעת אם יוכלו הגבאים לשנותם מצפת או לפחות החמשים שהניח להקדש צפת שאינם צריכים כל כך שהגביר דון שלמה ן' יעיש מפקח עליו כל צורכו ואינו כ"כ מצוה גדולה ויקבעו פה ישיבה בשאלוניקי ובזה יהיה תועלת להחכם קרוב המצוה שהוא חכם ונצרך מאד ועוד יש לשאול אם הגזברים יוכלו לתת חלק מהקדש הנז' או תנאי קבוע לגיסו מהמצוה הנז' בעל אחותו שהוא חכם ויש לו טפול בנים ובנות שהגיעו לפרקן ומוכרח לבטל מלמודו לבקש טרף לביתו ונדוניית בנותיו ועוד שכיון שירד החכם גיסו הנז' מנכסיו אמרינן שיש לנו לאמוד דעת המצוה שיש בזה מחלוקת כפי מה שהביא

המרדכי פ"ק דבתרא ובצואה זו נראה שראוי לאמוד דעתו שגלה שמה שצוה הוא מה שיהיה בלבו בחייו והוא תמיד היה אומר שרצונו לקבוע ישיבה בשאלוניקי ויהיה גיסו החכם הנז' נהנה מהספקתו ועוד דנראה דדברי העדים לא יסכימו זה בזה ומקצתם לא העידו רק אמרו ואני כמוהו שיש בזה פלוגתא ועוד דנראה שהמצוה לא היה בדעתו ואם אחר כך תקן דבורו היה אחר ששמו בפיו האמת. ועוד יש לדעת אם חזרו אחר זמן עדי הצואה וכתבו תופס אחר וכתבו בתוכו תיבת מנכסי שלא היה בראשונה אם יועיל או לא ולכל אלו הדברים צריכים אנו למודעי ילמדנו מורנו וישענו שיחיה עומקא של דינא:
תשובה איברא דלכאורה יש לבטל צואה זו מהטעמים הבאים בשאלה אי מטעמא דלא כתיב בה מנכסי או מטעמא דאין כתוב בה לשון מתנה אלא לשון הנחה ובאלו הב' טעמים איכא פלוגתא דרבוותא כמו שנבאר ב"ה וא"כ איכא למימר דנכסי בחזקת יורש קיימי והממע"ה וכדכתב הטור בסימן ר"נ בח"מ גבי בעיא דהקדיש נכסיו או הפקירן ונתנם לעניים אם חוזר אם עמד דהיא בעיא דלא איפשיטא ופסק הרמ"ה דחוזר דנכסי בחזקת נותן קיימי וכן כתב הרמב"ם בפרק ט' מהלכות זכיה והרא"ש דפליג היינו משום דאנו באים לבטל מעשיו מכח האומדנא אבל בנ"ד דהספק הוא אי הוי המתנה להקדש מתנה כל אפין שוין דנכסי בחזקת יורש קיימי ואף ע"ג דהרב ב"י ז"ל בטור י"ד סוף הלכות צדקה כתב דבעיא זו סלקא בתיקו דאיסורא וראוי לפסוק לחומרא דהוי מילתא דהקדש מ"מ כבר כתב שם דיש פוסקים אותה לקולא ככל תיקו דממונא ולזה דעתו נוטה א"כ נראה דבכל דבר דאיכא פלוגתא דרבוותא נכסי בחזקת יורש קיימי אפילו לגבי הקדש ובשני הענינים הנז' איכא פלוגתא בהא דבעינן שיאמר מנכסי הרשב"א ז"ל אית ליה הכי משום דאזיל לטעמיה דאיהו פסק בפרק שבועת הדיינין גבי פלוגתא דרב ושמואל דינר זהב יש לי בידך וכו' דפליגי אי שוה קאמר או דוקא קאמר כשמואל דאמר דוקא קאמר וכיון שכן כשלא אמר מנכסי הוא סובר דוקא מנה קאמר שהניח לו מעות בעין וכיון שאין לו מעות בעין לא זכה המקבל דאיהו דוקא קאמר ולית ליה וכדבריו פסק הרמב"ם זיל בפ"ג מהלכות טוען דדוקא קאמר אבל לשאר הפוסקים שפסקו כרב והם הרמב"ן והרא"ש והטור ז"ל בח"מ סימן פ"ח דכתבו דבהלואה שוה קאמר ובפקדון דוקא קאמר א"כ גבי ש"מ נמי אע"ג דלא אמר מנכסי אמרינן דשוה קאמר וכן נראה מדברי הר"ן בספ"ק דגטין דתלי הא בהא וכן ה' המגיד בפ"י מהלכות זכיה ומהרשב"א ז"ל עצמו בתשובותיו אלף נ"ה נראה כן בהדיא יע"ש וכן נראה מהתשובה שהביא הרב מהר"י קולין ז"ל בשרש הנז' משמו דף צ"ט עוד נשאל צואת ש"מ שכתוב בה תנו אלפים דינרים וכו' ודברים פשוטים הם בעיני. וע"כ יש לתמוה על הרב מהרי"ק שכתב שם על הרשב"א

ובזה לא מצינו שום פוסק שיחלוק עליו דאיך כתב כן דהא הפוסקים שפסקו כרב דשוה קאמר ודאי דפליגי עליה ואפילו למאן דפסק דוקא קאמר כתב הרב המגיד ז"ל בריש פ"י מהלכות זכיה דאפשר דשאני ש"מ דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ואע"ג דלא חלק בפי' מ"מ מאן דפסק התם דשוה קאמר ודאי דפליג על הרשב"א ז"ל וכדכתיבנא ויותר יש להפליא הפלא ופלא על הרב מהר"ר דוד כהן בתשובותיו בית שלשים שכתב דלא בעי' שיאמר מנכסי אלא כשאמר לשון הנחה שהוא לשון גרוע ועל דא כתב מהרי"ק ז"ל כן אבל כשאמר תנו ושאר לשון של זכות לא בעינן מנכסי דדברים אלו הם תמוהים דהא בהדיא כתב הרשב"א בתשובה הנז' שהביא הרב מהר"י קולין צוואת ש"מ שכתוב בה תנו אלפים דינרים לבתי וכו' וכן בתשו' הנז' סי' אלף ונ"א כתב בהדיא כן דאפי' שיאמר לשון של זכות לא מהני מפני דהוא סובר דדוקא קאמר ולית ליה מעות בעין ועוד תימא על תימא דמה ראיה הביא מההיא דד' מאה זוזי מחמרא דנהר פניא דלא אמר מחמראי דהא התם ליכא למימר דוקא קאמר כדי שיאמר מנכסי דמחמרא קאמר א"כ ודאי שוה קאמר וכנראה מדברי הרב ז"ל שמה שצריך להזכיר מנכסי הוא משום דלא ניחוש דלא אמר שיתנו מנכסיו אלא מנכסי אחרים ומפני כן הביא ראיה מההיא דחמרא דנהר פניא וכ"כ עוד דבנדון דידיה פשיטא דמנכסיו קאמר דהא בעזבון נכסיו היה מצוה ובו הוה עסיק והוא בנוי על יסוד זה שהוא סבור שמה שצריך לומר מנכסי הוא מפני דלא לישתמע מנכסי אחרים אבל זה ודאי לע"ד לא עלה על דעת הרשב"א ז"ל דודאי לא הצריך הרשב"א ז"ל לומר מנכסי אלא משום שלא נאמר דיתנו דוקא מטבע ולא שוה מטבע ותלה בפלוגתא דרב ושמואל כדכתיבנא דהוא פסק כשמואל ועם זה נתבטלה ראיית הרב ז"ל שהביא מההיא דחמרא דנהר פניא וכן הטעם האחר שנתן בנדון דידיה דודאי מנכסיו קאמר לעניות דעתי נתבטל ג"כ משום דדילמא דוקא קאמר: והעולה מכל מה שכתבנו דהא מילתא תליא באשלי רברבי דאיכא מ"ד דבעינן שיאמר מנכסי ואם לא אמר מנכסי אם אין לו מעות בעין אין המתנה מתנה ולא ההקדש הקדש וא"כ לפי זה אם לא נמצא לש"מ מעות בעין כיון דלא אמר מנכסי ההקדש בטל דכיון דיש ספק דרבוותא מוקמינן נכסי בחזקת יורשים. וגם בענין האחר דבעינן שיזכיר לשון של זכות ולא לשון הנחה איכא נמי פלוגתא דהרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל פ"ג דלשון מניח מהני בש"מ וכ"כ הטור משמו סימן רי"ג ואע"ג דהרב מהרי"ק ז"ל כתב בשרש הנז' דלא אמר כן הרא"ש אלא היכא דאיכא מעות בעין אבל היכא דליכא מעות בעין לא משמע הכי ודאי מדברי הרא"ש ז"ל שהוא כתב באותה תשובה דכשאומר הש"מ אני אומר אני מניח לפלוני כאלו היה אומר פלוני יטול כי הנטילה חילוף ההנחה וכו' וכי היכי דיטול

הוי לישנא מעליא ואע"פ שאין המעות בעין מהני ה"ה ודאי במניח כיון דכתב הרא"ש דשוין וכן מ"ש מהרי"ק דטעמו של הרא"ש ז"ל משום דאזלינן בתר אומד דעתו ולא משום דהוי לישנא מעליא ודאי דאין נראה כן מלשון הנז' דהוא השוה לשון מניח ללשון יטול משמע דאית ליה דלישנא מעליא הוא ומהטעם הזה חלק עליו הרב מהר"ר דוד כהן ז"ל בתשובה הנז' יע"ש נמצא עכ"פ דעת הרא"ש דמהני לשון הנחה בש"מ בכל ענין בין שיש לו מעות בעין בין שאין לו וכן הרשב"א ז"ל כתב בפשיטות בתשו' דלשון הנחה מהני וכמו שהוזכר בדברי הרב ב"י וכן הריב"ש ז"ל בסי' ת"פ כתב דמי שצוה אני מניח שתהיה אשתי ניזונת כל ימי מגר אלמנותיה יתר על כתובתה מהני מהא דכתב הרא"ש דלשון הנחה מהני ולא חלק הריב"ש אם הניח מעות בעין או לא וכדחלק הרב ז"ל משמע ודאי דהרא"ש בכל גוונא אמר דמהני לשון הנחה ולא מצאנו חולק על הרא"ש אלא רבינו יצחק הלוי ורבינו שלמה בר שמשון שהביא הרב מהרי"ק שם שכתבו בהדיא דלשון הנחה לא מהני ואע"ג דהרב מהר"ר דוד כהן דחה התשובה ההיא בשתי ידים וכתב דא' מן התלמידים כתבה ורצה להתלות באילנות גדולות מ"מ אין ראוי לדחותה כן:

איברא דמה שדקדק מהרי"ק מלשון רגמ"ה שהביא המרדכי בסוף י"נ דסבר הכי משום דאמר ששם דבריו מועילין בלא קנין ומשיכה דמשמע דליכא שום עדיפות לש"מ על בריא אלא זה ואי איתא דלשון הנחה עדיף בש"מ ולא בבריא הא איכא האי עדיפותא הא ודאי לאו ראיה היא כדדחאה הרב מהר"ר דוד כהן ז"ל דאין זה עדיפות משום דהך לישנא שייכא בש"מ ולא שייך בבריא וכדכתב הרא"ש ז"ל עצמו באותה תשובה ולא מקרי עדיפותא אלא בלישנא דשייכא בתרווייהו והך דחיה דדחי הרב מהר"ר דוד כהן ז"ל ודאי דחיה גמורה היא אבל מה שדחה הראיה מטעמא אחרינא דנימא דמה שהוצרך רגמ"ה לומר כן הוא דהוקשה לו למה הזכיר לשון יטול ולשון נתינה בש"מ כיון שגם בבריא מועילין הא לאו דחיה היא כלל דלא אמרו בפרק מי שמת אלא אמר רב ששת יטול ויזכה ויחזיק כולן לשון מתנה הם ולא הוזכרו בש"מ טפי מבבריא כדי שיקשה כן דסתמא קאמר ואפשר דבכולהו מהני אלא ראייתו של הרב מהרי"ק ז"ל דחויה מטעמא קמא דכתיבנא וא"כ לא נשאר חולק על הרא"ש ז"ל אלא רבינו יצחק הלוי ורבינו שלמה בר שמשון וא"כ כיון דיש כאן ספק פלוגתא דרבוותא הצואה בטלה מטעם זה ג"כ דנכסי בחזקת יורש קיימי כדכתיבנא כך נראים הדברים לכאורה. אבל כד מעיינינן שפיר יש לנו ליפות כח ההקדש ולקיימו ואע"ג דלא הוזכר מנכסי אפשר דשאני הקדש כדאמר בפרק מי שמת בחד צד מהבעיא כל לגבי הקדש גמר ומקני ואע"ג דהרב מהרי"ק בתשו' הנז' כתב תשובה להרשב"א שהבאתי דאפי' נתן לבתו אם לא אמר מנכסי לא מהני

ואע"ג דבתו קרובה אצלו ויש לנו לומר שדעתו לומר מנכסיו מ"מ הקדש עדיף טפי ומה גם דהוזכר בשאלה שאמר החולה שזה עושה לכפרת נפשו ובדעתו לעשות כן זה כמה ימים א"כ ודאי שבזה נאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכדכתב הרב המגיד בריש פרק עשירי מהלכות זכיה ואע"ג דהרשב"א לית ליה באחריני בהקדש מודה דכיון דהוא עושה לכפרת נפשו ודאי דכוונתו לומר מנכסיו תדע לך דהא בפ' מי שמת גבי הקדש וכן חלקם לעניים לא דחינן להאי צד דאמרי' דגמר ומקני גבי הקדש ועניים אלא משום דלגבי נפשיה לא גמר ומקנה דהיינו הצד האחר דאמרו שם בבעיא כלומר דודאי אם יעמוד רוצה שיחזור הממון לו אבל היכא דמת וליכא טעמא דלגבי נפשיה כי נ"ד ודאי דלא אמרי' גמר ומקני וא"כ אמרי' בנ"ד דאע"ג דלא אמר מנכסי גמר ומקני והוי כאלו אמר מנכסי וכל זה אני אומר אפי' שאין כתוב מנכסי בצואה כדכתיבנא וכ"ש אם אח"כ באו עדים ואמרו שאמר מנכסי ודאי דמהימני ואין כאן חוזר ומגיד ואע"ג דבתחלה כשהעידו בפני ב"ד ק"ק פורטוגיזיש לא אמרו מנכסי היה מפני שהיו סבורים שאין קפידא בזה ועתה מבררין דבריהם ואומרים שאמר מנכסי ואין זה אלא בירור דברים. והנה הרשב"א כתב בתשובה סי' אלף י"ב על ראובן שמשכן בית לשמעון וכתבו העדים בשטר שלא יהא רשות ללוה לסלקו מן המשכונא ולא כתבו זמן דיכולים לברר דבריהם ולומר כך וכך שנים היה ואין זה אלא בירור דברים וכתב שם שהרי הם לא כתבו שלא יהא רשאי לכופו לעולם אלא לכופו סתם וכיון שכן הרי הם מבררין דבריהם ע"כ ונ"ד עדיף מההוא דהרשב"א דהתם יש לפקפק דאי איתא דלזמן היה למה לא כתבו כן בשטר הראשון ומ"מ יכולים לברר ובנ"ד אין כאן פקפוק זה דאפשר דמה שלא העידו מתחלה שאמר מנכסי מפני שהיו סבורים שאין קפידא בדבר ולכך לא חששו ודומה קצת למ"ש הריב"ש ז"ל בתשובה סי' תע"ו דעד א' העיד שהברורין התנו עם החזן ע"פ לפוטרו מן המס בלא קנין והעדים האחרים אמרו שאינם זוכרים כלל מזה אבל הם יודעים שכל התנאים נכתבו בשטר דאע"פ שאמרו שכל התנאים נכתבו בשטר אין זו הכחשה לדברי העד האחר ואולי מפני שהיו סבורים שהתנאי לא היה מועיל לכך אמרו שכל התנאים נכתבו דמשמע היה להם שהאחר לא היה תנאי מועיל אבל לעולם שעבר אותו התנאי ביניהם והם אינם זוכרים גם אני אומר בנ"ד מפני שהיו סבורים העדים שלא היה קפידא בדבר מפני כן לא הזכירו מנכסי ואח"כ כששאלו להם רמו אנפשייהו ומדכרי ואין כאן חוזר ומגיד:

א"כ יצא לנו מזה דאפילו אין כתוב בצוואה מנכסי אין לבטלה וכ"ש אם אח"כ באו והעידו ואמרו שאמר מנכסי:

ונבוא למענה הב' דהנחה ונאמר דאינה בטלה צוואה זו מפני דבעדות רבי יצחק עוזיאל הוזכר דאחר שאמר הנפטר דישו שיין מיל אש' פארה צפת א"ל הח"ר אברהם מוטאל קומו קירישׁ קי שי ריפארטה דישו ליש שינקואינטה מיל קי רינדה לה גאנאנשייא פארה איל הקדש די צפת אי שינקונטה מיל קי רינדאן לה גאנאנשייא פארה שאלוניק"י ע"כ והנה לשון שי ריפארטאן היינו יחלוק פלו' בנכסי דאמרי' בפ' מי שמת דהוי לשון מתנה וכתבו הטור בסי' רנ"ג ואף ע"ג דהש"מ בעצמו לא אמר כן אלא האחר אמרו כיון שהוא הודה בדבריו הוי כאלו אמרו בעצמו וכ"כ הריב"ש בתשובה סי' ע' באדם שאמר לש"מ רצונך שאהיה שליט בנכסיך ואמר הן דמהני למהוי אפטרופס וכתב שם ואם נסתפק לך מפני שרבי יעקב לא אמר בפיו שיהיה רבי חיים דודו שליט בנכסיו אלא שענה הן אין בכאן שום ספק שהרי אפי' בברייתא כל העונה הן אחר מה שתובע לו חבירו הוי הודאה גמורה וכו' וכ"ש בש"מ המסוכן ואע"ג דהזכיר כאן לשון הנחה שאינו מועיל כיון שהזכיר לשון ריפארטיר דהוי לשון חלוקה דמועיל מהני וכ"כ הרב מהר"ר דוד כהן שם בתשובה הנז' והביא מההיא דיש נוחלין כתב בין בתחלה בין באמצע בין בסוף וכו' ואמרינן התם דמהני אפילו בשתי שדות ושני בני אדם תוך כדי דבור כ"ש כאן דהוא באדם עצמו שהזכיר ההנחה שהוא לשון הגרוע הזכיר החלוקה לשון המועיל ואף על גב דבעדות ה"ר אברהם מוטאל ורבי יוסף קאזיש לא הזכירו ששאל ה"ר אברהם לחולה והחולה השיב מ"מ כיון שבעדות רבי יצחק עוזיאל ורבי משה זארמאטי הוזכר סגי ואין זו הכחשה שמכחישין העדים זה את זה דאולי ה"ר אברהם מוטאל ורבי יוסף קאזיש כיון שנראה להם שאין זה דבר מועיל לעדות לא זכרו ממנו ולא זכרו שמה שחלק המעות היה ע"י שאלה והאחרים נתנו לב וזכרו הענין ואין זו הכחשה דומה למה שכתבתי לעיל מתשובת הריב"ש דאין הכחשה מהעדים להעד המסייע לחזן דאפשר דלא זכרו הדבר מפני שהיה נראה להם שלא מועיל וא"כ נמצא דלפי עדות רבי יצחק עוזיאל ורבי משה זארמאטי ודאי דהצואה קיימת אליבא דכ"ע:

ועוד יש טעם אחר שכתב שם הרב מהר"ר דוד כהן ז"ל דאפי' מהרי"ק לא אמר בשם אותם הרבנים דלשון הנחה לא מהני אלא כשנוכל לפרש שההנחה היא לענין שיהיה אפטרופס לבד אבל כשלא נוכל לפרש כן ודאי דמהני ההנחה אפילו לפי דבריו והאריך בזה וא"כ לפי דבריו בנ"ד ששם אפטרופס ואמר בפירוש שהמעות יהיו כדי שהריוח יהיה חצים להקדש צפת וחצים לישיבה ואין כאן פי' הנחה לענין אפטרופסת ודאי דמהני לפי דבריו ז"ל אלא שאיני תוקע עצמי בטעם ההוא דאינו ברור והוא מגומגם בעיני דלא משמע הכי מדברי התשובה שהביא הרב מהר"י קולין ז"ל:

עלה בידינו דהצואה היא קיימת עכ"פ ולענין מה ששאל דנבטלה מפני דאין כאן אלא אף אני כמוהו ורבי יוסף קאזיש אמר אף אני כמוהו ור' משה זמרמאטי אין זה כלום דהמרדכי בפ' נגמר הדין לא הביא מי שיאמר דאף אני כמוהו בדיעבד פסול לדיני ממונות אלא ראב"ן לבד וכבר נודע כי אין לומר קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו המרדכי ומשרים וכמו שכתב הרב ב"י בסי' כ"ח ועוד אפילו לדברי ראב"ן הרי יש כאן ר' יצחק עוזיאל ור' אברהם מוטאל ורבי שלמה אלמידה שכל א' פי' עדותו ואין כאן הכחשה בדבריהם כדכתיבנא אע"פ שלא הזכיר זה מה שהזכיר זה:

ומה שרוצה לבטל השואל הצואה משום דלא היה מיושב בדעתו שאמר שהיה יום שבת אין זה כלום דהרי אח"כ תקן דבריו יפה שהיה הכנסת שבת ואמר שהיה ט"ו בחדש ומהרי"ק ז"ל בא"ה בסי' קכ"א כתב דאפי' לדעת הרא"ש ש"מ סתם לא בעי בדיקה ב' פעמים כשנשתתק אלא לחקרו קצת לראות אם דעתו מיושבת ולא יהיו כמו החולים שמדברים ואינם יודעים מה מדברים דישבאריאר בלע"ז עד כאן פשיטא דזה יצא מכלל זה שכל דבריו באו מיושבים על נכון כפי מה שבאו בשאלא במה שדקדק שלא יהיו המעות ביד אחיו שהוא נוגע בדבר וכל שאר העניינים שאמר הם דברים מיושבים ופשיטא דשפוי בדעתו מקרי ואין זה צריך לפנים:

גם מה שרצה השואל לומר דאמדינן דעתו שכיון שירד החכם גיסו מנכסיו לו ודאי היה נותן אין זה כלום דכבר כתב שם הרב המרדכי בשם רבינו מאיר גבי ראובן שנתן ממונו לצדקה ואמר זה הממון ינתן בריוח ומן הריוח יקחו הקהל רב הישר בעיניהם וכו' ונמצא רב אחד שהיה נשוי מבנות המקדיש והשיב שם הרב דאחר שנתן לקהל ובא ליד הגבאי אין כח לבניו וליורשיו כלל כו' וא"כ בנ"ד נמי דכבר בא ליד האנשים הממון פשיטא דאין כח ביד בני משפחתו לעכב ולומר יתנו לקרובם:

אבל מה שיש לעיין הוא אם יראה בעיני הגבאים ששם המוריש לשנות המעות האלו ולתת לב"ת החכם גיסו שהוא קרובו של מת וירד מנכסיו ושיקח חלק טוב מהריוח ההוא אם הרשות בידם ונראה לומר דהא מילתא תליא בפלוגתא דרבוותא דהרב מהר"י קולין בשרש ה' כתב בשם הרשב"א ז"ל דנדבת יחיד אי אפשר לצבור לשנותה בשום צד ומהר"ם ורבינו אשר סברי דיכולים הצבור לשנותה לדבר מצוה ואפי' הגבאים יכולים לשנות' דחילק בין גבאי צבור לגבאים שמניחי' הנפטרים וכמו שכתב שם או כשנוחי נפש מניחים לכפרת נפשם מנדבת לבם איזה מעות לצדקה וממנים גבאים על אותם המעות ודאי מסתלקים מאותם המעות מכל וכל ונותנים הכח לאותם הגבאים ומשום כך י"ל דדעת המתנדבים שיעשו אלו הגבאים מאותם המעות כרצונם ויש להם כח במו

בני העיר וכו' וסיים וכתב ועל נראה לע"ד דכה"ג מודו כ"ע דיכולים הגזברים לשנות ובפרט לדבר מצוה ע"כ:

ועוד כתב שם דבההוא נדון אפי' הרשב"א יודה דדוקא כשגובין ניתן לעניים מיד הוא דאמר הרשב"א ז"ל הרי הוא כגוזל את העניים שהרי מיד זכו בו עניים כדפי' לעיל אבל בנדון הזה דלא זכו בו עניים עד שתגיע לידם מטעם כדפי' לעיל ודאי מודה הרשב"א וכו' ותמה על דבריו מורי ורבי הרשד"ם ז"ל בח"א סי' כ"ח שאיך אפשר לומר כן שהרי כתב הרשב"א בתשו' וז"ל המקדיש שדה לעניים וצוה שיחלוקו הפירות לעניים ורצה הצבור לשנות ולהוציא הפירות לדברים וכו' והשיב אין רשות בידם הרי משמע בפי' דלא כמהרי"ק ז"ל על כן אמר מורי הרב הנזכר ז"ל דלא ראה אותה תשובה מהרי"ק ז"ל אבל אין נראה מסימן קכ"ח שהביאה שם מהרי"ק ז"ל עצמו התשובה יעו"ש ולקושיית מורי ז"ל י"ל חדא מתרתי או שאותה תשובה ס"ל שהיא משובשת וכדכתב שם בסי' קכ"ח שמחמת תשובה אחרת מהרשב"א ראוי לומר שאותה התשובה משובשת או אפילו שנודה לה יש לחלק דשאני בנדון דמהר"י קולין ז"ל שמנה גזברים למעות והם טורחים בהם וכיון שכן אומדן דעתא הוא דמתנדב לדעת אותם הגזברים וכמו שהאריך שם לעיל ולמטה קצר וכתב כדפי' לעיל וכד מעיינת לעיל יתורץ הקושיא דשאני היכא דמנה גזברים ונתן להם רשות ליתן לעניים שאי אינו נותן לעניים מיד אלא כשיראה בעיני הגזברים אבל בההיא דהרשב"א זכרונו לברכה לא מנה גזברים אלא צוה שיחלוקו הפירות סתם לעניים ואין שם טעמו של מהרי"ק דאיכא בנדון דידיה דוק ותשכח:

עלה בידינו דנ"ד דהוי דומיא דההיא דמהר"י קולין יכולים הגזברים לשנות למצוה אחרת כיוצא מהראשונה ואף ע"ג דראיתי דהרב מורי הרשד"ם ז"ל בסימן הנזכר לא התיר לשנות מעות שצוה שכיב מרע ליחלק בערבי פסחים לעניים למצוה אחרת מכל מקום אני אומר דבנדון דידן אפילו מורי ורבי הנזכר יודה דאם ירא' לגזברים דזה החכם השואל הוא מטופל בבנות והא עוסק בתורה יומם ולילה וידוע שראוי למוריש להקדימו לאחר וכמו שכתב הטור בסימן רנ"א ולא אביו אלא קרובו צריך להקדימו לכל אדם אע"ג דעניי א"י קודמין לעניי ח"ל וכמו שהביא שם מהרי"ק ז"ל מברייתא דספרי מ"מ מחלק ההקדש שנותנים לעניים שאינו כ"כ מוכרח שהגביר דון שלמה ן' יעיש מספיק כל צרכיהם וכמו שבא בשאלה וכן נראה שחלק מהרי"ק בסימן הנז' דהיכא דיש ספק בלאו הכי יש להקל א"כ גם אנו נקיל בנ"ד ויקחו משם חלק טוב הנראה מעיניהם מהריוח ויתנו בכל שנה להחכם גיסו של הנפטר שהוא קרובו והוא חכם והוא מטופל בבנות וראוי להקדימו להקדש עניים צפת לא חס ושלום שיסתלק מהם מה שהניח להם הנפטר אלא שישתפו

הגבאים הממונים מהנפטר באותו החלק להחכם גיסו ויתנו חלק טוב מהריוח ההוא בשנה כפי מה שיראה בעיניהם ויהיו מעשיהם לשם שמים הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי:
הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רד

אחרי כותבי ראיתי התשובה מהרשב"א שהביא הרב מהר"ר יוסף קולין ז"ל בשרש צ"ד ראובן שאמר בשעת פטירתו ינתן כך וכו' שהביאה הרב מהר"י קארו זכרונו לברכה בסוף סימן רנ"ג וכתב שם הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל ואף על גב דבעיקר פלוגתא דרב ושמואל וכו' מסתבר לי דהלכה כשמואל וכו' ועוד נראה לי דאפילו רב לא נחלק אלא בתובע ונתבע לפי שדרך התובע לשום תביעתו וכו' הילכך הא דקאמר מנכסי לא יקבל מזה ומזה קאמר אלא ליפות כחו שאלו אמר תנו לו מנכסי שוה מאות זוז וכו' עד אומרו בין שהוקרו בין שהוזלו עד כאן הנה מבואר שהלך הרשב"א בה בשני דרכים דדרך הראשון הוא דהא פלוגתא תליא בפלוגתא דרב ושמואל ומאן דפסיק התם כרב ה"נ אמרינן דשוה קאמר אבל הוא פוסק כשמואל ועל הדרך הזה הלך בסימן אלף נ"ה התשובה שהזכרתי לעיל דסובר דתלי הא בהא וכן בתשובה אחרת שהביא הרב מהרי"ק ז"ל גבי שכיב מרע שאמר יתנו לפלו' שוה ר' זוז מייני וכו' שכתב שם גבי ש"מ שצוה לתת מנכסיו מנה לראובן משטרי העסק וכו' משמע לכאורה בדרך זה שכתב וכן אני אומ' ככל אומר מנה או זהוב לא שוה קאמר אלא כשמואל דפרק שבועת הדיינין ע"כ משמע לכאורה דסובר דהא בהא תליא אף על פי שאין זה מוכרח בדבריו ויש לדחות מ"מ מתשובה אלף נ"ה משמע בהדיא כן כדכתיבנא. והדרך השני דאפילו רב דפליג התם מודה בהא וכ"כ הר"ן משמו בפרק שבועת הדיינין והעתיק שם לשונו אלא שקשה לי דשם משמע דחילק הרשב"א ז"ל בין מלוה לפקדון והשוה נותן לפקדון ומודה רב בפקדון וכאן משמע דבין במלוה בין בפקדון מודה רב דדוקא קאמר אלא דלא אמר רב כן אלא גבי תובע ונתבע ואז אמר דשוה קאמר דומה לחילוק שחלק שם הרב רבינו נסים מסברתו. ותו קשיא לי טובא דקשו תשובות הרשב"א אהדדי דבההיא תשובה קמייתא דהביא מהרי"ק ז"ל דשטרי העסק כתב דאפילו מנכסי לא אמרי' דליפות כחו קאמר כמו גבי מחמרא דאמרי' בגיטין פרק התקבל דשאני הכא דהוצרך להזכיר מנכסי כי היכי דלא תימא דוקא קאמר ובההיא תשובה דסוף סי' רע"ג שהביא מהרי"ק ז"ל משמע דמשום מנכסי להיא דמחמרא וכי היכי דהתם איכא תלתא מילי דאי אמר שוה והחמיץ הפסיד

לפי חשבון ואי אמר מדמי הפסיד ג"כ לפי חשבון אלא הם יטרחו וימכרו ויתנו להם המעות ואי אמר מחמרא אפילו החמיץ או נאבד אינו מפסיד כלום הכי נמי גבי מנכסי שכן כתב שאלו אמר מנכסי שוה שש מאות זוז אם נאבדו קצת וכו' משמע דהשתא דלא אמר שוה אלא ארבע מאות זוז מנכסי הוי כאלו אמר מחמרא וליפות את כחו וכסברת השואל ששאל שם באותה תשובה שהוזכר בתשובות להרמב"ן ז"ל סימן ס"ב ומדברי התשובה האחרת שהבאתי משמע דלא אמרי' דליפות את כחו קאמר כדכתיבנא וצריך לי עיון. מ"מ למדנו דיש כאן שני דרכים הדרך הראשון אי תלי הא פלוגתא בפלוגתא דרב ושמואל ומאן דאית ליה התם דשוה הכ' נמי והוא הדרך שדרך הרשב"א ז"ל בקצת תשובות וגם אני הלכתי על זה הדרך למעלה והדרך השני דאפילו רב מודה בהא וכמו שכתב הרשב"א בסוף התשובה ועוד נראה דאפילו רב לא נחלק וכו' ומפני שהרב מהר"י קולין ראה סוף התשובה כתב שלא מצא חולק להרשב"א על כך כלום כדרך השני שכתב ונסתלקה הקושיא שהקשיתי למעלה דאיך כתב דאין כאן חולק על זה כיון דתלי הא פלוגתא בהא דהוא ז"ל כתב כן כפי הדרך השני שכתב הרשב"א דל ומ"מ הרב מהר"י קולין ז"ל כתב שם בסי' רנ"ג בתשובת הריטב"א שחולק על זה וכתב שאין דרך הרשב"א ברור לו שכתב שם אין הדבר ברור אצלי לחוש למנה קבור וכו' ובין כך ובין כך אני אומר דבנ"ד דהוי הקדש אפשר דאפי' הרשב"א יודה מטעמא דכתיבנא לעיל דאי אמרת דלית ליה או למנה קבור קאמר ואנן לא ידעינן לה מנה קבור א"כ נמצא ההקדש מפסיד ובודאי דכשהוא נודר בהקדש אין דבריו לבטלה אלא דבריו ומלוליו ברורים וידועים והצוואה קיימת ומה גם למאן דאמר דספקא דהקדש הוי תיקו דאיסורא וכמו שכתבתי לעיל שהביא הרשב"א מי שאומר כן גם המרדכי בפרק מי שמת כתב כן בשם רבינו מאיר ז"ל גבי אלמנה שלא היו לה בנים והיתה מוטלת על ערש דוי ואמרה לקהל וכו' יעו"ש וא"כ ודאי ראוי לצדד להחמיר בהקדש ונראה לי דהצוואה קיימת אע"פ דלא אמר מנכסי מטעם חומרא דהקדש כדכתיבנא אע"פ דמדברי הרב רבינו שלמה ן' אדרת נראה דבהא דבעינן מנכסי ליכא פלוגתא ותשובת הרי"ף שכתב הטור בסימן ס' ראובן הוציא שטר על שמעון שכתוב בו מחמת שנתתי לו מאה זהובים וכו' דלא מהני מפני שלא היו לה באותה שעה דטעמא של הרי"ף מפני דאית ליה דדוקא קאמר ולא שוה קאמר ואפילו רב דפליג בפרק שבועת הדיינין דאית ליה התם שוה הכא מודה דהוי דוקא וכדכתב שם הרב ב"י בשמו משמע דלהרי"ף ג"כ בעינן שיזכיר מנכסי לפי מה שכתב הרשב"א ז"ל טעמו:

איברא דיש לדקדק דדין זה של הרי"ף כתבו הרב רבינו משה בר מיימון בפרק כ"ב מהלכות מכירה וכתב עליו ה"ה דהוא פשוט ומ"מ בריש פרק עשירי מהלכות זכיה כשכתב בשם הרשב"א ז"ל דבעינן גבי נותן שיזכיר מנכסי נסתפק בו אם רבינו יסבור כן שכתב שאפשר לחלק משום דשאני גבי נותן דאינו מוציא דבריו לבטלה ושוה קאמר ולפי מה שכתבתי בשם הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל דטעם דינו של הרי"ף בתשובה גבי נותן משום דדוקא קאמר א"כ ע"כ יסבור הרמב"ם דינו של הרשב"א כיון שכתב דינו של הרי"ף בפרק כ"ב מהלכות מכירה גם הריטב"א שדחה דינו של הרשב"א בתשובה וכתב שאין הדבר ברור אצלו וכמו שכתב ב"י תשובה בסימן רי"ג קשה עליו דבסימן ס' הביא הרב ב"י ז"ל תשובתו על ענין מי שנתן מאה בשטאטיש שאינו כלום מפני דלא היו לו באותה שעה וגם דאין מטבע נקנה בחליפין ואמאי נימא דשוה קאמר ודברים אלו צריכין עיון וישוב:

מ"מ נראה מדברי הרשב"א דכל אפין שוין דבעינן שיזכיר מנכסי ואעפ"כ מפני חומרת ההקדש אני מקיים הצוואה ומכל מקום אני אומר דביד הגזברים לתת חלק טוב מחלק ההקדש שנותנים לעניים של הקדש צפת תוב"ב אם יראה בעיניהם להחכם גיסו של הנפטר שירד מנכסיו והוא נצרך לכך כדכתיבנא לעיל: הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רה

שאלה דונה פאטה בת ה"ר יעקב ן' וארון נוחו עדן שצותה מחמת מיתה וז"ל קי דייטין אאון יתום קי טיניאה סו מאדרי אין קאזה סוברי קואטרו טיינטוש אש' קי לי דיויאה לה מאדרי אה איל יתום קי לי קונפלייסין אה איל יתום דיגו די לה מונידה קי טייני אין קומירגינה אשטה קאנטדאד די מיל אש. עוד צותה קי אחר די דאדו לו דיגו קי סודו לוקי ריסטה די שו אזיינדה טאנטו מונידה קומו רופה די אשוגאר אי לאש קאזאש קי טייני אין קומירגינה אי אונוס טילאריש אי אונאש מנודינסייאש קי אלייא איי פארה איל היגו אי הינה די דונה אסתר אירמאנה די סו פאדרי אי אלגון אוטרו יורש סי סי אלייארי קי טודו סי ליש די קי סי ריפארטה אינטרי אילייוש קומו פואירי לה ליי עתה שואל השואל אם זכו בני דונה אסתר בשאר הנכסים הנזכרים שהם פיגו אי פיגה הנזכרים הם לבדם יזכו באותן הנכסים ושאר היורשים היתומים הנזכרים לעיל שצותה הנפטרת לתת להם אלף לבנים לכל אחד מהם אין להם שום חלק בשאר הנכסים ומה' תהיה משכורתו שלמה:

תשובה בסוף פרק יש נוחלין תניא שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לאשתי נוטלתן ונוטלת כתובתה ואם אמר בכתובתה ידה על העליונה רצה נוטלתן רצה נוטלת כתובתה. ונחלקו המפרשים ז"ל היכא דאמר תנו מאתים זוז לאשתי סתמא דרשב"ם ז"ל אית ליה דדיניה כדינה דסיפא דידה על העליונה והרא"ש ז"ל אית ליה דדיניה כדינה דרישא ונוטלת את כתובתה כל זה מבואר בפסקי הרא"ש ובדברי הטור ח"מ סימן רנ"ג:

איברא דקשיא לי על הרא"ש דהוא כתב בריש כלל פ"ג בעובדא דרבי משה ן' זמרא דזיכה למ' זאמילה אשתו אלפים זהובים דידה על העליונה אם תרצה תטול אותם או תטול כתובתה ואמאי הא התם אמר לאשתו סתמא ולא אמר כתובתה והוא סובר דכיון דאמר סתמא נוטל את שתיהן והדבר צריך עיון אם לא שנאמר שחולק בתשובה עם מה שכתב בפסקים כמו שדרכו כן בקצת מקומות מכל מקום למדנו דהוי פלוגתא דרבוותא היכא דאמר דנותן לאשתו סתמא או לבנו כל כך מעות אם הוא עודף על כתובתה והירושה ואם כן נראה לכאורה דנ"ד דמי לההיא והיתומים היורשים שנתן להם אלף לבנים לכל אחד סתמא לרשב"ם ידם על העליונה ולהרב רבינו אשר זכרונו לברכה נוטלתן ונוטלים הירושה: אבל הא ודאי לאו מילתא היא ודברים פשוטים אני רואה כאן דכיון שזאת האשה צותה שיתנו לכל יתום אלף לבנים מהשני יתומים והשאר לבני אחות אביה אי איתא דכוונתה שיחלקו גם כן עמה היתומים היורשים הנזכרים היה לה לומר והשאר יהיה להם ולבני אחות אביה כיון דבדידהו קא עסיק אלא ודאי מדפתח בהו ושביק להו ולא עוד אלא שאמרה אוטרו יורש סי סי אלייארי משמע דלא על יורש הידוע לה קא אמרה אם כן משמע דאין כוונתה לתת לבד אלא אלף לבנים לכל אחד דוקא ומה שאמרה אי אלגון אוטרו יורש סי סי אלייארי רצונה לומר יורש אחר זולת היתומים וכי תימא דילמא לא הוה סליק אדעתא דהיתומים הנזכרים יורשים לה והיתה סבורה שאינם יורשים לה מן הדין דאם היתה סבורה דהם יורשים לה ודאי דהיתה מפרשת ואומרת שירשו עם בני אחות אביה כיון שהם יורשים כיון דכוונתה שיחלוקו בני אחות אביה עם שאר יורשים אשר הם יורשים בדין תורה ומאי שנא הני מאחריני ודמיא הא להא דאמרינן בפרק מי שמת דמי ששמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחרים ואחר כך בא בנו דאומדים דעת הנותן ומתנתו בטלה דאם היה סבור שבנו קיים לא היה כותב נכסיו לאחרים הכי נמי אם סבורה שאלו הם היורשים לא היה שבקה להו ויהיב לשאר יורשיו יש לו' דלא דעי דהתם ודאי דבטעות היה כיון שראינו ששמע שמת אבל הכא מאן לימא לן דהוה בטעות אדרבה נימא דאעפ"י שידעה שהם יורשים לא רצתה לתת לה אלא ליורשיו האחרים ועוד דהתם אומדנא דמוכח הוא דלא שביק איניש בריה ויהיב

לאחרינא כדמשמע מדברי הרמב"ן ז"ל הביאו הטור חשן משפט סימן רמ"ה אבל הכא ליורשיו דידיה קא יהיב אלא שסלקה מזה ונתנה לזה ואפשר דה"ה והוא הטעם אם היה נותן בהדיא דשמע שמת בנו לבן אחר כל נכסיו דלא היינו מבטלים המתנה מכח האומדנ' דכיון דיהיב לבריה אחרינא נימא דלאו משום ששמע שמת האחר הוא אלא שרצה לסלק מזה ולתת לזה ואי אמרינן הכי לא הוי אלא משום דיהיב לאחרינא ע"כ אמרתי הדבר פשוט בעיני שאין היתומים היורשים בכלל מה שאמרה אי אלגון אוטרו יורש ולא זכו אלא כל אחד אלף לבנים הנלע"ד כתבתי וחתמתי:
הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רו

שאלה ראובן. ש"מ צוה לפני מותו שתהיה אשתו אפטרופ' על כל נכסיו ולראובן הנז' שתי בנות קטנות וצוה ג"כ ראובן הנז' שאם יהיו הבנות בנותיו שנתון יתנו להן שני אלפי' פרחים מנכסיו ואם ימותו הבנות ח"ו שיסלקו ליורשיו בחמשים פרחים לכל אחד מהם והשאר יהא קדש ואח"כ נפטר ראובן הנז' לבית עולמו וחיו הבנות איזה זמן אח"כ ננפו הב' יתומות הנז' ממגפה והקטנה מהן מחמת חולי המגפה נסתלק ממנה הדבור והגדולה שהיתה בת עשר שנים שאלו את פיה קודם מותה אם נותנת במתנה הב' אלפים פרחים לאמה שהם אותם שצוה אביה קודם פטירתו ואמרה הן אחר כך הבנות הנז' מתו גם שתיהן ביום אחד וחיי למר ולכל ישראל שבקו ילמדנו רבינו אם זכתה היתומה במה שצוה אביה לפני מותו ואת"ל שזכתה מתנתה מתנה או נאמר כיון שהיא מעצמה לא צותה שיתנו המתנה לאמ' אלא שמחמת שהיתה חולה בחולי מסוכן ושאלו את פיה אם היתה נותנת המתנה ואמרה הן מי נאמר שאין דבריה קיימים מחמת שהיא מעצמה לא אמרה דבר על זה ילמדנו רבינו המורה לצדקה ושכמ"ה אנ"ס:
תשובה מה שטען השואל שאין המתנה מתנה מפני שלא אמרה מעצמה דבר אין זו כלום דאפילו בגטין תנן בפרק מי שאחזו דמי שנשתתק ואמרו לו נכתוב גט לאשתך והרכין בראשו דבודקין אותו וכותבין ונותנין הנייר והא התם דהוא לא התחיל לרמוז אלא שאנחנו שואלים אותו וכיון שהרכין בראשו סגי והוא הטעם בנ"ד שאמרה הן ואף על גב דהתם צריך בדיקה אם הוא מיושב בדעתו או לא גבי ש"מ לא בעינן הני בדיקות כדכתב הריטב"א בתשובה הוזכרה בבית יוסף סימן ר"נ דלא הוזכרו אותן הבדיקות בפרק מי שאחזו אלא דוקא גבי נשתתק ואם כן כיון שזו הגיעה לעונת הפעוטות ולא עוד אלא שהיא בת עשר שנים ודאי דמתנתה מתנה כדאמרינן בפרק הניזקין דהפעוטות

מתנתן מתנה אחד מתנת בריא ואחד מתנת שכיב מרע וכתב הטור בהלכות אונאה ומקח טעות סימן רל"ה בשם הרמ"ה דכיון שהיא בת עשר שנים בחזקת חריף ואינו צריך בדיקה והרא"ש ז"ל הוסיף לומר דאף על פי דאינו חריף כיוון דאינו שוטה והוא בן עשר מתנתו מתנה וא"כ האלף זהובים שהיה מגיע לה שהרי לגדולה ולקטנה הניח אלפים שמגיע לגדולה אלף נראה דודאי מתנתה שנתנה לאמה הויא מתנה:

אלא שמצד אחר היה נראה לומר דאין מתנה זו מתנה מפני שמדברי שכיב מרע זה נראה כוונתו במה שאמר שאם יחיו וכו' ואם ימותו וכו' ולא פירש זמן התחיה כמה יחיו כדי שיתנו לה האלף זהובים משמע דכוונתו לומר דכל עוד שהן בחיים, יתנו להן האלף זהובים ואחרי מיתתן יהיו המעות להקדש ומ"ש אם יחיו רצונו לומר כל זמן שיחיו יתנו לה האלפים זהובים, ואף על פי שלשון אם יחיו אין משמע פירושו כן אלא נראה שהוא מלה תנאית מכל מקום ע"כ צריך לפרש כן דבריו מדלא פירש ולא נתן קצבה עד כמה יחיו כדי שיתנו להם אלו האלפים זהובים אלא ודאי דכוונתו לומר דכל זמן שיחיו יהיו להן ואחר כך יהיו להקדש וכיון שכן הרי זה כאומר נכסי לך ואחריך לפלוני והא קיימא לן דאף על גב דאם נתן הראשון במתנה אין לאחריך כלום משום דאין לו אלא מה ששייר ראשון היינו דוקא במתנת בריא אבל במתנת ש"מ לא דאין מתנת ש"מ קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדם לו אחריך וכן כ' הטור ח"מ סימן רמ"ח והוא מבואר בפ' יש נוחלין ואם כיון דאחר מיתת הבת המעות הם להקדש אין כח לתת לה במתנת ש"מ לאמה כלום מטעם זה יש לבטל מתנה זו:

אלא שעדיין יש לקיימה מטעם אחר אם אין לראובן בן אחר זולת אלו הבנות דאלו המעות אעפ"י שנתן לבנותיו במתנה דהא איכא פלוגתא דרבוותא דאיכא דסברי דאפי' אמר לשון מתנה ביורש הוי לשון ירושה ואין לה הפסק והוא דעת הגאונים והרמב"ם בפ"ב מהלכות זכיה וכיון שכן זכו הבנות מתורת ירושה לדידהו כיון שהן ראויות ליירש דהא אין לראובן בן אחר ומ"ש אחר כך והשאר להקדש כשימותו מילי דכדי נינהו דירושה אין לה הפסק ואף על גב דאיכא רבוותא דפליגי אוקי ממונא בחזקת יורשים ואין להקדש כלום וכבר כתב כן הריב"ש ז"ל בסימן קס"ז בענין כזה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי לשון מתנה מהני ביורש או לא דאין מוציאין מחזקת היורש על הספק דומיא דשכיב מרע שחלק נכסיו לעניים וכו' דסלקא בתיקו וכתב הרב רבינו משה בר מיימון זכרונו לברכה בפרק ט' דחוזר וכן רוב הפוסקים ואף על גב דהרב רבינו אשר לא כתב כן וכדכתב הטור סימן ר"נ כולי עלמא פליגי עליה ולא עבדינן כוותיה וכן כתב הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל בתשובה בנדון כיוצא בזה הוזכרה בבית יוסף סימן רמ"ח וכתב שחכמי צרפת הודו

לדבריו ואם כן כיון שאין לירושה זו הפסק המעות הן שלה ויכולה ליתן במתנה שכיב מרע לאמה האלף פרחים שמגיע לה שהרי צוה אביה שיתנו לה אם תחיה והרי היא חיה אחרי כן:

איברא דאיכא למימר ולפרש דברי הש"מ דה"ק אם יחיו בנותי יתנו לנשואיה ב' אלפים פרחים ואם ימותו קודם נשיאיה הוא מסלק יורשיו ואעפ"י שזה הפי' הוא דחוק בדברי הש"מ משום דלא הזכיר זמן הנשואין בדבריו מ"מ כיון שאמר אם יחיה ואם ימות דמשמע שהוא תנאי משמע טפי פי' זה מהפי' שפירשתי למעלה ולפי פי' זה ודאי דכיון שמתה קודם הנשואין לא זכו היורשים דהרי לא נתן להן אלא אם יחיו עד זמן הנשואין ואם נפרש דבאותה שעה שצוה הש"מ היו חולות ואמר אם יחיו ר"ל שאם יחיו מחולי ההוא יתנו להן ב' אלפים פרחים הרי כיון שחיו אחר כך ודאי דזכו במתנה וא"כ בין שנפרש כפי' זה בין כפירוש הראשון שפירשתי זכתה הגדולה בחלקה שהיא האלף וכיון שכן דאיכא לפרושי הני פירושי ופי' שפירשתי דתלה הדבר בזמן הנשואין הוא דחוק כיון שהוא לא הזכיר זמן הנשואין כלל ואפילו לא יהא פי' דחוק מ"מ הדבר שקול וכיון שכן מוקמינן ממונא בחזקתייהו שהן יורשות ולא מפקיעין מינייהו הירושה הנוגעת מדין תורה וא"כ הרי זכו במתנה והמתנה שנתנה הגדולה לאמה מאלף פרחים היא מתנה:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רז

השאלה הזאת היתה ארוכה אין צורך להדפיס' ומתוך התשו' יובן ענינה: תשובה תחלה אני בא לדון על השטר של הד' אלפים שנתחיי' ראובן לאברהם אם הוא שריר וקיים או הוא בטל ומבוטל מפני שראובן נתחייב באונס ואו' דהאונס שטען ראובן מפני ששמעון הלך והסתיר כל הנכסים אשר לו ביד אוהביו והיה רוצה ללכת מראגוז"ה אין זה אונס גלוי ומבורר ואין ראוי להשיב עליו אבל מה שהיה מגזם בעל השטר לראובן אחר שהבטיחו על חלקו כפי גזרת ב"ד שיוליכו בעש"ג ויתבע ממנו הכל נראה לכאורה דאם יברר ראובן בעדים הגזום הזה שהיה עושה לו שזה אונס שהרי כתב הטור ח"מ בסי' ע"ז בא' שהלוה לשנים כתב בעל העיטור דיגבה מכל א' חלקו ואם לא ימצא לגבות חלקו מכל א' ואז יגבה מא' הכל וכתב שם הרב ב"י ז"ל בשם רבוותא שמסכימים לדעת בעל העיטור והרמב"ם ז"ל מכללם והעלה שהלכה כן וכן הרב מהרי"ק ז"ל בסימן קפ"ג כתב כן ותמה על בעל הטורים שכתב שדעת הרמב"ם שלא כדעת בעל העיטור אלא שודאי הוא מסכים לסברתו ובסימן ק"כ כתב ונניח כל זה דאע"ג דנאמר דהרמב"ם ס"ל דשנים

שלוו בשטר א' וכו' וכדברי בעל העיטור כאשר כתב בס' ח"מ משמו מ"מ חזינן לפוסקים וכו' כתב הרמב"ן וז"ל שנים שלוו וכו' ואם לא היה וכו' עכ"ל הרמב"ן כמו שכתב בעל ח"מ משמו ע"כ ולכאורה נראה משם דהוא גורס בדברי הטור אבל הרמב"ן כתב שנים שלוו וכו' ולא גריס הרמב"ם וא"כ הוא תימא על תמיהתו שתמה בסימן קפ"ג שהיכן מצא בעל הטורים להרמב"ם ז"ל שאומר כן הא כיון שהוא גורס בדברי הטור הרמב"ן במקום הרמב"ם היכן ראה שהטור אומר בשם הרמב"ם דפליג על העיטור ונראה לישב ולומר דודאי היא גריס הרמב"ם ולכן תמה בסימן קפ"ג ומ"ש בסימן ק"כ ה"פ וניח כל זה דאע"ג שנאמר וכו' כלומר אעפ"י שנאמר דהרמב"ם אית ליה כדעת בעל העיטור כאשר כתב בספר הח"מ משמו של בעל העיטור ולפי זה צריך לגרוס עכ"פ בדברי הטור הרמב"ן במקום הרמב"ם מ"מ חזינן לפוסקים וכו' ולכך כתב שכתב הטור בשם הרמב"ן כן מפני שזה נמשך מהנחתו שהניח ומה שתמה בסימן קפ"ג היא על הגירסא אשר יש לנו בדברי הטור אבל בסימן ק"כ שינה הגירסא מחמת ההנחה כנ"ל ליישב דבריו מ"מ למדנו שרוב הפוסקים מסכימים לדעת בעל העיטור ומה גם להחזיק ממון דודאי לא יגבה מכל א' אלא חלקו דלאוקומיה ממונא בחזקתיה אזלינן אפילו בתר המיעוט ומפני כן הרב מהרי"ק ז"ל פסק בסימן ק"כ הפך ממה שפסק בסימן קפ"ג דבסימן קפ"ג נטה לסברת בעל העיטור ובסימן ק"כ נטה לסברת הרמב"ן משום דלעולם רצה להחזיק הממון ובסימן ק"כ היה מסייע הרמב"ן לנתבע ובסימן קפ"ג היה מסייע בעל העיטור וא"כ בנ"ד ודאי נראה שהדין היה שלא לתבוע תחלה מראובן אלא חלקו וכיון שראובן הבטיחו לתובע על חלקו לא היה לו לתבוע מראובן דאף ע"ג דכתוב בשטר ששניהם פרעניים א' לאחר ושניהם נתחייבו יחד וכל אחד מהם בפני עצמו בעד כל החוב וא"כ נראה לכאורה דיכול לתבוע ממי שירצה זה אינו כלום דהא כיון דכל א' הוא חייב על חלקו וערב על חלק חבירו לפי דעת בעל העיטור וסייעתו א"כ יש לנו לדונו על חלק חברו כדין ערב וכבר כתב הטור בח"מ סימן קכ"ט בשם ר"ת דאף על פי שיאמר ממי שארצה אפרע לא יפרע מן הערב תחלה ואעפ"י שיאמר ממי שירצה אפרע תחלה כתב שם הטור בשם הראב"ד דלא יפרע מן הערב תחלה וכמו שכתב בהשגות וכתב ה' המגיד פרק כ"ה מהלכות מלוה ולוה שכן דעת הרשב"א ז"ל וא"כ ודאי דהמוחזק יכול לומר קים לי כהני רבוותא ואעפ"י שיש לחלק דשאני הכא שהזכיר שכל א' חייב על כלו ולשון חייב משמע בלוה על הכל ודמי למאי דכתב הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל ע"ד סימן ט' דכיון שכתוב בו ששניהם לוים וקבלנים פשיטא שיגבה מאיזה מהם שירצה מ"מ ודאי דיש לחלק בין כתוב בו לוה לכתוב בו חייב והוא מבואר נמצינו למדים שהדין היה שלא יתבע מראובן

תחלה ומה גם אחר גזרת ב"ד שגזרו שיבטיח כל א' על חלקו וראובן עשה כל עה שגזרו עליו ושמעון לא עשה דודאי צריך לתבוע משמעון חלקו תחלה וכיון שכן מה שהיה מגזם התובע לראובן להוליכו בערכאות שלא כדין היה ומחמת הגזום הזה עשה ראובן החיוב וא"כ לכאורה נראה דהוי אנוס ואין חיובו חיוב וכי תימא עביד איניש דגזים ולא עביד ואין זה אונס הא כתב מהרי"ק ז"ל בסימן קפ"ו בשם רב האי ור' חננאל ז"ל ועוד פוסקים אחרים כאשר כתבתי אני בפסק אחר דאונס דהפחדה הוי אונס היכא שיש בידו לעשות וכיון שיש ביד תובע זה לעשות עם ראובן רעה ולהוליכו בערכאות ודאי דהוי אונס ועוד דאפילו מהר"ם וראבי"ה דכתב הרב מהרי"ק שם דסבר דאונס דהפחדה לא הוי אונס אפשר דמודו בנ"ד דהוי אונס משום דלא אמרו אלא בהפחדה שיעשה עמו דבר שלא כדין דודאי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן וגזים ולא עביד אבל נ"ד ודאי דעביד דמורי התירא לנפשיה כיון דכתוב בשטר שכל אחד פרען בעד חברו דהא רבים מהפוסקים מסכימים דאפילו שנים שלוו שיכול לתבוע מהא' הכל וא"כ ודאי דהכא גזים ועביד כל זה היה נראה להפך בזכות ראובן ולבטל השטר אבל כד מעייניגן אשכחינן דלאו מילתא הוא כלל דאע"ג דנאמר דנדון דידן הוי אונס ע"מ בעי מסירת מודעא דנ"ד ודאי לא דמי למתנה דבגלוי בעלמא סגי או באונס בלא מסירת מודעא כדאמרינן בפרק חזקת אלא דמי לזביני דהא כתב מהרי"ק בסימן קפ"ו דכיון דמטי ליה הנאה לנותן מן המקבל דמיא לזביני דאין הולכים אחר צמצום ההנאה דמטי ליה מיניה הישוה שוה מה שנתן לו חברו תמורתו כ"ש בנ"ד דודאי ההנאה דמטי ליה מיניה הוי יותר ממה שהוא נתן דהא ראובן זה חייב וערב בעד העשרה אלפים לבנים משמעון והוציא אותו התובע מערבותו ונתרצה דמה שעשה לו שטר מערבות ד' אלפים דודאי קבל יותר הנאה הוא מן התובע ממה שנתן הוא לו ואפי' לסברת הרנב"ר ורשב"ם ושאר הפוסקים שהוזכרו בב"י סי' ר"ה דס"ל דהולכים בתר צמצום ההנאה דמטי ליה מיניה משום דסברי דליכא לדמויי ליה לאשה כמדמי ליה מהרי"ק ז"ל כמבואר שם בנ"ד ודאי אין כאן חולק דההנאה דמטי ליה מיניה היא יותר ממה שהוא נותן כדכתיבנא ואפילו שתשיב על זה ותרצה לחלקו מזביני עכ"פ אי אתה יכול לדמותו למתנה אלא על הרוב תדמהו לפשרה והרי כתב הרמב"ם שהיא כמכר ואע"ג דהרא"ש בתשובו' כלל ע"ב סימן י' במה שכתב בסוף אותה תשובה הילכך אי מהניא מודעא היכא שאומר לעדים פ' חייב לי כך יכך ואני צריך לפשר וכו' א"כ בלא מודעא נמי היתה המחילה וכו' משמע מכאן דס"ל דהוי כמתנה מדקאמר דלא צריכא מודעא וכדכתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו שלישיים סימן כ"ח מ"מ ודאי שאין פי' דברי התשובה כך דקשיא לי בגוה טובא חדא דנראה דהרא"ש פליג מדידיה

אדידיה דבתחלה כתב בנדון דידיה דהוא פשרה דלאו מודעא היא משום דלא כתב בה אנן ידעינן באונסיה משמע דדמי פשרה למכר דאי דמי למתנה בגלוי דעתא בעלמא סגי כדאמרינן בפרק חזקת ולבסוף כתב תימא אי מהניא מודעא היכא שאומר וכו' א"כ בלא מודעא וכו' משמע דדמי למתנה מדקאמר דבלא מודעא סני וא"כ דבריו סותרים ועוד קשה במה שכתב שם דאם היה אונס לא צריך מודעא והביא ראיה מדרבא דקאמר לא כתבינן מודעא וכו' ופרשב"ם דבשדה סתם זביניה זבין דלא הוי אונס ובשדה זו לא בעי מסירת מודעא דכיון דהוא אונס לא בעי מודעא וא"כ הכא נמי כיון דהוי אונס לא בעי מודעא ומה ראיה זו הא איפסיקא שם בגמרא חזקת הלכתא דלא כרבא דבין בשדה זו בין בשדה סתם זביניה זבין וכתבי' מודעא אזביניה כרב הונא וכדכתב שם רשב"ם וכן הוא בעצמו כתב כן למטה בסימן ז' דג' חלוקים יש בבטול מודעא וכו' וזה דבר פשוט ודאי לכנ"ל לפרש דבריו כך דהוא כתב למעלה א"כ לא תועיל שום פשרה ומחילה בקנין כלומר דלעולם ימסור אדם מודעא ויאמר מפני שהוא כופר מה שחייב לי אני מתפשר עמו ואח"כ הביא ראיה אחרת ואמר דאי אמרת זה אונס א"כ אליבא דרבא דקאמר דלא בעינן מסירת מודעא היכא דאיכא אונס א"כ אין לך שום פשרה ומחילה שתועיל שהרי הכל הם באונס שמחמת שלא רצה ליתן תביעתו הוצרך להתפשר עמו וא"כ ע"כ צריך אתה לומר שאין זה אונס וא"כ לפי זאת הראיה של הרשב"ם שהביא אינו אלא מקושר עם מ"ש למעלה לא תועיל שום פשרה ומחילה וכו' וזהו שכתב למטה תימא אי מהניא וכו' א"כ בלא מודעא נמי היתה בטלה כלומר אליבא דרבא בלא מודעא היתה בטלה ולא תמצא שום פשרה אליבא דרבא קיימת ומיניה נשמע לדידן דכיון דעכ"פ צריך אתה לומר אליביה דאין זה אונס גם לדידן נמי לא הוי אונס כנ"ל לפרש תשובה זו וא"כ לפי זה למדנו לדעת הרא"ש ז"ל דפשרה הוי מכר כדעת הרמב"ם ז"ל וא"ת הא לקמן בכלל פ' סימן י"א כתב ומה ששאלת אם יאמרו ראובן ושמעון שלא ידעו דבר מחוב וכו' איני רואה כאן אונס להוציא ממון מיהודה שהוא מוחזק וכו' והא אותו הנדון הוי פשרה וכתב דאינו רואה אונס להוציא ממון משמע דאם היה שם אונס היה מוציא ממון והא אמרי' לדעת הרא"ש ז"ל דפשרה הוי במכר ובעי מסירת מודעא ואפילו היה שם אונס כיון שאין שם מודעא אין ראוי להוציא ממון וי"ל דאין הכי נמי אלא לרווחא דמילתא קאמר הרא"ש דאין שם אונס כדי להוציא ממון אפילו שתהיה שם מודעא וכן מה שאמר בסמוך בסימן י"ב בסוף השאלה האיך יוכלו לבטל הפשרה בלי שום אונס לא תדוק מיניה הא אם היה שם אונס היא בטלה אלא ע"כ צריך מסירת מודעא ואם היה שם אונס לא היה בטלה אלא במסירת מודעא ומ"ש האיך יוכלו לבטל כלומר אין צד לבטלה

בלי אונס שאם היה אונס היה צד לבטלה אם היה כאן מודעא אבל השתא אין שום צד לבטלה מ"מ למדנו דדעת הרא"ש ז"ל דפשרה כזביניה ובעי מסירת מודעא וא"כ אפילו נדמה נ"ד לפשרה לכ"ע צריך מסירת מודעא וראובן זה לא מסר א"כ השטר קיים וחיובו חיוב גמור:

ועל השאלה הב' אם יוכל אברהם לתבוע לדין לראובן אחר שעמד בדין עם מורשה שלו ודאי דאין צריך לעמוד בדין עם אברהם וכדכתב הרא"ש כלל פ"ה סימן ה' למה שאלתם לפסוק פעם אחרת דין שנפסק כבר ב"ד בתר ב"ד לא דייקי וכן כתוב בתשובות שבסוף ספר חזה התנופה ראובן ושמעון שבאו לדין וכו' אינו זקוק לירד עמו לדין וכו' כאשר הובא בב"י ח"מ סי' י"ב וא"כ כיון שראובן זה עמד בדין עם שלוחו ב"ד א' ידונו לו ולא בתי דינין הרבה. ועל השאלה הג' אם יוכל ראובן להשביע לאברהם וליעקב אחיו על דבר הרבית שלקח אביהם ושלקח אברהם נראה דדין זה הוא מחלוקת בין הפוסקים דהמרדכי בריש מציעא כתב בשם ר' שמחה דבאומר לחבירו גזלתני או גנבתני דלא נתקנה שבועת היסת על זה דבדבר איסור לא מהימנינן לתובע וכן בתשובות להרמב"ן כתוב אם ראובן תבע את שמעון גזלתני או הלויתני ברבית אין משביעין אותו כיון דלדברי התובע נעשה חשוד והרב ב"י בח"מ סי' ע"ה כתב ותלמידי הרשב"א כתבו ומיהו הטוען לחבירו מנה של רבית יש לי בידך וכו' דעת מורי שאינו נשבע מפני שלפי טענתו וכו' וטעמא דאינו ראוי וכו' ועוד דלפי דבריו של זה אע"פ שמחזיר הרבית אכתי פסול הוא דהא לא מתקן וכו' ולכאורה איכא למידק דהאי ועוד דלפי דבריו וכו' היינו מאי דקאמר מעיקרא ומאי חדש ונראה דמעיקרא קאמר דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן דודאי זה לא לקח רבית דבשלמא גזלה איכא למימר משום מלוה ישנה אבל ברבית ליכא למימר הכי והשתא קאמר דאפילו דנחזיקינהו ברשע ונאמין לדבר זה הרי נעשה פסול לדבריו ואין ראוי להשביעו וזה ברור ובספר י"ד בסימן קס"ט כתב הטור ראובן שאומר לשמעון לקחת ממני רבית מיד ליד ושמעון משיב לא לקחתי אלא ע"י גוי כתב א"א הרא"ש ז"ל בתשובה וכו' אבל אם משיב איני יודע אם נתת לי וכו' צריך לישבע וכו' ע"כ א"כ נראה ודאי דהרא"ש ג"כ מודה לדין זה דהיכא דזה טוען מנה הלויתני ברבית וזה טוען להד"מ דאין להשביעו כל כך אך ראיתי להרב ב"י שכ' דהרא"ש ז"ל יודה היכא דטוען לא היו דברים מעולם דמשביעין אותו דע"כ לא קאמר דנאמן בלא שבועה אלא באומר לקחתיו ע"י גוי והקשה דכשאמר לא היו ד"מ נמי ניהמניה במגו דאי בעי אמר ע"י גוי לקחתיו ותירץ דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' ע"כ. ואני שמעתי ולא אבין דהא אליבא דהרא"ש קיימינן והוא ז"ל דחה בריש פרק כל הנשבעין דברי הר"י ן' מיגאש

דס"ל דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה והעלה דאמרי' מגו לאפטורי משבועה וא"כ נראה דלדעת הרא"ש ז"ל אפילו בטענת להד"ם ניהמניה במגו דאי בעי אמר לקחתיו ע"י גוי וא"ת אי כשאמר להד"מ נאמן למה כשאמר איני יודע כתב הרא"ש ז"ל דצריך לישבע שאינו יודע וכבר הקשה קושיא זו הרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו השניים סימן מ"ו ונ"ל לתרץ דכיון דזה אומר איני יודע וזה טוען ברי אמרי' ודאי דזה דאומר איני יודע קים ליה דודאי נטל ומ"ש שאינו יודע מפני שהוא בוש לומר שנטל רבית לכך רמה שבועה עילויה כי היכי דנפרוש ויודה והרב רבינו ירוחם כתב בסוף נתיב ח' הטוען לחבירו נטלת ממני רבית ומשכון היה לי אצלך והוצרכתי לתת לך רבית והלוה כופר או שטוען וכו' נאמן בלא שבועה וכו' ואם המשכון בידו ואמר מלוה שעל ידי גוי בא לידו שנטל הרבית בלא שבועה ואם כבר נתן הלוה הרבית אין יכולת בידו להוציאו דאין אדם משים עצמו רשע לומר נתת לי רבית החזירהו לי שהרי לאו דלא תשימון קאי בין למלוה בין לערב והיה לו להפסיד משכונו קודם שהיה נותן לו רבית ע"כ ודבריו הם תמוהים חדא דלמה חזר וכתב ואם כתב נתן הלוה וכו' שכבר אמרו זה הדין למעלה ועוד דשינה כאן הטעם דלמעלה אמר טעמא דלא שביק וכאן אמר טעמא דאין אדם משים עצמו רשע וכבר הוקשה קושיא זאת למהריב"ל בפסקיו השניים סימן מ"ו ותו קשיא לי למה אמר שהרי לאו דלא תשימון קאי למלוה וערב אטו אנן בלוה קיימים והיכי מייתי דלאו דלא תשימון במלוה וערב טפי הי"ל דהלוה לא היה לו ליתן רבית ולעבור על לאו דלא תשיך למה הביא הלאו שאינו עובר הלוה וע"כ שמ"מ עובר משום לפני עור לא תתן מכשול כיון שהמלוה עובר על לאו דלא תשימון והלוה מכשילו מ"מ יותר היה ראוי שיביא הלאו שעובר על הלוה בעצמו ותו במלוה גופיה ליכא לאוי אחריני הרי המלוה עובר בששה לאוין כדכתב הרמב"ם ז"ל ולמה הביא זה הלאו יותר מן האחרים הי"ל שעובר בו' לאוין ונ"ל ליישב דבריו דהך דקאמר ואם כבר נתן הלוה הרבית וכו' קאי אמאי דקאמר ואם המשכון בידו כלומר דאם המשכון ביד המלוה והלוה נתן לו הרבית כלומר הקרן חייב לו והרבית שלם לו כמו שהוא נהוג פעמים הרבה השתא ודאי הלוה לא עבר משום לא תשיך דכיון דלוה חייב לו קרן אומר אני בעד הקרן נותנו וכשנעשה חשבון אנכה אותו אבל המלוה עובר משום לא תשימון דעבד שומ' אבל על השאר לאוין אינו עובר עדיין כיון שעדיין חייב לו הלוה כשיבא ליפרע לו ינכה לו מחובו לכך הזהיר הלאו דלא תשימון וקאמר דעובר לוה עליה משום לפני עור דמכשיל למלוה שיעבור על לא תשימון ומ"ש היה לו להפסיד משכונו כלומר אף ע"פ שיאמר הלוה שנותן לו הרבית מפני שאיים לו שיכבש משכונו ויפסיד אותו היה לו להפסיד ולא להכשיל למלוה שיעבור על

לאו דלא תשימון ומה שהזכיר כאן טעמא דאין אדם משים עצמו רשע לרבותא נקטיה דהוה אמינא דלא שייך כאן האי טעמא דאין אדם משים עצמו רשע כיון שהוא חייב לו עדיין וינכה לו מחובו ולא עבר הוא כלל על לאו דלא תשיך קמ"ל דאפי' הכי איכא הך טעמא משום דמכשיל למלוה שעובר על לאו דלא תשימון כנ"ל ליישב דברי תשובה זו של הר"ם ז"ל מ"מ למדנו דדעתו ז"ל הוא דנאמן בלא שבועה הרי כל הפוסקים מוסכמים דאין צריכין לישבע יעקב ואברהם אחיו:

איברא דהרשב"א כתב הרב ב"י בי"ד סימן הנז' דסבירא ליה דנשבע שבועת היסת אבל קשה לי דהרי תלמידי הרשב"א כתבו דעת מורי שאינו נשבע וכו' כמו שהבאתי למעלה וסתם מורה שלהם הוא הרשב"א ואפילו שנאמר שהרשב"א ס"ל דנשבע וכן רבינו מאיר שהביא המרדכי שחולק על רבינו שמחה מ"מ לא הוו אלו תרי לגבי כל הני רבוותא וא"כ ודאי דאין נשבעין ועוד אפילו הוי פלוגתא דרבוותא הרי כתב מהריב"ל ז"ל בפסקיו השניים סימן מ"ו דכי היכי דאמרי' קים לי לענין ממון הכי נמי אמרינן קים לי לענין שבועה. איברא דהא מילתא לא ברירא לי אלא אליבא דהרא"ש ז"ל דקאמר דמגו לאפטורי משבועה אמרינן דמה לי ממון מה לי שבועה דאם לא ישבע משלם וכדכתב בריש כל הנשבעין וא"כ לדידיה ממון ושבועה שוין ואתי שפיר אבל להר"י ן' מיגאש דחלק בין ממון לשבועה ואמר דאע"ג דאמרינן מגו לאפטורי מממון לאפטורי משבועה לא אמרי' אפשר דלענין קים לי ג"כ לא נלמוד מממון לשבועה מ"מ לענין נ"ד כבר כתבתי דרוב הפוסקים ס"ל דאין נשבעין וא"כ ודאי דהם פטורים משבועה: ועל השאלה הד' אם יוכל יעקב להשביע לראובן כיון דלא השביעו בב"ד כשתבע ממנו ודאי דיכול להשביעו דאע"ג דשתק והלך, לו מה בכך האי שתיקה לאו כהודאה דמי דהרי כתב הטור בח"מ בהלכות טוען סימן פ"ו אמר לו מנה לי בידך והלה שותק ואמר לעדים אתם עדי ושתק הנתבע אין שתיקתו כלום וכו' א"כ ג"כ נאמר כאן דמשום דשתק לא נאמר דהאמינו במה שאמר שאין לו וא"כ ודאי שיכול להשביעו וענין שבועה זו כתב הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות מלוה שהיא תקנת הגאונים וכתב שם מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם וכו' והוחזק התובע וכו' יראה שאסור לדיין וכו' כללו של דבר כל שיעשה הדיין וכו' נראה משם דהדבר מסור לדיין וא"ת התינח דלא ישבע שבועה שאין לו מ"מ אמאי לא ישבע דכל מה שירויח יתן לו ולא יוציא יותר מן הראוי להוצאת אשתו ובניו ולכאורה היה נראה מכח קושיא זו דלא דבר הרמב"ם ז"ל אלא לענין השבועה ממה שיש לו אבל לענין שבועה שצריך לישבע מכל מה שירויח צריך שישבע וא"כ בנ"ד אפילו שנאמר שראובן זה מוחזק לב"ד לאדם כשר וגלוי לעם שאין לו

שעכ"פ צריך לישבע שבועה מכל מה שירויח ונראה ודאי דהא לאו מילתא היא דודאי מכל השבועות הוא פטור כיון שהוא מוחזק לכשר והולך בתום ודאי שלא ישקר ויעשה הכל לש"ש דאי לא תימא הכי אלא שהאחרת צריך לישבע א"כ אמאי לא משבעינן לזאת ע"י גלגול מהאחרת ועוד מאי האי דקאמר אלא רוצה לצערו בשבועה זו כיון דעכ"פ צריך לישבע על העתיד מה לו לישבע ג"כ על מה שעבר אלא ודאי שהוא פטור מכל על כן בנ"ד אם ראובן זה נראה לב"ד שהוא אדם כשר והולך בתום וגלוי לעם שאין לו כלום ודאי דאין ראוי להשביעו ואע"ג דר' מאיר בריש המפקיד כתב המרדכי דס"ל דהאי שבועה דלוה דאין לו מדינא הוי דדמי ליה לשבועה שאינה ברשותו וכמבואר שם מ"מ אפילו לדעתו נאמר דיש להקל בשבועה זו אם יראה בעיני ב"ד ומ"מ צריך להתיישב בדבר זה הרבה שהרי כתב שם ה"ה שצריך שיהיה ב"ד מוחזק בחכמה ובחסידות ועל השאלה החמישית על ענין הבית שנתן ראובן לאשתו אם בעל חוב גובה ממנה נראה דאם הבית זה נתן ראובן לאשתו קודם שיתחייב בשטר לאברהם לאו דינא ולאו דיינא שאין ב"ח גובה הימנה דבהדיא אמרו בפרק חזקת דהנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל הפירות ואפילו נמכר לא אמרינן דאם היו המעות גלויים לו קנתה ואם לאו לגלויי זוזי הוא דעביד כמבואר בטור א"ה סימן פ"ה וא"כ נדון דידן בין שנדון אותו כמתנה בין שנדון אותו כמכירה מפני שנתן לו אשתו בגדיה ותכשיטיה בעבורם שהוא לא היה יכול למכרם ואם מכרם לא היו מכורים לדעת רוב מהפוסקים כמבואר שם בא"ה מ"מ קנתה דנ"ד מעות ידועים מקרי דידועים היו לו אותם הבגדים והתכשיטים ולא שייך לומר כאן לגלויי זוזי אבל אם המתנה היתה אחר שנתחייב לראובן ודאי שב"ח גובה ממנה דאיך יוכל למכור או ליתן המשועבד לב"ח ואפילו הבית מזה היא חזקה דאיכא למימר דדינא כמטלטל ובמטלטלין כתב הרא"ש הביאה הטור בסימן ס' בח"מ דמשום תקנת השוק כשמכרם אין ב"ח גובה מהם ודאי דבחזקה ליכא תקנת השוק דהרי מוכרין אותה בשטר ובעדים ובאחריות והוא דבר פשוט אין צריך לומר לדעת מורי ור' הרב הגדול מוהר"ר שמואל נר"ו דדן אותם כקרקעי לכל מילי אלא אפילו לחולקים להא מילתא דיינינן ליה כקרקע דליכא תקנת השוק כיון דמוכרין אותה בעדים ובשטר כמבואר באותה התשו' שהביא הטור שם:

הכלל העולה באלו השאלות דהשטר שנתחייב ראובן לאברהם הוא קיים ואברהם אינו יכול לתובעו בב"ד אחר כיון שכבר עמד בדין עם שלוחו וראובן אינו יכול להשביע ליעקב ואברהם אחיו על דבר הרבית והוא חייב לישבע שאין לו זולת אם יראה לב"ד שהוא אדם כשר וגלוי שאין לו והבית שנתן לאשתו אם נתנה קודם שנתחייב בשטר

אין ב"ח גובה ממנה ואם לאו גובה אברהם ממנה כל אלה ראתה עיני יחיד ועני באלו השאלות וחתמתי שמי עבד כל יודעי דת ודין: הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רח

שאלה ראובן היה לו חצר א' והוצרך למעות ומכר מחצית החצר ההוא לשמעון בעד עשרת אלפים לבנים בשטר כתוב וחתום בכל תוקף מכירה חתוכ' וחלוטה בלי שום תנאי וכתוב בשטר המכירה שמכר לו ע"מ שלא יפרע שמעון לתוגר בעל החצר בעד בתי המקנה ההיא כלום כי כל דמי שכירותם העמיסם ראובן על שאר הבתים הנשארים לו בחצר ההוא ולאחר קצת ימים נתחייב שמעון בשטר אחר לראובן שלאחר שלש שנים כשיהיה נדרש מראובן שימכור לו מחצית החצר הנז' עם כל זכיותיו הנלוים אליו בעד סך שקנאם ממנו ונוסף עליו עוד ב' אלפים שיוציא שמעון בבנין חדש שיבנה בחצר כשירצה וגם כל מה שיוציא במירימיטיש שיצטרכו להעשות בחצר הנז' שבעד כל אותם הסכים יחויב למכור לו כל אותם הבתים שקנה ממנו לאחר ג' שנים ולאחר ימים או עשור שהחזיק שמעון בבתי המקנה הנז' מצא האלהים את עון כלנו ונפלה דליקה בעיר ונשרפו אותם הבתים שקנה שמעון מראובן הנזכר ועתה בא ראובן ושואל מה יהיה משפט ענין חזר' המכיר' הנז' יען כי טוען ראובן ואומר כי עם היות שהוא הודה ועשה שטר מכיר' בכל תקף לשמעון בלי תנאי כלל עכ"ז הדברים גלוי' לכל העולם שהוא לא היה מודה למכור חצר שהיה שוה כ אלף בעד י' אלפים וע"מ כל אותם התנאים שהכתיב בשטר המכיר' שמכרם לו ע"מ שלא יפרע שמעון שכירו' כלל מאותם הבתים לתוגר ועוד שעבד ראובן המוכר בתים אחרים שנשארו לו לפרעון השכירו' מבתי המכירה לתוגר שכל אלה התנאים לא עביד איניש להודות ולהתחייב בהם אלא לפי שהיה ע"מ שיחזור שמעון להתחייב למוכרם לראובן ולאחר הג' שנים בעד אותו הסך הנ"ל וכמו שהזמן הספיק להוצאת האמת שנתחייב שמעון על ככה בשטר אחר כמו שהוא המנהג בעיר לעשות מכירו' כמו אלה לפי שאם לא היה כך התנאי ביניהם אנן סהדי שלא היה מוכר אות' הבתים לשמעון כי אם בשוים נ' אלף או יותר וא"כ עכשיו שנפלה דליקה בעיר ונשרפו הבתים שואל ראובן מה יהיה משפט תורת המכירה אם יוכל ראובן לומר לשמעון אני נתתי לך שוה נ' אלף בעד י' אלפים אם כן עתה כשתחזור למוכרם לי כמו שנתחייבת בשטר למכור לי כל אותם הבתים כמו שהם עם כל זכיותיהם והנלוה להם באותו הסך תחזירם לי כמו שהם היו בעת ההיא בנויות על תלם כי כן משמע מלשון

השטר שנתחייבת למכרם לי עם כל הנלוה אליהם באותו הסך הכתוב בשטר ואת"ל שאינו מחויב שמעון לבנותם אחרי שנשרפו מי אמרינן שיכול ראובן לומר לשמעון תעריך מה שנשאר מהבתים אבנים וקרקע לערך מה שהיו שוים הבתים בהיות' בבנינם וכפי הערך שפחת החצר בשרפתו כך יפחתו דמי מכירתו שתמכרהו לי לפי שאין ספק שלא היה מוכר לו מה ששוה חמשים בעד עשרה רק על מנת שיחזירם לו כמו שהם בלי מגרעת דאם לא כן לא היה מוכרם לו רק בשוים ממש ואם כן לפחות כיון שנשרפו יש לו לפחות מהדמים כפי הערך שפחתו הבתים בשרפתם או דילמא יכול שמעון לומר איני מחויב למכור לך מה שנשאר מהם אלא בעד הי' אלפים עצמם כפי הכתוב בשטר חזרת המכירה ילמדנו רבינו הדין עם מי ושכרו יהיה כפול מן השמים אנס"ו:

תשובה גרסינן בפרק איזהו נשך מכר לו בית מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור וכו' מאן תנא אמר רב הונא בריה דרב יהושע דלא כר' יהודה דאי ר' יהודה הא אמר צד א' ברבי' מיתר ע"כ ויש לחקור בהאי דינא דאמר לו מוכר לכשיהיו לי מעות החזירם לי דהוי רבית אם נפל הבית או נשרף קודם שיחזיר לו המעות באחריות מי הוי דמוכר או דלוקח דמדברי הריב"ש בסימן תס"ד נראה דהוי באחריות לוקח דכתב שם דלרבנן דקיימא לן כוותייהו דאמר צד א' ברבית אסור והוי רבית קצוצה לא הוי אלא אחר שהחזיר המוכר ללוקח מעותיו ונתבטל המכר אבל מתחלה קודם שנתברר הספק בודאי א"א לומר שהוא רבית גמורה אלא שאסור מדרבנן שלא יאכל הפירות ההם על הספק כיון שאפשר לבא לידי רבית תורה ע"כ משמע שכל זמן שלא החזיר המעות לא הוי רבית דהמכר מכר ואין כאן אסור אלא שלא יאכל על הספק וא"כ נמצא לפי זה שכל זמן שלא החזיר המוכר המעות הוי ברשות לוקח וא"כ נשרף או נפל הבית באחריותו הוי אין צ"ל לדעת ר"ת שכי' בפרק בתרא דערכין ובפ' איזהו נשך שאפילו אחר שהחזיר המעות אינו אלא אבק רבית ומ"ש בערכין רבית גמורה היא מדרבנן:

איברא שכל הפוסקים חלוקים עליו מ"מ אפילו לפי סברתינו דאית לן דהוי רבית קצוצה למדנו מדברי הריב"ש ז"ל דהוי ברשות לוקח כדכתיבנא אבל מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סימן ר"ז נראה דהוי באחריות מוכר דכתב שם גבי ראובן שמכר קרקע לשמעון במנה מלוה שהיה לו בידו והשיב המכר אינו מכר שכך התנו מתחלת הענין שאם יפרע ראובן לו מעות שהלוה לו שיהא המכר בטל מעיקרו והרי זה כאותה ששנינו א"ל לכשיהיו לי מעות תחזירם לי שהמקח אינו מקח ואינו אלא כמשכנתא בעלמא ע"כ גם ביורה דעה סימן קע"ד הביא הרב ב"י ז"ל תשובות הרשב"א מסכימות לזה שכתב שם ושורת הדין כל מי שמוכר קרקע ומתנה בשעת המכר שאם

יהיה לו מעות יחזירם ללוקח אין זה מכר. אלא מלוה גם בתשובה שלאחריה כתוב והוא שאם נעשה ביניהם קודם המכר או בשעת המכר אין לו דין מכר אלא דין הלואה משמע מכל הני דאינו אלא כמשכנתא בעלמא וכבר כתב הטור בח"מ סימן קי"ז דמשכנתא היכא דלא אמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו ושטפ' נהר גובה משאר נכסי' וא"כ משמ' מדבריו דהוי ברשות מוכר:

איברא דאיכא למידק דהטור כתב בסימן ר"ח מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר ונתקיים המקח בקנין המקח קיים ויתן בשער של היתר דאין אחד מהם יכול לומר המקח בטל וכדבריו כתב הרא"ש בפסקיו בפרק איזהו נשך וכן כתב נמוקי יוסף בפרק הנז' וכתב שהוא דעת הרשב"א ז"ל והשתא קשה כי היכי דהתם אמרינן דאף עפ"י שהוסיף בשווי מפני המתנ' ינכה התוספת ויתבטל הרבית ויקיים המקח בע"כ א"כ הכא נמי אמאי קאמ' דהמקח בטל לימא דהמקח קיים והתנאי שאמר לכשיהיו לי מעות החזירם לי אינו תנאי כיון דהוי רבית ויתבטל הרבית וישאר המקח קיים כי היכי דהתם קאמר הרשב"א גופיה דינכה התוספת והמקח קיים גם במה שכתבו תלמידי הרשב"א ז"ל התם קשה לי דכתב הרב ב"י שם בשמם וז"ל ומיהו הלוקח ודאי יכול לחזור בו שלא ליתן בהם בשעת היוקר שהרי לא לכך ירד שמתחלה כשער הזול פסק עמו ע"כ. ונראה דקאי אחלוקה דפסק קודם שיצא השער ואחר כך יצא השער ביוקר וקאמר דלוקח מצי למימר אדעתא דהכי לא זבני אלא כשער הזול והשתא דהוי שער היוקר נהי דלא יהיב לי מוכר כשער היוקר משום דהוי רבית אבל מ"מ איני חפץ במקח כיון שלא ירדתי אדעתא דהכי אבל המוכר לא מצי לבטל המקח משום דאיהו אפילו אדעתא דשער הזול ירד והשתא הוי יוקר יתן כשער היוקר אם ירצה לוקח ועדיף ליה טפי מדמעיקרא זהו פירוש דבריהם. וקשה דא"כ בשווי המקח כשהוסיף המוכר מפני ההמתנה אמאי אמרינן דמוכר יקיים המקח בע"כ לימא אדעתא דהכי לא מכרתי נהי דלא יתן לי הלוקח כאשר התניתי עמו דהוי רבית אבל מ"מ כיון שלא ירדתי אדעתא דהכי אבטל המקח ונראה לתרץ דלוקח יאמר הכי מפני שכשהוא התנה לא היה רבית אלא שלבסוף כשיצא השער הוא למפרע רבית ואפשר היה שלא יתייקר השער ולא יהיה שם רבית כלל ולהכי יאמר אדעתא דהכי לא התניתי אבל מוכר שהוסיף בשווי המקח באותה שעה היה רבית גמור וכיון דהוי רבית הוי ההוספה כמאן דליתיה ולא יכול לומר אדעתא דהכי לא ירדתי כיון דמתחלה ירד בפי' על דעת רבית וכן נתרץ לקושית הרשב"א דכאן אמרינן דבטל מקח ולא אמרי' יתקיים המקח ולא יהיה התנאי תנאי משום שיאמר הלוקח לא עשיתי איסור בעת התנאי

דאפשר דלא אחזיר המעות ויהיה המקח מקח אבל מ"מ כיון שאפשר לבא לידי אסור אמרו חכמים דבטל מקח והוי הלואה גמורה לדעתו וכיון דאתא לידן אתינא דיש ליישב מה שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו כשהביא לשון ר' האי או פוסק על הפירות עד שלא יצא השער ולא נתייקר השער דקשיא ליה להרב ב"י ז"ל אפילו נתייקר נמי דמאי שנא מהוסיף בדמי ואפשר לומר דלא כתב לא נתייקר השער אלא משום שלא יוכל לחזור הלוקח ג"כ דאי לא מצי למימר הלוקח אדעתא דהכי לא ירדתי כדכתבו תלמידי הרשב"א ז"ל אבל בהוסיף בדמי אינו יכול לחזור לא המוכר ולא הלוקח ואף על גב דהמוכר יאמר אדעתא דהכי לא ירדתי כיון שבשעת התנאי היה רבית גמור לא מצי למימר הכי כדכתיבנא א"כ למדנו דעת הרשב"א נגד דעת הריב"ש ופשיטא דלו אנו שומעים. ועתה נבא לנ"ד אלו היינו אומרים דהמכירה הזאת באומדנא דמוכח כדכתב השואל היתה על תנאי שיחזיר לו למכור ודאי דהוי כאלו אמר לכשיהיו לי מעות החזירה לי והוי הלואה גמורה ונשרפו הבתים ברשות המוכר וחייב ליתן לו העשרה אלפים לבנים אלא שינכה לו שכירות הבתים נמצא דהטענה אשר בה חשב המוכר להציל עצמו היא לרעתו וכפא דחק נגרא בגויה נשרוף ליה חרדלא ואם כוונת השואל הוא דאף ע"פ שלא פירש כן בעת המכירה סתמו כפירושו מ"מ אינו שוה לו דכל מה שמשתדל להטיל תנאי במכירה נעשו המעות הלואה אבל לפי האמת המכירה מכירה דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ובודאי דהמכירה היה מכירה חלוטה ואע"פ שהעמיס ראובן דמי שכירותם על שכר הבתים אין זה הוכחה דכבר כתב הרב מוהריב"ל ז"ל בפסקיו חלק ב' סי' ע"ד בנדון כיוצא בזה בשלמא אם היה תנאי בין המוכר ובין הקונה שאם יגרש התוגר לשמעון שיחזיר לו המעות שקבל ממנו הויא דמי להלואה וכו' וכל גווני דאפשר למימר ולתקן כי היכי דלא להוי רבית אמרינן דאחזוקי אנשי ברשיעי וכו' והרב הגדול מורי נר"ו בתשובותיו סי' ק"ח השיג עליו וכתב ולא עוד אלא אפי' שהיו מתנים שאם יגרשהו התוגר לקונה מהבתים אין כאן צד איסור וכו' יעו"ש מ"מ למדנו מדברי הרבנים שהמכירה מכירה גמורה ואין זו טענה דאע"פ שהעמיס דמי השכירות על הבתים כך היה תנאי ביניהם ולא מפני תנאי זה נתבטלה המכירה ומה שטען שימכור אלו כעצים ואבנים לפי הערך שהיו שוה הבתים בבנינם וכו' נראה לי דכיון דבשטר המכירה כתוב שנתחייב למכור לו אותם הבתים ונשרפו הרי נתבטל החיוב ואינו מחויב למכור לו העצים והאבנים דהכי אמרי' המשכיר בית לחבירו ואמר בית זה אני משכיר לך ונפל הבית אינו חייב לבנותו משום דמשמע בית זה דכיון דקאמר זה ונפל אזדא ליה וכדאמרינן בפרק הבית והעליה אי דקאמר עליה זו כיון דנפל אזדא ליה ואע"ג דהטור ז"ל כתב בסימן שי"ב בשם הרמ"ה

דאם יש עציו ואבניו כדי ליקח אחר יקח ואם אין בהם כדי ליקח ישכור אפילו הרמ"ה יודה בנ"ד דע"כ לא קאמר התם אלא מפני שהשכיר לו בית זה והרי נשתעבד לו כל גוף הבית והעצים והאבנים אבל מי שנתחייב למכור לחבירו בית זה ודאי פשיטא ופשיטא דמודה הרמ"ה דכיון דנפל נסתלק חיובו וא"כ בנ"ד שכתוב בשטר שנתחייב למכור אותם הבתים אשר בחצר הא כיון דנפלו אזדו ואינו חייב למוכרם ודברים פשוטים הם בעיני וכבר היה אפשר לבטל תנאי זה משום מאי דכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י סימן ר"ו דמי שקנו ממנו בעדים שימכור ביתו אינו אלא קנין דברים ואוקי ההיא דאמרי' בגמרא אי מזבינינא להאי ארעא לדידך מזבינינא כשקנה האי ארעא מהשתא והחזיק בה בתנאי שאם ימכרנה שתהיה קנויה לו וכו' משמע דקנין שקנו ממנו שימכור לא מהני ונראה דהא מילתא תליא בפלוגתא דרבוותא הביא הטור ז"ל בסי' קנ"ז גבי היכא דנהגו לעשות מהוצא ודפנא וקנו מידו לעשות בנין זה אינו יכול לחזור דכ' שם בשם הרמ"ה ומיהו דוקא דקנו מיניה דמחייב ליתן כך וכך בדרך הודאה הוא א"נ דרך שעבוד דשעביד נפשיה להכי ולאו קנין דברים הוא אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה והנתינה אין בה ממש ולא מעשה בעלמא הוי קנין דברים וכו' ואיכא מרבוותא דסבירא להו קנין לתת לאו קנין דברים הוא וכו' ופלוגתא זו כתבה ר' ירוחם בנתיב ט"ו והביא' הרב ב"י בסי' קצ"ה א"כ היה נראה לכאורה דלמ"ד דהוי קנין דברים הך תנאי שהתנה שמעון למכור לראובן הוי קנין דברים ולדעת הרשב"א וקצת מרבוות' אין חיובו חיוב וא"כ אין לחייבו למכור ואוקי ארעא בחזקתיה ואם כן אפילו אם הבתים היו קיימים לא היה מחויב למכור שמעון אבל אין טעם זה מספיק לפי האמת משום דכיון דאיכא קנין ומעכשיו בשטרא סגי כדמשמע מדברי נמוקי יוסף בריש בתרא ואע"פ שמשמע מתשובת הרשב"א ז"ל שצריך שיאמר הרי היא קנויה לך מעכשיו ויהיה הקרקע ביד הלוקח מ"מ כיון דכתוב בשטרא שיחויב למכור סגי דע"כ לא קאמר הרשב"א אלא שלא הזכיר בשטר חיוב למכור אלא שימכור אבל כיון שהזכיר שיחויב למכור קנין קאי אחיוב כדדייק לשון הרשב"א ז"ל שכתב לשון נופל על החיוב וכו' משמע דכשהזכיר חיוב סגי אבל בנדון דהרשב"א לא הזכיר חיוב. איברא דקשה קצת דהרב ב"י כתב בסי' קצ"ה תשובה להרשב"א דהשיב דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר לשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן וכו' א"כ הכא נמי נימא דהקנין מתקן הענין והוי כאלו פירש שמחייב למכור וא"כ אמאי כ' הרשב"א ז"ל הכא דהוי קנין דברים מ"מ מכח

הטענה הראשונה זכינו לדון דעכשיו דנפל אינו מחויב שמעון למכור העצים והאבנים ונתבטל החיוב:
הכלל העולה דאין לו לראובן על שמעון כלום והעצים והאבנים הם של שמעון ואינו חייב למוכרם לו חזר השואל ושאל לו נשרפו קצת הבתים וקצתם קיימים אם מחויב למכור לו שמעון הבתים שנשארו לערך שהיה מוכר לו כולם כיון שנתחייב למכור לו כל הבתים עם כל הזכיות ועתה שנשרפו קצתם יחויב למכור השאר לפי הערך גם בזה אני אומר דלא צדק בטענתו דאמרי' בפרק המוכר את הספינה כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה ופי' רשב"ם כור בשלשים אני מוכר לך צריך היה למעות כנגד דמי הכור ולא נתכוון זה שיהא קונה פחות מכור ולא יותר מכור אלא כור בצמצום מקנה לו לא פחות ולא יותר ע"כ הכא נמי אמרי' כיון שנתחייב למכור לו כל הבתים בסך כך כלם נתחייב ולא קצתם דמתכוין למכור כלם לא פחות ולא יותר נמצא דלא זכה. ראובן בדינו כלל:
הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רט

שאלה ראובן מת וחיי לרבנן שבק והניח בניו יתומים קטנים ולא הספיק לצוות את ביתו למנות אפטרופס על נכסיו שהיו חייבים לו יהודים ותוגרמים והוא ג"כ היה חייב ליהודים ותוגרמים כדרך הסוחרים וכל מה שהיו חייבים לו התוגרמים היה בחוגי"ט וטישקייריש באופן שהיה כח ביד היתומים לגבות החוב ההוא בעש"ג והניח ג"כ חצר בבתים בנויים ושדות וכרמים וכסף וזהב ומטלטלים ושפחה א' ואשתו אלמנה בכה תבכה על בעלה ולא ידעה מה לעשות בנכסי עזבון בעלה ראובן הנז' ובפרט לגבות חובות התוגרמים וג"כ הכרמים שהניח שעתידים להיות ארץ גזרה מבלי היות משגיח עליהם והקהל ב"ד אביהם של יתומים לא השגיחו למנות אפטרו' אלא הניחו לאלמנה הנז' לאבד הממון הנז' ואחר עבור ב' שנים מכרה האלמנה הנז' ברשות ב"ד חצר של בתים שנשרפו לשמעון בסכום מעות פחות ממה שהיה שוה והחזיק בו הקונה כמה שנים ויהי היום שהגדילו היתומים קמו וערערו במכירת אמם ורוצים להוציא הקרקע מתחת יד הקונה באמרם שאין מעשיה קיימין מכמה אנפי חדא שהקונה אינה את אמם אונאה גמורה ולקח החצר בזול ועוד שמכרה קרקע ללא צורך ותועלת היתומים שאפילו מכרה לפרוע חוב אביהם עכ"ז היה לה למכור המטלטלים שהם קודמים לקרקע וכסף וזהב ולא קרקע ומה גם שהיו מטלטלים משכון ביד נאזי"ר העיר ומכרו הקרקע לפדות המטלטלים שהם

דברים העשויים לעשות בלויי סחבות כנודע לכל שער עירנו וגדולה מזו שהיה לה למכור השפחה שמכרה אחר מכירת הקרקע ללא צורך רק ליתן המעות ברבית מקודם ולפרוע החוב הנז' משום שהשפחה עשויה שתמות וג"כ היה לה למכור הכרמים שהיו עתידים להעשות ארץ גזרה או דברים אחרים דאית בהם חשש גנבה ואבדה ולא הקרקע אשר ע"כ נראה שלא עשתה מעשיה בחכמה ובעצת ב"ד יפה ויהי כראות הב"ד שקראו אותם ב"ד טועים קם חכם הקהל עם שני אנשים אחרים ואמרו אנחנו היינו ב"ד ונתננו רשות למכור החצר ולא השפחה בעבור שהשפחה היתה צריכה לאלמנה לשמשה והאלמנה צועקת ואומרת שדברי הב"ד הם שקר ואדרבה היא בקשה מהם שימכרו השפחה שהיה לה פחד שתברח מפניה אחר מיתת אדוניה וטוענים היתומים אם האמת אתכם למה לא מכרתם המטלטלים וכסף וזהב שמכירתם קודמת למכירת קרקע והב"ד אומרים שמכירת הקרקע נראה להם שהוא תועלת היתומים בעבור שהמטלטלים הם שמורים מעין כל ולא יחטפו אותם בעלי חובות משא"כ הקרקע והיתומים אומרים שטענתם זו שקר ואין זה תועלת ברור למכור קרקע של יתומים קודם המטלטלים והראיה על זה שאחר שמכרה אמם הקרקע הנז' קמו עליה בעלי חובות ומכרה כמה כסף וזהב לפרוע להם וא"כ מה הועילו הב"ד במכירת הקרקע ועוד למה לא חטפו הכרמים והשפחה שהיו הכל יודעים בהם אם היה כח בידם לחטוף אשר ע"כ אומרים היתומים שמה שטוענים הב"ד הם בוקי סריקי זאת ועוד אם כוונתם היתה לתועלת היתומים היה להם למכור הכרמים שהיו עתידות שלא לעשות פרי בשנה שאחריה מהעדר משתדל בעבודתם ועוד שאם היה כח ביד הב"ח לטרוף החצר למה לא טרפו הבתים קודם השרפה שהיו בקומתם ובצביונם אשר ע"כ אומרים היתומים שהב"ד הנז' טעו במכירת החצר הנז' טעות גמורה ועשו מעשיהם שלא ע"פ הדין ומה גם שמכרה האלמנה שלא בהכרזה ולא כתבו אדרכתא ולא דקדקו בשומא והם אומרים שכל דבריהם היו לתועלת היתומים והיתומים טוענים עוד שא"כ שכל מעשיהם היו לתועלתם למה לא השגיחו שנתאנית האלמנה במכירת הקרקע ועוד למה לא השגיחו גם על המטלטלים והחובות אלא על מכירת קרקע זה דוקא אשר ע"כ אומרים היתומים שאין הב"ד ב"ד יפה והמכירה אינה מכירה עתה יורנו מורנו מורה הצדק הדין עם מי ושכר האדון כפול ומכופל מאת ה' מן השמים:

תשובה בפרק הניזקין תניא האפטרופסין תורמין וכו' ומוכרין להם בהמה עבדים ושפחות בתים שדות וכרמי' להאכיל אבל לא להניח וכתב הרב מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים סימן ע"ח בשם הר"ן ז"ל שאם עבר על דברי חכמים ומכר מה שלא היה לו

למכור מה שעשה אינו עשוי וא"כ אלו אשה זאת בלא רשות ב"ד היתה מוכרת קרקע של יתומים אפי' אי דייני' לה כדין אפטרו' משום דהיתומים סמכו אצלה ודמי להההיא סבתא דהוו יתמי סמיכי אצלה דאמרינן בפרק הניזקין דמכירתה מכירה בנכסי יתומים מ"מ כיון שעברה ע"ד חכמים שמכרה, קרקע היכא שהיה להם מטלטלים מה שעשתה אינו עשוי וכל:

זה אפילו לדעת הרא"ש ז"ל דאית ליה דיתומים שסמכו אצל ב"ה הוי כאפטרופא ממש ואפילו בקטן ממש וכמו שכתב הטור בח"מ בסימן ר"צ כ"ש לפי דעת הרמ"ה שכתב הטור בשמו בסימן הנז' ולדבריו הסכים הריב"ש ז"ל בסימן קמ"ב ובסימן תצ"ב שאין דין יתומים שסמכו אצל ב"ה אלא כשהיתומים הגיעו לעונת הפעוטות דודאי אם נ"ד לא הגיעו בשעת המכירה לעונת הפעוטות אין המכירה מכירה ואפילו הגיעו לעונת הפעוטות הרי כתב דדוקא במטלטלים מכירתו מכירה אבל לא בקרקע ונ"ד קרקע הוי ואפי' שהיה החצר הזה חזקה דנסתפק לרבנן קמאי אי דיינינן לה כקרקע או מטלטלים הרי הרב הגדול מורי נר"ו כקרקע דן אותה וכן אנו דנים אחריו:

איברא דלפי דעת הרב הגדול מהריב"ל בתשו' הנז' יכול אפטרופ' למכור החזקות אפי' להניח וכ"כ בתשו' הקודמת לזו שכתב שם כלל הדברים שדעתי וסברתי הוא שיכול למכור האפטרו' החזקו' אפי' לכתחלה ואפי' בלא רשות ב"ד אם נ"ד הויא חזק' והגיעו לעונת הפעוטות בשעת המכירה הויא מכירת' מכירה בין לדעת הרמ"ה בין לדעת הרא"ש כיון שאין לאלו החזקות דין קרקע אבל מ"מ נאמר דבנ"ד כ"ע מודו דאין המכירה מכירה מטעמי אחריני שנבאר בס"ד וכל זה שכתבנו הוא דוקא כשמכרה האשה לבדה בלא רשות ב"ד אבל בנ"ד שמכרה ברשות ב"ד כמו שבא בשאלה נר' לכאורה דמכירת' מכירה דהרי כתבו המפ' דההיא בריית' דבפ' הניזקין לא אתאמרה אלא כשמכר אפטרו' דוקא אבל ב"ד יש להם למכור כל מה שיר' להם שהוא תועלת היתומים וכן האפטרו' ברשות ב"ד וכמ"ש הטו' בסי' הנז' בשם הרמ"ה ואע"ג דבנ"ד עשו ב"ד שליח לאשה למכור וקי"ל דאין ממנין אשה אפטרופא י"ל דשאני אפטרופס משליח דטעמא דאין ממנין אשה אפטרופא כתב רש"י ז"ל בפרק הניזקין שאין דרכן לצאת ולבא ולטרוח ולכך אין ממנין לה אפטרופא ב"ד על נכסי יתומים אבל לעשות לה שליח למכור ודאי דיכולין כיון דאין ממנין לה לפקח על כל נכסיהם אלא לדבר פרטי לבד דהיינו למכור וכיון שעשתה שליחותם של ב"ד ומכרה נר' דמכירתה מכירה וכי תימא הרי ב"ד זה אתרע חזקתייהו שלא השגיחו על נכסי יתומים והניחו לאשה לפקח בהם וכתב הרב מהר"י ן' לב בריש כלל ב' דאע"ג דלא חיישינן לב"ד טועי' היכא דאתרע חזקתייהו

שעברו על דברי חכמים יש לחוש להם שטעו והכריח הדבר ממאי דכתב הטור בח"מ בהלכות הלואות סי' מ"א בשם הרא"ש דאם כתבו לאדם טופס שטר ובא לפני ב"ד אין ב"ד גובים בו עד שיוציא גוף השטר וכו' יעויין שם א"כ בנ"ד נמי דאתרע חזקתייהו נימא דלא ראו שהיה תועלת היתומים אלא עשו שלא כדין דטעמא דב"ד יכולים למכור שדות משום דלא חיישינן לב"ד טועים וכמ"ש הרב מהריב"ל בסימן ע"ז ובודאי הם ראו הדבר שהוא תועלת ליתומים אבל בנ"ד דאתרע חזקתייהו לא אמרינן הכי מ"מ לא הייתי סומך על טענה זו לבטל המכירה מפני שאין ראוי לקרותם טועים אלא במה שעשו מעשה וטעו אבל במה שלא השגיחו על נכסי היתומים אפשר שהיו טרודים בענינים אחרים ולא אסיקו אדעתייהו או שום סבה אחרת וכיון דאין ראוי לקרותם טועים בשביל כך א"כ הדרינן לדינא קמא דכל מה שעשו ב"ד עשוי דהם ראו שהדבר היה תועלת ליתומים ואף עפ"י שבא בשאלה שהאלמנה והיתומים מכחישים להם בכל טענותיהם ויש להם ראיות ואמתלאות מוכיחות ב"ד הם נאמנים יותר וחזקה על ב"ד שלא יצא דבר בלתי מתוקן מתחת ידם והם ידעו מה שעשו וחם כן אין בידי לבטל המכירה מהאי טעמא לחוד אבל יש לבעלה מהטעמים האחרים הבאים בשאלה חדא שהקונה אינה את האשה וכיון שהאשה הויא שליח ב"ד אין מכירתה מכירה דכן כתב הרמב"ם ז"ל בפי"ג מהלכות מכירה בד"א וכו' אבל השליח שטעה בכל שהוא בין במטלטלין בין בקרקעות חוזר וכתב שם ה"ה ורוב המפר' פי' בשליח ב"ד כ"ש בשאר שלוחין ע"כ וא"כ בנ"ד דהויא האשה שליח ב"ד אין מכירת' מכירה כיון שהקונה אינה אות' ואפי' יהבינן לה דין אפטרו' משום דיתומים סמכו אצלה וכמו שכתבנו למעלה מ"מ הרי כתב הרמב"ם ונ"ל שכן הדין באפטרו' שטעה בכל שהוא בין במטלטלין בין בקרקעות חוזר א"כ ודאי שמהטעם הזה בטלה המכירה ועוד מהטעם שבא בשאלה דמכרה האלמנה שלא בהכרזה המכירה בעלה דלא עדיף שליח ב"ד מב"ד עצמם וב"ד עצמם שמכרו שלא בהכרזה מכרן בטל אפילו שמכרו שוה בשוה וכדאמרי' בפ' אלמנה ניזונת וכתבו הטור בסימן ק"ט וכל הפוסקים א"כ ודאי דאין מכירת האשה הבאה מכחם מכירה ואפי' יהיה נ"ד חזקה ואיכא מ"ד דחזקה הוי מטלטל וכמ"ש למעלה שנסתפקו רבנן קמאי בכך ומדברי הרב מהר"י אדרבי ז"ל נר' קצת שדין טלטל יש לה שכתב בפסקיו סי' ע' גבי אשה שמכרה חזקת טינטי של יתומים ואח"כ החזיקו בה הקונים כמה שנים דכיון דהדבר הוי פלוגתא דרבוותא אין להוציא החזקה מיד המחזיקי' בה כמה שנים דאוקי ממונא בחזקת מאריה ואי אית ליה דדין קרקע יש לה אדרבה אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא אלא נר' דהוא סבור דדין טלטל יש לה ולכך כתב דאין להוציאה מיד המחזיקים

בה ואעפ"י שלא ביאר שם הדברים כך נר' דעתו ז"ל דאם אין כוונתו זאת איני יודע לו טעם וא"כ כיון דאיכ' מאן דאית ליה דהוי טלטל היה אפשר לומר דלפי אותה סבר' אינה צריכה הכרז' דהוו כמטלטלין דאינם צריכי' הכרזה מ"מ אני או' דכבר נהגו באלו החזקו' בהכרזה וכיון שהדבר תלוי במנהג המקום וכמ"ש הטור ז"ל שם בד"א בדברי' שצריכין הכרזה ובמקו' שמכריזין וכו' א"כ אפי' דדיינינן להו כדין מטלטל אם מכרו ב"ד שלא בהכרזה אין מכירתם מכירה וכ"ש אם נ"ד הוי קרקע גמור דאין מכירתם מכירה:

הכלל העולה מכל מ"ש דמכירת האשה נתבטלה וזכו היתומים בדינם הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רי

שאלה אשה ובעלה ראובן מחזיקים בשתי בתים תחתיים בחצר שמחזיק בו שמעון משני צדדי הבתים הנז' ונתחייבו האשה ובעלה ראובן הנז' שבכל עת וזמן שירצו למכור הבתים הנז' שלא יהיו רשאים למוכרם לשום נברא בעולם בלתי אם לשמעון הנז' המצרן בסך שנים אלפים ושש מאות לבנים ולא יותר אפילו שאחרים ירבו עליהם מתן עד עשרת אלפים לבנים יהיו מחויבים למוכרם לשמעון הנז' בעד הסך הנז' והתחיל שמעון הלוקח לפרוע מהמעות הנזכרים מאתים לבנים ונכתב ונחתם שטר חיוב הנז' בכל חזוקי סופר ונאמנות וכו' ועתה נפטרה אשת ראובן ונשא אחרת והיא ובעלה מכרו ללוי בשצף כסף החצי פחות ממה שנתחייבו לבלתי מוכרם לשום נברא כי אם לשמעון הנזכר יורנו מורנו אם המכירה שמכרו ללוי היא מכירה אחר שקדם חיוב האשה ובעלה ראובן הנזכר למכור לשמעון בעד הסך המפורש בשטר והתחילו לקבל מהמעות כדי להבטיח לשמעון שימכרו לו ולא לאיש אחר אם לאו ושכר האדון כפול מן השמים: תשובה בסוף ע"ז אמרינן דההוא גברא דא"ל לחבריה אי מזביננא להאי ארעא לך מזביננא בק' זוזי וכו' אזל זבנא לאינש אחרינ' בק"כ וכו' ואסיקנ' התם דהאי זוזי אנסוה כלו' דכיון שמכרה לשני יותר ממה שפסק עם הראשון זוזי אנסוה וכתב הריב"ש ז"ל בסימן קמ"ה שאם כתב לראשון שימכרנו לו בסך כך וכך ושלא ימכרנו לאחר ואף אם יתנו לו בדמיו יותר מן הסך ההוא בענין זה קנה הראשון וכן כתבו הרמב"ן והרשב"א זכרונם לברכה ע"כ וכן הרב המגיד כתב כן בשמו בפרק ו' מהלכות מכירה ונ"ד נר' דדמי להההיא עובדא דתלמודא מפני שכת' בשטר שבכל עת וזמן שירצו למכור וכיון דתלי ליה בהכי היינו כי עובדא דגמרא דהרב מהר"י קולין ז"ל כתב בשרש ן' וזה לשונו וגם מה שטען הטוען לבטל

התנאי משום דאיכא למימר וכו' נראה דאין משם ראיה וכו' שהרי מתחלה תלה הענין דלכשיהיה רצונו למכור וכו' משמע דכיון דתלי בהכי הוי כי עובדא דגמר' ונדון דידן נמי דכוותא היא שהרי אמר שבכל עת וזמן שירצו למכור וכו' כמו שבא בשאלה וכיון שכן אם מכרו ראובן ואשתו בפחות מעשרה אלפים לבנים הבתים ודאי דאין מכירתם מכירה דהרי כבר התנו עם שמעון שאם ימכרו לאחר עד סך עשרה אלפים לבנים שיתנו לו בשני אלפים ושש מאות ותנאו ודאי קיים דהרי כתבו הרב רבינו משה בר נחמני והרב רבינו שלמה ן' אדרת זכרונם לברכה דאם התנה עם הראשון דלא ימכרנו לאחר אף אם יתנו לו בדמיו יותר מן הסך ההיא דקנה הראשון וכמו שכתב בשם הריב"ש זכרונו לברכה ובנדון דידן לענין העשרה אלפים לבנים מיהא הוי כי ההיא דהרב רבינו שלמה ן' אדרת דהרי התנה שלא למכור אותם לאחר בעד עשרה אלפים כי אם לשמעון בעד שני אלפים ושש מאות וכיון שכן מכירת ראובן ואשתו ללוי היא בטלה ואע"ג דאשתו הראשונה של ראובן מתה ונשא אשה אחרת לא איכפת לן כלל דאינה זוכה אשתו של ראובן ב' יותר ממה שהי"ל לראובן בבתים ההם וכיון דהוא נתחייב למוכרם לשמעון בעד הסך הנז' אשתו השניה ג"כ לא תזכה יותר בבתי' הנז' ואפי' אחר שימות ראובן ובאה היא לגבות כתובתה מאותו קרקע והיא רוצה למוכרו לאחר אינה רשאי בכך כ"ש שבעלה קיים הוא ואין לה זכות בבתים ההם כלל בחיי בעלה א"כ עכ"פ מכירת' שמכרו ללוי בטלה ויכול שמעון לסלק ללוי וכמ"ש מהרי"ק בשרש הנז' גבי ר' יצחק שהתנ' עם ר' שמואל שלא למכור החנות כי אם לו ואח"כ נתן החנות בקוטמו לר' משה ור' משה נתנו לר' קלמון כתב שם הרב הנז' וז"ל מאחר שהוכחנו דהמכיר' דקוטמו חשוב כמכירה גמורה וכו' א"כ ר' שמואל יצ"ו יכול לסלק לר' קלמון מהחנות דאפי' ה"ר משה היה יכול לסלק מן הדין ולא עדיף ר' קלמון מגברא דאתי מיניה וכו' ואע"ג ששתק ר' שמואל ולא מיחה בהח"ר משה ולא בר' קלמון יצ"ו אפי' הכי לא איבד ר' שמואל וכו' יעויין שם ומינה נלמוד לנ"ד דיכול שמעון לסלק ללוי מהמכירה הנז':

ואין לפקפק בנ"ד מההיא תשובה דכתב הרשב"א הביאה מוהריק"א בסי' ר"ו דמי שקנו ממנו בעדים שימכור ביתו דהוי קנין דברים ומייתי ההיא עובדא דע"ז בדאחזיק בההיא ארע' מהשתא דשאני נ"ד דיש כאן לשון חיוב שמחייב עצמו למכור והקנין קאי על החיוב ולא הוי קנין דברים וכבר הארכתי על זה בפסק אחר והוכחתי כן מכח תשובה אחרת מהרשב"א ז"ל ומדברי הטור בסי' קצ"ז שכת' שם שאין קנין נופל על החיוב דמשמע מינה דכשהזכי' לשון חיוב בשט' מהני הקנין עליה וכבר נתפשט המנהג בשאלוניקי לעשו' שטרו' כי הני ואנו דנים על פיהם להחזי' הקרקע לבעליו ובודאי דטעמ' משום

דמשמ' לן דעל החיו' נופל לשון קנין כדכתיבנ' ועוד איכ' עדיפות' בנ"ד שבא בשאלה שנתן ב' מאות לבנים שמעון מוקדמי' לכך והקרקע נקנה בכסף וא"כ דמי למאי דמוקי הרשב"א ההיא עובדא דע"ז דאחזיק ביה מהשתא דמה לי קנין חזקה מה לי קנין כסף:
הכלל העולה דיכול שמעון לסלק ללוי מהמכירה וקנה שמעון בעד הסך שהתנה עם ראובן הנראה לע"ד כתבתי:
הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריא

שאלה ראובן בא לו ממוניסטירי"ו יחידי בלא בני ביתו לסופיא"ה להסתחר שם ונתעכב שם קצה זמן והחזיק בחזקה א' של גוי כדין ונתן חצי החזק' לשניו שמעון תושב סופיא"ה ושמעון כבר יש לו חזקה א' בסופיא"ה ויהי כי עברו הימים הלך לו ראובן מסופיא"ה למוניסטירי"ו כדרך הסותרים ויש אומרים שהלך להביא אשתו ובניו לסופיא"ה וביני וביני בא לוי והכני' מטלטלי ביתו לאותה החזק' הנז' ורוצה להחזיק בה אז בא שמעון ותבעו לדין איך אתה מחזיק בחזקה של ראובן ועל זה הוציא מעשה ב"ד שאמת הוא שהחזיק ראובן כמנהג החזקות ובאותו מעשה ב"ד כתוב ג"כ שנתן ראובן חצי חזקה לשמעון שניו אז השיב לוי חצי החזק' שלך אינה כלו' כי כבר יש לך חזקה אחר' ובהסכמו' כתוב כי מי שיש לו חזקה א' אינו יכול להחזיק בחזקה אחרת השיב שמעון אם חצי החזקה שלי אינה כלום א"כ הרי חזרה החזקה לבעלה הראשון דהיינו ראובן כי ראובן החזיק בה מתחלה ונתן חצי החזקה לשמעון השיב לוי מאחר שראובן אינו תושב סופיא"ה אינו יכול להחזיק חזקה בסופיא"ה ועוד אפילו אם נאמר שיכול ראובן להחזיק פה בסופיא"ה מ"מ כבר אבד חזקתו כיון שהלך מסופיא"ה למוניסטירי"ו השיב שמעון אם הלך ראובן מסופיא"ה לא הלך לעקור דירתו מסופיא"ה כי לא היה לו מעולם דירה בסופיא"ה אדרבה יש אומרים שהלך להביא את אשתו ובניו לסופיא"ה ואפילו לא הלך להביא אשתו לא הלך לעקור דירתו מסופיא"ה ושלא לבא עוד כי אם הלך לו להסתחר ויבא בתוך שנה או פחות כי לא עזב חזקתו עדיין שלש שנים שנאמר שמחל חזקתו ואדרבה אפילו בהיותו חוץ לסופיא"ה הוא פורע מעות החזקה כנהוג יורנו מורנו הדין עם מי ועוד יורנו מורנו אם יכול שמעון לתבוע ללוי שלא יחזיק בעבור ראובן בלי הרשאה אבל אומר שמעון שיתן ערב ללוי שלא יעכב ראובן על זה וכמו שכתב תרומת הדשן בפסקיו וכתביו סימן רי"ז ושכרו כפול מן השמים: תשובה נר' שאין בטענותיו של לוי ממש ועתה אשיב עליהן אחת לאחת למה שטוען שחצי החזקה שהחזיק שמעון

אינה חזקה מפני שיש לו חזקה אחרת באו דבריו בשאלה סתומים דלא נתבאר אותה החזקה של שמעון אם קנאה בדמים או החזיק בחצר הגוי מכח התקנה דאם קנאה בדמים יש מקום לספק ולומר דאעפ"י שיש לו חזקה קנויה יכול להחזיק באחרת מכח התקנה שהרי הרב מהריב"ל ז"ל כתב בכלל ז' בפסקיו הראשונים שהגם שכתוב בתוך ההסכמות עוד הסכימו ששום יהודי לא יוכל לשכור יותר מחצר אחד וחנות אחד מכל מקום אמדינן דעתייהו דבוודאי כוונת מתקני ההסכמה היתה שלא יזכה אדם מכח התקנה אלא בחצר אחד וחנות אחד אבל אם קנה אדם חצר אחד קנין כספו למה לא יהיה לו עוד חלק ונחלה עוד מכח התקנה וכבר כתב הרשב"א ז"ל בכמה תשובות דבתר כוונת מתקני ההסכמה אזלינן כמ"ש הרב הנז' באותה תשובה ואעפ"י שיש לפקפק בהך אומדנא דדילמא כוונתם שלא יחזיק א' בכמה מקומות כדי שירבו היושבים בעיר וא"כ כיון שיש לו דירה בעיר לא יזכה עוד מכח התקנה וראוי שישאר המקום כנוי לחברו שיבא וידור שם נשאר הדבר בספק אם נכנס זה בתוך ההסכמה אם לאו והגם כי הלשון מורה שזה נכנס בכלל הסכמה שכן כתוב שלא יוכל לשכור יותר מחצר א' וכו' משמע בין שקנאו בין שלא קנאו והרב הנז' כתב שם דלא כתב הרשב"א ז"ל כן אלא היכא דהלשון משמע הכי אבל כשהלשון פרטי לא נעשהו כולל מכח האומדנא מ"מ בנ"ד נעשה מהכולל חלקי ונאמר דמ"ש לא לשכור ר"ל להחזיק בשניהם מכח התקנה דאין דוחק כ"כ לעשות מהכולל פרטי כמו מהפרטי כולל ואם כן כיון שהיה לנו ספק אם נכנס בהסכמה היה ראוי להחמיר אם יש בהסכמת סופיא"ה חרם כמו שיש בהסכמת שאלוניקי דספק חרם להחמיר כמו שנבאר בעזרת האל יתברך ולכך ודאי שכיון שזכה שמעון מספק לא יוכל להכנס לוי שם:

אבל אם החזקה הזאת החזיק בה שמעון מכח התקנ' ודאי שטענתו של לוי היא נכונה שאינו יכול להחזיק שמעון בשתי חזקות וחזרה החזקה לראובן שנתנה לו ועתה נבאר שחזקתו של ראובן היא ראויה ונבטל טענותיו של לוי במה שטען שמפני שראובן אינו תושב מסופיא"ה אינו יכול להחזיק שם זו אינה טענה כלל דבלשון ההסכמה כתוב שכל יהודי שיניח חצר או חנות שישליכו אותו מהחצר וכו' שום יהודי אחר לא יוכל לבא לאותו חצר וכו' ואם כן כיון דלשון ההסכמה הוא סתום בכל גוונא משמע ואפילו יהודי מעיר אחרת יכול להחזיק שכן כתוב שכל יהודי וכו' ואי אמרת דאינו יכול להחזיק מטעמא דאמרינן בפרקא קמא דבבא בתרא בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב ופירש רש"י זכרונו לברכה מטעם פסיקת החיות כלומר דמביא כאן ומוכר סחורותיו ואם כן החזיק שלא כדין ואין חזקתו חזקה זה אינו כלום דהרי אמרו שם דאי שייך בכרגא לא

מצי מעכב ופירש רש"י זכרונו לברכה שנותן כסף גולגלתו למושל עיר הזאת עד כאן והאידנא במלכות תוגרמה ודאי כלנו פורעים למלך אחד ועוד שאפילו שהיה פורע ראובן למושל עיר אחרת הרי לדעת רבינו משה בר נחמני והרב רבינו אשר ורבינו תם זכרונם לברכה אם רוצה להיות שייך עמהם בכרגא ולישא וליתן בעול כמו בני העיר לא מצו בני העיר לעכב עליו כמבואר בטור חשן משפט סימן קנ"ז בבית יוסף ואף על פי שהרב מהר"י קולין כתב בסי' קצ"ב שרבו החולקים על רבינו תם מכל מקום הרב רבינו אשר זכרונו לברכה והרמב"ן מסכימים לסברתו כדפרשתי ואל תשיבני ממה שכתב שם הרב הנז' דמה שאמרו בגמ' אי שייך בכרגא לא מצי מעכב היינו על פי ב"ד אבל אם תגבר יד בני העיר לסגור דשא באפיה הן על יד השר הן ע"י שום מונע פשיטא שהרשות בידם וכדפי' ולא יחלוק ע"ז כי אם עקש ופתלתול אשר לא ידע ולא יבין ולא הגיעו להוראה עד כאן דיש לומר דמה שאמר הרב הנזכר הוא קודם שהחזיק אבל בנדון דידן שזה ראובן החזיק על פי הדין אעפ"י שהיו יכולים למחות בו בני העיר אם תגבר ידם מ"מ עתה שכבר החזיק הרי נעשה כאחד מהם ויש לו חזקה בעיר ואין יכולים למחות בו אלא כל זמן שבא לזכות מן ההפקר כמו שנראה מאותה דמהרי"ק אבל אחר שזכה לאו כל כמיניהו למחות בו ודאי כזה וא"כ כיון שראובן זה רוצה לפרוע מס עם בני העיר ההיא ולישא וליתן עמהם בעול לא מצו לעכב עליו ודי בזה לבטול הטענה הראשונה:

ומה שטען שכיון שהלך מסופיא"ה אבד חזקתו לכאורה היה נראה דהדין עמו ממה שכתוב בהסכמות אי אנשי מיזמו פארטיינדושי די לה טייר' פואיר' טראפיאשגר לה חזקה ודקדק מכאן הר' מהר"ר יעקב ן' חביב שאם הלך מן העיר ולא העביר החזקה שאבד חזקתו כמ"ש הרב מוהריב"ל בכלל שביעי שאלה מ"ז וא"כ נראה לכאורה שכיון שראובן זה הלך אבד חזקתו וכד מעיינינן אשכחן דלאו כלום היא חדא שהרי הרבה אומרים שזה ראובן לא הלך אלא להביא אשתו ובניו ולא עשה מעשה מוכיח על כך שעוקר דירתו מכאן ובשלמא אם היה כאן עם אשתו והיה מוליך אשתו עמו או אשתו הולכת אחריו כההיא עובדא דמוהריב"ל ז"ל י"ל ודאי שכוונתו לעקור דירה כיון שעשה מעשה מוכיח על כך שהוליך אשתו עמו אבל זה מי יאמר לנו שלא הלך להביא אשתו ובניו כמו שרבים אומרים או להסתחר וכי תימא עדיין לא היה כאנשי העיר כדי שתאמר שצריך שיעשה מעשה מוכיח שעוקר דירתו מהעיר שלהיות כאנשי העיר צריך שישב שם י"ב חדש וא"כ אין צריך לנו הוכחה לעקור דירתו מ"מ כיון דהחזיק בחצר ונתן החצי לשניו והחצי שייר לעצמו נראה שכוונתו להשתקע בעיר הזאת מדשייר לעצמו חצי החזקה ואפילו נאמר דהדבר ספק אם בהסכמה יש חרם ספק חרם להחמיר וכמ"ש

הרשב"א בסי' תקצ"א ולענין מה ששאלת אחר שהיה הדבר מסופק אם להיתר אם לאסור וכו' והשיב דע כי זו ספקא דאורייתא הוא דאסור לעבור על החרם דבר תורה כי בכל המקומות הרגילו לומר משביעי' אנו מחרימין אנו ויש כאן שבועה גם כי ארור יש בו שבועה כדאיתא בשלהי שבוע' העדות אסור להקל עליו וכו' ע"כ נראה משם דחרם ראוי להחמיר בספקו איברא דנראה משם דהטעם הוא משום דבכל חרם מזכירין בו בלשון שבועה שאומרי' משביעין אנו ועוד שאומרי' לשון ארור אבל מלשון חרם עצמו נראה ודאי מדברים אלו שאין להחמיר בספקו וכן נראה בתשו' אחרת גבי עובר על החרם שכתב כיוצא בלשון. הזה הביא' הרב ביי בטור ח"מ סי' ל"ד שכתב שם והעובר על החרם שאמרת וכו' וא"כ לפי זה אין ראוי להחמיר בספקו אלא לאותם ששמעו החרם וענו אמן דבשבוע' ביטוי כשהוא מושבע מפי אחרים ולא ענה אמן אינו כלום והיינו הצד החמור שיש בחרם משא"כ בשבוע' כמ"ש הריב"ש בסי' קע"ב וז"ל ויש צד חמור בחרם מה שאין בשבועות שהמושבע מפי אחרים. וכו' אבל בחרם אע"פ שלא קבל עליו וכו' וא"כ כיון דטעמא דהרשב"א לא הוי אלא משום שרגילים להזכיר שבוע' בלשון החרם א"כ דוקא למי שענה אמן יש להחמיר בספקו אבל לא לאשר לא ענו ולדורות הבאים שמן התורה אינו כלום אע"פ שיש קצת תימא על הרשב"א איך לא ביאר זה מ"מ עכ"פ נמשך כן מדבריו וא"כ לפי טעם זה אע"פ שיהיה חרם בהסכמ' בנ"ד אזלי' להקל לדידן דלא שמיע לן החרם ואין לנו איסור מן התורה זה היה נראה לכאורה. אבל מצאתי להריב"ש בסי' רס"ו דהעובר על החרם דהוא פסול וכתב שם גם הרמב"ן ז"ל כתב שהעובר על החרם הרי הוא כעובר על השבועה כמ"ש בפלגש בגבעה וכו' ותניא בילמדנו וכי שבועה היתה שם אלא ללמדך שהשבועה הוא חרם וחרם הוא שבוע' וכ"כ הרשב"א בתשוב' שאסור לעבור על החרם דבר תורה ודנין בספקו להחמיר כספקא דאורייתא ע"כ נראה מטעמו של הרמב"ן ז"ל דאפי' בלשון החרם עצמו יש להחמיר כמו בשבועה מדקרי ליה קרא לחרם שבועה וא"כ לפי זה אפילו שלא יענו אמן מטעמא דחרם יש להחמיר בספקו כשבועה וחרם לא בעי עניית אמן כמ"ש למעלה בשם הריב"ש דעובר על החרם נמצינו למדין לדעת הרמב"ן בנ"ד דאיכא חרם דאזלי' ביה להחמיר וכן נראה דעת הריב"ש ולכאורה יש לדקדק בדברי הריב"ש דהוא כתב בסימן קע"ג וז"ל וכן נראה שכל אותם הבעיות ששאלו בגמרא אם המנודה אסור בהן וסלקן בתיקו ופסק בהן הרי"ף ז"ל לקולא וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם נראה שגם במוחר' הדין כן שהרי לא הזכירו בו אסור רק שנין ושכירות ועסק זולתי בכדי חייו וכן נראה מרבי אליעזר הגדול שהיה מניח תפילין ובפ' אלו מגלחין אם מנודה אסור בתפילין וסלק' בתיקו וכו' ע"כ

וכיון שהוא ז"ל כתב כאן בסי' רס"ו דהעובר על החרם כעובר על השבועה ומן התורה הוא פסול כטעמא דהרמב"ן ז"ל א"כ איך כתב שם שדני' בספקו להקל שכתב דה"ה במוחרם דאזלינן לקולא באותם בעיות כיון דאיסור חרם הוא דבר תורה יש להחמיר בספקו ועוד קשה מה ראיה זו שהביא מרבי אליעזר הא דרבי אליעזר הוי נדוי כמ"ש הוא לקמן ולכך היה מניח תפילין אבל בחרם אזלי' לחומרא ודאי דכל הני בעיי דמנודה וכי תימא הוא סובר דהא דרבי אליעזר הוי חרם ליתא שאחרי כן כתב והרמב"ן ז"ל פירש דרבי אליעזר חרם הוה וכו' וכתב נראה שדעתו שהמוחרם אסור בכל אותם הדברים שזה הוא רחוק ממ"ש למעלה נראה שגם במוחרם הדין כן וכו' משמע דמ"ש למעלה היה ודאי שלא כדעת הרמב"ן ז"ל וכן הוא למטה הסכים לומר דההוא דרבי אליעזר הוי נדוי ואלו היה מביא ראיה זו לפסק הרמב"ם והרי"ף ז"ל דפסקו במנודה לקולא היה ראיה טוב' אבל מלשונו משמע דמביא ראיה למוחרם מיהו לקושיא ראשונה י"ל דאף ע"ג דמוחרם איסורו מן התורה מ"מ כל הני כגון חליצת התפילין ונעילת הסנדל הכל הוי מדרבנן ולכך אזלי' בהו לקולא ולקושיא שנית צריך עיון:

למדנו לפי זה דכיון דבנ"ד איכא חרם אזלינן לחומרא אפי' למי שלא ענה אמן כדעת הרמב"ן והריב"ש ז"ל ואפשר דהרשב"א ז"ל מודה לטעמו של הרמב"ן אלא דנתן טעם אחר ומפני כן כתב הריב"ש ז"ל בסי' רס"ו וכן כתב הרשב"א וכו' ואלו היה ביניהם חלוק לענין שלא ענו אמן היה לו לבאר. בר מדין איכא טעמא אחרינא בנ"ד דאפילו שלא יהיה חרם בהסכמה אמרי' דודאי דעתו של ראובן להשתקע כאן שהרי כתוב בשאלה ופורע מעות החזקה כנהוג וכיון שפורע החזקה ודאי שהחזקה של ראובן היה חזקה ראויה ולא אבד חזקתו כלל ומה שנתן לשמעון אם יש לשמעון חזקה אחרת מכח התקנה לא הוי מתנה וחזרה החזקה לראובן כל זה כתבתי מפני שאמרו לי שיש לאנשי סופיא"ה ההסכמות הנהוגות בשאלוניק"י:

ועל מה ששאל השואל אם יוכל שמעון לתבוע ללוי בעד ראובן ולתת לו ערב על ההרשאה מההיא דתרומת הדשן בכתביו סימן רי"ז לכאורה משמ' שהדין עמו ממה שכתב וז"ל ואשר דרשתני על מה שנתפשט המנהג שאחד תובע את חבירו בשביל אחר ואין הרשאה בידו רק שאומר שרוצה להתערב בעד הרשאה וכופין את הנתבע על ידי כך ותמוה אתה בדבר כיון דכתב הרמב"ם ז"ל דאפילו הבא בהרשאה גמורה אין כופין את הנתבע אלא שתקנו חכמים כדי לאיים על הנתבע א"כ כל שכן מי שאין לו הרשאה שאין כופין עד כאן לשון שאלתך. נראה דאין לתמוה על מנהג זה דבמרדכי פרק מרובה בשם רבינו יואל וכן באשר"י פרק הגוזל קמא מוכח בפשיטות דלית להו ההיא דהרב רבינו

משה בר מיימון ז"ל דכתב אהא דקאמר תלמודא כל אדרכתא דלא כתיב בה זיל דון וכו' לית ביה מששא ומקשה אמאי לית ביה מששא הואיל ושלוחו של אדם כמותו למה יתנו ב"ד יד לזה לעכב ממון חבירו שלא כדין ומתרצין וכו' ואשר"י מתרץ דחיישי' שמא בטל זה ההרשאה ונמצא הנתבע מפסיד משמע דכל היכא דליכא למיחש לפסידא דנתבע כופין אותו לדון דשלוחו של אדם כמותו ולפי זה נראה עד כאן. ותמוה לי מילתא טובא דאיך דקדק הרב מאשר"י שחולק על הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל הא הרמב"ם ז"ל לא מיירי אלא בהרשאה הנעשית על המלוה מתקנת הגאונים שלא על פי דין התלמוד ועל דא כתב בהלכות שלוחין בפרק ג' והגאונים עצמם שתקנו תקנה זו אמרו שאין אומרין בו יקוב הדין וכו' ולמה יפטר שאין בהרשאה הרעועה הזו וכו' משמע דלא קאמר דאין כופין אלא בהרשאה הרעועה כזו שהיא שלא ע"פ דין התלמוד שבהרשאה הנעשית על פי דין התלמוד שהוא על קרקע או מטלטלין של פקדון כבר כתב בריש הפרק שהיתה לו קרקע וכו' ואומר לו דון וזכה וכו' ואם לא כתב לו אינו יכול לדון עמו מפני שהוא אומר לו אין אתה בעל דיני משמע דהא כשכתוב בה זיל דון וכו' כופין אותו לדון בהרשאה זו ואינו יכול לומר לו אין אתה בעל דיני ולא כתב שאין כופין אלא בהרשאה הרעועה הנעשית ע"פ הגאונים וא"כ הרב רבינו אשר ז"ל לא פליג על הרשאה רעועה כזו שמה שכתב הרב רבינו אשר ז"ל דכשכתבו זיל דון וכולי כיון דליכא פסידא דאינו יכול לבטל השליחות כופין אותו לדון דהיינו בהרשאה הנעשית על פי דין התלמוד דכן דבריו הם על דברי התלמוד אבל הרשאה על מלוה שאינה נעשית מדין התלמוד ודאי שאין אנו כופין לדון על פיה משום דודאי אית ליה פסידא דהרי יכול לבטל השליחות דאיך יקנה אדם מלוה אפילו אגב קרקע ואפילו שיאמר זיל דון וסב לנפשך וכו' דכתב הרא"ש דהוי כאלו נתנם במתנה תינח בפקדון דיכול להקנותו בקנין אבל מלוה איך נתנה לו במתנה ובמה הקנה אותה לו דמלוה אינה נקנית אפילו אגב קרקע וכמה טרח הרא"ש ז"ל בפסקיו בפ' מרובה לתת סמך למנהג איך, נהגו לכתוב הרשאה על מלוה והלא אין אדם יכול להקנות הלואתו לחבירו ואפילו בקנין אגב קרקע וכתב דנהי דאינו יכול ליתן הלואתו במתנה שליח מצי לשוייה וא"כ כיון דאינו יכול לתת לו במתנה אפילו דכתב ליה זיל דון וסב וכו' בודאי שיכול לבטל השליחות לדעת הרא"ש ואית ליה פסידא ולכך אין כופין ואפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דיכול לבטל השליחות אפי' בהרשאה הנעשית על פי דין התלמוד מ"מ אהני ההרשאה הנעשית מדינא להיכא דלא ידע הנתבע הביטול כדכ' הטור ז"ל בסימן קכ"ב אבל הרשאה רעועה כזו ודאי שאינו מועיל ואפי' היכא דלא ידע אם בטל השליחות ונאבד הממון חייב לפרוע למשלח וכדברי הרמב"ם ז"ל וא"כ דעתו

ודעת הרמב"ם שוים וכן נראה מדברי הטור דדברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל שוים דהוא כתב בסי', קכ"ב דברי הרא"ש בתחלת הסי' שכתב אע"פ שלוה ששלח וכו' וטעמא משום שיש לחוש וכו' ואח"כ הביא דברי הרמב"ם בסתמא ואלו דבריו הראשונים חולקים על הרמב"ם שאומר דאין כופין לדון בהרשאה לא הוה שתיק הטור ז"ל מלפרושי אלא ודאי דס"ל דהם שוים ותימא על בעל תרומת הדשן שכתב שהם חלוקים וצ"ע:

ומ"מ למדנו מדבריו אלה דיכול ליתן ערב על ההרשאה אבל כד מעיינינן אשכחינן ודאי דאין זכות לשמעון מכח טענה זו דלא כתב כן הרב בעל ת"ה אלא לקיים מנהג אותו המקום אבל במקום שאין מנהג ליתן ערב על ההרשאה ודאי שאין כופין את הנתבע בכך אדרבה יוכל לומר הנתבע קים לי כהרמב"ם דסבר דאפילו שמביא הרשאה מצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את ואעפ"י שיש לדחות ולומר שהרשאה כזו הרמב"ם יודה דלא מצי למדחי ליה משום דהוי הרשאה על קרקע אם נאמר שהחזקות דין קרקע יש להם והוי הרשאה ראויה ע"פ דין התלמוד מ"מ הרי הדבר ספק בין הרבנים אם הוא קרקע או טלטל כמו שכ' מהריב"ל וכו' ולכך ודאי במקום שאין מנהג ליתן ערב על ההרשאה ודאי שאין דנין כך אבל מחמת טענה אחרת אני רואה זכות לשמעון ולומר דבנ"ד לא בעינן הרשאה משום דאין צריך הרשאה אלא בדבר של ממון משום דמ"ל ליה לאו בעל דברים דידי את אבל בנ"ד שלוי זה עובר על ההסכמה והחרם הקדום הוי מילתא דאסורא וכל א' מישראל הוא בעל דינו וב"ד עצמם חייבי' ליטפל בו להפרישו מן האיסור ובדבר כזה אין צריך הרשאה לע"ד כל זה כתבתי בנושא ונותן בהלכה לפני מורי ורבי נר"ו לא ח"ו כמורה הלכה בפני רבו לבד זה אומר שאם דעתו דעת עליון יסכים עמי בזה דברי קיימים ואם לאו אין בדברי כלום והרי הם חשובים כחרס הנשבר תבן ולא בר:

נאם הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריב

שאלה שטר צוואת ש"מ שכתוב בלשון זה יו דיגו קי מי מיגיר שיאה אפטרופא סינייורה אי פטרונה שזברי עודה מי הזיינדה אי שוברי מיש קריאטוראש שין קי נינגונו לי פואידה דימאנדאר קואינטו ני טומאר קואינטו ני נינגונה קוזה ע"כ ואחר שמת המצוה מת בן שהיה לו ולא נשאר לו אחר אלא אשתו מעוברת נתבטל בזה האפוטרופסת או לא:

תשובה בתשובות להרמב"ן ז"ל סי' קי"ח כתוב יש דרך אחרת לסלק האפטרו' אפי' תוך זמן שעשאו אפטרופס אבי יתומים הואיל ומת אחד מהיורשים בטל אפטרופס ממ"ש

הרמב"ם ז"ל האחים או שאר יורשים שלא חלקו ירושת מורישם אלא כולם משתמשים בה יחד הרי הם כשותפין לכל דבר וכתב בהלכות שותפין א' מהשותפין או מהמתעסקין שמת בטלה השותפות אף ע"פ שהתנו לזמן קבוע שכבר יצא הממון ליד היורשים עכ"ל והביאו הרב ב"י בתה"מ בסי' ר"צ וכתב עליו ואין דבריו נראים כי מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם יש לדחות ע"כ. ובאמת שנראי' דבריו שאין הנדון דומה לזה דהתם ראוי הוא שתתבטל השותפות שיאמר השותף עמו הייתי משתתף אבל לא עם יורשיו אבל לענין האפטרופסת אפי' שמת הא' אין טעם בדבר לומר שתתבטל האפטרופסת אבל מ"מ מי הוא זה ואיזה הוא שימלאנו לבו לעשות מעשה נגד התשובה ההיא ובפרט שהיא מהרשב"א ככתוב שם שאותם התשובות הם להרשב"א ז"ל וע"כ נר' לכאורה דכיון דבנ"ד מת האחד האפטרופסת היא בטלה ומה גם דבנ"ד היא אשה אפטרופסת ואפילו שיהא לנו ספק בדין ראוי לסלקה כיון דאמרו בפ' הניזקין אין ב"ד ממנין אשה אפטרופא וכמו שכ' מהר"י ן' לב ז"ל ח"ב סי' ע"ו דף צ"ג אבל מצאתי ראיתי תשובה להרשב"א הביאה בב"י סי' ר"ן וז"ל שם בח"מ דף רמ"ט וכתב עוד שנשאל על ש"מ שאמר אני ממנה את פלוני אפטרופס על בני ולא היה לו אלא בן אחד ילוד והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון נפטר והנער הנולד לאחר מיתת האב הוא שהאפטרופס משתדל בנכסיו אם יש לו דין אפטרופס והשיב נ"ל שהאפטרופס קיים על הילוד לפי שדעת האב קרובה אצל בנו ואע"פ שלא נולד עדיין דעתו למנות עליו אפטרופס שהרי הוא ידע שאשתו מעוברת וכשצוה ומנה אפטרופס על הכל צוה ע"כ. ולכאורה קשו דברי הרשב"א אהדדי שכאן כתב דאף ע"ג דנפטר אחד כיון שהיה דעתו על הכל נשאר האפטרופס קיים לבן הילוד ובתשובה שהבאתי למעלה נראה דכיון שמת האחד האפטרופסת בעלה א"כ נמצאו דבריו סותרים זה את זה לכך נראה לתרץ דהרשב"א ז"ל לא כתב בסי' קי"ח עוד יש דרך אחרת וכו' משום דאית ליה דעל טעם זה סמכינן אלא משום שכבר כתב עוד שם טעמים אחרים לסלק האפטרופס עשה טעם זה סניף להם ולכך כתב עוד יש דרך אחרת וכו' כלומר סניף אחר יש לזה אבל אין זה עיקר הטעם ואין ראוי לסמוך על זה ולכך בתשובה האחרת לא סמך על זה הטעם לחוד וכתב דהאפטרופס קיים על הבן הילוד וא"כ כיון דהרשב"א עצמו מוכרחים אנו לומר דלית ליה הך טעמא עיקר בנ"ד א"כ אין לעשות טעם זה עיקר ולבטל האפטרופס אלא הוא קיים וכן נתבאר מתשובה זו שהבאתי דבנ"ד דמת הא' ונשארה אשתו מעוברת דאע"פ דבאותה שעה שמנה האפטרופס לא היה ילוד מ"מ האפטרופס קיים והוא נדון

עצמו דהרשב"א שכ' בתשובה הנז' לכך נראה ודאי דאפטרופסת האשה קיים הנראה לעניות דעתי:
הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריג

את כרוב ממ"ש נר"ו ילמדנו על ענין צוואת ש"מ שכתוב בה שבתו תהא יורשת נחלה כא' הזכרים ולא יחלקו הנכסים כ"א עד שתנשא בתו ממה שאמר לשון ירושה ודאי לא אמר כלום אבל ממה שאמר שלא יחלקו הנכסים עד שתנשא בתו ואמר הרא"ש שלשון חלק הוא לשון מתנה והביאו הטור ז"ל סי' רפ"א והכא אפשר לומר ולא יחלקו עתה אך כשתנשא בתו יחלקו כי מכלל לאו אתה שומע הן הרי אמר לבתו לשון חלק ותחלוק עם האחים או לא אמרי' כן ממאי דאמר הרא"ש ז"ל סוף סי' הנז' ובדברים שבלב לא מעקרא נחלה דאורייתא וכן ממאי שהביא ב"י בסי' הנז' תשובת הרשב"א שכל שכן האח ראוי ליירש ואין אחר ליירש עמו אף ע"פ שסלקו מנכסים כל שלא נתנן לאחר ממלא הוא יורש דמאן לירות בר קשא דמתא והאחיו' ובניהם כנכרים גמורים הם במקום בן האח הראוי לירש ואינו דומה למשנתנו וכו' הא לאו הכי היה הוא מסולק והאחים האחרים יורשים ממלא ואע"פ שלא נתנם להם בפירוש דשאני התם שכולם ראוים לירש אבל כאן אין עסק לאחיות וכו' ומה להם עסק בנכסיו יותר משאר נכרי דעלמא הרי בהדיא שאף אם היה. סברא לו' מכלל הן אתה שומע לאו הוא כשהוא ראוי לירש אבל לאחר כל שלא נתנו בפירוש לא אמרי' ועוד דנוכל לומר כי מה שאמר ולא יחלקו הנכסים כ"א עד שתנשא הבת חוזר לבנים ולא לבת כי הבנים לא יחלקו עד שתנשא הבת ועוד שאפשר לומר לא יחלקו עד אותו זמן ואותו זמן ירשו כל אחד המגיע לו כי כן אמר שתהא יורשת נחלה כאחד הזכרים וא"כ ודאי לא אמר לזכרים כי אם לשון ירושה ובכלל הבנים שירשו תירש גם הבת אבל קודם לא יחלקו ולבנים לא שייך לומר דיחלוקו לשון מתנה כי אינה מתנה כי אם ירושה על כל הנזכר יגלה עיני כי אני בחזקת סומא ותהיה אדוני לי לעינים וכעל גמולות כעל ישלם:
תשובה נראה לי דהבת לא תירש כלל ולא משום מאי דכתב הרא"ש דדברים שבלב אינם דברים דשאני נדון דידן דלמ"ד מכלל לאו אתה שומע הן כמפורש דמי ולא הוי דברים שבלב וכן לאו משום ההיא דכתב הרשב"א ז"ל דהיכא דסילק את בן האח כל שלא נתנן לאחר ממלא הוא יורש דמאן לירות בר קשא דמתא לירות דאותו הנדון אינו ענין לפלוגתא דמכלל לאו אתה שומע הן דאפילו מ"ד מכלל לאו אי אתה שומע הן מודה

בנדון דהרשב"א כיון דלא הזכיר לבני אחיות כלל אבל בנ"ד הרי הוזכרה הבת דאמר שלא יחלקו עד שתנשא בתו משמע כשתנשא בתו תחלק עם שאר האחים וגם אין לומר דלא יחלקו לא קאי אלא לבנים דכיון דמתחלה השוה הבת והבנים ואחר כך כתב ולא יחלקו וכו' נראה ממשמעות הלשון דעל כל האמורים קאמר וכבר כתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י סי' מ"ב בח"מ וז"ל כלל גדול אמרו המוציא מחבירו ע"ה וכו' ופעמים שיד בעל השטר על העליונה בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים ולפיכך מי שכתב סתם ע"ד משמעות השומעים הוא בוטח שאלולי כן הו"ל לפרש כיון שהוא יודע שמשמעות סתמן של דברים הפך כוונתו ע"כ בנ"ד ג"כ משמעות הלשון דאבת קאי וא"כ אין לבטל זכות הבת מאלו הטעמים אבל מה שאני אומר שאין לבת זכות משום דהא מילתא תליא בפלוגתא דר' מאיר ורבנן אי אמרי' מכלל לאו אתה שומע הן או לא דאמרי' בפרקא קמא דנדרים גבי א' שאמר חולין שלא אוכל לך דלר"מ דבעי תנאי כפול ולית ליה מכלל לאו אתה שומע הן הוא מותר ואע"ג דמשמע מה שלא אוכל לך חולין הא מה שאוכל לך קרבן ולרבנן דפליגי עליה אסור ופסקו הפוסקים כר' מאיר וכן כתב הטור בי"ד סימן ר"ד עיין שם ואע"ג דהרי"ף ז"ל בתשובה פסק כרבנן דלא בעינן תנאי כפול וכמו שכ' הטור בשמו שם כיון דרובא דרבוותא פליגי עליה נקטינן כוותייהו ועוד דמוקמינן נחלה דאורייתא בחזקתה ולא מעקרינן לה אלא במילתא ברירא וכיון דאיכא ספקא דפלוגתא דרבוותא אמרי' דירשו היורשים בדין תורה והבת לא תירש כלל וכ"ת נדון דידן עדיף מחולין לא אוכל לך דהתם אע"ג דאמר חולין לא אוכל לך אינו מוכרח שנאמר אבל מה שאוכל קרבן אבל הכא נראה הדבר במוכרח יותר שהרי אמר לא יחלקו עד שתנשא משמע דכשתנשא יחלקו דכיון שאמר עד אותו זמן משמע דבאותו זמן יחלקו מ"מ אפילו ירצה החולק לחלוק ויחלק בין נ"ד להיא דהתם נביא לו ראיה ממקום אחר היכא דאמר לא חולין שאוכל לך דהתם ודאי הדבר מוכרח לומר לא חולין הוי אבל קרבן יהא מה שאוכל לך ומ"מ כ' הר"ן ז"ל בפ"ק דנדרים דלר"מ דבעי תנאי כפול ולית ליה מכלל לאו אתה שומע הוי מותר דהיינו מכלל לאו אתה שומע הן וכמו שכ' גבי ההיא דתניא לחולין שאוכל לך אסור קשיא טובא למה אסור והא מכלל לאו אתה שומע הן וכו' לפיכך יש מי שאומר דלא גרסינן ליה וכו' ואחרים מקיימים הגירסא בשם הראב"ד וכו' משמע מהתם כדכתיבנא ואף ע"ג דהתוספות והרא"ש פליגי עליה וכמו שכ' הרב ב"י בסי' ר"ד מ"מ כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מוקמי' ממונא בחזקתיה ולא מעקרינן נחלה דאורייתא וא"כ נדון דידן ודאי דגרע טובא מההיא דלא חולין שאוכל לך ופשיטא דלרבי מאיר דקי"ל כוותיה לא אמרי' מכלל לאו אתה שומע הן דהתם ודאי

עדיף דהדבר מוכרח שאומר לא חולין שאוכל לך משמע אלא קרבן ומ"מ אמר רבי מאיר דלא מהני וא"כ זכינו לדון ברד דאע"ג דהזכיר בסוף ולא יחלקו דמשמע הא כשתנשא בתו יחלקו דהוי לשון מתנה לא מהני כלל ואף ע"ג דיש דברים דמהני גלוי דעת ולא בעינן תנאי כפול כההיא דזבין ארעתא למיסק לארעא דישראל וכמו שכ' הטור בח"מ סי' ר"ז שאני התם דאין אדם עשוי למכור קרקעותיו שהוא מתפרנס מהם וכמו שכ' שם הטור ולהכי בגלוי דעת סגי אבל הכא אדרבה כל מה שאנו יכולים לקיים הירושה דאורייתא ולומר דהאי גברא לא ליעבר אחסנתא אמרי':

הכלל העולה דלא זכתה הבת כלל:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריד

אור בהיר כזוהר הרקיע יאיר עינינו בענין ראובן שהיה מטיב בכל יום לשמעון קרובו ויהי ביום מותו צוה לתת צדקות לאחרים באופן שחלק את שמעון מהם אבל אמר שבתו תנשא עם בן שמעון ואפילו שלא יהיה לו משוה פרוטה ומעלה ובתו תהיה חולקת נחלה כאחד בניו הזכרים למעליותא ולא יחלקו נכסי עזבונו עד שתנשא בתו הנז' ויהי היום בא שמעון לקיים דברי המת ממאנת הבת ומורדת מאמר אביה שאומרת אינה חפצה בבן שמעון ועתה אומר שמעון שאלו היה יודע ראובן שבתו לא היתה עומדת בדבורו לא היה מצוה שתנשא בתו עם בנו והיה נותן לו מתנה מק"ו ומה למי שלא היה קרוב דעת עליו ולא היה מטיב עמו נתן מתנה והוא שהיה קרובו וקרוב דעתו עליו ובכל יום היה מטיב עמו הטבות אין מספר לא כ"ש שהיה נותן לו מתנה וא"כ עתה שהבת ממאנת ומורדת טוען שמעון שרוצה כל אשר הרבה לתת לבתו שהיא חלק א' כאחד הזכרים וראיה לזה שאמר אח"כ ולא יחלקו עד שתנשא וא"כ הוא איך א"כ יכולים לעשות בגדים תכשיטין ושמושי ערש וגם שהוא לא אמר שהיה החלק ההוא בנדונייתא באופן שרצה ראובן שיעשו לבתו בגדים תכשיטין ושמושי ערש ואחרי כן יחלקו ובפירוש זה מיושב לשון למעליותא שהוא בלתי מובן אלא שזו היא הוספה על נדונייתא והואיל שגלה דעתו במתנה אומר שמעון דאמדינן דעת ראובן שהיה רוצה להטיב לו כאשר כן דרכו כל הימים והיה נותן לשמעון המתנה אשר גלה אח"כ ואם לא יהיה חלק כא' בניו לפחות אומר שמעון שלא יצוייר שאלו היה יודע ראובן שבתו לא היתה עומדת בדבורו היה נותן לו מתנה הן אלה כלל דברי שמעון. ועתה המאיר לארץ ולדרים עליה ברחמים יביט

ויראה ממעון קדשו סברת שמעון זה אשר צלל במים אדרים מרוב דוחקו מה עלה בידו ובשכר זאת אל אלהים ה' ישמרהו ויחייהו ומכל צרה ונזק יצילהו אמן:

תשובה בפ"ב דביצה גרסינן ההוא גברא דאמר להו הבו ד' מאה זוזי לפלניא ולינסוב ברתי אמר רב פפא ד' מאה שקיל ברתיה אי בעי נסיב ואי לא בעי לא נסיב טעמא דאמר הבו ליה ולינסוב אבל אי אמר לנסיב והבו אי נסיב שקיל ואי לא נסיב לא שקיל ע"כ וכתבו התוספות שם בדבור המתחיל נזיר ואינו מגלח וכו' ודוקא דקאמר הכי אבל אם אמר איפכא על מנת שאצא משום חגיגה הרי עלי תודה לא וכן בנזיר וכן משמע בסמוך דקאמר טעמא דאמר ליה הב ליה ולנסיב וכו' וכן פירש בקונטרס שפי' טעמא וכו' ע"כ נראה לכאורה דטעמא הוי דהא דקאמר הבו ליה ד' מאות זוזי תחלה משום דתפוס לשון ראשון כמו דהרי עלי תודה ואצא ידי חגיגה וכו' דטעמא הוי הכי והתוס' מדמו להו אהדדי וא"כ כי היכי דהתם אפילו אמר על מנת שאצא משום חגיגה לא מהני הכי נמי כשיאמר הבו ליה ד' מאות זוז על מנת שישא בתי אמרינן דתפוס לשון ראשון ויתן לו ד' מאות זוז כמו שאמר תחלה ואע"פ שלא ישא את בתו כמ"ש אח"כ ע"מ שישא את בתו לא מהני וזה דבר תימא שאין השכל סובלו דשכיב מרע ודאי דיכול לחזור בו ולהטיל תנאי בדבריו וכשאמר ע"מ שישא את בתו ודאי דמהני תנאה ושאני בתודה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כדפרש"י ודבריו הראשונים שאמר הרי עלי תודה מהני ומ"ש אח"כ ע"מ שאצא וכו' לא מהני כלל וכבר הקשה זה הרב בעל תרומת הדשן בפסקיו סימן ש"כ ולכך נראה לי ודאי כוונת התוספות דאית ליה טעמא דההיא דאמר הבו ד' מאות זוז לפלוני כמו. שפירש הרי"ף בפרק מי שמת שכתב שם וז"ל לישנא קמא לישנא דמתנה הוא בין בזוזי בין בברתה וכו' והרב מהר"י אדרבי ז"ל פירש דבריו בפסקיו יפה בסימן ש"ט וז"ל ופי' דבריו שבלשון ראשון התחיל בלשון מתנה אמר: הבו ליה וכו' ומלת הבו מושך עצמו ואחר עמו כלומר הבו ליה זוזי. והבו ליה דלנסיב ברתיה אבל לישנא בתרא ברתיה תנאה זוזי מתנה ע"כ ואליבא דכ"ע בין לרש"י בין לתוספות בין להרי"ף ז"ל פירושא דשמעתא הכי הוה ומה שכתבו התוספות וכן משמע דקאמר טעמא דאמר ליה וכו' כוונתם הוא שהוקשה להם אמאי מייתי בגמרא ההוא עובדא דההוא גברא התם דאינו ענין להההוא שקלא וטריא ונר' כמפסיק בדברים שאינם צורך בענין לכך כתבו דהביאו התלמוד לומר דכי היכי דהתם יש חלוק בין אמר ראשונה הבו ליה זוזי לכשאומרו באחרונה הכי נמי הכא גבי האומר הרי עלי תודה יש חלוק בין אמר הרי עלי תודה תחלה לאומר ע"מ שאצא משום חגיגה תחלה אבל טעמא דהא מילתא לא הוי כטעמא דאידך דטעמא דתודה הוי משום דתפוס לשון ראשון וטעמא דעובדא

דההוא גברא הוי כדפירש הרי"ף זו נראה כוונת התוספות בודאי ולא כמו שחשב בתחלה הרב בעל תרומת הדשן דנתלה בדבור זה שכתבו התוספות וכן משמע בסמוך וכו' והוה משמע ליה דהני תרי דיני חד טעמא אית להו וליתא כדכתיבנא וזה רמז בסוף דבריו שכתב ונראה דהרוצה לדחוק קצת יתיישב לו דלרש"י והתוס' סבירא להו נמי לפרש הכי ע"כ א"כ למדנו בנ"ד לכאורה דמה שכתוב בצוואה שבתו תנשא לבן שמעון ומה שכתוב שבתו. תהיה חולקת נחלה הא בהא תליא ואם לא תנשא לבן שמעון לא תחלוק נחלה משום דדמי להההיא דאמר התם לנסיב ברתי והבו ליה ד' מאות זוזי וכן כ' הרב מהר"י אדרבי ז"ל בתשובה הנז' גבי ש"מ שצוה שינתן לבת שמעון שלשים אלף לבנים לנדוניית' וכו' ותנשא הנערה לאה הנז' עם זבולון בן לוי דאלו היה אומר בהפך דהיה מזכיר הנשואין תחלה הוה אמרי' דהא בהא תליא וז"ל שם ולא אמר תנשא הנערה לאה עם זבולון וינתן לה מנכסי שלשים אלף לבנים דאז הוה משמע דהוי תנאה ע"כ א"כ בנ"ד שהזכיר הנשואין תחלה ודאי דאמרי' דהא בהא תליא כך נראים הדברים לכאורה אבל מ"מ נראה לי כד מעיינינן שפיר דשאני בנ"ד דהוי בתו ואי אמרו בגמרא הכי היינו גבי אחר דאולי התנה כן כדי תועלת בתו ואפי' בנדון דהרב מהר"י אדרבי ז"ל הוי בת אחיו ואמרי' דלא גמר לתת לה בהחלט כנ"ד אבל גבי בתו כנדון דידן נאמר דדעתו של אדם קרובה אצל בתו ויהיב לה מתנה החלטית בלי שום תנאי כלל אפי' שלא תנשא לבן שמעון וכיוצא בזה חלק הרב בעל תרומת הדשן סי' ש"נ גבי ראובן שצוה מחמת מיתה שינתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרין ותקנה בהן חגורה כתב שם וז"ל מה שאין כן בנ"ד דאמרי' בפרק יש נוחלין וכו' דעתו של אדם קרובה אצל בנו וה"ה מסתמא אצל בת בנו ונוכל לומר דגמיר ודאי להקנות לה ומה שצוה שתקנה בהן חגורה יפה כדי להראות לה חבה גם בנ"ד נאמר דאהני לן הך טעמא דדעתו של אדם קרובה אצל בתו לומר דגמר ויהיב בלי שום תנאי ועוד יש סיוע מלשון הצוואה שכתוב בו שבתו תנשא עם בן שמעון וכו' ובתו תהיה חולקת וכו' ולשון ובתו השני הוא מיותר דבה קאי ועסיק והיה לו לומר ותהיה חולקת נחלה וכו' ומדקאמר ובתו משמע דהוא דבר נפרד ואינו נקשר עם האמור לעיל אלא מצד שהי' חביבה לו שהיא בתו ודעתו קרוב' אצלה התנה כן וכיון שכן למדנו דאין זה תלוי בזה אלא מתנת בתו הוי אפי' שלא תנשא לבן שמעון וא"כ ודאי לפי זה אין מקום כלל לטענת שמעון הבאה בשאלה שבשבילו נתן הש"מ לבתו המתנה שנתן דלאו הא בהא תליא דהש"מ רצה לעשות חסד עם בתו לה לבדה ומה לו אם ישא את בנו או לא ישא ואפילו תחלוק על כל מה שכתבתי ותאמר דהמתנה שנתן לבתו היא תלויה כשתנשא היא לבן שמעון ותדמה נדון דידן לעובדא דתלמודא

מפני שהדברים אשר כתבתי הם מסברא ואינם מוכרחים כ"כ מ"מ לא זכה שמעון בדינו כלל דכשתתבטל המתנה תחזור הירושה לבנים כדין תורה אבל שנתן לשמעון מה שלא צוה המת כלל מהיכא תיתי זה דבר שאין לו שחר הרי הטיבו המת במה שצוה שתנשא. בתו לבנו ואם היא לא רצתה אין בידו עון אשר חטא א"כ לא זכה שמעון בשום פנים כלל והאריכות בזה מותר אבל מה שיש עדיין לדקדק הוא אם המתנה לבתו היא קיימת מפני שהזכיר חולקת נחלה ולשון נחלה הוי כאומר לבת בין הבנים שתירש לא אמר כלום אלא שיש לומר שהרי הזכיר חולקת ולשון יחלוק כתב הטור בח"מ סי' רי"ג דהוי לשון מתנה ואף ע"ג דהזכיר ג"כ לשון ירושה הא קי"ל דכיון דהזכיר לשון מתנה בין בתחלה בין בסוף מהני וכדכ' הטור בסי' רפ"א ועדיין יש לפקפק קצת ולא אאריך בו כי לא נשאלתי על זה לבד זה אומר דאין בדברי שמעון ממש הנלע"ד כתבתי:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רטו

שאלה ראובן היה נשוי עם רחל בת שמעון והניח בן קטן וצוה מחמת מיתה שיהיה לוי אפטרו' לפקח על נכסי עזבונו ועניניו וראובן היה לו עם שמעון חמיו דין ודברים ותביעות וראובן בראותו כי מת חמיו ולא הספיק לתבוע תביעותיו וטענותיו עמו שם לדרך פעמיו אל המקום אשר שם האפטרופס בהרשאת רחל אשתו כדי לתבוע מהאפטרופ' חלק הירושה בעש"ג המגיע לאשתו כפי דיניהם ואיים וגזם דברים הרבה כדי להפחידו ולאיימו אך לא הוליכו בפני עש"ג רק מחמת אימת האיומים והגזומים נתפשרו עמו ונתנו לו י"ב אלפים לבנים וכתבם בכתובת אשתו ונוסף על כתובתה שהכניסה לו המעות הנז' לנכסי מלוג ואחר ימים או שנים נפטרה לב"ע רחל אשת ראובן והאפטרופס תובע מראובן המעות הנז' שנתן לו באומרו כי כשנתנם לו היה אנוס ומתיירי' בפני עש"ג וראובן טוען שלא עשה לו שום אונס מאחר שלא הוליכו בפני עש"ג רק מתוך הדברים וההפחדות נתפשר עמו ובאו לידו במתנה גמורה והעד שכתבם בכתובת אשתו לנכסי מלוג עוד טוען ראובן שאף את"ל שהדברים הם כמו שטוען האפטרופס שהיה אנוס כשנתנם כיון שהוא לא קבלם אלא בהרשאת אשתו ובשליחותה והיא זכתה בהן מנכסי אביה ואח"כ זכה הוא מכחה א"כ אפי' את"ל שהיה לאפטרופס או ליתום דין ודברים בתביעה הנזכר ולבטל הפשרה כל ריבם וטענותם אינו אלא על רחל כיון שהיא הזוכה ראשונה אמנם עליו אין להם שום תביעת דין ודברים עתה ילמדנו רבינו אם זוכה ראובן בטענותיו אלו להפטר מתביעת האפטרופס או לא ושכרו מן השמים:

תשובה אחרי רואי מה שכתב אחד מיוחד מגדולי הדור כתר תורה וכתר כהונה החכם השלם כמהר"ר שלמה הכהן הגדול מאחיו נר"ו אמרתי מי הוא זה ואיזה הוא שיבא אחרי המלך ודעת שפתיו ברור מללו מילין לצד עילאה אך אמנה אלכה נא כעני המלקט חוטט בגדיש עיר וקדיש אדברה נא דעתי הקלוש הטובה היא אם רעה ואומר דיש לחקור בנ"ד ד' חקירות הא' אי חשבינן אונס להני הפחדות והויא המתנה בטלה או דילמא לאו אונס הוא הב' את"ל דאינו אונס המתנה שנתן האפטרופס היא מתנה או לא. הג' את"ל דאינה מתנה אם הבעל חייב לשלם מה שנתן האפטרופס לאשתו או דילמא בעל בנכסי אשתו לוקח הוי ואינו חייב. הד' אם יש לחייב האפטרופס מפני שפשע ונתן מנכסי היתומים או לא. ואשיב על הראשונה דעיקרא דהאי מילתא איתא בפ' כל הנשבעין אמר רב נחמן האי מאן דנקיט נרגא בידיה ואמר איזיל ואקטליה לדיקלא דפלניא ואשתכח דקטיל ושדי לא אמרי' דהוא קטליה אלמא עביד איניש דגזים ולא עביד וכו' ע"כ ופסק מכאן הרב מהרי"ק בסי' קפ"ה על מה שטען שמעון שנתן לגיסתו אשת אחיו יתר על כתובתה שבאונס נתן מפני שראובן אחיה גזם להביא אותו בעש"ג דודאי לאו אונס הוה דהשתא במילי דממונא כההיא דפרק כל הנשבעין אמרי' עביד איניש דגזים ולא עביד ק"ו להפיל חבירו לתוך מכמורת ולהביאו בערכאות שלהם דאמרי' דעביד איניש דגזים ולא עביד וכתב שדעתו של מהר"ם כן הוא דכתב המרדכי פרק כל הניזקין מעשה ביהודים שדחקו חבריהם בתפיסה לקבל בחרם לתת להם כך וכך ופסק הר"ם דאין באותו חרם וכו' ולא דמי לגזרה קמייתא ומציעתא דסיקריקון וכו' משמ' מתוך לשונו דבהיות היהודי ירא פן יהרג ואפי' בחששא דעלמא וכו' דאמרי' דאגב אונסיה גמר ואפילו הכי משום דהוו מגזמי להו לא חשיב להו יראים פן יהרגו משום דעביד איניש דגזים ולא עביד וכו' ולכאורה איכא למידק בדבריו דאיך מוכיח כן מדברי מהר"ם אדרבה לשונו של מהר"ם ז"ל משמע איפכא דמדקאמר לא דמי לגזרה קמייתא ומציעתא דסיקריקון משמע דלבתרייתא דסיקריקון מיהא דמי ובבתרייתא דסיקריקון אמרי' דהוי אונס דגזים ועביד אע"פ דאמרו בגזרה בתרייתא כל דקטיל ליקטלוה מ"מ הוי קצת אונס דמשום הכי הלוקח מן הסיקריקון אינו כלום דבאונס נתן דאפשר דעביד נהי דלא הוי אונס גמור לומר דגמר ומקנה וא"כ ה"נ אע"ג דאמרי' דלא הוי אונס הייינו אונס גמור לומר דאגב אונסיה גמר ומקני אבל מ"מ אונס מיהא הוי דהא מדמי ליה לבתרייתא דסיקריקון ונ"ל דסבור הרב מהרי"ק דאם אמרי' דגזים ועביד ודאי דהוי אונס גמור בהחלט משום דהיהודים יראים פן יהרגו ואם אמרי' דגזים ולא עביד ואינו ירא שיעשה כן לא הוי אונס כלל אע"ג דבסיקריקון בגזרה בתרייתא הוי אונס מקצת מ"מ

שאני סיקריקון דודאי יראים שיעשו מפני שהיו עושים עד עתה והוי קצת אונס ומה שכתב מהר"ם ז"ל דלא דמי לגזרה קמייתא ומציעתא דמשמע הא לבתרייתא דמי לאו משום הא דגזים להרוג אותו אלא משום ההכאות והיסורין שהכם ושמו אותם בתפיסה כמו שנז' שם ומשום הכי דמי אבל לא משום ההפחדה שהפחיד להורגו דבהא ודאי גזים ולא עביד ולא הוי אונס כלל זה נראה ליישב דעת הרב במה שדקדק מדברי מהר"ם ז"ל אף ע"פ שאין דיוק זה מוכרח ומ"מ קשה בדברי מהר"ם איך כתב דלא דמי לגזרה קמייתא ומציעתא הא לבתרייתא דמי הא אמרו שם במשנה אחרונה דהכי קי"ל דאפילו בבתרייתא הוי אונס גמור וגמר ומקני וי"ל דהרב נתן הטעם למשנה הראשונה דלא דמי לקמייתא ומציעתא ומינה נפקי' למשנה אחרונה נמי דלא דמי לבתרייתא מהך טעמא משום דודאי יראים שמא יהרגו כמו שהיו הורגים עד עכשיו מ"מ למדנו שהרב מהר"ם סובר דעביד איניש דגזים ולא עביד ולא הוי אונס כלל עוד דקדק שם הרב שראבי"ה סובר כן שכתב, כי בעינן אנו יודעים באונסיה דפלניא בעובדא דוקא כשראינו וכו' או שכובש שטר משכנתא דהוא כמאן דעבד כיון דברשותיה למעבד ויוכל לעשות אבל בדברים שהפחידו וכו' ולכאורה איכא למידק דאיך דקדק מראבי"ה כן הא הוא אמר דכיון שהפחידו בדבר שיכול לעשות משמע דכיון דבידו אמרי' דגזים ועביד וי"ל דמ"מ מדקאמר כיון דברשותיה הוא למעבד ויכול הוא לעשות משמע דלא סגי דיכול לעשות לחודיה אלא דליהוי ברשותיה כגון ההיא דמשכנתא דהשטר הוא ברשותו ויכול לכפור אבל לגזם לעשות דליתיה ברשותיה אע"פ שיכול לעשות עביד איניש דגזים ולא עביד א"כ למדנו שהר"ם ז"ל וראבי"ה סוברים דאונס דהפחדה לא הוי אונס ורב האי ורבינו חננאל שם הרב מהרי"ק דהם סוברים דהוי אונס וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות מכירה שכתב אחד האונס את חבירו כשהכהו או תלאהו עד שמכ' או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות בין בידי גוים בין בידי ישראל הרי זה אונס ומעשה באחד ששכר פרדס מחבירו וכו' לפיכך אם תבעו וכו' ואיכא למידק בדבריו דמתחלה משמע דמפ' ההוא עובדא דפרדסא ששמעו העדים ההפחדה מדהביא ראיה מיניה לענין ההפחדה דהוי אונם וכמו שכ' שם ה"ה ז"ל שזה נלמד מאותו מעשה שהביא ולבסוף כתב לפיכך אם כפר וכו' משמע דפי' אותו מעשה אחר שכפר בב"ד וכדכתב ה"ה ז"ל וא"כ אינו ראיה כלל לענין ההפחדה דהוי אונס וכבר הקשה זה הרב הגדול מהריב"ל בפסקיו שלישיים סי' כ"ח והניח הקושיא בצ"ע וברשותיה דמר נראה לי לתרץ דמ"מ אע"פ שכפר בב"ד מ"מ למדנו דענין ההפחדה הוי אונס משום דאי ההפחדה לא הוי אונס מה איכפת לן שכפר בב"ד הא היה לו להביאו לידי שבועה ובודאי שיפרוש דלא

חשיד אשבועתא וא"כ אינו אונס אלא ודאי מאחר שמאיימו על כך הוי אונס וא"כ יפה נלמד משם דההפחדה הוי אונס מ"מ למדנו דדעתו הוא דההפחדה הוי אונס וכן דעת הרשב"א ז"ל דכן כתב שם ה"ה גם הרמב"ן ז"ל נראה שדעתו כן שכתב גבי עובדא דפרדסא ויש מי שאומר דלהכי אייתי ליה ללמדך דאונסא דהפחדה בעלמא הוה וטעו וכו' ותו דאי משום הא לא אצטריך לה ומשנה שלמה שנינו לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית מקחו בטל דאמר ליה נחת רוח עשיתי לסיקריקון דומיא דלקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה ומחמת יראה הוא דעבד שכן פירוש משנתנו וכן פירשה רש"י ז"ל ומשם אנו למדים דאפילו מחמת יראה מקחו בטל הואיל ומפחידו מי שספק בידו לעשותו ע"כ ואיכא למידק דהיכי הוה שמעינן ליה מסיקריקון שאני סיקריקון דודאי גזים ועביד דאי לא תימא הכי אמאי מדייק מחזר ולקח מבעל הבית והיינו לפי' רש"י ז"ל דלשאר הפי' דהראשון נוח לי והשני קשה הימני אין כאן ראיה היה לו להרמב"ן לדייק מסיקריקון גופיה אליבא דכולהו פירושי דאמאי מקחו בעל הא מה שנתן לסיקריקון הוי מתנה גמורה דגזים ולא עביד אלא מאי אמרת דשאני סיקריקון דודאי גזים ועביד ולהכי מייתי ראיה מיניה א"כ כשלקח מבעל הבית נמי נימא דהיינו טעמא דמקחו בטל משום דירא מסיקריקון דודאי גזים ועביד ולא יהיב זוזי כדכתב רבינו לקמן בדף מ"ב אבל הכא בשטר משכנתא אפשר דגזים ולא עביד ולהכי אצטריך לומר דהוי אונס וצ"ע מ"מ למדנו שדעתו דההפחדה הוי אונס נמצא שלדעת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א ורב האיי ורבינו חננאל ז"ל כולהו אית להו דהוי אונס וכי תימא תקשה להו ההיא דפרק כל הנשבעין דקאמר דעביד איניש דגזים ולא עביד. י"ל דיתרצו כמו שרצה לחלק מתחלה מהרי"ק דמאי דאמרי' דגזים ולא עביד שלא לחייב לו על ככה אבל ודאי דאידך מסתפי דילמא גזים ועביד והוי אונס וא"כ כיון דהוי פלוגתא דרבוותא ודאי דיכול ראובן המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא דאמרי דלא הוי אונם. ואם תאמר דההפחדה מערכאות של גוים מדין מסור נגעו בה כמו שנראה מאותה תשובה דמהרי"ק בסי' קפ"ו דדמה ליה למסור וכן בתשובת המרדכי פרק הגוזל בתרא גבי אותה התשובה שקבל ר' אפרים על רבי יואל ורבי יואל על ר' אפרים בערכאות משמע התם מדברי מרדכי דהיינו מסור וא"כ כיון שברר האפטרופס שהתרה לראובן שלא ילך בערכאות ודאי דאמרי' אז דגזים ועביד דהא במי שאמר אלך ואמסור כתב הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ד מתרין אותו על ככה ואם התרו בו ואמר שילך שכל הקודם להורגו זכה משמע דכשהתרו בו אמרי' ודאי דגזים ועביד ונראה דנ"ד אם יברר האפטרופס שהתרה לראובן שלא ילך בערכאות א"כ ודאי דגזים ועביד והוי אונס. י"ל דאע"ג דהתם אמרי' דגזים ועביד היינו כשאינו בא לו

מחמת תביעה אלא אמר אלך ואמסור מפני שהוא רשע וכיון שהתרו בו ומ"מ העיז פניו ודאי אמרי' דגזים ועביד אבל הכא כיון שראובן תובע שהיה חייב לו אביו של היתום אפשר דאף ע"פ שהתרו בו מ"מ גזים ולא עביד ומה שאומר כן הוא כדי שהאפטרופס יפרע לו ואין זה נקרא מעיז פניו כשיאמר שילך אע"פ שהתרו וא"כ אמרי' דגזים ולא עביד וא"כ ודאי דיכול לומר ראובן קים לי כהני רבוותא דסבירא להו דגזים ולא עביד ולא הוי אונס ואבא אל החקירה השנית ואומר דודאי אף ע"פ שלא יהיה אונם מ"מ מתנת האפטרופס אינה מתנה שהרי כתב הרמב"ם בפ' ל' מהלכות מכירה שאין מתנת האפטרו' מתנה מפני שאין אדם נותן דבר שאינו שלו וכי תימא שאני הכא דמתנה זו היא לתועלת היתומים דראובן זה היה מגזם להוליך לאפטרופס בערכאות והיה בא הפסד ליתומים. י"ל דאני בא עליך משני צדדין מה נפשך הוי אונס או לא הוי אונס אי הוי אונס א"כ אין מתנתו מתנה ואי לא הוי אונס ג"כ אין מתנתו מתנה מאי אמרת דלא הוי אונס אבל האפטרופס דמה בדעתו דהיה אונס כהנהו רבוותא דסברי דהוא אונס מה נפשך הוי טעות הך שדמה אפטרופס או לא הוי טעות אי הוי טעות דאינו אונס אפטרו' שטעה בכל שהו חוזר וא"כ כיון שהמתנה שלא כדין נתנה דלא היה כאן אונס חוזר ואם היה אונס כ"ש שהוספת דאין המתנה מתנה כלל דהיתה באונס אבל ודאי דעכ"פ אין מתנת האפטרופס מתנה וא"כ מזה הצד זכה האפטרופס אבל מצד החקירה הג' נראה שזכה ראובן ואומר דאף ע"ג דאין מתנת האפטרופס מתנה ונתן שלא כדין לאשתו מ"מ לא נתנה לו שהוא לא בא אלא בשליחות אשתו ואף על גב דהוא היה אוכל הפירות קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וכמו שהאריך בזה החכם השלם המופלא נר"ו וא"כ כיון שלא היה כאן אונס שאנס ראובן זה כדי לחייבו מדינא דגרמי אלא שהאפטרופס נתן מתנה א' שלא כדין אין לחייב ראובן בשביל כך דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי ואינו חייב לפרוע חוב אשתו ואע"ג דהא דפסקינן בסוף פרק יש נוחלין דלוקח הוי היינו לגבי לקוחות משום דאינהו אפסידו אנפשייהו אבל היכא דלא שייך הך טעמא מבואר שם דיורש הוי וא"כ בנ"ד דלא שייך טעמא דאינהו אפסידו אנפשייהו דהא היתום קטן ליכא למימר דאפסיד אנפשיה ואם האפטרופס הפסיד לא עשה ולא כלום דאין אדם נותן דבר שאינו שלו וא"כ ודאי דבכי הא אמרי' יורש הוי. י"ל דהתוס' כתבו שם בשם רשב"א ז"ל לתרץ קושיא א' שהקשו מההיא דאשה שחבלה באחרים פטורה וכו' דאע"ג דעיקר התקנה היה דלוקח הוי היכא דאפסיד' אנפשייהו אבל היכא דאיכא פסידא דאחריני לא מ"מ לא פליג רבנן במילתא דלא שכיח מיהא דאע"ג דאיכא פסידא דאחריני אמרי' לוקח הוי וא"כ נ"ד ודאי הוי יותר לא שכיח מההיא דנחבל ובודאי דבכי הא אמרי' לוקח הוי

לדעת רשב"א אע"ג דתירצו שם התוס' תירוץ אחר יכול המוחזק לומר קים לי כרשב"א ואין לחייבו:
הכלל העולה שזכה ראובן בדינו מהאי טעמא ואין חייב לשלם כלום ולענין החקירה הד' דהוא חיוב האפטרופס ודאי דהוא פטור דיכול לומר קים לי כרבוותא דאמרו דהוי אונס ועוד דיש לדמותו כרבינא דפ' אלמנה ניזונת דהוה ליה זוזי דיתום וכו' וכמ"ש החכם השלם הפוסק הנז' וכל דבריו אמת וצדק ראוים לבר אוריין כמוהו וא"כ ודאי דהאפטרופס ג"כ פטור מכלום כל זה כתבתי וחזרתי על כל צדי צדדין כדי שלא להוציא ממון דכלל גדול בידינו הממע"ה אל אלהים ה' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות: עבד עבדי ה' וצדקתו. הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רטז

שאלה ראובן חייט תושב כפר א' שהיה עושה שם מלאכתו בזול להיות במקום ההוא הפרנסה בזול וההוצאות מועטות שהיה יכול שאת עשות מלאכתו בזול ונסע משם וילך לו לגור בכרך גדול אשר המזונות שם ביוקר וההוצאות מרובות ועל האופן ההוא שאר החייטים עושים מלאכתם בערך שיוכלו להשיג פרנסתם ומשנכנס ראובן הנזכר בעיר בלבל את העולם וקרא בקול גדול ליושבי העיר כי הוא יעשה מלאכתו בזול במחצית הערך שנוהגים בעיר שאר החייטים ובכן כל יושבי העיר נמשכו אחריו לתת לו מלאכת' ונמצאו החייטים תושבי העיר עשוקים וגדלה צעקתם באזני בתי דיני העיר לאמר כי ראובן מסיג גבולם במה שמוזיל במלאכתו ולסבה זו הולכים אחריו וכן מקפח פרנסת האומנים תושבי העיר כי אין לאל ידם לעשות מלאכתם באותו הערך הזול כי לא תשיג ידם פרנסתם אפילו בצמצום ושואלין ודורשים אם ראוי למחות ביד ראובן הנז' מעשות מלאכתו בזול רק שיעשה לערך שעושים החייטים ויהיה שוה עמם שירויח יותר ויטריח עצמו פחות ילמדנו רבינו הדין לאמתה של תורה לבלתי ימותו חייטי העיר ברעב הם ובניהם ח"ו:
תשובה בפרק לא יחפור אמרו אמר רב הונא בריה דרב יהושע פשיטא לי בר מתא אבר מתא אחרית' מצי מעכב ואי שייך בכרגא דהכא לא מצי מעכב ע"כ משמע מכאן דבני עיר א' יכולים למחות לבן עיר אחרת הבא לעירם למכור סחורה או לעשות אומנות מיהו איכא בהך דינא תרי פלוגתי חדא דלדעת ר"י הלוי והרא"ש והטור ורבינו ירוחם אייירי דוקא היכא דמוכר אותו של בן עיר אחרת בשער החנונים של עיר הבא לדור שם אבל מוכר יותר בזול אין מעכבין עליו דלא עשו תקנה למוכרין כדי להפסיד ללוקחים

אם הם ישראלים וה"ה והוא הטעם ודאי במי שבא לעשות אומנות בעיר אחרת אם עושה האומנות יותר בזול דלא יוכלו לעכב עליו משום דהוי פסידא דבני העיר ונראה דנפקא להו מהא דאמרי' בפרק הזהב בסופו ולא יפחות את השער וחכמים אומרי' זכור לטוב וקי"ל כחכמים וטעמא משום דמרווח תרעא וא"כ ה"ה הבא מעיר אחרת המוכר או העושה אומנות יותר בזול תבא עליו ברכה דמרווח תרעא והרמב"ן ז"ל הקשה על זה דשאני מתניתין דפרק הזהב דהוי לבני דההיא מתא אבל אבני מתא אחריתי מעכב והאריך שם ככתוב בב"י ח"מ סי' קנ"ז ונמוקי יוסף פירש דברי הר"י הלוי דדוקא כשמוכר בזול גדול אבל להוזיל יותר ממוכרי העיר ודאי מעכבים וכתב שזה דעת הרמב"ן ז"ל ויש לתמוה עליו דהא הרמב"ן מקשה על ר"י הלוי ופליג עליה בהדיא נראה שאינו מחלק בין זול רב לזול מועט וכבר הרגיש בזה הרב ב"י ונ"ל לתרץ דהרב הנמוקי ז"ל כתב כן לתרץ קושית הרמב"ן ואמר דהרמב"ן ז"ל משום דהבין להר"י ן' מיגאש דאיירי אפי' בזול מועט מקשה ליה וזהו שהקשה דאלת"ה לעולם לא יעכב שא"א שלא יוזל השער כשיש הרבה בני אומניות וכו' אבל אפשר דהר"י ן' מיגאש לא איירי אלא בזול גדול ובזה לא תפול קושית הרמב"ן ואפילו הרמב"ן מודה ליה דליכא קושיא דלעולם לא יעכב דא"א שכשיש שם הרבה בני אומניות לא יוזל דשאני הכא דהוי זול גדול ולזול מועט לא חששו לפסידת הלוקחים אבל היכא דאיכא זול רב חששו והמרדכי ז"ל בפרק לא יחפור כתב דברי ר"י הלוי ודחאם וז"ל ולא נהירא דהא אין להם דין על אלו המביאים ובסוף פרק הזהב פליגי ר' יהודה ורבנן אם אחד מן החנונים יכול לפחות את השער עכ"ל ואיכא למידק מה הקשה מפרק הזהב אדרבה משם ראייתו של ר"י הלוי דקי"ל הלכתא כחכמים דמצי לפחות את השער ודוחק לומר דאית ליה דהלכתא כרב יהודה לגבי חכמים וי"ל דכוונת המרדכי להקשות מה שהקשה הרמב"ן ז"ל וה"ק דודאי על אלו שהם מביאים מחוץ לעיר אין לבני העיר טענה שרוצין ליקח מהם כיון שהם מחוץ לעיר דהא אפילו כשהוא מן העיר איכא פלוגתא דרב יהודה ורבנן אם יכול לפחות את השער וא"כ נאמר דאפושי במחלוקת לא מפשינן וע"כ לא איפליגו רבנן עליה דרב יהודה אלא כשהוא מן העיר אבל כשהוא מחוץ לעיר ודאי דלא מצי לפחות וכדפריך הרמב"ן ז"ל זה: נ"ל לפ' דברי המרדכי א"כ למדנו דהמרדכי והרמב"ן לית להו דר"י הלוי ולדידהו אפילו מי שבא מחוץ לעיר לעשות אומנות או למכור סחורה מוכר או עושה יותר בזול בני העיר מעכבים עליו אבל לר"י הלוי ז"ל וסייעתו שהזכרתי לעיל אינם יכולים לעכב הא חדא פלוגתא:

ותו איכא פלוגתא אחרית' בהא דאמרינן אי שייך בכרגא דהכא לא מצי מעכב אי בעי' שיהא שייך בכרגא מקודם לכן או דילמא אפילו שירצה עתה לתת כרגא ומס למושל העיר ההיא שבא אם הרשות בידו ולא מצו מעכבי בני העיר דר"ת והרמב"ן והרא"ש זלה"ה אית להו דאפילו בא עתה מחדש לתת מס למושל לא מצי מעכבי ורש"י ז"ל אית ליה דבעינן שייך בכרגא מקודם:

ועתה נבא לנ"ד ונאמר דודאי מן הדין גמור לא מצי בני העיר לעכב על ראובן דהוא מוזיל טפי במחצית הערך שנוהגים לעשות בעיר דלסברת ר"י הלוי וסייעתו אינם יכולין בני העיר לעכב ואפילו לדעת הרב הנמוקי שפירש דברי הר"י הלוי שיהיה בזול גדול הרי אין לך זול גדול יותר מזה וא"כ ודאי דלא מצי מעכבי בני העיר ואע"ג דאיכא דפליגי עליה כיון דהוי ספקא דפלוגתא דרבוותא אינם יכולים לעכב עליו דהא גבי בר מבואה אבר מבואה אחרינא דסלקא בגמרא בתיקו פסקו הפוסקים דכיון דהוי ספקא אינם יכולין לעכב עליו מספק א"כ ודאי היכא דאיכא ספקא אינם יכולין לעכב עליו ואם ראובן רוצה לתת מס למושל העיר ההיא כ"ש דאינם יכולים לעכב עליו דהא איכא רבוותא טובא דאית להו דהיכא דרוצה עתה לתת מס היינו שייך בכרגא דאמר תלמודא דלא מצי מעכב ואע"ג דרש"י לא ס"ל הכי רבים חלקו עליו כדכתיבנא ועוד דאין לעכבו מספק כדכתיבנא:

אבל אין לזכותו מטעם דבמלכות דידן כל עיירות שלנו מקרי שייך בכרגא דכלם תחת ממשלת המלך יר"ה מלך תוגרמה פורעים המם וא"כ הרי כלם פורעים למושל א' ורש"י פי' דשייך בכרגא מקרי היכא דפורע למלך העיר הזאת וכן נראה ממה שכתוב בתשובות שבסוף ספר חזה התנופה הביאה הרב ב"י סימן קנ"ז וז"ל ובארץ שכלם לשר אחד שכלם פורעים לו מס וכו' בני העיר וכו' יכולים לעשות עיסקא מעיר אחרת אף על פי שאינם דרים שם סברא עד כאן. משמע דכיון דכלם פורעים למושל אחד סגי דהא ודאי לא היא דטעמא דשייך בכרגא כפי. מה שביארו הפוסקים זכרונם לברכה ומבואר יותר בדברי הרב מהר"י קולין זכרונו לברכה סימן קצ"ד הוא משום דהשר מרבה העולים והמסים כפי האנשים אשר בעיר שאם הם ארבעה והשר היה רגיל להטיל עליהם ארבעה זקוקים לשנה כשיהיו חמשה יטיל עליהם חמשה זקוקים ולכן זה שבא לעיר לעשות סחורה או אומנות ובסיבתו יכבד העול והמס כי כפי האנשים הסוחרים אשר בעיר כן יטיל עליהם השר העול והמס אם כן ראוי שיסייע את האנשים אשר בעיר בעול ובמס ולכן במלכות דידן מלכות תוגרמה שהמלך נוטל מס וכרגא מכל עיר כפי האנשים אשר שם וגם כפי העושר אשר בעיר זה שבא לעיר אחרת ראוי שיפרע עם אנשי העיר ההיא כי

בסיבתו יבא להם עול המס יותר ממה שהיה להם דאלו כל העיירות היו כלם פורעים יחד למלך סך אחד אז ודאי אין קפידא בכך אבל כיון שמכל עיר ועיר נוטל המלך כפי האנשים והעושר אשר בעיר ודאי דשייך לדידן דינא דשייך בכרגא דאמרו בגמ' ואין טעם זה ראוי לזכות לראובן אבל מכח הטענות שכתבתי לעיל נראה לי דזכה ראובן מכח הדין ואין יכולים לעכב עליו ואף על פי שיתקשרו ויסכימו כל בעלי האומנות יחד ולעשות סדר וקצבה לשכר המלאכה ההיא ויענישו לעובר על דבריהם אין כח בידם לחייב את ראובן שיסכים עמהם ואע"ג דבפירקא קמא דבבא בתרא גבי עובדא דהנהו טבחי משמע דאי ליכא אדם חשוב בעיר יכולין להתנות ולקנוס העובר על דבריהם וכתבו הרמב"ם. ז"ל פרק י"ד מהלכות מכירה וכן הטור בחשן משפט סוף סימן רל"א היינו דוקא היכא שכלם הסכימו יחד ואחר כך חזר אחד מהם בו אבל אם מתחלה לא הסכים עמהם אינו חייב לעמוד היחיד בתקנתם והרוצה לעמוד על עיקרן של דברים יעיין בפסקי הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל סימן נ"ז בחרם הקראים ואפילו שהסכימו יחד קשיא ליה להרב מהר"י ן' לב ז"ל בפסקיו חלק א' דף ק"מ איך יש בידם כח לעשות כן וז"ל ואכתי קשיא לי דאמרינן בגמ' ה"מ דליכא אדם חשוב אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניהו דאתנו ואמאי יתנו להם רשות לבני האומנות א' לתקן תקנה היכא דליכא אדם חשוב והלא יש לחוש שיעשו תקנה לתועלתם ולהנאתם ויזיקו לבני העיר בהסכמתם וצ"ע עכ"ל ועם מה שכתבתי נ"ל דמתורץ הקושיא דהא דבעלי אומנות א' מתקני' אינם מחייבי' לשום א' מהם לעשות כן אלא כלם מסכימים יחד למקטן ועד גדול שלא לעשות מלאכה אלא בשכר קצוב שקוצבים הם וכיון שהם מתקנים לעצמם ואינם מחייבי' לשום אדם על כך למה לא יהיה כח בידם לעשו' כן וכי עבדים הם שלא ימשלו בעצמם לתקן הדבר הראוי להם מבלי שיחייבו לשום אדם וכיוצא בזה תירץ הרב הנז' ז"ל שם לעיל גבי בני העיר שהם מתקנים אף עפ"י שהוא הפסד לפועלים אלא שעדיין לא נתקררה דעתו ז"ל גבי פועלים גופייהו ולע"ד עם מה שכתבתי א"ש: אם כן למדנו דבשום אופן אין לתבוע לראובן מצד הדין שלא יעשה המלאכה בעיר ההיא אפילו שלא יפרע מס עם בני העיר ההיא כיון דהוא עושה בזול כ"כ אך אם בא ראובן זה לעשות מלאכתו בזול עם אנשים שהיו מכירים ויודעים לחייטים אשר בעיר כגון שכל א' מהחייטים היו לו מכיריו ויודעיו שהיו רגילין לתת לו ביחוד לעשות מלאכתם ובא זה ראובן להסיר מכל אחד מהחייטים מכיריו ויודעיו לאו כל כמיניה וראוי למחות בידו דהא אמרינן בפרק יש. נוחלין דבכור נוטל פי שנים במתנות כהונה היכא דשחט אחד ממכירי אביו בהמה ואחר כך מת וכתבו הרמב"ם ז"ל פרק שלישי מהלכות נחלות וטעמא משום דהוי

כאלו כבר בא ליד אביו ומקרי מוחזק ומראיה זו פסק הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף סימן קנ"א גבי חייט אחד שהיה רגיל לעשות אצל עירוני ובא חייט אחר ורצה להכניס עצמו עם העירוני לעשות מלאכתו בזול יותר דמוחין בידו וכתב בסוף התשובה ועוד דכל מכיר הרי הוא כבא לידו, כבר כדאיתא בפרק יש נוחלין וכו' וההולך ומפתה את הגוי לעשות מלאכתו כפוסק לחיותו של זה וגוערין בו ומוחין בידו עד כאן מכאן למדנו דאם ראובן הולך למכירי החייטים לעשות בזול יותר שלא יתנו להם מלאכתם שימחו בית דין בידו אבל בלאו הכי לא זהו מן הדין אבל מכל כתב הרב מהר"י קולין שם בשרש הנזכר דכל הני דאמרינן בפרק לא יחפור שכתבתי לעיל דלא מעכב היינו מן הדין אבל אם תגבר יד בני העיר לסגור דשא באפיה הן על יד השר הן על יד שום מונע פשיטא שהרשות בידם והאריך בזה ותפס הדבר בפשיטות. עד שאמר שלא יטעה בזה אפילו החסר דעת ובאמת כל ראיותיו אינן מספיקות בעיני דהוא הביא ראיה ממציאה דהיכא דנפל עליה דלא קנאה ואם בא אחר והחזיק בה קנאה ולכתחלה יכול לעשות כן וכן בפאה אמרו נטל מקצת פאה וזרק על השאר ואין לו בה כלום נפל לו עליה פירש טליתו עליה מעבירין אותה ממנו ודן מכאן קל וחומר ומה התם שכבר זכה במקצת וגם קדם הוא לזכות אפילו הכי יבא השני ויעבור אותו הימנה וכו' וכאן שזה רוצה לזכות בהפקר וכו' לא כל שכן שיעכבו אותו מן הבא לזכות בו אם יוכלו וכו' ובודאי נראה לע"ד דהאי קיו פריכא הוא דהתם גבי מציאה ודאי דכל זמן שלא זכה הראשון יכול השני להקדים ולחפוף לזכות בה אבל הכא לא בא לזכות בעיר אלא עושה לבן עיר אחרת שלא יזכה בה וא"כ לא תלמוד מהתם דהוא יכול לזכות ולהקדים לאחר שלא יזכה להבא שעושה שאחר לא יזכה ואינו זוכה הוא במה שהיה זוכה האחר וק"ל: גם הראיה שהביא מהפוסקי' דלמה פסקו דמספקא אין יכולין לעכב ואמאי לא אמרו כל דאלים גבר אין זו בעיני ראיה דלא דמי לזה אומר של אבותי וכו' דהתם אין ראיה לא' יותר מן האחר ולכך כל דאלים גבר אבל הכא בני העיר באים להוציי' מזה הבא לדור שם וכי הארץ שלהם היא וכדכתב הרא"ש בתשובה וכיון דאינה שלהם א"כ היא בחזקה דכל הבא לדור שם יכול לדור ואלו שבאים להוציי' עליהם להביא ראיה ודמי למי שבא להוציא מן המוחזק וכן כל הדברים אשר שם שכתב לחזק דין זה לא נתבררו אצלי ובעיני הדין בהפך שודאי דדברי התלמוד הם דאינם יכולים לעכב כלל לא מן הדין ולא בכח אבל מה נעשה כי מי הוא זה ואיזה הוא שיחלוק על הרב הנז' ומ"מ אני בעניי לא הייתי עושה מעשה על פי אלה הדברים אשר דבר הרב הנז' ז"ל, ומ"מ בנ"ד אני אומר דכיון דכבר החייט היה ישב בעיר ועתה באים להוציאו מן העיר יודה הרב מהרי"ק

דאינן יכולים לעשות כן דלא אמר הרב הנז' ז"ל אלא שיכולי' לעשות בני העיר שלא יבא שם אבל אחר שכבר בא ונתיישב ולא היה שום מונע בדבר ועתה רוצים לסלקו לאו כל כמיניהו:

הכלל העולה בנ"ד דראובן זה אם הוא עושה מלאכה בזול יותר בעיר אינם יכולים בני העיר לעכב עליו אך שלא ילך למכירי ויודעי החייטים שרגילים ליתן להם מלאכה לפתותם שיתנו לו והוא יעשה בזול כי זה ודאי מוחין בידו וגוערין בו וכדכתב הרשב"א ז"ל:

הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריז

שאלה ראובן שיש לו בת מאשתו ראשונה ורצה לישא אשה אחרת וקודם שישאנה עשה שטר מתנה אחד לאחר מיתה בזה האופן שתירש בתו הנזכרת מחצית נכסיו אחרי מותו ומחצית אחרת ירשו בני האשה השניה אם יועיל ושוה המתנה ההיא אם לאו. גם אם יוכל ראובן לתת כל נכסיו במתנ' לבניו הקטנים בעודו בחיים חייתו או לתתם לאיש נכרי אשר לא אחיו ממש הוא וכמו כן היוכל איש לגרש את אשתו בכוונה רצויה כדי לחזור ולשוב לקחתה לכפול כתובתה כפלו כפלים מאשר לה בכתובה ראשונה על כל הדברים האלה ישיב אדוננו הגאון ותהי משכורתו שלמה:

תשובה אם בשטר המתנה אין כתוב בו לשון מתנה כלל אלא דוקא כמו שכתוב בשאלה שתירש בתו הנזכרת מחצית נכסיו וכו' ודאי דאין במתנה זו ממש מתרי טעמי חדא דהא אמרי' בפ' יש נוחלין בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה אא"כ אמר על מי שראוי ליורשו כגון בן בין הבנים אז דבריו קיימים וכרבי יוחנן בן ברוקה דאיפסיקא התם בגמרא הלכתא כוותיה וכל זה מבואר בדברי הפוסקים ז"ל בהרמב"ם ז"ל פרק ו' מהלכות נחלות ובטור חשן משפט סי' רפ"א וכיון שכן בנ"ד שאמר שבתו תירש אפי' שיהיו לו בנים מאשה אחרת הרי זה התנה על מה שכתוב בתורה ואין דבריו קיימים וכי תימא ע"כ לא אמרי' הכי בפ' יש נוחלין אלא כשיש לו באותה שעה בן ואמר על הבת שתירש דבאותה שעה קא עקר מה שכתוב בתורה אבל הכא באותה שעה שאמר על הבת שתירשנו עדיין לא היה לו בן מאשה אחרת ומי יימר דיהיה לו בן דילמא לא יהיה לו ולא יעקור מה שכתוב בתורה ודמיא להא דאמרי' בפ' הזהב גבי על מנת שאין לך עלי אונאה דאמר שמואל התם דתנאו קיים וקאמר שם דאפי' למ"ד מתנה על מ"ש בתורה תנאו בטל מודה התם דשאני התם דדילמא מי יימר דקא עקר דאולי

לא יהיה שם אונאה הכא נמי דכוותא היא לא היא חדא דהא קי"ל כרב גבי אין לך עלי אונאה דתנאו בטל וכן פסקו רוב הפוסקים ז"ל ומ"ש שם בגמרא הוא אליבא דשמואל דהוי דלא כהלכתא ותו דבפרק יש נוחלין אמרי' דתנאי בית דין דכותב לה בנין דכרין די יהוון ליכי מינאי אינון ירתון כסף כתובתיך יתר על חולקיהון דעם אחוהון הוי זה מתנה על מה שכתוב בתורה לרבנן דפליגי עליה דרבי יוחנן בן ברוקה ואמרי דאפי' על בן בין הבנים אין דבריו קיימים ותנאו הוה בטל אליבא דידהו אי לא הוה טעמא דהוי תנאי ב"ד ואלים או משום טעמא אחרינא כדשקיל וטרי התם ואי אמרת דלא מקרי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא היכא דבאותה שעה דוקא יש לו בן ובודאי קא עקר א"כ היכי אמרי' דבנין דכרין די יהוו ליכי וכו' הוי מתנה על מה שכתוב בתורה התם נמי מי יימר דקא עקר דילמא לא יהיו לו בנים ממנה ואם תמצא לומר שיהיו לו בנים ממנה דילמא לא יהיו להם אחים שירשו עמהם דבאותה שעה שמתנה אין שום א' מהם בעולם אלא ודאי דלא מפלגינן בהכי ודא ודא אחת היא דמתנה על מה שכתוב בתורה מקרי כיון דהוא אומר דכשיהיו לו בנים הבת תירש ואף על פי שאין לו עכשיו: ומכאן יצא לי קושיא על מאי דמפלגינן בפ' הזהב אליבא דשמואל כי היכי דלא ליהוי מילתיה כתנאי דהתם באונאה כ"ע מודו משום טעמא דמי יימר דקא עקר דאכתי אמאי לא קאמר תלמודא דשמואל תנאי מההיא דיש נוחלין דרבי נתן ורבי אמרי התם דמקרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה אליבא דרבנן ותנאו בעל אע"ג דהתם לא ודאי קא עקר כדכתיבנא אלא שיש לתרץ דאין ה"נ דמילתיה דשמואל לא מתוקמא ככ"ע ומאי דקאמר תלמודא בפ' הזהב הוא דלפחות כרבי מאיר ורבי יהודה אתי וכל היכא דמצי לאוקומי מילתיה דליתי ככ"ע מוקי ליה א"כ בנ"ד למדנו דהרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל ועוד מטעמא אחרינא בטלה מתנה זו דאפי' שיהיה בן בין הבנים שמועיל לשון ירושה אליבא דר"י ן' ברוק' דקי"ל כוותיה מ"מ איבעיא לן בפ' יש נוחלין אי אמר רבי יוחנן בבריא או לא וכתב הטור בח"מ סימן רפ"א דרב האי ורב אלפס והרא"ש פסקו דכיון דלא איפשיטא בעיין אמרינן דלא מהני בבריא לשון ירושה וכן פסק הרמב"ם בפרק ו' מהלכות נחלות ובפרק י"ב מהלכות זכיה ומתנה וכתב שם ה' המגיד אבל בבריא אין דבריו קיימין פי' שהקנה נכסיו לאחד מבניו בשטר ובלשון ירושה ומשמע מדברי הרמב"ם ז"ל דאע"ג דתפס הבן שהקנה לו בלשון ירושה מפקינן מיניה מדלא כתב דהוי ספק ואי תפס לא מפקינן כדרכו לכתוב ברוב תיקו האמור בתלמוד וכדכתב הרב המגיד בפ"ג דהלכות מכירה גבי הקנה השדה לאחד והמטלטלין לאחר אלא שאני תמוה מאד על דברי רבינו שכיון דדעתו לאלומי כח דיורש כ"כ דאפילו אי תפס מקבל מתנה מפקינן מיניה דנכסי

בחזקת יורשים קיימי ולא מועיל בהא תפיסה כלל אלא דאף על גב דתפס מפקינן ליה ממי שתפס ולא מפקינן ליה מחזקת יורשים, א"כ בפרק י"א מהלכות זכיה גבי שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני דאיבעיא לן בגמרא בפרק מי שמת אי ספר תורה בכלל או לא ועלה בתיקו איך פסק שם הרב ואמר אבל ספר תורה יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים או אינו לפיכך אם תפס אין מוציאין מידו ואמאי לא אלים התם רבינו כח היורשים כי היכי דאלים ליה הכא ולימא התם דאפילו תפס מפקי' מיניה דנכסי בחזק' יורשי קיימי כי היכי דכתב הכא בפשיטות דאין דבריו קיימין דמשמע דאפי' תפס מפקינן מיניה וצריך עיון מכל מקום למדנו מדברי הרב ז"ל דאי תפס מפקינן מיניה דכן נראה פשט לשונו אף על גב דלשון הרי"ף אינו מכריח כל כך שכתב דכיון לא איפשיטא לא עבדינן בה עובדא ואפשר לפרש דבריו דאין מוציאין מהיורשים ואי תפס המקבל לא מפקינין מיניה וכן מוכח מהגהות אשר"י שכתוב שם בפרק יש נוחלין על דברי הרי"ף שהביא שם הרא"ש זכרונו לברכה וכן כתב באור זרוע דמי שתפס תפס משמע דהבין דברי הרי"ף דאי תפס לא מפקינן מיניה ובפרק ו' מהלכות נחלות כתוב בהגהה סברא זו בשם רבינו שמואל וראבי"ה מכל מקום פשט דברי הרמב"ם לא משמע כן וכן משמע פשט דברי הטור בסימן רפ"א שהבין דברי הרי"ף והרא"ש ורב האי דאינו מועיל כלל ואי תפס מפקנין מיניה אם כן בנדון דידן דזה הנותן היה בריא כשאמר שתירש הבת החצי ודאי דאינו מועיל לשון ירושה כלל אליבא דרובא דרבוותא ואף על פי שעשה שטר אין זה מועיל כדכתב הרב המגיד בפירוש בפרק י"ב מהלכות זכיה בלשון שהבאתי למעלה ואף על גב דנטל קנין אינו מועיל כלל דכיון דאמר לשון ירושה על מי שאין ראוי ליורשו אינו מועיל כלל וכן כתב הטור בסימן רפ"א בשם אביו הרא"ש זכרונו לברכה גבי מי שעשה לאשתו יורשת ונטל קנין דאינו מועיל כלל אם כן למדנו דבנדון דידן המתנה בטלה וכל זה אם אין כתוב בה לשון מתנה כלל אבל אם כתוב בה שום לשון מתנה הא קיימא לן דכתב לשון מתנה בין בתחלה בין באמצע בין בסוף דבריו קיימים וגדולה מזאת כתב הטור בסימן הנזכר בשם אביו זכרונו לברכה בעובדא דמי שעשה לאשתו יורשת דכתיבנא דראוי לקיים הצואה מתוך תיבה אחת שכתוב בה ותחזיק בכל מה שיש לי בעולם ותחזיק הוא לשון מתנה ותנן כתב לשון מתנה וכו' וכן בבריא דאינו מועיל לשון ירושה אם כתו' בו שום לשון מתנה מהני כדמשמע מדברי אבי' בפ' יש נוחלין גבי בנן נוקבן די ייהון ליכי וכו' ומתזנן מנכסי דמועיל לשון מתנה דכתיב בה לתנאה דבנין דכרין דהוו בלשון ירושה יע"ש:

ואם כתוב במתנה זו שום לשון מתנה ודאי דמהניא ותטול הבת לאחר מיתתו מחצית הנכסים מתורת מתנה אלא שבזה יש לדון מטעמא אחרינא דאם אלו הנכסים קרקעות שהיו לו בשעת המתנה לאו דינא ולאו דיינא דודאי תטול הבת החצי לאחר מיתה אם נתן לה בלשון מתנה אבל אם הם מטלטלין דהא איכא פלוגתא דרבוותא דכתב הרב רבינו שלמה נ' אדרת ז"ל בתשובה הוזכרה בבית יוסף סימן ר"נ גבי נותן נכסיו מעכשיו ולאחר מיתה זה לשונו ומכל מקום אם יש לו עסק או סחורה או מטלטלין שאינם מסויימים ורוצה לחלקם ביניהם ולרבות לאחד ולמעט לאחר איני יודע לו דרך שיוכל לזכותם במתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה ולפיכך אין לו תקנה בזה אלא בחיובים רוצה לומר שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו ולאחר פטירה וכו' ע"כ משמ' דאית ליה דבמטלטלין אמרינן דאלו המטלטלין לא היו בשעת מתנה ומתנתו בטלה אא"כ הביא ראיה שהיו לו בשעת המתנה:

איברא דהרשב"א עצמו כתב בתשובה אחרת בהפך שכתב שם ומ"מ מה שנמצא מקרקעי ומטלטלי ונפל בהם הספק אם היו בשעת המתנה אם לא ודאי קנה אם הקנה לו נכסיו בקנין בלשון אחרון שבשטר והטענה משום דכאן נמצאו וכאן היו ומי שטוען שלאחר מכאן חזר ולקח עליו להביא ראיה ע"כ משמע דמסתמא אמרי' שהיו שם בשעת המתנה וכבר הרגיש הרב הגדול מורנו מהר"ר שמואל נר"ו בסתירת אלו התשובות בפסקיו סימן קנ"ה ולי נראה לתרץ דודאי דעת הרב רבינו שלמה נ' אדרת לומר דכאן נמצאו וכאן היו על דרך הסתם ומה שכתב בתשובה האחרת שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו למחר רוצה לו' שיביא ראיה הנותן שלא היו לו באותה שעה ולא תועיל המתנה והוא רוצה למצוא תקון לתת במתנ' חצי נכסיו אפי' שיברר בעדי' שמה שהיו לו בשעת המתנה לא היו לו בשעת מיתה ומפני כן אמר שלא מצא לו תקנה אלא בחיובים אבל לעולם דעל דרך הסתם אמרינן כאן נמצאו וכאן היו דדעתו כדעת הגאונים וכן הזכיר בתשובה אחרת דעת הגאונים בסתמא הזכירה הרב בית יוסף בח"מ בסימן הנז' המתחלת אמרו משמן של גאונים וכו' ומ"מ אף על גב דדעת הרשב"א הוא כדעת הגאונים דאמרינן כאן נמצאו וכאן היו מכל מקום הטור בסימן קי"ב בח"מ הלכות גביית חוב כתב מחלוקת בהא והביא דעת הגאונים ואחר כך הביא דעת י"א דעל המקבל מתנה להביא ראיה וכתב על דבריהם דהכי מסתבר וכיון שכן אין להוציא מיד היורשין כיון דהוי פלוגתא דרבוותא וכן פסק מורי הרב הנזכר בפסקיו בסימן הנזכר. נמצא בנ"ד שצריך שתביא ראיה הבת שאותן המטלטלין היו לאביה בשעת המתנה ואם לאו אינ' זוכה בהן דעליה להביא ראיה:

ומה ששאל השואל אם יכול ליתן נכסיו במתנה לבניו הקטנים פשיטא ופשיטא דיכול ליתנם דאע"ג דאין הקטן זוכה אחרים זוכים לו אפילו בן יומו וכדכתב הטור בהלכות מתנה ומחילה סי' רמ"ג והוא פשוט ומבואר ואם קנו מידו על כך העדים הרי הם זוכים לקטן והמתנה מתנה וכן לאיש נכרי יכול ליתן נכסיו לכל מי שירצה מתנה גמורה או מהיום ולאחר מיתה אלא שצריך לברר שאותם הנכסים היו לו בשעת המתנה וכדכתיבנא לעיל דאיכא פלוגתא דרבוותא בהא ועל המקבל להביא ראיה ואם אותם הנכסים לא היו באותה שעה לא מצא לו הרב רבינו שלמה ן' אדרת ז"ל תקנה אלא בחיובים שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו ולאחר פטירה כדכתב בהדיא בתשובה שהבאתי לעיל ואם אותם הנכסים היו לו בשעת המתנה כדי שלא יצטרך המקבל להביא ראיה על כך יש למצוה לו תקנה שיאמין אותו הנותן בכל המטלטלין שיאמר המקבל שהיו לו בשעת המתנה ותיקון זה כתו' בנוסח שטר הוזכר בתשובת הרא"ש ז"ל כתבו הטור בח"מ הלכות גביית מלוה סימן צ"ט גבי ראובן שנתן לאחד מבניו כל נכסיו ושייר לעצמו זהוב אח' שירשו מי שראוי ליורשו והאמין בנו על עצמו שאם יאמר בשעת מיתתו של אביו או בחייו על איזה ממון שימצא ברשות אביו שזה הממון נתן לו במתנה וכו':

ומה ששאל השואל אם יוכל איש לגרש את אשתו בכוונה רצויה וכו' אם יש לו שבועה בכתובה שלא יגרשנה פשיטא ופשיטא דאינו יכול לגרשה בעל כרחה אף על פי שהוא מכוון לטובה ואם אין לו שבועה בכתובה אלא תנאי לבד שלא יגרשנה אלא מדעתה מכל מקום אין לו לגרשה דאף על גב דקיימא לן כבית הלל דאמרינן דאפילו הקדיחה לו תבשילו יכול לגרשה מכל מקום נרא' לי דמודו בית הלל דהיכא דהתנה עמה שלא יגרשנה אלא מדעתה דאינו יכול לגרשה אלא אם כן מצא בה ערות דבר דאם לא כן תנאה למאי אהני אבל ודאי אם מצא בה ערות דבר אז מצוה לגרשה משום גרש לץ ויצא מדון וכדכתב הטור באבן העזר סימן קי"ט ואם כן ודאי בנדון דידן שלא מצא בה דבר פריצות אע"ג שהוא מכוון לתועלת' כיון דאיהי לא ניחא לה בהכי אין לגרשה ומה גם אם היא אשתו ראשונה דמזבח מוריד עליו דמעות אבל ודאי מדעתה יכול לגרשה אפי' היא אשתו ראשונה דהא דר"א דאמר מזבח מוריד עליו דמעות כתב הרב ב"י בסי' הנזכר בשם ספר אגודה דהיינו דוקא כשמגרשה בעל כרחה והכי משמע קרא דמייתי רבי אלעזר ראיה דקאמר באשת נעוריך אשר בגדת בה ולא מקרי בגידה אלא בעל כרחה אבל מ"מ בין מדעתה בין בעל כרחה אין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ דאמרי' בפ' האיש מקדש גבי מתני' דהאומר לחבירו קדש לי אשה במקום פלוני בצריכותא דעביד התם תלמודא דגנאי הוא לאדם לגרש את אשתו וכיון שכן אין לגנו' עצמו בשביל שמכוון להוסיף

לה כתובתה דבלאו הכי יכול להוסיף לה ולכתוב בתוך הכתובה אם ירצה אלא שאולי סבה אחרת יש לו לשואל ולא רצה לגלותה ומ"מ אני אומר דאם הוא מדעתה אין איסור בדבר ואם אין תנאי בכתובה כלל בהא ודאי קיימא לן כבית הלל דיכול לגרשה אא"כ יש מנהג בעיר שלא לגרש אלא מדעת האשה דאז ודאי סתמו כפירושו וכדכ' הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י באבן העזר בסי' הנז'. עוד באתי לבאר מפני שישאר לו מדיין ספק לשואל אם תמצא לומר שיש לשון מתנה בשטר דהוי מתנה מהיום ולאחר מיתה וכדכתיבנא אם אותם הנכסים נתנם במתנה לבנו אי הוא מתנה או לא וכן אם תגבה אשתו השניה כתובתה מהם כיון שהם נתונים קודם לכן לבת שיש לו מאשתו הראשונה וא"כ מאותו החצי נראה דאינה יכולה לגבות אשתו השניה וגם אינו יכול ראובן לתתו במתנה לבניו הקטנים ולבטל מתנת בת אשתו הראשונה שקדמה לזה אומר דאיברא דאי כתיב ביה לשון מתנה הוי מתנה מהיום ולאחר מיתה אע"ג דלא כתיב ביה מהיום דהפוסקים רובם או כלם זולת רבינו חננאל פסקו דהלכה כרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו ועוד דכתוב בהאי שטרא קנין וכיון דאיכא ביה קנין אפילו אין בו זמן קונה הגוף מיד וכל זה מבואר בדברי הפוסקים ז"ל בטור ח"מ הלכות מתנת שכיב מרע סי' רנ"ח והרמב"ם ז"ל בסוף הלכות זכיה ומתנה וכיון שכן ודאי דהוי מתנה מהיום ולאחר מיתה ומכל מקום היה נראה לכאורה דהיה יכול ליתן במתנה ראובן אלו הנכסים דלא נתן ראובן לבת אשר לו מאשתו ראשונה שיהיה לה עדיפות על יורשיו אלא עשאה כהם שהיא תירש החצי והם ירשו החצי וכיון שהוא יכול להפקיע מיורשיו וליתן במתנה כל נכסיו בחייו ואין היורשים יכולים למחות הוא הדין בת אשתו הראשונה שאין לה כח מה למחות דלא עדיף בזה מכח היורשים והיה נראה לכאורה להביא ראיה לזה מתשובת מהר"ם שכתב המרדכי פרק יש נוחלין דהיכא דנתן לבנו ולחתנו מתנה מהיום ולאחר מיתה כאחד מהבנים הזכרים דכשהאלמנה נוטלת כתובתה לא יטול המקבל מתנה חלקו אלא מן הנכסים הנותרים וכו' דלעולם לא יטול מקבל המתנה יותר מהיורשים וכו' וא"כ משמע מהתם דלא עדיף כח המקבל מכח היורש שלפי האמת נראה דאין זו ראיה דשאני התם דאמר כאחד מן הבנים וכיון שאמר בלשונו כאחד מן הבנים לא נתן לו עדיפות יותר מהבנים אבל הכא שלא תלאה לבת אשתו כחלק הבנים אלא נתן לה בפני עצמה חצי נכסיו ודאי דאין יכול ליתנם לאחר כיון שנתן לה גופא מהיום וכבר ביאר זה מהר"ם ז"ל עצמו בתשובה אחרת שכתב המרדכי עצמו שם על מתנה שנתן ראובן לחתנו וכתב לו שטר מתנה וכתוב בו שיטול חלק מכל נכסיו כאחד מן היורשים כתב שם דראובן יכול ליתן מתנה כל ימי חייו אע"פ שכתב לחתנו חלקו גופא מהיום

וכו' שהרי לא כתב חלקו לו מהיום חלק ששי או חמישי שבה דא"כ לא היה יכול ליתנו לאחרים ולמעט חלקו אבל עכשיו אמר תטול חלק כאחד מיורשי וכו' משמע בהדיא דהיכא דנתן למקבל המתנה חלק בפני עצמו עדיף מכח יורש:

הכלל העולה בנדון דידן דאם יש בשטר לשון מתנה הקרקעות שהיו לו בשעת המתנה חצים של הבת הראשונה לאחר מותו ואינו יכול ליתנם במתנה ואין אשתו שניה גובה כתובתה מהם והוא הדין למטלטלין שנתברר שהיו לו באותה שעה אבל מטלטלין או מעות שיש לספק אם היו לו בשעת המתנה ודאי הם בחזקת היורשים כמו שכתבתי לעיל וכמו שכתב מהר"ם זכרונו לברכה בהדיא באותה תשובה וזה לשונו ודוקא בנכסים הידועים שהיו לו בשעת פטירתו כגון קרקעות וספרים וכו' יעויין שם ואף על גב דהוי פלוגתא דרבוותא אי אמרינן כאן נמצאו וכאן היו מכל מקום מוקמינן להו בחזקת יורשים ולא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו כדכתיבנא ואף על פי שיש מקום לבעל דין לחלוק ולומר דלא נאמר כאן אוקי ממונא בחזקת יורשים כיון דזה היא המחלוקת עצמו דפליגי רבוותא מי מקרי מוחזק יורש או מקבל מתנה וכדכתב הטור זכרונו לברכה בסימן קי"ב כדכתיבנא מכל מקום אם ראובן זה נתן נכסיו לבניו הקטנים וזכה להן אחר והוא תפוס בעדים ודאי דלא מפקינן מיניה כיון דהדבר הוי פלוגתא דרבוותא אי אמרינן דאלו המטלטלין היו בשעת המתנה או לא והוא תפוס בעד הקטנים פשיטא ופשיטא דמהני להו תפיסתו וכל זה הוא אם יש בשטר לשון מתנה אבל אם אין שם אלא לשון ירושה פשיטא ופשיטא דהמתנה בטלה כדכתיבנא: הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריח

שאלה ראובן היו לו בחיים שני בנים גד ואשר והיה לו נכד אחד נפתלי שנשאר מבנו יששכר שמת בחייו ויען כי היה רואה ראובן שנכדו נפתלי היה מזלזל בכבודו ובכבוד בניו הנז' ולסבות אחרות מספיקות נתן אל לבו לתת במתנ' גמורה בחייו לנכדיו בני שני בניו גד ואשר חצר אחד שהיה לו עם כל הבתים שבתוכו ולנפתלי לא נתן דבר ולאחר כמה ימים אל המתנה הנז' בא נפתלי ובכח מסייעים שונאיהם של הזקן ובניו הרבה אל הזקן הכעסות נמרצות כדי שיתן לו חלק ידוע מהחצר בחייו במתנה וראובן בראותו כי לא יכול לו מחמת אנשים שהיו מאיימים ומגזמים לראובן להוליכו בפני עש"ג ולגרשו מהחצר בעליות דברים ובראותו שכבר הקדים המתנה שנתן לנכדיו האחרים וידע כי כל הנעשה אח"כ הוא הבל ורעות רוח מה עשה נתן לנפתלי במתנה מהיום ולאחר מיתה

חלק ידוע מהחצר ובכן נחה שקטה המחלוקת כל ימי חיי ראובן. ויהי אחרי פטירת ראובן לבית עולמו נתגלגלו הדברים שנכנס נפתלי בבתים שנתן לו זקנו ולגודל זדון לבו גם לסבת האנשים המבקשים להעביר ביניהם מחלוקת היה מבקש נפתלי למכור הבתים הנז' לבני נכר זרים אכזרים כדי שימררו חייהם של האחים הנ"ל בהכעסות נמרצות באופן שהאחים הנ"ל הוציאו לפני ב"ד שטר המתנה הקדום מקויים באשרת' דדייני ונתגלגלו הדברים שנתמצעו אנשי חיל ביניהם ובקשו מעם פני שמעון אחד מהאחים הנ"ל שגם שהדין הוא שהמתנה הקודמת היא קיימת והאחרונה היא בטלה עם כל זה להיות נפתלי בן אחיהם יפייסוהו בממון ויתנו לו בעד הבתים הנז' מה שיגזור ביניהם חכם שלם שביררו ביניהם ונתרצה שמעון לבקשתם ובכן נטל נפתלי קנין ונשבע שבועה חמורה למכור כל זכותו שהיה אומר שהיה לו בבתים הנז' לדודיו בעד מה שיגזור החכם הנז' ונכתב חיובו בשטר כתוב וחתום וכתוב בשטר החיוב הנז' ששעבד נפתלי הבתים הנז' למוכרם לדודיו בסך שיעריך החכם הנז' ובכל זאת לא נח ולא שקט נפתלי כי תמיד היה הולך בחמת קרי עם דודיו והיה מבקש להפר ברית השבועה החמורה ובקש למכור הבתים לאחרים ומיחו האחים הנז' באחרים הקונים באופן שאחרי כן בהחבא מכר הבתים לזבולון שהיה דר בבתים הנז' ושטף ועבר אל ארץ אחרת מבלי הגיד דבר. ועתה באים האחים הנ"ל וטוענין על זבולון שאין במקנתו כלום יען כי לא היה לנפתלי זכות בבתים כלל מחמת המתנה הקדומה הנ"ל שהיא מקויימת וגם היום העדים מעידים על המתנה ומקבלי המתנה בניהם ובנותיהם של האחים הנ"ל הגדולים שבהם תובעים זכותם והקטנים שבהם שעדיין לא באו לכלל תביעה אבותיהם תובעים בעדם זכותם וגם כשיגדלו הם יתבעו זכותם שבבתים הנז' באופן שמקנת זבולון היא בטלה מעצמה כל שכן שמלבד טענה זו כבר כתוב בחיובו של נפתלי ששעבד הבתים עצמם למוכרם לאחרים הנ"ל בקנין ושבועה וא"כ כל אפין שוין שמקנתו של זבולון היא בטלה מעצמה ואין בה מועיל כ"ש שהמתנה הקדומה היא המקויימת ושאחריה היא הבל ואין בה ממש על כל אלה ילמדנו רבינו מורה צדק הדין עם מי ומשמי חמלתו ישקיף השקפה לטובה להוציא לאור משפט זה יען כי זבולון הנז' ואנשי ביתו מרבים הכעסות נמרצות לשמעון כדי להמרות עיני כבודו והודו כל היום וכל הלילה תמיד לא יחשו מלחרחר ריב ומדון ומלהטיח דברים מרים נגד כבוד שמעון וכבוד אנשי ביתו דברים לא נתנו ליכתב ושכרו כפול מן השמים:

תשובה דברים פשוטים אני רואה כאן דכיון דהמתנה קדמה לבני גד ואשר א"כ אין לו לנפתלי כלום וא"כ זבולון הבא מכחו אין בדבריו ממש ועוד כיון דנפתלי נטל קנין

ושבועה למכור בסך אשר יגזור החכם א"כ הרי קנו האחים דהיינו הא דאמרי' בספ"ק דע"ז כדשיימי ביה תלתא וכו' וכתבו הטור בח"מ סי' ר"ו וכתב שם הרב ב"י בשם הרשב"א וז"ל אבל אם קבל מוכר שיתן בכמה שיאמר או ישום א' מן השוק או ב' מיד שמשך או שהחזיק בקרקע קנה והיינו דאמרי' התם בסמוך כדאמרי בי תלתא וכו' ולאשמועי' דאע"ג דהתם לא קנה קמא משום דלא סמכא דעתייהו היכא דתלו בשומא או באמירה דאחריני סמכא דעתייהו זה וזה אין יכולים לחזור בהם וכן הוא האמת ע"כ הרי משמע דקנה ואין יכול לחזור בו המוכר ואף ע"ג דאין כתוב בחיוב השטר שמוכרו לו מעכשיו בעד מה שיגזור החכם אלא שיתחייב למכור לא איכפת לן דהתם נמי הכי אמר ליה כשאמכרנה אמכרנה לך כפי מה שישומו אותו בי תלתא וכן כ' הטור שם בסי' הנז' ואע"ג דבנ"ד לא החזיק בקרקע ולא אמר מעכשיו וליכא אלא קנין וכתב שם הרב ב"י תשובת הרשב"א ז"ל דהיכא דקנו מידו למכור הוי קנין דברים כבר כתבתי בפסק אחר דאולי הרשב"א יודה כשכתוב בשטר שמחייב למכור ולא כ' הרשב"א ז"ל אלא דוקא כשקנו מידו שימכור ולא הזכירו לשון חיוב בשטר דלא קאי קנין אחיוב אבל היכא שהזכירו חיוב בשטר לא ומנא אמינא לה מהא דכתב הטור בסי' קנ"ז גבי היכא דנהגו הכותל מהוצא ודפנ' וז"ל וכתב הרמ"ה ז"ל ומיהו דוקא דקנו מיניה דמחייב ליתן כך וכך דדרך הודאה היא אי נמי דרך שעבוד דשעביד נפשיה להכי ולאו קנין דברים הוא אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין דברים דמצי הדר ביה ואיכא מרבוותא וכו' ע"כ הרי דדעת הרמ"ה הוא נראה לכאורה כדעת הרשב"א ומחלק בין היכא שהזכיר לשון חיוב או לא הזכיר וא"כ אם בשטר החיוב נזכר לשון חיוב ודאי דמהני:

איברא דהוקשה לי שם באותו פסק על חלוק זה מתשובת הרשב"א כתב הרב ב"י הלכות קנין סודר סי' קצ"ח ששאלוהו על מי שיצא עליו שטר שכתוב בו אתן כך וכך וכל אתן ואעשה לאו כלום הוא והשיב דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בלשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן וכו' ע"כ א"כ הכא נמי בלמכור או לקנות נימא דהקנין מתקן הענין והוי כאלו מחייב עצמו למכור או לקנות ואי לשון חיוב מהני אליבא דהרשב"א גבי מחייב למכור ליהני כשיהיה בו קנין והקנין יתקן אותו אלא משמע דאפי' שיאמר שיחייב למכור הוי קנין דברים ולא דמי לחיוב לתת דהתם הוי שמחייב המעשה של הנתינה אבל המכירה לא הוי חיוב על נתינת הקרקע אלא פועל המכירה והוא קנין דברים ועדיין צ"ע ומ"מ בין כך ובין כך

בנ"ד יצאנו מידי כל ספק שהרי כתוב בשאלה שכתוב בשטר המכירה ששעבד הבתים ואהא ודאי שפיר שייך קנין והוי דבר שיש בו ממש אשעבוד הבתים א"כ למדנו דבטענה הזאת ג"כ מלבד הראשונה זכו האחים בדינם ומה שכתוב בשאלה דבעד חלק הקטנים טוענים אבותיהם ודאי דאבותיהם יכולים לטעון דלא גרעי בניהם הסמוכים על שלחנם מיתומים שסמכו אצל בעל הבית דיכול לטעון בשבילם וכדכתב הטור בסי' ר"צ וא"כ כ"ש אביהם שיכול לטעון בעדם ולתבוע זכותם ואפילו הרמ"ה דכתב הטור בשמו בסי' הנז' דבעי שיהא הקטן בן ט' גבי יתומים שסמכו אפשר דגבי אביהם מודה דאפי' לא יהו בן ט' יכול לתבוע זכותם ואפי' אם לא יטעון אביהם זכותם חייבים ב"ד להטפל בנכסיהם וכדכתב הרב ב"י בסי' הנזכר תשו' הריטב"א על יעקב שנתן לבניו בית א' וכו' והשיב כשם. שב"ד חייבים להטפל בנכסי יתומים כך חייבים להטפל בנכסי כל אדה שאין לו מי שיטפל בהם ואפילו הוא גדול אלא דאפטרופא לדיקנני לא מוקמי' ש"מ דוקא לדיקנני הא לקטנים מוקמינן אע"פ שאינם יתומים וכו' ע"כ משמע דחייבי' ב"ד לפקח על נכסי קטנים ולהעמיד להם אפטרופס לטעון בשבילם ואגב גררא אני מודיע לשואל דאם כתוב בשטר המתנה שנתן ראובן לנכדיו בני שני בניו אין בנותיהם בכלל ולא נתן אלא לבנים ולא לבנות ואף על גב דקי"ל בפרק מי שמת גבי שולח חפצים ואומר יתנו לבני דהבנות בכלל ויתנו לבנים הראוי להם ולבנות הראוי להן שאני התם כדכ' הרא"ש טעמא דהיינו אומדים דעתו של אדם דחפץ בכבוד בנותיו שתהיינה מלובשות בכבוד וכו' אבל בא' שנתן מתנה לבני אחר דלא שייך הך טעמא ודאי דאין הבנות בכלל דאין בלשון בנים בנות וכדכתב הרא"ש ז"ל שם בכלל פ"ה וז"ל דאין הבנות בכלל בנים כדכתיב ויולד בנים ובנות וכו' וכן המרדכי בריש פרק מי שמת כתב בשם רבינו מאיר על עסק אדם שיש עדים שהתנה עם בניו הראשונים קודם שנשא אשתו השניה שכל בנים שיולדו לו ממנה ירשו חלקם בשוה להם והשיב זו אינה צריכה לפנים חדא דבת אינה בכלל בנים דתנן בנזיר הריני נזיר כשיהיה לי בן ילדה בת טומטום ואנדרוגינוס אינו נזיר ופריך בגמרא פשיטא ע"כ הרי דבין בלשון תורה בין בלשון בני אדם דהיינו נדרים אין הבת בכלל הבן וא"כ בנ"ד ודאי דאין הבנות של האחים בכלל המתנה ועוד דאפילו באומר ינתנו לבני דהבנות בכלל כתב הרמב"ם ז"ל דאם הוא דבר ראוי לבנים ולבנות ינתן לבנים וא"כ קרקע זה שראוי לשניהם ינתן לבנים ואין הבנות בכלל והוצרכתי להאריך כל זה מפני שראיתי שכתב השואל ומקבלי המתנה בניהם ובנותיהם של האחים הנ"ל ובתחלת השאלה כתב לתת במתנה גמורה בחייו לנכדיו בני שני בניו ואם לשון זה כתוב בשטר אין לבנות זכות במתנה כמו שכתב אלא שאפשר שבמתנה מפורשות הבנות ולא

דק השואל בתחלת השאלה כיון דלא איכפת ליה למאי דמבעיא ליה ומ"מ אמרתי לפרשו להתלמד במקום זה או במקום אחר:
הכלל העולה דמילי דזבולון נעשו זבל ודבריו דברי הבל:
הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה ריט

שאלה ראובן שהיה נשוי עם לאה והיו לו ב' חצרות א' ישן וא' חדש ואח"כ נשא אשה אחרת עליה בחייה ונתן לשניה חצר החדש במתנה גמורה ולאה לא נתרצית לחתום לו ואח"כ מת ראובן ולאה רצתה לגבות כתובתה ובאו ב"ד מומחים וגבו לה החצר הישן עם קצת זכות מהחצר החדש הנז' כדי להשלים סך כתובת לאה וכתבו לה שטר גובייגא מכל כל ואחר זמן מכרה השניה לשמעון חצר החדש הנזכר כפי מה שהיה כתוב בשטר המתנה הנזכרת ולא ידעה לאה מאומה שמכרה השניה זכות חצר החדש שנתנו וגבו לה ב"ד ואחר זמן מכרה לאה ג"כ ללוי החצר הישן הנז' עם כל זכיות הכתובים בשטר הגוביינא הנז' ועם אותו זכות שגבו לה ב"ד מקצת החצר החדש הנז' עתה שמעון ולוי מערערים זה על זה שמעון טוען כיון ששטר המתנה קודמת לשטר הגוביינא אין כח ביד ב"ד לעקור כח וזכות שטר המתנה אע"ג דלאה לא נתרצית לחתום לו וכל מה שכתוב בשטר המתנה לקחתי מאשה השניה ולוי טוען כיון ששטר כתובת לאה קודם אפילו לשטר כתובת השניה ולאה לא נתרצית לחתום לו ודאי דכל הקרקעות הן אחראין וערבאין לכתובת אשה הראשונה ובודאי דכיון דב"ד גבו הכתובה מהחצר הישן עם קצת זכות מהחצר החדש ודאי דהוי ידעי שפיר מה שעשו וכל מה שכתוב בשטר הגוביינא לקחתי מלאה יורנו מורנו הדין עם מי ואפילו אם החזיק שמעון שני חזקה אם הדין עמו או לא:

תשובה דברים פשוטים אני רואה כאן דודאי החצר החדש נשתעבד לכתובת אשה הראשונה ומה שמכר או נתן הבעל בלא רשות האשה לא מהני אלא עד שעת טרפא אפילו שימכור מנכסיו כדכ' הרמב"ם בסוף הלכות מכירה כ"ש אם אלו הקרקעות היו נכסי צאן ברזל מהראשונה דאם מכר בנכסי צאן ברזל איכא מאן דסבר דהמכר בטל מיד כדכתב הטור סי' צ"ט בא"ה ובין כך ובין כך כשתבא האשה לגבות כתובה טורפת ואין כאן פלוגתא כלל אלא שאין נפרעים מאותם הנכסים שהה משועבדים אם יש שם בני חורין ובנ"ד ב"ד שהגבו לאשה קצת החצר החדש לתשלום כתובתה כיון דב"ד מומחים הם חזקה ודאי שעשו הדבר על הדין ועל היושר ואלו היו שם בני חורין לא היו מגבים

לה מן החצר החדש המשועבד וכ"ת לא ידעי ב"ד שנתנו הבעל לאשה שניה במתנה והיה משועבד ולפי' הגבו ממנו אע"פ שהיו שם בני חורין לא היא דודאי כיון דאיכא שטר אית ליה קלא כדאמרי' בפרק ח"ה גבי שלש לקוחות מצטרפים וכולם בשטר משום דשטר אית ליה קלא וא"כ ודאי ידעי שהיה משועבד אלא שראו שלא היו שם בני חורין ולכך הגבו לראשונה קצת מן החצר החדש וחזקה על ב"ד מומחה שאין דבר תקלה יוצא מתחת ידו וא"כ מה שקנה שמעון מהחצר החדש מן השניה החלק שהגבו לראשונה לא קנה כלום וזכה לוי בדינו אבל אם החזיק שמעון שני חזקה בזה היה נראה לכאורה דיש מקום עיון משום דקי"ל דטוענים ללוקח וכיון שהחזיקה השניה בחצר החדש שעה א' אחר שהגבו ב"ד לראשונה והחזיק בה שמעון הקונה שלשה שנים אחריה נאמר דקנה אותו החלק השניה מן הראשו' אחר שהגבו לה ב"ד ואח"כ מכרו לשמעון דטוענין ללוקח כדכתיבנא ולא מבעיא היכא דהחזיק שמעון שני חזקה שמכרה הראשונה ללוי אלא אפילו לא שלמו ימי החזקה אלא אחר שמכרה ללוי הוי חזקה דכיון דמה שמכרה החצר החדש היה יחד עם החצר הישן הוי כמוכר כל שדותיו בשטר אחד דלא הוי מחאה כדאיתא בפרק חזקת וכתבו הטור בח"מ סי' קמ"ד וכד מעיינינן אשכחינן דלאו מילתא היא כלל חדא שהוא בא מכח שטר המתנה שנתנו לשניה וכיון דחזקה מכח שטר קא אתי דכבר הוא מודה דלא לקח אלא מחמת שטר זה בטל השטר בטלה החזקה ודמיא למאי דכתב הרב המגיד בפרק ט"ו מהלכות טוען דהיכא דהוציא שטר והחזיק ונמצא השטר מזויף הרי חזקתו בטלה והטעם דחזק' מכח שטרא קא אתי ה"ה והוא הטעם בנ"ד כיון שזה מודה דלא מכרה לו האשה השניה אלא מכח טענת שטר מתנה כיון דהמתנה נתבטלה בעלה החזקה ובר מן דין אפילו שלא יבא שמעון מכח טענת שטר המתנה מ"מ בנ"ד לא שייך לומר טענינן ללוקח משום דאשה שניה זו ירדה ברשות והיה בחצר החדש אחרי מות בעלה וכיון שמתחלה ירדה ברשות אע"פ שאח"כ הגבו לראשונה מקצת מן החצר שלה והחזיקה היא באותו המקצת שהגבו לצרתה לאו כל כמינה לומר לקחתי ממנה אע"פ שהיה לה שני חזקה וכן כתב הריב"ש בסי' שכ"ו מסורת בידינו מגדולי האחרונים ז"ל ועליהם אנו סומכים שלעולם אין חזקה מועלת אלא א"כ מתחלה ירד בתורת מקח וכו' והאריך שם וכתב ובנדון זה ג"כ לא היתה יכולה לאה לטעון חזרתי ולקחתי ממך אחר מיתת בעלי כיון שהוא מפורסם שנכנסה בבית מכח רשות בעלה וישארה בבית מכחו אחר מיתתו ע"כ א"כ בנ"ד נמי כיון שנשארה אשה זאת בבית אחר מות בעלה מכחו לא מהניא לה חזקה דגבי בן גזלן ובן אריס דמהני חזקה כתב שם הריב"ש דאיירי דלא היו שעה אחת עם אביהם בבית ונשארו שם דאי לא כן כיון

דמתחלה לא ירדו בתורת מקח לא מהני חזקתן ואע"פ דבדבר זה איכא פלוגתא אם נכנס ברשות אית ליה חזקה או לא וכדכתב הריב"ש בתשו' הוזכרה בב"י ח"מ סי' ק"ן הרי הטור שם בסי' הנז' הביא דברי הרמב"ן שהוא בעל סברא זאת שכתב שם הטור בשמו דכשירד מתחלה בתורת משכונה לא מהני חזקה ואפי' אם ידוע ששלמו ימי המשכונה לא מהני ליה חזקה והיינו משום דכשירד ברשות אין לו חזקה וכתב שם דהרא"ש ז"ל מסכים עמו וכן הוא דעת הרי"ף כדכתב הרשב"א ז"ל שם בתשובה ההיא והריב"ש כתב שהוא מסורת מגדולי האחרונים שעליהם אנו סומכים וא"כ ודאי שלהם אנו שומעים:

איברא דקשה לי קצת בדברי הטור דלפי דברי הרמב"ן שהוא בעל זאת הסברא צריך לאוקומי ההיא אוקימתא דרב יוסף דפרק חזקת דקאמר דאשת איש צריכה למחות באחר כשהחזיקה מקצת בחיי בעלה ומקצת לאחר מיתת בעלה דאיירי שלא נודע שירד בחיי בעלה וכדכ' שם הריב"ש בתשובה הנז' בשמו וא"כ הטור דכתב בסי' ק"ן דברי הרמב"ן והרא"ש אביו לא היה לו לכתוב בסי' קמ"ט ואם ירד אחר לנכסיה בחיי הבעל ומת וכו' נאמן במגו דאם היה רוצה היה טוען קניתים ממך וכו' דמפשט דבריו מוכח דאפילו שידענו שירד בחיי הבעל מהני ליה חזקה והוא נגד הרמב"ן ואביו הרא"ש ז"ל דלדידהו ע"כ צריך לאוקומי שלא ידענו אם ירד וכדכתב הריב"ש ולא היה לו לסתום נגד סברתו שכתב בסי' ק"ן מ"מ למדנו דרוב הפוסקים סבורים דהיכא דירד ברשות אין לו חזקה ועוד אפילו לא יהא אלא ספק פלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחזק' מאריה קמא ולא תהני ליה חזקה וא"כ כיון דלא מהני חזקה לאשה שניה משום שירדה ברשות ה"ה לשמעון שהוא לוקח הבא מכחה לא מהני ליה חזקתו דהא אמרי' בפרק חזקת וכתבו הטור בסי' קנ"ב דכל אלו שאין להם חזקה דבניהם יש להם חזקה היינו כשטענו אתה מכרת לי אבל טוען שירשוה אין להם חזקה ואפילו ששהו בידם כמה שנים וה"ה ודאי ללוקח דטען לקחתיה מפלוני אם אותו פלוני אין לו חזקה דלא מהני ליה אפילו ששהה בידו כמה שנים דיורש ולוקח שוים הם דכי היכי דטענינן לזה טענינן לזה וכי תימא מאי דאמרי' ירד ברשות אין לו חזקה היינו כשטוען לקחתי ממי שירד ברשותו דכיון שמתחלה ירד ברשות אין לו חזקה אבל אשה זאת אינה טוענת לקחתי ממי שירדתי ברשותו דלא ירדה אלא ברשות בעלה ואח"כ הגבו ב"ד הקרקע לראשון וטוענת לקחתי מהראשונה ומעולם לא ירדתי ברשותה לומר דאין לי חזקה דברשות בעלה ירדה והיא אינה טוענת שלקח מבעלה אלא מצרתה שלא ירדה ברשותה אלא דאחר שנעשה הקרקע שלה לקח ממנה ופנים חדשות באו לכאן וא"כ כיון שהיא היתה יכולה לטעון כך טענינן ללוקח ויש להביא קצת ראיה לזה מדברי רשב"ם ז"ל בפרק חזקת גבי אוקימתא דרב יוסף דמוקי התם באח'

שאכלה מקצת שני חזקה בחיי בעלה ושלש לאחר מיתת בעלה וכו' דצריכה האשה למחות כתב שם ולא דמי לאריס שאינו יכול לטעון לקחתיו אח"כ משום דסתם אריס אין זמן לאריסותו אלא כל הימים בחזקת אריסותו עומד וכו' וכתב בסוף דבריו כשמת הבעל הרי הוא כאלו יורד עכשיו מחדש לשדה אשה זו ע"כ א"כ לכאורה נמי נאמר בנ"ד דכיון דגבתה הראשונה כתובתה ונעשית הקרקע שלה הרי היא כאלו יורדת השניה מחדש לשדה זו ולא הויא יורדת ברשות אבל כד מעיינינן לאו מילתא היא דלא כתב רשב"ם ז"ל כן אלא משום דס"ל הפך סברת הרמב"ן שכתב הטור בסי' ק"ן דאפילו כלו ימי המשכונה דחשוב יורד ברשות ולא מהני החזקה וכן מתבאר בדבריו שכתב דשאני אריס דאין זמן לאריסותו והוא דעת הרשב"א כתבו נ"י בפ' המקבל מ"ש אבל הרמב"ן וסייעת האחרונים אית להו בהדיא דבשום גוונא לא מהני חזקה ליורד ברשות אפילו דשלמו ימי המשכונה וא"כ לדידהו נמי אפילו שגבתה הראשונה כתובתה כיון שירדה השניה מתחלה שעה א' ברשות לא מהני לה חזקה לחלק החצר החדש שנתנו לה בגבייתא וכן נראה מדברי הריב"ש שכתב דהרמב"ן מפרש ההיא דפרק חזקת דלא ידעו אם ירדה בחיי בעלה משמע דאי ירדה בחיי בעלה הוי כירד ברשות ואינו יכול לטעון לקחתי מן האשה אחרי מות בעלה ולא אמרי' דהוי כיורד מחדש לשדה האשה בעת מיתת בעלה וזה מתבאר היטב בתשו' הריב"ש יע"ש וכיון דהרמב"ן וסייעת האחרונים מסייעים ללוי הדין עמו ועוד דלא יהא אלא ספק אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא וכדכתיבנא הכלל העולה כיון דאשה זאת שניה לא מהני לה חזקתה ה"ה לשמעון הבא מכחה ואפילו שיחזיק שני חזקה לא מהני לה חזקתו וזכה לוי בדינו הנלע"ד כתבתי:. הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכ

שאלה ראובן שנפטר לבית עולמו ונשארו כל נכסי עזבונו ביד ב"ד עד אשר יבא יורש או נוחל שלו ליירשו והיורש הקרוב אליו הראוי לירש אותו הוא במלכות פורטוגאל בגיות אבל הנה פה עמנו עומדת היום אשה יהודייה לאה אחות היורש הנז' אשר בגיות מצד אביו ותובעת ואומרת כי לה משפט ירושת נכסי עזבון ראובן הנפטר הנזכר באומרה כי אחיה היורש היותר קרוב אליו אשר בגיות הוא חשוב כמת והיא היורשת האמתית לכל זכות ולכל דבר הנוגע לאחיה ילמדנו מורנו מורה צדק הדין דין אמת אם יש כח ביד האשה לאה הנזכר' להוציא הנכסים הנזכרים מיד בית דין ומאת ה' תהי משכורתו שלמה. תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפ"ק דקדושין דאמרו שם אמר רב חייא בר

אבין אמר ר' יוחנן גוי יורש את אביו דבר תורה דכתיב כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר והקשו ודילמא ישראל מומר שאני ותירצו אלא מהכא לבני לוט וכו' וכתב שם הרא"ש בפסקיו מכאן פוסקים דישראל מומר יורש את אביו מדקאמר ודילמא ישראל מומר שאני אע"ג דעשו לא ירש מאביו אלא לבניו הוריש הארץ שניתנה לו מ"מ כיון שיש לו דין ישראל להוריש לבניו אע"ג שאין הגוי מוריש לבניו וכו' ה"ה נמי דיורש את אביו וכן מסתבר וכו' ע"כ וכיוצא בזה פסק הרמב"ם ז"ל בהלכות נחלות פ"ו ונלמד מסוגיא זו כדכתב שם ה"ה וכתב שם וזה לשונו ישראל שנשתמד יורש את קרוביו הישראלים כשהיה ואם ראו ב"ד לאבד את ממונו ולקונסו שלא ירש כדי שלא לחזק ידי הרשעים הרשות בידם ואם יש לו בנים בישראל תנתן ירושת אביהם להם ע"כ וכן פסק הטור ז"ל בח"מ סי' רפ"ג עוד כתב שם שאלה להרא"ש ז"ל מומר שנתן הירושה וכו' והשיב הנה כתב ה"ר יהודה בספר הדינין תשובה אחת לרבינו משולם שמומר אינו יורש את אביו וכו' ונ"ל דקרא אסמכתא בעלמא הוא וכו' אבל קנס הוא שקנסו חכמים ואסמכוהו אקרא וכיון שאינו יורשו מיד כשמת אבי המומר זכתה בת המומר וכו' ע"כ נראה מאות' תשו' דמומר אינו יורש את אביו משום תקנת חכמים ואינו חולק על מה שכ' בפסקיו כמ"ש שם הרב ב"י ז"ל דבפסקיו איירי לענין הדין ושם כתב מן התקנה ואע"ג דבפסקיו לא הזכיר כלל מהתקנה אפשר דעדיין לא ראה התשובה של רבינו משולם וכמו שכתב הרב ר' דוד כהן בפסקיו בית כ"ח נמצינו למדין דלדעת הרמב"ם ז"ל בין מן הדין של תורה בין מדין חכמים מומר יורש את אביו אלא א"כ נראה לב"ד לאבד את ממונו ולהרא"ש מכח התקנה אינו יורש את אביו ולסברת הרמב"ם ז"ל הסכים ראבי"ה הוזכרה סברתו בדברי המרדכי בפ"ק דקדושין ויש כאן דעת שלישי הוזכר שם בדברי המרדכי וז"ל פסק מר רב צדק גאון דמומר אינו יורש את אביו והא דפריך הכא לר' יוחנן דילמא ישראל מומר שאני ה"פ דילמא ישראל מומר מוריש לבניו דעשו היה מומר והוריש לבניו את הר שעיר וכו' וכן פסק ר"ח ולראבי"ה נראה כמו שמוריש לבניו הכי נמי יורש את אביו דאף ע"פ שחטא ישראל הוא אך יש כח ביד חכמים להפקיע ממונו דהפקר ב"ד הפקר וכו' ע"כ נראה מכאן דלגאון ור"ח מומר אינו יורש את אביו דבר תורה דאי מאי דקאמרי דאינו יורש הוא מן התקנה כדכתב הרא"ש א"כ מה הוקשה להם מדברי התלמוד שהקשו ודילמא ישראל מומר שאני וכו' הא דברי התלמוד אינם אלא מדין תורה כדמוכח בגמרא והם אמרו דאינו יורש מן התקנה אלא ודאי דמאי דקאמרי הוא דאינו יורש מדין תורה וכן כתב הרב ר' דוד כהן בבית כ"ח וכן כתב בעל תרומת הדשן בסי' שמ"ה יעו"ש ויש לפת טעם לסברתם ולומר דיצא להם דאינו יורש מדין תורה משום מאי דכתב הרא"ש

בתשובה הנז' כלל י"ז וז"ל הנה כתב רבינו יהודה הכהן בספר הדינים תשובה אחת לרבינו משולם בן רבינו קלונימוס שמומר אינו יורש את אביו וז"ל כי אשתמד לא אקרי זרעיה ולא ירית ליה לאבוה כדכתיב להיות לך לאלהים ולזרעך אחריך וגו' וכתיב ביום ההוא כרת ה' את אברם ברית לאמר לזרעך נתתי מי שזרעו מיוחס אחריו יצא מומר שאין זרעו מיוחס אחריו ע"כ:

והגם כי הרא"ש כתב שם דהך דרשא הוי אסמכתא ועיקר קרא לא אתא אלא לדרשא דסוף פרק נושאין על האנוסה דעשרה כהנים שפי' א' מהן ובעל וכו' מ"מ נראה מדברי הגאון ור"ח דסבירא להו דדרשא גמורה הוי ומהך קרא נפקא להו דאינו יורש את אביו דבר תורה ולסברתם הסכים רבינו גרשום מאור הגולה כדכתוב בהגהות אשר"י פרק יש נוחלין:

איברא דתמיהא לי טובא במה שכתב המרדכי שם ונראה לראבי"ה דאפילו לדברי גאון נראה דהאב יורש בנו המומר דאמאי אקנסיה לאב וכו' משמע דסבירא ליה דטעמא דגאון הוא משום קנסא ומדרבנן והא ליתא כמו שהוכחתי דא"כ מאי קשיא ליה דברי התלמוד וכמו שהוכיח הרד"ך ז"ל בבית הנז' אלא ודאי דהם סוברים דמדין תורה אינו יורש והטעם הוא מן הפסוק הנז' וכיון שכן מה לי אב לבן מה לי בן לאב ודבריו צל"ע מ"מ למדנו מדברי הגאון ורגמ"ה ור"ח דמדין תורה אינו יורש את אביו ומה שאמרו בגמרא ודילמא מומר שאני כבר פירשו הם דהכוונה להקשות על מה שהביא ראיה דהגוי יורש את אביו דבר תורה מדעשו הוריש לבניו ולהכי מקשה דנהי דעשו יוריש לבניו נכסיו שהוא הר שעיר שנתנו לו מפני שהוא מומר אבל גוי אינו יכול להורישו את בנו אבל לעולם דמומר אינו יורש את אביו דבר תורה נמצאו ג' מחלוקות בדבר הא' דעת הרמב"ם וראבי"ה ז"ל דסוברים דיורש אפי' מדין חכמים. הב' דעת גאון ור"ח ורגמ"ה הפך לזה דאינו יורש דבר תורה. הג' דעת ממוצע והוא דעת הרא"ש ז"ל דמדין תורה יורש ומדין חכמים אינו יורש ולכאורה בנ"ד לפי דעת הרא"ש וכן דעת הגאון היורש אשר בניות אינו יורש לראובן וא"כ הדין הוא שאחותו תירשנו ולדעת הרמב"ם וראבי"ה הוא יורש אלא שהדבר תלוי בעיני ב"ד אם יראה להם לאבד ממונו אמנם יש פנים לומר דאפילו לדעת הרא"ש הוא יורש דע"כ לא קאמר הרא"ש אלא במומר לרצונו אבל הני אנוסים שבמלכות פורטוגאל לא קנסינן להו ויש ללמד עליהם זכות מההיא דכתב הריב"ש בתשובה סימן י"א וז"ל ויש אחרים שהיו יוצאים בלב שלם ובנפש חפצה מן השמד אלא שאין יכול' בידם כי לא יספיק אשר בידם אל ההוצאות המרובות שיש להם לעשות להוציא עצמם ונשיהם ובניהם וטפם ואולי יספיק להם להוציא עצמם אבל יראים פן בהניחם אנשי

ביתם יתערבו בגוים וילמדו וכו' ואלה אף אם לפי האמת כל שאפשר להם להציל וכו' עם כל זה נראה לומר שאינם פסולים להעיד שהרי אינם חושבים לעשות עבירה בעכבתם וכו' ע"כ וא"כ אין ראוי לקנוס אותם ולהוציא מהם הירוש' המגיע להם מדין תורה דאולי טועים ודמיא לסבתא ותרין בנתין שכתב הרא"ש בכלל ל"ב והביאה הטור בסימן רפ"ה דאע"ג דנשתמדו בשביה המטלטלין יבררו להם בית דין אדם נאמן כל ימי חייהם ואחרי מותו יחלקו בין היורשים וכו' משמע דכל דנשתמדו לאונסם לא דיינינן להו כמומרים. ועוד שהרב בעל תרומת הדשן בסימן שמ"ט הסכים דעת הרא"ש והרמב"ם ואמר דמאי דקאמר הרא"ש במומר שנראה לב"ד לקונסו מפני דמידק אדיק בע"ז טובא ולכך קאמר הרא"ש דאינו יורש משום תקנת אבל מומר דיש בטחון שיחזור בתשובה לעולם אין מפקיעין ירושתו וכדברי הרמב"ם א"כ נראה דבנדון דידן לדעת הרא"ש ז"ל גם כן לא קנסינן להו אך אמנה נראה דאדרבה אמרינן לאידך גיסא דאפי' לדעת הרמב"ם וראבי"ה קנסינן להו וכמו שכתב הרד"ך שם בבית הנז' בנדון כי הך דנדון דידן דאפילו הרמב"ם וראבי"ה יודו דאינו יורש משום דהרי הם אמרו דאם יראה לב"ד לקונסו כדי שלא לחזק ידי הרשעים הרשות בידם ואין לך מחזק ידי הרשעים גדול מזה שהוא מחשב ואומר מה לי ללכת למ"ה לחזור לעבודת האל ית' אי משום שלא תפקיע הירושה ממני אעמוד ברשעתי וכו' והאריך עוד שם וכתב שם וז"ל אבל האנוסים שבספרד ופורטוגאל ושאר ארצות שנאנסו בשעת השמד כבר ידוע ומפורסם שחוקרים ודורשים אחריהם ופשיטא שהולכים ומשתחוים לע"ז מצד פחדם ובידם לצאת מהפחד ההוא ולבא תחת ממשלת אדוננו יר"ה ולחזור בתשובה כאשר שבו רבים מהם וכו' ועוד האריך יעויין שם הרי מבואר הסכים הרב שם באותה התשובה שאליבא דכ"ע ינתן ליורש אשר בכאן ביהודית וידחה היורש שבפורטוגאל וכן הרב הגדול מהריב"ל ז"ל בפסקיו הראשונים דף נ"ח כתב וכבר ידענו וראינו כמה כתבים ועדויות שכל גדולי שאלוניקי קדושים אשר בארץ המה ואדירים אשר בחיים חייתם נתקבצו והורו הלכה למעשה שכל אשה אשר תבא מפורטוגאל או קאשטיליא אין אנו חוששין לקדושין ולא חלקו בין אותם שנאנסו לבניהם אשר קמו אחריהם אחר שגם הם נתעכבו שמה וכו' ורואים חבריהם באים למלכות תוגרמה לחסות תחת כנפי השכינה והמה מתעכבים שמה וכו' אם כן נראה דהני אנוסים ודאי דראוי לקונסם אפילו להרמב"ם וראבי"ה ז"ל וכדכתב הרד"ך ואפילו הרב בעל תרומת הדשן לא כתב אלא בנדון דידיה שהם ילדים קטנים שנאנסו בקטנותם ולהכי יש ספק אולי יתעורר רוחם כשיהיו בני הבנה יפה כדכתב שם אבל אם זה הקרוב של ראובן הוא גדול שהיה יכול לבא ולא לחסות תחת כנפי השכינ' ודאי דראוי לקונסו:

איברא דאיכא למישדי נרגא בכל מאי דכתיבנא ולומר אפי' נימא הכי דהמומר אינו יורש לא מדין תורה ולא מן התקנה מ"מ מי יודע אם יש לקרוב ראובן אשר הוא כעת בגוית בנים קטנים שאותם הבנים כשיגדלו ויהיו בני הבנה יבאו לחסות תחת כנפי השכינה דכל זמן שלא גדלו אין בהם עון אשר חטא וכמו שכתב הרד"ך בבית עשירי וז"ל ולענין בניהם הבאים אחריהם מילתא דפשיטא היא דכשנתגדלו אפילו שעה אחת ולא יצאו דמזידים הם כאביהם וכו' משמע דכל זמן שלא נתגדלו אין בהם עון אשר חטא וא"כ אפילו לדעת דאין המומר יורש נמתין לדעת אולי יש לו בנים קטנים לקרוב הזה ולהם מגיע הירושה וכי תימא כיון שסלקנו הירושה מן המומר א"כ תחזור ליורש הקרוב יותר למוריש שהוא אחות הקרוב הנז' שהיא קרובה למוריש יותר מבני הקרוב וראיה לזה מאי דכתב בעל תרומת הדשן בסימן שמיט אמנם נראה דאין לומר הכי די"ל דהרמב"ם ואשר"י סבירא להו דמדינא יש לקנוס כל המומרים מיד כשעומדים ברשעתם וכו' והעלה שם דאין ראוי לתקן לעכב הממון בעד היורש המומר אלא כדי שיחזור הוא בתשובה אבל אם מת ודאי שיחזור ליורשי המוריש ולא ליורשיו דלא קפדי' בעבור יורשים וא"כ בנ"ד נמי אחר שסלקנו לקרוב זה מן הירושה תחזור הירושה לקרוביו של מוריש היותר קרובים לו שהיא אחותו הא ודאי לא מילתא היא דאותן הדברים האמורים שם בתרומת הדשן לא יהיו כנדון דידן כנראה לכאור' דאיכא למידק על פשט דבריו דא"כ למה כתב הרא"ש שתירש בת המומר הא כיון שסלקנו המומר מן הירושה סלקנו את בתו הבא מכחו ותחזור הירושה לאחי אבי המת וכן קשה בדברי הרמב"ם שכתב שאם היו לו בנים למומר שיתנו לו ירושתו והא כיון שסלקנו אותו מירושתו נסתלקו בניו הבאים מכחו א"ו כוונת דברי הרב הנז' כך הם דדוקא בנדון דידיה שהוא ראובן ואשתו שנהרגו והיו לו ילדים קטנים ולקחום הגוים והעבירום על דתם ומת אבי אמם ובא האח לירש את אחיו ובא שמעון אחי ראובן ואומר שירושה זו נוגע לבני ראובן אחיו המומרים וכשימותו הוא ירשם אז ודאי נאמר דכשסלקנו הירושה מהבנים נסתלק משמעון והטעם דהירושה בא לו מבני אחיו דאם לא היו בעולם בעת מיתת המוריש שהוא אבי אמם היה יורש אחיו של אבי אמם וא"כ אם חשבינן להו כמאן דלתנהו אין מגיע לשמעון ירושה אבל בנדון דידן אפילו חשבינן למומר כמאן דליתיה והיה מת כשמת המוריש מ"מ בניו היו יורשים למוריש א"כ אין הירושה באה ממנו ובההיא דבעל שנשתמדה אשתו שהקשה שם הרב בעל תרומת הדשן הוי כנדון דידיה דאם היה מתה אשתו בשעת מיתת המוריש לא היה הוא יורש כלום אבל נדון דידן שנא ושנא כדכתיבנא. א"כ נראה לכאורה דנפל פיתא בבירא וראוי לחוש אם יש לקרוב זה בנים קטנים ואולי כשיגדלו

יחזרו בתשובה כדכתיבנא הא נמי לאו מילתא היא כלל דהרי כתב שם הרב בסוף אותה תשובה דכיון דהך יורש לפנינו ואין ידוע לנו שום קרוב ראוי לירש יותר ממנו אין לחוש אולי יש בנים קטנים אחרים דהוי ספק ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי והאריך שם בטוב טעם ודעת הכלל דלכלהו רבוותא נראה דראוי לתת הירושה לאחותו של הקרוב אשר בגיות ואפילו שנאמר שיהא פלוגתא דרבוותא והרמב"ם וראבי"ה והרא"ש ז"ל מסייעים ליורש כיון דהגאון ורגמ"ה ור"ח אומרים דאין ראוי לירש הוה ליה הך אחות ודאי והוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכמו שכתב שם הרד"ך ז"ל באותה תשובה והביא ראיה מההיא דפרק נושאין על האנוסה דאין ידוע אם בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון דכל אחד מבני האבות דוחים אותו משום דהם ודאי והוא ספק:

ואיברא דהך ראיה קשיא לי עלה דשאני התם דאפילו לדברי הספק הם יורשים ודאים ולכך הוי ודאי וספק אבל בנדון דידן לפי דברי הספק אין הבת יורשת כלל אלא אי דמיא הא דמי להההיא דכתב הרב בעל תרומת הדשן דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דכתב שם הרא"ש דאם מת הסבא הוי היבם ודאי והספק ספק אף עפ"י דלפי דברי הספק אין ליבם כלום מ"מ כיון שהוא יורש ודאי שהוא אחיו נקרא ודאי והוי ספק וידחה הספק והך נמי דכוותא היא:

ואחרי כותבי את כל אלה אמרתי להשיב על הקושיא אשר הוקשה בעיני הרבנים בעל ת"ה והרב הכהן הנז' והרב מהרי"ק ז"ל מסתירת מה שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו דמומר יורש דבר תורה ולא הזכיר כלל שמתקנת חכמים אינו יורש ובתשובה כ' שמתקנת חכמים אינו יורש ונ"ל להשיב דודאי כל כמה דאנו יכולי' להעמיד הנחל' בחזקתה מוקמינן וא"כ במומר אמרי' דיורש ולא סמכי' אתשובה דר' משולם לעקור הנחלה מחזקתה ולכך סתם הרא"ש בפסקיו ואמר דיורש דבר תורה אבל בתשוב' דמיירי שנתן המומר מתנה לאמו סמכינן אתשובה דרבינו משולם דאמר דאינו יורש כדי שמתנתו לא יהיה מתנה ועם זה תירש בתו ותעמוד הנחלה בחזקתה וזהו שכתב ז"ל בסוף התשובה וכל טצדקי דמצי' למעבד ביהודית ובגיות וכו' כלומר בין שיהיה יהודי או מומר לעולם אנו עושים להעמיד הנחלה בחזקתה ולהכי סמכינן אתשובה דרבינו משולם אע"ג דמן הדין לא היה לנו לסמוך וזה נ"ל מוכרח ופשוט בלשונו ותמהתי מאד מאד מהרבנים הנז' אחרי ראותם סוף התשו' איך הוקשה בעיניהם קושיא זאת יצא לנו מכל זה דהדין עם האחות היהודית ולה יתנו הירושה ודוקא הוא כשאחות הזאת היא קרובה של מוריש כגון שהיא ואחיה בני אחי אבי המוריש או קרובה דומה לזו אבל אם אינה קרובה של מוריש שאחיה בן אחות אבי המוריש והיא בת אחי אחיה מן האב אז ודאי לא תירש

דלמ"ד מומר אינו יורש ודאי דלא תירש כיון דאין לו למומר מנין לה ולמ"ד יורש הרי תרומת הדשן כתב בלשון שהבאתי לעיל דאינו יורש יע"ש כך נראה לע"ד החלושה:
הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכא

שאלה שפחת ראובן שנמצאו בידה נכסי' רבים וטוען ראובן שהממון והנכסים הם שלו ושמנכסיו גנבתם ממנו והיא טוענת ואומרת שלהד"ם שלא גנבה כלום מממונו ומנכסיו רק שאלו הנכסים היו בידה מקדמת דנא קודם שיקנה הוא אותה לשפחה וקודם שתצא היא מבית אדוניה הראשון והן אמת שמה שקנה עבד קנה רבו אמנם יורנו מורנו אם זה יובן גם בנכסים שהיו בידה מקודם שתצא מאדוניה הראשון או קודם בואה לרשותו של ראובן ואם יתברר הדבר בדבריה שאלו הנכסים היו בידה מקודם אם יש לראובן זכות באלו הנכסים או לא ושכר האדון כפול מאת ה' מן השמים:
תשובה נראה לי ודאי דמאי דאמרו מה שקנה עבד קנה רבו הוא אפילו הנכסים שקנה קודם שהיה עבדו דאם גוי שיש לו נכסים מכר עצמו לישראל בעבד כנעני כל נכסיו ג"כ קנויים לו וראיה לדבר זה דבפ"ק דקדושין אמרינן על מתניתין דובלבד שיהיה הכסף משל אחרים נימא בהא קמפלגי דר' מאיר סבר אין קנין לעבד בלא רבו ואין קנין לאשה בלא בעלה ופרש"י ז"ל קנין אשה ובעלה וכו' וכי היכי דפליגי לענין מתנה בעבד איכא למשמע דהוא הדין באשה ע"כ משמע דעבד ואשה כי הדדי נינהו והתוספות כתבו שם בד"ה ורבי אליעזר אומר כל כי האי גוונא וכו' דאין ההשואה מאשה לעבד לגמרי אלא דמאי דאית ליה באשה לבעל לאכול הפירות בלבד אית ליה לאדון בעבד לגוף ולפירות וא"כ כיון דבאשה כל נכסיה שהיו לה קודם שנשאת זכה הבעל בהן לאכול הפירות ה"ה בעבד שזכה כשקנאו בגוף ופירות כיון דאמרי' דכי הדדי נינהו ואדרבה יש עדיפות לאדון בעבד מבעל באשה דאדון שנתן מתנה לעבד לא קנה ובעל שנתן מתנה לאשתו קנתה כדכתב הר"ן ז"ל ועוד ראיה דאי אמרת דהנכסים שקנה קודם שהיה עבד הם שלו ולא זכה בהן האדון א"כ היכי קאמר רבי מאיר דבכסף על ידי עצמו לא הא משכחת לה ע"י עצמו בכי האי גוונא כגון גוי שנמכר לישראל לעבד כנעני והיו לו נכסים שלא זכה בנכסיו ומהך טעמא הכריח הריטב"א ז"ל בחדושיו דהיכא שזוכה האדון לעבד ע"י אחר לא קנה העבד דאם כן משכחת לה ע"י עצמו אליבא דרבי מאיר והיינו כי הכרח דידן ואע"ג דהמרדכי בפ"ק דקדושין כתב בשם רבינו אלחנן דבמזכה ע"י אחר מהניא בעבד כמו באשה ולא חייש להאי הכרח מ"מ משמע דאית ליה דעבד ואשה שוין וכי היכי

דבאשה הוי דינא דזכה הבעל בנכסים שקודם לכן ה"ה בעבד זכה האדון כדכתיבנא: ועוד קצת ראיה מההיא דפסחים פרק האשה גבי האומר לעבדו צא ושחוט עלי את הפסח וכו' דהקשו שם מה שקנה עבד קנה רבו ומאי קושיא נימא מהנכסים שהיו לו קודם שהיה עבד אלא משמע ודאי דבכל הנכסים שהיו לו קודם שקנאו זכה ג"כ וכן כתב הריטב"א ז"ל בחדושיו בפ"ק דקדושין וז"ל תני רבי מאיר ע"י אחרים אין ע"י עצמו לא דליכא שום אנפא שיצא ע"י עצמו וכן מוכיח מדברי התוספות דפ"ק דקדושין שרצה לישב בדבור המתחיל ורבי אליעזר וכו' דלרבי מאיר לא משכחת שום אנפא דעל ידי עצמו יעויין שם וא"כ בנ"ד אם זאת השפחה נתברר בעדים שהיה בידה מקודם שקנאה האדון השני הכל הוא מאדון הראשון ובודאי שחייב להחזיר לאדון ראשון שגזל הוא בידה ואם מחל לה האדון הראשון ודאי שקנה שני דיד עבד כיד רבו אבל אם אמר העבד ניתן לי על מנת שאצא בהן לחרות בזה איכא פלוגתא דרבוותא אי נאמן או לא דבפ"ב דהלכות מלוה כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל הרב שלוה מעבדו ואח"כ שחררו או לוה מאשתו ואח"כ גרשה אין להן עליו כלים שכל מה שקנה עבד קנה רבו וכל המעות שיד אשה בחזקת בעלה אלא אם תביא ראיה שהיא מנדונייתה ע"כ וכיוצא בזה כתב פרק כ"ב מהלכות אישות איברא דאיכא לאתמוהי טובא דנראה דבריו סותרות דבפרק כ"ב מהלכות אישות כתב ואם אמרה ע"מ כן נתנו לי ע"מ שלא יהיה לבעלי רשות בהם אלא אעשה בהם כל מה שארצה עליה להביא ראיה שכל ממון שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד שתביא ראיה ע"כ וא"כ כיון דהכל בחזקת נ"מ למה כתב בהלכות מלוה ולוה שלא ישלם לאשה מפני שהנכסים הם בחזקת הבעל לגמרי אלא בנכסי מלוג וכיון שגרשה ישלם לה. ואם נפשך לומר דמ"ש וכל המעות שביד האשה לאו דוקא בידה ממש אלא רוצה לומר שבא מידה ועתה הוציאם מידה ונתנם לבעל וכיון דהם ביד הבעל אמרינן דהם שלו לגמרי ומחלק רבינו בין תפס ללא תפס וכדכתב ה"ה וכדעת שאר המפרשים ז"ל זה אי אפשר חדא דמדברי ה"ה משמע דאין חלוק זה לדעת רבינו אלא לדעת המפרשים ועוד דא"כ איך כתב הרב המגיד בפ"ב מהלכות מלוה ובזה חלוק רבינו ז"ל כמ"ש כאן וכן בפרק ז' מהלכות שאלה כתב דממה שכ' כאן נרא' דעת רבינו דאין האשה נאמנת לומר ניתן לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהן דלפי מ"ש הך ביד האשה לאו דוקא אלא טעמא מפני שהוציאם מידה א"כ אין מכאן ראיה לכשיהיו בידה שלא תהיה נאמנת לכך היה נראה לומר דודאי הכא איירי שאמר ניתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהן וכו' וכן בעבד דאי לא היכי לוה מעבדו הא כל מה שקנה עבד קנה רבו אלא שאמר העבד ניתן לי ע"מ שאצא בו לחרות ומ"מ אינם נאמנים לא העבד ולא

האשה ומשום דנתן טעם רבינו דכל המעות שביד האשה וכו' ונפקא ליה להרב המגיד כן דמדקאמר שביד האשה משמע דאין הטעם שלו מפני שתפס אלא שאפילו ביד האשה אינה נאמנת לומר כך אלא הם שלו לגמרי ומה שאמר רבינו בפרק כ"ב מהלכות אישות שהוא בחזקת נ"מ הוא כשהיא שותקת או כשאומרת במתנה נתנו לי אבל כשאומרת ניתנו ע"מ שאין לבעלי וכו' כיון דודאי משקרת בהא דחזקה דלא נתנו לה. ע"מ כך לא מהימנינן לה והוי שלו לגמרי ומשום דמשקרה גרעו כחה זה היה נר' לתרץ אבל כד מעיינת בה לא משמע זה מהלשון האמור בפרק כ"ב דאישות וגם מצד הענין הוא רחוק והדבר צריך תלמוד וצריך לעיין מ"מ למדנו דהוא מחלוקת בין הרמב"ם ושאר הפוסקים ז"ל אי נאמנת האשה לומר ניתן לי במתנה ע"מ שאין לבעלי וכו' וה"ה בעבד וא"כ בנ"ד השפחה אם אמרה ניתן לי ע"מ שאצא לחרות הוי ספקא דפלוגתא דרבוותא אי נאמנת ואין מוציאין מידה דזוזי היכא דקיימו לוקמו וכן אם תאמר ניתן לי ע"מ שאין לאדוני רשות בהם להרמב"ן והרמ"ה והרי"ט ורבינו שמואל הלוי ז"ל דפסקו כשמואל וכרבנן וכדכתב הריב"ש בסימן רט"ו גבי אשה דנאמנת אפשר דה"ה לעבד אע"ג דהתוספות מחלקים בין עבד לאשה בדבור שכתבתי לעיל:

הכלל העולה בנ"ד דמה שקנתה השפחה אפי' קודם שקנאה קנה האדון שלה ואם גנבתו מאדוניה הראשון יחזרו לאדוניה הראשון דהוא שלו ואם מחל לה אדוניה הראשון הוא של אדון השני ואפי' גוי שיש לו נכסים ומכר עצמו לישראל בעבד כנעני כל הנכסי' שהיו לו מקודם שקנאו הם מאדוניו ואם יאמר ניתן לי ע"מ שאצא בהם לחרות הוי ספקא דרבוותא ונאמן דזוזי היכא דקיימו לוקמו ואפשר דהוא הדין אם יאמר ע"מ שאין לאדוני רשות בהם לדעת קצת כדכתבתי זה נלע"ד:

הקטון חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכב

סיני ועוקר הרים המאיר לארץ ולדרים המגביהי לשבת במושב זקנים או עם שרים להאיר העם ההולכים בחשך ארח לצדיק משרים ספרא וסייפא וחרבו שלופה במלחמתה של תורה זה ישפיל וזה ירים על התורה ועל העבודה מדבר בצדקה כל פסקא דלא פסקיה משה אנן לא פסקינן ליה משה אמת ותורתו אמת הלא הוא החכם השלם כה"ר נר"ו ראה ראיתי השאלה ערוכה בכל ושמורה על אודות ראובן אשר בתוגרמה יש לו איש נאמן במקום אחר מסדר ענייניו ועשה לחשבונו קאמביו עם לוי בבטחון סחורות שהיה שולח לראובן כדי שיהיו בידו עד אשר יתפרע מלוי ולוי עכבוהו שם ובאה הסחורה ליד

ראובן והוא לסבת אימת שרי העיר שלחו ליד שמעון בעיר אחרת קודם הגע' זמן הפרעון שקצב לוי בשטר לפרעו ונשרפו הסחורות ביד שמעון ונמצאו ראובן ולוי תובעים זה לזה ראובן אומר ללוי פרע לי חובי כי הסחורה ברשותך כי כבר עבר זמן הפרעון ועוד שהרי נאנסה ופטור אני ולוי אומר לו תן לי המותר מן הסחורה שהיה נשאר ממה שהייתי חייב לך כי ברשותך נאבדה שאתה פשעת שאתה שומר שמסר לשומר ופסק כבודך שהדין עם ראובן ושיפרע לוי כל החוב לו משלם ועתה אני בא לישא וליתן עם כ"ת כי אין דעתי מסכמת במה שמזכה כבודך לראובן שיפרע לו לוי אלא שיהיה פטור מתביעת לוי לבד ואומר דלענין פטור ראובן מתביעת לוי פשיטא לאו דינא ולאו דיינא דהוא פטור כיון שהוא אומר שאינו יודע אם המשכון שוה יותר או לא והיינו דינא דהרמב"ם ז"ל ומה שהוקשה לכ"ת מההיא דכתב הטור בסי' ע"ב גבי ראובן שמשכן משכון ביד שמעון והלך ומשכנו וכו' דמשמע התם דאמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם אינה ענין לכאן דהתם אינו משלם אלא הדינר שמודה שהיה שוה לבד מתוך שאינו יכול לישבע שנאנס אבל השאר שכופר בו ודאי שהוא פטור וישבע שאינו שוה אלא שלשה דינרים ולא יותר ומ"ש מתוך שאינו יכול לישבע הוא על הדינר שמודה לבד אבל בנ"ד שזה אומר איני יודע אם היה שוה יותר פשיטא שפטור שהרי זה אינו מודה כלל והוי כאלו אומר איני יודע אם אני חייב לך ואין צריך לחלק מה שחלק כ"ת דזה מבואר ובמחילה מכ"ת שאלו היה מפרש דברי הטור כן לא הוה קשו ליה אבל לחייב ללוי נראה לי שאין שום צד לחייבו דמאיזה טעם נחייב לו אי משום דראובן לא פשע במה ששלח לשמעון כיון שהוא נאמן לכל העולם הא ודאי לאו כלום הוא דהרי כתב הרא"ש בפסקיו אבל אי לא ידעי' דרגיל להאמין אפי' אי ידעי כולי עלמא שהוא אדם כשר וטוב יותר מן הראשון נראה דמצי למימר את מהימנת וכו' דאין לך להאמין עלי בשבועה כל מי שאין לי עסק עמו ואי משום שראובן זה רגיל לשלוח סחורותיו ביד שמעון והוי כרועה דאורחיה לממסר לברזיליה שכתב המרדכי דכל אדם שידוע שמוסר ענייניו לאדם אחר דהוי כרועה וברזיליה וכן כתב בפ' המפקיד דאע"פ שאם אין ידוע בפרטות לכל שזה מוסר לזה אלא מכח הסתם שכל אדם מוסר לשכירו ולקיטו והאי הוי שכירו ולקיטו הוי ג"כ כרועה וברזיליה ומ"ש בפרק הכונס ובפ' המפקיד הכל דבר א' ואינם ב' תנאים במחילה מכבודך אלא שבפרק הכונס ידענו אותו בידיעה פרטית ובפ' המפקיד ידענו אותו בידיעה כוללת והכל דבר א' גם זה אינו כלום דאין זה אלא כאדם שיודע שכל מה שנותנים לו נותן לאחר אשר תחתיו וכמ"ש בהגהות אשר"י היכא שידוע בודאי שהנפקד אינו רגיל לשמור הפקדון בעצמו אלא בבירור שכל פקדון שמפקיד בידו הוא מוסר לשל

תחתיו ואין משמרו בעצמו כלל הו"ל כאלו מפקיד פקדונו בעצמו ביד מי שרגיל הנפקד וכו' אבל בנ"ד אין ראובן שולח כל פקדונותיו ביד שמעון אפילו ששולח מקצת אינו כלום ולא עלה בדעת לוי זה שישלח ראובן נכסים אלו ביד שמעון אלא אדרבה כשעשה הקאמביו עם פקידו של ראובן בויניציא"ה חשב שהוא בעצמו יבא למכור הסחורות ולא נתנו בידו אדעתא שישלחם ראובן ליד שמעון ואי משום שהאונס בא אחר הגעת זמן הפרעון שהוא אחר הירידי שהיה רשות ביד ראובן למכרה בכל מקום שירצה גם זה אינו כלום דטעמא דשומר שמסר לשומר הוי משום את מהימנת לי ומי יאמר לי שנאנס הלא אין כאן עדים שנאנס זה הפקדון ואין דבר מוכיח אלא שבועתו של שמעון וא"כ יכול לומר ראובן את מהימנת לי ואין צריך לומר לאביי דסבירא ליה דטעמא משום שאין רצונו ופסק ר"ח כוותיה ומהר"ם בתשובה בפ' המפקיד כתב על זה דמספקא לא מפקינן ממונא דלדידיה אפילו איכא עדים שנאנסו ביד שמעון חייב משום דפשע מעיקרא ומבואר הוא ואי משום דלוי זה ידע אשר ששלחו ביד שמעון וכתב לו שלא יגע בסחורה והוי כההיא דכתב המרדכי שומר שמסר לשומר לפני בעל הפקדון ולא מיחה ונגנב או נאבד פסק בספר המקצועות דלישבע שני שלא פשע גם זה אינו כלום דדוקא היכא שמסרו בפניו לא הוי פשיעה כיון שהיה בפני בעל הדבר מסתמא נוחה ליה אבל כשלא היה בפני בעל הדבר ודאי דפשיעה היתה בעת ההיא אע"פ שלבסוף נתרצה לוי מ"מ בההיא שעתא פשיעה הואי דמי ידע אם נתרצו וכיון שפשע א"כ נאמר ששתיקתו של לוי אינה כלום ששתק מפני שאחריות הנכסים על ראובן שהרי פשע וכבר הרגיש כבודך בחולשת ראיה זו נמצינו למדין שודאי פשיעה גדולה שפשע ראובן במה ששלח לשמעון וכיון שכן הנכסים נשרפו באחריותו וחייב לשלם הנכסים ופטור לוי מתביעת ראובן ואי נחייב ללוי מההיא דמהר"ם ז"ל שכתב בפ' המפקיד שהיכא דאמר שאינו מקבל אחריות הוא פטור אפילו מפשיעה ומשמע מההיא ראיה דמהר"ם דאפילו פושע בידים כנ"ד דמסר לשומר דהזיק בידים מ"מ פטור דהא ראייתו מההיא דמנחות הרי זו עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה והתם הרי קטלה בידים ומ"מ פטור:

איברא דמהך טעמא היה נראה לי לחייב ללוי הגם כי דינו של מוהר"ם הוא קשה להולמו והסברא רחוקה מ"מ הואיל ונפק מפומיה דמהר"ם ז"ל ולא מצינו חולק עליו היה מספיק לחייב ללוי והגם כי הרב הגדול מורנו נר"ו חלק מנ"ד להההיא דמהר"ם דשאני נ"ד דאמר שהנכסים הולכים אחריות ים ושוללים על ראובן ולא אחריות אחר דכיון דהזכיר הולכים ר"ל בהליכה דוקא הוא זה שלא יהיה לו אלא אחריות זה ולא אחר אבל אחר שאסף הפקדון ראובן לביתו נשאר כדין כל נפקד ואין לפוטרו מדינו אם אין כאן תנאי ברור בכל

זאת מ"מ היה לבי נוקפי דהיה נראה לי דנ"ד דמי להההיא דמהר"ם והיה נראה לי טעם זה נכון לחייב ללוי אבל אח"כ מצאתי בפ' המפקיד בהגהות אשר"י שכתב בשם רבינו ברוך מרגעשפוריק דאפילו התנה שומר חנם להיות פטור מפשיעה אינו כלום וחייב ומצאתי להרב מהר"י ן' לב בראשונות שכתב בדף קנ"א וז"ל ואפשר לומר דההיא דרבינו ברוך בהגהה אתיא ככולי עלמא וכל אפין שוין דאין השומר מתנה להיות פטור מפשיעה ואפילו שהתנה אין בתנאו כלום ויכול המפקיד לתבוע ממנו משום דהוי כמתנה להזיק ולעבור על דברי תורה ובודאי דטעמא דמסתבר הוא אבל לא מצאתי דבר זה וכו' ע"כ איברא דנראה משם שהרב הנז' לא ראה הך תשובה דמהר"ם דפליג על רבינו ברוך דאלו היה רואה אותה לא היה אומר דאתיא ככולי עלמא ולא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לאפוקי ממונא משום דרבינו ברוך כיון דמהר"ם פליג עליה מ"מ אני אומר כיון דהך הוי פלוגתא דרבוותא מי זה ואיזה הוא שיוציא ממון על פי מהר"ם והלא המוחזק יכול לומר קים לי כרבינו ברוך וזוזי היכא דקיימו לוקמו ואין לחייב ללוי כלל:

איברא דמודינא לך דאפילו אם לוי הביא עדים שהנכסים היו שוים יותר מן החוב דאין לחייב לראובן מטעם פשיעה דדילמא דלא פשע ומוקמינן ממונא בחזקתיה הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכג

נדרשתי לאשר שאלני הגביר זקן ונשוא פנים כה"ר אברהם ן' יחייא ע"ד בתים אשר בחצר בית הכנסת אשר בסופיא"ה שנשרפו ונתפשרו הקהל עמו שיחזור ויבנה הבתים כחפצו ויתן השכירות מהיום ועד מאה שנה ואח"כ בנה הגביר הנז' הבתים הנזכרים ואחר עבור ימים מכר כל זכותו וכחו אשר לו לאיש אחר וקמו הקהל קדוש למחות במכירה זו מפני שאמרו שה"ר אברהם הנזכר הקדיש את הבתים והביאו עדים על כך ואלו הם העד הראשון העיד שאמר לו רבי אברהם הנזכר תנו הקרקע של הקדש בסך זה ואם מעט הוא לא תראו עמי על כך כי אפשר שבהמשך הזמן אעשה ושתק ולא אמר יותר. השני העיד שרבי ברוך גרשון ז"ל היה אז אפטרופס על הקרקע של קדש והיה מתווכח עם ה"ר אברהם יחייא ואני הייתי בפניהם ושאלתי אותם מה היה זה ושמעתי שרבי אברהם יחייא אמר לרבי ברוך גרשון ז"ל תנו לי קרקע בשכירות בעד סך ש"ע לבנים לשנה אע"פ שאחרים נותנים יותר כשאבנה אותו ואלך לצפת תוב"ב ושמא אעשה אותם קדש לק"ק ואם יקח אחר לא יעשה כל זה. הג' העיד באתי לתבוע לרבי אברהם המעות שחייב לי בעד הבשר ואמרתי לו ה"ר אברהם כבר וקצת ושבת כמה שנים יש

שאתה מקבל השכירות מהבתים למה אין אתה מקדישם והשיב בני כי בעודי בחיים חייתי אני אוכל הפירות אבל אחר שאמות קדש הם עוד קבלו ביד עדות שלא בפניו משום ששלחו אחר רבי אברהם ולא מצאו אותו וקבלו עדות שלא בפניו והם שני עדים שהעידו כל א' זה שלא בפני זה וכוונו שניהם לדבר אחד וזה לשון ה"ר משה הלוי ז"ל שאמר לרבי אברהם יחייא הייתי חפץ לקנות ביתך אמנם אני מפחד ומתיירא מהק"ק שיקחו ממני שגם אני העד שהקדשת אותם והשיב רבי אברהם הנז' כי בעודני חי אני אוכל הפירות ואחר מיתתי יעשו הק"ק מה שירצו וכמו כן העיד ה"ר דוד ברוך ושניהם העידו בתורת עדות. עוד העיד רבי משה לוי בחומרא הנז' כי רבי ברוך גרשון ז"ל ספר לי שהלך לבקר את ר' אברהם יחייא שהיה אז חולה ושאל רבי ברוך הנזכר לרבי אברהם הנזכר אם אין אתה עושה צדקה והשיב האם הבתים אינם קדש הם אך בעודני חי אני אוכל הפירות ואחר מיתתי יעשו הק"ק עמהם מה שירצו ע"כ אלו הם העדויות אשר העידו נגד ה"ר אברהם יחייא הנז' וראיתי פסק החכם השלם כמה"ר יוחנן אשכנזי שפסק שאין בכל אלו העדויות ממש לבעל זכות ה"ר אברהם הנז' וכתב שאין לבטל העדים הנז' מפני שהם נוגעים בדבר שהם מהקהל שהרי כתבו הפוסקים עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם ועל ההקדשו' ועל כל ענייניהם וכשרים אפילו לקרובים כיון שקבלום עליהם ע"כ והרב ב"י בח"מ סי' ל"ז האריך בכל זה יע"ש:

והגם כי ראיתי להרב הגדול מוהר"ר לוי ן' חביב ז"ל בתשובותיו דף רל"ד סי' קל"ד שכתב בענין אותם הב' עדים שהעידו כיון שהם מהקהל נוגעים בעדות ואינם נאמנים כי יש להם הנאה בזה שכל אנשי העיר מוטל עליהם לתת בית לעניים שביניהם וגם לעניים העוברים ממקום למקום ללון בו וכשהיה להם זה הבית מההקדש אינם צריכים בני העיר לבקש להם בית אחר והרי הם נוגעים בעדות כיון שיש להם הנאה בזה ואינם נאמנים ע"כ וכתב בסוף דבריו והאמת שהנני חפץ למלא רצון הק"ק יצ"ו אמנם בדבר שאני רואה שאין הדין עמכם לא נכון לי לכתוב כי יעלגו עלי הרואים כתבי יפטירו בשפה יניעו ראש ע"כ ולכאורה יש לתמוה על הרב הנז' דהרי כתבו הפוסקים דעכשיו נהגו להכשיר בדבר עדות של אנשי העיר מפני שאין מביאין עדים ממדינה למדינה וכמ"ש הרא"ש והרשב"א ז"ל הוזכרו בהרב ב"י בסי' הנז' וכן הריב"ש בסי' קצ"ה כתב כן בפשיטות ואיך תפס במושלם שאין העדות מועיל:

לכך עלה בדעתי לומר דאם מנהג זה היה פשוט בזמן הקדמונים אבל בזמננו אינו פשוט כל כך ואין לסמוך עליו אלא יעמוד הדבר על דין תורה ולכך לא סמך הרב מהר"ר לוי ן' חביב ז"ל על זה ועל פי זה היינו יכולים לבטל כל אלו העדויות אבל מ"מ איני סומך

על זה אחר שראיתי כל הפוסקים הראשונים כתבו זה המנהג בפשיטות וכן הריבית שהוא אחרון כתב הדבר בפשיטות ולכך אני מודה להחכם השלם כמה"ר יוחנן נר"ו שאין לזכות לרבי אברהם יחייא מזה הצד:

אבל מה שרצה לבטל עדות השני עדים ראשונים מפני שכיון שלא הוציא בפיו הקדש אף ע"פ שגמר בלבו אינו כלום והביא ראיה ממ"ש הרא"ש בתשובה הביאה הטור בח"מ סי' רי"ב דהאידנא כל הקדש שלנו חולין הוא שאין עתה הקדש לבדק הבית ואינו אלא צדקה הילכך צריך להוציא בשפתיו ע"כ וכתב שאע"פ שהרא"ש ז"ל בפ' קמא דע"ז כ' הברייתא דאין מקדישין ואין מעריכין ואין מחרימין בזמן הזה ואם הקדיש והעריך והחרים בהמה תעקר פרות כסות וכלים ירקבו וכו' לא כתב שם כן אלא כשכוונתו להקדיש לבדק הבית בפירוש אבל על הסתם סתם הקדש הוי הקדש לעניים והוי צדקה וכדכתב בתשובה הנז' דסתם הקדש בזמן הזה הכי הוא וכיון שסתם הקדש הוי לצדקה א"כ צריך שיוציא בפיו ובשפתיו ואע"פ שגמר בלבו לא סגי זהו כלל דברי החכם השלם נר"ו אע"פ שהוא האריך יותר ובמחילה מכ"ת אלו היה רואה מ"ש מוהרי"ק ז"ל בסי' קס"ה לא היה כותב כן שהוא כתב שם דהרא"ש באותה תשובה תפס שיטתו כר"י דפסק גבי תענית דצריך להוציא בשפתיו ולא סגי בקבלת הלב משום דס"ל דחולין מקדשים לא ילפי' או משום דהוי ב' כתובים הבאים כאחד אבל רבינו תם נחלק עליו ופסק דסגי בקבלת הלב וכו' וכתב שהרא"ש עצמו חזר בו בפסקיו שכתב בפ"ק דתענית סברת ר"ת ז"ל וכתב שם דוקא לענין שבועה בעינן הוצאה בכה דכל ענייני נדר ילפינן מהדדי וגם אמר בהדיא דגבי צדקה מועיל גמר בלב הפך מ"ש בתשובה והיינו בדברי ר"ת ואל תתמה אם פוסק בספרו הפך תשובות שכן תמצא גם לענין מלוה על המשכון וכו' ונחזור לדברינו דא"כ דרבינו פרץ והרא"ש בספרו וגם התוס' דע"ז ר"ל כשיטה השניה שהבאתי כולם פסקו כר"ת ראוי הוא לפסוק כמותו ולומר דלא בעינן הוצאה בפה כ"א לענין שבועה דגלי קרא לבטא בשפתים וכו' ע"כ הרי כתב שם בהדיא הרב מוהרי"ק דאין לעשות מעשה כההיא תשובה דהרא"ש דהולך שם לשיטת ר"י והרא"ש עצמו חזר בו אלא שאני תמה מאד דא"כ קשו דברי הטור אהדדי שבח"מ סי' רי"ב כתב ההיא תשובה דהרא"ש בסתמא ובהלכות תעניות בספר א"ח סי' תקס"ג כתב דברי ר"ת שכתב שם ואם היה בדעתו להתענות והרהר בלבו קבלת תענית היה אומר ר"ת דהוי שפיר קבלה אע"פ שלא הוציאו בשפתיו דהוי כמו נדר דאמרי' שאם גמר בלבו להביא עולה חייב אע"פ שלא הוציא בשפתיו וכר הרי כתב שם דברי ר"ת בלי חולק וכיון דההיא תשובה שכתב הרא"ש בח"מ היא ע"פ סברת ר"י איך כתב הטור שניהם שהם סותרים זה לזה וכל אחד כתב במקומו בסתם

ואולי מפני כן כתב באורח חיים כשכתב סברת רבינו תם היה אומר דלשון היה משמע דלפי האמת לא קאי מפני שחלקו עליו והיא סברת ר"י שכתב בח"מ ורמז במלת היה שמ"ש בח"מ הוא עיקר אבל באמת אין כל זה מספיק והדבר צ"ע ומכל מקום למדנו דליתא להההיא תשובה דהרא"ש אלא אפילו בצדקה כשגמר בלבו סגי וא"כ איני מודה להחכם השלם נר"ו לבטל אלו העדויות מזה הצד אבל מה שמבטל אותם הוא מפני הפעם האחר שכתב דאין כאן גמר בלבו דאפי העד הב' שאמר שהזכיר בדבריו שיעשה קדש לא אמר אלא שמא אעשה אותם קדש ואין זה גמר בלבו כיון שאמר שמא והוא פשוט ואין צריך לפנים והאריכות בזה מותר אבל במה שאמר העד הג' שא"ל למה אינך מקדישם והשיב כי בעודי בחיים חייתי אני אוכל הפירות אמנם אחר שאמות קדש הם משמע לכאורה דכוונתו להשיב קדש הם על הפירות דהוה משיב לשואל מפני מה אינו מקדיש הכח שיש לו דהיינו הפירות והוה כמשיב לו לומר שלאחר מיתתו יהיה קדש משמע ודאי דעל הפירות אמר והגם כי החכם השלם נר"ו פי' דבריו בפירושים רחוקים לא נעלם ממנו דאין פשט הדברים כן וכבר הרגיש עצמו בדבר שכתב ואף על גב דיש לפרש בסגנון אחר וביאורו עתה אני אוכל הפירות ולאחר מיתתי גם הפירות יהיו קדש מכל מקום כלל גדול בתורה הממע"ה שכן היה בדעתו ע"כ ובאמת שזה הסגנון שכתב הם פשט הדברים לפי דעת השומעים וכבר כתב הרשב"א בתשובה הוזכרה בב"י ח"מ סי' ע"ב וז"ל כלל גדול אמרו הממע"ה ולפיכך כל מוציא שטר ידו על התחתונה ופעמים שיד בעל השטר על העליונה בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים ולפי' מ"ש סתם ע"ד השומעים הוא בוטח שאלולי כן היל"ל לפרושי כיון שהיה יודע שסתמן של דברים הוי הפך כוונתו וכאות' שאמרו בפרק חזקת וכו' ע"כ משמע דאפילו להוציא ממון דאין פירוש הדברים אלא כפי דעת השומעים גם בנ"ד נאמר כן דודאי כוונתו לומר קדש הם אפילו הפירות ואלו היה אומר אחר מיתתי קדש הם הפירות ודאי דלא מהני וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות ערכין דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ואם אמר מה שיוציא אילן זה יהיה קדש אינו כלום וכן כתב הטור בח"מ סי' רי"ב בשם הרא"ש וכ"כ הראב"ד בהשגות בהלכות מכירה פרק כ"ב והגם כי לפי מה שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות מכירה פרק כ"ב משמע דאפילו לא אמר אקדישנו אלא יהיה קדש מהני דשאני דין הדיוט מדין הקדש וכן הבין דבריו הטור ז"ל בח"מ סימן רי"ב מ"מ כבר כתב שם הרב בית יוסף ז"ל לפרש דמ"ש דמהני הוא דוקא כשאמר אתננו להקדש או אקדישנו אבל אם אמר יהיה קדש לא מהני כדי שלא יקשה על מ"ש בפ"ו מהלכות ערכין ומ"מ בין שנאמר דפירוש דבריו בהלכות מכירה כדברי הטור או כדברי הרב ב"י

מ"מ לפי סברת הרא"ש והראב"ד והגאונים אינו מועיל כלום ויכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו אפילו שיהיו מעוט כ"ש שהן רבים וכ"כ מהר"י ן' לב בפסקיו הראשונים סימן נ"ט דף פ"ו בענין כיוצא בזה דהקדש יע"ש א"כ אם היה אומר זה אחר מיתתי קדש הם הפירות ודאי דלא מהני אבל מה שאני אומר שאין לבטל עדותו הוא מפני שאמר קדש הם סתמא וקדש הם משמע הבנין שעשה בהם שהוא שלו יהיו קדש אחר מיתה והבנין דבר שבא לעולם הוא וה"ק בחיי אני אוכל פירות מפני שבנין הבתים שלי ואחרי מותי קדש הם שאני מקדיש כל בנינם ודייקא לישניה דלא אמר ואחרי מותי הפירות קדש אלא קדש הם דמשמע דקאי על הבתים ועוד שהוא משיב לשואל שאומר לו למה אינך מקדישם דמשמע דאומר לו שיקדיש הבנין אשר לו שם שהוא מממונו ועל זה השיב שאחרי מותו יהיה כן אבל יש ללמד זכות על ה"ר אברהם ולבטל עדות זה מטעם אחר דלא אמר יהיו קדש אלא קדש הם וא"כ אינו כמקדישן עכשיו דאין זה לשון להבא דאע"ג דאמרינן בגט דהיכא דאמר בטל הוא דמשמע להבא והוי מבוטל שאני התם כדמפרש טעמא בריש השולח דבטל הוא משמע לשעבר ומשמע להבא וכי טען איניש במילתיה מילתא דמהניא ביה קאמר ולהכי אמרינן דבגט בעל הוא להבא משמע ומבוטל ובמתנה אמרינן איפכא דהיכא דאמר בטלה היא משמע לשעבר והמתנה בטלה כי היכי דליהוי דבריו קיימים דאי במתנה אמרינן דלהבא משמע לא אהנו דבריו מידי וכן בגט אי אמרינן דלשעבר משמע לא מהני אבל בנ"ד לא שייך הך טעמא משום דאפילו דנאמר לשעבר משמע לא הוי מילי דכדי דזה משיב למה ששואלין ממנו למה אין מקדישן ועל זה השיב דכבר הן קדש וכי תימא אפילו דהוי מלת' קדש הם לשעבר מ"מ הודאת בע"ד כק' עדים דמי והרי הודה על עצמו שהם קדש לאחר מיתה לזה יש לומר דהודאה בפני עד אחד איכא פלוגתא דרבוותא אי מהניא או לא וכדכתב הטור בח"מ בסימן ל"ב וסימן פ"א וכיון דזה מוחזק יכול לומר קים לי כמאן דאמר דלא הוי הודאה ואע"ג דהוי לגבי הקדש והרא"ש ז"ל פסק בההיא דש"מ שהקדיש נכסיו דסלקא בתיקו דאינו חוזר ומשמע משום חומרא דהקדש רבים חלקו עליו כמבואר בטור ט"מ סי' ר"נ ועוד דהרא"ש לא כתב שם אלא משום דאיכא טעמא דאנו באים לבטל מעשיו מכח האומדנא כדכתב שם ואע"ג דהרשב"א כתב בתשובה הביאה מהר"י קארו בסוף הלכות צדקה דבהך בעיא דש"מ כיון דהוי תיקו דאסורא יש פוסקים לקולא ויש פוסקים לחומרא טוב הדבר שישאל השואל על הקדשו דיש שאלה בהקדש לרווחא דמילתא אמר כן אבל ודאי אם לא שאל על נדרו אין מוציאין ממנו בשביל כך ואם כן בנ"ד אף ע"ג דהוי לגבי הקדש היה אפשר לומר דקדש הם לשעבר משמע והודאה בפני עד לאו כלום הוא ומה גם כי אפשר כי מה

שאמר לעד היה מפני הבושה שביישו מפני מה אינו מקדישם אחר שהוא זקן ואעפ"י שאין הדבר כן דחהו בדברים אבל בלאו הכי ודאי דהדין עם ה"ר אברהם מפני שאין כאן אלא עד א' ואפילו שיודה שזה העד הוא עד ברור כי השני עדים שאמרו שיעשו הקהל מה שירצו אחר מותו פשיטא ופשיטא דאין בכאן גילוי קדש כלל וא"כ אפשר דכוונתו לומר שאחריו יעשו הקהל מה שירצו ואין מי שימחה בידם אחר שימות וכמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו ור' משה הלוי שהעיד בשם ר' ברוך גרשון אעפ"י שהזכיר מלת קדש שאמר האם הבתים אינם קדש הוא עד מפי עד ואעפ"י שנהגו להכשיר נוגעים בעדות היינו מפני שאי אפשר בענין אחר שלא יצטרכו להביא עדים ממדינה למדינה אבל לא נהגו להכשיר עד מפי עד ועוד שאמר דבריו בלשון תימא האם הבתים אינם קדש כלו' איך תאמר שאינם קדש והרי כיון שהקהל יכולים לעשות מה שירצו אחר שימות הוא כקדש מפני שאין מוחה בידם שיכלו לעשות מה שירצו ואינו מזכיר בעדות זה שהוא עושה אותם קדש ומה גם שהוא עד מפי עד כדכתיבנא. ומ"ש ר' משה לוי בעדות הראשון שאמ' לר' אברהם אני העד שהקדשת אותם אין כוונתו לומר ששמע מפי ר' אברהם שעשאם קדש אלא כוונתו על מה שהעיד אחרי כן ששמע מר' ברוך גרשון וכמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו והכרח הוא לומר כן דאם הוא שמע מפיו למה לא העיד כן בב"ד ששמ' שהקדיש ומה לו להעיד שאמר לר' אברהם והוא השיב לו שיעשו הקהל מה שירצו אחרי מיתתו ועוד למה הוצרך להעיד משמע מר' ברוך גרשון שא"ל ולמה לא העיד שהוא שמע כן אלא ודאי הדברים מוכיחים שעל מה שהעיד אחר כן בשם ר' ברוך גרשון אמר כן:

ועוד שקבלו כל אלו העדיות שלא בפניו ואעפ"י ששלחו אחריו ולא מצאוהו היה להם להמתין שימצאוהו אלא שבזה י"ל אולי היו רוצים העדים לילך חוץ לעיר ולכך קבלוהו ומ"מ בין כך ובין כך מכח הטענות האמורו' זכה ה"ר אברהם בדינו שיכול למכור הבתים עד מאה שנה כמו שקנה הוא מהקהל לכל מי שירצה: ולהיות כי בנדון זה ששאלו ממנו שאלה זו קודם ששאל לי ה"ר אברהם הנז' והציגו השאלה לפני שעשה ה"ר אברהם שטר מכירה לקהל כהלכתו ועתה טוען ה"ר אברהם שהוא אנוס אשיב גם לזה ואומר דהדין פשוט שאם היה אנוס ומסר מודע' על המכר דאין מכירתו מכירה אבל אם ידענו באונסו ולא מסר מודעא בזה יש לדון ולומר דאע"ג דקיי"ל תליוה וזבין זביני זביני יש מהפוס' שכתבו דדוקא היכא שנתן לו כל שויו וכדכתב הרב ב"י בסימן ר"ה ודקדק כן מדברי רשב"ם דאמר ולא מפסיד מידי וכיון שה"ר אברהם הוא מוחזק דהיה מושכר בידו מעיקרא ונפל לנו הספק אם מכירתו מכירה או לא וא"כ אעפ"י שגוף הקרקע

שלהם מ"מ שכירות הקרקע בחזקתו ויכול לומר קים לי כמ"ד דצריך שיתן כל שויו ואין מכירתי מכירה ואף על גב דנדון דידן הוי שכירות קרקע וקי"ל דאין אונאה לקרקעות ולא לשכירות קרקע וכדכתב הטור בסימן רל"ז והיינו טעמא דר' יונה דמודה בקרקעות וכמ"ש העור בסימן ר"ה בשמו ורשב"ם שאמר ולא מפסיד מידי אפשר דלאו בקרקעות קאמר מ"מ הריטב"א שכתב נ"י בשמו וכן הרנב"ר שנטה לדעתו בקרקע איירי אעפ"י שהם לא כתבו בפי' דצריך שיתן כל שויו אלא כתבו מי איכא למימר דמשום פרוטה שנותנים מתרצה על הקרקע ואפשר דהם לא אמרו אלא היכא דמוזיל טובא מ"מ לא חלקו ופשט דבריהם משמע דבעי' שיתן כל שויו אפי' בקרקע וכן הבין דבריהם הרב ב"י וא"כ לכאורה נר' דאפי' לא מסר מודעא הדין עם ה"ר אברהם כיון שיביא עדים שהיה אנוס דיוכל לומר קים לי כהני רבוותא דאמרי דבעי' שיתן כל שויו אבל מ"מ אני אומ' דאם לא מסר מודעא אפי' שיביא שהיה אנוס אין הדין עמו מפני שכתוב שם באותה שאלה שמחלו לו על שבועה אחד שהיה חייב להם מד' אלפים לבנים וכיון שמחלו לו על כך הוי כאלו נתנו לו כל הממון בשוה דכ"כ הוי פטור כמו ממון וכמ"ש מהרי"ק בשרש קפ"ו:

הכלל העולה מכל מה שכתבנו דזכה ה"ר אברהם בדינו והיה יכול למכור הבתים למי שירצה עד מאה שנה כמו שקנה ואם מכר לקהל באונס ועשה שטר מכירה אם יש לו מודעא מכירתו לקהל בטלה הנראה לעניות דעתי כתבתי אם יראה בעיני הרב הגדול נר ישראל מורי ורבי נר"ו:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכד

שאלה נזירות ושבועה וז"ל לאהבת השלום והתועלת ואהבת צדק והצנע לכת אנחנו ח"מ נשבענו שבועה חמורה בנקיט' חפץ כל אחד לדעת חברו בלי שום ערמה ומרמה ותחבולה ובלי שום פתח היתר וחרטה שלא יהיה שום אחד ממנו רשאי להתנהג בתכשיטין הנהוגים למרביצי תורה בקהלות הקדש אלו לבד וכו' כל התכשיטין הנז' קבלנו עלינו שלא להתנהג בהם בקהלנו ק"ק פ' לא בתוך הבית הכנסת שלנו ולא להוציא מיחידי קהלנו כלם או מקצתם למקום אחד ולהשתרר עליה' או להתנהג בהם באחד מהתכשיטין הנז' וכל הנז' קבלנו עלינו מהיום עד שנת התש"ס ליצירה כל הנז' יובן אם יתנהג בתכשיטין הנז' שלא ברשות החברים החתומים אבל אם החברים יתנו לו רשות וכו' אז יוכל להתנהג בהם בכלם או במקצתם כפי הרשות הנתונה לו ואם יתנו לו רשות

כלם ואחד מהם לא יתן רשות על האופן הנז' אז לא יוכל לנטות ימין ושמאל מהנ"ל וכדי לאשר ולקיים כל הנז' כל א' ואחד ממנו הוציא בפיו ובשפתיו נזירות שמשון בכל תנאיו וכך אמר וכו' בבטול וכו' ואח"כ חתמו שני עדים וז"ל בפנינו עדים ח"מ נשבעו החתומים לעיל בנקיטת חפץ והוציאו נזירות בפיהם ככל הכתוב בפרשת האגרת הזאת והיה זה וכו' פ' עד פ' עד ע"כ והנה החתומים הנז' שלא מדעת ראובן אחד מהחתומים סבבו הדבר שהוכרחו והסכימו ועשו מרביץ תורה לאחד שלא היה ראוי כמותם ונחלק הקהל לב' כתות ורבו כמו רבו האיכות והמריבות וגדלה צעקת ראובן על זה ובליל שמיני חג עצרת משנת השנ"ב נקבצו רוב הקהל קדוש ודבר ראובן למסבבים הנז' לאמר מדוע ככה הם עושים להרבות להבות ואש מריבות וכן לא יעשה לשום איש אחר למרביץ תורה במקום שם והנה שלחתי לכם שליח יאמר לכם אל תראו ממני כי בהי"ת לא הרהרתי בלבי דבר מענין בטול הנזירות הנז' ולדעתי הוא קיים לעולם ואיני פטור ממנו בשום צד ולא אהיה מרביץ תורה בקהל בשום צד ואופן בעולם ולמה תעשו כך לשום חכם אחר כי עם זה אתם פוטרים אותי מנזירותי בלי שום ספק כי אתם יודעים שכשנתקשרנו יחד אמרנו איש אל אחיו אם עתה אנחנו מתקשרים יראים לנו שמא ישימו הקהל חכם עלינו וחזרנו ואמרנו נתקשר יחד ועל זה נחלץ חושים כל א' ואחד ממנו למחות במי שיעשה כן ולא יוכל שום א' מהקהל לעמוד נגדנו אתר שאנו מקושרים ובכל כחנו ועוצם ידינו נמחה במי שירצה לעשות כן ואחר שאנחנו מקושרים לא יעמוד איש נגדנו ועל דעת כן נתקשרנו יחד אז כלנו וא"כ עתה שאתם מרדתם בי ולא די שאין אתם מוחים אלא שאתם רוצים לשום מרביץ תורה שלא כדין וכשורה הרי אני פטור מהנזירות אז ענו לראובן הנז' שנים מגדולי החתומים המסבבים הנז' אשר היו שם ואמרו אנחנו לא עשינו כלום בדבר זה ואין בידינו למחות כי הזמן המר לנו: תשובה אומר אני כי ראובן פטור מותר מן השבועה והנזירות הנז' ואין צריך לזה שום פסק חכם כי לא יעלה על הדעת שראובן זה היה מתקשר על דעת שאנשים אשר נתקשרו עמו עצמם יקימו חכם למי שהקימו וכבר נתפרסם כי הם הקימוהו כי הלכו לדיין לומר שהם רוצים אותו לחכם וגם בביתו עמדו כל היום וחתמו בכתב ההוא הם עצמם והיו הולכים ומפתים לכל יחיד ויחיד שיחתום וביום שנכנס עמדו שם לשמוע הדרשה ולווהו עד ביתו וכמה ענינים דומים לאלו וכל הקהל כלם פה אחד אמרו שהם הקימוהו כי הם היו בטוחים והמסבבים הנז' היו מעוררים אותם על ככה ובסבת' נכנס החכם הנז' כל זה ידוע וגלוי לעיני כל העמים בעירנו זאת וא"כ הותר הנזירות מעיקרי הותרה השבועה מעיקרא מכמה טעמים ברורים מאירים ומזהירים והם אלו חדא דבתחלת הכתב כתוב לקרב השלום והתועלת

ואהבת צדק והצנע לכת אנו החתומים למטה נשבענו וכו' הרי מבואר בלשון הכתב שנתקשרו לאהבת השלום ושיהיה צדק והצנע לכת ובמה שהם עשו בטלו הכל ששמו קטטה ומריבה ואיבה ונחלק הקהל לשנים ועברו ברית חלפו חק וא"כ אין כאן לא שלום ולא צדק אבל מלחמה ועולה במה שעשו ורמו לראובן וכיון שכן הרי זה תולה נדרו בדבר אחר שהוא פטור וכמו שאמרו בפרק פותחין קונם שאביה רע ואמרו לו כבר מת ועשה תשובה וכו' שהוא פטור מפני שתלה נדרו בדבר אחר איברא דראיתי להרב מהר"י קולין בשרש קפ"ב בנדון כיוצא בזה שכתב שם גם מה שטוען האיש הזה כי יסוד החתימה לאהבת השלום וכו' וכתב שם ואפילו לא היה נזכר שם אלא אהבת שלום הרי לא נכתב בלשון תנאי וכו' והביא ראיה מההיא דפרק השולח גבי משום נדר אני מוציאך דבעינן לשון תנאי ומ"מ בנ"ד מודה הרב הנז' דהרי מבואר הג' חלוקים שכתב ר"י ז"ל דאיכא דבר דבעי תנאי כפול ואיכא דבר דבעי גלוי דעת ואיכא דבר דאפילו גלוי דעת לא בעי והם מפורשים בפרק אלמנה ניזונת בדבור המתחיל ובין ולא אצטריכו ליה זוזי וכן במקומות אחרים והרב מהר"י קולין ז"ל אינו חולק על זה אלא שמדמה ההיא להא דמשום נדר אני מוציאך שכתבו שם התוס' דהם מהדברים דבעי תנאי כפול ולכך כתב דלא סגי לאהבת השלום לבד ובהכי ניחא ההיא דאביה רע דלא יקשה להרב מהרי"ק אבל נ"ד ודאי לא מבעיא דהוי מהדברים דסגי גלוי דעת אלא הוי מהדברים דאפי' גלוי דעת לא בעי דאיך יעלה על הדעת דנתקשרו כלם יחד ומהם עצמם ילכו להקים מרבץ תורה למי שהקימו כ"ש דאיכא גלוי דעת שכתוב בכתב לאהבת השלום וכו' ואין גלוי דעת גדול מזה וראיתי להרב מורי ורבי זלה"ה בפסקיו ח"ב סימן רצ"א שהביא שם תשובת הרא"ש ז"ל להכריח דבעינן נזירות ושבועה אזלינן בתר אומדנא חדא ההוא דכתב הרא"ש בכלל ל"ד על ענין ששדך ראובן בתו לבן שמעון ונשתמדה אחות המשודכת שכתב שם הרא"ש דלא נשבע אדעתא דאונס כזה שישא בנו אחות מומרת גם הביא שם תשובה אחרת על ראובן ששדך בתו לשמעון ונשבע לתת ד' אלפים זהובים ונתקלקלו החובות והשיב שאין צריך למכור ביתו וכלי תשמישו לפרוע וכו' משמע דאזלינן בתר אומדנא ואחרי שהאריך שם העלה וז"ל וא"כ הדבר תלוי באומד הדעת אם הדבר ברור מאד שנוכל לומר אנן סהדי דאדעתא דהכי לא נדר דאדעתא דהכי לא נשבע כי האי גוונא הוי נדר שגגה וטעות הא לאו הכי שאין הדבר ברור כל כך צריך שאלה וכו' א"כ נ"ד ודאי דכל שופט ישפוט בצדק דאפילו דלא יהיה כאן גלוי דעת הדבר ברור מאד שעל דעת כן לא נדר ראובן כל שכן היכא דאיכא גלוי דעת שכתוב שם לאהבת השלום כדכתיבנא: גם להרב המובהק נר ישראל הכהן הגדול נר"ו ראיתי שכתב בפסקיו ח"א סי' ל"ו וז"ל סוף דבר בהא סלקינן

ובהא נחתינן כי מאלו הב' טעמים השבועה הנז' היא בטלה מעיקרא בלי שאלת חכם דאומדנא רבה דמוכחא דאדעתא דהכי לא נשבעו ואפילו מחמת השתי טענות שאמרתי שאין לסמוך עליהם להקל עכ"ז אם יראה בעיני הב' כתות דאותם הכוונות הם אומדנא דמוכחא ואדעתא דהכי לא נשבעו גם עליהם יש לסמוך ונקיים משבועתם ע"כ גם הרב מורי זלה"ה בפסקיו ח"ב סי' ע"א דף ס"ו כתב כיוצא בזה וז"ל לזה אני אומר לע"ד כ"א הם יאמרו שכשנדרו הנדר היה בחשבם שכיון שהת"ח הב' היה מסביר להם שיכולים לעשות כן כי הנדר חל על שבועה ומבטל אותה ויכולים להעמידו למרביץ תורה א"כ נראה בעיני דהוי כנדרי שגגות דלא חל וכו' עד כאן הרי שכתב שהדבר תלוי במה שיאמרו הם שחשבו כן אפילו שאינם ת"ח כ"ש היכא דהוי ת"ח דנאמן יותר וכמ"ש הרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובה סימן ע"ב גבי ראובן שהוציא שמעון עליו שטר שהוא חתום בו שכתוב באותו שטר שראובן נשבע בשם ה' וכו' ע"ד המשביע וכו' וז"ל שם לע"ד מילתא דפשיטא היא שהוא נאמן וכו' כדתנן בנדרים נודרים לחרמים ולהרגים ולמוכסין שהן של תרומה וכו' דאע"ג דקי"ל דברים שבלב אינם דברים לגבי אונסים שאני ואמרו שם וכל זה דוקא בע"ה אבל בתלמיד חכם אפי' שלא במקום אונס שרי ע"כ. איברא דקשיא לי על הרב דאמר שבגמרא אמרו שם כן ואני לא מצאתי כן אלא בתוס' בפרק שבועות שתים בתרא בדבור המתחיל אמר בלבו וכו' שחלקו התוס' כן לתרץ קושיא שהקשו שם דמשמע מהתם דאזלינן בתר דברים שבלב היכא דאין הפה מכחשו ובההיא דנדרים גבי נודרין לחרמין משמע איפכא וכתבו שם לתרץ הקושיא וז"ל דהתם איירי בע"ה דלא התירו לו אלא גבי אונסין כדי שלא ינהגו קלות ראש בנדרים אבל לת"ח שרי אפי' שלא במקום אונס וכו' והכי נמי אשכחן בפרק ב' דנדרים דמפליג בין ת"ח לע"ה גבי נדר בחרם וכו' ואי הוה אמרי' דגבי אונס אפי' מדירו על דעתו שרי הוה אתי שפיר דבלא אונס אסור אפי' אומר בלבו כדמשמע בסוף פרקין וכו' ואם כוונת הרב הנז' ז"ל לומר כן על דברי התוספות שכתבו כן קשה דדברי התוספות ז"ל הם לחלק בכך מפני שהם סבורים דההיא דנודרים לחרמין וכו' לא איירי דמדירו על דעתו דאז אפי' לאנס אסור ולכך הוצרכו לחלק ולתרץ הקושיא דיש לחלק בין ת"ח לע"ה וכמ"ש בתר הכי ואי הוה אחרי' דגבי אונס וכו' משמע דתירוצא דעד השתא לא צריכנן ליה אלא משום דאית ליה גבי אנס במדירו על דעתו אסור אבל הרב הנז' ז"ל דסבור דאפילו מדירו על דעתו מותר גבי אונס דשאלה דידיה מדירו על דעתו הוא וכמו שכתב שם על דעת המשביע וכו' ומ"מ כתב דמצי טעין נשבעתי כדרך שנשבעין למוכסין וכו' משמע דאית ליה דההיא הוי אפילו במדירו על דעתו א"כ מהיכן ראה לחלק בין ת"ח לע"ה בכך דאין חלוק זה

אלא כדאמרי' דהתם איירי גבי אונס היכא דאין מדירו על דעתו ואולי סובר הרב ז"ל דאע"ג דכתבו התוס' ואי הוה אמרי' דגבי אונס וכו' מ"מ התירוץ הראשון עדיין במקומו כדדייקו התוס' שם מדקאמר בגמרא לגבי אונסין אפשר וכו' ומלשון אפשר משמע כי ההוא תירוצא ומה שכתבו התוספות ואי הוה וכו' כוונתם לומר דאיכא תירוץ אחרינא ושניהם אמת ומ"מ דברי הרב ז"ל סתומים מ"מ למדנו דת"ח נאמן וא"כ ראוי להאמין לראובן הנשבע במי שאמר והיה העולם שאומדנא כזאת אלו היה עולה בדעתו לא היה נשבע ולא היה נודר כלל וכל העם אשר בשער ידעו יבינו כן וכמעט שנשבע שלא לצורך ת"ו וכ"ש שגלוי וידוע בכתב במה שכתוב לאהבת השלום כנז' ועוד דהרי כתב הרב ב"י בסי' רנ"ח בשם הרשב"א וז"ל נראין לי הדברים ברורים שכל שנדר ובא ואמר ע"ד כן נדרתי נאמן וכו' וא"כ מינה בנ"ד ראובן פטור מותר בלי שום ספק:

עוד מטעם אחר יש לפטור לראובן זה דבכתב אינו כתוב שהיה בלי שום תנאי אלא סתם וראובן נאמן לומר שהיה תנאי בענין וע"ד כן נתקשרו כמו שכתבנו למעלה ואע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא גבי עדים שאמרו תנאי היו דברנו אחר שחתמו בשטר דאמרי' בס' האשה שנתארמלה דנאמני' משום דתנאי מילתא אחרית' דאיכא מרבוותא דפרשי לה דאין כתב ידם יממ"א דוקא אבל אם כ"י יממ"א הם פטורים וכמו שהאריך שם הר"ן בפי' ההלכות הרי הטור בסי' ס"ב הסכים דנאמנים בכל גוונא וכן דעת הרא"ש וכתב שם הטור טען הלוה השטר נעשה ע"ת וכו' נשבע המלוה כעין של תורה ונוטל חובו שהרי אינו עוקר בטענה זו גוף השטר והרי היא כטענת פרעון וכו' ונראה לפי דברי הטור ז"ל דתנאי הוי כפרעון ודאי ונאמן דהרי כתב שם הרב ב"י בשם ה"ר יהודה בן הרא"ש וז"ל וכתב עוד אם היתה השבועה כתובה בשטר עצמו ולא היה כתוב בו שלא יוכל לטעון שפרע והיה אומר שקיים שבועתו ופרע אע"פ שלא היינו יכולים לפוסלו מחמת השבועה דשמא פרע מ"מ צריך לפרוע השטר ע"כ משמע דבטענת פרעון נאמן לפטור עצמו מהשבועה וה"ה בתנאי דהוי כפרעון לדעת הטור דנאמן לומר כך וא"כ נאמן ראובן כיון שאין כתוב בשטר שלא היה שם תנאי ואע"פ שלא היה כפול אין קפידא דכבר כתבתי לעיל דזה מן הענינים שאין צריך תנאי כפול: איברא דיש לפקפק לפי דברי האחרונים שאומרים דאיירי באין כתב ידם יוצא ממקום אחר דנראה לדידהו דאינו נאמן בכך ומ"ש הטור דהלוה נאמן לומר שהיה שם תנאי לכאורה היינו דוקא למ"ד דאפילו בכתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לומר תנאי היה אבל למאן דאמר דאינו נאמן לא דהוי כאלו העדים מעידים שאין שם תנאי:

אך קשה לי דדברי הטור הם לקוחים מדברי בעל התרומות וכנראה שם מדברי הרב בית סף דבעל התרומו' כתב דין זה סתם ולא כתב בזה מחלוקת וכשכתב דין דעדים אומרים תנאי כתב ובזה יש מחלוקת בעלי הוראה וכו' משמע דבדינא קמא ליכא פלוגתא ואמאי הא לכאורה נראה דהא בהא תליא ומ"מ אני אומר דבענין נ"ד דאפי' מ"ד דאינו נאמן לומר תנאי היה כשכתב ידם יוצא ממקום אחר היינו לענין ממון אבל לא לענין אסור דע"כ אתה צריך לומר אפי' לסברא זו דאין זה כאלו כתוב בהדיא בשטר שלא היה שם תנאי דא"כ אפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר אמאי נאמנים הא משוו נפשייהו רשיעי וכדהקשה הר"ן ז"ל בפי' ההלכות אלא ודאי ע"כ צריך אתה לומר דאינו כשמפורש בשטר כך אלא סתם הוה אלא שהלשון הסתום נוטה קצת לומר שלא היה שם תנאי ולכך כשכתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים לומר דהיה שם תנאי דהלשון הסתום נוטה יותר לומר דלא היה שם תנאי אבל כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר יכולים לפרש הלשון הסתום וכיון שכן במילתא דאיסורא ודאי דיכולים לפרש הלשון הסתום אף ע"פ שהוא נוטה יותר לצד אחר וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י סי' רכ"ח נראין לי הדברים ברורים שכל שנדר ובא ואמר על דעת כן נדרתי וכו' ואפילו תלה לאחר מכאן בדברים שהיתה כוונת השומעים בהפך וכו' והביא ראיה מההיא דנדר בחרם ואמר נדרתי בחרמו של ים וכו' א"כ גם כאן נאמר דיוכל ראובן לפרש הלשון הסתום אע"פ שנוטה לצד אחר והוא נאמן בינו לבין קונו ומה גם ת"ח ואע"ג דהשאר יכחשו אותו אינם נאמנים דכולם קרובים וכלם כעד אחד ועוד דהם נוגעים בעדות וכמ"ש הרב ב"י ז"ל בתשובה הוזכרה בב"י סי' ל"ד גבי מי שטוען שהאריכו לו זמן הפרעון דאפילו המלוים שנים אינם נאמנים לפוסלו דהם נוגעים בעדות ואף ע"ג דבתשובה שלאחריה שכתב שם הב"י נראה לכאורה בהפך זה אינו כלום דמה שכ' שם איירי בשנים שמעידים שפלוני חשוד כלומר שבאותה שעה לא היו תובעים עמנו המלוה אלא באו להעיד שהוא חשוד לפוסלו לענין אחר ולכך כתב שם הרשב"א דאין באים בעת ההיא לדון על המלוה אלא לפוסלו ודאי דהם נאמנים דמה להם לפוסלו דהרי יתבעו לו המלוה ויהיה הדין עמהם כיון שיש השטר בידם אלא מדבאו לפוסלו ודאי דעדותם אמת אבל כשבאו לדון על המלוה והם טוענים שהאריכו הזמן ודאי דהם נוגעים בעדות כדברי התשובה הראשונה ובהכי נתיישבו דברי התשובות ולא קשו אהדדי אלא דמ"מ קשה לי למה כתב שם דהוא פסול לדעת מ"ד דהפסול בשבועה דלהבא פסול בשבועה דלשעבר לימא דאפילו לפי סברא זו אינו פסול דאימור אנוס הוא ולא איתרמו ליה זוזי כדכתב בתשובה הראשונה מ"מ למדנו דהיכא דנוגעים בעדות כנ"ד אינם נאמנים וכל זה הוא אפילו שהם מכחישים

את ראובן כ"ש שכבר הודה לו כנז"ל דאמר להם שהוא פטור משום דשנו התנאי והם אמרו לו שלא שנו התנאי וכיון שהוחזקו כפרנים שנתברר שהם הקימו לחכם שוב אינם נאמנים להכחיש אותו כל אלה הדברים ברורים כשמש ומה גם שבכתב כתוב שלא יוציא מיחידי קהלנו כלם או מקצתם וכו' ואפי' אם לא היה נזירות מבוטל דכיון דראובן לא הוציא אותם אלא הם יצאו לסבה שמנגדי ראובן שמו עליהם ראש וקצין על כרחם שלא בטובתם וא"כ אין בראובן עון אשר חטא ותנאי זה הוא בטל ומבוטל אליבא דכ"ע דכיון שראובן לא הוציאם יוכל להיות מרבית תורה עליהם כ"ש שאין אנו צריכים לכך שהנזירות מעיקרו הוא מבוטל והותרה שבועה מעיקרא ודברים אלו פשוטים בעיני ברורים כשמש:

הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכה

שאלה ראובן היו לו בנות האחת נפטרה בחייו והניחה בן אח"כ הלך ראובן לדור עם הבת האחרת שהיתה נשואה לבן אחיו של ראובן ונפטר ראובן ושאל בן הבת הנפטרת מחתנו של ראובן חצי עזבון ראובן כי הוא היה מוחזק בכל נכסי ראובן והשיב חתנו של ראובן כי ראובן צוה שלא יתנו לבן הבת הנפטרת אלא שלשלת זהב מחמשה אלפים לבנים והשארית שיהיה הכל שלו והבחור אומר לא היו דברים מעולם באופן כי על כל דברי ריבות נתפשרו ביניהם שבחור הנז' יקח בת חתנו של ראובן הנז' לאשה ונדר לו ארבעים אלפים נדוניית לבתו וגם נתן לו לחשבון ירושתו הנוגע לו מראובן עשרים אלפים בזה האופן השלשלת מזהב וחמשה עשר אלפים אחרים והתנו ביניהם בתנאי כתובה בשבוע' שהבחור הנז' לא יוכל לישא אשה אחרת על בתו ולא לגרשה עד עשר' שנים ואם יגרשנה בתוך עשרה שנים או ישא אשה אחרת עליה בתוך עשרה שנים שמלבד הנדונייא שיחזור לה ט"ו אלפים לבנים אשר נתן לו מנכסי עזבון ראובן והנה עתה יש ארבעה שנים אשר נשאה והבחור הנז' רוצה לגרשה או לישא אשה אחרת עליה ואומר כי אינו רוצה ליתן לה הט"ו אלפים הנז' כי התנאי שעשה היה אונס גמור כי חתנו של ראובן היה מוחזק בנכסי ראובן ולא היה לו מה לעשות כי בימים ההם לא היו שופטים בארץ ולא היה לו לעשות תנאים ופשרות בחלק הנכסים שלו. עוד טענה אחרת שניה טוען הבחור הנז' כי ח"ו הוא לא היה מגרשה אם היתה כדרך הנשים ראויה לילד כי היא קרובתו בת דודתו אלא הסבה שרוצה לגרשה או ליקח אשה אחרת עליה כי היא בת כ"ב שנה ולא ראתה אורח כנשים ואין לה סימני אשה הראויה לילד והוא טוען

האמת הגם כי נתחייבתי לעמוד עמה ולהמתין עשרה שנים כי חשבתי היא כדרך נשים ובזה הזמן ילד אבל לזאת מה לי עתה מה לי זמן הרבה כבר אינה ראויה לילד ולמה לי להמתין ואני רוצה לגרשה או ליקח אשה אחרת עליה כי לא תהו בראה וה' יודע כמה חייו ורצונו לקיים מצות פריה ורבי' כי כשנתחייב להמתין היה חושב תהיה ככל הנשים אבל עתה שאבדה התקוה רצונו להשאיר אחריו ברכה יורנו מורה צדק אם זה הבחור ישא אשה אחרת אם יתחייב להחזיר ליורשי חמיו הט"ו אלפים לבנים הנז' הואיל לא נתחייב בשבועה אלא שלא ישא אשה אחרת בתוך עשרה שנים להחזיר לו או ליורשיה הט"ו אלפים הנז' והוא לא עלה בדעתו אלא לעמוד עמה לעולם כי חשב יהיה ראויה לילד אבל עתה בנולד זה אשר לא עלה על לבו לא נתחייב לבטל המצוה וה' יגדיל יאדיר תורתו אמן:

תשובה מה שטען הבחור דהיה אנוס כשעשה החיוב ההוא לתת הט"ו אלפים לבנים אין בדבריו ממש דאם נאמר דהט"ו אלף לבנים לא היה הדבר ברור שהיו שלו אלא שנתנם לו חמיו על תנאי זה ובזה נחו שקטו המריבות אשר בינו ובין חמיו א"כ דבר זה כמו פשרה הוי והרמב"ם ז"ל כתב בפ"י מהלכות מכירה דפשרה הוי כמכר וצריך מסירת מודעא ואונס והגם כי הרב מוהריב"ל ז"ל בח"א סימן כ"ח כתב דמשמע מתשובת הרא"ש כלל ע"ג דפשרה כמתנה הוא עצמו כתב דאין הדבר מבואר דכשיעיין המעיין ימצא מקום לחלוק ואני בעניי הארכתי בפסק אחר לישב דעת הרא"ש ז"ל באותה תשובה והעלתי שדעתו כדעת הרמב"ם ז"ל וא"כ בנ"ד דליכא לא מסירת מודעא ולא עדים שהכירו באונסו פשיטא דאין בדברי הבחור כלום בטענתו הראשונה ואי חשבינן לחיוב זה שנתחייב הבחור ויהיב דאלו המעות שלו היו כדמוכח לשון הכתוב בכתובה שאומר שהם נכסי עזבון זקנו והוי כתליוה ויהיב מ"מ בעינן עדים דידעינן באונסיה מיהא אע"ג דלא בעי מודעא וליכא בנ"ד:

גם טענתו השניה לאו כלום הוא דהרמב"ם ז"ל בפרק כ"ד מהלכות אישות וכל הפוסקים זולת הראב"ד ז"ל בהשגות סוברים דאיילונית שלא הכיר בה יש לה תוספת אע"ג דאין לה כתובה מפני דכיון שחייב עצמו מדעתו גמר בדעתו לחייב בכל גוונא ולא חשש לשמא תמצא אילונית ורצה ליזוק בנכסיו והרי התם אעפ"י שלא הכיר בה והיה מקח טעות שהיא אילונית והיינו יכולים לומר דאדעתא דהכי לא הוסיף לה מ"מ אמרינן שחייב עצמו בכל גוונא כ"ש כאן דאין לה שום סימן מסימני אילונית שהן ד' שהזכיר הרמב"ם ז"ל פ"ב מהלכות אישות שאין לה דדין ומתקשה בשעת תשמיש ואין לה שיפולי מעים וקולה עבה דלא אמרינן הכא דאין לה מה שחייב עצמו מדעתו ורצונו לתת לה דהוא

התוספות שהוסיף לה מדעתו ואעפ"י שהוא אומר שהיה באונס לאו כל כל כמיניה כדכתיבנא א"כ ודאי אין לבחור זכות מטענה זכות דכיון דלא שהתה עשר שנים ודאי דעומד בחיובו ונתבטלו טענותיו ראשונה ואחרונה אבל אני רואה זכות לבחור מצד אחר דכיון דכפי הנראה מלשון הכתוב בכתובה משמע דאלו המעות היו מעזבון זקנו ומן הדין היו שלו א"כ תנאי זה שהתנה הוי אסמכתא דהרי איכא כאן גזים וכמי שכתבו כל הפוסקים דהיכא דמתחייב עצמו בדבר שאינו חייב מן הדין נקרא גזים כמו אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי וכן נתבאר בדברי הטור בח"מ סימן ר"ז בשאלת הרא"ש ז"ל וכמו שהאריך שם הרב ב"י דמילתא כי האי מקרי גזים וכיון שכן לרובא דרבוותא דכללו דיני אסמכתא אית לן אסמכתא בנ"ד דאי לשיטת התוספות והרא"ש הרי יש כאן גזים כדכתיבנא ומקרי אסמכתא ואי להרמב"ם הוא כתב בפ"י מה' מכירה שכל האומ' אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה ואי להרשב"א ז"ל שכתב הטור בסימן ר"ז שאמר שיגע ומצא ונתן כלל שכל שהוא בדרך קנס הוי אסמכתא וכמ"ש הרב ב"י בסימן הנז' בשמו נ"ד נמי הוי קנס דחייב עצמו בדבר שאינו חייב א"כ לרובא דרבוותא הוי אסמכתא ובענין חלוק דאסמכתא איכא פלוגתא דאיכא מ"ד דבקנין לחוד מבטל אסמכת' דהוי מעכשיו ואיכא מ"ד בקנין ומעכשיו מבטל ואיכא דאמרי דבעי ב"ד חשוב ואיכא דאמרי דאפי' ב"ד חשוב לא מהני בשום אסמכתא אא"כ התפיס זכיותיו וכ"כ שם הרב ב"י בסי' הנז' דף רי"ג וז"ל דאלו לר"ת שום אסמכתא לא קניא אפי' קנו מידו במעכשיו ובב"ד חשוב אלא א"כ התפיס וכו' ולפי מה שאמר המרדכי לדעת ר"י בשם ר"מ דקנין בב"ד חשוב לא מהני אלא כשאומר אי לא אתינא אני מודה ששטרותי מזוייפים וכו' וכתב עוד שם שהרא"ש מפרש דברי הרי"ף והגאון דשום אסמכתא לא קניא אפי' בב"ד חשוב ומעכשיו בלא מתפיס א"כ איכא כמה רבוותא דסברי דאפילו בית דין חשוב ומעכשיו לא מהני: א"כ אפי' שהיה בשטר הכתובה ב"ד חשוב לא מהני כיון דאיכא כמה רבוותא דסברי דלא מהני כדכתיבנא יכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו כל שכן בהצטרף לזה סברות האומרים דב"ד חשוב צריך שיהא סמוך או בי דינא דאלים כבי דינא דרבי אמי ורבי אסי דהשתא ליכא שום חד מהני וא"כ לא מפקינן ממונא כיון דאיכא כל הני פלוגתי והרוצה לעמוד על עיקרן של דברים יעויין בב"י בסי' הנז' כי הדברים ארוכים מ"מ למדנו דאין להוציא ממון כיון דאיכא ספקא דפלוגתא דרבוותא ועל כן תמהתי על הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א ריש כלל י"ט שכתב דאי כתוב ב"ד חשוב בשטר ליכא אסמכתא ועל פי זה פסק להוציא ממון והדברים תמוהים בעיני כיון דאיכא כל הני רבוותא דפליגי כדכתיבנא ואולי הרב לא סמך אלא על הטעמים אחרים שכתב ועשה לטעם ההוא סניף לאחרים:

מ"מ בנ"ד נראה לי דזכה הבחור בדינו דכפי הנראה היה מגיע לחלק ירושתו הט"ו אלפים לבנים כדכתיבנא וחייב עצמו בדבר שלא היה חייב וכי תימא לא הוי גזים משום דלא היו מעות אלו בבירור בחלק ירושת הבחור שהיה ערעור על זה ועם זה היה הפשר דבר שיתן לו אלה הט"ו אלפים בתנאי זה דאם היה ברור שהיו של הבחור למה הזכירו שנתן לו אלה החמשה עשר לחלק ירושתו לא היה לו להזכיר זה אלא שהבחור חייב עצמו לתת ט"ו אלפים יותר מהכתובה מנכסיו אם יגרש לאשתו או ישא אשה אחרת עליה ומדהזכיר שנתן לו הט"ו אלפים לבנים לחלק ירושתו משמע דלא היה נותנם לו אלא על תנאי כך וא"כ ליכא כאן גזים אלא מתנה על תנאי לזה אני אומר זיל לאידך גיסא אם אלו המעו' לא היה לבחור כלל זכות בהם למה הזכיר שנתן לו לחלק הירושה היה לו לומר שנתן לו חמיו מנכסיו אלא הט"ו אלפים לבנים על תנאי שאם יגרש לבתו או ישא אשה אחרת עליה שיתנם לה מדהזכיר בכתובה שהם מנכסי עזבון זקנו משמע שיש קצת זכות לבחור בהם וכיון דיש לו בו קצת זכות הוי גזים דאע"ג דמדברי רש"י בפ' איזהו נשך דקדקו תלמידי הרשב"א דבעינן שיאמר מילתא בהדיא דפי' בההיא דמניומי אם לא ימלא דבריו שיתן מאתים במנה וההיא דאמר רכ פפא גבי חמרא דכל דאי לא קני צריך לפרש לפי זה לדעתו דהיינו כי ההיא דחמר' שבזמן הפרעון היה ביוקר ולפי זה ג"כ מה שפירש רש"י שם גבי קרקע סוף סוף אסמכתא היא דטעמא משום דכל דאי לא קני היינו משום דבזמן הפרעון הקרקע מתיקר והוי גזים וכמ"ש הרב ב"י בסי' ר"ז דף רי"א בשם תלמידי הרשב"א ומה שהקשה עליהם הרב ב"י ז"ל דאמאי הוצרכו לידחק לתרץ דברי רש"י ז"ל גבי קרקע דבהדיא אמר טעמא משום דכל דאי לא קני אני תמוה עליו ז"ל א"כ אמאי לא מקשה להו דאי אפשר לפרש כן משום דהתלמוד קאמר בהדיא כל דאי לא קני אלא מאי אית לך למימר דלא אמרו כל דאי לא קני אלא כי האי דחמרא דאתמר עליה א"כ גם רש"י בההיא דקרקע דדמי לחמרא כדפי' תלמידי הרשב"א ז"ל לדעתו ז"ל כתב רש"י הלשון שאמרו בגמרא גבי חמרא דדא ודא אחת היא א"כ לרש"י בעינן מילתא יתירתא וכן פי' דבריו הרא"ש ז"ל בפ"ד נדרים מ"מ כל שאר הפוסקים כתב הרב ב"י דאית להו דלא בעינן מילתא יתירתא אלא כל דבר שאינו רגיל למכור כמו קרקע שכתבו התוס' באיזהו נשך וכיוצא בו מקרי גזים וגבי חמרא כתב נמוקי יוסף שכל שאתה מכריחו למכור מה שאינו רוצה למכור ואמר בלשון אם הוי אסמכתא ואפילו לרש"י ז"ל רצה הרב ב"י לפרש כן א"כ גם אני אומר בנ"ד כיון שאתה רואה שיש לו זכות באלו המעות ואתה מכריחו לעשות תנאי זה מקרי גזים דלא דמי לנדונייא שהביאה דהא

ודאי חייב להחזיר דלא מקרי גזים דכיון איברא דעל תנאי זה הביאה לו א"כ כשהוא מבטלו מתבטל התנאי ויחזור לה נדונייתה דעל תנאי זה נתנה לו:

איברא דלענין התוספת היה מקום לספק קצת היכא דמתחייב עצמו שאם ישא אשה אחרת יפרע לה נדונייא ותוספת כיון דמן הדין נושא אדם כמה נשים והוא מחייב עצמו בדבר שאינו חייב התוספת שהוסיף לה מדעתו ואמרו בלשון אם הוי אסמכתא א"נ דמקרי גזים בשלמא לענין הכתובה לא הוי גזים כדכתיבנא דהוא דבר שהביאה ועל תנאי זה הכניסה אבל לענין התוספת מקרי גזים ואולי י"ל דהתוספות הוי כתובה עצמה ולא שייך ביה גזים ומ"מ עדיין צריך עיון בהא אך בנ"ד ודאי הוי גזים כדכתיבנא:

וכי תימא כיון דאתה מבטל התנאי יחזור לה הט"ו אלף דעל תנאי זה נתן לו לזה אני אומר דכיון דתנאי אין כאן נאמן הבחור בשבועתו לומר שהמעות שלו היו ובשביל אונס עשה מה שעשה ולשון השטר מסייעו שאומר שהם מנכסי עזבון ירוש' זקנו המגיע לו וכ"ת הרי בנ"ד איכא שבועה ואף על גב דמכח התנאי אינו חייב הוא חייב מכח השבועה דע כי הרב מהריב"ל ז"ל חלק בכמה פסקים מכח תשובות הרשב"א ז"ל הסותרות זו לזו דבדבר שהוא מסופק בדין ויש פנים לכאן ולכאן דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן דכי נשבע לא נשבע בלא על דעת מה שהדין יחייב אותו ואם קנין אין כאן שבועה אין כאן ובנ"ד ודאי דיש ספק הרבה כל הצדדים שכתבתי לעיל ועוד דאיכא כמה רבוותא דסברי דבקנין ומעכשיו מסלק האסמכתא וא"כ ודאי דלפי דבריו ז"ל נאמר דקנין אין כאן שבועה אין כאן:

איברא דהרב הגדול מורי ורבי ז"ל חולק על הרב מהריב"ל ואומר דאדרבה כל דבר שיש ספק דפלוגתא דרבוותא אף על גב דהמוחזק יכול לומר קים לי היכא דנשבע אמרינן ליה הרי עליך ספק שבועה והוי ספקא דאורייתא ולחומרא וחייב לקיים ולדבריו ז"ל דעתי נוטה וא"כ בנ"ד דאיכא ספק דלפי קצת רבוותא כיון דיש קנין ומעכשיו אין כאן אסמכתא אמרינן ליה קיים שבועתך דלדברי אלו הפוסקים אתה מושבע ועומד וספק של תורה להחמיר אלא שאין אנו יכולים לכופו כיון דחולק על דברינו הרב מהריב"ל ז"ל ויש לו אילן גדול להתלות בו ועוד דנ"ד דהוי אשה שאין לה וסת הוי מילתא דלא שכיחא והרב מהריב"ל ז"ל כתב בחלק ב' שאלה כ"ב גבי אשה שמחמת לידתה נתקלקלה דיכול לישא אחרת עליה ויכול לומר אדעתא דמילתא דלא שכיחא כי האי לא נשבעתי אבל מ"מ כתב שאינו יכול לגרשה מכח השבועה א"כ בנ"ד נמי לא יגרשנה אלא ישא אחרת עליה ושפיר דמי ויוכל לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי ונסתלק עונש השבועה ולענין הממון נראה דלא יועיל לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי אלא שהוא פטור מהט"ו אלפים

מהטעם דכתיבנא אם ישא אשה אחרת עליה ואעפ"י שכל מה שכתבתי הוא להחזיק ממון וכדי שהבחור יקיים מצות בוראו לקיים פריה ורביה איני אומר כן שיסמכו על דעתי אלא א"כ יסכימו בדבר גדולי רבני גאוני עירנו ישמרם צורם:
הקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכו

שאלה ראובן מכר לשמעון תכשיט זהב משובץ באבנים טובות ומרגליות בסך ידוע ובראותו שמעון כי לא נמצא בעיר מי שיהיה בקי באותם האבנים טובות שלהם אל ארץ אחרת אשר שם אנשים בקיאים בשווי אותם אבנים טובות ומרגליות כדי להראות להם וכאשר הראה אותם שלוחו לבקיאים השיבוהו כי לא היו שוים מחצית הסך שקנא' וכשמוע שמעון הדבר בא לחזור בו ולבטל המקח מטעם האונאה הגדולה אשר נמצא במקנה ההיא יותר מפלגא ואם נשתהא מעת שקנאם עד היום היה מטעם ששלחם לארץ אחר' להראותם לבקיאים בהם ילמדנו רבינו אם שמעון יכול לבטל המקח מכח טענותיו אלה ושכר אדוננו גדול מעל שמים: תשובה גם כי היום מרי שיחי אדברה נא בצר רוחי אל הלקח ארון האלהים עטרת ראשנו הרב הגדול מורי ורבי הכ"מ ובתוך שבעה אנכי היום בכל זאת לדרישת בקשת השואל אחוה דעי וגם כי הדבר פשוט מצד עצמו דדין זה כתבו הרמב"ם ז"ל בפרק ב' מהלכות מכירה וז"ל וה"ה למוכר ספרים אבנים טובות ומרגליות שיש ללוקח לחזור עד שיראה אותם לתגרים הבקיאים בהם בכל מקום שהם שאין הכל בקיאים בדברים אלו לפיכך אם לו היה מכיר באותה מדינה והוליך המקח למקום אחר או שבא הבקי לאחר זמן מרובה והודיעו שטעה הרי זה חוזר ע"כ ויש להסתפק קצת היכא דהיה יכול לשלחו לעיר אחרת להראותו לתגר ושהה זמן הרבה ואח"כ הלך לעיר אחרת והראהו שם וידע שנתאנה מי אמרינן כיון דהיה יכול לשלחו מיד ולא שלח דמחל ודמי למאי דכתב הטור בשם הרא"ש בסימן רכ"ז גבי שהה יותר מכדי שיראה לתגר וז"ל ואם נתעצל ולא חקר לידע אם נתאנה בלא עיכוב אונס מחל על אונאתו ע"כ א"כ הכא נמי נימא כיון דנתעצל ולא שלח מיד לעיר אחרת להראותו ושהה יותר מכדי שהי' יכול לשלחו שם ולהראותו דמחל ומ"מ מסתברא לי דאפילו שהה הרבה אין בכך כלום ויכול לחזור אם אחר שהלך לאותה העיר אשר שם הבקי אמר לו שנתאנה וחזר בו אפילו שלא הלך שם אלא לאחר זמן מרובה דודאי יש לחלק בין הא להה' דהרא"ש דהתם כיון דהוא בעיר הי"ל לשאול ולחקור וכיון דנתעצל מחל אבל הכא כולי האי טרחא לשלוח הדבר לעיר אחרת ולהוציא הוצאות בכך לא רצה לטרוח

ומשום האי לא אמרי' דמחל אלא אחר ששלחו לעיר אחרת והראהו לבקי ושתק אז ודאי מחל אבל בלאו הכי לא כדכתיבנא וסברא נכונה היא בעיני הנלע"ד כתבתי:
המר ונאנח. הק' חייא אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכז

גם בעיני יפלא הפלא ופלא על ק"ק קאסטוריאה כי ידעתי גם שמעתי אשר הם אנשי חיל יראי אלהים איך פרקו עול מעליהם עול השבועה והקיום אשר להם עם החכם השלם כמהר"ר שלמה מבורך נר"ו לזמן ג' שנים אך אמנה הלא לאמונה אמרתי אולי נפל להם שום ספק בדין זה ואחרי אשר יעלה ויבא ויגיע אליהם דברי הרב הגדול מורי ורבי נר"ו גם דברי החכם השלם הרב כהן צדק נר"ו אשר פסקו הדין במוחלט דהדין עם החכם השלם נר"ו לא ישנו את תפקידם ששים ושמחים לעשות רצון קונם. ואף אמנה כי הרבנים הנז' האריכו למעניתם ספיר גזרתם נאמנים כל פקודם בכל זאת לא נסוג אחור ימיני כעני המלקט לקט שכחה לתורה ולתעודה ואומר דהרב כהן צדק נר"ו העלה בסוף דבריו דג' מחלוקות בדבר לסברת התוספות ורבינו מאיר המתנה עם חבירו לעשות לו איזה מלאכה או שליחות וקצב לו שכר ידוע כל שלא הפסידו ממקום אחר כיוצא בו יכול לומר משטה הייתי בך אם לא קנו מידו ולסברת רבינו שמחה אע"פ שלא הפסידו ממקום אחר כיוצא בו מ"מ אם הוא רגילות לתת שכר באותו דבר יותר מכדי טרחו נותן לו שכרו משלם ולסברת המורה אפילו לא הפסידו ממקום אחר כיוצא בו וגם אין רגילות באותו דבר לתת שכר יותר מכדי טרחו ואין רגילות לקצוב כך נותן לו שכרו משלם דכללא כייל המרדכי בשם המורה דכל מילתא דפועל אינו צריך קנין ע"כ דקדק הרב מדברי התוספות בפרק הגוזל בתרא שכתבו גבי ברוב ודורמסקין וכו' וצ"ל כגון דליכא למימר משטה אני בך שהוא מפסיד במקום אחר כיוצא בו דלית ליה חלוק שכתב רבינו שמחה דהיכא דרגילות ליתן אותו השכר אינו יכול לומר משטה אני בך ולהכי מוקמי התוספות ז"ל ההיא ברייתא דלהביא כרוב כגון שמפסיד במקום אחר אבל לרבינו שמחה שכתבו תשובות השייכות לספר נזיקין בסי' כ"ב וכן המרדכי בפ' הגוזל בתרא דמחלק החלוק שכתבתי מוקי להההיא ברייתא דלהביא כרוב וכו' שנותן לו שכרו משום דהוי רגילות לתת בעד רפואות הרבה כמו שכתבו שם תשובות השייכות וכן המרדכי במקומות הנז' ואני בעניי ראיתי שהתוספות בפרק מצות חליצה חלקו חלוק של רבינו שמחה שכתבו שם דף ק"ו וז"ל אין לו אלא שכרו היינו דוקא כגון ששואל דבר גדול במקום שאין לוקחין אלא דבר מועט וכן ההיא דהגוזל בתרא גבי הלך להביא

דורמסקין לחולה דאין לו אלא שכרו אבל היכא שלוקחין דבר גדול התם אין יכול לומר משטה אני בך וכו' גם הרא"ש שם בפסקיו כתב כיוצא בזה משמע דאית להו חלוק של רבינו שמחה:

איברא דקשיא ליה שם בדברי התוספות שכתבו ההיא דכרוב אין לו אלא שכרו לבד ובפרק הגוזל הביאו ההיא ברייתא ואמרו שם נותן לו שכרו משלם דמשמע אפילו שלוקח יותר ממה שהוא הרגילות וכמו שכתבו הם בפרק הגוזל בתרא דהכי דייק לישנא דמשלם ואפילו תאמר דבפרק מצות חליצה לית להו ההוא פירושא ולא דקדקו מלת משלם אלא פירשו שלא שכרו יותר ממה שראוי לו ונותן לו שכרו משלם ר"ל מה שראוי לתת לו אם קצב עצמו אבל אם קצב יותר לא יתן מ"מ פירוש זה אי אפשר דא"כ מאי פשיט תלמודא בפרק הגוזל בעיא גבי אומר לחבירו אני אציל את חמור שלך ותתן לי דמי חמורי ובעי התם ירד להציל ולא הציל מהו ופשט מברייתא דלהביא כרוב וכו' דנותן לו דמי החמור שלו ופריך למ"ד דאין לו אלא שכרו הא מאי פשיט התם אינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו לבד אבל כאן גבי חמור נותן לו דמי חמורו שהוא יותר מהשכר הראוי אלא ודאי שצריך אתה לומר דהתם ע"כ נותן לו יותר ממה שראוי לו וכ"כ שם נ"י וז"ל וכן נראה מדדמי לה להא דירד להציל שנותן לו דמי שלו ע"כ משמע דמוכרח לפרש כן בפשט השמועה כדכתי' ומזה נמשך אצלי קושיא אחרת לפי מה שכתבו תשובות השייכות לספר נזיקין והמרדכי דהרפואות הוי דבר רגילות ליתן בהם הרבה א"כ מאי פשיט תלמודא בעיא בפ' הגוזל נימא דהתם נותן לו שכרו משלם מפני שכן דרך לתת בעד רפואות החולה הרבה מה שאין כן בחמור שאין דרך לתת דמי חמור שלו בעד הצלת חמור אחר ואולי י"ל דלא אמרו שם דרפואות דרך ליתן דמים מרובים אלא רפואות חשובות כמו סמנין שאינן מצויין חבל לא כרוב ודורמסקין שהוא דבר מצוי הרבה:

ומ"מ קשה הרב הכהן נר"ו אשר כתב דרבינו שמחה מפ' ההיא ברייתא דחולה משום דרגילות לתת שכר הרבה דא"כ לא פשיט תלמודא ולא מידי ולייישב דברי התוספות בפרק מצות חליצה מה שהקשיתי לעיל נראה לי דהתוספות אית להו ג"כ בפרק מצות חליצה דברייתא דכרוב איירי בנותן לו יותר מהרגיל ואיירי כשמפסיד יותר ממקום אחר אבל אינו מפסיד אינו נותן לו אלא שכרו ומ"ש בפרק מצות חליצה וכן ההיא דהגוזל בתרא דאין לו אלא שכרו וכו' לאו משום דברייתא קאמרה דאין לו אלא שכרו אלא אדרבה שכרו משלם קאמרה אלא טעמא דהתם הוי מפני שמפסיד במקום אחר אבל אם אינו מפסיד אין לו אלא שכרו ולזה אמרו דטעמא דאין לו אלא שכרו כשאינו מפסיד מפני ששואל דבר גדול ודברי התוספות מ"ש בפרק הגוזל ובפ' מצות חליצה א' הם ודוק.

ולפי זה נמצאו דברי התוספות והרא"ש ורבינו שמחה שוים דכלם מחלקים בין היכא דהדבר שנותנים שכר הרבה לאין נותנים שכר הרבה והטור בה' פועלים סימן של"ה ובהלכות אבדה סימן רס"ד כתב דינים אלו כפשטן ולא חלק בחלוק זה אבל מ"מ אני תמוה קצת דביו"ד בהלכות חולה סי' של"ו כתב דמי שיש לו סמנין וכו' אפילו פסקו בדמיהם הרבה אין לו אלא דמיהם אבל שכר הרופא כל מה שקצב צריך לתת לו משמע קצת דהוא מחלק חלוק זה דהסמנין אין רגילות לתת הרבה אבל הרופא החכמה מכר לו ואין לו דמים ובהלכות חליצה סי' קס"ט כתב גבי חליצה מועטת ע"מ שתתן לי מאתים זוז דאם יש מענה שאינה חפצה בו יכולה לומר לו משטה אני בך ואינו נותן לו כלום ונראה טעמא כדכתב הרא"ש בפסקיו דכאנוסה היא ולכך יכולה לומר לו משטה אני בך ולמה לא חלק שם אם שואל לו דבר הרבה או דבר מועט דאם שואל לו דבר מועט שדרך לתתו אף ע"ג דהיא אנוסה חייב ליתן דהרי בבי חולה כאנוס הוא ומ"מ גבי רופא שדרך ליתן הרבה כתב בי"ד שחייב ליתן לו והרא"ש בפסקיו בפרק מצות חליצה חלק בכך בדין זה וכן רבינו ירוחם בס' משרים והטור ז"ל היה לו לחלק בכך ולא לסתום כ"כ בחליצה ובשאר המקומות כדכתיבנא וצ"ע. למדנו דעת רוב הפוסקים לחלק בין רגילות לתת שכר הרבה לאין רגילות ואפילו המורה שהביא דבריו הגהות מרדכי בפ"ק דקדושין אפשר דאינו חולק על זה ולא הזכיר דין זה משום דלא שאלו לו על דין זה אלא על דבר הקנין וגם אם יכול לומר מיראה נתחייבתי אבל חלוק זה הוא מוסכם והוא מודה ואני בעניי לא ידעתי הכרח להחכם השלם הרב כהן צדק נר"ו שתפס במושלם דלית ליה לרב המורה חלוק זה גם כתב דרבינו שמחה בעי תרתי כדי שיהא חייב שיפסוק הדבר מרצונו וגם שהדבר שפוסק הוא רגילות לתת כן ואני בעניי לא ראיתי לרבינו שמחה לא בתשובות ולא במרדכי פרק הגוזל בתרא שהזכיר אלא חלוק דרגילות לתת שכר הרבה להיכא דאין רגילות לתת שכר הרבה אבל חלוק דצריך שיתן מרצונו לא ראיתי אלא בתשובות השייכות סימן כ"ב כתב בסוף דבריו אבל הכא אם לא מרצונו הוה מקנה מי הזקיקו לכך ע"כ ואי משום הא לא איריא דלא כתב כן אלא לסלק קושית האסמכתא שהקשה גבי מבשר יע"ש:

עלה בידינו דלפי רוב הפוסקים מחלקים בין רגילות לאין רגילות ובנ"ד ודאי דרגילות לתת הרבה נלמד מק"ו דשכר הרופא דכתב הטור בסימן של"ו שחכמתו מכר לו ואין לו דמים כ"ש חכמת התורה המאירה בעולם הזה ובעולם הבא ואי משום דאינו דומה הבא טעון להבא ריקן ומשום הכי לא יתנו לו כל שכרו אלא יפחתו לו הטורח הרי כ' הרשב"א ז"ל הוזכרה בב"י סימן של"ג גבי בני חבורה ששכרו חכם לדרוש דאדרבה לב

הדורש שמח וכו' ואע"ג דבסימן אלף קנ"ז ותרמ"ב תלה הפרעון בראיית ב"ד דאם נראה להם דיש לו טורח נותן לו כפועל בטל לא כתב שם הרב כן אלא גבי מלמד תלמידים דיש לו טורח קצת אבל חכם מרביץ תורה ודורש ודאי דעונג היה לו להשמיע תורה להם ולכך בההיא תשובה דבני חבורה ששכרו חכם לדרוש לא חלק בכך. גם יש טענה אחרת לחכם נר"י שהפסידוהו ממה שהיו נותנים לו בטריקול"ה ואע"פ שיאמר אומר שלא הפסידוהו כל כך כבר כתב הרא"ש ז"ל בפרק אלו מציאות גבי פריקה וטעינה מידי דהוה אטול דינר וכו' וכיון שיש לו קצת הפסד יטול כל מה שפסק לו משמע דכשיש לו קצת הפסד סגי אע"פ שאין לו כ"כ הפסד אף ע"ג דמדברי התוס' בפרק הגוזל בתרא שכתבו בההיא ברייתא דחולה שהבאתי לעיל כתבו שהוא מפסיד במקום אחר כיוצא בזה משמע מלשון זה שצריך שההפסד יהיה כמו מה שנותני לו וכן נראה מלשון רש"י ז"ל שכתב שם גבי דאפסדתן כווריי בזוזא והיינו בשכרו דקתני טול דינר שאתה מפסיד כאן והעבירני ע"כ משמע דצריך שיהא ההפסד שוה מ"מ בנ"ד כ"ע מודו מטעמא דרגילות לתת שכר הרבה כדכתיבנא אע"פ שלא יהא ההפסד שהפסיד מטריקול"ה כ"כ כמו השכר שנותנים לו כאן:

הכלל העולה דהדין עם החכם השלם כה"ר שלמה מבורך נר"ו ולענין השבועה על השכר שעבר ודאי דאפילו השכירות בשטר השוכר נאמן לומר שפרע אחר שעבר הזמן וכיון דזמנו לפרוע כ"כ בכל שבת ודאי דעבר הזמן מקרי וכ"כ הטור בסי' שי"ז דאפילו השכירות בשטר אם עבר הזמן נאמן לומר פרעתי וכתב הריב"ש בסימן ש"ג דאפילו כתוב בשכר השכירות וקנינא מיניה על כל מאי דכתיב לעיל נאמר דקאי קנין אשכירות ולא אפרעון ונאמן לומר פרעתי ואם כן לפי זה הקהל באמנים בשבועתם לומר פרעתי אבל מ"מ אני חוכך בדין זה מפני שכתוב בשטר ונאמנות וכו' וא"כ משמע דהאמינוהו הקהל לחכם הנז' ואם כן הוא נאמן לומר פרעתי. איברא דלא ראיתי בשטר השכירות שהוזכר קנין כלל ואף על גב דפועל כיון שהתחיל במלאכה הרי היא לו במקום קנין ואין ב"ה יכול לחזור בו בה' פועלים סי' של"ג דאם חזר ב"ה אחר שהתחילו במלאכה ינתן לו כפועל בטל מ"מ לענין הנאמנות איכא מ"ד דצריך קנין עליו ואף ע"ג דבריש הלכות נאמנות כתב הטור דכשהתנה בשעת הלואה אינו צריך קנין וזאת היא סברא מוסכמת מרוב הפוסקים ושעת התחלת המלאכה לפועל היא כשעת הלואה מ"מ בה' כתב ידו סימן ס"ט כתב ואם כתב בו נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו וכו' וי"א שצריך שיקנה בקנין על הנאמנות משמע דלא מהני אא"כ יקנה על הנאמנות בקנין ואפי' בשעת הלואה דהם לא חלקו בכך וכן נראה מדברי בעל התרומות שהביא סברא זו דמשמע דאית להו

דהא דאמרינן מתנה שומר חנם להיות כשואל לא נאמר לענין נאמנות אלא נאמנות צריך קנין יע"ש שער כ"ו והתם בשעת הלואה משמע ומ"מ משמע דבעי קנין וכיון שכן דיש אומרים אמרי הכי י"א תרי משמע וכבר נודע דכיון דאיכא תרי יכולים לומר המוחזקים קים לן כוותייהו ויהיו הקהל פטורים בשבועתם אלא שמ"מ יש להחמיר מכח השבועה אשר בשטר וכיון שהאמינוהו בשבועה שכן כתיב בשבועה על כל הכתוב בשטר זה מראש ועד סוף וא"כ משמע דקאי נמי אנאמנות ראוי להחמיר בשבועה ולומר דמהני נאמנות וכ"ת זיל לאידך גיסא כיון דמן הדין אינם חייבים דמצי למימר קים לי גם מכח השבועה אינם חייבים דמעון אין כאן שבועה אין כאן וכדכתב הרב מהריב"ל ז"ל בסוף חלק ב' מ"מ דעת הרב מורי ז"ל בפסקיו הוא בהפך אלא דאע"ג דמכח הדין אינו חייב ראוי להחמיר מכח השבועה כדכתיבנא ולכן אני אומר הירא את דבר ה' יהא נזהר מעונש שבועה ויאמינהו להחכם שנז' אף ע"ג דמכח הדין הדין עם הקהל הנלע"ד כתבתי וחתמתי: הקטון חייא אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכח

שאלה שמעון ולוי אחים קנו חזקת בית א' בהמתנה מיהודה בכ"כ ואילנסייאש כך וכך ואילנסייאש בכל שנה עד תשלום ג' שנים ועשו שטר חוב ביניהם וליפוי כח מיהודה שעבדו האחים ג"כ הבתים הנז' והנה לזמן פרעון הא' מהואלינסייאש נפלו דברי ריבות בין האחים הנז' עם יהודה הנז' ובא יהודה ואמר לעדים החתומים על השטר שילכו להעיד לפני ערכאותיהם והעדים לא רצו ללכת רק קראו לאחים הנז' ודברו על לבם ויתפשרו אותם בזה האופן שהפרעון הא' יהיה בכ"כ ואלינסייאש והפרעונות אחרות יפרעו בכ"כ מעות בעין ליהודה והבתים הנז' יהיו ג"כ משועבדות ליהודה ובזה נתפייסו הב' כתות אך יהודה טען ואמר שהיה רוצה שיהיה קיים בידו השטר הא' מהואלינסייאש שהיה ירא אולי בתוך זה הזמן נתנם במתנה לאחר כמו שנתברר הדבר אח"כ או משכנו אותם ונמצא שמה שמשעבדים לו עכשיו הוה ליה כמאן דליתיה שכבר קדם אחר וזכה בהן אשר על כן באו האחים הנז' לו וא"ל שיעשה השטר עצמו אות באות אך שבמקום סכום ואלינסייאש יכתבו סך ממעות באופן שישארו הבתים משועבדות לו כבתחלה והעדים הראשונים הם הם העדים עצמם ובזה נתרצו ונתפייסו והעדים בראותם שנתפייסו הב' כתות ושאלו לחכם העיר אם יוכלו לעשות כדבר הזה ואמר להם כיון שאתם מתרצים בזה שיוכלו לעשות כן חתמו העדים כדי לתווך השלום ביניהם והנה לזמן הפרעון הב' כתות לחרחר ריב על ענין ירידת המעות והלכו לפני דיין מישראל

והדיין עצמו הוא היה מחזיק הריב עד שבהמשך הדברים הוציא לעז בעדים אשר על כן בא השואל לשאול אם יש בזה הענין שום צד פסול כלל כיון שהעדים לש"ש כוונו לשום שלום ביניהם ובפרט שהב' כתות נתרצו לעשות השטר הזה בזה האופן דמה דאמרינן שטרי חוב המוקדמים פסולים ה"מ היכא שהעדים מכוונים להעיד לחייב את הלוה שלא מדעתו אבל היכא שהוא מדעת הלוה כנ"ד לא. ועוד שבנ"ד העדים מהשטר הא הם הם העדים מהשטר הב' ועל האמת חתמו ולא היה הפרש מהשטר הא' לב' רק מואלינסייאש למעות ועוד שהעדים הם שלשה לכן יורנו מורנו וגאוננו אורנו אור ישראל והדרו הדין ומה' יהיה משכורתו שלמה:

תשובה נראה לי ודאי דאין ראוי לפסול העדים על כך אדרבה אני אומר שיש פנים להכשיר השטר כמו שאבאר בה"י תנן בפרק גט פשוט מי שנמחק שטר חובו יעמיד עליו עדים ובאים לב"ד וכתב הטור בח"מ סימן מ"א אבל עדים בלא ב"ד לא יעשו שטר מזמן שנמחק וכיוצא בזה אמרינן בההוא פרקא גבי מי שפרע מקצת חובו דב"ד מקרעין את השטר וכותבין לו שטר אחר מזמן א' ואמרו שם טעמא בשלמא ב"ד אלימי לאפקועי ממונא אלא עדים שעושים שליחותם חוזרים ועושים שליחותם:

איברא דראיתי תשובה להרא"ש כלל ס"ח סימן כ"ז הוזכרה בב"י בסימן הנז' דפליג על הטור שכתב שם וז"ל ולא מבעיא זה שנכתב בטעות אלא אפי' נכתב בדין ובא ליד המלוה וידעו העדים שנקרע או נשרף ולא נפרע כותבים למלוה שטר אחר כדאיתא בפרק ג"פ תיר מי שבא ואמר אבד שטרי וכו' אין כותבין בד"א בשטרי הלואה וכו' והא דאין כותבין בשטרי הלואה היינו כשאין ידוע לעדים אבל כשידוע לעדים שאבד כותבין לו שטר אחר כמו בשטרי מקח וממכר ולא אמרי' עשו עדים שליחותם ע"כ משמע דאית ליה דמתניתין דנמחק שטר חובו וכו' דצריך לבא לב"ד היינו משום דהם עדים אחרים אבל עדי השטר עצמם דידעו שנאבד או נמחק כותבין וזה דבר תימא בעיני דבפ' גט פשוט על ההיא דאמרי' עשו עדים שליחותם הקשו ולא והא אמר רב יהודה אמר רב עדים כותבין עשרה שטרות על שדה אחר ופי' רשב"ם מי שאבד שטרו ואמר לעדים כתבו לי אחר חוזרין וכותבין אפי' עשר שטרות זה אחר זה ותירצו רב יוסף אמר בשטר מתנה וכו' משמע דהעדים עצמם אין יכולים לכתוב שטר אחר אפילו שידעו שנאבד משום דעשו עדים שליחותם. ותו קשיא דהוא עצמו כתב בכלל צ"ד וז"ל ומה ששאלת אם יכולים ב"ד לעשות שום דבר בזה אם היה עד א' שמעיד על כך היו כותבין לו שטר אחר אבל כיון דליכא תרי סהדי לא מצו ב"ד למכתב שטרא אחרינא וכו' משמע לכאורה מהלשון דב"ד הוא דכותבין ולא עדים הפך הנאמר בכלל ס"ז. ותו קשיא דבכלל צ"ד כתב דאפילו

נאבד אין כותבין לו ב"ד שמא ימצאנו אלא אם יש ערים שנשרף זולת באותו הנדון שנפל מיד אחר וכ"כ הטור בשמו סימן מ"א ובכלל ס"ז כתב דאפילו שידעו שנאבד לחוד סגי ואע"פ שקושיא זו איתא ג"כ בדברי הטור שכתב שם וכתב א"א הרא"ש ז"ל בתשובה וכו' או כיוצא בו כגון שידוע לעדים שאבדו וכו' ובתשובה אחרת כתב וכו' הרי התשובות שהביא הטור סותרות זו אינה קושיא דבתשובות הרא"ש ז"ל, ראיתי שאין כתוב שם אלא כיוצא בו לבד והאי כגון הוא פי' הטור דפריש מאי דהיה סבור הוא מסברא דנפשיה ואחר שאח"כ ראה בתשובה אחרת שאין אותו הפי' אמיתי אלא צריך שיעיד שנשרף אבל התשובות הנזכרות שהבאתי הם סותרות אלא שלזה יש לתרץ דהאי אבד הוי מיד אחר או אפשר דהוא נקט לישנא דברייתא דקאמר מי שאבד שטר חובו וכו' וכבר פי' הוא בכלל צ"ד דפי' הברייתא שאבד ר"ל אבד באור דהיינו נשרף וכי האי גוונא הוי פי' לשונו אבל קושיות הראשונות עדיין צ"ע מ"מ דעת רוב המפורשים ודאי דאין העדים עצמם יכולים לכתוב שטר אחר דעשו שליחותם. וא"ת הרי כתב הטור ז"ל בסימן שפ"ז גבי טורף שטרותיו של חבירו שאין עדים וכו' שאם יש עדים שיודעים וכו' שהעדים יעשו למלוה שטר י"ל דהאי דקאמר העדים ר"ל שיבאו לב"ד ויעשו לו שטר אבל עדים ודאי לא:

וראיתי מחלוקת בטעם הדבר לע"ד בין התוספות ורשב"ם והרב הנמוקי דלפי' התוס' טעמא דנמחק שטר חובו וכן מי שפרע מקצת חובו אין כותבין העדים השטר מזמן הראשון הוא משום דדומה למוקדם אבל מן הדין ודאי אינו מוקדם אלא משום דלא אתו למטעי פסלוהו וכן כתבו בפרק גט פשוט בהדיא בדבור המתחיל אלא עדים שעשו שליחותם וכו' וז"ל בסוף הדבור שא"כ יאמרו כל שטר מוקדם וכו' ואתי למחתם בשטר מוקדם אבל במה שיכתבו לו ב"ד מזמן ראשון לא יבא לחתום בשטר מוקדם כי ידעו שהוא פסול ובזה יתלו הכשרו וכו' וכיוצא בזה כתבו בדבור דלעיל מיניה כמה פעמים דדומה למוקדם אבל מן הדין אינו מוקדם אבל מדברי רשב"ם נראה שהוא מוקדם גמור שכ"כ וכותבין אותו מזמן ראשון לטרוף שלא כדין מזמן ראשון דמן הדין לא אלים וכו' משמע דמן הדין הוי מוקדם והרב הנמוקי ביאר הדברים יותר שכתב לא עשאן שלוחין אלא לכתוב שטר אחר והשטר ההוא כבר נפקע כשנפרע וכו' דשליחותן הא' כבר נגמר ונפקע והוא אינו יכול עתה לעשותן שלוחין וכו' מבואר מדבריו שם דמן הדין היה מוקדם ודלא כהתוספות ונראה לע"ד דאיכא נפקותא בין תרי טעמי דלטעמא דתוספות לא הוי השטר פסול אם עשו כן העדים כיון דקי"ל כרבנן דאמרו באיזהו נשך דלא קנסינן התיר' אטו איסור' וטעמ' דפסול מוקדמין הוי גזרה שמא יגבה מזמן ראשון א"כ בנמחק שטר

חובו או במי שפרע מקצת חובו אפילו יגבה מזמן ראשון גבי כדינו ולא הוי אלא גזרה שמא יעשה שטר מוקדם אחר אין ראוי לפסול השטר בשביל כך ראיה לדברינו שטר שיש בו רבית דמדמי ליה להא התם דשטרי חוב המוקדמין אם הרבית מפורש בשטר כיון דליכא גזרה שמא יגבה הרבית השטר כשר לגבות ממשעבדי אע"ג דנעשה באיסור ושלא כדין שכתב הרב ב"י בסימן נ"ב בשם ה"ה דהמוצאו יקרענו ואם יבא לב"ד יקרעוהו מ"מ לא קנסו לגבות את הקרן. וגדולה מזאת כתב הרב מהר"י קולין בשרש י"ז דאע"ג דיש עדים על הקרן ואינו מבורר בשטר לא קנסו רבנן אע"ג דאפשר לבא לידי תקלה יע"ש כ"ש בהא דלא הוי אלא גזרה לגזרה גזרה דילמא אתי לעשות שטר מוקדם ושטר מוקדם הוי גזרה שמא יגבה מזמן ראשון וסברא זו נכונה בעיני לפי טעמם של בעלי התוספות דהשטר הוא כשר ומה שכתוב בהגהות אשר"י הוה ליה מוקדם ופסיל הוא משום דסובר כרשב"ם והרב הנמוקי ז"ל דמשום הכי כתב הוה ליה מוקדם ולא אמר דמדמי למוקדם ולזה כוון הרב ב"י ז"ל בסימן נ"ג שכתב על זאת ההגהה דהיא כסברת רשב"ם ז"ל כלומר דהוי פסול מדינא ומוקדם מן הדין כדכתיבנא ואף ע"ג דבהגהה כתוב פי' ר"י אולי לבעל ההגהה היה נוסחא אחרת בר"י דדעתו כדעת רשב"ם או תרי ר"י הוו ובודאי שלא הייתי תוקע עצמי לנפקותא זאת אלא שיספיק לנו לתת פנים להכשר השטר: ועוד יש לי פנים אחרים דבשטר זה כתוב ג' עדים ואמרינן בפרק י"נ ג' שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין ופי' רשב"ם שם דוקא שלא נתכוונו להעיד ולא הוזמנו להעיד אבל אם נתכוונו להעיד אין עד נעשה דיין והתוספות כתבו דאפילו נתכוונו להעיד וכ"כ הרב הנמוקי בסנהדרין וכתב שם דאיכא מ"ד אפילו הוזמנו להעיד וכיון שכן בנ"ד אע"ג דכתוב בשטר בפנינו עדים ח"מ נאמר דאלו נתכוונו להעיד והם דיינים דעד נעשה דיין כיון שהוא עד הרואה ולא עד המעיד ואע"ג דאיכא מ"ד דבעינן הגדה בדיני ממונות ולכך אין עדים יכולים להיות דיינים הרי כתב הריב"ש בסימן תי"ג בשם כמה גדולים דלא בעי' הגדה בדיני ממונות וכתב שם שיש בידו תשובה מהר"ן ז"ל דהכשיר מעשה ב"ד על גט שנמסר שראו שנמסר הגט בפניהם לפי שרוב המפו' והגדולים הסכימו דלא בעינן הגדה בדיני ממונות. איברא דקשיא לי קצת בההיא תשובה הביאה הריב"ש ז"ל בסימן ש"ץ ולא סמך הר"ן על הטעם ההוא אלא נתן טעם אפילו למ"ד דבעינן הגדה בדיני ממונות אלא שמשום שנחלש הטעם מפני שבעל שאמר גרשתי חיישי' לה לכך נסתייע מכל הגדולים שהסכימו כן אבל הא לחוד לא סגי ליה מ"מ למדנו דעתו דלא בעינן הגדה בדיני ממונות א"כ אף ע"ג דהוו עדים וכתוב שם שהם עדים כיון דהם עדים הרואים נאמר שלא סלקו עצמם מלהיות דיינים דעד הרואה נעשה דיין ונאמר כן כדי לקיים

השטר בכל מה שנוכל דכבר השרישנו כן הריב"ש בסי' תש"ג בהקדמה שלישית והביא כמה ראיות לדבר דיש לנו לתלות בכל מה שאפשר כדי להחזיק השטר בכל מה שנוכל. וראיתי להרב מורי ורבי ז"ל בפסקיו הראשונים סי' קפ"ג שכתב דאע"ג דאין מקבלים עדי צואה היכא דאיכא יתומים קטנים אם העדים ג' הוו כב"ד ומוציאים ממון על פיהם וכתב שבזה כ"ע מודו ולא יוכלו היתומים לומר קים לן דליכא בזה פלוגתא:

איברא שקשה לי קצת על מורי ז"ל למה לא חקר דאם נתכוונו להעיד לא יוכלו להיות דיינים לפירש"י ורשב"ם ועדיין לא יצאנו עידי מחלוקת מ"מ למדנו מדברי מורי ז"ל דאלימי ג' להיות ב"ד וכיון שכן נאמר דאע"ג דכתוב בשטר לשון עדים הם עדים וגם דיינים וב"ד יכולים לכתוב שטר דאלימי לאפקועי ממונא. איברא דגם על טעם זה איני סומך דראיתי להריב"ש בסימן שי"ח שכתב ואף ע"פ שבנדון זה מזכיר בשטר השליחות שהם עדים ואין מזכיר שהיו ב"ד אין חשש בזה לפי שכבר נראה מתוך לשונם שהיו ג' עם השליח וכבר הם ב"ד בצרופו אלא שהם חותמים עדים על מה שנעשה בפניהם בהיות שלשה בצרוף השלי' ודמיא הא למאי דכתב הרא"ה ז"ל בההיא דפרק האשה שנתארמלה דג' שישבו לקיים את השטר וכו' הכא נמי כיון שאין זה חמור מקיום שטרות אבל ראוי להיות קל ממנו כל שנראה שהיו ג' בצירוף השליח די ע"כ ואע"ג דהראיה שהביא מהרא"ה אינה מוכרחת דשאני התם דלא כתב לה לשון טוב ולא לשון גרוע דליכא לא לשון עדים ולא לשון דיינים אבל בנ"ד היא לשון גרוע דאם הם ב"ד לא היה לו לכתוב לשון עדים מפני שהרגיש בחולשת הראיה כתב ודמיא וכו' ומ"מ נראה דלא סמך על טעם זה אלא בדבר דרבנן דקיום שטרות דרבנן אבל בנ"ד דהם מעידים על עיקר השטר לא נסמוך על טענה זאת מ"מ למדנו דיש פנים להכשיר את השטר והגם כי לא יספיקו להוציא ממון בודאי משום דבכל מה שכתבתי איכא פלוגתא דרבוותא ולא עוד אלא שאין הדברים מוכרחים כ"כ מ"מ יספיק לנו לסתום פי המדבר פסול על העדים דכיון דיש פנים להכשיר את השטר א"כ אין זה פסול ח"ו כדאי לפוסלם. זאת ועוד אחרת כי כבר נודע דכל דבר שהעדים מצויים לטעות אין לפוסלם בשביל כך וכמ"ש הרמב"ם בפרק ב' מהלכות עדות וז"ל בד"א כשעבר על דברים שפשט בישראל שהן עבירה כגון שנשבע לשקר וכו' יע"ש כ"ש בנ"ד דאין פסול זה ברור דיש מקום להכשיר השטר כדכתיבנא: ובר מן דין היה די לנו ההיא סברא של ר' יהודה בגמרא דהעדים יכולים לעשות שטר מזמן הראשון וכשיטעו העדים בסברת ר' יהודה אין ראוי לקרותה פסולים לכן אני אומר כיון שעדים אלו לא הוסיפו על השטר הראשון אדרבה אמרו אלי שגרעו מהסך הראשון ששמו הואלינסייאש בערך היותר פחות שאפשר למוכרם ושמו

אותם במעות ועשו השטר מזמן הראשון ודאי דאין לפוסלם בשביל כך ח"ו דאדרבה יש מקום קצת להכשיר השטר ומה גם כי יש בתוכם חכם ירא אלהים מוחזק בכשרות דכתב הריב"ש בסימן תי"ג אפילו יש עדים שהלוה ברבית קציצה מלמדין עליו זכות כ"ש בנ"ד דלא טעה אלא בדבר נקל מאד שודאי הוא כשר ובחזקתו הראשונה הוא עומד ומי שקורא לעדים אלו פסולים עתיד ליתן את הדין וגדול עונו מנשוא וצריך לבקש מחילה וסליחה וכפרה כי חלל התורה: נאם הק' אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה:

שאלה רכט

ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת החכם השלם הפוסק נר"ו אשר כתב קרוב לשמונה עשר דפים ודבריו מתוקים מדבש ונופת צופים ופלפוליו ערבים דברים טובים אך אמנה האריך במילתא דלא צריך אי לזאת לא אכתוב במקצת דבריו אשר יש לי להשיב עליו לבד זה באתי להפך בזכות הרב הגדול מורנו מהר"י ן' לב ז"ל הקשה עליו דמה שכתב חלק ראשון דף קל"ב בכללי המגו דהוציא כלל מדברי רשב"ם בפרק יש נוחלין ממה שכתב גבי היכא דאמר יש לי בנים ויש עדים שיש לו אחים דאע"ג דאית ליה מגו במאי דאמר יש לי בנים דהרי בידו לגרשה לא מהני ליה דהוי מגו להוציא וכי היכי דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא ה"ה הא וקשיא ליה להחכם הפוסק נר"ו דשאני ההוא מגו דגריעא כדכתבו התוס' דאם היה מגרשה היה פוסלה מן הכהונה והשתא שאומר בני זה לא כסיל לה ומשום הכי לא מהני במקום עדים דיש לו אחים ולי נראה לתרץ דמפשט לשון זה דרשב"ם ממ"ש כאן ועוד כתב באותה סוגיא דף קל"א גבי מאי דאמר התם ועוד דאמר בשעת מיתה וכו' כתב שם כדאמרי' נמי לעיל דאע"ג דמוחזק לן דאתי ואמר זה בני נאמן להתירה משום מגו דאתי מגו ומרע לחזקה ע"כ משמע מפשט דברים אלו דחזקה לחודא מרע מגו אבל לא עדים אע"ג דגם שם יש לדחות דלא אמר אלא מגו גרוע כי ההוא מ"מ פשט המאמר אינו מוכיח כן כיון דלא הוזכר גריעות זה בדברי רשב"ם כלל ומה שהקשה דאיך דמה איסורא לממונא ודאי דאין לדמות דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ובאיסורא אזלינן אחר הרוב וא"כ טפי עדיף חזקה דממון מחזקה דאיסור אלא שדמה דהוי כאן עדים גבי איסורא כמו חזקה דממון וכי היכי דהתם לא מפיק מחזקה גבי איסורא לא מפיק מעדים זה נראה ליישב דברי הרב הנז' ואני חמוה על דברי החכם השלם הפוסק כעין מה שתמה הוא על הרב מהריב"ל ז"ל דאיך דמה מגו להוציא דנדון דידיה לההו' דהתם דנדון דידיה הוי דהעדים אמרו תפסת סימנים והוא אומר לא תפסתי ומתרצינן דבוריה ואמרינן לא תפסתי במקום הפוסל אלא במיעוט הסימנין

ומגו כי האי לא הוי מגו אלא תירוץ דמתרצינן דבוריה דומה למה שאמרו בכריתות בפ' אמרו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי דר"ל דמתרצינן דבוריה והוי כאלו אומרו בפירוש והך מגו אמרינן אפילו להוציא אבל מגו דלא אמרינן להוציא הוא שאנו מאמינים אותו בהך טענה במגו שהיה יכול לומר טענה אחרת אעפ"י שעתה אינו אומרה ומגו כי האי לא אמרינן להוציא וקל להבין. גם במה שהשיג על הרב הנז' בתשובה כלל ט' סימן נ"ה דף פ"ג ע"ב בחלק הנז' דכאב שם בשם הרשב"א דלא אמרינן האמינה תורה עד א' במקום שנים בשאר איסורים והקשה שם דאיך אפשר להבין זה מדברי הריטב"א דא"כ מאי בכל מקום דקאמר עולא כיון דלא מיירי אלא בעדות דבר שבערוה לחודיה ועוד מאי האמינה תורה עד א' דהא גבי עדות דבר שבערוה לא האמינה תורה עד א' אלא שנים דילפינן דבר דבר מממון. ועוד קשה דבאיסור בעלמא סגי בעד א' לא האמינוהו רבנן אלא בחד א"כ גבי טומאה בסוטה דמדאורייתא סגי בחד כדכתיב ועד אין בה לפי זה אין להאמינו אלא בחד וכי תימא הכי נמי והרי בפ' מי שקינא גבי הא דתנן התם עד א' אומר נטמאת וכו' פריך תלמודא והאמר עולא וכו' ע"כ אלו הקושיות שהקשה ומחמתן על נפשיה בקופא דמחטא והפליג כוונת הריטב"א לדעת אחרת ממה שהבין הרב מהר"י ן' לב זיל ואני אומר אין מקרא יוצא מידי פשוטו וכוונת דברי הריטב"א לא יצאו מפשטן ואי משום מאי דמקש' מסוט' הא לא הוה קושיא כלל דסוטה נמי הוי דבר שבערוה לאסור אשה על בעלה ומה שכתב דוקא בדבר שבערוה דבעי' שנים והאמינוהו לזה כשנים אינו כמו שחשב דר"ל דרבנן האמינוהו לזה כשנים דאע"ג דמדאורייתא בעינן תרי רבנן האמינוהו כשנים ומשום הכי קשה הרי סוטה דמדאורייתא בחד סגי דאין להבין זה מכוונת הריטב"א דהרי נמוקי יוסף כתב לעיל בשם הריטב"א דמשבח רבו הרא"ה בתירוץ שתירץ דמדאורייתא סגי בחד גבי אשה ומשום הכי אמר עולא כל מקום שהאמינה תורה דמשמע מן התורה ממש א"כ לפי זה נתבטל הפי' שהבין החכם הפוסק אלא כוונתו דמה שאמר והאמינוהו בין שהאמינתו תורה בין שהאמינוהו חכמים כיון דהוי דבר שבערוה וקי"ל דדבר שבערוה הוי שנים מג"ש דדבר דבר א"כ כל מה שהאמינה תורה גבי ערוה חד הוי במקום שנים. ובהכי נסתלקו קושיותיו דהיכי קאמר שהאמינה תורה וכן מאי דמקשה מסוכה אבל אי קשיא לי הא קשיא לי דהא בפרק עגלה ערופה גבי רוצח עד א' אומר ראיתי את ההרוג וכו' הביאו להך דעולא והתם לא הוי דבר שבערוה ומ"מ נראה לי לתרץ דלאו דוקא נקט דבר שבערוה אלא כל דבר שענינו בעי עדות שנים כגון ממון דלהוציא ממון בעי שנים או רוצח להרוג נפש או ערוה משום גזרה שוה דדבר דבר כיון דהוי דבר דצריך עדות שנים לחייב או לפטור להתיר או לאסור

א"כ נאמר דכשהאמינ' תורה חד בכל דבר שיאמין אותו הוי במקום שנים כיון דהוא ענין עדות דעיקרו בעי שנים מה שאין כן באיסורין דבין להתיר בין לאסור לא בעי אלא חד דאז נאמר כשראינו שהתורה האמינה לחד דלא הוי אלא משום דבאותו עדות לא בעי חד זה נראה לי כוונת הריטב"א ז"ל. אח"כ ראיתי בדיני טרפיות להר"ש בר צמח שכתב שם וז"ל ואם הם שנים זה אומר טרפה וזה אומר כשרה אין האומר טרפה נאמן דעד אחד בהכחשה לאו כלו' הוא כמו שאמר בקדושין בפרק האומר ואפילו באו בזה אחר זה דאע"ג דאמרינן בסוטה דהאומ' נטמאת ובא עד אחד ואמר לא נטמאת שאם באו בבת אחת אין האומר נטמאת נאמן ואם באו זה אחר זה שהראשון הוי כב' והאחרון אינו אלא אח' ואין דבריו של א' במקום שנים שאני התם דלא האמינה תורה עד א' בסוטה אלא באומר נטמאת א"כ אם בא ראשון הרי הוא כשנים והאחרון אינו אלא עד א' שלא האמינתו תורה יותר מעד א' אבל בענין איסורין כל כך הוא נאמן עד א' לאסור כמו להתיר א"כ בין שבאו שניהם כא' או בזה אחר זה ה"ז כשתי כתי עדים המכחישים זה את זה ואין כאן עדים כלל ע"כ והוא מבואר כמו שכתבתי ואעפ"י שהזכיר הריטב"א דבר שבערוה נראה לי דכל מידי דבעי שנים הוי כדבר שבערוה ופירושו כמו שכתבתי כל זה הארכתי אעפ"י שיצאתי מכוונתנו למיפך בזכותיה דהרב מהר"י ן' לב ז"ל ולהבין כוונת הריטב"א ז"ל:

ועתה אבוא לנדון דידן ונאמר דפשיטא ופשיטא דהבודק הוא נאמן כיון דהוא מומחה ומוחזק בכשרות ולא היה צריך הח' השלם הפוסק להטריח עצמו להביא ראיות על זה גם ודאי אם העומדים עליו שלא ראו אם שחט הב' דיינינן להו כשמא והשוחט ברי ודאי דעדיף עד אחד ברי ממאה שישארו שמא דשמא אינו עדות לשום דבר וכל מה שהאריך החכם הפוסק על כל זה היא מילתא דלא צריך ולא בא לידי כך אלא משום יגדיל תורה ויאדיר:

אבל מה שיש לעיין בנ"ד הוא משום הא דכתב המרדכי בהגהו' סנהדרין בשם בעל העיטור דאע"ג דעדו' לא ראינו אינה ראיה כלל מ"מ אם יאמרו עדים אנן הוינן התם ודייקינן ולא חזינן מידי הוי כאומר לחברו לא ראית וכו'. וא"כ בנדון דידן נמי כיון שהעומדים שם לא ראו הוי כאלו אומרים לבודק לא ראית והוא מוכחש משני עדים וכבר הרגיש בזה החכם הפוסק וכתב דמ"מ הבודק היה קרוב יותר והיה יכול לראות ועוד דהוי מילתא דעליה רמיה ודייק טפי ואני אומר דנשאל לעומדים שם אם יאמרו דבקילוח כזה היה אפשר לראות מי שהו' קרוב מהימני' ליה לבודק ואמרינן דהעומדים מרחוק לא ראו והבודק שהיה קרוב ראה דכל מה שאנו יכולים לישב דברי העדים שלא

יכחישו זה את זה יש לנו לישב כדאמרינן בפרק היו בודקין דא' אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה בחדש טעו בעבורא דירחא אבל אם יאמרו שהקילוח חזק שאפילו הקרוב לא יכול לראות ודאי דלא מהימן דהוי כאלו העומדי' שם אומרי' לו לא ראית כיון דאומרים דיש קילוח שא"א לראות ואפי' שיאמר שאפשר לראות אלא שהוא רחוק ואינו מצוי לא מהימני' ליה לבודק ומנא אמינא לה מהא דאמרינן סוף פ"ק דמכות אמר רבא באו שנים ואמרו במזרח בירה הרג פ' את הנפש ובאו שנים ואמרו והלא במערב הבירה עמנו הייתם חזינן אי כדקיימי במערב הבירה מחזא חזו למזרח הבירה אין אלו זוממין ואם לאו הרי אלו זוממין פשיטא מ"ד ליחוש לנהוריה בריא קמ"ל. עוד שם באו ב' ואמרו בנורא בצפרא בחד בשבא הרג פ' את הנפש ובאו שני' ואמ' בפניא בחד בשבתא עמנו היית' בנהרדע' חזינן אם מצפר' לפניא מצי אזיל מסור' לנהרדע' לא הוו זוממין ואם לאו הוו זוממין פשיט' מהו דתימ' ליחוש לגמלא פרחא קמ"ל ע"כ משמ' דאע"ג דיש אפשרות דאיכא גמלי' קלים דהולכין כעוף הפורח מ"מ לא תלי' בהכי כיון דאין דרך העולם בכך וכן הטור הלכות עדות סי' ל"ז כ' וז"ל בחלוקה קמא אין אומרים מאור עיניהם של ראשונים גדול והביטו מרחוק יותר משאר כל אדם ובחלוקה בתרא כתב אין אומרים שמא נזדמן להם סוס רץ יותר מכדרך העולם ובאו בו ביום אלא משערין כפי דרך העולם ולא יותר ע"כ. גם הנמוקי כתב שם שאין לנו לשער אלא בדבר המצוי לכל וכן מזומן ע"כ. וכיוצא בדברים אלו כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות עדות א"כ נמצא דאפילו להרוג את המוזמן אנו משערין בדבר המצוי לכל אדם ולא יותר כל שכן בדבר דאיסורא דאנו משערין כן ואי בקילוח כזה דרך כל העולם לראות מי שהוא קרוב ודאי דנאמן הבודק ואם אין דרך העולם לראות ודאי דאינו נאמן אפי' שיהא לו מגו ואפי' שישבע שהרי יש שני עדי' מכחישים אותו הכחשה גמורה דעל פי השערה זאת אנו הורגים את הנפש כדכתיבנא. לכן אני אומר שאם הקילוח הוא חזק קצת ודאי דקשה הדבר לומר שאפילו העומד שם בקרוב יראה שחיטת הרוב של שני סימנים מ"מ ישאלו לעדים על כך ואם יאמרו שהיה אפשר לראות מי שהוא קרוב שם ודאי שנאמן הבודק ואם יאמרו שבקילוח כמוהו לא יוכל לראות מי שהוא קרוב שם אלא באפשרות רחוק אז אין הבודק נאמן והוי כאלו לא בדק הסימנים והיא נבלה וב"ד יפה יוציא הדבר לאמתו הנלע"ד כתבתי:

הקטון אברהם בכמה"ר משה די בוטון זלה"ה:

השאלה מהתשו' הזאת לא מצאתיה ומתוך התשובה נראה דעל זה נשאל:

שאלה רל

ראובן שהוציא על שמעון כתב ידו שכתוב בו מודה אני שמעון שאני חייב לראובן כ"כ מעות ושמעון משיב אמת הוא אבל לוי שותפך חייב לי כנגד אותו הסך ממקום אחר ואתה יש בידך ממון מעסק השותפות כנגד זה הסך ומנהג סוחרי העיר שכתב יד דינו כשטר ולא מצי ליה למימר פרעתי כל זמן שהוא קיים ושאלוהו אם נאמן שמעון במגו דפרעתי או לא:

תשובה הוגד לי ושמעתי דהאי שאלתא שאילו עלה מקמי דרבנן קשישי החכמים השלמים עמודי ההוראה אלופינו מסובלים בתורה ובמצות רבני עירנו נר"ו אך אמנה השאלה שנשאל בפניהם היה כי שמעון משיב שראובן עצמו חייב לו ממקום אחר וטענת שמעון הבאה בשאלתנו היא ששותפו של ראובן חייב לו ולכן הנני בא להשיב על דא ודא ועל הכל אשיב' ידי יד כהה עם ידא די כתבא: ואומר דטענת שמעון הבאה בשאלתנו היא בב' פנים דלפי דעת הרמב"ם והרמב"ן ז"ל שכתב הטור בח"מ סי' ע"ז הוא טוען שכיון ששותפו חייב לו הוא עצמו ג"כ חייב בשותפים שלוה הא' מהם הב' משתעבד ודוקא שיטעון שמעון בברי שהלואה זאת היתה לצורך השותפות דאל"כ יכול ראובן לומר לו הלואתך ללוי שלא צורך השותפות היתה והרי כתב שם הרמב"ן ז"ל ודוקא שהוא מודה שמה שלוה שותפו הוא לצורך השותפות וכו' אלא ודאי צריך עכ"פ שיטעון בברי שלצורך השותפות ידוע לו שהיתה הלואה זו ויש לברר אם נאמן במגו דפרעתי או לא ולפי דעת הרא"ש ז"ל שכתב שם הטור נר' ג"כ דטענתו של שמעון טענה באופן אחר והוא דאע"ג דאם שותפו של ראובן לוה אין ראובן משתעבד מ"מ הרי כתב שם דאם מעות השותפות בידו חייב לכרוע לו מחלקו של השותף ואם כן בשאלתנו ג"כ טוען שמעון דמעות השותפות בידו ויפרענו מחלקו של לוי ועתה נבא לבאר הך מגו דפרעתי אם הוא מגו טוב ונאמן שמעון או לא:. ואומר דלכאורה יש לבטלו מד' פנים הא' דהשואל הגיד לי דמה שטוען שמעון שחייב לו שותפו הוא קודם שנתחייב בכתב ידו לראובן וא"כ לכאורה נראה דבין שיטעון שמעון על ראובן אתה חייב לי קודם שנתחייבתי לך בכתב ידי או שיטעון שותפך חייב לי כפי הבא בשאלה אינו נאמן במגו דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי דאדם הכותב מכתב ידו דייק ולא היה לו לכתוב אלא היה לו להפרע ממנו וכן כתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א סי' צ"ג שנשאל על ראובן שנתן מעות לשמעון להסתחר בהם עם מעותיו של שמעון יחד בשותפות ויהי כאשר הפרידו השותפות נתן שמעון לראובן חשבון וכו' ולהיות הדבר ברור בעיניהם נתן שמעון מכתיבת ידו ביד ראובן כל החשבון וכל מה שנתן לו כבר וכל מה שנשאר עליו לפרוע משארי' הריוח וכו'

וטען שמעון כי מחובות שהיו חייבין מזמן השותפות הפסיד מהם הרבה והוא אם קבלם עליו היה שחשב שיפרעו לו וכו' והשיב הרב הנז' דאין להאמינו במגו דפרעתי דהוי מגו במקום עדים וכתב שם והוא הדין בנ"ד אין דרך בני אדם לזקף עליו במלוה חובות השותפות וכו' ובנ"ד פשיטא דהוי מגו במקום עדים וכו' וזו אינה צריכה לפנים וכו' ע"כ הא קמן דאינו נאמן לומר טעיתי בכתב ידי וא"כ ה"נ אינו נאמן שמעון במה שאומר שראובן חייב לו מקודם שכיון שהיה חייב לו והגיע הזמן היה לו ליפרע ממנו ואם יאמר שטעה בחשבונו אינו נאמן ואפילו לפי הטענה הבאה בשאלה ששותפו חייב לו נראה ג"כ דהיה לו ליפרע ממנו דהרי לפי דעת הרמב"ם היה חייב לו דאחד מהשותפים שלוה הב' משתעבד ולפי דעת הרא"ש ג"כ הרי היה לו מעות השותפות בידו וא"כ כיון שלא נפרע ממנו ודאי שהיה חייב לו איברא דהך טענה הוי אלימתא טפי אם טוען שמעון אתה חייב לי ממקום אחר דודאי היה לו ליפרע ממנו אם עצמו חייב לו אבל לפי הטענה הבאה בשאלה שטוען ששותפו היה חייב לו אינה טענה כ"כ וק"ל. אך אמנם כד מעייני' שפיר חזינן דלאו טענה היא כלל בין שיטעון אתה חייב לי בין שיטעון שותפך חייב לי דע"כ לא אמרינן דאנן סהדי דמידק דייק אלא כשהוא כותב חשבון בכתיבת ידו ונותנו לחברו ואינו לוקח ממנו אז שום דבר בשביל החיוב שמתחייב לו לא מעות ולא סחורה אבל כשלוקח אז בשעת חיוב מעות או סחורה ובשביל כך עשה החיוב כמו שהוא בנ"ד כפי מה שהוגד לי אז ודאי אינו יכול לומר היה לך ליפרע דיכול לומר שמעון בשביל שהייתי צריך למעות או לאותה סחורה עשיתי החיוב ולא רציתי למיקם עמך בדינא ודיינא על הלואה שהיית חייב לי ולקחתי המעות ליפרע מהם וכ"ש לפי הטענה הבאה בשאלה דיכול לו' לו אם הייתי מזקיקך לדין היית דוחה לי דאינך חייב בשביל שותפך וכדעת הרא"ש ז"ל והיית מכחיש לי ואומר שמעות השותפות אין בידך וכן כתב הטור בח"מ סי' פ"ה בשם י"א דפירשו ההיא מתני' דפ' שני דייני גזרות שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה דאדמון אומר אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני וחכמי' אומ' זה גובה שטר חובו וזה גובה שטר חובו ע"כ דאיירי דוקא באתרא דיהבי זוזי ואח"כ כתבי שטרא דאי כותבי' השטר תחלה אין הלוה יכול לטעון וכו' כלומר דבגמ' אוקמוה הך פלוגתא דלוה זה לחמש וזה לעשר ולוה שני ביומא דמשלם זמניה אבל אי מטא זימנא קודם הלואת השני לכ"ע יכול לומר אלו הייתי חייב לך ועל דא קאמר י"א דהיינו דוקא באתרא דיהבי זוזי וכתבי שטרא אבל אי כתבי שטרי ואחר כך יהבי זוזי אינו יכול לומר לו אלו הייתי חייב לך וכו' א"כ בנ"ד נמי אם המקום הוא אתרא דיהבי זוזי וכתבי שטרא ודאי דהוי מגו במקום עדים דהיה לו לשמעון ליפרע ממנו אבל אי כתבי שטרא

והדר יהבי זוזי יכול לומר לא הוצרכתי למעות כדכתיבנ' ואם אינם יכולים לברר המנהג שקצתם עושים כן וקצתם עושים כן שמעון הוא מוחזק ואוקי ממונא בחזקתיה:
איברא דשם כתב הטור בשם הרמ"ה דהיכא דמטא זימניה ל"ש באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי ל"ש דיהבי זוזי וכתבי שטרא יכול לומ' לו היה לך ליפרע. וקשיא לי טובא בדברי הרמ"ה דבפרק שני דייני גזרות כשהקשו בגמ' לרב ששת דאמ' בשל עולם הם שמין מההיא דמתני' דקאמ' רבנן זה גובה וזה גובה אמרו שם תרגמה רב נחמן אליבא דרב ששת כגון שלוה זה לעשר וזה לחמש והקשו בגמ' ה"ד אילימא דמטא זימניה מ"ט דרבנן ואי דלא מטא זימניה מ"ט דאדמון ותירצו לא צריכא דאתא בההוא יומא דמשלם ה' מר סבר עביד אינש דיזיף ליומיה ומ"ס לא עביד אינש דיזיף ליומיה וקשיא בפשטא דשמעתא דהך תירוצא היכי תרגמה רב נחמן אליבא דרב ששת הא ע"כ לדידיה נמי מתוקם הכי דאי מטא זימניה מ"ט דרבנן ואי לא מטא מ"ט דאדמון אלא ע"כ בההוא יומא דמשלם זמניה ויש לקושיא זו תירוצים הרב בעל המאור כתב וז"ל ושנויין אליבא דרב ששת אבל אליבא דרב נחמן אעפ"י שהגיע זמן פרעון הראשון קודם הלואת האחרון לא הפסיד המלוה הראשון לפי שיכול לומר לו לכך לויתי ממך שאגבה ממך בינונית ואגב' אותך זבורית והרי הוא זריז ונשכר ע"כ. והרמב"ן ז"ל בספר המלחמות דחה זה ותירץ דלרב נחמן מתוקם הך מתני' כמתני' דלעיל דהיינו באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי ולכך אפי' מטא זימניה אינו יכול לומר לו היה לך ליפרע וכ"ת א"כ מתניתין תניינא מאי אתא לאשמועינן טובא אשמועינן דזה גובה וזה גובה ובשלו הן שמין אבל לרב ששת לא מתוקם מתניתין אלא באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי אבל כתבי ואח"כ יהבי לא דא"כ היינו מתני' דלעיל ולכך הוצרך לשנויי הך שינוייא אליבא דרב ששת וא"כ השתא קשה לדברי הרמ"ה דכמאן מתרץ לה להך קושיא אי כבעל המאור לרב נחמן דקי"ל כוותיה אפי' דמטא זימניה אינו יכול לומ' לו היה לך ליפרע מחובך והוא סובר דהיכא דמטא זימניה בכל גוונא יכול לומר לו כן. ואי כדברי הרמב"ן הא לפי דברי רב נחמן מחלקינן בין אתרא דכתבי והדר יהבי ליהבי והדר כתבי ואיהו ז"ל אינו מחלק. ותו קשיא לי טובא בדברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל שלא הזכירו אוקימתא דגמ' דאוקמוה ביומא דמשלם זמניה דלכאורה נר' דהוא מוכרח אליבא דרב נחמן ג"כ אלא כתבו משנה כצורתה והרמב"ן ז"ל תירץ לקושיא זו שם בספר המלחמות דכיון דלרב נחמן מתניתין תניינא איירי באתרא דכתבי והדר יהבי לא הוצרך הרב אלפסי לפרש זה דכיון דאמרו במתני' קמייתא ה"ה באידך ומ"מ דוחק הוא זה דהיה לו ג"כ להזכיר באידך והרב המגיד ג"כ כתב דלהרמב"ם ז"ל מתניתין איירי דכתבי והדר יהבי

ולא הוצרכו ההלכות ורבינו לפרש כן לפי שכן הוא הדרך דכתבי והדר יהבי ונמצא לפי זה דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש כלם מסכימים לדברי הי"א ודלא כהרמ"ה ודעת יחיד הוא וזכה שמעון בדינו. ולי נראה לתרץ לדעת הרמ"ה לעיקר קושיא דאקשינן בגמ' באופן אחר ועם זה יסכימו דברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש עמו והוא דבשלמא לרב נחמן לא צריכנא לשינוייא דרב ששת דלדידיה מתוקמא מתניתין שזמן הפרעון של שני השטרות שוים וזה הלוה לחברו מעו' היום לעשר שנים ואח"כ לוה מחברו ג"כ לעשר שנים דלרב נחמן ליכא למימר אלו הייתי חייב לך למה לוית ממני לפרוע לזמן שטרך עלי היה לך ללוקח' בשביל חובך כי אם לאדמון אבל לרבנן לא מצי למימר הכי דכיון דס"ל דבשלו הן שמין מצי למימ' אע"ג דאתה חייב לויתי ממך להגבות לך זיבורית ולמגבא ממך בינונית דומה למ"ש הרב בעל המאור אבל לרב ששת דס"ל דבשל עולם הם שמין ואם זמנם שוים הפוכי מטרתא למה לי קשי' עליה ממתני' מסברת רבנן דקאמרי זה גובה שטר חובו וזה גובה שטר חובו ולא חייש להפוכי מטרתא מוכרח לאוקמי בשלוה זה לחמש וזה לעשר לא מצינן למימר כן דאי לא מטא זימניה אינו יכול לומר לו היה לך ליפרע דודאי זה אינו רוצה לפרוע לו דהוא מרויח שהוא אינו חייב לפרוע לו אלא לעשר והוא מלוה לו לחמש ומבואר זה בדברי רש"י ז"ל שהוא מפ' כן דברי התלמוד שכתב בהא לימא אדמון וכו' הא לא מטא זימניה ונוח הי"ל לזה שהלוהו ויתבענו וכו' וא"כ מתניתין לרב נחמן בכל גוונא דכתבי והדר יהבי בין יהבי והדר כתבי והיכא דמטא זימניה ודאי דיכול לומר היה לך ליפרע וכו' ואי לא מטא והוי זה לעשר וזה לעשר היינו מתני' והלכתא כרבנן. ואפשר דגם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש סוברים כן ולכך לא חילקו בין אתרא דיהבי לאתרא דלא יהבי אבל מ"מ אם דעתם כן קשה למה לא פירשו דלרב נחמן מתני' בדלא מטא ואי מטא בין יהבי והדר כתבי בין כתבי והדר יהבי יכול לומר לו היה לך ליפרע אלא ודאי עכ"פ פי' דברי הרי"ף והרמב"ם הם כמו שכתבם הרמב"ן דהרי"ף סמך על מה שפי' במתני' קמייתא. ומ"מ בדברי הרמ"ה לתרץ דברי התלמוד נ"ל נכון והוא פשוט בדברי רש"י מה שפירשתי ולפי' זה א"ש מה שאמר רב נחמן זה לה' וזה לי' כלומר דלרב נחמן הוי זה לי' וזה לי' וזמנם שוה אבל לפירו' הרמב"ן והמאור קשה לפי המסקנ' מ"ש זה לה' וזה לי'. נמצינו למדין דלי"א והרמב"ן והרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור יש חילוק בין אתרא דכתבי ויהבי ליהבי והדר כתבי כדכתיבנא. וא"כ אם מקום שמעון אתרא דכתבי והדר יהבי הדין עמו והטור ז"ל נר' שהוא מפ' כפי' הרמב"ן אלא שכתב אוקימתא דרב ששת משום דהוא סובר כדכתב מוהריק"א ז"ל דאף ע"ג דלרב נחמן מתני' לא מתוקמא בהכי מ"מ דינא הכי הוי ומ"מ קשה לי לשון הטור שכתב ואם זמן השטר שמוציא שמעון על

ראובן היה קודם שהגיע זמנו של שטר של ראובן אז בכל ענין יעמוד כל אחד בשלו ע"כ ולא היה לו לכתוב יעמוד כל אחד בשלו דהיינו כרב ששת אלא כרב נחמן דאמר זה גובה וזה גובה דבשלו הן שמין:

הטעם הב' דבשלמא לשאלה ששאלו מלפני הרבנים שראובן משיב שהוא עצמו חייב בהא ודאי יכול לומר אתה חייב לי במגו דפרעתי דבשני הטענות איכא העזה אבל לפי השאלה שהוצגה לפני שראובן משיב שחברו חייב לו אין להאמינו במגו דפרעתי משום דהוי מגו דהעזה דניחא ליה למימר שחברו חייב לו שאין ראובן מכיר בשקרו מלומ' לו פרעתי שמכיר בשקרו וה"ל מגו דהעזה ומגו דהעזה לא אמרינן לדעת הרא"ש ז"ל בפ' כל הנשבעין וכן רבינו שמשון בספר הכריתות והך נמי לאו טעמא הוא כדכ' הריב"ש בסי' שצ"ב דהסכמת כל האחרונים דמגו דהעזה לא אהני לאפטורי משבועה אבל לאפטורי מממונ' נאמן ובשבוע' ולזה הסכים הר"ן בפ' כל הנשבעין. איברא דלדעת הרא"ש ז"ל משמע דליכא חלוק בין שבועה לממון שהקשה בפ' כל הנשבעין להר"י הלוי דמה לי ממון מה לי שבועה מ"מ ודאי יכול המוחזק לומר קים לי ולהרא"ש ז"ל קשה לי מההיא דחזקת הבתים הנהו עיזי דאכלי חושלא דקאמר דיכול לטעון ולומר עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי אע"ג דאם היה טוען לקוח הוא בידי היה מעיז וכמ"ש הר"ן ז"ל בפ' כל הנשבעין ופ' שבועת הדיינין ואין תירוץ לקושיא זאת אלא לחלק בין שבועה לממון אבל להרא"ש שאינו מחלק צ"ע ועוד דבהך דטעין השתא נמי מעיז דהיום או למחר יבא לוי ויכחישנו:

הטעם הג' לבטל הך מגו הוא דלדע' הרא"ש דהשותף אינו משתעבד בשביל חברו אין להאמין ליפרע מראובן מה שחייב לו לוי מגו דאי הוה טעין לראובן פרעתי דהך הוי מגו מממון לממון וגרע מיניה והמרדכי כתב בריש מציעא דאין אומרי' שיהא נאמן באומר חציה שלי מגו דאי בעי הוה אמר כלה שלי דהוי מגו מממון לממון וכן כתב הר"ן בריש מציעא דלא אמרי' מגו מדבר לדבר ע"ש הכא נמי דכוותא וגרע מיניה דאתה אומר יהא נאמן לומר זה חייב לי לוי מגו דאי הוה בעי לומר פרעתיך לראובן והוי מממון לממון בתרי גברי ואע"ג דרבינו שמשון כתב בס' הכריתות כשכתב כלל זה ופעמים אומרים מגו מממון לממון כי הא דאמרינן מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה וכו' והטעם מפני שאינו תובע ממון וכו' ע"כ משמע דכשהוא לפטור אמרינן מממון לממון אולי בנ"ד היה מודה דגרע דהוי בתרי גברי דלא אמרינן איברא דלדעת הרמב"ם ז"ל דסובר דחייב השותף בשביל חברו כל זה בעל דהוי כאלו אומר לו אתה חייב לי וכו' וכיון שהרמב"ן ס"ל כהרמב"ם ז"ל כמ"ש שם הרב ב"י ז"ל מי יוכל להוציא ממון מיד שמעון המוחזק

שיכול לומר קים לי כהרמב"ם והרמב"ן כמ"ש מהריב"ל ז"ל בח"א סימן צ' ואעפ"י שלפי מה שכתב שם הרב ב"י בשם רבו הרב הגדול מהר"י בירב ז"ל יוצא דכשאינו ידוע מן הענין שלצורך השותפות היה מסכימים הרא"ש והרמב"ם ז"ל דאינו משתעבד ונמצא דהרמב"ן הוי יחיד בדבר מ"מ כיון דפלוגתא היא אין להוציא ממון מפני דברים אלו ועוד דאפילו לפי' זה דהרמב"ם ס"ל כהרא"ש יכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן אף עפ"י שהוא יחיד וכדכתב שם מהריב"ל ז"ל באותה תשובה דהיכא דלא דברו בדין אלא ב' או ג' מהפוסקים יכול המוחזק לומר קים לי כא' מהם אעפ"י שהוא יחיד יע"ש ואם נפשך לומר דאפילו לפי דברי הרמב"ם אינו חייב לפרוע בשביל חלק חברו דס"ל כשני שותפין שלוו דהוי כל א' חייב בחלקו וערב בחלק חברו וא"כ נאמר דיאמר ראובן חלקי שאני חייב לך תגבה מחובי אבל חלק חברי למה הרי אני ערב בשבילו וכיון דאין לך דין עם החייב איך תרצה ליפרע מן הערב זיל בתר חייב תחלה גם זה אינו כלום דהחוב שחייב שמעון לראובן הוא מעסק השותפות כפי מה שהוגד לי וא"כ הוי כאלו חייב החצי לכל שותף מהם ומנכה לכל א' חלקו:

הטעם הד' לבטל הך מגו הוא דהרי הרב מהר"ר אליה מזרחי כתב בתשובה דאינו נאמן בטענת אמנה וכתבתי ללוות וכו' במגו דפרעתי והטעם דאין הטענות שוות דטענת פרעתי גריעא דמצי למימר שטרך בידי מאי בעי ומש"ה לא אמר פרעתי ואמר אמנה ואע"ג דנדחו דברי הרב הנז' ממ"ש הטור ז"ל בח"מ בה' כתב ידו סימן ס"ט דבאמנה וכתבתי ללוות וכו' נאמן במגו דפרעתי וכן הוא עצמו חזר כדכתב שם הרב ב"י מ"מ אפשר דהיינו דוקא בטענת אמנה דגריעא כמו פרעתי ואולי יותר דהא הרמב"ם בפרק י"ד מהלכות מלוה כתב דבטוען על שטר שהוא פרוע ישבע המלוה ואם טען שהוא אמנה לא ישבע וא"כ כיון דגריעא כמו פרעתי משום הכי נאמן במגו דהטענות שוות אבל הך טענה דשותפך חייב לי עדיף ליה מטענת פרעתי משום דמצי למימר ליה שטרך בידי מאי בעי משום הכי אינו נאמן במגו אבל אין זה טעם מספיק לחייב את שמעון אבל יש לחייבו מהטעם:

הה' הנז' בשאלה דנהיגי תגרי דכתב ידו נהוג בין הסוחרים שהוא בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי וכיון דנהיגי תגרי הכי מנהגם מנהג וראוי ללכת אחריו: כלל העולה דהדין עם ראובן והאל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות בס"ד:

זעירא דמן חברייא הצעיר וקטון אברהם בכמהר"ר משה די בוטון זלה"ה: תם ונשלם שבח לאל בורא עולם: