שו״ת · אחרונים

שו"ת מהרי"ט

רבי יוסף מטראני [המהרי"ט]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שו"ת מהרי"ט

רבי יוסף מטראני [המהרי"ט]

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

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-מהריט/
הקובץ נוצר ב־15 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

חלק א 6
סימן א 6
סימן ב 12
סימן ג 13
סימן ד 17
סימן ה 22
סימן ו 27
סימן ז 28
סימן ח 29
סימן ט 30
סימן י 42
סימן יא 46
סימן יב 54
סימן יג 57
סימן יד 59
סימן טו 62
סימן טז 66
סימן יז 67
סימן יח 69
סימן יט 71
סימן כ 82
סימן כא 85
סימן כב 88
סימן כג 94
סימן כד 96
סימן כה 102
סימן כו 122
סימן כז 124
סימן כט 126
סימן ל 127
סימן לא 128
סימן לב 133
סימן לג 137
סימן לד 145
סימן לה 146
סימן לו 150
סימן לז 153
סימן לח 157
סימן לט 164
סימן מ 180
סימן מא 183
סימן מב 191
סימן מג 194
סימן מד 208
סימן מה 212
סימן מו 219
סימן מז 224
סימן מח 228
סימן מט 236
סימן נ 243
סימן נא 253
סימן נב 263
סימן נג 274
סימן נד 287
סימן נה 294
סימן נו 297
סימן נז 304
סימן נח 308
סימן נט 311
סימן ס 317
סימן סא 324
סימן סב 326

סימן סג 332
סימן סד 336
סימן סה 336
סימן סו 341
סימן סז 349
סימן סח 355
סימן סט 369
סימן ע 379
סימן עא 387
סימן עב 389
סימן עג 405
סימן עד 411
סימן עה 414
סימן עו 419
סימן עז 425
סימן עח 428
סימן עט 430
סימן פ 431
סימן פא 434
סימן פב 438
סימן פג 450
סימן פד 454
סימן פה 457
סימן פו 464
סימן פז 466
סימן פח 468
סימן פט 470
סימן צ 472
סימן צא 479
סימן צב 482
סימן צג 486
סימן צד 489
סימן צה 498
סימן צו 503
סימן צז 505
סימן צח 506
סימן צט 508
סימן ק 509
סימן קא 513
סימן קב 514
סימן קג 520
סימן קד 534
סימן קה 541
סימן קו 563
סימן קז 570
סימן קח 575
סימן קט 578
סימן קי 581
סימן קיא 586
סימן קיב 587
סימן קיג 617
סימן קיד 626
סימן קטו 636
סימן קטז 640
סימן קיז 651
סימן קיח 655
סימן קיט 670
סימן קכ 678
סימן קכא 684
סימן קכב 685
סימן קכג 694
סימן קכד 698
סימן קכה 705
סימן קכו 706

סימן קכז 711
סימן קכח 722
סימן קכט 734
סימן קל 736
סימן קלא 743
סימן קלב 755
סימן קלג 765
סימן קלד 767
סימן קלה 774
סימן קלו 778
סימן קלז 779
סימן קלח 780
סימן קלט 804
סימן קמ 820
סימן קמא 823
סימן קמב 828
סימן קמג 831
סימן קמד 833
סימן קמה 837
סימן קמו 839
סימן קמז 840
סימן קמט 844
סימן קנ 853
סימן קנא 861
סימן קנב 874
חלק ב 884
אורח חיים 884
יורה דעה 910
חושן משפט 1146

חלק א

סימן א

דזיו ליה כבר בתיה וכבן עזאי בשוקי טברי' החכם השלם מקור חכמה מעין המתגבר כמהר"ר חיים נר"ו מחיה חיים יתן לו חיים ארוכים ומתוקנים וכסא כבוד ינחילנו כצנה רצון יעטרנו, על אודות ראובן שנתחייב לשמעון סך ממון לזמן ידוע ואסר ראובן על עצמו בשר ויין אם לא יפרע לשמעון בעל חובו לזמן הנז' והגיע הזמן ומטה יד שמעון די השיב לו ויש מי שדימה להתי' מההיא דתנן חלה הוא או בנו או שעכבו נהר הרי אלו נדרי אונסין.[1] ויראה לי שמי שהור' כזאת לא עמד על עיקר השמוע' ושלש תשובות יש בדבר חדא דכלל' כייל תלמודא בכמה דוכתי דדברי' שבלב אינם דברים ומתניתין דחלה הוא או בנו היינו טעמא שהדבר ידוע שלא הדירו ע"ד שיארע לו אונס השתא כלום מזמנו אלא לכבודו והרי לא יכול אבל הכא ראובן שנדר כדי לפרוע לזמן הקצוב ע"ד כן היה הנדר דכל טצדקי דמצי למעבד לעביד ובפרט שהיה הנדר לדעת שמעון בעל חובו וכן כתב הר"אש ז"ל שם הטעם דמעיקרא לא היה בדעתו שיחול אם יעברנו אונס ודברים כי הני דמוכחי וברירי לכל הויין דברים עד כאן.[2] ואין לטעות מריהטא דגמרא ולומר דטעמא הוי משום דאונס רחמנא פטריה ולא שני לן בין מילי דמוכיחי ללא מוכיחי דקאמר והא אונס ר"פ דכתיב ולנערה וכו' וכ"ת קטלא שאני התני חלה הוא וכו' משמע דטעמא דמתני' משום דאנוס ר"פ והא ליתא דע"כ כי פטריה רחמנ' לאנוס מעונש פטריה כגון שנשבע על הככר ואכלה כה"ג פטריה רחמנא מעונש ודומיא דקרא דולנערה לא תעשה דבר אבל בנדר על תנאי ונאנס ועבר על תנאו דברים שבלב אינם דברים חל הנדר שפיר והא דקאמר וכ"ת קטלא שאני והא תנן וכו' ה"ק דלא אמרו אנוס ר"פ אלא התם בקטלא והא תנן וכו' דלא הוי טעמא משום אונם דהא לא נאמר אלא בתנאי ואפ"ה פטר משום דחזקה שלא נדר ע"ד א"כ ה"נ במתפיס שטרותיו לא שנא.[3] ועוד מהא דכתב הר"ן ז"ל על הא דאקשי' בגמ' להא דקאמר רב הונא דהמתפיס שטרותיו לבית דין ואמר אי לא אתינא מכאן ועד ל' יום שיאבד זכותו ואירעו אונס דאבד זכותו ממתני' דתנן חלה הוא או בנו כו' ופי' הר"ן ז"ל דרב הונא ס"ל דהתם כיון שזה בא לחייב עצמו היה לו לפר' כל אונסא דמתייליד דכיון שלא פירש איבד זכותו והא נמי כיוצא בו

[1] חלוק בין ההי' דחלה הוא ובנו וכו' לאס' על עצמו בשר ויין.
[2] ביאו' מ"ש שם אנוס רחמנא פטריה.
[3] מי שבא לחייב עצמו יש לו לפר' כל אונס דמתייליד.

הוא כיון שהוא עכשיו מתחיי' לב"ח בפני עדים היה לו לפרש.[4] ועוד שיש חילוק בין אונס' דמגליא ושכיחא לאונס' דלא שכיחא וכי הא דשמואל דההוא גברא דאמר הרי זה גיטיך אם לא באתי מכאן ועד ל' יום לסוף אתא ופסקיה מברא אמ' חזו דאתאי חזו דאתאי אמר שמואל לא שמיה מתיא משום דאונסא דמגלי' ובפ"ק דקידושין מוקי לה הא דשמואל אפי' למ"ד יש אונס בגיטין דוקא כגון אכלו ארי או נפל הבי' עליו דאונס' דלא שכיחא שאני.[5] ומינה לנ"ד כי מטה ידו הא שכיח ומגלי' טובא ובנדרי' פ' ר' אליעזר דמקשי תלמודא לרבנן דסברי אין פותחין בנולד היכי פתח ליה הקב"ה למשה כי מתו כל האנשי' וכו' ומפרש בגמ' כדר"ל שירדו מנכסיהם ופירשו התוס' והר"אש ז"ל והא לא הוי נולד דעניות שכיחא אע"פי שר"שי פירש שירדו מנכסיהם קודם הנדר ולא הוי נולד וכן נר' דעת הרמ"בם ז"ל מ"מ הא דאתינא למילף ילפינן דעניו שכיח' והכי איתא הת' בירו' עניות לא הוי נולד אמר ר"פ עניו' שכיחא ע"כ וכ"ש קוצר היד דשכיחא ושכיח' ואפי' בעשירי' לפעמים אינם יכולי' לתת לזמן הקצוב וכל כי האי ה"ל לאסוקי' אדעתיה ולפרש.[6] ואיברא דבס"פ שבועות שתים אמר רבא שבוע' שלא אוכל זו אם אוכל זו ואכל את הראשונה בשוגג ושניה במזיד פטור זו היא גרסת רש"י ור"ת והר"אבד והטעם פי' רש"י ז"ל שאין איסור השבועה חל אלא בשעת המעש' הראשון וכשאכל את התנאי תחילה בשוגג באותה שעה הוא דחלה ליה שבועה ובאותה שעה שכוח היה ולא קרינן ביה האדם בשבועה והשתא לפי' שטה זו היה משמע דכל שנאנס בשעת התנאי כיון שתלה הנדר בתנאי לא חל אלא בשעת התנאי ואם באות' שעה היה אנוס פטור דלא קרינן ביה האדם בשבועה.[7] ואיכא למימר שיש חילוק בין ההיא דשבועה שלא אוכל זו אם אוכל זו לפי שנדרו תלוי במעש' לפיכך לא חל עד שיעש' אבל אי הוי איפכא שבוע' שאם לא אוכל זו לא אוכל זו מעת' חייל ואם נאנס ולא אכלה אסור לאכול את חברתה.[8] ויש כעין חילוק זה לענין התרה דאסיקנא בסוף נדרים אמר רב פפא מחלוקת בהפרה דבעל אבל נדר להתענות יום ידוע מתירין לו קודם משום דזמן ממילא אתיא וכן הביא הר"ש בר צמח ז"ל בשם ה"ר מאיר שהיו נוהגים כן רבנן קשישי וכן תמצא בתשובות הר"ן ז"ל סימן ל' שלא כדברי הרמב"ם ז"ל בפ"א דשבועות ויש להביא ראיה לדבריהם ז"ל מההיא דפ"ב דנזיר דבעי תלמודא הריני נזיר לאחר עשרים יום ומעכשיו

[4] יבאר דאונס' דמגליא ושכיחא צריך לפר'.
[5] יבאר דעניות הוי מילתא דשכיח וצריך לפרש.
[6] סוגית הגמרא דס"פ שבועו' שתים.
[7] נדר על תנאי ונאנס בשע' התנאי אסור גם בשניה.
[8] באר דהתול' נדרו בימים כיון שסוף איסורו לחול אע"פ שעדיין לא חל חכם מתיר ויש חולקים.

נזיר סתם מי חלה עליה השנייה או לא וקאמר ואם תמצא לומר הכא כיון דאיפשר לאתשולי חיילא אמר וכו' משמע דאפי' דקאמ' הריני נזיר לאחר כ' יום מצי לאתשולי מעכשיו דאי לאו הכי שניה היכי חיילא הא כי אתי עשרים חיילא לה ראשונה שעה א' קודם וא"א לצמצם.[9] ומיהו נר' דהכא כמו נ"ד אין חכם יכול להתיר עד שיחול משום דהתם אין שום תנאי מעכב הנדר מלחול אלא הזמן וזמן ממילא אתיא אבל כי האי אפש' שאפי' בבוא הזמן לא יחול כגון שיקיים התנאי ומ"מ לענין זה אפי' בכי האי יש מקו' לחלק מה שחילקתי.[10] וגבי הפרה דאמרינן התם דבעל מיפר אפילו לא חל כתב רבינו ירוחם בשם ה"ר יונה ז"ל דדוקא תולה בזמן משום דממילא חיילא אבל תולה במעשה אינו מיפר עד שיחול עכ"ל וע"כ היינו שתלה אם לא יעשה כך לזמן פלוני כעין נ"ד דאי לא תלה אלא בזמן שאמר לעשות לזמן פלוני כך וכך א"כ מאי רבותיה דבעל אפילו חכם יכול להתיר כעין זה וכמו שכתבתי משם התשב"ץ וכמו שהוכחתי מההי' דנזיר ולענין תנאי הגט אפלגינן בין תנאי שהוא בקום עשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה כגון ע"מ שתתני לי ק"ק זוז דאמרי' בפ' מי שאחזו ולאחר לא תנשא עד שתתן ואלו בפרק המגרש מתמה תלמודא א"ה כולהו תנאים דעלמא לא תנסוב דילמא לא מקיימא תנאים וחלקו רבוותא ז"ל בין תנאי שהוא בקו' עשה דחיישי' שמא לא תעשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה וכמ"ש הר"ן ז"ל שם וכתב עוד ולפי זה משמע שהאומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אמ' ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שבטל תנאו. הבאתי זה כדי להוכיח שיש חילוק בין תולה במעשה שהמעשה מקיימו לתולה בדבר שאין בו מעשה שקיומו בשב ואל תעשה ואדרבא ביטולו צריך מעשה כעין נ"ד ובהא לא כתבו רש"י והתוספות ז"ל שאם נאנס בשעת התנאי פטו' דאל"תה מאי התירו דתני גבי נדרי אונסין שחלה או עכבו נהר מן הדין הוא דהאדם בשבועה פרט לאנוס כדכת' רש"י ובמאי איפליגו אמוראי בד' נדרים אי צריך התרה או לאו אלא מחוורתא כדכתיבנא: ועוד דכל זה הוא לגרסת רש"י ור"ת והראב"ד אבל הרמב"ם גריס ראשונה בשוגג ושניה במזיד חייב ופי' ראשונה היינו התנאי ולדידיה לעולם אזלי' בתר אכילת האיסור והאדם בשבועה על אכילת האיסור קאי.

ולהיותי מצטער בצערו של נודר זה ובפרט שהוא ת"ח לא מזגי' רישי אבי סדיא עד דמהפכא בזכותיה ומצאתי לו רפואה שישאל על נדרו בפני שלשה ויתירו לו ואע"ג

[9] יבאר דהיכא דתלה הנדר בימים ואיפשר שבבוא הזמן לא יחול כגון שיקיים התנאי אין חכם יכול להתיר.
[10] ביאור דברי ר"י.

דתניא פ"ק דנדרים המודר הנאה מחברו אין מתירין לו אלא בפניו כלו' ומרצונו וכמשה דא"ל הקב"ה במדין נדרת וכו' וכ"ש היכא דקבל טובה ממנו כמו בנ"ד שהלוהו בשע' דוחקו ופרטי הלכה זו ארוכה מארץ מדה ורחבה מני ים כמ"ש על ספרי החידושים ובפרט הר"י בר ששת ומהר"י קולון ז"ל ומיהו נראה לע"ד דנ"ד לא דמיא לא לדמש' ולא לצדקיהו לפי דהכא אין שום תועלת לחברו בקיומו של נדר זה כי לא הדירו חברו לעצמו של נדר אלא כדי שיפרע לו והרי עכשיו אין לו מה לפרוע ואנוס הוא אם כן עכשיו אין נדר זה לתועלת חברו ויכולין להתירו הגע עצמך שהדירו חבירו בנזיר אם יגלה רז אחד שביניהם ועבר וגלה והרי הוא אסור בנזיר שמא לא יתירו לו לפי שהיה מתחילה לתועלת חברו אין זו סברה אלא כיון שהתועלת כבר עבר לא מקרי נדר לתועלת וכיון שאף שלא מדעתו יכולין להתיר אין צריך שיתירו בפניו.

וגדולה מזו איתא בפ' השולח גבי הא דקאמרי' האלמנה אין מדירין אותה חיישי' דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה כתב הרשב"א בחידושיו שהקשו הראשונים היכי מצו שרו לה והא קי"ל שהנודר לחבירו אין מתירין לו אלא בפניו ויש מי שתירץ דלא אמרו אלא במודר הנאה מחבירו או שנשבע להנאתו כגון שבועתו של צדקיהו לנבוכדנצר ונדרו של משה ליתרו אבל כאן מה הנאה יש ליתומים באיסורא ומה צורך יש להם דהא מכיון שנשבעה ואפי' בא' להחזי' לה' המעות איסורא במקומה עומד לפי' מתירין לה אפי' שלא בפניהם עכ"ל ואע"ג דאיכא דמתרצי קושיא זו בתירוצים אחרים מ"מ לענין דינא איכא למימר דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי: אי נמי דהתם איכ' למימר שעדיין יש תועלת ליתומי' בקיום נדרה שאם הית' רוצה להתיר נדרה תרצה את היתומים ברצי כסף וחיל בלעה תקיאנו אבל הכא בנ"ד כיון שאנו יודעים בברי שאין לו לפרוע מן הדין פטור אע"פ שהם מעכבין בכך שלא להתיר לא חיישינן להו.

ובירושלמי מייתי תרי לישני בהך עובדא דאין מתירין לו אלא בפניו איכא מאן דאמ' מפני החשד ואיכא מ"ד מפני הבושה והכא לא חשד איכא לפי שנודיעו שנשאל על שבועתו ולא בושה איכא שהרי יודע הוא שהוא אנוס ואלמלא כך היה מקיים דברו.

ועוד נראה דאפי' ללישנא דמפני החש' אפי' הודע' אין צריך שאותם טעמי' לא נאמרו אלא במודר הנאה מחבירו והוא רוצה עתה להתי' נדרו וליהנות ממנו ולהכי צריך שתהיה ההתרה בפניו שכשיראוהו שהוא נהנה ממנו לא יחשדוהו שהוא עובר שא"א שיהנה ממנו והוא לא ידע וללישנ' אחרינ' מפני הבושה שיתבייש ממנו שהוא רוצה להתיר הנדר שהדיר שלא יהנה ממנו ואיכא בושה דמאן דאכיל דלא דיליה וכו' אבל בנ"ד שאין היתר ההנאה נוגע אליו שאם אנו חוששין שיראוהו ויחשדוהו על כך א"כ

צריך להכריז באבן טועין על ההתרה כדי שלא יחשדוהו העול' ובושה נמי ליכא דלאו מדידיה אכיל שיתבייש.
עוד נראה לומר דכיון דאיש זה מדין התורה הוא פטור מן החוב שהרי אין לו אח' הסידור שתקנו חכמים מה שזה מאמץ לבלתי התיר לו הוה ליה נגיש' וקא עבר בלאו דלא תגוש ואפי' לעבור לפניו אסור ואע"פ שאין זו נגישה ממש מ"מ לינקטה בכובסיה דנשבקיה כו' וכיון שכן אלו לא היה בידינו להתירו היינו כופים אותו בשוטים שלא יעבור על המצוה עכשיו שבידנו להתירו כמו שכתב ר"ת ז"ל שאפי' בנשבע לתועלת חבירו וקבל טובה ממנו אם התירוהו מותר דומי' דצדקיהו שהתירו הסנהדרין וסמך על ההיתר אע"ג דהיה צדיק גמור אלא שלכתחילה אין להתיר ועל סברתו סמך הריב"ש ז"ל בכמה מקומו' משם הרב ר' חסדאי ז"ל בנ"ד נתיר לו לכתחילה אפי' שלא מרצונו כיון שהוא עובר על דברי תורה ובלבד שיסדרו לו כדין כל ב"ח וידירוהו מחדש על כל מה שירויח יותר מכדי חייו שיתן לב"ח עד שיצא ידי חובתו.
ויש להתיישב בתשובה להרשב"א ז"ל במיוחסות סי' רנ"א ובתשובותיו בדפוס הא' סי' תנ"א על בחור שאסר על עצמו בשר ויין אם יעבור עבירה א' כו' כתב ועוד שקרוב אני לומר בזה וכיוצא בזה שפותחים אפי' בחרטה דהשתא דלא בעי חרטה דמעיקרא אלא בנדר שעיקרו מחמת עצמו כנודר מן היין שרוצה לגדור עצמו ממנו או שרוצה לאסור דבר מחמת נזקו כנודר מן הבצל שהבצל רע ללב וכיוצא בזה אבל כל דבר שאסר עצמו שלא מחמת עצמו של הנדר אלא קנס בעלמא קיל משאר נדרים לפי שאין תכלית כונת הנדר מחמת עצמו בחרטה דהשתא סגי והראיה בנדר של משה ושל צדקיהו ונדרה של אלמנה דבמשה ב' נדרים הי' א' ליתרו שלא יצא ממדין כדי שיתן לו את צפורה ועוד שלא ירד למצרים מפני האנשים ההם נהי דבזה פתח ליה הקב"ה אבל נדרו של יתרו שלא יצא איזה פתח יש לו ואיזו חרטה מי נתחרט שלא היה רוצה נישואי צפורה. וקשה דלטעמו ז"ל שאין זה נדר של קנס אלא לעצמו של דבר נשבע שלא יצא ממדין לבקשת חמיו ואשתו שאינן רוצי' שיעבו' מכנגד פניה וצריך לומר דהיינו דקא"ל הקב"ה למשה במדין נדרת לך למדין אם יתרצו בכך תתיר שבועתך דמהכא ילפינן אין מתירין לו אלא בפניו כלומר ברצונו וכ"ת א"כ למה לי הפרה לדעתם נדר והרי הם מתרצים כדאמר' בפ' קונם כלום נדרת אלא מפני כבודי וכו' וכן הריני כאלו התקבלתי הרי כתב הרשב"א עצמו בתשוב' במי שנשבע לחמיו שלא יצא חוץ לעיר דבדבר שהוא שב ואל תעשה לא שייך לומר הריני כאילו התקבלתי וגם הכא לא שייך לומר זהו כבודו דומיא דהתם וכ"ת והיכי משכחת לה חרטה דמעיקרא משכחת לה שיאמר אם הייתי יודע הייתי

מתנה שלא אצא שלא ברשות וא"ת הא אמרינן בירו' טעמא דאין מתירין אלא בפניו מפני החש' ומפני הבושה דמשמע אפי' דלא שייך בגויה מילתא והאי מנ"ל ראיה ממש' דא"ל הקב"ה במדין לך שיתרצה בהיתרך וי"ל דהנך טעמי דבירו' לכתחילה הוא שאסרו כן אבל מה שלמדו ממשה דוקא בכה"ג הוא שהרי כתב התו' בשם ר"ת דדוקא היכא דקבל טובה ממנו כנדר משה וצדקיהו והא דמייתי מצדקיהו בהא גופה טעי דסבר לומר אדעתא דהכי לא נדרי כאלו היה הדב' תלוי בו וליתא דע"ד נבוכדנצר נדר ופוק חזי מאי סלקא ביה והא דמייתי ממאי דמדרי' לאלמנ' ופרכינן וליחוש דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה וליכא חרטה דמעיקרא דאי לא אסרה פירות לא מגבו לה כתובתה יש לומר דבה"ג מחרטה דסבורה הייתי שאני יכולה לסבול בלא אכילת פירות ועכשיו איני יכולה ואלו הייתי יודעת לא הייתי נודרת אלא הייתי מודה בנכסים שבידי ונודרת על האמת והשתא אע"פ שלא תודה ליתומים מתרת לעצמה בכך שהרי כבר נאסרה אפי' אם תחזיר ליתומים שמטעם זה תירץ הרשב"א ז"ל היכי חיישי' דילמא אזלא לגבי חכם והא אין מתירין לו אלא בפניו ויש מי שתירץ דהשתא דעברה כבר אין צורך ליתומים באיסור' שאפי' באה להחזי' האיסור במקומו עומד ואם איתא צורך ליתומים היא כשתתיר בפניהם יאמרו לה אין מדעתנו שתתיר לעצמך אלא א"כ תשיב את הגזלה אשר גזלת וכו' אבל קשה למה יסמוך ע"ז התירוץ יותר מהתירוץ הא' שתירץ לו ר"ת דבדיעבד שרי ועוד קשה שהוא עצמו כתב שם בתירוצו שלא אמרו אלא בשנשבע להנאתו כגון נדר של משה וצדקיהו אבל כאן מה הנאה וכו' אלמא ס"ל דהנך לתועלת עצמן הדירום ואיך הביא כאן ראיה מהם.[11] ומיהו יש לפקפק בזה שכבר עבר על נדרו זה ימים רבים איבר' דאיתיה בשאלה למפרע כדמוכח בסוגיא של פ' שבועות שתים דאמרי' נשבע על הככר ואכל' נשאל על שבועתו הכא נמי בנ"ד יכול לישאל על נדרו דקי"ל התם כאמימר דאפי' כפתוהו על העמוד נשאל ומתירין לו ומיהו הא לא דמיא אלא להא דפ' ב' דנדרי' דמייתי התם ברייתא מי שעבר על נזירותו אין ב"ד נזקקין לו עד שינהוג איסור כימים שנהג בהם היתר ובי דינא דמזדקיק ליה משמתי' ליה וההיא דשבועות שתים לא פליגא אהא דנדרים דהיכא שנשבע על ככר ואכלה א"א עוד לתקן מה שעוות ואפי' שייר ממנה מה שאכל אין לו תיקון אבל נודר בנזיר ועבר מחמרי' עליו שינהוג איסור כימי' שנהג בהם היתר ובנ"ד נר' שכיון שנודר זה היה שוגג שהי' סבור שהי' מותר מטעם נדרי אונסין לא קנסינן ליה וכן כתו' בתשובות להר"ן ז"ל בסו' סי' ס"ה.[12] אלא מדברי רש"י לא משמע

[11] מי שעבר על נדרו איתיה בשאלה למפרע וקנסי' ליה על הימים שעבר על נדרו ובנ"ד דסבור היה שהיה מותר מטעם נדרי אונסים.

[12] לשון רש"י בנזיר.

כן שכתב מי שעבר על נזירותו שחשב שהיה הנד' מותר. ולא ידעתי מי הזקיקו לרב ז"ל לפרש כן ושמא משו' דמייתי לה תלמודא התם על הא דהרי את כאימ' דתנן מחמירין עליו כדי שלא יהיו נוהגים קלות ראש ובעי תלמודא מחמירי' עליו ה"ד ומייתי כי הא דתנן מי שעבר וכו' משמע דבהא נמי הוי טעמא משום חומרא שלא ינהגו קלות ראש והך טעמא שייך אפי' שוגג ואם מטעם זה כתב הרב כך הא גבי ת"ח לא מחמירי' גבי הרי את כאימא והכא נמי לא שנא והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ב

שאלה ועל דבר החכם ההוא אשר עברו דברי קינטור בינו ובין רעהו ויען כי הוא היה רוצה לדרוש והאחר היה מקניטו שלא ידרוש וקפץ האחר בנ"ש וכה אמ' אהא נזיר אם אדבר עמך מכאן ועד י' שנים אם לא אדבר למחר ועתה אומר כי לא נתכוון אלא שיאשם חבירו עצמו וירב' עליו רעי' שידרוש ורצה החכם הנז' להתיר נדר זה משני טעמי' האחד שכיון שלא נתכוון אלא לזה הו"ל נדרי זרוזין ועוד שכיון שיש לפרש לשונו שאמ' לדבר בעלמא לא מהני וכתבתי אליו זה.

כתב מר נדר זה יכולני להתירו באחת יד חדא מהא דתנן ד' נדרים התירו חכמי' נדרי זרוזין כיצד קונם אם אוסיף לך מן השקל והלה אמ' קונם שאיני פוחת לך מן הסלע שניהם רוצין בשלשה וכו' ובר מינה בההיא דהתם אנן סהדי שלא היתה הכוונה אלא לזרז אבל בשלשה היה מרוצה אבל הכא אפי' היה בלבו משנה שלימה שנינו אמ' בלבו ולא הוציא בשפתיו דלאו כלום הוא דדברים שבלב אינם דברים וכן פי' הרא"ש טעמא דמלתא כיון שדרך התגרים בכך לא מקרי דברים שבלב וכן פירש הר"ן שם ובמשרים כתוב להדיא אין למדין מהלכה זו למקום אחר חוץ מדברים אלו שנזכרו בגמ'.[13] ועוד אני מבין מה מקו' לזירוז זה דנדרי זרוזין הוא שמתחל' היה בדעתו שאם יתרצה בשלשה יקח א"כ מעיקרא עקר הנדר והיה בדעתו שיהא בטל אבל הכ' שזה אומ' שלא הי' בדעתו אלא שירב' עליו רעי' שידרוש א"כ עכ"פ היה רוצה בקיום הנדר והנה חבירו לא עשה כך ודאי נדר גמור הוא ורביע עילויה כאריה. ועוד שכתב הר"ן ז"ל עלה דההיא דדוקא שניהם רוצים בשלשה מיהו אין המוכר רשאי ליתנו בשקל ולא הלוקח רשאי ליתן סלע שהרי עיקר משמעות נדרים אינו אלא לכך משמע דכל שלא נעשית מחשבתו אפי' שנתכוון שלא יהי' הנדר קיים אם יתן בשלש' סלעים מיהא אינו יכול ליתן כ"ש הכא דמעול' לא עלה בדעת שום דבר מהנדר דודאי אסו' לעשות כן וכמו שכתב הר"מבם שעובר על לא יחל אפי' בד' נדרים הללו שהתירו חכמים שהרי עושה דברו חולין.

[13] ביאור נדרי זירוזין.

שוב רצה כת"ר לצרף טעם אחר לסניף להתרה זו מההי' דתנן קונם ביתך שאני נכנס טפת צונן שאוכל לך נכנס לביתו ואוכל עמו טפת צונן שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה ומותר גם באכילה ושתיה שלא הוציא בשפתיו אכילה וכת"ר תפס סברא זו עיקר ואינו מוסכ' שהרי תוספ' בהדיא איתא התם ואסור לאכול ולשתות ואין מי שסובר כך שמותר זולתי הרא"ש ז"ל ודקדוק דברי הר"מבם ז"ל נוטי' אל התוספת שכתב וז"ל שלא נתכוון זה שלא יאכל וישתה בסעודה זו ואם איתא דאף באכילה הותר מה לי בסעוד' זו או באחר' ובר מן דין אינ' ענין לנדון שלפני' כלל דהת' ס"ל הר"אש ז"ל דאכיל' ושתיה אינ' בכלל טפת צונן ודמי להההיא דנתכוון להוציא פת חטין והוציא פת שעורין שהו' מותר בשניהם לפי שלא היו פיו ולבו שוין באח' מהם אבל הכא הכל בכלל דבור.[14] וכשאמר אם אדבר נכלל ג"כ דרש והוא עצמו ז"ל כתב ולא דמיא לרישא דהיו מפצירין בו ליקח את בת אחותו דהתם אישות בכלל הנאה היא ע"כ וכן דרש בכלל דבור הוא וכך הוא רגילו' לומר לדבר במקום לדרוש הילכך מותר לדבר ואסור לדרוש דבנדרי' הלך אחר לשון בני אדם והא לא דמיא אלא להא דתניא קונם צמר עולה עלי מותר באניצי פשתן טען צמר והזיע וכו' מותר ללבוש ואסור לטעון ותנן נמי היו מסרבין בו ליקח את בת אחותו ואמר קונם הנאתה עלי מותר ליהנות ואסור לכנוס סוף דבר כתב כת"ר יכולני להתירו באחת יד כ"ש בהצטרף שניהם ועיני כת"ר הרואות שכל יד ויד יש לדחות בשתי ידים: הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ג

שאלה ראובן שמת והניח נכסים רבים בביתו אצל אשתו ובניו ובכתוב' אשתו הוא סך מועט והנכסי' מרובי' והנ' הקהלו' יצ"ו באים לתבוע מאת הבנים כי הם גדולים ונשואים מסים וארנונית כפי ממונם כנהוג והם רוצי' ליפטר באומרם כי כל הנכסים תפסה אשת אביהם בכתובת' כמו שהו' דין תורה שאפילו תפסה ככר של זהב אין מוציאין מידה ואם הם נושאים ונותנים בנכסי' ומרויחים הוא שהיא רוצה לתת להם הו"ל כנכסי אחרים שאין נותני' עליהם כאשר הוא מנהג ידוע יודיענו המורה אם יכולים אלו להפטר מן המסים בטענה זו כיון שהדבר ידוע שמרויחים בנכסים ונושאי' ונותנים בהם כאלו הוא ממונם ושכרו כפול ומכופל.

תשובה איני ניזקק להשיב על עיקר התפיסה אם היא בדין שהרי לסברת ר"ת ובה"ג ז"ל צריך שתהא תפיסה מחיי' וכבר ידוע מה שנחלק ריצב"א ז"ל על ה"ר שמשון אחיו ומה שכתב הר"יבש ז"ל סימן ק"ד ומ"מ אף אם יהיה התפיסה בדין מן הקניות כמו שכתב

[14] דרש בכלל דבור הוא.

הרי"בש סי' שס"ד איני רואה בטענת זו ממש שכיון שמה שהנכסים מרויחין הוא שלהם מה כח תפיסה יפה לפטר' בשביל זה. [15] ואם באנו לומר שתהא יכולה לומר ראו מה הניח לי בעלי ותהא גזלנית עליהם וכדתנן כל הגזלני' משלמים כשעת הגזלה הרי כת' רשב"ם ז"ל דלאו כל כמינה דכיון דמעש' ידיה של יורשים גם השבח שהוא משבחת בנכסים אין לה בהם כלום ואפילו שכר טרחה אינה נוטלת וכן כת' הר"ר פרץ ז"ל אע"פי שחלק הרא"בד ז"ל לומר שהיא יכולה להשבי' לעצמ' כדין כל גזלן. ומלשון הר"מבם ז"ל מוכח כדברי רשב"ם[16] וכן הביא הרש"בא ז"ל בשם רבינו חננאל שכל שהיא נזונית מן היורשים אפי' אמר ראו מה הניח לי בעלי לא אמרה כלום. וגם כי הר"שבא ז"ל דמה לזכות האלמנה לומר שכיון שהיא לא נתחייב' אלא במלאכתה שאף בעלה אינו יכול לשנותה למלאכה אחרת יכולה להיות גזלנית עליהם והיא הריוח שלה ונותנ' ליורש' שכר בטלה הרי הוא ז"ל לא מלאו לבו להלכה וכת' שהוא עונה על דבריה' אמן כי מי יוכל לדון עם שתקיף ממנו והם ידעו מאיזה טעם אמרו ע"כ דבריו.[17] ומ"מ לא הונח שהוא מדברי הר"שבא ז"ל ותהא גזלנית עליהם הכ' בנדון שלפנינו שאנו רואי' שהיא נותנת השבח ליורשי' וניזונים כול' כאחת אינו רואה מקו' לומר שנעשה אות' גזלנית והיא צדקת בדינה דכיון שאין להם שום הנאה בגזל זה שהיא נותנת לתוך פיהם חזקה אין אדם חוטא ולא לו כדאמרי' בריש מציעא ואנן חיותא לרועה היכי מסרינן חזקה אין אדם חוטא ולא לו וכדאמרי' גבי פרוזבול הי' לי ונאבד חזקה לא שביק התירא ואכיל איסורא ולא כל כמינה לומר כך דאין אדם משים עצמו רשע כדאמרי' בפ"ב דכתובות גבי עדים שאמרו פסולים היינו ואע"ג דאית להו מגו דאין כתב ידם יוצא ממקו' אחר וכיון שכן אמדינן לדעתה ואנן סהדי שאינה רוצה להחזיק בנכסי' להיות גזלני' עליה' שיהא השבח שלה ואין לומ' דנהמנינ' לדידהו שהחזיק' היא כדין להיות השבח שלה מגו דאי בעי אמרי לית גבן מידי ומהמני' בשבוע חדא דבמקו' חזקה אלימתא כי האי לא אמרי' מגו.[18] וכההי' דמייתי בב"מ פ' השוכ' ההוא דא"ל לחברי' לא תיזול באורח' דנהר פקוד וכו' דמסיק התם אביי מגו במקו' עדי' לא אמרי' כלומר כיון דאנן סהדי דבאורח' דנהר פקוד שכיח ביה מיא לא מהימן לומר לא הוה ביה מיא מגו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזילנא והכי איתא בכמה דוכתי דבמקום דאנן סהדי דליתיה הכי לא אמרי' מגו. וכן כתב הר"שבם ז"ל בתשובה בא' שאמר לחבירו שלקח ממנו רבית מיד ליד וחבירו משיב

[15] מחלוקות הפוסקים באש' שאמר' ראו מה שהניח לי בעלי לענין השבח.
[16] הובאה בבית יוסף א"ה סי' נ"ה.
[17] יבאר דכיון דאנו רואים שהי' נותכ' השב' ליורשי' אין מקו' לו' שנעש' אות' גזלני'.
[18] מגו במקו' אנן סהדי לא אמר.

שלא לקח אלא בהיתר שאע"פ שיש לזה מגו להאמינו לא מהימן בחזק' דלא שביק היתר' ואכיל איסור' ובמקו' חזקה כי האי לא אמרי' מגו.[19] ועוד דלא הוי מגו שהיו יכולים לומר אין לנו כלום שיראי' הם שלא יתבדו שהוא דבר ניכר לכל שהוא שקר ואין טוענ' כך ברצון וכי הא דרב' בר שרשום בפ' חזק' דא"ל אביי לקוח' היא בידי לא מצי' אמר' דהא נפק עלי' קלא דארעא דיתמי היא שבכל דבר שהקול מכחישו ירא הוא לשקר.

ועוד נראה כי מה שאמרו שאלמנה שהרויחה לעצמה הרויח' ובהא דהגזלנים וכו' אין ספק שאפילו אם תפסה והגביהה לא קנתה כלום עדיין שאפי' הראב"ד והרשב"א ז"ל יודו שאם השביחה הנכסים על הסתם ולא אמרה הריני משבחת לעצמי השבח ליורשים דמתני' היא בפ' מי שמת אלמנה שהשביחה בנכסים השבח לאמצע ואפי' באשה יורשת כדמוכח בגמ' א"כ במאי קניא להו להני נכסי שיהיו בחזקתה דומיא דגזלן הא אין עליך לומ' שהיא קונה בהגבהה ע"מ לקנות לעצמ' שכיון שהיא מגבהת שלא מדע' בעלים על דעת לשלוח בה' יד קמו להו ברשותה דומיא דגזלן דתנ' הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים חייב ואפי' לא הגביהה אלא שבשעה שהי' משנה בנכסי' שלא מדעת הבעלי' ומחלפת ונושאת ונותנ' נעשו שנוי בידה וקנאתם דומי' דשולח יד בפקדון שנעש' גזלן עליו וכל הריו' וההפס' עליה דידה הדר וכיון שכן בנ"ד שמה שמגבה' ונושאת ונותנת בנכסים מדעת היורשים הוא והם רוצים בכך ומלתא הוא דעבדה גבייהו ודאי דמעולם לא יצאו הנכסים מחזקת היורשי' דידה כידם ומה שמרויחי' הנכסי' שלהם הוא.[20] ולפי זה איכא למימר שמי שמסר ביד חבירו מעות והרשהו שיעשה בהם כל מה שירצה אפי' לזורקם בים אין שום קנין לזה להיות גזלן עליהם ליטול את השכר שהנכסי' מרויחי' דבכל מידי דעבי' ידו כידו וכל מה שזוכה הוא זוכה חבירו ולא נחלקו הפוסקים ז"ל על המבטל כיסו של חבירו אלא כשאמר לו קנה לי חטין או שעורין שהואי' ואם שינה קנה הרי יש לו יד לקנו' לעצמו בהגבה' אפי' לא שינה אבל זה שהרשהו לכל דבר כל מה שיעשה אינו שליחות יד הרי לא שייר יד כלל וידו כידו וכן בנדון שלפנינו כיון שדבר זה הוא עצה ביניהם שתקנה היא בנכסי' ותחליף ותתן אין בהגבהת' ושינוי' קנין שלא מדע' הבעלי' ואם ירצו מוציאין הימנה בדינא ודיינא.[21] ואם באנו לומר שתקנה האלמנה לכתחילה מדעתם בקנין או בהגבה' שיהיה הריוח שלה אם לזאת לריק יגעו ולא תעשינה ידיהם תושיה שזו ודאי הערמ' היא ודמי' למתנ' דבי' חורון דתנן במתניתין

[19] לא אמרי' מגו במקום שהו' ניכר לכל שהו' שקר.

[20] מי שמסר מיד חבירו מעות והרשהו לעשו' בהם כל מה שירצ' אפי' לזורקם בים אין שום קנין כזה ליטול ריו' הנכסים.

[21] אם קנתה עכשיו האשה בקני' מדעת' שיהי' הריוח שלה לא מהני.

בנדרי' דמסיק התם כל מתנה של הערמה לאו כלום היא.[22] ועוד קרוב אני לומר שאפי' היה הדין אמת כדבריהם שהיא קנתה הנכסים והשבח לעצמ' ואנו רואי' שהם אוכלי' מהם לאו כל כמיניהו להפקיע זכות הרבי' ולעשות קנוניא עליהם דהא תנן פ' גט פשוט הערב לאשה בכתובתה והיה בעלה מגרש' ידיר הנא' אע"פ שעכשיו זה מגרשה והאשה לוקחת מן הערב כדין ואין לומר דדוקא התם משום שהבעל הוא חייב לערב מה שפרע בעדו שבשבילו נתחייב ואם ימצא לו אח"כ נכסים יהא נפרע מהם משום הכי ידיר הנאה שלא יפקיע ממונו של זה אבל הכא בנ"ד שאם אין להם בנכסים הם פטורים מכלום אמאי ידיר דאפי' אי מתהני בתר הכי לא מחייבי הא ליתא דתנן נמי בערכין פ' שום היתומים כה"ג המקדיש נכסיו והיה בעלה מגרשה רשב"ג אומר ידיר הנאה ר' יהושע אומר אינו צריך וע"כ לא פליג ר' יהושע התם אלא משום דסבר נשאלין על ההקדש ומ"ה אם איתא דהדר ביה ולעשות קנוניא הוא עושה היה נשאל על נדרו אלא ודאי חזקה שבאמת הוא מגרשה ולכך הוא אומר אינו צריך אבל אי לא הוה מצי מתשיל אנדריה מודה הוא דידיר הנאה הכא נמי לאו כל כמיניהו דהני להרויח לה להשביח הנכסים כדי להפקיע ממון הרבים דהא ודאי אילו רצו היו יכולים למחות בה בפני ב"ד שלא תגע בנכסי' שהרי אין הנכסים בידה אלא לבטחון כתובת' ומזונותי' ומה שהיא מרווחת היו יכולין להרויח אלא שנראין הדברים שלא היה הדבר אלא להפטר מתביעות הקהלות יצ"ו והכי משמע להדיא בפ' מי שמת גבי מתני' דוכן האשה שהשביחה את הנכסים השביחה לאמצע אמרה ראו מה הניח לי בעלי הריני עושה ואוכלת השביח' לעצמה ופריך בגמ' אשה בנכסי יתומי' מאי עבידתה ומוקי לה באשה יורשת משום דהתם בשבילו בא ההפסד לערב והוא הגור' שהוא מגרש' אבל הכא אינהו לאו מידי עבדי.[23] אמנם ראיתי תשו' א' למהר"ם במרדכי בפ' נערה שצריך לעמוד עליה וז"ל פסק הר"ם על אלמנ' שמת חמיה קודם בעלה דאין לה לגבו' מנכסי חמיה מחלק ירושת הבעל כיון דחמיה הניח אלמנה וקי"ל הלכה כאנשי גליל וה"ל כל נכסי חמיה ראוי לגבי בעלה ואינה נוטל' בראוי ואפי' יש במוחזק יתר על כתובתה עכ"ל. משמע דחשבי' כל הנכסים לגבי הבנים ראוין שלא זכו בהם עד שתמות האלמנה לפיכך אפי' מתה האלמנה לא מציא גביא אלמנת בנה כתובתה מן הנכסים דחשיב ליה ראוי שעדין לא זכה בהם בעלה דאילו בחיי הזקנה בלא טעמא דראוי לא מציא למגבי שאין לבעל רשות בהם עד שתגבה הזקנה כתובתה ובאמ'

[22] אם ידוע לנו שהם אוכלים מהנכסי' לאו כ"כ להפקיע זכות הרבי' אפי' היה האמת דהיא קנת' הנכסי' והשבח לעצמה.

[23] משא ומתן על תשובת מהר"ם ז"ל על אלמנה שמת חמיה קודם בעלה דאין לה לגבו' מנכסי חמיה.

דאיכא לעיוני בתשוב' זו למידק בה טובא אקח מועד אשקוטה ואביטה[24] אמנם לענין המס של הק"ק דבר פשוט הוא אצלי דנכסי' הללו בחזקת החוב קיימי בחיי הבעל ולא נפטרו אלא אותם שגבתה האלמנה בכתובתה מכח המנהג שלא להטיל מס על האלמנה דלאו אורח ארעא לצא' ולבא ולהשתכ' והלואי שיספי' השכר לשאת ולתת בתוך פיהם אבל כגון נכסים אלו שמשתכרים היורשים שהם מחוייבים במס והשכר לה' חייבים לתת מס עליהם וק"ל קנין פירות כקנין הגוף כדאיפסיקא הלכתא כריש לקיש בהא בפ' יש נוחלין אע"ג דאיכא רבוותא דאמרי דוקא בפלוגתא דכותב נכסיו לבנו משום דאבא לגבי בריה אחולי אחיל הכא ודאי כ"ש הוא דאע"ג שהנכסים שעבודן למזונו' אשתו כיון דאית להו ליורשים זכות בפירו' כי שיירינהו לפירו' בעין יפה שיירינהו וקנין הגוף אית להו בגויהו ויש להוכיח מתשובת מהר"ם ז"ל עצמו שהביא בח"ה בדיני מסי' דכל מה שמרויח בו הן משלו הן משל אחרים חייב ליתן ממנו מס ואפי' אם נהגו שלא ליתן יכולים עכשיו לו' ע"כ סבלנו מכאן ואילך לא נסבול איברא שיש חולקים בזה דאין נותנים מס משל אחרים שכן נהגו מ"מ בכה"ג הקרן והריוח של יורשי' הערמה אתעביד בהו לתעביד בהו הערמה ויפרעו על כולן אף כנגד כתובת' של אלמנה הואיל ועדיין לא גבתה הנלענ"ד כתבתי הצעיר יוסף מטראני.

סימן ד

שאלה נשאלתי באשה שנדרה בנזירות שמשון אם תלך לבית פלוני כיון שנ"ש הוא מדברים שיש בהם עינוי נפש אם יכול הבעל להפר נדרה מי אמרי' דכיון דנ"ש ליתא בשאלה ואין בה התר' חכם גם לא יועיל הפרה דבעל או מי אמרי' כיון דכל הנודרות ע"ד בעלה היא נודרת כדאמר רב פנחס בפרק נערה א"כ יכול בעלה להפר לה.

ונראה בעיני דהא דרב פנחס אין ממנה שום ראיה דהא דקאמר כל הנודרת וכו' לא הוי טעמא דמ"ה בעל מפר דאטו פרשה ואמרה אפי' שלא יתירנה בעלה ה"נ דאין הבעל מפר ותו אי ע"ד בעלה היא נודרת אמאי אינו עוקר הנד' מעיקרו כמו חכם דאמרי' התם דבעל מגז גייז פי' כור' הנדר מכאן ולהבא אבל עד עתה הית' באיסור ואם עברה לוקה ותו דאי הכי לא הוה צריך לשון הפרה וכל האמור בענין ביום שומעו וכו' כיון דאמר' אי אפשי לבטל אלא הא דרב פנחס כעין פרכא הוי דלא נילף מנדרים לבעלמא דשאני נדרים דטעמא רבה אית בהו דכל הנודר' ע"ד בעלה היא נודרת ומ"ה זכתה לו תורה לבעל להפר בלא חקירת חכם אבל עיקרא דמילת' לא הוי אלא גזרת הכתוב ולהכי אפשר

[24] קנין פירות כקנין הגוף לחייב את היורשי' לפרו' מס על הנכסי' שתפסה האלמנה והם משתכרי' בהם.

דלא זכתה לו תורה הפרה לבעל אלא במקום התרת חכם וכן פי' הר"ן ז"ל דגזרת הכתוב הוא והא דרב פנחס טעמא לקרא הוא דקאמר א"כ מהא ודאי ליכא למשמע מינה.
אבל מה שיש לדון להיתר הוא משני טעמי' חדא דטעמא דאמרי' בסוף מכות דנז"ש ליתיה בשאלה היינו משום שבא על פי מלאך כמו שפי' רש"י והמפרשי' ז"ל וכדכתיב כי נזיר אלהי' יהיה הנע' מן הבטן ולא הוי דבר הנדור והתר' בעי חקירת חכם אדעתא דהכי והכי מי נדרת ולהכי הכא דהתפיס בדבר שלא בא ע"י נדר אלא שקדשוהו שמים היאך איפשר לישאל עליו לעוקרו מעיקרו דהא אין לו עיקר שעיקרו לא בא ע"י עצמו: וכן מוכח לשון הרמב"ם שכתב ומי שנדר נזיר כשמשון אינו יכול לישאל על נדרו שנ"ש לעולם היתה ע"כ כלו' שלא היה לה שעת הכוש' שמתחיל' היה מותר ועכשיו נאס' שהרי לא בא ע"פ עצמו ולא ע"פ אביו ואמו כשמואל הרמתי אלא שקדשוהו שמי'. (יוכיח דבעל מפר נ"ש) ולא היה לנדרו עיקר והיינו לגבי חכם דמעקר עקר אבל לגבי בעל דמגז גייז כיון שהתורה זכתה לו להפר נדרי אשתו מה לי יש לו עיקר ומ"ל אין לו עיקר השתא מיהת גייז ליה לנדרה וכי תימא שלא אמרו הדבר לגרוע כח החכם אלא ליפות כחו שהוא עוקר הנדר מעיקרו ומוחל למפרע ואם הותר מקצתו הותר כולו ומיהו לא גרע כחו מבעל. (יוכיח דגרע כח של חכם מן הבעל) הא ליתא דהא אשכחן דבעל מפר הנדר עד שלא חל מה שאין חכם יכול להתיר והיינו מהאי טעמא דכיון דחכם אינו אלא עוקר נדר זה עדיין לא חל כדי שיעקרנו אבל בעל דמגז גייז מפר משמע דדוקא הוא דחכם מעקר עקר ובעל גייז בין להקל בין להחמיר ועוד דטעמא דאין חכם יכול להתי' בנ"ש היינו משו' שאין חכם יכול להתיר בלא חרטה דנודר ומרצונו ולהכי כי נדר בנ"ש שהתפיס בדבר שבא ע"פ מלאך אינו יוכל לישאל על נדרו שהרי לא בא ע"פ עצמו כדי שיתחרט ולהכי ליתיה בשאלה וכיון דליתיה בשאלה דידיה חכם נמי אינו יכול להתי' ולהכי דייק בכל דוכתי וקאמר ליתיה בשאלה ולא קאמר אין לי התרה כדאמרי' נדר ע"ד רבים אין לו הפרה וכן דייק הרב שכתב אינו יכול לישאל על נדרו ע"כ שאם היה איפשר לישאל על נדרו היה חכם מתיר לו אלא דלא איפשר לאתשולי והיינו לגבי חכם דבעי שאלה וחרטה אבל לגבי בעל דמפר שלא ברצונה ה"נ מפר לה שפיר וכי היכי דאלמוה רחמנא לשאר נדרים הכי נמי בהא לא שנא ויש ראיה מהא דאמרי' בפ' השולח אמר רב הונא נשאת אין מדירין אותה שמא יפר לה בעל פי' אלמנה דאין משביעין אותה אלא מדירינן לה ובנשא' לא איפשר שידירוה שמא יפר לה בעלה ואי סלקא דעתך דנ"ש אינו יכול להפר ידירוה בנ"ש וכה"ג הקשו התוס' דאמאי אין מדירין אות' ידירוה ע"ד רבי' וגם מדברי התוס' יש ראיה שכתבו דלענין נדרי אשתו אפי' נדרה ע"ד רבים אין בדבריה

כלום דכל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת ואין בידה כח לעקור דעת בעלה שע"כ הוא מפר לה א"כ בנ"ש נמי כיון דבדעתו תלוי אין בדבריה כלו'.
ואין להקשו' מהא דפ"ב דנזיר דבעי התם תלמודא אמר הריני נזיר לאחר עשרי' יום ומעכשיו נזיר עולם מהו מי חיילא עליה או לא ואם תמצי לומר הכא כיון דאיפשר לאתשולי חיילא אמר הריני נזיר שמשון לאחר כ' יום ומעכשיו נזיר סתם מהו הכא לא איפשר לאתשולי וכו' ואי ס"ד דאפילו נזירות שמשון מצי בעל מפר אמאי לא כייל תלמודא הא נמי בבעי' ואם תמצי לו' דנזירות שמשון דאש' כיון דמצי בעל מפר חייל' איש שנד' בנ"ש דלא איפש' לאתשולי מהו הא לא קשיא ולא מידי דאפי' תימא מצי בעל מפר כדאמר לאו משום הכי אמרי' דחייל' שבוע' אחרונ' כי אמר ומעכשיו נזיר סתם משו' דבעל אינו עוקר את הנד' מעיקרו אלא מיגז גייז לנד' מכאן ולהב' כדתנן בפ' מי שאמ' הריני נזיר האשה שנדר' בנזיר והיתה שותה ביין ומטמאה למתי' סופגת את המ' ומפ' בגמרא אע"פ שהפר לה בעלה אח"כ משו' דבעל מיגז גייז אבל חכם מעק' עקר אבל קשה מהא דאקשי' בפרק השול' לרב הונא דא' נשאת אין מדירין אותה מהא דתנ' נשאת נודרת כו' ומסיק תנאי הי' דא' נדר שידעו בו רבים אין לו הפר' ואיכא מ"ד דיש לו ורב הונא סבר כמ"ד יש לו הפרה ולהכי קאמ' מדירין אותה משמע דאי הוה ס"ל דאין לה הפרה הוה מדרי' לה שפיר בפני רבים ואפי' בעל לא מצי מפר וכן משמע מתוך דברי התוס' בדיבור שכתב לעי' וז"ל וי"ל דכיון דס"ל לרב הונא דבפני רבים יש לו הפרה לענין נדרי אשתו אין לחלק בין נדרה ברבי' לעל דעת רבים כיון דכל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת משמע דאי הוה ס"ל דאין לו לא הוה שני לן בין נדרי אשתו לנדרי דעלמא והיינו טעמא דדוקא דבר התלוי בדעת כגון על דעת אחרים אין בידה דהא כל הנודרת וכו' ואפילו שלא כרצונה אבל נדר דחמיר כגון בפני רבים אי הוה ס"ל לרב הונא דאין לו הפרה בעל נמי לא מצי מפר א"כ נ"ש נמי דליתיה בשאלה בעל נמי לא יפר. (לחל' בין אשה שנדרה בנ"ש לנדר ע"ד רבי') ומיהו נרא' דלא דמי נ"ש לנדר בפני רבי' דאי הוה ס"ל לרב הונא דנדר בפני רבי' אין לו הפרה ע"כ היינו מגזרת הכתוב דאלימה רחמנא לנדר ברבי' וכיון דחמיר ואלי' בעל נמי לא מצי מפר אב' נ"ש דליתי בשאל' מסברא הוא כיון דע"פ מלאך בא ולא איפשר לאתשולי עליה ולאו משו' דחמיר דאדרבא סתם נזירות חמיר טפי שאינו מטמא למתי' ומביא קרבן ולהכי הפרת חכ' דבעי שאלה לא סגי אבל הפרה דבע' דבלא שאלה הוא מהני שפי' ולכ' כתבו התוס' כיון דס"ל לרב הונא וכו' כלו' לא תימא כיון שנדרה ע"דר אין בו כח לעקור דעת הרבים דהא נמי מקרא ילפי' דהא כיון דס"ל לרב הונא דנ"בר לאו כלו' הוא א"כ אין החומרא בשביל הרבים אלא לפי

שתלה בדעתה ואם אין בידה לתלות באחרי' דהא ק"ל הנודר' וכו' ולהכי בנודרת ע"ד רבים ה"א לא מהני לפי שתלתה בדעת אחרים אבל הפרה דבע' מהני שפיר שהרי אין בידה לתלות באחרים.

ועוד נר' לחלק דנזירו' שמשון ועל דעת רבים החומרא באה ע"י עצמה שאילו לא התפיסה בשמשון היה התרה לנדרה ואלו לא נדרה ע"ד רבים היה התרה לנדרה וכיון שכן בעל יכול להפר שלא כל הימנה לנדור בהאי במקום בעלה ואפקעיה רחמנא לכח דידה לגבי בעל אבל בנדר שבפני רבים רבים הוא דגרמי לחומרא ולא היא וכיון שכן אין הבעל יכול להפר אי הוה ס"ל לרב הונא דאין לו הפר' דלא אלמיה רחמנא לבעל אלא לפקוע כחה אבל לא כח רבים והא דאמר אמימר התם אפילו למאן דאמר נדר ברבים יש לו הפרה עד"ר אין לו הפרה לאו משום דחמיר טפי מברבי' דלמ"ד ברבים אין לו הפרה חמיר טפי מעד"ר תדע דהא לדבר מצוה מהני בע"דר ולא מהני ברבים דמעשה דגבעוני' לדבר מצוה היה כדכת' שם התוס' אלא אמימר ה"ק אפי' רבנן דפליגי אדר' יהוד' דאין להם ראיה מן הכתוב מודו בעד"ר משום שתלה בדעת אחרי' (יש להסתפק באשה שנדרה בנ"ש על תנאי אם הוי בחומ' נ"ש להפר הבעל קודם שיחול) עוד יש להסתפק באשה שתלתה הנזירות בתנאי כגון זו שאמרה אם תלך לבי' אביה א"כ עדין לא חל הנזירות עד שתל' דחכם לא מצי מפר עד שיחול אבל בעל מפר ואין כאן חומר נזירות שמשון שנ"ש לא היתה תלויה בדבר וזו התליה היא כעין נדר ולא מענין נ"ש וכיון שכן עד שלא תלך לבית אביה יכול הבעל להפר וכדמשמ' מההיא דתנן קונם שאיני נהנית לך אם אני עושה לאבא ולאביך דמפר מיד ובברית' איפליגי ת"ק ור' נתן והלכת' כת"ק דסתם מתני' כוותיה וכן פסק הרמ"בם ז"ל פי"ב בהלכו' נדרי' והשתא אינו מפר הנ"ש שאמ' אלא ביטוי שפתי' בתנאי שהתני' והדבר צ"ת. (תשוב' מהר"י בירב ז"ל ומה שקשה בדבריו).

ומצאתי בתוך תשובו' הרב אבא מארי ז"ל בח"א תשוב' לרב הגדול כמהר"ר יעקב בירב זלה"ה על עניין זה והביא ז"ל מהגה' מיימו' הובאה בפ' ח' דהלכו' אישות זה נוסחה ואומר ר"י דעל דעת רבי' יועיל בזה כדמוכח בהשול' ע"כ פי' דאלמנה שנשא' דינא הוא דאין מדירין אות' שמא יפר לה הבעל ואו' ר"י דעל דעת רבי' יועיל שלא יפר לה ומדירי' לה עד"ר וממנה הוכיח הרב ז"ל דמשמע שאין הבעל יכול להפר אלא במקו' התרת חכם ונרא' לע"ד שהלכה זו מקופחת ולא קרינן שע"דר לא יועיל ביה חדא שהרי כל מעתיקי דברי התוס' ז"ל והם הר"ן וספר התרומה והרא"ש ז"ל כתבו בשם רבינו יצחק דלא מהני וכמו שכתו' בתוס' ודייקו מדאמ' רב הונא נשאת אין מדירין אות' דמשמ' דאין לה תקנה

כלל בנדר אם לא בשבוע' ועוד שכתוב שם כדמוכח בהשול' ובהשול' מוכח איפכא כדפרי' ואפילו אי לא הך דיוקא שדייקו התוס' מ"מ מסתיי' דלא תידוק אלא דמוכח נמי איפכ' היכי מוכ' מהת' ועוד כמדומ' שלא השגיח הרב ז"ל על מה שכתוב שם ועיין בסוף הספר בתשוב' לפי שאות' תשוב' לא באה על ענין זה והיא על שאלה מאלמנ' מניקת שנתנ' בנה להניק וכתב הרב בעל אותה תשובה שאם ידירוה למינקת ע"דר שלא יניח הילד יועיל וכתב הוא ז"ל שאם אשה זו היא בעול' בעל ודאי שאין הנדר כלו' לפי שיפר לה בעלה וכמו שכת' ר"י בפ' השולח לפיכך צריך לתקן כאן שע"דר לא יועיל בזה כדמוכח וכו'.

עוד האריך הרב ז"ל לומ' דאין להוכיח מהא דרב פנחס דכל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת והביא כל לשון הר"ן הארוך וגם אני כך הייתי סבור שאין משם ראיה וחוזרני לומ' שיש ממנה ראיה לענין שלא תוכל האשה לאסור עצמ' בדבר שאין לו התרה דאפקעיני' רחמנא לכחה לגבי דבעל וכהא דרב פנחס וכן הוכיחו התוס' לענין נדר עד"ר כשיש לו הפרה דבעל מהא דרב פנחס ובפ' נער' המאורס' דף מ"ג ומ"ד ע"כ לא שמעי' ליה לר' אליעזר אלא לגבי נדרי' כדר' פנחס כו' ולקמן בסמוך כגון שעמד בדין ונתחייב במזונו' כדר' פנחס כו' ובנדה פ' יוצא דופן מוכח התם לענין קידושי יתומה שהם דרבנן שהבעל מפר אע"ג דנדריה מדאורייתא משו' הא דרב פנחס דאפי' שהקידושין אינם מן התור' כיון שע"ד בעל נדר' יכול להפ' לה אח"כ כשבעל וכתבו התוס' שם וז"ל וא"ת א"כ אמאי נכתב בפר' נדרי' דבעל מפר לאשתו אפי' אינה אשתו כגון הכא הבעל מפר דע"ד נודר' וי"ל דאצטרי' לענין שאם אמר קיים ליכי שאינו יכול להפר א"נ משום דאמר רחמנא בעל מפר קאמר דע"ד היא נודרת ואע"ג דהכא לא הוי אלא נישואין דרבנן היא סבורה שבידו להפר ע"כ משמע להדי' מדבריה' ז"ל דאע"ג דאי לאו קרא לא הוה אמרי' דע"ד נודר' קרא אשמועי' שבדעתו היא תולה וכל שהיא סבור' כך יכול בעל להפ' הא קמן דשפי' איכא הוכח' מהא דרב פנחס ולא שני לן אי אית לה התרת חכם או אין לה והר"מבן ז"ל כתב במשפטי החרם שלו על חרמי צבור שמחרימי' ומתירי' לעצמ' בלי שום פתח וחרט' ובלא התר' שע"ד כן החרימו מתחלה שכשיסכימו דעתם לבטלם יהיו בטלים דומיא דנדרי אשה שבעל' מפר לה משום דע"ד בעל' היא נודר' משמע דהפר' דבעל לאו מגזר' הכתוב היא אלא מטעמא דע"ד בעלה נודר' א"כ ל"ש לן בין נדר שיש לו התרה לנדר שאין לו: עוד כתב הרב ז"ל שאפי' לדעת התוס' שאפי' עד"ר הבעל מפר יש חילוק בין נ"ש שמתו' חומרו אין לו התרה ובין עד"ר שמה שאין לו התר' אינו מצד חומרו אלא שתלוי בדעת הרבים ואני כבר כתבתי דנ"ש נמי לאו משום דחמיר הוא דאין לו

התרה אלא משום שא"א לישאל עליו כמו ששמשון לא היה יכול לישאל ולהתחר' שהרי לא ע"י עצמו בא אלא על פי מלאך ולא מצד שהוא חמור מצד עצמו וכך דייקתי ממאי דבכל דוכתי קאמר בגמרא נזירות ליתיה בשאלה ולא קאמר אין לו הפרה: (שוב מצאתי תשובת שאלה לר' המובהק מהר"ר דוד ן' זמרה ב' אלף פ"ה על אשה שאמרה שאם תתפור עוד שום בגד לבעלה שתהא נזירה בנ"ש והפ' לה בעל' והשיב להיתר מג' טעמי' וא' מהם הוא מפני שהפ' לה בעל שהנזי' מנדרי' שהם של עינוי נפש ואמר שא"עפ שנ"ש הוא יכו' להפר יוסף בכמה"רר משה מטראני ז"להה).

סימן ה

שאלה (ראובן שהדיר הנאה משמעון אם מות' ליטול פרס מכיס הצבור מפני מעותיו של שמעון ותשוב' הר"שבץ ז"ל על זה) ראובן חכם ודיין העיר ונותנין לו בני העיר פרס מכיס של צדקה מהנדבות ומהמצו' ולפעמים כשיצטרך לתת לחלק לעניים ולקופ' בחגי' ובמועדים גובין מס מבני העיר כל א' כפי עריכתו ויהי היו' עשיר אחד דבר כנגד החכם בקושי והקפיד החכם ונדר הנאה ממנו יורינו רבינו אם מותר החכם ליטול הפרס שלו מכי' הצבור מפני מעותיו של אותו עשיר שנותן לכיס של צדקה או חלקו במס הנופ' לכיס של צדקה ונהנה הוא החכ' משלו.

תשובה ראיתי זה תשוב' לרב מהר"ר שב"ץ ז"ל ראובן שהיה חבר עיר ומקבל פרס מן הקהל ונדר הנאה משמעון א' מיחידי הקהל וגם שמעון הדירו מנכסיו נשאל הרב ז"ל סי' קל"ה על זה אם יכולין הקהל לתבוע ממנו חלק פרס ראובן והשיב הוא ז"ל שאסור לתת יותר ממה שהיו פוסקי' אותו בפרס של אחרים דהא מטי ליה הנאה לראובן מיניה וגם טענת הממונים שיתנו מעות שמעון לאחרים אינה טענה כל זמן שלא חלקו המעות והוי' לה כחצר השותפין דהמודר הנאה בא' מהם אסו' ליכנס בתוכה וכו' ויש לי לדון דכיון דהני מעות לא ברירי למי הם. (יוכיח על ענין הנ"ל דיכול ראובן ליקח אם יתן שמעון סתם דלא חשיבי נכסי שמעון כיון דשוב אינו חוזרים לו). ואיפשר ליתנ' לאחרים יכול הוא שמעון ליתן סתם ויכול ראובן ליקח שכיון ששמעון כבר נתנם ושוב אינם חוזרים לו א"כ הרי אינם נכסי שמעון ויכול הוא ליהנות מהם כמו ששנינו היו באים בדרך וכו' אין אחר עמו מניח על הסלע ואומר הרי הם מופקרים לכל מי שירצה והלה נוטל ואוכל דכיון שזה הפקיע עצמו מהם אינם נכסיו שוב ויכול הלה ליהנות מהם ואף ע"ג דהתם שעת הדחק הוא שאין לו מה יאכל אבל אי לאו הכי לא הוה שרי כה"ג היינו משום שאין אחר עמו ומוכחא שאין המתנה אלא לזה שעמו להכי אי לאו בשעת הדחק אסור אבל כי הכא דאיכא אחרים טובא וזה נותן סתם לכל מי שירצה הגבאי ודאי שרי דלאו

ממונו הוא וזה אפי' לא היה שום נותן בקהל זולת שמעון זה כ"ש היכא דיש אחרי' טובא שנותנים שאני אומר משל אחרים הוא נוטל וההיא דחצר השותפין שהביא הרב ז"ל אינה ענין לכאן דחצר בחזק' מריה קיימא וכיון דלא ברירא חלק זה המודר אסור ליכנס לתוכה אבל הכא כבר נתנם שמעון ותו לא הדרי ליה יכול ראובן זה ליטול ואומר משל אחרים אני נוטל ודמיא ממש לחצר שאין בו דין חלוקה דקי"ל כראב"י דאמר זה נכנס לתוך שלו וז"נ לתוך שלו דכיון שאין סופו ליטול חלקו שהרי אין בו דין חלוקה לאו בחזקתו קיימא הכא נמי מעות אלו אין סופן לחזור אליו ומותרין לראובן ויש לי ראיה בפ' ר' אליעזר דתנן פותחין לו פתח מן הכתוב אלו היית יודע שאתה עובר על וחי אחיך עמך שמא יעני ואי אתה יכול לפרנס וכו' ואמרו בגמרא נימא כל דמעני לאו עלי נפיל דמטי לי לפרנסו דהרי כולי עלמא מפרנסי' יתיה ופ' הר"ן ז"ל ורשאי הוא בכך אעפ"י שאסר עליו הנאתו שהרי לא יתן בידו אלא ביד הגבאי וכיון שאם רצה הגבאי ליתן לאחר הרשו' בידו שרי וזה שכתב הרא"ש ז"ל שם ומה שאני נותן יתנהו לאחרי' שמא לרווחא דמילתא כתב כן ובלאו הכי נמי סגי. (הנוטל מיד הגבאי אין כאן טובת הנאה לבעלים ויכול ליהנות ראובן מיד הגבאי אעפ"י שמודר הנאה משמעון) אי נמי הכי קאמר מתוך שהיה יכול ליתן מה שאני נותן לאחרים ויפרנסנו משל אחרי' מותר לו ליתן ביד הגבאי מיהו הגבאי יכול ליתן לו אפי' ממעותי' וכההיא דנותן על הסלע שהבאתי וכן מוכח ממתני' דפ' בתרא דנדרים קונם שאיני נהנה לבריות יכול' היא ליהנות בלקט שכחה ופאה לפי שאין בהם טובת הנאה ואפילו לענין צדקה כל הנוטל מיד הגבאי אין כאן טובת הנאה לבעלי' שכבר הם סלקו עצמן ליתן כל כך וכך. (יוכיח דראובן המודר הנאה משמעון יכול הגבאי לתת לראובן וליק' אח"כ משמעון אע"ג דאין שום מקבל אלא ראובן ואין שום נותן אלא שמעון).

ועוד אפי' לא היה שם שום נותן אלא ראובן ושום מקבל אלא שמעון יכול הממונה לתת לראובן וליקח אח"כ משמעון דאין בדבר איסור כלל וכההיא דאמרינן בפ' המדיר דתנן המדיר את אשתו מליהנות לו עד ל' יום יעמיד פרנס ופרכי' בגמ' ופרנס לאו שליחותיה עביד ומוקי לה בגמ' באומר כל הזן אינו מפסיד משמע דכל שאינו אומר לו בפי' שיתן לו אע"פ שגלה דעתו שרצונו בכך מותר ואין בדבר איסור כלל כ"ש אם לא יאמר כלל לממונה אלא שהממונה יתן בסתם ויחזור ליקח משמעון ואין לפקפק מטעם שכיון שהממונה היה רגיל בכך והוא גבאי ומחלק מיחזי קצת כמו שליח דידיה ולא דמי להא דכל הזן אינו מפסיד דהתם אינש דעלמא הוא ולא מוכחא מילתא הא ליתא דעדיפא מינה תנינא התם המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל הולך אצל חנוני הרגיל אצלו

ואומר לו איש פלו' מודר הנאה ממני ואיני יודע מה אעשה לו הוא נותן לו ובא ונוטל מזה והא דתניא ואין לו מה יאכל לאו דוקא אלא אורחא דמילתא נקט תדע מדפריך בגמ' מינה אהא דפרנס הכי הוא דשרי אבל כל הזן אינו מפסיד לא ולא פריך אין לו מה יאכל הוא דשרי הא יש לו לא וכן משמע נמי מתוך דברי התוס' דמשמע מדבריהם דבאשה נמי היה איפשר נמי תקנת' דחנווני אלא דלא שכיח כו' הרי דאפי' ברגיל אצלו ואזיל וקאמר ליה דכמאן דאמר ליה זיל הב ליה דמי כדאמרי' התם כ"ש הכא שיכול הממונה ליתן בסתם וליקח מזה.

עוד כתב הרב ז"ל ואיפשר היה לומר שכיון שיש רשות לטובי העיר לשעבד נכסי אנשי העיר אין שמעון רשאי לפטור עצמו משעבודן וזה אינו כיון שראובן אסר הנאת שמעון עליו ועוד דכל דמחוסר גובייא יכול לאסור נכסיו על ב"ח כי ההיא דפ' אלמנה לכ"ג באצטלא דפרסוה אמיתנא דקנייה מיתנא ואע"ג דב"ח דידיה איפשר דלא מצי אסר כל זמן שלא הניח מנכסיו כדי לגבות הכא שאני שהרי יכול ראובן ליטול פרס שלו משאר הקהל ע"כ דבריו ולבי מהסס בהם דודאי אין שמעון יכול להפקיע שעבודן של בני הקהל ולא שיעבודו של שמעון ע"י קונם ומה שכתב כיון שראובן אסר הנאת שמעון עליו לא בשביל כך נמחל שיעבודו ואם אחד אסר על עצמו בקונם הנאת חוב שיש לו אצל אחרים לא מסתבר לומר שאם מת לא יטלוהו יורשיו דאכתי שיעבודיה גביה אם כן ראובן אם ימצא פתח לנדרו הא עקר ליה והוה ליה כמאן דליתיה. (אין לפטור הקהל מחלק שמעון בטענה דראובן איהו דאפסיד אנפשי' דיכול הוא לו' אני אמצא פתח לנדרי).

ואף הקהל נראה דאינן יכולין לפטור עצמן מאותו חלק בטענה דאיהו דאפסיד אנפשיה כמו שכתב הרב ז"ל דמאי שנא מההיא דתנן פרק אף על פי נדרה שלא להניק את בנה בית שמאי אומרי' שומטת דד מפיו וב"ה אוערים כופה ומניקתו ומפרש בגמר' דבנדרה היא וקיים לה הוא קמפלגי ב"ש סברי הוא נותן אצבע בין שיניה וב"ה סברי היא נתנה אצבע בין שיניה הא קמן דאפי' בקיים לה הוא דיכולה היא לומר כסבורה הייתי שיפר ואפ"ה סברי ב"ה היא נתנה וכופה ומשמשתו ואע"ג דהתם באסרה הנאת יניקה על עצמה מיירי דחל הנדר שפיר כדפי' התוס' כ"ש הכא דלא אמרינן איהו דאפסיד אנפשיה דיכול הוא לומר אם משום נדרי אני אמצא פתח לנדרי ומ"ש דכל דמחוסר גובייא יכול לאסור וכו'. (לוה יכול לאסור חפץ א' על ב"ח אבל לא לאסור כל נכסיו) איברא דיכול הוא לאסור חפץ א' על ב"ח ואפילו הוא משועבד לו דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד ומתוך שיכול לומר לו איני רוצה שתפרע מזה אלא מזה ומצי לסלוקי ליה בזוזי יכול נמי לאוסרו עליו בקונם וחייל שפיר אבל לאסור כל נכסיו על ב"ח הא ודאי אינו יכול

דא"כ כל אדם יפקיע עצמו מב"ח ע"י קונם והא ליתא כדכתבו התוס' פ' אע"פ על הא דשאני קונמות דקדושת הגוף נינהו דכי היכי דאלמוה רבנן לשעבודיה דבעל ה"נ אלמוה לשעבודיה דבעל חוב וההיא אצטלא דפרסוה אמיתנא דאמר רבא קנייה מיתנא שאני התם דכיון דנאסר לכל העול' ליכא למיחש שיעשה כל אדם כן להפקיע שיעבודו דב"ח. (אין שמעון יכול לומר לראובן איני רוצה שתתפרע ממני אלא משאר הקהל דאיהו עיקר ב"ח ושאר מדין ערב) ואי משום שיכול ראובן ליטול פרס שלו משאר הקהל אין זו טענה שהרי אינו יכול לומר לו איני רוצה שתתפרע ממני אלא משאר הקהל דאדרבה עיקר ב"ח הוא ושאר הקהל מדין ערב מתחיי' אדרבה שנינו לא יתפרע מן הערב תחילה אמטו להכי אינו יכול להפקיע שיעבודו מעליו ולאסור דבר המשועבד לבעל חוב מתוך שיכול לסלקו בזוזי יכול לאוסרו עליו אבל זה אין בידו לסלקו מעליו בשום צד ובהא שייך שפיר לומר דאלמוה רבנן לשיעבודיה דאל"כ כל אדם יכול להפקיע עצמו מב"ח וילך לחזר אחר הערב.

וחוץ מזה אפי' לא היה מקום כאן לומר דאלמוה רבנן לשיעבודי' הנדר מעיקרו אין בו ממש ולא חל כלל דהא דכתבו התוס' דאלמוה רבנן לשיעבודיה זהו באוסר כל נכסיו על ב"ח דאי לאו משו' דאלמוה הוה חייל נדר שפיר דאכתי מחוסר גובייני' והם שלו ואלו רצה להקדישם יכול ועוד אי בתר הכי נפלו ליה זוזי יכול לסלק הב"ח בהם מ"ה חל שפיר הנדר דאדם אוסר פירותיו על חבירו וכן ההיא דקונם שאני עושה לפיכך יכולה היא לאסו' עליו מעש' ידיה בקונ' שאם היה לה מעות ממקום אחר ע"מ שאין לבעלה רשות בה היתה יכולה ליתן לו דמי משקל ה' סלעים ביהודה וכו' ולהכי אי לאו משום דאלמוה רבנן לשיעבודיה דבעל היה חל הנדר. (אם הדיר לוה למלוה שאמר קונם הנאתי עליך לא חייל עליו דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו) אבל אם הדירו לוה לב"ח קונם הנאתי עליך מי חייל קונם עליה דהא ודאי משועבד ליה ואין בידו לאסור הנאתו דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואינו בידו דהא ודאי בדין יהנה ממנו דמשועב' ליה הוא. (אשה שאמרה לבעלה קונם תשמישי עליך אם חל הנדר מעיקרא ולהעדפ' נמי לא חייל ואפי' יגרשנה יכולה לחזור) ויש לי ראיה מהא דאמרי' פ' המדיר אמר רב כהנא הנאת תשמישי עליך כופה ומשמשתו הנאת תשמישך עלי יפר שאין מאכילין לו לאד' דבר האסור לו ואי אמרת דהא דהנאת תשמישי עליך כופה ומשמשתו משום דאלמוה רבנן לשיעבוד' דבעל הוא א"כ בהא נמי לימא יפר שמא תעדיף עליו יותר מן הראוי כדאמרינ' גבי קונם שאני עושה לפיך בפ' אע"פ דהא ודאי לא משעבדה ליה בכל שעה אם היא אינה רוצה שלא מצינו מורדת אלא באומרת מאיס עלי או מצערנא ליה אבל אם

היא טוענ' בעונה האמורה בתורה הטיילין וכו' נראה דלא כייפי לה שאינה שבויי' חרב להזדקק לו בכל שעה ועוד הול"ל יפר שמא יגרשנה ותהא אסור' לחזור כדאמ"ר יוחנן בן נורי לענין מעשה ידיה ופסיק שמואל הלכתא כוותיה וכי היכי דאמרי' בסיפא יפר שאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו והיינו ודאי משום עצה טובה דהא ודאי נראה דאפי' לא הפר כופה ומשמשתו כדמשמע התם בפ' אע"פ גבי נדרה שלא להניק את בנה שפי' שם התוס' דאמרה יאסר הנאת יניקה עלי ואפ"ה אמרו ב"ה כופ' ומניקתו הכא נמי נימא ברישא יפר משום עצה טובה שמא יגרשנה וכו' אע"כ משמע דכשאמרה הנאת השמישי עליך הנדר מעיקרו לא חל שאין בידה לאסור הנאתו עליו וכי היכי דלעיק' הנאה לא חל להעדפה נמי לא חייל ואפי' יגרשנה יכולה לחזור משום דבשעת הנדר לא היה בו ממש ואין כאן נדר מעיקר". וכן משמע נמי מדברי התוס' בפ' אע"פ גבי נדרה שלא להניק את בנה שכתבו דאין לפרש שאסרה הנאת יניקתה עליו דכיון דמשעבדה ליה אין הנדר חל ואם איתא דהא דאין הנדר חל על השיעבוד היינו משום דאלמוה רבנן כי הא דמעש' ידיה דאמרי' אלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל אבל מיחל הוה חייל כדאמרינן הקדש חמץ ושיחרו' מפקעי' מידי שיעבוד א"כ יכולין אנו לפרש ההי' ברייתא דנדרה שלא להניק את בנה באסרה הנאת יניקה עליו דב"ש סברי כיון דהוא נתן אצבע בין שיניה שקיים לה לא עבדו ליה רבנן תקנתא וב"ה סברי היא נתנה וכו' ואלמוה רבנן לשיעבודיה אלא משמע דכל כי ה"ג לא חייל כלל ואפי' קיים לה אין קיומו קיו' והנא' יניקה לא מצי' לסלוקי בזוזי בשום צד אי לאו דלאו אורחא דידה או דידי' אבל היכא דאורח' דידה ואורח' דידיה ע"כ להניק ואפי' אם תרצה להשכיר מינקת לאו כל כמינה וכיון שכן אין בידה לאסור הנאת יניקה עליו ואפי' קיים לה אין הנדר כלום.

עוד בא בדברי הרב כלשון הזה ואפילו לא יתן שמעון אלא מה שיגיע לו כפרס האחרים כיון שמעותיו מעורבים עם השאר הו"ל היתר מעורב באיסו' ואע"ג דביבש ביבש חד בתרי בטיל הכא אסור מטעם דבר שיש לו מתירין כדאמרי' פ' הנודר ע"כ ואי טעמא דביטול טעמא דחויה לאו דחויה הוא. (יוכיח דהא דאמרי' דנדרי הוי דבר שיש לו מתירין לא הוי כעין זה ששמעון אסר הנאתו מראובן) דהא דאמרי' בפ' הנודר דקונמו' הוו להו דבר שיש לו מתירין דאתנהו בשאלה לאו היינו משום שעיקרן של נדרים יש להם התרת חכם דמשום הכי לא מקרי דבר שיש לו מתירין אלא לגבי דידיה כיון שבידו לישאל על נדרו ומשום שלא לקיימו אמרינ' ליה אתשיל אנדרך והו"ל יש לו מתירין אבל הכא ראובן זה לגבי דידיה נדר שאין לו מתירין הוא שאין בידו להתיר הנדר שאסר עליו שמעון תדע דהא תרומ' וחלה דאע"ג דאיתנהו בשאלה כיון שאין בהתרה מצוה לא

מיקרי יש לו מתירין כ"ש הכא שראובן אין בידו כלל אם לא ירצה שמעון לישאל על נדרו וגדולה מזו מוכח בפ' השוכר את הפועל גבי טבל שאסורי' בכל שהן ומפר' התם טעמא משום דכהתירו כך איסורו ולא קאמר משום דהוי דבר שיש לו מתירין וכתבו דטעמא דדבר שיש לו מתירין בטבל לא סגי דפעמים שאין הבעלים שם בעיר אע"ג דיכול לילך למקו' שהבעלי' שם כיון שיש לו שם טורח הוצאה הוי כשאין לו מתירין וכתבו שכן כתב רבינו תם בפ' הזהב אלא שטעם הביטול מעיקרא לא ברירא לי דבשלמא לענין איסור שייך ביטול שאלו היינו מתירין חתיכ' האיסור היינו אוסרין אותה והיה השאר מותר אבל הכא במעות לא שייך הא דבכל חדא וחדא יד כלם שוה ויש לשמעון חלק בה ואפי' היינו מכירים שאין זה מטבעו של שמעון מ"מ הם כשותפי' בכל המעות והא מטי ליה הנאה מיניה ובענין הנאה לא שייך ביטול כל דמתהני דומיא דתנן בס"פ השוכר יין נסך שנפל לבור רשב"ג אומר מוכר כולן לנכרי חוץ מדמי יין נסך שבו ואע"ג דלענין איסור הנאה לא אמרי' דאסור בכל שהוא מ"מ לא מתבטל האיסור לגמרי כמו שאמרו לענין כל איסורין וכן משמע בדברי התוס' והלכה כרשב"ג ואני כבר כתבתי לעיל מה שיראה לע"ד שכל שאין יכול לחזור וליקח חלקו אין חלק שמעון מבורר ודמיא לחצר שאין בה דין חלוקה וכו' ועוד דמכיון שנתנו ליד הגזבר הא פקע כחו של שמעון מהם ומתוך שיכול ליתנם לאחרים יכול ליתנו לראובן כי ההיא דמניח על הסלע וכו' ועוד טעמים אחרים שכתבתי לעיל כל זה כתבתי כנושא ונותן כי תורת אמת הי' ואין לאגור אדם דבריו בה ואמרינן מנין לתלמיד שראה זכות שלא ישתוק אבל לא לענין מעשה כי מי יוכל לדון את שתקיף ממנו: זהו הנראה לע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה לשלוניקי.

סימן ו

שאלה שאלתם גרסי' בפ"ק דחולין אמר רב הונא בר רב קטינא אמר רשב"ל ג' פגימו' וכו' רב חסדא אמ' אף פגימת סכין וכו' עד וכלן כדי פגימת מזבח וכמה פגימת מזבח כדי שתחגור בה הצפורן. (לשון הרא"ש דפ"ק דחולין על הא דאמ' רב חסדא וכמ' פגימת מזבח כדי שתחגור בה צפורן) וכת' הרא"ש בפסקיו וז"ל ורב אלפס לא הביא הך דרב חסדא יש מפרשים דעתו דהוא סובר דהני דבדקי בשימשא ובמיא ורב פפא דבדק אבשרא ואטופרא פליגי אדרב חסד' וסברי דפגימ' כל דהו טרפי' אפי' אין הציפורן חוגר' בה ולי נראה כיון דפסק דבעי לבדוק אבשרא ואטופר' היינו כדי שתחגור בה צפורן וכל פגימ' שהוא מרגיש בצפורן היינו שתחגור בה הצפורן הילכך לא הוצרך להביא ההיא דרב חסדא עכ"ל. ואני בעניותי שמעתי ולא אבין דברי הרא"ש במה שכתב דכיון דפסק

דבעי לבדוק אבשרא ואטופרא היינו כדי שתחגור בה צפורן וכו' דהא מילתא דפשיטא היא דלרב חסדא כל שאין הצפורן חוגרת והבשר חוגר בו טרפי' דטפי מרגיש בשר הרך מטופרא הקשה כדפי' רש"י אהא דאמר בסוריא בשרא אכלה בשרא לבדקיה וכי תימא לר' פפא אחר שהוצרך בדיקה אבשרא הרכה למאי איצטרי' בדיקה אטופרא הקשה כבר כתבו התוס' טעמא דמלתא משום ושט ומשום קנה ואיך שיהיה הדבר מבואר דרב פפא מחמיר מפי מרב חסדא בבדיקת הסכין אנא יאר פניו אלינו בהבנת כוונת דברי הרא"ש ז"ל.

תשובה דברי הרא"ש ז"ל הם פשוטין שהוא בא לחלוק על אותם שרצו לומר בדעתו של הרי"ף דהני דבדקי בשמשא ובמיא היינו בכל שהוא פליגי אדר' חסדא ואמר דהא ליתא דהני לא פליגי אדרב חסדא וכולהו ס"ל דפגימה כדי חגירת צפורן היא ולא כל שהוא והכרע גדול יש בדבר מדפריך תלמודא לר"ל אמאי לא תני פגימת סכין משמע דכ"ע ס"ל דפגימת סכין כדי חגירת צפורן ואי הני פליגי אדרב חסדא מאי פריך לריש לקיש דילמא ר"ל כהני ס"ל דבדיקת סכין בכל שהוא אלמא ליכא למ"ד דפגימת סכין בפחות מחגירת צפורן אלא שכל אחד היה נוהג לפי מה שהיה סבור שהוא בדיקה יותר יפה ואנה"נ ששיעור הפגימה תהיה כדי חגירת צפורן כמו שכתב הר"ן ז"ל וכן רב פפא דאמר צריך למבדקיה אבשרא ואטופרא אידי ואידי חד שיעורא הוא והיא כדי חגירת צפורן אלא שדרך שני הבדיקות כאחד טובים משום קנה ומשום ושט כמו הנהו דבדקו במיא ובשמשא אע"ג דלעולם הפגימה הוא כדי חגיר' צפורן כל חד סבר דהכי מבדיק טפי ותהי' ניכרת החגיר' יותר ה"נ אמר רב פפא דנבדקי' אבשרא ואטופרא דהכי מבדיק טפי ותהיה ניכרת יותר וזהו שכתב הרא"ש דפגימ' שמרגיש בצפורן היינו חגירת צפורן כלומר אינה הרגשה כל דהו וכיון שכן בדיקה דאבשרא דקאמר נמי לאו הרגשה כל דהו דא"כ אמאי אצטריך תו בדיקה דטופר' כיון דבדיק' דטופרא היינו חגירת צפורן אלא ודאי תרוייהו חגיר' צפורן הם הילכך לא הוצרך הרי"ף ז"ל להזכי' ההיא דרב חסד' משו' דפשיט' ליה דבדיקת טופרא היינו חגירת צפורן וכיון שכן אף בדיקת בשרא נמי מדקאמ' אבשרא וטופרא כדפי'. זהו הנראה לע"ד הצעיר יוסף בכמוהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ז

שאלה מי שנשבע שלא יעשה יין למכור לא ליהודי וצא לארמיני מפני שהעלילו עליו שמכר לישמעאל ויש לו קצת יין שהתחי' להקרים והיה עשוי אצלו קודם שנשבע. (תפיסה על תשובת הרשב"ץ) השיב הר"ר שלמה בר צמח ז"ל שאסור למכרו דאזלינן בתר דעת הנודר שנדר מחמת שהעלילו עליו וכאותה ששנינו קונם צמר עולה עלי מותר

באניצי פשתן טען והזיע וכו' ר' יהודה אומר הכל לפי הנודר ותנן נמי היו מסרבין בו ליקח בת אחותו וכו' הכא נמי כיון שכוונתו היתה למכור אין אנו מביטין לדברים היוצאים מפיו זה תורף דבריו. ודבריו תמוהים כי מה הוכחה יש מהא דקונם צמר וכו' והיו מסרבין בו וכו' דודאי בעינן שיכוון בלבו מה שמוציא בשפתיו והכא נמי בעינן שיוציא בשפתיו מה שהוא מכוין בלבו דלבטא בשפתים אמר רחמנא ובעינן שיהיו פיו ולבו שוין וכל שחסר א' מהם או פיו או לבו לאו כלום הוא וזה שנשבע שלא יעשה גם כי בלבו היה גם על העשוי כבר אין בדבר כלום שהרי לא הוציא בשפתיו ודמיא לנתכוון להוציא פת חטין והוציא פת שעורין ואדרבה משם ראיה מההיא דהיו מסרבין בו וכו' דתני סיפא קונם ביתך שאיני נכנס טפת צונן שאוכל לך נכנס לביתו ואוכל עמו טפת צונן וכתב הרא"ש שהוא מותר גם באכילה ושתיה שהרי לא הוציא אכילה בשפתיו ולדברי הרא"ש ז"ל לא מבעיא זה שהיה עשוי כבר אלא אפי' עשה אח"כ לעצמו יכול למכו' ממנו שהרי לא הוציא בשפתיו מכירה מיהו לעשות מתחיל' מרובה כדי למכור אסור דשפיר משמע שלא לעשות כלום שלא לעשות מרובה כדי למכור אלא הצריך לו לבד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ח

מעשה שהיה בג' יהודי' שהיו הולכים כא' וקמו עליה' שני רצחנים והרגו את האחד לגמרי והשני הכוהו מכות גדולות מכות מות עד שיצא רוק מפיו ופירכס בידיו וברגליו כל זה ראה השלישי הנשאר לפליטה אבל לא הספיק לראות אם זה השני מת לגמרי כי לקחוהו וישליכו אותו הבור ועמד שם שבעת ימים ונעשה לו נס והעלוהו חי ועתה בפנינו ב"ד בא ר' יצחק חיון יצ"ו והעיד איך שמע מפי יהודי אחד ששמע מזה הפליט שעלה מן הבור איך אחר ימים בהיותו מוכר בכפר א' באו הרצחנים הנז' ושאלו ממנו מעט שלקה חנם והוא לא הכירם והשיבם בעזות למה אתן חנם אמרו לו הרצחנים הדין עמך שלא הרגנוך כמו שהרגנו את חביריך אז נתן אל לבו והכירם ע"כ עדות הר' יצחק יורנו המורה לצדקה ושכרו כפול.

תשובה מיראי הוראה אני וראיתי את השאלה ואת כל אשר נכתב עליה להתיר את האשה ע"פ גדולי הפוסקי' ז"ל להתיר (נכרי מל"ת דנאמן בלא קברתיו יש להסתפק היכ' דאיכא למתלי דאמר בדדמי) בנכרי מל"ת בלא קברתיו אך בדבר אחד אני חוכך להחמיר ושכתו' בשאלה שהכוהו הכאות מות קרוב למיתה עד שפרכ' בידיו וברגליו קרוב לומר שבענין זה לא יהיה נאמן מסיח ל"ת עד שיאמר מת וקברתיו שיש לחוש שגם הרוצחים לא יספיקו לעמוד שם עד שתצא נפשו ובאומד דעתם אומרים שמת מחמת ההכאות

שהרי יצא דם מפיו לעיניהם ופרכס בידיו וברגליו ועדיפא הך אומדנא מההיא דתניא עשנו עלינו בית עשנו עלינו מערה הוא מת ואני נצלתי אינה נאמנת אפי' העידה עליו שמת בבירור חיישי' דאמרה בדדמי וכי היכי דלא מהימנא במלחמה לומר שמת כדאי' בגמרא זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברה ודאי מיית ואיכא דעבד סמרתיתי וחיי והשתא ומה אם אע"ג דלא ידעי אי מחו ברומחא או בגירא חיישי' כיון דבמלחמה הוא דילמא בגירא או ברומחא מחו ליה וסברה ודאי מת כ"ש היכא דידעינן דמחו ליה שיתין עוכלי בעוכלא כעין גירא או רומחא דתלינן לומר דבדדמי הוא דאמרי מת ואין חילוק בין אשתו לנכרי מל"ת דאפילו דעד כשר לא מהמני ליה כל היכא דאיכ' למיחש דאמר בדדמי כמו במלחמה או במים עד שיאמר קברתיו ועוד יש להביא ראיה מהאי דתנן פ' המגרש גבי קול דקדושין יצא שמה בעיר מקודשת הרי זו מקודשת וקתני ובלבד שלא תהא שם אמתלאה כלומר ששמעו שהקידושין היו קדושי ספק על תנאי אע"פ שהקול הוא שהיא מקודשת ודאית לא חיישי' לקלא שנאמר על אלו הקדושין הגרועים הוא שיצא הקול ה"נ כיון שיש אמתלאה גדולה שקרוב לטעות בהם לא חיישינן למילתא דאימור בדדמי אמר ועוד ראיה בפ' המגרש אמרי' יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה מ"ט פריצותא בעלמא הוא דחזו לה ומצאתי להרשב"א ז"ל שכתב בתשובה על ראובן שיצא לכפרים ואמר לו נכרי אחד שיביא לו שטר חובו ויפרענו וכן עשה והלך שם ולא נמצא עוד ויצא הקול שאותו הנכרי הרגו וגם נתפס הנכרי והוא בבית האסורים ואחי ראובן באים להכנס בנחלה שאומרים שיש להם עדות נכרי מל"ת שהגיד בהריגתו וענין מיתתו והשיב הרב ז"ל שאין העדו' ראוי לסמוך עליו אפי' להשיא את אשתו שאין סומכין על מי שאומר שמת שכולם אומרי' כן בדימוי שהם אומרין שכיון שנכנ' שם ולא נמצא עוד בברי שהנכרי שהי' חייב לו הרגו ודמי למלחמ' או למי' זהו מה שנסתפקתי בזה והצעתי לפני רבו' והם יבחרו ולא אני הצעי' יוסף מטראני.

סימן ט

שאלה ריב לא ידעתי אחקרהו צדק צדק ארדפהו להאיר חשכי ספקותי אלכה לי אל המאור הגדול המאיר לארץ ולדרים עליה במעשה שהיה בלאה אשת ראובן שדכה את בתה רחל שלא ברשות בעלה כי הרחיק נדוד ונדרה לתת לחתנה נוסף על חפצי בתה סך מעו' מדודים משל בעלה שישא ויתן בהם אח"כ שלחה מכתב לבעלה להגיד לו וכתב ראובן בעלה משם שלא יעשו דבר וגם יזהרו מאד לבלתי תת מנכסיו מאומה שאין רצונו לתת לבתו דבר וכבא הכתב כבר היתה הבת מקודשת באופן שהוכרחה לקיים תנאה ולתת לשמעון חתנה המעות שהתנית לתת לו מנכסי בעלה באומרה שבשומעו

את העשוי יתרצה כמו שכבר היה וראובן ביודעו היה עומד וצווח יום יום כי איך נתנו ממונו שלא כרצונו וב"כ וב"כ עד שלא הפסיק לבא מן המקום אשר גר שם מתה רחל הבת וחיי לרבנן והנ' הוא תובע את חתנו לדין לומר שיתן לו מעותיו שהם גזל בידו וזה מפורסם לכל העולם וגם עד א' יש בפרטו' שהיה מפקח על נכסי ראובן והעיד שאותם המעות שלקח שמעון זה בפניו הם של ראובן בודאי בבירור ושמעון טוען כי לא לקח דבר מחמותו זולתי מיד אשתו ולאו בעל דברים דידיה הוא והעד מעיד שהאמת הוא ששמעון לא קבלם זולתי מיד רחל אשתו כי עשו כן בהערמה למען יוכל לומר שהוא לא לקח אל' מיד אשתו אבל לאה הנותנת ורחל לא היו יודעים דבר מזה אלא לקחה רחל מיד אמה ונתנה ליד בעלה אבל המעות בודאי הם של ראובן יורינו רבינו אם שמעון זה זכאי בטענתו זאת אם לאו ושכרו כפול.

ואתה רבינו המאיר לעולם כולו האירה עיני במאור תורתך במה שיש לדון בזה מהא דאמרי' בסו' יש נוחלין מבעיא לן לותה ונישאת מהו בעל לוקח הוי ומלוה ע"פ לא גבי מלקוחות או דילמא יורש הוי וכו' ולא איפשיט' ופסקו רבוותא דמלוה ע"פ לא גבי מבעל ואע"פ שר"ח ורשב"ם והרמ"ה ז"ל ס"ל דגבי מבעל הרי מחלוקתך בצדך הרי"ף והרמ"בם ז"ל בס"פ כ"ג דמלוה וכן הסכים הרא"ש בפסקיו ולכאורה היה משמע דגזל נמי הוי בכלל מע"פ דלא גבי מבעל מיהא דבעי למפשט בעיין דהתם מהא דתנן נשאו גדולות ישאו קטנות פי' נשאו גדולות לבעל והכניסו חלק הקטנות עמהם ישאו קטנות חלקם מבעל ויוציאו אלמא יורש הוי ודחי שאני פרנסה דקלא אית לה משמע דאפי' בגזל כי הא שלקחו הגדולות חלק הקטנות אי לאו משום דאית ליה קלא לא גבי מבעל כמו מלוה ע"פ. (יוכיח דגזל הוי כמע"פ ואינו גובה מהבעל) וכן היה משמע מתוך תשובת הרא"ש ז"ל בכלל ל"ה שנשאל על ארוסה ששלחו לה סבלונו' ונשא' לאחר ואומרת שאכלתם או הפסידת' והשיב בסבלונות קלא אית להו משמע אבל אי לא היה הקול לא היה גובה איברא דיש לומר דבנ"ד גבי שפיר כי היכי דאמרי' התם דשויה רבנן כיורש משום פסידא דאלמנה הכא נמי משום פסידא דראובן יהיה כיורש ואע"ג דבמוכר בנכסי מלוג אמרי' דבעל מוציא מיד הלקוחו' ולא חיישי' לפסידא דידהו התם כדמפר' טעמא דאינהו דאפסיד אנפשייהו דלא מבעי להו למזבן מאיתת' דיתבא תותי גברא אבל הכא ליתא להני טעמ' הא ניחא לענין נכסי מלוג דבעיין דהתם עלייהו אי לוקח הוי אי יורש הוי אבל בנכסי צאן ברזל פשיטא כיון דקבלם על עצמן לוקח הוי והכי מוכחא סוגייא דהתם דלא מיירי אלא בנ"מ וכן משמע מתשובת הרא"ש שהבאתי שכתב אם יש לה נ"מ גובה מהם וכן כתב מוהר"י קולון ז"ל ומיהו הא ליתא דהא דנשאו גדולות דתנן ישאו קטנות מבעל

לאו היינו שלקחו הבעלים הנכסים לעצמם אלא שהגדולות הכניסום לרשות הבעלים והן אכלום או אבדום הבעל לאו מידי עבד אלא שהקטנות תובעות שכיון שהם אכלום ישלם להן משאר נכסים שיש להן שהם של הגדולות בודאי וזה שכת' הנמוקי יוסף עלה דההיא ומיירי בשאין הנכסים עתה בעין דאי גזילה קיימת לעולם חוזר היינו כדפר' שהן אכלום אבל לא הבעלים דאי הבעלים אפילו כשאין הגזלה קיימת גובה מהם וכדאמרי' בריש הגוזל ומאכיל אמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלי' ובא אחר ואכלו רצה מגזלן גובה רצה מאחר גוב' משמ' דאפי' ליתא בעין גובה מאחר ול"ד אכלו דאפי' נתנו במתנ' לאח' או מחל לו כעין נ"ד אין מתנתו כלום דהא פריך עלה דרב חסדא ממתני' דהגוזל ומאכיל את בניו דפטורין ומשני מתניתין לאח' יאוש וכן תשובת הרא"ש בהכי מתוקמ' שהיא אכלתם כעין מתניתין דנשאו גדולו' כדמפרש"י ואף על גב דמתניתין סתמא מתניא ע"כ הכי פירושה וכדפרישית וכיון שכן עכשיו שמתה רחל זו אנו באים לדון את שמעון זה כדין לוקח ובכוליה תלמודא אמרינן דטענינן ללוק' ולכך צריך לברר שלש טענות שהיתה רחל זו יכולה לטעון לראות איזה מהם יכשר או פרעתי או לקוחים הם בידי או להד"ם ותשבע להכחיש את העד.

עוד ילמדני מורי הרב אם יש לפטור את שמעון זה מטע' דטענינן ליה דשמא פרעה דהקלישית דעתין שאין זו טענה ולא מבעיא לסברת קצת מרבוותא דסוברים דלא מהימן לומר החזרתי בכה"ג וכמו שאבאר בסמוך הכא בנ"ד שהעד מעיד שתיכף נתנה המעות ליד שמעון בפניהם הרי נעשה הוא בעל דינו כיון שרצה מזה גובה רצה מזה גובה. (יוכיח דהבעל אינו יכול לטעון שמא פרעה לך היא דכיון דהכניס' לו נסתלק' היא ונכנס הוא במקומה) וכיון שכן אינו יכול לדחותו ולומר שמא פרעה לך היא דדוקא בלוקח דעלמא הוא דטענינן שמא פרעו הלוה לפי שאין זה חייב כלום אטו קבלן שבא מלוה ליפרע ממנו יכול לומר לו שמא פרע לך הלוה וגם כי הרב ז"ל בפרק כ"ו כתב דמלוה שבא ליפרע מן הערב אומר לו הבא ראיה שלא נתפרעת אם אמרו בערב שלא חל שעבודו עליו אלא עד שלא יוכל לגבות מן המלוה יאמרו בקבלן שהוא בעל דינו כמו הלוה דמימר אמר ליה אין רצוני ליפרע אלא ממך וכן נראה לי שראיתי בדברי התו' ז"ל ואפילו לדברי הרב המגיד ז"ל שאפילו מן הקבלן אין נפרעין אלא בראיה הכא דבשעת נשואין הכניסתן לו וגם היא נכנסת לרשותו נסתלקה היא מן הדין ונכנס הוא במקומה והו"ל רחל זו בנ"ד כאיניש דעלמא לגבי הא מלתא דאין לו לומר שמא פרע לך בני שמת או שותפי שמת הכא נמי לא שנא ועוד כי במציאות אי איפשר כיון שנשאת תיכף והכניסה לו מנין היה לה לפרוע אם לא שנאמר שמצאה מציאה ולא ידע בעלה ולא שום אדם

ופרעה שזה דבר שלא יעלה על לב. (מילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי) והרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל פ"ז דכל מילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי וראייתו מפרק בתרא דכתובות ההוא דעשאה סימן לאחר ומת וכו' דטעין אפטרופוס אי הוה אבוהון קיים הוה אמר תלם א' מכרתי וכו' אבל אביי לא טען כך בשביל היתומים משום דהוי מילתא דלא שכיחא אבל אי טעין אפטרופוס טענה היא ויש לי לדון לפני רבי דדוקא התם דהשדה בחזקת יתמי דאכלי לה שני חזקה וזה בא להוציא מחזקתם משום דעשאה סימן לאחר איפשר דתלם אחד מכר או שחזר ולקח ממנו והוא דבר שאפשר וגם אין ראיה לאחרים אלא ממה שעשאו סימן אבל כשיש עדים כי הכא לא מהימן לטעון כך מילתא דמוכחא לכל שהוא שקר וראיה מפר' הגוזל גבי גזל והניח לבניו דאם אמרו גדולים אין אנו יודעים חשבונות שחשב אביהן עמך פי' ושמא פרע לך הגזילה אין נאמנין דמילתא דלא שכיחא הוא שלאח' שגזל יפרע לו דמיה ויקחנה וכן פי' הרא"ש ז"ל שם ובפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומים דטענינן להו החזרתי במגו דנאנסו וכתבו התוס' ז"ל אבל נאנסו לא טענינן להו משום דאונסא לא שכיחא ובהכותב גבי ר' מיאשה חדא דידענא ביה בר' מיאשה דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנים וכתבו התוס' בכתובות ובאיזהו נשך דמייתי נמי הך עובדא התם דטעמא דלא אמיד גרידא סגי דלא חיישינן שמא מציאה אשכח או שהיה לו דיש מתרוששׁ והון רב דמילתא דלא שכיחא הוא ולא טענינן להו והא דקא מצריכינן סימנין היינו משום דשמא איניש אחרינא אפקיד גביה וכן כתב המרדכי וכן כתב ג"כ הנמוקי יוסף ואף על פי שכתב הרמב"ם ז"ל פכ"ד מהלכות סנהדרין אחר שכתב דין זה שמשרבו בתי דינין שאינם הגונים לא ידון הדיין בסמיכת דעתו אלא בראייה ברורה וכו' לא כתב זה הרב אלפסי ז"ל בשם הגאון אלא על קריעת שטרות ע"פ אומד דעתם ועל הפוך שבועה באומד הדעת אבל אח"כ כתב דין זה ואדרבא כתב דהלכה רווחת היא ומכל מקום זה שכתב הרב ז"ל היינו כעין אותו נדון שאין שום עדים ולא ראיה אלא באומד הדעת אנו מוציאין אותו מן היתומין אבל כי הכא שמודה בממון ורוצה להפטר בטענה שקרית לאו כל כמיניה וכעין ההיא דהגוזל שאם אמרו גדולים אין אנו יודעין וכו' אין שומעין להם ועדיפא אומדנא זו מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שכיון שהודה בשטר לא טעני' להו ליתמי הכי אע"ג דאיפשר ומתרמי דפרע גו זימני. (בתו של ראובן שנשאת שלא בפני אביה ואמה הכניסה לה מבית אביה מעות ונדוני' ויש ע"א שאותם המעות שלקח החתן הם של ראובן וראובן תובע את חתנו לדין שכל מה שנתנ' לו אשתו גזל הוא בידו מהו אם יכולה לומר הבת לקוחים הם בידי או לא כיון שיש ע"א ודמיא לנסכא דרבי אבא ויפרש דברי הרמב"ם ז"ל).

עוד יוריני מורי אם טענת לקוחים הם בידי לא טעני' ליה שיש מקום לומר שכיון שהעד מעידה שלקחה המעות מרשות אביה היינו נסכא דר' אבא דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה ואייתי חד סהדא דמחטף חטפא מיניה ואיהו אמר אין חטפי ודידי חטפי ואמרי' דה"ול מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע משלם שכיון שעד א' מעידו דמחטף חטפא ואיהו נמי מודה בזה ואינו יכול להשבע להכחיש את העד דלא חטפא משלם דחזקת כל מה שיש לאדם ברשותו הוא שלו גם כי בהך נסכא דר' אבא יש מחלוקת למפרשי' ז"ל כי הרמב"ן ז"ל בחידושיו הקשה דאמאי לא מהימן דדידי' חטף מגו דאי בעי אמר החזרתי והעמיד השמועה בשהנסכא יוצאת מתחת ידו וכן כתב הנמוקי יוסף וכן כתבו רבים מהמפרשים ז"ל אבל מלשון הרמב"ם ז"ל בפ"ד דטוען משמע להדיא דס"ל דלא אמרי' הכא מגו להאמינו כיון שאינו יכול להשבע שבועה שמחייבו העד הו"ל מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע שכתב וז"ל ואין הנשבע בהעדאת עד א' נשבע עד שיכחיש את העד ויכפור בעדותו וישבע על כפירתו הילכך לא מהימן נמי לומר החזרתי ולהשבע על זה שאין זו שבועה שהעד מחייבו ואע"פ שכתב הרב המגיד ז"ל שא"א לפרש דברי רבינו אלא כשהעד מעיד שלא זזה ידו מתוך ידו בענין שלא יוכל לומר פרעתי וכו' אין לשון הרב ז"ל מניח לומר כן שהוא תלה וביאר שאינו נפטר בכל ענין אלא עד שיכפו' בדברי העד וישבע על זה ולכך כתב שטר שיש בו עד א' וטען שפרעו דהו"ל מחוי' שבוע' ואינו יכול להשבע וגם כי דין זה הוא פלאי דודאי מלוה לפרעו' היא עומדת וכבר תמה עליו הרשב"א בתשובה וגם המ"מ הוכרח להודות שכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ' י"ד דמלוה ולוה וגם העיד לנו שכן נראה מדברי קצת מהמפרשי' שכל מי שבא לפטור עצמו מדברי עד א' בטענה אחרת שאינו מכחיש בה העד קרוי מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע עכ"ל ואני בעניותי לא מצאתי מי שיפרש כך בבירור אלא רשב"ם ז"ל דמשמע מלשונו דאית ליה הך סברא שכתב וז"ל והא ליכא למימר לישתבע דדידיה חטף שאין זו שבועה המוטלת עלי' ע"כ וראיתי לרב המגיד ז"ל בפ"ד דהל' גזלה שפי' דברי הרב בענין אחר והוא דס"ל דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים וכן הדין בעד א' וכן נראה מלשונו של הרב המגיד בפ"ד דטוען וגם יש מפרשי' שיש להם סברא זו. (מחלוקת הפוסקים בהגוזל את חבירו בעדים אם צריך להחזיר לו בעדים) אע"פ שהר"ם הלוי ז"ל דחאה בשתי ידים והוכיח מההיא דפ"ב דכתובות וכמו שהביא הרמב"ן ז"ל בחידושיו דאמר ומודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה וכו' והוינן בה וליתני ומודה ר' יהושע באומר לחבירו מנה לויתי ממך ופרעתיך נאמן שהפה שאסר וכו' ומשני משום דבעי למיתני סיפא ואם יש עדים אינו נאמן וכו' ואס"ד

הגוזל לחבירו בעדים צריך להחזיר בעדים וליתני ומודה ר' יהושע באומר מנה גזלתיך והחזרתי לך שהוא נאמן וקלס הרמב"ן ז"ל ראיה זו וקרא עליו שפתים ישק משיב דברים נכוחים. ואע"פ כן כדי שלא יקשה על הרמב"ם ז"ל יש לי לומר דלא דמי מידי דטעמא דהכא לאו משום שהפה שאסר הוא הפה שהתיר דאפי' איכא עדים אחורי הגדר שגזל או שהודה בפני עדים שגזל אין צריך (יוכיח דהיכא דגזל מחבירו והעדים היו אחורי גדר או שהודה בפניהם שגזל אין צריך להחזיר בעדים) להחזיר בעדים אלא בשגזל בפני עדים דומיא דמפקי' בעדים דאמר בפ' חזקת שכיון שהוא יודע שהיו שם עדים מזדהר שלא להחזיר אלא בעדים שהרי ראה שהוחזק בפניהם לגזלן אבל התם גבי שדה לא הוי טעמא אלא משום הפה שאסר כדאמר התם וכבר יצאנו מדרך הכוונ' דמ"מ בין הכי ובין הכי נקיטי' דדעת הרמב"ם ז"ל דלא מהימן לומר החזרתי הילכך לא מהימן נמי לומר דידי חטף.

ועוד יש לי לדון לפני מורי אם נאמר דהכא אפי' לדברי אותם גדולים שסוברים בנסכא דר' אבא דמהימן במגו דהחזרתי או פרעתי הוי מילתא דלא שכיחא שיהיה לה סך ממון שלא מדעת בעלה שתפרע ולא ידע שום אדם בזה ומוכחא מילתא שהוא שקר לא הוי מיגו שאינו טוען כך ברצון וכן כתב הרא"ש גבי אומן דמוקי לה רבא שמוסר לו בעדים דצריך להחזיר לו בעדים. (לא אמרי' מגו היכא דניכר לכל שהוא משקר) וכתב הוא ז"ל דלא מהימן במגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו דניכר לכל שהוא משקר ולכך תולה בעדים שמתו ובפ' חזקת גבי עובדא דרבא בר שרשום דאמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דכיון דנפק עליה קלא דארעא דיתמי הוא ופירשו התוספות דלא הוי מגו שהיה יכול לומ' לקוחה היא בידי דכיון דנפק עליה קלא דיתמי היא אינו טוען כך ברצון והוכיחו מפ"ב דקידושי' דאמרינן התם מה אם רצה לומר מזיד הייתי דלא הוי מגו וכולי אבל הרמב"ן ז"ל יש לו שיטה אחרת בהאי עובד' דרבא בר שרשום ולפי שיטתו לא נפקא מינה לנ"ד ועוד יש אצל ר"ח ורשב"ם ז"ל שיטות אחרות כתבם הרמב"ן ז"ל בחידוש' ומ"מ הדין שכתב התוס' אמת שכל שאותה טענ' גרועה לא אמרו מגו ואין לומר שתהא נאמנ' לומר לקוחים הם בידי מגו דאי בעו היו טוענים היא והוא החזרנו דאז הוי מילתא דאיפשר דלא מהני מגו דידי' למהמנ' לדידה דודאי הוא אדם כשר ולא משק' אבל היא רצת' להפט' ולטעון שקר ואין לומר דלפי סברת הרמב"ם שכת' שאין הנטע' בטענ' עד א' נפטר עד שיכפו' בעדותו וישבע על כפירתו הכא שהעד מעיד שהמעו' הם של אביו בודאי נר' ישבע להכחיש את העד שהם שלה והרי היא נשבע' על כפירתו ויצא טעות זה מלשון המ"מ בפ"ד דגזלה הא ליתא דאטו משום שהעד נמי מכחישו גרע

וזה שכתב הרב עד שיכפור בעדותו היינו שיכחישהו בכל דבריו כדי שלא נאמר חזק' כיון שהוא בידו שלו הוא ומה שכת' הרב המגיד שם אינה ענין לכאן והדבר מבואר ואין צורך להארי'.

ומיהו יש לזכות את שמעון בטענ' אחר' והי' שאלו היתה היא בחיי' והיתה טוענ' דידי חטפי היתה נאמנ' במגו דאי בעי אמר' לא חטפי ולהד"ם ומעולם לא היו המעות ברשו' אבי דהא כתבו התו' גבי נסכא דר' אבא בפ' ח"ה דמשום הכי לא מהימן במגו דלא חטפי משו' שכיון שצריך לכפו' ולהשבע על כפירתו לא מעיז פניו כ"כ וכן כתב רשב"ם אבל הכא שסו' סוף היא כופר' ונשבע' א"כ תכפור מכל וכל. (מגו להכחיש את העד) שהרי הוכיחו התו' דמגו שהי' יכול להכחיש את העד הוי מגו טוב אי לאו משום דצריך להשבע והא הכא בין הכי ובין הכי נשבעת אבל לפי שיטת הרמב"ן אין ללמוד כך שהוא תירץ קושיא זו בענין אחר.

ועוד נראה דלא דמיא להא דר' אבא דהתם כיון דמודה דמחטף חטפיה והיתה תחילה ברשותו של זה אינו נאמן שוב לומר דידי חטפי דחזקה כל מה שיש לאדם ברשותו שלו הוא אבל הכא ליתא להאי חזקה דיכולה היא שתאמר שלי היו המעות. (אין לאיש חזקה בנכסי בתו ויכולה היא לומר דידי חטפי אם תפסה מבית אביה) ואין ראיה ממה שהיו ביד וברשות אביה דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו ולא לאיש בנכסי בתו והשתא יכולה הוא לומר דידי חטפי ותכחיש את העד ותשבע על כפירתו.

ועוד אני שואל לפני הדרת תורת מורי אם נאמר דהא דבכוליה תלמודא אמרינן דטענינן ליתמי וללוקח היינו להחזיק דבר שהוא בחזקתו כגון ארעא דאכלה שני חזקה או מטלטלין שבידו דחזקה כל מה שיש לאדם ברשותו שלו הוא דמי הביא' לרשותו של זה אם לא יהיה דבר העשוי להשאי' ולהשכיר או דבר שדרכו לילך שם מאליו כעין הגודרו' שאין ראיה ממה שהם ברשותו שמאליהן הלכו להם או על ידי שאלה כמטלטלין העשויין להשאיל. (אם אין ליתומי' חזקה בגופו של דבר ואם היה אביהם קיים וטעין החזרתי ולקח' ממנו היה נאמן במגו אי טענינן ליתמי הכי) אבל היכא שאין ליורשים חזקה בגופו של דבר כגון שראובן הפקיד אצל שמעון בעדים דבר המסויים ומת שמעון אע"ג דאי הוה קיים שמעון וטעין חזרתי ולקחתי ממנו היה נאמן במגו דאי בעי אמר החזרתי או נאנסו לגבי יתמי לא טענינן להו הכי כיון שאין להם חזקה בגוף המטלטלין שהרי אנו יודעים שבתורת פקדון באו ליד מורישם וכדאמרינן בפ' חזקת גבי אומן אי בעד אחד אמאי יש לה חזקה אלא דהכא נאמן היה מורישם בטענה זו מטעם מגו וכיון שכן אנן לא טענינ' להו הכי שאין זו אלא טענה חדשה ולא שהם מוחזקים בגוף הדבר

ודוקא דומיא דמתניתין דתנן והבא מחמת ירושה אינו צריך טענה דהתם מחזיקינן ליה בגוף הקרקע שהרי אכלה שני חזקה דארישא דמתניתין קאי דתנן כל חזקה שאין עמה טענה וכו' אבל כגון זו שבתור' פקדון באו לידו לא טענינן להו לפי שאביהם לא היה נאמן בה מכח חזקה אלא מטעם מגו וראיה מהא דאמרי' פ' איזהו נשך גבי הני זוזי דיתמי דאמרינן בדקינן גברא דאית ליה דהבא פריכא ונקיטינן דהבא מיניה ויהבינן להו זוזי אבל דבר מסויים לא דילמא פקדון נינהו גביה ואתי מריה יהיב סימנין ושקיל ופי' התוס' דילמא הפקיד אצלו בעדים וכיון שיש בו סימן יעידו העדים שזה הוא אותו שהפקיד בפניהם ויטלוהו ואכתי כיון דהני יתמי לקוח' נינהו אמאי לא טענינן להו דילמא הדר זבנינהו מיניה דהא ודאי לזה עצמו היה נאמן לומר לקוחי' הם בידי במגו דהחזרתי או נאנסו אלא משמע שכל שאינו מוחזק בגוף הדבר ומטעם מגו הוא שהי' נאמן לא טענינן להו ליתמי הכי ואין לדחות דהתם חיישי' דילמא איכא עידי ראיה שראו' אצל היתומי' ואזיל ליה מגו דמ"מ יזהירום ליתומים בכך שלא יראום לשום אדם שתקנה היא להם כי היכי דלא ניכלינהו זוזא זוזא ומכלה קרנא ועדיפ' הא מהא דאמר רב אשי תינח אי אשתכח דהבא פריכא אי לא משתכח וכו' ניכלינהו לזוזי אלא אמר רב אשי חזינן גברא דמשפו נכסי וכו' שדרך זו יותר בטוח ממה שנתן דרחוק להפסד וקרוב לשכר ועוד ראיה ממה דאמרינן בפ' חזק' ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה ממך אמר ליה את מי לא מודי' דארעא דידי היא ואת מינאי לא זבינתה לאו בעל דברים דידי את ואמר רב יוסף דינא קאמר ליה ופי' רבינו שמואל ז"ל שאפי' יש לזה עדים דדר ביה ההוא מקמי' חד יומא כיון דלא אכלה שני חזקה מפקי מיני' והא אילו לוקח ראשון הוה קמן ואמר מינך זבינתה היה נאמן במגו דאי בעי אמר לא היה דברים מעולם ומעולם לא היתה שלך מ"מ כיון דאיהו מיהא מודה דארעא דידי' היא משום מיגו דידיה לא טענינן ליה הכי כיון שאינו מוחזק בגוף הקרקע שהרי לא אכלה שני חזקה הכא נמי כיון דאיהו מיהא מודה דזוזי דאבוה הוו ובתורת גזל באו לידה כמו שהעד מעיד שאם יכפור ישבע על כפירתו וכיון שכן לא טעני' ליה לקוחי' היו בידה כיון שהיא לא היתה נאמנת אלא מטעם מגו.

ומצאתי להרמב"ן ז"ל פ' חזקת שהביא דברי רשב"ם ונסתפק על הדין כנרא' מדבריו ז"ל וראיתי להרמב"ם ז"ל פ' י"ב מה' טוען מסכים לפי' רשב"ם כמו שנראה מלשונו וכן כתב הרב המגיד ז"ל הרשב"א הסכים כן ועיין שם וא"ת דמאי שנא מההיא דפ' המוכר את הבית דשטר כיס היוצא על היתומים פי' שטר עיסקא דאמרינן התם דייני ארץ ישראל אמרי נשבע וגובה מחצה פי' מחצה מלוה אבל מחצה פקדון טענינן להו ליתמי החזרתי

אע"ג דאיהו לא היה נאמן לומר החזרתי דמצי אמר ליה שטרך בידי מה בעי שהמפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בעדים ואינו נאמן לומר כך אלא מטעם מגו דאי בעי אמר נאנסו ולא מצי אמר ליה אידך שטרך בידי מאי בעי ואפ"ה טענינן להו ליתמי הכי אע"ג דאבוהון לא מהימן אלא מטעם מגו יש לומר דמ"מ טענה זו טענה ראויה היה בגוף הדבר דהא מחצה פקדון לחזרה קאי ואין תימה במה שהני' השטר בידו שהוא סמך שאם יכפור בו יטעון נאנסו ולכך לא חשש וחזקה שהחזיר לו אבל זו שהוא טוען לקוחים היו בידי טענה אחרת מבחוץ היא וכיון שהיא לא היתה נאמנת אלא מטעם מגו לא טענינן ליה הכי אח"כ מצאתי במשרים נתי' נ"ז כמו שכתבתי ועוד ראיה מדאמרינן פ' הכותב ההוא גברא דאפקי' כסא דכספא בי חסא שכיב חסא ולא פקיד אתו לקמי' דרב נחמן אמר להו חדא דידענא ביה בחסא דלא אמיד ומה הוכחה היא ממה שאינו אמיד לקנות כסא דכספא דילמא משכון הוא אצלו ויטענו יתומים עליו עד כדי אומדנותו שהיה יכול להלות עליו אלא יש לנו לומר שכל שאין חזקה בגופו של חפץ לא טעני' להו ליתמי להוציא דבר מחזקת בעליו ובהא נמי מתיישב' ההיא דאמרי' פ' מי שמת מעשה בבני ברק בא' שמכר בנכסי אביו ומת ובאו בני משפחה לפני ר' עקיבא וערערו לומר קטן היה וא"ל ר' עקיבא אי אתם רשאין לנוולו ועוד סי' עשויין להשתנו' ומפ' בגמ' התם דלבני משפח' הוא דאמ' שאין ערעורם כלום שאפי' יהיה כדבריהם שלא ימצאו לו כי אין ראיה דסי' עשויין להשתנו' ושמ' גדול היה ואמאי הא אלו המוכ' היה קיים ונולד שום ספק במכירה היינו מעמידין הקרקע בחזקת מריה קמא כי ההיא דבר שטיא דפ"ב דכתובות דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא א"כ השתא נמי דשכיב כיון דספק הוא נטעון להו דקטן היה בשעת מכירה ואין מעשה קטן כלום והשתא אכתי לא ס"ד הא דמסקינן לקמן אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול וכו' כדמוכח סוגיא דהתם אלא שיש עלינו לומר שכיון שהמכירה ודאי היא שהרי מכר לפנינו ומחמת דבר אחר נולד לנו הספק כדי לבטל המכירה אנו תולין לומר שגדול היה והמכירה מכירה ואין בני משפחה יכולין לערע' מספק שהיה קטן אע"פ שאם היה הוא קיים והיה מערער בספק כיוצא בזה היינו מעמידין הקרקע בחזקתו. (היכא שהודה שהמטלטלין אלו הם של פ ונתנו לו שלא בפני אותו פ' אינו יכול לטעון לקוחין בידם) ועוד מאחר שהוא יודה שהמעות של אביה היו ונתנוה לה שלא בפני אביה ושלא ברצונו תו לא מצי למטען דילמא לקוחין הם בידה וראי' מהא דאמרי' פר' הכותב ההוא בקרא דיתמי דתפסיה תורא מיניה ב"ח ב"ח אומר מחיי' תפיסנא ובקרא אמר לאחר מיתה תפסיה אתא לקמי' דר' נחמן א"ל אית לך סהד דתפסי' א"ל לא א"ל מגו דיכול לומר

לקוח הוא בידי יכול לומר מחיים תפיסנא וכתבו התוס' דאי הוו ליה סהדי דתפסיה אע"ג דלא ידעי אי מחיים אי לאחר מית' כיון שמעידים שבע"כ גזלה תו לא מצי למטען לקוח הוא בידי וכן כתב הרא"ש ז"ל שם בפירוש.

ואם באנו לפוטרו משום הא שהיתה יכולה להכחיש את העד ולומר להד"ם או שלי היו גם בזו אינו נפטר כיון שהעד מעיד שזה היה בפניו שלקחה מיד אמה ונתנה לו ישבע הוא להכחיש או ישלם. וכן משמע מתוך תשובת רבינו מאיר ז"ל שנותן טעם אמאי מהימן יורש (יורש נאמ' שלא בשבועה לפי שאינם יכולים להשבע שבוע' אביהם שאינם יודעים) בלא שבועה ונימא ליה לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה וכתב הוא ז"ל משום שהם אינן יכולים להשבע שבועת אביהם לפי שאינם יודעים אבל הכא שזה טוען שיודע ישבע שבועת התורה כדין כל נשבע להכחיש העד כיון שאילו היה מודה לדברי העד או היו שם ב' עדים היה מחייבי ממון כדדייקי' מאבל קם הוא לשבועה כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה ואין לומר כיון שלא היה לו לידע לא רמיא שבועה עליה ואפי' יודע אינו חייב להשבע שאין משמע כן מלשון הר"ם ז"ל ויש קצת ראיה מהא דכל הנשבעים דתני איסי שבועת ה' תהיה בין שניהם בין היורשים ואמרי' היכי דמי אי דאמר מנה לי ביד אביכם וקאמרי אינהו חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מ"ל הם מ"ל אביהם אלא דאמרו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאבוהון כה"ג מתוך שאינו יכול להשבע משלם והשתא אמרי אמרי' דאי אמרי' חמשין אית ליה ונ' לית ליה מה לי הם מה לי אביהם אינהו שאני דלא רמיא עלייהו ולא היה להם לידע ואי בעו אמרי לא ידענא ומפטרי משבועה אטו משום דטעני ברי גרע חזקייהו אלמא משמע דכל שאנו יודעים שהם יודעים בדבר רמינן עליהו שבועה ומ"מ לדברי הכל שבועת היסת שאינו יודע לו שום זכות ודאי חייב ולא מבעיא לרב אלפסי ז"ל שכתב שנשבע היורש שאינו יודע לו שום זכות וכמו שכתב ג"כ הרב הברצלוני ובעל התרומות וכן כתב רשב"ם גבי שטר כיס היוצא על היתומים אלא אפי' לרבינו מאיר והרא"ש שכתבו שאין עליהם אלא חרם סתם הכא מודו דלפי הטעם שכתב הר"ם ז"ל משום שאין לו לידע וזה אינו טוענו שיודע הכא שהעד מעיד שיודע ישבע וכן כתב הנמוקי יוסף בשבועות עלה דההיא דאיסי דחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שכיון שטוען זה עליה' שהם יודעים משתבעי דלא ידעי וגם לפי טעם אחר שכתבו הר"ם והרא"ש ז"ל שם דכיון ששבועה של אביהם לא היתה אלא תקנת חכמים דכופר בכל מן התורה פטור וכיון שכן לא תקנו חכמים אלא מלוה למלוה אבל הכא לא א"כ השתא דרמיא עליה שבועה דאורייתא אמרינן שפיר לא עדיפא מגבר' דאתית מחמתיה וישבע על מה שהוא יודע.

ואבקשה בינה מאת מורינו נר"ו דלע"ד נראה אעיקרא דדינא פרכא שהיאך אנו באין לדון את שמעון זה כדין לוקח ועדין לא נתברר לנו אם הוא לוקח דכפי מה שבא בשאלה לאה זו טוענת שהיא עצמה נתנה המעות של בעלה ליד חתנה וזה שלקחה הבת ונתנה לידו לא נתכוונה כלל לתת לה אלא שיתנם לידו ומעשה יד בעלמא הוא דעבד' וכיון שכן שמעון צריך להביא ראיה שקנאת' רחל קודם שבאו כדי שנדון אותו בדין לוקח דטענינן ליה וכי ההיא דחזקת הבתים דההוא גברא הדר בעליתא דקשתא ד' שנים וכו' אתא לקמיה דר' חייא א"ל אייתי ראיה דדר ביה ההוא מקמך חד יומא ומוקמינן ליה בידך ודייקינן הכי מדתנן והבא מחמת ירושה אינו צריך טענה טענה הוא דלא בעי הא ראיה דדר ביה אביה בעי ואין מקום לחלק כלל בין קרקע למטלטל' משום דקרקע אינה נגזלת ובחזקת מריה קיימא דהא התם נמי בדאכלה שני חזקה הוא כדאמר דדר ביה ד' שנים והיינו טעמא משום דלא דיינינן ליה כלוקח עד שנדע בודאי שהוא לוקח דתרתי לא טענינן שהוא לוקח ושאותם האחרים לקחה מזה בדין וכן מוכיח לשון רשב"ם ז"ל ולא תצטרך להביא עדים שאותו שמכרה לך לקחה ממנו מאחרים פי' שעד עתה אינך לוקח והיה צריך להביא ראיה לדבריך עכשיו אינך צריך דטענינן ללוקח וטעם זה שייך בין בקרקע בין במטלטל' ותו דכל דטענינ' ליורש וללוקח דאמרינן בכוליה תלמוד' מהכא גמרינן כמו שכתב הרא"ש כלל פ"ו ולא משתמיט שום פוסק לחלק ומצאתי להרמב"ן ז"ל מפורש מה שכתבתי להדיא וז"ל בחידושיו טעמא דמילתא דלא טענינן ליה אנן לקחה מוכר מן הראשון אא"כ יש עדים שרגלים לדבר שלקחה כיון דדר ביה ומשום מגו דידיה לא טעני' ליה אנן הרי שכתב שאפילו יש לו מגו דאי בעי אמר מינך זבינתה לא טעני' ליה אנן עד שנדע בודאי שהוא לוקח וכיוצא בלשון זה מצאתי להר"ן ז"ל בשם המפרשי' עוד כתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו על מה שמצא להר' אברהם בר דוד ז"ל שצריך להביא ראיה שהוא לקחה מאותו לוקח וכתב וז"ל אבל אין דעתינו נוחה בזה שהתופס מטלטלי' יוכיח שאע"פ שיש לזה עדים שהן שלו וזה טוען מפלוני לקחתי נאמן וטוענין אתה מכרת לראשון שמכרם לזה וזה כיון שהחזיק שני חזקה כיוצא בו הוא עכ"ל הרי מוכח להדיא מדברי הרב ז"ל שדין קרקע ודין טלטל שוין בזה ואם גבו מטלטלין אין צריך להביא ראי' אפילו אם לקחה מאחר היאך מוכיח משם וכבר השוה אותם הרב כמו שכתבתי דכיון שהחזיק שני חזקה כיוצא בה הוא ונתתי אל לבי למה שכל הפוסקים ז"ל לא הזכירו דין זה במטלט' כלל ועיקר ראייתי דלא שייך דין זה במטלטל' בשום ענין אם לא בנדון שלפנינו וזה דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ודאי לא שייך בהו טענה דהא רבא אפיק זוגא דסרבלא וכו' ובדברי' שאין עשויים להשאיל ולהשכיר אם אינו

טוען הנשבע למי נתנם בודאי אלא שאומר כלים אלו שלי הם ומי נתנם לך אין זו טענה ואפילו שבועה לא בעי וכמו שכתב הרב ז"ל בפ"ח דטוען דלא דמי לקרקע דעביד אינש לילך ולהני קרקעותיו אבל בטלט' בעינן שיטעון בודאי וכיון שכן אם הוא אומר הפקדתי אצל אביך חפץ זה הרי הוא מודה שהיה ביד אביו וטענינן ליה וגם אם הוא טען ואמר אני השכרתי' לך וזה אומר לא כי אלא מאחרים לקחתי נשבע היסת שלא השכירו אלא מאחרים לקח כמו שכתב הר"ב ז"ל והוא נאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינת' ולא צריך תו לטעון שאותו שלקחו זה ממנו לקחו מזה שהרי הוא לא אמר אלא שמסרם לזה והרי הודאת בעל דין וכבר נשבע זה על כפירתו אבל הכא בנ"ד שייך שפי' דראובן זה יש לו טענה על רחל בתו ודין על שמעון אלא שהוא טוען שזה הוא שלקח מעותיו ורחל אינה כי אם שלוחה בדבר ואם תמצא לומר שרחל היא שלקחה המעות הגזל בידה ולא טענינן ליה תרתי ומשום מגו דידיה לא טענינן ליה אנן כמו שכת' הרמב"ן ז"ל: ולפי האמת בנ"ד אין הדבר ספק אלא ודאי שכיון שלאה ובתה רחל לא ידעו דבר מזה אשר נוסדו יחד וכמו שמעיד העד ואילו היה בא אביה לתבוע מרחל ונתאלמנה או נתגרשה לא היה לו דין ודברי' עמה שתאמר לו אני לא לקחתי דבר ואין בזה שלקח' מידה ונתנה ליד בעלה ראיה וא"עג דאמרי' גבי קבלן שאם נשא ונתן ביד נפטר הלוה כבר כתבו כמה מהמפרשי' ז"ל דדוקא בקבלן אבל בערב אע"ג דנש' ונתן ביד אין הלוה נפטר בכך ואפי' לדברי המפרשי' הסוברי' דערב נמי לא שנא היינו בערב ששייך במלוה וכיון שנשא נתכוון לקבלם על עצמו אבל רחל זו לא שייכא כלל בזה כי לא היתה הנתינה אלא לשמעון ועוד שאחר הדברי' שנאמרו קודם לכן אנו הולכים כי מעולם לא היו אומרים לתת המעות לבת אלא לשמעון ובגמר הענין על סתם כך נתנו ובמס' מעשר שני תנן הפודה מעש' שני ולא קרא שם ר' יוסי אומר דיו היה מדבר עמה על עסקי גטה וקדושיה ונתן לה ר' יוסי אומר דיו והכי הלכתא שעל דברים הראשונים נתן והכא נמי לא שנא ועוד נראה דגבי ערב נמי לא נפטר הלוה אלא כשלקח הערב המעות מיד המלוה בדרך חיוב שנתנה לו כדי שיתחייב אבל אם נשא ונתן שלא מדעת המלוה אין בדבר כלום והכא נמי כיון שרחל זו לא ידעה דבר מזה וגם לאה הנותנת לא ידעה דבר מעשה קוף הוא דעבדה ואם הוא רצה להטעותם הטעה את עצמו ולפי טעמי' אלו שכתב' אם הוא ישבע שמדע' שניהם היתה הנתינה לרחל שלכתחילה נתנתם לאה וגם רחל קבלתה וזכתה בעד עצמה נאמן במיגו אבל לפי הטעם שכתבתי לעיל והוכחתי מפ' חזקת אין מועיל לו שבועתו דלא מהני' מגו דידיה כדי שנטעון עליו כמו שכתב הרמב"ן ז"ל נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה, שנת הש"ן.

סימן י

שאלה בענין שינוי המטבעות במאמר המלך יר"ה שיהיה כל גרוש' שהיה שוה בתחילה ס"ב חתי' בשלשה וחמשים והזהו' שהיה שוה צ"ג יהיה בשמנים חתי' ופסלו את החתיכות הראשנו ועשו חתיכות חדשות כסף מזוק' ויש שטר שכתו' בו כ"ב פרחים כפי מה שתהיה המ' עמלה או שכתוב והפרעון יהיה בגר"וש שכפי מה שיהיו שוין באותו זמן או מלוה ע"פ מה יהיה דינם (לענין ירידה הגרושוש) עוד שחזרו להוריד' הגרושו' לערך ששה ומ' חתי' והזהו' כדקאי קאי בשמוני' מי שחייב ב"כ גרוש"וש בגרושוש בין יעלו ובין ירדו מה יהא דינם אם יפרע כסכום הגרושוש או יוסיף לערך המטבעו' למה שרבו דין ודברים בין בני אדם על זה.

נשאלתי והנני משיב שולחי דבר דבהגוזל קמא בעא רבא מרב חסדא המלו' לחבירו על המטבע והוסיפו עליו מהו א"ל נותן לו מטב' היוצא באותה שעה ומסקנת השמוע' שאם הוזלו הפירו' מחמת מטבע החדש או שההוספה היא יתר על חומש מנכה לו לפי חשבון ונדון שלפננו אם הוזלו הפירות מחמת טבעא נסתלקה מכאן שאלה דודאי מנכה לו לפי חשבון ונותן לו ממטבע החדש לפי פי' רש"י וכן היא הכרע' המפרשי' ז"ל ודלא כרבינו יצחק ז"ל וגם אם ההוספה היא עד חומש כגון בדמשק שהיה שוה הזהוב במאה והורידוהו על שמני' היינו עד עשר' בתמני' לפי פי' רש"י עד י' בתמניא נותן לו ח' מכאן כגון ט' בתמני' נותן לו תשעה ולפי' רבינו חננאל עד עשרה בתמני' נותן לו עשרה יתר מכאן כגון י"א בתמני' נותן לו שמנה וכן היא הכרעת המפרשים ז"ל מיהו הא מבעיא לן מסברת ר"ח או לדברי הכל היכא שהוספה היא פחות מחומש וגם לא הוזלו הפירות. (היכא דהוסיף על המטבע פחות מחומש ולא הוזלו הפירות מהו)

ויש לי לדון בזה דהא דאיתמר בגמ' עד עשרה בתמניא לפי שאין שבח למלוה במטבע זה יתר על האחר כלום דכיון דפירי כדקיימי קיימי א"כ כך לו מטבע זה כמו הראשון הילכך אם לא הוסיפו עליו יתר על חומש דליכא שבח אפי' לענין נסכא נותן לו ממטבע היוצא באותה שעה אבל אם יש שבח למלו' בשום ענין במטבע זה דינא הוא דמנכה לו ופירו' אמרי' בגמ' לאו דוקא פירו' דה"ה אם הוזל שום דבר הא קשבח לאותו דבדר וריהטא דשמעתא הכי משמע דקאמר והא קזולי פירי אמר רב אשי חזינן אי מחמת טיבעא זול מנכינן ליה וכו' והא קשבח לענין נסכא אלא כי הא דרב פפא ורב הונא ברי' דרבי יהושע עביד עובד' עד עשרה בתמניא פי' דפחות מכאן אין שבח לענין נסכ' לפי יוקר צורת המטבע וחסרון היתוך ושכר הצור' שכל החומש יחס' בזה וכן פי' הרא"ש והרשב"א בתשובותיו משמע דכל שיש שבח למלוה בשום ענין אפי' לא הוזלו הפירו'

וגם אין ההוספה יתר על חומש אסור משום רבית ומנכה לו לפי חשבון. (אם יכול להוצי' ביותר הגרוש' בארץ אחרת וגם הסחורו' הבאי' ממקומו באחרי' לוקחם בפחו' במטבע זה הרי יש שבח למלוה ואסור) ונ"ד יש שבח למלוה לענין הגר"וש ופרחי הזהב שלוקחי' עכשיו בפחו' ויכול להוציאם במצרים או בויניצי' ובכל ארץ העמי' וגם כל הסחורו' הבאים מכל המקומו' הללו לוקחם בפחות לפי שאין מוכרים אלא לערך שקנו לפי חשבון הזהובי' וגם סחורות כאלה הרבה כגון המשי שאין בהם לא תוספות ולא מגרעת מסכום הגרו"ש שהיו שוין קודם לכן וכשמוכרים במעות הם מנכים לפי חשבון הרי יש לו שבח לכל הדברי' הללו ואסור ועוד יש לו שבח לענין הזהב והכס' שלוקחי' עתה בפחות לפי שהמטב' הזה הוא כסף מזוקק ואינם נושאי' ונותני' אלא לפי חשבון הזהב והכסף שבמטבע א"כ היינו מאי דקאמ' בגמ' והא קשבח לענין נסכא ומה שנתנו שיעור חומש היינו שלא ירד שער הזהב והכס' והכל כדקאי קאי אלא שתחיל' היו מעות רעים וגרועים ועכשיו עשו מטבע חשוב וחריף אין שבח למלו' כלל אבל אם הוסיפו יתר על חומש שהוא שיעור מה שמחסר המטבע בהיתוכו לענין נסכא כיון שמשביח אותו מעט שהוא יתר על חומש הוי רבית ומנכה לו כל החומש אע"פ שאין השבח כולו אלא דבר מועט כ"ש הכא שיש לו שבח בכל הני שפירשתי וזה ברור לפום ריהטא דגמ' וכפי' הרא"ש והרשב"א ז"ל וגם טעם אחר שכתב הרשב"א משום דקים להו לרבנן דאפי' בטבעא איכא זוזי דתקילי טפי עד חומש גם זה מסכים למה שכתבתי דאי משום נסכא גם במטבע הראשון היה יכול לברור לו השקול ואין לו שבח בזה ואי טפי מחומש הרי משביח דבר זה. (ביאור לשון הרי"ף ז"ל) ומיהו לפי מה שפירש הרי"ף ז"ל בההיא עובדא דרב הונא בריה דר' יהושע משמע לכאורה מלשונו דלא משמע ליה הכי שכתב היכא דלא זול פירי אע"ג דקשבח לענין נסכא נותן לו ממטבע היוצא באותו שעה אבל אם השבח היא יתר על חומש שהוא דבר נכר ונראה לעינים מנכה לו ופי' המרדכי ז"ל מסכים לזה דקים להו לרבנן דעד חומש אין הלוה מקפיד אבל טפי מחומש קפיד משמע דכל שבח שהוא עד חומש כיון דלא זול פירי אין הקפד' בדבר וזה אינו במה שכת' הרב אלפסי ז"ל אע"ג דקסב' לענין נסכ' היינו לגבי מטבע אח' שאם יתיכם לעשו' מהם חפצי' ימצא בשנים יתר על השאר חומש אבל לפי האמת אינו משביח כלום עכשיו כיון דלא זול פירי וכמו שתחילה היה מוכר דראמ"ה אחת בסך מטבעו' גם עתה מוכרה בסך זה ממטב' החדש א"כ כך לו מטבע זה כמו הראשו' וכן מוכיח לשון הרי"ף וז"ל ואע"ג דקשבח לענין נסכא חומש' מלבר דאינון תרתי בכל פריטי כיון דליכא גבי שבחא לענין פירי לא איכפת לן בההיא תוספא חומשא דאיכא בנסכא מדקדוק לשון דקאמר

דכיון דליכא שבחא גביה משמע שאותו התוס' אינו שום שבח לגבי דידיה. (אם יש לו הנא' בכל שהוא במטבע האחרון מנכה לו אותה הנאה) ועוד למדנו שכל שיש לו הנאה במטבע' האחרו' אפי' בכל שהוא מנכה לו אותה הנא' ממה שכת' אי קא זולי פירי מחמת ההוא תוספת אפי' לא אוסיפו עליה אלא כל שהוא מנכי ליה מהאי טיבעא כוותיה אלמא שבח כל שהו שבח מקרי ומנכי ליה כשיעור וכן מוכח בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא הרב"י בסי' קס"ב המלוה את חבירו כ"כ מטבע ברצלונה ע"מ לפרוע לו מטבע ריאלי' דבר ברור שהוא אסור דלא אפש' דלא שבח לענין פירי ולגבי זביני וכל דשבח אפי' כל דהו אסור כדאית' בהגוז' ע"כ אלמא בתוספ' כל דהו אסור אע"פ שלא יהיה בו חומש ואפי' הכי כשהתוספ' דבר ניכר ונראה לעין כגון שהוא יותר על חומש אפי' שאין המלוה משביח בכך כלום אסור אבל הכא שיש שבח עכשיו שלוקח הכסף בפחות וכל הנהו שפירשתי הא ודאי שבח הוא ואסור משום רבית ועוד נרא' שאפי' לא היה לו שבח כלל וגם אם התוס' הוא פחות מחומש יש לחלק בנ"ד דהתם במלו' לחבירו על המטבע והוסיפו עליו אין התו' במה שהוא מטבע יותר גדול עד שיהא בו יתר על חומש וכמו שכת' הרשב"א ז"ל דאפי' בטבעא קמא איכא זוזי דתקילי טפי עד חומש. (היכא דחייב לו י' גרוש' ועכשיו שירדו צריך ליתן י"א אפי' שאין התו' חומש מנכר שפיר ואסו' ודוק' שהוסיף על המעות מקודם) אבל הכא שהתו' נרא' לעין כגון שאם היה חייב לו י' גר"וש נותן לו עכשיו י"א ויותר אפי' שאין התוס' חומש מנכר שפיר ואסור ודומי' דמלוה סאה חטין שאם הוזלו נותן לו חטין הוקרו נותן דמיהם ופשיט' שאינו יכול לתת לו אם הוזלו סאתים אע"פ שאין שבח למלו' כלום שסאתים של עכשיו שוין כסאה של קודם לכן כיון שהתוס' נכר ונראה הוי רבית איברא שאם לא היתה תוספ' המעות אלא שהגרו"ש ירדו מאליהן ממה שהיו שוין קודם לכן והן הן המעות ודאי שנותן גרו"ש לפי הערך כיון שהתנ' כך ואפי' שסכו' הגרושה הוא יותר ממה שנתן ואין בדבר חשש והוי כנותן סאה חטין בכך מעות שיתן לו חטין כמו שיהיה השער דודאי נותן לו יותר על סאה ואינו חושש משום רבית אבל הכא כי גם המעו' הוסיפו עליהם אע"פ שאין נכר התוס' במעות נכר הוא בגרוש' בענין הוזלו הפירו' יש לפקפק דכיון שהמלך הכריז עליה' שירדו כפי ערך המטב' וכן גזר על כל הדברים והיה מכריז יום יום שיוזל אף כי לא יכול להם איכ' למימ' דהו"ל מחמת תרעא אייקור וכי היכי דלא קפדינן אזולא דמחמת תרעא הכי נמי לא קפדי' איוקרא דמחמת תרעא שאילו לא יוקר השער היה בזול מחמת המטבע ואיכא למימר דכיון דמדין תורה אי לאו חשש רבית כיון שהתנה לתת לו מטבע היוצא היה חייב לתת ואפי' הוסיפו עליו דכל תנאי שבממו' קיים אלא דאי זול פירי

מחמת טיבעא כיון שיש למלו' שבח עכשיו אסור מנכה לו. אבל אם הפירות הם ביוקר כמו שהיו אפי' שיהיה מחמת תרעא (צ"ע היכא דהפירות הם ביוקר כמו שהיה מחמת תרע' ולא מחמת המלך דהמלך היה גוזר עליהם שיוזלו ולא יכול להם) מ"מ אין שבח למלו' כלל עכשיו מקוד' לכן דפירי כדקיימי קיימי וכיון דהכי הוא הדר דינא לדין התור' וכל תנאי שבממון קיים והדבר צריך תלמוד. (כשמנכין לפי חשבון ההוספ' איך שמין) ולענין הניכוי שכתבתי דמנכה לפי חשבון ההוספ' נראה דכשבאי' לשום שמין לפי חשבון הדינ' זהב כיצד הרי שהיה חייב לו י"ג פרחי' מעמלה אמרי' כמה דינרי' עולין הסכו' הנז' והיא מ' דינרי זהב ונותן לו מ' דינרי זהב או פ' פרחים מהמטבע החדש בחתיכו' ואין אומרי' צ"ג פרחים מעמלה כמה היו ששים גרושו' יתן לו ששים גרוש' או שוויין בחתיכות חדשות שהם ששה ונ' פרחים לערך ששה ומ' כל גרוש' אף על פי שלכאורה משמע דכיון דדהבא פירא וכספא טיבעא וכמו ששנינו הזה' קונה את הכסף והכס' אינו קונה את הזהב ואית לן למימר דדהבא הוא דאוקר וזל וכספא כדקאי קאי אית לן למימר דשאני הכא שהדמי' מוכיחי' דהיינו החתיכו' החדשות שהגרוש' שהיה בשלשה וחמשי' ממטבע החדש הוא עתה בששה וארבעים אבל הזהוב כמו שהיה בשמנים הנו גם עתה והשינוי היה בגרוש' לא בזהו' וכיון שכן הו"ל פסלתו מדינ' ונותן לו לערך הדינרים וכן מוכח שהכוונה הית' לפסול הגרושו' שהוא מטבע של מלכות אחרת והו' של כסף כדי שיתיכו' ויעשו מטבעו' חדשות והו"ל נפסל לגמרי שאינם שוין אלא לענין נסכא וראיה לדבר דבריש כל הנשבעין כיון רבי' תם ז"ל החשבון מה הפרש הזהב והכסף מימות דוד המלך וחכמי המשנה והתלמוד עד זמנו דדינר זהב הוא בה' דינרים כסף ודינר זהב הוא במשקל שני דינרי כסף נמצא שהזהב שוה י"ב כסף והכי איתא במדרש שמואל דרמי קראי אהדדי דבשמואל כתי' גבי גורן ארונה כסף חמשים שקלים ובדברי הימים כתיב שש מאות והיינו שש מאות של כסף שהם נ' של זהב ודינר היתר היו נותני' אותו להכרע וכמו שהוכיח ר"ת מפדיון הבן ופ"ק דשקלי' דהכרע הוא א' מכ"ה וכן הוא עד היום שגרוש' וחצי ריאל שהוא כסף מזוקק והוא י"ג דר"מ וחצי הוא בדינר זהב ועול' משקל א' של זהב בי"ב של כסף לפי דקדוק החשבון וכיון שכן מה שהורידו הגרושו' שעמד הזהוב בב' גרושו' חסר רביע הוא פיסול שפסלו צורות הגרושו' לגמרי מפני הצורך לכסף ואינו יכול לפרוע לו בהם או בשווים. (היכא דהמטבע עובר במקום אחד אינו יכול לומר לו לך הוציאו שם)

ואין לומר שהואיל והוא עובר במקום אחר כמו שהיה שוה מקודם א"כ יכול לומר לו לך הוציאו במישן כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני ומסתב' טעמיה דהכא לא קצב ליקח

גרושוש אלא לערך מה שהיו שוין אלא שמשום חשש רבית אנו אומרי' שאינו יכול ליקח אלא לפי המשקל הראשון ובלבד שיהיה שוה כמו בתחילה ולא גרושוש שנפסלו ועובדא דשמואל היינו שקצב על המטבע והאי שמיה מטבע כיון שהוא מטבע במקום אחד וזה ברור. (הלואה בין בשטר בין בע"פ מה שהלוהו משלם לו ואפי' נפסל ובהלואה על המטבע או שמכר לו סחור' כשיוצא המטבע במ"א יכול לומר לו לך הוציאו שם) ושאר הדינים שיש בדין זה הכל מבואר להדיא בגמ' ובפוסקים והם סעיפים רבים ושורש א' לכולן דבהלואה סתם בין בשטר בין בע"פ מה שהלוהו משלם לו ואפי' נפסלו וכל רבותינו שוין בדבר ובהלואה על המטבע או שמכר לו סחורה כשיוצא המטבע במקום אחר שאין מלכיות מקפידות יכול לומר לו לך הוציאו שם במישן כשמואל כדעת ר"ח והרמב"ם והרא"ש וכל הפוסקים ז"ל זולת רש"י שפסק כרב ולסברת ר"י כל שאינו יכול לפרוע לו חטין אם ירצה מה שהלוהו משלם לו ואין להאריך כאן יותר. (לענין איסור הרבית היכא דהוזלו הפירו' או שהוסיפו יתר על חומש אי הוי רבית קצוצה) ולענין איסור הרבית כתב בעל התרומות דהיכא דהוזלו הפירות או שהוסיפו יתר על חומש י"א שהוא רבית קצוצה וי"א שהוא אבק רבית ואני אפרש דבהוזלו הפירות ויש הפרש במשק' אפי' שלא יהא חומש הוי רבית קצוצ' שנותן לו יתר על מה שנטל אבל כשלא הוזלו הפירות ואין לו שבח בשום ענין אפי' שהתוספת הוא יותר על חומש לא הוי רבית קצוצה דהא אינו משביח כלום אלא דמחזי כרבית ואין להאריך ומה גם כי יקצר הדף מהכיל וה' יצילנו משגיאו' נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה

סימן יא

(שתי כתות מכחישי' זו את זו בעדות קטנה שמאנה) שאלה לאה שנתקדש' לראובן ומאנה בו ועמדה ונתקדשה לשמעון וכת א' מעידה שהיתה קטנה בשעת קדושי ראובן וכת א' מעידה שהיתה גדולה בשעת קדושי ראובן יורינו המורה לצדקה אם הוא אסורה לשני מטעם ששתי כתות מכחישות זו את זו או אם נאמר יגרש ראובן וישא שמעון או אפי' איפכא.

תשובה ריש מסכת נדה שמאי אומר כל הנשים דיין שעתן הלל או מפקידה לפקידה וכו' ומסוגיא דהתם משמע דבין לשמאי בין להלל היכא דליכא ריעותא מגופה אזלי' בתר חזקה קמייתא ודוקא התם בנדה משום דאית לה ריעות' מגופ' ואע"ג דהשת' הרי היא טמא' לפנינו אמרי' העמד דבר על חזקתו וכך הם דברי התוס' שם ומינה לנ"ד אע"ג דאשה זו הרי היא גדולה לפנינו אמרי' העמד דבר על חזקתו שהיתה קטנה בשעת קדושי ראובן בחזקתה קמייתא ודומיא דהך דנדה ולא שני לן בין טהרות לקדושין. (בכל מקום

אמרי' העמד דבר על חזקתו הראשו' ואפי' בקדושין) דבפ"ב דקדושין מוכח מדברי התוס' דאמרי' העמד דבר על חזקתו אפי' בקדושין יעויין שם.
אלא מיהו ביבמות פ' אלמנה לכ"ג שנינו והעובר והיבם והארוסין והחרש ובן ט' שנים ויום אחד פוסלין ולא מאכילין מסיים סיפא דמתניתין ספק בן ט' ספק אינו פי' דספק נמי הוי כמו ודאי בן ט' ופוסל ולא מאכיל והקשו התוספ' ולמה לא נעמידנו בחזקתו הראשונה שהיה פחות מבן ט' ונוקי אתתא בחזקת כשרות ותרצו כגון דהשת' דאתי קמן הוא ודאי בן ט' אע"פ שהי' ספק כשבא עליה לא מוקמינן אחזק' דחזק' קמייתא אתרע לה. (חילוק בין היכ' דמספק' לן מעיקר' ועכשיו הוא ודאי להיכא דלא באנו מעיקרא לכלל ספק עד השתא שבא לפנינו ודאי ויתורצו דברי התוס' הנראי' סותרי' אלו את אלו) ומיהו דברי התוס' הכא ביבמו' סותרים מה שכתבו שם בנד' והדברים פשוטים ומבוארים למבין דהתם בנד' לא הורע' החזק' כלל שהרי לא באנו לכלל ספק עד שראינו ודאי טמא' והך דיבמו' בשע' שבא עליה פסול זה היינו מסופקים אם היה בן ט' או לאו באות' שעה הורע' חזקתו הראשונ' אע"פ שאם היינו דנים אז על הדבר היינו מעמידין אותו בחזקתו הראשונה השתא שבא לפנינו כשהוא ודאי בן ט' לגבי השת' חזקתו הראשונ' הורע' ואין לטעות ולומר דהא דאמרינן דספק בן ט' פוסל היינו מספקא דאזלינן לחומרא דאי מספקא הו"ל לאוקמי אתתא בחזקת כשרות ולמ' נפסלו' וא"כ בנ"ד כיון דהשת' הכי היא גדולה לפנינו ובשעת הקדושין נפל ספק אם היתה קטנה או גדול' אזלי' בתר השתא שהיא גדול' ולא בתר מעיקרא דחזק' קמייתא אתרע לה כי ההיא דספק בן ט' דסתם מתני' היא וליכא מאן דפליג עלה.
אך בקדושין פרק האומר גבי ינאי דאמרי' ויבוקש הדבר ולא נמצא דמוקי לה בגמ' דתרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי והקשה רש"י ז"ל ונוקי תרי לבהדי תרי ונוקי אם דינאי בחזקת כשרות ופי' רש"י וכו' ופי' ר"ת תירוץ אחר וכו' אבל ר"י פי' דתרי ותרי ספיקא דרבנן היא וביוחסין דאיכא איסורא דאורייתא מחמרי' מדרבנן וכן כתב בכתובות פ"ב ופ' חזקת וכיון שכן השת' בנ"ד נמי כיון דתרי ותרי נינהו לא אזלי' בתר השתא כיון דאיסור תורה הוא ונחוש לקידושי שניהם ואיפשר דבהא אזלי' בתר השתא אפי' בשל תור' ולא אמרי' דמחמרי' אלא דוקא היכא שספק בא אחר החזקה כי ההוא דהתם דחזקת כשרות קדמה ואח"כ נפל ספק ומרע לה לחזק' כשרות' אבל הכא שהספק קדם ועכשיו הרי היא גדול' לפנינו לא אתי הספק ומרע לה להא דהשתא הילכך אפי' בשל תור' אזלי' בתר השתא ע"כ תורף דברי מורי הרב זלה"ה שמצאתי כתוב בכתיבת ידו.

ואנן עלובייא מקשים על דרבינו שכשם שבין קדשי קדשי' לחולי חולין כן גבהו דרכיו מדרכינו אך תורה היא וללמוד אני צריך. (קושיא על החילוק שכתב רבו לעיל בין ההי' דנד' להה' דאלמנה לכ"ג) ובעניותי קשיא מההיא דפ"ה דטהרו' דמייתי לה בריש נדה נגע בא' ואינו יודע אם חי אם מת ולמח' השכי' ומצא מת דתני עלה בתוספ' ומודים חכמים לר"מ בראוהו חי מבערב שהוא טהור משום דמוקמי' ליה אחזקתי' קמייתא ואמאי כיון שבאותה שעה נסתפק על הדבר שלא היה יודע אם חי אם מת נימא חזקה קמייתא אתרע לה דאין לומר שכיון שהיו יודעים שהיה חי בשעה שנגע בו לא נסתפ' כלל אלא היה מעמידו בחזקתו ולמחר שהשכים ומצא מת נולד לו הספק דא"כ למאי הילכתא תני ולא היה יודע אם חי אם מת דמשמע שהיה מסופק באותה שעה ועוד מדתני בתוספת' ומודים בראוהו חי מבערב ולא קתני בראוהו חי כלומר אותו האיש שנגע בו משמע דלא בעינן שהוא עצמו ידע שהיה חי מבערב אלא כל דידעינן אנן מוקמי' ליה אחזקתיה ועוד אמרי' בפרק בתרא דקדושין קדשה אבי' בדרך וקדש' עצמ' בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חיישי' לקידושי שניהם ומוקי לה בגמר' ביומא דמשלם להו שיתא והשת' גם בדברי הרב שכל שנסתפקנו על הדבר שוב לא נעמידנ' אחזקתה קמייתא אלא אדהשת' בין להקל בין להחמיר א"כ היכי אמר שמואל בהא חיישי' נימא דמצפר' בשעת הקידושי' נסתפקנו על הדבר אם היא גדול' או קטנ' דהא ביומא דמשלם בהוא שיתא מיירי והשתא הרי היא גדולה לפנינו נוקמא אדהשתא ולא תצטרך גט מספק ואפילו רב לא פליג אדשמואל אלא משום דליכ' למימר העמד הגוף על חזקתו דביומא דמשל' להו שיתא אזלא לה חזקת נערות כדאמרי' התם אמר לך רב אנא דאמרי אפי' כרבי יעקב ע"כ לא קאמר וכו' אבל הכא מי נימא העמד הגוף על חזקתו משמע דאי איכא למימר הכי אע"ג שהיינו מסופקים בשעת הקדושין אזלי' בתר חזקה קמייתא ולא בת' השתא ועוד מה סברא יש לחלק ולומר דמשום דנסתפקנו אז באותה שעה הורעה חזקתה הראשונה אדרבא נעמידנה אחזקתה ולא דמי לסוטה שכת' התוס' בפ"ק דחולין שאין לה חזקת טהרה משום דע"י קינוי וסתירה הורעה חזקתא דשאני התם שרגלים לדבר שהרי קנא לה ונסתרה ועברה על התראתו ובסתירה בלא קינוי לא מתסרה אע"ג דמ"מ באה לכלל ספק מוקמי' אחזקתא ולא מפני זה הורעא חזקתה וכיון שכן השתא אפי' היא גדולה לפנינו למה לא נעמידנה אחזק' קטנות כמו שהיינו מעמידין אותה בשעה שנפל הספק ודומי' דמקוה דאע"ג דחסר לפנינו היינו מעמידין אותו על חזקתו אי לאו משום דאיכא למימר העמד טמא על חזקתו דהשתא הוו להו תרתי לריעות' ועוד אי חשבינן ליה להוא ספק שנסתפקנו אז ריעותא כדי

שלא נעמידנו על חזקתו הראשונה כ"ש שהיה לנו להחשיבו ריעותא לענין שלא נעמי' אדהשתא דאדרבא הזקה קמייתא עדיפא מחזק' דהשתא שהרי לבטל חזקה הראשונה בעי תרתי לריעותא וחזקה דהשתא כי איכא חזקה קמייתא דמבטל לה בת' מעיקרא אזלי' ואיני רואה טעם לחלק בין היכ' דחזק' קדמה לריעו' להיכא דריעות' קדמה לחזקה אוקמינן אחזקה דהשתא. (ישוב סוגיא דפ' אלמנה לכ"ג כי היכי דלא תקשי אכולהו סוגי')

ומעתה צריך לישב הך דיבמו' דלא תקשי אכולהו סוגיי דאמרי' בתלמודא דמוכח מינייהו דלעולם אזלי' בתר חזקה קמיית' אלא היכא דאית' תרתי לריעות' כדאמרי' בנדה ובפ' בתרא דקדושי' ובפ"ק דחולין ויליף לה מנגעי בתים דכתי' ויצא הכהן והסגיר וכו' ודילמא אדנפיק ואתי בצר ליה שיעוריה ופי' שם התוס' דנ"ל נמי מהתם דאפי' אתיליד רעותי כגון היכא דלאחר שבעה נמצא חסר מ"מ מוקמי' אחזקתי' והכא ביבמות עביד ספק בן ט' כודאי בן ט' וספק הביא שתי שערות כודאי הביא ונראה דהך דיבמות דמיא לנדה דמטמאה מעת לעת ולא אזלי' בתר חזקה כדמפ' טעמ' בגמ' דכיון דמגופא קא חזיא אתרע לה חזקתה ופי' רש"י כיון דמגופא קחזיא מועדת ועלולה היא לכך ואין לה חזקת טהרה ע"כ. (כל שהי' מועד' ומעותדת לכך כגון בן ט' לא הוי חזקה כיון דמעיקר' להכי קאי אבל בת שיתא בחזקת קטנה היא עומדת דאינ' ראויה להביא סימ' עד י"ג והך אם כשבא לפני' לא ידעי' אם בן ט' הוא מוקמינן לי' בחזקת קטן) אלמא כל שהיא מועדת ומעותד' לכך אין לה חזק' דמעיקרא נמי להכי קיימא והכא נמי בספק בן ט' אין זו חזק' מה שמתחיל' קטן דמעיקרא נמי להכי קאי ובכל יום גדל ואתאי וכן נמי ספק הביא ב' שערות כיון שאפי' שאין לו סופו להיות אין כאן חזקה ולהכי אזלי' בהו לחומר' ומיהו אי השתא דאתי קמן נמי לא ידעי' אם הוא בן ט' או לאו ודאי טפי הוה לן לאוקמי בחזקת קטן כמו שהיה מקודם ונוקי אתתא בחזקת כשרות להכי כתבו התוס' כגון דהשתא דאתי קמן הוא ודאי בן ט' וכיון שכן הורעה חזקתו הראשונה וחזקת כשרות נמי הורעה שנא' כמו שהוא עכשיו איפשר שהיה כן מקודם ונפסל' בביאתו והשתא ניחא מה שכתבו התוס' ומיהו לכהונה ניחא דלא אזלי' בתר חזקה כר' יהושע דאמר לא מפיה אנו חיין ולא חיישׁ לחזק' כשרות דחזקת קטן דהכא לאו חזקה היא מטעמא דפי' רש"י דמעיקרא נמי להכ' קאי וההיא דקדושין דפריך בגמ' אההי' דרב ושמואל אלימא בתוך שיתא השתא היא דבגר' פי' דנוקמה אחזק' נער' באות' שעה והשתא הוא דבגרה התם היינו משום דבתוך שיתא בחזקת קטנ' היא עומד ואינה ראויה להביא סימנין עד י"ג והם סימני בגרות צמל וכו' אבל אי לא קים לן בשני הנערה אלא שבדקנו' עכשיו

ונמצאת בוגרת בהא ודאי מודה רב דחיישינן לקידושי שניהם ולא אזלי' בתר מעיקר' כיון שסופ' להיו' גדול' וכן מצאתי להר"מבן ז"ל שכת' על נערה שנסתפקנו במספר שנותיה והביאה סימני' לא מצאנו דינה מפורש וי"א שמטילין אותה לחומר כדין כל הספקות כך הביאה המ"מ בפ"ב דאישות ואם איתא נוקמא אחזקתה דאין לומר כיון שמצאנו לה עכשיו סימני' איתרע לה חזקת' כדכת' התוס' ביבמות דימני' לאו מילתא נינהו דאי אכתי מספקי' בה דילמא קודם זמן הוא ושומא בעלמא נינהו ועוד מצאתי להרש"בא ז"ל בתשובת אלף ר"יו בכלל דבריו שם וז"ל הילכך אשה זו שנסתפקנו במספר שנותיה אנו חוששין שמא הגיעה לכלל שנים ומקודשת דבר תורה ואם נבדק' ולא מצאו לה סימני' אנו חוששי' שמא נשרו וכדרבה וכו'. (קטנ' שנסתפק' במספ' שנותי' והביאה סימני' מטילין אותה לחומרא ואפי' לא מצאו לה סימנים חיישי שמא נשרו) אלא שיש להתישב כאן לפי שיש בזה ס"ס וכו' וחתם דבריו להחמיר הרי שלא סמך הרב ז"ל על חזקת' הראשונה אעפ"י שבדקנוה עכשיו ולא מצאנו לה סימנים ואם הית' חזק' יפה היינו הולכים אחרי' אפי' לקולא כדמוכח בכולהו דוכתי שהבאתי דאזלי' בתר חזקה אפי' לקולא אלא שאין זה חזק' מטעם שכתב' דמעיקרא נמי להכי קאי. ובהא דכתב ניחא לי הא דאמרי' ריש פ' האשה רבה גבי הוחזקו משיאין את האשה עד מפי עד מפי אשה וכו' דסברא הוא מידי דהוה אחתיכת ספק של חלב ספק של שומן ואתא עד א' ואמר בריא לי דשומן הוא דמהימן ודחי תלמודא מי דמי התם לא אתחזק איסורא הכא אתחזק איסור' דאשת איש אלמא דעד א' לא מהימן באיסורין היכא דאתחזק איסורא (הגהה צ"ע בסוף קדושין ובפר' מי שמת אם בריא הו' עליו להביא ראיה ששכיב מרע היה לעני' חזק' בתרייתא) והא עד א' נאמן באיסורין מנדה ילפי לה כדאמרי' בפ' המדיר אי דלא ידע נסמוך עלה דדרשינן וספרה לה לעצמה והת' אע"ג דאתחזק איסור' דנדה ודאית מהימנ' להתיר את עצמה א"כ נילף בכל דוכתי שיהא עד א' נאמן אפי' היכא דאתחזק איסורא אלא שיש עלינו לומר דהך חזקה דנדה לאו חזקה היא שיודעים אנו שלסוף ימים ישלמו לה ימי טומאתה הילכך כי אמרה נמי שלא ראתה עוד ולא סתר' מניינ' מהימנא. (חזקה דאיסורא דא"א אינה עשוי להתבטל דכל חזקה התלויה בשני' לאו חזקה מקרי') אבל חזק' דאיסור' דא"א אינה עשויה להתבטל וחזקה אלימתא היא ומינה לכל חזקה התלויה בזמן כגון זו שהשנים הם הגורמים לאו חזקה מקריא וכיון שהעלינו שאין כאן חזקה הויא לה הך אתתא דנ"ד ספיקא ואזלי' בה לחומרא דומיא דמעת לעת שבנדה דתולין לא אוכלין ולא שורפין הכי נמי תלינן בה וחיישי' לקידושי שניהם. (תרי ותרי ספיקא דרבנן ולא אזלי' בתר חזקה להקל באסו' דאורייתא)

ועוד אפי' אי הוה אזלי' בתר חזקה כי הך ספק בן תשעה הכא בנ"ד ע"כ לתלות בה לחומרא משום דתרי ותרי נינהו דלכל הפחות תרי ותרי ספיקא דרבנן ולא אזלי' בתר חזקה להקל באיסורא דאורייתא וכמו שכתבו התוס' בכמה דוכתי בשם ר"י ז"ל וכבר הביא דבריו הרב ז"ל לעיל ותמהני מאד מדברי הרב ז"ל שחלק בין נ"ד לדברי ר"י מה שחלק אפי' לפי שיטתו ז"ל שהעלה שבנ"ד אזלינן בתר השתא דחזקה קמייתא אתרע לה על זה אנו מצטערים והוא הוסיף ויפה כח השתא מחזקה דמעיקרא דאילו גבי חזקה קמייתא מחמרי' בתרי ותרי והשתא דאזלינן בתר השת' לא מחמרינן ואפי' יהיו הנושאים שוין אין טעם לחלק דטעמא מאי אחמור רבנן בתרי ותרי טפי מבשאר ספיקי היינו משום דלדברי הכת האחת אתרע לה חזקה וכן פירש רש"י בפ' בכל מערבין גבי תרומה ונטמאת דמוקי לה התם רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו מתניתין בשני כתי עדים דלהכי אסר ר"מ משום דכיון דלדברי הכת הא' הרי היא טמאה אתרע לה חזקה וכיון שכן כי אזלת נמי בתר השתא ואמרת חזקה שכמו שהיא עכשיו היתה ג"כ מקודם לכן הא לדברי הכת המעידה שהיתה גדולה הרי אתרע לה חזקה זו ועוד דאין סברא שתהא חזקה זו דהשתא גדול' מחזקה דמעיקרא כמו שכתבתי לעי דבכל דוכתא בעינן תרתי לריעותא לסתור חזקה קמייתא וחזק' דהשתא כגון הרי חסר לפנינו גרידא לא מהנייא נגד חזקה ראשונה אי לאו חזק' דהעמד טמא על חזקתו דמסייעא לה ואם באותה חזקה מחמרינן מדרבנן בהא לא כ"ש סוף דבר דברי הר' ז"ל נפלאו ממני ובעניותנו צריכ' גט מספ'.

הגם הלום ראיתי אחרי רואי מה שכתב החכם השלם הרב כמה"ר שלמה הכהן נר"ו בפסקיו על אודות המעש' ההוא שאירע בכי"או והוא הענין שכתוב למעלה אלא שאח"כ נתגלגלו הדברי' כמו שכתוב שם. (קטנ' שנסתפקנו בה ומאנה ונתקדשה לאחר אם יגרשנה זה הב' אם יכול לישא אותה ראובן הבעל הא' או אי איכא למיחש שמא יאמרו מחזיר גרושתו הוא) ולענין אם יגרש שמעון המקדש השני שקדשה אחר מיאוני ספק כפי הכחשת העדי' המעידים על גדולתה ואח"כ ישא ראובן אי איכא למיחש לשמא יאמרו מחזיר גרושתו מן הארוסין השיב הוא יצ"ו בתשובה השנית שנרא' לו שמאחר שקידושי ראובן אינם קדושי תורה דהא איפסיקא הלכתא בפ"ד אחין דתרי ותרי ספיקא דרבנן אבל מדאוריית' מוקמי' לה אחזקת' השתא נמי מוקמינן לה בחזקת קטנה ומדרבנן הוא דמחמרינן בה וכיון שכן ליכא למיחש לשמא יאמרו מחזיר גרושתו מן הארוסין דומיא דחרש שקדש וחזר' ונתקדשה לפקח דיכול לגרש פקח וליש' חרש ולא חיישי' לשמא יאמרו כמו שכתב הר"מבם פ"ד דאישות ואיני רואה טעם זה צודק בשום ענין חדא כי מה שכתב שאין כאן אלא ספיקא דרבנן זה אינו דכיון דמספקי בה בקידושיה

אם היתה גדולה וקדושיה קדושי תורה או אם היתה קטנה הו"ל ספיקא דאורייתא דאין לומר העמידנה בחזקת קטנה כמו שהית' מקודם שאין זו חזק' כמו שכתבתי למעלה. (תרי ותרי בקידושין הוי ספיק' דאוריי') וכמו שהבאתי משם הרמב"ם והרשב"א ז"ל על ענין אשה שנסתפקו במספר שנותיה שהלכו בה לחומרא כדין כל הספיקות ואילו חזקת קטנה היתה חזקה היינו מעמידין אותה בחזקתה ותהא מותרת לכתחילה דדוקא בתרי ותרי מחמרינן מדרבנן משום דלדברי הכת האחרת איכא איסורא דאורייתא אלא ודאי שאין זו חזקה כמו שכתבתי לעיל וספיקא דאורייתא היא ולא הוי דומיא דחרש שקדש. ועוד מה שלמד והעלה מתוך דברי הרמב"ם ז"ל שכל שאין כאן קדושי תורה לא חיישינן לשמא יאמרו וכו' (יוכיח שאפי' ליכא קדושי תורה יש לחוש שמא יאמרו מחזיר גרושתו הוא הפך דברי מהרש"ך ז"ל) לא נהירא לי דהא ודאי לאו כולי עלמא דינא גמירי שידעו שאין כאן קדושי תורה ומכיון שהם רואים שנתקדשה לאחר אחר שנתקדשה לו ומחזירה יאמרו מחזיר גרושתו תדע דהא קידושי קטנה דרבנן הוו וכתב הרמב"ם עצמו פרק י' מה' גירושין שאם נתקדשה לאחר אחר שגדלה מגרש ראשון וישא שני אבל איפכא לא משום שמא יאמרו וכו' ולא דמי לחרש שקדש דהתם הכל יודעים שאין בקידושי חרש כלום מן התורה ולא יבאו לטעות מחרש לפקח אבל בשאר בן דעת אף על גב דלא מקדשא אלא מדרבנן מ"מ איכא למיחש שיטעו לומר מחזיר גרושתו וכו' ולא יתנו לב לענין הקדושין אי תפסי דבר תורה או לא וגם קידושי יתומה קטנ' אע"ג דלעולם קידושי' מדרבנן הוו מ"מ אין הדבר כ"כ ברור כיון דאינה קטנה שיש בה קידושי תורה כגון ע"י אביה ועוד אע"פ שאין בה עכשיו יש בה לאחר זמן ולא מינכרא מילתא כ"כ ומ"ה אתו למטעי אבל גבי חרש שלעולם אין בו קידושי תור' ליכא למיחש. (פילפול בדברי הרש"ך בסוגיות אשת חרש שנתקדש' לפקח)

ואגב אורחין ראיתי לכתוב על מה שתמ' החכם השלם נר"ו בדברי הרמב"ם ז"ל בענין אשת חרש שנתקדשה לפקח שהבאתי לעיל ואני תמה על תמיהותיו כי מה שהקש' מלשון הירושלמי הוינא סברין מימר יוציא חרש ויקיים פקח דלא שייך טעמא דשמא יאמרו משום דאשתו של פקח היא ומשני עוד היא כאילין קנסיא משמע דרישא דאשתו של חרש שנתקדש' לפקח לא צריך טעמא דקנס אלא מטעם דשמא יאמרו אסרינן לה לחרש ויתמה הרב על עצמו כי דברי הרמב"ם ז"ל הם דברי הירושלמי בפי' למעלה בסמוך לזה מכיון דאת אמר אפי' אשם תלוי אין בה בא אחר וקדש' נתפסו בה קידושין גרש' מותרת לינשא לראשון הרי בפי' שלא חששו לשמא יאמרו באשת חרש א"כ תיקשי הירושלמי מדידיה אדידיה והא ליתא דאע"ג דמעיקרא סברין מימר הכי דטעמא שמא

יאמרו הא מסיק דטעמ' משום קנסא הוא א"כ רישא נמי משום קנסא ולא מטעמא דשמא יאמרו והיינו דקאמר בירו' על הא דגרש מותר' להנשא לראשון דא היא דתני ר' חייא וכו' דמסיק עוד היא באילין קנסיא משמע דלא הוי טעמא משום שמא יאמרו ואתיא כי הא דרבי יוחנן דאפי' אשם תלוי אין בה ומותרת לראשון.

עוד הקשה שנראה מדברי (לשון הרמב"ם ז"ל לפ"י מהלכ' גרושין) הרמב"ם ז"ל פ"י מהלכות גירושין דטעמא דכששמע' שמת בעל' ונשאת דאסור' לראשון היינו מטע' דשמא יאמרו גירש וכו' ולא סבירא ליה טעמא דקנסא דאמרינן בגמ' התם דעבדא איסורא קנסוה רבנן הכא דלא עבדא איסורא לא קנסוה א"כ האיך פסק באשת פקח ששמעה בו שמת ונשאת לחרש דתצא מזה ומזה הא הכא לא שייך טעמא דשמא יאמרו כדמוכח בירושלמי דלעיל ואיני יודע היכן ראה בדברי הרב ז"ל דלא ס"ל טעמא דקנסא דמייתי תלמודא בהדיא הכא דעבדא איסורא קנסו' ובר"פ האש' אמרינן מתוך חומר שהחמרת עליה בסופ' נקל עליה וכו' ואמרינן לא לחמור ולא לקיל ומשני משום עגונא הקלו פי' וכיון שהקלו הוצרכו להחמיר כי היכי דתידוק שפיר והיאך לא יסבור הרב ז"ל טעמא דקנסא אך מה שהזכיר טעמא דשמא יאמרו היינו אמאי דקאמר דבנתקדשה אינה צריכה גט משני ואמאי לא חיישינן שיאמרו א"א יוצאה בלא גט לכך כתב שיאמרו תנאי היה בקידושין אבל לענין מה שמותרת לבעלה ודאי טעמא הוי משום דלא עבדא איסורא לא קנסוה רבנן ומה שהשוה הרב בין שמע' בו שמת לדין נשאת בגט בטל שכתב וכן הדין באשה שבאו עדים וכו' השו' אותם בגדר ולא בטעם דתרוייהו תצא מזה ומז' אלא דהתם טעמ' משום שמא יאמרו והכ' משו' תנאה.

עוד זכר החכם השלם נר"ו בסוף דבריו שיש לתמוה על הרמב"ם ז"ל דבנתקדשה מותרת לראשון דלא חיישינן לשמא יאמרו וכו' שיתלו לומר תנאי הי' בקידושין א"כ בעלמא אמאי אמרינן בכל דוכתא אבל מגרש שני ונושא ראשון לא משום שמא יאמרו ולא תלו בקידושי תנאי אינה קושיא דבעלמא במגרש בגט פסול שצריכ' גט משני מדרבנן אסרינן לה אראשון מטעמא דשמא יאמרו דהא ליכא למיתלי בקידושי תנאי דמימר אמרי אם איתא דקדושי תנאי הוו לא היתה צריכה גט וכיון שהם רואין שהיא זקוקה לגט סברי דקידושין חיילי טפי ונמצא זה מחזיר גרושתו לאחר שנתקדשה ומה שהצריכו רבנן גט לשני מטעמא דלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט משום חומרא דא"א דבחנם החמירו אע"ג דאיכא למיתלי בקידושי תנאי אבל באיסור חזרה דבלאו כל היכא דאיכא למיתלי בקידושי תנאי לא חיישינן והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן יב

שאלה נשאלתי על דבר הגבינות שבאו לצידון מאי גיפר"י ע"י הגוי הספן וכתב הישראל מודיע מניינם ומשקלם אלא שהמשקל אינו מדוקדק (גבינות שבאו ע"י גוי ספן וכתב ישראל מודיע מניינן ומשקל' ומשקלן אינו מדוקדק והכתיב' אינה נכרת בחותמי' אם יש לאסור או להתיר) ואומרים שדרך הוא שיחסר המשקל שיתנגבו בדרך שאל השואל אם יש להתי' מטעם דלא חיישינן לאחלופי שאם היה מוכר הכשרות במקום אחר היו לוקחים מידו הכתב או שמא יש לאסור לפי שהכתיב' אינה נכרת בחותמיה ואיפשר ששום משומד זייף לו הכתב וכמו שכתב הרא"ה ז"ל שבמקום דשכיחי משומדי' וגוים שיודעים לכתוב אין הכתבים סימן אלא למי שיכיר הכתב או שמא כיון דמדאוריית' עדים החתומי' על השטר כמי שנחקר' עדות' בב"ד ורבנן הוא דאצרוך קיום נקל כאן שאיסורו מדרבנן.

תשובה אלו לא באנו לכלל חשש אלא זה שהכתיב' לא נתקיימה בחותמה נראה שאין לפקפק בה כלל ולא מטעם דעדים החתומי' על השטר כמו שנחקר' עדות' בב"ד שלא מן השם הוא זה דלא אמרי' הכי. (לא אמרי' עדים החתומים על השטר כמי שנחקר' עדו' בב"ד אלא בשטר הנעשה מדעת לוה למסרו למלו') אלא בשטר הנעשה מדע' לוה למוסרו למלו' ואסמכינן ליה אוכתוב בספר וחתום והעד עדים אבל כל עדות כזה אין תורת שטר עליו כלל כדאמרי' בפ"ד אחין גבי זמן דקידושין דאמרי התם נינחי גבי עדים אי דדכירי ליתו ולסהדו ואי לא דכירו ומסהדי מפיה' אמר רחמנא ולא מפי כתבם אלמא כל כה"ג לא אמרינן כשנ"ע בב"ד דמי ויש כמה שיטות בזה לראשונים נוחי נפש. אבל מה שנרא' לסמוך על הכתיב' הואיל והאנשים החתומים בה ידועים אצלינו אף על פי שאין החתימה ידועה חזקה לא מרעו נפשיהו לכתוב ולזייף (היכא דהחתי' על הכתיב' ידועים אצלנו אע"פ שאין החתימ' ידועה חזקה לא מרע אנפשי' הגוי לזייף) בשם אחרים בדבר שהוא עשוי להתברר ואינו רוצה שיחזיקוהו במזויף ויאבד את אמונתו כיון שמלאכתו בכך רגילים הסוחרים למסור בידו הסחורות והוא קרוב למה שהתירו חכמים בטעימה דקפילה דלא מרע נפשיה כ"ש בזיוף כתיב' שמקפידים הרבה בכך ויכול להיות שיבא לו נזק בדיניהם בכך והרא"ה לא כתב אלא באותה כתיבה שעושים על הגבינות בדפוס לסימן דבאתר דשכיחי יודעים לעשות כמוהו לא הוי סימן שאפילו יתברר הדבר אינם חוששין.

ומיהו אף אם היה הכתב ניכר ומקויים אין להתיר גבינות אלו כיון שאין המשקל מדוקדק (אין להתיר הגבינות כיון שאין המשקל מדוקדק) א"כ אין כאן שום סימן וחיישינן שמא

החליף בשלו כדי להרויח מה שחסר מן המשקל או שמא אותם מכר במקום אחר ואלו אחרים שלו הם ומשתכר שהוא מוכר את שלו ביוקר ליהודים. (חיישינן שמא החליף הנכרי ואפילו שאין בו הנאה) ואפילו אם לא היה לו תועלת בחילוף נראה שיש לחוש שיחלוף בשלו וכאותה ששנינו בשלישי מדמאי המוליך חטין לטוח' נכרי דמאי דחיישי' שיחלוף בשל ע"ה או בשלו למ"ד מירוח העכו"ם חייב מדרבנן וכן המפקיד אצל נכרי הרי הם כפירותיו שאם היה מתוקן חיישינן שיחליף בשלו אפילו שלא יהא לו הנא' כלל ומצאתי שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בתשוב' גבינות כיוצא באלו להתיר ושלא לחוש שמא מכר אותם הכשרות במקום אחר ואלו הם שלו שהדין נותן שיקחו הכתב מידו שם ולב"ד טועין לא חיישינן ונראין דברי הרב ז"ל וטעמו דלא חיישינן לאחלופי אלא כשיש לו ריוח בדבר ונראה שסמך על מה שכתבו התוספות פ"ק דע"ז גבי ישראל ונכרי ששופתים שתי קדרות בכירה אחת ולא חשו להם חכמים שכתבו שם דלהחליף בחנם כדי להכשיל את ישראל לא חיישי' כדמוכ' בפ"ב גבי ההיא ארבא דמורייסא שלא חשו לתערובת לפי שהיין ביוקר יתר על המורייס ובודאי בהא לא פליגא המתניתין דדמאי דתנן אצל הנכרי כפירותיו אע"פ שאין לו ריוח ועוד דבס"פ אין מעמידין גבי הא דאמר רב חבית אסור בחותם אחד חמפ"ג מותר (פירוש חלתית מורייס פת גבינה) מפרש תלמודא פת למאי ניחוש לה חטי בדשערי מידע ידיע קרירי בחמימי מידע ידיע אי כי הדדי כיון דאיכא חותם אחד לא טרח ומזייף ופי' רש"י לא טרח ומזייף במידי דלית ליה רווחא משמע טעמא דאיכא חותם אחד לא טרח הא לאו הכי חיישי' שיחליף אע"ג דלית ליה הנאה כלל דכי הדדי נינהו וכן מוכח מדאמרינן לעיל בהך פרקא דמתניתין דחלב שחלבו נכרי ואין ישראל רואהו דאמרינן חלב למאי ניחוש לה אי משום אחלופי טהור חוור טמא ירוק ומסקינן כיון דאיכא נסיובי ליכא למיקם עלה דמילתא ואפילו בעי לה לגבינה איכא דקאי ביני אטפי משמע דחיישינן שעירב דבר מועט דקאי ביני אטפי אע"ג דלית ליה רווחא בההוא פורתא שעירב דמתוך שמעתתא מוכח דחלב של ישראל היא אלא שחלבו הנכרי מדקאמר אי משום אחלוף ולא קאמר אי משום חלב טמא וכן מוכח לשון המשנ' דקתני חלב שחלבו נכרי משמע אפילו של ישראל כיון שלא ראהו ועוד יש קצת ראיה מדאמרינן פרק השוכר גר תושב מיחדים לו יין ואין מפקידין לו יין פירוש מיחדין לו לצורך שעה אפילו יותר מכדי מיל דלאחלופי בזמן מועט לא חיישינן ואין מפקידין לו יין דחיישי' שיחליף בשלו ואין לומר דהתם יש לו הנאה שיחליף רע בטוב דהא ודאי אם יש שם שום שינוי ליכא למיחש דמידע ידיע כדאמרי' בס' פ"ב גבי פת ולשון ואין מפקידין משמע אף אם יום או יומים יעמוד שבזמן

מועט אין היין משתנה וניכר הדבר. לכך נראה דהא דחיישינן הכא ובדמאי שיחליף אף בלא שום הנאה לא שהוא טרח להכשיל את ישראל אלא דאי מתרמי ליה בנקל שיחלי' כגון גבי טוחן שנותן לו חטין אחרים במקומם אבל לא שיהא עושה שום דרך זיוף כדי להכשילו (הא דאמרינן דחיישינן שמא זייף הנכרי אפי' לית ליה הנא' היינו במתרמי ליה בנקל שיחליף אבל לא שהוא טר' להכשיל את ישראל) ולהכי אמרי' התם בירושלמי הכא את אמר דמאי והכא את אמר כפירותי' ומשני התם קופה בקופו' הכא פירות בפירות לפי' הראב"ד ז"ל קופה בקופות מכיון שהוא צריך לכוין במילואה חושש שלא להחליף וגם לא יתכוון לכתחילה במילואה כדי להכשיל אבל בפירו' שאין צריך כוון חיישינן שיחליף וכן גבי חלב דליכא טרחא חיישינן שיערב בו דבר מועט של חלב טמא להכשיל והיינו דאמרינן פרק אין מעמידין אי כי הדדי כי ליכא סימן אחד לא טרח ומזייף וכן מה שכתבו התוספות גבי קדרה ודאי צריך לכוין בחתיכות שהוא מחליף ובאברים שיהיו דומי' זה לזה שלא ירגיש הישראל ובכל כי האי אם אין לו הנאה כדי להכשיל לא טרח ומזייף וגבי ארבא דמוריסא נמי אין סברא שיקנה יין ביוקר רק כדי להכשיל דהיינו טרחא ולא טרח להכשיל ומיהו באותו הנדון מהר"י ן' לב ז"ל נרא' שהיה המנין והמשקל מדוקדק שכן הביא ההיא דפרק אלו מציאו' דמשקל הוי סי' ומדה ומנין הוי סי' אלא שכאן יש לחוש שהנכרי יכוון למנין ומשקל הראשון אבל מאחר שאין לו הנאה כדכתי' לא חיישינן דטרח ומזייף בכדי ומעתה בנדון דידן ודאי איכא למיחש שמא החליפם בשלו או שמא במקום אחר מכר את הכשרים לנכרי' שהיו מזומנים אצלו דלפעמים הם בקרקעות הספינה וטורח הוא להוציאם יותר אע"פ שלא נהנה בחילוף כלל. (הסי' שעושים על הגבינה אין לסמוך עליו) וקרוב אני לומר שאפילו היו כאן באלו הגבינות הסימן שעושין בהם באותה חתיכה של עץ אין לסמוך עליו כלל וכמו שכתב הרשב"א שכמה פעמים גונבים החותמו' וכמה פעמים נאבדים ומה שהביא הרב מהררי"ל ז"ל דהני תרין אריותא ר"י והרשב"א ז"ל פליגי בעניותי נ"ל דלא פליגי כי מה שכתב הרשב"א הוא כעין נ"ד שמי שמשלח הסימן אינו חוזר אח"כ ורואהו וכמו שהוכיח מתחילת תשובתו על חותם היין שאין ידוע מי כתבו ועל זה כתב אבל בדפוסי הגבינות יש לאסור וכו'. (חלוק בין היכא דעושה הסימן חוזר ורואהו להיכא דאינו חוזר אח"כ ורואהו) אבל מה שהורה ר"י ז"ל להתיר על ידי הסימן היינו כשעושה הסימן הוא שם וחוזר ורואהו שכן כתב שירא לזייף שיחוש שהיהודי רגיל לעשות חותמו במקו' מיוחד ועוד שמא ירגיש שהגבינות שנעשו אח"כ לחות יותר וחילוק זה כתבוהו התוספות בשם ר"ת ז"ל בפרק אין מעמידין על הא דאמר רב הלכה כר' אליעזר שמתיר

יין בחותם וכו' ובכמה דוכתי בתלמודא מוכח ורב גופיה סבר שצריך חותם בתוך חותם והעמיד ר"ת ז"ל זו שפסק רב כרבי אליעזר בחוזר ורואה חותמו ובכוליה תלמודא דבעי' חב"ח בשולח לחבירו ולא מרתת סבר שלא יכיר וא"כ אכתי יש לחוש שמא חותם אחד בא לידו וחתם בהם גבינות והחליפם בשל היהודי. (אין לומ' דאם איתא דמכר הגוי הכשרים במ"א היה לה ב"ד ליקח הכתב דכיון דאינן צריכין ליקח הכתב לתקן אותם הגבינות אלא למקום אחר אמרינן לא דקדקו בדבר כיון דלאו עליהם רמיא) ואף אותו הכרע שהכריע הרב ז"ל שהם אלו הכשרות שאם איתא שמכרם במקום אחר היה להם לב"ד ליקח הכתב מידו אין זה מוכרע דשמא לא דקדקו בדב' שאין זה מענין איסור אותם הגבינות אלא לתקן למקום אחר ולאו עלייהו רמיא ולא שייך למימר בכה"ג לב"ד טועין ל"ח ועוד מאן לימא לן שאותו המקום היה בו ב"ד בר סמכא שנאמר לב"ד טועין לא חיישינן ועוד דשמא הביאו שני כתבים שאמרו שנאבד הראשון ונתנו להם אחר והוציאו כתב אחר במקום זה וכתב אחר במקום אחר קצרו של דבר הכא בנ"ד איני רואה צד היתר להתיר אלו הגבינות מכל מה שכתבתי לעיל ואל ית' יצילנו משגיאות הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן יג

שאלה על דבר הנכרי שספר מסיח לפי תומו שהוא היה באותה ספינה שנשברה ולא נשאר שום יהודי כי אם בחור אחד וכי ראה לר' נסים קרקסוני מת על שפת הים. (מל"ת אי צ"ל מת וקברתיו)

תשובה הרי"ף והרמב"ם ז"ל כתבו דבמלחמה ובמים דדמי למלחמה שצריך שיאמר מת וקברתיו ולסברתם חששו להחמיר כל האחרונים נוחי נפש והחכם השלם המורה נר"ו שהבי' כאן מה שכתבו הר"ן והמגיד ז"ל על דברי הרמב"ם שכל שהנכרי מכירו ומזכיר שמו אין צריך שיאמר וקברתיו ורצה ללמוד משם לנ"ד בלבל עלינו את השמועה שזה כתבו על מה שסובר הרמב"ם ז"ל דבכל ענין אף בלא מלחמ' ומים צריך נכרי מל"ת שיאמר מת וקברתיו שהוקשה להם מהנהו עובדי דמייתי בגמ' דמאן איכא בי חיואי ווי ליה לפרשא זריזא דשכיב שלא הוזכר שם קברתיו לכך תירצו דהתם כיון שהזכיר שמו והיה מכירו לשעבר לא חיישינן שיתחלף לו בין זה לאחר אבל הנהו תלת עובדי דמייתי התם חבל על יהודי שיצא עמי וחבל על קולר של בני אדם וכו' כיון שאין מכירן ביחוד חיישינן דבדמי אמר וצריך שיאמ' וקברתיו כי התם ועכ"ז כתב הר"י בר ששת ז"ל שאין החילוק נכון וכל הפוסקי' ראשוני' ואחרונים לא הסכימו לדעת הרב ז"ל בזה. (הא דכתב הרי"ף והרמב' במת במלחמ' או במים צ"ל וקברתיו היינו אפי' הגוי היה מכירו משום

שטועה שמת ובדדמי אמר כך) אבל בעד א' או גוי מל"ת במלחמה או במים שכתבו הרי"ף והר"מבם ז"ל שצריך שיאמר וקברתיו אין מקו' לחילו' זה דאפי' במי שהוא מכיר טועה הוא בכך לומר שמת בדדמי ליה והנהו עובדי דיהודי שיצא עמי וחבל על קולר וכו' שמזכיר שם וקברתיו וכתבו האחרונים ז"ל מעשה שהיה כך היה זהו במת כדרכו אבל במלחמה או במים אין ספק בדעת הרי"ף והר"מבם ז"ל שאפילו במכירו ומזכיר שמו דלא סגי ליה בלא קברתיו.

עוד כתב החכ' השל' המורה שכיון שנכרי זה לא ראה הטביעה של זה האיש אלא שראהו מת על שפת הים לא חיישינן דאמר בדדמי והביא מדברי המפרשים והר"זה ז"ל ודבריו תמוהים ואי איכא למיחש דאמר בדדמי אחר שראה שנשברה הספינה בלב ים וכל העם אשר בתוכה נפלו וכי מקום נתבצר לזה שלא נפל לים ובלא כן נהי דהר"ז הלוי ז"ל אתי לחלק מההוא דטבע בדגלת לבעיין בגמ' בפרק האשה שלום בעד א' במלחמה דהתם לא ראו הטביעה אלא דאסקוה אנשרא וחזוהו ולכך השיאו את אשתו ואין כך דעת הר"יף ז"ל וכמו שביאר הר"מבן ז"ן דעתו בספר המלחמות דהוא ז"ל סבר דבעיין דגמ' בעד א' אפילו אמר קברתיו דאי טעמא דעד א' מהימן משום דיוקא דידה הכא כיון דידעה דטבע לא דייקא וסמכא עליה דרגלים לדבר וכיון שכן מה לי ראה העד הטביעה ומה לי לא ראה מ"מ כיון דידעה איהי דבים הוא דטבע סמכא עליה ולא דייקא ולהכי פשטה הרי"ף ז"ל לבעיין מההוא דטבע בדגלת דלא כהר"ז הלוי ז"ל ואנן על דעתיה דהרי"ף ז"ל קיימינן. (אפי' לא ראה הנכרי הטביעה אמרי' דבדדמ' אמר) ואף להר"זה זהו כשהעד לא ידע כלום מהטביעה אלא כשרא' אותו מת על שפת הים אבל בנדון דידן שהנכרי זה הי' בספינ' שנשבר' אע"פ שלא ראה את זה ממש שנטבע מ"מ אמר בדדמי שהוא אותו שהיה שם בספינ' שרובם למיתה וכן הזכיר הוא בדבריו תחילה שאמר שמכלם לא ניצול כי אם בחור אחד וזה ודאי מאומד דעתו אמר כן כי הוא לא ראה בפירוש אלא את זה ר' נסים מוטל על שפת הים כנר' מדבריו ואדרבה לדברי הר"זה ז"ל לא מהני הכרה בטביעות עין אפי' לאלתר אם לא שיתן סימני' דאמרי' בגמ' ואסקינה קמן לאלתר וחזו סימני' דעליה סמכי' כתב הרא"ש משם ר"י דטעמא דלא סגי הכא בטביעות עינא משום שראו הטביעה ואמרו בדדמי אפי' לסברת הר"זה ז"ל כ"ש דאיכ' ספקי אחריני להחמי' דלא ידעי' אי אשתהי או לא אשתהי ורובא דרבוותא כתבו דדיינינן להחמיר בספקא והו"ל תרי ספיקי להחמיר ואין לפקפק כלל שאין בעדות זה ממש להוציא האשה מחזקת איסורא כ"ש שהנדון שלפנינו אינו כדין מים שאין להם סוף שאם נשאת לא תצא שאסורה מדרבנן לפי שאין כאן שום עדות שעמדו עליו עד שתצא נפשו והו"ל כהנהו תלת דתנן פ' כל הגט

דרבי אלעזר בן פרטא שנותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים דאע"ג דרובן למיתה מ"מ מוקמי' גברא בחזקת קיים והאשה בחזקת א"א ומספק אתה בא להתיר' אל תתירנה מספק והבא עליה בחטאת קאי והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן יד

למהר"ם גאלנטי זלה"ה.

(ג' שהסכימו בדבר א' ונשבעו שבועה וכתבו בספר וחתמו והא' אומר חתמתי ולא נשבעתי אי השנים האחרי' נאמנין להעיד). שאלה וששאלתם בשלשה שהסכימו בדבר א' ונשבעו שלשתן בשבועה חמורה להתעצם בדברי ריבות שהיה להם עם הקהל וכתבו בספר וחתמו חתימת ידם. ועתה אומר אחד מהם שאע"פ שחתם לא הוציא שבועה מפיו אם שנים האחרים נאמנים להעיד עליו שבטא בשפתי' שאולי הם נוגעים בעדות וכמו שכתב הרא"ש ז"ל שכל שרבים הסכימו בדבר א' מסתמא אינם מסכימים אלא ע"ד שיסכימו כולם משמע שהנא' להם בצירופם בהסכמ' ולא בהבדלתם ע"כ זה שאמרתם שהם נוגעים בעדותם שהנאה להם בצירוף כן הדברים אילו לא היו מותרים גם הם דלא ניחא להו שיהיו הם מתעברים על הריב לבדם אם לא שיצטרף האחר עמהם כהא דאמרי אינשי אי דלית דורא דלינא ואי לא דלית לא דלינא אבל מכיון שמטעם זה עצמו גם הם מותרי' בסרבנותו של זה בין שיהיה הסירוב כדין או שלא כדין כדאמרי' פ"ק דסוטה והוא יחל להושיע וכו' הוחלה שבועתו של אבימלך דאם תשקור לי וכו' א"כ היאך הם נוגעים בעדותם כיון שסוף סוף עכשיו לא איכפת להו ולא מידי ועל כיוצא בזה נאמר דייני דשפלי הכי דייני כהא דאמרי' בח"ה מי לא עסקי' דנקיטי חגרא דידייהו ואמרי למאן נתביה ולא מיקרו נוגעים בעדות כלל ובעיקר הדין מאד אני מסופק אם יקרא נוגע בעדות כל שאין שם דררא דממונא שהדעת נוטה דלא מפסיל בהכי דלא גרע מהאוהב והשונא ששנינו בסנהדרין דכשרים כדאמרו ליה רבנן לרבי יהודה לא נחשדו ישראל על כך וראיה ממוכר שדה שלא באחריות שאמרו בראשון של קמא דאי אתי ב"ח וטריף לה מיניה דלוקח דינא הוא דאתי מוכר ומשתעי דינא בהדיה ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את דאמר ליה לא ניחא לי דתהוי לשמעון תרעומת עלי. (אין אדם נפס' אלא היכא דאיכא דררא דממונא ובהא דהמוכר שדה שלא באחריות דאינו נפסל המוכר משום דלא ניחא ליה דלהוי תרעומת עליה ודבור התוס' שם) ואע"פ כן אמרו בח"ה אמר שמואל המוכר שדה שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני ב"ח משמע דוק' משום דמעמיד' בפני ב"ח הא ל"ה לא הי' נפסל משום דלא ניח' ליה דלהוי לוקח תרעומ' עליה ולא מפסיל אלא משום דררא דממונא שמעמיד' בפני ב"ח שלא יהא גזל

בידו ויהא לוה רשע ולא ישלם וכן כ' התו' שם בפ' ח"ה וי"ל דאין נפסל בשביל כך לעדות אך כתבו שם אי נמי דהכא מיירי אפי' דמכיר בה שהיא שלו ולא ירדתי לסוף דעתם דאי חיישינן דמשקר ואינו מעיד אלא מפני התרעומת כיצד נאמר שמכיר בה שהיא שלו אטו כי אמר שמכיר בה מהמנינן ליה ועוד לקמן בהך פרקא אמרי' ילמדנו רבינו אריס מהו שיעיד אמר רב יוסף הכי אמר שמואל אריס מעיד והתניא אינו מעיד הא דאיכא פירא בארעא דנוגע בעדות הוא משום חלקו הא דליכא פירא (פלפול בדברי התוס' בפ' ח"ה) וכתב התוספת ולא חייש אם יסלקוהו כשתמצא שאינה שלו דכמה שדות ימצא באריסות ע"כ ולא אמרי' מ"מ ניחא ליה שלא יטרח לחזור אחר שדות אחרות והא דאמרי' התם ערב ומלוה מעידי' ללוה והוא דאית ליה ארעא אחריתי וכתב רשב"ם ז"ל דליכא למימר דניחא ליה לערב שיהיו שדות הרבה ביד הלוה שאם חייב הלוה עדיית לב"ח האחר שיגבה תחילה קרקע האחר ויגבה הערב קרקע השני ונוגע בעדותו הוא כולי האי לא חיישי' שמא לא יפרע הלוה בזמנו ושמא יבא מלוה אחר וכו' והרא"ש ז"ל כתב גבי מלוה מעיד ללוה אע"ג דהאי ארעא עידיית ואותה שיש לו זבורית משום האי לא חשיד להעיד שקר והא דאמרי פ' האיש מקדש גבי הא דאמר רב נחמן הן הן עדיו והשתא דתקון רבנן שבועת הסת משתבעי עדים דיהיבנא ליה משתבע מלוה דלא שקיל ליה ופרע ליה לוה למלו' שבועה ודאי שאני דאע"ג דחשידי אממונא לא חשידי אשבועת' וניחא להו להעיד שנתנום למלוה מלהשבע ללוה על שקר ואם לא ישבעו הרי אומר להם פרעוני ונמצא נוגעים בעדותם מחמת ממון או שבוע' דחמיר' להו מממון אבל במילי דכדי מי יימר דמפסלי בהכי דהא ודאי לא נחשדו ישראל על כך אבל הכא לא שייך למימר לא נחשדו דאדרבא משום דלא נחשדו על השבועה דחמיר' צריכין אנו לחושדן על הממון שאל"כ יהיו צריכין לפרוע ומאי דמפסלי אף לבתר דמשתבע כבר פי' ר"י ז"ל הטעם דכתיב ע"פ שנים עדים הנאמנים בדיבורם ולא הטעונים לישבע עד שיאמנו. (הא דאמרינן ג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על א' מהם וכו' אם חתם כשר מעידים עליו להכשיר) ומיהו מדברי רש"י בפ"ב דכתובות לכאורה לא משמע הכי גבי הא דאמר רב הונא אמר רב שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על אחד מהם עד שלא חתמו מעידים עליו וחותם משחתמו אין מעידין עליו וחותם ופי' רש"י ז"ל משחתמו הוו להו נוגעים בעדותם שגנאי הוא להם שישבו עם פסול וכו' אלא שאף לדעתו ז"ל צריכין אנו לומר דדוק' לכתחיל' שיעידו כדי שיחתום אין מעידין משום דמחזי כנוגעים בעדותם דומיא דההיא דאמרי' לעיל מינה האי אשרתא דדייני דנכתב מקמי דנחוו סהדי וכולי פסולה דמחזי כשקרא אבל אם חתם כבר ודאי שמעידי' עליו להכשירו ולא מפסלא

כלל בהכי ולהכי דייק וקאמר אין מעידין עליו וחותם כ"ש שאנו אין לנו אלא דברי ר"ח והרי"ף והרמב"ם ז"ל שפיר' השמועה בענין אחר דמתיישב' כול' סוגי' דהתם אך מההיא דחזק' הבתים דתנו מנה לענייי עירי אין דנין וכו' אין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר דמסיק ההם אפי' בענייי דקיץ להו דכיון דרווח רווח ופיר' גדולי המורי' נוחי נפש שאע"פ שאין להם שום הנאת ממון בדבר מ"מ ניחא להו שעניים הסמוכי' עליהם יהיו מרויחים משמע דאפי' אין כאן דררא דממונא מקרו נוגעים בעדותם אלא שמדברי רשב"ם ז"ל שם לא משמע כן ובמקום אחר הארכתי בפי' שמועה זו שיש ממנה נפקותא לענין זה לשיטת רבים מהמפרשים ז"ל ובפ' אלו נדרים אמתניתין דקונם כהנים אלו ולויים אלו נהנין לי יטלו אחרים מסיק דטובת הנאה ממון ובתשובה א' כתבתי בהך מלתא דטובת הנאה ממון סוף דבר הענין ספק אצלי וכעת אין בידי להכריע ובר מן דין הכא בנ"ד כבוד תורת המורה במקומו מונח לא זו הדרך ולא זו העיר שאין אנו צריכין לראות כאן אם אלו השנים הם נוגעים בעדותם אם לאו שאם אתה בא לכוף את זה לקיים שבועתו ע"פ אלו שמעידים עליו שנשבע בפירוש אפי' לא יהיו נוגעים בעדות אין מקום לכופו כיון שהו' אומר שברי לו שלא הוציא שבועה מפיו ומה הוא חושש לאלו אם הוא יודע בודאי שאין עליו עונש שבועה וראיה מדתני' בכריתות פ' אמרו לו אמר לו אחד נטמא' והוא אומר לא נטמאתי פטו' יכול אפי' שנים מכחישים אותו אמר ר' מאיר אה הביאוהו שנים למיתה חמורה לא יביאוהו לקרבן הקל. (שבועה שבין אדם למקום והוא אומר דלא נשבע ועדים מכחישים אותו אין כופי' אותו דנאמן אדם על עצמו יותר ממאה עדים) אמר ר' יהודה נאמן אדם על עצמו יותר ממאה עדים ואמרי' התם אמר רב נחמן הלכ' כר' יהוד' משמע דאין מקום לכוף את האדם במה שבינו לבין קונו ע"פ אחרים ואפי' בפרהסי' נראה דבכה"ג אין אנו יכולין לכופו ואע"ג דאמרי' התם אמר רב יוסף לא אמרן אלא בינו לבין עצמו ולעצמו דוקא גבי טהרות הוא דאחמור כמו שפי' שם רש"י דילמא אתו לזלזולי בטהרות כ"ש אם הוא עשה בצנעה בתוך ביתו דודאי לא יחוש מאלו. ואם לפוסלן לעדות ולשבועה אתא בה אם היה העדות כדאי לפוסלן אפילו היו נוגעים בעדות זה יכולין הם להעיד עליו ולפוסלו (עדים שהיו נוגעים בעדות' ומה שאומרים ששמעון ישבע יכולין לפוסלו מעדות) דלענין פסולא אינם נוגעים בעדות אפי' אם היה הדבר מתחלה נוגע להם. והא דאמרי' בפ' זה בורר אתא עד אחד ואמר לדידי אוזפין בריבותא ופסלי' רבא ועוד שם בסמוך גרסי' וחד אמר מינאי דידי גנב קתא דבורייטא ופסלוה (אין לפסול לראובן דמה שמעידים שנשבע ולא קיים שבועתו דדילמא שוגג הוא) אע"ג שהדבר מתחילה היה נוגע אליהם כ"ש דאין מקום כלל לפוסלו בעדות זה שאפי' האמת

כדבריהם דילמא שוגג הוא ולביה אנסיה שהוא סבור שלא הוציא שבועה מפיו וכן משמע מדבעי' לן בריש שבועת הפקדון הזיד בשבועת הפקדון והתרו בו מהו וכתבו התוס' דבשבועת העדות ליכא למבעי שאי איפשר לעול' לידע אם הם מזידי' שיכולים לומר שכחנו והיינו דאמרי' בכריתות בפ' אמרו לו אמרו לו שנים יודע אתה בעדותו של פלוני והוא אומר לא ידעתי פסול דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן טו

שאלה וששאלתם עד אחד שמעיד שבפניו ובפני עד קבלה לאה קידושין מראובן ולאה מכחשת ואומרת להד"ם והע"א כבר מת אם נחוש לדברי העד הזה להצריכ' גט לכתחלה הואיל ולדבריו של זה מקודש' גמורה היא או נאמר דמ"מ מקרי מקד' בע"א שאין חוששין לקדושיו כמו שפסקו גדולי המפרשים ז"ל (לענין ע"א מעיד שלאה קבלה קדושין מראובן בפניו ובפני עד אחד שמת).

תשובה א"א הרב ז"ל כתב בתשובה וז"ל עד אחד המעיד שנתקדש' פלוני לפלוני בפניו ובפני אחר שמת הרי הוא כע"א שאין חוששין לקדושי' וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשו' על עד שהעיד שבפנינו נתקדש' כיון שהאחרים אומרי' שלא נתקדש' בפניהם אין חוששין לו דלא הוי אלא חד דאין חוששין לקדושיו ומה שאמר הע' הב' באותו מעמד האחר שבפניו ובפני חבירו נתקדש' אינו כלו' דכל שאו' שלא בפני ב"ד מקרי ואמר ויכו' לחזור ולהעי' שלא נתקד' בפניו אלא שיש לחוש שמא היום או למחר הוא בא ויאמר שנתקדש' בפניו ונמצאו בניה ממזרי' ע"כ הרי בשאל' זו שהיה ע"א ואמר על ע"א שבפניו ג"כ קדש' כל שע"ב לא העיד בפני ב"ד על כך אין בה שום חשש כלל ואם היה רואה בעל ת"ה תשובה זו לא היה כותב מה שכת' בתשו' רי"ב שצדד להחמי' בכיוצא בזה ע"כ דבריו וכן ראיתי שהרב מהר"י קארו ז"ל סי' מ"ב הביא דברי הרב בעל ת"ה ודחאן וכת' שכן נר' מדברי הרשב"א שבאות' תשוב' דלעיל שלא כדבריו ובעניותי נ"ל שחילו' של הרב בעל ת"ה נכון ואיפשר הוא לחלק בכך שע"כ לא אמרו המקד' בע"א שאין חוששין לקדושיו אלא כשעיקר הקדושי' נעשו בפני ע"א שאפי' שניהם מודי' אין חוששין להם אבל כל שמעי' שבפניו ובפני חבירי נתקד' כיון שלפי דבריו מקודש' גמור' היא חוששין לדבריו להצריכ' גט מספ' ותשובת הרשב"א אינה חולק' על זו דע"כ אותו העד לא אמר שאחרים שהיו שם ראו הקדושי' ובפניהם נעשה שא"כ כשאחרי' אומרי' שלא ראו כלום ולא נתקד' בפניה' הרי הם מכחישין אותו ולמה הוצר' הרב לומר דקי"ל המקדש בע"א שאין חוששין לקדושיו תיפוק ליה שהרי הוא מוכחש מאחרי' ואין

דבריו של א' במקום ב' כמו ע' או' נתקד' וב' או' לא נתקדש' ועוד שכתב בסוף דבריו על שאר מן הג"ע אמר שלא בפני ב"ד שנתקדש' בפניו ובפני חבירו שהוא העד שהעיד עדותו בב"ד שאין חוששי' לו כיון שלא העיד בב"ד ויכול לחזור ולומר איני יודע אלא שיש לחוש שמא למחר הוא בא ויאמר שנתקד' בפניו ונמצאו בני' ממזרי' ולמה חשש הרב ז"ל אפי' יבא למח' ויצטרף עם עד זה ויאמרו בפניה' נתקדש' הרי ב' האחרי' שהיו באותו מעמד אומרי' שלא נתקדש' ואוקי תרי לבהדי תרי ואוקי אתתא אחזקת' ואפי' למ"ד בפ"ד אחין דתרי ותרי ספיק' דרבנן זהו לכתחילה שנחמי' בה אלא שיהיו בניה ממזרי' למה הואיל ומן התור' יש להעמיד' על חזקת' אלא שיש עלינו לומר שזה העד לא העיד שהאחרי' שהיו שם גם הם ראו הקדושין והרגישו בדב' ואיפש' שלא נתנו לב לקדושין הילכ' כיון שהאחרי' אומרי' שלא ראו דבר נמצא שלא היה במעש' הקדושי' אלא ע"א וקי"ל דהמקד' בע"א דאין חוששי' לקדושיו ולעול' עד שאו' שנתקדש' בפני ב' אם אין כאן שום א' מכחישו חוששין לדבריו כדברי הרב בעל ת"ה ז"ל והכי מוכח מההיא דמייתי בפ"ב דכתובו' ב' אומרי' נתקדש' וב' אומרי' לא נתקדש' הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא ב' אומרי' נתגרש' וכו' ומוקי לה אביי בע"א עד או' נתקדש' ועד או' לא נתקדש' תרוויהו בפנוי' קמסהדי והקשו בתוס' אמאי לא תנשא לכתחיל' וה"ול לאוקומי אחזקת' ותרצו כגון שאנו יודעי' שזר' לה הקידושי' והנך ב' חד או' קרוב לו וחד או' קרוב לה וכיון דודאי זרק ליכא חזק' עכ"ד ואכתי הו"ל מקדש בע"א דאין חוששין לקדושיו אפי' לכתחילה אם לא שנאמר דודאי אם לא היו שם כי אם אותם הב' עדים אז מקרי מקדש בעד אחד אבל הכא דכיון דזרק לה הקדושין בפני כמה אדם כשמעיד הא' שהיה קרוב לה גם הוא או' שאחרים ראו כן שהיה קרוב לה ולדברי עד זה מקודשת גמורה היא לכך לא תנשא ועוד נראה מדברי התוס' ז"ל שם בפ' האומר גבי הא דאמרינן אשתו זנתה בע"א מהו אמר אביי היא היא וכתבו התוס' תימא והא אמרי' המקד' בע"א אין חוששין לקדושין דאין דבר שבערו' פחות מב' ותרצו דהתם כיון שלא קדשה בפני ב' עדי' המעו' מתנה משמע דוקא היכא שמעשה הקדושין הי' ביחיד דאימור המעו' מתנ' אבל אם היו שם ב"ע שאם היו כאן ב' בפני הית' מקודש' גמור' הו"ל ממש כמו ע"א שזנת' דא' אביי היא היא ומיהו קשה דמותבי' בגמ' אמאן דסבר המקד' בע"א אין חוששי' לקדוש' מדתני' ב' שבאו ממ"ה ואשה עמהם וכו' צריכ' ב' גיטין וכו' ואוקמינא לה בע"א דאי בב' עדים היכי מצי' אמרה אלו שני עבדי ומדמצריכי' לה גט אלמא חוששין וכו' ומאי קושיא אפי' אי מיירי בע"א הא דצריכ' גט משום שהעד מעיד שנתקדש' בפני ב' קדושין גמורין הילכך חיישי' לדבריו להצריכה ולעול' היכא שבמעש' הקידושין לא היה

שם אלא ע"א אפי' שניה' מודים אין חוששין אלמא מוכח להדיא דמאן דסבר מקדש בע"א אין חוששין לקדושין ה"ה נמי עדו' ע"א שנתקדש' בפני ב' דעיקר טעמא דאין דבר שבערו' פחות מב' ולא אסרי' לה אפומא דחד ונר' לומר שהתוס' תרצו לאביי דלא מפליג בין דבר ערו' לשאר איסורי' דע"כ לדידי' ס"ל דהא דע"א אין חוששין היינו שלא היה בקדושיו אלא ע"א ואימור המעות לשם מתנה אבל לרבא דאמר אין דבר שבערו' פחות מב' אין לחלק בין היה שם א' או ב' דלעולם לא אסרינן לה בעדותו של עד זה. (אם האשה מכחשת לעד שאומ' שנתקדש' לפ' לאו כלום הוא עדותו)

אלא שאנו בנדון שלפנינו אין אנו צריכין לזה דבלא כך כיון שהאש' מכחשת עד אחד לאו כלום הוא ואע"פ שמאותה ברייתא של חבילה שהביא הרב בעל ת"ה ז"ל אין לנו הכרע לפי שפי' רש"י ז"ל שם ע"א בהכחש' דאיכא ע"א דמכחיש ליה נרא' שהוא מחשיב האחד שאומר לזה נתקדשה מכחישין זה את זה וזהו פי' ע"א בהכחשה מ"מ פשוט הוא שם בפ' האומר ממתניתי' דמייתי אביי א"ל עד א' אכלת חלב והלה או' לא אכלתי נטמאת והלה או' לא נטמאתי פטור והיכא דהלה שותק דוקא הוא דדייק אביי דמהימן וכיון דגבי איסורין אמרי' הכי כ"ש גבי אשה דאין דבר שבערוה פחות משנים דהא רבא מקיל טפי גבי אשתו זנתה בעד אחד דאפילו לא מכחיש ליה לא מהימן דאין דבר שבערוה פחות מב' ותמיהא לי טובא למה לא פירש רש"י ז"ל כן בעד אחד בהכחשה דהיינו הכחשת בעל הדבר דהא לקמן נמי מייתי רבא ההיא מעשה דמגורה של דסקים ביבנה פריך בפשיטות האי בעל מום שפסולו ביחיד היכי דמי אי דקא מכחיש ליה מי מהימן אלא בשתיקה ועוד לפי מה שהוסיף ר"ת לומר דהא דאמ' אביי דנאמן היכא דהלה שותק היינו בדבר שיש לו לידע כגון דא"ל נטמאו טהרותיך בפניך אבל אם אין לו לידע אע"ג דשותק לא מהימן וכך היא סברת ר"י בתוס' אע"פ שקשה לי על זה מעובד' דההוא סמיא דמייתי בסמוך ומייתי אביי ראיה מינה דהיא היא והא התם שתיקתו אינה הוכחה כלל דלא הו"ל לידע שסומא היה ועוד שלא היה שם בבי' ועוד קשה מההיא דבן גרושה ובן חלוצה דמייתי לקמן דמוקי לה בעד אחד והא התם נמי אין לו לידע ושמא י"ל לשיטתם שאמרו לו העידו עדים כשרי' עליך בבית דינו של פלו' ונפסלת. (קושיא על מה שהוכיח מפ"ב דכתו' דע"א נאמן בהכחשת האשה) ומה שכת' בעל ת"ה דמפ"ב דכתובו' מוכח דעד א' נאמן בהכחשת האשה מדאמרי' התם תרגמה בעד א' עד או' נתקדשה ועד או' לא נתקדשה תרוויהו בפנויה קמסהדי והאי דקאמר נתקדש' הו"ל חד ואין דבריו של א' במקום ב' וטעמא דאיכא עד א' דאמר לא נתקדש' הא אם לא היה כאן אלא זה שאומ' נתקד' היינו חוששין לדבריו וע"כ איירי התם באשה מכחש' דאם היא מודה לדברי העד

אמאי לא תצא דהא שוייה נפשה חתיכה דאיסורא נרא' לי דלא קשיא כלל ולא מוכחא מידי דכיון שכתבו התוס' דהתם מיירי בעד אומר קרוב לו ועד אומר קרוב לה אפי' אם היה מודה לדברי העד שקרוב לה היו אין לחוש כלל בקידושין שהרי לא ראו שניהם מעשה הקידושין שזה אומר קרוב לה היה והו"ל מקדש בעד א' דאין חוששין לקידושיו אי נמי כגון דעד אחד אומר נתקדש' בפניו והא' אומר לא ראיתיה שנתקדשה דאפי' האשה מודה שנתקדש' בפניהם כיון שזה אומר לא ראיתיה שנתקדשה הו"ל מקד' בעד א' שהרי לדבריו לא ראו הקידושין אלא א' לבד וכן נראה מתשוב' מהר"ם ז"ל שבסוף ספר נשים על ענין כיוצא בזה עיין שם. (שקלא וטריא על מ"ש ר"ת דע"א שאמר נתנסך יינך ומכחישו דאין נאמן לב"ה דוקא אבל לאחרים נאמן)

וראיתי בטור יורה דעה סי' קכ"ז שהביא הב"י שמצא כתוב מה שכתב ר"ת ז"ל דעד א' שאמר נתנסך יינך ומכחישו או שאומר איני יודע דאינו נאמן נראה דהיינו דוקא לבעל הבית ולבני ביתו שמפסידו ממון אבל אאחרים לאו כל כמיניה לסמוך על הכחשה דב"ה דעד א' נאמן באיסורין ע"כ וקשה מדעביד בגמרא צריכו' בטהרות משום דסבר חזיא ליה בימי טומאתו ובשור הנסקל דסת' שוורים לאו למזבח קיימי ולכך אינו חושש להכחישו משמע דלגבי אחרי' קאמר שלא יטעו בשתיקתו דלגבי דידיה לא שייך לומר הא דשתיק וכו' ודוקא משום דשת' הא לא שתק לא היה נאמן אף לגבי אחרים ויש להעמיד דלגבי דידי' נמי קאמר בשחוז' בו אחר ששתק דיכול ליתן אמתלא' למה ששתק ומיהו הא דיהיב טעמא דע"א נאמן באסורין כבר כתבו בתוס' דהא דע"א נאמן היינו דוקא להתיר אבל לאסור הדבר לא מהימן ואפילו היינו אומרים דכמו שנאמן להתיר כך נאמן לאסור הא לא מהימן להתיר אלא היכא דלא אתחזק אסור' כדאמרי' בריש פ' האשה רבה דבעי תלמודא למימר דהא דהוחזקו להיות משיאין את האשה עד מפי עד וכו' סברא הוא מידי דהוה אחתיכ' ספק של חלב ספק של שומן ואתא ע"א ואמר של שומן היא וכו' ודחי מי דמי התם לא אתחזק אסורא אלמא עד א' לא מהימן היכא דאיתחזק איסורא א"כ ה"ה נמי דלא מהימן לאסור היכא דאתחזק התירא דאשה זו בחזקת היתר עומדת ומה שהקשה שם מדאמרי' בפרק האומר מקוה פסולו ביחיד אם אמר עד א' דחסר והא נמי לא קשיא מידי דבין לרבא בין לאביי ניחא לרבא הא מוקי לה בדשתיק ליה ולהכי מהימן כמו א"ל עד נטמאו טהרותיך ולאביי הא מתרץ לה שפיר דאפילו במכחישו נאמן כגון דאמר ליה שלח אחוי וכן גבי מקוה שאומר שהוא חסר הרי מקוה לפנינו ואנו יכולין למדדו נמצא לפי זה דאתתא דא שריא ולא מתסרא אפומא דהך סהדא דאין דבר שבערו' פחות משני' כ"ש שהיא מכחישתו. (ע"א שאומר נתקדש' בפניו ובפני ע"א והיא מכחישתו אם

האיש הכונס' מהימן עליה עד זה גבי תרי אסור עליו לכונסה ושומר נפשו ירחק) אבל מה שאני חוכך בה להחמיר הוא שאם האיש הכונסה מהימן עליה עד זה כבי תרי אסור עליו לכנסה דמאי שנא מההוא סמיא דא"ל שליח אשתו זנתה דאפי' לרבא לכל הפחות אי מהימן ליה כבי תרי חייב להוציא' וכן כתבו התוס' שם בפ' האומר וזה שאמרנו דבר שאינו בידו כי אינו שותק לא מהימן היינו גברא דלא מהימן כבי תרי וכו' ואע"פ שכתו' בהגהת מרדכי בשם ר"ת ז"ל דאפי' אי מהימן גבי' יכול להכחישו ולומר איני מאמינך לא שיאמר כן בלא טעם שאין רצונו להאמינו. (אי מהימן עליה כבי תרי בעלמא ובדבר הזה אי דקים לה בגוה או שאין לבו מאמין בכך יכול לכונסה) אלא שאע"פ שמאמינו כבי תרי בעלמא בדבר הזה אינו מאמין שזנתה אי משום דקים ליה בגוה או מטעם אחר שאין לבו מאמין בכך ואף בזה רבי' משולם וראבי"ה ז"ל חלקו על זה והסכימו לדברי התוס' ושוב מצאתי במציעא פ' האומנין שכתב ואו' הרב מקינון שאם הוא או' בלבו שהוא או' אמת אין מועיל מה שמכחישו ועל זה נאמר ויראת ע"כ ואין טעמו משום דנאמן לי' כבי תרי אלא שניכרים דברי אמת ואין לו להכחישו ושומר נפש ירחק מן הכיעו' ומן הדומה לו: הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן טז

(מי שיש לו ב' אצבעות מים ניגרים מחוץ לעי' לתוך חצירו ומכר האצבע האחד לחבירו אין שכינו יכול להוציא מדד"מ): שאלה וששאלתם ראובן יש לו כשני אצבעות מים ניגרים ויורדים מן המעיין מחוץ לעיר אל תוך חצירו ומכר אצבע ממנו לשמעון חבירו אם יכול לוי שכינו להוציאה משמעון וליתן דמים מדין בן המצר לפי שיש מי שהורה שיש בה דינא דבר מצרא ממה שכתבו המפרשי' שכל שיש לו חזקה יש בה דין בן המצר. תשובה יראה לע"ד שאין הוראה זו נכונה שאין מקום לדון כאן דין בן המצר כלל לפי שעיקר הטעם הוא משום ועשית הישר והטו' לפי שזה המוכר יכול ליקח במקום אחר אבל זה שהוא בן המצ' יש לו תועלת גדולה במה שלוקח קרקע זה סמוך לשדהו להרחיב את גבולו ולחורשו כאחת ולא שיקח בריחוק מקום וכה"ג אמרי' שטוב וישר הוא שיתן זה דמיו ויקננו ומ"ה אמרי' בגמרא אי מפסיק משונית' או ריכבא דדיקלא לית בה דינא דב"מ לפי שאין לו תועלת כ"כ שהרי אינו יכול לחורשו כאחת שהסלע מפסיק ולכן היה או' ר"ת ז"ל דאין דב"מ בבתי' לפי שהם חלוקים במחיצות וה"ל כמו מפסיק משונית' אלא שכבר נהגו העם כהרמב"ם וכמו שכתב הרשב"א ז"ל שמעשים בכל יום שדנים דד"מ בבתים והטעם שאף בבתים יש לו תועלת גדול לזה ליקח לו בית קרוב אל ביתו לפותחה לתוך ביתו או להיות לו לאוצר סמוך אצלו אבל הכא בנ"ד כל כך הנאה יש לזה כמו בן

המצר וכמו שזה יכול לקנות מאחרי' גם בן המצר יכול לקנו' מאחרי' ויבואו המים לתוך חצירו ואיה הטוב והישר שנוציא המים מזכותו של זה לתתם לזה ומאי חזית דדמא דהאיך סומק טפי וכו' ואין בזה בית מיחוש ועוד בר מן דן אין מקום להביא כאן כלל דין בן המצר שמעיין זה יורד ובא מן המקור מקום נביעתו מרחוק ואילו רצה היה מושך לו משם טרם שיגיע כאן ולא היה לו מקום לטעון כלל השתא נמי לא שנא. (החניו' שמלוין בהם אין בהם דדב"מ) וראיתי שהרב מהר"י קולון ז"ל בסוף שורש עשרים על החנויות שמלוין בהם דלית בהו דינא דב"מ דאין זה חשוב כקרקע אלא כמטלטלין בעלמא מאחר שאין המקום גורם זכות הלואת החנות אלא הרומנא דמלכא בעלמא שהאדון נותן רשות להלוות הכא נמי במים אין המקום גורם זכותם דמכפייהו מברכי ממקום נביעתן קודם שיבוא למצר של זה. (כל דבר שיש לו חזקה בגוף הדבר יש לו משום דב"מ לאפוקי המים שהוחזק שהיו עוברים דרך חצירו אבל בגופו אין לו חזקה)

גם מה שאמרו המפרשים דכל שיש לו חזקה יש לו דדב"מ זהו במה שיש חזקה לגופן אבל המים יש חזקה למקומן כגון שהוחזק שהיו עוברים מימיו דרך כאן אבל לגופן אין להם חזקה וזה ברור נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה

סימן יז

להחכם השלם כמהוהר"ר אליעזר אזכרי נרי.

(לשון הרמב"ם פ"ג דה' עדות): שאלה אדוני שאל זו שכתב הרמב"ם ז"ל פ"ג דה' עדות שעדות שבשטר מדברי סופרים אנו מקיימין אותו ודבר תורה אין מקבלין עדות אלא ע"פ העדים דמפיהם אמר רחמנא ולא מפי כתבם שיש תימה בזה דבכולי תלמודא מוכח דמדאורייתא מכשרי כדריש לקיש עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד מדאמרי' בריש גטין ולרבא דאמר לפי שאין עדים מצויין לקיימו לבעי תרי מידי דהוה אקיו' שטרות דעלמא ומשני בדין הוא דבקייו' שטרות נמי לא מיבעי' כריש לקיש וכו' הכא רבנן הוא דאצרוך ומשו' עיגונא אקילו בה רבנן הרי מדאורייי' אפי' בשטרות נמי לא בעי אלא רבנן הוא דאצרוך ועוד בפ"ב דכתובות גבי אלו נאמנין להעיד בגדלן וכו' פריך וקטן מי מהימן ומשני כיון דקיום שטרות דרבנן המני' רבנן בדרבנן. דעת תלמידך נוטה להסמיך דברי הרמב"ם ז"ל מהא דאמרינן ריש פר' אד"מ א' דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקיר' דיני ממונות מי בעינן דרישה ורמינהי שטר שזמנו כתוב בא' בסיון ובאו עדים ואמרו היאך אתם מעידים על שטר זה והלא ביום פלוני עמנו הייתם במקום פלוני השטר כשר חיישי' שמא אחרוהו וכתבוהו ואי ס"ד בעי' דרישה וחקירה היכי חיישי' שמא אחרוהו וכו' ומשני א"ר חנינא דבר תורה א' דיני ממונות ואחד דיני

נפשות בדריש' וחקירה ומה טעם אמרו דיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין מהא משמע דמה שעדים החתומים על השטר אנו מקבלין אותם אינו מן התורה דא"כ מאי פריך מההי' דשטר וכו' נימא לעולם דדיני ממונות נמי בדרישה וחקירה והכא בשטר מיירי דכמו שנחקרה עדותם בב"ד ולעולם דבעדות שבע"פ לבעי דרישה וחקירה כסתם מתני' דא' דיני ממונות וכו' אלא דמוקי רבי חנינא להההיא דשטר בדרבנן דמשני ומה טעם אמרו דיני ממונות לא בעי' כדי שלא תנעול דלת משמע דאפי' בשטר מטעם תקנתא דרבנן הוא ועוד יש ראיה לדברי הרב מההי' דאמרי' בפ"ד אחין גבי זמן דקדושין נינחיה גבי עדים זמנין דחזו בכתבא ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ואע"פ שיש למפרשי' ז"ל דרך אחרת שם מ"מ פשטא דשמעתא כוותיה רהטא ומסתייע' נמי הך סברא מברייתא דמייתי בירוש' שהביאו הרא"ש והר"ן בר"פ מי שאחזו חומר בעדי' מבשטר אמרו עדים מת איש פלוני משיאין את אשתו מצאו כתוב בשטר מת איש פלו' אין משיאין את אשתו שנא' מפיהם ולא מפי כתבם ואע"פ דלא קי"ל הכי אלא כאידך דמייתי התם דמשום עגונא אקילו מ"מ משמע דבשאר מילי אין מקבלין עדות שבשטר.

וההוא דריש גטין ודפ"ב דכתובו' דמשמע דמדאוריית' עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בב"ד דמי ההי' מילתא אחריתי דלענין לחוש למזוייף ודאי לא חיישי' שנעמיד הגט או השטר על חזקתו ונעמיד את האדם או את השליח בחזקת כשר שלא זייפו דהא חזקה דאורייתא היא כדאמרי' בריש חולין ואחזוקי ריעותא לא מחזיקי' מדאורייתא ורבנן הוא דאצרוך הלכך גבי שליח וקטן המנינהו רבנן בדרבנן וכהא נר' מלשון הרמב"ם ז"ל בס"פ ז' מה' גירושין על אשה עצמה שהביא' גיטה בידה שאינה צריכ' לומר שום דבר שאינה מקלקלת על עצמה שהעדים החתומי' על הגט כמי שנחקר' עדותם בב"ד הן לפיכך נעמיד הגט על חזקתו ותנש' באם נחוש לדברים אלו וכיוצ' בהם היה לנו לחוש לגט שיתן הבעל בפני' שמא בטל או שמא החתי' עדי' פסולי' או שמא נכת' שלא לשמה אלא נעמידנו על חזקתו וכו' ע"כ ונראה דבריו מבוארי' דמדאוריית' לא מחזקי' ריעותא בגיטה דהא ודאי לא שייך התם טעמא דשלא תנעול דלת לומר מדרבנ' ולמפיה' ולא מפי כתבם לא חיישי' אע"ג דליכא טעמא דנעיל' דלת משום דאין העדי' חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם וכר' אלעזר דאמר עידי מסירה כרתי הילכך לא חיישי' ולזיוף לא חיישי' דלא מחזקי' ביה ריעותא כמו שכת' הרב ז"ל ולר"מ וכתב דקרא היינו וחתם ועיקרו של שטר הם החתימו' ובשטר האשה מתגר' דכת' ספר כריתות ואין

שייך זה לענין עדו' שכ' מפיהם ולא מפי כתב' וכמו שכת' התוס' דאף לר"מ בעינן שיהיו שם עדים להחזיק' מגורש' דאין דבר שבערוה פחות משנים.

סימן יח

(לענין רמונין שמקצתן לקטן ישראל ומקצתן לגוי אי צריך להפריש תרומ' ותרומ' מעשר מן הכל) שאלה ועל אותם הרימונ' שמקצת' לקטן הישראל ומקצתם לקטן הגוי דסביר' ליה למר שיפריש תרומה ותרומ' מעש' על הכל ומעשר שני לפי חשבו' וכמו שכתב הרמב"ם פ"ב מן ההלכו' והיא משנה פ"ג דחלה זיתי מסק שנתערבו עם זיתי ניקוף ענבי בציר עם ענבי עוללות אם יש לו פרנסה ממקום אחר וכו' ואם לאו מוציא תרומ' ותרומת מעשר על הכל ומעשר שני לפי חשבון.

תשובה מטיבותי' דמר אמינא דלא צריך למעבד כה"ג ומשנה זו כבר תרגמא ר"ש הזקן ז"ל ביין ושמן מתוך שהוקש' לו הא דמסי' שמואל בפ"ק דר"ה לכל אין בילה חוץ מיין וכמו דאין לאוקומי מתני' כר"ש שזורי דאמר יש בילה דסתמית היא ואתיא דלא כרבנן ואתי נמי דשמואל דלא כהילכת' לכך פירשה שמן של זיתי מסיק שנתערבו עם זיתי ניקוף יין של ענבי בציר וכו' וכן הוא מפורש בירושלמי לפי שהביאו שם דר"י וריש לקיש פליגי בטבל בטל ברוב או אינו בטל והא תנן הת' מפורש שהטבל במינו אוסר בכל שהו להכי צ"ל דל"פ ר"י לקיש אלא בדרבנן והא דאוריית' היא דהיינו תירוש ויצהר אבל זיתים וענבים לפי הירושלמי לא הוי מדאוריית' ויש מקום עיון בזה אין כאן מקומו ואי קשיא ממתני' דפ"ד דתרומ' המפריש מקצת תרומה ומעשרו' מוציא ממנו תרומה עליו אבל לא למקום אחר ופי' רבינו שמשון והראב"ד ז"ל הואיל והוציא מקצת תרומ' נשאר חציו מתוקן והו"ל טבל וחולי' מעורבין זה בזה הילכך אינו מפריש ממנו על מקום אחר שדומה כמי שתורם ומעשר מן הפטור על החיוב ואעפ"כ תורם ומעשר ממנו עליו משמע דאתיא כמ"ד יש בילה י"ל דהתם אע"ג דחלה שם תרומה על מה שהוצי' לדעת הר"אבד ז"ל מ"מ אינו מועיל להוציאו מידי טבל עד שיפריש כשיעור וכשחוזר ומוציא גמר הפרש' הויא והו"ל כאילו הפריש הכל בבת אחת ואתי שפיר כמאן דאמר בירושלמי בהפריש ובדעתו להפריש ואפי' מאן דאמר התם דבסתם מיירי על הסתם דעתו להפריש כשיעור אבל במפרש שלא להפריש עוד ודאי הו"ל טבל וחולין מעורבין ולמ"ד אין בילה אין לו תקנה אבל כשהוא מפריש על מקו' אחר הרי זה כמי שמפריש מן המחויב במקצת על המחויב לגמרי אלא שלשון הירושלמי אינו מכוון לזה יפה מה בין מוציא ממנו עליו למוציא ממנו על מקום אחר בשעה שמוציא ממנו עליו כל הטבל עלה בידו ובשעה שמוציא ממנו על מקום אחר מזה ומזה עלה בידו והרמב"ם ז"ל פירשה לענין התרומה

עצמה שכיון שהוא מקצת לא חל עליה שם תרומה ואין זה אלא כמי שחלק את הערימה הילכך צריך שיוציא מזה החלק תרומ' ומעשר וזהו פי' ממנו עליו כלו' על התרומה וקשה לדבריו ז"ל דהא תנן באותו פרק עצמו עלה בידו מששים וכו' תרומה ויחזור ויתרום אלמא אע"ג שתרם מקצת תרומה חל עליה שם תרומה ולא הוי טבל וצריך לומר לפירושו דהכ' בתרומ' מעשר דוקא מיירי שיש לה שיעו' מן התור' מעשר מן המעש' ואם פיח' מן השיעו' אין עליה דין תרומה כלל אבל בתרומ' גדול' כיון דמדאורייי' חטה אחת פוטרת את הכרי תרומה ויחזור ויתרום נמצא לפי זה דההיא דזיתי מסיק שנתערבו עם זיתי ניקוף וכו' ביין ושמן היא דיש בהם בילה אלא שהרמב"ם ז"ל סתם דבריו ולא פיר' שנראית דעתו לפרש המשנ' כפשט' בזיתים וענבים ונר' לי דהא דלא חש להא דשמואל בפ"ק דר"ה משום דאמר בהקומץ רבה אמר ר' שמואל בר נחמני א"ר יוחנן הלכה כר"ש שזורי ואתי שפיר דסתם מתני' דחלה כוותיה אזלא ור' יוחנן לטעמיה דא"ר יוחנן הלכה כסתם משנה וידוע הוא דהלכה כר' יוחנן לגבי שמואל כ"ש דר' חנינא רביה קאי כוותיה דאמרי' בפר' הקומץ רבה א' עולא אמר ר' חנינא כל מקום ששנה ר"ש שזורי הלכה כמותו ומיהו אע"פכ מתני' דחלה אינה ענין לנדון שלפנינו דהא תנן פר' ה' דדמאי הלוקח מן העני וכן העני שנתנו לו פרוסות פת או פלחי דבילה מעשר מכל א' וא' ובתמרים ובגרוגרו' בולל ואוכל ונוטל וע"כ לומר לפי שיטת הרמב"ם שיש חילוק בין דבר הדק שדרכו לימדד וכיון שמוציא במדה הרי הוא בלול ומעשר מן החייב שבו על החייב שבו וכר"ש שזורי דאמר יש בילה אבל פרוסות פת או פלחי דבילה שמוציא פרוסה אחת או פלח דבילה אחת למעשר ודאי אסור דשמא זה פטור היה והו"ל מעשר מן הפטור על החיוב וכן הדין בנדון שלפנינו באותם הרימונים שצריך להוציא אחת או שתים לתרומ' שמא אותם הם הפטורים והכי מייתי בירושלמי דר' יוחנן סבר עד כזתים נבללין משמע שאנו מחלקין בין דבר דק לדבר הגשש אף אנו נאמר שיש חילוק בין תאני' לרמוני' ופרוסו' פת וכו' והכי מוכח בירושלמי פ"ה דדמאי אהא דתנן אע"פ שאמרו אין אדם רשאי למכור טבל אלא לצורך א"ר ינאי ובלבד לחבר מעתה ע"ה שנתערב לו טבל בחולין אין לו תקנה כיצד עושה הולך אצל חבר וכו' ואי ס"ד בההיא דזיתי מסיק דיש בילה הרי יש לו תקנה כיון שאין לו פרנס' ממקום אחר שיעשה ממנו עליו אלמא אין בילה ורבינו שמשון ז"ל פירש בתמרים ובגרוגרו' בולל ונוטל דורסן ובוללן יפה כדי שיהיו מעורבין ואזל לשיטתיה שאם התמרי' כמות שהן אין בהם בילה וכדשמואל דאמר לכל אין בילה חוץ מיין ושמן ונראין דבריו ז"ל מדתני' המרבה במעשרות פירותיו מתוקני' ומעשרותיו מקולקלי' והיינו טעמא לפי שאותו התוספ' לא חל עליו שם מעשר והרי הוא טבל וחולין

מעורבין זה בזה ואי אמר' שיש תיקון ממנו עליו מן החיוב שבו על החיו' שבו הא לא הוי מקולק' שהרי יכול הוא לתקן וכן הממעיט דאמרי' פירותיו מקולקלין הרי יש להם תיקון שיחזור ויתרום והו"ל למימר כי ההיא דתנן תרומה ויחזור ויתרום אלא משמע שאין עוד תיקון דאין בילה ונמצא מעשר מן הפטור על החיוב ואין לדחוק ולומר דהא דאמרי' מעשרותיו מקולקלין היינו כל זמן שאינו חוזר ומעשר' וכן פירותיו מקולקלין מדפרכי' בפ' כל המנחות באות מצה על הא דתני' תורמין תאנים על הגרוגר' במנין אי ס"ד כמות שהן משתערין הו"ל מרבה במעשרות ותני' מרבה במעשרות וכו' ואי מ"מ יש להם תיקון מאי פריך הו"ל מרבה במעשרו' דילמא ברייתא לא אתא לאשמועי' אלא חידושא דתורמין מזה על זה דלא תימא שהם שני מינים ונקט במנין אורחא דמילתא שדרך לתקן פירותיו תחילה לאוכלם ואח"כ יתקן המעשרות מיני' ובי' ליתנם לכה' לפי שהוא דבר מועט אלא משמ' דמרב' במעשרו' אין לו תיקון ממנו עליו כלל וע"כ להפרי' ממקום אחר וכיון שכן למאי הלכתא תני במנין כיון דסוף המעש' מקולקל וצריך להפריש המקום אחר אפי' אי יכבוש במדה יעש' תיקון זה שיפרוש עליו ממקו' אחר ומיהו יש לדחות דדייק מדנקט תאנים על הגרוגרות במנין גרוגרות על התאנים במדה משמע דמנין ומדה אתא לאשמועי' דאי לאשמועי' דמין במינו הוא מסיפא שמעינן להו דתורמי' מזה על זה ובגיטין פ' השולח משמע להדיא מדברי רש"י והתוס' דס"ל הכי שאין תיקון לטבל מעורב אלא ממקום אחר גבי הא דמייתי התם בבריית' דישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות טבל וחולין מעורבין זה בזה דברי רבי דס"ל אין ברירה ופי' רש"י אין לך כל חטה וחטה שאין חציה טבל וחציה חולין וצריך להפרי' ממנו עליו נמצא מעשר מן החייב שבו על החייב שבו נראה דמשמע ליה לרש"י שאם לא כן שבכל חטה יש בה חלק חיוב ופטור הו"ל מעשר מן הפטור על החיוב והתוס' ז"ל הוכיחו שאין הדבר כן שיש בכל חטה חלק מבורר מהא דהאחין שחלקו לקוחות הן וכו' לכך כתבו שאין תקנה לטבל זה שאין ידוע כמה הגיע לו מחלק הגוי ונמצא מעשר מן הפטור וכו' אלמא סבירא להו כמ"ד אין בילה ולענין נ"ד כבר כתבתי לעיל דלכ"ע אין זה מעשר כדפרישית הנרא' לע"ד כתבתי נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן יט

שאלה ראובן בעת הצר לו נדר כלשון הזה אהא נזיר כשמשון בר מנוח בעל דלילה שעקר דלתות עזה ובכל דיקדוקי נ"ש אם אכנס עוד לפרוש בים לעולם אח"כ נתגלגלו הדברים שהוכרח ללכת מעבר לים ושאל את פי קצת חכמים ע"ד הנזירות וקצתם אמרו לו שיש מורים היתר באותו נזירות שהוא אם אעשה כך וכך ועוד כי ראובן זה היה מסופ'

בדעתו שנר' לו שבתחילת השנה עשה ביטול לכל הנדרים שידיר ונוסף על זה כי אוהביו ומיודעיו ביודעם ענין הנזירות וכי היה מוכרח ללכת אנסוהו ע"י גוים בחזקה והכניסוהו לספינ' ולא הניחוהו לצא' משם עד שהפליגו בים ואע"פ שאיפשר שראובן זה היה ספק בידו שלא לבא לכלל כך מתחיל' כי כבר הכיר בהם שכוונתם לאנסו על כך והיה יכול למחות מתחילה האמנם שעת כניסתו בספינה והפלגתו בים היתה באונס גמור בלי שום ספק ומ"מ ראובן זה בסומכו על הטעמי' האמורי' למעלה בהצטרף מה שאמרו לו אותם בני תורה וענין הביטול שהיה מסופק שעשה והאונס שאנסוהו הקל בנזירות לפי דעתם שנר' לו שאין כאן חומר נז"ש ועל סמך זה נכנס ועכשיו נותן אל לבו ודואג שמא חלה עליו הנזירו' הנז' אם הטעמים הנז' אין בהם ממש יורינו רבינו מה יהיה משפט ראובן זה ומה דינו. (מי שנדר בנ"ש אם אעשה כך וכך אם יש לו התרה)

תשובה ענייני נדרים חמורים הם אלא שאנו יוצאים בעקבות הראשונים נוחי נפש לדון וללמוד מדבריה' וראיתי תשובה אחת לרב כמהר"ר אברהם ירושלמי ז"ל בענין נ"ש שהקל בה כפי עניינ' וכתב וכ"ש גבי נ"ש שהיא מדרבנן כדמוכח בירושלמי ע"כ וכמדומה שכיון אל מה שהביאו בירוש' פ"ק דנזיר הריני נזיר לאחר ל' יום נזיר שמשון נזיר מכבר אר' חנינא מסתברא שתדחה נזירות תורה לנ"ש מה טעמא וכן יעש' על תורת נזרו את שנזירותו תורה יצאת נ"ש שאינה תורה ע"כ והרבה יש לתמוה כבוד הרב ז"ל במקומו מונח היאך היו נוחין אצלו דברי הירושלמי לפי מה שהבין הוא ז"ל בהם ומשנ' שלימה שנינו מה בין נזיר שמשון לנזיר עולם ואי נ"ש דרבנן מה שייך לומר מה בין ועוד דבגמ' אמרי' מתני' דלא כר' שמעון דאמר לא אמר כלום דבעינן שידיר בדבר הנדור ושמשון לא יצאת נזירות מפיו ואימא אפי' כר"ש ואע"ג דמדאורייתא לא חיילא מתני' מדרבנן אלא דמוקי תלמודא מתני' כר"י דלא בעינן שידור בדבר הנדור א"כ מדאורייתא חיילא שפיר ובירושלמי עצמו שם מוקי מתני' כר"י דלא כר"ש כתלמודא דידן ועוד אי נ"ש דרבנן ודאי דלא חיילא איין מצוה דמפקי' מקרא דמיין ושכר יזיר לאסור יין מצוה כיין הרשות וכן אם אמר שבועה שאשתה ונזר דאילו בנזירות תורה חיילא. (יוכיח דנ"ש לא הוי מדרבנן הפך דברי מהר"א ירושל' ז"ל) והכא בנ"ש אי מדרבנן ודאי דלא חיילא אשבוע' דאורייתא וכי תימא הכי נמי א"כ ליתני נמי במתני' דמה בין נ"ש לנזיר עולם שנזיר עולם חל על יין מצוה ועל שבוע' מה שאין כן בנ"ש ועוד דבפ"ב דנדרי' מייתי הא דתנן הריני נזיר אם יש בכרי זה ק' כור ונגנב דר' יהודה מתיר ור"ש אוסר ורמינן דר"י דנזיר אדר"י דסתם נדרי' להחמיר ומשני' גבי נזירות מתוך שספיקו חמור מודאי לא מעייל אינש נפשיה לספיקא ופרכינן והתני' בההיא ברייתא דכרי נ"ש ונ"ש לא חמיר

ספיקו מודאי וסלקא בקשיא ואי נ"ש דרבנן אתי שפיר טפי דאע"ג דסתם נדרי' להחמיר נ"ש דרבנן לקולא ואדרבה לר"ש שאוסר קשה הא ספיקא דרבנן הוא ועוד דבפ"ב דנזיר בעי תלמודא בההיא דירושלמי הריני נזיר לאחר כ' יום נ"ש ומעכשיו נזיר סתם מהו הכא כיון דלא איפש' לאתשולי עליה חיילא או לא ואי נ"ש עיקרא דרבנן אמאי לא חיילא שניה עליה כיון דמדאוריית' אין כאן נזירות ומה לי אי לא איפשר לאתשולי עליה כיון שהכל הוא מדרבנן ורבנן הוא דאמור דלא איפשר לאתשולי עליה והיכי אתי דרבנן ועקר לדאוריית' וכי הא דאמרי' בנדה פ' יוצא דופן על הא דתני' יתומה שנדר' בעלה מפר לה ואי ס"ד מופל' סמוך לאיש דאורייתא אתו נשואי' דרבנן ומבטלי נדר' דאוריית' וכן לענין תרומה פרכי' התם אתי גבר' דרבנן ומתקן טבלא דאורייתא וכן לענין דמוע אתי דמוע דרבנן ומפקע חלה דאורייתא ועוד מוכח בהדיא משמעת' דמכות פ' הלוקין אמתני' דיש חורש תלם אחד וחייב עליה ח' חטאו' וחד מנייהו נזיר ומוקי לה בגמרא בנ"ש אלמא נ"ש דאוריית' וחייב עליה והדבר מעצמו קשה דהיכי אשכח' מידי דמדאורייתא לא הוי נדר כלל ואתו רבנ' ואמרי דחייל שהרי כמה נדרי' שאינ' בלשון המועיל ולא חשו להו רבנן כלל ואי בנזירו' בעינן דבר הנדו' אמאי חייל הא גבי נדרי' לא חייל כלל דתנן פ' אלו מותרין כע"ז כעורות לבובין מותר ולא החמירו אלא בע"ה לגבי אשתו שאמר הרי את עלי כאימא לפתוח לו פתח ממקום אחר שלא יקל ראשו בנדרים כ"ש שיאמרו שלא יהא יכול לישאל על נדרו זה לא ראינו מעולם שחכמים עושים משמרת' וסייג לדברי תורה לא שיה' חמור משל תורה ויותר קשה הוא להלום דברי הירושלמי עצמו דבעי לאיתוי שנ"ש אינה תורה מדכתי' וכן יעש' על תור' נזרו את שנזירותו תור' יצאת נ"ש שאינה תורה והכא היא גופא אתינ' למילף נימא שנ"ש נמי תורה ולא ממעיט מעל תורת ודברי' רחוקים מן השכל ומן הסבר' הם לפרש ירושלמי בשיטה זו אין דעתינו להאריך בהם. (יישב לשון קשה דירושלמ') והנר' לע"ד דהך דירושלמי מתפרש' בהך דתני' בספרי או אמר הריני נזיר ע"מ שאהיה שותה יין ומיטמ' למתי' קורא אני עליו כפי נדרו אשר ידור ת"ל וכן יעש' על תור' נזרו פי' דכיון דכתב בה רחמנא תורה משמע שיהא בה כל התור' שכתו' בה ואם אמר הריני נזיר מן החרצני' וכו' הרי זה נזיר וכל דקדוקי נזירו' עליו אפי' אמר ע"מ שאהיה מיטמא למתי' והיינו דא"ר חנינא מסתברא שתדחה נזירות תורה פי' שנ' בה תורה שכל הדרכים האלו בה שאין נזירות מן היין ולא מן טומאה אלא תורה היא שכל דקדוקי נזירו' עליו ומסתבר' שתדח' לנ"ש שאינה תורה שהרי הוא מטמא למתי' ואין כל תורת נזירות עליו מה טעמא אנזירות סתם קאי כלומר היכא אשכחן דקפיד רחמנ' אתור' שכל הדרכי' האלו בה דכתיב על תורת נזרו שנזירותו תורה אחת יצאת נ"ש

כלו' דין הוא שתדחה את נ"ש שאינ' תורה שהרי הוא מטמא למתים והא דלא קאמר בהדיא מסתבר' שתדחה לנ"ש שכן היא בטומא' היינו משום דאי מחמת קולא הוא דאתינ' עלה אף אנו נאמר שתדח' נ"ש לנזירות סתם שכן נזיר סתם מקיל בתער ואיתיה בשאלה אמטול ה"ק מסתברא שתדחה נזירו' סתם דקרייה רחמנ' תורה מה שנוהגת ביין ובגידול שער ותגלח' וטומא' לנ"ש שאין בה תורת נזירו' בטומאה ובתגלחת זו המתיישב אצלו בפי' הירוש' ולעולם נ"ש דברי תורה היא דקי"ל כר"י וכסתם מתניתי' דלא בעינן דבר הנידור דמלהזיר לה' מרבינן אפי' דבר הנידור ואע"ג דגבי נדרי' נמי כתיב לה' ולא חיילי אלא על דבר הנידו' כדתנן פ' אלו מותרי' משום דאיכ' לאוקמי' לרבות חטאת ואש' כדאמר בפ"ק דנזיר זהו מה שנ"ל בזה ואחר כמה שנים ראיתי ביד חכם א' תשובה לרב מהר"ר שמואל חכם הלוי ז"ל שנחלק על הרב מהר"ר אברהם ירושלמי ז"ל בדבר זה וברוב ראיותיו כוונתי לדעתו ז"ל אמנם שבפי' דברי הירושלמי הפלי'ג לדרך אחרת ואני כתבתי הנלע"ד.

ועל מה שבא בשאלה שקצת חכמי לב אמרו לי שיש מורים התר לנ"ש הנעש' כעין זה שהוא אם אעשה כך וכך כן הדברי' שנמצ' תשובת להחכם השלם כמהר"ר יחיאל אשכנזי ז"ל על איש שנדר בנ"ש אם יכנס לב"ה פלוני וכתב שהותר לו ע"פ הרב המובהק מהר"ר יוסף טייצאק ז"ל וקצת חכמי'. (לשון המרדכי שכתב שני אדם הנודרים כך וכך לצדק' אם יצחקו אם עוברי' פטורי') ועיקר ראיית' מהגהה' מרדכי בסוף מציע' זה נוסח' ואותם בני אדם שנודרים כך וכך לצדקה אם יצחקו ועוברים על נדרם פטורים מליתן וכו' מטעם אסמכתא עד והכי מוכח בסמוך ההיא דר' יהודה משום ר' טרפון דאמר אין א' מהם נזיר שלא נתנה נזירות אלא להפלאה ומטעם אסמכת' כדכתבו התוס' פ' זה בורר וכתוב עוד שם וההיא דהלני המלכה שאמרה אם יבא בני וכו' התם לזכות בנה הית' נוזרת וכו'. וכתב החכם ז"ל דאע"ג דר"ט יחידאה הוא (יוכיח דנ"ש בלשון אסמכת' הוי נ"ש מכמה הלכות גדולות) ע"כ ל"פ ב"ה עליה כי התם שנתכוון לנזירות ונתקיימו דבריו אבל בלשון אסמכת' גמורה כ"ע מודו שאין כאן נזירות ע"כ ולדידי הך שמעתתא מרפסא איגרי שהרי מתני' דטהרו' דספק נזירות להקל דמוקמי' לה בפ"ב דנדרים באמר הריני נזיר אם יש בכרי זה ק' כור בלשון אסמכת' גמורה היא ומפרש תלמודא טעמא התם דמשום דספיקו חמור מודא' לא מעייל נפשיה לספיקא הא לאו הכי כגון שנמדד ולא מצא כדבריו הוי נזיר ועוד אי באסמכתא גמורה כ"ע מודו דלא הוי נזיר אמאי מוקי תלמוד' התם ברייתא דכרי כר' יהודה משום ר' טרפון ונוקמה אפי' כבית הלל ולא קשיא דר' יהודה אדר' יהודה דהכא גבי כרי משום הכי ר"י מתיר מטעם אסמכתא משמע

דליכא מאן דאית ליה הך סברא אלא ר"י משום ר"ט ואף אותה דר"י משום ר"ט הרמב"ם ז"ל בלשון אסמכתא גמורה שונה אותה כמו שמוכיח מלשונו בפ"ב מההלכות שמי שאמר זה ראובן אמר הריני נזיר אם יהיה שמעון ואע"פכ פסק כבית הלל שמי שלא נתקיימו דבריו הרי הוא נזיר ואע"ג דמתני' לא משמע כן דא"כ מאי טעמא דבית שמאי דאמרי כולם נזירי' הא אפי' נזירות בטעות אין כאן שהרי לא נתכוונו לנזירות אלא שלא חשש הרב ז"ל אלא לפסק ההלכה דלב"ה אפי' בלשון אסמכתא גמורה הוי נזיר מי שלא נתקיימו דבריו ועוד שנינו פ"ב דנזיר אמר אמרה פרה זו הריני נזירה אם עומדת אני ומפרש בגמ' דה"ק ואני אומר הריני נזיר אם לא תעמו' וע"כ ל"פ ב"ש וב"ה אלא אם כוונתו היתה שהוא יעמידנ' או שתעמוד מאליה אי נמי בנזיר מבשרה אי הוי נזיר או לא אבל בעיקר הנזירות אע"פ שבלשון אסכמת' הוא כ"ע מודו דחל שפיר ובפ' עשרה יוחסין הריני נזיר אם לא אגלה משפחות יהא נזיר ואל יגלה משפחות וכמה ענייני נדרים יש שהם כענין זה וחיילי שפיר מתניתין דפ' אלו נדרים אם ארחץ אם לא ארחץ אם אתקשט וכו' ומפרש רש"י דאמרה הנאת רחיצה קונם לעולם עלי אם ארחץ היום וכן לענין קישוט וכן נדרי אונסין שהתירו חכמים מטעם אונס ע"י תליה הוא שהדירו חבירו אם לא יאכל אצלו מתני' דפ"ד נדרים הרי נטיעו' הללו עלי קרבן אם אינן נקצצו' ומפ' בגמ' סד"א דמסיק אדעתי' דלא מתשלן וכו' ומתני' דפ' השולח בגיטין מעשה בצידן בא' שאמר לאשתו קונם אם איני מגרשיך ומפרש בגמ' קונם פירות עלי אם לא אגרשיך וכן קונם שאיני נהנה לאבא ולאביך אם עושה אני על פיך פ' קונם ובריית דמעשה בא' שהדיר את אשתו מלעלות לרגל דמייתי פ"ד נדרים ואי אסמכת' לא מהניא בנזירו' ה"ה בנדרי' דאין טעם לחלק ואי תימא דב"ה נמי דרשי כי יפליא במידי דהוי אסמכתא גמורה בנדרים נמי כתיב כי יפליא גבי ערכין ומינה דרשינן בפ"ק דחגיגה דהתר נדרי' יש להם על מה שיסמוכו דכתי' כי יפליא תרי זמני בערכין ובנזיר אחת הפלאה לאיסור ואחת הפלאה להתר משמע דנדרים ונזירות אחת היא ואמרי' הת' לכולהו איכא פירכא וכי יפליא דילמא למדרבי יהודה משום ר"ט וכו' משמע דכי היכי דדרשינן כי יפליא דגבי נזיר ה"נ דרשינן גבי ערכין וכן משמע בריש פ' ד' דנדרים דמייתי הא דר"ט דלא נתנה נזירות אלא להפלא' אמתניתין דד' נדרי' משמע דמאן דבעי הפלאה בנזירות בעי בנדרים אם כן כל הנהו מתניתין הוו תיובתיה ומצאתי להרשב"א ז"ל בתשובות המיוחסות להרמב"ן סימן קפ"ג דהקדש בלשון אסמכתא קנה והביא ראיה מההיא דאמר אמרה פרה זו הריני נזירה וכו' וכמה תשובו' יש למפרשי' ז"ל ראשונים ואחרוני' שהם כעין זה ולא היה א' מהם פוצ' פה ומצפצף בדבר זה ודברי אות' הגה"ה כך הם שרצה לומר

שהנודר כך וכך לצדק' אם יצחק דהוי אסמכת' אע"ג דלענין הקדש באמיר' בעלמ' מחייב דאמירתו לגבו' כמסירתו להדיוט וסברא היה לומר דבכי האי לא שייך אסמכתא דבמידי דבעי קנין אמרינן דילמא לא גמר ומקנה אבל זו שבדיבורו מתחייב אפשר דלא שייך ביה אסמכתא להכי מייתי מדרבי טרפון דחשיב אסמכתא בנזירות אע"ג דבאמירה בעלמא מחייב וע"כ לא פב"ה עליה דר"ט אלא דסברי דמדין ידות חיילא עליה בין בנזירות בין בנדרים ולא דרשינן כי יפליא אלא לענין היתר נדרים כדאמרינן בפ"ק דחגיגה דאי ב"ה פליג' עליה דר"ט אף באסמכתא דסברי דאין זו אסמכתא משום דבאמירה בעלמא חיילא א"כ לא הוה ליה למינק' ר"ט טעמיה משום כי יפליא דב"ה נמי אפשר דקים להו כי יפליא אלא משום שאינה אסמכתא לא ממעיט מכי יפליא כדכתבו התוספו' פרק זה בורר והו"ל למתני ר"ט סבר האי אסמכתא היא וב"ה סברי לאו אסמכתא אלא ודאי ב"ה לא פליגי עליה דר"ט לענין אסמכתא אלא דלא קים להו הפלאה בשעת הנדר ונדרא חייל עליה מדין ידות כדפי' זו היא שיטת ההגהה וראייתה אע"פ שאינה מכרעת והקשה שם לר"ט דס"ל דנדר דאסמכתא לא חייל לא כך היה מעשה בהלני המלכה שאמרה אם יבא בני מן המלחמה אהא נזירה שבע שנים והיתה נזירה וע"כ לא נחלקו זקני שמאי והלל אלא בעלייתה לארץ אם תנזר ל' יום או כבתחל' מ"מ הכל מודים דחלה נזירות עלה ולהכי לא פריך מכמה מתניתין שהם כאסמכתא שהבאתי לעיל וכן מתניתין דהריני נזיר לכשיהיה לי בן משום דהנך איכא למימר שנשנו אליבא דהלכתא ודלא כר"ט אבל מהך מעשה דהלני פריך שפיר דמעשה רב דודאי לא פליג ר"ט על רבותיו וכדאשכחן בפרק בתרא דעירובין בנגר שיש בראשו גלוסטרא דמייתי ממעשה דב"ה שבטבריא שבא ר"ג והזקנים ואסרו וכולי ובפרק שני דסוכה במי שהיה ראשו ורובו בסוכה ושולחנו בתוך הבית שנחלקו ב"ש וב"ה ואמרו להו ב"ה לב"ש לא כך היה מעשה ברבי יוחנן החורני וכו' והכי איתא בכמ' דוכתי פרכינן ממעשה שהי' בזמן הראשונים ועוד דר"ט אחר בת קול היה דביבנה יצאת בת קול וההיא דריש ברכות דא"ר טרפון והטתי לקרות כדברי ב"ש סבר אעבי' לחומרא אף על פי כן אמרו כדאי היית לחוב בעצמך אלא ע"כ הכא ה"ק לא נחלקו ב"ש וב"ה בדבר זה ולהכי פסק ממעשה דהילני והשתא בשלמא אם היינו אומרים דטעמא דר"ט לאו משום אסמכתא הוא אלא מדרשה דכי יפליא שבשעת חיילות הנדר יצא מבורר וכדמשמע לכאורה מס"פ ב"ש אתי שפיר דהתם לא קבלה נזירות אלא לכשיבא בנה ובאותה שע' מבואר הוא הנדר אבל הכא שאמר הריני נזיר שזה פלוני מעכשיו חל עליו ואין כאן הפלאה דאכתי לא ידעינן אם הוא פלוני ומכיון דהשתא לא מני למיחל לא חייל כלל דהפלאה בשעת חיילות הנדר בעינן אבל השתא דאוקימתא

להא דר"ט מטעם אסמכתא א"כ קשיא ליה ההיא דהלני ומתרץ לה בעל ההגהה שפיר אבל לעולם אף לסברת בעל ההגהה בין בנזירות בין בנדרים אפי' מידי דאסמכתא מהניא מדין ידות כדפיר' ב"ש לדעת מהר"ם ושאר רבוות' ז"ל דסברי דלענין הקדש דבאמירה בעלמא מחייב ליכא אסמכתא כ"ש לענין נדרים שהם באמירה ואין בהם חיוב ממון שלא הוזכרה אסמכתא אלא בדיני ממונות כמו שכתבו בשם הרמב"ן ז"ל ואגב שיטפיה לא כיון יפה הרב ה"ר יחיאל ז"ל שכתב שאף מהר"ם לא אמר אלא בנודר ע"י בקשה דגמר ומקני רק שיבואו בקשותיו כי הא דאם יהיה אלהים עמדי וכולי ואם נתון תתן וכו' שעל אותה ההגהה הובאה סברת מהר"ם החולק עליו ובתשובה אחרת למהר"ם הביאה המרדכי בפרק דו"ה וכתב דרך כלל שאמירה לגבוה כמסירה המועלת בהדיוט היא. (מי שתקע לחבריה ואמר חבירו לכשיבא לידי אתננו לצדקה מחוייב ליתן) וכן הביא ראיה מדברי ר"ש משנץ ז"ל גבי ההוא גברא דתקע לחבריה וכולי שכתב שאם היה אומר לכשיבא לידי אתננו לצדקה היה מחוייב ליתן אע"ג דהוי אסמכתא והרי זה לא נדר לשום בקשה וכן הרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל י"ג על קנס של הקדש שאם לא יעשה כן יתן כך וכך לצדקה שמחוייב ליתן ואין בה אסמכת' וכתב שכן פסק רבינו ברוך ז"ל וכן כתב המרדכי בשם גאון והרמב"ם ז"ל כמו שהביא מהר"ר איסרלן ז"ל בכתביו על דין אסמכת' גמור' כתב שכן נראה מתשובת הר' יעקב כהן צדק ז"ל וכל הני רבוותא לאו קטלי קני באגמא אינון כ"ש שהרא"ש ז"ל כסק הלכה למעשה כדבריהם ולפי דבריהם הדברים ק"ו בענין נדרים שאין כאן חיוב ממון ועוד דמדין ידות חיילי שפיר כמו שכתבנו וכבר עמד על תשובה זו של מהר"ר יחיאל ז"ל א"א הרב ז"ל ודחאה בשתי ידים ואין ספק שסמיכה למעשה על דברים אלו היתה כשגגה היוצאת מלפני השליט.

(מי שנדר בנזיר אם אעשה כך ואמר' לו שמותר לעשות ועשה על פיהם אם טעו המתירים לא חל עליו הנזירות כלל): ומח שנראה להורות הרב בנזירות זה הוא שתקנתו קלקלתו שכיון שטעה בדעתו וסמך על אותם הטעמים הנז' ונכנס שאילו היה יודע שבכניסתו זאת היה נאסר ביין ובתגלחת לא היה בא לכלל כך כלל לא חלה הנזירות עליו וכאותה ששנינו פ' ד' נדרים נדרי שגגות כיצד קונם אם אכלתי וכו' שאני אוכל ושאני שותה ושכח ואכל ושתה שכיון שבשעה שיש לו לנדר לחול לא היה יודע שבאכיל' זו יאסר בקונם הרי אלו נדרי שגגות והיינו דאמרי' פ' שבועות שתים אמר רבא שבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו ואכל את הראשונה בשוגג ושניה במזיד פטור ויש שם פירושים חלוקים ודברי רש"י ז"ל סתומים הרבה נדחקו התוס' להולמן ובארתי דעתי בדברי רש"י ז"ל שם בחידושי. (יוכיח דכל היכא שהנדר ע"י תליה לא אמרי' דלא חייל אלא בשעת

קיום התנאי) ומיהו אין לנו לומ' שטעמן ז"ל טעמא פסיקא הוא דכל היכא שהודר ע"י תליה לא חייל אלא בשעת קיום התנאי או ביטול ותדע דהא דהאד' בשבוע' שהביאו הם ז"ל דוגמא לדבר לא מכרע' דהתם לא מיירי אלא בשעת הביטוי וכההוא דתלמידי דרב דמייתי עלה בגמרא מר משתבע הכי אמר רב וכו' דאיכא למימר לביה אנסיה אבל כל שנדר ברצון ותלה בדבר דלא פירש אם באונס אם ברצון או הגע עצמך שפי' ואמר אפי' אם יהיה באונס מי איכא למימר האדם בשבועה פרט לאנוס תדע דהא אנדרי שגנות דתנן קונם שאני אוכל ושאני שותה ושכח ואכל ושתה קתני התירו חכמים והא נדרא מעיקרא לא חיילא משום האדם בשבועה מאי התירו ועוד דבגמ' אפליגו אי צריכין התרה לחכם הני ד' נדרי' או לא ואי פרט לאנוס שייך בכה"ג נדרי שגגות דבעו התרה היכי משכחת להו ועוד נדרי אונסין דקתני הדירו חבירו שיאכל אצלו שא"ל קונם שאיני נהנה לך אם אי אתה אוכל אצלי למה לי חלה תיפוק לי דבלאו הכי הוי נדרי אונסין דאימת חל נדרה עליה לכשלא יבא והרי הנודר הוא אנוס בזה שאינו יכול לכופו שיבא אצלו ונימא האדם בשבועה וכו' ועוד דקתני קונם שאיני נהנה לך אם אי אתה נוטל לבניך כור של חטים ושתי חביות של יין הרי זה יכול להתיר נדרו שלא על פי חכם וכו' שיכול לומר לו כלום נדרת אלא לכבודי וכו' ודייקי' בגמ' טעמא דאמר זהו כבודי הא לאו הכי נדר הוא ואמאי חייל נדר כיון שדעתו של נותן ליתנם ואינו יכול לכופו שיקח אם כן בשעת חיילות הו"ל האדם בשבועה והכא נמי קתני התם קונם שאתה נהנה לי אם אי אתה נותן לבני כור של חטין וכו' שהוא תולה בדעתן של אחרים וכן בפ' שני דנזיר גבי מתני' דאמר אמרה פרה זו הריני נזירה אם עומדת אני ומוקי לה תלמודא מעיקרא כגון דאמר שהיתה פרה רבוצה לפניו ואמר כסבורה פרה זו אינה עומדת הריני נזיר מבשרה אם עמדה מאיליה וע"כ לא פליגי ב"ש וב"ה אלא בנזיר מבשרה אי הוי נזי' דומיא דנזי' מן הגרוגרות כו' אע"פ שחיילו' הנדר דהיינו עמידה אין בידו לכשתמצי לומר לדברי כולם באכילה זו הראשונ' תחול עליו הנדר ואם אכל' בשוגג שלא ידע שבאכיל' זו תאסר עליו השנייי' פטור ומות' וזו הי' שיטת רש"י ור"ת ור"ח ור"י ז"ל אך קשה לי דבפ' בתרא דנדרי' אמרינן ההוא גברא דאסר הנייתה דעלמא עליה אי נסיב אתתא כי לא תני הלכת' רהיט בגפא ותובליא ולא מצי למתני אתא רב אחא בר רב הונא שבשיה ואנסיב אתתא פי' הטעהו שינשא ולא יהא נאסר לאחר מכאן כדי שינש' ויחול עליו הנדר להתירו דאין חכם מתיר הנדר אלא אם חל כן פירש הראש והר"ן ז"ל והשתא למה היה צריך עוד התרה הרי בשעה שהיה לו לנדר לחול שוגג היה שלא היה סבור שיאס' בכך וי"ל דהתם שבשיה שלא יהא אסור לעולם בהנא' הבריות אלא ביום אחד סגי כיון דלא פירש כמה והיא נתפת' מדבריו ולפי האמת

סתמה לעולם קאמר אלא הטעהו בכך אי נמי דאמר לי' שלא יחוש לישא אשה שימצא אח"כ פתח לנדרו ולפי שהוא לא היה רוצה לישא על סמך זם שמא אח"כ לא יתירוהו לקחו בדברי' עד שנתפייס וכן פי' הרא"ש שבשי' לקחו בדברי' והטעהו כלו' העבירו על דעתו בדברי רצוי ואהא קא' מאן חכים למעבד כה"ג שידע לרצותו עד שנתרצה. (קושיא על לשון הרמב"ם בה' שבועות): אך הרמב"ם ז"ל נראה ששיטה אחרת יש לו בשמועה זו וגריס איפכא ראשונה בשוגג ושניה במזיד חייב ראשונה במזיד ושניה בשוגג פטור דזו היא גרסת רבינו חננאל ז"ל אלא שחלוקין בפירושה שהרמב"ם ז"ל מפרש ראשונה אכילת תנאי כפי' רש"י ז"ל וס"ל דלעולם אאכילת איסור קפדינן שאם אכל האיסור בשוגג הואיל ולא ידע פטור מקרבן דלא מחייב קרבן על העלם שבועה אלא על העלם חפץ כמו שביאר הוא ז"ל בפ"ד דהלכות שבועות ואם אכלו במזיד חל עליו הנדר משעת ביטוי שאמר אם אוכל והרי אכל זו היא שיטתו ז"ל ומיהו קשה לדבריו ז"ל דאמרי' עלה בגמ' אמר רב מרי אף אנן נמי תנינא נדרי שגגות כיצד קונם שאני אוכל וכו' ותני עלה כשם שנדרי שגגות מותרין כך שבועות שגגות מותרין והלא אדרבא מתניתין קשיא לרבא דלרבא אפי' שכח באכילת תנאי לא הותרה אכילת אסור. (יישוב על לשון הרמב"ם ז"ל) ונראה שהרמב"ם ז"ל מפרש מתני' דנדרים קונם שאני אוכל ושאני שותה בלא תליה אלא שאמר מה שאני אוכל היום יאסר עלי בקונם ושכח ואכל וכן לענין שבועות שנשבע שלא יאכל ושכח ואכל הרי אלו שבועות שגגות וקרבן לא מייתי דלא מחייב אלא בהעלם חפץ כדפי' והיינו דמייתי סייעתא לרבא דאמר ראשונה במזיד ושניה בשוגג פטור דלא מחייב על העלם שבועה לאפוקי מדרבי אלעזר דאמר לעיל דא ודא אחת היא זה נראה שיטת הרמב"ם וראיתי שרש"י ז"ל כתב שלא יתכן לפר' קונם עלי אכילה זו דא"כ מאי ד' נדרים התירו חכמים דקתני הרי כבר עבר על נדרו שוגג ואי מיהא לא איריא דהא קתני נמי אם אכלתי ואם שתיתי ושכח ותני נמי עלה כך שבועות שגגות מותרים וכן נדרי הבאי דקתני אם לא ראיתי כו' הרי כבר עבר על נדרו ויצא לשקר וקתני התירו מותרי' אלא שהרב ז"ל מפרש התירו כלו' פטור עליהם כלו' מקרבן כמו שכתב פרק שלישי וכן שבועו' הבאי ושבועות שגגות פטור עליהם וכבר השיג עליו הראב"ד ז"ל בזה ולפי זה חיילות השבועה אינו תלוי בתנאי אלא משעת ביטוי חלה לה אם כן בנדון דידן אפי' שגג או נאנס בכניסה כעין מה שבא בשאלה חל עליו הנזירות שפיר: ומצינו למדין דלסברת כולהו רבוותא והסכמת האחרונים נוחי נפש הרא"ש והר"ן ז"ל נדר זה מותר הוא אם לא שנחוש לשיטתו של הרמב"ם ז"ל. (תשובת אבא שכתב דכל נדר הנתר' ע"י פתח אין צריך התרה מדאור' אלא מדרבנן)

והוו יודעים שאבא מארי ז"ל היה אומר שכל נדר הותר על ידי פתח דאדעתא דהכי לא נדר אין צריך שום היתר מדאוריית' דהו' לנדר טעות והוכיח כן מלשון המפרשים ז"ל פרק ד' נדרים שחרטה גרידתא אף על פי שהוא חרטה דמעיקרא מכל מקום הנדר מעיקרא חל שפיר כיון שבאות' שעה היה דעתו לידור וכיון שהו' מתחרט עכשיו אמרה תורה שיתירו לו אבל על ידי פתח כגון שאמר שאפי' באותה שעה אילו היה נותן אל לבו זה לא היה נודר אם כן הנדר בטעות הוא אלא שמכל מקום צריך התרה מדרבנן לפי שאין הטעות ברור וגלוי לכל ולהכי גבי ד' נדריה לא הצריכו חכמים התר' כלל לפי שהם דברי' ידועי' לכל שאין בהם ממש זהו דרכו ז"ל. (קושיא על דברי הרב אביו) וקשיא לי דלפי דבריו ז"ל מאן דסבר בגמ' אין פותחין בחרטה והיינו אפי' בחרטה דמעיקרא דהא אפי' מאן דסבר פותחין דוקא בחרט' דמעיקרא כדפי' הר"ן והרא"ש ז"ל אם כן לדידיה היתר נדרים דהוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו במאי נוקמה אי בחרטה אפילו דמעיקרא אמרת דאין פותחין ואי על ידי פתח הא לא בעי התרה כלל דמשוי ליה לנדרי כעין נדרי טעות וצריך לומר דהא דאמרינן קסבר אין פותחין בחרט' אף לפי' הר"ן והרא"ש היינו לומר שאין חכם רשאי לפתוח לו ולומר נתחרט' מעיקר' דחיישי' שמא מתוך דבריו ילמד לשקר ויאמרו נתחרטתי והוא לא נתחרט אלא שאם הוא מעצמו אמר כן שומעין לו ומתירין נדרו מדרשא דאחרי' מוחלי' לו וכזה פי' רש"י ז"ל אלא שהוא פי' אף לענין פתח ואין כן שיטת הרא"ש והר"ן ז"ל. (ועוד קשה שניה על תשובת דלעיל) אך קשה לי עוד דבריש פרק רבי אליעזר גבי הא דתנן עד שפותחין לו בכבו' אביו ואמו יפתחו לו בכבוד המקו' אם כן אין נדרים מתמה תלמודא מאי אין נדרי' ומפ' אביי אם כן אין נדרי' נותרין יפה ורבא אמר א"כ אין נדרים נשאלין לחכם ואי היכא דאיכא פתח אין צריך התרה כלל שפיר קתני אין נדרים דהא עקורין הן ע"י הפתח ואין צריכין התרה ועוד קשה מהא דתנן בהמדיר וכן בקידושין המקדש את האשה ע"מ שאין עליה נדרים ונמצאו עליה נדרים אינה מקודשת ומשמע דשריא לאנסובי לעלמא ואמאי לא חיישי' דילמא משכחי פתח לנדרה דמן התורה אין עליה נדרים והרי היא מקודשת דבר תורה דלא אתי נדר דרבנן ומפקעא קידושין דאוריית' ושמא דאדעתא דנדרים דרבנן קאמ' ומ"מ אצרכונהו התרת חכם וזילא ביה מילתא. (סעד לדברי הרב אביו דלעיל)

והייתי מביא סעד לדבריו ז"ל מדאמרי' בפ"ק דנזיר אמר שמעון הצדיק מימי לא אכלתי אשם נזיר טמא חוץ מאדם אחד שבא אלי מן הדרו' וכו' ופי' התוס' הטעם שנזיר שנטמ' מתוך שהימים נופלים היה דואג שמא הוא מתחרט על נדרו ומביא חולין לעזרה וכעין זה איתה בירושלמי שם סבר שמעון בני אדם מתוך הקפדן הם נודרים ומכיון שהם נודרים

מתוך הקפדן סופו לתהו' ומכיון שהוא תוהא עושה קרבנותיו כשוחט חולין בעזרה ואי מ"מ התרה בעי מדאורייתא היאך הוא מביא חולין לעזרה כל שעדיין לא הותר נדדו ע"פ חכם ומיהו בפ"ק דנדרים מייתי לה ופירש הרא"ש והר"ן ז"ל דל"ד שכל זמן שלא התירו חכם נזירותו קיימת. (יוכיח דלא כל הפתחי' שוין פתח דעכשיו צריך התרה מדאורייי' אבל פתח דמעיקר' א"צ אלא מדרב' דנמצא מוטעה בנדרו ויבאר היכי הוי פתח דעכשיו ופתח דמעיקרא)

ומ"מ אכתוב מה שעניות דעתי מתישב' בו שאני אומר לא כל הפתחי' שוין שיש פתח של עכשיו ויש פתח דמעיקר' פתח של עכשיו כי היכי דפתח ליה רחמנא למשה כי מתו כל האנשים וכו' שירדו מנכסיהם ואע"פ שפתח הוא דאדעתא דהכי לא נדר מ"מ זה הפתח לא היה לו בשעת הנדר שעדיין לא הענו ולא נמצא מוטעה בנדרו לפי שלא היה לו לחוש שמא יענו וכיון שכן חל הנדר שפיר וצריך התרת חכם מדרשא דהו' אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו וכן כל כיוצא בזה ופתח דמעיקרא הוא כעין ההיא דתנן פר' רבי אליעזר קונם שאינו נושא את פלונית כעורה והרי נאה וכו' לא מפני שהיא כעורה ונעשית נאה אלא שהנדר בטעות ומוכח התם שאע"פ שנדר סתם הנדר טעות ואין צריך התר מדתנן ומעש' בא' שנדר הנייה מבת אחותו והכניסו' לבית ר' ישמעאל ויפוה א"ל בני מזו נדרת א"ל לאו והתירה ר' ישמעאל ומדלא קאמר והתירו משמע שבלא התרה התירה לבעלה ומדר' ישמעאל נשמע לרבנן וכן הא דתנן נדרי שגגות כיצד ראה אותם אוכלי' תאנים ואמר הרי עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו עמהם דבשאומ' אילו הייתי יודע שאבא או אחי עמם הייתי אומר חוץ מאלו נמצא הנדר טעות אצלם לפי שהיה לו לידע אלא ששגג וכן הדין נותן בפתח שיש לפותחו מעיקרו הנדר טעות הוא כגון מי שנזר והרי הוא קובר מתים שאלו היה נותן אל לבו שא"א לו להנזר הואיל והוא קובר מתים לא היה נודר וכן פותחין בימים טובים וכתובת אשתו וכיוצא בהם הואיל והוא אומר שאילו היה נותן אל לבו כך לא היה נודר נדר טעות הוא שזה ודאי לאו מתוך יישוב הדעת נדר וכיון שכן הכא בנ"ד אם אמ' אילו הייתי יודע שיגמר זווג זה מעבר לים לא הייתי נודר או הייתי אומר חוץ מזה בין בסות' דבריו בין במעמיד פתח גדול הוא דמילתא דשכיחא היא אלא דצריך התרת חכם מדאורייתא אבל אם אמר שבשעה שנדר אילו היה נותן אל לבו שהוא בחור וצריך לישה אשא ואין ידוע אם ילך אצל זיווגו או זווגו יבא אצלו לא היה מכני' עצמו לספק ולא היה נודר נדר טעות הוא שלא מתוך ישוב הדעת נדר ואין צריך התרה מדאורייתא כלל וכל זה הוא לרווחא דמילתא לפי חומרן של נדרים. (נ"ש שיש בו ספק ספיק' היא מותר) אבל לפי האמת בלא כך נזירות זה מותר הוא

שאפילו נאמר דההיא דשבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו הויא פלוגתא דרבוותא הא איכא ספיקא אחריתי שהרי הוא מסופק אם עשה ביטול לנדרו מתחילה לדעת גדולי המפרשים והסכמת האחרונים לא היה הנדר חל וכיון שכן הו"ל ספק ספיקא דאזלין לקולא אפי' בשל תורה כדמוכח בפ"ב דכתובות והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כ

שאלה להחכם השלם כמה"ר סולימאן ע"ד הנזירות ומה שכתב הוא כתוב במקום אחר. (נ"ש לא הוי מטעם נדר)

מה שתופס כ"תר לעיקר שטעם נ"ש אינה אלא מטעם נדר לא נתחוור אצלי כלל חדא דאי משום שאינה בטומא' כדין נזירות אמרינן אינו אלא נדר אם כן גם באומר הריני נזיר מן החרצנים או מן הזגים ע"מ שאגלח ע"מ שאטמא למתי' יהיה אסור בהם מטעם נדר ולא מטעם נזירות וכי היכי דאמרינן התם כל דקדוקי נזירות עליו אע"פ שפירש ואמר ע"מ אף כאן נאמר כל דקדוקי נזירות עליו אע"פ שאמר כשמשון ומה טעם לחלק ועוד דכל שהוא אומר בלשון נזירות ע"כ אי אתה יכול לומר שהוא נדר אפי' אם לא היתה כוונתו לכך כאותה ששנינו מזגו לו את הכוס ואמר הריני נזיר ממנו הרי זה נזיר גמור אע"פ שא' ממנו ואע"פ שאמר לא היה בלבי לינזר אלא לאסור על עצמו כוס זה ועוד דתנן הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבלה בית הלל אומרים אינו נזיר ומדלא אמרינן יהא אסור בהם מטעם נדר כדמסיק התם דסברי כר"ש דתנן ר"ש פוטר שלא התנדב כדרך המתנדבים ודוקא בשכור תנן לא נתכוין אלא לקרבן ובגמ' אמרי' עלה וכי תימא לימא הכי פי' אם איתא שנתכוון לנדר למה הזכיר נזירות היה לו לומר בפירוש הרי עלי קרבן ומשני סבר מייתי ליה אחרינא ומצערין לי שאם היה אומר קרבן היו מצערין בו בכוס אחר לכך אמר מילתא דפסיקא להו הא למדנו שהאומר לשון נזירות אינו נדר דאמרינן דאם איתא שכוונתו היתה לנדר למה הזכיר נזירות. (מי שנתכוון לנדר ואמר לשון נזירו' לאו כלום הוא) והלא דברים ק"ו אם כשנתכוון לנדר ואמר לשון נזירות לאו כלום הוא אם לא בדבר מבורר כי התם כשכוונתו לעולם היא לנזירו' ואמ' לשון נזירו' היאך נאמר שהו' נדר וגדול' מזו שאפי' נתכוון לנד' גמו' כל שאמ' בלשון נזירו' לא אמר כלום כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ב דה' נדרי' הית' כוונתו כסבור לנדור בקרבן ונדר בנזיר בנזי' ונדר בקרבן אינו כלום דבעי' שיהיו פיו ולבו שוין ואל תשיבני והרי משנתינו ומעשה באחת שהיתה שכורה ומזגו לה את הכוס ואמרה הריני נזירה ממנו ואמרו חכמים לא נתכוונה זו לומר אלא הרי עלי בקרבן. (אם אמר על דבר הריני נזיר ממנו הוי כאילו אמר הריני מופרש

ממנו שלשון נדר הוא) התם כיון דאמרה הריני נזירה ממנו לשון נדר הוא כאלו אמר' הרי מופרש ממנו שלשון נדר הוא זה כעין הא דתנן פ"ק דנדרים מופרשני ממך מרוחקני ממך שאיני אוכל לך ושאיני טועם לך אבל האומר נזיר סתם הוא נזירות שהוזכרה בתורה ולא נדר ואפי' נתכוון לנדור הרי הפה סותר מה שבלב ואנן פיו ולבו שוין בעינן ק"ו הדברים כשלבו לנזירות ופיו לנזירות שלא נאמר שיתקיים מטעם נדר ואני שואל מאת כ"תר איסור תגלח' היכי שייך בנדר בשלמ' שאסר יין עליו ניחא אבל איסור תגלח' דבר שאין בו ממש הוא וכי תימא הנא' תגלחת אסר עליו אטו אם תלש שערה אחת שאין בה הנאה אינו לוקה ועוד אם מטעם נדר נאסר לא יהא בהם התר מצטרף לאיסור כדאמרינן גבי נזירות בפ' שלשה מינין בכל התורה כולה אין התר מצטרף לאיסור חוץ מאיסורי נזיר שהרי אמרה תורה משרת ואם איתא לא היה תלמודא שתיק מינה ולא הפוסקים היו סותמין נ"ש כשאר נזירות דעלמא ועוד בהאי דתני מה בין נזיר עולם לנ"ש לתני שנזיר עולם התר מצטרף לאיסו' שהרי אמרה תורה משרת כי היכי דקתני הכביד שערו מקל בתער שאינו מפורש בתורה אלא מדברי קבלה דויהי מקץ ימים לימים דאבשלום. (אין נדרי' חלי' אלא כשמתפי' בדב' הנדור)

ובר מן דין ומן דין אעיקרא דדינא פרכא דאי מטעם נדר אין נדרים חלין אלא כשמתפיס בדבר הנדור כדתנן ריש פ"ב דנדרים כבשר חזיר כע"ז כעורות לבובין מותר וכו' ודרשינן לה התם מדכתיב איש כי ידור נדר לה' עד שידור בדבר הנדור וגם נזיר אע"ג דכתיב להזיר לה' דרשינן ליה להא דשמעון הצדיק בפ"ק דנזיר: ואעבור על דקדוקיו אע"פ שבעיקר הדבר אנו מוסכמין מ"מ פטפוטיא דאורייתא טבין על מה שכתב על מה שהוכחתי מדמוקי בגמ' מתני' דלא כר"ש דר"ש לא אמר כלום קאמר משמע אפי' דרבנן מב' צדדין הוכחתי משם מדמוקי לה דלא כר"ש שהיה יכול להעמידה כוותיה דמ"מ מדרבנן חייל והא דאמר לא אמר כלום מן התורה קאמר כדמפרש טעמא שלא מצינו בשמשון שיצתה נזירות מפיו ועוד מדמוקי לה כר"י דע"כ ר"י סבר נ"ש דאורייתא דהא לא בעי דבר הנדו' כדמפרש בגמ': ומה שהוכחתי מדלא קתני דמתני' דמה בין נז"ש לנז"ע שנז"ע חל איין מצוה כיין הרשות דחה כת"ר לומר דלא קתני אלא מילי דמפרשי בנזיר והא קתני מיקל בתער דלא מפרש כלל אלא מדברי קבלה ילפי' כדפי' לעיל ועוד שהתוס' הקשו אמאי לא קתני דנ"ש לית' בשאלה ותרצו דלא חשיב אלא הפרש שיש בין נזירו' לנזירות בששניהם מקויימין ולפי זה ה"ל למתני נמי הא והראיה שהביא ממכות העבודה אותה ראינו תחילה אלא שלפי דברי רש"י אשר שם ראינו שאין להוכיח דדלמא במי שקבל נזירותו ע"י מלאך או ע"י נביא שיהא אסו' מן התורה שהעובר על דברי נביא

חייב מיתה דכתי' האיש אשר לא ישמע אל דברי הנביא אנכי אדרו' מעמו אבל לא במי שתלה והתפיס בשמשון דאע"ג דמ"מ נזיר הוא כדמוכח במכילתין דנזיר מ"מ מדרבנן הוא ולא מן התורה ומה שפי' דרשה דוכן יעשה על תורת נזרו לא ידעתי למה שנה ממדרש חכמים שדרשוהו בסיפרי לענין מה שאומר הריני נזיר ע"מ שאהי' שותה יין ומטמא למתים ואע"ג דבגמ' מפקי' לה מדכתב מיין ושכר יזיר בכמה מקומות מצינו כיוצא בזה דבספרי מפיק לה מקרא אחרינא ומה שפי' בה מעכ"ת לענין קרבן לא נהירא דמה קרבן שייך בנ"ש שהי' לעולם ואינו מקל בתער. ומה שאמר שקבל עליו לזמן קצוב (אין קצבה לנ"ש ואפי' אמר לזמן קצוב הוא נזיר עולם) הא ליתא שאין לנ"ש קצבה ואפי' אמר לזמן קצוב הוה נזיר לעולם כמי שאמר הריני נ"ש מן החרצנים שהוא נזיר וכל דקדוקי נזירות עליו אלא דמר לשיטתיה אזיל דס"ל שמטעם נדר הוא נאסר אם הוא יקבל עליו לזמן קצוב וזה לא ראינו מי שהעלה על דעתו כן מעולם והיסוד שבנה עליו מעכ"ת הוא מה שהוקשה לו דכי היכי דאמרי' האומ' הריני נזיר ע"מ שאהיה מטמא למתי' הרי הוא נזיר וכל דקדוקי נזירו' עליו גם בשאומ' כשמשו' שהיה מטמא נאמר כל דקדוקי נזירות עליו ואינה אצלי קושי' שב' מיני נזירות הם האחת מפורשת בתורה שהיא אסור ביין ותגלחת וטומאה ויש נזירות אחר מפורש מדברי קבלה והיא נ"ש שאע"פ שהיא בטומאה נקרא נזיר דכתיב כי נזיר אלהים יהי' הנער מן הבטן ויש חלוקים ביניהם כמו ששנינו במשנה ויכול האדם להתפיס בה כדדרשי' מלה' שהוא מתפיס בנזירות אף בדבר שאינו נדור ומעתה מי שרוצה להזיר אינו יכול להזיר אלא באחת משתיהן או בדין נזירות של תורה או בדין נ"ש אבל נזיר נזירות סתם שהוא של תורה אפי' אמר מן החרצנים כל דקדוקי נזירות תורה עליו נזר בנ"ש אפי' אמר נ"ש מן החרצני' או מן התגלחת לבד הרי נ"ש וכל דקדוקי נ"ש עליו. ואין לתמוה הואיל ומ"ה משמע שאין נזירות אלא בכולן (ישוב למה נ"ש שהוא מטמא למתים קרינא ליה נזיר כיון דמן התורה משמע דאין נזירות אלא בכולן) היאך נלמוד מדברי קבלה שיקרא נזירות אע"פ שהוא מטמא למתים שהרי בכמה מקומות מצינו כיוצא בזה ואמרי' בפ' הערל דבר זה מתורת משה רבינו לא למדנו עד שבא יחזקאל ולמדנו כל בן נכר ערל לב וערל בשר לא יבא אל משכני לשרתני ומהת' נפקא לן דערל פוסל בעבודה ובפרק השולח אמרינן אהא דתנן והעדים חותמין על הגט מפני תקון העולם דאורייתא הוא דכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדים וכהנה רבות בתלמוד ימצאם המחטט אחריהם וגדולה מזו דעבדינן היקש בדברי קבלה דבסוף אלו הן הנשרפין גמרינן פרועי ראש במיתה מדכתיב ופרע לא ישלחו ויין לא ישתו כל כהן איתקוש פרועי ראש לשתויי יין מה שתוי יין במית'

אף פרועי ראש במית' והכא במכילתין נמי גמרי' דמקל בתער מימים לימים דאבשלום אע"ג דק"ק דגמר גזרה שוה מימים תהיה גאולתו דדברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן בגזרה שוה ושמא דעיקר מילתא דמקל בתער בלא גזרה שוה ילפינן לה אלא דלכמה זמן הוא דגמרינן מבתי ערי חומה פי' דימים וגילוי מילתא בעלמא הוא דבכה"ג אשכחן בפ' ראשית הגז אתיא גזה גזה דומגז כבשי יתחמם ואינה ג"ש אלא גילוי מילתא בעלמא הוא ואגלה אזן מע"כת דההיא דהריני נזיר ע"מ שאהיה שותה יין ומטמא למתים הוא קשה להלום למה יאסר בכולם ויש לי באותה סוגיא משא ומתן עם הסוגי' של מנחות וסוגיא דפ' אע"פ כתבתיה בירושלים אלא שעדין לא נתחוורו לי הדברים ככל הצורך נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כא

שאלה להחכם השלם המופלא כמה"ר חייא רופא נר"ו על הענין הנזכר לעיל.

(ישוב ללשון הרמב"ם הקש') מה שהוקשה לו למר שפסק הרמב"ם כתרי סתמי דפליגי בין לתירוצא קמא ובין לתירוצא בתרא מטיבותיה דמר אמינא דמסקנא דשמעתא לא סלקא הכי. דמדפרכינן ורמי דרבי יהודה אדר"י (בנזיר דחמיר' ספיקו מודאי אמרינן לא מעייל איניש בספיקא אבל בנדרים דלא חמירי ספיקן מודאן אמרי' דמעייל איניש נפשי' לספיקא) מסיק רבא דשאני נזירות מנדרי' דנזירות דחמירא ספקו מודאי אמרינן דספק נזירות להקל דבספיק' לא מעייל איניש נפשיה אבל בשאר נדרים דלא חמירי ספיקן מודאן אמרי' דמעייל איניש נפשיה לספיקא והשתא לא פליג סתם מתניתין דספק נזירות להקל למתניתין דסתם נדרים להחמיר אלא שהקשו על זה דהא רב אדא בר אהבא תני נ"ש בפלוגתא דר"י דכרי והא נ"ש לא חמיר ספיקו מודאי ומסיק רב אשי ההיא ר"י משום ר"ט היא כלומר ההיא ברייתא דתני נ"ש ר"י משום ר"ט היא ולית הלכת' כוותיה אבל מתניתין דספק נזירות כגון אם יש בכרי זה וכו' בנזיר סתם מיירי דחמיר ספיקו מודאי ולאו משום הפלאה הוא אלא דלא מעייל איניש נפשיה לספיקא וכב"ה אתיה ולעולם הני תרי סתמי הלכתא אינון ואליבא דר"י ושיטתיה דמר קשיא טובא דמפרש רב אשי ספק נזירות שהיה ספק בשעת הנדר אע"פכ מותר בו אח"כ חדא שהלשון לא משמע כן ועוד במתניתין דטהרות מתניא גבי אלו ספקות שטהרו חכמים וחשיב טובא התם ספק דברי סופרים ספק חולין ספק שרצים ספק נגעים ועוד דאוקי סתם מתניתין דלא כהלכתא כר"ט דהא בכמה דוכתי בתלמודא מוכח דלית הלכתא כר"ט ויותר קשה מזה הוא שהרמב"ם ז"ל תופס תירוץ אח' מה שלא תירוץ התלמיד ובענין הביטול כת' מר שלא סמך עליו שהרמב"ם והראב"ד סוברים שצריך שיזכור הביטול תוך כדי דיבור ואני

לא ירדתי לסוף דעתו שכבר ביאר הראב"ד שלא בזכירת התנאי אמרו תוך כדי דיבור אלא בקבלתו שאם זכר הביטול ולא קיימו בתוך כדי דיבור הרי ביטול נדרו את תנאו. (לא בעינן שיזכור התנאי בתוך כדי דיבור לנדר) ולעולם לא בעינן שיזכור את התנאי בתוך כדי דיבור לנדר וכך הם דברי הרמב"ם ז"ל סברת עצמו אלא שהביא שיש מי שמורה להחמיר ולא סמכינן עליה אך ר"י ז"ל לבד הוא סבירה ליה דרבא פליג אאביי דגרי' ובלבד שיהא זכור וכו' אבל אם אינו זכור לא מהני תנאה וכבר הורה א"א ז"ל הלכה למעשה בכמה פעמים כסברת ר"ת דמהני תנאה אע"כ שאינו זכור בשעתו ולא בתוך כדי דיבור ובדבר האונס שנאנס לשעתו כתב מר שהוא חוכך להחמיר שהלב יודע וכו'.
(אם נדר לעשו' ביום פ' כך וכך ונאנס בההיא שעתא לא חל הנדר לסברת קצת רבוותא) ולע"ד נראה שאם באנו לומר שחיילות הנדר תלוי בשעת הכניסה שהוא התנאי כיון שבאות' שעה אנוס גמור היה ולא היה יכול להמלט מהנד' לא חל לסברת רבוותא דסברי דחיילו' הנדר או השבועה תלוי בשעת התנאי ומה לי אם מעיקרא היה יכול שלא לבא כלל כך מ"מ עכשיו כניסתו באונס היא והא צווח ככרוכיא ולית דמשג' ביה. (חילוק בין נדר לשבועה ותשו' הרשב"א ז"ל שכתב דאם היה בידו לקיים שבועתו ושלא לבא לכלל כך הרי עבר על שבוע') ותשובת הרשב"א דמייתי מר שכתב שאם היה ספק בידו לקיים שבועתו ושלא לבא לכלל כך הרי עבר על השבוע' נ"ל שאין ממנה ראיה דמה ענין שבועה אצל נדר דשבועה איסור גברא הוא ובודאי כל שהוא מושבע ועומד א"א לו ליפט' מידי איסור שבועתו אם לא באונס גמור דאנוס רחמנא פטריה מולנערה לא תעשה דבר וכל שיש ספק בידו שלא לבוא לידי אונס ולא עביד עובר על שבועתו הוא אבל בנדר ע"י תליה אין אנו רואין אלא שעת חיילות הנדר ואם אז הוא אנוס לא חל עליו הנדר כלל וכן מצאתי לו תשוב' בתוך תשובותיו המיוחסות להרמב"ן סי' רמ"ב ראובן נשבע לדור בבית חמיו אם לא יעכבנו אונס אם סבב הוא או אחרי' בשבילו אין זה אונס והטעם אי אפשר לומר דשבועה איסור גברא הוא ולא מפטר אלא באונס גמור. (תשוב' הריב"ש ז"ל על יהודי שהתרו בו שלא יתראה בפני המלך ועבר ונתראה והכריחו המלך וצחק בפניו והי' חרם בעי' ששום ישראל לא יצחק וכולי כמסתפ' דכיון דבשע' שנתראה לא עבר על חרם ובשעת שעבר היה אנוס לא חל עליו החרם)
וראיתי להריב"ש ז"ל שכתב סוף תשובת קע"ה על מה שהסכימו ששום יהודי לא יצחק בשום צחוק וכו' ואדם אחד שהי' מכירים אותו שהיה בקי בצחוק הלך ונתראה בפני המלך אחר שהתרו בו שלא יתראה שם כי היה יודעים שהמלך יכריח אותו וכתב ז"ל בסוף דבריו כמסתפק שכיון שבשעה שנתראה אע"פ שהיה מזיד לא עבר על החרם

ובשעה שעבר היה אנוס לא חל עליו החרם כלל ואף בזו איכא לשנויי דחר' כשבועה דמי וגם אני בטענה זו לא הכרעתי לא באיסור ולא בהיתר והיה נראה להכריע הדבר להחמיר דהא אונס דרחמנא שריא באשת איש מולנערה לא תעשה דבר נפקא ואמרו גבי אסתר כאשר אבדתי מבית אבא כך אבדתי ממך עד עכשיו באונס עכשיו ברצון לפי שהליכתה לפני אחשורוש היה ברצונה אף ע"פ שלבסוף ודאי היתה אנוסה נאסרה על מרדכי לפי שהיא גרמ' בהליכת' ומיהו זה יש לדחות דעד עכשיו באונס היינו שלא נבעלה לו ברצונ' ועכשיו ברצון שצריכה היתה להבעל ברצונה כדי למצוא חן בעיניו ואז ודאי אסור' כההיא דאמרינן בס"פ נערה האשה שנחבשה ע"י נפשות אסורה לבעלה ואמרינן דאפילו בעלה ישראל דחיישינן דמחמת אונס מיתה נבעל' לו ברצון ופרק נערה שנתפתתה אמרינן גבי הני נשי דגנבי גנבי שריין ואע"ג דקא משלחן להו גירי הכל מחמת יראה ואמרינן ודאי שבקינהו ואזלן מנפשייהו אסירן אע"פ שלבסוף כשהן אצלם אנוסות הם כיון דמעיקרא אזלן מנפשייהו אסירן ובפ' השוכר את הפועלים הלין תורי דגנבי גנבי וגנחי להון פרש"י מסרסין אותם ואח"כ מחזירין אותם לבעליהם מאהבת בעליהם ישראל גנבו הגוי שהוא מכירו ומסרסו ושלח להו אבוה דשמואל הערמה את עביד בהו אערימו עלייהו ויזדבנו שלא יהנה ישראל בעבירה וכן אמרינן בבכורו' פ' עד כמה מעשה בזכר של רחלים שהיה זקן ושערו מדולדל ראהו קסדור א' אמר מה טיבו של זה בכור הוא ואינו נשחט שלא במום וכו' בא מעש' לפני חכמים והתירו ראה שהתירו הלך וצרם באזני בכורות אחרים ואסרו ומסיים בה זה הכלל לדעתו אסור שלא לדעתו מותר ואף בזה יש לדחות דהתם קנסא הוא דקנסי משום דחיישינן להערמה כדאמרינן בפ"ג דביצה דהחמירו במערים יותר מבמזי' דאל"כ כ"ע אתו לאערומי וההיא דשבקינהו ואזלן מנפשייהו יש לפרשה דמספיקא אסרינן להו וכיון דעברה על דת ואזלן מנפשייהו איכא למיחש שגם נתרצו להבעל אך יש לדקדק בההי' דאמר רבא אין אונס בערוה לפי שאין קשוי אלא לדעת כדאמר בר"פ הבא על יבמתו ולא משכח התם אונס אלא בנתכוון לאשתו ונתקשה ותקפוהו גוים ודבקום זה בזה משמע דאי נתקשה לה אע"פ שסופו באונס שתקפוהו לא מקרי אונס ואיפשר לומר דמשום יבמתו נקט הכי לרבותא דאפילו לא נתכוון לה כלל קנאה וכ"ש אם נתכוון לה בתחילה ומיהו הא דאמר רבא אין אונס בערוה סתמא קאמר לפי שאין קישוי אלא לדעת משמע דבכל ענין לא מקרי אונס אם לא שהיה מוקשה לאשתו וכן במעשה דלוט אמרי' איהו דלדבר עבירה נתכוון במה שנשתכר פעם שניה והכי נמי יש לדקדק מהא דאמרינן בפ' נערה שנתפתת' והיא לא נתפס' וכו' הא נתפס' מותרת ויש לך אחרת שאעפ"י שלא נתפסה מותרת ואיזו זו

שתחילת' באונס וסופה ברצון אע"פ שסוף אומר הניחי לו שאלמלא לא נזקק לה היא שוכרתו מותרת מ"ט יצר אלבשה ואעפ"י כן לא מהני האי טעמא לדידיה דבשעת הרגל דבר יצר לבשיה משום דתחילתו ברצון ואיהו מגרי יצר אנפשיה ומיהו יתכן דאם לא התרו בו בתחילת ביאה אע"פ שהתרו בו בסופה לא מחייב מהאי טעמא אבל מה שאנו סומכים להתיר בנ"ד הוא על טעם הטעות שכיון שסמך על אותם הטעמים הנ"ל הו"ל נדרי שגגות כמו שכת' מר אלא שסבר' הרמב"ם קשה על זה ומ"מ צרפנו אלינו טעם אחר ובקו' הארכתי נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כב

(מי שהניח מעות ליתומ' אם יש רשות לשנות המעות לצורך יתומים ותלמידיו) שאלה שטר צואה שכתוב בה וז"ל עוד אמר לנו שהוא מניח ק"ק זהובי' לחמש יתומות בנות טובים את שיראה בעיני פלוני ופלוני ע"כ יודיענו אם יש רשות לאותם פלוני ופלוני לשנות המעות לצורך יתומים ותלמידים שילמדו תורה מאחר שהוא פי' ליתומות וזכו בהם במתנת ש"מ ושכרו כפול.

(אם קנו היתו' אותם המעות כיון דלא היו ידועו' וברורו' בשעת הנתינ' דאם היה בבריא בקנין לא הוי מהני) תשובה אני מסתפק באותן יתומות אם זכו במעות ההם במתנת ש"מ דאע"ג דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו מ"מ לא עדיף דברים של ש"מ מקנין דבריא וכל דאילו בריא ע"י קנין לא מהני ה"נ ש"מ כדאמרינן בפ' מי שמת יאכל פלוני פירות דקל זה ידור פלוני בבית זה דלא זכה ופריך תלמודא למימרא דמילתא דאיתי' בבריא איתיה בש"מ מילתא דליתיה בבריא ליתא בש"מ והא הלואתו לפלוני דליתיה בבריא ואיתיה בש"מ ושני הא נמי איתיה בבריא במעמד שלשתן א"נ הואיל ויורש יורשה משמע דמ"מ בעינן שיהא שום ענין שיוכל להיות בבריא אבל מילתא דליתיה בברי כלל ליתיה נמי בש"מ והנדון שלפנינו אילו היה בברי בקנין לא הוה מועיל שאין אותה היתומות ברורות וידועות כדי שיזכו דלעולם היכא דליכ' דעת קונה בעינן דעת מקנה דמשום הכי אמרינן בפרק קמא דמציעא דאין קנין לקטן גבי מציאה דאין דעת אחרת מקנה אותו אע"ג דאית ליה קנין כשדעת אחרת מקנה אותו ובפרק הגוזל עצים גבי הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חיטין ולקח בהם שעורים תני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו לאמצע ותני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו כלומר לשליח ואמרי' התם מחכו עלה במערב' וכי מי הודיע לבעל חיטין שיקנה חיטין לבעל המעו' כלו' היאך קנה בעל המעו' שהרי לא נתכוון מוכר להקנות לו שהרי לא היה יודע שהוא קונה לצורכו ואע"ג דאנן קי"ל כשנויא דרבי יוחנן דלעולם אמרינן אם הותירו הותירו

לאמצע היינו משום דיד שליח כיד בעל הבית דמי ותכף כשקנה שליח קנה בעל הבית אבל לעולם כשאין דעת מקנ' לא קני וכיון שכן למאן דלית ליה ברירה לא זכו כלל בשעת הקנין. (מי שאמר מעשר שיש לי בבית מחולל על סלע שתעלה בידו מן הכיס לא חלל) וכי הא דתניא בפ' בכל מערבין מעשר שני שיש לי בביתי יהא מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס ואמר ר' יוסף לא חלל משום דאין ברירה וכי היכי דאין מקנין דבר שאינו מבורר ה"נ אין מקנין לאדם שאינו מבורר ולסוגיא דפרק קמא דגיטין כ"ש הוא דאמרינן התם דאפי' רבי מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כגון פירות דקל כו' מודה הוא שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ועוד תנן פרק מי שהיה טמא האומ' הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים כיון שהכניס ראשון ראשו ורובו זכה בחלקו ומזכה אחיו עמו ואמרינן בגמר' אלמא יש ברירה ומסיק רבי יוחנן דכדי לזרזן עביד ועל כולם הוא דשחוט משמע שאם לא היה שוחט על כולם אלא על אותו שיעלה ראשון למאן דלית ליה ברירה לא היה זוכה הא אפסיק' הילכתא בסוף ביצה דבדאוריי' אין בריר'. (אין בריר' בדאוריי' ואין חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים) ואע"ג דאיכא מאן דסבר בגמרא לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדע' אחרים הא סתמא דתלמודא בפרק כל הגט נקט כתוב לאיזה שתצא מן הפתח דאין ברירה אע"ג דתולה בדעת אחרים הוא וכך היא פסק הלכה ור' יוחנן נמי בפ' בכל מערבין לא מפליג בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים כדמוכח שם כדכתבו התוספות והילכת' כוותיה דרבי יוחנן לגבי דרב ואף רב דמחלק הכי לא ס"ל דיש ברירה בתולה בדעת אחרי' אלא כשמתנה בפי' וכמו שהכריחו התוספות מההיא דשופרות דתולה בדעת אחרים ולית ליה לרבי יהודה ברירה והרא"ש ז"ל בפרק השותפין דנדרים הביא משם רבינו שמשון דהילכתא אפי' בדאורייתא יש ברירה והא דפסקינן בביצה כרבי אושעי' דוקא במאי דקאמר בדרבנן יש ברירה והדברים עתיקין מ"מ רובא דרבוות' פסקו דאין ברירה וכיון שכן הכא לעניין קנין לא זכו יתומות אלו במתנה זו דאין ברירה ואי' קשי' מההיא דאמרינן בפר' קמא דגיטין גבי מעמד שלשתן נעשה כאומר לו משתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך והרי אותו האיש לא הי' מבורר בשעת השיעבוד והיכי משתעבד ליה הא לא קשיא דע"כ לא פליגי תנאי דאין ברירה או יש ברירה אלא כי ההיא דמי שיעלה ראשון דע"כ חד הוא שיעלה ראשון וכולם ישארו ולא יזכו וכיון שכן הואיל שאד' זה אינו מבורר לא זכה ובכה"ג הוא כל הנהו מתניתין ומתנייתא דמייתי תלמודא בהא מילתא דברירה אבל הכא מעכשיו הוא משתעבד לכל העולם שיכול להיות שירצה את כל העולם בחוב זה בזה אחר זה ואין ברירתו של א' פוסלת את השאר בכה"ג ודאי דכ"ע

מודו בה דיש ברירה וכן ראיתי שכתב הר"ן ז"ל בהלכות מן הטעם הזה עצמו שכתבתי אלא שהביא שהרמב"ן ז"ל לא חילק בכך וס"ל דלעולם לא משתעבד ואפי' אמר ליה משתעבדנא לך ולכל א' יכול למחול דהואיל ואין ברירה לא קנה.

אך קשה מהא דתניא בפרק גט פשוט המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי אם זכר יטול מנה ואם נקבה יטול מאתים שזכה אעפ"י שלא היה מבורר ועוד הא דאמרי' בסנהדר' פ' כ"ג גבי דוד שקדש את מיכל בת שאול בממון שנדר אביה לתת למי שיכה את גלית דכתיב והיה האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול וכו' ובפרוטה דערלות הפלשתים והיאך שייך לקדש במלוה זו כיון שלא היה מבורר דוד באות' שעה ולא זכה בממון וי"ל דע"כ ההיא דגט פשוט ומילתיה דדוד טעמא אחרינא איכא דאל"כ היכי זכי ההוא דמבשרו במה נפטר רחמה של אשתו והיכי משתעבד ליה אידך במילי בעלמא בלא שום קנין וכן שאול היכי משתעבד ליה לדוד במילי ואם באת לומר שהיה שם קנין אלא שהכתוב לא פירש אף אנו נאמר שכשבא דוד לפניו חזר ואמר לו אלא שהכתוב לא פיר' אלא נראה דההיא דמבשרני וגו' ודוד מכח שליחות הוא דקני וכל מילי דשליחות לא בעי קנין והאומר לחבירו עשה דבר פלוני ואתן לך מנה משעש' שליחותו מתחייב בלא שום קנין בשעה שמקיים את דבריו הילכך אימת קני להו להני זוזי בשעת שעושה שליחותו באותה שעה מבורר הוא ובאותה שעה הוא זוכה וא"כ מעיקרא אין אנו חוששין למה שלא היה מבורר באותה שעה שנדר לו שעדיין לא היה לו שום זכייה באותה שעה כלל כדתנן בפרק האומנין השוכר את הפועלים וחזרו בהם ידם על התחתונה אם בעל הבית חוזר בו ידו על התחתונה ומפרש שהיתה החזרה משהתחילו במלאכה אבל קודם שהתחילו אין להם זה אל זה אלא תרעומת וכדתנן לקמן בעובד' דר"י בן מתיא וא"כ מעיקרא אם בא לחזור חוזר שעדיין לא זכה הואיל ולא עשה עדיין שליחות מיהו לאחר שעשה שליחותו זוכה הוא במנה באותה שעה ולכך זכה דוד באותו ממון בשעה שהכה את גלית שנתרצה בו שאול לתת לו אותו ממון שאילו רצה לחזור בו עדין היה יכול ובאותה שעה מובורר היה ובהכי נמי מתיישבה ההיא דפרק לולב וערבה ומלמדין אותן שיאמרו כל מי שבא לולבו בידו הרי הוא לו במתנה דלא זכה אלא משבא לידו אבל מעיקרא לא אפי' קנו מידו.

ואיכא למידק בהאי כללא מהא דאמרינן בפרק השוכר את הפועל גבי הא דתניא בא עליה ואח"כ נתן לה מותר ורמינהי וכו' ומוקי לה רב פפא הא דאמר התבעלי בטלה סתם הא דאמר בטלה זה ופריך בגמרא וכי אמר בטלה זה מאי הוי הא מחסר משיכה ומשני בדקאי בחצר' הא לאו הכי לא קנתה ומ"ש מההיא דהמבשרני דלא בעי קנין והא

ליתא דודאי אלמוה רבנן לשליחות דבמילי בעלמא משתעבד באותו הממון שנדר שאותו שליחות הוא אצלו בממון דטובת הנאה ממון היא וכדתנן הרי את מקודשת ע"מ שאדבר עליך לשלטון וגו' מקודש' א"כ הרי הם עליו כחוב גמור אבל לא נאמר שיהא לו קנין בגוף הדבר שנדר לו דלא מצי לסלוקי ליה בזוזי דלא יהא אותו שליחות שעשה לו אלא מעות ממש דחשבינן לה להיא הנאה כאם נתן לו ממון מ"מ מעות אינן קונות ומשום הכי פריך ואפי' אמר בטלה זה הא חסרה משיכה והיכי חייל עליה שם אתנן כיון שאין לה שום זכייה בגוף הטלה ושמא דאפי' חיוב אין עליו דכיון דאמר ליה בטלה זה והיא לא זכת' בטלה משום דמחוסר משיכה הואיל וטלה אין כאן שיעבוד אין כאן הילכך נקיטינן דכל מילתא שאין הקונה מבורר בשעת הקניה לא קנה למאן דלית ליה ברירה. ואין להקשות מדתנן בפרק מי שמת האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה אם נקבה מאתים ילדה זכר נוטל מנה נקבה נוטלת מאתים והא התם לא היה מבורר לו מה יהיה אם זכר או נקבה ואעפ"י כן זכו במתנה זה אינו דהתם אעפ"י שאין הדבר ידוע לו למפרע אגלאי מילתא מה היה באותה שעה וכדמוקי לה בגמרא בשהוכר עוברה ומה שהי' הוא שיהיה כי לא ישתנה מזכר לנקבה וכיון שכן אפי' למאן דלית ליה ברירה קנה דגילוי מילתא בעלמא הוא תדע מדפרכינן בגמרא בפ' בכל מערבין אמתניתא דאין אדם מתנה על שני דברי' כאחד מ"ש לכאן ולכאן דלא דאין ברירה למזרח ולמערב נמי אין ברירה אמר רבי יוחנן וכבר בא חכם ופירש רש"י שבא חכם כבר בין השמשו' אבל זה לא היה יודע ולמחר כשנשמע לו גילוי מילתא בעלמא ואין זו סמיכה של ברירת ספק אלא קניה ודאית היא אלמא אפילו למאן דלית ליה ברירה כה"ג קני שפיר זה הוא מה שנראה לשאת ולתת בענין זה ועדיין יש לי מקום עיון בקצת דברי' ואני צריך לדקדק בהם לעת הפנאי. ואם באנו לקיים מתנה זו טעם דצדקה היא אלימא טובא דאפילו בבריא אמירתה לגבוה כמסירת' היא ולא בעי קנין (מאי דאמרי' אמירה לגבוה כמסיר' להדיו' היינו במסירה המועלת להדיוט) גם זה אינו נראה דאמירה לגבוה כמסירה המועלת להדיוט אמרו אבל היכא שאפילו במסירה לא היתה מועלת לגבי הדיוט לא תהא אמירת גבוה חמורה המינה כדמוכח פ' אע"פ במתניתין דהמקד' מעשה ידי אשתו הרי זו עושה ואוכלת המותר ר' מאיר אומר הקדש ר' יוחנן הסנדלר אומר חולקין וקי"ל כר' יוחנן הסנדלר וכן משמע בהא דמייתי בפ' דו"ה גבי חנן בישא דתקע להה' גברא וגו' דאמרי' נזבינהו לעניים והדר אמר ואזיל ואבריה ביה נפשאי דאמר ר' יוסף אנן ידי עניים אנן כלומר וזכינו עניים מטעם מעמד שלשתן ואמאי תיפוק לי משום דאמירה לגבוה כו' אלא שפירשו הראשונים ז"ל דכיון דעדיין לא הגיע הממון לידו הואיל ולא היה יכול

להקנות בקנין אף אמירה דגבוה אינו כלום אם לא מטעם מ"ש ועוד אי מטעם דאמירה לגבו' משתעבד לא בעי' ברירה הרי תרומ' דבאמיר' היא ובעינן בה בריר' גבי שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן תרומה וגו'. (בהקדש עניים אי אמרי' אמירתו לגבו' או לא) ובתשובה להרשב"א ז"ל סי' תקס"ג כתב דלגבי עניים לא אמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והוכיח מהא דפ' דו"ה דאי לאו משום דידי עניים אנן היה יכול לחזור בו ואעפ"י שאין ראייתו ז"ל מכרע' לפי דרך הראשוני' נוחי נפש בההיא דדו"ה כמו שפרשתי מ"מ נראה שדעתו ז"ל לומר דלא אמרי' אמירי' לגבוה כמסירה וגו' אלא בהקדש בדק הבית דומיא דההיא דפ' יש נוחלים דבנו של ר' יוסי בן יועזר איש צרידה דזבן ביניתה ואשכח מרגיניתא דאמרה לי' איתתא זיל לגבי רבנן גו' ולא תשיימה את דאמירתו לגבוה וגו' וכן לענין שור שנגח שור של הקדש לא אמרינן דפטור אלא בהקדש בדק הבית ומיהו בפ' מי שמת אהא דהקדיש כל נכסיו כתב המרדכי בשם אבי העזרי ש"מ שאמר הלואתו להקדש קונה מה שאין כן בהדיוט ודברי הריף ז"ל בפ' ד' וחמשה מסכים לדעת הרשב"א שכתב דאיכא מאה דבעי למילף מההוא עובדא דמאן דיהיב מידי לעניים יכול לחזור בו דדינא דעניים כדינא דהדיוט דמי ודחה סברא זו דודאי כל דאיתי' ברשותיה ואמר הרי הוא לעניי' כבר זכו בו עניי' מדאמר מר בפיך זו צדקה משמע דמטעם נדר הוא דמחייב ולא מדין זכיית קנין דאמירתה כמסירה היא ועוד כתב אבל אי בעי לשנויי ההוא מידי דיהיב לעניי' במידי אחרינא דכוותה מאי לשנויי כדאמרי' בערכין סלע זה לצדקה מותר לשנותו בין לעצמו בין לאחר ואעפ"י שיש באותה שמועה פרושים מ"מ לדעתו ז"ל אי אמירה לגבייהו כמסירה היא אמאי יהא יכול לשנותו מאותן עניי' במידי אחרינא הא זכו בו עניי' דאילו מסר לידן ודאי לא היה יכול לחזור בו באמירה נמי כיוצא בה אלא שנרא' דעתו ז"ל דלא אמרי' בהו אמיר' לגבו' כמסיר' להדיוט.

וכן מוכח בתשובת הרא"ש ז"ל דלא מחייב אלא מטעם נדר זה שלא נדר אלא שהוא מצוה מחמת מיתה אם לא זכו יתומות מטעם דאין ברירה אין על היתומים חיוב כלל דקי"ל כר' אושעיא בפ' משילין דלית ליה ברירה בדאורייתא הכא נמי מידי דאורייתא היא דמפקי' ממון מיד המוחין דנכסי בחזקת יתמי קיימי ואל תשיבני כיון דלית לן ברירה בדאורייתא ובדרבנן אית לן משמע דמספקא מחמרי' בשל תורה דלא להקל אמרי' הוברר הדבר אבל לחומרא ודאי אמרי'. (טעם למה אמרי' אין ברירה מדאורייתא ולא אזלינן בה לחומרא כיון דמדרבנן יש ברירה) וכמו שהביאה הר"ן ז"ל בפ' כל הגט אה' דאפליגו אמוראי כתוב לאיזו שארצה אי פוסל לכהונה וכתב שהוא ספק גירושין דלחומרא לא אמרינן הוברר הדבר וכן מנאה הרמב"ם ז"ל בספק גירושין וכיון שכן הכא בנ"ד שהספק היא

במילתא דהקדש אי מתחייב מטעם אמירה לגבוה הו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא הא ליתא דגבי ממון נמי בפ' הזרוע גר שנתגייר והיה לו פרה וכו' ואם ספק פטור שהמוציא מחבירו עליו הראיה והכי תנן גבי בכור פ' הלוקח מת א' מהם המוציא מחבירו עליו הראי' ולא אמרי' נחמיר עליו לצאת ידי נתינה שכל דבר שבין אדם לכהן או לעניים חשיב כבין אדם לחבירו ולא מפקי' מיניה אלא בברי וכההיא דהנחתומין לא חייבו אותה חכמים להפריש וכו' דאמרי' ביומא מעשר ראשון ומעשר עני המוציא מחבירו עליו הראיה וכן מוכח בכמה דוכתי.

ומ"מ עדין יש מקום לומר שאם זכו יתומות אלו מדין מתנת שכיב מרע הא קי"ל דמצוה לקיים דברי המת וכופין את היורשין על כך כדאמרי' בפ' השולח פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח יעשה לה קורת רוח דאע"ג דדברים בעלמא הוא כופין את היורשים משום דמצוה לקיים דברי המת והוקשה להם לתוס' מהא דאמרי' פ' כל הגט מנה זה יתנו לאחר מיתה ופרכי' אמאי יתנו לאחר מיתה הא לא משך ומאי קושיא אפי' לא משך הא מצוה לקיים דבריו וכופין אותם על כך ותירץ ר"ת ז"ל שכל שלא יצא הדבר מרשותו ומחזקתו לא אמרי ביה מצוה לקיים ד"ה ושפחה שאני דהיא זכתה בעצמה ועדיפא מדבר שאינו ברשותו ולתירוצם ז"ל הסכימו האחרונים נוחי נפש הרשב"א והרא"ש אע"פ שהרמב"ן ז"ל הקשה עליו מתוספתא דבתרא דתניא תנתן שדה פ' לפ' ר"מ או' לא זכה וחכמים אומרים זכה וכופין את היורשין לקיים. (הא דאמרינן מצוה לקיים דברי המת הוי אפי' לא יצת' מחזקתו הוא שמצוה ליורשיו תנו או בממנה שליח על כך) הרי שאעפ"י ששדה זו לא יצתה מחזקתו זכה הלה בה מטעם מצוה לקיים וכו' והעמיד הוא ז"ל עיקרן של דברים דכי אמרי' מלד"ה היינו במצוה ליורשיו תנו או בממנה שליח על כך כי ההיא דהמשליש מעות לבתו אבל במתנ' ש"מ שכתב הריני נותן לפלוני כך וכך אם מן הדין לא זכה אף הם אין חובה עליהם לקיים דבריו וכך הם דברי ריב"ם ז"ל בפ' מי שמת בתוספות ועכשיו לענין נ"ד לדברי ר"ת ז"ל פשוט הוא שאן כאן מצוה לקד"ה הואיל שלא יצאו נכסי' אלו מרשו' היורשין עדיין כמו שפי' בההיא דפ' כל הגט אבל לדברי הרמב"ן ז"ל יש להסתפק אם נאמר דוקא כתב אמרי' מצוה לקיים שמצוה ליורשיו או בממנה שליח על כך אבל מצוה לאחרים שאינן יורשיו אין מצוה לקיים דבריו כי ההיא דפ' מי שמת בנכסי דאיסור גיורא דאמר רבא היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי משמע שכיון שמן הדין לא היה קונה אף במצו' לקיים לא היה מחויי' רבא הואיל והכ' לא היה יורשו ומקב' מתנתו וכן לענין היורשים נמי כל שלא צוה אותם אלא לאחרי' אין מצוה עליהם לקיים דבריו. (הא דאמרינן מצוה לקיים דברי המת כשאמ' תנו יש להסתפק אי הוי דוקא במצו'

ליורשיו או אפי' צוה לאחרי' חייבי' יורשיו לקיים דבריו) ואיפשר לומר דדוקא התם גבי נכסי דאיסור רבא לא היה מחוייב לקיים שהרי אינו יורשו ורב מרי שהיה יורשו היה רוצה לזכות בהם כדברי אביו ולעולם אף לשיטת הרמב"ן ז"ל על היורשין מוטל לקיים בין צוה להם בין צוה לאחרים אלא יקשה על הרמב"ן ז"ל מהא דתנן אמרו לו לר' אליעזר מעשה באמן של בני רוכל שאמר' תנו כבינתי לבתי ומיתה וקיימו את דבריה אלמא דברי ש"מ ככותבין וכמסורין דמו ומאי ראיה דילמא לעולם אינם ניקנין אלא בקנין כר' אליעזר והא דקיימו חכמים את דבריהם משום מצוה לקיי' דברי המת שהרי צוותה בפי' ואמרה תנו כבינתי לבתי וחובה על היורשין לקיים דבריה מהא משמע דדוקא אי אמרי מצוה לקיים במצוה ליורשיו אבל מצוה לאחרי' אין היורשין מחוייבין לקיים ולכך אמרו לו לר' אליעזר מעשה באמן וכו' שאע"פ שצוותה לאחרי' שאין חובה על היורשי' לקיים קיימו חכמים את דבריה משום דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כג

(סוגייא דפרק איזהו נשך את ונוולא אחי): שאלה פרק הרבית גרסי' ההיא אתתא דאמר' ליה לההוא גברא זיל זבין לי ארעא מקריביי אזל זבן לה אמר ליה אי הוו לי זוזי מהדר' ניהל' אמר ליה את ונוולא אחי אמר רבה בר רב הונא כל את ונוולא אחי סמכה דעתיה ולא גמר הדרא ארעא פירי מאי ומסיק התם תלמודא רבינא עבד עובדא וחשיב ואפיק פירי וקי"ל כוותיה דרבינא כמ"ש הרי"ף והרמב"ם שכל שלא גמר בדעתו למכור לחלוטין לא הוו זביני אלא הלואה והויא לה רבית קצוצה והדרא ארעא והדרי פירי וזו אע"ג דאתתא דקניא לא אמרה לה מידי אלא השליח הוא שאמר למוכ' את ונוולא אחי כל שיש קצת גילוי סמכה דעתו ואעפ"י שלא אמר לו להדיא שתחזיר לו הקרקע אלא שאמר שהוא והיא אחים וקרובים הם ואיני מכניס עצמי ביניכ'. וכמו שפי' הרשב"א ז"ל (לענין הבתים שמוכרים בזמננו או משכונות זהב וכסף שהדבר ידוע שאמתי שירצה הלה יחזור את מעות ולוקח את שלו רבית קצוצה היא) כל שיש שום גילוי למוכ' שאיפשר שסמכ' דעתו הדרא ארעא והדרי פירי כרבית של תור' ומינה לאלו המכירות הנהגות בזמננו זה בין בבתי' בין במשכונות זהב וכסף שהדבר ידוע שאימתי שירצה הלוה יחזיר את מעותיו ולוקח את שלו שזו היא רבית של תורה ויוצאה בדיינים שא"א בלא גלוי דעת אם כסף הריוח ט"ו למאה או כ' למאה במשך הזמן לחדשיו יבקר אין נשך ותרבי' גדולה מזו וכי את ונוולא אחי והדברי' ק"ו לשיטת התוספת ז"ל שסוברי' דהא דרבינא אפי' ארעא ואפיק פירי לאו משום דס"ל דבכה"ג הויא רבי' קצוצה רבינא גופיה ס"ל במשכנתא בלא

נכיתא אין מחזירין ממלוה ללוה אלא טעמא דרבינא משום דהוי' מחיל' בטעות הכא נמי הדרי פירי מטעם מחילה בטעות דהא זביני אינון ולא הלואה אף אם לא יהיה מטעם רבי' ועוד נר' דע"כ לא קאמר רבינא דמשכנתא בלא נכיתא אין מחזירין אלא בשדה וכדפי' רש"י ז"ל שם דכיון דזמנין שאין עושין פירות שהכרמים לוקים לא הויא רבית קצוצה אבל כגון משכונות אלו של הבתים שפירותיו מצויין תדיר מודה הוא דהויא לה רבית של תורה וסבר' זו גדולה ורחבה היא מגאונים וגדולים הביאה הרמב"ם ז"ל בפ"ו נמצא דאף לדברי התוספות שהעמידו הא דרבינא מטעם מחילה בטעות ולא מטעם רבית היינו משום דהתם מיירי בארעא דכל כי האי ס"ל לרבינא דלא הוי אלא אבק רבית אבל בבתים כעי' אלו רבית של תורה רביעא עלוי כאריה ויוצאה בדיינים ואין לטעות מלשון הרמב"ם שבפ"ו וז"ל אבל אם אמר לו הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות אני אחזיר לך קרקע זה מותר והלוקח אוכל פירות עד שיחזיר מעותיו ע"כ חדא ששם אינו או' לו אלא אם יהיו לו מעות שיחזירם אבל אם ימות לא יחזיר ליורשיו וכדמוכח בגמ' דאמרי' מאן תנא דלא כר' יהודה דאמר צד אחד ברבית מותר ומ"ה הויא לה צד א' ברבית דשמא ימות ותהיה חלוטה לו וכיון דגמרי להקנות אם ימות משמע דלאו משום דסמכה דעתיה אלא גמר ומקנה אף בחיים ועוד דהתם לא היתה כוונת מוכר ולוקח אלא למכירה גמורה בתחילה אלא שהלוק' מדעתו אמר לו כך אבל לא שהיה נכר מדעתו של מוכר שהוא סומך על כך או שרצונו בכך ויכול הוא לחזור בו דפטומי מילי הוא דהכי דייק אלישנ' ריש' דלא א"ל מדעתיה סיפא דא"ל מדעתיה כפי הנר' מדברי הרמב"ם ז"ל שאמ' לו הלוקח מדעתו כלו' לא שהכיר בדעתו של מוכר שרצונו בכך דהכי מסי' בסמוך טעמי' דאמר לי בדעתיה וכו' אבל כאן שקוד' המכר מבררים בניה' כל הדברים בפי' ומעיקרא משכנתא קרו לה ובתר הכי משכנתא קרו לה איני רואה מקו' לומר שבשביל שבשעת גמר המכר נעשה סתם הויא לה זבוני כ"ש בענין משכונות הזהב והכסף שמחשבי' כל הריוח כפי הזמן והכל כפי הזמן בדקדוק גמור שאין המכירה מועילה כלום ואין זה אלא סמיות עינים עוד אני אומר בענין הבתים כל שהיתה תחילה בדרך הלואה שהעדי' מעידים שלא הוצרך אלא ללות אע"פ שאי היתה המכירה גמורה מראש ועד סוף ולא הוזכר כל חזרה כיון שכל המכירות הנהוגו' הם כענין זה אף מה שבסתם סתמן כפירושן ואנן סהדי שע"ד כן היתה המכירה דאומדנ' דמוכח הוא שאין אדם מוכר בית שוה מאתים במנה ובפרט ביתו שהוא דר בה וחוזר ומשכירה הימנו ואע"ג דפליגי רבנן עליה דר' יהודה בפ' המוכר את הספינה דאין הדמים מוכיחין דבכדי שאין הדעת טועה אימור מתנה יהיב ליה התם היינו לפי שאין לנו במה לתלות דהא רובא דעלמא קרו ליה לצמדא צמדא ולבקר בקר

ואע"ג דאיכא פורתא דקרו ליה לבקר צמדא מ"מ הו"ל לפרושי שדרך התגרי' לברר כל לשון שיש בו ספק הילכך ע"כ אימור מתנה יהיב ליה אבל הכא ליכא למימר הכי דמשום אריא דאיסורא דרביעא עליה לא בעי לפרושי לסבור שהותר רבית בכך ומה לו לעשות ולא עשה ותורת אמת אשר כל דרכיה דרכי נועם תפר מחשבו' ערומים ולא תעשינ' ידיה' תושי' וגדולה מזו אמרו פ' המקב' גבי דינא דבר מצרא זבן גריו' דארע' במציעתא דארעא חזינן אי עידית היא משום עידית זבן אי זבורית היא משום זבורית זבן אי לאו הערמה היא ומסלקינן ליה מיניה ואם אמרו בתקנ' חכמים שהוא משום ועשית הישר והטוב לא כ"ש שנא' במי שרוצה לעקש את הישרה לעבור על גזרת מלך בנשך ותרבית גמורה הכהתל באנוש יהתלו בו גם בהנהו תורי דגנבו עכו"ם ונגחי והדרי להו למרייהו אמרי' הערמה אתעביד בהו וקנסי' להו וכו' ובמתנה דבית חורון תנן בסוף פ' השותפין כל מתנה שאינה שאם הקדישה מקודשת אינה מתנה ואמרו בירושלמי כיני מתני' כל מתנה של הערמה לאו כלום היא ועל כיוצא בזה אני אומר מי שהבחין בין טפ' של בכור לטפה שאינה של בכור עתיד ליפרע ממסתי' עצה והיה במחש' מעשיה' וכבר העידו לי שא"א הרב ז"ל עשה מעשה בכיוצא כמה פעמים במכירה שרצה הקונה לעמוד במקחו והוציא בלעו מפיו והחזיר קרקע לבעליו ונ"ל ששורת הדין עשה אחר שהעידו העדים שלמשכן היה צריך אלא של התר הדבר עשו דרך מכר אע"פ שלא פי' בשעת המכר על דעת כן מכר וכמו שכ' מהר"ם בתשובה הביאה המרדכי בפ' גט פשוט בקונה קרקעות בשם אחרים כדי שלא תגבה אשתו כתובתה צלל במים אדירים והעלה בידו חרס ומכי אודע לסהדי הרי הקרקע בחזקתו אע"פ שנכתב בשם אחרים ואשה גובה מהם ולא מצינו התר זו בגמ' ולא בפוסקי' ותדע דבאתרא דמסלקי לא משכחינן משכנתא אלא בנכיתא ואי צורבא מרבנן הוא דלא אכיל בנכיתא לא ליכול כלל אע"ג דסתמא לקח לו השדה ונתן את הדמי' ולא התנה שיסלקנו כל זמן שירצה כיון דאתרא דמסלקי הוא סתם כדפריש אבל בדבר השכירות לא שמעתי שהוציא במכירות הללו אבל מה יעשו גדולי הדור שאין דורן דומה יפה ואני הנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כד

מי שאמ' בשע' מיתה אני רוצה שתתן אשתי לבני שלשלת אע"פ שיודע אני שאין לה כדי כתובתה ומתה האלמנה ולא נשבעה אי גובין יורשיה דהבעל הודה:

שאלה בהתאסף ראש שבטי ישראל אל עמיו הוא מור' הרב המופלא מהר"ה שלמה סאגיש ז"ל בשעת מיתתו צוה וסדר עניניו כדרך כל הארץ ובכלל דבריו אמר וז"ל ואני מחלה את פני אשתי תמ"ב שהשלשלת אשר לי ממושכנת ביד פלוני על חמשים פרחים

שתפד' אותם ותתן אותה לבני הר' יוסף ואע"פ שאני יודע שאין לה כתובת' וגם פחו' הרבה אני מבקש ממנה דרך רצוי שתתן השלשלת הנז' לבני יען זאת השלשלת היתה מקודם לאמו ומובטח אני בה שתעש' כן עכ"ל ואחר זמן מועט שנח נפשו של הרב ז"ל מתה אלמנתו ולא נשבע' שבועת אלמנה ונחלקו חכמים בדבר יש מי שאמר שיגבו יורשים כתובת' כיון שהבעל הודה שלא היה לה פחות הרבה מכתובתה הרי אין כאן חשש להתפסת צררי ויש מי שאמ' שכיון שעדין יש לחוש לשמא מחלה ושמא בזבז' ושמא נתנה לאחרי' בחיי בעלה שעל כל זה צריכה לישבע כמו שכתב הרמב"ם ז"ל וכיון שלא נשבע' אין אדם מוריש שבועה לבניו.

תשובה אני איני כדאי אלא כך דעת תלמידו נוט' שיגבו יורשי' כתובת' שלא נתקנה שבועה כל עיקר אלא מטעם חשש שמא התפיסה צררי בלבד שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד לפיכ' הוא רוצה להתפיס לה כתובתה תחת ידה שלא תהא צריכה לחזר אחר היורשים אבל שאר מילי לא משבעינן לה אלא עי' גלגול דהעמד שטר כתובה על חזקתה ויש לדמותה לאותה שאמרו בהגוזל ג' שבועות משביעין אותו לשומר חנם שבוע' שלא פשעתי בה שבוע' שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי ופרש"י שלא שלחתי בה יד ליהנות בה דאם שלח בה יד קמה ליה ברשותיה ומייתי לה נמי בפ"ק דמציע' והקשו שם בתו' מהא דאמרי' בשלהי האומנין אין רואה שבועת ה' הא יש רואה יביא ראיה ויפטר ואמאי יפטר אכתי שמא שלח ותרצו כלשון ב' דשבועה שלא שלחתי בה יד אינו נשב' אלא ע"י גלגול דשלא פשעתי וכשיש עדים שנאנסה פטור מכלום. (עיקר שבועת האלמנה היא שלא התפיסה צררי והשאר משום גלגול הילכך אי לא מחייב משום צררי אינה מחוייבת בשא' אע"ג דאיכא למיחש שמא מחלו וכו') אף כאן לא מתי ב' שבועה אלא אצררי משום דכל שטר לפרעון עומד אבל שאר טענות רחוקות לא מחייבה על טענת ספק אלא דמטעם גלגול הוא שמשביע' אותה כן וראיה מהא דאמר ריש פ' אע"פ יחד לה ארעא בארבע מצרניה בלא שבועה והלכתא אפי' בחד מצרא וכן אמרי' התם יחד לה מטלטלי אע"ג דליתנהו בעיני' בלא שבועה ופ' רש"י ז"ל דטעמ' מאי אמרו רבנן מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה דחיישי' דילמא צררי אתפסה הכא היינו צררי דאתפסה הרי שלא חשו אלא לענין התפסת צררי דכל דייחד לה ארעא או מטלטלי ודאי דתו לא אתפסה צררי ואע"ג דאכתי איכ' למיחי' למילי אחריני שמ' נתנה ושמא בזבזה ושמא מחלה לא חיישי' להו וגובה בלא שבוע' ומיהו איכא למידק בפרק אלמנה נזונת מבעיא לן מוכרת שלא בב"ד צריכה שבוע' או אינה צריכה שבועה והק' שם בתוס' מתני' היא בפ' השולח אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה

ותירצו דמוכרת לכתובה מבעיא ליה בתחילה קודם גבייה משביעין אותה שלא עכבה משל בעלה כלום ולאחר שמכרה נכסי' שלא בב"ד חוזרים ומשביעין אות' שלא גבתה יותר אי נמי שע"י שמשביעין אות' שלא זלזלה בנכסי' משמע דאע"ג דכבר נשבעה משום חשש צררי מחייבה שבועה שלא לקחה יותר וגם שלא זלזלה במכירת' וה"ה היכא דליכ' למיחש לצררי דאכתי מחייב' לישבע שלא מחלה ושלא נתנה לאחרים ונר' דאע"ג דאמרי' התם דצריכה לחזור לישבע שלא גבתה יותר ושלא לזלה היינו משום דהויא ננעשית אפטרופה לאחר מיתת בעלה ולא גרעה מן בן הבית שנשבע שלא בטענה. (אע"ג דאשה שנשבעה ומכר' משביעין שלא זלזלה במכירה אם מתה לא יפסידו יורשים בכך דכבר זכתה היא לגבות כתובת' משע' שנשבעה) מ"מ אם לא נשבעה ומתה לא יפסידו יורשים בכך דלא אמרי' בכה"ג אין אדם מוריש שבועה לבניו דלא אמרי' הכי אלא בממון שאינו יכול לזכו' בו אלא בשבוע' אין אדם מורישו לבניו כיון דאכתי מחוסר גוביינא שלא זכתה מן הדין לזכות אבל זו משעה שנשבעה בראשונה זכתה לגבות כתובת' ולפי שנטפלה במכירת הקרקעות הוא שנתחייב' לישבע כדין הנשבעין שלא בטענה וכל הנהו ודאי אם לא נשבעו ומתו אע"פ שהיה להם ממון אצל בעל הבית נוטלי' אותו היורשים ולא מקרי אדם מוריש שבועה לבניו ותו איכא למידק בהך שמעתתא בפ' השולח דבעי תלמוד' מאי טעמ' דתנן נמנעו מלהשבע את האלמנה אלימא משום ההוא מעשה דאדם א' בשני בצורת שהפקיד דינר זהב אצל אלמנה והניחתו בכד של קמח ונתנו לעני וכו' אי הכי מאי איריא אלמנה אפילו גרושה נמי ומשני אלמנה שאני דבההיא הנאה דקא טרחא קמי יתמי אתי' לאוריי התר' ומשמע מריהטא דשמעת' דמוריא התירא היינו במידי דהוי כעין ההוא עובדא דיהבא לעני או לאחריני מדקא מהדר לשנויי פירכא דמאי איריא אלמנה ומשני אלמנה אצטריכא ליה ולא קאמר אלא טעמא משום דמוריא התירא דקא טרחא קמי יתמי אלמא הא דלעיל קאי דנהנת בו משום מאי דאשתרשי לה וכי האי גונא חיישי' דמוריא התירא דטרחא קמי יתמי ותו דבפ' כל הנשבעין אמרי' השותפין והאריסין והאפוטרופין נשבעין שלא בטענה ומפרש התם טעמ' משום דמורו התירא דטרחו קמייהו ולהכי רמו רבנן שבועה עלייהו אלמא מכי רמו שבוע' עלייהו תו לא חיישי' למורו התירא ולמה חשו הכא בתר דאשתבעה ואם איתא השותפין נמי אמאי לא נמנעו מלהשביעם דומיא דאלמנ' אלא משמ' דמוריא התירא דחיישי' גבי אלמנ' לאו היינו שתעכב מה שהתפיס' בעלה אלא דשמא בזבזה מנכסי יתומי' או נתנה לאחרי' דמוריא התירא בהכי דקא טרחא קמי יתמי והשתא אם אית' דהני טענתא לאו מעיקר שבועה נינהו אלא על ידי גילגול הוא אמאי נמנעו מלהשביע ישבעוה דלא אתפיסי בעלה

צררי הואיל ואיתא בתנאי ב"ד ודיי בכך ונר' דודאי באלמנ' חשו דכיון דטרחא קמי יתמי מוריא התיר' לעכב משל יתומים אף לאחר שבועה ולכך נמנעו מלהשביעה שלא להזקק לה לגבות כתובתה והוא תועלת היתומים דהא ודאי בלא שבוע' לא מצי למיגב' אבל גבי שותפין ואריסין ואפוטרופין כיון דלא מחייב למשבע מדינ' אלא מטעם דמור' התירא רמו רבנן שבועה עליהו אי ממנעו מלהשביע' שקול בלא שבועה ומפסידי אידך ובמקו' פסיד' דאחריני לא אמרו א"נ התם היכ' דרמי עלייהו שבוע' תו לא מורו התירא דאדעת' דהכי נחיתו למיטרח קמייהו בין רב למעט אבל אלמנה לא מסקא אדעתא דלטרח קמי יתמי דלא מסקא דעתא אלא בחיי בעלה ואי טרחא מורייא התר' לעכב משלהם כשיעו' זה דאמר' תורא מדישיה קא אכיל כדאמרינן בחולין גביה הנותן לפונדקי' וכו' והא דלא קאמ' תלמוד הכא אלא לאו דהוי אעובדא דומיא דלעיל אלא סמוך ההוא מעשה לקמן דכיון ששמעו חכמים בדבר אמרו מאחר שכך עונשה של שבועה במי שהוא נשבע באמת שנענש בנה עליה בנשבע על שקר עא"כו שיענשו אחרים עלי' אפי' צדיקי' ולעולם עיקר השבועה דלא אתפסה צררי היא וכו' ובר מן דין בכתובת שלנו שנהגו לכתוב נאמנו' עליו ועל יורשיו וכבר פסק הריב"ש ז"ל בתשובת תנ"ב דהיכא דלא נשבעה ומתה לכ"ע היורשי' גובין כתובת' דלא מקילינן תרי קול' בכתוב' בשם הר"י הלוי ז"ל בשם חכמי נרבוני וכתב שהוא פסק נאה הגון ומשובח.

ועוד יש ראיה מדתנן פ' מי שמת נפל הבית עליו ועל אשתו יורשי הבעל אומרים אשה מתה ראשונה ואח"כ מת הבעל יורשי האשה אומר' הבעל מת ראשון ואח"כ מתה אשה ב"ש אומרים יחלוקו ב"ה אומרים נכסים בחזקתן וכו' ואמרי' בגמ' בחזקת מי רבי יוחנן אמר בחזקת יורשי הבעל ר' זירא אמר בחזקת יורשי האשה והקשו שם בתוס' ות"ל שאין יורשי האשה יורשים כתובת' שהרי לא נשבעה שבועת אלמנה ואין אדם מוריש שבועה לבניו. ותרצו משמו של הר"ר שמשון ז"ל דלא שייך הכא טעמא דאין אדם מוריש שבועה לבניו דהא אין טענה לישבע אלא משום דחיישי' דילמא (היכא דמת הבעל פתע פתאום ליכא למיח' לצררי ויש חולקין) מתפיס לה צררי אבל נפל עליו הבית שהוא לפתע פתאו' ליכא למיחש להתפסת צררי ואע"פ שר"י ז"ל חלק והקשה עליו דאכתי איכא למיחש שהתפיסה מחיים והוכיח כן מכמ' מקומו' דחיישי' להתפסת צררי מ"מ אפ' לפי דבריו מוכח דליכא למיחש אלא להתפסת צררי בין בחיים בין בשעת מיתה אבל למידי אחרינא לא חיישי' וכי תימא דמה שחשש ר"י ז"ל היינו שתפסה משל בעלה שלא מדעתו כגון ההיא דמייתי אלמנה שתפסה מטלטלין למזונתי' מה שתפסה תפסה ודוקא למזונות אבל לכתוב' מפקינן והיינו מחיים. (לא חיישינן שהאשה תפסה

מחיים והוא לא ידע אפי' למאן דחייש לתפיס' מחיים) והא ליתא דלא חיישי' שתתפוס מחיים והוא לא ידע דמילתא דלא שכיחא היא ובעלמא לא חיישי' אלא שמא התפיס הוא עצמו וטעמא דחיישי' גבי אלמנה משום דכיון דאית לה בתנאי ב"ד מתפיס לה כדאמרינן בפרק נערה וכיון דאית לה בתנאי ב"ד מתפי' לה צררי ולא בא ר"י ז"ל אלא לאפוקי מדר' שמשון דאמ' דלא מתפי' לה אלא בשעת מית' או כשהל' למ"ה. ועוד נר' דלא אמר ר"י ז"ל דחיישי' שמא תפסה צררי מחיים אפי' שלא בשעת מיתה (אפי' למ"ד דחיישי' לתפי' מחיים לדינא דגמר' היינו משום דמטלט' דיתמי לא משתעבדי אבל לתקנת הגאוני' דגבי' ממטלטלי דיתמי ליכא למיחש אלא בשעת מיתה) אלא לדינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבד לכתובה וב"ח כל טצדקי דמצו למיעבד עבדי לתפוס מטלטלין מחיים אפי' שלא בשע' מיתה שמא לא תמצא אח"כ אבל לתקנ' הגאונים דגביא ממטלטלי ליכא למיחש אלא בשעת מיתה מטעם דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד אבל מקמי הכי לא דלא מקד' אינישׁ פורענות' לנפשי' ועוד ראיה מההיא דאמר בפ' השולח ההיא דאתיא לקמי' דרב הונא אמר לה מאי אעביד ליך דרב לא מגבי כתובה לארמלת' אמ' ליה מידי הוא טעמא אלא דילמא נקיטנ' מידי מכתובת' חי ה' צבאות אם נהנתי מכתובתי כלום אמר רב הונא מודה רב בקופצת פי' דאע"ג דרב לא מגבי כתוב' לארמלת' לפי שלא היה רוצה להשביעם דאיכא למיחש דבההיי' הנאה דקא טרח' קמי יתמי מורי' התירא הכא הואיל וקפצ' ונשבע' נשבע' וגובה כתובת' ולא אמרי' לא תגבי דאכתי צריכ' שבוע' לשמא מחל' ולא משבעי' לה ועוד יש להביא ראי' מהא דאמרי' פ' השותפי' דפסקי' הלכתא כריש לקיש דאע"ג דאמר מר הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבוע' חזקה לא פרע אניש גו זמנו וכתבו שם התוס' דאע"ג דגבי אלמנה חיישי' לצררי אע"ג דלא נתנה כתוב' ליגבות מחיים והוי בתוך זמן התם שאני דכיון דאית לה בתנאי ב"ד מתפיס לה כדאמרי' בהנושא דחיישי' לצררי טפי בבנותיו יותר מבנות אשתו דכיון דאיתנהו בתנאי ב"ד מתפיס להו טפי ע"כ אלמא אי לאו האי טעמא לא היינו מזקיקין אותה שבועה וכי היכי דשטר בתוך זמנו גובה בלא שבועה אפי' מיתומים קטנים הכא נמי היתה גובה בלא שבוע' אם לא היה חשש תפסת צררי ואין לדחות ההיא דפ' השולח דכי אמר' שלא נהנתי מכתוב' כלום הכל בכלל שאם מחלה לבעלה או נתנה לאחרי' טובת הנאה אית לה ואי בזבזה או זלזלה במכירתה ודאי לא עשתה כן אלא להנאתה דודאי בנדרי' בשבועות לשון בני אדם אין אומר כן אלא בהנא' עצמה ולעי' מינה מייתי מעשה באדם א' בשני בצורת שהפקיד דינר אחד אצל אלמנה והניחתו בכד של קמח ואפאתו בפת ונתנתו לעני אמר יהנה סם המות בא' מבניה אים נהניתי

מדינרך כלום ופרכי' מ"ט אנישת והא באמת נשבע' ומשני דאשתרש לה מקום דינר וזהו מה שנשכרה שאם לא הדינר היתה נותנת עוד עיסה בככר אבל אי לא כן אע"פ שפשעה בה מה שנתנ' בכד של קמח ולשה ופושעת היא בכך דהו"ל למידק מ"מ לא היה עליה עונש שבועה שלא נשבע' אלא שלא נהנת אע"פ שיש מעשה לא תחייב על כך. ואע"פ שלפי פירושו של הרב ר' חננאל ז"ל שפי' דמודה רב בקופצת היינו שתחזור ותשבע כדינה בנקיטת חפץ (מי שקפץ ונשבע בה' אלהי ישראל צריך לחזור ולישבע בב"ד כדינו) ולזה הסכים הרשב"א ז"ל בחידושיו ואין ראי' מההוא עובד' לנ"ד מ"מ אף ר"ח ז"ל לא אמרה מעעם זה שצריכה לחזור לישבע על שלא עכבה ושלא בזבזה אלא משום דלא נשבעה כדינה בנקיטת חפץ וגדולה מזו אמרו דיינא דאשבע באלהא דישראל כלו' ולא אנקוטי חפצא נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר כדכת' הרשב"א אבל מטעם זה לא נגעו בה. אלא מטעם שראיתי להר"ן ז"ל בהלכות שכתב בלשון הזה בעובדא דגמ' (מי שגזל מחבירו אינו יכול לישבע שלא נפרע חובו שאותו הממון עולה לפרעון) ומכאן דמי שגזל מחבירו נר' שאינו יכול לישבע שלא נפרע חובו שאותו ממון שגזל עולה לפרעון ע"כ ומשמ' מדבריו דהכל במשמ' לא נהנתי ואף שלא גנבה ולכך למד דין זה משם ואילו לפי דרכינו אין ראיה משם דנהי דאין במשמע הלשון שנשבע' זה שלא גנבה משל בעלה אלא הואיל ונשבעה על העיקר שבגללה אנו מחייבי' אותה שבוע' אם התפיסה בעלה צררי וכתובת' שוב אינ' מחויב לישבע שמא גנבה אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקי' כמו שהוכחתי ונראה דמ"מ שפיר מוכיח הרב ז"ל מכאן במה שגנבה עולה לפרעון דמה שהצרכוה שבועה משום דילמא צררי אתפסא היינו שנתן לה בטחון תשלום כתובתה על מה שהיה בידה ממטלטלי דזו מילתא דשכיחא היא שכמה נשים יש להם מטלטל' רבים ולא היה צריך להתפיס דהיינו צררי דאתפסא כדאמרי' גבי' יחד לה ארעא בד' מצרנהא ואלה לא באו בידה בתורת פרעון כתובה וכ' נשבעה אם נהנתי מכתובתי כלום איפשר לומר דמטלטלי שבידה לקחה אותם לעצמה בתורת גנבה ואינם בכלל שבועתה לזה כתב הרב ז"ל דודאי כל מה שגנבה בכלל ועולין לפרעון והא דאמרו בעלמא דילמא צררי אתפסא ולא אמרו דילמא יש בידה מטלטלין לרבותא נקט הכי דאע"ג דידעי' שא"א שיהיו מטלטלין שבידי' כדי כתובת' מ"מ חיישי' דילמא איהו גופיה אתפיס לה תשלום כתובת' כיון דאית לה בתנאי ב"ד ועוד יש לי להוכיח ממה שמצ' למהר"ם ז"ל בתשובה הובאה במימוניות דשייכי לס' משפטים על אודות קרקע שנתן ליתומים מכח זקנת' ולא נשבעה הזקנה שבועת אלמנה והיתומי' הוציאו שטר שאביהם מחל לאמו שבועתה וגם הקנה לה תביעת המטלטלים העודפים על כתובתה והאלמנה עם היתומי' תובעת

שמיד כשמת חמיו נשתעבדו הנכסים בכתובתה ולא כל כמיני' דבעל למחול לו השבוע' והשיב מהר"ם דאין לאלמנה על היתומים כלום דכיון שנתן לאמו המטלטלים העודפים דהיינו צררי שאינ' ידועים תגבה כל נכסי בעלה ידועים ואם איתא אכתי שמא מחלה ולית לה כתובה כלום וחל שיעבוד כתובת הכלה על הנכסים אלמא להכי לא חיישינן שתהא צריכה לישבע על זה ומי שאמר שאין בדברי ש"מ אלו כלום דאדם עשוי שלא להשביע את בניו טעו' הוא בידו. (ש"מ שאמר מנה לפ' בידי ולא אמר תנו ונקיט שטר מקויים בידו גובה שלא בשבועה) דבשלהי בתרא מוקמי' ההיא דרב ושמואל דאמרי ש"מ שאמר מנה לאיש פ' בידי ומת אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין בדנקיט שטר שאינו מקוים אבל בדנקיט שטר מקוים אפי' לא אמר תנו נותנין ולא אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את בניו וכת' התוס' דמאי נ"מ הא בלא כן גובה בשטר מקויים שבידו ופי' ז"ל דהא נ"מ שגובה שלא בשבועה. (הא דאמרינ' אדם עשוי שלא להשביע את בניו היינו דוקא שלא דרך הודא') ועוד לא אמרי' אדם עשוי שלא להשביע אלא באומר כן באקראי אבל כשהוא מתכוין ללוותו מזמין עדים על צוואתו מוזהר הוא שלא לומר בפני עידי' דבר שיהיה נזק לו או לבניו ואמרי' התם מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנין והק' הרי"ף ז"ל הא לא חזר ואמר פרעתי נאמן והא רב ושמואל דאמרי תרוייהו לא אמר תנו אין נותנין ותירץ ז"ל התם דלא אמר בתורת הודאה הכא דאמר בתורת הודאה דומיא דההיא דפ' זה בורר ראוהו שהטמין מעות בשד' תבה ומגדל ואמ' של פ' הם אם כמוסר דבריו קיימין ואם כמערים לא אמר כלום ופשיטא דהכא כמוסר דבריו הוא שהרי הוא מצוה בפני עדים ומסדר כל דבריו לפניה' כללן של דברים מאחר שאמר ש"מ בדברי צואתו שהוא יודע שאין בכל הנכסים כדי כתובת אשתו ונכסי מלוג שלה נסתלק ממנ' חשש התפסת צררי ואעפ"י שלא נשבעה הוחזקו כל הנכסים בחזקת האשה נאום הצעיר יוסף בכמהרר משה מטראני ז"ל.

סימן כה

שאלה לאשר הביא אלוה בידו מחקרי סתרי חדרי תור' בקרב לבו ערוכה בכל ושמורה החכם השלם כמהר"ר מנחם נר"ו שלום רב לו ולאוהבי תורתו.

אני איני כדאי דשלח לי מר ובביתי אין לחם ולא דברי' המחוורין כשמלה אבל מאחר שהרשתני אצינה נא לפניך מיעוט דעתי הקצר' מאשר הריחותני מרוחך רוח חכמ' ותבונ' כי מעלתו העיר בדבר הי' הערו' מעורר' את הלב ומלודית מחשבות לאשר לו לב לשמוע וענים לראות יבין לאשור' בטעמם ונמוקם באורח נכוחות לקבוע בהם מסמרות אמרו' ה' אמרות טהורו' ראשונ' קרא מר תגר על מנהגנו שאנו נוהגין להפרי' תרומ' גדול' ולקרא

שם למעשר ראשון ונוטלין תרומת מעש' ומניחין שא' המעשר שם וכן עושין למ"ש ולמעש' עני ואמ' כי מג' מקומו' בתלמו' מוכיח דקריא' שם למ"ע לא מהני עד שיפרי' ממש וחד מדאמ' ביבמות פ' יש מותרות ורבנן מה תרומה טובלת אף מעש' ראשון טובל וכתב מר הא מעשר ראשון דטביל היכי דמי אי עד שלא נטלה תרומתו תיפוק לי משום תרומת מעש' שבו ואי בנטלה תרומתו ע"כ קורא לה שם כשהו' מפרישה כדתנן א' ממא' ממה שיש כאן כו' אלא משמע דאע"ג דקרא לה שם כל שלא הפרישו טביל ראיה זו איני מכיר דאי מדברי רש"י מוכח מר היא גופה הקשו התוס' וז"ל פי' רש"י בשלא הופרש חייבין מיתה על אכילתו של טבל דהא תרומ' מיתה כתיבה ביה וקשה לר"י מעשר ראשון נמי כתיבה ביה תרומת מעשר ע"כ ולכשתמצי לומר לתירו' התוס' אין משם הוכחה של כלום שכן כת' ופי' ריב"ן משום דדרשי' בפ' הנשרפין ולא יחללו את קדשי בני ישראל אשר ירימו לה' בעתידים ליתרם הכתוב מדבר ויליף חילול חילול מתרומ' עכ"ל ודבריהם מבוארי' דאי לאו ההוא קרא דהנשרפין לא הוה קים לן בטבל מיתה אע"ג דאיכא מיתה בתרומה דהו"א עדין לא חל עליה שם תרומה עד שיפרישנה ודרשי' מאשר ירימו ויליף חילול חילול מתרומ' וההוא קרא בתרומה גדולה מיירי אבל תרומ' מעשר מנ"ל דטבל דידיה במית' כמו תרומת מעשר גופיה ומייתי לה מהקישא ואפי' תימא דרש"י לא ס"ל הכי לפי הלשון שהביאו התוס' משמו דהא תרומה מית' כתיבה בי' מ"מ יש ליישב פירושו דלעולם אפי' תרומת מעשר הוא ס"ל דלא טביל. וס"ל לרש"י (תרומה עד שלא הופרשה כיון שעומד לכך חל עליו חיוב מיתה אבל טבל שלא הופרש ממנו מעשר ראשון לא מחיי' מיתה משום תרומת מעש' שבו דלא חל חיובי' עד שיפרי' המעשר) שכשכתו' מיתה בתרומה ה"ה עד שלא הופרשה כיון שחייבתו תור' להפריש' דכל העומד ליגזז כגזוז דמי וה"ה במעשר ראשון שהופרש ועדין לא נטל' תרומתו כיון שנכרו (שנפרש) חל עליה חיוב התרומ' חל עלי' חיוב מיתה אבל טבל שלא הופרש ממנו מעשר ראשון לא מחייב מיתה משום תרומת מעשר שבו דאכתי לא חל חיובו עד שיפריש המעשר אז חל החיוב על הלוי להפרישה וס"ד דלא טביל עד דמייתי לה מהקיש' ודייקי' נמי מקרא דקרא מיירי בטבל טבול למעשר דכתיב אשר ירימו בעתידין ליתרם הכתוב מדבר כדילפי בהנשרפין גבי תרומה גדולה וסברא זו נכונ' וברורה ואף לתירוץ התוס' אנו צריכין לה ותדע שזו היא דרשתו של יוחנן כהן גדול בפ' עגלה ערופה דתניא לפי ששלח בכל גבול ישראל וראה שלא היו מפרישין אלא תרומה גדולה ופירש רש"י בפ"ק דבכורות שהיו סבורין שתרומת מעשר לא חל חיובה עד שיפרישו המעש'

ועל הלויים רמי חיובא כדכתיב ואל הלויים תדבר וכו' כי תקחו מאת בני ישראל ונתתם ממנו ועוד אנו עתידין לבאר בדבר הזה בס"ד.

והמקום השני שמצא מהך דאלו הן הלוקין דמייתי התם מתני' דדמאי ר' אליעזר אומר אין אדם צריך לקרוא שם למעשר עני של דמאי וחכמי' אומ' קורא שם ואינו צריך להפריש ופרש"י ושאר המעשרו' על כרחו צריך להפריש מעשר ראשון לפי שצריך לפרוש תרומת מעשר ומעשר שני לפי שצריך להעלותו לירוש' ולאוכלו ע"כ משמע דבעי הפרשה ממש ולא סגי ליה בקריא' שם וקשיא ליה למר לפי שיטתו למה פי' רש"י הטעם במעשר ראשון משום תרומת מעשר ומעשר שני לפי שצריך להעלות לירושל' ותיפוק לי' משום דלא סגי ליה בקריאת שם עוד הקשה בדברי רש"י ובלא אפשר להפריש תרומת מעשר בלי הפרשת המעשר כדתנן הלוקח מן הנחתום וכו' ובכמה דוכתי עיסה שנחתומ' מעיד עליה שבאמת אם זו היתה כוונת רש"י היא קושיא חזק' אטו להפרי' תרומת מעשר לא סגי ליה בלא הפרש' המעשר ועוד אף מעשר שני בלא הפרשה יכול לעלות ולאכלו בירושלים מאחר שקרא לו שם או יקבע לו מקו' ויחלל על המעות אי נמי אם הוא בתוך ירושלים למה צריך להפריש אלא הא דכתב רש"י לא קאי אמילתא דרבנן אלא אמילתא דר' אליעזר דס"ל דכיון דדמאי ספיקא הוא לא בעי' להפריש מ"ע משום דממון הדיוט הוא ומותר לזרים כדכתב רש"י לעיל ולהכי לא בעי' אפי' לקרוא את השם ואמאי נקט ר' אליעזר מעשר עני ולא נקט נמי מעשר ראשון ומעשר שני דהני נמי מותרין לזרי' להכי כת' ושאר המעשרות צריך להפריש על כרחו כלו' להפריש' או לקרא להם שם דהיינו הפרשה משום תרומ' מעשר דטביל ויש בה עון מיתה ומעשר שני כדי להוליכו לירושלים ולפי המסקנא דאמרי' דלכ"ע בודאי טביל ובנחשדו פליגי ע"כ דלא פליגי אלא במעשר עני אבל בשאר המעשרו' ודאי נחשדו מעשר ראשון משום תרומת מעשר שבו דסבר אי מפרישנא ליה בעינא לאפרושי תרומת מעשר ומעשר שני סבר אי מפרישנא ליה בעי אסוקי ומכליה בירושלים א"כ בין למאי דסבר בין לפי המסקנא לא פליגי אלא במעש' עני ולא בשאר המעשרו' וזה שכתב רש"י לישנא דאפרושי לא נחית לחלק בין קריאת שם להפרש' אלא לחלק בין מ"ע לשאר המעשרות ואני תמה עלי' היאך מוכיח מדברי רש"י ומדקדוקם אם הטעם שאמר רש"י לדבריו הוא כנגד דברי מעכ"ת אם לא שיאמ' שנבא רש"י ולא ידע מה נבא והלכ' כמותו שאמר ע"כ צריך להפרי' א"ל אין הטעם כדבריו אתמהא עוד כת' וז"ל והתימ' עלינו אם איתא למנהגנו מאי ואין צריך להפרי' דאמו' רבנן גבי מ"ע של דמאי השתא אפי' מעשר ראשון שלו דאיסגי לן בקריי' שם מ"ע של דמאי מבעי' ע"כ אישתמיטתי' למר לשון הירוש' שאמר שם מה טעמ' דר'

אלייעז' מכיו' שיודע שבעון מיתה מפרי' מ"ט דרב' בלא כך קורי' שם ואינו צריך להפריש פי' בלא כך אפי' במעש' ראשון של ודאי בקרי' שם סגי ומאי פסיד' איכא או מאי טרחא איכא אם יקרא שם על הספק ומתני' מילת' בטעמא קאמר וכן מצאתי שפי' הרא"ש נמצא דמר בא ללמ' דלא סגי בקריא' שם מהכ' ונמצא למד דבודאי מיירי מלשון הירוש' עוד הוכיח מסיפ' דהך שמעת' דאמרי' ורבנן סברי כיון דטריח ליה מילתא לא מפרי' ואם איתא דבקרי' שם סגי מאי טרח' איכא ואין זה דקדוק כראוי ללמוד ממנו הלכה דעם הארץ לאו דינא גמיר שבקריאת שם למעש' סגי כדי להוציאו מידי טבל שהרי הוא רואה לעולם שאנו מפרישין אותו לגמרי ליתנו לעני סבור הוא דלא סגי ליה להוציאו מידי טבל בלא הפרש' והו"ל יודע ואינו יודע דומיא דההי' דפ' האיש מקדש אדם יודע שאין מפרישין חלה מקמח כמה שרוא' שכל העול' נוהגי' כן ואינו יודע דסבר משום טרחא הוא אף כאן סבור הוא דלא סגי בלא הפרש' ומאן יהיב קבא דקמחא למיזל לבי רב למיגמר שמעתתא דבקריאת שם סגי הילכך טריחא ליה מילתא ולא מפריש ליה כלל וכי תימא נדרוש להו דבקריאת שם סגי להוציאו מידי טבל אף אנו מחזיקין ידי עוברי עביר' שהכל יקראו להם שמות לתרומו' ומעשרו' ולא יתרום לכהן דכיון דעון מיתה ליכא אגזל כהן לא חיישי.

והמקום השלישי רצה ללמוד מדאמרינן בפרק עגלה ערופה כשם שתרומה גדולה במיתה כך תרומ' מעשר וטבל במיתה ומשמ' ליה דטבל היינו טבול למעשר ראשון שהרי כבר אמר תרומת מעש' וכמדומ' שרצה לדייק כמו שדייק ביבמות אבל טבל דקתני אינו אלא טבול לתרומת מעשר וטבל טבול לתרומת מעשר הוא דאצטריכא ליה למדרש דאילו תרומת מעשר בעיניה יודעים היו שהוא בעון מיתה ונזהרין ממנה כדמוכח בתוספתא דדמאי דתניא כשם שאימת שבת על עם הארץ כך אימת דימוע על עם הארץ פי' מתרומת מעשר שחזרה למקומה דאמרי' שואלו ואוכלו על פיו ועוד הא דאימת שבת על עם הארץ מפרשי לה משום דשבת קובעת למעשר אלמא הא דלא חייש ע"ה אתרומת מעשר משום דסבר דאכתי לא קביעה ביה איסור' דתרומה שהיא בעון מיתה ועוד יש לומר דתרתי אצטריכא ליה כשם שתרומה גדולה במיתה ואף טבל טבול לה כדדרשינן בהנשרפין כך תרומת מעשר ומעשר ראשון הטבול לה במיתה ולא תימא דוקא בתר דאפריש מעשר ראשון שחל עליו שם תרומת מעשר אלא אפילו לא הפריש אלא שהוא טבל בעיני' יש בה עון מיתה משום מעשר ראשון שבה שזו היא עיקר הטעות שהיו טועין העולם לומר דאכתי לא חל שם תרומת מעשר כדפי' רש"י כמו שכתבתי למעלה וכן מוכיח בירושלמי דפאה פר' בתרא דאמרי' התם כשם שלא נחשדו ישראל

על תרומה גדולה כך לא נחשדו לויים על תרומת מעשר והיינו לפי שיודעי' הם שתכף כשהופרש חל עליו חיוב תרומת מעשר ואין לדקדק מדברי רש"י מה שדקדק כת"ר מכי אפרישיניה ואפקעיניה מתורת טבל וכן לשון התוס' מפרישן והן שלו שהן ז"ל לא נחיתו להכי ולקריאת שם קרו הפרשה.

ואף כי כת"ר בא בארוכה לבעבור סבב את פני בהלכות לבטל את המנהג אבא בקצרה להעמידו וכולהו מתנייתא דבמכילתין מוכחי להדיא דבקריאת שם סגי וגם כי כת"ר דחה ההיא דהנחתומין קשיא הך דהלוקח מן הנחתום דקתני אומר אחד ממא' וכו' משמע דבהכי סגי שאם לבסוף צריך הוא להפריש גם המעשר למה צריך לכל זה יפריש תחילה המעשר ואח"כ יפריש תרומתו וכן מוכחא נמי מתני' דהרוצה להפריש תרומה ותרומ' מעשר כאחת וההיא דפ' בתרא דדמאי מזגו לו את הכוס אומר מה שאני עתיד לשייר בשולי הכוס וכו' דמשמ' להדיא דלא משייר אלא אותו המועט שבשולי הכוס לתרומת מעשר אלא דמר מתרגם לכולהו דוקא בדמאי והנה ראה שרבינו שמשון פרשה להההיא דהרוצה להפריש וכו' בודאי ומה נעשה למעל' כ"ת שאינו מבטל דעתו מפני דעתם של גדולים ולואי שיעשה האדם דברי הראשונים נוחי נפש רטיה ללב קלורית לעינים למען אשר יראה בעיניו ולבבו יבין ועוד מטונך מי לא דייקת ממתני' דחכמים אומר' קור' שם ואינו צריך להפריש דדוקא גבי מעשר דקיל אבל שאר מעשרות לא מהני בהו קריאת שם אע"פ שהוא דמאי א"כ לדידך היכי מתיישבת הך מתני' ועוד תמה על עצמך אם קריא' שם למעשר לא שמה הפרשה אם כן הו"ל כאילו לא הופרש והאיך יכול להפריש עליו תרומת מעשר והלא אם אין מעשר אין תרומה שאין אני קורא בו מעשר מן המעשר אלא אחר שהופרש כמ"ש הרמב"ם ז"ל שם ומתני' טובא דתנן ומעשר שני בצפונו או בדרומו כולהו הוו תיובתיה דמר דאף בודאי משתעי ומר דחה לומר דכיון שהוא מחלל על המעות הו"ל כמו הפרשה גמורה ולא נהירא כלל דאדרבא כל שאין ההפרשה כדין גם החלול לא חל על המעות תדע דתני' בתוספת' גבי עובדא דר"ג וזקנים שנתארחו אצל ב"ה שהיה אומר מעשר כרי זה בתוכו ומחולל על מעות הללו אמרו לו צא ואכול מעותי' השכרת ממון ואבדת נפשות שכל שלא היתה ההפרשה כדין שלא קבע מקום לא חלה קדושה על המעות ומאחר שכל המשניות השנויות במכילתין שמורות בדבר באצבע רוצה לכפות עליה' פסכתר ולמדחינהו בגילתא דחיטי' הרי הוא מזקיקני להביא לו ממקומות אחרים שאם דברי תורה עניים במקומן עשירי' הם במקום אחר בפ' כל הגט אמילת' דבריר' מייתי תלמוד' אותה ששנינו הלוקח יין מבין הכותים אומר שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן תרומ' עשר' מעש' ראשון מיחל ושות' ופי'

רש"י מחלל על המעו' ושות' בלא הפרש' וכת' עליו בתוס' ואין נר' דדוק' גבי דמאי קתני בהך משנה ומחולל על המעות לפי שקבע לו מקום דקתני מעשר שני בצפונו או בדרומו דהוי כמו הפרשה והכא דודאי הוא אינו יכול דבין השמשות מיירי דאין מעשרין את הודאי אלא פירש רבינו תם מתחיל ושותה מיד ואחר שבת יפריש מעשר ראשון ושני עד כאן דבריהם ולמדנו מהם שני דברים חדא איפכא מכת"ר דאדרבא חילול לא מהני אלא משום דמהני קביעות מקום דהוי כמו הפרשה ועוד למדנו בין לרש"י בין לרבינו תם דלענין היתר שתיה אפי' בטבל ודאי מותר מיד לשתות בקריאת שם בלא קביעות מקום כל שכן בקביעות מקום ועוד בפ"ק דחולין אהא דרבי מאיר אכל עלה של ירק בבית שאן והתיר רבי כל בית שאן בשבילה פרכי' דילמא רבי מאיר נתן עיניו בצד זה ואכל במקום אחר ומשני תא חזי מאן גברא רבא מסהיד עליה ולא תימא עלה של ירק שאכל ר"מ דמאי היה ולהכי סגי ליה בהכי דאם תלמודא מהדר לדחויי לומר שהיאך למד רבי מאותו מעשה ולא משכח לומר אלא תא חזי מאן גברא רבא מסהיד עליה כלומר והוא דקדק בדבר שלא נתן עיניו וטפי הו"ל לשנויי ודאי היה ולא סגי ליה בהכי ובקדושין פרק האיש מקדש אמרי' מה לתרומ' שכן ישנ' במחשבה ופי' רש"י שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אח' ותו גרסי' בפרק שבועות שתים גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו ופרכי' ונגמר מקדשים דכתיב כל נדיב לב עולות ומשני משום דהוי תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כא' ופי' התוס' תרומה דכתיב ונחשב לכם תרומתכם כדאמרי' ובירושלמי פרק בתרא דדמאי א"ר זעירא הדא אמר' טבל שיש עליו תנאי מות' לטלטל בשבת כיצד הוא עושה נותן עיניו במקצתו ואוכל את השאר פירוש טבל שהתנ' עליו מע"ש שני לוגין שאני עתיד להפרי' וכו' דעלה מיירי התם ונר' דאשמעי' דאע"ג דאכתי לא מתקן ולא נת' עיניו בו לתק' מותר הוא לטלט' דכיון דסגי ליה בנותן עיניו בצד זה וכו' לאו מוקצ' הוא הרי לו שאפי' בטבל ודאי התירו בלא הפרש' ותנן נמי התם בפרק המזמין את חבירו שיאכל אצלו וכו' אומר מע"ש מה שאני עתיד להפריש למחר הרי הוא מעשר ושאר מעשר סמוך לו וכו' מזגו לו את הכוס אומ' מה שאני עתיד לשייר בשולי הכוס הרי הוא מעשר וכו' ובירושלמי א"ר יוחנן מתנייתא בדמאי הא בודאי לא ופריך דתנינן לקמן בההוא פרקא היו לו תאנים של טבל בתוך ביתו והוא בבית המדרש דההיא בודאי מיירי דקתני סיפא היו דמאי ומסיק דמתני' בין דמאי בין ודאי הרי שבודאי התירו לאכול בלא הפרשה בקריאת שם לבד שהרי הוא אומר מה שאני עתיד לשייר בשולי הכוס לפי שהוא מתבייש מבעל הבי' להפריש קודם שלא ירגיש בו שהוא חושדו ולא העמידה ר' יוחנן בדמאי אלא משום דדוקא בדמאי אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו כדמפ' התם

ותו איכא בפ"ק דקדושין דמייתי מעשה ברבי גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה אמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון לר' יהושע ומקומו מושכר לו ופי' רש"י שר"ג שכח מלתרום והיה ממהר לתרום שמא יאכלו בני אדם ממנו כשאינו מתוקן ולכך אמר עישור שאני עתיד וכו' וכתב ואע"פ שעדין לא הופרש קריית שם הוא ואפי' אכלו ממנו אין כאן חיוב מיתה משום טבל ומן המותר יפריש מעשרותיו כי ממה שיותירו לבסוף בביתו של ר"ג יפריש המעשרות אח"כ לפי שהיה ידוע לר"ג שלא יאכלו הכל שהרבה תבואה היה לו כדכתבו התוס' והתוס' הקשו על פי' רש"י למה הוצרך לרבי יהושע ולהשכיר לו את המקום בקריאת שם סגי ואע"פ שר"ת העמיד לענין ביעור ולא להפרש' המעשרות מ"מ למדנו בין מדברי רש"י בין מדברי התו' דבקריאת שם סגי בלא הפרשה ממש וראיתי לרבי' ישעי' מטראני ז"ל שכתב שם בחדוש' המודפסו' עישור שאני עתיד למוד היה מתכוין לתקן פירותיו שלא יכשל אדם בהם ואע"ג דקריא' שם בלא הפרשה אינה כלום אהני דלכשיפריש הוברר הדבר מעיקרא שעל אלה קרא שם ומה שאכלו לא אכלו טבל אלא מתוקן ואין לטעות כלל בלשונו לומר שהוא סבור דבעי שיפריש ממש המעשר בידים אלא על קביעות מקום הוא דקאמר שהוקשה לו דהיכי מהני לזה קריא' שם הואיל ולא סיים וקבע מקום ואמר מעשר ראשון לצפונו ומ"ש לדרומו ואין לומר דאין ה"נ דקבע מקום שהרי ר"ג היה מתיירא שלא יאכלו בני ביתו ממנו ואם היה קובע מה הועיל בתקנתו אדרבא גרע טפי שיאכלו מאותו המקום שקבע המעשר אלא ע"כ לא קבע לו מקום והשתא לא היה חושש ר"ג שלא יאכלו הכל כי היתה תבואה מרובה והיה יודע שישיירו ומה שישתייר יהיה מעשר כדכתבו התוס' וגם קושיא זו הקשו התוס' לפי' רש"י דמאי מהני קריאת שם הואיל ולא קבע מקום למעשר וקביעת מקו' קרי ליה הפרשה כדמוכח בדברי התו' בפרק כל הגט גבי ההיא דהלוקח יין מבין הכותים דכיון דבודאי מיירי לא היה יכול לקבוע מקום דהפרשה היא ובין השמשות אין מעשרין את הודאי ותירץ הרב ז"ל דאהני ליה אע"ג דלא קבע מקום להוציא את זה שיאכלו מידי טבל כשיתברר מה שישיירו ויחול עליו שם מעשר דס"ל יש ברירה דומיא דההיא דהלוקח יין מבין הכותים ותמיהא לי טובא על מה שהקשו התוס' לדברי רש"י כיון שלא קבע מקום בצפונו או בדרומו מה הועיל בהפרשתו דהא תניא בתוספת' מעשר שני שבחפ' זה מחולל על איסר זה ולא קבע לו מקום וחכמי' אומ' לא קרא לו שם עד שיקבע מקום לצפונו וכו' דהא ע"כ ההוא דהלוק' יין מבין הכותים שהביאו שם התוס' לא קתני בה קביעות מקום ואעפ"כ מהני לשתות מיד וכמו שכתב התוס' בפ' כל הגט שפי' רבינו תם מיחל ושותה מתחיל ושותה מיד דדוקא אם היה בא לחלל על

המעו' היה צריך לקבוע מקום אבל זה שותה מיד ואח"כ במוצאי שבת יחלל א"כ מה הוכחה הוכיחו מההיא דמעשר שני שבחפץ דבעי' קביעות מקום דהתם הוא כדי שיחול החלול עליו ושיהא מסויים שאם אינו קבוע לא חל קדושה על המעות כדמייתי עלה עובדא דרשב"ג השכרת מעות ואבדת נפשות אבל להוציא מידי טבל בקריא' שם כה"ג סגי שיאמר מה שאני עתיד לשייר הא מעשר כדמוכח בההיא דהלוקח יין ובההיא דמזגו לו את הכוס ובכמה דוכתי ובפרק בכל מערבין מייתי תלמודא מתני' דתרומות האו' תרומת הכרי זה בתוכו ומעשרותיו בתוכו וכו' ר"ש אומר קרא שם וחכמים אומרים עד שיאמר בצפונו או בדרומו ומתרגם לה לדרבי שמעון לחד לישנא דבעי' קביעות מקום ושאני התם דאיכא סביביו וטפי היה להם לתוס' להביא משנה זו ואע"פ כן אין מהם קושיא דשאני הכא דאמר הוברר הדבר למפרע כשישיי' אבל בתורם מעתה בעי' קביעות מקום מ"מ למדנו דקריאת שם עם קביעות מקו' לכ"ע מהני ואי קשיא מהא דאמרי' בפ' נוטל אמתני' דתנן אף מעלין את המדומע בא' ומאה ופרי' והא קמתקן ומסי' הוא דאמ' כר"ש בן אלעזר דתני' רשב"א אומר נותן עיניו בצד זה ואוכל מצד אחר ומפ' דרבי יהודה עדיפא מדר"ש בן אלעזר דמיקל טפי לומר שהואיל ויכול ליתן עיניו בצד זה ולאכול בצד אחר לא הוי מתקן בעליותו הילכך מעלין ועל כרחין ר' יהודה מודה בטבל ולא פליג אלא במדומע ואי אף טבל סגי ליה בהכי נותן עיניו בצד זה לאו מתקן הוא ואמאי לא מעשר בשבת הא לאו מילתא היא דהא בנותן עיניו בצד זה דהכא לא דמי לנותן עיניו בצד זה דאמרינן גבי טבל דגבי טבל צריך הוא לקרא עליו שם מעשר ותרומה והיינו הפרשתו הילכך לא מצי מעשר בשבת דמתקן הוא בפה אבל מדומע דלא בעי לקרא עליו שם שהרי תרומה היתה ונתערבה לר"ש בן אלעזר דסגי ליה בנותן עיניו לאו מתקן מקרי וכה"ג טבל שהתנה עליו מע"ש שאין צריך עכשיו לקרא עליו שם יכול הוא להפרישו כיון דסגי ליה בנותן עיניו ויהא מותר להעלותו בידים וזה פשוט ובר"פ האומר אהא דאמר ר' יוחנן אתי דבור ומבטל דבור ומייתי הא דאמרי' מחשבה אינה מוציאה לא מיד מעשה ולא מיד מחשבה והק' התוס' אמאי לא פריך לר' יוחנן מהא דמייתי התם לעיל האומר לשלוחו צא ותרום וכו' בטל אם עד שלא תרם בטל אין תרומתו תרומה אבל אי בשתרם בטל תרומתו תרומה ואפי' תרם השליח במחשבה אלמא לא אתי דבור ומבטל דבור ותרצו דמחשבה דתרומה היה יודע דכמעשה דמי דכתיב ונחשב וכו' ואילו היה הדבר רפוף בידינו היה כדאי המנהג שנהגו בימי עולם בימי רבותינו הקדמונים אשר באו ללמוד ממנו כמו שאמרו בירושלמי דמעשר שני פ"ה גבי פירות חמשית לא סוף דבר הלכה זו אלא כל הלכה שהיא רופפת בידך ראה מה צבור נוהגים ונהוג כן ואנן

חמוי צבורייא דלא מפ' ע"כ כ"ש שאין כאן הלכה רופפת אבל ברורה היא מפי סופרים ומפי ספרים ולואי כל שמועתינו הוו ברייין לן כהדה.

ומדמר עתיר סלעין עתיר פומבי ויתגלגל מענין לענין שלא באותו ענין ואיני נזקק לו. אבל מה שקרא על הרמב"ם ז"ל מלא רועים בשתי הלשונות (לשונות הרמב"ם מתרומה ומעשר) הא' במה שכתב הרמב"ם ז"ל שאפי' תרומה בזמן הזה אינה אלא מדרבנן ואפי' בימי עזרא מדכתיב כי תבואו ביאת כולכם וכי סליק עזרא לאו כולהו סלוק השתא הקיפהו החכם שיחיה לרבינו הגדול ז"ל בחבילות תשובות דלא קשו מידי לסתור את דינו ולאסוקי מיליה דלא כהלכתא ראשונה הקשה עליו מדאמרי' בסוטה אמר להו יוחנן כהן גדול לישראל כשם שתרומה גדולה במיתה כך תרומת מעשר וטבל במיתה ואם לא היתה מן התורה מאי מית' שייך בה עכ"ד יודע אני שעשיר בתשובות הוא אבל יש לו להשגיח על הפרוקים בפרט כשבא לתפוס על אביהן של כל ישראל ושמועה זו אין ממנה קושיא וכך הוא פתרונ' הרי שתרומ' גדולה היו הכל זהירין בה וכדתני' לפי ששלח בכל גבול ישראל וראה שהיו מפרישין תרומה גדולה ואפי' שלא היתה תרומה מן התורה באותו הזמן היו הכל זהירין בה לפי שכתוב בה עון מיתה אבל תרומת מעשר וטבל לא הוה קים להו דאית בהו עון מיתה דלא ידעי דרש' דהנשרפין אשר ירימו ודרשא דפרק יש מותרות מה תרומה טובלת אף מעשר ראשון טובל עד שדרש להם יוחנן כ"ג כשם שתרומה אית בה עון מיתה כשהיא מן התורה ולהכי הם זהירין בה אף עתה גבי תרומת מעשר וטבל צריך ליזהר בהם שיש בהם עון מיתה ומה בין זו לזו עוד הקשה מדאמרינן בפ' שני דכתובות אר' יוסי גדולה חזקה דכתיב ויאמר התרשתא להם אשר לא יאכלו מקדש הקדשים מקדש הקדשים הוא דלא אכול וכו' עד מעיקרא אכול תרומ' דרבנן והשתא אכול תרומה דאורייתא משמע דבימי עזרא היתה מן התורה עכ"ד ול"ק מר' יוסי יחידאה הוא ורבנן פליגי עליה כדאמרי' בפ' הערל וכמו שנבאר בסמוך וסתמא דתלמודא רוצה עכשיו ליישב להך דר' יוסי דאמר גדולה חזקה דאזיל לשיטתיה דסבר בפ' הערל ירושה ראשונה ושניה יש להם שלישית אין להם ומדאורייתא היא דאל"כ מאי גדולה חזקה ועוד אין ראיה כלל מאותה שמועה דלא אוקמ' תלמוד' בהכי אלא כי היכי דלא תקשי למ"ד מעלין מנשיאו' כפים ליוחסין דהיכי אמר להו הרי אתם בחזקת' וכו' הא אתי לאסוקינהו כיון דפרסי ידיהו אבל למ"ד אין מעלין אתי שפיר דלא העלם אלא לתרומ' דרבנן ומאי גדולה חזקה דאע"ג דאיכא למיחש לב"ד טועין שיעלום מנשיאות כפים לקדשי קדשים כדכתבו התוס' שם ואנן קי"ל כמ"ד אין מעלין כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ' עשרים מהלכותיו ויש לתמוה על מעלת כת"ר אדמקשי ליה לרב ז"ל

מההיא ברייתא תסייעיה מברייתא דסמוך לזו דתניא התם חזקה לכהונה נשיאות כפים וחילוק גרנות בא"י וכולי ומסיק התם קסבר תרומה בזמן הזה דרבנן עוד הקשה אי טעמא משום דכתיב בההוא עניינא כי תבא אל הארץ א"כ מתנות כהונה וראשית הגז דכתיבי נמי התם לא יהיו נוהגין בזמן הזה ואנן עתידין לבאר בס"ד מה טיבה של ביאה זו שהזכיר הרב ז"ל אבל עד שבא להשיב ממתנות כהונה וראשית הגז וכי אין לנו עליו אלא אלו בלבד והרי תפילין ופטר חמור דכתיב בהו ביאה והרי מצה דכתיב בה ביאה אטו אינן נוהגין בזמן הזה אלא כל אלו חובת הגוף הם וכבר למדו אותם ממקום אחר שאינן תלויים בארץ ולא בביאת הארץ כדדרשינן בפ"ק דקדושין יכול כל המצות לא יהיו נוהגין אלא בארץ תלמוד לומר כל הימים אשר אתם חיים על האדמה וכו' צא ולמד ממה שאמור בענין אבד תאבדון את כל המקומות וכו' מה ע"ז מיוחדת שהיא חובת הגוף נוהגת בין בארץ בין בח"ל אף כל שהיא חובת הגוף נוהגת בין בארץ בין בח"ל ולקמן בהך סוגיא מייתי ברייתא כל מצוות שנצטוו ישראל קודם כניסתן לארץ נוהגת בין בארץ בין בח"ל חוץ מהשמטת כספים ושילוח עבדים ופי' רש"י נצטוו ישראל קודם כניסתן לארץ דהיינו חובת הגוף ולקמן פריך השמטת כספים ושילוח עבדים חובת הגוף הם פי' וכבר נצטוו עליהם קודם כניסתן ומשני לא נצרכה אלא לכדרבי וכו' הא למדת שכל מצוה שהיא חובת הגוף היתה נוהגת במדבר קודם כניסתן לארץ וה"ה מתנות כהונה וראשית הגז דמותיב מר מינייהו והיאך נאמר שהן תלוית בביאת כולם ובהך סוגיא תניא דבי ר' ישמעאל הואיל ונאמרו ביאות בתורה סתם ופי' לך הכתוב באחת מהם לאחר ירושה וישיב' אף כל לאחר ירושה וישיב' ופרכי' ביאה דכתיב גבי תפילין למה לי לכדר' ישמעאל עשה מצוה זו שבשבילה תכנס לארץ וגבי פסח הקש' התו' ג"כ ביאה דכתיב בה למה לי ותרצו לומר עשה מצוה זו וכו' וכן נאמר בפטר חמור בכל מצוה שהן חובת הגוף אם נכתבה בהם ביאה הכי דרשי' לה עוד הקשה מדאמרי' דשמטה נוהגת אפי' בזמן שאין היובל נוהג והא כתי' בה כי תבואו ועוד מדאמרי' בירושלמי דאית' התם שמטה אינה נוהג' אלא בזמן שהיובל נוהג ונקיט לה מקר' ותיפו' לי' משום דכתיב בה כי תבואו עכ"ד ולא חש מר לקמחיה דההיא דהתם דרשא אחרינא היא דאפי' בזמן בית ראשון לא היה יובל נוהג משגלו בני גד ובני ראובן אע"ג דירושה ראשונה היתה והיתה ביאת כולם כמ"ש בפ' אחרון לערכין דתניא משגלה שבט ראובן ושבט גד בטלו יובלות שנאמ' וקראתם דרור בארץ לכל יושביה ולא בזמן שגלו מקצתן יכול היו עליה והיו מעורבבין שבט בנימין ביהודה ושבט יהודה בבנימין יכול יהא יובל ת"ל לכל יושביה בזמן שיושביה בתיקונן וכו' ולהכי אמרי שאף באותו זמן שבטל יובל אעפ"כ שמיטה

נוהגת ולפי שיטת הירושלמי לא היתה נוהגת ומייתי לה מקרא שאפי' בזמן בית ראשון הואיל ופסק יובל פסקה שמטה ואי קשיא מהא דאמרי' פ' בתרא דערכין מקיש ביאתן בימי עזרא לביאת' בימי יהושע שמנו שמיטין ויובל' ומפ' לה רב נחמן מנו יובלות לקדש שמיטין משמע דשמטה נהגה בזמן בית שני אע"פ שלא היו כל יושביה עליה ואע"ג דבפ' השולח אהא דהתקין הלל פרוזבול דמסקי' דשביעית בזמן הזה דרבנן פרש"י דהא דאמרינן שמנו יובלות לקדש שמיטין היינו מדרבנן מ"מ להרמב"ם ז"ל (בכאן נמצא חסר) עוד הקשה והרי ערלה דכתיב בה כי תבואו ונוהגת ובזמן הזה מן התורה עכ"ד כל מה שאתה משיב על הרב אפילו אתה משיב כל היום כולו הרי הן מתגלגלות ובאות עלינו לדברי ר' ישמעאל דאמר כל מקום שנאמר ביאה אינו אלא לאחר כיבוש וחילוק והרי ערלה דנהגה מיד שנכנסו לארץ ונוהגת בין בארץ בין בח"ל בפני הבית ושלא בפני הבית אלא כי תבואו דערלה דרשינן בספרי פרט לשנטעו גוים עד שלא באו לארץ דאי לא כתיב כי תבואו הוה מרבינן מרבוייא דכל עץ כל שנטעו גוים אף קודם ביאתה וקרא דונטעתם דרשינן ליה התם לעולה מאליו להכי איצטריך כי תבואו ונטעתם כדקתני מכאן אמרו עת שבאו אבותינו לארץ ומצאו נטיע' פטור נטעו אע"פ שלא כבשו חייב וסברא הוא לאוקמי דרשא בהכי ולא לומר דבעי ביאת כולם דהא קים לן הלכה למשה מסיני דאין ערלה בח"ל ואם אינה תלויה בארץ היאך תהיה תלויה בביאת כול'.

ואעיקרא דדינא דהרמב"ם ז"ל דסבר כי תבואו ביאת כולכם משמ' הקש' מר דאדרבא איפכא משמע מפשטא דברייתא התם בפרק האשה שנתארמלה דתניא אם נאמר כי תבואו הייתי אומר משנכנסו לה שנים ושלש מרגלים ת"ל בבואכם ביאת כולכם והך ברייתא גבי חלה מתניא משמע טעמ' דכתב רחמנא בבואכם הא כל דכתיב בה כי תבואו שנים ושלשה מרגלים במשמע וכתב מר דאי מהא לא אירי דאיפשר שהרמב"ם ז"ל מפרש הברייתא כמו שפרשה הראב"ד ז"ל אם נאמר כי תבואו ולא נאמר בשום דוכתא בבואכם הייתי אומר שנים וג' מרגלים השתא דכתיב גבי חלה בבואכם ילמד סתום מן המפורש דכולהו ביאת כולם משמע עכ"ד במטותא ממר לא מותב תותבי' לרבינו ז"ל וסייועי נמי לא תסייעה כי לא יתכן בשום ענין להסכים פירוש זה עם סברת הרב ז"ל דסבר דגבי תרומה נמי כתו' בה כי תבואו דהיכי קאמר התם אפי' למ"ד תרומה בזמן הזה דאורייתא חלה דרבנן דתניא אם נאמר כי תבואו וכו' ולפי שיטה זו היכי פסיקא לן חלה טפי מתרומה דאי מדרשא דבבואכם דכתיב גבי חלה מינה ילפינן כל מקום שנאמר בו כי תבואו דילמד סתום מן המפורש ותרומה בכלל ואם איתא לזה הפי' שהביא כת"ר משם הראב"ד צריך לומר דגבי תרומה לא כתיב בה ביאה דכי תבואו שבפ' שימת מלך

לא קאי אהא אי נמי דכי תבואו לא משמע ביא' כולכם אבל להרמב"ם ז"ל לא מתוקן כלל אך לא השגיח מכת"ר בדברי רש"י שם שכתב ה"ג אי בבואכם יכול משנכנסו לה שנים ושלשה מרגלים והכי פירושה וכיון ששנה הכתוב ביאה זו לכתוב בה בבואכם ולא כתיב כי תבואו יכול משנכנסו לה שנים ושלשה וכו' עכ"ל והוא הפך מכת"ר שכתב דכי תבואו לא משמע ביאת כולכ' אלא היכא דכתיב בבואכ' והנסחא כאן היא משובש' בגמרא ורש"י תקנה ובנדה בס"פ יוצא דופן הק' התוספות על נוסחא זו דהתם בספרי תניא משונ' ביא' זו של חלה דלא כתיב בה כי תבואו כי יביאך אלא בבואכם לומר מיד כשנכנסו לארץ נתחייבו בחלה אלמא כי תבואו ביאה חשובה משמע אלא ה"ג אי בבואכם פי' השתא דאמרת בבואכם תחילת ביאה א"כ כשנכנסו לה שנים וג' מרגלים ת"ל בבואכם ביאת כולכם משמע כדכתב רש"י והכי מתנ' התם בפ' י"ד אלמא כי תבאו טפי משמע ביאה חשובה מבבואכם ואי בבואכם משמע ביאת כולכם אף כי תבאו אפשר דמשמע הכי והתם איצטריך דרשא משום דדרשי' מיניה תחילת ביאה. ואחר שבירנו ופטרנו את הרב ז"ל מכל הטענות שמעכת"ר טען עליו

(השגת הראב"ד ז"ל דתרומה בזמן הזה מדאורייתא ותמיהות מורינו הרב ז"ל עליו):
מעתה נשאר עלינו לבאר מה שהשיג עליו הראב"ד ז"ל דהא קי"ל כר' יוחנן דס"ל תרומה בזמן הזה דאורייתא ואני תמה במחשבתו של הראב"ד ז"ל היכי משמע ליה דר' יוחנן ס"ל כר' יוסי דתרומה בזמן הזה דאורייתא דבפסחים פ' אלו עוברין מותבינן לר' יוחנן דאמר כל איסורין שבתורה היתר מצטרף לאיסור מהא דתנן שתי קופות אחת של חולין ואחת של תרומה וכו' ומסיק אמר ליה הנח לתרומה בזמן הזה דרבנן ואי ר' יוחנן כר' יוסי ס"ל הול"ל ההיא רבנן היא דאמרי' תרומה דרבנן ומדקא' הנח לתרומה וכו' משמע דר' יוחנן גופיה הכי ס"ל ועוד דבכולי' תלמודא פרכי' ומי אמר רבי יוחנן הכי והא אמר ר"י הלכה כסתם משנה ומתניתין דשתי קופות סתמות היא דסברה דתרומה דרבנן היא מדתני שאני אומר ובדאורייתא לא אמרי' שאני אומר אי מטעמא דתלינן לקולא כדאמרי' בהערל ואע"ג דבסוף פ"ק דיבמות גבי הא דאמר ר' יוחנן אין מקבלין גרים מתרמוד פרכי' והא אמר ר"י הלכה כסתם משנה ומשני אמוראי נינהו ואליבא דר' יוחנן אלמא מאן דאמר אין מקבלין גרים מן התרמו' לית ליה אליבא דר' יוחנן הלכה כסתם משנה הרי פירשו שם התוס' פי' אחר דלא פליג בהא דר' יוחנן הלכה כסתם משנה אלא בהא דקאמר משמיה דר' יוחנן זאת אומ' מקבלים גרים דאין להוכיח ממתני' דדלמא מן הגוים לבד מתרמוד קאמר ואפי' תימא דההוא דאמר אין מקבלים לא ס"ל אליבא דר"י הלכה כסתם משנה הרי כתבו התוס' שם בסמוך דלא קי"ל כוותיה דבכל דוכתי בתלמודא קי"ל דר'

יוחנן אית ליה הלכה כסתם משנה אלא מוכח להדיא שהפי' הנכון כמו שפירשו התוס' שם ביבמות דהא דאמר ואנא אמרי כר' יוסי לאו דסבר ר"י כוותיה אלא משום דאליבא דר' יוסי דאנדרוגי קיימי וכן מוכח דברי רש"י שכתב ואנא אמינא לר' יוסי דהא מתני' ר' יוסי קאמר לה אנדרוגינוס וכו' ולדידיה אמינא דהא לדידיה דאורייתא היא עכ"ל ולעולם לא פסק ר' יוחנן הלכה כר' יוסי עוד יש להביא ראיה דתרומה בזמן הזה דרבנן דבפ' הגוזל בתרא פריך סתמא דתלמודא לרב אשי דאמר אין מסיח לפי תומו כשר אלא לעדות אשה דאמר ר' יהודה אמר שמואל מעשה באדם אחד מל"ת שאמר זכורני כשאני תנוק ומורכב על כתיפו של אבא וכו' והעלהו רבי לכהונה על פיו ומשני בתרומה דרבנן ופי' רש"י דרבי לאחר חורבן הוה וכמ"ד לא קדשה לעתיד לבא ומ"ה העלהו על פיו לכהונה וקי"ל כרב אשי דבתרא הוא וכעובדא דרבי דמעשה רב ואין לפרש בתרומת פירות שאר אילנות או ירק או של ח"ל דהא סתמא קאמר והעלהו רבי לכהונה לכל מילי משמע ועוד דפ"ב דכתו' מוכח דמייתי התם דר' ור' חייא חד העלה בן על פי אביו וחד העלה אח על פי אחיו (על דבר שביד האדם לעשות נאמן אפי' באיסור דאורייתא) ומייתי הרי שבא ואמר בני זה כהן הוא ומפ' התם טעמא משום שבידו להאכילו נאמן משמע דכל שבידו נאמן ואפי' אדגן תירוש ויצהר דאורייתא ומסיים תלמודא מדרבי העלה בן על פי אביו ר' חייא העלה אח על פי אחיו ועל פי אביו לא משום דקרוב הוא ופריך אח נמי קרוב הוא ומשני במסי' ל"ת כי הא דאמר רב יהודה וכו' הא קמן דבמסיח ל"ת העלה ר' חייא אף בתרומת דגן דאורייתא דמשמע דלענין שהעלהו רבי העלהו ר' חייא ורבי לתרומה של תורה העלהו מטעם שבידו אלא מוכח כפירוש רש"י דלאחר חורבן אפי' תרומת דגן דרבנן היא דלא קדש' לעתיד לבא וכרבנן דפליגי עליה דר' יוסי ועוד איתא בפ' התקבל אהא דתניא מערימין על מעשר שני כיצד אומ' אדם לבנו ולבתו הגדולים לעבדו ולשפחתו העברי' הא לכם מעות הללו וכו' ומוקמי לה דמעשר בזמן הזה דרבנן ופרכי' אמה העבריה בזמן הזה מי איכא ומסיק בעציץ שאינו נקוב דרבנן ואין לומר דשאני מעשר שני דאיתקש לבכור כדאמרי' בפ' קדשי קדשים והבאתם שמה עולותיכם וזבחיכם מקיש מעשר לבכור מה בכור אינו אלא בפני הבית אף מעשר אינו אלא בפני הבית דהת' היינו לענין שלא יאכל מעשר שני בזמן הזה בירושלים דהכי תניא התם יכול יעלה אדם מ"ש בירו' ויאכלנו בזמן הזה ומייתי לה מהקישא והכי נמי תנן אם אין שם מקדש ירקבו ומ"מ הפרשה טעון ולא ממעיט מהקישא דבכור נמי איתיה בזמן הזה אלא שצריך לפדו' ומדקאמ' במעשר בזמן הזה דרבנן ה"ה שאר מעשרות והא דאמרי' בפ' כל שעה דתנן דאין יוצאין בטבל ופרכי' פשיטא ומשני לא צריכא בטבל טבול מדרבנן וכגון

שזרען בעציץ שאינו נקוב וה"ה דה"מ לשנויי דטב' בזמן הזה דמדאוריתא מחזא חזא ליה אלא רבותא בעו לאשמועי' בעציץ שאינו נקוב אף בזמן הזה דהוי תרתי דרבנן והרי זה מבואר ומה שכתב הראב"ד והוא עצמו נר' שכן כתב בתחילת הספר נראה שכתב כן על מה שאמר הרב ונוהגים בפני הבית ושלא בפני הבית ואין בלשון הזה סתירה למה שכתב כאן דודאי אף שלא בפני הבית נהגה כמה שנים משנכנסו לארץ ובלשון הזה כתב לענין יובל בפ"י מה' שמטה דנוהג אף שלא בפני הבית והיינו משום דיובל לא תליא אלא בזמן שכל יושביה עליה ועוד משנתינ' היא בסוף שקלים אבל מעשר דגן נוהג בפני הבית ושלא בפני הבית וראיתי לרב מהר"י קארו ז"ל שהקשה עוד על הרב ז"ל דכיון דס"ל דאף בימי עזרא לא היתה מן התורה דלאו כולהו סלוק א"כ מנא ליה לרבי יוחנן דרבי יוסי סבר דתרומה דאורייתא משום דתני שלישית אין להם וקדושה שניה קדושה לעתיד לבא הא קדושה שניה גופה לענין מעשרות לא היתה דבר תורה כיון שלא עלו כולם לדברי הרב ז"ל ודחק לומר שהרב ז"ל ס"ל כפירוש רבי חננאל ז"ל שפירש ירושה ראשונה אברהם יצחק ויעקב שניה ירושת יהושע ואע"פ שראה שהתוס' ז"ל הקשו עליו קושי' גדולה דבירושת יהושע לא שייך לחלק בין חלה לתרומה והיכי מפליג בינייהו בפ' יוצא דופן והוא ז"ל בעי למשכוני' אנפשי' להעמיד פי' ר"ח ועוד שהרי הרב ז"ל הזכיר בלשון הבריית' וקרא לירושת יהושע ירושה ראשונה ועזרא ירושה שני' ושלישית לעתיד לבא כמו שהוא מפורש בדבריו והך בריתא לא סיימוה קמיה דמרן רבינו חננאל ז"ל דבריתא זו דבפ' הערל היינו ברייתא דסדר עולם דסתם ס"ע ר' יוסי היא והכי מתניא התם להדיא מה ירושת אבותיך בקידוש כל הדברים הללו אף ירוש' וכו' יכול יש להם ירושה שלישית ת"ל אשר ירשו אבותיך וכו' ומהתם נמי מוכח דלענין מעשרות מתניא והכי תניא מה ביאתן בימי יהושע נתחייבו במעשרות ובשמיטות אף ביאתן בימי עזרא כן אלמא ס"ל דבימי עזרא היתה מן התורה לר' יוסי ונסתלקה הקושיא מעל הרב ז"ל.

ועדיין דברי הרב ז"ל צריכין חזור וצרוף אחר צרוף שעדין אני אומר נהי דלאחר חורבן הויא תרומה דרבנן דלא קדשה לעתיד לבא (ביאור לדברי הרמב"ם ז"ל שכתב שאפילו בזמן עזרא לא הית' תרומ' מן התורה) אבל מנין לו לר' ז"ל דאפי' בימי עזרא לא היתה מן התורה דילמא ע"כ לא פליגי רבנן עליה דר' יוסי אלא לאחר חורבן תדע דהא ריש לקיש דפליג עליה ר' יוחנן ואמר תרומה בזמן הזה דרבנן מודה הוא דבזמן הבית דאוריתא דהכי אמר כשהוא מאכילה בתרומה בזמן הזה דרבנן אבל אינו מאכילה בזמן חזה ושוק דהיינו בזמן שבית המקד' קיים דאיכא קדשים אלמא בזמן הבית דאורייתא ואי משום ברייתא דפ' שני דכתובות אי בבואכם ההיא גבי חלה מתניא ועוד ביאה כל עיקר לא

כתיב בהו דכי תבואו דבפ' שימת מלך ע"כ לא קאי עלה תדע דבפ"ק דקדושין בעי למימר דהוי מלך וביכורים שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין לומר שכל מקום שנא' ביאה לאחר כיבוש וחילוק ותנ' דבי ר' ישמעאל סבר צריכי דאי כתב רחמנא מלך ולא כתיב ביכורים הו"א ביכורים דקא מתהני לאלתר והרי תרומה דקא מתהני וכתיב בהאי ענייא ופירש בה הכתוב לאחר כיבוש וחילוק אלא מוכח דלא אמרי' דכי תבואו קאי אכולהו מילי אלא אשימת מלך דכתיב ביה בהדיא ועוד אימא מתנות וראשית הגז דכתיב מקמי מעשרות סמוכות למלך הפסיק הענין דע"כ אינם לאחר כיבוש וחילוק דהא חובת הגוף נינהו וע"כ כי תבואו לא קאי עלייהו והיכי קאי אמעשרות דבתרייהו דטפי מהא אמרי' בפ"ק דקדושין גבי קרח' דאע"ג דכתיב בני אהרן בריש עניין' אי לא ג"ש הו"א הפסיק הענין ואע"ג דהתם לפי' התוס' משום דכתיב עם קדוש הוא דהו"א הפסיק הענין מ"מ כשדבר אחר שלא כענינו הפסיקו ודאי דאמרי' הפסיק הענין ועוד קשה אי ס"ל לרב ז"ל דגבי תרומה נמי כתיב בה כי תבו' וביאת כולכ' משמע היכי אמר רב הונא בריה דרב יהושע בפ' יוצא דופן ובפ"ב דכתו' אפי' למ"ד תרומה בזמן הזה דאוריי' חלה דרבנ' משום דכתיב בבואכם הכא נמי כתיב והיכי פסיקא ליה חלה טפי מתרומה. (דבור התוס' בפ' הערל גבי הא דאמר במדרש רות מעשרות משגלו נפטרו והם חייבו עצמ' מאליהן)

ראיתי שכת' התו' פ' הערל שהשיב רבי' יצחק ז"ל להר' שמואל ששאלו על אותה דמייתי במדרש רות דאמר ר' יוחנן מעשרות משגלו נפטרו והן חייבו עצמן מאליהן ופירש להר"י ז"ל שתי לשונו' דאיכא לאוק' ההיא במעשר פירות וה"ק כשחזרו וחייבו עצמן חייבו עצמן אף במה שלא היו חייבים מתחילה ועוד אמר מתוך הירושלמי דשביעית פ"א דה"פ כיון שגלו נפטרו שקדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא ולא היה חובה להם לקדש כל א"י כדאמרי' הרבה כרכים כבשום עולי מצרים ולא כבשום עולי בבל וכשם שהניחו במקצת היו יכולין להניח הרבה ואעפ"כ חייבו עצמן מאליהן ורבינו שמשון ז"ל במסכת שביעית פ"ו הביא כמה סוגיו' של הירושלמי שמוכיחות דפלוגתא היא אם נהגו בתרומות ומעשרות מן התורה בבית שני ועיקר מחלוקתן שם דפ"ו דשביעית דאמרי' התם מה ביאתן בימי יהושע פטורין היו ונתחייבו אף ביאת בימי עזרא פטורין היו ונתחייבו ממה נתחייבו ר' יוסי בר חנינא אמר מדברי תורה נתחייבו דכתיב והביאו וכו' והרבך מאבותיך מקיש ירושת' לירושת אבותיך מה ירושת אבות' מדברי תור' אף ירושתך מד"ת והרבך מאבותיך אבותיך לא היה עליהם עול מלכות ואתם וכו' אבותיכם לא נתחייבו אלא לאחר י"ד שנה ואתם כיון שנכנסת' חייבתם אבותיך לא נתחיבו עד שעה שקנו כולה ואתם ראשון ראשון קונה ומתחייבי א"ר אלעזר מאליהן קבלו עליהם

את המעשרות מה טעם ובכל זאת אנו כורתין אמנה ועל החתום שאנו לויינו וכהנינו. ואח"כ בעי מה מקיים ר' אלעזר מאבותיך פתר לה לעתיד לבא. (קשיות על דברי התוס' דלעיל): ואנכי עפר ואפר איני כמשיב על דברי רבותינו בעלי התוס' אשר מימיהם אנו שותים ולאורם נלך חושך אבל כמלמד זכות על רבינו הרמב"ם ז"ל אשר שם לי יתד תקועה בפסק זה והנה הוא מציב לנו יד אלקפט' נקטן ריחא אתלי לן ביד ובעניותי משמע לי דלא מתישבא מילתא בדבריהם כלל דלפי' ראשון שפי' ר"י ז"ל דאמעשר פירות קאמר תימה דאהא מי אמר ר' יוסי בר חנינא מדברי תורה נתחייבו הא ודאי מעשר פירות אפי' בזמן בית ראשון מדרבנן היא ואם תמצי לומר דאיהו סבר דאף מעשר שאר פירות דאורייתא א"כ לא שייך הך פלוגת' בבית שני אלא בעיקר מעשר פירות גופי' אי מדאורייתא אי מדרבנן ותו אדפריך בירושלמי מבכורות תקשי ליה מדכת' התם בקרא דגן תירוש ויצהר בהדיא ותו מאי פריך מה מקיים ר' אליעזר מאבותיך הא ודאי בתרומה דגן תירוש יצהר שייך כולה דרשא דר' יוסי בר חנינא ועוד דבפ"ק דתרומות אהא דר' יהודה מכשיר בקטן לתרום ומיירי במעשר דגן דאורייתא דאמתני' דחמש' לא יתרומו קאי ופריך התם בירוש' לרב כהנא דאמר דאין מחייבים על קדשי קטן משום קדשים בחוץ ואמרו והדא דכהנא פליגא דר' יהודה פוטר טבלו דבר תורה ואת אמרת הכין ומשני כמ"ד מאליהן קבלו עליהן את המעשרות אלמא בזמן הזה כל המעשר מדרבנן ותו בפ' בתרא דתרומו' אמרי' קדרה שבשל בה תרומ' מגעילה שלשה פעמים ודיו ואין למדין ממנה לענין נבילה אמר רבי יוסי קשיתא קמי ר' בא תרומה בעון מיתה ונבילה בלא תעשה ואת אמר הכין אמר ליה כמ"ד מאליהן קבלו עליהן את המעשרות ופריך עלה מדתנן הרכינה ומיצה הרי הן תרומה אלמא בתרומה נמי מחמירין ומהדר לשנויי דשאני התם שע"י האור גועל ומתני' דהרכינה ומיצה בשמן אייר דהו"ל תרומה דאורייתא ופריך מינה אלמא למ"ד מאליהן קבלו עליהן אף בתרומ' דגן תירוש ויצהר קאמר ומה שפי' עוד לשון אחר שלא היו מחוייבי' לקדש ומשרצו לקדש נתחייבו מדברי תורה גם זה לא מתיישבא דכולהו סוגי' נפישי דבירוש' דמסיקן בהו כמ"ד מאלי' קבלו עליהם את המעשרות כלו' ולהכי קילי וכולה הוו תיובת' שהרי הוא אומר בסוף סוף מאח' שכבשום נתחייבו מדבר תורה אלא שרבינו שמשון ז"ל לשמירתו מכל זה הוכרח להוסיף על דברי ר"י ז"ל ואמר דר' יוסי בר חנינא ור' אלעזר בהא פליגי דר' יוסי סבר מן התורה היו חייבים לקדש ור' אלעזר סבר לא היו חייבי' לקדש ונ"מ דלר' יוסי כיון שקדשה במצות הקב"ה קדושת' קיימת אפי' בזמן הזה אבל לר' אלעזר דאמר מאליהן קבלו לאחר חורבן בטל' דמסתמ' לא היה בלבם לקדש אלא בזמן הבית ואף על זה קשה

טובא חדא דמאי כתיבת אמנה ושבועה שייך בהא הואיל וכבר כבשו והחזיקו ועומדות היו רגליה' בשערי ירושל' ממילא כבר נתחייבה מדבר תורה דהא לא בעי כבוש כל הארץ אלא ראשון ראשון קונה ומתחיי' כדאמרי' התם בכל מקו' שהיו שם ישראל היו מחזיקים בה והיה מתחייב מיד מן התור' ומה מקום לכריתת ברית ולכתיבת אמנה ותו מאי פריך מה מקיים ר' אלעזר מאבותיך הא מצי לאוקו' כר' יוסי בר חנינא בזמן המקדש שהיתה מן התורה ואי קשיא לי' דאי ירושה דכתיב בקרא קאי אבית שני הרי נתחייבו לקדש מדבר תורה א"כ לא הו"ל למפריך מה מקיים ר' אלעזר מאבותיך אלא מה מקיים וירשתה ועוד אי ס"ל דהך וירשתה דקרא לעתיד לבא היא כדמסיק א"כ מנ"ל דירושה בבית שני מהניא אפי' לשעתה הואיל ואינם חייבים לקדש מדבר תורה דבקרא לא כתיב אלא שתי ירושות ירושה ראשונה נתחייבו לקדש מן התורה ואע"פ כן בטלה ושניה אם אתה אומר לעתיד לבא הי' אבל בבית שני לא נתחייבו לקדש א"כ אף אנו נאמ' שלא תקדש כלל אפי' לשעת' כיון דלא כתיב' בקר' ועוד לדברי' דמ"ד מאליהן היינו שלא הי' מודה לה' לקדש את כל א"י כדאמרי' הרב' כרכי' כבשו' עולי מצרי' כו' וכמו שהניחו במקצ' היו רשאי' להניח הרב' יותר והלא אף בכבוש עולי מצרי' נתחייבו להכבש כולה וכמה מקומו' הניחו כדאמרי' בדוד סמוך לפלטורא שלך לא הורשתי דכתי' ואת היבוסי יושבי ירושלם לא יכלו בני ישראל להורישם ואע"פ כן כבר נתחיי' במצות ואי משום דכבוש ראשו' לא נתחייבו אלא עד שכבשו וחלקו ארבע עשרה שנה ואלו בעולי בבל ראשון ראשון קונה ומתחייב אטו ר' יוסי בר חנינא דפליג ואמר מדברי תורה נתחייבו סבר דהיו חייבים לקדש הכל כדי להתחייב במצוות הא איהו גופיה דריש לקמן אבותיכם לא נתחייבו עד שקנו כולה ואתם ראשון ראשון קונה ומתחיי' ועוד קשה דהני אמוראי אליבא דמאן פליגי אי אליבא דרבי יוסי האמ' אפי' בזמן הזה דאוריית' כדתני' בסדר עולם בהדי' ואי אליבא דרבנן דשתי קופות דתנן מותר שאני אומר וכו' הא ע"כ לדידהו תרומה בזמן הזה דרבנן ולדבריהם ז"ל מדהשתא דרבנן ש"מ מאליהן קבלו עליהם שאם היו מחוייבים לקד' היתה קדושתה קיימת אף לאחר החורבן אלא ע"כ אליבא דרבנן דס"ל דמעשרות בזמן הזה דרבנן פליגי דמ"ס אף בזמן הבית לא היו חייבים אלא מדבריהם ומ"ס מדברי תור' נתחייבו משגלו נפטרו כשם שנפטרו בגלות בבל וירוש' שניה דקרא דאין לה הפסק פתר לה לעתיד לבא ועד דבגיטין פ' השולח אמרי' בירושלמי אהא דהלל התקין פרוזבול כמ"ד מעשרות מדבריהם ברם כמ"ד מעשרות מן התורה והלל התקין על דבר תורה הרי לך שבזמן שהמקד' קיי' שהתקין הלל פרוזבול הוא שאמרו מעשרות מדבריהם מיהו הי' אפשר לו' דאזלי כשיטת רבינו תם שכתב בפ' השולח ובערכין דבזמן בית שני נהגו

שמיטין ויובלות וכשתקן הלל פרוזבול לא תקן לשעתו אלא לאחר החרבן שידוע היה לה' שעתי' ליחר' והשת' למ"ד למעשרות בזמן הזה מדבריה' ניחא שהתקין הלל לאחר החרבן אלא דבתר הכי מסיים בירושלמי אמר ר' יוסי וכי משעה שגלו לבבל כלום נפטרו אלא ממצות התלויות בארץ משמע הלשון דמאותה שעה עד עכשיו נפטרו ועוד דברי ר"ת אלו לא הסכימו בהם הראשונים זכרונם לברכה ואין להאריך בזה כאן ועוד מצאתי בירושלמי פ' יוחסין בריש פרקא דמייתי ההיא ברייתא דר' יוסי גדולה חזקה מכיון שהוחזקו שם להיות אוכלים אף כאן אוכלים ניחא דכן דדרשינן הציבי לך ציונים הכא מאי אית לך למימר כמ"ד מאליהן קבלו עליהן את המעשרות אלמא בזמן עזרא לא היו נוהגי' אלא מדבריהם ואע"ג דבתלמודא דידן מוקי הך ברייתא בפ"ב דכתובות דמעיקרא אכול בתרומה דרבנן והשתא אכול בתרומה דאורייתא הרי כתבתי למעלה דלא אצריכו לאוקומה בהכי אלא כי היכי דלא תקשי למ"ד מעלין מנשיאות כפים ליוחסין ואנן קי"ל דאין מעלין ואע"ג דבפ' הער' אמר דר' יוסי סבר תרומה דאורייי' דמאן תנא סדר עולם ר' יוסי כירושלמי ס"ל כדאמרי' בפ' יוצא דופ' דר"י סב' תרומה דרבנן ההי' דסד' עולם תני לה ולא סבר לה ולמדנו דלמ"ד מאליהן קבלו עליהן אף בזמן הבי' לא היו נוהגין תרומות ומעשרות אלא מדבריהם ולענין הלכה יש לפסוק כר' אלעזר דאמר מאליהן קבלו חדא דהא דר' יוחנן קאי כוותיה בכמה דוכתי ור' יוסי בר חנינא במקום ר' יוחנן אינ' משנה דרביה הוא דאין הלכה כתלמי' במקו' הרב ועוד דכמה סתמי דמתני' מוקי בירושלמ' בהכי וכמ' סוגיו' דירושל' כמו שהביא רבינו שמשו' ז"ל בפ"ו דשביעי' ונוס' עליה' וכמה מקומות שמקצתם הוזכרו בתוך דברי ומשמע ליה להרמב"ם ז"ל דמאן דסבר מאליהן קבלו עליהם ודחיק לאוקמי דרשא דאשר ירשו אבותיך לעתיד לבא סבר לה כר' יאשיה דיליף תרומה מחלה דכי היכי דחלה לא נתנה בבית שני מן התור' דכתיב בה בבואכ' ביאת כלכם הכי נמי תרומ' דדרשי' בספרי גבי חלה תרומת ה' בתרומ' דגן הכתוב מדבר או אינו אלא בתרומת חלה כשהוא אומר חלה תרימו תרומה הרי תרומת חלה אמור ומה אני מקיים תרומת ה' בתרומת דגן ע"כ ולמאי הלכתא כתבה רחמנ' לתרומה גבי חלה ע"כ להקיש אליה דתיבעי ביאת כולם והשתא אתי שפיר הא דאמרי' בפ' שני דכתובות ובפ' יוצא דופן אפי' למ"ד תרומה בזמן הזה דאורייתא חלה דרבנן דהיינו תנא דפליג עליה דר' יאשיה דמוקי תרומת ה' למילתא אחריתי וסבר כמאן דאמר מעשרות מן התור' עו' נר' שהזקיקו להרמב"ם ז"ל לומר דאף בזמן הבי' מעשרות מדבריה' הא דאמרי' בכמה מילי ג' ארצות גבי חלה וגבי שביעית מדמפלגי' בין כבוש עולי מצרים לכבוש עולי בבל משמע עולי בבל לא בטלו וכבוש עולי מצרי' בטלו ולהכי אמרי' מכזיב ועד הנהר ועד

אמנה שתי חלות וגם בשביעית אמרי' דנאכל ולא נאסרו בה ספיחים ורבן גמליאל דאמ' שלש ארצות לאחר חרבן הוא אלמא לא בטלה קדושת הארץ שנתקדשה בימי עזרא ואי ס"ד דמעשרו' היו חייבין מן התורה בזמן הבית אם אף לאחר החרבן היה בדין שיהיו נוהגים מן התורה כיון דאות' החזק' של עולי בבל לא בטלה וכב' הוכחנו לעיל בכמ' דוכתי בתלמודא דידן דמעשרו' בזמן הזה דרבנן וע"כ לו' דלאו משום דחרב הבית ובטל' קדושתה אלא דמעיקרא נמי לא היו חייבי' אלא מדבריה' והעמדנו את הרב ז"ל פטיר ועטיר מן עלולי ומן עדרי דלה מים מבורות עמוקים ועלו דבריו כהלכה.

ועל לשון הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל השני שכתב שאין חייוב מיתה אלא בתרומה גדולה ותרומת מעשר אבל שאר המעשרות אין בהם עון מיתה אלא לאו וכתב הראב"ד ז"ל סברא היא זו והיא יפה בעיני ע"כ ומעכ"ת תקן את דברי ההשגה ואת דברי עצמו לא תקן והעלה דברי הרב ז"ל דלא כהלכתא ואני אפרש שיהיו דברי הרב ז"ל קיימים והן הן הדברים שנאמרו למשה בסיני הא דאמרי' בפ' יש מותרות ורבנן מה תרומה טובלת אף מעשר ראשון טובל ומייתי כדתניא ר' יוסי אומר יכול לא יהיה חייב אלא על טבל שלא הורם ממנו כל עיקר הורם ממנו תרומה גדולה ולא מעשר ראשון ולא מעשר שני אפי' מעשר עני וכו' ומסיק אי מהתם הו"א ללאו אבל מיתה לא קמ"ל לכאורה משמע מריהטא דהאי סוגיא דאפי' מעשר עני אית ביה מיתה מהאי קרא דכי את מעשר בני ישראל אשר ירימו לה' תרומה ואתקוש תרומה למעשרות וכן ראיתי למהר"י קארו ז"ל בבי' יוסף שהקשה קושיא זו על דברי הרב ז"ל מיהו לפי זה קשה חדא מה שהקשו התוס' דאי אתקש מעשר לתרומה נילף נמי איסור זרות מהת' דהא אין הקש למחצ' וכר' מאיר דאמר מעש' ראשון אסור' לזרים ומה שתרצו התוס' בזה דהא לא מצי לאקושי לגמרי לאסור אף ללוים כמו תרומה אינו נראה דשפיר אמרינן מה תרומה אינ' מותרת אלא למי שראויה לו אף מעשר אינו מות' אלא למי שראוי להם דאינהו לא הוו זרים לגבה ועוד קשה מאי פריך ורבנן האי אשר ירימו לה' תרומה מאי עביד ליה לימא דאצטריך להא דתני בספרי קראו המקום תרומ' עד שיפריש ממנו תרומת מעשר ועוד הא דמשני אי מהתם הו"א ללאו וכיון דאתקש קרא אמיתה למאי איצטריך קרא דלא תוכל וכמו שהקשו בתוס' ומה שתר' בזה דלא הוה קים לן מיתה לא נהירא דהא ודאי אתק' לתרומה לגמרי ומה שתרצו עוד משום מעשר עני הא גופיה דקרא במעשר שני מיירי ומבשעריך הוא דנפ"ל מעשר עני א"כ גבי מעשר שני למאי איצטריך הא אתק' לתרומה ועוד דבאלו הן הלוקין אמרינן אמר רב אכל טבל טבול של מעשר עני לוקה כמאן כי האי תנא אמר ר' יוסי יכול לא יהא חייב אלא על טבל שלא הורם ממנו כל עיקר וכו' נימא נמי שהוא

במיתה דהא מסקינן הכא חיוב מיתה נמי מהיקש' דאי מדר' יוסי הו"א ללאו גרידא קמ"ל ומדקא' לוקה משמע שאין בו מיתה דאנו דייקי' בסנהדרין אמר רב זר שאכל את התרומה לוקה ואמרי ליה רב כהנא ורב אשי לרב ונימא מר במיתה אלמא לוקה לא משמע אלא מלקות גרידא לכך אנו צריכין לפרש דהך דרשא דמייתי הכא מה תרומה טובלת היא גופא דרשא דספרי שמעשר ראשון חייבים עליו כתרו' עד שלא הור' ממנו תרומתו דאע"ג דתרומה גדולה אית לן דטביל היינו כדדרשינן בסנהדרין ולא יחללו את קדשי בני ישראל אשר ירימו לה' בעתידים ליתר' הכתוב מדבר ומינ' נפ"ל דכל שעתיד ליתרם אע"פ שעדיי' לא נתרם יש בו עון מיתה כאלו כבר נתרם אבל מעשר ראשון כיון דאיהו גופיה מותר לזרים אע"פ שיש בו תרומת מעשר שבעוון מיתה הוא היינו לאחר שהופרש המעשר דאז חל חיוב התרומה וקרינן ביה אשר ירימו בעתידין ליתרם אבל השתא אכתי לא חל חיובו וכן נר' מדברי רש"י ז"ל בפ' אלו הן הלוקין שכתב גבי ע"ה נהי דמעשר ראשון לא מפריש דסבר אי מפרישנא ליה בעי לאפרושי תרומת מעשר מיני' שהו' במיתה משמע דלא קים ליה לע"ה דאיכ' עון מיתה אלא אחר שהופרש המעשר דאז חל חיובו ויש ראיה מהירוש' בפ"ק דדמאי דאמרי' התם שלא נחשדו ישראל על התרומה גדול' כך לא נחשד בן לוי על תרומת מעשר והיינו טעמא דכיון שהופרש כבר המעשר חל חיוב תרומת מעשר ואיכ' עון מית' דהו"ל עתידי' ליתר' להכי אתא קרא לומר מה תרומ' טובל כלו' אחר שהופרש המעשר אף מעשר ראשון עד שלא הופר' טובל משום תרומת מעשר שבו והשתא היקשו לא הוי אלא במעשר ראשון גופיה מאחר הפרשה לקודם הפרש' כשם שאחר הפרשה יש עון מיתה אף קודם הפרש' יש בו עון מיתה והיינו דרשא דספרי קראו המקום תרומה עד שיפריש ממנו תרומות מעשר והשת' ליכא למפרך נילף נמי איסור זרות מההיא הקישא דהא לא אתקש מעשר ראשון לתרומה אלא מעשר שלא הורם הוקש למעשר שהורם דהכי משמע קרא כי את מעשר בני ישראל אשר ירימו בעתידין ליתרם הרי הוא כתרו' לענין טבל עד שלא נטלה תרומתו אבל מעשר ראשון לא אתקש כלל והא דמסיק ואי מהתם הו"א ללאו דלא תימא ותיפוק לי' משום מעשר ראשון גופי' וכדרבי יוסי דאמר אין לי אלא וכו' להכי קאמר אי מהתם וכו' כך נר' פי' השמוע' כפי שיטתו של הרב וכן נר' שיטת רש"י וכמו שכתבת' לעיל ומה שכתבו התוס' שבמעשרות יש בהם עון מיתה על פי הירושלמי כת' זה ומיהו תלמודא דידן פליג אגמ' דבני מערבא וכדמוכחא סוגיא דמכ' דלא אמר רב אלא לוקה עוד יש ראיה שבמעשרות אין בהם מיתה מדמפקי' באלו הן הנשרפין טבל שבמיתה מג"ש דחילול חילול מתרומה כלומ' תרומה שאכל' בטומאה ופרכינן ונילף כרת מג"ש דחילול חילול מנותר ומשני

מסתברא מתרומה איט לן למילף שכן תרומה פי' ששניהם נקראים תרומה אלמא לא ילפינן בההוא ג"ש אלא טבול לתרומה ולתרומ' מעשר אבל לא למעשרות שאין עליהם שם תרומה כלל עוד יש להביא ראיה מדבעי רבא בפ' התודה תרומת לחמי תודה חייבים עליה מיתה וחומש או לא כיון דאיתקש לתרומת מעשר לתרומת מעשר דמי או דילמא בו וחמשיתו מיעט רחמנא וסלקא בתיקו פי' מדכתוב בתרומ' מעשר ומתו בו משמע בו ולא באחר וחמשיתו ולא באחר א"כ מינה דרשי' שלא יהא מיתה במעשרות מדכתיב בתרומת מעשר בו ולא באחר בטבל והראב"ד ז"ל הסכים בדב' וכתב סברא היא זו והיא יפה בעיני דכתיבי הני קראי קדש כלומר בהך קרא דמיניה דרשינן מיתה בעתיד ליתרם כתו' ולא יחללו את קדשי וכו' והא לא משמע אלא תרומה ותרומת מעשר זהו עה שנר' לי לישא וליתן בדבריהם אלו במעוט דעתי הקצרה נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כו

(לענין אם מועיל סילוק בעדים) שאלה ולענין אם הועיל סילוק בעדים או לאו בההיא דחזקת הבתים דלסלקו תרי מינייהו ולדיינהו הקשה ר"י ז"ל והרי בעינן תחלתו וסופו בכשרות כדאמרי' בפ' יש נוחלין וחלק בין פיסול הגוף לפיסול ממון דלא בעי ביה תחלתו וסופו בכשרות וכתב הרא"ש בתשובותיו כלל נ"ט שכן היה דן רבינו מאיר ז"ל ושוב חזר בו ופסק דאף בפיסול ממון בעינן תחלתו וסופו בכשרות לפי שמצא תירוץ אחר בתוס' מרבינו יהודה מפרי"ש וחלק בין דיין לעד דסילוק מועיל לגבי דיין ולא לעדות וכתב הוא ז"ל שכשלמד בתרא דקדק דע"כ סילוק מועיל גבי עד ותירוץ רבינו יהו' אינו כי הספר מקשה אמילתא דשמואל דאמר השותפין מעידין זה על זה דאוקימנא כשסלק את עצמו ומקש' וכי לסתלק מי מסתלק פי' שיוכל להעיד והתניא בני העיר וכו' ואמאי לסלקו וכו' אלא ודאי דלא מהני וקשיא לשמואל דאמר דסלוק מועיל להעיד ומשני שאני ס"ת וכו' ולא תקשי לשמואל דלעולם שותף מעיד ע"י סילוק וההיא דפ' האיש מקדש גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו והשת' דתקון רבנן שבועת היסת וכו' והא יכול היה לפוטרן משבועה ולא יהיו נוגעי' בעדותם ואיכא למימ' דהא לא מקרי סילוק כדמוכח בפ' חזקת גבי שבבי דנקט אגרא בידייהו דאמרי' נוגעים בעדותם ולא מצי לאוקומי בשפטרן מהממון נמי כדכתב נמוקי יוסף שם ועוד לאחר שנשבעו יהיו נאמנין כמו שהקשה ר"י ז"ל שם אלא נראין הדברים שאין סלוק מועיל בעדות ועיין שם בחדושי הריטב"א ז"ל ובקדושי כסף דאמרינן בירוש' דלא מהמני קשה דליהבי אינהו הני פרוטו' ולסהדו ואני בעניותי הוקשה בעיני הדבר מאד היאך אותם גדולים טעו בסוגית ההלכ' דהא ודאי כולה סוגיא

הכי סלקא אדשמואל דמיירי לענין עדות ורבינו מאיר ז"ל שחזר בו מסברתו היאך נעלמה ממנו הלכה ובתשובת המיימונית הובא כך משום רבינו ברוך וכתו' שם שנראי' דבריו מדברי רבינו שמשון שחלק מפיסול הגוף לפיסול ממון ויש לומר דמילתא דשמואל יש להעמיד שהשותפין מעידין זה לזה שיודעים עד שלא היה שלהם ולאחר שנסתלק חשיב תחילתו וסופו בכשרות כדתנן היה יודע לו עדות עד שלא נעשה חתנו ופריך ומי מצי מסתלק והתניא וכו' דס"ד דסילו' לא מהני דחיישינן לקנוניא כדפירש רש"י והנמוקי יוסף ומשני לקנוניא לא חיישינן ושאני ספר תורה דלשמיעה קאי והכא ע"י סילוק חשיב תחילתו וסופו בכשרו' שבשעת ראייה הוה כשר ועוד יש לומר דאמילתא דשמואל דהשותפין מעידין זה על זה לא קשה מידי והא תחילתו וסופו בכשרות בעינן ולא הקשה אדם עליה מעולם דכיון דמוקמינן לה דכתב ליה לאותו מחזיק דין ודברים אין לי על שדה זו ואפי' על חלקו עכשיו כשהוא מעיד להוציא חלק חברו מהני דלענין חלק זה מעולם היה כשר אלא לפי שהיה לו בה שותפות היה נפסל ועכשיו שהניחה לאותו מחזיק ואינו רוצה להוצי' אלא חלק חברו לענין זה תחילתו וסופו בכשרות הוא ואין זה מעיד על ממון שהיה פסול לו דאי משום שותפו' הרי מתחילה הוא עומד ליחלק דשותף חולק שלא מדע' וכל העומד ליגזז כגזוז דמי ולהכי לא מוקי לה תלמוד' כגון שהשותף נתנו לחברו זה שרוצה להעיד עליו במתנה והרי נסתלק מן ההנאה דמ"מ לענין חלקו תחילתו בפסלות הוא שהרי מתחילה היה שלו ואע"פ שנתנו לזה במתנה לא מהני דתחילתו וסופו בכשרות בעינן והיאך יעיד לו עליו ומקשה תלמודא וכי מסתלק נפשיה מי מסתלק והתניא בני העיר שנגנב ס"ת שלהם אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר ותינח דלענין עדות אין מביאין ראיה מאנשי אותם העיר שכיון שהיה להם זכות בס"ת זה כבר הם פסולים להעיד להם עליו ושוב לא יתכשרו בסילוק שיתנו שיסתלקו מן ההנאה דתחילתו וסופו בכשרו' בעי' וס"ת אין בו דין חלוקה ולאו ליחלק קאי ולהכי אף מעיקרא אפי' על חלק שאר בני העיר היו פסולין מדינ' אם גם חלק שאר העיר צריך הוא לחלק ואין לשום אחד חלק ברור בגופו של ס"ת מיהו לענין דיינין דלא בעי' בהן תחילתו וסופו בכשרות פריך אי מצי מסתלק לסלקו תרי מנייהו ולא יהנו עוד מס"ת ולדיינוה ומשוי תלמודא עדי' שתחילתן בכשרות לדיינים דלא שייך בהו תחילתן בפסלות ומשני שאני ס"ת דלשמיעה קאי דע"כ נהנים בשמיעה וכן ההיא דפריך בתר הכי מההיא דתנו מנ' לבני עירי וכן תנו מנ' לענייי עירי מעדי' לא פריך שאין אות' הממון מיוחד לשום אחד מהם בפרט שלא נתן אלא לבני העיר או לעניים למה שיסכימו רובם לעשות בו ושמא יסכימו לעשות ממנו צרכי רבים וכמו שפירש רשב"ם

ז"ל לחומות העיר ושאר צורכיהם וכיון שכן אין חלקם של אחד מהם מבורר שנאמר לענין חל' בני העיר היו כשרים דשמא יעשו מהם צורכי רבים והרי היו פסולים להעיד ואפי' אם עכשיו יקחו בני העיר חלקם מאותו המנה לעצמם שאין להם לעדים שייכות בו מ"מ תחילתו וסופו בכשרות בעינן ולא פריך אלא לענין דיינין לסלקו תרי מינייהו ולדיינוה. (בעדים לא מהני סילוק דאכתי לא הוי תחילתו וסופו בכשרות) ומשני התם נמי בס"ת וכו' אבל לעולם העדים אינם יכולין להוציא חלק' אע"פ שיסתלקו מן ההנא' ויהיה לשאר בני העיר דאכתי לא הוי תחילתו וסופו בכשרות דלא קרינן ביה בהאי ממון והוא עד עד שיהיה עד משעה ראשונה ואלו פסולין היו אע"פ שלא היה חלקם מבורר ואל תשיבני א"כ המוכר שדה לחבירו לא יעיד לו עליה שהרי מתחילה היה פסול להעיד עליה ואמאי צריך שמואל למימר אין מעיד לו עליה מטעם שמעמיד' בפני ב"ח אין זה כלום דודאי כשהיתה מתחילה שלו לא מקרי עד כלל אלא בעל דבר הוא ולא ממעיט זה הוא הלע"ד נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כז

ראובן שצוה מחמת מיתה ששמעון ולוי יפקחו על נכסיו ולוי היה דר במ"א אי אמדינן דעת המצוה דכוונתו היתה שישלחו חצי הנכסים שם ביד לוי: שאלה שאלתם ראובן צוה מחמת מיתה ומנה את שמעון ואת לוי אחי אשתו לפקח על נכסיו ושמעון היה דר במקום ראובן ולוי אחי אשתו היה דר במקום אחר וגם לא היה שם בשעת פטירתו ונמסרו הנכסים ליד שמעון שהיה שם ועתה בא לוי גיסו ואומר כי הוא איני יכול לעקור דירתו ממקום שבתו ובפרט מא"י ושהוא רוצה ליקח חצי הנכסי' שיהיו בידו לישא וליתן בהם על משכונות זהב וכסף כי שם במקומו ימציא זה יותר ממקום המצוה והוא יוליכם לאחריותו וישלח כל מה שצריך להוצאה מוקדם שנה בשנה ואח"כ לעת מצוא יתן כל א' חשבון לחבירו וניזל בתר אומדן דעתא ודאי כן היה דעתו דמצוה כי כבר היה יודע שלוי זה לא יצא ממקום שבתו מפני כל והמצוה היתה כונתו להסמיך אשתו והבנים בניה אל לוי אחיה דק"ל אזלי' בתר אומדנ' ושמעון מעכב על ידו. (אזלינן בתר אומדנא בכמה דוכתי בתלמוד)

תשובה איברא דבכמה דוכתין בתלמוד' מוכח דאזלינן בתר אומדן דעתא דשכיב מרע וכההי' דמי שהלך בנו למ"ה וכו' דקי"ל כר"ש בן מנסיא דאמר אילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן לאחרים וכן ההיא דתנן ש"מ שכתב נכסיו לאחרים לא שייר קרקע כל שהו אין מתנתו מתנה דאמדינן לדעתיה דאדעתא שיקום מן החולי לא נתנם וכן ההיא דפ' חזקת ההוא גברא דשמעא לדביתהו דאמרה לברת' אמאי לא צניעת באיסור'

הך אתתא י' בנין אית לה וכו' כי שכיב אמר כל נכסי לחד ברא. (לא אמדינן דעתו של ש"מ אלא כשאיר' מה שלא עלה על דעתו אבל כשהדבר לא נשתנ' אין לנו לפרש דבריו ולדון על כוונתו כל שהוא לא פי' דאם איתא היה לו לפרש) מיהו הכא בנ"ד אין זו אומדן דעתא לומר שכיון שש"מ זה הי' יודע שלוי אחי אשתו אינו דר באותו מקום הית' כוונתו שיוליך עמו חצי הנכסי' דלא אמדינן אומדן דעתא אלא כשאירע מה שלא עלה על דעתו ואני אומר אלו היה יודע כן לא היה עושה אבל כשהדב' לא נשתנה אין לנו לפרש דבריו ולדון על כוונתו כל שהוא לא פי' דאם איתא היה לו לפרש ולא דמי למי שמת בנו וכו' דהתם לא פי' לפי שסבור היה שמת בנו שהרי שמע שמת וכן ההיא דהכות' נכסיו לאחרים סבור היה שימות מתוך חוליו ולא עלה על לבו שיקום ולכך לא חש לפר' וההיא דפ' חזקת לא הי' יכול לפרש לפי שלא היה יודע מי היה בנו אבל כבר גלה דעתו שרצונו הוא שלא נתן אלא לא' מהם וזה תלוי באומדן דעתינו אבל הכא כל שלא פי' אם איתא שהית' כוונתו שיוליכ' האפוטרופוס האחר שם למקומו היה לו לפר' דלאו בכל מילתא אמרי' אמדי' דעתא דהא אמרי' בריש האיש מקדש ההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל בעידנ' דזבין לא אמר ולא מידי אמר רבא הו"ל דברים שבלב ואינם דברים אע"פ שיש אומדנא דמוכח כדאמר' התם כל שלא פי' לא אמרי' הכא נמי כל שהוא לא פי' אנו אין לנו לשנות (ב' אפטרופסי' על ענין אחד אינן רשאים ליחלק אלא שניה' מתעס' ביחד) ועל הסת' הוא כשאר אפוטרופסי' כשנמנו ב' אפוטרופוסין על ענין א' אינן רשאין ליחלק אלא שניהם מתעסקי' ביחד שכך יפה להם ליתומי' וכדין שותפין לא דיינוהו כדאמר' בהמקבל אמר רבא בי תרי שקבלו עסקא בהדי הדדי וכו' ואי אמ' ליה נפלוג ואי אתי לך פסיד' דרינא בהדך דאמר ליה מזלא דבי תרי עדיף ואע"ג דבההוא פרקא גופי' אמרי' גבי שתלא דרב יוסף דשכיב ושביק חמשא חתנוותא דאמרי' ליה עד השתא חד השתא ה' עד האידנא לא סמכו אהדדי השת' סמכו אהדדי ומפסידו לי רב יוסף לדחותם אמר כן דהא אמרי' לעיל האי שתלא דשכיב מסתלק דלאו ממון הוא להוריש לבניו ושמא ש"מ זה כך הית' סברתו לומר טובי' הב' מן האח' ועוד לענין ממון אמרי' אין עושים שרר' בדבר שבממון פחות משנים לענין הקדש. ושמא האומדן דעתא להפך הוא שנאמר (ש"מ שאמר ששמעון ולוי יתעסקו על נכסיו ולוי דר במקום אחר' אמדינן דעתו דלוי יהיה משגי' על שמעו' ויקבל ממנו חשבון מזמן לזמן ומשאמר ששמעון ולוי לא כיוון שיהיו שניה' אפוטרופסי' דלשון זה משמע שניהם כאחד ומשמע שניהם בפני עצמם) שכיון שש"מ זה היה יודע שלוי הנז' אינו דר שם לא היתה כוונתו שיתעסק בנכסים גם הוא אלא שיהיה הוא משגיח על שמעון חבירו בכל עסקיו ויקבל

ממנו חשבון מזמן לזמן כדי שיהיה שמעון זריז ונשכר לתועלת היתומים ביודעו שהוא עתיד ליתן דין וחשבון וזה שלא פי' ליפות כחו של לוי עשה שידעו שהוא אפטרו' ממש כי היכי דלשתמען מילי' וכההיא דפ' יש נוחלין דאמרי' הכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא ומה שלא פי' הוא שרצה שתהא שולטנית עליהם לעשו' בהם כל מה שתרצה ואינש לא ימח' ביד' הכא נמי דכוותא דאין לומ' דאמ' יהיה שמעון ולוי אפוטרופסים שניהם דוקא משמע דהא בשבועות שתים קי"ל לר' נתן דאביו ואמו קלל וכו' משמע שניהם כא' ומשמע שניהם בפני עצמם עד שיפרוט לך הכתוב כדרך שפרט בשור וחמור יחדיו ועיין בתוס' דיבמות דף י"א ובפרט כי כל הנכסים הם ביד שמעון וברשותו אין לנו יכול' לשנו' וזוזי היכא דקיימי קיימי וזה שכתו' בשאלה שכב' היה יודע המצו' שראובן יכול לעקו' דירתו משם י"ל שאע"פ כן היה דעתו ששניהם יתמנו על הנכסים ואע"פ שלא יתעסקו שניהם אם לא יבא ראובן יקח ממנו חשבון ושניה' ישתדלו יותר בנכסי' נאם הצעיר יוסף בכמהר' משה מטראני זלה"ה.

סימן כט

(מי שהניח בן ובנות ובת קטנה אם יש להפרי' עישור נכסים של הקטנה): שאלה וששאלתם האם עול' בדין להפרי' עישור נכסים המגיע בדין לפרנסת הבת כי קטנה היא שלא יאכלו הנכסים בהמשך הזמן האלמנו' והיורשים האחרי' כי יש שתי נשי' ובן א' ושתי בנו' והשלישי' היא בת ג' שני' ותשאר הקטנ' בלא פרנסה.

תשובה אע"ג דבס"פ יש נוחלין תנן הניח בנים גדולים וקטנים וכו' הניח בנות גדולות וקטנות אין הגדולות מתפרנסות על הקטנות ולא הקטנות נזונות על הגדולות אלא חולקו' בשוה משמע דאין מניחין לבזבז א' יתר על חבירות' נר' דהיינו היכא דכול' בני או כול' בנות שחלוקתם היא ירושה של תור' אבל בן בין הבנו' או איפכא שהבן הוא היור' ואינהו אתו מכח תנא' כתו' או מכח תקנ' חכמים אין לבנות בנכסים כלום עד שינשאו ואין להם לברר חלק' אלא נזונו' עם הבני' בשוה ואע"ג דלכאורה מריהטא דסוגיא דהת' משמע דמתני' מיירי בבנות בין הבנים דמייתי עלה איני והא תני ר' חייא נשאו גדולות לבעל ישאו קטנות מבעל ומשני דילמא שאני פרנסה דקלא אית לה דלכאורה לריהטא דגמ' משמע דהא דתני ר' חייא עלה דמתני' קאי אלמא מתני' מיירי בפרנסת הבת ואפ"ה תנן אין הגדולות וכו' מ"מ לא משמע כלל דא"כ לעריבנהו מתני' ולתנינהו הניח בני' ובנו' גדולים וקטנים וכו' שהרי אין שום חילוק בין הניח בני' דרישא להניח בנים דסיפא ועוד כיון דאיפסיקא הלכתא כרב אשי בפ' מציא' האש' דבת בעל' חוב דאחין הויא וגבי' מבנונית מסתברא שלא תגבה קודם זמנה כדין בעל חוב שאינו גובה קודם זמנו והכי

נמי משמע מריהטא דסוגי' דפ' מציאת האשה גבי עשורייתא דרבי הראשונים נוטל' עישור נכסים והשנייה מה ששיירה ראשונה וכו' ואח"כ חולקו' בשוה ופריך כל חדא וחדא דנפש' שקלא ומשני ה"ק אם באו כולם לינשא וכו' משמע דאין כל אח' נוטלת אלא בזמן שתנשא וגם העישור תלוי בזמן הנשואין ואי ס"ד שתוכל לומר אחת מהם תנו לי חלקו מעכשיו א"כ יאמרו כולם כך ויחלקו כולם בשוה ולא יפסידו הקטנות שיטלו מה ששיירו הראשונו'. וכ"כ הר"ן ז"ל (וז"ל מהם משמ' שאין הבת נוטל' פרנסת' אלא לזמן נשואי' וכ"כ הר' המ"מ ז"ל וכן נרא' מדברי הרשב' שהביא המ"מ שם וברי' פ' מי שמ' אבעיא לן ב"ח מהו שימעט בנכסי') שאלמנה מהו שתמעט וכו' וכתב הרא"ש ותימ' דאמאי לא מבעיא ליה פרנסה מהו שתמעט אי בעי' שיהיו מרובים בלא עישור נכסי וכו' ומסתברא כיון שלא הגיע זמנה לגבות לא ממעט' מכל הני מוכח שאין אנו יכולים לברור חלק אחת מן הבנות כל שיש בן יורש והנכסים מרובים שיש כדי מזונות כולם עד שיגדלו אלא נזונות בשוה ואין צריך לומר שהאלמנות מתפרנסו' מן הנכסים אפי' שלא ישאירו כלום שהאלמנה לגבי בת כבת לגבי בן ואפי' נשאו הבנות האלמנה מוציאה מן הבעל למזונותיה כדאיתא בס"פ יש נוחלין ודא לא צריכא רבה וגם כוונ' השואל היא לומר שיתמעטו הנכסים אח"כ ויהיה העישור מועט. גם בזה אין ספק (עישור הבנות הוא לפי הממו' שנשאר בשעת מיתתו חוץ ממה שנתפז' במיתתו וקבורתו) שהעישור הוא לפי הממון שנשאר בשעת מיתתו נר' שזה העישור הוא ממה שנשא' חוץ ממה שנתפז' במיתתו וקבורתו אלא מהנכסים הראויי' לירש אבל יותר על כן מיקרי עבורי אחסנתא מדקאמ' בגמ' עד כמ' עד עישו' נכסי משמע שהוא מהנכסי' שיורשי' הבני' חוץ מן ההוצאו' והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ל

שאלה לאה בהיות' נשוא' שרפ' לבע' את גדישו והזיקתו ואחר זמן בעל' גרש' ופרע לה כתובת' משל' ואח' זמן רב רוצ' בעל' לתובע מאשתו ההזק שעשת' לו יורינו מה דינו.

תשובה מה שהזיקה בהיות' תחתיו כל מה שלא היה במזיד אפי' הוא בפשיע' פטור'. (לשון הרמב"ם והרב המ"מ והראב' ז"ל) וזה פשוט כמו שכ' הרב ז"ל פכ"ה מ"ה אישות וז"ל האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכתה בתוך ביתה פטורה ואין זה מן הדין אלא תקנה שאם אין אתה אומר כן אין שלום בבית לעולם והראב"ד ז"ל כתב לא מן השם הוא זה אלא מפני שהוא שמירה בבעלי' שהוא שכור לה בכל שעה ואי קשיא לך מאחר שיש בידו להשתמט ולעשות צרכיו ואינו כפוף לה בכל שעה כמו שהאש' הוא שכורה עם הבעל בכל שעה לא מקרי שאול לה ואולי שלזה נוטי' דברי הרב המ"מ וכההיא

דאמרינן פרק השואל דא"ל רבא לרבנן אתון שאלתון לי דאילו אנא מצינא אשתמוטי לכו ממסכתא למסכת' אתון לא מציתו לאשתמוטי ה"נ כל שהוא יכול להשתמט מאחר שעש' צרכיה לא מקרי שאול הא לא קשיא דהתם בעי לאוכוחי להו רבא לרבנן כי מה שהיה לומד עמם לא היה לצרכם אלא לצרכו והם טפלים לו דהא איהו מצי לאשתמוטי מינייהו למס' אחריתי והם לא היו יכולים לאשתמיטו הילכך בהך מילתא לא מיקרי שאול להם אלא אדרבא הם שאולים לו אבל במידי דודאי הוא עושה לצרכה שכן כותב לה אנא אפלח ואזון וכו' אע"פ שיכול להשתמט שאל' בבעלים מקרי וזה פשוט. (קושיא לדברי המ"מ והראב"ד ז"ל) ואכתי ק' שהרי אינו שאול לו בכל שעה ועוד לדבריו למה הוצרך הירושלמי לומר שהיא פטורה מטעם שלום הבית ת"ל משום שמירה בבעלים ומן הדין תהא פטור' כ"ש שאמרו שם מסתמא מעבדינא כשומר' שכר ואח"כ אמרינן אפילו כשומרת חנם אינה שאם את' אומר כן אין שלום בבית אלמא מן הדין היתה חייבת שא"א לומר שלא ראה הירושלמי שמאחר שהרב ז"ל כתב כן בפשיטות ואין זה מן הדין אלא תקנה ודאי שלא היה אומר כן מסברת עצמו והיה לו לכתוב לא מצאתי דין זה כמו שכתב במקומו אחרי'. (ישוב לדברי הראב"ד ז"ל) ונראה לקיים דברי הראב"ד ז"ל שכיון שבשע' שנכנסה היא בחיוב שמירה בבית שהוא בשע' נשואין באות' שעה שכור הי' אצל' שעדין הוא צריך לעשות צרכיה אפילו אם אחר שעשה צרכי' כלתה שכירותו מ"מ אחר שעה ראשונה אזלי' כדתניא אם בעליו עמו לא ישלם כיון שיצא מרשות משאיל שעה אחת בבעלים ומתה פטור ואפילו אם נאמר שכלים אלו לא היו שם באות' שעה מ"מ חיוב שמירתן לא נתחייבה בעת הבאתה אלא מעת שנשאת לו נתחייבה ובאות' שעה שאול היה אצל' זהו מה שנראה לעניו' דעתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לא

(בענין מודע' ואונם במכר ומתנה): שאלה שותפים שהיו שותפים בא' מן המוקטעות של המלכו' יר"ה והשותפי' איימו על א' מהם להוציא מן המוקטעה ולא זו בלבד אלא שיקחו ג"כ כח מן המלכות להוציאו בחקיר' הנקרא טיפטיש' והדבר ידוע שהבא לידי טיפטיש לא יבצר מהחוקר מלחייב אותו בדבר שאינו חייב בו אפי' כפי דינא דמלכותא כי העומד על החקיר' יש בו כח להחמיר ולהקל ומפני אונס זה הוצרך לבא עם השותפים בתנאים וקייומים אשר לא היה מחוייב בה' כפי הדין ושותף זה קודם קיום החיובי' מסר מודעא בפני עדים שהיה אנוס וכתבו לו שם כל דבריו וכתוב בסוף ונתנו בידו להיות לו לזכות ולראיה כל הדברי' האלה והאלהים יבקש את נרדף ואין כתוב בשטר

המודעא שום דבר מדברי העדים זולתי אלו והכל הוא דבריו של מוסר המודעא ואחר שמסר המודעא בא בקיומים עם השותפים וברורו ביניהם לחכם א' לפשר ולגזור כל מה שיראה בעיניו והחכם הנז' גזר ופשר ביניהם ע"ד התביעה שהיה לו מוסר המודעא להר' אברהם בן פוליקאר חלק כמו ג' מאות אלף לבנים של פישי"ן הנודע להר' יום טוב וליאלוביש יצ"ו שיעביר הר' אברהם מלבו ויסלק כל אותה תביעה והרי י"ט יקח את הר' אברהם הנז' בשותפות עמו במוקטאעה לריוח ולא להפסד ושלא יעלים שום ריוח והנאה ממנו כלל וכל ששה חדשים יעשו חשבון ע"פ הסופר ומה שיעלה מן הריוח יקח הר' י"ט שלשה חומשים והר' אברהם שנים וינהגו מאז בשלו' ובמישו' ובנאמנות גמור' ונשבעו שבועת חמור' בביטול כל מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי ובפיסול עדיהן כדעת הרשב"א ז"ל לגמור ולקיים כל הכתוב ועתה תובע שותף זה הר' אברהם אם הוא חייב לעמוד בקיומים ההם או אם יכול לפטור עצמו מחמת המודע' והאונ' יורינו המור' לצדקה כדת מה לעשות ותהי משכורתו שלמה מעם אלהי ישראל אמן.

על שאלה זו שלח לי הח' השל' כמהרר משה קשטאלץ נר' קונטרי' שכתב על הנדון וזה אשר כתבתי אליו.

ראיתי דברי מעלת חכמתו ומסקנת הוראתו דנ"ד הוי כמתנה ממה שכתב הטור משום רבינו יונה ז"ל דבמטלטלי אי אית בהו כדי הונא' או כדי ביטו' מקח אין כאן תור' מקח והבי' לשון רשב"ם והריטב"א ז"ל. ואני אומ' כן הדברי' כמו שכת' מעכ"ר (כל שנאנס למכור או לתת מטלטלים פחות משוויא לא דמו לזביני דאמרינן אגב זוזי גמר ומקנ') שכל שנאנ' למכור או לתת דבר בפחות משויו לא דמיא לזבינ' דאמרי' אגב אונסי' גמר ומקני אע"פ שהרב מהר"י קולון ז"ל בשרש ק"פו כת' דכל דמטי ליה לנותן הנא' אע"פ שאינ' כנגד המתנ' לא נדון אותם כתלוי' ויהיב אלא כתליו' וזבין ודקדק כן מדברי התו' דההיא דתלוי' וקדיש תימא לרשב"א וכו' וכן דקד' מתשוב' הרשב"א ואני בעניי איני רואה הכרע לא מדברי התוס' ולא מדברי רשב"ם כאשר יראה מעכ"ת דכל רז לא אנס לך ופשיט' לי שלא ראה דברי רבינ' יונה שהבי' הטור ולא דברי הנמק' יוסף. (מי שמכר מטלטלים וא' שנאנס לא דמיא למתנה דבגילוי מלתא בעלמא סגי כיון דאיכא הנאה פירתא).

ומיהו יראה לי שאע"פ שאמרו דלא דמיא לזבי' שאפי' שידענו שנאנ' זביני זביני מ"מ למתנ' נמי לא דמי' לענין דבגילוי דעתי' בעלמא סגי אע"ג דאנן לא ידעי' באונסי' דטעמ' מאי אמרי' גילוי מילת' בעלמ' הוא דאל"כ שהו' אנוס מה לו ליתן ולמסו' מודע' לא יתן ולא ימסו' אבל היכ' דאיכ' הנא' פורת' איכ' למימ' מש"ה יהיב ומשום הכי מסר ולעולם

דלא אניס אלא שהוא רוצה עכשיו ליהנות בהנא' מועט' כזו ולהתל בו למח' וכיון דליכא אונס אמאי לא מהני' מתנת' ויש ללמוד כן מלשון רשב"ם שכתב שגילוי מלתא בעלמא כלו' הרב' בני אדם יוכלו לידע אונסו דכיון דאינו מקבל ממון במתנ' או בגט זה שנותן אם איתא דניחא ליה ליתנ' מדעתו למה לו למסו' מודע' ואי לא ניחא ליה ליתן למה לו ליתן גט ומתנ' אלא ודאי נאנס בגט ובמתנ' עכ"ל מוכיח להדי' מה שכתבתי ומה שכתב לקמן בשמועתו של רב הונא הואיל ואיכא תרתי יסורין ומתן מעות דלא מפסיד מידי התם באונס מיירי דלא אמרי' גמר ומקני אגב זוזי ואונסי' אלא היכא דלא מפסיד מידי אבל היכא דמפסיד לא אמרי' גמר ומקני אלא מתו' האונ' עשה ומצאתי להריב"ש ז"ל בתוך תשובת קכ"ז על גט שנתן לאשה וטרם שנתן אמר הבעל דברים נראים במסירת מודעא וכתב ז"ל שכל שלא ידעו העדים שום אונס כלל ומגרש זה לקח מעות לגרש הדר הו"ל כזביני וכתב שם שאע"פ שהסכימו המפרשים ז"ל דלא אמרינן תלויה וזבין אלא כשנתנו לו כל שווי' מ"מ כל שהוא מקבל מעות בגרושין דמי לזביני לענין שצריך שידעו העדים באונסו וכן הסכים הרב ר' דוראן ז"ל בתשובותיו על מעשה הגט ההוא סי' א' ואנו בעניותינו הסכימה דעתינו לדעת גדולים וכ"ז הוא אפילו לא היה כאן ביטול מודעא וכ"ש שבשעת הקיומים בטל מודעו ומודעי דנפקי מגו מודעי שאין ספק שאפי' אם היינו דנים אותה כמתנה גמורה מהני ביטול. (כל שאין כתוב במודעא הכרנו באונסו ובשע' הקיומי' בטל מודעו מהני ואפי' מסר מודעא על הביטול) וכמו שנר' להדיא מדברי התוספות שבפרק חזקת כל שאין כתוב במודעה הכרנו באונסו ודברי מר שכתב כיון שנ"ד הויא כמחילה המודעא קיימת אף אם אין כתוב בה הכרנו באונסו ועל ענין הביטול אם יבאו עידי המודעא ויעידו שמסר מודעא על הביטול ואף על פיסול עדיה שטר הקיומים בטל והמודעא קיימת לא נתחוורו אצלי דבריו שכל שאין כאן אונס הואיל ולא העידו בו העדים מה לי אם מסר מודעא ומודעי דמודעי כיון דבסוף בטל ביטול כולל כל מה שקדם ולשון התוספת שהביא כת"ר עצמו מוכיח כן שכתבו גבי מתנה ומיהו אי לא ידעינא באונסיה ומבטל מודעא מדעתו נר' שביטולו ביטול משמע שביטולו ביטול אפי' אם מסר מודעא על כל מה שיבטל כמו שכתבו גבי זביני ואפי' אם אמר בשעת מודעא כל מה שאבטל וכו' וסתם הלשון חוזר על מה שכתבו למעלה וכן מוכיח מה שכתבו ולכך כתבינן בשטר מתנה ביטול מודעי כלו' דאי לא מהני אמאי כתבי' ליה ואי לא מהני למודעי דמודעי אמאי כתבי' ליה שיכול למסור מודע' על כל הביטולים. וכדי שתנוח דעת כ"ת (מי שתובע מחברו סך גרוש' וברורו להם חכם א' לגזור בינה' והתובע מסר מודע' והחכם גזר שיתן הנתב' דבר מועט לא חשיב מתנה להיות המודע' קיימת

אע"ג דלא שייך הכרנו באונס' משום דלא אזלינן בתר השתא אלא בשע' שמס"דינו ביד הח' וביד החכ' היה לגזור שיתן לשכנגדו יותר ממה שחייי' בזו פשרה היא ודינה כמכר) מצאתי עוד בתוס' ס"פ האומר משקלי גבי האי מאן דמסר מודעא אגיטא מודעיה מודעא לפיכך נהגו העולם לבטל כל מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי בשעת כתיבת הגט או בשעת הנתינה דחיישינן שמא בטלו אותו ע"כ וכך הם דברי הרמב"ם ז"ל בהדיא גבי גט דגיטא ומתנתא שוו אהדדי פ"ז מה' גירושין שאם אמר כל דבר שאבטל מודעא זאת הרי הוא בטל ואח"כ כתב וכו' הרי הגט בטל א"כ מהו תקנת דבר שיאמרו העדים אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת שגורמים לבטל דבר זה הרי הם בטלים הוא אומר הן וכתב המ"מ ז"ל שאחר דברו האחרון אנו הולכין וכיון שהוא כלל כל מה שקדם כל מה שאמר בכלל דבריו האחרונים והכל בטל ואף הרשב"א ז"ל העיד לנו שהראשונים נוחי נפש הסכימו שבטול מודעא תועיל לכל מודעא שקדמה ואף לדעתו ז"ל שרצה לצאת ידי כל ספק באיסור ערוה החמורה בפיסול עדים גם בנ"ד הוזכר פיסול עדים וכן מוכיח מדברי ספר התרומה סי' קכ"ח שהקש' שם ארב ששת ורב יהודה שהצריכו לכתוב גט אחר מחמת ביטולו של בעל ואמאי לבטל בעל כל מודעא וביטול דעבד אלמא משמע דביטול מהני לכל מודעא וביטו' שקדמה וזה מוסכם ופשוט בעיני.

ובר מן דין חזיתיה לדעתיה דמר דחשיב נ"ד כמתנה היינו משום דאזלינן בתר השתא שנתן דבר מועט בערך תביעתו ואנו אין לנו אלא בשעת חיובו של ראובן בקנין בכל מה שיגזור ביניהם החכם הנברר שחייב עצמו לקיים כל מה שיגזור ויפשר ביניהם ובידו של החכם היה לחייב את שכנגדו יותר ממה שחייב א"כ אין זו מתנה אלא שמסר דינו ביד החכם הנז' שיעשה כל מה שיראה בעיניו והחכ' עשה מה שנר' בעיניו בעבודת האל משום האמת והשלום אהבו וזו פשרה היא ודינה כמכירה כמו שכתב הרמב"ם ז"ל פ"י מה' מכירה וזה הוא לשונו אפי' אם היתה הפשרה ביניהם אין זו מתנה דעביד איניש דזבין דיני' וגם כי התביעה שהי' תובע לא היתה ברור' שהיה שכנגדו מודה בה וכן מוכיח לשון שטר הקיומים שהר' אברהם יצ"ו יעביר מלבו התביעו' וכו' ולא כתב שימחול לו נרא' שלא היתה התביעה ברורה ושמא הי' ירא רבי אברהם שתהא תביעתו בטלה וגמר ונחרצה בפשרה כ"ש שלא היתה הפשרה אלא ע"י ברירת החכם שיקיימו כל מה שיגזור ויפשר ביניהם הן כדין הן שלא כדין דשלא כדין נמי דינא הכי הוא משום למען תלך בדר' טובים כו' ומה שנר' טוב בעיני אלהי' ואדם היינו דינא כל זמן שיתרצו בעלי דינים א"כ נ"ד דמיא לזביני דאפי' אי אתו סהדי ואמרי אנן ידעי' באונסי' כיון שבטל אח"כ המודעה המקח קיים דק"ל תלויה וזבין זביניה זביני דאגב אונסיה וזוזי

גמר ומקנה עוד נראין הדברים שאפילו אם יבואו עדים ויעידו עכשיו על האונס הכתוב בשטר לא מהני מידי לבטל הקיומים דהויא פלוגתא דרבוותא אי גזים הוי אונס או לא דעביד איניש דגזים ולא עביד. (המוסר מודעא על שהוכרח משום אונס להודות לחברו וא"כ בררו דין לפשר ביניהם לא מהני מסיר' מודע' דמסר לבטל מה שנתחדש)

עוד נראה לע"ד שאפילו אם היינו דנים הקיומים אלו בדין מתנה גמורה לא מהניא מודעא אלא כשבא בשעת ההודאה ומסר מודעא על מה שהיתה כוונתו לעשות שהוא בטל או שאמר בסתם כל מה שאתפשר עם בעל דיני שלא ע"פ בית דינו של פלוני או ע"י פלוני יהא בטל אבל כגון שטר מודעא זו שאמר סתם שהוא מוכרח להודות לדבריהם ולכרות ברית עמהם והכל הוא באונס ואח"כ נתחדש שהסכימה דעת שתי הכתות וביררו דיין ביניהם לפשר ולגזור כל מה שיראה בעיניו כי בשעת מסירת המודעא לא היה יודע זה ועדין לא הסכימה דעת' בבירית הנברר לא מהניא מודעא לבטל מה שנתחדש אח"כ דשמא אז היה סבור שאין שום דרך אלא להודות ע"כ לדבריהם ככתוב בשטר המודע' ואחר שהם נתרצו בבריר' שמא נתרצ' בלב שלם ועכשו חוזר בו ואע"פ שהסבר' הישרה מקיימ'. (מי שנתקוטט עם אשתו וא' לגרשה ואמ' גט שאני כותב לאשתי בטל הוא לאחר זמן גרשה שלא באותה קטט' לא מהני בטו' ואנן סהדי שלא אמר אלא על גט שהיה רוצה לתת באותו זמן) כן יש הוכחה ג"כ מלשון הרמב"ם ז"ל פרק ששי מה' גירושין שכתב וז"ל וכן מי שאמ' לשנים גט שאני כותב לאשתי בטל הו' וכו' ה"ז בטל וכן אם אמ' להם כל גט שיכתוב לי פלוני בטל או כל גט שאכתוב בבית דינו של פלוני או כל גט שאכתוב מכאן ועד עשרים שנה בטל ה"ז בטל עכ"ל ולמה חזר הרב ז"ל על כל הלשונות הללו אלא להורו' שאם אמר סתם כל גט שאכתוב לאשתי פלונית בטל הו' ואחר זמן גרש שלא באות' קטטה לא מהני בטול שהאדם משתנה בדעתו בשינוי הדברים ואנן סהדי שלא אמר אלא על גט שהיה רוצה לתת באותו זמן וכן הדין בנ"ד שנראי' הדברים שלא מסר מודע' אלא שהי' סבור שהיה מוכרח להודות בכל מה שירצו ממה שלא פי' ואמר כל מה שאתפשר או אכרת ברית עמהם שלא יהיו ע"פ הדי הגמור יהא בטל שאין בדעתי לוותר להם כלל ומה שנר' שהמודעא היתה טרם שידע בבריר' הנברר ממה שנר' מלשון המודעא שנעשית טרם סילוק הר' אברהם מן ההמוקטיא ובשטר הקיומים כתוב אשר שהפשרות הנופלת בין הר' אברהם ובין הר' יצחק הי' אחרי צאת הר' אברהם מן המוקטעא כלו' שנמשכו גם אחרי צאתו מן המוקטעא ואח"כ הסכימה דעתם בבירה הנז' וזמן שטר הקיומים היא שלשה חדשים וחצי אחר זמן המודעא ולא מהני מודעא דמעיקרא למה שנתחדש לבסוף. ובלאו הכי לא מקרי אונס לפי שכל האונס שטוען הר'

אברהם זה (מי שהיה רוצה לתבוע מחבירו ואיימו עליו שאם יתבע יזיקוהו ועשה מודעא כשנתפשר עמהם לא הוי אונס בהם לא היו מכריחי' אותו להתפש' אלא שלא יתבע) הוא שהיה רוצה לתבוע מן השותפ' אותה תביעה ואיימו עליו שאם יתבע שיזיקוהו ויביאו עליו טיפט"יש אבל אם כהר' אברהם זה היה שותק אז ולא היה תובע להם כלל גם הם היו כמחרישים עד אשר תחזקנה ידיו ויתבע מהם בדינא ודיינא וכל כי האי גוונא לא מקרי אונס כלל שהם לא היו מכריחים אותו שעכ"פ יתפשר' עמהם וימחול להם אלא שהוא לתועל' עצמו רצה לבא עמהם בקיומים ולהתל בהם למחר וכן נראה מלשון שטר הקיומים אשר התפשרות הנז' נמשכו על מה שהיה תובע הר' אברהם וכו' ואם הדב' כן אין כאן בית מיחוש שאין כאן אונס על הפשר' כלל כדאמ' בגמ' ולא אמרן אלא דלא אפשר לי' לאשתמוטי אבל אפש' לי' לאשתמוטי לית לן בה ואע"פ שנדחו בגמ' דברי' אלו היינו לקיים המקח דאמרי' והלכתא בכולהו זביני' זביני אבל זה שאמ' דהיכ' דאיפשר ליה לאשתמוטי לא מיקרי אונס אפי' אם מסר מודעא לא מיקרי אונס כלל ולא ראיתי לא' מן המפרשי' שפי' בזה כלום אלמא כפשטא דגמ' קי"ל ואע"פ שיש בדברי ר' ירוחם לשון המגומגם יש לדחותו הילכך אפי' יבואו עדים ויעידו באונס לא מהני ומ"ש המורה שהלשון שכתוב בשטר ונתננו בידו להיות לו לראית ולזכות והאלהים יבק' את נרדף שזהו כמו שאמרו הכרנו באנסו דאל"כ מה מקום לתפילה זו דברי הבאי המה והבל ורעות רוח ומה להשיב על דברים בטלי' כאלו והשתיקה יפה כאן והוא ברחמיו ישכילנו על דבר אמת וחתמתי שמי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לב

להגביר וישיש זקן ונשוא פנים כהר"ר מנחם הלוי קאלמן נר"ו קושטנדינה הש"נג.

שאלה אני ראובן פרנס ודיין בק"ק פלוני וע"ד שהחכם יצ"ו ומרביץ תורה בקהל היה רוצה להושיב את בנו במקום אחד והיה שלא ברצון פרנסי וזקני הקהל והסכימו יחד הפרנסים ביום ההוא לסגור בית הכנסת ולשלח לומר להחכם שפחדו שלא ימשכו קטטות בקהל ועשו כן ושלח החכם לומר שאל יפחדו מזה וגזר על בנו שלא ידבר מאומה בענין אח"כ בא החכם לתוך העזרה והם לא היו רוצים לפתוח בית הכנסת אמר החכם לשמש שיוציא הטליתות לעזרה וכהוציאו אותם נכנסו החכם ובנו תוך בית הכנסת ולא רצו הקהל ליכנס וגזר על קרוביו שיכנסו להתפלל תוך בית הכנסת ונכנסתי אני ראובן ואמרתי להחכם חכם כ"ת רוצה לעשות בנך חכם בקהל אינך יכול לעשותו אבל החטא אינו של כ"ת אלא ששמעת לקול אשתך כי אני שמעתי לה כמה פעמים וגם אותו היום אמר' לזקני הקהל אם אתם עוש' יאותו מוטב ואם אין יקחהו החכ' וישיב אותו

בצידו ונראה מי ידבר נגד החכם ולזה אמרתי לו שהכל יצא מאשתו שנשמע לזה ענה החכם שקר וכזב דברת בשבועת התורה שאין לה לאשתי שום ידיעה מזה אמרתי לו השבועה שעשית הוא שבועת שוא לפי שעיני ראו ולא זר שאמרה אם יעשו אותו בטוב וכו' ענה החכם אתה חייב כך וכך אבל אני איני אומרו אמרתי לו אם כ"ת יאמר אף אני אומר כמו כן אמרתי לו באגרוף ובכח זרוע כ"ת רוצה לעשותו חכ' השיב החכ' אני עושה אותו ונראה מי ידבר נגדי אמרתי לו הזהר חכם שאם הקהל רוצים לומר לכ"ת שאינם רוצים לחכם יאמרו וירבה המחלוקת ענה החכם ואמר אתה הוא מנודה ויאמר לקהל שיענו אמן ולא רצו וראובן מרוב כעסו השיבו אדרבה ע"כ יורינו מורינו אם הנדוי שנדה החכם לראובן חל עליו שהוא זקן ונשוא פנים ודיין מנהיג ב' קהלות ועוד שיש הסכמה בקהל חמור' שלא יוכל שום אדם לומר לחבירו לא קטן ולא גדול לא ע"י כעס ולא ע"י שחוק לא מוחרם ולא מנודה ועוד שהחכם נשבע בפומבי שבועות שקר שכל העדה כולם יעידו ממה שנשבע על אשתו שלא היתה לה ידיע' ההוא שקר כמו שנראה מהתשובה שהשיבה אשתו של ראובן ואל זקני הקהל שאם לא יעשו אותו בטוב וכו' יורינו מורינו הדין עם מי ושכר כפול.

תשובה אתה האיש הזקן הפרנס הדיין הפלמוני המדבר הפלג' לזלזל מאד בכבוד החכם בכמה מיני אפקורת' שאמרת לו בקהל רב שנשבע שבועת שוא ושקר וחלילה לנו להאמין כן ויהי כרשע חייבו ומתקוממו כעול ואם מפני מה ששמעת לאשתו שאמרה אם אתם עושים אותו מוטב ואם אין יקחנו החכם ויושיבנו בצדו לא מפני זה נאמר שהוא נשבע על שקר או שבועת שוא לפי שנשבע על דבר שאי אפשר לו לידע שאין לדמותה לאותה שאמרו בפרק שבועות שתים שבועה שזרק פלוני צרור לים ושלא זרק דלית' בלהבא שבועה שיזרוק ושלא יזרוק כמו שפי' רש"י שזו שבועת שוא היא שהרי אין פלוני בידו לזרוק ושלא לזרוק דודאי דלהב' הוי שבועת שוא אבל לשעבר כי משתבע שלא זרק פלוני אע"פ שלא ראהו אלא באומד לבו אומר כן שאין אצלו ספק בדבר כלל ומה גם בדברים שבינו לבין אשת חיקו שסומך בדעתו שאילו היתה יודעת היתה מספרת עם בעל' ואשכחן בהאשה בתרא בעובדא דחסא דאמר ההוא נכרי מאן איכא בי חסא טבע חסא אמר רב נחמן האלהים אכלוה כווריי לחסא מדבוריה דרב נחמן אזלא דביתהו דחסא ואנסיבא ואע"ג דאמרו רבנן מים שאל"ס אשה אסורה שמא ניצול במחילה של דגים או דילמא גלי אשפלה אע"פ כן נשבע רב נחמן מאומדן דעתו שאכלוה כווריי ואדעתא דנפשי' קמשבתע והוא לא ידע מה שדברה לפניך ולפני הקהל וכההיא דאמרינן בפרק ד' נדרים גבי נדרי שגגות כגון רב כהנא ורב אסי הדין אמר שבועתה דהכי אמר רב והדין

אמר שבועה דהכי אמר רב כל חד וחד אדעת' דנפשיה משתבע ועוד כי היה לך לדונו לזכות שמא כוונת החכם במה שאמר שלא היתה לו לאשתו ידיעה מזה הוא על מה שהיה בא לעשות עכשיו להושיב את בנו באותו המקום כי לא גלה הדבר לשום אדם וגם היא לא אמרה לו על כך לאפוקי ממה שהי' מתריז כנגדו לומר כי שמעת לקול אשתך ועל זה נשבע כי לא בעצת' היה זה ולא הית' לה ידיעה בדבר ואתה שדנתו נשבע על שקר יצאת מכלל הדן את חבירו לכף זכות כ"ש שהובשת פניו לעיני בני עמו דלא ידעת שלא נענש ירבעם אלא שהוכיחו לשלמה ברבים ושוב הגדלת לזלזל בו באומרך אם כ"ת יאמר גם אני אומר כמו כן ואין אפקרותא גדולה מזאת והוספת שנית יד לשונך להרחיב פה ולהאריך לשון לומר כי באגרוף ובכח זרוע היה רוצה להושי' את בנו ולא נאמר כך אלא על בעלי אגרופין וכענין שנא' ולהכות באגרוף רשע כמו שאמרו בס"פ מקום שנהגו אוי לי מבית פלוני אוי לי מאגרופו וכן מ"ש בכח זרוע לא נאמר כן אלא על בעלי אגרופין כדאמרי' עתידין בעלי זרוע ליפול. וזלזלת בו (מי שאמר לחכ' הקהל שאם הקהל היו רוצים היו מעבירי' אותו ואמר דעצה טובה קמ"ל ולא כיון לזלזל כיון שנראי' הדברי' שדרך זלזול אמרה אינו כלום) לומר שאם הקהל היו רוצים היו מעבירין אותו כל אלו דברי זלזול הם וכי תחתור ליפות דבריך לומר שלא כוונת בהם לזלזול אלא עצה טובה קמ"ל לשוא יתייפו שאין לנו אלא מה שנראין הדברים שהם דברי זלזול מה שאל"כ כל אדם יברך את רעהו בקול גדול ויאמר לא פעלתי און וראיה מהא דאמרי' פ' הנודר בההיא אתתא דאחייבה בבי דינא דרב יהודה אמרה ליה שמואל רבך הכי דנין אמר ליה ידעת ליה אמרה ליה אין גוצא ורבה כריסיה אוכם ורבא שייניה אמר לה לבזויי קאתת תהוי ההיא אתתא בשמתא אלמא אע"פ שהי' לה לישמט דשמא לא כוונה אלא לתת בו סימנין שהיתה מכירתו כיון שנראין הדברים שדרך ביזוי אמרה נדה אותה כ"ש כאן שמתוך כעס וקינטור דברת כל מה שדברת בפני קהל ועדה וסופך הוכיח על תחילתך כי מה שאמרת לו אם אתה תאמר אף אני אומר כמו כן ר"ל שאם ינדה גם אתה תנדה שאפי' אם לא היית חייב נידוי מן הדין הוא לא נדה אותה אלא שרמז לך שהיית חייב נידוי ויש בדבר זלזול לך אבל אין החכם נענש על זלזולך כדאמרי' בהחובל אמתני' דתנן רקק והגיע בו רוקו חייב לא שנו אלא בו אבל כנגדו פטור אמרי במערבא משמיה דר' יוסי בר אבין זאת אומרת ביישו בדברים פטור וזהו בבין אדם לחביר' כ"ש אם היה האומר חכם שהוא פרנס על הצבור אבל מה שהשבת אתה אם אתה תאמר אף אני אומר כמו כן כלו' שתנדה אין לך זלזול גדול מזה ואפקרותא דאפי' כמאן דאמר מאי אהנו לי

הני רבנן חייב נידוי כ"ש זה. (קהל שיש להם הסכמה ששום אדם לא יוכל לומ' לחבירו מנודה אם חכם הקהל בכלל ואם יעשו גם כן עליו בטלה היא והוי' לה קשר שדרעי' ח"ו) ומה שרצית להסתייע ממה שיש הסכמה בקהל ששום אד' לא יוכל לומר לחבירו לא קטן ולא גדול לא מוחרם ולא מנודה לא אמרת כלום ואין לך בהסכמה זו סעד כלל וג' תשובות בדבר חדא שהסכמה המתקיימת ע"פ התור' היא אם יסכימו למגדר מילתא כדאות' תלמידים נוחים לכעוס או שאינם הגונים ומחזיקים עצמם בגדר ת"ח שלא ינדו לכבודם אם לא בהסכמת הרב או הנאמנים אוהבי התורה ולומדי' כמו שהאריך בזה הריב"ש ז"ל סי' ס"ה אבל מי שהוא חכם רשום ופרנס על הצבור בהא ודאי לא שייך מגדר מילתא דאדרבא צריך לחזק את ידיו ובלעדו לא ירים איש את ידו ואת רגלו כדאמרי' בפ"ק דסנהדרין א"ל משה ליהושע אתה והזקנים שבדור עמהם אמר לו הקב"ה דבר אחד לדור טול מקל והך על קדקדן ומי שהוא חכם על הקהל בודאי שלא יצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן ומה שיעשה יהיה אחר הישוב והמיתון ואם יעשו הסכמ' אף עליו וכיוצא בו שלא ינד' ושלא יהא נידויו כידוי אין בה ממש ובטלה מעצמ' והויא לה קשר של רשעים ח"ו כמו שכתב שם הריב"ש ז"ל ועוד שמן הנר' מלשון ההסכמ' שלא נעשתה אלא לבין אדם לחבירו ואין תלמידי חכמים בכלל שאין בעלי בתים חביריו של ת"ח כ"ש למי שנתמנה פרנס על הצבור שיכתבו ששום אדם לא יוכל לומר לחבירו שהרי מצאנו בפ' חלק שהקפיד מנשה בן חזקיהו כשאמר רב יהודה עליו נפתח בחברין ואתחזי ליה ואמר לו חברך וחברא דאבוך אנא ורב הונא הקפיד על רב ענן ששלח לו הונא חברין בפ' מציא' האשה כ"ש שאין חכם שמלמד תורה ברבים בקהל בכלל חבר אלא בגדר רב וכן כשאמרו הלכה כרבי עקיבא מחבירו דייקי' מחבירו ולא מרבו ובפ' הכותב אפלוגת' דר"ע ור"ט דינתן לכושל שבהן דייקי' אי ר"ט חבירו הוא או לא. (הסכמ' הכת' בה ששום א' לא יקר' לחב' מנודה הכוונה שלא יקרא לו כן אבל אין הכוונה שלא ינדה שום א' לחבירו כדין) ועוד נראה שאין משמע מלשון ההסכמה שכיוונו על מי שינדה בפי' שאפי' תלמיד קטן בזמן שנדה כהלכה נידויו נידוי ולא אמרו שלא יקרא אותו בשם מוחרם ומנודה בין בדרך כעס בין בדרך שחוק שאין בשם זה לשון נידוי אעפ"י שאמרו נשיא ישראל כל שלא כיון לנדות אלא לבזות ועל זה התקינו שלא ידברו עתק בנאוה ובוז לכנות שם של גנאי לחבירו אבל לא הוזקקו לתקן שלא ינדה שאם כדין נדה תבא עליו ברכה ואם שלא כדין הרי עונשו אמור שהוא בר נידוי.

ועתה אתה האיש קחנה מפי עצה הסכן נא עם החכם ושל' לך התרפס והרבה עליו רעים שורות שורות של בני אדם כי נוקשת באמרי פיך ובדבר שפתיך ואם אתה דיין ומנהיג

זקן ונשוא פנים ראוי לישא פנים לתורה ולזקן שקנה חכמה שים נא כבוד לאלהי ישראל ותן לו תודה ולא לכבוד בשר ודם אתה עושה אלא לכבוד המקום שרבה כבוד תלמידי חכמים מכלל כבודו דכתיב את ה' אלהיך תירא לרבות ת"ח שכבודו של עבד הוא כבודו של מלך וגם הוא חכם כי תדרשנו ימצא לך סתר פנים לא ישים ובאמת ואמונ' כי אני בקי לא בך ולא בהחכם אכן בתום לבבי ובנקיון כפי איעצך ויהי אלהים עמך זה הנלע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה

סימן לג

שאלה הר' אברהם חדידה נ"ע נפטר לבית עולמו וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק ונשארו לו נכסים רבים קרקעות ומטלטלים מהם בתוך ביתו ומהם בבית אחרת ואחרי מות הר' אברהם הנז' היתה האלמנ' אשתו שלטת בכל הנכסים ונושא' ונותנת ומוכרת וקונה בחזקת שהם של בעלה הנז' והיה לה מבעלה הנז' בת קטנה בת שש שנים לימים נפטר' הבת הנז' ובאו יורשיה לתבוע הנכסים מן האלמנה (אלמנ' שאמרה שבעלה נתן לה כל הנכסי' שיש תחת ידה במתנת ש"מ כל הנכסים שהיו בידה באות שעה אם נאמר כיון שהי' לו בההיא שעה בת קטנ' גם על הדינרי' שהיו בבית אחרת) והאלמנ' החזיקה במקצת הנכסים באמרה שבעלה קודם מיתתו נתן לה במתנת ש"מ כל הנכסים שהיו לה תחת ידה באותה שעה ואמר לה אני נותן לך במתנה כל הנכסי' שיש לך תחת ידיך ועמדו לסדר הטענות בפני ב"ד הצדק האלמנ' הנז' ואפטרופו' היורשים וטען האפוטרופוס שיש לו עדי' על מקצת הנכסי' או רובם שראו שהיו תחת ידה ובפרט סך גדול מדינרי זהב שהיה לו בבית אחרת שלא היו דרים שם והיו שם קבורים ואחרי מיתתו לקחתם האלמנה ונשאה ונתנה בהם בחזקת שהם של בעלה ומעולם לא אמרה שבעלה נתן לה כלום אדרב' היתֿ' או' שאין לה בכל הנכסים זולת כתובתה מעט מזער והנה אשה זו נשאת לאיש והכניסה לו כל מה שהי' בידה מנכסי בעל' הראשון בתורת נכסי מלוג יורינו רבינו אם תהא נאמנת בטענ' זו להחזיר בכל מה שבידה ובדינרים הנז' ושכרו כפול ומכופל מן השמים. (בלשו' אני נותן לך כל הנכסים שיש לך תחת יד אין בכלל הלשון אותם המעו' שלא הי' אז תחת ידה שהיתה יכולה להחזיק בהם דאין מחזיקי' היורשי' אלא בלשון מתנה ברירה)

תשובה בדינרים שהיו באותה הבית נראה שלא זכתה האלמנ' הנז' בהם אף לפי דבריהם דכל טצדקי דמצינן למיעבד להעמיד הנכסים ושלא להוציאם מחזקת היורשים עבדינן עד שיהא לשון מבורר וזאת שאומרת שאמר לה אני נותן לך במתנה כל הנכסים שיש לך תחת ידיך אין בכלל הלשון אותם המעות שלא היו אז תחת ידה שהית' יכולה תכף

להחזיק בהם ואין מוציאין מחזקת היורשין אלא בלשון מתנה ברורה כמו ששנינו כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהם וכו' ר' יהודה אומר לעולם הוא אוכל פירי פירות עד שיכתוב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהם ובפירי פירותיהם עד עולם וקי"ל כר' יהודה ביד מקבל מתנ' לעולם עד שלא ישאר שום ספק בלשון המתנה לגרוע כחו כ"ש הכא דאומדנא גדול' היא לומר שודאי לא הי' נותן לאשתו כל נכסיו ומניח את בתו שהיא קטנ' וצריכה פיזור גדול לפרנס' ולגדלה דלפי דבריה לא שייר במתנתו לבתו רק קצת זתים שיש לו אצל הנכרים שהם כתוא מכמר ובחזקת אבודים לגמרי לכך נאמר דאפי' שנתן לאשתו כל מה שיש לו בבית מטלטלים וחפצי זהב וכסף וסחורות רצה לשייר אותם הדינרים לבתו דהיכא שיש אומדנא מוכחת וגדולה כזו מפקי' בה ממונא כדמוכח בכולי תלמודא ואע"ג דבכותב כל נכסיו לאשתו דאמרי' לא עשאה אלא אפוטרופא וכן כותב כל נכסיו לא' מבניו וכן ההיא דתנן ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים דאזלי' בהו בתר אומדנ' אמרי' שאם שייר כל שהו מתנתו קיימת אלמא ליכא אומדנא בדשייר כל שהו ולא מפלגי' בין רב למעט הא ליתא שמה שאנו מקיימים המתנ' כששייר כל שהוא לאו משום דאמרי' ההוא מידי הוא דשייר אלא היינו משום שאם כוונתו היה לעשותם אפוטרו' או ליתן לאחר מיתה למה שייר כלל אלא מדשייר גלה כוונתו שרוצה להקנו' להם הכל ולא לשייר לבניו כלל אבל הכא שאנו מסתפקים בשיור ודאי דאזלינן בתר אומדנא שאין אדם מניח את בתו שתזון מן הצדק' שדבר ידוע שאין בשיור הזתי' תועלת כלל אפי' בחייו כ"ש לאחר מותו. (אשה שהוחזק' בנושאת ונותנ' בנכסי בעלה אחרי מותו ולא הוחזקו לה נכסי' חוץ משל בעלה כל הנכסי' שיש להם עדים שראום בידה הם בחזקת היורשי' ועלי' להביא ראיה שבעל' נתנה לה) ועכשיו יש לדון על הנכסים אשר אתה בבית אם תהא נאמנת בדבר לומר בעלי נתנם לי במתנ' ונראה דמאחר שהאש' זו הוחזקה שנושא' ונותנ' בנכסי בעלה אחרי מותו ולא הוחזקו לה נכסים חוץ משל בעלה כמו שבא בשאלה כל הנכסים שיש עליהם עדים שראום בידה הרי הם בחזקת היורשים ואם הי' באה לטעון להוציא מחזקת היורשים עליה להביא ראיה כדאמרי' בחזקת הבתים אחד מן האחין שהי' נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו וכן האשה שהיא נושאת ונותנ' וכו' עליה להביא ראיה ואע"ג דהתם אונות ושטרו' שיוצאת על שמו מוציאין מחזקת תפיסת הבית כדמוכח שם מדברי התוס' כ"ש כאן שאין כאן שום דבר שיוציא מחזקת תפיסת הבית דאדרבא דכל מה שהיתה נושאת ונותנת היתי' אומר' שהנכסים של היתומה ומעול' אמרה כן דודאי כל הנכסים הם בחזקת היתומה וכל מה שיש עליהם עדים שראום בידה שאינה יכול'

לטעון אין לי כלום אינה נאמנת לומר בעלי נתנם לי במתנה. (לא אמרי' מגו בטענה שכל העול' יודעי' שהוא שקר מפורסם)
וגם אין לומר שתהא נאמנת עליהם במגו דנאנסו אחר שראו העדים חדא דאינה טוענת ברצון דבר שכל העולם יודעים שהוא שקר מפורסם כי ביתה בקיר החומה בתוך הכאן מקום בטוח מגנבים ושודדי לילה והשכנים דרים פתחו של זה כנגד פתחו של זה ויש שם קיבוץ אנשים הרבה שאם היה דבר כזה היה נודע לכל העולם הילכך אין זו מגו שאינ' רוצה לטעון ברצון דבר שידעו כל העול' שקרו כמו שנבא' לקמן לכך חזרה אחר טענה אחרת לומר שבעל נתנם לה. (טענה דנאנסו באתר' דשכיחי ביה רבים דאם היה שם אונס היו הכל מרגישין אינו נאמן בשבועה) ועוד שנראין הדברים שאפילו היתה טוענת כן שנאנסו שם לא היתה נאמנת דלאו כל כמינה לומר נאנסו באתרא דשכיחי ביה רבים והכל הוא חצר אחד ואם היה שם שום אונס כל אנשי הכאן היו מרגישים ויודעים בדבר וכיון שכן צריכה להביא ראיה ולא תהא נאמנת בשבוע' כי הא דאיסי ס"פ האומנין איסי בן יהודה אומר אין רואה שבועת ה' תהי' בין שניהם הא יש רוא' יביא ראיה או ישלם כמו שכ' רבי' חננאל והרי"ף ז"ל ועדיפ' הא מההיא דמייתי התם ריסתקא דמחוזא שכיחי בה אינשי זיל אייתי ראיה וההוא עובדא דארבע מאה דני דחמרא דתקיפי דאמרי' ד' מאה דני דחמרא דתקיפי קלא אית להו פי' קלא אית ליה למילת' אם החמיצו ברשות לוקח או ברשו' מוכר והדבר ברור שזה דבר דלא איפש' כלל ומעולם לא נשמע שם אונס כלל בין ביום בין בלילה ואם היה כן היו כל השכני' מרגישי' בדבר כמו שהו' נודע. (לא אמרי' מגו דההחזרתי היכן דההזר' היא לקטן דלאו אורח ארעא להחזיר לקטן ועוד דלאו חזרה היא כיון דקטן אין בו דעת לשמור נכסיו ואין לך פשיע' גדול' מזו)
ואם באנו לומר שתהא נאמנת במגו דההחזרתי הא נמי ליתא כלל חדא דכיון דיתום' קטנ' היורשת חזרה לא איפש' דאפי' במזונות אשתו קטנה אמרי' בפ' ב' דייני גזירו' למאי ניחוש לה אי משו' צררי צררי לקטנ' לא מתפיס ואע"פי שמזונות הוא צורך שעה דבעיא למיכל מינייהו לא מתפיס לה כ"ש נכסי רבים והא דאמרי' בפ' הנזקי' בתו כיון דבתנאי ב"ד קאכלה אימור צררי אתפסה לענין דלא מפקא ממשעבדי הוא דאמרינן הכי דחיישינן לדבר שאינו מצוי אבל למגבי מבני חרי לא אמרינן הכי כדכתבו שם התוס' ועוד התם איכא למיחש לצררי משום שאין אדם רוצה שתתבזה בתו בב"ד לתבוע מזונות ומתפיס לה אבל הכא לאו אורח ארעא להחזיר לקטנה ותו דלאו חזרה היא כיון דקטנה אין בה דעת לשמור נכסיה דאין לך פשיע' גדולה מזו וגדולה מזו אמרו בפ' הספינה בשולח את בנו לחנוני ופונדיון בידו וכו' חנוני חייב אלא ביד אפוטרופסים או ביד

ב"ד שהם אביה' של יתומים ואם היתה טוענ' כך היו אפוטרופס או הב"ד מכחישין אותם. (מיגו דהחזרתי לאפוטרופ' לא אמרינן דאינו רוצה לטעון דבר שיש מי שיודע בשקרו) ואע"ג דלא הוו בני עדות לגבה דנוגעים בעדותם הן שהרי הם צריכים לישבע על טענתם שבועת היסת וכהא דאמרינן פר' האיש מקדש גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו והשתא דתוקן רבנן שבועת היסת משתבעי עדים דיהבי ליה ומשתב' מלוה דלא שקיל ואינן נאמנים להעיד עליו כיון שהם צריכים לישבע מכל מקום מה שהם פסולים אינו מטעם שיש להם הנאה בעדות שיהיה עליהם חשד שהם מעידי' לתועלת עצמם שהרי הם נשבעין ונפטרים אלא הא דמפסלי משום דגזרת הכתוב הוא דבעי עד שיהא נאמן בדבורו ולא שיהיה צריך לישבע על דבריו כמו שכתב התוס' ז"ל שם הילכך אין אדם רוצה להעיז פניו ולטעון טענה זו שאינו רוצה לטעון דבר שיש מי שיודע בשקרו וגם כל העולם יודעי' שהדבר שקר שסך גדול כזה לא היה לה להחזיר בינה לבינם שלא בפני כל אדם. (לא אמרי' מיגו להכחיש העדי' פסולים) והרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל ס"ו על מי שהקנה בפני נשים או עדים פסולים דאין להאמין במגו שהיה יכול להכחיש אותם העדי' הפסולים דטפי עדיף ליה לומר טענה זו שאין שום אחד יכול להכחישו ולא להכחיש את העדים אע"פ שהם פסולים והביא מההי' דפ' חזקת דרבה בר שרשום דאמר ליה רבא לקוחה היה בידי לא מצית אמר' דהא נפק עלי' קלא דארע' דיתמי היא שאינו רוצה לטעון דבר שידעו בשקרו וזו הכחשה גדולה היא להכחיש ב"ד או שני אפוטרופוסים שנתמנו ע"פ ב"ד דאי לאו דקים להוא לב"ד בגויה דאנשים כשרים אינהו לא הוו מוקמי להו אנכסי דיתמי. (לא אמרי' מגו שהחזיר לאפטרוסים או ביד ב"ד דצריכ' לישב' ולמחר מעידי' עליה שנשבע' על שקר ופוסלי' אות')

ועוד מטעמא אחריני לא חשי' מגו שאם היתה טוענת החזרתי ביד אפטרופסים או ביד ב"ד היתה צריכה לישבע שהוא כדברי' שנתנ' להם ולמחר אלו מעידים עליה שנשבע על שקר ונמצאו פוסלים אות' לשבוע' ומרעא נפשה ומרעא נכסיה שכל תובע שיתבענה יהא נשב' ונוטל כיון שהיא חשודה על השבועה ואע"ג דבעיקר העדו' היו נוגעי' בעדו' לענין לפוסלה לשבוע' נאמנין דלענין זה לא הוו נוגעין בעדותם וכה' דאמרינן פרק זה בורר אתא עד אחד ואמר לדידי אוזפן ברביתא ופסליה רבא ועוד גרסי' התם וחד אמר מנאי דידי גנב קתא דבורייטא ופסליה אע"פ שהדבר מתחילה היה נוגע להם לענין פיסול נאמנין. (לא אמרי' מגו היכא דאם הית' משתכרת כל מה שתובען בטענ' זו)

ועוד נראה דמטעמא אחריני' לא מהימני' לה במגו דנאנסו או החזרתי דלא אמרי' מגו אלא היכא שכל מה שתובע בטענ' זו היה יכול לתבוע בטענ' אחרת ומה לו לשקר

שאם הי' רוצה לשקר היה טוען אותה טענה אבל הכא סבר' גדולה יש למה שלא טענה נאנסו או החזרתי שאם היתה טוענת כך לא היתה משתכרת אלא הנכסים שאין עליה' עדים שהם עכשיו תחת ידה אבל כמה נכסים שאינה יכולה להכחיש שישנה תחת ידה עכשיו אחר שנשאה והם דברים מסוימים וידועים לבעלה וחפצי זהב וחלי כתם אשר זרחה השמש עליהם היתה מפסדת אותה לכך היא טוענה בעלי נתנם לי כסבורה לזכו' בכל הנכסים כמו שהוא עכשיו חוב' הכל בטע' זו הילכך אפי' לענין אותו דבר שהיא יכולה לטעון עליו לא מהימנ' דאין זו מגו וראיה מהא דאמרינן פ' ח"ה ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתא ואכלתי' שני חזקה אזל אייתי סהדי דאכלה תרתי שני אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי והקשו בתוס' לענין פירות אמאי לא מהימן במגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי דמהימן כדאמר רב זביד התם ותרצו דאין מגו שהרי הוא בא לתבוע גם הקרקע ועוד ראיה מההיא דתניא פר' כל הגט מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה ומוקי לה רבי זירא התם בשאין שיירות מצויות אבל אי שכיחי שיירות איכא למיחש שמא מאחר נפל והקשו התוס' ואמאי וכיון שהבעל מודה שגרשה והוא נאמן במגו דאי בעי אמר גרשתי את אשתי דמהימן א"כ נתן לה לראי' בעלמ' וכוונ' תירוצ' שם שהואיל ואינו נותן עכשיו הגט לגרושין אע"פ שהי' יכול לטעון גרשתי ויה' נאמן לומ' גרשתי מגו דאי בעי לגרש' עכשיו והיה נאמן לענין פירו' שמכאן ולהבא אבל למפר' לא מהימן הילכך השת' דאמ' גרשתי' בגט זה לא מהימן מכאן ולהבא יותר מלמפרע וכי היכי דלמפרע לא מהימן ה"נ מכאן ולהבא לא מהימן והיינו טעמא כדפרשי' דלא אמרינן מגו אלא כשהטענות שוות וזו הוא סבורה שתזכה למפרע וכן מצאתי בתוס' פ"ק דכתובות בסוף סוגיא דפתח פתוח דאמרינן בגמר' לא דקא טעין טענת דמים וכתבו התוס' ז"ל ונהמניה לדידה במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני ופירשו שם דאין זה מגו כלל שאינה רוצה להפסיד כלו' מכתובתה ואפשר לדחות ולחלק דבכל הנהו שהטענות סותרות זו את זו כגון דאי אמר לפירות ירדתי תו לא מצי טעין מינך זבני וכן כל הנך הילכך אינו רוצה לטעון אותה טענה שלא יכול לטעון עוד ויפסיד אבל היכא דיכול לטעון שני הטענות ואינו מפסיד טענה ראשונ' לא למדנו א"כ הכא תהא נאמנת במה שתחת ידה במגו דאי בעיא אמרה נאנסו וזה שהוא תחת יד אחרים בעלה נתנם לה במתנה אבל נר' דאין לחלק כן מדאמרינן בפ' חזקת אפסקא דשלש שנים ואי דלית ליה צנא דפרי הויא חזקה לאלתר והקשו בתוספות ולהימני במגו דאי בעי אמר לפירו' הורדתיו ותרצו בלשון שני דאינו רוצה לטעון לפירות הורדתיו אלא תובע' הקרקע והפירות ועוד מצאתי להרמ"בן ז"ל בחדושיו פר' ח"ה שהכריע סברא

זו מההיא דתנן פר' האומר קדשתי' וגרשתיה נאמן נשבית ופדיתיה אינו נאמן ואמאי לא מהימן בנשבית ופדיתיה לפסלה לכהונה במגו דאי בעי אמר קדשתיה וגרשתיה דמפסלה מטעם גרושה אלא כיון דבטענת גרושה לא מפסלה מתרומה לא הוי מגו דשמא למפסלה מתרומה אתי הילכך לא הוי מגו אפי' לענין כהונה אע"פי שטענת קדשתיה וגרשתיה אינו סותר טענת נשבית ופדיתיה שיכול להיות דתרווייהו איתנהו והר"ן ז"ל בהלכות שם בקדושין כתב תירוץ זה אלא דהוקש' לו תינח בת כהן בת ישראל מא"ל ונדחק לומר לא חשיב מגו כיון דבנשבית פוגם אותה יותר שאלו היתה בת כהן היתה פסולה מן התרומ' וכת' ואחרים אמרו דכיון דמה שהאמינ' תורה לאב חדוש הוא דיינו שנאמין אותו באותה טענה עצמה אבל אין או' מגו דאין לנו בו אלא חדושו ע"כ ואעפ"י שלפי תירוץ זה אקלישא לה ראיה מ"מ דעתו של הרמב"ן ז"ל ודעתו כך היא ויש לדקדק עוד מדתנן פר' הכותב הוציאה גט ואין עמו כתובה גובה כתובתה ופירשוה התוס' לר' יוחנן דאמר הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום וס"ל כותבין שובר היתה צריכה להחזיר הכתובה שאעפ"י שבלא כתובה הוא יכולה לחזור ולתבוע מ"מ אם תתבע יכול לומר לה פרעתיך מנה מגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך ותימה א"כ אמאי אמרינן במתני' הוציאה גט ואין עמו כתובה גובה כתובתה ואעפ"י שהוא טוען פרעתי יהא נאמן במנה במגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך דלפי דברי התוס' הא דתנן גובה כתובתה ר"ל כל כתובתה אלא שיש לנו לומר דגבי מתני' שאומר לא מהימן דאלמנה נשאתיך שהוא סבור להרויח בטענה זו שלא לפרוע כלל אבל התוספת כתבו שאם לא תהיה הכתובה בידה ירויח בעלה לפחות שיכול לטעון פרעתיך מנה ויהא נאמן וכן משמע דקדוק דברי התוספת יהא נאמן לומר פרעתיך מנה במגו וכו' ולא כתבו כי אמר פרעתי יהא נאמן במנה במגו דאלמנה נשאתיך. (אפילו בנכסים שהם תחת ידה אינה נאמנת לומר בעלי נתנם לי במגו דאין לי משל בעלי כלום שרוצה להחזיק אף בנכסים שאינה יכולה לטעון כן)

ומן הטעם הזה נראה לומר שאפילו בנכסים שהיא מוחזקת בהם דהיא יכולה לומר לא הניח בעלי אחריו כלום לא תהא נאמנת לומר בעלי נתנם לי במגו דאי בעיא אמרה אין לי משל בעלי כלום שאין זה מגו כמו שכתבתי שהרי היא רוצה להחזיק אף בנכסים שאינה יכולה לטעון עליהם כך שיש עליהם עדים שישנם ברשותה אחרי שנשאת לבעל ועכשיו הם דברים מסויימים כמו שכתב ועוד שאף הנכסים שאין עליהם עדים גמורים הם חפצים ידועים וניכרים שהאפוטרופ' תובעים אותם ממנה אחת לאחת שהם כלי בית וחפצי זהב וכסף שהוא מפורסם ע"פ כל הנשים וכל השכנו' דודאי העזה גדולה

היא להכחיש כל השכנות שראו החפצים עליה ובבי' ודומיא לההיא דהרא"ש שהבאתי למעלה בענין עדים פסולי' שאינו רוצה לטעון להכחישם כל שיש לו טענה אחרת טובה הימנה. (אשה שאמרה שאין בידה משל בעלה כלום לא מהימנה אח"כ בטענה דמתנה דאין כאן מקום לומר אד' עשוי שלא להשביע את עצמו)

ועוד שהיא היתה או' שמעולם לא היה לה בנכסי בעלה אלא כתובתה וכמו שבא בשאלה לא מהימנה השתא בטענה זו שהרי אין כאן שום מקום לומר אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ודמיא קצת להההיא דמייתי הנהו גינאי דעבוד חושבנא בהדי הדדי פש ד' איסתירי גבי חד מינייהו וכו' דלא מהימן לחזור ולומר טעיתי בחשבוני מגו דאי בעי אמר פרעתי דחזקה לא עביד אינש חשבונא אלא א"כ דק בה כיון דהוי בפני עדים ואע"פ שאין הדבר כ"כ דומה דוגמא לדבר הוא ולא דמי להא דאמרינן פר' האומר בשעת קדושין אמר אין לי אחים וכו' בשעה מיתה אמר אין לי בנים דמסקי' התם דמהימן אע"ג דמרע ליה לדיבורא קמייתא התם איכא טעמא שלא רצה לומר עד שעת מיתה אלא שיש לו בנים או שאין לו אחי' שלא להרגיל קטטה בתוך ביתו ובשעת מיתתו אמר האמת אבל כאן אין לה שום אמתלאה לדבריה וחזקה אילו היה כדבריה לא היתה מחזקת הנכסים בחזקת היתומה שהיה לה לחו' שמא היום או למחר תמות היתומה ותתפס בדבריה ובפרט שהעדים מעידים שהיו מדברים עמה על זה בפי' שאם תמות הבת ישאר הכל ליורשי' ואומדנ' גדולה אפי' להוציא ממון וגדולה מזו אמרו חכמים בדינא דבר מצרא שהיא תקנ' משום ועשית הישר והטוב כדאמרינן בפ' המקבל האי מאן דזבין גריוא וארעא במציעתא דארעא חזינן אי עידית היא משום עידית זבן ואי זבורית היא משום זבורית זבן ואי לאו הערמה היא ובר מצרא מפיק לה מלוקח כ"ש בנדון דידן שכל העולם יודעי' שהכל שקר וכזב ובקשה עלילו' דברים להתנכל על נכסי היורשים ותורת אמת אשר כל דרכיה דרכי נועם תפר מחשבות ערומי' ולא תעשינ' ידיהם תושי'. (אשה שהחזיקה בנכסי בעלה בטענה שבעל' נתנה לה ונשאת לאחר והכניס' הנכסי' לבעל אע"ג דבעלה לוקח הוי מ"מ לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה וכיון דמן הדין אין בידה להחזיק באותם הנכסי' מוציאי' אותם מיד בעלה)

ואשה זו הואיל והיא לא היתה יכולה להחזיק בנכסים בשום טענה כלל ואע"פ שנשאת והכניס' הנכסים לבעל בנ"מ דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי מ"מ לא טעני' ללוקח אלא מאי דמצי טעין מוכר קמא דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ואע"ג דמלוה על פה לא גבי מבעל כדאמרינן ס"פ יש נוחלין ולכאורה הוה משמע דגזל כי האי נמי בכלל מלוה ע"פ דלא גבי מבעל מהא דבעי למפשט בעיין דהתם אי בעל לוקח הוי אי יורש הו' מהא

דתניא נישאו גדולות לבעל ישאו קטנות מבעל פי' הניח בן ובנות גדולות וקטנות ונישאו גדולות לבעל והכניסו להם ג"כ חלק הקטנות יוציאו קטנות חלקם מבעל אלמא יורש הוי ודחי שאני וכולי משמע דאפי' בגזל כי האי שלקחו הגדולות חלק הקטנות והכניסום לבעל אי לוקח הוי לא היו יכולים להוציא מידו הא ליתא דאמרי' בריש הגוזל ומאכיל אמר ר"ח גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מגזלן גובה רצה מאחר גוב' משמע דכל שהלוק' לקח הגזלה אע"ג דליתיה בעיני' שאכל' כבר גובה ממנו ולא תימא דהתם דוקא אכלו קאמר דמשמע שלא מדע' גזלן ומפקי' מיני' מדר' נתן מנין לנושה בחבירו וכו' זה אינו תדע דהא פריך עלה דרב חסדא ממתני' דהגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהן פטורין מלשלם ומשני מתני' לאחר יאוש אלמא אע"ג דגזלן גופיה יהי' ליה מדעתיה לפני יאוש גובה מאחר אלא יש לך לומר דההיא דנשאו גדולות לא הוי גזל ממש דפרנסת הבת אינה של תורה אלא חוב הוא שיש לה על הנכסים מכח תקנת חכמים שתקנו שתטול עשור בנכסים ואין לה קנין בגוף הממון דהא אפסיקא הלכתא כרב אשי פר' מציאת האשה דבת בעלת חוב דאחין הוי וגביא מבינוני' ומצי לסלוקי לה בזוזי ועוד דגריעה טובא מב"ח דבריש פרק מי שמת מבעיא לן מזונות אלמנה מהו שתמעט בנכסים פי' כדי שיקראו נכסים מועטים דאמרינן הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים בעל חוב מהו שימעט בנכסים ולא מבעיא לן פרנסת הבת אם תמעט בנכסים דפשיטא דלא ממעטא כדפירש הרא"ש ז"ל שם שכיון שלא הגיע זמנו לגבות עדיין פשיטא דלא ממעטא אלמא כל היכא דלא גביא עדיין לאו בחזקת' קיימי וגריעא טובא מב"ח הלכך בשנשאו גדולות והכניסו לבעליהן חלק הקטנות של פרנסה לאו נכסי בחזקת קטנות קיימי אלא בחזקת הבן ובן לאו בעל דברים דידי' הוא וחוב הוא דאית להו לקטנות עליה והוי כמו מלוה ע"פ אבל כגון נדון שלפנינו שהנכסים בחזקת היורשים הם אי איתנהו בעינייהו הדרי ואי ליתנהו בעיניהו דבע' אכלם או הפסיד' איהו חייב כדאמר רצה מגזל' גובה רצה מאחר גובה כך נראה בעיני ברור ואין לומר שיוכל הבעל לומר שאותם הנכסים שהכניסה לו שמא אינם אותם של בעלה שאותם אכלתם או הפסידתם והני אחריני נינהו הרי כתב הרי"ף ז"ל בפ' נערה שנתפתתה אהא דאמרי' האשה שמכרה בנ"מ הבעל מוציא מיד הלקוחות וכתב ז"ל ואי איתנהו להני זוזא דשקלה איתתיה מהדר להו ללוקח דגזל הוא ולא מצי למימר דילמא מציא' אשכח' דקדקו המפרשי' ז"ל מדבריו שאע"פ שלא יש בירור שהמעות אלו הוה דמי המכר אנו תולין שדמי המכר הם ולא מצי למימר מציאה אשכח ובר מן דין הכא בנדון דידן אפילו חשבינן גביה מלוה על פה גבי שפיר מבעל דכי היכי דאמרינן גבי אלמנה דשויוה רבנן כיורש משום פסידא דאלמנה

הכי נמי משום פסידא דיורשים שויוה רבנן כיורש דלא שוינהו כלוקח אלא במקו' דליכא פסידא דאחרים כגון שביעית ואף על גב דבעל חוב לא גבי מיניה אף על גב דאית ליה פסידא היינו משום דאיהו אפסיד אנפשי' דלא אבעי ליה ללוות בלא שטרא לאתתא דעבידה לאינסובי אבל הכא לא שייך הך טעמא וכן אמרינן גבי מוכרת בנכסי מלוג שהבעל מוציא מיד הלקוחות ולא חיישינן להפסידא דידהו משום דלא אבעי להו למיזבן מאתתא דיתב' תותי בעלה ואי קשיא לך דאמרינן בפרק החובל תנינא לתקנת אושא דתנן העבד והאשה פגיעתן רעה וכו' ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא תזבין נכסי מלוג ותתן ליה ודח' התם וליטעמי' נהי נמי דאית' לתקנת אושא ולא מצי מזבנא לגמרי תזבן לנ"מ בטובת הנא' ותתן ליה משמע דמדמי חבלה למכירה דאי איתא לתקנת אוש' לא מצי מזבנ' לגמרי ולא מצי למגבו ליה לניזק מינייהו דאפילו לא תמות בחיי בעלה לא תירשנו דהכא ודאי ליכא טעמא דלקוחות דתקנת אושה דאינהו דאפסוד אנפשייהו ועוד מדלא קאמר ולטעמי' נהי נמי דאיתא לתקנת אושא דלקוחות דאינהו דאפסוד אנפשייהו אבל גבי ניזק תתן ליה ויש לומר משום דאכתי לא פסיקא ליה אי בעל בנכסי אשתו יורש הוי אי לוקח הוי ואז אין הפרש כלל בין לוקח לניזק ואע"ג דלפי המסקנ' דהכא סוף פרק יש נוחלין דלא שוויהו רבנן כלוקח אלא משום פשיעותא דלקוחות מ"מ הקושיא הפשוטה תקשה לי' דלזבין לנ"מ בטובת הנאה ועוד דהתם גבי פרנסה אמרי' שאני פרנסה דקלא איתּ לה כלומר ואיהו דאפסיד אנפשיה שלא היה לו לכונסה עד שידע אם נטלו הבנות פרנסתם כ"ש בנ"ד דאיכא קלא טובא והתרו בה שלא תנשא והוא הי' יודע בדבר שהיו מערערים על הנכסים טרם שתתקדש וגם היו מחזרים אמר ב"ד שתשבע בפניהם שהוא כדבריה ולא רצה שום חכם להטפל בדבר כי ראו שהכל שקר וכזב ואע"פ כן כנסה בהא וודאי איהו דאפסיד אנפשיה והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר' משה מטראני זלה"ה.

סימן לד

שאלה אנו תמהים על מעלת כ"ת מאחר שהזמננו ונתוועדנו לדין זה ופסקנו בהסכמת וחתמנו כולנו בפסק דין איך חתם אח"כ לסתור הפסק שכתב הוא עצמו בראשונים לומר שאין על האשה תחת בעלה לשלם עכשיו אלא לאחר זמן ואפילו אם אחר גמר דין מחלוקת היה לו לשאת ולתת עמנו וכפי מה שתעל' הסכמה היינו פוסקים הדין כמו ששנינו ומנין לכשיצא אחד מן הדיינים לא יאמר אני המזכה וכו' כ"ש לתת חתימה ביד בעל דין והדבר ברור שאין בדברים אלו ממש לומר שלא תתחייב אלא לכשתאלמן או תתגרש ושלש תשובות בדבר.

חדא דהואיל והכניסה לבעל נכסים שאינם שלה אע"פ שהבעל אכלם או הפסידם חייב כמו שכת' הרמב"ם ז"ל פ"ה מהלכות גזלה וז"ל מי שעבר ואכל הגזלה אחר יאוש פטור מלשלם ואם אכל קודם יאוש ורצו הבעלים לגבות מן האוכל גובים שעדיין ברשותם הוא ואם רצו גובים מן הגזלן עכ"ל ואפילו אם נדון אותו כדין לוקח מגזלן שאינו מפורסם שעשו בו תקנת השוק הכא לא שייך תקנת השוק עוד כי לא נתן בהם שום דמי' כדי שיחזירו לו ועוד דבסוף פרק יש נוחלין מסיק תלמודא דבעל זמנין עבדו ליה כלוקח וזמנין עבדו ליה כיור' גבי יובל דליכא פסידא לאחרים שויוה רבנן כלוקח אבל היכא דאיכא פסידא לאחרים כגון מזונות דאלמנ' דמייתי התם שויוה רבנן כיורש ופרכינן בגמרא מהא דרבי יוסי בר חנינא באושא התקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה הבעל מוציא מיד לקוחות אלמא שוינן ליה כלוקח ולא חיישינן לפסידא דלקוחות ומשני התם אינהו דאפסיד אנפשייהו דלא איבעי להו למזבן מאתתא דיתבא תותי גברא וכן כתבו המפרשים ז"ל דהיינו טעמא דמלוה ע"פ לא גביא מבעל דאיהו דאפסיד נפשיה דלא איבעי ליה לאוזופי בלא שטרא לאתתא דעבידא למנסבא אבל כל היכא דאיכא פסידא ולא שייך לומר איהו אפסיד אנפשיה כגון גבי מזונות דאלמנה שויוה רבנן כיורש וגביא מיניה ואף כאן בנדון שלפנינו כיוצא בו הוא שאם היא הכניסה נכסי היתומה לבעלה איהו מאי הוה ליה למעבד.

ועוד דהתם גבי פרנסה אמרינן שאני פרנסה דאית לה קלא וכמלו' בשטר דמיא וגביא מבעל הכא נמי הך מילתא קלא אית לה שנשאת בלא שבועה ולא נזקק שום ב"ד להשביעה ואיהו דאפסיד אנפשיה שנשאת קוד' שיתברר הדבר דאותם הנכסים בחזקת הבעל עומדים והוה לי' כמלוה בשטר וכן כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ל"ו סי' ו' על אשה שנתארסה ושלח לה ארוסה סבלונות ואכלתם או הפסידתם והלכה ונשאת לאחר והשיב שגובה הסבלונות מהבעל דסבלונות קלא אית להו ומסתמא ידע הבעל וכמלוה בשטר דמיא ודברים אלו פשוטים ומבוארים בספרים כמעט אטרוחי בי' דינא בכדי הוא ושלום.

סימן לה

שנת השנ"ה: להחכם השלם הרב כמהור"ר משה גלאנטי נר"ו.

שאלה על ראובן ששלח גט לאשתו אשר בטריפולי על ידי שליח ולא רצה הבעל ששליח זה יתננה לה לפי שתתבייש האשה ממנו ואמר לו שיעשה הוא שם שליח את פלוני שהוא קרובה ומיודעה ונתקשה מר בענין דכיון שאין בדבר זה שום שליחות ומעשה קוף בעלמא הוא דעבד לא מהימן מתקנתא דרבנן שיהא השליח נאמן לומר בפני נכתב

ובפני נחתם ולא מצא מקום להכשרו אלא שיכתבו ב"ד כתב מעשה ב"ד שנכתב ונחתם בפניהם לשמה ואני בעניותי לא ירדתי לסוף דעתו שאם הבעל עשאו שליח על הגט וימסרנו בב"ד ויאמר בפני נכתב ובפני נחת' וימנה הוא השליח האחר למה לא יהא נאמן דהא אמרי' דסתם ספרי דדייני מגמר גמירי וכן לענין קיום עדים החתומים על השטר כמו שנחקר' עדותם בב"ד דמי ורבנן הוא דאצרוך המנוהו רבנן בדרבנן משום עיגונא דאיתתא וליכא למיחש דשמא אתי בעל ומערער דכיון דאמר מר בפני כמה נתנו לה וכו' מעיקרא מידק דייק הכא נמי כיון שהוא יודע שצריך שיאמר בפני ב"ד בפני נכתב ובפני נחתם מעיקרא מידק דייק וכי היכי דאמרינן בפרק התקבל גבי בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין דאמר רב חסדא שליש נאמן דהא הימניה פי' שהרי האמינו הבעל כשמסרו לידו אע"פ שאומר שלא מסרו לשם גירושין הכא נמי נאמר לענין שיהא נאמן לומר בפני נכתב ובפני נחתם דהא הימניה שמסרו לידו אע"ג שלא עשאו שליח לגירושין וראיה מדאמרינן בפרק כל הגט ההוא גברא דשדר גיטא לדביתהו ואמר שליח לא ידענא לה אמר ליה הביא לאבא בר מניומי וכו' אתא ולא אשכח לאבא בר מניומי אשכחיה לר' אבהו ור' חנינא בר פפי ור' יצחק נפחא ויתיב רב ספרא גבייהו אמרו ליה מסור מילך קמן פי' שיאמר בפני נכתב ובפני נחתם וכי אתי אבא בר מניומי ניתביה ליה אמר להו רב ספרא והא שליח שלא ניתן לגירושין הוא איכסיף וכו' משמע מתו' אותה שמועה שאילו אבא בר מניומי היה שם שפי' דמי והיה יכול זה השליח לומר בפני נכתב בב"ד אע"ג דשליח שלא ניתן לגירושין הוא ולא קשיא ליה לרב ספרא אלא לפי שאבא לית' הכא אין שליח זה יכול למסרו בב"ד שיעשו הם שליח דשליח שלא ניתן לגירושין אינו עושה שליח וכמו שכתבו התוספות וכך הוא לשון רש"י ז"ל והא שליח שלא ניתן לגירושין הוא הילכך לאו במקום בעל קאי למסרו ליד אחר וכלשון הזה כתב הרי"ף ז"ל וכן הלכתא דשליח שלא נתן לגירושין אינו עושה שלי' משמע אבל לומר בפ"נ בפני נחתם יכול הוא לומר ומהימן מתקנתא דרבנן וכן מוכ' להדיא מדברי הרשב"א ז"ל שם דלא הוזכר שליח שלא נתן לגירושין אלא לענין שאינו יכול לעשות שלי' אחר ועוד ראיה ברור' מדאמרי' סוף פרק שני דגיטין גבי הא דתנן אף האשה עצמה כשרה להביא את גיטה ובלבד שתאמר בפני נכתב ובפני נחתם ומקשינן בגמרא אשה מכי מטי גיטה לידה מגרשה מיד ומסיק תלמודא כגון דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית להתם אימא קמי ביה דינא בפני נכתב ובפני נחתם ומשוי ביה דינא שליח וניתביה ניהלך הרי לך בהדיא דאע"ג דשליחות דאשה זו לאו שליחות דגירושין הוא נאמנת לומר בפני נכתב ובפני נחתם תקנתא דרבנן הכא נמי לא שנא.

ומה שהביא מר ראיה לדבריו ממה שכתב הרב מהרי"ק בסימן קמ"ב בשם תשובת הרב שמעון בר צמח ז"ל על אשה שנתגרשה בגט ששלח לה בעלה על ידי איש שיתנ' ביד שלוחו דלא מצי למימר בפני נכתב דמעשה קוף בעלמא הוא דעבד ולא שליח הוא אינו יכול לומר בפני נכתב שאמר שכן היה הלכה למעשה בזמן רבותיו ולא דמי לאשה עצמה דכיון שנתן לה רשות לעשות כל שליח שתרצה הרי היא כשלוחו של בעל אין משם ראיה שהרי מדברי הרי"ף ז"ל והתוספות ורש"י והרשב"א והרא"ש מוכח שלא הוזכר שליח שלא נתן לגירושין אלא לענין דלא מצי משוי שליח אחר חוץ מאותו שאמר לו הבעל אבל לענין שיהא נאמן לומר בפני נכתב מה לי ניתן לגירושין או לא ניתן כיון דמ"מ שליח הולכה הוא והוא יעשה שליח אחר ומאי מעשה קוף בעלמא דקאמר כיון שאף השליח האחר אינו נעש' שליח אלא מכחו של זה שליח גמור הוא ולא גרע מגברא דאתי מחמתיה אבל דברי הרב רבי דוראן ז"ל אינם אלא במי שעשה כבר שליח שם ושלחן לו על ידי זה האיש שכן כתב שיתנהו ביד שלוחו נמצא דזה האיש אין לו תור' שליחות כלל ומעשה קוף בעלמא הוא דעבד ששליח הגט כבר נעשה על פי הבעל כמו שהוכיח הרא"ש ז"ל בתשובה כלל י"ח סי' י"ג שיוכל לשלוח ע"י נכרי אע"ג דאין בו תורת שליחות דמעשה קוף הוא דקעביד וכן כתב הר"ן ז"ל משמיה דגאון ואפילו אמר לו שהוא עושה שליח להגיעו לידו אין שם תורת שליחות כיון שהגט עצמו כבר נעשה מעכשיו שליח עליו את האיש ההוא אשר שם תדע דתנן בפרק בכל מערבין השולח עירובו ביד חרש שוטה וקטן או ביד מי שאינו מודה בעירוב אינו עירוב ואם אמר לאחר לקבלו ממנו הרי זה עירוב ועוד אמרינן בגמרא נתנו לפיל והוליכו לקוף והוליכו אם אמ' לאחר לקבלו הימנו הרי זו עירוב וזו היא ראיה מפורשת לדברי הרא"ש ז"ל שבכלל י"ח ולדברי הגאון שכל שכבר עשה שליח כשר זה שמגיעו לידו אין עליו תורת שליחות כלל ובענין זה הוא נדון של הרב רבי' דוראן ז"ל ובפרק בתרא דמעילה תנן שלח ביד חש"ו בזמן שעשו שליחותן בעל הבית מעל לא עשו שליחותן חנווני מעל ופרכינן בגמרא והא לאו בני שליחות נינהו ומשני ר' יוחנן כאותה ששנינו נתנו על גבי הקוף והוליכו על גבי הפיל כו' ואמר לאדם לקבלו הימנו הרי זה עירוב ופרשו התוספות התם מיירי שאמר לאדם לקבלו מעל גבי הקוף והקשו דא"כ לא מייתי התם מידי לענין מעילה כיון דבן דעת הניחו לכך נראה דמיירי בעומד ורואהו שהפיל הניח הפת במקום הנחת עירוב ואמר תקני לי פת אלמא דמתעבד שליחותי' אע"ג דשלי' דהיינו הפיל לאו בר דעת הכי נמי חרש דמעילה אתעבד שליחותיה והקשו אמאי לא נילף משליחות דתרומה דבעינן שליח בן דעת ותירצו שליח דמעילה בהוצאה ושינוי רשות הוא וזהו מה שכתב ולא

דמי לאשה עצמה שמביאה גיטה דכיון שאמר לה שוי שליח שתרצי הרי היא שלוחו של בעל כלומר כיון שיש בידה כח לעשות שליח שלוחו של בעל מקרי וזה אין לו כח לעשות שום שליח שהרי הבעל מנה שליח מעכשיו ואין כוונתו של הרב ז"ל לחלק בין כשיש בידו לעשות כל שליח שירצה להיכא דאמר לו עשה שליח לפלוני לבד דבזה אין טעם לחלק כלל תדע דבס"פ התקבל פסלי' באומר אמרו משום דמילי לא ממסרן לשליח ואפי' באומר אמרו לפ' ויכתוב לפ' ופ' ויחתמו כדכתב הר"ן ז"ל וכ"כ הרא"ה דאמרו מדעתכם קאמר ושליח חשיב ולא ממסר למילי אבל בממנה שליח שלא בפניו מכשירים דהא לא מסר שום דברים לשליח אלמא באומר אמרו לפ' ופ' אע"פ שאין בידו לעשות כל שליח שירצה אלא אותם שאמר הבעל מ"מ מכח השליח הם נעשים דאמרו מדעתם קאמר ואמרי' דלא ממסרי מילי לשליח מה שאין כן בממנה הוא עצמו שליח שלא בפניו ושוב מצאתי בתשובת כמהר' יצחק אדרבי ז"ל סימן שמ"ה שכתב גם הוא שאינו יכול לומר בפני נכתב לא נהירא לי כלל ונמשך אחר פשט דברי הרשב"ץ ז"ל שכתב דכיון שא"ל שוי שליח שתרצי הרי היא כשלוחו של בעל ופשיטא דלאו דוקא דא"ל שוי שליח שתרצי אלא כיון שא"ל שהוא יעשה שליח אע"פ שיחדו הרי מכח שליח ראשון נעשה שליח שני שאם מת ראשון לא מצי שליח שני יהיב לה כיון שעדיין לא עשאו שליח בב"ד וההיא דאבא בר מניומי ראיה גדולה היא דאלו אבא בר מניומי הוה הכא שפיר דמי אע"פ שיחד השליח ותו ההיא דהאשה עצמה לא היתה היא יכולה לעשות כל שליח שתרצה מעצמה ללישנ' בתרא דא"ל ומשוי בי דינא שליח וניתבוה ניהלך דמשמע דב"ד יעשו ואפילו שלא בפניה כדאמרינן בשלהי כל הגט כי משוו ב"ד שליח אפילו שלא בפניו של שליח ראשון אבל התקנה שאמר מר שיכתבו ב"ד כתב מעש' ב"ד שנכתב ונחתם בפניהם לשמה אינה דרך סלולה כמו שנראה מתשובת הריב"ש ז"ל סימן שי"ח והביאה הרב הב"י ז"ל סוף סימן קמ"ב ועיין בזכרונותי הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

עוד לו: (מי שרוצה ללכת למ"ה ואשתו תבעה ממנו גט זמן לזמן פ' והוא לא היה רוצה באותו זמן ובאו אנשים וחילו פניו שאל יניח אשתו עגונה ונתרצה לכתוב לה גט ולא פי' הזמן אי אמרינן דע"ד זמן הראשון סמך או לא) אב בחכמה מוציא לאור תעלומה דיינא ונחית לעומקא דדינא אלופינו החכם השלם המובהק נר"ו בדיק לן מר על מעשה שבא לידו בא' שהיה בדעתו ללכת למדינת הים והיתה אשתו תובעת ממנו גט זמן והיה רוצה אלא שהיה הפרש ביניהם ענין הזמן שלא היה מרוצה לתת גט זמן אלא לשלש שנים ושוב בהיותו על פרק הנסיעה באו אנשים ואמרו לו לבלתי יחטא בעון האשה

להניחה עגונה עד שנתרצה ואמר לכתוב גט לאשתו אלא ששכח לומר ענין התנאי ואמר כתבו גט לאשתי סתם מי אמרינן דע"ד הראשונה נתן או לא ואמר מר שנסתפק בדבר אלא שדעתו מסכמת להחמיר ושאל את פי אם אמצא ראיה לדבר ומה ידענא ולא תדע ותלמידך אנו ומימך אנו שותים אבל דברים שאמר מר נאמרו למשה בסיני.

בתוספתא דקידושין זה אומר במנה וזה אומר במאתים והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"כ תבעו זה את זה וקדשו אם האיש תבע את האשה יעשו דברי האשה אם האשה תבעה את האיש יעשו דברי האיש (יוכיח דע"ד הראשון נעשה) מוכח להדיא דלעולם אע"פ שנעשה המעש' סתם על דעת ראשונה נעשה הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לו

(גוי שהעמיד לישראל בפני שמעון שיפרע לישראל ק"ק דינרים ממה שבטוח ממנו ושמעון נתרצ' וטוען שמעון שלא נשאר לו עתה כי הגוי היה חייב לו יותר ממה שהיה לו בידו אם חייב שמעון או לא) שאלה ראובן היה נושה בערל א' ק"ק זהובים בזהב שנשאר חייב לו משארית חשבונות שבינו לבין הערל והלך ראובן ותפש לערל על החוב שחייב לו והלכו הערל וראובן אצל שמעון ואמר לו הערל לשמעון בפני ראובן ועדים שנמצאו שמה דע כי אני חייב לראובן ק"ק זהובים מעסק משא ומתן שעשיתי עמו ומשיורי חשבונותינו ולכן הק"ק זהובים תפרעם לו עכ"פ כיון שאתה בטוח ממני משני קולוש משי שיש לי בידך והשיב שמעון לראובן בפני העדים והערל אני אפרעם לך בע"ה מהמעות הראשונים שיהיו לי עד סוף פרוטה אחרונה אז הלך ראובן לדרכו בבטחו על מה שאמר לו שמעון הנז' עתה טוען ראובן שיתן לו המעות שהבטיחו לפני הערל שחייב לו כנ"ל ובפני העדים כאמור כיון שהקולוש של משי היו בידו והודה ולא בוש על החוב שיפרע לו כמנהג הסוחרים של המקום ההוא שבדבור לבד פורעים ואינם נוטלין קנין כלל ושמעון טוען שלא נשארו בידו מעות הערל כלל כי כל מה שהיו שוים הב' קולוש משי יותר משווים היה חייב לו הערל ולסוחרים אחרים עתה יורינו מורי הצדק דין החייב והזכאי.

(כל היכא דישראל יש לו מלוה או פקדון מהגוי חייב בעד הגוי במעמד שלשתן) תשובה דבר ברור הוא שישראל מתחייב בעד הגוי במעמד שלשתן הואיל ויש בידו מלוה או פקדון משל הגוי וכמו שכתב התו' בפרק קמא דגיטין דהיכא שהגוי אומר לישראל שיתן לישראל חבירו כמ"ש קנה ואין הנפקד יכול לחזור אבל מה שיש לדקדק בנדון שלפנינו הוא בלשון שאמר הגוי לשמעון ולכן הק"ק גרושו' תפרעם לו עכ"פ כיון שאתה בטוח ממני משני קלוש משי שיש לי בידך שמשמע לשון זה הוא שיפרע לו שמעון מכיסו

ויהיו השני קולוש בידו לבטחון ולא שיפרע לו מדמי המשי וכן מוכח מתו' תשובתו של שמעון שאמר לראובן אני אפרעם לך מהמעות הראשונים שיהיו לי משמע שמשלו היה נותן ולא מדמי המשי. (היכא דלא אמר הלוה לנפקד שיפר' למלו' מהפקדון אלא מכיסו על בטחון הפקדון לא קנה במעמד שלשתן) וכיון שכן אפילו היה המפקיד ישראל כל שלא אמר שיתן מהפקדון שיש בידו אינו משתעבד בדין מעמד שלשתן וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל בתשובה הביאה בעל ספר התרומות ז"ל שער כ"ח ס' ג' וז"ל והיכא שהפקיד לו כור של חטים ואמר לו מאותו כור של חטים תן עשרים דינרים ללוי אם פירש תן לו עשרים דינרים במעות מן החיטים כיון שהחטים פקדון לא קנה אבל אם אמר לו סתם תן לו עשרים דינרים מחטים שיש לי בידך נעשה כמאן דאמר ליה תן לו חטין שוין עשרים דינרים הוא וקנה ואם חטין הלואה אצלו כיון דשעבודא אית ליה גביה אע"פ שפירש תן לו עשרים דינרים במעות קנה דכולהו טעמי דאתמרו בגמרא במעמד שלשתן בהלוא' בהך אורחא רהטי דמשום שעבוד' דרמי עלי' משתעבד ליה להאי אלו דבריו ז"ל ונמוקן עמן שעיקר טעמו של מעמד שלשתן אינו אלא דמגו דמשתעבד להך משתעב' נמי להאיך ואינו משתעב' אלא במה שחיי' לו או במה שיש בידו ממנו אבל כשאומר לתת לזה מעות אחרים משלו ויהיה הפקדון תחת ידו בטחון או אפילו אמר שימכור הפקדון שתחת ידו ויתן ללוי מעותיו כיון שהו' אינו משועב' בכך לראובן למכו' ולתת לו המעות כ"ש לתת לו מעות משלו אף ללוי אינו משתעבד במעמד שלשתן. (מי שיש לו פקדון מראובן ואמר ראובן שימכור הפקדון ויפרע ללוי במ"ש לא קנה) אע"פ שבעל ס' התרומות נר' כחולק על דברי הרמב"ן ז"ל במה שכתב למעלה על ראובן שאומר לשמעון תן ללוי בעבורי עשרים דינרים שהרי יש לי בידך כור של חטין ואח"כ רצה לחזור מסתברא דהו"ל כמנה יש לי בידך וכדאמרי' בעלמא מה לי הן מה לי דמיהן וכי יעלה על דעת שמי שיש בידו מחבירו זהובים ואמר לו מנה יש לי בידך תניהו לפ' שלא קנה ומהיכן יצא דין זה שלא יעמדו הזהובים במקום דינר הואיל ויכול למכרן ולהחליפם בדינרין והא נמי דכוותה היא עכ"ד ואינן חולקים על דברי הרמב"ן ז"ל בעיקר הדין שכשהוא אומר שיתן לו מנכסיו הואיל ויש בידו הפקדון שחייב ליתן הואיל ובידו למכרו ולעשות דמים אבל כוונתו לומר שכשהוא אומר תן עשרים דינרים ללוי לאו דוקא דינרים ממש קאמ' אלא או חטין או דינרים דמה לי הן מה לי דמיהן הילכך חל השעבוד בגוף הפקדון ואין הנפקד יכול לומר אין רצוני להשתדל בעבורו למכור חטין לפרוע חובותיו אלא שיתן לו חטין או דמיהן וכן הוכיח אטו אם היה ביד שמעון זהובים ואמר לו תן לו כך וכך דינרי כסף וכי נאמר שדינרים דוקא קאמר הא לא מסתברא כלל והוא

הביא תשובת הרמב"ן ז"ל בסוף דבריו ואמר וזה אשר כתב לי הרמב"ן ז"ל בזה משמע שאין דברי הרמב"ן חלוקין על דבריו אבל בנדון שלפנינו שהוא מפ' להדיא שיתן לו מעות משלו ויהיה בידו המשי לבטחון נר' שלא היתה כוונתו שימכו' המשי בשוקא חריפא לתת לו המעות אבל שיתנם שמעון ואח"כ יתפרע מן המשי שתחת ידו שודאי שלא חל שיעבודו של ראובן על שמעון כיון ששמעון לא היה משתעב' בכך לגוי ועוד מוכיח להדיא כן מדברי הרמב"ן במה שכתב בתשובה הביא' למעלה בספר התרומות על שאמר לו לוי לשמעון בשעת המחאה יש לך מנה של ראובן ואמר הן שאע"פ שראובן אמר סתם תן מנה לפלוני אמדינן לדעתיה שעל אותו מנה קאמר ולא אמרי' תן לו משלך או הלוה לי מנה ותן לו קאמר משמע שאילו היה אומר כן אע"פ שהוא חייב לו מנה לא משתעבד כיון שאמר לו שיתן משלו ואף על זה הרמ"ה והרא"ש ז"ל חלקו בדבר ואמרו דכיון דמעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא היא אינו מועיל עד שיאמר בפי' מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני כמו שכתוב בטור ח"מ סי' קכ"ו וכ"ש בנ"ד שאמר בפי' שיתן לו משלו ויהיה המשי לבטחון. (מי שאמר לחברו שיפרע מממון שיש בידו ועכשיו טוען שלא היו בידו כ"כ מעות באותה שעה נאמן ולא קנה שמעון)

עוד קרוב אני לומר שמטעם אחר פטור שמעון משעבודו של ראובן כיון שאומר שכל המשי שהיה בידו מאז מאותה שעה לא היה שוה מה שהיה משועבד לחבירו נמצא שבשעה שהמחהו אצלו לא היה חייב שמעון לגוי כלום ונאמן הוא לומר כן אפי' שאין לו עדים בדבר ואעפ"י שאמר לו הגוי בפני העדים שיש בידו השני קולוש של משי שיהיה בטוח מהק"ק זהובים שהוא נותן ושמעון שתק אין שתיקתו ראיה לומר שתהא בהודאה שיש בידו שיווי הק"ק זהובי' אלא שלא חש לדבריו לפי שהוא היה בדעתו לתת לראובן את חובו אע"פ שלא יהיה במשי שיווי המעות וכמ"ש שיפרעם מהמעות הראשונים שיהיו לו ולגבי המפקיד בהודאה בעלמא אין שתיקתו כלום ואע"פ שיהיו שם עדים ואמר המפקיד אתם עדי כמו שכתב הטור בסימן פ"א דהא דמהני אתם עדי דוקא כשתבעו מנה ואמר לו הן ואחר כך אמר אתם עדי ושתק לוה אבל אם אמר לו מנה לי בידך והלה שתק ואמר לעדים אתם עדי ושתק הנתבע אין תביעתו כלום וכן כתב בספר התרומות שער מ"ב משמן של ראשונים נוחי נפש אף כאן במעמד שלשתן שאומר המפקיד תן מנה לפלוני במקום אתם עדי הוא וכל שהוא לא הודה שיש לו פקדון משלו אין שתיקתו ראיה ואין כאן דין דמ"ש וגם במה שאמר אני אפרעם לך מהמעות הראשונים שיבואו לי אינה הודאה שיש לו בטחון מהמשי דשמא אעפ"י כן היה בדעתו ליתנם ולא חשש להשיב על דבריו.

סימן לז

לשאלונקי זאת השאלה שייך לעיל סי' ו'.

(דין בדיקת נקב בריאה): שאלה לפום דינא דגמ' מילתא דפשיטא היא שאם נמצא נקב בריאה ובבני מעים ואיכא מקום למתלי בידה דטבחא או בזאב או בתולעי' שעל גבי הריאה תלי' בהו אמנם היכא דליכא מקום למתלי קי"ל דמקיפין שעושין נקב במקום אחר ואי אדמו אהדדי כשרה ואי לא טרפה ועתה שאל השואל אם הבודק מצא נקב בריאה או בבני מעים ומצא מקום לתלות במשמושא דטבחא או בזאב או בתולעים והכשירה ושוב לאחר שהכשירה הבודק עצמו או זולתו בא והביא הדבר לידי נסיון ולא אדמו הנקבים אהדדי מה נדון בזה מי אמרי' כיון שהכשירה מתחילה ע"פ דין התליה יצאה להיתר ושוב אין אוסרין אותה או דילמא כיון שאח"כ הביא הדבר לידי נסיון ההקפה ולא אדמו הנקבים אהדדי מטריפי' לה דנר' דאיכא צדדין לכאן ולכאן ילמדנו רבינו משפט הבהמה הזאת ושכרו מן השמים.

(בהקפ' שאמרו בגמר' אינה נסיון גמור'): תשובה מסתברא שההקפה שאמרו אינה נסיון גמורה לומר דאי אדמו ודאי אחר שחיטה נקב ואי לא אדמו ודאי קודם שחיטה נקב דאטו לא אפשר דקודם שחיטה הוא ואדמו ואחר שחיטה ולא אדמו לפי שמראה הריאה משתנה ממקום למקום אפי' סמוכים זה לזה כ"ש מאונה לאונה או מבהמה לבהמה ולא חיישי' שמא הבשר מעצמו מבפנים משונה זו מזו ויהיה זה דקודם שחיטת בהמה וזה דלאחר שחיטה א"כ אפי' הנקב מקודם שחיטה שמא לא נשתנה ממה שהיה שאינו מוכרח שישתנה אלא עיקר טעמו של דבר הוא דהיכא דליכא שום דבר למתלי אי מקפינן ואידמו תלינן לומר שאחר שחיטה היא כמו זה הנקב שנעש' אחר שחיטה ואף על פי שהיה בהמ' אחרת תלינן לומר דשמא מראה ריאה של בהמה זו דומה למראה ריאה של בהמה זו וכיון דאדמו תלינן דלאחר שחיטה והכל משום דסמכינן אחזקה דנשחטה בחזקת היתר עומדת תלינן לקולא: והיינו היכא דליכא למתלי בשום דבר מהדרינן אכוליה דלאחר שחיטה בהקפה אבל אי איכא למתלי במשמושא בידא דטבחא או בזאב תו לא בעינן תליה אחרת ואפילו לא אדמו אני אומר שמא אין המראה של מקום זה דומה למראה של מקום זה ועוד דבקל משתנה המראה כדמייתי בגמרא כרב משרשיא דממשמש בהו ואדמו ואמר כמה ידי ממשמשו בהני אלמא משמוש גורם לשנות המראה ושמא משמשו בה ואפילו חזרו למשמש בזה ולא אדמי שמא היה זה המשמוש יותר או פחות ועוד אם היתה ההקפה נסיון גמור לא היו חכמים מכשירין אפילו היכא דאיכא למיתלי כל היכא דאפשר לבדוק ולברור הדבר טהורה היא מ"מ מצרכינן לה לנסויי.

(כל היכא דאפשר להתברר לא סמכי' אחזקה) ועוד דכל שאפשר להתברר לא סמכינן אחזקה כדמוכח בריש חולין אהא דאמרינן וכולן ששחטו וכו' לאיתויי שאינם מומחין ומוכח דלא מכשרינן אלא היכא דליתיה קמן דנבדקיה אף על גב דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם מ"מ היכא דאפשר להתברר מבררין וכן מוכח בפרקא קמא דפסחים אהא דאמר רב נחמן בר יצחק המשכיר בית לחברו חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק ואמרינן למאי נפקא מינה לישיילה ומשנ' דליתיה להאי דלישיילה ומבעיא לן אי חייב לחזור ולבדוק או לא אלמא כל דבר שאיפשר לו להתברר כגון שהיה איפשר לשאול את פיו אם בדקו אם לאו לא סמכינן אחזקה דבדוק: ובקידושין פרק האומר גבי הא דאמרינן מקוה פסולו ביחידו' בעל מו' פסולו ביחיד ופרכינן אי דקמכחיש ליה מי מהימן ומשני אביי לעולם דקמכחיש ליה ודקאמרינן אמאי מהימן דאמר ליה שלח ואחוי ועוד בנדון דידן מצרי' לבדוק בריאה אף על גב דאיכא רובא דרוב בהמות כשרות ואיכא חזקה דאחר שנשחטה בחזקת היתר עומדת ומכל מקום אוסרין אותה עד שתבד' כיון דאפשר למיבדקה משום דשכיחי בה טרפיות כל שכן השת' דאיכא נקב שהיה להם לברר הדבר אלמא דאין הדבר בירור כלל אלא עיקר מה שסמ' הוא על החזקה דבחזקת היתר עומדת כיון דאיכא למתלי.

ואם תאמר לדבריך אי סמכינן אחזקה אמאי מקפינן כיון שאין ההיקף ראיה ובלא כן נתלה לומר שאחר שחיטה נקב דמוקמינן לה אחזקה קמייתא. וכי תימא חזקה קמייתא אתרעא לה שהרי נקובה לפנינו ונאמר כשם שהיא נקובה עכשיו כך היתה מקודם (לעולם אזלינן בתר חזקה קמייתא אם לא היכא דאיכא תרתי לריעותא) הא ליתא דבריש נדה מוכח דלעולם אזלינן בתר חזקה קמייתא אם לא היכא דאיכא תרתי לריעותא דמייתי הא דתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו על גביו למפרע ברשות היחיד טמא ומפרש משום דאיכא תרתי לריעותא חדא דהעמד טמא על חזקתו ועוד שהרי חסר לפניך ובקידושין פרק האומר נמי בסוגי' דקדשה אביה וקדשה עצמה וכו' משמע דבעינן תרתי לריעותא לאפוקי מחזקה קמייתא: וכן מוכח בפרק קמא דחולין דאמרי' מנא הא מילתא דאמור רבנן אוקי מילתא אחזקה אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן אמר קרא ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבי' וכו' ודילמא אדנפיק ואתא בציר ליה שיעוריה וכתבו התוספות דאף על גב דהתם איכא ריעותא גדולה דאשתכח שחסר לסוף שבעה אפילו הכי לא מטהרי למפרע אלמא כל היכא דאיכא חזקה קמייתא לא מתרעא אלא היכא דאיכא תרתי לריעותא זו שאלה היא אבל יש לומר שאין חזקה זו כשאר חזקות כגון ההיא דמקוה שנמדד ונמצא חסר דמה שנמצא חסר אינה ריעותא כ"כ לסתור חזקה

קמייתא לומר כמו שהוא עכשיו חסר כך היה מקודם דע"כ מקודם שלם היה וטפי עדיף לומר כמו שהיה מתחילה שלם כך היה עד עכשיו והשתא הוא דחסר הילכך בעי' אידך נמי לריעותא דהעמד טמא על חזקתו אבל הכא הא דאמרינן בהמה לאחר שנשחט' בחזקת היתר עומדת היינו משום דלא ראינו בה ריעותא ואחזוקי איסורא לא מחזקינן אי נמי דרוב בהמו' שלמו' הם השתא דהיא נקובה בפנינו הא אתרע לה חזקתה ונאמר כמו שהיא נקובה עכשיו כך היתה מקודם לכן ואע"ג דבפר' עשרה יוחסין אמרי' לרבנן דר"מ ס"ל רובא וחזקה רובא עדיף גבי הא דתנוק שנמצא בצד העיסה ובצק בידו דחכמים מטמאים אע"ג דעיסה בחזק' טהרה משום דרוב תנוקת מטפחין מכל מקום לענין זה גרע רובא דהיכא דהיא נקובה לפנינו הרי יצאה מכלל הרוב דליכא למימר אדרבא אוקמא אחזקה קמייתא וכמו שהיתה מקודם כן היתה עד שעת שחיטה שהרי לא היה לה חזקה בודאי שלא היתה נקובה מקודם שמא לעולם היתה כן ואפילו תימ' אם בהמה זו כבר עברו עליה שנים עשר חדש דודאי מעיקרא היתה שלמה למאן דאמר טרפה אינה חיה נימא כמו שהיתה מעיקרא כן היתה עד שעת שחיטה אין זו חזקה כמו שכתבו התוספות בפ"ק דחולין דף י"א אהא דאמרי' אתיא מפרה אדומה דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה אפילו שעה אחת לא אזלינן בתרה והורו כן הלכה למעשה כמו שכתבו שם ואני מביא ראיה לדבריו ז"ל מהא דתנן פ"ה דטהרות ומייתי לה נמי בפרקא קמא דנדה נגע בא' בליל' ואין ידוע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת רבי מאיר מטהר וחכמים מטמאין שכל הטומאות כשעת מציאתן ותני עלה בתוספתא ומודים חכמים לרבי מאיר בראוהו חי מבערב אף על פי שבא שחרית ומצאו מת טהור מפני שזה ספק ברשות הרבים משמע דדוקא היכא שראוהו חי מבערב יש לו חזקת טהרה אבל אם לא ראוהו אף על פי שע"כ חי היה אינה חזקה לפי שחזקה זו לא נתבררה באדם זה אלא למפרע ולאו חזקה אבל כשראוהו חי תיכף כשנגע בו מוקמי' ליה אחזקתיה הילכך בנ"ד נקב שנמצא הויא ריעותא גדולה לסתור החזקה של היתר שהיה לה מסתמא ולסתור ענין רובא דליכא למימר רובא דנקובות אחר שחיטה הן משום הכי היכא דאיכא למתלי שרי דאז לא הוי ריעותא שתלינן לומר בהיתר נקב ולהכי כי מקפי' להו ואדמו לא הוי נקב ריעותא שהרי גם זה נקב הוא ולאחר שחיטה נקב ה"נ תלי' בהא שאחר שחיטה הוא ולעול' היכא דאיכא למתלי' במשמוש או בזאב תלינן אפילו בלא אדמו כדכתבי'.

ורואה אני מלשון השאלה שלא נסתפק השואל להתיר אלא מטעם מכיון שהכשירה מתחלה ע"פ התליה יצאת להתר ושוב אין אוסרין אותה אבל אם לא היה מתירה וכ"ש אם היה אוסרה מתחילה לפי שהקיפן ולא אדמו פשוט לו שלא נתיר אותה מטעם דאיכא

למיתלי במשמוש או בזאב ואולי דעתו הוא לומר שאם היה אוסר אותה תחילה כבר יצאת מחזקת כשרות ושוב לא נעמידנה על חזקתה ואולי לאפוקי מהא כתב שהכשירה מתחילה כלומר לא שאסרה תחילה ומקום היה לו לומר כן אלא דמפ"ב דכתובות לא משמע הכי גבי ערעור דכהונ' דאמרי' כגון דמחזיק לן באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליה קלא דבן גרושה ובן חלוצה הוא ואחתיניה ואתא עד אחד ואמר ידענא ביה דכהן הוא ואסקיניה ואתו בי תרי ואמרי בן גרושה ובן חלוצה הוא ואחתיניה ואתא עד א' ואמר ידענא ביה דכהן הוא וקמפלגי בזילותא דבי דינא מר חייש לזילותא דבי דינא כיון דאחתינן ליה ומר סבר אנן אחתינן ליה אנן אסקינן ליה ולזילותא דבי דינא לא חיישינן ומסקי' ליה משום דאוקי תרי לבהדי תרי ואוקי גברא בחזקתיה אלמא אע"ג דאחתינן ליה משום קלא ומשום עדים לא אמרי' כבר יצא מחזקתו הראשונה ושם כתב התוספות שרבינו יצחק בר ברוך רצה לומר כך אההיא דב' אומרים נתגרשה ושנים אומרי' לא נתגרש' שכיון ששני' שאומרי' נתגרש' העידו תחיל' יצא' מחזק' אשת איש על פי עדותן ותו לא אמרינן אוקמא אחזקתא וכן פי' ההיא דינאי דויבוקש הדבר ולא נמצא דפ' האומר אלא שר"י זכרונו לברכה הקשה עליו מהא דכתובות שהבאתי כמו שכתבו התוספות שם.

ואין לומר שאם אסרה מתחילה שוב אין יכול להתירה משום הא דאיכ' למתלי משום דכבר שויא חתיכה דאיסורא ואם היה ביד אחר קיימ' לן חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר משום דשויא חתיכה דאיסורא כמו שכתבו המפרשים הא נמי ליתא דהיינו היכא דאסר משום דטעה בשיקול דעתו לאוסרה ושוב לא אסתבר ליה אבל הכא שלא זכר דאיכא למיתלי במשמוש או בזאב או שטעה בה הוי כטועה בדבר משנה וליכא למימר שויא חתיכה דאיסורא וכן מוכח מדברי רש"י בההוא תורא דאתחיל ביה שחיטה בתורבץ הושט דאסרה רבא אתו לקמיה דרב אבא אמר תורא בין לרב בין לשמואל שרי זילו אמרו ליה לבריה דרב יוסף בר חמא דלשלם דמי תורא למריה וכתב רש"י לפי שכבר האכילו לכלבים דאילו הוה קמן הוה הדר ביה ומשתרי באכילה דקי"ל טעה בדבר משנה חוז' ע"כ הרי שכל שהוא טועה בדבר ברור יכול לחזור בו ולא אמרינן שויא אנפשיה חתיכ' דאיסור' וזה ברור נמצא דאין חילוק בין נאסרה תחילה ואח"כ הותרה ובין הותרה ולבסוף נאסרה ואי מספקא לן בהא מספקא לן בהא ולפי מה שכתבנו אפילו נאסרה תחילה כל שיש לתלות בדבר של היתר תלינן ומכשרינן: ושוב נמצאו הדברים במרדכי בהגהה בפ"ק דחולין דכל דאיכא למיתלי אפילו מקפינן להו ולא אדמו כשרה ואנן סברא

דילן כתבינן והסכימ' דעתינו לדעת גדולים והנראה לעניות דעתי כתבתי נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לח

בפיררה שנת השצ"ה על מחלוק' שני חכמי' נחלקו שם בפראנקיא' ושלחו דבריה' אלינו יסדתי הפסק הזה וחתם בו הר"ב מהורר משה גלאטי נר"ו ואני הצעיר וזה נוסח השאלה. שאלה (לענין לאה שנתקדשה לראובן על תנאי שחזר' הנדוני' ליורש' יתחיי' כפי נמוסי העיר ובשעת הנשואין נתחדש התנאי בעש"ג ונתנה האשה לבעל' אחר ימים כל נכסיה) על לאה שנתקדשה לראובן ונדרה להכניס לו סך מה בכתובתה והתנתה עמו שבענין חזרת הנדוניא יתחיי' הבעל או האב להחזיר לה או לבניה או למי שמן הדין יהיה חייב להחזיר כפי נמוסי העיר ונעשה בזה שטר בערכאות של עמים בפני שרי המשפט היושבים ראשונה במלכות ובהסכמת אדון העיר אחר כך נשאת לו והכניסה לו כל סך נדוניתא ונתחדש התנאי הנ"ל בשטר הנדוני' בערכאות של עמי' כמנהגנו לאחר ימים נתנה לאה הנז' כל נכסיה לבעל' בשטר עברי במתנת ברי מעכשיו ושאל השואל אם יש כח ביד האשה להפקיע שעבוד היורשים שיש להם על השיור הנ"ל מכח התנאי אם לאו.

תשובה ראינו את דברי השאלה ואת כל אשר נכתב עליה מיד החכמים השלמים מורי הוראה ואם לא נקבו בשמות מי הם ומי אביהם כי נדע תורתם מעידה על עצמם בראש הומיות תקרא בפתחי שערים המצויינים בהלכה ואנו בעניותינו כך ראינו שזכה הבעל בכל הנכסים מכח מתנת אשתו ולא נשאר ליורשים שום שיור כלל. (לענין אם הבעל משתעב' מעתה אל היורשים במה שנתחייב להחזיר להם אחרי מות האשה והיא אין בידה למחול) וראינו כל דברי החכם השלם המחייב נר"ו סובבים על שתי טענות האחת היא שכיון שכתוב שנתחייב הבעל להחזיר לה או לבניה או למי שמן הדין יהיה חייב להחזיר הרי נשתעבד מעתה אל היורשי' והיא אין בידה למחול דדמיא להא דאמרי' בפרקא קמא דגיטין גבי מעמד שלשתן דכתב ליה משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך וכתב הראב"ד ז"ל דאי כתב ליה הכי והמחהו אצל אחר במעמד שלשתן או שמכר הש"ח וחזר ומחלו אינו מחול וכת' הר"ן ז"ל שכן הסכימו גדולי האחרונים ז"ל ואינו נראה טעם זה צודק כאן כלל חדא כפי הלשון הכתוב והתנתה עמו שבענין חזרת הנדוניא יתחייב הבעל או האב להחזיר לה או לבניה וכו' שמשמען של דברים אלו הוא שלא נתחייב מעתה אלא היא מתנה עמו שיהא מחויב כלו' מכח התנאי שאל"כ לא היה צריך תנאה מאחר שהוא מתחייב והיה להם לכתוב ומעתה הוא מתחייב להחזיר לה וכו'

וכההיא דאמרי' באיזהו נשך גבי ההוא גברא דזבין ליה ארעא לחבריה שלא באחריו' חזיה דהוה קא עציב א"ל אמאי עציבת אי טרפי לה מינך מגבי' לך שופרא שבחה ופירי דאמר אמימר פטומי מילי דעלמא הוא וא"ל רב אשי טעמא מאי כיון דלוקח בעי לאתנויי והכא מוכר קמתני וכו' ואע"ג דהתם מוכר בחובתיה דנפשיה משתעי אמרינן פטומי מילי דעלמא הוא כ"ש היכא דאשתעי בחובה דחבריה כגון בנ"ד דלאו כל כמינה למזכי לבעל לתת ליורשים אי לא דע"מ כן זכה בנכסי' והיא שהכניסה עליה מוטל להתנות ולומר על מנת כן אני נותנת לך על מנת שתתן ליורשים כך וכך א"כ אין כאן מקום לומר שנשתעבד מעתה אל היורשי' שאין כאן שום חיו' אלא תנאה וכל שחזרה בטלה תנאה (אם התנה האשה לבעלה ע"מ שתתחייב ליורשיה לא נשתעב' הבע' מעתה וחוזרת האשה ומוחלת התנאי לבעלה) ונתנה לבעלה הכל במתנה גמורה אין אחריה כלום. ועוד אפי' היה כתוב שם חיובו של בעל מעכשיו בפי' להחזיר לה או לבניה או למי שמן הדין יהיה חייב להחזיר כפי נמוסי העיר אם כל עצמינו אין אנו באים לדון אלא מחמת השעבוד שנשתעבד להם הרי אין בשעבודו יתר על מה שהו' מן הדין כפי נמוסי העיר שהרי לא נשתעבד ליורשים בפרטות אלא למי שמן הדין יהיה חיי' להחזיר כפי תקוני העיר ואילו עכשיו אינו מן הדין להחזיר להם כיון שהיא נתנה לו בשכבר כל הנכסים במתנה גמור' וסלק מכאן שעבודו של בעל כמי שאינו אלו לא היה עליו זולת חיוב תקנה שתקנו בעיר ההיא (אם נתחייב הבעל להחזיר ליורשי האשה אחרי מותה לפי שמן הדין יהיה חייב להחזיר להם כפי נמוסי העי' אם נתנה האש' לבעלה הויא מתנה) שיזכו יורשי האשה בחלק מנכסי עזבונם והיא נתנה כל נכסיה לבעלה במתנת בריא מתנה מחיים ודאי שמתנתה מתנה וכמ' שכתב הרא"ש זכרונו לברכה בתשובותיו על תקנת טוליטולה ששם באותה תקנו יפו כח היורשים יותר שאפ' נתנה לאחרים במתנת שכיב מרע לא זכה בה מקבל המתנה וכמו שדקדק הרא"ש זכרו לברכה מן הלשון שכתבו יחלקו הנכסים בין הבעל ובין הזוכים בירושתה זולתו שמשמע זולתו יורשים אחרים באים מכח ירושה דומיא דבעל לפי שהבעל קודם בירוש' מן הדין הפקיעו המתקנים כחו אצל יורשיה הבאים לירש מחמת קורבה ואע"פ כן כתב נתנה במתנת בריא דבריה קיימים כ"ש בשאר תקנות שאין בהם אותו הלשון וכן מוכיח להדיא בתשובותיו סי' א' וסי' ג' שטעמו הוא שאילו היה כח ביד האשה לתתם אחרי מותה לכל מי שתרצה לא הועילו כלום בתקנתם כי הבעל היה מפציר בה כל ימיו לתתם לו אחרי מותה ומתוך שאין אדם דר עם נחש בכפיפה היתה נשמעת לו יותר מכל קרובים אבל אם נתנה או מחלה נכסיה מחיים אין זו הפקעה לתקנה שודאי לא תהא נשמעת אליו שתפסיד היא

ועודה בחיים חייתה וגם הוא לא הויא ליה איבה בשביל כך תדע דלענין לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה דמקחו בטל דאמרה נחת רוח עשיתי לבעלי כדתנן בהנזקי' מ"מ כי כתב' ליה אחריות לא מציא אמר' כן דדוקא סלוק שעבוד הוא דהויא ליה איבה משום דא"ל עיניך נתת בגירושין או במיתה. (יישוב שתי תשובו' הרא"ש דסתרן אהדדי) והרא"ש זכרו לברכה בתשוב' כלל ל"ח כתב באשה שמחלה כתובת' ונדוניית' לבעל' דלא שייך לומר בזה נחת רוח עשיתי לבעלי דאין כאן איבה אם לא תמחול לו מחילה גמורה וכן לענין התקנה אין לומר שם מחילתה מחיל' ירגיל עמה קטטה שתמחול לו שלא תחוש לדבריו הילכך אם נתנה מתנתה מתנה. וראיה דבפרק נערה גבי כתובת בנין דכרין אמר רבא פשיטא לי מוחל' כתובת' לבעלה אין לה כתובת בנין דכרין מ"ט אחולי אחילנא משמע דיש בידה למחול ולבטל זכות בניה אע"ג דיש סברא לומר שלא מחל' אלא זכותה אם תתאלמן או תתגרש אבל לא זכות בניה הבא לאחר מיתה שהוא יורשה ואחריו הבנים כדאמרינן במוכרת מ"מ אמרי' אחולי אחילנה ולא תהא תקנה זו גדולה מתקנת ב"ד דאע"ג דלא כתיבא כמאן דכתיבא דמי' ואף על פי כן יכולה למחול ומעתה מכיון שמחמת תקנה אם היה חייב בה לא היה מחויב להחזיר מאחר שמחלה לו גם עכשיו שלא נתחייב להחזיר אלא למי שמן הדין יהיה חייב להחזיר כפי נמוסי העיר הרי עכשיו אינו חייב להחזיר לא לפי הדין ולא לפי התקנה שאילו היה כותב נתחייב להחזיר ליורשיה בסתם היינו אומרים הוסיף שעבוד על התקנה אבל זה הוא כאדם שלא היה בכלל תקנה ובא לחייב עצמו בכל חיובי תקנה פלונית ואפילו אם היה מחויב פירשו הדברים בפירוש וכדאמרינן בפ' המוכר את הבית גבי תאנין ודיקלין והוצין דלא צריך למכתב אלא לשופרא דשטרא כ"ש בדבר התלוי במנהג העיר שנכון לפרש למי שבא מחוצה לה. כ"ש שהדבר מחלוקת לגדולים זכרונם לברכה בההיא דמשתעבדנ' לך וכו' אם יכול למחול ולא נוציא מחזקת הבעל מס' והרב בעל הסברא הזאת היולדה והמחזיקה תבריה לגזיזה בהא. (יוכיח דאפי' אם התנ' בפי' להחזיר ליורשים אחרי מות' אם נתנה לבעלה מחיים אין ליורשים זכות בנכסים כלום)

ובעיקר הדין שהביא כאן מחלוקתן של ראשונים נוחי נפש קשה עלי להלום הדבר שאם תקנה זו היה כעין התקנות הנהוגות הנה להחזיר ליורשים חלק מעזבונה מה שימצא לה הא לא מקרי משתעבדנא לך וכו' כי מה שהוא משתעבד אל היורשים אינו משתעבד לה והיאך היא יכולה למחול אבל מ"מ אם נתנה לו כל הנכסים במתנה מחיי' אין להם ליורשי' זכות בנכסים כלל שהרי הבעל ואשתו היה יכולים למכור וליתן ולעשות בנכסי' כל מה שירצו אם היתה מוכרת הנכסי' לבעלה לא היה ליורשים דין ודברים עמו כמו אם

מכרו שניהם לאח' הילכך גם במתנה פקע שעבודה דמתנה כמכר דאי לאו דעביד נייח לנפשא לא הוה יהבא מחיים ומוחלת לו כתובת' ואין להם ליורשים אלא מה שתשייר אחרי מיתתה ונכסים אלו כבר זכה בהם הבעל בחייה ולא מקרי נכסי עזבונה וכן אם התנאי הוא שאדם מתנה לאשתו ליתן ליורשיה חלק משטר כתובתה שהוא חייב לה עליו שליש או רביע נמצא שלא נתחייב ליורשיה אלא אותו חיוב עצמו שנתחייב לה כעין הלשון שבא משאלה שבענין חזרת הנדוניא שיהיה חייב להחזיר לה או לבניה וכו' כלו' ששטר נדוניא על כל פנים צריך לפרעה כולה או מקצתה לה אם תתאלמן או תתגרש או לבניה וכו' אחר מיתתה והא ודאי הואיל ואין ליורשים חיוב עליו אלא לאחר מיתתה ואילו רצה לפרוע לה כתובתה והיא תעשה מהם מה שתרצה רשאי אף היא יכולה למכור וליתן במתנ' בריא שאין להם ליורשי' אלא מה שתשייר וזו לא שיירה שהרי נתנה הנכסים לבעל' במתנה ולא דמי להההיא דמשתעבדנא לך וכו' שמשעה שהמחהו אצל האיש ההוא תיכף פקע שעבודו של בעל חוב וחל שעבודו של האחר ושוב בעל השטר אינו יכול לחזור ולתובעו שכבר המחהו אצל אחר ובהא איפליגי רבוותא אם חזר ומחלו אם הוא מחול אבל זו דאכתי לא פקע שעבודא ואילו רצתה לקבל כתובתה ולחזור וליתנה לו במתנה יכולה אף עכשיו יכולה למחול הא למה זה דומה לאדם שכותב לחבירו הריני חייב לך מנה ואם לא אתננו לך אני מחויב מעכשיו ליתנו לפלוני ושוב חזר בעל חוב ומחלו שהדבר פשוט שהוא מחול ולא נחלק אדם על זה מעולם.

ועוד לפי מה שכתב הר"ן ז"ל פ"ק דגיטין שטעמו של הרמב"ן ז"ל לומר אפילו כתב ליה משתעבד' לך ולכל דאתי מחמתך וחזר ומחלו מחול היינו משום דלא מצי לאשתעבודי למי שאינו מבורר דמדאורייתא אין ברירה והר"ן ז"ל חלק לומר שכיון שאין ברירתו של אחד פוסלת האחר ויכול הוא להשתעבד בכולם בחוב זה בזה אחר זה כגון שב"ח ימחהו אצל אחרים ואחרים אצל אחרים אבל זה שהוא משתעבד למי שיהיה ראוי ליורשה מן הדין בשעת מיתתה זה אינו מבורר כי מי שהוא קרוב עכשיו שמא באות' שעה לא יהיה בעולם ותחזור ירושה לאחרים רחוקים ובהא ודאי ברירתו של אחד פוסלת האחר שאינו משתעבד אלא למי שיהי' קרוב באותה שעה ובכי האי גוונא אמרי' שפיר אין ברירה כהא דתנן הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים וכו' דפרכינן עלה וכי נכנס ראשון מאי הוי הא אין ברירה ומוקמי' לה דאכולהו שחיט וכדי לזרזם הוא דעבד כדמייתי פ' כל הגט. (יוכיח דמה שמתחייב הבעל להחזיר ליורשים לא הוו חיוב ליורשים דא"כ הוי הקנאה לנולדים ואין אדם מקנה למי שלא בא לעולם)

ותו אין לך לומר שחיוב והקנאה של בעל הוא דאם כן הקנה לנולדים כגון יורשים שאינם עכשיו בעולם מי לא מהני להו תנאה ולא יטלו חלק ירושתה דהא קי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו ר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם וכה"ג פרכי' בפרק יש נוחלין אמתני' דר' יוחנן בן ברוקא אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין דפריך תלמודא בין למ"ד ירתון תנן בין למ"ד יסבון תנן היכי זכו בנין דיכרין הא קי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו לר"מ דאמר וכו' ומשני דתנאי ב"ד שאני אלמא אי לאו מטעם דהוי תנאי ב"ד לא הוה מהני כלל אלא ע"כ אין תנאי זה הקנאה של בעל אלא תנאי של אשה שהיא מתנה בשעה שהיא מכנסת לו הנכסי' על מנת זה וכו' וכמדומה אני שהרב המובהק מהר"ר יוסף ן' לב שהביא זאת בכלל תשובתו סי' כ"ד הוא על דרך מה שאמרו פרק ארבעה וחמשה משל לצייד השולה דגים מן הים משכח זוטרי שקיל משכח רברבי שקיל רברבי ושדי זוטרי כי הרב ז"ל כבר נסתלק מכל זה ובא בטענ' אחרת. איברא דלכאורה טעם הסילוק אינו מריע כחה שלא תמחו' אלא כונת דבריו ז"ל כך הם (אם כתוב בשטר התנאי' שיזכו היורשים בשלי' הכתוב' הוי סלוק שמסתל' הבעל מן השליש ואין כאן חיוב מן הבעל ליורשי' כלל ולא כל כמינה למחול אותו השליש לבעל שכל שנשאר עליו באחרונה אפי' מנה לבד זכו היורשים שהרי מאותה שעה נסתלק הבעל מהשליש) שתנאי הכתוב בכתובה שיזכו היורשים בשליש הכתובה הוא לשון סילוק שהוא מסתלק מעתה מירוש' אותו חלק כהא דאמרינן נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה מכיון שהוא נסתלק שלא ירשנה עד מנה כגון שהיתה כתובת' שלש מאות כשהיורשים זוכים במנה אינם זוכים מכח חיו' ולא שעבוד אלא ממילא שירושה ממשמשת ובאה להם כיון שהבעל נסתלק הילכך לא כל כמינה שתאמר שאותו המנה שנוגע ליורשי' היא מוחלת לו שכל שנשא' לה עליו באחרונה אפילו מנה לבד הם זוכים היורשים בו מכח ירושה שהרי מאותה שעה נסתלק הבעל מירושת שליש השטר שהוא מנה וממילא הם זוכים בו כל שיש שם ירושה איברא שאם תנאי זה היה חיוב ושעבוד שהוא מתחייב ליתן ליורשים מנה מהכתובה היה שייך לומר שהיא מוחלת אותו המנה המשועבד להם כיון דאתו מחמתה ולמאן דאמר בההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמ' שהוא יכול למחול דמכיון שיש להם חלק בגוף שטר הכתובה בחיוב יכול למחול אותו החלק אבל השתא דאמרי' דלא הויא אלא סילוק ממילא הם זוכים היורשי' בנכסים עד מנה מכח ירושה מהמאתים הנשארים שהרי אין ליורשים חלק מבורר בגוף השטר ובכך הם מתפרשים דברי הרב זכרונו לברכה ולא שנאמר שזכו היורשים מאותם שעה שנסתלק ושוב אינה

יכולה למחול השטר דאטו אם כשהוא נשתעבד מהם יכולה למחול בסילוק גרע אדרבא כל שנסתלק נשארו הנכסים ברשותה להנחילם לכל מי שתרצה ואם היתה נותנת כל הכתובה לבעלה במתנת שכיב מרע היו דבריה קיימין שהוא לא נסתלק אלא מירושה ועכשיו אינו בא מחמת ירושה אלא מכח מתנה שאד' יכול לכתוב את נכסיו לאחרים ולהניח את בניו ואם הדבר תקנה שתקנו חכמי העיר ההיא והפקיעו ירושת הבעל אצל יורשיה באותו החלק דהפקר בית דין הפקר וכשהיורשים זוכים ממילא מכח ירושה הם זוכים אף על פי שבמתנת שכיב מרע אין בידה ליתן שזו הפקעה לתקנה כמו שכתב הרא"ש זכרונו לברכה אם נתנה הכל במתנת בריא ולא שיירה כלום שירשו היורשים זכה הבעל בנכסים מכח המתנה ולא כתב הרב זכרונו לברכה שאינה יכולה למחול אלא כששיירה ולא מחלה אלא אותו החלק כמו שביארנו ונסתלקה קושיותיו של החכם השלם המזכה נר"ו שבאמת היו מרפסן איגרי ועלה דינו של הרב ז"ל אליבא דהלכתא.

(שטר תנאים שנעשה בשעת הקדושין בערכאות של גוים לא בעי קנין) עוד רואה אני שבשטר זה הנעשה בערכאותיהם לא נזכר שם קנין כלל והדבר ברור הוא שכיון שהדבר כן אין כאן שום שעבוד על הבעל אפילו היה כתוב בפי' שנתחייב ליורשים בחיוב גמור כל שאין שם קנין דברים בעלמא הוו ואולי כי שטר זה הנעשה בעש"ג נעשה בשעת הקידושין דאז לא בעי קנין כדרב גידל דאמר עמדו וקדשו הן הן הדברים הנקני' באמירה אלא מלשון השאלה מוכח שאחר הקידושין נעשה בהיותה ארוסה ואי הדב' כן לא מהני חיוב דידיה בלא קנין ואי לא מטעם סילוק או חיוב תנאה שהתנת' עמו שכל תנאי שבממון תנאו קיים וכל שהוא חזרה ומחלה לבעלה אותו התנאי לא נשאר עליו שום חיוב כלל שעל פיה נתחייב ועל פיה נסתלק ושמא לזה רצה החכם השלם המחייב נר"ו ללמוד הדין מטעם אחר כמו שכתב בתחילת הוראתו שמשעה שמסרה האשה הנכסים ליד בעלה בתנאי שיזכו היורשים באותו שיוור תיכף זכו היורשים בחלקם על ידו של בעל כיון שנכנסו לידו על תנאי שיזכו בהם הרי הוא כמזכה לחבירו מתנה ע"י אחר נמצא לפי זה שאפי' בחייה' אין לבעל ואשתו זכות בגוף הנכסים כהא דתנן הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן וכו' מכר האב מכורים עד שימות ואינם יכולים למכור וליתן כמו שאדם עושה בשלו ובמחילה אין דברים אלו הגונים ולא של עיקר אמרם מי שאמרם (תנאי שהתנה אבי הבת שיחזר' הנכסי' לו וליורשי' אין לאשה ולבעל' שום זכות בנכסים אם לא יהיו להם בנים אבל האב עצמו יכול למחול התנאי) ודברי ריא"ז שבאותה הגה"ה בפרק מציאת האשה שאין לבעל ואשתו זכות בגוף הנכסים למכור וליתן ע"כ אינם מתפרשין אלא בתנאי שמתנה האב בשעת

נתינת הנכסים משלו שכיון שאינו נותן אלא על תנאי שיחזרו נכסים לו או ליורשיו אין לבעל ולא לאשתו שום זכות בגוף הנכסים אם לא יהיו להם בנים ועכ"ז האב עצמו יכול למחול התנאי וכן כשהאשה היא שהתנת כך היא עצמה יכולה למכור וליתן ולמחול שהתנאי לא נעשה אלא לבקשתה להיות לה קורת רוח שתסוב נחלתה אל משפחתה אבל לא לגרוע כחה שלא תהא יכולה לעשות כמו שאדם עושה בשלו למכור ולמחול וליתן לאחרים. (אשה שנתנה ליורשי' קוד' שנשאת מקצ' נכסי' אין ליורשי' כלל בגוף הנכסי' בחיי' ויכולה לחזור בה כל זמן שתרצה שהיא לא נתנה אלא להבריח' מבעלה) וכמה רחקו דברים אלו מן הסברא הישרה ומדרכי תורתינו הקדושה אשר כל דרכיה דרכי נועם והלא דברים ק"ו אם אשה זו היתה נותנת נכסים ליורשי' או מקצתן טרם שתנשא ונשאת תכף לנתינתם אין להם ליורשים קנין בגוף הנכסים כלל בחייה לא שנא נתגרשה או נתאלמנה ולא שנא ביושבת תחת בעלה יכולה הוא לחזור בה כל זמן שתרצה שאנו אומדין דעתה שלא נתנה אלא כדי להבריחם מבעלה שלא ירשם ושלא ישלוט בהם אבל לא לשם מתנה כלל כדמוכח פ' מי שמת אימיה דרב זוטרא בר טובי כתבינהו לנכס' לרב זוטרא בר טובי דבעיא לאנסובי לרב זביד אנסבא ואגרשה אתא לקמיה דרב ביבי בר אביי אמר אי משום אנסובי הא אנסבא א"ל רב הונא בריה דרב יהושע משום דאתון ממולאי אמריתי מילי ממוליאתא אפי' למ"ד מברחת קני ה"מ היכא דלא גליא דעתה הכא הא גליא דעת' ופי' התוס' דהתם מיירי אפי' במתנה במקצת כיון דאיכא גילוי דעת שהיא רוצה להנשא הילכך לא זכה מר זוטרא בנה בנכסים שלא כוונ' לזכותו אלא להבריח ולא דוקא שנתגרשה אלא אפי' לא נתגרשה אין לו שום זכות בנכסים והוכיחו כן מדאמרינן פ' האשה שנפלו ואי לא קננהו לוקח נקנינהו בעל אלמא אפי' בעודה תחת בעלה לא זכי המקבל ויכול' לחזור בה וכן כתב הרא"ש ז"ל שם פ' מי שמת וכן הביא הרב המגיד ז"ל משמו של הרשב"א ז"ל בפ"י מה' זכיה ומתנ' ואם בשנותנ' ליורשיה בפי' במתנה גמורה אנו מבטלין אותה מחמת הסברא כ"ש בנדון שלפנינו שהתנת עם בעלה שישייר בירושתו חלק ליורשיה שיעלה ע"ד אדם לומר שזכו היורשים מאותה שעה ונפקע כחה לגמרי כדין הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו כ"ש שאין לדבר שורש ועיקר שהיאך נבדה מעצמינו לומר שתהא זו כמזכה מתנה ליורשיה ע"י בעלה וכל מה שתפס בזה החכם השלם המזכה נר"ו כדין תפס ודברי הר"ן ז"ל שהביא מה שכתב בפ' האשה שנפלו גבי כותבת מהיום ולכשירצה הרי היא כמזכה יורשים ע"י מקבל המתנה הדבר ברור שלא אמר כן שיזכו היורשים מאותה שעה אלא לאחר מיתה שלא יזכ' בו מקבל המתנה ולא הבעל כלו' אע"ג דמתנה זו לא מהניא לגבי מקבל לא תימא ירשם

הבעל לפי שע"י מקבל מתנה זה היא מגלה דעתה שאין רצונה לזכות הבעל בשום ענין שהרי כל עצמה אינה כותבת כן אלא בשביל היורשים וזה פשוט מאוד בדבריו וראי' להרשב"א ז"ל בתשובותיו סי' אלף קמ"ב ראובן ואשתו שעשו תנאי אחר הנשואין שאם ח"ו תפטר אשתו בחייו יחזיר ראובן ליורשיה כל מה שהביאה וקנו מידו על כך והשיב שאין בשטר זה ממש לפי שהבעל לא חיי' על עצמו ולא קנו מידו ליורשיה אלא שקנו מידו ללאה אשתו וגם ללאה לא חייב עצמו כי לא קנו מידו ליתן לה שירש הני מחמתה ואם כן במה נשתעבד ליורשה ע"כ הנראה אלינו כתבנו וחתמנו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לט

וניציאה (לאיש ואשתו שהתנו שאם יפטר א' מהם הנשאר בחיים יזכה בכל הנכסי' בתנאי שאחר פטירתו לא יוכל להנחיל הנכסי' ההם ליורשיו אלא יהיו לעניי צפת ומת' האש' והבעל נתן כח ביד ב"ד שיקיימו אחר פטירתו כל התנאי' ונטל קנין ויורשי' באים לירש).

שאלה רפאל בלאנקי נ"ע נשא אשתו ראשונה מ' שרה בארץ מרחקים ואחר זמן כתב לה בעיר פירארה שטר כתובה כדין תורתינו הקדושה והתנו ביניהם שאם יפטר שום אחד מהם הנשאר בחיים יזכה וימשול בכל הנכסים שלהם בתנאי גמור שאחרי פטירתו לא יוכל להנחיל הנכסים ההם ליורשיו אלא יסלקם מהירושה עם רביע סקודות כמו שיראה הכל בכתובה הנז' וכל הנכסים יהיו ויזכו בהם ישיבות ועניי צפת תוב' כנז' שמה ואחר כמה שנים מתה מ' שרה הנז' ובעלה כהר"ר רפאל קיי' והשלים התנאי הנז' אחרי כן בשנת השמ"ו הר' רפאל הנז' בא לפני ב"ד ק"ק פורטוגיזיש יצ"ו והראה להם שטר כתובה הנז' ואחר שהודה על חתימתו ונתקיים כדחזי אמר שכשם שהוא קיים וגמר אחרי מות אשתו כל הכתוב בה כך רצונו הוא שאחרי פטירתו יתקיי' ויגמר ג"כ בכל כל והראה לנו מכתב אחד איך השלים התנאי הנז' ושאל מהב"ד יתנו לו בכתב ראיה מזה ונתנו לו ומלבד הנז' בפני הב"ד הנז' נטל קנין ושבועה לאשר ולקיים כל הכתוב בשטר כתובה הנ"ל ונתן כח וממשלה לב"ד הנז' שאחרי פטירתו יגמרו ויקיימו כל מה שכתוב בה אח"כ בשנת השמ"ט חזר לפני הב"ד הנ"ל ומרצונו הטוב בלי שום אונס כלל אמר שאעפ"י שבשנה שעבר אשר וקיים לפניהם תנאי כתובת אשתו הנז' בכח ק"ס ושבועה עם הקנאת ד' אמות קרקע והשתעבד נכסיו לישיבות ועניי צפת תו"בב עתה מחדש היה מאשר ומקיים כל התנאים הנז' ומאז ושעה אחת קודם פטירתו היה מכניס בחזקה על כל נכסיו לעניי צפת תוב"ב ולישיבות הנ"ל באופן היותר מועיל כפי דיני תורתינו הקדושה

וכפי דיני שאר אומות והכל ג"כ בקנין ושבועה וניתן לו שטר מכל האמור חתום מיד הב"ד הנ"ל אחרי כן בשנת הש"ן צוה מחמת מיתה שיתנו למרת גראסייא בת אחותו מחצי' כל נכסיו במתנה גמורה ומ' גראסייא אומרת שהיא יורשת כללית מנכסי דודה הנ"ל ולה משפט הירוש' מכל נכסיו ייטב נא לפני עיני פני גאון עוז תורתכם לברר וללבן אם התנאי' הנז' בכתובה הנז' לזכות ישיבות ועניי צפת תוב"ב הם שרירים וקיימים או אם תוכל לבטלם מ' גראסייא הנז' באומרה שהיא יורשת כללית כאמור ולה מגיעי' נכסים הנז' על כל אלו יורינו המורים לצדקה כדת מה לעשות במועצות ודעת למען דעת כל עמי הארץ הדין עם מי ושכר תהלת מעלת קדושתכם כפול ומכופל מן השמים ועם זאת שלחנו טופס הכתוב' והצווא' הנז'.

אלו הן התנאים אשר התנו ביניהם החתן והכלה הנזכר' ה"ה החתן הר' רפאל בלאנקי' יצ"ו והכבודה והצנועה מ' דוניא שרה הכלה הנז' בעצם היום הזה י"ט לחדש אדר משנת השל"ב ליצירה לקיימם ולאשרם תנאי א' נתחייב החתן הנז' שלא ישא אשה אחר' בחיי אשתו זאת הכלה הנז' לא בתורת אשה ולא בתורת אמה ופלגש ואם ח"ו יעבור וישאנה שיהיה מחוייב תיכף לאלתר לפוטרה בגט כשר ולתת לה כל כתובתה משלם שהם בין הכל שמנה מאו' וחמשי' סקודי ז"ב וזוזי מאה וזה בלי עירעו' ופקפוק כלל ועיקר תנאי שני התנו ביניהם החתן והכלה הנז' שאם ח"ו תפטר הכלה הנז' בחיי בעלה הר' רפאל בלאנקו הנ"ל בלי זרע של קיימא שהיא מעתה ומעכשיו נותנת ומנחת לבעלה הנ"ל כל כסף כתובתה נדונייתה ותוספ' במתנה גמורה ברורה וחלוטה שרירא דלא להשנאה ודלא למהדר מינה מן יומא דנן ולעולם בתנאי שיוציא מכסף כתובת' מאה סקודי לחלוק בין ענייי' לכפרת נפשה וג"כ יוציא מן הכתובה הנ"ל הנדוניא שיתנו לנערה אחת שעת' משרת' אותם ונקראת בשם פלור וכל השאר היא נותנ' מעת' ומעכשיו לבעלה הנז' וכנ"ל ואם אחרי מיתת' יהיו לו בנים או בנו' מאשה אחרת ג"כ נתרצתה הכלה הנז' שבני בעלה יירשו כסף כתובת' לבד המא' סקודי ונדוניית הנערה פלור הנז' תנאי שלישי התנו ביניה' החתן והכלה הנ"ל שאם ח"ו יפטר החתן הנז' בחיי אשתו הכלה הנז' שהיא תשלוט בכל הנכסי' שימצאו לו בין אותם שיש לו עתה ובין מה שעתיד לקנו' מעת' ומעכשיו הוא נותן לה כל נכסיו דיקנ' ודעתיד לקנו' במתנ' גמור' כנ"ל אם ח"ו ימות בחייה כנ"ל ובתנאי שיוכל גם לחלוק מאה סקודי לכפרת נפשו עוד התנו ביניה' החתן והכלה הנז' ונתרצו שכל אחד מהם שישאר בחיים ישלוט בכל הנכסים שימצאו כנ"ל ובתנאי שלא יוכל שום אחד מהם להורישם לשום איש בעולם אע"פ שיהיה יורש גמור אבל מעתה ומעכשיו כל אחד מהם היינו החתן והכלה הנ"ל מניחין ליורשיהם רביע סקודי לאחד

ובזה עוקרים הירושה מהם ורוצים בכונה מוחלטת שמכל הנכסים שימצאו להם אחרי מות אחד מהם יקנו קרקעות ומפירותיהם שירויחו היינו כל הפירות שירויחו יחלקו בין ישיבות צפת תובב' וכן חברת קברים וקופה של צדקה וכל זה יחלקו בצפת כנ"ל וזה לכפר' נפשות החתן והכלה הנז' וזה בתנאי שכל אחד מהם בעוד בחיים חייתו ישאר שליט בכל ולא יוכל שום אדם בעולם לא גבאי ולא גזבר ולא ממונה לכופו על זה ולדבר לו מטוב ועד רע ולא לכופו שיתן ערבות על זה אבל בחייו יעשה בנכסים כרצונו ואחרי מותו ישארו ליחל' בכל הנ"ל וכל אחד מהם מאמין את חבירו בדבר זה בכל התנאים האלו נתרצו החתן והכלה הנ"ל בתנאי בני גד ובני ראובן הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ותנאי כפול וכחומר כל שטרי שרירין וקיימין דנהיגי בישראל העשויי' כהוגן וכתיקון חז"ל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בביטול כל מיני מודעות ובפיסול עדיהן לדעת הרשב"א ז"ל וקנינא אנן סהדי דחתמין לתתא מהחתן כהר' רפאל בלאנקו יצ"ו והאשתו מר' דונייי' שרה הכל' הנז' מזה לזא' ומזא' לזה קנין שלם מעכשיו במנא דכשר למקני ביה על כל מאי דכתיב ומפורש לעיל ונשבעו ג"כ שבוע' חמורה בתקיעת כף לדעת המב"ה ולדעת כל הנשבעים באמת וכל אחד על דעת חבירו בלי ערמה מרמה ותחבולה ובלי שום התרה לעולמות לאשר ולקיים כל הנ"ל פה פיראר‌ה היום וחדש ושנה הנ"ל והכל שריר וקיים אברהם בן דיאה יהודה חביב יוסף עוזיאל אני רפאל בלאנקו מקיים כל הנ"ל אני יצחק פראנקו חותם בשם מ' שרה הנז' לפי שאינה יודעת לכתוב על כל הנזכר לעיל. (תנאי שהתנו איש ואשתו שאם יפטר א' מה' יזכה בכל הנכסים ואחריו יזכו העניים אין בתנאי זה ממש)

תשובה אם באנו לקיים המתנה מטעם התנאים הכתובים בשטר הכתובה נראה שאין בהם ממש ואין שם לשון מועיל לפי הדין כלל כי מאחר שמתה אשתו של ר' רפאל נ"ע זכה כהר' רפאל לגמרי בכל הנכסים מן הדין ומן התנאי הכתוב בכתובה ואע"פ שכתו' שם עוד התנו שכל אחד מהם שישאר בחיים ישלוט בכל הנכסים ובתנאי שלא יוכל להורישם וכו' ורוצים בכונה מוחלטת שיקנו קרקעות הנז' ואחר מותו ישארו ליחלק כנ"ל כל אלו דברי הבאי הם ואין לקנין בהם ענין של כלום שלא היתה המתנ' מעכשיו אלא אדרבא לאחר מיתה וכן נר' כי כל כוונתם היתה שבהיות אחד מהם בחיים לא יהיה בהם קנין לעניים כלו' שהרי כתוב שם ובתנאי שלא יוכל להורישם כו' ואם מאותה שעה היו מקנים הנכסים ולאחר מיתת שניהם בלא זרע לא היה צריך להתנות שלא יוכל להוריש שהרי אין בידו להוריש כי תיכף זכו כעניים בנכסים לאחר מיתה ונראה שלא הקפיד אלא על הירושה שלא יוכלו להוריש או להניח אחריהם אבל ליתן מתנה בחייהם

כמו שאדם עושה בשלו היו יכולים ואם היתה המתנה מהיום אינם רשאים אלא מה שהם נותנים לתוך פיהם לבד וכההיא דאמרי' פרק מי שמת הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכו' מפני שהם מכורים לבן וכו' מכר אב מכורים עד שימות ולאחר מיתה זוכה הבן במתנתו אלמא משמע ממה שהוצרכו להתנות שלא יוכל להוריש לאחר שלא נתנו מעכשיו לעניים ומחשבתם ניכרת מתוך מעשיהם שלא רצו להקנות הנכסים בקנין אלא שגלו רצונם כמו שכתו' ורוצים בכונה מוחלט' ולכך לא כתבו כאן שהם נותנים מעכשיו ולאחר מיתת שניהם הנכסים לעניים כמו שכתוב בשאר התנאי' שכתו' בהם מעתה ומעכשיו ולא קנו על דבר זה מעולם אלא שהתנו שלא יוכלו להוריש וממיל' היתי' נעשי' כוונת' והקנין לא נכתב בסוף אלא לתנאים שבין האיש לאשתו ולא זכה להם שום אדם לעניים שכן כתוב שם וקנינא אנן סהדי מכמר רפאל ואשתו מזה לזאת ומזאת לזה והלא היו צריכין לקנות משניהם לעניים שהרי הקנין שאנו קונים מכל אחד לעניים אינו תועלת לחבירו הנשאר בחיים אלא אדרבה חובה. וגדולה מזו כתב הרשב"א ז"ל על קנין שקונה אדם לאשתו ליתן ליורשים כך וכך (אין לומר שיזכו העניים במקצת ממה שהכניס' האשה מכח תנאי כתובה אעפ"י שלא קנו כדאמרי' גבי בעל שמתנה להחזיר מקצת הנדוניא ליורשיה דהוי תנאי ממון וקיים דהתם הוי סילו' לבד) עיין שם תשובת אלף קמ"ב ואם באנו לבטל מקצת ולקיים מקצת והוא כל מה שהכניסה לו האשה בנדונייתה והתנו ביניהם שאחר מיתתו יהיו הנכסים לעניים שאין זה צריך קנין ולא מעכשיו אלא בתנאה בעלמ' כההיא דאמרינ' בירושל' אילין דכתבין לנשיהון אין מית' בלא בני כל מאי דאית לה תהדר לבי נשי תנאי ממון הוא וקיים הא ליתא דהת' טעמא דבתנאה בעלמא מחייב משום דמסלק עצמו מהם מתחלה כי הא דאמרינן בריש פ' הכותב בכותב לה ועודה ארוסה כדאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה וכיון שהוא מסתלק מהנכסים לכשתמות ממילא זוכים בהם היורש' אבל כשמתנ' לתת לאחרים שאינם יורשים אינו מסלק עצמו אדרבא זוכה בו כדי שיזכה מקבל מתנה ולא יורשי' ואם מקבל מתנ' אינ' זוכה לפי שלא היה שם קנין אפי' נאמר שחזרו נכסים אצל האשה לפי שלא נתנם לבעלה אלא על תנאי כך מ"מ ממילא הבעל יורש' כי הא דאמרי' פרק האשה גבי האש' שכותב' שטר מברחת לאחר דפרכי' ואי לא קננהו לוקח נקנינהו בעל ומשני עשאום כנכסים שאינ' ידועים כו' אלמא כל שיש זכות לאשה זכה בהם בעל אע"פ שאין כוונת האשה לתת לבעלה ואין להאריך עוד כאן בזה וזה ברור.

ומעתה צריך לדקדק בהקנאות שעשה אחר מיתת אשתו לפני ב"ד ק"ק פורטוגיזיש וכתוב שם ומלב' הנ"ל נטל קנין בהקנא' ד' אמות קרקע ושבוע' לאש' ולקיים כל הכתו' בשט' הכתובה ונתן כח וממשל' לב"ד שאחרי פטירתו יקיימו ויגמרו כל מה שכתו' בה ע"כ ולכאור' היה נראה לפקפק גם בזה שאין בלשון הזה דין קנין שהואי' ותלה הדבר במה שכתב בשטר הכתובה והוא אינו מועיל מן הדין אף זה לא יועיל שהרי לא קנו ממנ' אלא לקיים המתנה וקנין דברים בעלמ' הוא ואי מהא לא איריא שכל שקנו ממנו על המתנה בקנין סודר הקנין מועי' לפרש שהוא מקנה הדבר בקנין גמור וכדאמרינן פ' הכותב אהא דדין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וכו' וכן הא דתנן דין ודברי' אין לי בנכסייך וכו' דמוקמינן לה בכותב לה ועודה ארוסה אבל אחר שכנס לא מהני לשון דין ודברים וצריך לשון הקנאה ומבעיא לן התם שקנו מידו מאי אמר רב נחמן מגופ' של קרקע קנו מידו וקיימא לן כרב נחמן בדיני הכי נקיט סתמא דתלמודא בס"פ מי שהיה נשוי אמתני' דכתב' ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך אלמא אעפ"י שאמר לשון דדין ודברים שאינו לשון הקנאה הקנין מועיל לפרש שמגופה של קרקע קנו מידו אבל מה שיש לפקפק בזה הוא שיכולים היורשים לערער ולומר דשמא באותה שעה שהקנה הנכסים בקנין ואגב קרקע לא היו הנכסים בעין ושמא היו מלוה ביד אחרים כמו שהוא רגילות שאין כל נכסים של אד' מצוין אצלו תדיר וכיון שכן אין בהם קנין דאע"ג דאסיקנא פ"ק דקדושין דצבורין ומונחין לא בעינן מ"מ שיהיו בעין בעינן וכמו שכתבו המפרשים נוחי נפש ואעפ"י שאין הדבר ברור שלא היו הנכסים בעין אז מ"מ יכולי' הם לערער דטענינן להו כל מאי דמצי למטען מוריש ואילו היה מוריש קיים ובא לחזור בו ואומר באותה שעה שהקנתי לא היו הנכסים ברשותי ולא נקנו היה נאמן וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פ' כ"ב מה' מכירה וז"ל ואם אין לו דינ' אין מחייבים את הנותן ליתן לו עד שיביא הזוכה ראיה שהיו לזה דינרים בשעת המתנה ע"כ ואין לחלק ולומר שהוא יכול לטעון כן לפי שהוא טוען ברי אבל השתא לאו כל כמיניהו דיורשים לבטל המתנה בטענת ספק שהעמד שטר מתנה על חזקת' ומשעת המתנה הרי היא בחזק' מקבלי' אין לך לומר כן דבפרק חזקת הבתים מייתי ההוא עובדא דבני ברק באח' שמכר בנכסי אביו ומת ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה ובאו ושאלו את רבי עקיבא מהו לבדקו אמר להם אי אתם רשאים לנוולו ועוד סימנין עשויין להשתנות ומסקינן התם דבני משפחה אתו וקמערערי על המכירה לבטלה מטעם שקטן היה ואי לאו מטעמ' דאמרינן התם דערעור של בני משפחה לאו כלום הו' שאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול פי' שהיו יודעים בודאי שהי' גדול אלמא אי לאו משום ההיא

חזקה היה ערעורם ערעור לבטל את המכירה אעפ"י שהיו טוענין מספק מדלא משני התם ריש לקיש דמ"ה הויא בחזק' המוכרי' לפי שהיורשים טוענים מספק משמע דאי לאו טעמא דנעשה בגדול אפילו מספק היה ערעורם ערעור הכא נמי יכולים היורשים לערער ולומר שמא לא היו לו נכסים בשע' המתנה ולא נקנו ועדיפא הא מההיא דאמרינן בפרק בתרא דכתובות ההוא דעשאה סי' לאחר דטען אפוטרופ' ואמר תלם אחד מכרתי לו וכו' וכן מה שטען חזרתי ולקחתיו ממנו ואמר אביי כל דמוקים אפוטרופא לוקי' כי האי דמהפך בזכותא דיתמי והכא ודאי שכי' טפי שרגילו' הו' שרוב ממונו של אדם אצל אחרי' כל שכן שהוא עצמו חזר בו בעת פטירתו וצוה שיתנו לבת אחותו חצי הנכסים ודאי דטענינ' ליה בכל עניין לבטל המתנ' דהו"ל כאילו הוא טוען על עצמו. (אם נעש' הדב' בב"ד שהוחזק לבקיאי' סמכי' שעשו הדבר בדין)

איברא שאם אותו הבית דין אשר בא כמ"ר רפאל נ"ע בפניהם הם מוחזקים לבקיאים בדיני ממונו' היה מקום לומר שנסמוך עליה' הואיל שכתוב שאמר להם שיכתבו בכל לשון שיועיל חזקה ששאלו את פיו ואמר שכל הנכסים היו ברשותו דלב"ד טועין לא חיישי' אבל כפי הנשמע הוא כמו שהורגלו קהלות קודש להושיב שלשה אנשי חיל ויראי חטא אעפ"י שאינם בקיאים לדון אלא כעי דינא פרסאה אין לסמוך עליהם כלל בזה כי הא דאמרינן שלהי פ' יש נוחלין גבי קנינא מיניה ואקנייי' לא צריך דפרכינן מי איכא מידי דאנן לא ידעינן וספרי דדיני ידעי שאין זה דב' פשוט שיהיו הכל בקיאים בו והכי איתא שלהי פרק זה בורר גבי אודיתא דלא כתיב בה ואמר לנא כתבו וחתמו והבו ליה וכו' מי איכא מידי דאנן לא ידעינן וכו' שאלינהו לספרי דאביי וידעי לספרי דרבא וידעי אלמא כל שאיפשר לטעות אין לסמוך אלא על הבקי ועוד נראה לעניות דעתי דאפילו היו בקיאים ומומחים אין להם תורת בית דין שלא הוזקקו שם לדון אלא להעיד ולא שייך לומר בהו לב"ד טועין לא חיישינן כדאמרינן בסוף פ' יש נוחלין בסופו בי דינא בתר בי דינא לא דייקי אב' בי דינ' בתר עדי' דייק גבי כותבין גט חליצה וגט מיאון אע"פ שאין מכירין ופשיטא דאפי' חתומין עליו ב"ד הגדו' דייקי' בתרייהו. (לא אמרי אמיר' לגבו' כמסיר' להדיוט אלא היכא דמסירה מועילה)

ואין לומר שהואיל ודבר זה צדק' הוא לענייי' ולישיבו' נימא אמירתו לגבו' כמסיר' להדיוט ואע"פ שלא היה שם מסירה המועלת אמירה במקום מסירה היא הא ליתא שלא אמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט אלא היכא דמסיר' מועלת כדמוכח פ' ארבע' וחמשה בההו' עובדא דמייתי דההו' גבר' דתקע ליה לחבריה אמר ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינן נתבוה לעניים הדר אמר להו נתבוה ניהלי דאיזיל ואיברי

ביה נפשאי אמר ליה רב יוסף כבר זכו בו עניים ואע"ג דליכא עניים הכא אנן ידי עניים אנן אלמא אי לאו משום דידי עניים אנן והו"ל מעמד שלשתן לא קנו באמירה לפי שלא היה בעין ולא היה יכול למסור וכן מוכיח מדברי הרי"ף ז"ל שם שהוא ז"ל נחלק על הגאונים שרצו ללמוד מההוא עובדא דמאן דיהיב מידי לעניים באמירה מצי למהדר ביה וכתב זכרונו לברכה ואנן אמרינן ליכא למשמע מינה הכי דבהדיא אמרי' בפיך זו צדקה אלמא בדיבורא מחייב והא דאצטריך רב יוסף למימר מטעם מעמד שלשתן י"ל משום דההוא פלגא דזוזא לאו ברשותי' הוה קאי דהא לא אתא לידיה והוכיח שכל ממון שאינו ברשותו אף אם יכול להוציאו בדייני' אינו יכול להקדיש וכן פי' רי' ז"ל הילכך גם בנדון שלפנינו זה האיש לא נדר אלא שרצה לזכות העניים באותם הנכסים בקנין וכל שאין הקנין כלום שאינן ברשותו לא זכו בהם עניים והרשב"א ז"ל בתשובה סימן תק"סג כתב דלא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא בהקדש בדק הבית ולא בהקדש עניים והביא הך דפי' דו"ה דאמרינן אנן ידי עניים אנן דקניה במ"ש אלמא הקדישו אין לו קיום אלא אם כן הקנה בקנין או בשטר או באחת מדרכי הקניות וקשה מה הוכחה יש משם דהתם לא שייך שום קנין כיון דליתא בעינא אם לא במ"ש ואפי' אם הוציא הפלגא דזוזא לתתו עדיין לא זכה בו וכדתנן בפ' הזורק אמר ליה בעל חוב זרוק לי חובי וכו' אם כן מאי הוכחה מהתם בש"מ דעבוד רבנן דאמירתו כמסירה היא הא אמרי' דאם אמר הלואתי לפלוני מהני היינו משום דאיתא במ"ש דתקנה דרבנן היא. (לשון הרמב"ם בפ' ב' ימהלכו' מכירה ומה שקשה עליו באורך) ויש מקום עיון בדברי הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ב מה' מכירה שמראים דבריו שם שאפי' לא אמר בלשון נדר זכו בו עניים וחייבים היורשים ליתן שהוא כתב יש גאונים שחולקים ואומרים שאין העניי' זוכים אלא בדברים שההדיוט זוכה בהם לפיכך לא יזכו בדבר שב"ל ואין דעתי נוטה לדבריהם שאין אדם מצווה להקנות והוא מצוה לקיים דברו בצדקה ולפי זה כתב למעלה שאם צוה אדם כשהוא ש"מ ואומר כל מה שיוציא אילן זה יהיה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בו עניים והדברים תמוהים אצלי שאפי' נאמר שזה אמר כל מה שיוציא דקל זה אתננו לעניים שהוא חייב לקיים דבריו מטעם נדר אם מת ולא קיים נדרו למה היורשים חייבים ליתן והרי הם לא נדרו ולא תהא זו גדולה מחוב אביהם שפריעת ב"ח מצוה כדאמרי' בפ' שום היתומים ואפ"ה אין כופין את היורשין לפרוע חוב אביהם ממה שהניח כדמוכח בפ' מי שהיה נשוי גבי ההוא דשבק קטינא דארעא דאף על גב דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם משום כבודו אין כופין אותם מדינא דגמרא אלא שאחר כך תקנו הגאונים שישתעבדו המטלטלין לב"ח ולכתובה ועשו כן שלא לנעול דלת בפני

לווין ובכתובת אשה משום חינא ואע"ג דגבי ערכין תנן פ' האומר משקלי ערכי עלי ומת יתנו היורשים התם דוקא שזכה ההקדש בגוף הנכסים מחיים דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכאילו הקנה בקנין גמור אבל כל שאין עליו חיוב ממון אלא מצוה הוא דרמיא עליה אין היורשים חייבים ליתן דהא רבית דחייב להחזיר משום וחי אחיך עמך אם מת הוא היורשים פטורים כדתניא פ' איזהו נשך הניח לה' אביהן מעות של רבית אע"פ שהם יודעים שהם של רבית אינם חייבים להחזיר וכן גבי גזל הגר אע"ג דבעי לקיים מצות השבה לכהנים תנן פ' הגוזל קמא היה מעלה את הכסף ואת האשם לירושלים ומת הכסף ינתן ליורשי' הכא נמי כל שהעניים לא זכו בגוף הדבר אע"ג שהוא היה מחויב לקיים דברו מה חיוב יש על היורשים שכתב זכו בו עניים.

ועוד קשה שזה לא נדר אלא שהוא מצוה מחמת מיתה שכל מה שיוציא האילן לעניים אין כאן נדר ולא לשון נדר שאפילו נאמר שכשאד' אומר כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש שכיון שאמר לשון עתיד הרי הוא כאילו אמר אעשה אותו הקדש וכמו שא' יעקב והאבן הזאת אשר שמתי מצבה יהיה בית אלהים וכן האומ' סלע זו לצדקה הרי הוא כאלו אמר אתנן' לצדק' דומיא דנדבה דקרבן דאמרי' בה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אף לצדקה אע"ג דלא הוי כמסירה ממש מדין נדר נתחיי' והכי מוכח מדברי הר"ן בתשובתו הראשונה אבל זה שהולך למות בידוע שאינו נודר אלא מתכוין לזכות מעכשיו ואין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם וכהא דתנן פ' אע"פ המקדיש מעשה ידי אשתו הרי זו עושה ואוכלת המותר ר' מאיר אומר הקדש ר' יוחנן הסנדלר אומר חולין וקיימא לן כר' יוחנן שאין בדבריו כלום ואפי' מדין נדר אינו מתחייב כל שלא נדר על עצמו והרב ז"ל עצמו כן כתב פר' ששי מהלכו' ערכין שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אם אמר כל מה שארויח שנה זו אתננו לצדקה הרי הוא חיי' ליתן מדין נדר והביא ראיה לדבר מיעקב שאמר וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו שנראה בעיני להעמיד דברי הרב ז"ל דטעמ' דאמרי' דש"מ שאמר יאכל פלוני פירות דקל ידור פלוני בבית זה לא אמר כלום מפרשי' פ' מי שמת משום דמילתא דאיתיה בבריא איתיה בש"מ מילתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ ופרכינן והרי הלואתו לפלוני דליתיה בבריא ואיתיה בשכיב מרע ומשני הא נמי איתיה בבריא במעמד שלשתן אי נמי הואיל ויורש יורשה מוכח שכל שאיפשר לו לאדם שיזכה בדבר זה בכל ענין שיהיה גם במתנת ש"מ זוכה בו אבל פירות שהוא דבר שלא בא לעול' אי איפשר לו לאדם שיזכה בו בשום ענין ובירושה נמי לא שייך כמו שכתבו התוספות שאין אדם יורש פירות דקל ולא הגוף וזה לא נתן לו גופו של דקל אלא פירותיו הילכך לגבי עניים כשאמר במתנת ש"מ כל מה שיוציא דקל זה לעניים זכו בו עניים

דהא איתי' בבריא על ידי נדר שאילו אמר כל מה שיוציא אילן זה אתננו לעניים חייב ליתן ולקיים דברו כדכתיב ככל היוצא מפיו יעשה ושמא תאמר לא אמרו איתיה בבריא אלא בשאפשר לו להיות לו קנין בגוף הדבר כגון קנין דמעמד שלשתן שנקנה לו החוב ונסתלק הלוה ממנה וכן ע"י ירושה אבל זה שנודר אין לעניים קנין בגוף אלא שהוא חייב לקיים מטע' חיוב ולא מטעם קנין לא מקרי איתיה בבריא וי"ל דמ"מ מקיימא מילתא במתנת ש"מ שהרי ש"מ שאמר יטול פ' מאתים זוז מנכסי שזה אין לו קנין בגוף הנכסים אלא הרי הם בחזקת היורשים לכל דבר כדאמרינן בסוף נערה ההוא דאמר ארבע מאה זוזי מן חמרא לברת' אייקר חמרא אמר רב יוסף רווחא ליתמי וכן ההוא דאמר נדוניא לברתא זול נדוניא אמר רב אידי בר אבין פורנא ליתמי וכן אמרי' בפרק התקבל גבי גניבא יוצא בקולר הוה אמר הבו ארבע מאה זוזי לר' אבא מן חמרא וכו' והא אין קנין בבריא כעין זה שאם הוא קונה קונה מעכשיו גם לענין יוקרא וזולא ואחריות אלא שיש לך לומר דאיתיה בבריא ע"י חיוב שיכול האדם להתחייב עצמו בקנין בסך מעות הילכך איתיה נמי בש"מ בכי האי גוונא וכי תימא א"כ אף להדיוט תועיל מתנת ש"מ בדבר שלא בא לעולם הואיל ואיתי' לצדק' ע"י נדר כי היכי דאמרי' להההוא לישנא דהואיל ויורש יורשה מועיל אף למי שאינו יורש הא ליתא דלגבי מתנה דאינש בעלמא דהויא מתנה אלימתא וזוכה בה מעכשיו לא מיקרי איתיה בבריא כגון נדר לעניים שאע"פ שהוא מחויב לקיים נדרו מ"מ עניים ברורים לא זכו בה וכהא דאמרינן האומר סלע זו לצדקה עד שלא באת ליד גבאי מותר לשנותה והוה ליה ממון שאין לו תובעים אבל זה שהוא מצוה ליתן לעניים הא מילתא גופא איתיה בבריא אי נמי יש לפר' דבריו ז"ל מטעם דמצוה לקיים דברי המת כדאמרינן בסוף פרק מציאת האשה דכופין את היורשין עליה ואע"ג דלר"ת ז"ל לא אמרינן הכי אלא כשהשלישו מחיים ביד אחר כההיא דהמשליש מעות לבתו דס"פ מציאת האשה וההיא דהולך מנה לפלוני דספ"ק דגיטין הכא עדיף טפי שהקנהו מחיים בלשון נדר וצוה היורשים עליה מצוה עליהם לקיים דבריו זהו מה שנר' לי בדעתו של הרב ז"ל ולא שאמר שכשאדם מקנה דבר שלא בא לעול' יהיה חי' לקיי' מטע' נדר ואם מת חייבי' יורשי' ליתן ומעת' בנדון שלפנינו כל שהוא ספק אם היו הנכסי' ברשותו בשעה שהקנה אותם נעמי' הנכסים בחזקת היורשים ועל הזוכים להביא ראיה ואל תאמר הואיל ודבר זה לצדקה ולעניים הוא נחייב את היורשים שלא יעכבו מספק דספיקא לחומרא כי הא דתנן בפ"ב דפאה ס' לקט לקט ס' שכחה שכחה ומפ' בירוש' מדכתיב עני ורש הצדיקו הצדיקהו במתנותיו הא ליתא דלעולם אין מוציאין ממון מחזקתו מספק שהמע"ה מדתנן בפרק הזרוע גר שנתגייר והיה לו פרה לשחוט

שחטה עד שלא נתגייר וכו' ואם ספק פטור שהמע"ה ופרכינן בגמ' מינה אמתני' דפאה חורי הנמלים שבתוך הקמה וכו' משני הכא פרה בחזק' פטורה קיימא קמה בחזקת חיוב קיימא ופרכינן תו והרי עיסה דבחזקת פטורה קיימא ותנן גר שנתגייר והיה לו עיסה וכו' ואם ספק חייב אמרי ליה ס' איסורא לחומר' ס' ממונא לקולא שמעינן מיהת דס' שבין אדם לעניים או לכהן כשאר ספיקות הוא ואזלינן בהו לקולא ולא תימא דדוק' אמרי' הכי גבי פרה משום הא דקאמ' דפרה בחזקת פטורה הא אם לא היתה חזקה זו לא חיישינן אחזק' ממון לומר המע"ה ואזלי' לחומרא אין הדבר כן דתנן בפרק שני דבכורות מת א' מה' ר"ט או' יחלוקו ר"ע אומר המע"ה זכר ונקבה אין כאן לכהן כלום ואמרינן בגמ' אמר רב פפא הכל מודים בשהפקיד אצל ב"ה פי' כשמת האח' ברשות ב"ה דהו"ל כהן מוציא ועליו להביא ראיה לא נחלקו אלא בחצר ב"ה ורועה כהן וכו' מוכח דאע"ג דליכא למימר בחזקת פטור קאי כגון ב"ה זה שהיה ודאי ברור אצלו ואם מת א' מהם או' לכהן הבא ראיה שחי שלך וטול והא דקאמר בהזרוע פרה בחזקת פטור קיימא ה"ק אינה בחזקת חיוב שתוציא מחזקת ממונו כמו קמה שחזקת חיוב גורם לה להוציא ממון מחזקתו מספק ומה שקשה מסוגי' זו דהזרוע אהא דאמרינן בסוף סוטה כששלח יוחנן כ"ג בכל גבול ישראל וראה שהיו חשודין על המעשרות דאמרינן התם מעשר ראשון ומעשר שני המע"ה אע"ג דפירו' בחזקת חיוב מעשרות הם עד שיודע לך שהופרשו מהם ואלו כיון שחשודין הם לא הוציאום מחזקתם דכל החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו ואפ"ה אמרינן התם המע"ה במ"א פירשתי ואין להאריך כאן ומה שהזקיקני להאריך הוא מה שמצאתי למהר"ר יצחק אדרבי ז"ל בתשובותיו סי' רכ"ג על מעות שהם ס' של הקדש דמן הספ' יש לנו לומ' שהם הקדש והביא הגה' א' מהמרדכי בפ"ק דבתרא שיש ללמוד מההיא דאמרינן ס' לקט לקט ס' שכחה שכחה וכו' דה"ה ס' צדקה צדקה ומי שיש בידו מעות ומספקא ליה אם הם של צדקה חייב ליתן אותם ותמה אני שרצ' ללמו' דין זה לכל ספק שבצדקה של עניים שהדבר ברור שלא אמרו כן אלא במתנות עניי' או של כהנים וממקומו הוא מוכרח דהתם בסמוך אמרינן בירוש' ר"ל בשם בר קפרא לא תטה משפט אביונך בריבו בריבו אי אתה מטהו אבל אתה מטהו במתנותיו אבל מה שאינו מן המתנות שזכה לו הכתוב הו"ל בריבו דאין אתה מטהו אלא אתה דן כדרך שאתה דן בין אדם לחבירו ואף במתנותיו שזכה לו הכתוב לא אמרו אלא כשהדבר בחזקתו שעדיין לא יצא מידי חיובו כדמוכח בחולין ובבכורו' וכן כתבה הר"ן ז"ל בתשובתו הראש' שכל ס' של עניי' הרי הוא כס' שבין אדם לחבירו מההיא דהזרוע ועוד ראיה מדאיבעיא לן בפ' מי שמת גבי ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרי' דאמרי' לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו

קיימ' ומבעיא לן הקדיש כל נכסיו הפקיר כל נכסיו חלק כל נכסיו לעניים מהו וסלקא בתיקו ופסקו רבוותא דמספיקא אין מתנתו קיימ' כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה' זכיה ומתנה ובהגהות אשר"י כתוב פסק הר' ברוך לא קנה דמספיק' לא מפקינן ממונא והרא"ש ז"ל שפסק שמתנתו קיימת מטעמא אחרינא פסק כן אף בהפקי' נכסיו יעויין שם הילכך לעול' מספיק' לא מפקינן ממונ' אפי' לענייי' וכך אנו צריכי' לתפו' עיקר ויש להעמיד דברי הרר"יא במעו' של צדקה שלא היו שלו אלא שנמצאו ואינו יודע אם משלו אם משל עניים דליכא למימר העמד ממון על חזקתו אלא שהם ברשותו וכ"ת מאי איריא מס' בכור דאוקימנא ברועה כהן ואפ"ה קי"ל כר"ע דהמע"ה התם מ"מ בכור זה עיקרו ממון של ב"ה הוא ואיכא למימר בהו העמד ממון על חזקתו אבל צדקה דעניים דעלמא לא היתה בחזקתו מעולם ושוב מצאתי בפ' מי שמת במרדכי אות' דשכיב מרע שהקדיש תו במרדכי משם ראב"ן דהקדש אינו חוזר דהאי תיקו דאיסורא הוא ולחומר' ולהלן הביא תשובת מהר"ם דמוכח מינה דס"ל הכי בענין הקדש לחומר' ובמקום אחר הארכתי. (מי שהודה שקיים אחרי מות אשתו כל הכתו' בכתוב') ומיהו נראה שקיומה של מתנה זו תלוי בלשון שבא בשאלה שר' רפאל בא לפני בית דין והראה להם שטר הכתובה ואמר שכשם שהו' קיים וגמר אחרי מות אשתו כל הכתוב בכתובה כך רצונו שאחרי פטירתו יתקיים ויגמר הרי הוד' שכבר קיים כל מה שכתוב בכתובה ושם כתו' שאחרי מות אחד מהם יקנו קרקעות ומפירותיהם שירויחו יחלקו בין הישיבו' והעניים ונראה שכבר קנה אותם הקרקעות או סחורות כיוצא בהם שהם תחת ידו דברים בטוחים וקרובים לשכר וכיון שכן הודאתו על עצמו יותר ממאה עדים היא וכן היה אומר אומר ר"ת ז"ל במה שנהגו להקנות אגב קרקע אעפ"י שאנו יודעים שאין לו קרקע מ"מ הוה ליה הודאות בעל דין: ואין להסתפק ולומר דשמא לא אמר כן שהוא קיים כל מה שכתוב בכתוב' אלא על המא' סקודיש שהניחה לכפרת נפשה ואמאה סקודיש לנדוניית היתומ' המשרתת אבל לא שקיים כל מה שכתוב בכתוב' וכיון שנכסי בחזקת היורשי' קיימי צריך ראי' ברור' להוציא מידם זה אינו נראה שאין לנו לבטל משמעות הלשון מפשוטו כדי להעמיד הנכסים בחזקתן שמשמעות הלשון הוא שקיים כל מה שכתוב בכתוב' ויש להביא דוגמא לדבר מדאמרינן ריש פ' חזקת ההוא גברא דאמר ליה לחברי' כל נכסי דבי סיסין מזביננא לך הואי ארעא דמקריא דבי סיסין וכו' אתו לקמיה דרב נחמן אוקמא בידה דלוקח ופרכינן דרב נחמן אדרב נחמן דההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וכו' ומשנינן הכא נכסי דבי סיסין אמר ומקריא ארעא דבי סיסין כו' והרי כאן שהוא לא מכר לו אלא הקרקעות שקנה מבי סיסין ושדה זו אומר שלא קנאה ממנו אלא מעולם הית'

שלו אלא שכך היו קוראים לה אעפ"י שאפשר שהוא כדבריו ואינ' בכלל המכר כיון שמסתמא מה שקוראים לה כן משמע שהיתה דבר סיסין ונוציא הקרקע מחזקת בעליה להעמיד המכר אף כאן אין לבטל משמעו' הלשון דהעמיד הנכסים בחזקתם.

ועוד יש הודאות עצמו בפעם השני' שבא לפניהם ואמר איך בשנה שעבר' אשר וקיים וכו' ונשתעבדו נכסיו לעניים ולישיבות צפת תו"ב הרי הודה ששעבד נכסיו אע"פ שלא נתפרש בשטר שעשו לו אז מ"מ הודאת בעל דין היא כי הא דאמרינן פרק השולח נתתי שדה פ' לפלוני והוא אומר לו נתן לי חיישי' שמא זכה לו ע"י אחר וכתבו התוס' דהאי חיישי' הוי ודאי וזכה במתנ' ולא תימא דאין בהודאתו זאת שום תוספת יפוי כח ממה שיש בשטר שהרי הוא לא הודה אלא על השטר שעשה בפניהם והואיל והשטר אינו מועיל מה כח הודאה יפה דודאי מוכח שלא אמר שהקנה אלא על אותו השטר כדאמרינן בעלמא גבי קול דקידושין ובלבד שלא תהא שם אמתלאה זה אינו דמה שאנו גורעין כחו של שטר לא מפני שלא היה הקנין כדין אלא מפני שלא פירש ואחר שטר יכול לערער ואין יכול לערער אחר הודא' אלא על הסתם אנו מקיימין אות' ונאמ' דודאי כשהקנ' הקנ' כהלכתו.

ועדיין יש לדקדק במתנה זו מצד אחר לומר שלא יזכו בנכסים הנמצאים העניים והישיבות באותה נכסים שאינה ידועים שהיו אצלו בשע' המתנה (אי טענ' להו ליתמי בנכסי' שאינם ידועי' שהיו אצל המוריש בשעת המתנה) מאחר דטענינן להו ליורשים כל מאי דמצי אבוהון למטען השתא נמי נטעון להם כי שמא נכסי' אלו באו אח"כ לידו או מציא' מצא או שנפלה לו ירושה ממקום אחר ונעמיד הנכסים בחזקת היורשים ואפילו שכבר הוחזקו כל הנכסים שהיו לו בחזקת מקבלי המתנה ולא שייר לעצמו כלום מ"מ לא גרע מאשה שנמצאו לה נכסים בחיי הבעל שהיא נאמנ' לומר מירושה נפלו לי או נתנו במתנה אעפ"י שלא הוחזקו לה נכסים חוץ מנכסי הבעל כמו שכתב הרמב"ם ז"ל פכ"ב מה' אישות ואע"פ שנחלקו המפרשי' ז"ל בענין אם תהיה נאמנת לומר במתנה נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם שבא' להפקיע כח הבעל לגמרי שחזקה כל מה שיש לה לאשה הבעל אוכל פירות וזו שבאה לשנות ולומר שעל מנת כן נתנו לה עליה להביא ראיה אבל מכל מקום שמעינן שיכולה להוציא מחזקת בעלה ולומר שלי הם ואעפ"י שלא הוחזקו לה נכסים מקודם אלא של בעלה. (אם הוחזקו הנכסי' שהוא נושא ונותן שהם של מקבלי המתנה הרי כל מה שתחת ידו בחזק' מקבלי המתנה היא ואפי' במה שתחת ידו אין קרוי חזקה ואפי' היה טוען כן לא היה נאמן) ומיהו נראה שכל שהוחזקו כל הנכסים שהוא נושא ונותן בהם שהם של מקבלי המתנה והוא אינו אלא

כמתעסק בהם שאין לו אלא מה שהוא נותן לתוך פיו הרי כל מה שתחת ידו בחזקת מקבלי המתנ' הוא ולא דמי לאשה שאף על פי שלא הוחזקו לה נכסים משלה גם לא הוחזקו בידה נכסים משל בעלה הילכך ידה עדיפ' מידו שיות' הם בחזקת' ממה שהם בחזקתו אבל כאן שכל הנכסים כשהם בידו הוחזקו משל מקבלי המתנ' אין מה שתחת ידו קרוי חזקה ואפי' הוא עצמו היה קיים והיה טוען כן לא היה נאמן אלא בראי' ברור': וראיה דאמרינן פרק חזקת הבתים אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית היו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבי' אבי אימא רב אמר עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה וקי"ל כרב דתניא כוותיה וגם רב נחמן קאי בשיטתי' שכיון שכל הנכסי' שהוא נושא ונותן בהם בחזק' תפוס' הבית הם הבא להוציא מחזק' זו עליו להבי' ראי' ואף ע"ג דאמרינן התם אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראי' ופסק הרי"ף ז"ל ושאר רבוותא כוותיה דשמואל בהא כיון דרב אמי מוד' בה כבר תרגמו התוס' והרא"ש ז"ל דהא ודאי קושיא אלימתא היא הא דפריך רב פפא כלום טענינן ליתמי מידי דלא טעין אבוהון שאם אביהן היה קיים לא היה נאמן בכך בלא ראי' עוד דאמרינן והב' מחמת ירוש' אינו צריך טענ' הא חזקה בעי' ואמאי נימא אילו היה אביו קיי' היה מביא ראי' שלקח' אלא שפי' ז"ל הטעם דהכא דוקא משום שאונות ושטרות שיוצאות על שמו הן מוציאין מחזקת תפוסת הבית דמוכחא מילתא שהם שלו ובדין היה שיהא נאמן בכך בלא ראי' אלא שבחייו מחמרינן עליו להזקיקו ראיה שאם הוא כדבריו ימצא להביא עדים או ראיה על הדבר אבל לאחר מיתה דיתמי לא ידעי במילי דאבוהון סמכינן אשטרא דנפיק על שמיה ועל האחין להביא ראיה שהרי כבר יצא מחזקת תפוסת הבית ע"י השטר שהוא כתוב' על שמו: נמצאת אתה אומר לפי שיטה זו שאם נמצאו לו נכסים ומטלטלין שהפקיד ביד אחרים שאילו היה הוא קיים היה צריך להביא ראיה שאינם מתפוסת הבית גם לאחר מותו על יורשיו להביא ראיה להוציא מחזקת האחין שאם אי אתה אומר כן קשיא הא דרב פפא כלום טענינ' ליתמי מידי דלא טעין אבוהון והדברי' ברורי' ומחוורים מתו' שיטת השמועה וכן נ"ל לדקדק מאותה שהביאו התוס' והרא"ש ז"ל דבפ' אעפ"י ששאלו את רבי' אליהו היאך יכול אדם לשעבד עצמו במאה מנה כיון שאין לו עכשיו וגם אינו מחויב בהם כמו שהחתן משעבד עצמו בכתובה גדולה ואין לו כלום וכתב שי"מ הואיל וכותב לו סתמ' שעבדתי לו נכסי הרי הודה שיש לו נכסים אע"פ שאין לו הודאת בע"ד היא. (מי שהודה שהי' לו נכסי' לא מהני לו נכס' הידועי' שלא היה לו באות' שעה אבל בנכסי' שאינן ידועי' מסתמא מחזקי' להו בחזקת שהם היו באותה שעה) וכתב הרא"ש ונ"ל שאין טעם זה מספיק

לנכסים הידועים שלא היו באותה שעה ע"כ משמע דבנכסים שאינן ידועים מסתמא מחזקי' להו בחזקת שהם היו באותה שעה מאחר שהודה שהיו לו נכסים ולא קשיא ליה להרא"ש אלא היכא דידעי' בודאי שנכסים אלו לא היו לו באות' שעה ובחפשי אמתחות הפוסקים מצאתי בח"מ סי' ר"ן הביא בב"י סי' י"ד וכו' משם הרשב"א משמן של גאונים ז"ל שאין היורשים יכולים לטעון לא היו נכסים אלו בשעת המתנה ע"ש. ומצאתי בסי' קי"ב שכתב הטור משם הרמב"ן ז"ל (ב"ח שבא לחטוף מן הלוקח וטוען שקרקע זה לא היה לו באותה שעה שלוה ממנו מעמידים הקרקע בחזקת שהיה של אבותיו של מוכר ויש מי שחולק) דלוקח שקנה נכסים ובא בעל חוב לטרוף ממנו וטוען הלוקח שנכסים אלו אחר שלוה קנה ומכר שמעמידין הנכסים בחזקתן שהיו שלו ושל אבותי' מעולם והביא ממה שהורו הגאונים בנותן נכסים מעכשיו כו' והוא מה שכת' הרשב"א משמן של גדולים ואעפ"י שהרב בעל התרומו' היתה דעתו לחלוק בזה ולומר שעל ב"ח להביא ראיה והטעם שהלקוחות מוחזקין בנכסים וזה בא להוציא עליו להביא ראיה אבל הכא חזקת הנכסים וחזקת מקבלי המתנה שוין הן: אך מצאתי בפ' יש נוחלין גבי האומר תטול אשתי כא' מן הבנים נוטלת בנכסים של עכשיו יש ספק בדבר כתב הנמוקי יוסף בשם הריטב"א ורבו הרא"ש שעל המקבל מתנה להביא ראיה וכן במרדכי בשם תשובת מהר"ם במי שכתב לחתנו חלק בנכסיו במהיום ולאחר מיתה וכו' דזכה במתנת בריא וכתב ודוקא בנכסים הידועים וכו' ודברים המסוימים וידוע לו בעדים שהיו לו בשעת המתנה ולא בנכסים דאיכא לספוקי בהו דשמא לאחר מכאן בא לידו. והנה התוספות והרא"ש ודברי הגאונים והרמב"ן והרשב"א ז"ל חלוקים על ר"מ ז"ל אבל אף לדעתו ז"ל נראה שלא אמרה אלא בכותב לחתנו חלק בנכסיו כאחד מן הבנים שלא עמדו כל הנכסים בחזקתו אבל בנ"ד שכתב כל נכסיו לעניים ואמר שמאז היה מכניסם בחזקת העניים הבא להוציא מחזקה זו עליו הראי' כמו שהוכחנו מההיא דפ' חזקת דמוקמי' נכסים בחזקת תפיסת הבית. (אם היורשי' הם מוחזקים ויכולים לטעון שלא הניח לסם מוריש כלום ואביהם כה"ג היה נאמן במגו לא אמרינן כן לגבי היתומים)

ועדיין יש לבעל הדין לחלוק ולומר שאם הנכסים הללו הם תחת יד היורשי' בענין שהם יכולים לטעון שלא הניח להם מורישם כלום דאבוהון כי האי גוונא היה נאמן מטעם מגו שהיה יכול לומר שנאבדו כל הנכסים ולא נשאר אצלו כלום הילכך כי אמר נמי אחר המתנה באו לי היה נאמן אף זו אינה שנראין לי הדברים שאין אנו טוענין ליורשים אלא להעמיד בידם דבר שהוא בחזקת מורישם אבל כל שמורישם לא היה מוחזק בגוף הדבר אע"פ שהיה נאמן בטענתו מטעם מגו לא טעני להו ליתמי הכי ודקדקתי כן מאותה

שאמרו פרק איזהו נשך גבי הני זוזי דיתמי דאמרינן בדקי' גברא דאית ליה דהבא פריכא ושקלא מניה דהבא פריכא ויהבינן ליה זוזי אבל דבר מסויים לא דילמא פקדון ניהו גביה ואתיה מריה יהיב סימנין ושקול ופי' התוספות שמא הפקיד אצלו בעדים ויעידו העדים שזה החפץ הוא שהפקיד אצלו בפניהם ויטול ואכתי כיון דהני יתמי לוקח הוו אמאי לא טעני' להו דילמא הדר זביננהו מיניה שהוא היה נאמן בכך במגו דהחזרתי או נאנסו ויותר תקנה היה להם ליתומים שיקחו חפצים מכל אדם ולא יראום לשו' אדם כי היכי דלא לשוו ליה ראה ולא שנאמר ואי לא משתכח דהבא פריכא נכלינהי זוזא זוזא אלא אמר רב אשי חזינן גברא דמשפו נכסיה וכו' שדרך זו יותר בטוח ממה שנתן בלא משכון קרוב לשכר ורחוק להפס' אלמא כל שהפקידו אצל הלוקח בעדים אינם בחזקת הלוקח ותו לא טענינן לתו ליתמי מטעם מגו עיין בהרא"ש בהגוזל בתרא ואם תאמר ומאי שנא מהיא דשטר כיס היוצא על היתומים דאמרי' פרק המוכר את הבית דנשבע וגובה מחצה פי' מחצה דהוי מלוה אבל מחצה דפקדון לא גבי דטענינן להו ליתמי החזרתי אע"ג דאיהו לא היה נאמן לומר החזרתי אלא במגו דנאנסו ואפילו הכי לגבי דיתמי טענה היא. הא לא קשיא דהתם נמי הטענה היא להחזיק נכסי היורשים בחזקתם שאם לא היו טוענים להם כן היו צריכין לפרוע משלהם שהרי אין שום דבר בפנינו שיהיה בחזקת הנפקד ונעמידנו בחזקת היורשים אבל כל שיש תחת יד היורשים נכסים שהם בחזקת אחרים כגון שהיה אותה עסקא בעין לא טענינן להו להעמיד' בידם ובדברים העשויין להשאיל ולהשכיר שהם בחזקת הבעלים לעולם כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדת' מיתמי שאם אין עדי' שהם תחת יד היורשים איכא לאסתפוקי אם מפקינן להו משום דאבוהון היה נאמן במגו דלית לך גבי מידי או אמרי' כיון דאבוהון כה"ג לא היה נאמן מחמת עצמו של חפץ אלא מטעם דהיה יכול להכחיש ולומר שהחזירם לא טענינן ליתמי בהכי שהרי הם יודעים שהוא אצלם דחשוב כעידי ראה והרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' טוען כת' תחילה דין כלי' העשויין להשאי' שמוציאין מידו ואפי' מת מוציאין מן היתומים ושוב כתב אבל ליכא עידי ראה אין מוציאין ממנו דאית ליה מגו ולא הזכיר מה דינו אצל היתומים וכמו שנראה מדברי המפרשים ז"ל מ"מ הפקיד אצלו בעדים עדיפא דהתם אע"ג דליתנהו בחזקת מי שהם תחת ידו גם אינם בחזקת בעליו שהרי אינם תחת ידם והואיל ויצאו מידם כבר נפסקה חזקתם דשמא מכרם לזה שהרי אין עדים שבשאלה באו לידם אבל כל שיש עדים שהפקיד אצל זה לעולם הוא בחזקת המפקיד ולא טענינן להו: וכן כתב בטור ח"מ סי' רצ"ו ולא מבעיא אם העדים רואין אותו בידו עתה אלא אפילו לא ראוהו עתה וכו' צריכין להראותו לעדים ואם מכירין שהוא זה מחזירין אותו

אע"ג דלגבי אביהן כה"ג נאמן לומר לקוח הוא בידי במגו דההחזרתיו לך עוד הבאתי ראיה מדאמרי' פרק הכותב ההוא גברא דאפקיד כסא דכספא בי חסא שכיב חסא ולא פקיד אתו לקמי' דר"נ אמר להו חדא דידענ' בי' בחסא דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנא ומדקא' קא יהיב סימנים משמע דליכא ראה א"כ מה הוכחה היא מה שאינו אמיד לקנות כסא דכספא דלמא משכון הוא אצלו ויטענו יתומים עליו עד כדי אומדנותו שהיה יכול להיות עליו אלא שיש לנו לומר שכל שחזקת גופו של חפץ הוא של נפקד דהא אנן סהדי שלא קנה כסא דכספא דהא לא אמיד אף טענה אחריתי לא טענינן להו להוציא הדבר מחזקת בעליו כל זה הוא מה שכתבתי אז בתשובה וחוזרני בי מראיה זו דבפרק הכותב דיש לומר דכיון שגופו של חפץ בין כך ובין כך הדר בעיניה לא הוי בחזקת חסא וכהא דאמרינן בהמקבל יתומים אומרים אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמיא ומדמא לה להא דתנן בפ' לא יחפור גבי אילן ועיר ספק זה קודם ספק זה קודם קוצץ ואינו נותן דמים משום דאמרינן אילן למקץ קאי ואי משום דמים אייתי ראיה דקדם וטול ועכשיו עמדתי על השמועה דפרק חזקת יש ממנה ראיה גדולה לדברינו והיא אותה שאמרו ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינתא דאמר דזבנה מינך אמר ליה את מי לא מודית דארעא דידי היא ואת מינאי לא זבינתא לאו בעל דברים דידי את אמר רב יוסף דינא קאמר ליה ופי' רשב"ם ז"ל שאפי' אם יש לזה עדים דדר ביה מקמיה יומא חדא כיון דלא אכליה שני חזק' מפקינן מיניה והא אילו לוקח ראשון קמן ואמר מינך זבינתא היה נאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם שהרי אין לו עדים שהיא שלו אלא על פי הודאתו ואפילו הכי כיון דמודה מיהת דארעא דידיה היא כיון שאינו מוחזק בגוף הקרקע דלא אכלה שני חזקי' משום מגו לא טענינן ליה והרמב"ן ז"ל הביא דברי רשב"ם ולמד כן מדבריו אלא שכת' וסברא זו צריכה לפנים ומדברי הרמב"ם ז"ל בס"פ י"ד מה' טוען מוכח להדיא כדברי רשב"ם ז"ל שכתב הביא זה המחזיק עדים שדר בה המוכר אפי' יום אחד וכו' מעמידין אותה שהרי יש לו טענה עם חזקתו ואילו רצה טען ואמר ממך לקחתיה שהרי אכלה שני חזקה ע"כ משמע דדוקא משום שיש לו שני חזקה הא אם לא אכלה שני חזקה אפי' אית לי' סהדי דדר ביה סהוא מקמיה חד יומא והוא היה נאמן במגו לא טענינן ללוקח בהכי ואפי' לדברי התוספות שנחלקו על פירוש רשב"ם אין משם סתירה לדברינו שטעמם הוא דכיון דהאי מערער לית ליה סהדי דארעא דידי' הוא אלא מפיו של זה א"כ אדרבא ארעא בחזקת ההוא דדר בה מקמיה היא ועל המערער להביא ראיה שלא מכרה לו ולפי שיטתם ז"ל לא פרכא ולא סייעתא ומה דומה לזה פקדון שהוא אצל

היתומים והיתומים מודים שהם יודעים שהוא של זה שהפקידו אצל אביהן כיון שאין לבעל הפקדון עדים שהפקיד אצל אביהן אינם בחזקתו ולא נוציאם מחזקת היורשים דשמא חזר ולקחם ממנו אבל אם הפקיד אצלו בעדים בזו לא חלק אדם עליה מעולם כמו שהוכחנו לעיל אלא שהרמב"ן ז"ל הצריכה לפנים וכגון זה נאמר אע"פ שמתור' הרמב"ן והתוס' לא למדנו מתורת רשב"ם והרמב"ם למדנו. ועוד יש לדקדק כן מדאמר בפ' חזקת בפסקא דאומן פעמים שבן בן גזלן אין לו חזקה ותימא לר"י אמאי אין לו חזקה הא טוענין ליורש דאביו זביני' מיני' ולכך מחק ר"י הגרסא וכתב התוס' שיש ליישב הגרס' כגון שאומר שאמר לו אביו שהניח לו אביו דהיינו אבי אביו דאם איתא הוא אמר דאנא זבנא מיניה ואכתי נימא אם היה אביו קיים הוה טעין קמיה דידי זבנא מינך ונאמן במגו דאי בעי אמר אנא זבינתא מינך אלא משמע דלא טענינן ליורש בכה"ג שאינו נאמן באותה טענה מחמת עצמו אלא במגו שהיא משקר ואומר אנא זבינתא והרי היורש מודה דלא זבינא אבוה וכן היא גרסת רשב"ם שם הילכך כאן בנדון שלפנינו שהוחזקו כל הנכסים שבידו בחזקת מקבלי המתנה והם העניים והישיבות כל הבא להוציא מחזקה זו עליו להביא ראיה.

שוב מצאתי תשובה אחת להרשב"א שהביאה הרב הבית יוסף בהלכות מלוה על המשכון סימן ע"ב שנשאל על ראובן שמשכן עליו לשמעון בח' דינרים ועמד לוי ואמר שהכלי הוא שלו וכו' אבל אם יש עדים שהפקיד לוי ביד ראובן וראוהו עדים עכשיו ביד שמעון חייב שמעון להחזיר ללוי ושוב כתב ואם מודה שמעון שהכלי של לוי שהפקידו ביד ראובן אפילו ליכא עדים וראה חייב שמעון להחזירו ללוי שכל שהוא יודע הוא עומד במקום עידי פקדון ובמקום עידי ראה כדאמרינן בפרק חזקת מאי בעית בהאי ארעא את מי לא מודית דארעא דידי היא וכו' ועוד הביא מההיא דזוזי דיתמי וכו' הרי שכתב ז"ל בלוקח שכל שהוא יודע הרי הוא במקום עידי ראה אף על פי שאינו יודע אם קנאו המוכר ממנו דאי היה קיים היה נאמן במגו דהחזרתי. וצור ישראל יעמידנו על האמת נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן מ

(נערה שנתקדשה ובדקוה נשים ואמרו שלא מצאו לה שתי שערות ואמה ואחי' אומרים שהיא בת י"א שנים): שאלה בהיות שהיה בלימיסו אשה אחת עם בת קטנה מאחד עשר שנים על פי אחיה ואמה שיש לנער' הנזכרת פה נקושיא"ה באי גיפר"י אח מאב גדול כמו במקום אביה והלך אדם אחד מפה נקושייא"ה שלא ברצון אחי הנערה הנזכ' ועשה אגרת אחד מזויפת באומרו שאחי הנערה היה רצונו שיקח את אחותו לאשה והראה

האגרת בלימיסו לאם הנערה הנז' ועל דבר האגרת הנז' נתרצ' האשה הנזכ' יקדש האיש הנז' את בתה הנזכ' וכששמע אחי הנער' הדבר שקדש לאחותו מאד רע בעיניו וחרה לו עד מות ושלח בכח השררה להביא את אחותו הנזכרה מלימיסו פה נקושיא"ה ובאה עם אמה ולהורות אחי הנערה שהוא אמת ויציב שהיא קטנה מאחד עשר שנים כנז' עשה בית דין וישבו בית דין ושמעו הדבר ובחרו נשים כשרות ונאמנות ושלחו אותן שיבדקו את הנער' הנזכרת לראות אם היא קטנה כמו שאמר אחיה ואמה והלכו הנשי' הנזכר' על פי בית דין ובדקו לנערה הנז' ותבאנה לפני בית דין והעידו עדות נאמנה ואמרו שלא מצאו לה שתי שערות ולא שום סימן אחר באופן שהיא קטנה עדיין בלי שום ספק וכתבו וחתמו בית דין הקבלת עדות ונתנו ביד אחי הנערה להיות בידו לזכות ולראיה עתה רבינו אתאנו לחלות פני כבוד תורתך שתשיב לנו תשובת הדבר אם תופסי' הקדושין בהיות' קטנה כנזכר לעיל אם לאו ועל פיכם אנו חיים ושלום.

תשובה הוא עשה שלא כהוגן לתת קדושין דרך מרמה וזיוף ולא כן יעשה בבנות ישראל שנראה כפריצות כי שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ימצא בפיהם לשון תרמית. וכיון שעשה הנבלה הזאת מה ששורת הדין מחייב הוא (אם נבדק' ע"פ נשים ואפילו ע"פ אשה אחת והנערה אינה מרוצה בו שומעין לה ותמאן בו ותלך לה) שאם הבת אינ' מרוצה בו ונבדקה על פי נשים כשרות ונאמנות אפילו אשה אחת בודקה ושומעים לה אם הביא' אם לא הביאה שכך מצינו בגמרא פרק בא סימן רבי אליעזר היה מוסר לאשתו רבי ישמעאל מוסר לאמו וכן הסכימו הרמב"ן והרשב"א אף על פי שיש תנאים שם בגמרא כך הוא פסק הלכה וכמו שכתב הרי"ף ז"ל ואם כן כיון שבדקו אותה ולא היו בה שערות תמאן ותלך לה ואינ' צריך גט אך בזאת לענין השנים צריך שידעו עדים כי היא בת אחד עשר שנים לבד ובזה אין סומכין על פי הנשים במנין השני' ולא על פי קרובים אלא ע"פ ב' אנשים כשרים להעיד.

איברא שכפי השאלה נראה שאין מי שיודע זמן שנותיה כי אם קרובים אמה ואחיה והיינו מגמגמים אולי היא בת שנים עשר שנים. (אם יש לבת י"ב שנים גמורים אע"פ שנבדק' ולא מצאו לה ב' שערות יש להחמיר אבל אם אין מי שמעיד שהיא בת י"ב גמור' סומכין על הנשים שאמרו שלא מצאו לה שום סי' ועל קרוביה שאו' שלא היה לה אלא י"א שנים) ובעל התרומות כתב שכשיש לבת שנים עשר שנים גמורים אף על פי שנבדקה ולא נמצאו שתי שערות שיש להחמיר שלא תמאן אבל נדון דידן הגם כי לא נאמין לקרובי' שאומרי' שהיא בת אחד עשר שנים עם כל זה אחר שלא מצאו לה שום סימן כלל על ידי נשים כשרות היא בחזקת קטנ' שאין מי שמעיד שהיא בת שנים עשר

שנים גמורים ומה שהחמי' בעל התרומת וכתב שיש להחמיר דוק' לשני' עשר דאמר בזמן הזה אינה ממאנת אחר שני' עשר שנים אף על פי' שלא בעל משום דקיימא לן גומות אף על פי שאין שערות דאין אנו בקיאים להבחין בדבר הזה שלא יהיו בו גומות. ועוד שמא הביאה שתי שערות אפילו אחד בגבה ואחד בכריסה או על קשרי אצבעותי' ומי יוכל לבדוק כל הגוף ולעמוד על אמיתת דבר זה עכ"ל והביאו בעל הטור סימן קנ"ה. (הרמב"ם ז"ל חולק על סברא דלעיל) ובודאי שהרמב"ם חולק על זה שכתב שתי שערות צריכות שיהיו במקום הערוה וצריכות להיות במקום אחד ושיהא בעיקרן גומות הרי שחולק על בעל התרומות שהרמב"ם פסק כרבנן ובעל התרומת פוסק כרבי שמעון וכבר חלקו עליו גדולי ההוראה וכתבו הרמב"ן והרשב"א כהרמב"ם אם כן החומרא שמחמיר בעל התרומות ונותן טעם שמא הביאה אחת בגבה וכו' דחו ליה שאין ראוי לחוש לכך ובנדון זה שאין מי שיאמר שהיא בת שנים עשר כי אם על פי אחי' ואמה שאומרים שהיא בת אחד עשר יכולה למאן אחר שאין בה שום סימן.

ואם בעל התרומת חשש בזמן הזה הוא בשאנו יודעים שהיא בת שנים עשר שנים גמורות בודאי אז חושש בזמן הזה וכתב שראוי לחוש אבל בענין זה שאין מי שמכחישתו לומר שהיא בת שנים עשר כיון שהם מעמיד' בחזקת קטנה כיון שאין בה שום סימן יכולה למאן ובפרט במה שכתב הרמב"ם שאפילו עד שתהי' בת עשרים פחות שלשים יום אם לא נראו לה סימני איילונית עדיין קטנה היא עד שתביא שתי שערות או עד שתהי' בת חמש ושלשים שנה. (אם נראו לה סימני איילונית יכול' למאן כיון שאין בה שתי שערות) הנה אין ספק לדברי הרמב"ם ושאר הפוסקים שיכולה למאן אם נראו בה סימני אילונית כיון שאין בה שתי שערות ולא חששו לדברי בעל התרומות ולא לטעמו אלא אפילו לדעת בעל התרומות בנדון זה היא קטנה גמורה שניכרת במציאותה הגם שאומרים שהיא בת אחד עשר שנים אינם נאמנים מאחר שאין ידועה שהיא בת שנים עשר ואין לה סימנים היא קטנה ויכולה למאן ולומר אי איפשי בו ויכתבו גט מיאון השנים שמיאנה בפניהם ואינו כי אם מעשה בית דין שאין בו דיני הגט כי אם מעשה בית דין כהרמב"ם פרק י"א מהלכות גירושין נוסח לשון המיאון ובטור סימן קנ"ה ושם ביארו הנוסח ומשפטו ובודאי כי באי ג"יפרי יש שם איז' ספר הרמב"ם או הטור יעיינו שם נוסח המיאון ויפטרו הבת אם אינ' לבה עמו הצעיר משה גלאנטי נר"ו: וחתם עמו החכם השלם הרב כמהר"ר שם טוב עטיאש נר"ו להסכים להתירה: אי ג"יפרי.

סימן מא

שאלה בהיות שהיה בלימיסו אשה אחת עם בת קטנה מי"א שנים אע"פ אחיה ואמה שיש לנערה הנזכרת פה ניקוש"יאה באי' ג"יפרי אח מאב גדול כמו במקום אביה והלך אדם אחד מפה ניקוש"יאה שלא ברצון אחי הנערה הנז' ועשה אגרת אחד מזויפת באומרו שאחי הנערה היה רצונו שיקח את אחותו לאשה והראה אגרת בלימיסו לאם הנערה הנז' ועל דבר האגרת הנז' נתרצתה האשה הנז' וקדש האיש הנז' את בתה הנז' וכששמע אחי הנערה הדבר שקדשו לאחותו מאד רע בעיניו וחרה לו עד מאד ושלח בכח השררה להביא את אחותו הנז' מלימיסו פה ניקוש"יאה ובאה עם אמה ולהורות אחי הנערה שהוא אמת ויציב שהיא קטנה מאחד עשר שנים כנזכר עשה בית דין ושמעו הדבר ובחרו נשים כשרות ונאמנות ושלחו אותן שיבדקו את הנערה הנזכרת לראות אם היא קטנה כמו שאמרו אחיה ואמה והלכו הנשי' הנז' על פי בית דין ובדקו לנערה הנז' ותבאנה לפני בית דין והעידו עדות נאמנה ואמרו שלא מצאו לה שתי שערות ולא שום סימן אחר באופן שהוא קטנה עדיין בלי שום ספק וכתבו וחתמו ב"ד הקבלת עדות ונתנו אותו ביד אחי הנערה להיות בידו לזכות ולראיה עתה רבינו אתאנו לחלות פני כ"ת שתשיבו לנו תשובת הדבר אם תופסים הקדושין בהיותה קטנ' כנ"ל אם לאו ועל פיכם אנו חיים ושלום.

תשובה ראיתי דברי החכמים השלמים המובהקים נר"ו שכתבו להקל בנ"ד לומר דספיקא דרבנן היא דקדושי קטנה דרבנן ומיהו מתוך לשון השאלה מוכח שיתומ' זו אינה מוחזקת בקטנה אלא על פי אמה ואחיה שאומרים שהיתה בת אחד עשר שנה. (אין נשים נאמנות במנין השנים) מילתא דפשיטא שאין הנשים נאמנות במנין השנים כל שכן אמה ואחיה (אפי' יש ספק של תורה דלא הוחזקה קטנה ע"י עדים כשרים איפשר דהואיל ובחזקת קטנה היא עומדת העמידנה על חזקתה שקטנה היא ותמאן דמדאורייתא אוקי מלתא אחזקתיה אפילו להקל) כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק שני דהלכות אישות ומאחר שאין סמך על דברי אמה ואחיה הרי יש כאן ספק איסורא דאורייתא שאם גדולה היא תפסו בה קידושין מן התורה ויש לדון שאפילו יש כאן ספק של תורה הואיל ויתומה זאת בחזקת קטנה היתה עומדת העמידנה על חזקתה שקטנה היא ותמאן דמדאוריית' אוקי מלתא חזקתיה אפילו להקל בשל תורה כדמוכח בסוגיא דפ"ק דחולין ותדע דחזקת קטנות חזקה היא דבפרק אלמנה לכ"ג גבי הא דתנן אלו פוסלין ולא מאכילין העובר והיבם והארוסין והחרש ובן תשעה שנים ויום אחד ומסיים סיפא דמתניתין וספק בן תשעה פי' דגם הוא פוסל ואינו מאכיל והקשו התוספו' ונימא

אוקמיה אחזקתיה שהיה קטן מקודם ואוקי אתתא בחזקת כשרות והוצרכו לתרץ שם בסוף דבריהם דהתם מיירי כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן תשעה ותו ליכא למימר אוקמיה אחזקתיה דחזקה קמייתא איתרע לה: אלמא משמע דאי לאו משום דהשתא הוא ודאי בן תשעה הוה מוקמינן אחזקת קטן שהיה מקודם ועוד בפרק בתרא דקדושין גבי קדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקדושי שניהם ואמרי אלימא בתוך שיתא בהא נימא רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרה כלומר ועד השתא אוקמה אחזקת' ועוד אמרינן התם בסמוך אמר לך רב אנא דאמרי כרבי יעקב ע"כ לא אמר רבי יעקב התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו הכא מי נימא העמד הגוף על חזקתו ופירשו התוספות דכיון דביומא דמשל' בהו שיתא מיירי היום עשו להשתנות ולית לה חזקה דנערות ע"כ משמע הא לאו הכי הוה מוקמינן לה אחזקת נערות כמו שהיתה מקודם. (חזקה קטנות לאו חזקה היא להעמיד' בחזקת קטנה כמו שהיתה מקודם דכי אמרינן אוקי מילתא בחזקתיה היינו בדבר שמצוי לעמוד באותה חזקה אבל חזקת קטנות כיון דכל יומא גדלה ואתאי אינה חזקה)

ומיהו נראה דחזקת קטנות לאו חזקה היא להעמידה בחזקת קטנה כמו שהיתה מקודם דכי אמרינן אוקי מילתא אחזקתיה היינו בדבר שמצוי לעמוד באותה חזקה אבל חזקת קטנות אינה חזקה דהא כל יומא גדלה ואתאי והיאך נאמר העמידנה על חזקתה אטו לעולם תשב כך קטנה וכיון דסוף חזקה זו שתסת' שתגדל הנערה ותהיה בחזקת גדולה משבאה לכלל שנותיה אין זו חזקה ועדיפא מינה אמרינן בריש נדה והלל כי אמרי' העמ' דבר על חזקתו היכא דלית ליה ריעותא מגופא אבל אתתא כיון דמגופא קא חזייא לא אמרי' אוקמה אחזקתה ופיר' רש"י ז"ל כיון דמגופא קאחזייא מועדת ועלולה היא לכך אין לה חזקת טהרה ע"כ ובלשון הזה כתבו רבינו ישעיה מטראני ז"ל כיון שרגיל' היא לראו' אתרע חזקת טהרה. ואע"ג דבמעת לעת שבנדה לא מטמאי לה אלא לקדש אבל לא לחולין ולא לתרומה לאו היינו משום דמוקמינן אחזקה אלא כדכתבו התוס' בריש מכילתין דלא ילפינן מסוטה לטמאה למפרע מאחר דבאותה שעה עדיין לא היה שם שום ספק טומאה לא מטמאינן לה למפרע וכן כתבו התוספו' לקמן דף ז' גבי הא דקאמר הנח מעת לעת דרבנן ומהאי טעמא נמי אמרינן דמעת לעת שבנדה לית בה דררא דטומאה ומשום הכי לא תני לה גבי מעלות דפ' חומר בקודש כמ"ש התוספות שם ומ"מ מלשון הגמ' דקאמר כי אמרינן העמד דבר על חזקתו היכא דליכא ריעותא וכו' משמע דבכל חזקות דבעלמא היכא דעשויה להתבטל אינה חזקה. ודמי קצת להא דאמרי' בפרק

בתרא דנזיר אהא דתנן חזקת טמא טמא חזקת טהור טהור ואמר רב המנונא התם נזיר ועושה פסח שהלכו בקבר התהו' בשביעי שלהם טהורים ואמר ליה רבא מודינא לך בעושה פסח דלא מחוסר כלום אמר ליה אביי והא מחוסר הערב שמש א"ל שמשא ממילא ערבא. (מקוה שהיה רגיל להיות מימיו מתרבין ונפחתין לפחו' מארבעים סאה שאין לסמוך על חזקתו הראשון) ומצאתי להר"ן ז"ל בתשובה ע"ג על מקוה שהיה רגיל להיות מימיו מתרבין ונפחתין לפחות מארבעים סאה שאין לסמוך על חזקתו הראשונה שהיה שלם ואפי' שנמדד עכשיו ונמצ' שלם ודקדק כן מההי' (קדושין ע"ט) דהוא או' ש"מ היה ע"ש מוכח להדיא דכל חזקה שרגילות הוא להשתנות אינה חזקה כ"ש חזקת קטנות שבכל יום ויום היא גדלה לעינינו אין לה חזקה כלל. (פלפול בדברי התוספות ז"ל ביבמות) ודברי התוספות דיבמות צריך לעמוד עליהם דבודאי כפי הנראה מדבריהם קשיא טובא דהיאך העמידו משנתינו כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן ט' שאע"פ שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן לה אחזקה קמיית' דהא בריש נדה מוכח דבכל חזקת הגוף מוקמי' לעולם אחזקה קמייתא אע"ג דאתרע לה השת' דמייתי לה להיא דמקוה שנמדד ונמצא חס' כל טהרו' שנעשו על גביו למפרע טמאות ופריך מינה למתני' דנדה ומסיק התם איכא תרתי לריעותא פי' גבי מקוה אע"ג דאיכא למימר העמד מקוה בחזקת שלם כמו שהיה הרי חסר לפניך ועוד אדרבא העמד טמא על חזקתו אלמא אי לאו טעמא דהעמד טמא על חזקתו הוה מוקמינן מקוה אחזקתי' אע"ג דהרי הוא חסר לפניך ובפ' בכל מערבין נמי תנן תרומה ונטמאת משחשיכה הרי זה עירוב ואם ספק ה"ז ספק עירוב ומפ' בגמ' משום דאוקי תרומה אחזקתה אע"ג דהשתא ודאי היא טמאה לפנינו וכך העלו בגמ' בפ"ק דחולין וסוגיא דפרק עשרה יוחסין דלעולם אזלינן בתר חזקה קמייתא אי לאו היכא דאיכא תרתי לריעותא ובתוספת' דטהרות פ"ה אברייתא דנגע באחד ואינו יודע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת דמייתי לה בגמרא בריש נדה ותני' לה בתוספתא ומודים חכמים לר' מאיר בראוהו חי מבערב שהוא טהור והיינו משום דמוקמינן לה בחזקת קמייתא שהיה חי אף על גב דהרי הוא מת לפנינו והיאך כתבו התוספות דמשום דהשתא הוא בן תשעה אתרע לה חזקה קמייתא הילכך נראה שאין עיקר קושית התוס' שם מטעם חזקה דקטנות דהא לאו חזקה היא כדפרישית אלא עיקר קושייתם דנימא אוקי אתתא בחזקת כשרות וכיון דמספק אתה בא לפסל' אל תפסלנה מספק: ומיהו לזה יש לומר דכיון דודאי בא עליה אתרע לה חזקתה דכשרות דומיא דספק קדושין דתנן בפרק החולץ ספק קרוב לו ספק קרוב לה זו היא ספק קידושין וחולצת ולא מתיבמת דכיון דודאי קדושין היו שם אלא שספק אם חלו ספ' לא חלו לא

מוקמינן לה אחזק' פנויה דחזק' פנויה אתרע לה כיון שראינו לפנינו שזרק לה קדושין אף כאן כיון שודאי בא עליה אתרע לה חזקה לזה כתבו התוספות דאין שום ריעותא בבעילה כיון שעדיין לא הוחזק זה בגדול ולעולם בחזק' קטן היה ולא דמי לספק קדושין דמשעה שזרק לה קדושין והדבר מסופק אם קרוב לו או קרוב לה אתרע חזקה דפנויה ותרצו דהתם מיירי כגון שעכשיו הוא ודאי בן תשעה דחזקת קמייתא אתרע לה ואזלינן בתר השתא שהוא ודאי בן תשעה הילכך כיון דודאי בעל איתרע לה חזקת כשרות ותו ליכא למימר אוקמא אחזקתה דחזקת כשרות לאו חזקה אלימתא היא כמו חזקת הגוף דכל חזקה דהיא תלויה בדינא לאו חזקת הגוף מיקרי ובפרק המדיר אמרינן לא תימא רבי יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופה וכו' וכתבו שם התוספות דאזלינן בתר חזקת הגוף אף על גב דאיכא חזקה אחרת כנגדה דהעמידנה בחזקת פנויה אלמא חזקת הגוף עדיף טפי כך נ"ל דברים מוכרחים בדברי התוספות כי היכי דלא להוו מרפסן איגרי וכההיא דפרק בתרא דקדושין דבעי תלמוד' למימר דאי לאו דמיירי ביומא דמשלם להו שיתא הוה מוקמינן לה אחזקתה משום שכל אותם ששה חדשים בחזקת נערה היא עומדת עד שיודע לך בברור שהביאה סימני בגרות אבל זו שנסתפקו במספר שנותיה לא אוקמה בחזקת קטנה שכשם שהיתה מקודם כך היא עכשיו שאין זו חזקה לפי שכל יומא גדלה ואתאי כדפי'. (בקטנה לא אמרי' העמידנה בחזקת פנויה דמ"מ לכל הפחות קדושי דרבנן אית עלה אלא דבאת להפקיעה במיאון וא"כ הא ודאי אית עלה ספק איסורא ואתה בא מספק להתירה ואל תתירנה שהרי יש כאן ספק של תורה)

ומעתה בנדון שלפנינו כיון דליכא למימר אוקמה בחזקת קטנה כדפי' וגם אין לומר העמידנה בחזקת פנויה דמכל מקום לכל הפחות קדושי רבנן אית עלה אלא שבאת להפקיעה במיאון הא ודאי אית עלה חזקת אסורא ומספק אתה בא להתירה במיאון אל תתירנה מספק שהרי יש כאן ספק של תורה דשמא כשקדשה כבר היתה גדולה וחיילי בה קדושין ומדאורייתא הילכך נרא' דיש להחמיר בזו להצריכ' גט משני צדדים חדא דבזה לא יהיו נאמנות הנשים להעיד על השערות דלעולם נשים אינה נאמנו' להקל באיסור' דאוריי' אי לאו מטע' דסמכי' אחזק' דרבא דאמר משבא' לכלל שנותי' חזקה הביאה להכי כי אמרי הביאה סימנין ותחלוץ מהימנינן להו וכך כתבה הרי"ף ז"ל בפ' בית שמאי אחר שביאר ואמר דהך דרבא הילכתא היא אמר הילכך נבדקות ע"פ נשים דסמכינן אחזקה דרבא. (לאחר הפ' דאיכא חזקה דרבא סמכינן אנשים תוך הפרק דליכא חזקה דרבא לא סמכינן אנשים ולא בדקי נשים)

והך מילתא מוכחא מתוך שמעתין דפ' בא סימן דקתני רבי יהודה אומר לפני הפרק ולאחר הפרק נשים בודקות אותם תוך הפרק אין נשים בודקות אותם שאין משיאין ספקות ע"פ נשים ומפ' בגמ' לאחר הפרק דאיכא חזקה דרבא סמכינן אנשים ובדקי נשים תוך הפרק דליכא חזקה דרבא לא סמכינן אנשים ולא בדקי נשים וקי"ל דר' יהודה ור' שמעון הלכה כר' יהודה כמו שכתב הרב אלפסי ז"ל ולא קי"ל כר"ש אלא בהא דבתוך זמן כלפני זמן גרידא דאע"ג דר' יהודה ס"ל תוך זמן כלאחר זמן לא קי"ל כוותיה בהא אלא שאפי' נראו בה סימנין בתוך י"ב שומא בעלמא הוא. (קי"ל חזקה משבאה לכלל שנים שהביאה סימנין) אבל הך מילתא דס"ל לר' יהודה כוותיה דרבא דאמר חזקה משבאה לכלל שנים שהביאה סימנין קי"ל כוותיה ונלמוד מדבריו שאין משיאין ספקות על פי נשים אלא היכא דאיכא חזקה דרבא דלאו הא בהא תליא כמו שכתב הרב אלפסי ז"ל לענין שנפסוק הלכה כדרבא אף אנו נאמר דאף בזו שאמר אין משיאין ספקות ע"פ נשים קי"ל כוותיה כ"ש דבהא אפילו רבי שמעון לא פליג עליה לומר שמשיאין ספקות ע"פ נשים. והא דקאמר אף תוך הפרק נשים בודקות אותם היינו משום דס"ל דתוך זמן כלפני זמן ושומא בעלמא ולא בדקי אלא דאי משתכחי לאחר הפרק שומא בעלמא הוא ואפילו ללישנא בתרא דאמר דר"ש לית ליה חזקה דרבא הא מש"ה אמר נאמנת אשה להחמיר אבל לא להקל וכיון שכן ודאי שאין נשים נאמנות להשיא ספקות על פיהן כל שאין כאן חזקה דרבא. (לשון קשה על הרמ"ך בפ"ב מה' אישות בכסף משנה) וראיתי להר"ם הכהן בפרק שני דה' אישות הובאה בכסף משנה על מה שכתב הרמב"ם ז"ל נשים בודקין את הבת בין בתוך הזמן בין לאחר הזמן בודקין על פי נשים וכו' כתב לא נהירא שיהיו הנשים נאמנות תוך הזמן דרבי יהודה ורבי שמעון הלכה כרבי יהודה דהתורה לא האמינה אשה לעדות אבל לאחר זמן כיון דמסייע ליה חזקה דרבא האשה נאמנת וכן פסק הרי"ף וצ"ע מה שפסק זה הרב עכ"ל משמע מדבריו שהר' ז"ל לא משמע ליה הכי דאין אשה נאמנת אלא משום חזקה דרבא. וליתא דודאי ס"ל לרב ז"ל דבמקום דליכא ספיקא דרבא לא מהמני נשים והא דנאמנות תוך הפרק לאו להתירה אלא כמו לפני הפרק דמפרש בגמרא דבדקינן דאי משתכחי לאחר הפרק שומא בעלמא הוא. דהא ודאי קי"ל במסקנא דס"פ יוצא דופן דתוך זמן כלפני זמן דמאן דהוה בעי למימר תוך זמן כלאחר זמן הא איתותב הילכך לא קי"ל כר' יהודה בהא. ומ"ש שכן פסק הרי"ף ז"ל ודאי דאגב שיטפיה לא דק בדבריו שלא פסק הרי"ף ז"ל כר' יהודה אלא בהא דאית ליה חזקה דרבא אבל לענין תוך זמן הא מוכחא סוגיא דפ' יוצא דופן דכלפני זמן הוא ולאו סימנין נינהו ואי קשיא לך ובלא חזק' דרבא אמאי לא מהמני להו לנשים כי היכי דמהימני להו בעדות אשה

כדאמרינן בהאשה שלום מטעמא דמלתא דעבידא לגלויי הוא וה"נ עבידא לגלויי הוא דאפשר למיקם עלה דמלתא על ידי נשים אחרות ואע"ג דקצת יש לחלק דלעולם התם עד סוף מאה שנה אפשר להתברר אם יבוא חי לפנינו אבל הכא אם יעברו ימים מועטין אין כאן בירור שיאמרו עכשיו באו לה סימנין או עכשיו נשרו מ"מ מצד אחר הך עדיפא משום דהשתא בשעה זו יכול להתברר ואפשר למיק' עלה דמלתא ויודע השקר לעין כל משא"כ בעדות אשה. ונהי דלהראב"ד ז"ל ליכא לאקשוי' דאיהו ס"ל דהתם איכא נמי טעמא דאיהי גופא דייקא ומנסבא כדאמרינן בגמרא וכמ"ש בסוף ה' גירושין אבל להרמב"ם ז"ל שלא נתן טעם לדבר אלא הך טעמא דמילתא דעבידא לגלוי' היא קשה. וגם מדברי הרי"ף ז"ל בפ' האשה שלו' נמי מוכח דלא סמכינן אלא אטעמא דמילתא דעבידא לאגלויי גרידתא גבי בעיין דעד א' במלחמה דמבעיא לן מהו טעמא דעד אחד משום מילתא דעבידא לאגלויי הוא ולא משקר הכא נמי לא משקר או דילמא טעמא דעד אחד משום דהיא גופא דייקא ומנסב' והכא זימנין דסניא ליה ולא דייקא ומפרש לה הרב אלפסי בדאמר קברתיו ופשיט לה ז"ל מההוא דטבע בדגלת דאמרינן התם ואסיקנהו וחזונהי לאלתר ושרינן לה על פי נשים והוא הדין עד אחד אלא פשיטא לן דמטעמא משום מילתא דעבידא לאגלויי הוא הכא נמי בלא חזקה דרבא נהמנינהו לנשים מהך טעמא. ויש לומר דמכל מקום אע"ג דהתם מהימניה לאשה ועבד בלא טעמא דדיוקא דרבא מכל מקום איכא טעמא אחרינא דמסייע בהדה והיינו עגונא דאתתא שלא תתעגן כל ימיה אלמנות חיו' ולכך הקלו בה חכמי' מההיא טעמא דעבידא לאגלויי ותדע לך מדאמרינן בהאש' רבה גבי איש שאינו נאמן על אשתו לומר שמתה לישא את אחותה ואמרינן בשלמא גבי אשה משום עגונ' הקלו בה רבנן וכן כתבה הרמב"ם בפ"ג מה' יבום וחליצה אלמא עיקר מאי דסמכי' בעדות אשה היינו משום עגונא. הא נתבאר דבמקום דליכא טעמא דעגונא כגון באשתו לישא את אחות' בעינן עדות מעליא ולא סמכינן אטעמא דעבידא לאגלויי גרידתא א"כ מאחר שאין כאן חזקה דרבא לא סמכינן אנשים כלל לישא ספקות על פיהן וכיון שכן כאן שאין שנותיה ידועות לא מהימני נשים להקל בשל תורה לומר שלא הביאה. ועוד מצד אחר יש להחמיר בה אפי' אם נבדקה יפה ע"פ אנשים אין לחוש אם לא מצאו לה סימנין דכיון דספיקא דאורייתא היא אזלינן בה להחמיר וחיישינן שמא נשרו דהא אפסיקא הלכתא בפ' יוצא דופן והביאה הרב אלפסי ז"ל פ' ב"ש הלכתא חוששין שמא נשרו וה"מ דקדיש תוך זמן ובא עליה לאחר זמן דאיכא ספקא דאורייתא אבל מעיקרא לא ופרש"י מעיקרא דלאו קדושין גמורין דאין מעשה קטנה כלום הילכך מספקא לא מחמרינן עלה וכו' ובנדון שלפנינו כיון שאין

שנות היתומה ידועין אצלינו הרי יש כאן ספיקא דאורייתא דשמא בשעת קדושין היתה גדולה ואין ראיה שלא מצאו שערות דאימור נשרו. (היכא דנסתפקנו במספ' שנותי' אפילו אם נבדקה) וראיתי להרשב"א ז"ל בתשו' אלף רי"ו בכלל דבריו שם וז"ל הילכך אשה זו כיון שנסתפקו במספר שנותיה אנו חוששין שמא הגיע לכלל שנים ומקודשת דבר תורה ואם נבדקה ולא מצאו לה סימנין אנו חוששין שמא נשרו וכדרבא וכו' אלא שיש להתישב כאן לפי שיש בזה ספק ספיקא ספק אם באה לכלל שנים ספק לא באה ואת"ל הגיעה לכלל שנים ספק הביאה סימנים ונשרו ספק לא הביאה וכל ספק ספיקא אפילו בשל תורה אזלינן לקולא ואפ"ה איני רואה בזה להקל כי יש עוד להתישב בדבר עכ"ל. ונ"ל הטעם שאמר כי לא ראה בוה להקל דאין מקום לומר כאן ספק ספקא דאת"ל דבאה לכלל שנים שוב אין להסתפק ולומר שמא נשרו דחזקה אלימתא היא דמשבאה לכלל שנותיה הביאה סימנין כדאמר רבא ולא אמרינן דלא חיישינן לנשרו אלא להחמיר בשל תורה בחליצה אפילו בספק הרחוק אע"ג דאיכא חזקה דרבא אבל לעולם חזקה גדולה היא שהביאה ואין כאן אלא ספק א' ספק באה לכלל שנים ספק לא באה דבכמה מקומות מצינו שסמכו על החזקה להקל אפילו בשל תורה כדאמרינן חזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן ועוד אמרי' חזקה אין ב"ד של כהנים עומדין משם עד שיכלו כל מעות שבשופר וגם אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו בפ' בכל מערבין וכן בכמ' דוכתי אף כאן כיון דאמרי' משבאה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנין אין כאן ספק דטפי איכא למימר שהביאה ונשרו דשכיח טפי ממה שנאמ' שלא הביא' דאין רגילות שלא תביא ובפ"ק דפסחים אמרי' גבי שפחתו של מציק שהטיל' נפל לבור שבא מעשה לפני חכמים וכו' וטהרוהו מפני שחולד' וברדלס מצויין שם וכתבו התוס' דגררוה ואכלוהו הוי ספק הרגיל ולכך התירו לכתחילה ובפ"ק דחולין נמי אמרי' שחט בסכין ושבר בה עצמו' ונמצא' פגום' אמר רב חסד' עצ' ודאי פוגם עור ס' פוג' אין ספק מוצי' מידי ודאי ומכשיר לכתחלה אע"ג דספק הוא שמא בעור נפגמה כיון שיש סברא יותר לתלו' בעצם לא נתלה בעור א"כ מסתבר טפי לומר כיון שבאה לכלל שנותיה דודאי הביאה ונשרו ממה שנאמר עדין לא הביאה ולא נשאר כאן אלא ספק א' ספק באה לכלל שנים ספק לא באה. והא דבודקין למיאונין בקדושין דרבנן ולא אמרינן חזקה הביאה סימנין התם לאו משום דלא חיישינן לחזקה דרבא אלא כיון דרבנן הם שתקנו קדושין ביתומה קטנה הם עצמם אמרו שתמאן כל שלא הביאה שתי שערות לפנינו ומעיקרא הכי תקון והם אמרו והם אמרו.

ועוד יש טעם אחר בלא חזקה דרבא דאין זה נחשב לספק ספקא דעל ידי שני דברים אלו נעשית גדולה ע"י שנים וסימנין וכשאנו מסופקים בה כך אנו אומרים ספק קטנה היא ספק גדולה כגון על ידי שנים וסימני וכולה חדא ספקא היא ועדיפא מינה מוכח בפ"ק דכתובות בשמעת' דפתח פתוח דקאמר ואב"א באשת ישראל שקבל אביה קדושיה פחות מבת ג' שנים כי אמר פתח פחות מצאתי נאמן לאוסרה עליו. והקשו בתוס' אכתי איכא ס"ס ספק באונס ספק ברצון ואת"ל ברצון ספק כשהיא קטנה נבעלה ופתוי קטנה אונס הוא כדאמרינן בהבא על יבמתו די"ל דשם אונס חד הוא ע"כ הרי שם שאעפ"י שאי איפשר לה לאשה זו שתאסר אלא בשני דברים שתהא גדולה ותהא ברצון שאם היתה גדולה באונס או קטנה אפי' ברצון אינה נאסרת ומ"מ אסרינן לה מספק דשם אונס חד הוא וחד ספיקא הוא ספק באונס ספק ברצון אף כאן אע"פ שאינ' מוחזק' בגדולה אלא ע"י שנים וסימנין חד ספיקא הוא ספק קטנה ספק גדולה' ולא תימא דלא חיישי' לשמא נשרו אלא כשבאה לכלל שנים בודאי דסמכינ אחזקא דרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה דחזק' הביאה סימנין הילכך אמרינן אע"ג דלא אשכחינן לה חוששין שמא נשרו מספק אבל כגון זה שנסתפקו במספר שנותיה דליכא חזקה דרבא כי לא אשכחן לא חיישינן שמא נשרו מספק דכל שהיא ספק של תורה חיישינן אפי' לספק הרחוק להחמיר כ"ש דעשויין הם להנשר ע"י סם או ע"י מרחץ אי נמי חיישי' שהיא עצמה תסירם ע"י סם לאפקועי עצמה במיאון וכל היכא דאיכא למיחש בשל תורה חיישי' ולזה כתב הרשב"א ז"ל ואיני רואה בזה להקל ואם אביהן של ישראל לא ראה להקל אנו מה כחנו מה גבורתינו כי נקל בדבר ערוה החמורה חלילה לנו. ויש ללמוד כן בבירור מדברי הרי"ף ז"ל בפ' בית שמאי כשבא להוכיח בההיא דרבא הלכתא היא דמשבאה לכלל שנים אינה צריכה בדיקה הוקשה לו ההיא דאמר שמואל בודקין למיאונין היכי משכחת לה אי קודם זמן ותוך זמן הא קיימא לן דשומא נינהו ולא עבדינן בהו עובדא ואי לאחר זמן הא אמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה ואע"ג דבדקינן ולא אשכחינן בה מידי אפסיקא הלכתא חוששין שמא נשרו א"כ הא דבודקין למיאונין היכי משכחת לה ונתקשה הרי"ף ז"ל בקושיא הזאת הרבה להעמידה וגם רבינו חננאל מתוך זה רצה להוכיח דהא דרבא לאו הלכתא היא וזהו חד מרבוותא שהזכיר הריף ז"ל לשם. והשתא את"ל דלא אמרינן שמא נשרו אלא דווקא משום דסמכינן אחזקה דרבא א"כ מה חרד עלינו הרב ז"ל כל החרדה הזאת לומר הא דשמואל היכי משכחת לה דמשכחת לה שפיר כשנסתפקו במספ' שנותיה ואין אנו יודעין אם גדולה היא או קטנה בודקין אותה ואם לא מצאו בה סימנין מסתמא קטנה

היא ותמאן ומשכח' לה ההיא דשמואל אף בספק של תורה וכשבעל לאחר מכאן או כגון זו שהיא ספק גדולה ספק קטנה ולמה הוצרך הרב להעמידה בספיקא דרבנן דאי לא אשכחי' שתי שערות לא חיישינן שמא נשרו דכיון דנשואי דרבנן אינון אזלי' בהו לקולא. הרי מוכח להדיא מדברי הרב ז"ל דלעולם חיישינן שמא נשרו אם לא היכא דליכא אלא ספיקא דרבנן דאז לא תלינן להחמיר. ומצינו למדין שבנדון שלפנינו איכא למיחש בה תרתי חדא שמא הביאה סימנין ונשרו ועוד שאין בדיקת נשים מוציאתה מאיסור תורה כמו שהוכחתי מדברי הרי"ף ז"ל והוא ברחמיו יצילנו משגיאות ויאיר עינינו במאור תורתו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראנ"י זלה"ה.

סימן מב

מה שכתב הרב המובהק מהר"י קארו ז"ל.

(פסק מהרי"ק לחייב פירות הגוי' הגדלי' בא"י לנהוג דיני שביעי' סותר הראיות שהביא הרב המבי"ט ז"ל לפטור): שאלה זה לי עשרים שנה ראיתי מה שכתב החכם כהר' שלמה שריליו ז"ל לנהוג דיני שביעית בפירות הגוים הגדלים בארץ ודחיתי ראיותיו ועתה ראיתי מה שכ' הרב כהר' משה מטראני נר"ו לפטור בשביעית ממעשרות גידולי שנת השמטה בקרק' גוי ולקחה ישראל ממנו קודם מירוח ומירחם וטען ראשונה כי מן התורה אין בשנת השמטה חייוב במעשרות.

ואני אומר כי מה שהוא סבור שהוא עקשות הוא היושר כי לא נפטרו פירות שביעית ממעשרות אלא מטעם ההפקר וכל שאינו מופק' לא נפטר ממעשרות ומה שטען אטו ישראל שגדל כרמו ולא הפקירו וכו' י"ל שזהו כמודיע הדבר בסתו' ממנו דאיכא למימר בזה דכה"ג שהי' חייב אע"ג דרחמנא אפקרא ואפילו את"ל דפטורה איכא למימר שאני התם דרחמנ' אפקרא מה שאין כן בשל גוי.

ומה שכתב שמצא און לו ממשנה ובריית'א ותוספ' וירושלמי אני אומר כי אין משם ראי' כי מה שהביא ממשנה דמסכ' ידי' בפלוגתא דר"ט ור' אלעזר בן עזריא בעמון ומואב מה הם מעשרין בשביעי' ולמה לא למד אחד מהם ממעשרות א"י בשנת השמטה מהלקוח מהגוי בלי מרוח שהוא מעשר שני או מעשר עני.

כבר הרגיש הוא עצמו בחולשת ראיה זו וכתב וכי תימא דלא יליף אלא עמון ומואב בקרקע ישראל וכו' וחזר ואמר הא לפחות הויא סיעתא כל דהו לחד מינייהו. זה ממה שיקל תרוצו דמה להם להביא ראיה כל דהו במקו' שיכולי' להביא ראיה גמור' ועוד י"ל דכשם שחלקו בעמון ומואב כך נחלקו בלקוח מן עכו"ם בארץ בלי מירוח אם יפרישו מעשר שני או מעשר עני וכיון שזו בכלל מחלוקותו היאך יביאו ראי' ממנ'.

ועוד שבאותו זמן היתה א"י מיושבת מישראל ולא היו בה גוים כי אם מעט ולא היו ישראל צריך ליקח מן העכו"ם וכיון דהויא מילתא דלא שכיחא לא שייך ביה מנהג והיאך יביאו ראיה ממנו: ומה שהביא ראיה מברייתא דשל עזקה הם וכו' יש לדחות דהיינו לומר דאם היה נאמן הוה חיישינן שמא פירות ישראל ביד גוי הם ומה שטען כנגד זה אמאי קאמר דלא אמר כלום משום דלא נתכוון אלא להשביח את מקחו נימא דאמר כלום ונאמן אלא דלא חיישינן שהם של ישראל בידו י"ל דעדיפא מינה קאמר לעקור דבריו מעיקרן ואין לו נאמנות כלל דלהשביח את מקחו הוא מכוון.

ומה שהביא מתוספתא דאהלות איכא לאוקמה בפירות ישראל ביד גוים. ומה שהביא מירושלמי בשביעית מהו לטחון עם עכו"ם בשביעית ההיא נמי איכא לאוקמי בפירות ישראל ביד עכו"ם. ומה שהביא מהרמב"ן פ' בהר סיני ההיא בדרך שמא אמרה ובתחילה כת' דבעיר שרוב' ישראל מיירי דחיישי' שמא הוא אריס לישראל וכו' או חוששין שמא משל ישראל לקט וכו' משמע שמה שהוא ז"ל סובר ונוטה אליו יותר דלא נהגה שביעי' בשל עכו"ם ובדרך שמא כתב שאין קנין עכו"ם בארץ להפקיע משביעי' ומ"ש ועי"ל שאין הרמב"ן ז"ל מסתפק וכו' אין טבע הלשון מוכיח בפירוש. ומה שכתב גם אם הוא מסתפק הרי רש"י ורבותיו ור"ת והרא"ש סברי דאיירי בפירות שגדלו בקרקע של עכו"ם דבר תימה מאי מייתי מרש"י ורבותיו דהא איכא למימר דטעמא משום דחיישי' שמא קרקע של ישראל הוא ומה שהביא מר"ת והרא"ש דאוקמוה בקרקע של עכו"ם איכא למימר דהא הרמב"ם דהוא מריה דארעא פליג כמו שיתבאר.

והרי ספר כפתור ופרח כתב בפשיטות שתרומו' ומעשרות נוהגות בשביעי' בפירות הלקוחים מן הנכרי והרב כהר' משה נר"ו הניח דברי בעל הספר ותפס דברי ההגה שאמרו שמה שהוא אסור מן התורה מפני שבת הארץ וקדושתה לא הופקע בקנין הנכרי וכתב שהוא הלכתא בטעמא ואיני רואה טעם בסברא זו מבזו דאיכא למימר דבמחלוקת שנויה נחלקו דמ"ס יש קנין לנכרי להפקיע משביעית ומ"ס אין לו קנין ואם באנו לדון יותר יש טעם לאומר שיש לו קנין להפקיע משביעית דקרא כתיב והיתה שבת הארץ לכם לכם ולא לעכו"ם.

ועוד שהרמב"ם מפ' שמה שאמרו אין קנין לנכרי בארץ להפקיע מן המצות היינו בענין שאם חזר הישראל ולקחה ממנו דלא מקרי כיבוש יחיד אבל כשהיא ביד נכרי מופקעת היא ומה שפירותיה' חייבים במעשרות אינו אלא בשמרחו ישראל דוקא ומכאן תשובה ג"כ למה שכתב הר' שלמה ז"ל להביא ראי' שפירו' הנכרי חייבים בביעור מדברי הרמב"ם והגאונים ז"ל וכו' עד כ"ש קדוש' הפירו' ואיסורן לאחר הביעו' דהויא דאורייתא

דפשיטא דאין קנין לנכרי בא"י להפקיע מקדושתה לפירות שביעית כדאמרן עכ"ל ונראה שהודה לו הרב ר' משה נר"ו שהרי לא כתב נגדו דבר בזה ועוד שמה שכתוב בהגהה דמה שהוא אסור מן התורה מפני שבת הארץ וקדושת' לא הופקע בקנין נכרי הוא מיוסד על ששבת הארץ וקדושת' הם מן התורה בזמן הזה וזה אינו שהרי כתב הרמב"ם בפ"ט ופ"י דשמטת קרקע בזמן שאין היובל נוהג אינו אלא מדבריהם וא"כ אזדה לה הגהה.

ויש לתמוה על הרב ר' משה נר"ו שעלה בדעתו שדברי בעל הספר לחוד ודברי בעל ההגה' לחוד ואינו כן שדברי בעל ההגה' הם דברי בעל הספר שכתב להשיג על הרמב"ם שכתב נכרי שקנה קרקע בא"י וזרעה פירותיו מותרים שלא גזרו על הספיחים אלא מפני עוברי עבירה והנכרים אינם מצווים על השביעית כדי שנגזור עליהם וכתב עליו וז"ל תימא על זה היאך פירותיו של נכרי מותרים מזה הטעם וכו' עד וסמכו ישראל עליהם הרי מבואר שדברי הגהה זו הם דברי בעל הספר שכ' לתמוה על הרמב"ם ומלשון ההגה מוכח שפתח וכת' תימא אמאי מותרים וזה מבואר שאין לו ענין עם מה שכתב שלא חל עליו חוב שביעית ועל דברי הרמב"ם הו' מתקשר יפה והנני יוסיף להפליא שהרב הר' משה נר"ו בסוף דבריו העתיק דברי בעל הספר שכתב על דברי הרמב"ם ולא שת לבו לזאת שדברי ההגהה הם דברי בעל הספר שכתב להשיג על הרמב"ם ולא עמדו דבריו כמו שנתבאר ומאחר שבעל הספר בעצמו לא סמך על דבריו שכתב ואל הרב ז"ל יש לי להאמין אף על שמאל שהוא ימין היאך נסמוך אנחנו על דברי ההגהה שהם דברי בעל הספר כ"ש שכבר נתבאר שאומר דברים אלו לא חש לקמחי שדבריו מיוסדים ששבת הארץ וקדושתה בזמן הזה הוא מדאורייתא וכיון שכבר נתבאר שדעת הרמב"ם שאינם אלא מדרבנן אין כאן תמיהא.

ומה שהוקשה לו מדקתני לא נאכל ולא נעבד והרב בעצמו פי' שאם תעבור ע"י אחר וכו' אסור לאכול ממה שתוציא יש לומר שאע"פי שבפי' המשנה כתב כן בחבור פ"ד מה' שמטה כבר פרש' דלא נאכל היינו לענין ספיחי' ועוד שמה שכתב בפי' המשנה שאם תעבד ע"י אחר אסור לאכול ממה שתוציא היינו כשאותו אחר הוא ישראל אבל אם הוא נכרי מותר ומ"ש ה"נ וכו' אינה חייבים בשביעית אבל בפירותיה' נוהג שביעית עד אין שום פקפוק בדברי הרמב"ם. ויש לתמוה על דברי בעל הס' שהביא ההיא דפי חלק שהיא מפורשת בדברי רבינו שאכלו ישראל מה שזרעו עכו"ם בשביעית והיאך תמה עליו ועוד יש להביא ראיה לדברי הרמב"ם ז"ל מההיא דירושלמי פ"ט דשביעית ריב"ל הוה מפק' לתלמידיה וכו'.

וממה שמצא בשם רבינו שמשון מבואר שאין ביעור נוהג בפירות שדה גוי שזרעה גוי ומעתה יש לתמוה על שעלה על דעתו לחייבה אפילו היו כמה ראיות אחר שרבינו שמשון מטה להתיר. ואף מי שלא ראה דברי רבינו שמשון מאחר שהרמב"ם מאריה דארעא כת' להתיר היאך יעלה על הדעת לאסור מפני הגהה אחת אף אם היה לה טעם כ"ש שכבר נתבאר ביטולה וגם נתבאר שהיא בעל ס' כפתור ופרח שכתב לתמוה על דברי הרמב"ם וכבר נתבאר ביטול תמיהותיו ועמדו דברי הרמב"ם וכ"ש שהוא עצמו חתם דבריו של דברי הרב יש לו לשמוע והראיו' שהביאו לחייב בביעו' כולם נדחו ואדרבא יש ראיות לפטור וכ"ש במקום שהמנהג פשוט להתיר כי מעולם לא נשמע שום אדם בשום עיר מא"י שנהג ביעור בשביעית הא קיימא לן דבכל מקום שהלכה רופפת בידך הלך אחר המנהג כ"ש במקו' שההלכה מסכמת למנהג כמו שנתבאר.

וכיון שהוא דבר פשוט שהם פטורים מן הביעור היאך ימצא ידיו ורגליו הפוטרה מהמעשרות ואם העלם יעלים עיניו מכל מה שכתוב ויאמר לא כי אלא הם חייבים בביעור ועל כן אני פוטרם מהמעשרות נאמר לו אי אתה נאה מקיים דאנן סהדי שמימיך לא נהגת חיוב ביעור דא"כ קלא הוה לה למילתא וזהו דבר שאין עליו תשובה.

סימן מג

(הורס וסותר דברי מהרי"ק שחייב לנהוג שביעית בפירות הגוים וכוונ' דברי הרב הגדול אביו ז"ל שפטרם) שאלה על גדולי שביעית בקרקע הנכרי מזה כמה הורה אבא מורי הרב זלה"ה משנת הרצ"ב שהם חייבים בכל דיני פירות שביעית ופטורים מן המעשרות וכן היה מורה ובא בכל שנת שביעי' הלכה למעשה והעידו חכמים מזקני הדורות שאע"פ שהרב מהר"י קארו ז"ל היה חוכך להחמיר והיה נוהג להפריש בלא ברכה אח"כ הכריחו אבא מארי ז"ל וחכמים שעמו בפומבי שלא יעשרו כל עיקר דחומרא דאתי לידי קולא הוא שיש בדבר הפסד פירות שביעית ולא היה מי שערער בדבר ועתה הראו לי נוסח פסק שכתב הרב מהר"ר יוסף קארו ז"ל לחלוק על דבריו לחייבם במעשרות ולפוטרם מדיני שביעית וצריך אני לישא וליתן בדבר הואיל והלכ' למעשה הוזקקנו.

ראשונה במה שתפס אבא מארי ז"ל לומר שפיטור המעשרות בשנת השמטה מן התורה הוא שפטרה בשנה זו וכיון שכן מנין לנו לחייב מעשרות בשל נכרי ואמר שאל יתעקש אדם לומר שטעם פיטור המעשר אינו אלא מטעם שהוא מופקר לכל והלקוח מן הנכרי שאינו מופקר יהיה חייב בדין שאר שני' דאטו ישראל שגדר כרמו ולא הפקירה יתחייב במעשרות והשיב על זה הר' מהרי"ק ז"ל כי מה שסבור שהוא עקשו' הוא היושר ואי טעם הפיטור אלא מטעם הפקר וכל שאינו מופקר לא נפטר ממעשרות ואמר שהוא

כמודיע הדבר בסתום ממנו דאנה"נ דגודר כרמו ולא הפקירה חייב ואין דבריו מחוורין אצלי שאין הדבר תלוי בהפק' שלו דבפ' אין בין המודר פרכינן מ"ש דאוכל מן הנוטות דפירי דהפקרא אינון ארעא נמי רחמנא אפקרא אלמא אפקעתא דמלכא היא ואמרי' בפ' המפקיד מ"ש הכא דקרי להו נטושין ומ"ש הכא דקרי להו רטושין נטושין דבע"כ דכתיב והשביעי' תשמטנה ונטשתה אפקעא דמלכא רטושין דמדעתיה דכתי' אם על בנים רוטשה מוכח דפירות שביעית אע"פ שיחזיק בהם ולא יפקירם מופקרים ועומדים הם מגזרת מלך ובפ"ז דכלאים מבעיא לן בירושלמי במסכך גפנו של חבירו ע"ג תבואתו של חבירו ומייתי דשמעי' מן הדא א"ר יוסי מעשה בא' שזרע כרמו בשביעית ובא מעשה לפני ר' עקיבא ואמר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואין הגפן שלו ואין התבואה שלו אלמא אפקעתא דמלכא היא שכל מה שיזרע בקרקע בשביעית רחמנא אפקריה למדנו שאין הדבר כמו שכתב הרב ז"ל שלמד את הדבור בסתום ממנו דאה"נ דאם גדר כרמו ולא הפקירה שהיא חייבת דפשיטא דפטורה היא דרחמנא אפקרא כדהוכחנו מכל הני והא דבפ"ק דר"ה גבי אתרוג בת ששית שנכנס לשביעית דפטור מן המעשר ופטור מן הביעור ופרכי' אמאי פטור בביעו' דאזלינן בתר חנטה תחייב במעשר ומשני יד הכל ממשמשין בה ואת אמרת תחייב במעשר והיינו דוקא בהני אמרי' טעמא דיד הכל ממשמשין בה משום שאין נוהג בה שביעית מן הדין אבל פירות שביעית עצמן אפקעתא דמלכא היא וכן מוכח מדברי רש"י שכתב אדרב המנונא דאמר בת ששית לעולם ששית וחייב במעשר דכיון דשביעי' לא נהגה בה ולאו אפקרא דמלכא היא משמוש יד הכל שבה אינו אלא גזל ואין הפקר כזה פוטר מן המעשר ותניא במכילתא בפרשת משפטים ויתרם תאכל חית השדה למה נאמר לפי שנא' עשר תעשר שומע אני אף פירות שביעית וכו' ת"ל ויתרם תאכל חית השדה אחר שלמדת שחיה אוכלת מן הראוי לה בשביעית שאינו מעושר אף אדם אוכל מן הראוי לו בשביעית שאינו מעושר הא מה ת"ל כן תעשה לכרמך ולזיתיך כענין שאמרנו מוכיח שלא כדברי הרב ז"ל שגזרת הכתוב היא ואי לא קרא ה"א שיעשרו בה אע"פ שהיא הפקר. עוד איתא בסיפרי פרשת ראה יכול אף שנת שביעי' תהא חייבת במעשר ת"ל שנת המעשר שנה שחייבת במעשר יצאה שביעית שאינה חייבת במעשר ע"כ פי' מדכתיב שנת המעשר אלמא יש שנה שאינה חייבת במעשר ואי זו שנה שביעית הרי מוכח להדיא ששנת שביעית פטורה מן המעשר כל עיקר ולא מטעם הפקר וגם הלקוח מן הנכרי שחייב' במעשרו' מ"ה כמו שכ' הרב פ"א מה' תרומות חייב במעשר אף בשביעית הרי היא שנה של מעשר שאין השנה גורמת אלא ההפקר גורם שהרי לוקח מן הנכרי שאינו הפקר חייב מ"ה ומדאצטרי' לן למדרש

קראי בשנת השביעית לפטור מן המעשרות ולא נפ"ל מהיכא דנפ"ל בספרי לענין לקט שכחה ופאה שפטורים מן המעשרות מדכתיב ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך יצא לקט שכחה ופיאה שידך וידו שוין אף פירות שביעית אם מטעם הפקר תיפוק ליה שידך וידו שוין אלמא לאו מטעם הפקר היא ואפילו נאמר שאם ישראל גדר כרמו וכלה ממנו את הרגל שאין אני קורא בו ידך וידו שוין אפ"ה אינו חייב במעשרות ולא תימא דהוי כמפקיר כרמו ועמד והשכים בשחר ובצרו שהוא פטור מן המעשרות דהתם מ"מ בשעה שהפקיר היו יכולים אחרי' לזכות בו דהפקר בעי בפני ג' שיוכלו לזכות בו הילכך באותה שעה קרי' ביה ידך וידו שוין אם מי שגדר את כרמו שלעולם לא היה שום אדם יכול להכנס לשם לא מפטר מובא הלוי אלא מטעם פירות שביעית עצמן וכן בלקוח מן הגוי ויש תימא עליו אף לפי דבריו ז"ל שאמר מטעם הפקר וישראל שגדר כרמו או אסף פירותיו ולא הפקירם שאני התם דרחמנ' אפקרי' א"כ אף של עכו"ם אם מן הדין יש לקרקע שבידו תור' שביעי' מטע' דאין קנין א"כ התם נמי דרחמנא אפקרא והיאך יחלק בעכו"ם מטעם שאינו מן ההפקר כ"ש שנתבא' שאינו מדין הפקר ומעתה שוב לא היינו צריכין לראיה אחר' לפוטרם מן המעשרות אחר שמן התור' אין דין מעשרו' בשנ' השביעית.

ואעבור על הראיות שהביא אבא מארי ז"ל להוכיח שהלקוח מן הגוי יפטר מן המעשרות חדא מאותה ששנינו בפר' בתרא דידים שנחלקו רבי טרפון ור' אליעזר בן עזריא על עמון ומואב מה הם מעשרין בשביעית שר"ט אומר מעשר עני ור"א אומר מעשר שני דמר מדמה להו למצרים שהיא מעשר עני ומר מדמה להו לבבל שהיא מעשר שני ודחאה הרב מהרי"ק ז"ל בדברים ורואה אני אותה ראיה מוכרעת שאם אתה אומר שהלקוח מן הגוי חייב להפרי' מטעם דקרינן דגנך ולא מטעם דאין קנין לגוי דאי מטעמא דאין קנין היו כפיר' שביעית לכל דיניה ופטורים מן המעשרות אלא מטעם שהוא ז"ל סבור שהמירוח של ישראל גורם לו חיוב א"כ למה לא הוכיחו מדיגון של ישראל שהוא מן התורה מעשר שני או מעשר עני דלענין זה אם היה מ"ע או מ"ש אין לחלק משום שהו' לקוח מן העכו"ם. ועוד כיון שיש לדמותו למצרים ויש לדמותו לבבל יוכיח דיגון ישראל בארץ שהוא מן התורה. ועוד דלא ימנע מאי סבירא להו בדיגון ישראל בארץ אי תרוייהו מודו דמעשר עני א"כ מאי קאמר ליה ר' אלעזר אני לא שניתי מסדר השנים טרפון אחי שנה ועליו להביא ראיה ללמד הרי שבארץ עצמה נשתנה סדר השנים והוא שבא לשנו' מדין א"י עליו להביא ראיה ללמד ואי תרוייהו ס"ל מעשר שני מה השיב ר' טרפון לומר שאין ללמוד מבבל שהיא רחוקה ולפיכך לא עשאוה מעש' עני שאין העניים סומכין

עליה אלא ממצרים שהיא קרובה ועשאוה מ"ע כדי שיסמכו עליה עניים אף עמון ומואב כן והלא דיגון של ישראל יוכיח שהו' בא"י עצמה דלא עשאוה מעשר עני מפני תקנת עניים ואין לומר דבהא נמי פליגי מתוך התשובות שהשיבו על הנדון משמע דלא פליגי אלא בעמון ומואב שהם מדרבנן: ועוד שעיקר מחלקותם היה ראוי שיחלקו בזה בפי' שהוא מן התורה וממנה היו למדין לעמון ומואב וכל זה אני כותב לפי שיטתו של הרב ז"ל שתופס לומר שבשנת שביעית יפריש מעשר עני כמו עמון ומואב וכן כתב בטור יו"ד בשם כפתור ופרח ונכרין דבריהם שהם מחייבי' מעשר עני בלקוח מן הנכרי ואין הדבר כן אצלי לפי הטעם שאמרו בבכורו' גבי מעשרן והן שלו משום דאמר ליה אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתועיי דינא בהדיא א"כ גם מטעם זה הוא פטור ממעשר עני ועוד דסתם מעשרן אכולהו מעשרות משמע דמעשרן והן שלו ובמקום אחר כתבתי והארכתי וא"כ למה להם לשנות מסדר השני' דבשלמא בעמון ומואב משום תקנת עניים כדי שיסמכו עליהם בשביעית אבל בלקוח מן הנכרי אי לא מחייב ליתן לעני מטעם דאתינא מכח גברא וכו' ויש להם להיות דינם כבבל שהיא רחוקה ועשאוה מעשר שני ועוד א' מקרא לא ממעיט אלא תרומת מעשר דהכי משמע כי תקחו מאת בני ישראל וכו' והרמות' וכו' והכי תניא טבלים שאתה לוקח מישראל אתה מפריש תרומת מעש' וכו' א"כ מעשר ראשון מנ"ל דמיפטר וע"כ מסברא דאתינא וכו' וא"כ למה לן קרא אך אשכחן בפ' יש בכור דאיתמר כהן שמת והניח בן חלל ואפי' מת האב בתוך ל' יום הוה ס"ל לרבא בר רב הונא דאין הבן חייב לפדות את עצמו דאמר ליה לכהן אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדי' ומסיק משמיה דרשב"ל כהן שמת בתוך ל' יום הבן חייב לפדות את עצמו שלא זכה האב בפדיונו אלמא לא חיישינן לטעמא דאתינא מכח גברא וכו' ועוד בסוף פ' האיש מקדש אהא דאמר עולא טובת הנאה אינה ממון מותבינן ליה ממתניתן דהמקדש בתרומות ובמעשרות וכו' הרי זו מקודשת ואפילו ישראל ומפרש מתניתין בישראל שנפלו לו טבלים מבית אבי אמו כהן וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמ' דמיין ובתר הכי בעי לאוקומה בפלוגתא דתנאי אי כמי שהורמו דמיין או לא והשתא אפילו תימא כמי שלא הורמו לפטור מטעם דאתינא מכח גברא דלא מצו לאשתעויי דינא בהדה דהא גבי לקוח מן הגוי דלא שייך ביה למימר כמי שהורמו דמיין דהא ליתא בתורת הרמה ומ"מ מפטר מהך טעמא לכך נראה דלא מהני לן הך טעמא אלא הכא גבי מעשר שלקוח מן הגוי דמן התורה הוא פטור דדרשינן בפ' השוכר את הפועלים תבואת זרעך ולא לקוח אפי' לקוח מישראל וכתבו התוספות ומדרבנן הוא שחייבו לוקח במעשרו' ודוקא לוק' מישראל מפקע ליה ממעשרות אבל לוקח מן הגוי לא חייבוהו חכמים שהרי

לוקח זה לא הפקיע כלום דאתי מכח גברא דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיה ומיהו גבי תרומה ותרומת מעשר כיון דאסורים לזרים היה בדין לחייבו שיתנם לכהן מיהו כיון דאשכחן בתרומות מעשר דאף עכו"ם במעשר פירותיו ונותנם ללוי אין הלוי חייב להפריש תרומות מעשר וליתנה לכהן אע"ג דתרומה מן התורה היא דלאו לוקח מקרי דאין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מידי מעשר ואעפ"י כן ממעטי' ליה מקרא דכי תקחו מאת בני ישראל את המעשר דההוא קרא בלוי מיירי השתא יש לומר דגם ישראל הלוקח מן העכו"ם לא יהא חייב לתת תרומ' מעשר לכהן אפילו מדרבנן כיון דאשכחן דאף בתרומה דאורייתא רחמנא פטריה הלקוח מן העכו"ם והיינו דקאמר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי כלו' שאפי' היה מפרי' המעשר ונותנו ללוי לא היה הלוי נותן לך כלום שהוא פטור מן הדין הילכך תרומה גדולה מחויב הוא ליתנה לכהן שלא מצינו טעם לפטרו ממנה ושמא דמדאוריית' חייב בתרומ' גדול' דע"כ לא פטרי' ללוק' בפרק השוכר את הפועלים אלא ממעשרו' אבל מתרומ' גדולה לא שהתרומה חיובא הוא בשע' הגורן כדאמרינן בירושלמי חזקה אי איפשר לגורן שתעק' עד שהפרישו ממנה תרומ' גדולה ועו' תנן בפ' בתר' דמעשרו' שהתור' בלבו על הקטועי' ועל הצדדי' ועל מה שבתו' התבן עוד הביא ראיה מתוספתא דסוף אהלות כשרצו להתי' קסרי לומר שאינה א"י והתירום אמרו שם אותה שנה שביעית הית' והלכו עכו"ם לקרקסיאות שלהם והניחו שוק מלא פירות ובאו ישראל ובזבזם בחזרת' הלכו אצל חכמים וכו' אלמא דמעיקרא היו אסורים משום דאחר הביער הוא כמו שפורש שם רבינו שמשון ז"ל והרב מהרי"ק ז"ל דחה לומ' דאיכ' לאוקמה בפירות ישראל ביד עכו"ם ולפי דבריו עשאן עוברי עביר' בפומבי שהיו נותנים פרותיהם לעכו"ם ועוד כיון שבידם של עכו"ם הם מנ"ל לישראל למיחש לפי' ישראל שהם ביד עכו"ם ועל מה בטחו העכו"ם שהניח' שוק מלא פירות ולא חסו שיבזבזם בחושבם שפירותיהם של עכו"ם הם הואל וברשותם נמצאו ודוחק לומר שהיה נודע שהם של ישראל ורבינו שמשון שפירשה והעמידה אחר הביעור לא הוה שתיק מינה לפרש' כן.

עוד הביא ראיה מירושלמי דשביעית פרק ז' דמבעיא לן התם מהו לטחון עם הנכרי בשביעית ודחה הרב מהרי"ק ז"ל ג"כ דשמא בפירות ישראל ביד גוי היא. ותימה דא"כ אמאי מבעי ליה בגוי דהא גוי סת' פירותיו מותרים הם לימא מהו לטחון בפי' עבירה עם עכו"ם ועוד דפשיט לה ממתני' דאמרי' התם מתנית' אמרה שהוא אסור דתנן עושין בתלוש בסוריא אבל לא במחובר הא בארץ אפילו בתלוש יהא אסור אלמא תלוש דומיא

דמחובר קאמר שהקרקע של העכו"ם עצמו והוה ליה לאסוקי אדעתה דכל כי האי נדחוק וניזל ובעלמ' אמרי' אע"ג דאדחיה בגמר' אשנויי דחיקי לא סמכינן.

עוד הביא ההיא דפר' בתרא דיבמות עכו"ם שהביא פירות ואמר של ערל' הם של עזיק' הם לא אמר כלום שלא נתכוון זה אלא להשביח את מקחו ופי' רש"י בשם רבותיו של עזיק' פרדס מעוזק ומסוקל ושביעי' היה וכן תפס ר"ת שאסור ליקח מן השמור ומדבריהם ז"ל מוכח להדיא שנוהג בשל נכרי אלא שכאן מניח הרב מהרי"ק ז"ל מקום להתלות בדברי הרמב"ן ז"ל בפר' בהר סיני כתב דשמא בעיר שרובה ישראל היא דחיישינן שלקחו משדה מעוזק או שמא הישראל מוכר על ידו או שמא אין קנין לנכרי להפקיע דיני השביעי' וגזרו עליו בישראל. ואבא מארי ז"ל אמר דאפשר דאין הרמב"ן מסתפק אם אין קנין או יש קנין ולא ראיתי דבריו אבל מה שנר' לע"ד פשוט בדברי הרמב"ן שוודאי אינו מסתפק בדין דאין קנין דפשיטא דאין קנין לנכרי בא"י להפקיע דיני שביעית אבל הא דשמור אסור דלמא היינו דוקא בישראל שהוא עובר עבירה שגודר בפני כל אדם זהו שאסר הכתוב כדכתיב את ענבי נזירך לא תבצור אבל הנכרי אינו מחוייב להפקיר שדהו למה יאסר בשמירתו לכך כתב או שמא אין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע דיני השביעית כלומר כל הדינים שיש לה כשהוא ביד ישראל וזהו שכתב וגזרו עליו כישראל דאע"ג דמן התורה אינו אסור אלא של ישראל גזרו עליו שיהא דינו כישראל לכל דבריו והכי דייק לשונו דקאמר להפקיע דיני השביעית ולא קאמר מידי שביעית והרא"ש ז"ל הביא בס"פק דקידושין משום רבי' תם שדקדק דערל' נוהגת בשל עכו"ם מהך דשלהי יבמות של ערלה הם של עזיקה הם. וכתב ואין לומר דמיירי בשלקחו ישראל מדקתני סיפא דהך מתניתא אבל אם אמר מאיש פלוני לקחתים נאמן להחמיר דברי רבי אלמא רישא מיירי בגדל בשלו וראיה ברורה היא.

ורואה אני שעיקר הדין תלוי בזה דאי קי"ל דאין קנין לנכרי בא"י כלל אף הרב מהרי"ק ז"ל יודה שדינם כשל ישראל לחייבם בביעור ולפטרם מן המעשרות ולפי שהוא שורש לכל דיני המצות התלויות בארץ אנו צריכין להרחיב בענין לעמוד על בוריו של דבר לפי שהרב ז"ל תקע עצמו בלשון הרמב"ם ז"ל שכתב בתחלת ה' תרומות נכרי שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצות וכו' לפיכך אם חזר ישראל וקנאה אינה ככיבוש יחיד וכו' ומשמע לי שלא אמר הרב שאין קנין לנכרי בא"י אלא לענין זה שאם חזר ולקחה ממנו אבל כל זמן שהיא ביד הנכרי מופקעת היא ואמר כי מה שפירותיו חייבים במעשרות הוא מטעם שמרחם ישראל ונראה שתפס בשיטת בעל כפתור ופרח שכתב שסברת הרב דלא נחלקו אי יש קנין או אין קנין אלא בשחזר ישראל ולקחה הקרקע

מן הנכרי אבל אם עדין הקרקע ביד הנכרי מודה דיש לו קנין. ותימה גדול הוא דכל הסוגיות מוכחי להדיא דהא דאמרינן אין קנין מיירי אף כשהקרקע ביד הנכרי חדא ההיא דספ"ק דבכורות דמפרשינן ההיא דלוקט טבלים ממורחין מן הנכרי מעשרן והן שלו בדמרחינהו ישראל מרשות נכרי פי' שלקחן הישראל ומרחן ואמרינן מעשרן דאין קנין. ובפ' השולח אמר רבא מנא אמינא לה פי' דאין קנין דתנן הלקט והשכחה והפאה של נכרי חייבים במעשר אלא א"כ הפקיר ומפרש לה רבא דנכרי ולקטינהו ישראל וטעמא דהפקיר הא לא הפקיר חייב משום דאין קנין והו מדקאמר אבל יש כאן קנין לנכרי בא"י לחפור בה בורות שיחין ומערות משמע הא לשאר מילי אין לו קנין אע"פ שעדיין שרוים בידו דומיא דחפירת בורות ועוד דפרכינן לרבא מההיא דישראל ונכרי שלקחו שדה בשותפות טבל וחולין מעורבין זה בזה. וכן מההיא דהמוכר שדהו לנכרי לוקח מביא ביכורים מפני תקון העולם אלמא מדאורייתא לא ואי לא אמרי' אין קנין כשעדיין היא בידו מאי קושיא: ובס"פ הנזקין אמר רב דימי בר ששנא משמיה דרב אין עודרין עם הנכרי בשביעית וטעמא משום דאין מחזיקין ידי עוברי עבירה דאין קנין לנכרי בארץ ישראל והתם בעודו ביד הנכרי מיירי דאי כשחזר ישראל ולקחה פשיטא ולא שייך למימר אין עודרין עם הנכרי וכן מוכח מדברי התוספות שם. ובפר' ר' ישמעאל דמנחות מייתי הא דתניא תורמין של ישראל על של עכו"ם משל עכו"ם וכו' דברי ר"מ ורבי יהוד' ור' יוסי ור"ש אומרי' תורמין וכו' אבל לא משל ישראל על של עכו"ם ושל כותי' ולא משל עכו"ם וכותי' על של ישראל ומוקי פלוגתיהו במירו' עכו"ם פוטר או אינה פוט' אלמא כ"ע מודו דאין קנין לעכו"ם בא"י אעפ"י שעדיין הקרקע ביד עכו"ם. ובפ"ה דדמאי אהא דתנן מעשרין משל ישראל על של עכו"ם מוקי לה כר"מ דאמר אין קנין ור' יהודה ור' שמעון דאמר' אין מעשרין ס"ל דיש קנין ולפי שיטת הירושלמי פליגי הני תנאי ביש קנין ואין קנין ולא מוקי פלוגתיהו במירוח עכו"ם פוטר כדמוקי להו בתלמודא דידן. וקשיא לי דהכא משמע דר' יוסי פוטר בשל עכו"ם ובשל כותים ומשמע דס"ל דכותים גירי אריות הם מדלא מעשרי משל ישראל עליהם ואילו בפ"ה דכלים תנן אמר ר' יוסי לא הוזכרו רמוני בדן וחצירי גבע אלא שיהיו מתעשרין ודאי בכל מקום ומפ' בתוספתא דהני אינם נמצאים אלא מבין הכותים וכותאי ודאי לא מעשרי מאי דמזבני לאחריני. ומיהו לשיטת תלמודא דידן ניחא דרבי יוסי ס"ל דאין קנין והכא משום מירוח עכו"ם הוא דפוטר ורמוני בדן וחצירי גבע דמתעשרי ודאי בלקחן קודם מירוח איירי. אבל לפי שיטת הירושלמי דמוקי פלוגתיהו ביש קנין והכי ס"ל לר' יוסי היכי אמר דמתעשרי ודאי בכל מקום וי"ל דבירוש' לא מפרש אלא מתני' דדמאי כר"מ דאמר אין קנין משום דאיכא

ר"ש דס"ל יש קנין כדמייתי התם ברייתא אבל ר' יוסי ודאי דס"ל אין קנין מדמחייב בהו ודאי וההיא דמנחו' דס"ל לר' יוסי אין מעשרין משל ישראל על של עכו"ם ושל כותים משום דמירוח עכו"ם פוטר הוא מ"מ לכולהו סוגי' בין בבבלי בין בירושלמי מפרש' דכי אמרינן אין קנין לעכו"ם בא"י אף כשהוא ביד עכו"ם וישראל הלוקח פירותיו חייב שאין לו קנין להפקיעה ותו מדאמרינן בהקומץ רבא גבי ר"ש שזורי דנתערב לו טבל בחולין ובא ושאל לר' טרפון ואמר לו לך וקח מן השוק ועשר עליו ודייקי בגמ' ולימא ליה קח מן עכו"ם קסב' אין קנין לעכו"ם בא"י ואם איתא דלא אמרינן דאין קנין אלא כשחזר ולקחה ממנו אכתי לימא ליה לך וקח מפירות תלושים של עכו"ם שעדיין לא נגמרה מלאכתם דכל זמן שהיא בידו יש לו קנין ותנן נמי בס"פ תשיעי דתרומות המנכש עם עכו"ם בחסיות אע"פ שפירותיו טבל אוכל מהם עראי סתמא דאין קנין לכך פירותיו טבל אוכל מהם עראי לפי שמירוחו של עכו"ם פוטרם קודם שיזרעם ותנן בפ"ק דמכשירין אוצר שישראל ועכו"ם מטילין בו אם רוב עכו"ם ודאי אם רוב ישראל דמאי וכו' דברי ר"מ וחכמים אומרים אפילו כולם עכו"ם וישראל אחד מטיל לתוכו דמאי והרמב"ם ז"ל פי' שם דר"מ לטעמיה ורבנן סברי דיש קנין ותימה הוא אמאי לא אזלי' בתר רובא ונתיר לכתחלה ושמ' דס"ל נמי דאין קנין אלא דמ"מ דייני' לי' בספיק' ובירושלמי דדמאי פרק ה' יהיב טעמא לר"מ דאמר אין קנין מדכתיב והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה מקיש אחוז' לעבדים מה עבדים אתם קונים מהם והם אינם קונים מכם אף אחוזה אתם קונים מהם וכו' מוכח להדיא שאין להם קנין כלל דומיא דעבדים ועוד דאם אתה אומר דלעולם כל זמן שהיא ביד הנכרי יש לו קנין להפקיע ומה שלוקח ממנו חייב לעשר מטעם שהמירוח ביד ישראל א"כ אמאי אמרו בפ"ק דבכורות מעשרן דאין קנין דלמא לעולם קסבר יש קנין והא דמעשרן משו' דמרחינהו ישראל דהכי מוקי לה התם. ועוד אם כשהקרקע ביד עכו"ם מופקעת היא מנין לנו לומר שיתחייב במעשרות מן התורה ע"י מירוח ישראל דאי מדכתיב דיגנוך ודרשינן דגנך ההיא לא אתא אלא למעוטי דיגון עכו"ם בשל ישראל דדגנך מיעוטא הוא ולא רבויא. תדע דבפ' ר' ישמעאל אמרינן למ"ד מירוח עכו"ם אינו פוטר קס' דגנך דגנך תרי זמני הוי מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא רבוי דיגון עכו"ם ואי מרבינן מיני דיגון ישראל בשל עכו"ם היכי קרי ליה מיעוט ועוד חד מנייהו לרבויי מירוח ישראל בשל עכו"ם וחד למעוטי מירוח של עכו"ם בשל ישראל ולא הוי מיעוט אחר מיעוט.

ומה לנו להכריע הדבר מן הסוגיות והלא מדברי הרב עצמו הוא מוכרח בכמה מקומ' חדא ממה שכתב ויש קנין לעכו"ם בסוריא להפקיע מן המעשרות מן השביעית ואם מה

שכתב הרב דאין קנין בא"י אינו אלא דוקא לענין אם חזר ישראל וקנאה ממנו דלא הוי ככיבוש יחיד מה זה שמחלק בסוריא שיש שם לעכו"ם קנין כשקנאה ישראל והויא כבו' יחיד הא מעיקרא נמי כבו' יחי' הויא כדאמרי' בהשול' ובפ"ק דגטין דסורי' כבוש יחיד הוא ומדרבנן היא חייבת. ועוד ממה שכת' פירות העכו"ם שגדלו בקרקע ארץ ישראל וכו' פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דגן עכו"ם ולפי שיטה זו הא דפטרינן לוקח פירות שמרחן העכו"ם משום שכל זמן שהקרקע בידו יש לו קנין להפקיע מיד מעשר ולא בעי טעמא דדגנך ולא דגן עכו"ם שהרי הקרקע עצמה מופקעת היא בידו ואדרבא לחייבן בשנמרחו ביד ישראל בעי' דרשא דדגנך שהרי הדיגון ביד ישראל הוא אבל לפטרם לא בעי דרשא דממילא נפקא דהם פטורי' ולא מטעם המירוח ועוד היאך מוצאים ידיהם ורגליהם אי סברי יש קנין לעכו"ם כל זמן שהקרקע בידו להפקיע ומה שאנו עכשיו מפרישים מתבואה של עכו"ם שנגמרה מלאכתו על ידי ישראל מפני שהמירוח של ישראל ואמאי הרי סוריא שיש לעכו"ם קנין בה וכתב הרב ז"ל שאעפ"י שנמצאו ביד ישראל פטורים. עוד כתב בסמוך ישראל שהיה אריס לעכו"ם בסוריא פירותי' פטורין מן המעשר לפי שאין לו בגוף הקרקע כלום ויש לעכו"ם קנין בסוריא להפקיע מן המעשר ע"כ אלמא בא"י חייבים אעפ"י שאין לו לאריס ישראל בגוף הקרקע כלום משום דאין קנין לעכו"ם בארץ ישראל ובפ"ב הביא הלקט והשכחה והפאה של עכו"ם חייבים במעשר אלא א"כ הפקיר כדברי רבה דאמר אין קנין אע"פ שהקרקע של עכו"ם. ובפ' י"א מהלכות מעשר כתב ההיא דהמפקיד פירות אצל הנכרי ה"ה כפירותיו וכו' והיאך דינם אם היו פירות שעדין לא נגמרו מלאכתן ונגמרו ביד ישראל אחר שלקח הפקדון מפריש מעשרותיו כמו שביארנו ע"כ פי' כמו שביאר כאן בה' תרומות במעשרן והן שלו הרי שאע"פ שאין ביד ישראל אלא הפירות בלבד חייב לעשר: ועוד בה' שמטה פר' ד' כתב עכו"ם שקנה קרקע בארץ ישראל וזרעה בשביעי' פירותיה מותרים שלא גזרו על הספיחים אלא מפני עוברי עבירה והעכו"ם אינם מצווים על השביעית שנגזור עליהם ע"כ והתם בקרקע שביד העכו"ם מיירי אעפ"כ הוצרך לומר דליכא למגזר בהו לפי שאינם מצווין ואם אית' אפי' היו מצווין אין בדבר איסור ספיחין אלא בספיחים שגדלו בח"ל ולא עוד אלא אפילו ישראל היה יכול לחרוש ולזרוע באותה שדה הואיל ויש לו קנין והיא מופקעת בידו. וראיתי להרב מהרי"ק ז"ל שכתב שם דהא דאמר לפי שלא גזרו על הספיחין לא בא לתת טעם להיתר הפירות אלא משום דאיכא לאקשויי דלא גרע מספיחין ודבריו איני מכיר דודאי גריעי טובא דספיחין בקרקע' ישראל גדלי שהוא

קדוש בקדושת הארץ אבל הני בשל עכו"ם גדלי שהופקעה קדושתה אצלו הואיל ויש לו קנין ולא היה צריך לתת טעם לפי שהגוים אינם מצווין. (לשון הרמב"ם ז"ל בה' תרומו') והריני חוזר אל הלשון אשר ממנו יסד הרב מהרי"ק אותה סברא שלא אמר הרב ז"ל אין קנין לעכו"ם בא"י אלא לענין שכשחזר ולקחה ממנו אינה ככיבוש יחיד ממה שכתב כאן בה' תרומות לפיכך אם חזר ישראל ולקחה הימנו אינו כיבוש יחיד וחייב אלא מפריש תרומות ומעשרות ומביא ביכורים וגם בה' ביכורים פ"ב כתב כלשון הזה המוכר שדהו לעכו"ם וחזר ולקחה ממנו ה"ז מניח ביכורים והדבר ברור שהרב ז"ל הוצרך לכתוב כן בין לענין מעשרות בין לענין שביעית דלענין מעשרות אם לא שחזר ולקחה הקרק' ממנו אע"פ שנמרחו ביד ישראל שהוא חייב לעשר מכל מקום מעשרן והן שלו דאתי מכח גברא דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיה כמו שכתו' בסמוך. וגם לענין ביכורים הוצרך הרב ז"ל לומר כן דבפ' השולח מייתי לאותוביה לרבה דאמר אין קנין מדתניא המוכר שדהו לנכרי לוקח מביא ביכורים מפני תקון העולם מפני תקון העולם אין מדאורייתא לא וגירס' רבינו חננאל היא העיקר וכתבו התוספות דה"ג לוקח מביא בכורים ולפי גרס' זו משמע דכל לוקח בין שיהיו בעלים בין אחרים מביא בכורים ואי ס"ד היינו שלקח הפירו' כמו שהוא לפי' רש"י היאך אמר שלוקח הפירות מביא בכורים דאפי' תימא דאין קנין לעכו"ם הרי הקרק' אינ' שלו ולענין בכורי' אדמתך בעי' כדתנן בפ' קמא דבכורים בנוטע בשל חבירו דאינו מביא ביכורים דכתיב ראשית ביכורי אדמתך. ותנן הקונה ב' אילנות בתוך של חבירו מביא ואינו קורא ומפר' בפ' הספי' דמספק' לי' אי קנה קרק' או לא וכן במוכר שדהו לפירות ואפליגו בה ר' יוחנן וריש לקיש לדידן דקי"ל כריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מביא ואינו קורא ואי קשיא ומ"ט מביא כל עיקר הא משמע בפ' המוכר את הספינה דמספקא להו לרבנן אי קנה קרקע או לא קנה הא אי פשיטא להו דלא קנה לא היה מביא כלל: ויש להעמיד דבמוכר שדהו לפירות יש לו מקצת קנין בגוף הקרקע לענין פירות שאל"כ לא היתה מכירתו קיימת דהוא דבר שלבל"ע כדאמרינן בפרק מי שמת יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום דקל לפירותיו דבריו קיימין אלמא יש לו קנין בגוף לענין הפירות ולכך הוא מביא ואינו קורא: והשתא מאי פריך לרבא דפשיטא דדוקא מפני תקון העולם הא מדאורייתא פטור ועוד דמסיק בגמ' דתרי תקנות הוי ומעיקרא מחייב מדאוריית' לכך הוצרך הרב לפרשה בלוקח השדה כלה מן העכו"ם שהוא חייב בביכורים ולא הוי ככיבו' יחיד והא דקתני מפני תקון העולם כדמסיק התם דשתי תקנות הוו איברא דהרמב"ם ז"ל בפי' המשנה אהך מתנית' דהלקט והשכחה והפיאה של עכו"ם וכו' אמר שהיא דברי ר"מ ואינה הלכה אלא שיש קנין

לעכו"ם בא"י וכן פי' במשניות אחרות סתמיות אמר שהם כר"מ ואינם הלכה: ובידוע שהרב ז"ל לא עמד על עיקרן של דברים עד שבא אצל החיבור ורא' הסוגיות וחזר בו כמו שהוכחתי לעיל מדבריו: ותדע שכן הוא שאילו היה עומד על עיקר ההלכה בפרק השולח אפילו אם היה ז"ל סבור לפסוק כמ"ד יש קנין למה העמיד המשנה לדעתו דלא כהלכתא היה לו להעמידה כמו שהעמידוה בגמ' אליב' דרבא כגון שהם של עכו"ם ולקטינהו ישראל אלא שלא עמד עליה עד שבא לחיבור וכן קרה לו במסכת ערלה פ"ק שפי' דמה ששנינו הנכרי חייב בערלה דוקא בשזרע הנכרי לצורך ישראל אבל נטע לעצמו וקנה ממנו ישראל אחר אינו חייב בערלה והדבר חוזר אל השורש שהיה בידו אז והדבר מבואר הסתירה מכמה דוכתי וכבר חזר בו בחיבור בה' נטע רבעי פ"ט. ומה שכתב הרב ז"ל כאן בסמו' שותפות העכו"ם חייב' בתרומ' אפילו חלק שדה בקמתה ואצ"ל אם חלקו גדיש טבל וחולין מעורבין זה בזה ופירשה הרב מהר"י קארו ז"ל לשיטתו שכל שהשדה ביד העכו"ם מופקעת היא ופטורה מן המעש' לפיכך הם טבל וחולין מעורבין זה בזה והדבר ברור כמו שכתב מהר"י קורקס ז"ל שהרב לא דבר אלא בשמרחן העכו"ם שכן כתב שחלקו שדה בקמתה או גדיש ומירוח העכ"ם פוטר בשלו הילכך חלקו של עכו"ם שמרחו טבל וחולין מעורבין זה בזה דחלקו של ישראל אין מירוחו של עכו"ם פוטר משום גזרה דבעלי כיסין. ומה שהקשה מהר"י קורקוס ז"ל דמאי לא מוקי לה בגמ' בא"י וכגון שמרחן העכו"ם לא קשיא דלא בעי תלמודא לאוקומי פלוגתא דרבה ור' אלעזר בפלוגתא דתנאי כמו שכתבו התוספות ז"ל בתחלת הסוגיא דרבה ורבי אלעזר אתו ככולי עלמא בין למ"ד מירוח העכו"ם פוט' בין למ"ד אינו פוטר הילכך מוקי לה בגמ' בסוריא ואליבא דכ"ע אבל הרמב"ם ז"ל שכבר פסק כמ"ד מירוח העכו"ם פוטר תרגמא אפילו בא"י ובמירוחו של עכו"ם הרי נתבאר שדעת הרב ז"ל שאין קנין לעכו"ם בא"י כלל ואף כשהיא בידו לא הופקעה א"כ בין לענין מעשרות בין לענין שביעית דינא כאילו היא ביד ישראל ומה שהביא מדברי בעל כפתור ופרח שכתב פמ"ז על דברי הרמב"ם שבסו' פ"ד מהלכו' שמטה עכו"ם שקנה וכו' וכתב בסוף דבריו ואל הרב ז"ל יש לי להאמין אף על שמאל שהוא ימין הנה הוא עצמו בכמה מקומות כתב להפך ובפ"ד דף י"ב כתב בשם הר' אליעזר טהור קדש וצריך ליזהר בכל מקום מפירות א"י שגדלו ברשות העכו"ם בכל חומר אותם פירו' שגדלו בקרקע ישראל ומה הוא מלקנו מדברי הרב בעל כפתו' ופרח מה שכתב בכאן בפמ"ז ואל הרב ז"ל יש לי להאמין וכו' ובמחילה מכבודו לא כיון בדברי הרב כמו שביאר אבא מארי ז"ל בתשובתו האחרונ' כי מה שאמר הרב ז"ל מותרי' לא אמר אלא שאינם אסורי' משום ספיחין אבל כל דיני קדושת שביעית יש בהם ואסורים

לאחר הביעו'. והענין מצריך אותנו להביא כאן ההיא דירושלמי דפ"ט דשביעית שהביא הרב מהרי"ק ז"ל דריב"ל הוה מפקד לתלמידים לא תזבון לי ירק אלא מגנתא דססרא ופירשה לשיטתו דלפי האמת פירות של עכו"ם אין בה' תורת שביעית והפליג לומר שהוא ססרא האמור במקרא ואפילו היה כן מאחר שנכבשה הארץ כבר מקודם לכן מה יפה כחו של ססרא עוד מהו זה שאמר לו אליהו אי בעית מחמר' על נפשך אשתוי לחברך שהרי אם היה משתוה לחביריו אינה חומרא אלא קולא שיקח מכל העכו"ם ולע"ד נראה שכך הוא פי' שריב"ל הוה ס"ל דיש קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מידי שביעית והיה מתיר לעצמו ליקח ירק מן העכו"ם אחר הביעור אלא שהיה חושש לומר דשמא שום קרקע שביד העכו"ם אנסוה מישראל ולקחוה ממנו שהיה מצוי באותו הזמן שהיו אונסים וגוזלים קרקעות ישראל ובהנך מודה ריב"ל דאין להם קנין דקרקע אינה נגזלת ולכך היה מצוה שלא יקחו ירק אלא מגנתא דססרא דהי' סבור שאותו העכו"ם לא היה אנס וירושה היתה לו מאבותיו ואמר לו אליהו זכור לטוב לית הדא גנתא דססרא דיהודאי הוה וקטלי' ונסבה מיניה א"כ אף לפי דעתו דסבר יש קנין הכא אסור לכך אמ' לו אי בעית מחמרי אנפשך שאתה מדקדק שלא ליקח מסתם עכו"ם שאתה חושש שמא גזלוה שזו לפי דעתך דיש קנין חומרא יתירא היא לחוש לגזל דאחזוקי איסורא לא מחזיקינן וחזקה שכל מה שהוא בידו שלו הוא שקנה בדמים מישראל או מן המלך שכבש את הארץ דכיבוש הוי קנין בדמים ולא שהוא גזל בידו ויותר טוב היה שתחמיר על עצמך ואשתוי לחברך ולא תקנה כל עיקר מן העכו"ם דאין קנין לעכו"ם בארץ ישראל.

ואחר שנתברר שסבר' הרמב"ם דאין קנין כסברת כל הפוסקים הנה מבואר דגם לענין שביעית אין כח בקנינו של עכו"ם להפקיע וכמו שהוכיח אבא מארי הרב ז"ל וכמו שהוכחתי מלשון הרב שבפ"ד שלא התירו בהם אלא איסור ספיחים לפי שאינם מצויין אבל לענין כל דיני קדושת שביעית בקדושתה קיימה ועוד הבאתי מההיא דהניזקין דאין עודרין עם העכו"ם בשביעי' וכו' ועוד אני מוסיף להבי' ראיה מדתנן פ"ג דדמאי ומייתי לה פ"ק דבכורות המפקיד פירותיו אצל הכותי או אצל עם הארץ בחזקתן למעשרות ולשביעית אצל הנכרי כפירותיו ומדקאמר כפירותיו משמע דקאי אף אשביעית ונפקא מינה שאם הם כפירותיו הם אסורים משום שביעית ובתוספת' דערלה קתני לה בהדיא המפקיד פירותיו אצל העכו"ם הרי זה חושש משום מעשרות ומשום שביעית והיינו כפירותיו דמתני' וקתני עלה פלוגתא דר' שמעון. עוד ראיה מדאמרינן בירושלמי אהא דתנן פ"י דתרומות אכל קישואין של ערב שביעית ימתין לקישואין של מוצאי שביעית זאת אומרת אין משלמין מפי' ח"ל ואפילו תימא משלמין מתני' עד שלא התיר ר' להביא

ירק מח"ל אף אנו נאמר זאת אומרת אין עושין סחורה בפי' שביעית של עכו"ם שאל"כ יקח מן העכו"ם ויפרע כדפרכינן פרק הקומץ ולימא ליה לך וקח מן העכו"ם קסבר יש קנין לעכו"ם בארץ ישראל דייקינן איפכא מדהוצר' להמתין למוצאי שביעית ולא קתני שיפרע מן העכו"ם אלמא אין קנין לעכו"ם בארץ ישראל.

ומה שכתב מהרי"ק ז"ל בשם אבא מארי ז"ל שמצא בשם רבינו שמשון ז"ל שאין ביעו' נוהג בפי' שדה של עכו"ם שזרעה עכו"ם והסתייע ממנה הרב ז"ל לומר שאין דיני שביעי' נוהג בשל עכו"ם ותמהתי עליו שדברי רבינו שמשון הם מפורשים שכל דיני שביעית נוהגין בשל עכו"ם וכך מצאתיה בתוך תשובות אבא מארי ז"ל וז"ל מצאתי אח"כ בשם רבינו שמשון הזקן ז"ל דאע"ג שיש כאן קדושת שביעית כדמוכח בדוכתי טובא איסורא הוא ודאי דלא פקע אבל ביעו' הדבר תלוי בממון להפקיר ולחלק לעניים ומצי למימר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעוי דינא בהדיה כדאמרינן שלהי פ"ק דבכורות ע"כ למדנו מכלל דבריו שפירות הגדלים בקרקע העכו"ם הרי הם כדין פירות שביעי' בכל דבריהם ופטורים מן המעשרות וזהו לשיטתו של ר"י ורבנו שמשון שמפרש שביעור הוא הפקר וכן מוכיח סוגיית הירושלמי כדבריהם וכן כתב הרמב"ן ז"ל. אבל מה אעשה לסבר' הרמב"ם והראב"ד ז"ל שסוברים שהביעור הוא לאבדם ולכלות' וכן כתב רש"י בפ' מקום שנהגו אלא שכדאין הם רבי' יצחק ורבי' שמשון והרמב"ן ז"ל לסמוך עליהם ומה גם בשעת הדחק ועוד דכולהו סוגיות דירושלמי הכי אזלי ומצאתי דתניא פלוגתא דר' יהודה ור' יוסי אחד עניים ואחד עשירים מבערים אותה אלמא דלאכילה קרי ביעור ומיהו ע"כ אף לסברת רבי' שמשון ז"ל לאחר הביעור אין אנו יכולים לקנות מן השוק כלל אף מן העכו"ם כדמוכח מההיא דסוף אהלות אהא דהתירו קסרי לומ' שאינ' א"י שהניחו שוק מלא פירות ובאו ישראל ובזזום ופי' הוא ז"ל ולא חששו משום שביעית לאחר הביעור והיינו טעמ' דכל שלא הופקר בשעת הביעור שוב אין לו תקנה כדמוכח בנדרים דקרי' פירות שביעית לאחר הביעור דבר שאין לו מתירין.

ונמצא בתוספתא פ"ד אין מוכרין ואין לוקחין פירות שביעית מן העכו"ם ולא מן הכותי ויש שרצו ללמוד ממנה שלא לקנות מן העכו"ם כלל ונותנין טעם לפי שהדמים של הפירות חל עליהם קדושת שביעית ואסור למסור להם דמי שביעית ונראה שאין לסמוך עליה לאסור לקנות מן העכו"ם דמאותה דפרק בתרא דיבמות עכו"ם שהביא פירות ואמר של עזיקה הם וכו' לכל הפירושים מוכח שמותר לקנות מהם שלא היו חוששין אלא לכרם מעוזק כמו שפי' ר"ת וכן פירשה הראב"ד ז"ל אבל מה שאינן מעוזק ושמור מותר לקנות ממנו כדאמרינן להשביח מקחו הוא עושה וכן מההיא דירושלמי דריב"ל

דהוה מפקד לא תזבון לי ירק אלא מגינתא דססרא נמי מוכח דהי' קונה מן העכו"ם בדמים. והטעם שאמרו שאסור למסור להם דמי שביעי' וגם אוסר להאכיל לעכו"ם פירות שביעית וה"ה דמי שביעית נראה דדוק' פירות שביעית שבידינו אנו מחוייבים לאכלם ולא להפסידם שנתינת' לכותי הוא הפסד והוזהרנו מזה אלא שנאכלם בקדושתם וכן דמי שביעית שהם בידינו מדמי הפירות שמכרנו חייבנו לאכלם ולא להפסידם אבל כגון זה שהוא לוקח הפירות מן העכו"ם ונתן לו דמים עדין הדמים כל זמן שהם בידינו אין בהם קדושה כמו שיהיו בידו של עכו"ם וכיון שכן לא הוזהרנו על הדמים שלא להפסידם שהרי עדין לא היה בהם קדושה ולא היו ראוים לנו לאוכלם בקדושה שנאמר לכם לאכלם ולא לכותי. והא דאסור לקנות מעם הארץ לפי שאין מוסרין דמי שביעית לעם הארץ כדאמרינן בפרק לולב הגזול הלוקח לולב מחבירו וכו' התם היינו טעמא בע"ה לפי שהו' חשוד שלא יאכלם בקדושתם ויעשה מהם סחורה ואסור להחזיק ידי עוברי עבירה כדמוכח מדברי רש"י והתוספות שם אבל בעכו"ם לא שייך מחזיק ידי עוברי עבירה שהוא אינו מצווה על השביעית.

ועוד סבור אני לומר שכיון שכל זה הוא מטעם קדושה דאקרי קדוש כל שהוא ביד העכו"ם נפקעה מקדושתה מהא דאמרינן פרק יש בכור ובפרק ר' ישמעאל דף נ"ב בקשו לגנוז כל כסף וזהב שבעולם משום כספ' ודהבא של ירושלים והוינן בה ירושלי' הוה רוב' דעלמ' ומשני בקשו לגנוז דינרא הדרייאנא טוריין' שייאפא עד שמצאו לה מקר' מ"ה ובאו בה פריצי' וחיללו' מכיון שבאו ליד עכו"ם נעשו חולין ובפרק קמא דמציעא אמרינן בשמעתא דההוא מסותא דקדושה הבאה מאיליה שאני וגם זולה דמי משום דקדושה דעל ידי אדם אמרינן הואיל ואין בידו להוציאה אין בידו להקדישה ולא שאני לן בין קדושה הבאה מאיליה לקדושה הבאה בידי אדם לענין זה דאע"ג דבפ' אלו מותרים אמרי' אמאי מדמית קדושה הבאה מאליה לקדושה הבאה בידי אדם התם שאני משום דגבי נדר אמרי' לא מעייל אינש נפשיה לספקה דלא שייך הך טעמא גבי ספק בכור שקדושתו מאיליו אבל לשאר מילי זה וזה שוים ומיהו לענין פירות עצמן שלא יהיה בהם קדוש' שביעית אין ללמוד מכאן דשאני הקדש שמתוך שהוא יוצא לחולין ע"י פדיון אף הוא מתחלל בידם אבל פירות שביעית דאין להם פדיון דלעולם הפרי עצמו אסור אינם מתחללים בידם אבל לענין זה אני מוכיח ממנה שלא נאמר שהדמים שאנו נותנים להם בעד הפירות יהיה בהם קדושה כיון שלא חל עליהם קדושה אלא כשיגיעו לידם פשיטא שלא חל עליהם שום קדושה בידם דהשתא אם כלי שרת שהיו מקודשים מתחילה משבאו לידם נעשו חולין כל שכן מה שלא חל עליהם קדושה עד שבאו לרשותם ונ"מ

שאנו יכולים ליקח אותם המעו' עצמן ואין אנו צריכים לאכלם בקדושת שביעית ואם איתא לאותה תוספתא הכי מתרגמ' אין לוקחי' פירו' מן הגוי בעיר שכול' או רוב' ישראל שאנו חוששין שלא יהא ישראל מוכר על ידו ועושה סחורה בפירות שביעית והשתא דלא שכיחי פירות של ישראל ליכא למיחש למדנו מכלל דברינו שפירות הגדלים בקרקע הגוי הרי הם כדין פירות שביעית לכל דבריהם ופטורים מן המעשרות והאל ברחמיו יאיר עינינו במאור תורתו וישכילנו לקיי' חוקיו ומשפטיו כאשר צונו מעפר דל יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מד

מצרימה אל אחי וראש החכם השלם מעין המתגב' כמהר"ר משה ארגי"ל נר"ו.

(ראובן שנתן לשמעון כליו בפקדון להוליכם עמו למצרים וטוען שנפל הגמל בדרך ואבדו הכלים ובני השיירא מעידי' שאמר שמעון הודו לה' שלא נאבד כלו' פסק הרב שהיא הודאה). שאלה ראובן הפקיד אצל שמעון בוגו של מלבושים ועולבה עם קונפיטיש שבתוכה ושלשה קרנות של זבאד להוליכו עמו בדרך ממצרים לדמשק בשכירותו הנהוג לתת מהמשא של גמל ובביתו של ראובן בא שמעון ולקח הפקדון הנז' מידו והוליכו לביתו לשומרו עם מיטב נכסיו וחפציו שמוליך עמו עם השיירא והלך לו שמעון עם השיירא והוליך הפקדון הנז' עם חפציו ונשאר ראובן לבא עם שיירא אחרת אחרי כן נחץ ראובן ללכת ופגע עם שמעון בקאטיא וראה אותו ראובן לשמעון בפנים זועפות ואמר לו ראובן לשמעון מדוע פניך משונות השיב לו שמעון בעבור הג' קרנו' של זבאד שלקחתי ממך בפקדון נאבדו ושאל לו ראובן לשמעון איך היה המעשה והשיב לו כי בכפר א' נתעכב הגוי שהיה מביא המשא לאחו' ושהוא הקדי' בהליכתו בשביל השבת ושאמ' לו העכו"ם שנפל הגמל ונסדק' המחר"ה ונאבדו שמה אז אמרו בני השיירא לשמעון למה אתה טוען שקר כי כבר אמרת בפנינו שחפשת ודרשת כל החפצים הבאים במחר"ה שלך ושל ראובן שהם שמה ות"ל ית' והודאה לשמו הגדול שנמצאו ולא נאבדו כלל ושמחת שמחה גדולה על מציאת הג' קרנות של זבאד אח"כ באו ראובן ושמעון לעזה ואמר ראובן לשמעון תן לי הפקדון אשר הפקדתיך שקבלת מידי לידך ואל תהתל בי כיון שלפני בני השיירא הודית בפיך ושמחת במציאת הפקדון שלא נאבד כלל ובפרטו' מציאת הקרנות הזבאד תנם לי עכ"פ שאני רוצה למכרם בערך נאות שאני רוצה בהם והשיב לו שמעון פעם אחרת כבראשונה שנאבדו אז אמר לו ראובן לשמעון אם נאבדו אני רוצה להוליך העכו"ם בעל הגמל למלכות ואתבע ממנו לפניך הזבאד וכשמעו שמעון כך אמר לראובן אל תוציא דבר מפיך נגד העכו"ם בעל הגמל שאין לך כנגדו שום טענה

ואם תסרב להוליכו אני אעיד נגדך בפני האומו' ואומר שאין לך שום טענה נגד העכו"ם כי נאמן הוא יורנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול ומכופל מן השמים.
תשובה אח בחכמה ואח בבינה בתווני דליבא יתיב ובעמקה של הלכה לן בגודל חכמתו עוקר הרי הרים וטוחנן אחי וראש החכם השלם זה סיני כמהר"ר משה ארגיל נר"ו לא עברתי ממצוותיך אש' פקדת עלי אציג' נא לפניך מיעוט דעתי הקצרה ומר ניהו רבה ינופף ידו לברר וללבן דברי' מחוורים כשמלה והנלע"ד ששמעון זה יש לחייבו מכמה פנים הא' מחמת הודאתו בפני כל בני השיירא ונתן הודאות על כי מצא כל חפצי ראובן לא חסר דבר זו הודאה היא כיון דלא שייך בה הערמה כלל דטענת השטאה לא שייכא אלא כשתבעו אדם כך וכך יש לי בידך אפשר שהוא משיבו בדרך השטאה הן וכמו שפי' רש"י ז"ל שם בפ' זה בורר משטה שוחק הייתי בך בשביל שאתה שואלני מה שלא היה וכן כתב הרא"ש משמו של רבינו תם ז"ל דמשטה שייך כשתבעו דאז דרך האדם להשטות אבל כשהוא אומר מעצמו אין כאן טעם להשטאה וגם טענת אדם עשוי שלא להשביע את עצמו לא שייכא כאן שזה לא נמסר בידו אלא בתורת פקדון להוליכו לאותה העיר עד אשר יבא ראובן בעל הפקדון ויקחם ולא הורשה שמעון זה למכרם ולישא וליתן בהם כדי שנאמר אולי הוא יש לו משלו ואינו רוצ' להראות כבעל נכסים כשיראוהו מוכר ולוקח לכך ותולה שהם של ראובן כאן לא שייך זה שאינו יכול לחפות את שלו ולתלות בשל ראובן כיון שידוע שלא נמסר פקדונו של ראובן בידו אלא להוליכו ממקום למקום בלבד וכל שהדברים מראים שאין כאן חשש הערמה הויא לה הודאה אף שלא בפני בעל דין ואף על פי שלא אמר אתם עדי כאותה שאמרו בפרק זה בורר הרי שראו את אביהן שהטמין מעות בשד' תיבה ומגדל ואמר של פלוני הם של מעשר הם אם כמוסר דבריו קיימים ואם כמערים לא אמר כלום משמע היכא שנכרין הדברים שאינו מערים דבריו קיימים. ואיכא למידק דקשיא דיוקא דרישא אדיוקא דסיפא קתני אם כמוסר דבריו קיימין הא סתמא לא אמר כלום ובסיפא קתני ואם כמערי' לא אמר כלו' הא סתמא דבריו קיימין וי"ל דאורחא דתלמודא לפרושי נעשה וה"ק אם כמוסר דברי' קיימין הא סתמא נעשה כמערים אי נמי בכל אדם כשאומר דבריו כמוס' דבריו קיימי' אבל אם יודע באביהן שפעמים אחרות הערים להעלים מבניו כדי שלא יחזקוהו בעשי' ויבזבזו לו אף כאן אעפ"י שאמר דבריו כמוסר חוששין להערמה וה"ה אם רצה להערים לא אמר כלום דאיכא למיחש בשלא להשביע את עצמו אמר כן משמע מיהת היכא דליכא למיחש להערמה שעושה שלא להשביע אע"פ שלא אמר אתם עדי אלא כל שאמר דבריו כמוסר ומודיע דבריו קיימי'. (לשון הרמב"ם ז"ל פ"ה מהל' טוען לענין

השטאה) ואולי מכאן יצא להרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ה מה' טוען שכשאמר דרך הודא' ולא דרך שיחה אע"פ שלא אמר אתם עדי הוי הודאה וראיתי לרב המגיד ז"ל שכתב שלמד הרב מדין ש"מ שאמר מנה לפ' בידי וכו' ויש לדחותה ובמקום אחר כתבתי מכ"מ למדנו מדברי הרמב"ם ז"ל דכל דליכא למיחש להשטאה ולא להערמה אע"פ שלא היה בעל דינו לפניו ואעפ"י שלא אמר אתם עדי מקרי הודאה.

(אין לטעון טענת שלא להשביע את עצמו באם אנו יודעים שעיקר הפקדון בא לידו אלא שהוא טוען עכשיו שנגנב דכשאד' רוצ' לומר שלא להשביע תולה באדם שאין לו פקדון שסומך שהאיש לא יתבע ממנו).

ובר מן דין הכא בנדון שלפנינו אין לחוש לטענת שלא להשביע את עצמו כיון שעיקר הפקדון ידוע לנו שבא לידו אלא שהוא טוען עכשיו שנגנב אין אדם עשוי לחפות בדבר שיאמינו העולם שהוא כדבריו ויבא בעל הפקדון ויתבע את שלו כי לא יאמינהו שנגנב מאחר שאמר בפני הכל תיכף שמצא כל הנכסים ולא חסר דבר וכשאדם רוצה לחפות שלא להשביע את עצמו תולה באדם שאין לו עמו פקדון ואומר לו של פלוני הם כי יסמוך שהאיש ההוא לא יתבע ממנו טענת שקר דברים שלא היו מעולם אבל מי שיש בידו פקדון ונגנב אדרבא דרך העולם להפגין ולצווח תיכף כשנגנב כי היכי דליתי קלא וליפול באודני דמפקיד והיאך נאמר שאומר מצאתי הכל בשביל שלא להשביע את עצמו וראיה מדאמרי' בס"פ גט פשוט דרב ושמואל דאמרי תרוייהו ש"מ שאמר מנה לפ' בידי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין ופרכי' מינה לדרב הונא דאמר ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני נאמן ואסי' רב נחמן אידי ואידי דנקיט שטרא הא דמקויי' הא דלא מקויים פי' דרב הונא בשטר מקוי' מיירי ודרב ושמואל בדנקט ליה בידיה שטר שאינו מקויי' אמר תנו קיימי' לשטריה לא אמ' תנו לא קיימיה לשטריה והק' בתוספות כי היכי דבשאינו מקויים אמרי' שהוא מזייף והאב אמרו שלא להשביע את בניו במקויים נמי נימא פרוע הוא ומדברי האב אין ראיה דשלא להשביע את בניו אמר כן ונר' לר"י דהיכא דנקיט ההיא מלוה שטרא ומקויים אין הלוה רגיל לעולם לומר שלא להשביע שחייב לו מנה כמו שכתוב בשטר היכא דפריע שלא יהיו סבורים העולם שלא פרע עכ"ד והם מוכרחים מתוך הגמ' ואם אמרו שם שהוא חושש שלא יהיו סבורי' העולם שלא פרע אע"פ שבעל השטר עצמו יודע הוא שפרעו ואפשר שהוא סומך עליו שלא יחזור ויתבע ממנו כ"ש כאן שחושש שבעל הפקדון עצמו יהיה סבור שלא נגנב וירדוף אחריו ולא ישוב מפני כל כי יחשוב בלבו בברי שטוען טענת גנב בשקר שהרי תיכף אמר לבני

השיירי שלא נגנב מאתו שום דבר של ראובן הילכך לא שייך כאן שום טענה ומתחייב הוא על פי הודאתו.

ועוד מטעם אחר נראה שחייב שמעון בפקדון הנז' עד שיביא ראיה שנגנב מהא דאיסי דס"פ האומנין דתניא איסי בן יהודה אומר אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר ואם אינו מביא ראיה חייב לשלם. ומייתי התם ההוא גברא דאמר לחבריה זבין לי ד' מאה דני דחמרא אזל זבן ליה לסוף אתא לקמי' א"ל ד' מאה דני דחמרא זבני לך ותקיפו להו אתא לקמיה דרבא אמר לי' ד' מאה דני דתקיפו קלא אית לה למילתא ופי' נ"י קלא אית לה כלומר היה לך לצעו' ולהודיע לרבים ואם לאו יש לחוש שמא קנית חומץ בדמים פחותים ואינך נאמן בשבועה הילכך אייתי ראיה דמעיקרא כי מזבנת להו חמרא מעליא הוה ואיפטר ואם לזה ענשו מפני שלא הודיע לרבים ולא צעק שנכרין הדברים שטען שקר הואיל ולא יצא לו קול כ"ש לזה שלא די שלא יצא לו שם גנבה אלא שאדרבא הודיע לרבים כי משש את כליו ומצא את כל כלי ראובן אחד מהם לא נעדר שהדברים מראים לעין ששקר הוא טוען עכשיו ואין לפוטרו אלא בראיה שלא פטרתו תורה בשבועה אלא היכא דליכא רגלים לדבר והוא במקום שאי אפשר להביא ראיה לדבר אין רואה שבועת ה' אבל כאן יש רואה מקרי דאם איתא קלא הו"ל למילתא וכל בני השיירא היו מכירין באבידה דומיא דההוא חמרא שאין לו טענה לומר לא רציתי לפרסם הדבר שהחמיץ וכיצד אביא עדים אם החמיצו בתוך ביתי ולא היה אדם שיכיר הדבר ולא צייתינן ליה הואיל ורגילות הוא שהדבר מתפרסם שמודיע הדבר לרבים יש רואה מקרי ואינו נפטר בשבועה.

ועוד שמעון זה מתחייב מטעם פשיעה בתחלה ובסוף בתחלה שנתן הפקדון במחאר"ה ובא והקדים לצורך השבת והניחה שמה אין לך פשיעה גדולה מזו שדבר ידוע הוא שבתוך המחאר"ה אף על פי שהיא סוגרת ומסוגרת נקל לפתח' מכל צד ולגנוב כל מה שבתוכה. (נפקד שהניח הפקדון בגמל עם הגוי בדבר שהוא נקל לגנוב וקדם והלך הוא בשביל השבת הוי פשיעה וחייב) ואף על פי שהפקיד עליה העכו"ם הגמל הרי אמרו שומר שמסר לשומר חייב כל שכן לכותי אשר פיהם וכו' והיה לו לשים הפקדונות בתוך המשאות כמנהג הואיל ויודע היה שהיה צריך להקדים לצורך השבת או לכל הפחות היה לו למוסרם ביד סוחר נאמן שבשיירא על פי עדים לשומרם או ביד הגמל עצמו על פי עדים דחזקה לא מרע נפשיה אבל עכשיו שלא מסר לידו של הגמל ולא הודיעו יש לו לגמל טענה שלא שער שהיה לו בתוכה נכסים כדי שיזהר עליהם דהא נטירותא לא קביל עליהם כדאמרינן בסוף פרק הכונס בנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי

בו של כסף הוא שאם פשעה בו אינה משלמת אלא של כסף דאמרה נטירותא דדהבא לא קבלית עלי ושמעון שלא הודיעו פושע הוא שאילו היה מודיעו היה נזהר ולא היה לו לכותי פתחון פה להתנצל וכן מוכח בפ' המפקיד בעובדא דההוא דאפקיד זוזי גבי חבריה אשלמינהו לאימיה אתובינהו בקרטילתא ואיגנוב אמר רבא היכי לדיינו דייני להאי דינא לימא לה לאימיה זיל שלים אמר' לא אמ' לי דלאו דידיה נינהו דאקברינהו נימא ליה אמאי לא אמרת לה אמר כ"ש דאי דידי נינהו טפי מזדהרה בהו אלמא אי לאו משום טענה זו שיטעון שיותר היה לה ליזה' על של בנה היה לנו לחייבו מפני מה לא הודיע לה כדי שתזהר עליה אף כאן פשע במה שלא הודיע לו והזהירו בפני עדים על שמירתן. ואע"פ שגם נכסי שמעון היו שם במחאר"ה כמו שבא בשאלה ואפי' ראובן הרשהו לשים הפקדון שלו בכל מקום שישים נכסיו ומ"מ זהו כשהיה שמעון עם הנכסים ונגנבו עם נכסיו יש לו מענה לומ' שמרתי את שלך במקום ששמרתי את שלי אבל עכשיו שהקדים ובא על מי נטש הנכסי' ומי יחוש עליהם חוץ ממנו זה כמזיק בידים הוא וכמאן דקלינהו דמי ואם הזיק גם את שלו לא בדעת ולא בהשכל בשלו הוא רשאי ואינו רשאי בשל אחרים.

ולבסוף ג"כ פשע כשידע שנגנבו הנכסים שלא קבל על העכו"ם למלכות בפרט כשבא אל ארץ נושבת והיה איפשר לו להציל ולא די זה אלא שראובן היה רוצה לתובעו לפניו למלכות ולא הניחו ואמר לו שהוא יעיד כנגדו בפני האומות שאע"פ שכבר נאבדו הואיל והיה איפשר לו להציל ולא הציל פשיעותא הוא כדאמרינן בסוף השוכר את הפועלים רועה שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קדם חייב לא שנא שומר חנם ולא שנא שומר שכר אלא ששומ' חנם בחנם ושומר שכר בשכ' וזה לא די שלא קדם להציל אלא שאע"פ שעמד ראובן על ממונו להציל לא הניחו ואמר כי יעיד כנגדו, נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מה

מצרימה שנת השנז'.

(אש' ראובן שאמר' לשמעון הארגז הזה החזירהו לי בעת שאתבענו ואם יהיה לך משא ומתן עם בעלי לא תתפסהו בחובך וקבל שמעון ע"מ כן ועתה בעל האשה חייב לשמעון ורוצה לתפוס הארגז מה יהיה הדין) שאלה מעשה שהיה כך היה אשת ראובן הפקידה ארגז של חפצים ביד שמעון ואמרה לשמעון הארגז הזה אני נותנו לך בתורת פקדון שתחזירהו לי בעת אשר אתבעהו ממך אם יהיה לך איזה משא ומתן או הלואה עם בעלי לא תתפוש הארגז הזה בחובך אלא תחזירהו לי כמו שנתתי לך וקבל שמעון הארגז

ממנה על מנת כן לסוף נעשה בעל' מולתזים ובזמן האלתזאם ההוא נשא ונתן שמעון עם בעלה והלוהו סך מעו' אח' ימים באתה אשת ראובן לתבוע הארגז מאת שמעון כי בעלה ברח מהמלכות אמר לה שמעון אני יש לי שטר חוב על בעליך ואני רוצה ליפרע מחפצים אלו אמרה לו והלא התנתי עמך שלא תעכב הארגז הזה בחובך אם תלוה את בעלי והשיב שמעון כל מה שבארגז הם נכסי בעליך והוא לוה ממני ושעב' לו כל נכסיו ותנאיך אינו כלום והאשה אומרת כבר פטרת את הנכסים הללו ולא חל שעבודך עליהם ונתגלגלו הדברים שהובא' האשה לפני שלטון העי' ונתרעמה לפניו על שמהרו כל מלבושים שהיו מנדוניתה שאין דין המלכות כן וגם אמרה שמתוך כך כל מי שהיה אצלו פקדון הכחישו פלוני נתתי בידו ארגז מלא חפצים ואינו רוצה ליתנם לי ושלח השלטון ג' אוש"א ליהודי שיחזיר הארגז לאש' אם אמת הדב' שיש לו ארגז בפקדון ע"כ ועתה יורינו המורה בעיקר הדין אם יוכל שמעון לעכב הארגז או אם הדין עם האשה שלא חל שעבודו על חפצים הללו וגם יורה מורה אם האשה הזאת יש לה דין מוסר לפי שקבלה לשלטון וראוי לנדותה או לא ואם ימשך מזה הפסד לשמעון שילך כל הארגז לטמיון בחו' המלך או יעלילו עליו איזו עלילה מחמת כן ויפסי' איזה מעות אם היא חייבת לפרוע ע"כ. (נכסי' הידועי' שהם מנדונית' או מוהר ומתן שנתן לה אין שמעון יכול לתופס' בחובו ונכסי' הידועי' לבעלה שחל שעבודו עליה')

תשובה אם הנכסים הללו ידועים שהם מנדוניתה או שנתן לה הוא בתורת מוהר ומתן בשעת כניסתה לחופה אין שמעון זה יכול לתופסם בחובו ואין לו עליהם שעבו' כלל אפי' אם לא היה התנאי. אבל אם הם נכסי' הידועו' לבעלה שכיוצא בהם משתעב' לב"ח שורת הדין שחל שעבודו עליהם ויכול לתופס' בחובו ומה שאמ' לה בשעה שהפקידה אצלו שלא יתפסם בחובו אבל יחזירם לה בעת שתתבעהו אין בדברים אלו ממש מכמה טעמי חדא דממילא חל שעבודו על הנכסים ומאי מהני מה שהתנ' על הנכסי' שלא יתפסם מן הדין הם תפוסין ועומדים בידו ואין לומר שיועיל לשון זה לסלק שעבודו מעל הנכסים וכהא דאמרי' פרק הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן וכו' ופרכי' וכי אמר הכי מאי הוי והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולק' הימנה לא אמר כלום ומשני בכותב לה ועודה ארוסה וכדרב כהנא דאמר נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה אלמא בלשון גרוע כזה דדין ודברים שלא סילק עצמו מגוף הנכסים כדמוכח בפרק בתרא דכריתות דקאמר מדין ודברים סליק נפשיה מגופיה דשדה לא סליק נפשיה ומ"מ מהני בכותב לה ועודה ארוסה לסלק זכותו ושעבודו מהם זו אינה ראיה דהתם כדמסיק ומייתי מדרבא

כל האומר אי איפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו ולכך לא בעינן לשון מועי' שכל שאנו רואין שאינו חפץ בטובה זו שתקנו חכמים שומעין לו וכן מוכיח מלשון התוס' וז"ל ולבסוף מייתי מדרבא ליתן טעם שיכול להתנות אע"פ שלא בא לעולם כיון דלטובתו תקנוהו יכול לומר אי אפשי בטוב' זו ובהגה' אשירי כ' דלהכי הוצרך דרב כהנא לומר דאפי' לשון גרוע מהני אלמא דוקא כי הא דרב כהנא מטעמא דרבא דתקנת חכמים הוא וכן כתבה הרשב"א ז"ל בחדוש' וז"ל ומייתי דשפיר מצי לאתנויי עד שלא בא לרשותו וכדרב כהנא וכי תימא ורב כהנא גופיה מאי טעמא ואמרי' דטעמא כדרבא כל האומר אי איפשי וכו' ומפיר' זה כתבה רשב"ם ז"ל בפרק חזקת וז"ל בכותב לה ועודה ארוסה דהיינו קודם שיזכה בנכסי אשתו וכדמסיק ואזיל דבירושות הבאות לאדם בתקנת חכמים יכול לעקרו אם מתנה עליהם קודם הזמן בעוד שלא באו לידן שאו' לא יהא לי חלק באותו ממון העתיד לבא לי בתקנת חכמים דאין מזכין לו לאדם בעל כרחו עכ"ל ומתוך דבריהם אתה למד שלא הועיל שם אלא בתקנת חכמים שתקנו לטובתו אבל שעבוד שהוא מן התורה שתופסם בחובו אין מועיל דבר זה להסתלק ממנו. (תשובת מהר"ם ז"ל דיכו' אדם להתנות עם אשתו שלא תעכב למכור הקרקע אשר הוא רוצה) ומה שמהר"ם ז"ל כתב בתשובה הובאה במרדכי ובהגהות אשירי וששאלת ראובן רוצה לקנות בית ודאג פן יצטרך למכרה ותעכב אשתו עליו היוכל להתנו' עם אשתו בשעת הקניה וכו' נ"ל דלא מציא למהדר דאדם מסתלק בטוב מדבר שלא בא לעולם אין דבריו של מהר"ם ז"ל אלא במתנה בשעת התנאי בתנאי גמור שלא יהא לך שעבוד עליה דאז ודאי מהני אף במקום שאינה תקנת חכמים ולא אצטריך טעמא דרבא אלא גבי דין ודברים שהלשון גרוע שהרי לא סלק עצמו מגוף הדבר. וכן כתבו התוס' ז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בכותב לה ועודה ארוסה מידי דהוה אשאר כסות ועונה דלרבי יהודה כל דבר שבממון תנאו קיים וי"ל דהכא מיירי שלא בדרך תנאי וכו' נמצא לפי זה דבנ"ד שאמר לה שלא יתפסם בחובו אבל יחזירם לה כמו שנתנתם דגריע טפי מלשון דדין ודברים שהוא לא סלק עצמו משעבוד אבל אמר שלא יתפסם בחובו אין בדברים אלו ממש אם לא בתקנ' חכמים שתקנו לטובתו בהאי יועיל לשון גרוע שהרי אינו חפץ באותה טובה אבל זו שהיא שעבוד של תורה אין לשון זה מועיל להפקיעו כלל. ומלבד זה אותה שמועה דבפ' הכותב פרשה הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תת"קס שארוסה שאמרו דוקא הוא אבל קודם לכן אינו כלום. וכן פירשה הר"ן ז"ל דוקא בכותב לה ועודה ארוס' דשייך בה קצת אבל קודם לכן לא מהני דאין לו שום שייכות בנכסים אלא שאותה תשובה למהר"ם שכתבתי לעיל משמע לכאורה שהיא חולקת על זה שיועיל לה לתנאה של אשה אע"פ

שאין לה שום שייכות עדיין בקרקע. (יוכיח שתשובת מהר"ם הנ"ל אינה חולקת על הר"ן והרשב"א ז"ל דיש לחלק בין לשון גרוע ללשון טוב ותנאי גמור) ונרא' שאף הוא לא אמר כן אלא במתנה תנאי גמור דבהא נראה שהרשב"א והר"ן יודו מידי דהוה אהרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסו' ועונה שבאותה השעה עדיין לא היתה לה שום שייכות בהם ולא אמרו דבעי שיהא לו קצת שייכות אלא במה שמסלק עצמו בלא תנאי אלא בדברים בזו מועיל סילוק היכא דשייך בהו קצת אבל היכא דלא שייך לא מצי מסתלק ועוד נ"ל דאף אם היה כאן לשון סלוק טוב שהיה אומר שמעתה הוא מסלק שעבודו שלא יחול על אותם הנכסים אין זה תנאי של כלום שאפי' לא היתה מפקדת בידו הנכסים היה חל עליהם בכ"מ שהם וכיון שכן אעפ"י שאמר לה פטומי מילי בעלמא הוא ודמי להההיא דאמרי' באיזהו נשך ההוא דזבין ארעא לחברי' שלא באחריות חזיא דהוה עציב אמר ליה אמאי עציבת אי טרפי לך מנך מגבינא לך משופרא שבחא ופירי ואמרי' פטומי מילי בעלמ' הוא ולא תימ' דהתם משום שהמוכר הוא שהתנה והלוקח היה לו להתנות דהא תנאה דמוכר אילו הי' בתחלת המקח היה מועיל כמו שכתב התוספות ולא אמרו פטומי מילי בעלמא הוא אלא משום דבתחלת המקח כבר נתרצה לקנות שלא באחריות אע"פ שעדין לא נגמר המקח והיה יכול לחזו' בו מכל מקום אין בדבריו שאמר אי מטרפי לך וכו' כלום שלא גרע כחו בדברים אלו יתר על מה שהיה לו תחילה הילכך פטומי מילי בעלמא הוא אף כאן שנכסים הללו אפילו אם היו ברשותה היה לו שעבוד עליהם אע"פ שאמר לה עכשו שהוא מסלק שעבודו שחק בה בדברים בעלמא כעין ההיא דהגוזל בתרא הרי שהי' בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו ואמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו אע"ג דשליחותו קעביד וכל מילי דשליחו' בדיבו' בעלמ' משעבד משיעשו שליחותן שאני הכא לפי שמעבורת זו לכך היא עומד' להעבי' בני אדם בשכרן ולפי שראוהו להא בהול ונחפז ללכת לא נתרצה אלא בדינר והואיל ולא חסרו כלום אין לו אלא מה שהוא רגיל ליקח או במה שחסרו כההיא דאמרי' בצייד השולה דגים מן הים דאמר ליה אפסדתן נונא בזוזא וההיא דפרק הכותב מהני תנאה משום דעל דעת כן מכנסת לו הנכסים אין לו לומר בכה"ג פטומי מילי שאם לא היה בתנאי זה לא היתה נשאת לו ולא היה זוכה בהם הילכך דבריו מועילים להסתל' מנכסיה. (אדם שמתנה לסלק שעבודו מעל הנכסים יכול לחזור בו אח"כ דכל מילת' דמתקי' בדיבור יכול לבטל דבורו)

ועוד נראה אף אם היה הלשון מועיל לסלק שעבוד' מעל הנכסים מכל מקום הוא יכול לחזור בו אח"כ דכל מילתא דמתקיים בדיבור יכול לבטל דיבורו כדאמרי' בפ' האומר

לענין קדושין אתי דיבור ומבטל דיבור אע"פ שהקדושין היו נגמרין ע"י אותו דיבור כגון האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום קי"ל כר' יוחנן דאמר חוזרת בה אף כאן אפי' אם היה מסלק עצמו בכל לשון שיועיל יכול הוא לחזור עכשיו ולגבות חובו דומיא דשטר מברחת דפ' האשה שנפלו דכל זמן שלא חזרה אם מתה זכה בה מקבל המתנה ומ"מ חזרה מהניא בה ומפקעת המתנה כמ"ש הרא"ש ז"ל שם. וכן מוכ' מדברי התוס' בפ' נערה שנתפתתה אפיסקא דחייב במזונותיה דקאמר זמנין דלא מלו' ופרוק לה מדידיה דמשמע דמשו' תקנת' דידה עשו ומ"מ אינה יכולה לומר איני נפדת ואיני נותנת פירות לפי שמפקעת תקנת פירות לגמרי משום דפירות בכל ימיה תקנו תחת פרקונה אבל באיני ניזונת ואיני עושה אינה מפקעת לגמרי התקנה דאם אמר' היום איני ניזונת למחר תעשה ותהא נזונ' אלמא אפי' אמרה איני נזונת לעולם יכולה לחזור בה ולא מהני אלא למה שעבר כבר והא דמהני באומ' לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך ושוב אינו יכול לחזור בו התם היינו דמאחר שסלק עצמו בשעת נישואין זכתה היא תכף בכל זכות שיש בהם וכי השתא הדר ביה מאי הוי הרי הם נכסים של עצמה ואין לו בהם זכות של כלום דמתחלה לא זכה בהם ולא נכנסו ברשותו כלל אבל בנ"ד כשהוא מסלק עצמו לא זכתה היא בנכסי' שהם של בעלה ואין לה בהם שום שייכו' דלא נתנה כתוב' לגבות מחיים אלא נשארו ברשותו של בעל כשהיו וכשהוא חזר בו גובה אותם ממנו בחובו כיון שנכסי הבעל הם ונכסי דאיניש אינון ערבין ליה. (ראובן שסלק שעבודו מנכסי שמעון ועדיין הנכסים ביד שמעון שלא מכרם גוב' ראובן חובו מהנכסי' שאין גבי' מטע' שעבוד)

וגדולה מזו אני אומר דאין כאן מקום לסילוק מעיקרא שאילו שמעון זה היה בא מחמת טענת שעבוד היינו אומרים שאם סלק שעבודו שוב אינו יכול לתופסם כגון אם היה הב"ח מסלק שעבוד חובו מעל קרקע בית או שדה ושוב מכרה הלוה לאח' אינו יכול המלוה לתפסו בחובו מטעם שקדם שעבודו שהרי סלק שעבודו הימנה אבל אם לא מכרה ועדין היא ברשות הלוה והגיע זמנו של זה גובה אותה בחובו שאין גבי' מטעם שעבוד דאפילו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גבית חוב מקרא מלא הוא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה ואפילו אם התנה בפי' שלא יגבנו כלום יש בדבריו ממש ולא אמר שאדם יכול להסתלק אלא משעבוד או מזכות שראוי לזכות כגון בכותב לה ועודה ארוסה שאינו זוכה מעיקרא בנכסים מכל הטעמים הללו יראה לי בבירור שיכול לתפוס שמעון זה בחובו מטלטלין שהם ידועי' לראובן שאינ' משלה. (ואם יש הכחש' בניה' ושמעון טוען ברי נאמן)

ואם יש הכחשה ביניהם ששמעון אומר שהם נכסי בעלה והיא אומרת שהם נכסיה בזו יש לדין שאם הוא טוען בברי שאלו המטלטלין הם של בעלה ואית ליה שום טענת מגו כגון שלא הפקידה אצלו בעדי' דיכול לומר להד"ם או נאנסו או החזרתי הואיל והוא טוען ברי נאמן דמה לו לשקר אבל אם אשה זו הפקידה אצלו בעדים ואיכא עידי ראיה שהם עכשיו תחת ידו ודאי דלא מהימן משום דלית ליה חזק' בהנך נכסי שהו' תפיס ועדיפא מינה אמרינן בפרק חזקת הגודרות אין להם חזקה מ"ט משום דממילא אזלן ואימור מצאן זה והכניסם לתוך ביתו והלא דברים ק"ו אי גודרות דמספק שמא הלכו מאליהן הוא אין בהם חזק' ואינו יכול לטעון לקוחין הם בידי לפי שאין מה שהם בידו ראיה דדילמא ממילא אזול אלא שברי שלא באו לידו אלא בתורת פקדון פשיטא דלא יהא נאמן לטעון עליה' כלום היכא דלית ליה מגו אלא שאם הוא טוען בברי שנכסי בעלה תשבע היסת על טענתו.

מיהו דוקא כגון שאמרה בפני עדים בהדיא שאותם נכסים הם שלה וקבלת' בתורת שהם שלה אבל אם לאו יכול לומר של בעל' הם ובחזק' שהם של בעלה הפקידם בידי שהרי אין העדים יכולים להכחישהו בזה כי היכי שאם ראו עדים שהביאה לו תחת כנפיה ולא ידעו מה הם והיה יכול לומר שלי הם שהפקדתים אצלה שמא יש כאן עדות אף זו כיוצא בה וכי היכי דגבי זוזי יכול לומר סיטראי נינהו כדאמרינן בשבוע' הדייני' אף בפקדון יכול לטעון משל אחרי' הוא ששלחן על ידיך והחזרתים לבעליה' וכ"ש בנכסי בעל'. (ואם אין טוען ברי אינו נאמן דתפיס' ספק לא הוי תפיסה)

ואם אין שמעון זה טוען ברי פשיטא דבכל ענין דלא מהימן כלל ואין תפיסתו תפיסה דתפיסת ספק לא הוי תפיסה כדמוכח בריש מציעא דאמרינן תקפו כהן מוציאים מידו גבי ספק בכורה משום דאינו תופס אלא מספק וכך העלו התוספות והרא"ש ז"ל דכל שאין התופס תופס מחמת טענה ברורה לאו תפיסה דנכסי בחזקת מרייהו קיימי ואף על פי שהביאו שם התוס' ההיא דסוף השואל גבי נתעברה השנה דלשמואל בא בסוף החדש הדין עם המשכיר דאע"ג דהויא כעין תפיסת ספק שאני התם שנכנס בהיתר לכך מהניא תפיסתו אבל הכא שלא כדין תפס זה שכתבו התוספו' לאו לקושטא דמילתא כתבו כן דכל שתפס בהתר מהני אע"ג דהוה תפיסת ספק אלא להעמיד דברי שמואל דלא תפלוג מילתיה אהך דהכא דתקפו כהן דאף שמואל יודה בזה אלא דהתם אית ליה הך סברא דכיון דתפס בהיתר מהני ואנן לא קי"ל כשמואל בההיא אלא כרב נחמן דאמר אפילו בא בסוף החדש הדין עם המשכיר דלעולם ארעא בחזק' מריה קיימא דכיון דלא אפסיקא הלכתה כוותיה אנן לא ניקום ונילף הלכת' ממילתי' ועוד אפילו ליישב דבריו

של שמואל בלא כך יש ליישבן כמו שתרצו התוספות בפרק ב' דכתובות גבי הא דאמר רב נחמן אוקי תרי לבהדי תרי וכו' דשאני התם כיון דלא בא אלא בסוף החדש ש"מ אודויי אודי ליה נמצא דאפילו לשמואל אינו מוכרח לחלק בכך והרא"ש ז"ל בהלכותיו כת' כללא דמילת' כל שהוא מסופק בדבר לא מהניא תפיסתו לאפוקי מחזקת קמא ואף על פי שהרמב"ם ז"ל בה' בכורות פסק דההיא דתקפו כהן דלא מפקינן מיניה צורתא דשמעתא ברי' מציעא לא מוכחא כן אלא דקי"ל דמפקינן מיני' וכך תפסו כל המפרשים ז"ל והרב ז"ל יחיד הוא בדבר הזה. (ואם היא טוענת ברי והוא ספק אין טענה ספק טענה ונאמנת שלא בשבועה דאין נשבעין על טענת ספק)

ובר מן דין הכא בנ"ד לכ"ע מהימנא איהי בטענתה הואיל והיא טוענת ברי ואין טענת ספק של זה טענה להחזיק בנכסים שהפקיד אצלו דתנן בהגוזל בתרא האומר לחבירו גזלתיך הלויתני הפקדת אצלי איני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם דברי ושמא ברי עדיף והשתא כיון דאשה זו הפקידה בידו תכף נתחייב לה כדתניא פרק חזקת קבל מן האשה יחזיר לאשה. וכתבו התוספות והרא"ש דאפילו אומר הבעל שלי הם לא נייתינן אלא לאשה יהבינן להו וכיון שכן משעה שקבל נתחייב להחזיר להו ועכשיו רוצה לפטור בטענת ספק שהם של בעלה אינו יכול להפטר בכך דהו"ל כאיני יודע אם החזרתי לך הילכך נאמנת היא שלא בשבועה דאין נשבעין על טענת ספק דדוקא ללוה גופיה תקנו הגאונים שבועה על כל מה שיש לו אע"פ שהלה טוענו ספק מפני תקון העולם כיון דשכיחי רמאי ואיכא נעילת דלת בפני לווין כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות לוה אבל לאינש דעלמא אי טוענו מספק שיש לו נכסים של בעל חובו אין עליו עסק שבועה כלל אף זו כיון שאילו היו בידה נאמנת לומר שלי הם ואפילו בעלה עצמו אילו היה טוענה מספק שתשבע לו אם נכסים אלו משלו אין לה לישבע הכי נמי השתא אע"ג שהם מופקדים בידו של זה וטוענה מספק אין עליו אלא חרם סתם ולענין מה שקבלה לפני השלטון ואמרה ששמעון זה יש לו נכסים משלה ושהוא מעכבן נראה שאם ימשך מזה שיקח כל הנכסים למלכות בחוב המלך הואיל ובעלה נודע שהוא חייב למלכות וברח דבר ברור הוא שבכל מקום שימצאו עילה או שמץ דבר להתעולל ולהתנפל על נכסיו בחובו של מלך יעשו ואם היו שם נכסים ששמעון היה זוכה בהם לגבות חובו מן הדין כגון שהיו נכסי ראובן בבירור ונאבדו הכל מחמת שגלתה הדבר למלכות ודאי שנקראת מוסרת וחייבת לפרוע דאפי' אביי דפליג עליה דרבא בההוא שותא דהגוזל בתרא דאזל חד מנייהו ומסריה לפרהגמונה דמלכא וסבר אביי למפטריה היינו מטעמא דיכול לומר אנא כי מסרי דידי מסרי ואפ"ה פליג עליה רבא ואמר כל כמיניה כ"ש כאן שאינה יכולה

לומר דידי מסרי כיון שהיו שם נכסים שהיה יכול לגבו' חובו מהם. ומה שכתוב בהגהות מיימון סי' כ"א והיכא דתקפו לעצמו ביד עכו"ם לא דיינינן ליה דין מסור אעפ"י שהפסיד אותו שתקפו הרבה כגון שהעלילה עליו ולקחו יותר או הענישוהו אין על התוקף דין מסו' דלא מצינו בתלמו' דין מסו' אלא במתכוין להזיק את חבירו אבל זה נתכוון להצי' את שלו ודמי הא מילתא לנסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי אין זה סותר מה שכתב דהכא מיירי שהדבר עצמו שמסר מצי למימר דידי הוא כמו ההיא דנסכא דר' אבא ואין לחייבו עליו כלל ואם נתגלגל שהפסיד יותר מזה שהעלילו עליו זה ודאי הוא גרמא בנזקין ולא דינא דגרמי דלא מצינו בתלמו' דין מסור בכה"ג אלא במתכוון או שהראה הדבר עצמו ולקחוהו שאע"פ שלא היה ברור לו שיקחהו חיי' פושע הוא דהא מדמי' בגמרא הראה מעצמו כנשא ונתן ביד ובנשא ונתן ביד פשיטא שאפילו אם לא היה ברור לו הנזק היה חייב לשלם דפושע אף כאן חייב וכן מוכח בדברי התוספות לא צריכא דאחוויי אחוויי דאפילו בענין זה מחייבינן ליה אע"פ שאינו ברור שיטלוה אלא כדפי' רש"י ששמע מבית המלך שמבקשי' לגזול שדותיו והראה להם ואמר זה קרקע של פלוני ולא היה ברור שיקחוהו דשמא אינם רוצים ליקח אלא את שלו וכאן הדבר ידוע בבירור דבשעה שהזכירה את הנכסי' לפני המלכות והוא היה בורח מפני המלכות מחמת מה שהיה חיי' הו"ל כמאן דאוקימנהו עלייהו דכמאן דקלינהו דמיא כדדרשינן כתא מכמר מה תא זה כיון שנפל אין מרחמין אף ממונם של ישראל כיון שנפל בידן אין מרחמין עליו כת' הרא"ש נוטלין היום מקצתו ולמחר נוטלין את כולו ולבסוף מייסרין את נפשו והורגין אותו שיודה אם יש לו יותר ואין לה התנצלות לומר שחשבה שלא יקחום לפי שבדין המלכות אינם נפרעין מנדוניית האשה דכתא מכמר כתיב וחזקה מבקשים עלילות להתנכל בם כ"ש במקום שיש להם אחוזה ובפרט שלפי האמת אינם מנדונייתה ואיך יסמכו על דבריה שתאמר שהם שלה בלא ראיה ועוד שמתוך דברי השאלה נראה שלקחו כל מלבושיה ובזבזים כולם למלכות ועל זה הלכה לקבול לפניהם ולא הועיל אין ספק דפושעת גמורה היתה וכמאן דנשא ונתן ביד דמי וחייבת לשלם לאחר זמן אלא שאם יש לאשה נכסי מלוג אבל לנדונייתה אין כח מחמת טענה שחשבה להציל הנכסים ולא יאבדו וה' יאיר עינינו בתורתו הנלע"ד כתבתי וחתמתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מו

שאלה בפנינו עדים ח"מ בא הר' ברזילי הכהן יצ"ו הדר פה רודיס ואמר לנו בהיות שבני פלוני אירש אשה שלא מדעתי ונגד רצוני את היתומה פלוני' בת פלוני נ"ע ועל זה אני

מתחייב מעכשיו שאם בני הנ"ל יכנס לחופה עם הנערה הנ"ל מעכשיו אני מקדיש חמש מאות פרחים זהב מנכסי לאחר מותו ר"ן לצורך הישיבה אשר פה רודיס ור"ן לצורך ענייי צפת ויהא הקרן קיים פה רודיס והריווח מהנז' יתנו בכל שנה לצורך הישיבה פה רודיס ולצורך ענייי צפת ואם בני הנ"ל לא יכנס לחופה עם היתומה הנ"ל אין במתנות ההקדשות הנ"ל שום דבר כלל ותנאי זה יהא שריר וברייר וקיים כתנאי בני גד ובני ראובן הן קודם ללאו ורצה הר' פלוני הנ"ל שיהא כח המתנות וההקדשות הנ"ל קיימות וחזקות מתנת בריא דלא הדר כפי התנאי הנ"ל ורצה הר' פלוני הנ"ל שיסודר שטר זה להיות ביד ההקדשות הנ"ל לעדות לזכות ולראיה בכל ב"ד ובכל מקום ובכל זמן כתוקף שטרי מתנות והקדשות הנעשים בישר' כהוגן וכתיקון חז"ל בכל חזוקי סופר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בביטול כל מיני מודעי עד סוף כל מודעי ויד ההקדשות על העליונה וקנינן אנן סהדי מהר' פלוני הנ"ל קנין שלם מעכשיו במנא דכשר למקני' ביה והיה זה. ועתה בנו הנז' ממאן לקיים מתנ' אביו יורונו רבותינו אם יש שום צד לבטל מתנה זו אם לאו ושכרם כפול ומכופל מן השמים.

(יוכיח דבקנין ובמעכשיו ליתא אסמכת') תשובה אם באנו לבטל מתנה זו מחמת שתלה הדבר באם יכנס בני לחופה עם היתומה לומ' דהוי כמו אסמכתא דלא סמכא דעתיה שישאנה אין מקום לומ' כן חדא דבקנין ובמעכשיו ליתא אסמכתא כמ"ש הרמב"ם ז"ל פי"א מה' מכירה שכשהוא מקנה גופו של דבר מהיום לא שייך אע"פ שבזה נתחלקו הגדולים מ"מ פלוגתא דרבוות' הויא אבל מוכח מדברי גדולי האחרונים נוחי נפש דכל שאין הדבר דרך קנס שהוא מתחייב במה שאינו חייב כההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי דהוי כמו קנס וגוזמא קאמר שהרי לא חסרו כ"כ וכן ההיא דאם לא באתי מכאן ועד שלשים יום החזר לו את שטריו דקנס הוא שהרי כבר פרע מקצת חובו וכן כולהו אבל הכא טעם גדול יש בדבריו ולא כמגזים הוא אלא שורת הדין הוא עושה שהואיל ובנו אינו נשמע למצות אביו ונושא אשה שלא ברצונו אף הוא אינו רוצה להנחילו את כל נכסיו וכן מוכח מדברי התוספות בפרק איזהו נשך על קנס שבשדוכין דלא הוי אסמכתא דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חבירו ועוד דכל אסמכתא הוא שאנו מכירין בדעתו שהוא סבור שלא יבא הדבר לידי כך ולא סמכא דעתיה אבל הכ' כבר ארש את האשה שלא כרצונו ועל כן עשה זה כמו שכתב בשטר בהיות שפ' בני ארס את פלונית שלא מדעתי נראה שכבר היה סבור שישא אותה וע"מ כן הקנה והקדיש מעות אלו אלא שהטיל תנאי בדבר שאם לא יבא הדבר לידי גמר אין במתנתו כלום. ובר מן דין הרי כתב הרא"ש בתשובה כלל י"ב דלענין הקדש ענייי

לא שייך אסמכתא וכן כתב כי כן פסק רבינו ברוך דלא שייך אסמכתא על קנס של הקדש שאם לא יעשה כך יתן כך וכך לצדקה שמחויב ליתן ואין בו אסמכתא. וכן כתב המרדכי בפרק ד' וה' משם מהר"ם ז"ל דאמירה לגבוה כמסירה המועלת להדיוט היא. וכן הביא ראיה מדברי רבינו שמשון שנץ וכך הביא מהר"ר איסרלן ז"ל בכתבו סי' נ"ב משם הר' יעקב כהן צדק. ואע"פ שבסוף מציעא הביא המרדכי דה"ה על אותם שנודרי' כך וכך לצדקה אם יצחקו ועוברים על נדרם פטורים מליתן מטעם אסמכתא והביא ראי' מההיא דר' יהודה משום ר' טרפון דאמ' אין אחד מהם נאנס שלא נתנה נזירות אלא להפלאה ובמקום אחר הארכתי על דברי הגהה זו ועיקר ראייתה ומה שקשה עליה והרי הביא שם סבר' מהר"ם ז"ל שחולק עליה וגם כל הני רבוותא שהבאתי למעלה וכוותייהו נקטינן. וגם הרשב"א ז"ל כת' בתשובותיו המיוחסו' להרמב"ן דהקדש בלשון אסמכתא קנה והביא ראיה מההיא דתני פ"ב דנזיר אמר אמרה פרה זו הריני נזירה ומפרש בגמ' באומר הריני נזיר מבשרה וכו' ע"ש בתשובת קפ"ג ואין לומר שנדון מתנה זו כדין נדרי זרוזין לומר שלא עשה כן אלא לזרז את בנו שלא יכנס כההיא דתנן פרק ארבעה נדרים נדרי זרוזין כיצד קונם שאיני פוחת לך מן הסלע והלה אומ' קונ' שאיני מוסיף לך על השקל שניהם רוצים בשלשה דינרים מותר הא ליתא דהא קי"ל בכולה תלמודא דדברים שבלב אינם דברים כדאמרי' בפרק שבועות שתים והת' היינו טעמא גבי ארבעה נדרים דמילי מוכחי וברורי לכל אינהו דודאי אין כוונתו אלא לזרז את חבירו ומכל מקו' אע"פ שלא יתקיימו דבריו רוצה לקיי' המקח וכמו שפי' הרא"ש ז"ל דכיון שדרך התגרים בכך לא מיקרי דברים שבלב וכן פי' הר"ן ז"ל שם ובמשרים כתוב אין למדין מהלכה זו למקום אחר חוץ מדברים אלו שנזכרו בגמ' ועוד שהרי כת' הר"ן ז"ל דדוקא שניהם רוצים בשלשה אבל אין המוכר רשאי ליתנו בשקל ולא הלוקח רשאי ליתן סלע שהרי עיקר משמעות נדרם אינו אלא לכך שהלוקח יוסיף על השקל והמוכר יפחות מן הסלע והכא נמי הרי כל עיק' כוונתו היא שלא יכנס והרי כנס דודאי שנדרו ומתנתו קיימת.

ואם באנו לבטל המתנה מחמת דלא ידעינן אם היו אותם הזהובים בעין בשע' המתנה ואפילו אם תמצי לומר שהיו בעין שמא אח"כ נאבדו ואת"ל דעדין הם קיימים לא נקנו הואיל ולא הקנה אגב קרקע דכיון דמעות נתן אין מטבע נקנה בחליפין. אין לומר כן דהא מנכסי קאמר והוי כאלו הקנה כל נכסיו לצורך אותם הת"ק זהובים שנתן וכן מוכיח מתשובת הרי"ף שהביא הרב בעל ס' התרומות בשער ס"ד דכי אמר שהריני נותן כך וכך זהובים מנכסי בהא ודאי שוה קאמר או שימכו' מנכסיו ויתן לו אותם הזהובים. וכן כתב הרשב"א בתשוב' אלף נ"ה דאע"ג דכי אמרה תורה דוקא קאמר דקי"ל כשמואל

בפ' שבועת הדיינים גבי שתי כסף לי בידך דדוקא קאמר ולא שוה היכא דאמר תנו מנה מנכסי שוה ודאי קאמר ובתשובותיו המיוחסות להרמב"ן תשובה ס"ב האריך וביאר יותר על מי שאמר וינתן מנכסי ת"ר דינרים לשמעון וכלל דבריו דמנכסיו ליפות כחו קאמר שאם נאבדו הדינרים יתנו לו שוה מנכסיו וגם אם פחתו לא פחתו לו אלא נוטל תשלום ת"ר דינרים משלם ואם יש דינרים בעין נוטל מהם דמנכסיו ליפות כחו קאמר ולא לגרוע כחו והואיל שלא נתן את הדינרים אלא מכלל נכסיו שייך בהו קנין חליפין ומה שיש לצדד בזה היא אם נאבדו מקצת הנכסים אם יפסידו בעלי המתנה לפי חשבון או לא יפסידו כלל לפי שיש בזה דקדוקי דברים למקצת המפרשים ז"ל והדבר תלוי באותה שמועה דפ' התקבל דגניבא יוצא בקולר הוה ולא ראיתי להאריך בזה לפי שלא באה עליו השאלה ועוד דכיון שכתוב בשטר חיוב אין אחר חיוב כלום דודאי מוכח ששעבו' עצמו ונכסיו למתנה זו שאפי' אם נאבדו כל נכסיו שהיו מצויין אז בידו ושוב נפלו לו נכסים ממקום אחר מחויב ליתן שאע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם משתעבד לדבר שלא בא לעולם ויש בכל צד וצד מאלו להאריך אלא שאין פנאי שאנו עסוקין בגופי הלכות חמורות דבעו צלותא כיומא דאסתנא, נאם הכותב בנחוץ גדול הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

שלחתי להחכם השלם הרב כמה"ר שם טוב עטיאש נר"ו על מה שכתב בנדון דלעיל דברים שאמר מר לא ירדתי לעיקר טעמן דמאין הרגלים לומר דכיון שכתוב בשטר מהיום לאחר מיתה חזרה הוי וכי אמרינן דמתנת ברי מהני בכותב ולאחר מיתה בוא"ו דהא אף במהיו' ולאחר מיתב גבי גט מספקא לן אי חזר' הוי כדתנן במי שאחזו מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט וגבי מתנה תנן בפרק יש נוחלין הכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה ופרכי' וכי כתב ליה הכי מאי הוי והתנן מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט ומשני התם מספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה הוי אבל הכא הכי קאמ' ליקני גופא מהיו' ופירא לאחר מיתה ופי' רשב"ם גבי גט לא שייך בה שתי מתנות וכו' אבל הכא איכא לאוקומי תרוייהו שפיר וכו' וכיון שכן אפי' כתוב מהיום לאחר מיתה בלא וא"ו הואיל ואפשר לפרש שתי הלשונות דלא לסתרו אהדדי נפרש הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה. ועוד כיון שכתוב בשטר זמן וצוהו לעדים שיכתבו שטר מתנה הא קי"ל כר' יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו דאפי' אי לא צוה הנותן כתב הרשב"א דמסתמא אמרינן כמאן דמפרש דמי ודלא כהרא"ה ז"ל ועוד כיון דכתוב ביה קנין אין אחר קנין כלום אפי' לא כתיב ביה זמן ולא מעכשיו דהא אסיקנן בין אקניה וקנינא מיניה בין קנינא מיניה ואקנייה לא צריך. חזר החכם השלם נר"ו ואמר כי מסברא נראה לו דלענין גט אשה

אע"ג דמספקא לן אי חזרה הוי וכו' היינו באומר ולאחר מיתה בוא"ו דהוי סמוך מהיום אבל באומר מהיום לאחר מיתה פשיטא לן דחזרה הוי וה"ה לענין ממונא חזרה הוי ולא מהני מהיום ומטעם זה אמר דאף זמנו של שטר לא מהני דלא עדיף מאומר מהיום להדי' דאמרי' חזרה הוי ועל קנין סודר אמר דלא אפסיקא הלכתא אלא בקנינא מיני' ואקנייה או אקנייה וקנינא מיניה דהוי יפוי כח בכפל הקנין אבל קנין גרידא לא מהני ושלחתי לו בכתב כי כבדו אזניו משמוע. שלם עלך מלכא שלם עלך מלכא מטיבותיה דמר גדול' מזו אמרו בסו' פ' מי שאחזו גבי ההיא דאמר אביי הכל מודים לכשתצא חמה מנרתקה שרש"י ז"ל פי' שהאומר ה"ז גיטיך לכשתצא חמה מנרתקה וכן ההיא דה"ז גיטך לכשלא אבא לאחר י"ב חדש ליכא למסמך אזמנו של שטר מוכיח עליו דהא בהדיא אמר וכו' וכת' עליו הר"ן ז"ל דאע"ג דר' יוסי כי אמרה בכותב נכסיו לבנו לאחר מיתה אמרה שאני התם דאיכא תרי מילי גופא ופירו' ואיכא לקיימינהו לתרוייהו גופא מהיום ופירי לאחר זמן ואמר עוד שהקשו עליו מדאמרי' לעיל דרב הונא אמר דה"ז גיטיך לאחר מית' דלדברי ר' יוסי חולצת ע"כ הרי מוכח להדיא דאף באומר לאח' מיתה איכא למימר זמנו של שטר מוכיח עליו ואף לדברי רש"י לא אמר אלא בגיטין אבל גבי מתנה מודה הוא דאמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו אע"ג דכתיב ביה לאח' מית' דעיק' מאי דאמרה ר' יוסי למילתי' בהכי אמר' וכיוצא בדברי' אלו כתב הרשב"א ז"ל בחידושי' שם והרמב"ם ז"ל בסוף ה' זכיה כתב שטר מתנה שכתוב בה שיקנה פלוני שדה פלוני' לאחר מיתה בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין כיון שכתוב בו זמן ובאותו זמן חי היה הזמן מוכי' וכו' ולשון הזה כתבה הטור ז"ל סימן רנ"ח בכותב לאחר מיתה מפורש זמנו של שטר מוכיח עליו והדבר מעצמו הוא מוכרע מדאמר ר' יוסי אינו צריך פי' אין צריך שיכתוב מהיום אלא לאחר מיתה דאי לא כתיב ביה לאחר מיתה הו"ל מתנה מחיים והתם לא שייך למכתב ולאחר מיתה בו"או כיון דלא כתוב ביה מהיום אלא ע"כ לאחר מיתה כתיב בה ואפ"ה זמנו של שטר מוכיח עליו. ומיהו לענין גט אשה דכתיב ביה לאחר מיתה לא סמכי' אזמנו של שטר אלא הוי כאומ' מהיו' ולאחר מית' דאמרי' גט ואינו גט דמספק' לן אי חזרה הוי כמו שכתב הר"ן לעיל במתני' דה"ז גיטיך אם מתי וטעמ' משום דא"א לקיים שתי הלשונו' כדכתבינן.

ובדבר הקנין אמר מר דלא מהני אלא או אקניה וקנינא מיניה או קנינא מיניה ואקניה דיש לשון יתו' דמוכח דמיפה כחו לקנות מהיום אבל קנין גרידא לא מהני תימא לי דא"כ אדקאמר בגמ' בדוכרן פתגמי דהוו באנפנא פליגי פי' שהוא זכרון דברים בלי שום קנין ונשמעי' רבותא דאף ביש בו קנין פליגי רבנן כל שלא כפל הקנין בשטר אלמא משמע

דכל דכתיב ביה קנין אפילו רבנן מודו דמעכשיו הקנה והטו' ז"ל כתב וכ' אם יש בו קנין קונה הגוף מיד אפי' אין בו זמן ולא הצריך כפל קנין ובמשרין נתיב ט"ו ויש מי שכתב שאם יש בו קנין אפי' אין בו זמן אינו צריך לכתוב מהיום. ומה שדנתי לפני מורי בכל קנין מעכשיו הוא דהא מההי' שעת' הדרא סודר' למריה והפליג מר את דברי זה לא מטיבותיה דמר ואי מטיבותי' דמר אין להפליגם ולא להזניחם כי דברי דברי התוס' הם בפ' איזהו נשך דף ס"ז ד"ה ומניומי אמר אסמכתא לא קני שבאו להוכיח דאסמכתא אפילו במעכשיו לא קני תדע מדבעי דקנו מניה בב"ד חשוב וסתם קנו מיניה בקנין סודר הוא וקנין סודר אינו אלא מעכשיו דלא מהני לקנות לאחר זמן כיון דבההיא שעתא כבר הדרא סודרא למריה כדאמרי' פרק השותפין דנדרים גבי הוא גברא דהוה ליה ההוא ברא שמיט וכו' וכן כתבה הרא"ש ז"ל בהלכותיו ויש מן הראשונים ז"ל שחלוקין בזה נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מז

עזתה שנת הש"נז.

שאלה יורונו רבותינו שמעון שהיה דר בעיר אחת מערי יהודה ועזה שמה והיא ארץ רחבת ידים לסחורה ובה גנות ופרדסי' וכל מעדני עולם ובהיות שמעון בעזה הנז' היה סוח' נושא ונותן עם הבריו' ואירע שקנה סחור' מלוי אחד מסוחרי העיר ונשרפה הסחורה ההיא והוצרך שמעון לברוח מעזה זמן מה עד ראותו איך יתפשרו קרוביו ביני ביני עם הסוחר ההוא והלך לו למצרים ושם ג"כ נשא ונתן עם הבריות ומצא חן בעיניהם וישב שם זמן קצוב והיה לשמעון הנז' שני בנים והוליכ' בחברתו למצרים שם השיאם נשים ולעולם היה דעתו של שמעון הנז' לחזור לארצו ואל ביתו ביני ביני נפט' שמעון הנז' לבי' עולמו וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק וכאשר ראו בניו כך בחרו להם לחזור לארץ מולדתם יען כי ראו הסוחרים של מצרים היו מתעוללים עליהם לפי ששמעון אביהם היה לו עסק בממון המלך כל זמן היותו במצרים וכעת השני אחי' הנז' בחרו להם לחזור לארץ מולדתם הנז' ואשתו של א' מהאחים נתרצית בלב טוב וחזרה והאח האחר לא רצתה אשתו לעלות עמו ולא יכול לפייסה בשום אופן ובא הוא לבדו והניחה במצרי' ומצא בארצו עסק ופרנסה טובה וכל יודעיו ויודעי אביו לפניו שמחו לקראתו ונתנו לו סחורה ומעו' להתעסק בהם וכתב לה כמה פעמים שתעלה אצלו ושלח לה מעות להוצאות דרכה ולא רצתה וחזר הוא עצמו אחריה וחלה פניה ולא רצתה בשום אופן כעת יורונו אם יוכל להכריחה ואם יכול ליקח אשה אחרת עליה אם תתן כתף סוררת ושכרם כפול ומכופל מן השמים.

תשובה השואל הזה השכיל פיהו וסתם וכת' דר בעי' אחת מערי יהודה שיראה שמחזיקי' בה כארץ ישראל כדי שתהא תשובתי עליה הכל מעלין לא"י ואולם יהיה מקום לומר שהיא מאותה שהבי' בעל כפתור ופרח והיא בס"פ זה בורר א"ר אלעזר חורבא אחת היתה בתחומי עזה והיו קורין לה חורבתא סגורתא ונר' שמתוכה רוצה להוכיח דהיא ארץ ישראל שאין ח"ל מטמאה בנגעי' דארץ אחוזתכם כתי' ועל הנחה זו השיבו מתו' משנתנו הכל מעלין לארץ ישראל ובעניותי הריני דן לפני רבותינו שיחיו שנראה בבירור שהיא ח"ל לכל דבריה דתנן בפרק קמא דגיטין מרקם למזרח ורקם כמזרח מאשקלון לדרום ואשקלון כדרום ועזה בדרומה של אשקלון היא שהכל היא ח"ל ובעי' למידק בגמ' דבבל לאו כא"י היא מדתנן מעכו לצפון ועכו כצפון אלמא כל מה שהוא חוץ לגבולין אלו הכל ח"ל. ובירושלמי דשביעית פ' שלש ארצות אית' בהדיא דחשיב התם תחומי ארץ ישראל וקחשיב גניה דאשקלון ודיי' מן מה דתני גנייה דאשקלון הדא אמרה אשקלון כלחוץ וכת' הכי אמרי' ר' סימון ור' אבהו הוו יתבין אמר הא כתיב וילכוד יהודה את עזה ואת גבולה ליתי עזה את אשקלון ואת גבולי ליתי אשקלון ומשני ההן נחל מצרים ליתי נחל מצרים פי' בתמיהא דאין ראיה מן הכתובים שהרי גם נחל מצרים מתחומי ארץ ישראל היא אלא שלא נתכבשה בכבוש שני וקדוש' הראשונ' לא קדשה לעתיד לבא כדאמרי' ירוש' ראשונ' ושניה יש לה' שלישי אין להם ואי קשיא מהא דאמרינן בפ' עשרה יוחסין וישב ממזר באשדוד דמתרג' רב יוסף ויתובון ישראל לרחצן בארעיהון דמו בה לנוכראין משמע דאשדוד מא"י היא והיא מארץ פלשתים הא לא קשיא דבזמן בית כאשון כארץ ישראל חשיבי והיה הנביא מתנבא על בית שלישי שיבנה בב"י שישוב וישבו בהם ויכבשום חלף דמו בה לנוכראין דבית שני שלא כבשוה עולי בבל. ואין להביא ראיה מהא דאמרינן בפ"ק דע"ז אמתניתין דעיר שיש בה ע"ז חוצה לה מותר וכו' איבעיא לן כגון עטלוזא של עזה מהו ומפרש בגמ' בתירוצא בתרייתא דאלפני אידהן קא מבעיא להו אי מתס' בהו ואם איתא דעזה ח"ל הויא ליתא לפני דהא אמרינן בגולה אינו אסור אלא יום א' בלבד דאיכא לתרץ דעזה וכיוצא בה דסמיכי ומבלעי בתוך א"י אע"פ שאינן חשובים מא"י מ"מ לא הוו בכלל דגולה ואפי' עמון ומואב דעבר הירדן לא מקרו גולה כדאמרי' בר"ה עד שהוא רואה את הגולה כלה לפניו מאי גולה א"ר יוסף זו פומבדיתא אבל עזה לאו מקריא גולה ולאו מא"י היא. וראיה מדאמרינן בירושלמי שלהי מסכת ביכורים גבי הא דאמרינן התם אין ממנים זקנים בח"ל אבל ממנין זקנים בח"ל ע"מ לחזור ר' יצחק בר נחמן הוה בעזה ומנוניה על מנת לחזור אלמא היא חוצה לארץ ואותה תשובה שהביא הרב בעל הכפתור אין ממנה ראיה דהא דקרו ליה חורבתא סגירתא שמא

מזמן בית ראשון היתה שהיו צריכין ליזהר מטומאת האבנים כי הא דאמרי' בירושלמי פ"ה דמעשר שני בית המנוגע נותנין עליו אפר מקלה לציינו להרחיק ממנו את הרגל שלא יטמאו בו ולכך היו מוסרין לבני בניהם להזהירם והכי אשכחן בפ"ח דנדה במקום שהיו מחזיקים בו טומאה ובדקו עד שמצאו בור מלא עצמות ואמרו שהיה בור שמלא ישמעאל בן נתניה חללים. אי נמי איכא לאוקמא אף בבית שני דשמא מופלג מעזה טובא הוא וקרו ליה תחומי עזה לפי שהיתה תחת ממשלתם אע"ג דסתם תחום אלפים אמה תחום שבת כדתנן בפרק הנודר מן הירק הנודר מן העיר אסור ליהנות מן הדרים בעיבורה ומותר בדרו' בתחומה מ"מ בתחו' עצמו אפשר לומר שהיא רשות אחרת כההיא דאמרי' בפ' ר' ישמעאל דף קכ"ג זבלון עול' תחום עכו עולה עמו והלא עכו אינה של זבולון אלא תחומה בלב' ועוד איתא בתוס' דשביעית פ"ד עיירות שחייבו במעשר כתחום סוסיתא ובתוס' דאהלו' כפ' סיסאי דאמרי' בפרק קמא דגיטין נכנס לפניו ר' אלעאי אמ' לו והרי כפר סוסיתא מובלעת בתחום צפורי וקרובה לצפורי יותר מעכו וע"כ לומר סוסיתא לחוד ותחום סוסיתא לחוד אלא שיש לדחות דמ"ה קרי להי מובלעת שאפי' תחומה היה מארץ ישראל אבל סתם עיירות שהניחום כדי שיסמכו עליהם עניים בשביעית כל שדה הארץ אשר סביבותיה הניחו לחרישה ולזריעה אלא מדאקמר בתחומי עזה ולא קאמר בתחום עזה בקצוות הגבול קאמר וגבול מתרגמינן תחו' ולאו על תחום השבת איירי ועוד פוק חזי מה עמא דבר שהרי כל ישראל אשר ישבו שם מעולם ושנים קדמוניות מעולם החזיקוה כח"ל ורבותינו הקדמונים שבירושלי' החזיקוה כח"ל לענין תרומות ומעשרות ושביעית שרוב הפירו' והתבואה של ירושלם מביאין לה מעזה וראיה זו גדולה מראית בית שאן שאמרו בפ"ק דחולין דר' התיר בית שאן לפי שהעידו שר' מאיר אכל עלי ירק בבית שאן בלא מעשר והתיר ר' כל בית שאן ועשאה ח"ל שהיו נוהגין בה איסור כארץ ישראל ואמרו בירושלמי פ"א דפאה ופ"ה דמעשר שני גבי פירות חמישית לא סוף דבר הלכה זו אלא כל הלכה שהיא רופפת בידך ראה מה צבור נוהגין ונהוג כן ואנן חמיי צבורייא דלא מפרשי ובתלמודא דידן נמי בהקומץ את המנחה גבי סתומו' והא רב אית ליה מנהגא והאידנ' נהוג עלמא בסתומו' וכו' והקבל' והמעשה עמוד גדול בהוראה הוא ומעתה אין בדבר ספק דכיון דאינה נחשבת ארץ ישראל לענין המצות הנוהגת בה הרי היא כח"ל גמור' לכל הדברי' שהרי אוירה טמא כדאמרי' בפ' מי שהוציאוהו מעשה בר' יוסי הכהן שהיה מטמא והולך אחר רבו לצידן והכי איתא בפ"י דשמחות וצידן ארץ ישראל היא אלא שלא נתכבשה וגדולה מזו אמר בפ"ק דגיטין עכו כארץ ישראל לגיטין לגיטין אין לעבדים לא והכי אמרי' בירושלמי המוכר עבדו לעכו יצא לחירות ר' ישמעאל

אמר אפי' מעכו לעכו משום דעכו יש בה א"י ויש בה ח"ל אלמא כי היכי דקנסי' במוכר עבדו לח"ל שיצא לחירות הכי קנסי' ליה במוכרו למקו' שהוא מא"י אלא שלא נתכבשה כבוש שני ואע"פ שהרב בעל כפתור ופרח כתב דלכל מילי בר ממעשרו' ומצות אין הפרש בקדושת' בין מה שנתכבש ע"י עזרא למה שלא נתכבש אף אם נודה לו לענין קבור' שכל מה שטרח וחתר להאריך הוא על זה לומר שיש לה מעלה לענין קבורה כמו א"י והוכיח ממה שהאבות בחרו בה לאחוז' קבר קוד' שנבחר' ונתכבש' והאריך זכרו לברכה בזה מכל מקום לענין כפית עליה שאינה אלא בשביל המצות התלויות בה לא אמרי' אלא ארץ ישראל המקודש' ומחויבת במצו' כמו שאמרו לענין המוכר עבדו.

ואני בעניי נראה לי שלכל הדברים השוו אותה לח"ל גמורה שאף היא טמאה כארץ העמים כמו שהוכחנו מההיא דערובין שיוסי הכהן שהי' מטמא ויוצא לחוצה לארץ אצל רבי יוסי בצידן. ומיהו זה יש לדחו' דטעמ' דכיון דלא החזיקו בה ישראל הו"ל כמדורות העכו"ם שהם בחזק' טומאת קברות דדוקא א"י שהחזיקו בה בדקוה וטהרוה ואף לענין ברכותיה של א"י אמרו בסו' כתובו' דברכותי' של א"י בית סאה עושה ת"ק רבו' כור וביבשיבתה של צוען בית סאה עושה ע' כור ומייתי מדתניא א"ר מאיר אני ראיתי בבקעת בית שאן בית סאה עושה ע' כורין ופי' רש"י שהיא משאר ארצו' וכיון שבשאר ארצות יש ע' כורין כ"ש דארץ מצרים שהיא מעולה מהם בית שאן מכבוש ראשון הוא ובאמצע א"י היא ולעולם היו מחזיקים בה שהיא א"י עד שבא רבי והתיר כדאמרי' בפ"ק דחולין וחשיב לה לענין הברכו' כשאר ארצות לכך נ"ל שכל א"י שלא כבשו עולי בבל יש לה דין סוריא דתניא ומייתי בפ"ק בשלשה דרכים שותה סוריא לא"י ובג' לח"ל עפרה טמא כח"ל והמוכר עבדו לסוריא כמוכר בח"ל והמביא גט מסוריא כמביא בח"ל והני תלת מילי שוין בה א"י שלא כבשו עולי בבל עפר' טמא מההי' דיוסי הכהן ולענין עבדי' מדדייקינ' התם עכו כא"י לגיטין אין לעבדי' לא ומעכו וכזיב ולהלן עד הנהר ועד אמנה החזיקו עולי מצרים כדתנן בשביעית ולענין גיטין תנן בהדיא מעכו לצפון ועכו כצפון אלמא כסוריא גמורה חשבינן לה.

ומעתה בנדון שלפנינו דבר פשו' הוא שאין האיש הזה רשאי לכוף את אשתו לעלות לעזה אע"פ שמדברי השואל נראה שרוצה ללמד זכות על עצמו מטעם שהוא חוזר לעירו ולעולם היתה דעת אביה' לחזור לעירם שמא הוא רוצה לדמותה להההיא דאני פלוני שבגליל ארסתי אשה ביהודה לדעת קצת המפרשים ז"ל שכל שהחתן מעיר א' ונשא בעי' אחר' ע"ד ללכת לעירו נשאה זהו כשלא בא לעיר הזאת אלא לדעת נשואין בלב' אבל זה ששמעון אביו הלך שם לעסקיו עם ביתו ועם בניו ודר שם כמה שני' ואח' כמה

ימים השיא שם את בניו אין לומר כאן שע"ד לחזור לעירו נשאה ואע"פ שיאמר שלעולם היה בדעתו של אביו לחזור דברים שבלב הם וגם כי ארכו להם שם הימים כמו שמוכח מן השאלה ואם מה שכתוב בשאלה שהעכו"ם היו מתעוללים עליו מטעם שאביו היה לו עסק בממון המלך אם יתברר דבר זה ודאי יכול להוציאה ממצרים לעיר אחרת שהיא כיוצא בה אבל זה שהוא טוען שבעזה מוצא עסק ופרנסה טובה אין זו טענה ואע"פ שהרב בעל תרומת הדשן בסימן רט"ו התיר לצאת ממקום הנשואין לענין הרוחת מזונו אם לא יוכל להתפרנס שם הנה מוכי' מדברי הריב"ש ז"ל בתשובת פ"א ופ"ח שהוא חולק בדבר זה שלא התי' להר' שמואל מאליו להוציא ממקום הנשואין אע"פ שטען שלא אתדר ליה שלא היה מוצא כדי פרנסתו שם ולבסוף בתשובתו האחרונה התיר לה מטעם שלא נשאה שם אלא שבא דרך מקרה למקום אבי האש' ומשפחתה. ומכל מקום אף דברי בעל תרומת הדשן ז"ל שהתיר לצאת ממקום הנשואין לפי שאינו מוצא פרנסתו שם לא התיר לצאת אלא לעיר שכמותה אבל לא מארץ לארץ ומכרך לעיר שאין פרנסתו תלויה באותו העיר דוקא הילכך אין האיש הזה יכול לכופה לשבת בעזה חדא דאין עזה נחשבת מארץ מצרים שהיא תחת מלכו' אחרת. ומן הערישׁ' ולכאן קורין לה כפר אלש"אם ותנן שלש ארצו' לנשואין וה"ה בכל הארצות שהם חלוקות זו מזו כמו שכתב הרמב"ם ז"ל ועיין בתשובות מהר"ם אלשיך ז"ל על הענין הזה ועוד דעזה לגבי מצרי' כמו מכרך לעיר חשיב דלא שכיח בהו כל מילי כמו במצרים ואין שם רופא ולא שאר דברים הצריכין דהוי כמו מעיר שרובה ישראל לעיר שרוב' עכו"ם כי היהודים אשר שם הם מיעוטא דמעוטא לגבי היהודים אשר במצרים ועוד שאין שם תלמוד תורה שונין הלכות לא מאן דגמיר ולא מאן דסביר אפילו פותח ספר אין בה והיאך יוציאה ממצרים שהוא מקום ריבוץ תלמידי חכמים ועיר גדולה של חכמים ושל סופרים והנרא' לעניות דעתי כתבתי בניחוץ גדול, הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מח

לירושלים עיר הקדש שנת השנ"ז ע"ד בת החכם השלם כההר"ר יונה אשכנזי ז"ל.

שאלה ע"א ראובן שהלך למדינת הים ובגבול סיטלייאש מקום מים שאין להם סוף הספינה חשבה להשבר וירד ראובן מהספינה מגדולה לקטנה להנצל וברדתו נפל לים במים שאין להם סוף והיה עולה ויורד בים ובפעם השלישי נטבע ולא עלה ואבד זכרו ונשתכח שמו והנה זה קרוב לארבעה שני' רחל אשתו עגונה וכעת נמצא כתב מחכם הנעלה כמהר"ר אברהם יעי"ש ידוע ומקויים ששלח לביתו להודיע ולבשר מה שטרח למצא עדים על מיתתו וז"ל הכתב איל איגו דיאוש עני די ליברימון נ"ע ילייב ארי קבלת

עדות קומו לו ווירון מוחירטו אי פסק דילוש חכמים יצ"ו קישו מוגי"ר אינו מותרת קי את"ל אישטה קאזו פיגו ק"י ביין לוטיר באגי ובסוף הכתב כתב אי איל פיג"ו דינה רובישה לו טינגו ביין אין קויידארו בע"ה עכ"ל ושאל השואל אם יש להתיר אשה זו על פי כתב זה חדא ממה שאמר עליו נ"ע שזה הלשון מורה שהי' פשוט אצלו שכבר מת מתוך הקבל' עדו' שבידו ועוד ממה שכתב שהוציא קבלת עדות שראוהו מת ואשתו מותרת שנראה שהוא מעיד מפי עדים שראוהו מת.

תשובה איברא שמשיאין את האשה על פי הכתב אע"פ שמתוך הירושלמי שהביא הרי"ף והרא"ש משמע דלא איפשטא אי בעינן בעדות אשה מפיהם ולא מפי כתבם וכתב הטור שהרא"ש הביא דברי הירושלמי ולא אסיק כחד מנייהו הרי כ' מר"ן והמ"מ והנ"י שהרי"ף שהביא הירושלמי בהלכות סמך על מה שכתוב בר"פ מי שאחזו דאסיקנא דבעדות אשה הקילו בה רבנן אבל בשאר עדיות לא דרחמנא אמ' מפיהם ולא מפי כתבם וכן כתב הרשב"א בחדושיו להדיא והטור לא ראה דבריהם ז"ל גם לא ראה דברי הרמב"ם שכתב ומצאו בשטר כתוב מת איש פלוני ונודע שזה כתב ישראל הרי זה תנשא אשתו ע"כ ואין בזה בית מיחוש מיהו צריך לברר אם זה שכתב כתב זה הוא בחיים אלא שהוא בעיר אחרת ורוצין עכשיו להתירה ע"פ כתבו נלע"ד שאפי' אם היו דבריו מורין להקל כשאי איפשר להתברר עכשיו שהוא קיים אין להורות על פי דבריו עד שישאלו את פיו שיבאר הענין ע"י כתב שאפי' במקום שסמכו חכמים על החזקות להקל היכא דאיפשר להתברר ולעמוד על בוריו של דבר לא יתירו אלא בדבר הברור וכן מוכח בקידושין פרק האומר גבי הא דאמרינן מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פיסולו ביחיד ופרכינן אבעל מו' אי דקא מכחי' ליה מי מהימן והא עד אחד בהכחשה לאו כלו' הוא ואמ' אביי לעול' דקא מכחי' ליה ודקאמרת אמאי מהימן דאמר ליה שלח אחוי וכתבו שם התוס' מכאן יש להוכיח שכל דבר שיכול להתברר עד אחד נאמן עליו אפילו עד אחד מכחישו ובפ"ק דפסחים נמי אמרינן אהא דבעי רב נחמן בר יצחק המשכיר בית לחבירו חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק ואמרינן עלה למאי נפקא מינה לישייליה ומשני דליתיה קמן דלישייליה אלמא אפילו תימא חזקתו בדו' פשיטא ליה לתלמודא דהיכא דאיפשר להתברר לא סמכינן אחזקה ומוקי לה דליתיה קמן שאי איפשר להתברר קודם שיבא זמן איסורו וה"ה כאן אע"פ שהחכ' הזה אינו לפנינו כיון שאיפשר להתברר כשיבא או ישלח כתב לא דיינינן ע"פ כתבו כיון שלא כתב שם דבר הברור וכי תימא ומאי שנא מההי' דאמרינן בפ"ב דכתובות גבי בנתיה דמר שמואל דאשתביין דאמר ליה ר' חנינא לרב שמן בר אבא פוק אטפל בקרובותיך אמר ליה לר' חנינא והאיכ' עדים במדינת הים כלו' עידי טומאה

כדמסי' בסמוך אמר ליה השתא מיהת ליתנהו קמן עידיה בצד אסתן ותאסר אלמא כל היכא דליתנהו קמן להתברר תיכף לא נחוש למי שהוא רחוק אע"ג דאיכא התם עידי טומאה כל שכן כאן שאין הדבר ברור לנו שאותו החכם יעיד לחובת האשה דשמא יעיד לזכותה הא ליתא דהת' כיון שהותר' האשה זו על פיה שהיא נאמנת לומר נשביתי וטהורה אני הרי היא בחזקת היתר עד שיודע לך שנטמאת ואותם העדים כיון שליתנהו קמן כמאן דליתנהו דמי עד שיבואו לפנינו ונחזיק אות' בכשרות על פיה אבל הכא שכל עצמנו אין אנו באים להתיר אשה זו אלא על פי אותו הכתב של החכם עדיין לא יצאת מחזקת אשת איש כל שאיפש' לברר הדבר מפי החכם עצמו שאנו באין להתיר על פיו. ועוד דבפ"ק דקדושין אמרינן גבי ההוא דקדיש באבנא דכוחלא וכו' אבייי ורבא לא ס"ל הא דרב חסד' אם הקלו בשבויה נקל באשת איש וטעמא כדכתבו התוספו' דבשבוי' הקלו משום דמנוולא נפש' באפי שבויה.

ואם אנו באים לדון על הנחה שדבר זה אי איפשר להתברר אלא מפי הכתב הזה אנו חיין ממה שאומר שיש עדות שראוהו מת ויש פסק מהחכמי' על זה שכל שלא נתברר ונגמר דינה והתירוה להנשא אכתי באיסורא קיימא שמלשון הכתב מוכיח שעדין לא נגמר הדין מאת החכמים להתירה במה שכתב קי ת"ל אישטה קאזי פיג"ו כלומר שקרוב ליעשות ולא נעשה וכל שלא נגמר דינה עדיין בחזקת אשת איש עומדת שאפי' אם היה שומע מפי החכמים שהיו מצדדים להתיר' כל שלא גמרו ופסקו וחתמו הלכה למעשה אין למדין מדבריהם דבפרק יש נוחלין תניא אין למדין הלכה לא מפי תלמו' ולא מפי מעש' עד שיאמר לו הלכ' למעש' ואמר רבי אסי לר' יוחנן כי אמר מר הלכ' נעביד מעש' אמר לא תעבידו עד דאמינא לכו הלכ' למעש' ותו דאמרינן בפרק כל הגט בהדי שלשה דברים שאמר ר' אלעזר בן פרטא שנותני' עליהם חומרי חיים וחומרי מתים חד מנייהו היוצא ליהרג פי' שנגמר דינו והרי הוא יוצא ליהרג מב"ד של ישראל ואע"פ כן נותנין עליו חומרי חיים דדילמא חזו ליה זכותא וללישנא בתרא דאמרינן התם לא שנו אלא בב"ד של אומות העולם אבל בב"ד של ישראל כיון דנפק ליה דינא לקטלא קטלי ליה הא פרכי' התם ב"ד של ישראל נמי חזו ליה זכותא ומשני אבייי כי חזו ליה זכותא מקמי דלגמר דינא בתר גמר דינא תו לא חזי זכותא אלמא לכולהו לישני מקמי גמר דינא אמרינן דילמא חזו ליה זכותא ואפי' בתר גמר דינא נקטי רבוותא התם כחומרי לישני שלא להתיר אפי' בתר גמ' דין כל שכן כאן שעדיין לא נגמר ולא יצא מפי בית דין היתר כמו שמוכיח הלשון שאין להתירה בשביל כך ואין לחלק בין דיני נפשות לאיסור ערוה דעריות נמי חמירי כדיני נפשות ואע"ג דהקלו בה משום עיגונא דאתתא היינו בתר

דנחקרה העדות משום חומר שהחמי' בה בסופה והכי אמרי' בפרק יש בכור שאני עדות אשה דהחמירו בה רבנן ופרכי' ומי החמירו והתנן הוחזקו להיות משיאין ע"פ עבד וכו' ומשני כי אקילו בסופו פי' אחר שנבדקה העדות.

ואם באנו לומר דמאחר שהוא הזכיר בדבריו שאמר שיביא קבלת עדות שראוהו מת נתיר אותה על פי הדברים האלה בתורת עד מפי עד ואע"פ שאין שם משפטי הדברים הצריכי' לעדות להתיר אשה שהרי לא הזכיר בדבריו קברתיו וגם לא נתברר אי חזייה בשעתיה ואי אשתהי וגם אם הכירו ע"י ט"ע או ע"י סימני' נחזיק בדברים כפשטן שראהו מת ולא נחקור היאך ראה ובמה ידע כמו שכתב הרמב"ם כבר הודענו שהע' שאמ' שמעתי שמת פ' אפי' שמע מאש' וכו' אבל אמר העד אני ראיתיו שמת שואלי' אותו היאך ראית ובמה ידעת וכו' ויש מן גדולי' האחרונים ז"ל שרצה ללמוד מדברי הרב ז"ל בע"א שמעיד מפי עכו"ם מל"ת במלחמ' ובמי' של"ס דלא בעי' שיאמר קברתיו שאל"כ ניחוש שאמר בדדמי ליה דכיון שאין הנכרי לפני' לבדקו שרינן לה ואנו תולין שאילו היה לפני' והיינו שואלין את פיו היה מעיד בדבר הברור וכמו שכתב הר' מהר"י ן' לב ז"ל בקצ' תשובותיו ונר' לע"ד שאין ללמוד כן מדברי הרב ז"ל ולא דמי' כי עוכלא לדנ' שלא אמר הרב ז"ל אלא לענין דרישה וחקירה כמ"ש הרב המגיד משנה דאע"ג דקי"ל אין בודקים עידי נשי' בדרישׁ' וחקיר' מ"מ צרי' לבדוק כיצד היה הדבר כאות' שאמר בשלהי יבמות מעשה באדם א' שבא לפני ר"ט וכו' דקדק עליו ב' וג' פעמים וכשאין העד לפנינו אין להחמיר דאין דנין אפשר מאי אפשר ועל אותם דברים שהזכיר בסמוך קאמר דכשאמר מת סת' אם הוא לפנינו צריכין אנו לדרוש את פיו לכתחל' שמא מה שאמר מת סתם היינו שראוהו שטבע בים במים שאל"ס או שנפל בגוב אריות או שראהו מגוייד וצלוב אבל כי ליתיה קמן מסתמא כי אמר מת אין אנו חוששים שהעיד בדברים שרובן למיתה דסת' מת על מיטתו משמ' בפשיטו' ונ"ל שלמד יד הרב ז"ל מאותה שאמר מעשה בא' שעמד על ראש ההר ואמר פ' בן כן מת והלכו ולא מצאו שם אדם ופרכי' וניחוש דילמא שד הוא ודילמפ' צרה הוא ומשני בשעת הסכנה וכו' ולא פרכי' דילמא בדברים שרובא למית' הוא מעיד אלמא לא חיישינן כל דלא אתחז' שמת בדברים שאפשרן לומר בהם בדדמי אב' כשהעד או העכו"ם עצמו מעיד שהית' מיתתו במים או במלחמ' או בדברי' דאיכא למיחש בהו דאמר בדדמי אע"פ שאמר מת סת' אין כאן גמר עדות של מית' עד שיאמר קברתיו ואפי' נשתתק או מת שאין אנו יכולים לשאול את פיו אין בדבריו כלו' שעדין לא גמר העדו' ומה דומ' לזה בדיני ממונו' עדי' שהעידו שפ' הלוה לחבירו מנה לכתחילה חובה על הבית דין לבדו' אותם כאותה ששנינו בפ' זה בורר אמור כיצ' אתה יודע שזה

חייב לה אם אמר הוא אמר לי שאני חיי' לו איש פ' אמר לי שהוא חיי' לו לא אמר כלו' עד שיאמר בפנינו הודה או בפנינו הלוה לו אב' אם לא בדקו אותם ב"ד אלא שאמר פ' הלוה לפ' מנה אין אומרי' הוא אמר כן ומשט' הי' בו או עד מפי עד הוא אלא מסתמ' בדבר הברו' הם מעידי' אבל אמרו בפנינו תבעו במנה ואמר הן ולא הזכירו בעדותן שאמ' אתם עדי כלו' יש בעדותן ממש ואפי' אם אין העדי' בפנינו לחזו' לבודקן אין מוציאי' ממון על פיהם מאחר שזה טוען משטה הייתי בו והם לא אמרו שאמר אתם עדי ואף כאן במילת' דאיסור' כשהם מעידי' בדברי' שרובן למית' אין עדותן עדות עד שיעידו בדבר הברו' שאין ראי' ממה שאומר ראיתיו מת בים מאח' שאיפש' שחי היה ונדמה לו שמת ושאומ' כן בדדמי ליה מצאתי בתשוב' הר' מהר"ם אלשקאר ז"ל בסי' כ"ו השי' על מקצ' חכמי' שרצו להוכי' מדברי הרמב"ם ז"ל שאין צרי' לחקו' בעד מפי עד אם העד הראשו' חזייה בשעתי' או לא והשי' הרב הנז' דלא דמי כלל למ"ש הרמב"ם ז"ל והביא מלשון הרמ"ה שכתב על דברי הרמב"ם וז"ל מתוך כך אתה למד ששני עדים שאמרו בזמן שמלחמ' בעול' מת סתם אע"פ שנר' כאילו אמרו מת במלחמה שנאמני' ואין צ"ל מת וקברינוהו ואין חוששין שמא אמרו בדומ' להם עכ"ל הרי שאע"פ שאין עדי' אלו לפנינו כל שאמ' מת סתם משיאין על פיהם דמסתמ' מת על מיטתו הוא אבל אם אמרו מת במלחמ' צריכין שיאמר קברנוהו כדעת הרי"ף ז"ל.[25] ותמיה' לי דלפי דברי מהר"י ן לב ז"ל אם קבלו ב"ד עדו' ע"א ולא חקרו אותו אם קברו או הזיזו ממקום למקום או לאו תנשא בעדו' זה הואיל ואינו עכשיו בפני' דלא גרע מע' מפי עד דמשו' דקמא ליתי' קמן למבדקי' סמכינן עלי' בלא קברתיו נמצא לפי זה שלא הצריכו לומר קברתיו אלא לכתחיל' אבל בדיעב' אם לא אמר עדותו קיימ' ולא מוכח כן מדברי המפרשים ז"ל אלא שכל שלא אמר קברתיו אין אנו סומכין על אותו עדות כלל כדכתב הרב אלפסי ז"ל בלשו' הזה וה"ה לע"א במלחמ' היכא דאמר מת וקברתיו ואי לא קמסהדי הכי הני תרי סהדי לא סמכינן עליהו וכ"ש ע"א או אשה דחיישי' דילמא באומדן דעת' קמסהדי וכן מוכיח

[25] הגה"ה ומיהו לענין אם ניחו' שהע' הא' לא היה מל"ת כתב הרב בעל ת"ה סי' רמ"ה דלא תלינ' להחמיר אע"פ שאם ע"י שאלה כתו' אין כאן עדים התם איכא טעמא דמסתמא לא נאמר ע"י שאל' היה אלא מאליו ספר ואף אם היה בלא קדימת דברים ס"ל דלא נפיק מתורת מל"ת ומאותה ראיה שהבאתי ממעשה באחד שעלה על ראש ההר כו' גם זו ראיה לזה דאם איתא נחוש שמא נכרי הוא ולא קרי מל"ת דמתכון לעדות היה כדפרכינן וניחוש שמא שד הוא ושמ' צרה היא אלא דבהא איכא למתלי דאפי' יהיה נכרי לא נתכוין להתיר אלא להודיע לבני ביתו שיטפלו בו וראיתי בתשובת הרב א"מ ז"ל סי' י"ג שהביא דברי הרב בת"ה ז"ל וכתב דלא נהירא ליה שהוא ספק בעיקר העדות שאם אינו מל"ת אין כאן עדות וכמו שכתב הריב"ש שבספק מל"ת דבר חמור הוא ואם נשא' תצא ולכך החמי' אף בעד אחד שאמר שעכו"ם אחד מל"ת אמר כך וכך במאחר שבין החכמים יש הפרש בכמה דברי' אם יקרא מל"ת או לאו ואזלי' בהו לחומרא כמ"ש הריב"ש ז"ל א"כ היאך נסמוך על מה שאמר הישראל שאמר נכרי מל"ת שמא הוא סבור שיקרא מל"ת וטועה בכך אלא א"כ אמר הדברים שאמר הנכרי ממש ומהם נדע אם הוא מל"ת ע"כ.

מלשון הרמב"ם ז"ל ע"א אומר ראיתיו שמת במלחמה וכו' אם אמר קברתיו נאמן ותנש' על פיו ואם לא אמר קברתיו לא תנשא ואם נשא' לא תצא ואם איתא דלא הצרי' שיאמר קברתיו אלא לכתחילה אבל אם קבלו עדותן בלא קברתיו וליתי' לסהד' קמן שפיר דמי לא היה להם לומר ואם לא אמר קברתיו אלא הול"ל אמר ראיתיו שמת במלחמ' או שטב' בים לא תנש' וא' אמר קברתי' תנש' אב' ממה שא' ואם לא אמר קברתיו משמ' שכל שלא הזכיר בעדותו כן אין עדותו עדות ולא תנשא דחיישי' דאמר בדדמי אע"ג דליתיה קמן למבדקי'. וראיה לדבר דאם איתא דלא הצריכו לומר קברתיו אלא לכתחלה היכא דאיתי' קמן מאי קשיא ליה להראב"ד ז"ל על דברי הרי"ף ז"ל מההיא עובדא דחס' דפ' בתר' דיבמו' דאמר ע"א מאן איכ' בי חסא טבע חסא ואינסיבא ולא אפקוה אף על גב דלא אמר קברתיו דהא לא אמר הדבר אלא לכתחלה אבל בדיעבד אמאי מפקינן לה כיון דאנסיבא ודילמא ליתיה להוא סהדא קמן למבדקיה וגם הרא"ש הוצרך לחלק במים בין שאין להם סוף לי"ס לתרוצא לדהרב אלפסי ז"ל אלמא פשיטא להו דבמקו' שהצריכו לומר קברתיו משום חששא דאמר בדדמי כי לא אמר אין בדבריו ממש. וכן יש להוכיח ממה שהקשו האחרונים ז"ל הרשב"א והר"ן והריב"ש על דברי הרמב"ם ז"ל שהצריך בעכו"ם מל"ת שיאמר קברתיו אפי' שלא במלחמה ושלא במים מהנהו עובדי דההוא דאזיל ואמר מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי ואסב' רב יוסף לדביתהו וכן ההוא דקאמר ואזי' ווי לפרשי זריזא דהוה בפומבדיתא ושכיב ואסב' רבא ואי תימא רב יוסף לדביתהו וטרחו לחלק לדרכו של הרב בין היכא דהעכו"ם מזכיר שמו להיכא דאין עכו"ם מזכיר שמו והם עצמן כתבו דאין החילוק נכון ואם איתא העיקר מה שהצריכו לומר קברתיו כגון במלחמ' או במים לא אמרו אלא לכתחלה אבל ליתי' השתא קמן למבדקיה עדותו קיים מאי מייתו מהנך עובדי דהתם מוכח שאמר דבריהם והלכו להם ולא בדקוהו דשמא אם היו בודקים אותם היו מכוונים ואומרי' קברתיו דכן מוכח הלשון דההוא דקאזיל וקאמר ולהכי אסבינהו לדביתהו אבל לכתחלה בעינן שיאמר קברתיו. ומה גם בענין הא דמספקא לן אי אשתהי ושוב אין מעידין עליו שהראשונים ז"ל נחלקו בדלא ידעי' אי תוך ג' ימים לנהרג אם אחר ג' שיש שאמרו דספיקא דאורייתא היא ואפי' אם נשאת תצא והיכא דנפל למים דבעי' דאסקוה בשעתי' כתב הר"ן ז"ל בתשובה דאפי' לדברי התוס' דסברי דתלי' בתוך ג' ימים מ"מ בנפלט מן הים שאין שיעורו אלא שעה א' מן הסתם אין לתלות ולומר שתו' אותה שעה ראהו שיותר מצוי הוא ששהא שם יותר משעה עכ"ד ואי בסתמ' לא תלינן שיהא בתוך שעה משום דלא שכיח היאך כשבא אחר להעיד מפיו נתלה ויאמר שאם היה כאן העד הא' היה מעיד שהיה בשעתו והרי אינו מצוי. ואחר

ימים ראיתי בתשובו' מהר"ם אלשקאר ז"ל סי' כ"ה וסי' כ"ו שבתחי' רצה לדקדק מדברי הרמב"ם שלא להקפיד בעד השומע אף לענין אשתהי וכתב שיש לחלק ושוב בשני' העלה והכריע דאף בעד השומע חיישי' והכריח מלשון הרמ"ה ז"ל וע"ש.

אמנם בדבר א' אסמוך בע"ד בנ"ד אם יסכימו חכמי עיר הקדש יכוננה עליון אם הדברים שבאו בשאלה הם נודע מפי עד שנפל לים והי' עולה ויורד ובפעם הג' נטבע ולא עלה אם הדבר כן הרי יצתה אשה זו מחזק' א"א דמי' שאל"ס איסורא דרבנן היא דלא חיישינן למיעוט' דפליגי דרוב' וחזק' רובא עדיף ולהכי אמרו אם נשאת לא תצא ואע"פ שמדברי הרשב"א בתשובותיו המיוחסו' להרמב"ן ז"ל משמע לכאורה דבעי' שיעיד העד בהדיא שעמד עליו עד שיעור שתצא נפשו וגם הריב"ש סי' שע"ט כתב וז"ל דטבע במים של"ס מעיד שטבע בים ושהה שיעור שתצא נפשו וכאן לא הוזכר דבר זה מ"מ נר' דאין צריך שיאמר העד דברים אלו ממש אלא כל שהדברים נכרים מתוך העדות שאומר ופעם הג' נטבע ולא עלה מסתמא שעמ' שם וראה שלא עלה שאם הלך לו במה ידע שלא עלה אלא ראה שלא עלה קאמר ובהא ודאי אפשר לנו לסמוך על כתב החכם ההוא שכתב שיביא קבל' עדות שראוהו מת ופסק מהחכמים ששתו מותר' אף על פי שלא פסקו את הדין למעשה סמכי' דחזו בה טעמא להתיר ולא הזכיר בהו דהא קי"ל דבדרבנן עבדי' עובדא והדר מותבי' תיובת' ולא חיישי' דילמא הדר בהו ועוד סמכינן שכל הספיקות שהיו בעדות ובמחלוקתן של ראשונים דיינינן להקל כשאר ספיקי דרבנן אלא שהרב מהרי"ן לב בחלק א' בתשובתו הא' ובחל' ב' סי' י"ב נטה להתי' אף בספ' אשתהי ביו' דהוי לשעה קלה מפני שהוא עד מפי עד דתלינן להקל שהעד הא' הכירו הכרה מעליות' והעידו לו שבאות' שעה פלטו הים והביא ראיה מדברי הרב בת"ה סי' רל"ט שכתב שכיון שהעכו"ם האחרון לא ביא' דבריו אם העכו"ם הא' ספר דבריו מעצמו או ע"י שאלה לא תלינן להחמיר ולומ' ע"י שאלה ספר ע"כ הרי דלא חיישינן באומר מפי אחד אם אמר בדרך שאלה ואפי' הריב"ש דס"ל דעכו"ם מפי עכו"ם לא שרינן א"א לעלמא לא מטעם דחיישי' שמא העכו"ם הא' לא ספר במל"ת כתב כן אלא משום דמל"ת חדוש הוא והבו דלא להוסיף עלה כמו שיראה המעיין בס' תשובותיו כ"ש שלא עמדו דבריו שהרי הר"ן בתשובותיו ומהרי"ק ז"ל בסי' ל' כתב דעכו"ם מפי עכו"ם נאמן להתיר את האש' עכ"ד ז"ל ובעניותי קשה בעיני דא' ספק של תורה אמרו אם נשאת תצא ובספ' שעה דים שכתב הר"ן ז"ל דכיון דשעורו מועט אין לתלו' שתוך אותה שעה ראהו דלא שכיח היאך נתיר עכשיו כשאין העד ההוא לפנינו ונתלה שבאותה שעה קלה ראהו. ומה שהביא ראיה מדברי בעל ת"ה וכתב שאף הריב"ש יודה בזה תימה בעיני דמה שכתב בעת"ה דלא

תלינן להחמיר ולומר שע"י שאלה ספר בזה נמוקו עמו שכתב דהא דלא חשיב מל"ת כשהוא ע"י שאלה ה'ינו כששואלים אותו ישראלים אבל כששואל אותו עכו"ם שלא בפני ישראל חשיב שפיר מל"ת ושוב כתב ותו נרא' דכיון שהעכו"ם האחרון לא ביאר דבריו אם ע"י שאלה ספר לו העכו"ם הא' אם לא תלינן להחמיר ולומר שע"י שאלה ספר והביא מתשוב' מהר"ם דלא אמרי' דלמרמי אימתא קעביד וה"ה לשאר אמתלאות כגון להתפארות או למצוא חן דלא תלינן להחמיר בכל הני אא"כ מוכח וה"ה לענין שאלה עכ"ד ומוכח דמה שהשוה הרב ענין מל"ת להתפארות או למרמי אימתא בהנך דסתמא לא חיישינן אלא אם כן מוכח הכי נמי סתמא לא נפיק מל"ת אצא במתכוין להעיד והיינו ע"י שאלה הילכך מסתמא לא אמרי' ששאל ממנו וע"י כך השיבו כי מה ענינו של עכו"ם לישאל ממנו ולא נבדה אנחנו מעצמינו ששאל וע"י שאלתו הגיד ומתכוין להעיד הוא אבל סתם מצאוהו מת על שפת הים דלאו אורחא דמילתא שנזדמן באות' שעה שפלטו הים היה צריך לפרש אתרמי שעבר זמן הרבה ומה שכתב ז"ל שאפי' הריב"ש דלא שרי בעכו"ם מפי עכו"ם לאו מטעם דחיישינן שלא אמר דמל"ת אלא משום דחידו' הוא. איברא דאנהו חיישי שמא לא היה מל"ת שכן כתב מפני שאין בקי להכיר דברי חבירו אם הוא מל"ת ואם מתכוין להעיד אלמ' חיישי' שמא מתכוין להעיד הוא ומה שכתב דחדוש הוא והבו דלא להוסיף עלה ה"ק וכי תימא הרי הוא אמר שלפי תומו היה מסיח למה לא נאמינהו משום הכי קאמר מל"ת חדוש הוא ולא נקבל דבריו אלא במה שתלוי בראי' לא במה שתלוי בהבנה דעכו"ם אינו בקי להכי' בין מל"ת למתכוין. ולמדנו מדברי הריב"ש דחיישי שמא לא היה מל"ת ואף בת"ה לא אמר דסתמא לאו מתכוין הוי עד שנדע רגלי' לדבר והכי מייתי הר' מהר"י ן' לב מינה לאשתהי דסתמ' יותר משעה אשתהי ומה שכ' עוד וכ"ש שלא עמדו דבריו שהרי הר"ן ומהר"י קולון ז"ל כתבו דעכו"ם מפי עכו"ם נאמן להתי' את האשה תימא הוא שהרי לא כתבו הר"ן ומהרי"ק אלא בעכו"ם מל"ת מפי עכו"ם מל"ת דהיינו שזה שלפנינו שאל האח' מאליו לפי תומו ואדרב' משמע מדבריהם שאם לא אמר שהא' הסיח לפי תומו היינו חוששין שמא מתכוין הוא כ"ש לענין ספקא דאשתהי ועוד יש לתמוה איך כת' דאף לדעת הריב"ש ז"ל תלי' להקל שהרי הריב"ש עצמו באותו הנדון החמיר אף בעד מפי עכו"ם מסיח לפי תומו.

והנה הרב עצמו בתשוב' ר"ם על יהודי' ששמעו מפי עכו"ם שאמר איך אין אתם סופדי' את ראובן כו' ואני מתאונן שבא עבור חיותו חנם כי מקודם הכרתיו שהיה יהודי הגון הייתי בא עמו בספינה והיו עכו"ם צוררי יהודים עמנו והטביעוהו בים ולא היתי יכול להציל אותו בשום פנים והשיב הרב שאע"פ שהעכו"ם אמר דברי' של מיתה שאמר שבא

עבור חיותו לפי סברתו וסבר' רוב העול' דבר כך כי כן רגיל מי שרוא' א' טובע בנהר גדול ונתכס' מעינו ואינו שומע כלל שעלה מן המי' קורא עליו שמתוראי' גדולה מההיא דאמרי' מאן איכא בי חסא וכו' ושוב כתב וא"ת שסח העכו"ם לשונות כוללות המיתה לית לן למידק אבתריה באיזה ענין ידע מיתתו אלא יש לנו לומר שראה שהטביעוהו וכבשו עליו המי' והחזיקוהו ביד' תחת המים עד שיצתה נשמתו כדי שלא ישוט ויצא וכה"ג איתא בתשוב' מהר"ם שאם העד העיד לאחר ג' ימים לא אמרי' לא תהני עדותו כדתנן אין מעידי' לאחר ג' ימים דכיון דמעיד בסתם שנהרג אמרי' דידע ודאי שנהרג כיון שראהו מיד והכירו או שהיה עם ההורגים וראה חבירו שהרגוהו ע"כ אלמא אזלי' בתר סתמא ולא דיקינן אבתרי' אלא תלינן דידע בודא' שמת באיזה ענין ומאורע שהוא י"ל דאין לדמות נ"ד להההיא דמהר"ם דהת' במסיח סת' שנהרג אינו מסיח בדבר דרגילות עלמא למימר בהו בדדמי אלא שאנו באין לחוש שמא לאחר ג' ראהו דכיון דמעיד סתם שנהרג תלינן דידע שפיר שנהרג אבל בנ"ד בגוף העדות איכא למיחש שהרי סיים דבריו מה שאמר שבא עבור חיותו היינו הטביע' שראה ובטביע' רגילי אינשי דחזו ליה טובע בנהר קורי' עליו שם מיתה כדלעיל ע"כ העתקתי מלשונו להוכיח דהתם בעד מפי עכו"ם מל"ת הוא והוא ז"ל מחלק בהדיא החילוק שחלקתי לעיל דכיון שהמסיח סתם שנהרג אינו מסיח בדברי' שרגילי עלמא למימר בדדמי אנו לא נבדה מעצמינו אלא תלינן דידע שפיר שנהרג אבל היכא שבדבריו מוכיח ענין הטביעה שיש לחוש שאמר בדדמי אין עדותו עדו' אע"פ שאין העכו"ם המל"ת לפנינו עכשיו ועוד למדנו דדוקא באומר נהרג סתם הוא דדיינינן להקל ונאמר שראה כשהרגוהו לפניו אבל באומר מצאתיו הרוג או מצאתיו מת אז יש לחוש שמא לאחר ג' ביבשה או לאחר שעה במים הוא נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מט

תשובה כת' הרא"ש בתשובת שאלה כלל מ"ה סי' כ"ו ראובן גרש את אשתו ע"מ שלא תנשא לשמעון אינו יכול לבטל את התנאי כיון שנתן הגט בתנאי ובנטילת הגט ממנה ולחזור ולתנו לה פעם אחרת אין תקנה וכו' ואין תקנה אלא שיקדשנה ויתן לה גט גמור בלי תנאי. ותמיה אני למה לא יועיל ביטו' התנאי שהרי הרשב"א כתב בחדושיו אההיא דהז"ג ע"מ שתתני לי ק"ק זוז אע"פ שהמחיל' אינה מועלת ביטול התנאי מהני וכן מוכח בהרמב"ם ז"ל פ"ח מהל' גירושין הז"ג ע"מ שתתני לי כלי פ' אע"פ שנתנה לו אלף בדמיו אינו גט עד שתתן הכלי או שיבטל התנאי ובתחלת הפרק כתב אם אמר מעכשיו או ע"מ אינו יכול לבטל הגט ולא להוסיף וכו' ולא כתב שאינו יכול לבטל התנאי וכתב ה"ה ז"ל

דבר זה הוא מוסכם מכל הפוסקים חוץ מבעל העיטו' שכתב שאפי' בע"מ וכו' והרא"ש עצמו בכלל מ"ז תשובה ד' ותשובה ה' האריך וביאר שביטול התנאי מועיל דאתי דבור ומבטל דבור והוכיח מההי' דפ' האומר המקדש האשה אחר שלשים יום וחזרה בה בתוך ל' יום אתי דבור ומבטל דבור ועוד הוכיח דכיון דמתנאי בני גד ובני ראובן ילפינן מסתמ' אם אמר יהושע אין אנו צריכין שתבואו עמנו היו פטורין מן התנאי מעתה אין טעם לחלק כלל בין תנאי דע"מ שלא תנשא לשאר תנאים כיון דעיקר הטעם הוא דאתי דבור ומבטל דבור בכל מילי אמרי' הכי והיאך סתם עלינו את הפתח כאן בתשוב' זו ואמר שאין תקנה אלא שיקדשנ' ויתן לה גט גמור. וראיתי בדברי התוס' בריש המגר' אף בתנאי דע"מ שלא תנשאי לפ' בהדיא שיכול לבטל התנאי בד"ה אפי' לא נתגרש' אלא מאישה בסוף הדבור הביאו מה שהק' בירו' מ"ט לא תני בהדיא ט"ו נשים שפוטרו' צרותיהן ומשני תמן התורה אסרה עליו וכו' ופי' התוס' אבל באשת איש האיסו' תלוי במגרש שאם יתירנ' ליבם קודם שימו' אחיו המת שנשא' ועיין בדבריה' שם ופ"ק דיבמו' כתבו התוס' הדבר הזה בעצמו דף י' ואם לחשך אדם לומר שאין דברי הירוש' אמורי' אלא בתנאי דחוץ אליבא דר' אליעזר שהואיל ולאותו פ' לא נתגרש' מעול' יכול הוא לחזור לגרש' לגביה אבל בתנאי דע"מ כיון שנתגרש' לגמרי אצל כל אד' אלא שהטיל בו תנאי שוב לא שייך עוד גירושי' אחרי' וגם ביטול לא מהני אף אתה אמור לו דבתנאי דחוץ לא שייך לאקשויי כלל אמאי לא תני לה בהדי ט"ו נשים כגון שאמר חוץ מראובן ונשא' לשמעון אחיו ומת ונפל' לפני ראובן דמשמע ראובן כבר הותר' לו דתני' התם בסמוך מודה היה ר' אליעז' במגר' את אשתו וא"ל הרי את מותר' לכל אדם חוץ מפ' והלכ' ונשאת לא' מן השוק ונתארמל' או נתגרש' שמותר' לזה שנאסרה עליו ובהכי דייקי דברי התוס' שכשהקשו לענין גירושי' לא הזכירו תנאי דחוץ אלא ע"מ שלא תנש' לפ' וכשהקשו לענין קדושין אמרו ליתני שש עשרה כגון שקדשה א' חוץ מראובן ושמעון וכו'. ועוד אני תמיה אפי' תימא בביטול לא יועיל למה הצריך לקדשה כדי לגרשה ויכתוב לה גט אחר ויתנו לה בלי שום תנאי כלל ודיו בכך דאין לומר דמאח' שנתגרש' הימנו לגמרי אין גט אחר גט ולא מהני מידי הגט האחרון כיון דלא אגידא ביה כלל דמ"מ בשעה שהיא תנשא לאותו ראובן נתבטל הגט הא' והרי היא א"א למפרע ויכול לחול שפיר הגט האחרון שהוא בלי שום תנאי ויש ראיה לזה מהא דאמרי' בפ' נערה קדשה ע"מ וקדשה סתם מקודשת ואמרי' התם טעמא משום דאין אדם עוש' בעילתו בעילת זנות ומסתמ' לשם קדושין גמורין בעל וכן פרש"י שם הרי כאן שאע"פ שהית' תחלה מקודש' גמור' אלא שהטיל תנאי בקדושי' חיילי שפיר קדושיה האחרוני' שהם בלא שום תנאי ואע"פ שלא

נתקיי' התנאי ונתבטלו הקדו' הראשונים מקודש' מחמת קדושי' האחרוני' ואף לגבי גט כיוצא בו הוא ודמיא לשבוע' דתנן בפ' שבועות שתים שבועה שלא אוכלנה שבוע שלא אוכלנ' ואכלה אינו חייב אלא אחת דאין שבוע' חלה על שבוע' ואמרי' בגמ' דכי משכחת רווחא חיילא כדרבא שאם נשאל על הראשונה עלתה לו שניה תחתיה והכי אשכחן נמי גבי הקמה דבעל בפ' נערה המאורסה אמר לה קיי' ליכי קיי' ליכי ונשאל על ההקם הא' חל עליו הקם ב' אע"ג דאין שבועה חל בתוך שבועה ולא הקם בתוך הקם כי משכח' רווח' חיילי ואף לענין גט כן וכן מוכח להדיא מדברי הרמ"ה שהביא הטור דבריו סי' קמ"ג גבי ע"מ שתנשאי לפ' דאמרי' לא תנשא לא לאותו אדם ולא לאחר ואם נשא' לאחר תצא ולא יחזיר עולמית אפילו נתן לה הבעל גט ב' לאחר שנשא' לו משו' דכי אנסבא באיסור א"א אנסבה ואתסר ליה כסוטה וכו' אבל אם נתקדשה לו לבד תצא ולא יחזיר אלא לאחר מיתת הבעל או שיתן לה הבעל גט שני בלא תנאי הרי מוכח מדבריו בהדיא דיש גט אחר גט אע"פ שהראשון היה גט גמור ותשובה זו אי מר חתים עלה צריכה עיון, נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

את זו שלח החכם השלם כמהר"ר יעקב אבולעפיה. החכם השלם הדיין המצויין ראש המדברים סיני ועוקר הרים כמה"רר יוסף נר"ו.

על מה שתמה כ"ת ממה שפסק הטור על המתנה ע"מ שלא תנשאי לפלו' דאין תקנה להתירה לו אלא א"כ יקדשנ' המגרש ויחזור ויגרשנה סתם אבל אין תקנה להתירה במה שיטלנו מידה ויחזור ויתננו לה סתם כי כבר אינה ברשותו שגט גמור נתן לה אלא שהטיל בו תנאי ע"כ שאין אלו אלא דברי נביאות וגם תמה על מורינו הרב זלה"ה איך כתב הדין בפשוט ולא כתב שיש חולקים הרמב"ם והרשב"א ז"ל ובמחילה דבריהם כנים אין בהם נפתל ועקש וכ"ע יודו בהאי דעל מנת שלא תנשאי לפלוני דאין תקנ' להתירה לו עד שיחזור ויקדשנה הגם דס"ל דבתנאי חוץ מהני נטילת הגט ויחזור ויתננו לה סתם ובשאר תנאי דע"מ סגי בביטול לחוד כמו שכתב הטור עצמו בהני תנאי דע"מ שלא תנשאי בעי קידושין וגט סתם ושורש דבר נמצא בו בגמרא גיטין פ' המגרש כיצד יעשה יטלנו הימנה וכו' מאן תנא אמר חזקיה ר"ש בן אלעזר היא דתניא ר"ש בן אלעזר אומר עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הרי גיטיך ר' יוחנן אמר אפילו תימא ר' דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה ע"כ בגמרא וכתב רש"י ז"ל שאני הכא משום הכי צריך לחזור וליטלו דקנאתו בנתינה קמייתא ליפסל בו לכהונה הילכך אי לאו דהדר שקיל לה מינה לא מהני אמירה שהרי כבר זכתה ע"מ תנאי ראשון אבל ההוא דהזור' לא זכתה בו לכלו' ע"כ ועתה דדלינא חספא נשכח מרגניתא תותא

דנמצאו שלשה דינין בביטול התנאי דכל תנאי דעלמא בע"מ קודם קיום התנאי יכול לבטול התנאי ואין צריך לחזור וליטול וליתנו סתם בהא אם לא יתקיים התנאי אינה נפסלת לכהונה והוי כההיא מחלוקת דר"ש בן אלעזר ורבי בההוא דכנסי שטר חוב זה דמאחר שאם לא יתקיים התנאי לא הוי גט אפי' לפסל' מן הכהונה אין צריך ליטלו הימנה ולחזור וליתנו לה אלא בביטול התנאי סגי אבל בתנאי דחוץ מפלו' דנתינה הראשונה עשתה רושם לפסלה מן הכהונ' דאפי' אינה מגורשת אלא מאישה זהו ריח הגט שפוסל לכהונה צריך ליטלו הימנה ולחזור וליתנו לה סתם והיינו דאמרי' בגמרא הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה אבל בתנאי דע"מ שלא תנשאי לפלו' דהיינו נ"ד דמ"מ נפסל' לכהונה אם יתקיים התנאי ולא תנשא לאותו פלו' הוי גרושה ונפסלה מן הכהונה וגם אם לא יתקיים התנאי ותנשא לאותו פלו' לא הוי כע"מ שתתני לי מאתים זוז מכאן ועד יום פלו' וכיוצא שאם לא נתקיים התנאי הוי אשת איש ואם היום או למחר ימות בעלה מותר' לכהונה אבל דבתנאי דע"מ שלא תנשאי לפלו' נפסלה לכהונה ממה נפשך אם לא נשאת הוי גרושה ואם נשאת לאותו פלו' הוי נבעלת לפסול לה ונפסלה מן הכהונה הא קמן דבהאי תנאי דע"מ שלא תנשאי לפלו' לא סגי ביטול התנאי כשאר תנאי דהא קנאתו ליפסל מן הכהונה ומאי דקאמר הטור אבל אין תקנה להתירה במה שיטלנו מידה ויחזור ויתננו לה סתם לא קאי אשאר תנאי דעלמא דהא בשאר אין צריך נטילת הגט וחזרתו דבביטול בעלמא סגי אלא בא לחל' בין האי תנאי דע"מ אתנאי דחוץ דנהי דבהאי תנאי דע"מ שלא תנשאי לפלוני לא סגי בביטול תנאי בעלמא מטעמא דאשכחן בגמרא הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה אבל ליסגי בתנאי דחוץ דיטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה סתם אבל אמר הטור כי כבר אינה ברשותו שגט גמור נתן לה אלא שהטיל בו תנאי דבשלמא בתנאי דחוץ עדיין אגידא ביה שאינה מותרת לשום אדם ושייך ביה לומר יטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הרי את מותרת לכל אדם אבל בתנאי דע"מ שלא תנשאי לא אגידא ביה דהא אם תרצה לינשא תיכף על סמך קיום תנאה תוכל לינשא אם כן לא שייך לומר יטלנו ממנה דהא לא אגידא ביה ובביטול התנאי לא סגי מטעמא דפרישנא דהא קנאתו ליפסל בו לכהונה ממה נפשך כדפרישנא נמצא שאין תיקון אחר זולת קבלת קידושין פעם אחרת דתהוי אגידא ביה ואז יוכל לגרשה סתם.

כלל הדברים דנמצאו שלשה מיני תנאין כל תנאי דעלמא דע"מ בביטול התנאי סגי דהא אם לא נתקיים התנאי אין הגט גט אפילו לפסלה מן הכהונה והוי כההיא דכנסי שטר חוב זה דבאמירה הרי גיטיך סגי מאחר דנתינה הראשונה לא הועילה אפי' לפסלה מן הכהונה ובתנאי דחוץ מפלוני מאחר דנתינה הראשונה קנאתו ליפסל בו מן הכהונה לא

סגי באומר הרי זה גיטיך סתם או הרי את מותרת לכל אדם סתם מאחר דקנאתו לפוסלה מן הכהונה לזה צריך ליטלו ממנה ולומר לה הרי את מותרת לכל אדם ובע"מ שלא תנשאי דאית בה חומרא דחוץ מפלו' דהא קנאתו ליפסל בה מן הכהונה בין תנשא לאותו פלו' מטעם דנבעלה לפסול לה בין לא תנשא לאותו פלו' מטעם דהוי גרושה לא שייך בה ביטול הגט בהיותו בידה כיון דקנאתו ליפסל בה לכהונה ממה נפשך וגם לא סגי בחזרת הגט ונתינתו מאחר דאינה ברשותו שאם תרצה לינשא עם כל אדם חוץ מאותו פ' הרשות בידה נמצא דלא אגידא ביה כדי שנאמר יטלנו ממנ' ויחזור ויתננו לה דהא אינה ברשותו לזה צריך לקדשה ותהיה אגידא ביה שהיא אסור' לכל אדם ואו יגרשנה סתם נמצא שאחר שיקדשנ' תהיה אז כתנאי דחוץ דיטלנו ממנה ויאמר לה הרי את מותרת לכל אדם דבתנאי דע"מ חזרת הגט לא מהני מאחר דלא אגידא עד שיקדשנה ואז תהיה אגידא ביה ויוכל לגרש' סתם ולפי דרכינו למדנו דגם הרא"ש ז"ל יודה בשאר תנאים דבביטול בעלמא סגי ובתנאי דחוץ בחזרתו דמשנה שלימה היא ובתנאי דע"מ שלא תנשאי בעי קידושין אחרי' וגם הרמב"ם והרשב"א ז"ל יודו בזה ואם יש מלין השיבני ומה מאד תמהתי מאותם החכמים שקראו תגר על הדין שדנתי כי כנראה שלא ראו הדין בטור ואין אומרים למי שלא ראה את החדש יבא ויעיד הנלע"ד יעקב אבואלעפיה.

וזאת תשובתי אליו. חשיב ופקיע כר' יהושע בפקיעין: ומצודתו פרוסה כבן בתירה בנציבין: המאור הגדול החכם השלם כמה"ר יעקב אבואלעפיה נר"ו.

עתה ראיתי מה שכתב מעלת חכמתו לישב השמועות ולחלק בין תנאי דע"מ שלא תנשאי לפלוני לשאר כל התנאים ותלה שורש עיקרו של דבר שלא יועיל ביטול התנאי הואיל ונפסלה לכהונה כדאמרי' בגמ' וקנאתו ליפסל לכהונה דמחלק בין הך דחוץ מפלו' דקנאתו ליפסל לה לכהונה להההיא דכנסי ש"ח זה דלא נפסלה לכהונה בהכי לכך חולק ואמר שאר תנאים כיון שאם לא נתקיים התנאי לא נפסלה לכהונ' דמי להההיא דכנסי ש"ח זה ותנאי דע"מ שלא תנשאי הואיל ובכל ענין נפסלה לכהונה דמיא לחוץ מפלוני דלא מהני ביה ביטול. ומטיבותיה דמר אמינא דמתוך השמועה לא מוכחא דטעמא דנפסלה להנשא לכהונה גור' שלא יועיל ביטול התנאי דאדרבא היא הנותנת כיון שקנאתו להפסל בכהונה ולהתי' עצמה לעלמא מעתה אין מעכבה אלא דבור שאמר בעל פה ע"מ שלא תנשאי לפלוני וכיון שכן יכול הוא לחזור ולבטל אותם הדברים דאתי דבור ומבטל דבור וכי בעי תלמוד' למימר מתני' רשב"א היא לאו למימרא דלר' מהני ביטול שיאמר אותו חוץ שאמרתי בטל הוא דהא ודאי לא מהניא דכיון דבאותן גירושין שייר בהם אין בהם תורת גירושין כלל שהרי לא התיר' לאותו פ' ועכשיו אינה מתגרשת

בביטול אבל בעי תלמודא למימר דלר' אמאי לא אמרי' דכיון דאכתי לא נתגרשה משום דאינו כריתות עדיין הגט פקדון הוא אצלה ויחזור ויאמר לה הילך גיטיך ותהא מותרת בו לכל אדם שעכשיו היא מתגרשת מחדש כעין ההיא דכנסי ש"ח זה שעדיין לא נתגרש' ועכשיו מגרשה ואמר ה"ז גיטך ומסיק אפי' תימא ר' שאני הכא הואיל שקנאתו ליפסל לכהונה כלומר דאע"ג דלהתירה לשוק אינ' גירושין כלל הואיל וקנאתו כבר ליפסל בה לכהונה והגיע לידה שוב אינו יכול לגרש ולומר לה ה"ז גיטיך שכבר יצאת מרשותו וקנתה את הגט לענין זה הילכך צריך ליטלו הימנה ולחזור וליתנו לה אבל ביטול התנאי היכא דשייך כגון בנ"ד שנתגרש' כבר גירושין גמורין להתירה לעלמא וכ"ש אף שנפסלה לכהונה ע"י הגט אלא שתלה הדבר בתנאי אחד בעל פה פשיטא שיכול לבטל אותו התנאי וישאר הגט קיים שאינו בא עכשיו לגרשה שכבר היא גרושה ועומדת לבטל את התנאי הוא בא אתי דבור ומבטל דבור כמו שהוכיח הרא"ש ז"ל בשאר תנאי דעלמא ומה שנא זו מזו ומר עביד להך מילתא כהלכתא בלא טעמא דטעמא דקנאתו ליפסל בכהונ' אינו גורם שלא יהא יכול לבטל את התנאי ועוד אטו חוץ מפלוני דלא קנתה הגט לשום דבר אלא משום ריח הגט הוא דקנאתו ליפסל בכהונה עדיף מע"מ שתתני לי ק"ק זוז שקנתה הגט לכל מילי אף להתיר עצמה לעלמא דקי"ל כרב הונא דאמר הרי זו מגורשת ותתן אלמא מעכשיו נתגרשה לגמרי ונפסלה לכהונה לאם תתן לבסוף ואע"פ כן מהני בה התנאי. וכבר יצא הפסד גדול לע"ד בדמיונות הללו שבא לדמו' תנאי דע"מ שלא תנשאי להיא דחוץ מפלוני ושאר תנאים להיא דכנסי ש"ח זה שכתב וז"ל דכל תנאי דבעלמא בע"מ קודם קיום התנאי יכול לבטל התנאי ואין צריך לחזור וליתנו סתם דהוי כההיא דכנסי ש"ח וכו' משמע הלשון דאין צריך דאי עביד מהני אע"פי שלא יבטל התנאי אלא שיטלנו הימנה ויחזור ויאמר לה הרי את מותרת לכל אדם. ובס"פ כתב ומאי דקאמר הטור אבל אין תקנה להתירה במה שיטלנו מידה ויחזור ויתננו לה סתם לא קאי אשאר תנאי דעלמא דהא בשאר אין צריך נטילת הגט וחזרתו דבביטול בעלמא סגי אבל בא לחלק וכו' וכ"ת דע"מ שלא תנשאי לפלוני לא קרי' לה אגידא ביה דהא אם תרצה לינשא תיכף על סמך קיום התנאי תוכל להנשא וניכרין דבריו שרוצה לחלק בין הך דע"מ שלא תנשאי לפלוני דכיון דבידה לקיימו כדכתב הטור ויכולה להנשא על סמך קיום התנאי מ"ה לא מקריא אגידא אבל בשאר תנאים שאין בידה לקיימו בברי שאינה יכולה להנשא על סמך שתקיים קרי' לה אגידא ביה ומהני בה שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה והטור לא כתב דלא מהני אלא בתנאי דע"מ שלא תנשאי שיכול' להנשא תיכף. ואין דברים אלו נוחין אצלי כלל דכל שנתן הגט מעכשיו ע"מ שלא תנשא לפלו'

כבר נפקעה זיקת הבעל מעליה והרי היא כפנוי' לכל דבריה וחיילי עלה קידושין דאחר אם תקיים התנאי לבסוף ורבנן הוא דאחמו' בה שלא תנשא לכתחלה שמא לא תקיים ונמצא גט בטל ובניה ממזרים אבל מדאורייתא מגורשת גמורה היא ואפי' נשרף הגט או אבד הרי היא גרושה למפרע והיאך יטול הגט הימנה כיון דקנאתו להתגרש בו לכל מילי מדאורייתא לא עדיף מילתא דרבנן לשוויא אגידא ביה וכה"ג הוא דאמרי' בפ' יוצא דופן אי ס"ד מופלא סמוך לאיש דאורייתא אתי נישואין דרבנן ומבטל נדרא דאורייתא וכן אמרי' התם לענין תרומת קטן אתי גברא דרבנן ומתקן טבלא דאורייתא אף אנו נאמר אתי זיק' דרבנן ומבטל זיקת א"א דאורייתא דע"י זיקה דרבנן אנו מחשיבין אותו אגידא ביה דתהני בה חזרה להתירה בלי שום תנאי זו אין הדע' סובלתה.

ובר מן דין אף לשיטת כת"ר דטעמא דקנאתו ליפסל בכהונה גורם שלא יהא יכול לבטל את התנאי שתי תשובות בדבר חדא דאיפשר שלא תפסל בגט לכהונ' שתנשא עם זה שאסרה עליו אחר מיתת הבעל דהשתא מעקר ליה לגיטא ומותרת לכהונה אחר שתתאלמן מן השני ועוד דאיפשר שיבטל הגט אף על פי שלא תבעל לפסול לה אלא בנישואין בלבד לדברי הרמב"ן ז"ל דלאו דוקא נישואין גמורין דהא לא חיילי בה נישואין כיון דא"א היא אלא דכי עביד בה כעין נישואין מבטל גיטא הרי שאיפשר שלא תפסל לכהונה כגון שלא תבעל אלא דעביד בה כעין נישואין ואע"פ שמדברי התוס' שם בפרק המגרש משמע שסוברים בפשיטות דלא מתבטל גיטא אע"פ שנשא' לה הואיל ואין נישואין חלין ולא מצאו ענין שיתבטל הגט אלא אם כן עמדה ונשאת לאחר מיתת המגרש שהם הקשו באותה שאמרו הרי שהלכ' זו ועמדה ונשאת לזה שנאסרה עליו לא נמצא גט בטל ובניה ממזרים דאמאי גט בטל הרי אין נישואין חלין שהרי היא אסורים עליו משו' איסו' אשת איש ומאי שנא מדתני' בתוספתא ע"מ שלא תנשאי לאבא ולאביך הרי זה גט ע"מ שלא תבעלי לאב' ולאביך אינו גט חוששין שמא תבעל להם ומשמע דבע"מ שלא תנשאי להם אפי' נשאת ה"ז גט וצריך אני להתלמד בדבריהם וקשיא לי טובא חדא דמה ענין אבא ואביך לאדם אחר מן השוק דודאי אבא ואביך לאו בני נישואין הוו כל עיקר ואפילו עבדי כעין נישואין לאו נישואין מקרו אבל כשאמר לה ע"מ שלא תנשאי לפלוני הא קי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי והרי עכשיו כפנויה אצל כל אדם ואף אצל זה שנאסרה עליו וחיילי בה קידושיו אלא שאחר שהוא מקדשה חוזרין הקידושין ונפקעין מחמת התנאי שמתבטל הגט למפרע ונמצא' א"א שהרי אמר לה ע"מ שלא תנשאי לפלוני וכן מוכח מדברי התוספות לעיל בריש פרקין וז"ל ומיהו נראה לר"י דאפילו בע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי מודו רבנן דלא הוי שיורא דכיון דאין אוסרה אלא

בלשון תנאי הוי כאילו הותרה לכל ולהכי לא מצי פריך מידי ר' יוסי הגלילי ארבנן הכי קאמר וכו' ועוד דלקמן מוכח דאע"ג דלא שייך נישואין באבא ואביך מכל מקום שייך למתני בהו שפיר דבעי לקמן תלמודא אי שיור דזנות מקרי שיור או לא כגון שאו' לה חוץ מזנותיך שהוא מתירה להנשא ובעי למפש' ממתניתין דקתני לאבא ולאביך דע"כ אין השיור אלא לענין זנות דאטו אבא ואביך בני נישואין נינהו ודוק' לאבא ולאביך הא לאחר הוי זנו' שיור ודחי לה דילמא בנישואין דעבר ואינסיב אלמא להא דעבר ואינסיב נישואין קרינן להו אע"ג דלא אפיק לשון נישואין כל שכן היכא דאמר על מנת שלא תנשאי דודאי דלא לעביד כעין נישואין קאמר לה ועוד היה איפשר לפרש התוספות כפשטה דחוששין שמא תבעל ולא קשיא מינה מידי דבע"מ שלא תבעלי לא הוי גט כלומר לא מהני' ליה גיטא שתוכל להנש' בו דחוששין שמא תבעל שלא ברצונ' אבל עד מנת שלא תנשאי דמשמעו' שלא תעשה כדרך נישואין לא חיישינן חדא שהיא לא תעשה כן ברצונ' כדכתב התוס' לעיל גבי שלא תנשאי פ' ועוד דלא חשיד' למעבד בפרסו' כה"ג ואף על גב דבע"מ שלא תבעלי פליג אתלמודא דידן אין תימה דבריית' היא לקמן ובריתות חלוקות הם ועוד צריך אני להתיישב בדברים אלא דלא רווחא לן שעתא והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נ

וזה כתבתי להר"ם קאשטלץ על הענין הנז"ל:

תשובה ראיתי מה שכתב החכם השלם כמה"ר משה קשטלאץ נר"ו על מה שכתבתי בלשון הרא"ש בתשובותיו על מי שגרש את אשתו על מנת שלא תנשאי לפלוני דאין תקנה אם לא שיקדשנה ויחזור ויגרשנה והוקשה בעיני דבריו דלמה לא יועיל ביטול התנאי כמו שכתבתי בראשונה והחכם השלם נר"ו חלק ואמר דלא מהני ביטול אלא אמידי דשמא לא יהא ספק בידה לקיים תנאי כגון ע"מ שתתני לי מאתים זוז דכיון דשמא לא תקיים ואינה יכולה להנשא לכתחילה אכתי אגידא ביה ולהכי מהני ביטול אבל ההיא דעל מנת שלא תנשאי לפלוני כיון דבידה לקיימו שלא תנשא לו ויכולה להנשא תכף על סמך קיום תנאה לא מקריא אגידא ביה ואינו יכול לבטל את התנאי כיון דזכתה להנשא מיד וחילוק זה כבר הוזכר בכתבי האחרון שבידו ושם כתבתי שאין טעם לחלק בכך כיון דמן התורה אחד זה ואחד זה גט גמור מעכשיו הוא ותנשא לכתחילה דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ורבנן הוא דאחמו' בה לומר דבדבר דשמא לא יהא ספק בידה לקיים תנאה לא תנשא לכתחילה שמא לא תוכל אח"כ לקיים תנאה ונמצא גט בטל ובניה ממזרים ומשום גדר וסייג אמרו לא תנשא עד שתקיים דומה למה שאמרו

פ"ב דנדרים קונם ככר זה עלי היום אם אלך למקום פלוני למחר ה"ז בבל יחל פי' לא יאכל הככר היום שמא יבא למח' לידי איסור בל יחל משום דבתנאיה לא מזדהר אניש ולא בשביל כן נאמר שאם אכלה היום עובר בבל יחל שזו אינה אלא תקנת חכמים ואף זו כיון דמאוריי' הא אגרשה לה ופקעה מעליה זיקת בעל משום דחכמים אסרוה לינשא לא מקריא אגידא ביה טפי מע"מ שלא תנשאי לפלוני והבאתי דוגמא לדבר ההיא דפ' יוצא דופן אי ס"ד מופלא סמוך לאיש מדאורייתא אתי נישואין דרבנן ומבטל נדרא דאורייתא כמ"ש שם. ובר מן דין במקום זה לא שייך חילוק זה אפי' היה כדאי דמה לי אי קרית לה דלא אגידא ביה שהוא אינו בא לבטל את הגט כדי שנאמר כיון דלא אגידא ביה אינו יכול לבטלו אלא התנאי בא לבטל וישאר הגט כשהיה ובזה יכול הוא לבטל דאתי דיבור ומבטל דבור לקיים מעשה של הגט ובלשון הזה כתב הרא"ש בתשובתו השנייה סי' ה' והדברי' ק"ו דהתם גבי קידושין דבור מבטל דבור לבט' המעשה של הקידושין כ"ש הכא דאתי דבורא ומבטל דבורא לקיים המעשה של נתינת הגט הראוי להתקיים אף אם לא יתקיים התנאי אם לא דילפי' מתנאי דבני גד ובני ראובן עכ"ל הרי ביא' דכל תנאי שבגיטין דבור בעלמא הוא כיון דלא היה ראוי להתקיים אי לאו דילפי' מתנאי דבני גד ובני ראובן והכי הוכיחו התוס' בפ' אעפ"י אברייתי' דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך שאר כסו' ועונ' דאע"ג דכפליה לתנאי' ואמר ואם יש עלי שאר כסו' ועונה אל תהי מקודשת לי מ"מ מקודשת ופר"י הטעם דאי לאו דילפינן מתנאי דבני גד ובני ראובן שום תנאי לא היה מבטל המעשה הילכך לא ילפינן אלא דומי' דידי' שלא היה תנאי על מה שכתוב בתורה אלמא תנאי אינו מגוף המעשה אלא דבור בעלמא הוא הילכך בדיבור בעלמא מבטל ליה וישאר הגט קיים וכל שכן אי קרית לה לא אגידא ביה שיכול לבטל התנאי וישאר הגט כשהיה ומה שכתב דכי אמרינן בעלמא אתי דבור ומבטל דבור היינו הדיבור של עצמו ולא הדיבור של חבירו אי איפשר להלום דבר זה מהו קורא דיבור של חבירו אי משום דזכתה בגט באותו הדיבור ראשון תו אין לבעל רשות לבטל אותו הדיבור והרי ביא' הרא"ש ז"ל בתשובתו הראשונה דלעולם לא בעי' דעת האשה בתנאי ולא תוכל האשה לומר אדעתא דהכי לא קבלתיו דכיון דמגרש' היא בעל כרח' הוא יכול לבטל תנאו לעולם אף על פי דלא ניחא לה בביטולו ואי משום דזכתה בגט הרי אינו בא אלא לבטל דיבורו כמ"ש ובסמוך חזר וכתב על מה שכתבתי דבביטול התנאי בע"פ שכבר גרשה ועכשיו לא בא אלא לבטל התנאי אתי דיבור ומבטל דיבור במחילה מכבודו אין חילוק בין זה לזה כלל וכי היכי וכו' עד וכל טענתו שיועיל הביטול הוא משום דסבר שאינו בא עכשיו לגרשה וזה אינו דכיון שהוא בא עכשיו לגרשה מחדש

לא מהני הדיבור לגרש בדבר שאינו ברשותו ע"כ ומי ישמע אליו לדבר הזה לומר שהוא בא עכשיו לגרשה מחדש דאילו היינו מחשיבין הביטול כאילו מגרשה עכשיו מחדש היה שיור בגט בעיקרו ואין זה זה כריתות ולא מכשירין בע"מ אלא מטעם דלא שייר בגירושין ולכ"ע שריה אלא שהטיל תנאי בע"פ שאין התנאי נוגע בגוף הגירושין אלא מילתא בעלמא הוא דאתני עלה בע"פ תדע שהרי הותרה אצלו בזנות ע"י הגט ולא התנה אלא על הנישואין ואפילו האומר ע"מ שלא תבעלי שנאסרה אפילו בזנות מכל מקום זה שאסורה אינה מחמת איסורה קמייתא שעמדה באיסור א"א לזה ביחוד אלא מטעם שתלה קיום הגט בתנאי זה ואם מבטל לא יבטל הגט ונאסרה על כל העולם בכלל וכן כתב הרא"ש בהלכותיו וז"ל וא"ת כי מוקי לה בחוץ אדפריך לר' אליעזר תקשי נמי לרבנן בע"מ שלא תבעלי וי"ל דהואיל ולשון תנאי הוא דאסרה עליו הו"ל כאילו הותרה עליו לכל מילי אלא שהטיל עליה תנאי שלא תבעל לזה כלל והא דפריך והרי הותרה אצלו בזנו' בלאו הכי ה"מ לאקשויי הואיל ולשון תנאי הוא הוי כאילו הותרה לכל אלא מקשה הקושיא הפשוטה עכ"ל וכלשון הזה כתב הרשב"א ז"ל הרי מפורש דע"מ נתגרשה לגמרי ולא נשאר עליה שום זיקה אלא התנאי וכשבא עכשיו לבטל את התנאי נשארו הגירושין במקומן כשהיו ולא הוסיף בהם דבר אלא שבטל את תנאו והיאך נאמר שעכשיו מגרשה מחדש וכי היכי דבשאר תנאים יכול לבטל את תנאו אפי' אם נשרף הגט או אבד מחמת נתינה קמייתא ולא אמרינן עכשיו מגרשה מחדש לא בעי' שיהיה בעין אף זה כן.

עוד כתב החכם השלם נר"ו עוד יש לי להביא ראיה מן הגמר' דבע"מ שלא תנשאי לא סגי בביטול וכו' עד אלא ודאי ע"כ אית לן למימר דאפי' נתבטל התנאי פוסלתה לכהונה ולפיכך אסורה לאותו כהן שנאסר' עליו ובסוף דבריו כתב דטעמא דלא אמרינן כיון שלא נתקיים התנאי לא חל הגט מעיקרו כדאמר בשאר תנאי משום דבע"מ שלא תנשאי לפ' יש בידה לקיים תנאה ומקרי שפיר גרושה מאישה ופוסלתה מן הכהונה והך שמעתא דמר מרפסי איגרי דלפי דבריו כל תנאי שבידה לקיים כגון ע"מ שלא תלכי לבית אביך עד שלשים יום וע"מ שלא תאכלי בשר זה שלשים יום אע"פ שעברה תנאה ונתבטל הגט כבר נפסלה לכהונה ולא גרע מגרושה מאישה דמפסלה אע"פ שאינו גט ובאמ' דאפי' יהושע בן נון אמר' לא צייתינן ליה דודאי גרע מגרוש' מאיש' דכל שלא נתקיי' התנאי בטל הגט ואפי' ריח הגט אין כאן וכי פסלי' בהרי את מותרת לכל אד' חוץ מפלוני גזרת הכתוב הוא אפי' לא נתגרש' אלא מאיש' כדכתי' ואש' גרוש' מאיש' אע"פ שאינו גט להתירה לעלמא זו נקרא ריח הגט הפוסל בכהונה שאותו ריח הגט לעולם אינו מתבטל אבל הכא אע"ג דהשתא מגורשת גמורה היא משלא נתקיים התנאי נבטל הגט לגמרי

ומתני' דפרק הזורק סתמא קתני בית הלל אומרים אע"פ שנתנו לה על תנאי ולא נעשה התנאי לא פסלה לכהונה ופסיק ותני בכל תנאי בין תנאי שבידה לקיים בין שאין בידה לקיים משלא נעשה נתבטל הגט ולא נפסלה לכהונה ורא"ש מן הגמרא אינ' רואה לה עיקר שהוא הקש' אם איתא דכשנתבטל התנאי אינה פסול' לכהונה התם נמי אמאי פסולה לאותן כהן שנאסרה עליו הרי מיד כשנשא' לו כשנכנס' לחופה עד שלא נבעלה מיד נתבטל התנאי ואח"כ היא מותרת לכהונה ומה בכך אם תכנס עמו לחופה בטל הגט למפרע ואין בה שום צד גירושין אבל אם לא היה ביטול הגט והיתה מגורשת אצל כל אדם אע"פ שלעצמו אינה אלא אלמנה אסורה עליו מטעם צד גירושין שבה ועיקר קושיתו של ר' עקיבא היא דכי היכי דגבי איסור גרושה הקל' אסורה מטעם צד גרושין שבה אם לא היכא דנתבטל הגט לגמרי דאז היא אלמנ' לכל העולם ואין בה צד גירושין כלל אבל כל זמן שהיא מגורשת לאחרים מיהת אפי' שהיא אלמנה אצלו אסורה כ"ש בא"א החמורה שתאסר משום צד אשת איש שבה ואפי' תימא דלא שייך איסור זה כיון דסופה לינשא ויתבטל הגט ותהא מותרת מ"מ אי הוה שייך כגון שלא היה מתבטל הגט ע"י נישואין היתה אסורה מטעם צד גירושין שבה קל וחומר בא"א שתאסר מטעם צד אישות שבה כל שכן דשפיר שייך איסור גרושה ע"י נשואין כגון אם קדשה בביאה דתחילת ביאה באיסור גרושה קיימא דעד עכשיו היתה בתורת גרושה ולא יצתה משם גרוש' עד שתבעל לו נמצאת תחילת ביאה באיסור גרושה קיימא וגדולה מזו אמרינן בירושלמי בפרק המגרש הרי זה גיטיך ע"מ שתבעלי לפלוני בתחילה אסור לבעול עבר ובעל הותר הגט למפרע ופי' הרשב"א ז"ל משום דנמצאת תחיל' ביאה באיסור אשת איש אלא שהוא ז"ל נתקש' בהבנתו וכתב מיהו איכא למידק דהא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי וא"כ מאי איסורא איכא כשבועל פנויה הוא בועל והניח הדבר בצ"ע והכ' בנ"ד אדרב' לטעמו של הרשב"א ז"ל דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו נמצא דלעולם בחזקת מגורשת היא וכשהיא נבעלת אצלו בתורת נישואין פגע באיסור גרושה בתחילת ביאה ומינה מייתי דאע"ג דהיא אלמנה אצלו אסורה מטעם צד גירושין שבה ובר מן דין מבעיל' בלא נישואין מצי מייתי ראיה שאין הגט מתבטל בכך כדאמרינן בגמרא הרי הותרה אצלו בזנות ואסורה עליו מטעם גרושה אף בלא נישואין כדאמרינן בפ' בתרא דקידושין אמר רב יהודה כהן גדול באלמנה לוקה שתים אחת משו' ולא יקח ואחת משום לא יחלל ופי' רש"י וה"ה בכהן הדיוט בגרושה וחלל' דחייב על בעילה גרידא בלא נישואין משום לא יחלל וכן כתב הרמב"ן וכל המפרשים ז"ל אלא שהרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' איסורי ביאה נראה שהבין דהך דרב יהודה בכ"ג דוקא קאמר וכבר תפסו הראב"ד ז"ל בזה וכת' שלשון

הגמ' הטעהו ולא היא דה"ה בהדיוט דגמר ג"ש מכ"ג ומינה מייתי שאסורה עליו מטעם גרוש' אע"פ שהיא אלמנה אצלו מטעם צד גירושין שבה אשת איש החמורה לא כל שכן ומתוך שתקע עצמו החכם שיחיה שסברא זו תפס דברי הרב מהר"ש בר צמח והסכימה לדעתו ועשאו טועה במה שלא יטעה תלמוד שלא נתפתחו עיניו בהלכה במה שכתב אבל יש לדקדק בזה שאם נתאלמנה משמעון שנאסרה עליו אם מותרת לכהונה כיון שנתבטל הגט או אסורה דתנאי נתבטל גט לא נתבטל והקשה עליו דאי אפשר לומר כן דודאי כשמתבטל התנאי נתבטל הגט ולפי שיטתו הי' לו לדקדק בדבריו למה הוצרך לומר שנתאלמנה משמעו' אפי' לא מת שמעון אלא שנשאת לו דרך נישואין ונתבטל התנאי מחמת הנישואין ונמצא אשת איש למפרע ושוב מת בעלה הראשון שאסורה לכהונה דלא גרע מגרוש' מאישה אבל דברי הרב ז"ל ברורים ומחוורים שהוא ז"ל הביא תחיל' מחלוקתן של ראשונים נוחי נפש בנשאת לאחר ומת המגרש אם יכולה להנשא עכשיו לשמעון זה שנאסרה עליו דלמקצת גאונים ולדעת התוספות אפי' נשאת לאחר מיתת המגרש גט בטל למפרע ובניה מן הראשון ממזרים ולדעת מקצת גאונים שהביא בעל הלכות גדולות יכולה להנשא דכיון דמתבטל ליה תנאי ולא בטיל גט למפרע ולא הכריע הרב ז"ל עכשיו במחלוקת זה וכתב עוד שאם לא נשאת לשום אדם עד שמת המגרש פשיטא דמותרת לשמעון כלומר בזו אין לחוש דליתיה בפלוגתא דרבוותא אבל יש דקדוק בזה כלומר זו היא שתלויה בפלוגתא דרבוותא שאם נתאלמנה משמעון לאחר שמת המגרש אם מותרת לכהונה כיון שנתבטל אז אסורה לדעת הגאונים דסברי דתנאי נתבטל גט לא נתבטל זו היא הבנת דבריו לכל המסתכל בהם אבל לעולם כשנתבטל הגט בחייו כגון שנשאת לזה שנאסרת עליו לא דינא ולא דיינא דלכ"ע בטל הגט למפרע דמותרת לכהונה.

ונשאר עלי לבאר דבר אחר שאנו חלוקין בו שהחכם השלם נר"ו רוצה לומר דגם כשחזר ואמר ה"ז גיטיך סתם או הרי את מותרת לכל אדם סתם הוי בכלל ביטול והכל יקרא ביטול לקיים את הגט והוכיח כן מלשון הרב המגיד שכתב על לשון הרמב"ם ז"ל בע"מ שתתני לי כלי פלוני וכו' אומר שיבטל את הגט וכתב המגיד פי' שיכול לומר ה"ז גיטיך בלא תנאי הרי שמה שחזר ואמר ה"ז גיטיך קרי ליה ביטול וגם הרשב"א ז"ל כתב כלשון הזה וקראו ביטול וכמדומה שהוא סבור שמה שכתבו בלא תנאי הוא דבריהם ז"ל כלומר שיאמר הבעל ה"ז גיטיך מבלי שיזכיר תנאי אלא סתמא וזה אינו דלע"ד כל שלא ביטל תנאו בפירוש לא נתבטל ואותם הדברים שכת' הם לשון הבעל בעצמו שיאמר יהא גט בלא תנאי בפי' זו היא שקורין ביטול תנאי ונמצאת גרושה משעה ראשונה בביטולו של

תנאי וגם מה שהביא מדברי הרמב"ם ז"ל ע"מ שתתני לי מאתים זוז וחזר ואמר הרי זה גיטך על מנת שתתני לי שלש מאות זוז לפי מה שפי' בה הרב המגיד שתי לשונות אין עניינו לכאן וק"ל עוד הקשה עליו מהתוספו' שהביא הרשב"א ז"ל אמר לה הרי זה גיטיך על מנת שתתני לי מאתים זוז וחזר ואמר הרי זה גיטך מעכשיו לא אמר כלום כיצד יעשה יטלנו הימנה ויחזו' ויתננו לה והעמיד הרשב"א ז"ל אליבא דר"ש בן אלעזר דלדידן דקיימא לן כרבי בביטול בעלמא סגי וחזיתיה לדעתיה דמר שרוצ' לפרש התוספות מטע' ביטול דלרבי בביטול התנאי סגי ולכך שנה לשון התוספות וכתב וחזר ואמר הרי את מותרת לכל אדם סתם ולדידיה זה נקרא ביטו' כמו שכתבו מפורש ומתניתא לא אמרה כן אלא הרי זה גיטיך מעכשיו ואי בביטול תנאי מיירי הרי היא גרושה למפרע משעה ראשונה שנתנו לה ואם נתקדשה לאחר באותו זמן תפסי בה קדושין ונאסרה על זה והיכי קתני מעכשיו ועוד קשיא טובא אפי' יהבינן ליה שיטתיה לומר דהרי את מותר' לכל אדם נקרא ביטול היאך נאמר דלר' שמעון בן אלעזר לא מהני הביטול אם לא שיטלנו הימנה ויחזור ויתנ' לה דכיון דקי"ל דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואפילו אבד הגט או נשרף שלא היה בעול' בשע' קיום התנאי כ"ש כשהוא בעולם שאין צריך ליטלו הימנה וביטול התנאי בקיומו הוא כמו שכתב הרא"ש כמה פעמים בתשובתו וכי היכי דבקיומו לא בעי' שיהיה בעולם גם בשעת ביטולו שהוא כמוהו לא בעי' שיהיה בעולם כל שכן דלא בעינן שיטלנו הימנה ואם נאמר דאותה ברייתא אתיא כמ"ד האומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי אז ליכא שום הוכחה מינה דכיון דלאו כאומר מעכשיו דמי אכתי עדיין לא נתגרשה ולר"ש בן אלעזר דבעי נתינה בשע' גירושין צריך ליטלו הימנה כההיא דבכנסי ש"ח אלא שקשה הדבר משום דרישא דהך ברייתא הכי מתנייא בתוספתא ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי ק"ק זוז ונתקרע הגט או אבד הרי זה גט שכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ונראה בעיני דהך תוספתא לאו בביטול התנאי לקיים גירושין ראשונים בלא תנאי מיירי שאילו רצה לבטל תנאו אפי' לרשב"א לא היה צריך שיטלנו הימנה אלא בגירושין שניים מיירי דאע"ג דמעיקרא גרשה בתנאי שתתן לו מאתים זוז עכשיו חוזר ומגרשה סתם מעכשיו באותו הגט עצמו דהשתא הוא מגורשת ממה נפשך אי מקיימה תנאה הרי הוא מגורשת בגירושין הראשונים ואין במעשה האחרון כלום ואי לא מקיימה תנאה נמצאו גירושין הראשונים למפרע בטלים ונמצא דבשעת גירושין האחרונים אגידא ביה ואשתו היתה וחיילי שפי' גירושי' האחרונים שהם סתם בלא תנאי ולר' שמעון בן אלעזר דבעי נתינה בשעת גירושין צריך שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ולרבי דלא בעי נתינה בשעת גירושין כל שעכשיו עדיין הוא בידה משעה שנתנו

לה יכול לומר לה התגרשי בו מעכשיו ואין לומר אי לא מקיימא תנא' בטיל ליה גיטא בביטולו של תנאי והיאך הוא חוזר ומגרש בו דכיון דנתבטל חספא בעלמא הוא ואינו חוזר ומגרש בו לפי גרסת הספרים דפרק השולח דגרסי' נהי דבטליה מתורת שליחות מתורת גט לא בטליה משמע דאם בטל את הגט דאינו חוזר ומגרש בו הא ליתא דביטול גופו של תנאי אינו תלוי בתנאי אלא הגירושין הוא שתלאן בתנאי שאמר לה אי תקיימי התנאי תהא מגורשת בגט זה ומותרת לכל אדם ואי לאו אל תתגרשי בו ונמצא דשלא קיימה את תנאה לא נתגרשה באותה נתינה וחז' הגט לכמות שהי' שאם היתה מקיימת את תנאה פשיט' דאפי' חזר וקדשה אינו חוזר ומגרשה בו דאין אשה מתגרשת שתי פעמים בגט אחד דמשנתגרשה בו נתבטל כחספא בעלמא אבל השתא דלא קיימו נמצא למפרע שהגט קיים כמו שהיה וחוזר ומגרש' בו מעכשיו סתם גירושין אחרים כאילו חזר וכתב לה גט אחר שהוכחתי בכתב הראשון דיכול לגרשה גירושין אחרים והוכחתי משמעתא דפ' המדיר דאמר אביי לא תימא טעמא דרב משום דאחולי אחליה לתנאיה אלא משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ומסתמא לשם קידושין בעל וחיילי קידושין על קידושין אף גיטא חייל אגיטא וכן הבאתי מדברי הרמ"ה והחכם השלם נר"ו אמר שהרא"ש חולק על סברא זו מאחר שנתן לה גט גמור ולא אגידא ביה כלל ליתן לה גט אחר ואין זה כלום דאי לא מקיימה לבסוף נמצאת אשת איש למפרע ואכתי באותה שעה אגידא ביה וחייל שפיר גיטא למפרע כי היכי דחיילי קידושי' על קידושין מהך טעמא והרי נתקיימה שיטתי זו בהך תוספתא וקבעתי בה מסמרות ונמצא עכשיו לפי זה דהאומר הרי את מותרת לכל אידם סתם אין זה כלום דמתורת ביטו' אינו ומתורת גירושין אחרים צריך שיאמר לה תהא מותרת בגט זה שנתתי לך לכל אדם דאל"כ דילמא במילי גרשה תדע מדאמרינן בהמגרש גופו של גט ר' יהודה אומר ודין די יהוי ליכי מינאי ומפרש בגמרא במאי קמפלגי רבנן סברי ידים שאין מוכיחות הויין ידים ופי' רש"י אע"פ שאין הוכחה שע"י גט זה מגרשה אפ"ה הוי בית יד מדכתב גט ויהיב גלי דעתיה דבהך גיטא מגרשה ע"כ ור' יהודה סבר ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים ואי לא כתב לה ודין אמרי בדיבור גרשה ושטרא ראי' בעלמא הוא כל שכן השתא שהגט נתן כבר מקדמת דנא ועכשיו שבא לגרשה פעם אחרת אם לא שיאמר בפירוש שבאותו הגט מגרשה אמרי' בדיבור מגרשה ועוד לפי זה צריך שעדיין הגט הוא בידה משעה ראשונ' שנתנו בידה ולא הניחתו ע"ג קרקע או שהוציאתו מרשותה שאם יצאה הגט מידה תו לא מהני שיאמר לה התגרשי בו דבעי' ונתן בידה ואפי' היה בידה עכשיו בעינן שיתנהו הוא עצמו לה דאל"כ הו"ל טלי גיטוך מע"ג קרקע דאע"ג דרבי לא בעי נתינה בשעה גירושין

מכל מקום בעינן שבשעת גירושין יהיה בידה מחמת נתינת הבעל שנתנו לה מקודם כההיא דבכנסי ש"ח זה דה"ה נמי בההיא דכנסי ש"ח אם הוציאתו מרשותה אף רבי מודה שצריך שיטלנו הבעל ויחזור ויתננו לה ואפי' למקצת רבוותא דסברי כההיא דלא תתגרשי בו עד לאחר שלשים יום דלא בעי' שיהיה ברשותה אע"ג דהשתא הוא דאגרשה לה מ"מ אינה מתגרשת אלא מחמת הדבור הראשון שאמר לה ה"ז גיטיך ומותרת לכל אד' ובאותה שעה היה ברשותה והיא התחלת הגירושין אלא שאינם גומרין אלא בסוף שלשים אבל הכא שהוא בא לגרשה גירושין חדשי' אם עדיין לא היה ברשות' מאות' שעה צריך נתינה אחרת ולפי דרכו של החכם השלם נר"ו אין צריך לכל זה אלא כשיחזור ויאמר הרי את מותרת לכל אדם סגי מטעם ביטול ונתקיים הגט למפרע וגם אין צריך שיהיה הגט עכשיו ברשותה זו היא שאני חלוק בה והאיר ה' את עיני ומצאתי בתוך תשובת הרא"ש כלשון הזה ונשאנו ונתננו בדבר אם יצטרך לשלוח לה גט והסכמנו למה שכתבתי עכ"ל ובידוע שהנדון של הרא"ש הוא במי שגרש את אשתו על תנאי אם לא יבא עד זמן פ' והעלה הרא"ש ז"ל שיכול לבטל לאלתר ותנשא ואמ' שנש' ונתן בדבר אם יצטרך לשלוח לה גט אחר בתוך הזמן ותהא מגורשת תיכף בגט האחרון משמע שזו לא חלק אדם עליה מעולם עוד כתב בסוף תשובתו כלשון הזה ואם לבך נוקף לסמוך על מה שכתבתי הרי הגט ברשות' והנה הוא אומר שתתגרש בו כההוא עובדא דפ' הזורק וכו' לקני לה ההוא דוכתא ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ע"כ הרי שאמר שאם יש שום פקפוק מביטול התנאי לצאת מידי כל ספק מאחר שהגט הוא ברשותה יכול לגרשה בו גירושין גמורין דאפילו אם יתבטלו הגירושין הראשונים תהא מגורשת מחמת גירושין האחרונים הרי מבואר דעתו שיש גירושין אחר גירושין אפילו ע"י הגט עצמו כל שכן ע"י גט אחר ונתחזקה התמיה על אותה התשובה שהחליט את הדבר ואמר שאין תקנה אלא שיקדשנה ויתן לה גט גמור בלא תנאי ומתוך שהבין החכם השלם שיחיה שכל דבריו של הרשב"א ז"ל ומה שכתב על התוס' הם בביטול התנאי לקיים גירושין ראשונים שגרשה תפס עלי במה שתמהתי אני בכתבי האחרון דלמה לא יועיל ביטול התנאי בע"מ שלא תנשאי משום דקנאתו ליפסל לכהונ' דאט הא דלא קנתה הגט לשום דבר אלא ליפסל לכהונ' עדיף מע"מ שתתני לי מאתים זוז שקנתה הגט לכל מילי אף להתיר עצמ' לעלמא דקי"ל כרב הונא דאמר הרי זו מגורשת ותתן אלמא מעכשיו נתגרשה לגמרי ואע"פ כן מהני בה ביטול ואמר שכבר הקשה זה הרשב"א ז"ל ותירץ לא היא דהת' קנאתו לגמרי ליפסל בו ולא אפשר בלאו הכי אבל הכא אי בעיא לא מקיימא תנאה ונמצא גט בטל בביטולו של תנאי והמסתכל בדבר יראה שדברי הרשב"א ז"ל אין עניינם לדברי כי אני

באתי להוכיח שיועיל ביטול התנאי בע"מ שלא תנשאי לפלו' אפי' אם נאמר שקנאתו ליפסל לכהונה ממה נפשך דהא ע"מ שתתני לי ק"ק זוז עדיף טפי מחוץ מפ' דלא קנתה הגט לשום דבר אלא לענין פיסול כהונה והכא קנאתו מעכשיו לכל מילי דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ומה לי אם יתבטל הגט לבסוף מכל מקום בשע' זו מגורשת גמורה היא כדרב הונא וקנאתו לכל מילי מעכשיו ומה טעם לומר שמא יתבטל הגט לכשיתבטל יתבטל השתא מיהת קנאתו ואע"פ כן מהני ביה ביטו' תנאי וה"ה שיועיל גבי ע"מ שלא תנשאי לפלו' אבל דברי הרשב"א ז"ל הם בגירושין אחרי' שיחזור ויגרשנה מעכשיו ואמר דלא בעי שיטלנו הימנה וכו' ואמר דאין לומר השתא בחוץ דלא קנאתו אלא לענין פיסול כהונה בעי' שיטלנו הימנה זו שקנאתו לכל מילי אינו דין שיהא צריך נטילה ונתינה אחרת ואמר שאין זה כלום דכיון דבא לגרשה עכשיו מחדש גירושין אלו לא חיילי אגירושין קמאי אלא כשלא נתקיים התנאי נתבטלו הראשונים למפרע נמצא דבאותה שעה אגלאי מילתא למפרע שלא קנתה הגט לשום דבר וחיילי שפי' גירושין האחרונים וזה ברור. ומה שתפסתי אני על החכם השלם הרי"א במה שכתב כי דברי הרא"ש שכתב ובנטילת הגט ממנה וליתנו לה פעם אחרת אין תקנה כי כבר אינה אשתו לא קאי אשאר תנאי דעלמא דדוקא בתנאי זה דע"מ שלא תנשאי אמר דלא אגידא ביה שהרי אם תרצה להנשא תיכף על סמך קיום התנאי יכולה להנשא בזה תמהתי עליו ואמרתי שאין טעם לחלק בין תנאי זה לשאר תנאים דבעלמא מטע' דאינה יכולה להנשא תיכף דזה אינו אלא מדרבנן כמו שהארכתי שם ולפי תשובה זו להרא"ש דאמר דאין תקנה בנטילת הגט וחזרתו גם בשאר תנאים דעלמא לא יועיל מה שיטלנו הימנה מאותו הטעם עצמו כי כבר אינה אשתו שהרי נתן לה גט גמור אלא שהטיל בו תנאי אבל לפי האמת בכל מילי מועיל שיחזור ויגרשנ' פעם אחרת אף בלא נטילת הגט הימנה כמו שהוכחתי מדברי הרא"ש עצמו ובודאי ששתי התשובות סותרות זו את זו ואין בנו כח להקל.

ומ"ש על מה שכתבתי דכי בעי תלמודא למימר מתניתין רשב"א היא לאו למימרא דלר' מהני ביטול שיאמר אותו חוץ שאמרתי בטל הוא דהא ודאי לא מהני שעדיין לא התירה לאותו פלו' ועכשיו אינה מתגרשת בביטול וכתב הוא נר"ו ובמחיל' מכבודו תקשי לנפשיה דאפי' לדידיה דמיירי שיחזור ויאמר לה הרי זה גיטיך הא בעי' ונתן בידה וכו' לדידי אתי שפיר דכיון דעכשיו מגרשה מחדש ור' ס"ל דלא בעי' נתינה בשעת גירושין אלא כל שבא הגט לידה מכח נתינת הבעל לאפוקי טלי גיטיך מע"ג קרקע דמעיקרא לאו בנתינה דבעל אתיא לידה אבל עכשיו דמעיקרא בא לידה בנתינת דבעל אע"ג דלא

נתגרשה אז דומיא דההיא דכנסי שטר חוב זה דחשבי' ליה שעד עכשיו פקדון הוא בידה קרי' ביה ונתן בידה משום מעיקרא אבל באומ' אותו חוץ שאמרתי בטל הוא כיון דלאותו פלו' לא נתגרשה כלל ועדיין הוא אשת איש אצלו כדאמרי' בברייתא אתשובה דר' עקיבא ונמצאת אלמנה אצלו וגרושה אצל כל אדם אלמא דלגבי דידיה לא נתגרש' כלל היאך תתגרש עכשיו בדברים שיאמר אותו חוץ שאמרתי בטל הוא ובמה מגרשה אצלו עכשיו ומה שכתב שאנו מחשיבין כאילו אותן הדברים שאמר מתחילה הרי זה גיטיך אמר אותם עכשיו היאך איפשר לומר שאע"פ שלא הזכיר עכשיו דברי גירושין כאילו הזכיר ודברים שאין להם שיעור הם. וראיתי להביא כאן לשון א' בירושל' שבעיני צריך ביאור והוא ענין לנו בפרק המגרש בתחילתו א"ר יוחנן הלכה כר"ש בן אלעזר הא דר"ש בן אלעזר דאמר לעולם אינו גט עד שיאמר בשעת מתנה הי גיטיך ר' יעקב בר אחא בשם ר' ינאי אף ריח פיסול אין בה כהנא אמר זאת אומרת לא חשו אין תימר חשו עד שהו' בידה יאמר לה הרי את מותרת לכל אדם אמר רבי אחא זאת אומרת שחשו אין תימר לא חשו כל מה שבידו לגרש יגרש ע"כ והרשב"א ז"ל בחידושיו הביא מקצת לשון זה הא דאמר אף ריח פיסול אין בה וכתב וצ"ע לפי שהבין דר' יעקב בר אחא קאי אמתני' דהרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלו' ובהא ודאי איכא פיסול לכהונה מדאורייתא דכתיב אשה גרושה מאישה אפי' לא נתגרשה אלא מאישה ומדעתי דלא קאי אלא אההיא דכנסי ש"ח זה דמייתי לעיל מינה פלוגתא דר' ור' שמעון בן אלעזר דלא תימא מכיון דאשה מתגרשת בע"כ לא בעי' דעת דידה וריח הגט מיהת הוי ודייק מדקתני אינו גט אלמא אפי' ריח פיסול אין בו וצריך להבין סיפא דשמעתא ונראה בעיני דהתם קאי אההיא דכנסי שטר חוב זה וקאמר זאת אומרת לא חשו לפיסול כהונה כלומר שאפי' ריח הגט אין שם דאין תימר חשו ומנתינה קמייתא נפסלה לכהונה וא"ה סבר רבי דבמה שיאמר לה הי גיטיך סגי א"כ הכא נמי במתני' דחוץ מפ' אמאי קתני יטלינו הימנה עד שהוא בידה יאמר לה הרי את מותרת לכל אדם דסתם מתני' לא אתיא דלא כרבי אלא ודאי שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל לכהונה ש"מ דהתם גבי כנסי שטר חוב זה לא חשו כלל הילכך לא בעי רבי נטילה ונתינה אמר רב אחא זאת אומרת שחשו פי' ע"כ אתה צריך לומר דהך מתניתין רשב"א היא ודלא כרבי ואפשר שאף בזו דכנסי שטר חוב זה חשו לפיסול כהונה כמו ההיא דחוץ מפלו' דכיון דלא בעי' דעתה של אשה ריח הגט יש כאן שאם באת להעמידה כרבי והכא לא חשו ושאני התם הואיל וקנאתו ליפסל בכהונה ומה בכך לאותו דבר שקנאתו אינו צריך עכשיו לחזור ולגרשה אבל להתירה לעלמא שלזה לא קנאתו כלל חוזר ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם נמצא דאע"ג דקנאתו במקצת הוא

אינו בא לגרש אלא במקצת שלא קנאתו כלל דהיינו להתירה לעלמא וכל מה שבידו לגרש יגרש ועוד יש להוסיף בו ביאור שאם באת לומר דאין קנין לחצאין וכשקנתה מקצ' כאילו קנתה הכל ואינו יכול לגרש בו עוד אם כן גם כשנטלו הימנה וחזר ונתנו לה דנתינה זו האחרונה לא גרשה אלא במקצת דכל מה שבידו לגרש לבד הוא דלענין פיסול כהונה כבר קנתה אותו מתחילה דאטו משום דנטלו ממנה ועקר קנייתה בזה להתירה לכהונה אם כן כשחזר ונתנו לה לא נתן אלא מקצת כח הגט אם כן מה הועילה חזרה והשתא כהנא ורב אחא פליגי בדחזקיה ור' יוחנן בתלמודא דידן דכהנא ס"ל כרבי יוחנן דאוקמא מתני' כרבי ושאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל לכהונה ורב אחא ס"ל כחזקיה דאמר מאן תנא רשב"א היא כנ"ל פי' שמועה זו ולמדנו ממנה פי' לשמועתינו דאי לאו טעמא דקנאתו עד שהוא בידה יאמר לה הרי את מותרת לכל אדם ולא קאמר אין תימא חשו יבטל תנאו זהו הנלע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נא

בשגג' שיצאה מלפני המעתיק לא נדפסה זו למעלה בסימן מ"א ששם היא מקומה על קדושי יתומה קטנה שפסק הר"ם גאלנטי להתיר' והרב זלה"ה כתב לאסור וכל חכמי העיר הסכימו לדעתו לאסור ואף הרב ש"ט עטיאש ז"ל חזר בו וחתם לאסור זולתי הר"ם קאשטלאץ תפס על דברי הרב וזה הוא מה שהשיב לו הרב זלה"ה.

תשובה ראיתי דברי החכם השלם כמה"ר משה קאשטאלץ נר"ו היוצא מכלל דבריו דאף בהגיעה לכלל שנים אין כאן אלא חששא דרבנן דחיישי' שמא נשרו דמן התור' כל זמן דליכא סימנין היא קטנ' אבל רבנן הם שחששו לשמא נשרו ולכך כתב דפשיטא דלא גרע מהגיעה לזמן ולא בעל דהו"ל ספיקא דרבנן ולא חיישינן לנשרו כל שכן כאן. ומתוך השמועה לא משמע כן דאמרי' בפרק יוצא דופן הא גופא קשיא אמרת אינה ממאנ' אלמא גדולה היא אי גדולה היא תחלוץ וכי תימא מספקא ליה ומי מספקא לי' והא אמר רבא קטנה שהגיעה וכו' ה"מ בסתמא אבל כי בדקו ולא אשכחו לה אלמא בבדקו ולא אשכחו מספקא ליה אי קטנה היא או גדולה ונשרו א"כ ספק של תורה כדין כל שאר ספיקות של תורה ועוד אמרי' לקמן וה"מ היכא דקדשה בתוך זמן ובעל לאחר זמן דאיכא ספיקא דאורייתא משמע שגוף הספק הוא מן התורה ולדברי כת"ר מן התורה דיינינן לה כקטנה ורבנן הוא דחשו לנשירה אם כן לא הוי אלא ספיקא דרבנן והכא קאמר בהדיא ספיקא דאורייתא לפי שהדבר ספק אם הביאה אם לא הביאה במה שאין לה סימנין אינה ראי' דעבידי דנשרי ואדרבא מוכח יותר דהביאה ונשרו משום חזקה דרבא כמו שאני עתיד לפרש הילכך פשיטא דגרע טפי מהגיעה לזמן ולא בעל דהתם ליכא שום

חשש מן התורה כלל אבל הכא שמא בשעת הקידושין גדולה היתה ומקודשת גמורה מן התורה היא הו"ל ספיקא דאורייתא והבא עליה באשם תלוי קאי והולד ספק ממזר כדין כל ספק אשת איש.

ומה שהביא מדברי הרמב"ן שהביא הרב המגיד על קטנה שלא נודע אם באה לכלל שנותיה והביאה סימנין דיש אומרים שמטילין אותה לחומרא כדין כל הספיקות ודקדק משם מדנקט והביאה סימנין משמע דוקא הביאה אבל לא הביאה מחזיקין לה כקטנה כבר דברתי עמו פה אל פה ואע"פ שהביא דברי בקו' לא סיימם דהרמב"ן לא אמר שמטילין אותם לחומרא לענין מיאון כמו שעלתה על דעתו דלזה אפילו לא מצאנו לה סימנין לא תמאן אלא רבותיה דהרמב"ם דמטילין אותה לחומרא אף שלא תחלוץ דאפי' אם היה משמע דלא מצאו לה סימנין דמטילין אותה לחומרא לא הוה שמעינן במצאו לה סימנין דדוקא התם משום שהספק שקול דשמא הביאה ונשרו דנשיר' שכיחא או שמא לא הביאה אבל הכא הואיל ומצאנו לה סימני' מוכחא מילתא שבאה לכלל שנים דכי אמרי' תוך זמן שומא בעלמא כשאנו יודעים בודאי שלא באה לכלל שנותיה אבל אי מספקא לן אם באה ודאי דסימני' מגלו לה למילתא דודאי באה דאין דרך לשערות שיבואו אלא לאחר זמן כמו שכתב בס' התרומה תדע שהרי כשמצאו לה סימנין לאחר זמן לא חיישי' שמא שערות אלו מקודם היו דלא בדקינן מקודם לראות אם היו בה כמ"ש התוספות והרב אלפסי ז"ל משום דסברא הוא דאין שערות באין לאחר זמן וכי היכי דכי מספקא לן בשערו' אם הם מתוך זמן או לאחר זמן תלינן לומר לאחר זמן הם גם כי מספק' לן בשנים הוה לן למיתלי ולומר ודאי שהגיעה לכלל שנים כיון דאית בה שערות וזהו חידוש גדול שחידשו לנו שאעפ"כ דנים בה כדין כל הספיקות להחמיר ונאמר קטנה היא שלא תחלוץ והיאך יכול לדקדק מדבריו דס"ל דבלא מצאו לה סימנין אין להחמיר עד שאמר שיחלוק הרמב"ן על הרשב"א ועל החלוקי' אנו מצטערים אלא שבא לחלק עלינו את השוין.

ועוד כתב כי מה שכתב הרמב"ם ז"ל אין סומכין על הנשים במנין השנים זהו להחזיקה בגדולה שתחלוץ שבאות להוציאה מחזקת' שהיינו מחזיקים עד עתה בקטנה אבל לומר קטנה היא שתמאן הואיל ובאים לקיים החזקה שהיינו מחזיקים בה בקטנה נאמנות והביא דברי המרדכי שבפ' מצות חליצה עד וכל שכן כאן שהיינו מוחזקים בו בחזקת קטן שהקרובים אינם נאמנים להוציאו מאותה חזקה ע"כ. ורצה לדמות נדון דידן להה"א דאשתמודעונהי דפרק החולץ דאמרי' אפי' קרוב ואשה נאמנין מאי טעמא גילוי מילתא בעלמא הוא משום דבלאו הכי היינו תופסין אותו בחזקת אחיו מן האב וקרובים הוא

דמגלו לה למילתא ותמיה אני היאך הוא מדמה גילוי מילתא דפרק החולץ להך דהכא דהא דהתם דמחזיק לן דהאי דאחוה דמן אבא הוא היינו לפי שכל העולם אומרים כן ודמי קצת להההיא דאיש ואשה שבאו ממ"ה זאת אומרת זה בעלי וזה אומר זאת אשתי שהוחזקה לא"א דנסקלין ושורפין על החזקות אבל הנחזק דהכא דאמרי' הוחזק לקטן לא הוחזק כן לעלמא אלא שאנו אומרים העמדנו על חזקתו שכשם שהיה קטן כך הוא עכשיו לא מקרי הוחזק וכיון דבלא עדות נשים אין לומר בו העמידנו על חזקתו משום דכל יומא גדל ואתאי כמו שהוכחתי מתשובה אף עדות נשים וקרובים לא תועיל כלום דכיון דאין מקום לומר העמידנו על חזקתו עדות שלימה היא ובעי עדים ומה שהביא מדברי הר' יואל במרדכי כללא דמילתא כל היכא דאתחזק איסורא כגון טבל וא"א וכגון נער וקטן דהוחזק לקטן לא שרינן ליה לחלוץ ודקדק דוקא משום דהוחזק לקטן דהיינו איסורא אבל הכא אתחזק היתרא כמו שהוחזק לקטנה ודאי דמהני ונראה שהוא מדין אתחזק איסורא מה שהוחזק לקטן שנאמר העמידנו על חזקתו ועל דעתי אינו כן דאיתחז' איסורא היינו איסור דיבמה לשוק דמשמת בעל בלא תהיה קיימא ונהי דאם הוחזק זה היבם בגדול בפי כל העולם היינו סומכין על הקרובין דמילתא בעלמא הוא דמגלו אבל עכשיו שעדיין הוא עומד בחזקתו הראשונה על הסתם אכתי לא נפקא יבמה מאיסורא דאיתחזק בה ועיקרו של דבר הוא מרי' האשה רבה דאמרינן התם גבי עדות אשה הכא אתחזק איסורא דאשת איש וכן אמרינן גבי טבל וקונמ' הקדש אי דחבריה היא גופא מנ"ל כלומר דלא מהימן בהו עד אחד כיון דאיתחזק איסורא דטבל והקדש והכא נמי אע"פ שעדין נערה זו לא הוחזקה בגדולה מ"מ הא אתחזק איסורא משנתקדשה לכל הפחו' קדוש' דרבנן אית בה ובאה עכשיו להפקיעין במיאון כל שכן דאית בה קדושי ספק של תורה ומספק אתה בא להתירה אל תתירנה מספ'. ותדע דאף להחזיק בקטנה לא מהימני נשים להקל בספק של תורה דתניא בפ' בא סי' ונאמנ' אשה להחמי' אבל לא להקל כיצד גדול' היא שלא תמאן קטנ' היא שלא תחלוץ אבל אינה נאמנת לומר קטנה היא שתמאן ומבעיא לן בגמרא האי מאן קתני לה אב"א ר' יהודה ואתוך הפרק פי' ומשו' דליכא חזקה דרבא לא סמכינן עלייהו להקל דאין משיאין ספיקות ע"פ נשים ואב"א ר' שמעון ולאח' הפרק וליט ליה חזקה דרבא אלמא אפילו להחזיקה בקטנה לא אמרינן גילוי מילת' בעלמא הוא דומיא דההיא דאשתמודעונהי דהעמידנה בחזקת קטנה לא מקרי הוחזק וכבר ראיתי שהרב כמה"ר שלמ' הכהן נר"ו תשובה כ"ג נשאל על זה הדין שאין סומכין על הנשים במנין השנים שנראה שמהר"ם ז"ל בתשובת המימוניי' חולק על דין זה שהאמין הנשים לומר שהיא קטנ' והשיב הרב הנז' ח"ו לא יעלה על הדעת

שמהר"ם ז"ל יחלוק על דין זה כי מה שכתב מהר"ם שסומכין על הנשים להחזיק' בקטנ' משום דהוו קידושי' דרבנן הימנוה רבנן בדרבנן אבל בשל תורה לא ע"כ והדב' פשוט ומעול' לא פרכס אדם בזה כלל והוא בא לחדש עלינו הלכ' מתוך דקדוקי לשונו' של מפרשים וכבר הוכחתי לעיל שלא כדבריו מתוך הלכה פסוקה ובר מן דן אפי' במידי דנאמנו' נשי' כגון במילתא דרבנן אמה ואחיה לא יהיו נאמנין כלל בו דשייכי בעדותן שרוצים להפקיעה במיאון מתחת בעלה תדע דאפי' בעדות אשה דמהמני בהו עד מפי עד מפי עבד מפי שפחה איכא כמה נשים דלא מהימני משום חשד' ואע"ג דאיהי עצמ' מהימנא היינו משו' שלא תתקלקל אם היום או למחר אתי גברא וקאי אבל הכא סבורה היא או אמה שלא ימצאו עדי' על שנותי' א"נ אפי' יבואו עדים סבור' היא שכמו שאנו מאמינין אותה עתה נאמין אותה להכחיש את העדי'. והרב אלפסי ז"ל בפ' החולץ גבי ואשתמודעונהי דאפי' קרוב אפי' אשה מהמני כת' ודוקא היכא דליכא חששא דחשד' אבל היכא דאיכא חששא דחשדא לא מבעי ליה לסהד' למסהד בין במילת' דממונא בין במילתא דאיסורא עד דבדיק באחריני והוכיח מההו' תברא וכו' דאע"ג דמדינ' משהגיד שוב אינו חוזר ומגיד היכא דאיכ' חשדא חיישינן כל שכן כאן כיצד נאמין אמה ואחיה שבאים בטרוניא לטורדו לזה ולהפקיע' מתחת ידו א"כ לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה ואם באת להאמין את אמה ואת אחיה אף האמן את עצמה וזו לא אמר' אדם מעולם לא היא ולא דכוותה ולא דפחות מינה.

עוד כתב גם יש ראיה ברורה מפרק אלמנה לכ"ג גבי הא דתנן אלו פוסלין ולא מאכילין העובר והיבם וכו' וכתב להלן בשתי מקומות בדיבור של יבמות שהבאתי ולא נהג בזה מנהג החכמי' שהיו שונים דבריה' ודברי שכנגדם ולא עוד אלא שהיו מקדימין וכו' כדאמרי' בפ' הישן וזו דפ' אלמנה לכ"ג אנא מותבינא לה ואנא מפרקנ' לה והעמידנו דבר על בוריו ואי היה לו שום תשובה על פרקי' היה לו להשיב והוא לא עשה אלא אתא ואייתי מתניתא בידיה כאילו חדתא היא לי או שמא הוסיף נופך משלו או כיפי תלה לה ותמיה אני עליו אם משמ' ליה דהך חזק' דהעמידנו בחזקת קטן חזקה היא למה החמיר הרשב"א באותה תשובה לומר שהיא אסור' מספק ואימא העמידנ' בחזק' קטנ' דמדאורייתא אמרינן אוקי מילת' אחזקתיה דאין לו טעם לחלק משום דהוי דבר שבערו' דלעולם מוקמינן אחזקתיה ואפילו בדבר שבערוה דהא בפ' ארבעה אחין גבי שתי כתי עדים אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואשה אוקמא אחזקת' מידי דהוה אנכסי דבר שטיא דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי וארעא אוקמא בחזקת בר שטיא אלמא ילפינן ערוה מממונא ודוקא בשני כתי עדים מחמרינן התם מדרבנן שלא להעמידה על חזקתה

להתירה לכתחילה ולאו משום דהוי דבר שבערוה אלא דבכל איסורא דאוריית' מחמרינן מדרבנן בשתי כיתי עדים. תדע דבפ' בכל מערבין גבי תרומה ונטמאת מסיק מתניתא בשתי כיתי עדים ומפרש רש"י ז"ל דמחמרי רבנן בשתי כתות המכחישות זו לזו שלא להעמידה על חזקתה מדרבנן משום דלדברי הכת האחרת הרי נטמאה ולא דמי לנגע באחד וכו' וכן מוכח בכמה דוכתי דאמרי אוקמ' אחזקת' להקל לכתחיל' אף בדבר ערוה ועוד לשיטתו דהכא איכא ספק ספיקא אמר כי מה שהחמיר בה הרשב"א הוא משום דבדבר שבערוה לא נקל אפי' בדבר שהוא ס"ס וקשה עליו דבסוף פרק קמא דכתובות גבי אלמנת עיסה מוכח דבין לרבן גמליאל בין לרבי יהושע מקלינן בספק ספיקא להכשיר לענין יוחסין וכן מוכח נמי לעיל ברישׁ פרקא גבי פתח פתוח מצאתי דפריך ואמאי ספק ספיק' הוא ומוקי לה באשת כהן כלומר דאין בה ספק ספיקא דאפילו באונס נמי מתסרא משמע דאי הוה שייך בה ספק ספיק' הוה מקלינן בה אף לענין יוחסין וגם התוס' הקשו אשנויא דאשת כהן דהוה ליה ספק ספיקא דספק מוכת עץ ספק דרוסת איש ותרצו דודאי אינה מוכת עץ מדלא טענה בהכי אלמא אף לענין יוחסין מקלינן בספק ספיקא והלא דברים קל וחומר אם במקום שהקל בדבר ערוה לענין חזקה דמוקמינן אחזקתא כמו שהוכחתי החמיר לענין יוחסין כדמוכח התם דלא אזיל רבי יהושע בתר חזקה ולא בתר רובא דמעלה עשו ביוחסין וכמו שכתבו התוספות בפרק אלמנה לכהן גדול באותו הדיבור מקום שהקיל ביוחסין בספק ספיקא אינו דין שנקל בדבר ערוה כיון דאיתא בה תרתי ספק ספיקא והעמידוה על חזקת קטנה ועוד זה שהוא רוצה לומר דאפילו נקל בשאר איסורין בספק ספיקא בדבר שבערוה שיש בה איסור סקילה לא נקל אי איפשר לו לומר כן דבפרק קמא דקדושין גבי ההוא גברא דקדיש באבנא דכוחלא יתיב רב חסד' וקא משער לה אע"ג דאיכא סהדי באידית דבההוא יומא הוה בה שוה פרוט' ואמרינן אבייי ורב' לא סבירא ליה הא דרב חסדא אם הקלו בשבוי' נקל באש' איש וכתבו שם התו' שיש מפרשים אם הקלו בשבוי' משו' דליכא אלא איסור לאו דזונ' נקל באשת איש דאיכא איסור מיתה וכתבו התוספות ז"ל דלא נהיר' שהרי השבויה נמי פעמים דאיכא איסורא דמית' אם הוא כהן ויש לו בן ממנה שהו' חלל ויעבד עבודה במזבח בשב' ויש בה חיוב סקיל' אלא פירשו הם ז"ל אם הקלו בשבוי' משום דמנוולא נפשא באפי שבויינהו ויש ספרי' שגורסין כן בגמרא הרי דאין טעם לחלק כלל בין שבויה לאשת איש ואם באשת כהן שרינן לה בספק ספיקא הוא הדין אשת איש ומה ראה הרשב"א ז"ל להחמי' אלא ע"כ דלא חזק' איכ' ולא ספק ספיק' איכ' כמו שבארתי בקונט' עיין בפ' האומ' דף ס"ד בתוס' דיבור המתחיל נאמן לנדרים.

ומה שרצה לתרץ לקושיא שהקשתי בדברי התוספות דיבמות מההיא דריש נדה דמשמע דכל מידי דרגילה היא בכך אין להעמידה על חזקתה דקאמר כי אמרינן העמד דבר על חזקתו היכא דלית ליה ריעותא מגופא וכו' ותפס את שתי קושיותי ותירץ אחת בחבירת' לומר דמשום הכי תרצו שם התוספות כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן תשעה להכי חזקה קמיתא אתרעא לה משום דחזקה קמייתא אינה חשובה לפי שכל יומא גדל ואתאי כמו שכתבתי אני ואמר דטעמא דאמרינן כיון דמגופא קחזיא לא אמרינן אוקמא אחזקת' משום דהשתא היא טמאה לפנינו כמו שתרצו שם התוספות והרואה לשון הגמרא ודברי רש"י בקל יראה דבלא טעמא דדם לפנינו דקאמר בתר הכי אמרינן דאינה חזקה הואיל ומועדת היא לכך וכן משמע בדברי התוספות בתחילת המסכתא במה שכתב ויש לומר דאף בר"ה לא נטהר בקדשי' משום חזקת טהרה כיון דאיכא ריעותא מגופה ושוב הוקש' להם והלא מסוטה ילפינן לטהר בר"ה אפי' היכא דליכא חזקה פי' ואפי' תימא דאתרע חזקתה משום דאית לה ריעותא מגופא נגמר מסוט' ותרצו משום דהשת' ודאי טמאה לפנינו מוכח להדיא דשני טעמים מחולקים הם דכל א' בפני עצמו מהני לבטל החזק'.

עוד תמה על מה שכתבתי דהא דלא מטמאי' בנדה לענין חולין לאו משום דמוקמי' לה אחזקת' אלא משום דלא ילפי' מסוט' לטמא' למפרע ואמר שהעלמתי לשון התוס' שכתב אבל לחולין אוקמא אחזקת' וכו' ומה חרד עלינו את כל החרד' הזאת כי אני אמרתי דאי לאו מטעמא דהך טומאה דמעת לעת קיל טפי משום דלמפרע הוא לא הוה סמכי' אההיא חזקה דלאו חזקה היא אלא משום דטומאה קלה היא כדאמרי' הנח מעת לעת דרבנן דמדאוריית' ליכא למילף מסוט' אמרי' אוקמ' אהך חזקה גרוע' ובקונטרס שלי הבאתי ההיא דהנח מעת לעת דרבנן שהביא הוא אח"כ במה שהקש' על עצמו טעמו משום דלא ילפי' מסוטה הוא כדכתבתי.

ומה שכתב דבס' קרוב לו ספק קרוב לה היינו טעמ' דלא מוקמי' אחזקת' משום דלגבי גט לא אמרי' הכי ואתקש הויה ליציא' ראיתיו שהוא דורש כאילו היה משה מפי הגבור' ומה טעם לא נאמר לענין גט אוק' אתת' בחזק' א"א ואי מתגרש' בע"כ מה בכך הריני אומר העמידנ' בחזק' א"א ועדיין לא נתגרש' דשמא לא היה קרוב לה ואם מפני תקנ' עגונות דיינו שנתקן דקרוב לה תתגרש אבל לא בספק ואפילו תימ' הכי לענין גט היכן מצינו שנאמר איתקוש הויה ליציאה לכל דיניהם ואם אמרו לענין קרוב לה דתקנתא דרבנן היא דמדאורייתא ונתן בידה דוקא ברשות' ומשו' תקנת עגונות הקנוה ד' אמות מדין הפקר ב"ד דהוצרכו לתקן אף בקדושין כי היכי דלא ליהוו מילי דרבנן כי חוכא ותקנו גם שם מדין הפקר אבל מילתא דלא תליא בהפקר אלא בדינא למה לא יחלוקו בין

גיטין לקדושין דבכמה דוכתי אשכחן דשאני גיטין מקדושין ובפ' ד' אחין אמר רבא כל שיש בקדושין יש בגרושין ויש בגירושי' מה שאין בקדושין לענין זמן ובפ' ב' דכתובו' תניא שנים או' נתקדשה ושנים או' לא נתקדשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא ב' אומ' נתגרשה וב' אומר לא נתגרש' אם נשאת תצא הרי חלקו בין גיטין לקדושין ואם היה בא לדחות את דברי ממתניתי' דספק קרוב לו לומ' דמטעם אחר לא מוקמי' אחזקת' יכול היה לדחותה במה שהוא אמת שהעמידוה בגמ' בפ' הזור' בב' כיתי עידי' ובהא לא מוקמי' לה אחזקתה מדרבנ' בתרי ותרי ס' דרבנ' כדמסי' בפ"ד אחין וכן כת' התוס' שם וזה אמת הוא ואני לא מלבי אמרתי מה שאמרתי כי דברי התוספות הן בפ"ב דכתובות הא דקאמר תרוייהו בפנויה קמסהדי הקשו שם תימא אמאי לא תנשא לכתחילה דהוה ליה לאוקומ' אחזקתא ויש לומר כגון שאנו יודעים שזרק לה קדושי' ומספקא לן אי קרוב לו אי קרוב לה והני תרי סהדי חד אמר קרוב לו וחד אמר קרוב לה דכיון דודאי זרק לה הקדושין לית לן למימר אוקמא אחזקת' להתיר' לכתחילה ע"כ והן הן דברי אלא שבאותה שעה שכתבתי לא ראיתיה בתוס' אבל רשו' בזכרוני היה ודברי התוספות בפרק המגרש אינם סותרים מה שכתבו בכתובות ושניהם אמת דאף אם לא היו גירושין לפנינו אלא על פי שתי כיתי עדי' הללו אנו דנים ודאי לא מתרעא חזקתא דהוי כמו קול ושוברו עמו שאלו מחזיקין אותה במגורשת הם מכחישים זה את זה וכמאן דליתנהו דמי ואוקי אתתא אחזקתא ומכל מקום כתבו התוספות דבתרי ותרי מדרבנן אין להעמיד' על חזקתה דהכי הוא קושט' דמילת' כדמסיק בפרק ארבע' אחין וכשהיו הגירושין או הקדושין לפנינו אפי' בחד וחד לא אמרינן אוקמא אחזקתה להתיר לכתחילה דאתרע חזקת' וכן גבי ס' בן תשעה י"ל דהואיל וראינוהו שבא עליה לפנינו אתרע לה חזקת כשרות לענין שלא להכשיר לכתחילה ומה שהקשה כת"ר מדאמרינן גבי מקוה העמד טהור על חזקתו ואימור לא טבל אף על גב דטבל לפנינו אינה קושיא שזו שאנו אומרים דאתרע לה חזקה לחומרא הוא דאמרינן הכי שלא להקל לכתחילה אבל התם אתרע לקולא לא אמרינן ואי משום הפסד טהרות לא חיישינן להכי דאפי' במילי דרבנן שורפין תרומה וקדשים כגון מגע ע"ה דרבנן ושורפין עליה' כדאמרינן בפרק קמא דשבת.

שוב כתב על מה שכתבתי דאין לומר כאן ספק ספקא משום דאי קים לן דהגיעה לכלל שנים שוב לא מספקא לן שמא נשרו דחזק' אלימתא היא דמשבא' לכלל שנותיה הביא' סימנין ואמר שרציתי למחוק הגמ' דקאמר דאיכא ספיקא דאורייתא הרי דאינה ודאי החזקה דרבא ואני תמי' היכן מצא בדברי שאמרתי דחזקה דרבא ודאי היא דהביאה ואדרבא בפי' כתבתי ולא אמרינן דלא חיישינן לחזקה דרבא אלא להחמיר בשל תורה

בחליצה אפילו בספק הרחוק והוא הלשון שתלה בי טעות והאריך בדברים שאינם של עיקר הרי לא אמרתי דחזקה דרבא ודאי היא אלא דספק רחוק הוא לומר שלא הביאה דרגילות הוא דמשבאה לכלל שנים מביאה סימנין ובכמה דוכתי אשכחן שהקילו בספק הרגיל כדאמרינן בפר' קמא דפסחים גבי שפחתו של מציק ברימון שהטילה נפל לבור ובא כהן והציץ ובא מעשה לפני חכמים וטהרוהו מפני שחולדה וברדל' מצויין שם וכתבו התוספות דגררוהו ואכלוהו הוי ספק הרגיל וכן בכמה דוכתי אבל הוא נר' מפרש דחזקה רוצה לומר כיון דספק דאורייתא לחומרא הו"ל כחזקה שהביאה ורצה להוכיח מדברי הרי"ף ז"ל דהא דאמר רבא חזקה אינו אלא דחיישינן שמא נשרו באיסורא דאורייתא ולא נתקררה דעתו עד שסיים ואמר והאריכות בזה איבוד זמן הוא ואם זחה דעתו עליו שקליה למטרפסיה שנתעלמה ממנו הלכה דאי חזקה כלל אין כאן אלא דספיקא דאורייתא לחומרא היכי מחלק תלמודא בפרק בא סימן בין תוך הפרק לאחר הפרק אליבא דרבי יהודא דסבירא ליה תוך הפרק כלאחר הפרק דאמרינן לאחר הפרק דאיכא חזקה דרבא סמכי' אנשים ובדקו תוך הפרק דליכא חזק' דרבא לא סמכינן אנשים דאין משיאין ספיקות על פי נשים משמע דלאחר הפרק לא מקרי משיאין ספיקות על פי נשים דחזקה אלימתא היא דמשבאה לכלל שנים ודאי הביאה כיון דרגילות הוא שתביא. עוד אמרינן התם ונאמנת אשה להחמיר אבל לא להקל ומוקי לה כלישנא בתרא כרבי שמעון ולאחר הפרק ולית ליה חזקה דרבא כלומר דאי אית ליה חזקה דרבא היתה נאמנת אף להקל משום דחזקה אלימתא היא דהביאה סימנים ונשים מילתא בעלמא הוא דמגלו ולדבריו דלא אמר רבא דחזקה הביאה אלא כיון דספק דאורייתא לחומרא הוה ליה כחזקה שהביאה לחומרא אף על פי שהוא ספק אמאי קאמר דרבי שמעון לית ליה חזקה דרבא הא לא אמר רבא אלא דספיקא לחומרא וכי אמרי נשים קטנה היא שלא תחלוץ נמי חומרא היא אבל אינה נאמנת לומר גדולה היא שתחלוץ קטנה היא שתמאן דלעול' ספיקא לחומרא אי נמי דרבי שמעון היינו דרבא ובפרק יוצא דופן אהא דאמר רבא כל שתים עשרה שנה ממאנת והולכה מכאן ואילך אינה ממאנת ואינה חולצת הא גופא קשיא אמרת אינה ממאנת אלמא גדולה אי גדולה תחלוץ וכי תימא מספקא ליה ומי מספקא ליה והאמר רבא קטנה שהגיע' לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים משמע דסתם לשון חזקה לאו דמספקא ליה הוא ומסיק אלא לעולם דלא בדקה ולענין חליצה חיישינן וכי אמר רבא חזקה למיאון ומדלא קאמר אלא לעולם מספקא ליה וכי אמר רבא חזקה למיאון משמע דגבי מיאון לאו מטעם חששא היא אלא דחזקה גדולה היא דעל הרוב הביאה אלא דלהקל בחליצ' חיישינן לספק הרחוק שמא

לא הביאה והרב רבי' דוראן ז"ל בתשובה ע"א כת' הא דסמכינן על עדות נשים בסימנים משום דלאו עדות הוא אלא גילוי מילתא בעלמא משום דסמכינן אחזקה דרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה שהביאה סימנים עד כאן ובתשובות להריטב"א ז"ל תשוב' קכ"א אגב גררא הביא ואמר כי אין עדות נשים כלום זולתי בקצת מקומות שהאמינום ואמרינן ולענין סימנים שנבדקים על פי נשים כדאיתא בפרק בא סימן התם משום דגילוי מילתא בעלמא הוא דכל שהגיע' לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנים ע"כ מוכח דחזקה דרבא מילתא היא ולא ספיקא לחומר' כמו שעלת' על דעתו ולזה אמרתי דלא חשבי' לה הכא ס"ס כיון דאי קים לן דהגיע' לכלל שנים אין לומ' עוד שמא קטנ' היא דאיכ' חזקה דרב' ומה שהקשה ואמר ראיה לדבר שהוא ספק דאם איתא שאינו ספק אלא חזק' א"כ כשלא בעל אמאי אזלינן לקול' וכו' וכבר ביארתי דבר זה בקונט' הראשון אלא שלא השגיח על דברי וז"ל שם והא דבודקי' למיאוני' דקדושין דרבנן ולא אמרינן חזקה הביאה סימנין התם לאו משום דלא חיישינן לחזקה דרבא אלא כיון דרבנן הם שתקנו קדושין ביתומה קטנ' הם עצמם אמרו שתמאן כל שלא הביא' שתי שערות לפנינו ומעיקרא הכי תקון הם אמרו והם אמרו עכ"ל ותדע דהא לרבי יהודה דאמר עד שירבה השחור על הלבן ולבן שלקות דאמר עד שתבלבל ע"כ לאו משום דס"ל דעדיין קטנה היא אלא דמעיקרא הכי תקון שתמאן בקידושיה עד אותו זמן הואיל וקדושין של דבריהם הם. שוב הקשה על מה שכתבתי דמצד אחד אין מקום לומר כאן ס"ס דכולא חדא ספיקא היא ספק גדולה ספק קטנה ואמ' דא"כ גם בההיא דפתח פתוח נאמר חדא ספיקא היא ספק נאסרה על בעלה ספק לא נאסרה ודמי ליה אהאי דלא גמרי אינשי שמעתא דמה ענין זה למה שכתבתי אטו אדינ' תלינן ספיקא אם כן לא הנחנו ספק ספיקא לעולם שנאמר ספק אסור ספק מותר ולא עלתה על דעת אד' כן מעולם ואני לא אמרתי ספק מקודשת קידושי תורה ספק אינה מקודשת שזהו הדין עצמו כמו התם ספק נאסרה ספק לא נאסרה אבל על גוף הנערה אמרתי שהדבר ספק שעדין היא קטנה וכשאני אומר ספק גדולה יודעים אנו ממילא שיש בה שנים וסימנין וכולא חדא ספיקא. והריני בא לברר טעמו של דבר יותר שלא ליתן מקום לבעל הדין לחלוק וטעם דברי בשנים וסימנין אינה עיקר הגדלות שהן גורמין הדין דשנים וסימנין לא כתיבי בקרא אלא גדולה וקטנה כתיבא ומסרו לנו סימנין להבחין בין גדולה לקטנה והם שערות דלאחר זמן ולהכי קרי להו סימנין שאינם אלא סימן שעל ידם ניכרת הגדלו' אבל אינה נעשי' היא עצמה גדולה על ידם תדע דאיפשר שתהא גדולה אע"פ שלא הביאה סימנין כגון שהוא איילנית ואם הכיר בה וקדשה תפסו בה קדושין אע"פ שאין לה שתי שערות

וכן סריס אדם משהוא בן י"ג שנים ויום א' הרי הוא גדול לכל דבריו ותופסי' קידושיו אע"פ שאין בו שערות וסריס חמה נמי שהוא בן עשרים ונולד בו סימני סריס ולא חולץ ולא מיבם כדאמרינן בס"פ האשה רבה נמצא דשערות סימנא בעלמא כמו שמסר סימן בבהמה טהורה ואמ' מעלת גרה בבהמה אותה תאכלו וכן מפרסת פרסה ואינם אלא סימן להבחין בין הבהמה הטהורה לטמא' לא שהקליטה גורמת טומאה תדע שהרי אנו מתירין קלוט במעי פרה כדתנן בפ"ב דבכורו' בהמה טמאה שילדה כמין בהמה טהורה אסור באכיל' וטהורה שילדה כמין בהמה טמאה מותר באכילה שהיוצא מן הטמא טמא והיוצא מן הטהור טהור אלמא לאו בסימ' תליא טומאה וטהרה והכא נמי גדלות לא תליא בשני' ולא בסימנים דהא אמרינן בפרק קמא דיבמות אהא דפרכינן אם כן מצינו חמות' ממאנת ומפרש רב ספרא בנים הרי הם כסימנים ואית דאמרי עדיפי מסימנים וכת' בתוספות דאף על גב דק"יל בנדה דתוך זמן זמן כלפני זמן מכל מקום עיבור בנים של קיימא בתוך זמן כסימנים לאחר זמן הרי שאנו מחשיבין אותה כגדול' אע"פי שאין לה שנים ולא סימני' ותו בפרק בן סורר אמרינן בדורות הראשונים דהוו ילדי בתמניא ומייתי לה מבצלאל בן אורי בן חור וגם מקודם וע"כ מאותו זמן הוו קרו להו גדולה תדע דלעיל בריש פרקא אמר רבא קטן אינו מוליד שנאמ' ואם אין לאיש גואל דאמר רחמנא איש אתה צריך לחזור אחריו אם יש לו גואלים קטן אי אתה צריך לחזור אחריו בידוע שאין לו גואלים והקשו התוספות הא אמרינן לקמן דבדורות הראשוני' הוי ילדי בתמניא ותרצו דאז היו ממהרים סימנין לבא מקוד' הרבה והא דנתנו חכמי' שיעור סימני' לקטנ' בת שנים עשרה ולקטן בן שלש' עשר' בדורות האחרוני' נתנו זה הסימן הרי לך בהדיא שאין הגדלות תלוי בשנים דגדלות ענין בפני עצמו ונתנו חכמים סימנין לפי הזמן נמצ' שכשאנו מסתפקי' בריב' זו אין לנו לומר ספק הגיעה לכלל שנים וספק הביאה שתי שערות שאלו סימנים הן אבל נאמר ספק עדיין קטנה ספק הגדילה וכשאני אומר הגדילה יודעים אנו שסימניה עמה שא"א לגדול' שלא תביא שתי שערו' אחר פרקה אלא אם כן היא איילנית ומה דומה לזה עופו' טמאים שמסרו לנו רבותינו כל שיש לו אצבע יתרא וזפק וקורקבנו נקלף טהו' ובחד מינייהו לחודיה הוא טהור אם כן מעתה מי שאינו בקי בהם ובשמותיהם ונזדמן לו עוף ושחטו ואי איפשר לבודקו בשום סימן נתירנו לו מטעם ספק ספיקא דשמא יש להם זפק ואם תמצא לומר אין להם זפק יש לו אצבע יתירא ואם תמצא לומר אין לו ספק קורקבנו נקלף דעוף הבא בסימן אחד טהור ולענין שיהא טמא בעינן תלתא מילי שלא יהיה לו זפק ואצבע יתיר' וגם שקורקבנו אינו נקלף ואנן בעינן שלעול' יכיר בהם סי' אחד כדאמ' בסוף פ' אלו טרפות אלא על כרחין לא תלינן מילת'

בסימנין אלא הכי אמרי' ספק מין טמא ספק מין טהור ויודעים אנו שהטמא יש לו שלשה דרכים וכולה חד ספיקא היא. ומה שהבאתי מדברי התוספות בכתובות משום דלא תימא כיון דלאחזיקה בגדול' בעינן תרתי שנים וסימני' אבל להחזיק' בקטנה כשחסר חדא מינייהו קטנה היא נמצא דיותר מצוי להחזיק' בקטנ' ממה שנחזיקה בגדולה לכך הוכחתי מדברי התוספות שאף על פי שאי איפשר לאשה זו שתאסר אלא בשני דברים שתהא גדולה ותהא ברצון דאי בציר לה חדא לא תאס' מכל מקום חד ספיקא הוא אף כאן אע"פ שלהחזיק' בגדולה צריך שני דברים חד ספיקא היא ספק גדולה ספק קטנה. ועוד אני מוסיף לומר דמטעם אחר אין כאן אלא חד ספיקא ספק הביאה סימנים שהם שתי שערות ספק לא הביאה ותו ליכא להסתפ' ואם תמצא לומר הביאה שמא עדיין לא הגיעה לכלל שנים דאם לא הגיעה לכלל שנים אינם שערות אלא שומא בעלמא דהכי קים להו לרבנן דאין שערות באות אלא לאחר הפרק ומה שקוד' לזמן זה הוא מחמ' דבר אחר ושומא היא או שסופן לינשר ואינם שערות כלל תדע דאף לאחר הפרק לאו כלום הוא ואין מחזיקין אותה בגדולה עליה' אם היינו יודעים ששערות אלו היו קודם הפרק ולהכי קתני מבן ט' שנים ועד שתים עשרה שנה ויום א' שומא ולא קתני אינם סימן משמע דלאו שערות מקרו כלל וכן פי' רש"י ז"ל שומא וירו"אה ודרכה ליגדל בה שער ובפ"ק דקדושין אמרי' אמר רב ספרא סימני' אין להם קצבה למעלה אבל יש להם קצבה למטה פי' שאם הביאה לפני זמנה אינם סימנים כדתניא בן ט' שנים שהביא שתי שערות שומא בן ט' שני' ויום א' עד בן י"ב שנה ויום א' ועודן בו שומא פי' רש"י ז"ל ג"כ שומא ורו"אה בלעז ודרכה לצמח בה שער אלמא המביאה קודם אינו סימן ויש לה קצבה למטה עכ"ל הילכך אין כאן להסתפק אלא אם הביאה סימנים או לא הביאה דאם הגיעה או לא הגיעה לית לן בה וחדא ספיקא והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נב

לעיר טריפול.

שאלה ילמדנו רבינו מעשה שהיה כך היה דרך הארץ שיוצאים גוברין יהודאין לבקש טרף לביתם בכפרים הנקראים אגזיר ולהיות כי היה שמה איש יהודי ושמואל שמו עושה מלאכת התפירה ופה היה אחד הנקרא ר' משה חוסרוס ויהי היום ויצא משה והלך לאגזיר ונתחבר עם רבי שמואל הנז' ובמלאת הימים כי בא מועד חג הפסח בא ר' משה הנז' שלם בביתו ונשאר רבי שמואל הנז' באגזיר לבדו ונדר לו ר' משה כי אחר המועד ישוב יאחז דרכו וישים לדרך אגזר פעמיו לעשות מלאכתו בחברת רבי שמואל

הנז' ובמלאת הימים הלך ר' משה נע ונד לרגל המלאכה הוא ואחיו אברהם עמו לשבור שבר להתעסק במלאכת התפירה הם יצאו מן העיר לא הרחיקו רק כדרך יום כה אשר הלכו לבדם ויחנו בגבול כפר הנק' באטרן ומשם עברו כפי הנראה כי שם היתה הריגתם בעוונות והנה לא נודע דבר כלל רק ראה ראינו שמואל בקוראי שמו שלח הנה כתב לר' משה לאמר מהרה חושה אל תעמוד כי המלאכה רבה היא ועלי ועליך לגמור ובוא וסייעני כאשר דברתי ואז איגלאי מילתא כי לא הגיעו לאגזיר ושלחו מהרה רץ לבקשם באגזיר ובדרכים בקשם ולא מצאם כי אם המולות תשואות קול ענות נשמע בעיר כי נהרגו במלון בדרך והשמועה בא משלוחי מצוה העומדים על הפקודים ושלח האימור יוסף הוא השליט על כל תחומי הארץ הוא המשביר משנה שברון לכל עם הארץ לאמר לנו השמרו לכם לבקשם פן תהיו אתם גרמא בנזיקים ששר העיר ירגיש ויתפוס אנשי הכפרים להומם ולאבדם ולכן החרישו כי אני את דמם אבקש ואנקום נקמתם כי עלי המלאכה לגמור ומפחדו ואימתו איש ממנו לא יצא לבקש דבר באמור לו ישטמנו יוסף עד אחר ימים אשר עבר האימור דרך ארצם ומדי עברו תפס את אנשי הבטרון וישימם אל משמר ומאיימם להמיתם על הריגת האחים הנז' ובכל זה עדות ברורה לא באה ולא נודע מהם עוד.

והעיד בר' יצחק דרייליש יצ"ו כי להיות שהיו מרננים על שר א' מאנשי האימור כי ידו היתה במעל וכי א' ממשרתיו רשעים שלח ידו ביהודים לאבדם והשר נקרא אבועאלי ופתאום כאשר באו משרתיו מהשד' רצה לברר הדבר וישאלם בפני רבים לאמר לו איך היה המעשה ואמרו הן אמת כי עברו עליהם השני יהודים בשלום ומשם והלאה קרוב לבטרון נהרגו שניהם ובלילה נשאום בכתנת' והשליכום במגדל הבטרון ואח"כ אשר הרגישו אנשי הבטרון בדבר מפחדם לקחום לילה והשליכום בים לאמר אל יודע הדבר.

והעידו אנשי הבטרון בהיותם מל"ת כי האימור המושל עליהם בראותו אותם שמנים דשנים ורעננים נתן עיניו בהם אמר בלבו עת לבקש תואנה להתעולל עלילות וכה צוה לאנשיו שילכו לתחו' הבטרון ולדם יארובו וכל הנמצא ידקר וישליכוה' במקום הנראה וסמוך לבטרון כדי שבזה ימצא מקום לגבות מהם ממון רב ולעשות רעות במדת קרקעות ותחומי העיר הקרובה אל החללות באותו פרק ובאותו מקום הגיע תור גזרת עילא' ונהרגו האחים הנז' שם נמצאו ושם היתה הריגתם כאשר נצטוו ועשו אנשי הבטרון והעיד הנעלה כהר' ישועה חבר יצ"ו כי בצאתו את העיר ללכת לביירוט מיום צאתו מהנה שכב בכפר הנקרא אנפיי שהוא קודם הבטרון והשכים לקום בעוד לילה והלך לדרכו עד נכון היו' ויפגעו בו עוברי דרך לאמר אם שכב בבטרון שמהר ללכת כ"כ בעוד

יום א' והשיב לא ויאמרו לו מיום שנהרגו השני אחים אשר יצאו מסינים בבטרון נזהרו היהודים שלא לשכב עוד במקום ההוא כי אותו המקום מוכן לפורענות שאירע בו מקרה בלתי טהור מהריגת היהודים אשר יצאו מסינים.

עוד העיד ר' יצחק ברכה יצ"ו כי יום אחד הלך לבית גוי אחד סוחר הנקרא ן' אל קלא וישאלהו הגוי הנז' לאמר מה מעשיך ובמה אתה טרוד והשיב מפני חמת המציק אני בורח אשר תפס שר העיר את אחינו העברים וישימם אל משמר על לא חמס בכפס רק ברשע להתעולל בדרכם ובעלילותם באמור אליהם אתם המיתם את האחים ואת דמם מידכם אבקש והשיב הגו' הנז' כן דברת כי הגד הגידו שנהרגו קרוב לבטרון והשליכו במגדל העיר הנז' ואנשי המקום נשאום והשליכום בים ה' ינקום נקמתם יען וביען היו גרמא בנזקין לכם ולאנשי הבטרון אז רבי יצחק נשאל לגוי מי הם היהודים אשר אתה שמעת עליהם כדברים האלה והשיב הנה הנם בני הזקן התופר אשר חנותו ליד שערים לפי קרת אצל פתח איבראהים ניליב"י והיו תופרים באותם חנות ה' ינקום נקמתם כי האימור אכל מהבטרון שני אלפים גרושוש עליה' ולהיו' כי בקבל' עדות של ר' יצחק ברכה יצ"ו אנו מסופקי' אם הדברים אשר אמר הגוי הנז' היהודים הנהרגים אם בני הזקן התופר אשר חנותו אצל פתח איבריהים ניליבי כי הם דברי סוחר ן' אל קלא הנז' ומסברתו ואומדן דעתו אמרם כי מסתמ' הם הם היהודים הנז' בני הזקן או נאמר כי הם דברי המגיד הראשון אשר הגיד לן אל קלא ענין הריגתם.

ואחר ימים רבים חזר רבי יצחק ואמר לעכו"ם הנז' האם הדברים אשר אמרת שהם בני הזקן אשר חנותו אצל פתח איבריהים ניליב"י הם דבריך שאתה מכירם שהם הנהרגים וממך הכל ואומד' דעת' שאם לא איפוא מי הם או אם מפי השמוע' הוגד לך ושמעת מהמגיד שהם בני הזקן ואז העכו"ם הנז' חדל להשכיל להיטיב ואמר המגיד לי מהיכן ידעם או יכירם כלל ועקר ע"כ ועתה אנו יודעים ומכירים העכו"ם הנז' שהוא שכחן בטבע עוד אכלו בפיו בין שיניו בלילה ולמחר בטרם בקר לא ידע בין ימינו לשמאלו ולכן לא נשמע ונקבל רק לדבריו הראשונים אשר דבר דברים הוללים באמו' היהודים הנהרגים בני הזקן אשר חנותו בצד פתח אבריהים ניליב"י כי אז היה מסיח לפי תומו או נאמר כי פיו המדב' ומסבר' ואומדן דעתו אמרן כי אם לא מי יהיה בלתם יורונו רבותינו באיזה עדות מהנז' נתנהג להתיר' אם מא' מהשלשה הכי נכבד הוא אם מהשלשה כאחד או אם עד השלש' לא בא ולא אחד בהם יספיק להתירה או אם נאמר כי מאחר אשר בימים ההם ובאותו פרק לא יצא מהעיר כי אם האחים הנז' משה ואברהם יורונו רבותינו כאשר יורו אתכם מן השמים ושכרכם כפול מאדון הגמול והשלום כאות נפשכם זכה

וברה וטהורה המלאה לה דעת ויראת ה' כיש את חפץ נפש מתאבק בעפר רגליכם והוא הצעיר יצחק ברכה.

תשובה מה שיש לפקפק בעדיו' הללו אשיב על ראשון ראשון ראשונה בעדות יצחק דרייליש שהיה שם לפני השר שהיו מרננים אחריו שידו היתה במעל וכי אחד ממשרתיו שלח ידו בהם וכדי לברר הדבר שאלם פתאום בבואם בפני רבי' איך היה המעשה הנז' אין עדות זה כדאי להתי' אשת איש לעלמא חדא דלא מיקרי מסיח לפי תומו כיון שהשר שאל מהם בכוונ' על המעשה בפני היהודי ר' יצחק הנז' ודאי שלא התירו חכמים ערוה החמור' על עדותם של עכו"ם אשר פיה' דבר שוא אלא כשאין כוונת העכו"ם על אותו המאורע שאין אד' בודה מלבו אלא כמתכוין להגיד אותו ענין אבל כשהוא על ענין אחר ומסיח אגב דבריו אין השקר מורגל על לשונו לאומרו תמיד בין מתכוי' בין שאינו מתכוין ולא שאני אומר שכל שלא הסיח הדבר בקשר אחד לפניו לא יקרא מל"ת אע"פ שהר' מהר"ר דוד הכהן ז"ל האריך בתשובותיו הרב' לבא' דמי שמודיע הדבר לבדו לא מקרי מל"ת וחל' עליו הרב מהר"ר יוסף טאייסאסק זלה"ה והאריך בראיו' ובדברי' ארוכים ואין משיבין את הארי לאח' מית' אבל לע"ד נראה שראיותיו אינם מכריחות כי מה שהביא מההוא עובדא דמעשה באחד שהיה מל"ת ואמר אני ואמי נשבינו לבין העכו"ם וכן למטה הביא ההיא דהגוזל בתרא כגון שהיו הבעלים מרדפים אחריה' ואשה וקטן מל"ת מכאן יצא נחיל זה לפי פירו' של רש"י הבעלים מרדפין אחריה' לא נקט אלא לומר דרגלים לדבר ורוצה הוא ז"ל לדקד' משם דכיון דהת' חוץ לב"ד היו מסיחי' אותם הדברי' ואע"פ כן הוצרכו לומ' בגמר' מסיח לפי תומו דהיל"ל ואמר אני ואמי נשבינו לבין העכו"ם וכן אההיא דהגוזל ואש' או קטן אמרו מכאן יצא נחיל זה ואין זה דקדוק דמל"ת אמרו לאפוקי שלא הוה על ידי שאלה ששאלוהו אלא מעצמו אמרם וזהו מל"ת. ומה שהביא מסוף דיבמות אפי' ששמע מן התנוקות אומרים הרי אנו הולכים לספוד ולקבור איש פלוני משמע דוקא דאמרי' בכה"ג אבל מהסתם לא מהימנינן דלא הוי מל"ת התם ודאי צריך שיספרו ענין ההספד והקבורה כדאמרינן בגמרא כך וכך ספדנ' היו וכו' דאל"כ איכא למיחש דילמא קמצ' שכיב להו ואסיקו שמיה הכי ומשום הכי נקט בברייתא ענין ספידה וקבורה ואה"נ שאם הסיחו לפי תומן בלא קדימת דברים מת פ' ושוב ספרו עניני הספדו וקבורתו כך וכך ספדנ' היו וכו' דשפיר דמי ועוד האריך והרחיב לדקדק מדברי קצת מפרשים כדעתו והרואה יראה שאין מדבר א' מהם הכרע כלל ותשובה מפורשת עליו ז"ל מההיא דפונדקית דסוף יבמות דפרכי' בגמרא והא אי' חברינו קאמרי' לה פי' ואין זה מל"ת ומשני כיון דחזיתינהו בכיה אמרו לה איה חברינו אמר' להם מת וקברתיו

הרי כאן שעקר מה שסמכו על עדות הפונדקית הוא על הבכיה שהתחילה היא לבכו' מעצמ' שאע"פ שמת וקברתיו ולא אמרו אלא ע"י שאלה דלא חשיב מל"ת כיון דהתחילה לבכות היא בלא שאלה יש לה דין מל"ת אע"פ שלא היה שום קדימת דברים לפניו וראיתי לו ז"ל שהביא שמועה זו בתשובתו הראשונה והוקשה לו ממנה למאי דק"סד דפרי' והא איה חבירנו קאמרי לה אמאי לא פריך והא אין זה מל"ת כיון שהתחילה בלא קדימת דברים סבר בזה להשיב דעדיפא מינה פריך ועוד נדחק להשיב יעויין בדבריו ובמחילת מחכמתו כי רבה היא אדרבא עקר ראיה הוא לפי המסקנא דמסיק כיון דחזיתינהו בכיה ועקר מה שאנו סומכים הוא על הבכי' שה"ל כאלו אמרה בפי' שמת אעפ"י שלא הי' שום קדימת דברים אחרים ויש לי עוד להביא קצת ראי' מדאמרי' בפ"ב דגיטין ובשאר דוכתי רב פפא כי אתי שטרא פרסא קמיה קרי להו לשני עכו"ם זה שלא בפני זה במל"ת ומגבי ליה ממשעבדי ופשיטא שע"י שהי' מבקש מהם רב פפא היו קוראים וקרי להו מל"ת שלא ידעו שאנו צריכין לעדותן ואע"פ שהר"ן ז"ל בתשובה כתב ולענין מה שאמר' אי עכו"ם בא לפנינו ואמר מל"ת איש פ' מת לבד אם נאמר שהוא מתכוין להעיד כל זמן שלא יקדים דברים אחרים דומיא דמאן איכא בי חסא או חבל על פלוני וכו' אין ספק בזה שכל שמתכוין להעיד אומר אותו דבר לבדו לפי שאין כוונתו כדרך ספור דברים ומי שאומר מסיח לפי תומו אינו אומר אותו דבר בפני עצמו אלא בקשר ענין לפניו ולאחריו וכו' נראה בעיני דלא אמר הר"ן ז"ל כן אלא בבא העכו"ם לפנינו ואמר לנו אלו הדברים דמוכח דעקר בואו לפנינו היתה להעיד דבר זה כיון שלא הי' שם ספור דברים אחרים שנתלה לומר לא בא אלא לספר אותם דברים שקדמו וזהו ממש מתכוין להעיד דתנן ובעכו"ם אם היה מתכוין אין עדותו עדות דהא מסקינן ל"ש מתכוין להתיר ל"ש מתכוין להעיד לאו כלום הוא ומפרשי התם בא לב"ד ואמר איש פלוני מת השיאו את אשתו מתכוין להתי' מת סתם זהו מתכוין להעיד וסבור הרב ז"ל דלאו דוקא בא לפני ב"ד אלא אפי' בא לפני אנשים או איש אחד ואמר מת סתם מתכוין להעיד הוא ואין זה מסיח לפי תומו כיון שבכוונה בא לפנינו להגיד ענין מיתתו משמע שהיה מחזר על הדבר ולא בא כל עקר אלא לדבר זה אבל עכו"ם שנמצא אצל ישראל לענין אחר וספר לו מעצמו בלא שאלה אלא כאדם שמספר שמועות לחבירו ודאי דלא נפיק מתור' מל"ת ויש לי להוכיח כן מדברי הר"ן ז"ל עצמו בהלכות בפרק ב' דכתובות אהא דמבעיא לו אי מעלין משטרות ליוחסין ואמרינן היכי דמי אילימא דכתיב ביה אני פלוני עד מאן קמסהיד עליה וכתב הר"ן ז"ל כלו' ופשיטא דאין מעלין הימנו ליוחסין מיהו לתרומה דרבנן מהימן דלא גרע ממסיח לפי תומו דמכשרינן לקמן ע"כ והרי שם איכא קדימת דברים רק שחותם על

השט' בעד ואיכא לספוקי דילמא לאחזוקי נפשיה בכהני קאמר או לעדות קמכוין דומיא דהכא אם מתכוין להתי' או מתכוין להגיד וכב' העיד לנו רבותינו הרא"מ ז"ל בתשובה והרב מהר"י קארו ז"ל שכבר פשט המנהג להתיר ע"פ גדולי הדור נוחי נפש אבל בנדון שלפנינו פשיטא דלא מיקרי מל"ת כדמשמע בירושלמי שהביא מרדכי שלהי יבמות איזהו מתכוין ר' יוחנן אמר כל שמזכירין לו אשה ריש לקיש אמר כל ששואלין אותו והוא משיב ור' יוחנן מחמיר טפי מריש לקיש כדמוכח בתלמודא דידן הילכך בנ"ד כיון ששאלם השר בכונה על הענין והם השיבו ע"פ שאלתו לפני ישראל לא דינא ולא דיינא דלא מהניא כלל. ועוד יש לפקפק בעדות זה שבא בשאלה שהיו מרננים אחרי השר ההוא שמשרתיו היתה ידם במעל וזאת היתה כוונתו באותה השאלה ששאל להם בפני העם כדי לנקות עצמו ואת משרתיו ולפי זה יש לחוש כי כל מה שאמר שנהרגו אחרי עוברם עליהם קרוב לבאטרון והשליכו' למגדל ואנשי הבאטרון לקחום לילה והשליכום לים לנקות עצמן אמרו כן שראו העולם שעברו על אותו המקום שהיו שם האנשים הללו ושוב אבד זכרם ולא נודע מקומם איה אומרים בדימוי שאלו האנשים משרתי השר הרגום שאם לא כן היכן נשתקעו שלא נודע להם זכר וזכרון כלל לכך הם בודים מלבם כל אותם הדברים שהרגוהו באותו מקום והשליכוהו לים ולאחזוקי שקריהו מחפאים כל אותם הדברים דכל היכא דאיכא למיחש דמשום איזה אמתלא' אמרו כן חיישינן כי ההיא דסוף יבמות ההוא עכו"ם דאמר ליה לבר ישראל קטול אספסתא ואי לא קטילנא לך כדקטליניה לפלניא וכו' וכן ההיא דפ' כל הגט שמע מקומטריסין של כותים איש פלוני נהרג לא ישיאו את אשתו דעבידי לאחזוקי שקריהו שהם הורגין בערכאות שלהם והוא הדין בכל מילתא שיש לחוש דמשום הכי הוא דקאמרי ובלבד שיהא הדבר מוכיח מתוך הענין לא שנבדה מעצמינו חששות אחרות דאם כן אין לדבר סוף אבל כגון האי מילתא מוכחא היא שאפי' אם לא ראו ולא ידעו דבר רוצים לחפות כל אותן דברים כדי לנקות עצמן.

ועל דברי אנשי הבאטרין שאמרו מל"ת שהאימיר להתנכל עליהם צוה לאנשיו והרגום אם הזכירו בפירוש את שני האחים הנז' או שני אנשים שיצאו מסינים באותו דרך היה כדאי להתיר את נשותיהן על פי עדות זה אלא שג"כ היה בדב' לפקפק שלא הזכירו בעדות שקברום. והרמב"ם בסו' ה' גירושין הצריך שיאמר קברתיו בעכו"ם מסיח לפי תומו ואין בכל הפוס' ראשונים ואחרונים נוחי נפש שהסכימו עמו בזה אבל אמרו דודאי בעכו"ם מל"ת לא בעי שיאמר קברתיו וכל הנהו עובדי בשלהי דיבמו' שאמרו בהם קברתיו וקברנום מעשה שהי' כך הי' וכן מוכח מהנהו עובדי דמאן איכא בי חיואי שכיב

חיואי וההוא דאמר ווי ליה לפרשא זריזי דשכי' דשריא בלא קברתיו וזקוק אני לכתוב זה מפני שראיתי לרב מהר"י קארו ז"ל בבית יוסף שהביא על דברי הרמב"ם ז"ל יצא ישראל ועכו"ם מעמנו למקום אחר הביא מה שכתב הרשב"א ז"ל ומה שכת' הריב"ש כי מי יקל ראשו להקל בדבר של ערוה נגד אבות העולם הרי"ף והרמב"ם ז"ל והרז"ה ז"ל וכן כתב הריב"ש וכי הרי"ף והרמב"ם ז"ל קטלי קני באגמא אינון הלא הם גאוני עולם ועמודי ההוראה כו' וגם הביא תשובת הרשב"א ז"ל שבסי' תת"קף במעי' על אשה שצריך לומר מת וקברתיו שכל שראו אותו שטבע או ירד במלחמה סומך ואומר על דרך הדמיון ויש מי שהתיר בלא קברתיו והראשון עיקר ותמה על הרשב"א שהזכי' בתשובתו עד אחד ואמר דמשמע מדברי הרמב"ם שלא הצריך שיאמר קברתיו אלא בעכו"ם מל"ת ולא בישראל ואגב ריהטיה נתחלפה השמועו' כי מה שכתב הרשב"א והריב"ש ז"ל שיש לחוש לדברי הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל זהו על מלחמה או מים דדמו למלחמה שמצריך הרי"ף ז"ל קברתיו אף בעד כי היכי דבעינן באשה עצמה משום דאמר בדדמי ואחריו דרך הרמב"ם ז"ל ותפס סברתו וגם הר"ז הלוי ז"ל גם הוא סובר דבעינן קברתיו בעד אחד במלחמה דסבירא ליה דבעיא דלא אפשיטא היא ואזלי לחומר' ובזו אע"פ שאחרוני' נוחי נפש דחו את דבריהם ואמרו דלא בעינן קברתיו אפילו במים או במלחמה אלא באשה עצמה אבל בעד אחד אפשיט' בעיי' לקולא מההוא דטבע בדגלת והדברים ארוכים ומבוארים בספרי האחרוני'. ומ"מ כלם חשו לדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל בזה שלא להקל בערוה החמורה מקום שאבות העולם חלוקי' בו. ודברי הריב"ש שהבי' הרב מהרי"ק זלה"ה בתשובה שע"ז ושם היה מעשה בעכו"ם מל"ת במים שאין להם סוף ולכן החמיר גם הוא כדברי הרשב"א ז"ל אבל בעכו"ם מסיח לפי תומו שאמר איש פלו' שיצא עמי מת שסבו' הרמב"ם ז"ל דבעי מימר וקברתיו אדרבא דחה הריב"ש את דבריו בתשובה שלאחריה ודחק לחלק בהנהו עובדי דמייתי התם דעובדא דחיואי ופרשא זריזא וכתב ומיהו אין החילוק ההוא נכון ובזה לא הצריכו הרי"ף והרז"ה ז"ל שיאמר קברתיו וכיצד יכתו' הרשב"א משמם ואף הרמב"ם ז"ל לא הצריך אלא בעכו"ם מל"ת אבל בעד ישראל לא עלתה על דעת אדם מעולם שיהא צריך שיאמר וקברתיו אלא אין דברי הרשב"א ז"ל אמורים אלא במלחמה או מים דדמו למלחמה כמו שנראה בהדיא בתשוב' תתק"ף יצא לנו שבנדו' שלפנינו אע"פ שבעדו' זה לא הוזכר שקברוהו או שטלטלוהו ממקומו ולא היה נודד כנף דמהני' כמו קברתיו מ"מ אין לחוש אלא לדעת הרמב"ם ז"ל והוא יחיד אצל הפוסקי' ראשוני' ואחרוני' ואם לא היה כאן אלא חשש זה לבד היה ראוי להתיר על פי עדות זה לחוש לעיגונ' דאתתא אלא שלא נתפרש בעדות זה שאותם העכו"ם היו

מכירים את האחים הנז' או שראו שיצאו מסינים שנאמר מאח' שלא יצא מהעי' שום אדם שנאבד זכרו אלא שני אנשי' הללו ודאי שהם הם וכדתני' בתוספת' יצא מעיר פלוני' מפשפשין באות' העיר אם לא יצא אלא הוא תנשא אשתו הלכך אין בעדו' זה ממש.

ועדות ה"ר ישועה גם הוא אין בו ממש כי מה שאמרו לו מיום אשר נהרגו הב' אחים אשר יצאו מסינים בבטארון נזהרו היהודי' מלשכב עוד במקום ההוא מאחר שכל העולם כלו מאומד לבם אומרים כן ששם נהרגו כי ראו שעברו דרך שם ולא חזרו ודאי שכל היהודים חששו לשכב עוד במקום ההוא שאומרי' שהוא מקום מוכן לפורענות וזהו מה שאמרו לו העכו"ם שלא עשה יפה לשכב במקום ההוא ומאומדן דעתא אמרו כן לא שידעו הם דבר מהריגת' ואע"פ שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ג מהלכו' גירושין וז"ל כבר הודענו שהעד שאומר שמעתי שמת פ' אפילו שמע מאשה ששמעה מעבד הרי זה כשר לעדות ומשיאין על פיו אבל אם אמר העד או האשה או העבד מת פלו' ואני ראיתיו שמת שואלין אותו היאך ראית ובמה ידעת וכו' שאין מעידין על האדם שמת אלא כשראוהו שמת ודאי ואין בו ספק עכ"ל מוכח מדבריו שאע"פ שהעד לפנינו צריך לבדוק את פיו כיצד ראה או ידע שמת דשמא מעיד בדברים שרובן למיתה כשהעיד אחד מפי אחר הרואה שאין הרואה לפנינו אין לחוש שמא הרואה לא העיד אלא בדברים שרובן למית' ומאומד לבו אומר שמת שאני הכא לפי שכל עצמן לא באו אלא לתפוס על האיש ההוא שלן שם במקום ההוא שמאחר שכל היהודים הוזהרו שלא לשכב במקום ההוא בעבו' אותו המעש' שאירע שהרי הוא תקוע בלב העולם ששם היתה הריגת' שהרי האימיר אכל מהם ממון רב היאך זה הקשה לבו ולא חש לדבר. ועוד נראה שאפילו היו אומרים מסיח לפי תומ' פלוני נהרג סתם לא היינו משיאין על פיהם עד שנשאלם כיצד הם יודעים שנהרג ושמא מה שאומרים כן הוא בדדמי כמו שכל העולם אומרים וכבר יצא הקול ונתפשט שנהרגו בדרך ואטו שיחה בטלה של עכו"ם עדיפא ממה שאנו וכל העולם אומרים וזה שמשמע מדברי הרמב"ם ז"ל שהעד שאמר שמעתי אין צריך לשאול את פיו היאך ראית ובמה ידעת זהו בדבר שלא נודע לנו אלא מפיו של זה דחזקה אינו אומ' בסתם שמת אלא בדבר ברור אבל בנדון שלפנינו שכבר הוחזק לכל העולם ומרגלא בפומייהו שנהרגו בדרך בלכתם מה ראיה היא במה שיאמרו העכו"ם הללו גם הם פלוני ופלוני נהרגו בזה המקום אם לא שיאמרו אנחנו ראינו בעינינו הריגתם ושיעידו בדבר הברור ומפורש וכיוצ' בזה כתב מהר"ר איסרלן זלה"ה בתרומת הדשן סי' ר"מ ובכתביו סי' קס"א שכל מה שסחו העכו"ם אחר יציאת הקול בהכי איכא למיחש דאמרי בדדמי וגדולה מזו כתב הרשב"א ז"ל בתשובת כתיבת יד סימן צ"ה על ראובן שיצא לכפרים

שאמר עכו"ם בעל חובו שיביא את שטרותיו ויפרע לו וכן עשה והלך לו אצל העכו"ם ולא חזר ולא נמצ' עוד ויצא קול שאותו העכו"ם בעל חובו הרגו וגם נתפס העכו"ם והוא בבית האסורים ואחי ראובן באים להכנס בנחלה כי אומרים שיש לה עדות עכו"ם מל"ת מספר ענין הריגתו ואמר שספרה לו עכו"ם אחת שנהרג בביתם והשיב הרב ז"ל שאין העדו' ראוי לסמו' עליו אפי' להשיא את אשתו שכל כיוצא בזה אין סומכין על האומר נהרג שכלם אומרים כן בדימוי שהם אומדין שכיון שנכנס שם ולא נמצא עוד לאח' מכאן בידוע שהעכו"ם שהיה חייב לו הרגו ודמי למלחמ' ולמים שאין להם סוף דלא מהימן עד שיאמר מת וקברתיו או שיאמר מת על מטתו והביא ראיה לדבריו ז"ל משמעתין דעד א' במלחמה דפ' האש' שלום ומאן דמחו ליה בגיר' או ברמח' וסבי' דמת וכו' השת' נמי מאח' שראוהו שנכנס ולא יצא אמר בדדמי וכו' עוד בתשובו' להרמב"ן סימן פ' כתוב מה ששמע' שמת בעלה לא שמעה כן אפילו מע"א אלא קול הברה בעלמא יצא בעיר ואם הדברים כן אינה מותרת להנשא לאחר כך נראה לי הרי שאע"פ שהעידו ענין הריגתו בפי' כתב הר' ז"ל דלא מהני עד שיאמרו מת וקברתיו כ"ש כאן שלא אמרו אלא שנהרגו לבד שאין בדבריהם ממש.

ונבוא אל עדות הר' יצחק ברכה שאמר לו הסוחר מסיח לפי תומו שהגיד לו שנהרגו קרוב לבאטרון והושלכו במגדל העיר ואנשי המקום נשאום והשליכום לים וגם בזה יש לפקפק אם עכו"ם מפי עכו"ם מהני או לא לפי שהריב"ש ז"ל כתב בתשובת שע"ז דעכו"ם מל"ת חידוש הוא והבו דלא להוסי' עלה דאע"ג דעבד מפי שפחה מהימן שאנו מאמינין מתורת עדות ואין צריכין שיהיו מסיחין לפי תומן לפיכך נאמנין עב' מפי שפחה אבל עכו"ם שאינו נאמן בתורת עדות אלא במה שראה לא במה שהעיד מפי אחר שהרי אין העכו"ם בקי אם חבירו היה מל"ת או מתכוין להעיד הרי שהרב ז"ל סתם את הפתח לומר שאפי' אמר עכו"ם זה שחבירו הגיד מ"לת לא מהימן שאין הכותי בקי להכיר בדבר מיהו הר"ן ז"ל בתשובה ג' כתב שכל שהוא אומר מל"ת ששמע מפי כותי אחר מל"ת הרי הוא כאשה מפי אשה. וגם מה"ררי קולין ז"ל כן דעתו בשרש קפ"א ואע"פ שהרב מהר"י קארו ז"ל צרף דעת מהר"י' קולון עם דעת בעל תרומת הדשן ז"ל שכתב בסימן ר"לט שאע"פ שלא הגיד העכו"ם האחרון היאך שמע מהעכו"ם שחבירו אם כמ"לת או לאו אתתא שריא אין כן דעת מהר"י קולון ז"ל שהרי כל עיקר טעמו שהתיר בגוי מפי עכו"ם הוא מק"ו דעבד מפי עבד מפי אש' דס"ל דמסיח לפי תומו עדיף מנייהו. ואם אין מסיח לפי תומו בעכו"ם הראשון פשיטא דגרע טפי מאשה אלא אתי מק"ו דעבד ואשה שהרי אין לעכו"ם תורת עדות אלא כשהוא מל"ת מפי עכו"ם מל"ת וכן באו דבריו להדיא

ומדחזינ' דאשה מפי אשה מפי שפחה מהימנא כ"ש עכו"ם מל"ת מפי עכו"ם מסיח לפי תומו. ואע"פ שבשאר מקומות בתשובתו כתב סתם עכו"ם מפי עכו"ם במסיח לפי תומו סמך על מה שפירש כאן בהדיא ועל המבין עיקר דברי ראייתו והר' בעל תרומ' הדשן גם הוא כשדן ק"ו זה מאש' מפי אש' לא דן אלא לענין עכו"ם מל"ת מפי עכו"ם מל"ת אלא שאחר כך הורה להקל אע"פ שלא היה העכו"ם האחר מסיח לפי תומו מטעם אחר דלא חיישינן שהאחר אמ' מחמת איזו אמתלאה וגם ס"ל דאפי' שאלו העכו"ם מקרי שפיר מסיח לפי תומו דדוקא כששאלו ישראל הוא שאין לו דין מל"ת דשמא מתכוין להעיד אבל עכו"ם שלא בפני ישראל שפיר דמי וכל האי מילתא דתליא בסברא לא היה לנו להקל בערוה החמורה כ"ש שהמחמירים הם גדולי עולם אלא שאני רואה שכמה גדולים ורבנים מובהקים הורגלו להתיר ע"פ הרב בעל תרומת הדשן ז"ל אף אנו נלך בעקבותם אבל בר מן דין יש ריעותא בעדות זו לפי שלא אמר העכו"ם הסוחר אם אותם המגידי' אמרו לו מי היו אותם האנשים אם היו מכירים אותם או ראו וידעו שיצאו מן העיר סינים כדי שנאמר הואיל ולא יצאו מן העיר באותו זמן זולתי אלו האחים ודאי שהם הם ואע"פ שהר' יצחק שאל את העכו"ם ואמר מי הם אותם היהודים ששמעת עליהם כדברים האלה והשיב שהיו אותם השני אחים שמא מאומד לבו אומר כן שחשב שלעצמו שאל הר' יצחק אם היה מבין מי הם העכו"ם מי היו היהודים והוא היה משיב פלוני ופלוני היינו אומרים שעל פי שאלתו השיב ששמע שהיו אותה האנשים אבל עכשיו שלא שאל אלא סתם לסוחר מי היו אותם האנשים שמא מה שהשיב מדעתו השיב שאמר שודאי הם אותם האחים בני הזקן ואנו יודעים כי הוא לא ראה ולא ידע ענין הריגתו שכל שהדבר ספ' בגופא של עדות אין כאן עדות דספיקא דאורייתא היא ולחומרא ולא מקילינן משום עיגונא דאתתא כמו שכ' הגהות מיימון והוכיח מדאמרינן בריש פרק יש בכור כי הקילו בסופה אבל בתחילתה לא הקילו פי' בסופה אחר שנחקרה העדו' יפה בטביעות עין גמור אבל בגוף העדות לא הקילו וכן מוכרח כלה שמעתא דלעולם תלינן לחומרא. ואפילו תימא מספיקא תלינן לקולא משום חומר שהחמרת עליה בסופה עכשיו הרי הוא עצמו חזר ופירש את דבריו שהוא מעצמו אמר אותם הדברים ונתן טעם כי אותם המגידים לו מהיכן היו מכירין את היהודים כלל ועיקר אלא שיש בדבר להסתפק קצת שלא כדין כלל אלא על פי דבריו הראשוני' שאמרן מסיח לפי תומו ולא נסמך על דבריו האחרונים שלא היה אז מסיח לפי תומו ומיהו נרא' דגם לבסו' לא נפק מדין מסיח לפי תומו כמו שכתב הרי"ף ז"ל בההו' עובד' דפונדקי' שלהי יבמו' ומהא שמעי' שכל שמתחיל העכו"ם והסיח לפי תומו. אע"ג דמהדרינן ומגלינן לה למילתא מינה שפיר לא נפיק מדין מסיח לפי

תומו ואין חלוק בין שאלוהו באותה שעה לשאלוהו אחר ימים רבים על אותם הדברים שאמר כיצד היו לא קרינן ליה מתכוין. ופשיטא שאם לא היה אז מזכיר שם האנשים ועברו ימים רבים ושוב שאלוהו על מה שאמר מסיח לפי תומו מי היו האנשים ואמר פלוני ופלו' נאמן יכשם שנאמן להקל כך נאמן להחמיר.

איברא שאם היו עושים מעשה על פי דברי הראשונים והתירוה להנשא ודאי דמשום דבריו האחרונים לא תצא מהיתרה הראשון כדאמרינן בפרק האשה שלום גבי עד אחד אומר מת והתירוה לא תצא מהיתרה הראשון אלא שקרוב הדבר לומר שכל שלא נשאת עדיין אע"פ שכבר התירוה להנשא לא תנשא לכתחלה כדרב אסי דאמר רב אסי הסר ממך עקשו' פה ולזות שפתי' הרחק ממך כדאמרי' בפרק שני דכתובות שכל שאלו לא התירו' עדיין לא היו מתירין אותה גם כשהתירוה אע"ג דמדינא שריא איכא לזות שפתים ואין לומר כשם שעד א' שנתקבלה עדותו ושוב סתר את דבריו או הוסיף על דבריו לא חיישינן כלל אלא לדבריו הראשוני' ועליהם אנו דנין ואפילו משום לזות שפתים ליכא גם עכו"ם זה אע"פ שאח"כ פירש דבריו לא נדון אלא ע"פ דבריו הראשונים מאח' שנתקבלה עדותו והתירוה על פיו דליכא לזות שפתים לא דמי כלל דעד כשר שיש לו דין עדות או עבד או שפחה שיש להם דין עדות באשה כיון שנחקר' עדותן בב"ד שוב אין יכולין להוסיף על דבריהם ולא לסתור את דבריהם כלל שאעפ"י שעדיין לא הותרה להנשא מתירין אות' דמשהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הילכך גם לזות שפתים ליכא דהא דשרי' לה לאו משום שכבר התירוה אלא משום דנתקבלה עדותן הוא אבל עכו"ם זה שאין בו תורת עדות אלא מתוך סיחתו לפי תומו אנו מתירין אותה לא שייך משנחקרה עדותו וכל שסתר או הוסיף לפי תמו לא אזלינן בתר דבריו הראשוני' דמאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני אלא משום שהותרה להנשא על פי דבריו הראשוני' הוא דאמרי' לא תצא מהתירה ולעולם לא אמרינן לא תצא מהתירה אלא לענין שאם נשאת לא תצא אבל לא שתנשא לכתחילה דכל שהיתר ב"ד גורם איכא לזות שפתים והדבר זה צריך הכרע.

אבל בנדון שלפנינו שלא הותרה להנשא כלל איני רואה כלל להקל משלשה טעמים חדא שהלשון הראשון מסופק כמו שהשיב שהיו אותם השני אחים בני הזקן אם הם דברי עצמו ומסברתו או דברי העכו"ם המגידים לו ומה שגרם לנו הספק הזה הוא לפי שהעכו"ם לא הציע כל דבריו כאחת שאילו היה אומר מעצמו בכלל דבריו שהיו האחים בני הזקן לא היה בדבר ספק שודאי לא נתלה שמעצמו ומאומד דעתו אומר אבל עכשיו שלא אמר אלא ע"י שאלת הר' יצחק ששאלו לו מי הם אות' היהוד' ששמעת עליהם כדברים האלה איפשר שלעכו"ם בעצמו שואל אם היה מבין מי היו ולז' השיב מדעתו

שהיו אותם האחי' ואדרב' משמעו' לשון שאלת הר' יצחק מורה על זה שאמר מל"ת ששמעת לבסוף ולא אמר מי שמעת שהיו אותם היהודים וכל שיש ספק בגופא של עדות אין מורין להקל כלל כמ"ש ועוד שאפילו אם היינו דנים להקל מספק כל שחזר אח"כ ופירש את דבריו שומעין לו כל שאינו סותר את דבריו לגמרי לפי שהלשון מסופק ויכול הוא לומר אות' הדברים שאמרתי לא אמרתי אלא מדעתי שחשבתי שלעצמי היה שואל וכגון זה אפילו עד כשר שנתקבלה עדותו בב"ד כל שלא ביחנו דבריו אם חזר ופיר' דבריו בענין שלא יהיו סותרים דבריו הראשוני' ומרא, פנים שזו היתה עדותו מקודם שומעין לו והגע עצמך אילו בא אחד בפנינו והעיד מפי עד אחר שפלו' מת והתרנוה על פיו בלי חקיר' כמ"ש הרמב"ם ז"ל שהמעיד מפי אחר אין חוקרין עליו אלא כל שאומר שמת שומעי' אם בא אותו עד עצמו ואמר אני הוא שאמרתי עליו שמת לפי שראיתיו מגוייד או צלוב או נפל למים שאין להם סוף כלום יש בהתרה ממש אף זו כיוצא בה היא כל שהוא עצמו מסיח לפי תמו חזר ופירש את דבריו ונתן טעם לדבריו כי אותם העכו"ם מהיכן היו מכירין אותם כלומר שהדברי' ידועים שכשהשיב להר' יצחק בסתם לא היה אלא מדעתו. ולא הוצרך לפרש שכבר נודע שאותם העכו"ם לא היו מכירין אותם ועוד אפילו היה סותר את דבריו ממש כל שאמר כן מל"ת כמו שכתב אין מתירין אותה הואיל ולא נעשה מעשה על פי דבריו הראשונים עד ששמענו ממנו הפך דבריו דמאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני ואם אי אתה מאמינו על דבריו האחרונים אף אתה אל תאמינהו על דבריו הראשוני' ולא נעשה מעשה על פיו ואוקי אתתא אחזקתה סוף דבר עניה זו לא מצאנו לה צד היתר על פי העדיות הללו שבאו עד עתה עד יחנן ה' צבאות על טל ילדותה שיבא עדו' ראוי לסמוך עליו להתירה לעלמא או אם נתפרש בעדות אנשי הבטארון את שמו' האנשים הנז' שאמר בסתם אותם היהודי' האחים שיצאו מסינים ופשפשו שלא יצאו שני אחים שנאבדו ונשכח זכרם אלא אלו אז מתירין אותם: והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יוסף בכמהר"ר משום מטראני זלה"ה

סימן נג

בקושטנדינא שנת השנ"ט.

שאלה על דבר ראובן ושמעון שעמדו להתדיין בפני חכם קהל' ואמ' אחד מהמריבים להחכם ההוא על מה אתה עורך בטענות לבעל ריבי א"כ נבקש חכם אחר שידין אותנו אז כעס החכם ואמר הריני מקבל עלי נזירות שמשון בעל דלילה בכל תנאיו שיפ"ואירי חכם דיאיל קהל וביציאו' סמוך לפתח אמר כן ייא ווש לו טיציאש' די' קאז' כך הם דברי החכם שאומר עתה שכך היו דבריו אך העדים שנמצאו שם מראש ועד סוף מעידים

שאמר כן הריני מקבל עלי נזירות שמשון בן מנוח בכל תנאיו דינו אישטא' אין אישטה קאזה ובהיותו סמוך לפתח אמר יאוש לו טיניאש די קאזה. ולהיות שהחכ' הנז' הוא אשכנזי' ובנסחא שלהם מליל הכיפורים מכל נדרי כו' כתוב מיו' כפורי' זה עד יום הכפורי' הבא עלינו לטוב' עתה נסתפק השואל אם יהיה התר' לנזירו' כפי דברי העדי' המכחישי' אותו או אם יועי' הנוסחא של כל נדרי הנ"ל להתיר הנזירות הנז' ועוד נסתפק השואל אם ימצא התרה לנזירות הנז' כפי הסכמ' קדומה שיש ביניהם כתובה וחתומ' בכל תוקף וז"ל ששו' יחיד מהקהל לא יהיה רשאי לשום סבה לא מחמת כעס ולא מחמת קטטה לצאת מהקהל ללכת לקהל אחר ולא להוליך טליתו מהקהל אלא שיהא משועבד לקהל וכל אשר יאמרו לו לעשו' יעשה ולא ישנה את תפקידם הכל נתקבל על כל הקהל יצ"ו בשבוע' וחומר' והעובר ח"ו הוא במכשול. עתה ילמדנו מורינו מורה צדק לצדקה רב להושיע אם ימצא התרה לנזירות הנז' ושכרו יהיה כפול מן השמים.

תשובה לפי שדברי העדים חלוקין מדברי הנודר שלפי נוסח שאומר הנודר יכול הוא ליכנס בבית הכנס' בתורת יחיד ואינו יכול להיות חכם בקהל ולפי נוסח שאמרו העדי' ששמעו מפיו אינו יכול ליכנס בבית הכנסת אפילו בתור' יחיד אבל יכול הוא להיום חכם שלהם לדין ולהורו' ולעשות להם כל צרכם. ולפי זה אנו צריכין לבאר קיום הנדר או ביטולו על פי שני הלשונות. והנה בנוסח הלשון שהעדים מעידי' יש לדון בו משני טעמים א' שלא אמ' בלשון תליה הריני מקבל עלי נזירו' שמשון אם אכנס והשני מחמת ההסכמה שיש להם בשבוע' שלא לצאת מהקהל כמו שנסתפק השואל.

ואיברא שהרב' אני מחכך בדברי הרב המובהק מוהר"ר יוסף ן' לב ז"ל במה שכתב כמה פעמי' בתשובותיו וצדד להתי' נ"ש שהנודר כלשון הזה שהוא שלא אעשה דבר פלוני והבי' מחלוקת כל אותם הגדולים שנחלקו בענין נדר בלשון שבועה לשבועה בלשון נדר דאיכא כמה רבוותא שכתבו דלאו כלום הוא ואיכא מינייהו דאמרי דאע"ג דמדין עיקר של נדר לא הוו מדין יד מהני ואף אבא מארי הרב המובהק ז"ל גם הוא היה עושה טעם זה סניף להתיר בנזירות שמשון בהצטרף עמו טעם אחר.

ואני בעניי תמה על דברי רבותי משני צדדים חדא דממקום שבא' לומר דנדר בלשון שבועה לאו כלו' הוא לדברי אות' הגדולים ממקומו הוא מוכרע דנזירות בלשון שבועה מהני שהם ז"ל דקדקו מהך שמעתא קמייתא דנדרים דאמרינן וליתני כינוי שבועות בתר נדרים ומשני איידי דתנא נדרים דמיתסר חפצא עליה תנא חרמים דמיתס' חפצא עליה לאפוקי שבועות דקאסר נפשיה מן חפצא ועל זה כתב הר"ן ז"ל ומיהא משמע דאין שבועה בלשון נדר ולא נדר בלשון שבועה הילכך כל שהחליף של זה בזה אין בדבריו

כלום ודון מינה ומינה דמדנקט נזירות בתר שבועות ש"מ דנזירות דומיא דשבועות היא דמתסר נפשיה מן חפצה להכי לא תנא להו בהדי נדרי' וחרמים שמתסר חפצא עליה וכן כתב הרא"ש ז"ל ונזיר אע"פ דנאסר ביין אינו אוסר היין עליו אלא בגופו תלוי הנזירו' שאומ' הריני נזיר וממילא נאסר ביין ובתגלח' ובטומאה. וכן הביא דבריו מהר"י ן' לב והשומע סבור שסברת עצמו היא ואינם אלא דברים מוכרחים מתוך השמוע' ועל פי דקדוקם של אותם הגדולים נוחי נפש: ותדע לך ראיה שנזירות איסור גבר' הוא ולא איסור חפצא דבפרק אלו מותרין תנן וחומר בנדרי' מבשבועות קונם סוכה שאיני עושה לולב שאיני נוטל תפילין שאיני מניח בנדרים אסור בשבועות מותר שאין נשבעין לעבור ופריך בגמרא מאי שנא משום דכתיב ביה לה' כי ידור לה' דמשמע אפילו חפצי שמים שבועה נמי הכתיב או השבע שבועה וקאי אלה' דריש' ומסיק תלמודא הא דאמ' ישיבת סוכה עלי הא דאמר שבוע' שלא אשב בסוכ' כלו' סברא הוא דלא קאי אנד' ולא קאי עליה ולא יחל דברו דכתיב בסיפיה דקרא משום דנדרים דאסר חפצא עליה חיילי דאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו שבועה דאיסור גברא הוה לא קאי עליה לה' ואי ס"ד נזירו' איסור חפצא הוא שהיין נאסר עליו ודאי דאתרבי מלה' דכתי' גבי נדרי' דנזירי' בכלל נדרים הוא דכתיב לנדור נד' נזיר להזיר כדאמרינן בריש נדרים א"כ אמאי איצטריך תלמודא בפרק קמא דנזיר לאתויי מקרא דמיין ושכר יזיר לאסו' יין מצוה כיין הרשו' ותיפו' מהיכא דנפקא לן נדרים דכתיב כי ידור נדר לה' ואע"ג דבספרי מייתי לה הא דמיין ושכר יזיר לאסור יין מצוה כיין הרשות שהיה בדין הואיל ואונן אסור בשתית יין וכו' מה אונן לא עשה בו יין מצוה כיין הרשות הא לאו מילתא דהו"א נודר יוכיח שלא נעשה בו יין מצוה כיין הרשות אלא ע"כ שנזירות לא שמעינן מהך קרא אע"ג דאיתיה בכלל נדרים משום דהא לא יחל דברו אכוליה קרא קאי אלא מסבר' הוא דמוקמינן ליה אשבועו' גריד' משום דשבועות איסור גברא הן והרי מושבע ועומד הוא אם כן מקצת נדרים דאיסור גברא הן כגון נזיר הו"א דקאי עלייהו לא יחל והשת' מייתי שפיר בספרי מאונן דדנין איסור הגוף מאיסור הגוף ואל יוכיח נוד' דאס' חפצא עליה להכי איצטריך לאתויי מקרא דמיין ושכר יזיר דאע"ג דמתסר נפשיה מן היין וס"ד אמינא דלא חייל איין מצוה הואיל וכבר גופו מושבע ועומד קמ"ל. וכמו שסברתיה כך מצאתיה בדברי התוס' בפ' שבועות שתים שכתבו דלהכי איצטריך רבוייא גבי נזיר ולא ילפינן מנדרים דהא שאני התם לפי שאוסר המצוה עליו אבל בנזיר שאוסר עצמו על היין לא חייל ע"כ ועוד מעצמו הוא מוכרע דהרי שאמר הריני נזיר ע"מ שאהא שותה יין מי לא מיתסר יין עליה הא תנן כל דקדוקי נזירו' עליה אע"פ שלא אסר היין עליו ועו' נהי דביין שייך ביה איסור חפצא אבל

תגלחת וטומאה היכי שייך בהו איסור חפצא כלל דהא לית בהו ממש ועוד לשון נזירות כך הוא שמפריש עצמו מן החפץ לא שמפריש החפץ ממנו ולשון ספרי אין נזירה בכל מקום אלא הפרשה וכן הוא אומר וינזרו מקדשי בני ישראל והרב מהר"י ן' לב ז"ל הביא דברי הרי"ף שבפ' שבועות שתים ואמר שמדבריו מוכח דנזירות איסור חפצא דמתפיס בשבוע' לאו כמוציא שבוע' מפיו כגון דאשתבע דלא לאכול הדין בשרא ובתר הכי אמר הרי זה הפת אסור' עלי כזו הבשר א"נ כגון דשמע חבריה דאמר דאשתבע דלא ליכול הדין בשרא ואמר איהו ואנא דכוותך אבל מתפיס בנדר חייל נדרא עליה כדתנן הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני כלם נזירים עכ"ד ובעניותי אדרבא מהתם מוכח דנזירות איסור גברא דאילו בנדרים אחד שנדר מן הפירות ובא אחד ואמר הריני כזה לא אמר כלום לפי שהאיסור חל על החפץ לא על גוף האדם מה שאין כן בנזיר שגופו נתפס והא דלגבי שבועות כי אשתבע ואמר חבריה ואנא דכוותך לא מהני משום דשבועה אע"ג דאיסור גברא הוא אין גופו נתפס שבועה הוא דרביע עליה משום דאפיק שבועה מפיו הילכך גם זה אינו אסור עד שיוציא שבועה מפיו. ושוב מצאתי בתוך תשובת הר"ם ז"ל בענין נזירות שמשון תשובת מה"רי בי רב ז"ל שהביא בההיא דפר"ק דנזיר אהא ה"ז נזיר ומוקי לה שמואל כשהי' נזיר עובר לפניו ופרכינן לימא קסבר שמואל ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים מדאיצטריך לאוקומי בשנזי' עובר לפניו והק' הרמב"ן והרא"ש דאפי' ידים אין כאן ואמרו לפי שלשון אהא לא משמע דקאי על התענית אלא אנזירות שחל על עצמו והיה לאיש אחר וע"ש ומדבריהם למדנו שהנזירות איסור גברא הוא עוד מצאתי במרדכי דשבועות בההיא דנודרים להורגין וכו' ובלבד שיאמר בלבו היום אלמא כל סתם כמפרש לעולם דמי מקשה מסתם נזירות דהוי שלשים יום ואם נאמר דיש לחלק בין איסור גברא לאיסור חפצא אלמא נזירות איסור גברא חשיב לי'.

וכך נ"ל בירורן של דברים דשלשה חלוקי איסור הן נדר חל על החפץ ואין לו שום שייכות על האדם הנודר ושבוע' איסור גברא הוא דאסר נפשיה מן חפצא אבל אין גופו של אדם נתפס בה והא דקרינן ליה איסור גברא היינו דאלו היה חל איסור השבועה על החפץ היה נאסר בין לעצמו בין לאחרים כי הני דאשכחן בנדרים שאדם יכול לאסו' את שלו בקונם על אחרים מה שאין כן בשבועות דאלו אסר נכסיו על אחרים בשבועה לאו כלום להכי אמרי' דלא חייל אלא אגברא דאסר נפשיה מן חפצא ומ"מ אין האיסור חל על גופו של אדם ונזיר הוא עצמו נתפס בנדר ונתקדש גופו דומיא דכהן וממילא נאסר ואין צריך לאסור עצמו על החפץ. תדע שאלו אמר הריני מושבע לאו כלום הוא עד שיוציא עכשיו שבועה מפיו ואם אמר הריני נזיר מהני משום דנתפסה קדוש' בגופו כדמוכח

בריש פ' שני דנזיר דב"ש סברי אין שאלה בהקדש וכי היכי דאין שאלה בהקדש כך אין שאלה בנזירות דכהקדש דמי דגופו קדוש דכתיב קדוש יהיה גדל פרע וע"כ לא פליגו ב"ה עלייהו אלא דאינהו ס"ל דנשאלין על ההקדש והוא הדין נמי דנשאלין על הנזירות כמו שכתבו התוספות אי נמי ס"ל כר"ש כדאמרי' התם אבל לכולי עלמא נתפסה הילכך אם אדם אחר התפיס בו ואמר הריני נזיר הרי הוא נזיר מה שאין כן בשבועה שאם אמר לנשבע ואנא דכוותך לאו כלום הוא.

ומתוך דברינו אנו למדין שהנזיר שהתפיס גרוגרות על היין ואמר הרי אלו כיין זה נראה בעיני דלאו התפסה היא כלל שזה היין לא נאסר מחמת נדרו ולא חל איסור על גוף היין אלא דכיון שנדר בנזיר התורה אסרה היין עליו כמו שאסרה עלינו החלב והדם וה"ל כנודר בדבר האסור דהכי משמע קרא ואיש כי ידור נדר נזיר וכו' מיין ושכר יזיר חומץ יין וחומץ שכר לא ישתה וכל משרת ענבים לחים ויבשים לא יאכל שכל אלו לאוים הן וגזרת מלך הוא שאחר שנזר לא יאכל מינין הללו תדע מדאסרינן בנזיר טעם כעיקר דילפינן מכל משרת ומכאן אנו למדין לכל איסורין שבתורה ואלו היה האסור מחמת שהזיר את עצמו מן היין לא מיתסר אלא מעיצומו של יין דתנן בהנודר מן המבושל הנודר מן היין מותר בתבשיל שיש בו טעם יין ולא אסרינן בנדרים טעם כעיקר אלא באומר בשר זה עלי משום דמכיון שנדר מאותה חתיכה שלפניו שויא חתיכה דאיסורא דתנן הנודר מן הדבר ונתערב בחבירו אם יש בו בנ"ט אסור ומדלא ילפינן מנזיר לנדרים אלמא נזיר לאו מחמת הנדר הוא ועוד ראיה שהרי הוא לוקה על כל אחת ואחת מהם ואמרי' בפרק כל שעה ובפרק שלשה מינין אמר רבא אכל חרצן לוקה שתים משום חרצן ומשום כל אשר יעשה מגפן היין זג לוקה שתים משום זג ומשום כל אשר יעשה וכו' אביי אמר אינו לוקה אלא אחת שאין לוקין על לאו שבכללות ואילו לא היה אסורה אלא מחמת הנדר שנדר ואסר את עצמו בכלם לא היה ראוי שילקה אלא אחת דלא מצינו בכל התורה כולה דבר שהיא משם אחד וחייב עליה שתים ואם איתא הכא נילף מינה ואע"פ שיהיה שני מינין הכל שם אחד הוא כדאמרינן גבי שבועה שלא אוכל ואכל פת חטין פת שעורים פת כוסמין אינו חייב אלא אחת שהרי כלל את כלם בשבוע' אחת ואינו חיי' עליהם אלא משום לאו אחד דהיינו לא יחל דברו וכשפרט ואמר פת חטין פת שעורין חייב על כל אחד ואחד דכיון שאמר פת פת לחלק אתא והוי כאילו אמר שבועה שלא אוכל פת חטין ושבועה שלא אוכל פת שעורין אבל הכא דלא אמר אלא הריני נזיר שנתסר בכלן כאחת למה יתחייב על כל אחד וא' הא לא עבר אלא לאו א' דהיינו לא יתל דברו אלמא מוכח דכולהו לאוי אינון דעבר אהורמנא דמלכא שאם לא היה איסורם אלא מחמת הנדר

שנדר ואותם הלאוין הם פרטי האיסור א"כ אינם צווי ולא גזר' אלא הודעה שהכתוב מודיענו פרטי האיסור שנאסר מחמת נדרו כמו שמצינו בכמה מקומות בכתוב שאמרה תורה לשון לאו ואינם אלא הודעה כמו ולנערה לא תעשה תעשה דבר שאינו אלא הודעה שהיא פטורה כדאמרינן בעלמא אנוס רחמנא פטריה דכתיב ולנערה לא תעשה דבר וכן כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה לא יומתו כי לא חופשה וכבר האריך הרמב"ם ז"ל בעיקר השמיני של ס' המצות בעניינים דומים לאלו אלא שיש לנו לומר דודאי קים להו לרבנן דהני לאו הודע' נינהו דלהודעה היה די שיאמר מכל אשר יצא מגפן היין יזיר ולא הוזכרו בהם לאוין אלא לאזהרה ומדהוצרך הכתוב לפרט חרצן וזג ולחים ויבשים ש"מ דאתא ליחודי לאו אכל חדא וחדא ולרבא לקי נמי משום כל אשר יעשה מגפן היין ולאביי לא לקי עליה משו' דהוי לאו שבכללות ועוד דבפרק שלשה מינין אמר אכל ענבים לחים ויבשים חרצנים וזג וסחט אשכול של ענבים ושתה לוקה חמש ואמרינן התם בגמרא דה"ה נמי דלקי אחריתי משום לא יחל הרי לך בהדיא דהני איסורי לאו מחמת הנדר הם דאם מחמת הנדר נהי דלקי על כל אחד וא' משום דפרט לך הכתוב בכל א' מהם ליחודי בהם לאו אבל היכי לקי נמי משום לא יחל דהא באלו הן הלוקין דדרשינן ואכלת לפני י"י אלהיך מעשר דגנך ותירושך וכו' והדר כתיב לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך ותירושך ויצהרך וכו' דאמר' לכתוב רחמנא לא תוכל לאכלם מהדר מפרט בהו רחמנא למה לי אלא ליחודי לאו על כל חד וחד ומ"מ לא לקי נמי משום הלאו הכולל את כולם אלא הוי כאילו אות' הלאו דלא תוכל כתוב אכל חד וחד והכי אמרינן נמי בפ"ק דכריתות גבי ולחם וקלי וכרמל וכן לענין שבת דחייב על כל אב מלאכה ומלאכה לפי שהבער' בכלל היתי' ולמה יצאת לחייב על כל אב מלאכה ומלאכה כדדרי' ר' נתן ולא אמרינן שיהיה חייב שתים משום לא תבערו ומשום לא תעשה כל מלאכה אלא מוכח להדיא דהכא נבי נזיר הנך לאוי לאו מטעם הנדר הוי אלא גזרת מלך הוא שגזר על הנודר בנזיר שלא יאכל ענבים לחים ויבשים הילכך כשאכלן עובר על כך השמות הללו ועובר ג"כ על משום לא יחל שהרי אמר הריני נזיר וחלל נזירותו. ועוד יש להביא ראיה מדמבעיא לן בפרק שבועות שתים אליבא דרבי עקיב' דאמר שבוע' שלא אוכל ואכל כל שהוא חייב אי רבי עקיבא בכל התורה כולה כר"ש ס"ל דמחייב במשהו או דילמא בעלמא כרבנן ס"ל והכא היינו טעמא הואיל ומפרש חייב סתם נמי חייב והיינו טעמא גופא דמתניתין היכי מצינו מדבר ומביא קרבן מדקא' בגמ' לדידכו אודו לי מיהת הואיל ומפרש חייב וכמו שפי' רש"י לעיל שהואיל וע"י דבורו בא לו האיסור שהרי אילו פי' נאסר בכל שהו אף זה כוונתו היה לכל שהו ומה שהזכיר קרבן היינו משום דר' עקיבא אתא לחייובי

נמי קרבן אע"ג דמודה ר"ש לענין קרבן בשאר איסורין הכא מייתי נמי קרבן מטעמא דהואיל ומפרש מביא קרבן סתמא נמי מביא קרבן וכך הם דברי התוספות שכתב וכיון דחמיר דעתו אכל שהו כלומר דחמיר שכפי דבורו מתחייב אפילו בכל שהו בשפי' מה שלא מצינו בכל התורה כולה אוכל כל שהו חייב הילכך אף סתמא דעתו אמשהו. והאי דפריך תלמודא לקמן והרי מגדף והרי נזיר והרי הקדש אלישנא דר"ע פריך דקאמר היכן מצינו משמע דבכל התורה כולה לא מצינו מביא קרבן על דבורו תדע דפריך והא קונמות ומאי קושיא קונמות נמי אסירי בכל שהו אפילו לרבנן וכן פריך ממגדף אע"ג דלא שייך התם כזית וכל שהו אלא אלישנא דהיכן מצינו פריך ועיקר טעמיה דר"ע היינו משום דהואיל ומפרש חייב סתם נמי חייב כדאמרי' בגמרא ופשיט לן מדתנן נזיר ששרה פתו ביין ויש בה כדי לצרף כזית חייב ואי ס"ד בעלמא כר"ש ס"ל למה לי לצרף אלמא בשאר איסורין כרבנן ס"ל והשתא אם איסורו של נזיר הוא מחמת נדרו שאסר היין עליו מה טעם לחלק בין זו לשבועה דנזיר נמי אם היה מפרש שיהא אסור ביין אפילו בכל שהו היה נאסר והיכי אמרינן בעלמא כרבנן ס"ל והכא הואיל ומפרש חייב וכי תימא בנזיר ליכא קרבן מה לי אי ליכא קרבן הא ליתיה כל עיקר אפי' במפרש מכל מקום לענין אסו' קמפרש חייב סת' נמי יהא חיי' דהשתא ליכא לאקשויי היכן מצינו אוכל כל שהו חייב דבדידיה גופיה בנדרי' ונזיר אשכחן אוכל כל שהו חייב מלקות כשפירש אלא מוכח דאיסורי נזיר איסורי תורה הם שאסרם עליו הכתוב והתם לא שייך מפרש כל שהו שאם פירש כל שהו יהא נאסר מחמת קונם ולא מחמת איסורי נזיר ולא דמי לשבועה שאיסור שבועה עצמה ישנה בכל שהו ועוד מינה גופה נוכח דבעינן צירוף בנזיר ולא מיתסר בכל שהו דלקמן פריך והרי קונמות ומשני קונמות נמי כמפרש דמי פירוש משום דלא מדכר שמא דאכילה כדאמרינן בסמוך מחלוקת בשבועות וכו' ואי ס"ד נזיר אסר חפצא אנפשיה ואסר עצמו ביין אמאי לא מתחייב עד שיאכל כזית הרי כשאסר היין על עצמו לא הזכיר שמא דאכילה כמו בקונמות וכי תימא בקרא כתיב בהו אכילה מחרצנים ועד זג לא יאכל אם אותו האיסור אינו אלא מחמת הנדר כיון דגלי לן קרא בנזיר ואע"ג דלא מדכר שמא דאכילה אינו מתחייב עד שיאכל כזית נילף מינה לקונמות אע"ג דלא מדכר שמא דאכילה ועוד אכתי תקשי הא דקתני היכן מצינו באוכל כל שהו חייב הרי קונמות דהשתא אין לומר קונמות כמאן דמפרש דמי משום דלא מדכר שמא דאכילה דנזיר יוכיח דלא מדכר שמא דאכילה ובעינן כזית א"כ לאו כמפרש דמי. ועוד יש לדקדק מדבעי רב אשי לקמן בסמוך נזיר שאמר שבועה שלא אוכל חרצן בכמה כיון דכזית איסורא דאורייתא הוא כי קמשתבע אהתירא קמשתבעי דעתיה אמשהו או

דילמא כיון דאמר שלא אוכל דעתיה אכזית ומהדר תלמודא למפשט בעיין מדריש לקיש דאמר אי אתה מוצא אלא במפרש חצי שיעור וכו' ומאי קמבעיא ליה הרי משנה שלמה שנינו בפרק שני דנדרים אין שבועה בתוך שבועה כיצד שבועה שלא אוכל שבועה שלא אוכל ואכל אינו חייב אלא אחת ולא אמרינן כיון דכזית הרי מושבע ועומד הוא משבועה קמייתא כי קמשתבע באחרונה אהתירא קמשתבע ודעתיה אמשהו אלא מוכח דמאיסור הבא מחמת עצמו שאסרו עליו אין להביא ראיה דמאי אולמיה בהאי שבועה בתרייתא משבועה קמייתא ואי בקמייתא לא מיתסר אלא בכזית וכי מפני שהיא אחרונה נשכרת לאלומי לה שיאסר במשהו ואם זה סבור שיש בכלל אכילה אפילו משהו מפני מה לא נאסר במשהו משבועה קמייתא אבל בנזיר בעי משום דכזית איסורא דאורייתא הוא כאיסורי חלב ודם ואינם אלא בכזית דילמא כי קמשתבע אהתירא קמשתבע דבלשון בני אדם איפשר שזהו קורא אכילה למשהו ולהכי פשיט לה תלמודא מנבלה דקאמר והרי נבלה דמושבע ועומד מהר סיני הוא דכי חרצן לגבי נזיר דמיא אלמא חרצן לגבי נזיר מושבע ועומד מהר סיני הוא ולא מחמת נדרו. ועוד יש לדקדק מדפריך תלמודא לעיל אהא דתנן היכן מצינו מדבר ומביא קרבן והרי נזיר ומשני מביא קרבן על דבורו קאמרינן והאי לאשתרויי ליה חמרא הוא דקמייתי. ואי ס"ד איסורי נזיר הוא אסרם על עצמו דכי אמר הריני נזיר הזיר עצמו מן היין ומן הטומאה דאין נזירות אלא הפרשה הרי מצינו בנזיר מביא קרבן על דבורו שאם נטמא מביא עליה קרבן לכפרה דכתיב וכפר עליו מאשר חטא על הנפש כדר' ישמעאל ותנן בפ' שני דכריתות ארבעה מביאין על הזדון כשגגה וחד מינייהו נזיר שנטמא ותנן נמי בפרק כהן גדול דנזיר יטמא כ"ג שאינו מביא קרבן על טומאתו ואל יטמא נזיר שמביא קרבן על טומאתו משמע שהקרבן בא על חטאו שחטא שנטמא והרי זה מביא קרבן על דבורו דומיא דשבועה דקרי' ליה מדב' ומביא קרבן בשנשבע על הדבר והחלי' דבורו ואכלו אלא מוכח להדיא דההיא לא קרינן ליה מביא קרבן על דבורו שלא נאסר הוא מטעם נדרו בטומא' כמו שכתב' לעיל דהא דבר שאין בו ממש הוא אלא שהתורה הזהירתו עליה כדרך שהזהי' בכהן ומכאן אתה דן לכל איסורי נזיר דכולהו לשון לאוי אינון מחרצנים ועד זג לא יאכל לאביו ולאמו לא יטמא ואינם מחמת נדרו אלא לאוין גמורין הם. מעת' זכינו לדין שנזיר שהתפיס דבר אחר על היין לאו התפסה היא דהו"ל מתפיס בדב' האסור והרי זה דומה לאותה ששנינו בחלת אהרן ובתרומתו מותר אע"ג דחלה ותרומה על קריאת שם הם נאסרות לזרים דהא מצי לאתשולי עליה כדמוכח בפ' הנודר מן הירק ואפ' הכי קרינן ליה דבר האסור ולא דבר הנדור כמו שפירש הר"ן בפר' שני דכיון דאינו אסור לכל דבר האסור מיקרי ולא

דבר הנדור אע"ג דע"י קריאת שם מיתסר. ואין לטעות בדברי הרא"ש ז"ל שכתב שם ואע"ג דמיתסר ע"י פיו לא הוי דבר הנדו' דהא מעיקרא נמי אסור משום טבל ופיו לא אסר אלא התיר שהוציא השיריים מידי טבל ע"פ דלכאור' משמע שדברי הרא"ש חלוקין על דברי הר"ן שהר"ן ס"ל דמשום הכי קרי' ליה דבר האסור שפיו לא גמרה לו איסור דבלאו הכי היה בו איסור טבל והא ליתא דע"כ קריאת שם גרמה לו דהא מתשיל עליה וחוזר להיותו חולין ומתירו לזרים שיפריש עליו ממקום אחר ועוד דהא איכא תרומה אף על פי שלא היתה תחילה באיסור טבל כגון שעדין לא נגמרה מלאכתן שמות' לאכול מהן עראי כאותה ששנינו פרק ב' דמעשרות פירות שתרמן עד שלא נגמרו מלאכתן רבי אליעזר אוסר לאכול מהם עראי דקסב' שהתרומ' קובעת למעשר וחכמים מתירין אלא דברי הרא"ש ז"ל כך הם שבאו להכריע דאיסו' תרומה וחלה לאו דבר הנדור הם אלא דבר האסור אף על פי שעל ידי קריאת שם באו תדע דהרי סתם תרומה שנטלה אחר גמר מלאכה מעיקרא באיסור טבל קיימא אם כן דברי פיו לא הועילו כלום אלא להוציא השירי' לחולין הילכך ע"כ דלאו דבר הנדור הוא אלא על ידי שקרא עליה שם תרומה נתפשה בה קדושה ואסרה הכתוב לזרים כמו שאסר חלב ודם מדכתיב וכל זר לא יאכל קדש והר"ן ז"ל נתן טעם אחר בדבר תדע דלאו דבר הנדו' הוא כיון שאינו אסור לכל מאחר שקרא עליו שם תרומה כמו כשקרא על הככר שם קרבן סתם שנאסר לכל העולם ואף הנזיר כיוצא בו הוא שמשקרא עצמו שם נזיר הותפסה קדושה בגופו ואסרה עליו תורה היין ואם התפיס דבר אחר ביין לא הוי התפסה מן התורה כלל והשתא אתי שפיר מתניתין דתנ' נדרים וחרמים שאיסור חפצא הם שאין האיסור חל אלא על החפץ והדר תני שבועות ואף על גב דאין האיסור חל על גוף האדם מכל מקום על ידי אותה שבועה מיתסר נפשיה מן חפצא והדר תני נזירות שאינו חל אלא על גופו של אדם ונעשה אדם אחר שהואיל ונזר אסרה עליו תורה היין ותגלחת וטומאה וכל אלו דברים מיכרחי' נראה לע"ד שלא ימצא חולק עליה' ודברי הרשב"א שאמר הנדרים והנזירות אחד הם שהרי הקישן הכתוב אין דבריו שם אמורים אלא לענין שיהיה חל על דבר מצוה כמו שנרא' מדבריו שם. ומה שאמר וכאן וכאן אוסר החפץ על עצמו דאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו היינו שהנזיר על ידי שנזר ואסר ממילא החפץ על עצמו והרי היא אצלו כחתיכא דאיסורא כמו חלב ודם אצלינו דאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו אבל שבועה לא נעשה החפץ אסור עליו אלא הוא נמנע ממנו מחמת שבועה דרביעא עילויה והוא הרי מושב' ועומד כללן של דברים שנראה לע"ד שלדברי כלם שהוציאו בלשון

שבועה דמתסר נפשי' על חפצא שאמר הריני שלא אשתה יין ושלא אגלח והיתה כוונתו לנזירו' הרי זה נזיר.

ועוד אני תמיה מה ראו רבותינו לתלו' זה במחלוקתן של ראשונים נוחי נפש אי נדר בלשון שבועה מהני שעד כאן לא נחלקו גדולים הללו אלא בנדר שלא הדיר' בלשון שיחול על החפץ כגון שאמר הרי עלי קונם שלא אוכל ככר זה דכיון דנדרים איסור חפצא הוא והוא לא אמר קונם ככר זה עלי ואגופיה לא חייל הילכך אין כאן נדר אבל מי שאמר קונם ככר זה עלי שלא אעשה דבר פלוני הא ודאי מיתסר שפיר חפצא עליה וחל הקונם על הככר תדע דבפרק שבועות שתים משמע מדברי התוספות והרא"ש דמטעם דבר שאין בו ממש הוא דאמרי דלא חייל גבי הרי עלי שלא אוכל בשר ביום שמת בו אבא כתבו שם לאו דוקא שאם אומר בזה הלשון אינו נדר דשלא אוכל דבר שאין בו ממש הוא כמו קונם שאיני ישן דלא אמר כלום ע"כ ואילו האומר קונם ככר זה עלי שלא אעשה זה מי איכ' למ"ד דבר שאין בו ממש הוא ואם אתה חוכך לומר שלא אמר לשון תליה אם כן אין צד להסתפק בעיקר הקונם אלא דתנאי שהתנה אי מהני תנאה לענין שלא יחול התנאי בקיומו של תנאי או דילמא שכיון שלא הוציאו בלשון תנאי שלא אמר אם אעשה כך אין כאן תנאי וחל הנדר אע"פ שקיים התנאי ומה ענין זה למחלוקתן של ראשונים נוחי נפש בנדר שהוציאו בלשון שבועה שאפילו היתה שבועה שאמר שבועה שלא אוכל פירות שבעול' שאעשה דבר פלוני היה לנו הספק הזה בעצמו אם חלה שבועה בכל ענין כגון שלא אמר לשון תנאי או נאמר לשון תנאי הוא ולע"ד אין כאן ספק שאפילו קבל עליו נזירות שמשון סתם ולא הזכיר שום תנאי אלא הדברים מוכחין שכוונתו היה לעשות הדבר ההוא אזלינן בתר דעת הנודר כדתנן ר"י אומר הכל לפי הנודר טען והזיע והיה ריחו קשה ואמר קונם צמר עולה עלי מות' להתכסות ואסור להפשיל לאחוריו ותנן נמי היו מסרבין בו ליקח את בת אחותו ואמר קונם שהיא נהנית לי מותר ליהנות לו שלא נתכוון אלא לשם אישות ותנן נמי גבי נזיר מזגו לו את הכוס ואמר הריני נזיר ממנו ה"ז נזיר מעשה באשה א' שהיתה שכורה ומזגו לה את הכוס ואמרה הריני נזירה אמרו חכמים לא נתכוונה וכו' והכי קי"ל בכולהו נדרים שאע"פ שנדר סתם אזלינן בתר דעתו של נודר כל שכן שהוא עצמו פי' דבריו ואמר זה שקבלתי עלי נ"ש הוא כדי שלא אכנס בבית זה וראיה מהא דגרסינן בפ' השולח שלחו מתם איך פלונת' בת פ' קבילא גיטא מן יד' דאחא בר הדיא אסרה פירות שביעית עלה דלא קבילא מכתובתה אלא גלופקרא וספר תלים ואיוב.

ועוד ראיה מהא דתנן בפרק המדיר המדיר את אשתו שלא תתקשט דמוקי לה בגמרא דתלנהו לקשוטים בתשמיש המיטה והכי משמע שהדיר את אשתו מתשמיש שלא תתקשט ואין לומר דהתם כגון שפירשי ואמר אם תתקשט ומתני' לישנא קלילא נקט דלישנא דמתניתין גופא הכי מתפרש' שכן מוכח מדברי התוספות שם בריש פרקין דבתוספו' הר"ר יוסף לפני רבי שמואל תרצו דלקמן דוקא מוקי בדתלנהו לקישוטיה בתשמי' משום דקתני המדיר את אשתו שלא תתקשט ולא קתני המדיר מקישוט משמע שפיר שמדיר' מתשמיש מפני שלא תתקשט אבל הכא דקתני המדיר מליהנות משמע שמהנא' ממש מדיר' ע"כ בתוס' הרי שלשו' אתקשט אנו מפרשי' מפני שלא תתקשט ועוד יש להוכיח מההיא דמייתי בפ"ק דשבת שהיה ר' טרפון אומר אקפח את בני שזו הלכה מקופח' ופי' התוס' לשון שבועה הוא כלו' אקפח את בני אם אין דבר זה אמת ובענין זה מצינו במקרא חי פרעה אם תצאו מזה כלומר שלא תצאו מזה עד כאן לשונו והרי שם צריכין אנו לפרש הלשון שנשבע בקיפוח בניו מפני שהלכה זו מקופחת ותו אשכחן בפ"ק דנדרים גבי מנודה אני לך דמפרש בגמ' דרבנן סברי לשון שמתא הוא וה"ק מנודה אני לך שאיני טועם לך ואע"פ שלשון שאיני טועם לך הוי לשון שבועה וחייל שפיר.

ובר מן דין בנדון שלפנינו נ"ל שהלשון מתוקן שאמר הריני מקבל עלי נזירו' שמשון דינו אינטראר אין אישטה קאזה לא אמר קינו אישטארי אלא לבלתי שבת בבי' זה שהכוונ' לומר זה שקבלתי הנזירו' הוא נדר על עצמי לבלתי שבת בבי' זה שהרי אם אכנס אהי' נזיר.

אבל ממה שנסתפק השואל אם יש היתר לנזירות זה מטעם ההסכמה שיש להם בשבועה שלא לצאת מהקה' ויש עליה כמה חומרות אם כוונת השואל לומר דמחמת השבועה לא חייל עליה נזירות הואיל והוא בא לבטל את השבועה אין זה כלום דאפילו אם היה נודר בקונם שלא יכנס בבית הכנסת קי"ל נדרים חיילי על דבר מצוה שאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו כ"ש שאפילו אסר עצמו בשבועה שאמר שבועה שלא אשתה יין לעולם אם אכנ' לבית הכנסת זה לא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה כדאמרינן בפרק המגרש גבי הרי זה גיטיך על מנת שתאכלי בשר חזיר דקי"ל כרבא דאמר דהוי גיטא ופרכינן והא מתנה על מה שכתוב בתורה הוא ומסיק רבינא מי קאמר לה לא סגיא דלא אכלה לא תיכול ולא תתגרש ה"נ יהא נזיר ויכנס בבית הכנסת מיהו נראה שהואיל ומחמת השבועה כייפינן ליה שילך לבית הכנסת כשאר כל יחידי הקהל ויהא נזיר יש פתח גדול לנזירותו לעשותו נדרי טעות דאנן סהדי שלא היתה כוונת הנודר הזה להיות

נזיר אבל היתה כוונתו שלא להכנס עוד בבית הכנסת ועל זה קנס את עצמו בנזיר כדי שלא יסרבו בו עוד ואלו היה נזכר בשעת הנדר שהיה להם שבועה זאת והיו כופין אותו ליכנס ולהיות נזיר פשיטא שלא היה נודר הרי הנדר טעות מעיקרו דומה לאותה ששנינו נדרי שגגות כיצד קונם אם אכלתי ואם שתיתי ונזכר שאכל ושתה דהואיל והוא אומר שהיה סבור שלא אכל ולכך אסר עצמו בקונם הרי הנדר טעות וכן הן הדברים אם אמר קונם פירו' עלי אם אוכל ונזכר שהיה מושבע לאכו' שע"כ צריך לאכו' דמה לי אם אמר אם אכלתי ונזכר שאכל או אמר אם אוכל ונזכר שהו' צריך לאכול וכן ההיא דתנן ראה אותן אוכלים תאנים ואמר הרי עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו עמהם דתנן אלו ואלו מותרין דאנן סהדי אילו היה יודע שאביו הוא לא היה נודר נמצא שלפי נוסח שהעדים מעידין אין כאן בית מיחוש בנזירות הזה מחמת שבועת ההסכמה ואע"פ שכפי דבריו של נודר שלא אמר אלא אם אהיה חכם בקהל לא שייך זה להסכמת הקהל נפקא מינא שלא יאסר מליכנס בקהל על פי עדות של עדים.

ויש שום עיון באותה ששנינו פ"ג דכריתות שנים אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מחייב אמר ר"מ אה הביאוהו שנים למיתה חמורה לא יביאוהו לקרבן הקל אמרו לו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי ומבעי' לן בגמ' טעמא דהכא הוא משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים או דילמא משום הך דקתני מה אם ירצה לומר מזיד הייתי ומסיק תלמודא בסוף סוגיין דטעמייהו דרבנן משום דמתרץ דבוריה הוא דאמר לא אכלתי שוגג אלא מזיד מדתניא רבי יהודה אומר נאמן אדם על עצמו יותר מק' איש ומודים חכמים לר' יהודה בחלבין ובביאת מקדש אבל בטומאה לא מודו ליה והיינו טעמא משום דבחלבין וביאת מקדש מצי לתרץ דבוריה אבל בטומאה דלא מצי מתרץ דבוריה לא מהימן כנגד העדים יקשה על זה דמסקנא דהך סוגיא לא אתיא כסוגיא דפ"ק דמציעא דפרכינן מה לפיו שכן מחייבו קרבן תאמר בעדים שאין מחייבי' אותו קרבן ומאי פריך אדרבא עדים חמירי טפי מפיו שהרי עדים מחייבי' אותו קרבן אף על פי שהוא מכחישן דלא מהמני' ליה אלא היכא דמתרץ דבוריה ותו מאי משני ר' חייא כר"מ ס"ל אפילו כרבנן אתי דמודו רבנן היכא דלא מתרץ דבוריה כל זה דקדקו התוספות שם בכריתות ובפרק קמא דמציעא כתבו שם התוספות דהך סוגיא דמציעא סברא בחד לישנא דכריתות דמפ' טעמייהו דרבנן משום שאדם נאמן ע"ע יותר ממאה איש ותימה היא דבהדיא מייתי בריי' דקתני ר"י או' נאמן אדם על עצמו וכולי וקתני מודים חכמים לרבי יהודה בחלבי' בביאת מקדש אלמא בטומאה פליג' עליה ועל כרחיך טעמא בטומאה דלא אפשר ליה לתרץ דבוריה לא מהימן ולרבינא אף בטומאה ישנה

היכא דלא מתוקמא שפיר תירוצא דמילתיה לא מהימן אלמא לכולהו לישני מטעם דמתרץ דבוריה הוא דאמרי רבנן ונ"ל לתרץ דלרב נחמן דפסק הלכתא כרבי יהודה התם בכריתות קשה דבכולא תלמודא אמרינן דרבי יוחנן סבירא ליה הלכה כסתם משנה וסתם מתניתין דכריתות קתני מה אם ירצה לומר מזיד הייתי היינו רבנן דפליגי עליה דרבי יהודה וצריך לומר לפום פסקא דרב נחמן דחכמים דמתניתין היינו רבי יהודה ולדבריו דרבי מאיר קאמר שכן הוא סבר תלמודא דבעי אי טעמא דרבנן משום דנאמן אדם על עצמו הוא והכא לסתור דבריו דרבי מאיר דעביד ק"ו ממיתה דלאו קל וחומר הוא דמצי לתרץ דבוריה שלא יסתור דברי העדים ורבנן בחלבין וביאת מקדש מודו להם אבל בטומאה דלא מצי לתרץ סברי כדרבי מאיר והא דאמרי התם רבי חייא כרבי מאיר ס"ל היינו רבי מאיר דבטומאה כרבי מאיר סבירא ליה דאינו יכול לתרץ דבורו אחר כך ולומר מזיד היתי.

והשתא סוגיא דמציעא אתיא כרבי יהודה דפסקינן הלכתא כוותיה והיינו רבנן דמתניתין ורבי חייא ס"ל כרבי מאיר נמצא לפי שטה זו הכא בנדון דידן נאמן הנודר לומר לא נזרתי אלא אם יהיה חכם בקהל אבל יכול הוא להיות כא' מיחידי הקהל אע"פ שהעדי' מכחישין דנאמן אדם על עצמו יותר מק' איש אבל ראיתי להרמב"ם ז"ל שכת' פי"א מה' שגנות כשיטת חכמים וכאוקמתא דרבינא וכבר תפס עליו הראב"ד ז"ל וכן משמע מדברי התוס' במציע' כמו שהוכחנו ובאמת שדברי הרב ז"ל תמוהי' וצריך להתיישב בהם ועוד צ"ע דבפ"ג דנזיר תנן מי שהיו שתי כתי עדים מעידות אותו אלו מעידי' שנז' שתים ואלו מעדי' שנזר חמש והקש' בתו' היכי דמי אי שתק הנודר שתיק' כהודא' דמיא ותרצו שהנודר מכחיש כל א' וא' דאי מוד' לא' למה לא יהא כהודאתו א"נ במודה איני יודע וכו' והשתא לפי תירוץ ראשון דאינו נאמן כנג' העדים דלא כר"י ומ"מ אף לשיטת ר"י הכא בנדו' שלפני' שהדבר מפורסם בפני רבים אין הנודר יכול לעשו' הפך דברי העדים דאף ר"י לא אמר אלא בינו לבין עצמו ולעצמו אבל בפני אחרים אסו' הילכך כיון דיש היתר לנזירות לפי הנוסח שאומרי' העדים א"כ יכול הוא ליכנס בקהל ממה נפש' ואף לדבריו של נודר יש לו היתר ממה שבה בשאל' שהאשכנזים נוהגים לומר בנוסח כל נדרי כמו שתקן ר"ת ז"ל שהוא ביטו' להבא ולפי דעת גדולי המפרשים והסכמ' האחרונים ס"ל כל שלא היה זכור מתנאו בשעת הנדר לא חל עליו אלא שלבי נוקפי להתיר לכתחלה בזה דא"כ אין נדרים כלל והעול' ינהגו קלות בכל הנדרי' אפילו אם היו זכורים מזה שאומר בירו ובפ' ד' נדרים אמרי' סבר רב הונא בר חנינא למדרש' בפרק' אהא דהרוצה שלא יתקיימו נדריו של כל השנה וכו' א"ל רבא תנא מסת' לה סתומי

שלא ינהגו קלות ראש בנדרים ואת דרשת לה בפרק' ואם אתה מתיר כל נדרי' מטעם זה בלא התר' חכם ודאי דנהיגי קלות ראש בהם ושמא שלא תקן ר"ת לומר הלשון הזה כדי להתיר לכתחילה למי שנדר ונשבע אלא שאם עבר בשוגג שלא יהא עליו עונש שבוע' או נדר וכן מוכיח אמה שמסיימי' בכתו' ונסלח לכל עדת ישראל וכו' כי לכל העם בשגגה ואע"פ שהרא"ש ז"ל בסוף יומא פי' דקאי על מי שעובר על נדרו ואינו סומך על הביטו' כדאמרי' הרי שנדר' אשתו בנזיר והפר לה בעלה ולא היתה יודעת שהפר לה והיתה שותה יין ומטמאה למתים צריכה כפרה דכתיב אשה הפרם וה' יסלח לה ומיהו אין זה נקרא שוגג אלא פושע כדתנ' אם אינה סופג' את המ' תספו' מכת מרדו' דאיהי מיהת לאיסורא איכוון ולא שייך לומר כי לכל העם בשגגה ומצאנו בתשובות מהרי' ויילה ז"ל סי' ב' כתב ומטע' כל נדרי לא חזי' לרבנן קשיש' שסמכו על זה להתיר נדרים ושבועו' בלא התר' חכם אלא בדיעבד היכא דאיכא צורך גדול בדבר אבל לא לכתחלה ע"כ והרי הרב ז"ל שהיה אשכנזי והעיד משם הגדולים שלא סמכו להתיר והיאך נסמוך אנחנו ועוד כשם שאנחנו שאומרים כל נדרי הלשון לשעבר להתיר כל נדרים ושבועו' שנדרו כבר מ"מ אין אנו סומכין בכל השבועות שהאדם זכור שנשבע שינהוג בהם מנהג היתר אם לא בחקיר' חכם ובפתח או חרט' ולא סמכי' עליו אלא למי שעבר ושגג אף לאומרים אותו להבא אין לסמוך עליו לכתחילה והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נד

מה שכתב החכם השלם סיני ועוקר הרים כמהר"ר יחיאל בסאן נר"ו להשיב על דברי. שאלה אני לעצמי כגמול עלי נפשי כעוללי' לא ראו אור התורה והמצוה איככה אוכל וראיתי מתז' שדי וארא מראו' אלהים מדבר מתוך זיקוקין דנורא דנפקין מפומיה דמר המעתיק הרים וטוחנ' זה בזה אכן סעיפי ישיבוני כי אראה שמך דברו' קדשך המה שמוני לאיש כא' מצבא יודעי דת ודין בהראותו את עושר יושר אמרי אמת היתה אתו כתוב' לפני ותהי בפי כדבש למתו' אז אמרתי אקומה נא אלקט' טוב טעם פרי מגדיו ולא אבוש תורה היא וללמוד אני צריך ומה ששגיתי הבינו לי הלא כה דברי מה שכתב מע"כת וז"ל ולפי נוסח ששמעו העדים מפיו אינו יכול ליכנס בב"ה אפי' בתורת יחיד אבל יכו' הוא להיות חכם שלהם לדו' ולהורו' ולעשו' להם כל צרכ' עכ"ל ואני בער שמעתי ולא אבין מה בין זו לאותה ששנינו ס"פ קונם יין וז"ל היה מסרב בחבירו שיאכל אצלו אמר קונם לבית' שאני נכנס טיפת צונן שאני טועם לך מותר ליכנס לביתו ולשתו' ממנו צונן שלא נתכוו' זה אלא לשום אכילה ושתי' ע"כ ושמעי' מינה דאזלי' בתר דעת הנוד' כפי מה

שבאו עליו דברי הנודר ואפי' שענין ההוא שאנו מפרשים בדבריו הוא משמעו' רחוק מאד כמו שאנו אומ' שלא אכנ' בביתך שיהיה הכוונה לאכול אכיל' מרוב' וטיפת צונן ירצה לומר שתיה מרוב' עם שהוא הפך משמעו' המובן מפשט דבריו מ"מ אנו למדי' דעתו מהדברים הקודמים אל הנדר ולפי זה בנ"ד כיון שכעס על עסקי דינא ודיינ' אע"פ שאמר שלא להכנס בב"ה זה לא נתכוון אלא לשם חכם ודיין נמצא שהוא מותר ליכנס לשם יחיד ואסור להורות ולדון להם אפי' חוץ לב"ה ולסברת הרא"ש ז"ל הוא מותר להיות חכם אפי' בתוך הקהל כי כן כתב שם בפסקיו דגם באכילה ושתי' מותר כיון שלא הוציאו בפיו וא"כ ה"נ יהיה מותר להיות חכם כיון שלא הוציאו בפיו לסברת הרא"ש ז"ל ואפשר לומר דאפי' להרא"ש ז"ל אסור להיו' חכם בתוך הקהל דבכלל שלא להכנ' הויא נמי הכניסה להיות חכם בתוך הקהל וא"כ לרישא דמיא דקתני היו מסרבין בו לשאת אחותו ואמר קונם שהיא נהנית לי לעולם מותרת ליהנות לו שלא נתכוון זה אלא לשם אישות ובהא מודה הרא"ש שלשם אישות אסרה ליהנו' לו דאישות בכלל הנאה היא כדכתב שם הרא"ש ז"ל א"כ ה"נ היותו חכם בתוך הקהל בכלל להכנ' הוא אבל לסבר' החולקים על הרא"ש ופסקו כדברי התוספתא שאסור באכילה ושתי' במשת' ההוא נר' שהדין כמו שכתבנו שהוא אסור אפי' להורות ולדון להם חוץ לקהל ומותר ליכנס בתור' יחיד. איברא דיש מקום לבעל דין לחלוק ולומר דלא דמיא נ"ד למתני' דהתם היינו טעמא משום שהיה חבירו מסרב בו וענה על דבריו ומש"ה חשבי' ליה כאילו הוציא בשפתיו גם הוא הדברים שהיה חבירו מסרב והכי איתא פ' שבועות שתים אמר שבועה שלא אשתה ושתה משקים הרבה אמרי' התם רב אחא ברי' דרב איקא אמר במסרב בו חבירו עסקי' דאמר לו בא ושתה עמי יין ושמן ודבש היל"ל שבועה שלא אשתה עמך יין ושמן ודבש למה לי לחייב על כל א' וא' ופי' שם רש"י וז"ל הוה ליה למימר שבועה שלא אשתה עמך ולא צריך לפרש דכי אשתבע אמאי דמסרבין בו אשתב' עכ"ל וכן נמי ר"פ ד' דנדרים מייתי לה להא מתני' דהיה מסרב בחבירו שיאכל אצלו וכו' למשמע מינה דהכי משתעי אינשי ומשני מי דמי גבי צונן צדיקים אומרים מעט ועושים הרבה וכו' ופי' שם רש"י שזה שהיה מסרב בחבירו ודאי לאכיל' ושתיה מרובה קאמר כי כן דרכן של צדיקים וכי אמר ליה האי טיפת צונן וכו' הכי נתכוון לומר אותה טיפת צונן שאתה רוצה ליתן לי דהיינו אכילה מרובה ולא נתכוון לטיפת צונן ממש ע"כ ואע"פ שהרא"ש והר"ן ז"ל פירשו שם בענין אחר הכל הולך אל מקום אחד שהנודר על מה שהיה חבירו מסרב בו הוא נודר וכאילו דבר כן בפיו כאמור א"כ דוקא במי שסרבין בו אנו מפרשים כוונתו אפי' הפך מה שנר' מפשט דבריו מפני שיש הוכחה גדולה מדברי חבירו שהיה סבת

נדרו אבל הוכח' אחרת כגון היה טעון גזי צמר וכיוצא בה לא נפר' כי אם פי' שיסבול אותו הלשו' שאמר ולא שנאסו' עליו מה שלא הוזכר בדבריו או שנתיר לו מה שהוזכר בפירו' בדבריו. וכד מעיינן שפיר ליתא להאי חלוקא מדכתב הרא"ש בפסקי' פ' הנודר מן הירק גבי הא דתנ' ר' יהודה אומר הכל לפי הנודר טען והזי' וכו' כתב שם הרא"ש בשם הרמב"ן דקי"ל כר' יהודה שהרי סתם לן תנא כותי' באידך פרק' שלא נתכוון זה אלא לשם אכילה ושתיה ע"כ ואם איתא שיש לחלק כדאמרן מאי מייתי הרמב"ן מהת' דילמא שאני התם דהוי כאילו פי' אבל היכא שלא היו מסרבין בו לעול' אימא לך דלא אזלי' בתר דעת הנודר כלל כת"ק דר"י אלא ודאי דלא שאני לו כיון דאיכא הוכח' בין כשהיא על ידי דברי סרוב חבירו או ע"י מעשיו ואע"פ שיש לדחות ראיה זאת אשנויי דחיקי אני מאריך להעלות על ספר סברו' שהן רחוקות לע"ד וכן נראה מתשוב' הר"ש בר צמח ז"ל שהביא ב"י י"ד סי' ר"יח על מי שנשבע שלא יעשה יין למכור מפני שהעלילו עליו שמכר לישמעאלי' וכו' ויש לו קצת יין שעשאו קודם שנשבע נר' שאסור למכרו אע"פ שלא נשבע אלא שלא יעשה יין למכור וזה היה עשוי משום דאזלי' בתר דעת הנודר שנדר מחמת העלילה וכאותה ששנינו קונם צמר עולה עלי ר' יהודה אומר וכו' עכ"ל הרי שאסר עליו למכור היין העשוי כבר מפני ההוכחה עם שהוא הפך מה שנר' מפש' דבריו שלא אס' עליו אלא עשיי' היין ואין לומר דהתם הנודר דבר בפיו שמפני מה שהעלילו עליו הוא נודר ומפני זה אנו מבארים כפי מה שהיתה כוונתו דא"כ למה הביא ראיה מאות' ששנינו קונם צמר ולא מן השם הוא זה אלא תולה נדרו הוא אלא ודאי שמה שכתוב שם שמפני שהעלילו וכו' אינם דברי הנוד' אלא דברי השואל ונמצינו למדין שאין הדבר תלוי בסרו' חבירו אלא בסבר' הנודר לפי מה שהוא אנו מפרשים דבריו אפי' מה שלא הזכי' ודלא כהרא"ש ז"ל כי אם כדבר' התוספת וכן כתב הרב בעל ת"ה סי' רע"ז דדייני' לפי כוונתו אפי' אם הוא נגד הוצאת שפתיו ע"כ. אך לענין להורות חוץ לב"ה אפשר להתיר ולומר דמתני' נמי דאמר לביתך שאיני נכנס מות' לאכול וחוץ לביתו אפי' אכילה מרובה ועדין הדבר בספק אצלי אבל לכל הפרושי' הוא מותר ליכנס בתור' יחיד תדע שהרי הרא"ש והר"ן ז"ל סברי דכל היכא דליכא הוכחה האומ' קונם צמר ופשתי' עולים עלי לבישו' משמ' ולא טעינה ואפי' הכי כשיש הוכח' אמרי' להפך דמותר בלבישה ואסור בטעינה כ"ש בנ"ד שהכל הוא מובן מלשון שלא אכנס בין בתורת חכם בין בתורת יחיד כשאין הוכחה והשת' דאיכא הוכח' לא גרע מהיה טעון וכו' או ממה שאמרו במשנה שזכרנו בס"פ קונם יין היה מגרש את אשתו ואמר קונם שהיא

נהנית לי לעולם מותרת ליהנו' לו שלא נתכוון זה אלא לשם אישות והכא נמי לא נתכוון אלא לשם חכם ולש' יחיד הוא מותר.

ועוד אני אומר שאפי' נודה שיש הפרש בין היה מסרב בו חבירו להוכח' אחרת כמו היה טעון צמר או היה מגרש את אשתו אפי' הכי נדון דידן להיה מסרב בו חבירו דמיא שעל מה שאמר לו שיבקש חכם אחר על זה עלה עשן באפו ונדר גם בסוף דבריו גלה דעתו שנית ואמר שהחכ' החדש כבר היה מוכן בתוך ביתו כאשר בא בשאלה.

הראיה שהביא מעכ"ת שהנזירות אינו איסור חפצא כי אם איסור גברא שכן נר' מסדר המשנה הראשונ' ממס' נדרי' שהביא כנויי נזירות אחר שבועות יפה כיון כ"ת לדעת גדולי' ויפה אמרו חז"ל חכם עדיף מנביא שזאת הראיה הכי שמענוה זה ימים רבים בשם הגדולים ז"ל עתה מקרוב מצאנוה הנה כתובה על ספר תשובות הרב מהר"ש די מדינה ז"ל תשוב' ע"ה מהחל' הא' ושם באו דברים אלו בארוכה ע"ש ומה שהביא מעכ"ת ראיה שנית מדאיצטריך תלמודא בפ"ק דנזיר לאתויי מקרא דמיין ושכ' יזיר לאסו' יין מצוה כיין הרשו' ואס"ד נזירו' איסור חפצא תיפו' מהיכא דנפק' לן נדרי' דכתיב כי ידור נדר לה' עכ"ל ולא אדע מה ראה על ככה להעלי' עין מדברי רש"י ז"ל בשמעתא דפ"ק דנזיר שהביא מכ"ת שהרי מה שהקש' כ"ת בכלל דברי רש"י ז"ל הוא שכפי גירסת ספרינו שהיא גירסת רש"י מסקנת הגמ' היא דלא אתא קרא אלא לנשבע שאשתה וחזר ואמר הריני נזיר אבל יין קדושא ואבדלתא לא חיילא עליה נזירות שמושבע ועומד מהר סיני הוא וא"כ אין להקשות דלמה לי קרא בנזיר דתיפוק לן מקרא דנדרים דהא הדין בנדרי' אינו כדין דנזיר דהנדר חל על שבועת הר סיני והנזירות אינו חל אלא על שבועת עצמו ואי קשיא הא קשיא למה בנזיר אמרינן מושבע ועומ' ולא אמרינן הכי בנדרים וזו היא קושית רש"י ז"ל ותירץ החלוק עצמו אשר מצא כ"ת בתוס' פ' שבועו' שתים וקשיא לי לסברת' דכיון דנזירות איסור גברא הוא וגלי קרא דהוא חל על דבר מצוה א"כ מנא לן שאין נשבעי' לעבו' על המצו' דהא פרכי' בפ' ואלו מותרי' מ"ש נד' דכתי' נד' לה' שבוע' נמי כתי' וכו' ומשני הא דאמ' הנא' סוכ' עלי הא דאמ' שבוע' שלא אשב בסוכ' כלומר זה אסור חפצא וזה אסור גברא דסברא הוא דאיסור חפצא ליחול אפילו על דבר מצוה ואיסור גברא לא ליחול שהרי מושבע ועומד מהר סיני והשתא דאמרן דנזיר איסור גברא הוא ואסר ליה קרא יין מצוה כיין הרשות הרי בטלה הסברא והדרא קושיא לדוכתא דמאי שנא שבועות מנדרים וצ"ל דסברא זו סברא אלימתא היא דאפי' דגלי קרא בנזיר הפך הסברא היכא דלא גלי הסברי לא תזוז ממקומה גם ההיא דספרי שהביא מעכ"ת עדין קשיא לי בגווה כפי מה שפירש כ"ת דלמה ליה לאתויי מאונן ולימא משבועות שהן

איסור גברא בנזירות וזו היא הסבר' שאנו סומכין עליה להבדיל בין נדרים לשבועות ולהכי איצטרך קרא ללמדנו חדוש גדול שהוא הפך הסברא שהיא יסוד מוסד בענין זה וצריך עיון.

גם מה שכתב כ"ת דבתגלחת וטומאה היכא שייך בהו איסור חפצא דהא לית בהו ממש ע"כ יש תשובה דלטעמך מה ששנינו פרק ואלו מותרין זה חומר בשבועות מבנדרים ומפ' בגמ' דאחלוקה דדבר שאין בו ממש קאי וזהו חומר בשבועות מבנדרים ואם איתא הרי נדרים נמי חיילו אדבר שאין בו ממש בנזירות ובשבועות וכיון דמשכחת ליה בחדא דהיינו נזירות אע"ג דבשאר נדרים ליתא תו לא מצי למימר חומר בשבועו' מבנדרים והכי מקשה תלמודא אסיפא דמתני' דקתני יש נדר בתו' נדר ואין שבועה בתוך שבועה כיצד אמר הריני נזיר וכו' ופרכינן לרב הונא אדתנן אין שבועה בתוך שבועה ליתני יש נדר בתוך נדר ואין נדר בתוך נדר ואפי' לפי מה שפי' התם הר"ן ז"ל שהקושיא היא דאיבעי ליה לתנא לפרושי כי היכי דלא ניטעי בה אבל לא מקשי לומר אדמפליג בין נדר לשבועה לפלוג בנדר גופיה כדרך כל לפלוג וליתני בדידה שבתלמוד דאי היכי וכו' עכ"ל הכא נמי איבעי ליה לפרושי ועוד נראה לע"ד דלא אמרן דאינה קושיא לפלוג וליתני בדידה אלא בחלוקת החיוב כמו יש נדר בתוך נדר אבל בחלוק' השלילה כמו אין שבועה בתוך שבועה או הא דחומר בשבועות מבנדרים ובפרט בלשון שבא בברייתא פרק שבועות שתים דקתני חומר בשבועו' שהשבועו' חלות על דבר שאין בו ממש כדבר שיש בו ממש מה שאין כן בנדרים ע"כ ואם הנזירות חל על דבר שאין בו ממש הרי יש חומר זה ג"כ בנדרי' על דרך שיש נדר בתוך נדר משום דמשכחת לה בנזירות כדקתני סיפ' דמתניתין אלא ודאי דאין זה נקרא חל על דבר שאין בו ממש כאשר נבא' בע"ה והכי משמע בהדיא בגמ' דנזירות לא אמרי' ביה דהוא חל על דבר שאין בו ממש דהכי איתא פרק אלו מותרין דף י"ח גבי הא דמתיב רב המנונ' נזיר להזי' מכאן שהנזירו' חל על הנזי' שיכו' והלא דין הוא ומה שבועה חמורה אין שבועה חלה על שבועה נזירות קלה לא כ"ש ת"ל וכו' ופריך תלמוד' ומאי חומרא דשבועה מנדר אילימא משום דחיילא אפי' על דבר שאין בו ממש נדר נמי חמור שכן חל על המצוה כרשות ע"כ בגמ' ואי נזירות חל על דבר שאין בו ממש קרינן ביה מאי קאמר אילימא משום דחיילא על דבר שאין בו ממש והרי נזירות דביה קיימי' הא נמי חל על דבר שאין בו ממש הוא אלא כדאמרן שאין זה דבר שאין בו ממש כדכתב הר"ן ז"ל גבי מתניתין דחומר בנדרים וכו' ובגמ' אלא אמר רבא הא דאמר ישיבת סוכ' עלי וכו' כתב שם הר"ן וא"ת וכי אמר ישיבת סוכה עלי מאי הוי והא דבר שאין בו ממש הוא וי"ל וכו' אבל בתוספות אמרו דלא מיקרי דבר שאין בו ממש אלא כשאינו

מזכיר שם החפץ שאוסר עליו כגון שאני ישן אבל כשמזכיר החפץ הנאסר דבר שיש בו ממש הוא עכ"ל ולפי דברי התוספות האלה אף אנו נאמר שכיון שהיה יכול לנדור בזה האופן שהיה מזכיר שם החפץ שהוא אוסר השתא נמי שאמר הריני נזיר הוא גזר' הכתוב שהרי הוא כמי שמזכיר התער והמת וק"ל ומה שכתב מעכ"ת על מה שהביא מהר"י ן' לב ראי' מדברי הרי"ף בפ"ג דשבועות דכתב בענין מתפיס בנדר דס"ל להרי"ף דנזיר איסור חפצא הוא וכתב מעכ"ת דאדרבא מהתם מוכח דנזירו' איסור גברא הוא דאלו בנדרים א' שנדר מן הפירות ובא אחר ואמר הריני כזה לא אמר כלום עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו מאי קאמר מר דהא הרי"ף ז"ל מנזירו' מייתי לה דמתפיס בנדר נדר דכתב ז"ל אבל מתפיס בנדר חייל נדרא עליה כדתנן הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני כלם נזירי' ע"כ ואי כדברי מר מאי ראיה שאני נזיר דמתפיס ביה עם שהוא איסור גברא וזה חדוש הוא שחדשה תורה ודאי שהרי שבועות לא חייל עלייהו התפס' ואע"ג דהוו איסור גבר' לא ילפינן מנזירות הדומ' להם לדברי כ"ת והיכי בעי הרי"ף ז"ל למילף נדרים מיניה דלא דמיין כלל ואפי' לפי בירורן של דברי' דכתב מר מ"מ הנזירות לא לנדרים דמיא ולא לשבועות אלא שגזר' הכתוב באומר הריני נזיר שיהא אסור בג' מינין אלו ככהן שאסר עליו הכתוב כמה דברי' שהם מותרים בישראל וממילא קא מתסר בהו כאשר האריך כ"ת בביאור ענין זה ואם כן אין ראית הרי"ף ז"ל על נכון כדפי' כ"ש שמה שכתב כ"ת דבנדרים א' שנדר מן הפירות ובא אחר ואמר הריני כזה לא אמר כלום הרמב"ם ז"ל לא כתב כן פ"ג דהלכות נדרים אדרבא כתב שמע חבירו שנדר ואמר ואני כמותך הרי זה אסור וכו' ואין לומר דהא דכתב הרמב"ם בנדרים ואני כמותך מה שלא כתב כן בנזירות אלא ואני דדוקא נקט ואם אמר ואני בנדרים לא אמר כלום הלע"ד דליתא דמנא ליה להרמב"ם ז"ל מה שלא הוזכר לא במשנה ולא בגמ' דדין זה ודאי מנזיר נפקא ליה כדכתב שם הרב כסף משנה ואי שאני ליה בין נזיר לנדרים לענין זה א"כ אפי' אמר ואני כמות' נימא דהוי כשבועות דאפי' אמר ואני כמותך לא חל כמבואר בדברי הריף ז"ל שם אלא ודאי לאו דוקא נקטיה וכדקתני סיפא דהאי בבא שמע השלישי זה שאמר ואני ואמר ואני וכו' הרי שלא הקפיד לומר כמותך וגם בדברי כ"ת כן כתב ובא אחר ואמר הריני כזה ע"כ ואין ספק שאין חלוק בין הריני כזה להריני כמותך. אבל מצאתי למהר"ש די מדינה ז"ל בתשובה הנז' שחלק חלוק זה בין אמר כמות' ללא אמר אלא ואני על דברי הטור שכתב רל"ט ז"ל ולפי זה אם שמע חבירו ונשבע ואמר ואני כמות' הוא שבועה גמורה ע"כ כתב הר"ש די מדינה ז"ל על דברים אלו וז"ל משמע דאי אמ' ואני לחוד לא הוי שבועה אמנם בנזיר אפי' לא אמר אלא ואני לבד הוי נזיר עכ"ל ולפי

זה גם מעכ"ת יפר' כן בדברי הרמב"ם ז"ל ומדין ידות נגע בו וראי' הרי"ף מנזיר אינה אלא שהנזיר מפני שגופו קדו' מתפיס בה הוי לע"ד כ"ש להקשות על מהר"י ן' לב ז"ל ולומר דאדרבא מהתם מוכח דנזירות איסור גברא. והנלע"ד בענין הנזירות אי הוי איסור גברא או איסור חפצא אחרי רואי מה שכתב כ"ת כננס על גבי ענק אענה אף אני חלקי ואומר שהנזירות הוא איסור חפצא ממש בנדר מהנדרים אלא שהחפץ שהוא אוסר עליו הן אבריו ופיו לשתות יין ושערו לתגלחת וידיו לנגיעה במת ורגליו להכנס באהל המת ולכן דמיא קצת לאיסור גברא לפי שרוב אבריו או כולם אסורים בדברים אלו וזה דין פשוט בנדרים משנה ערוכה שנינו ספ"ק דנדרים האומ' לחבירו קונם פי מדבר עמך ידי עושות עמך רגלי מהלכת עמך אסור ופי' בגמ' באומר יאסר פי לדבורי ידי למעשיהם רגלי להלוכן וכתבו שם הרא"ש והר"ן ז"ל שכונת הגמ' היא שנעשה כאומר יאסר פי וכו' וכתב ב"י סי' רי"ג שכן נראה מדברי הרמב"ם ואם כן האומר הריני נזיר גזר עליו הכתו' דסתמו כאלו פי' שהוא אוסר פיו לפרי הגפן ושערו לתגלחת וכו' או שנאמר שלשון נזיר מלה הסכימו עליה שהיא מורה על איסור ג' מינין שאסורין בנזיר כמו שמלת קרבן על הסתם היא מורה על הקרבן על המזבח עם שהיה אפשר לפרשה על שאר הקרבות רבות או קרבן מלכים כן נזיר הסכימה התורה עליו שתהיה הבנת המלה שינזיר מג' מינין אלו בנדר ומתרצינן דבוריה כאלו אמר בפי' יאסר פי ושערי וכו' כדפי' והוא על דרך שאנו אומרים באומר קונם פי מדבר עמך והשתא אתי שפיר סדר המשנה דנקט נזירות בתר שבועות שהוא נדר דדמיא לשבועה דאסר גופו ואבריו על נפשו וה"ה האומר יאסר פי לדבורו וכיוצא בו גם מה שהקשו בתוס' פ"ג דשבועות דף כ"ה דלמה לי קרא לאסור יין מצוה כיין הרשות בנזיר ואמי לא נפקא לן מקרא דנדרים ותירצו דבנדרים אסר חפצ' עליה אבל בנזיר שאוסר עצמו על היין לא חייל דנדרים גופייהו כשאוסר עצמו על הסוכה לא חייל עכ"ל לפי מה שפירשנו יש ליישב דהכי קאמר דהוה אמינא דזה דומה לשבועה דאסר נפשיה והוא משועבד לעשות המצוה מהר סיני ואף כאן פיו משועבדת לשתות יין מצוה והכי פרכינן בפ' אע"פ ואיתא נמי במסכת נדרים על האשה שהקדישה מעשה ידיה ואוקימנא באומרת יקדשו ידי לעושיהן ופריך והא משעבדא לה לבעל משמע דמה שאדם משועבד לעשות אברים המיוחדים למעשה ההוא משועבדים לעשותו ומש"ה הוה אמינא דלשבועה דמיא ולא חייל איין מצוה וה"ה דהו"א דבנדרים גופייהו כי האי גוונא כגון האומר קונם פיו קורא את שמע קונם רגליו נכנסות לסוכה דלא חייל וזהו מה שאמרו התוספות שאוסר עצמו על הסוכה לא חייל ר"ל לא חייל אדבר מצוה וכל זה בכלל ההוא הוה אמינא אבל בתר דגלי קרא בנזיר הא נמי חייל אדבר מצוה כדמשמע

מדברי התוס' בדבור שלאחר זה דבנדרים דכל ענין שחל על דבר הרשות חל על דבר המצוה נאם הצעיר וכו' זלה"ה.

סימן נה

להחכם השלם כמה"ר יחיאל בסאן נר"ו במה שכתב על דברי.

שאלה כתב מר מה בין זו לאותה ששנינו היה מסרב בו חבירו שיאכל אצלו אמר קונם ביתך שאיני נכנס טפת צונן שאיני טועם לך מותר ליכנס בביתו ולשתות צונן שלא נתכוון אלא לשם אכילה ושתיה אף זה שכעס על עסקי דינא ודיינא יהא מותר ליכנס לשם יחיד ויהא אסור להורות ולדון להם וכאותה תוספתא שהביא הר"ן ז"ל תוך המשתה אסור לאחר המשתה מותר אלמא אנו הולכין בתר כוונת דבריו ואמר ולסברת הרא"ש הוא מותר להיות חכם אפי' בתוך הקהל שכן כתב דגם באכילה ושתיה מותר כיון שלא הוציאו בפיו על חלוקין אנו זמצטערים אלא דמר בא לחלק עלינו את השוין והיאך יחלוק הרא"ש ז"ל על אותה הברייתא המפורשת אלא אין דברי הרא"ש ז"ל מתפרשין כן כי מה שכתב דגם באכילה ושתיה מותר לא אמר בתוך ביתו דבהא ודאי אסור דשפיר משתמע ביתך שאיני נכנס לצורך אכילה וכשנכנס לדעת אכילה חייב ודמי לרישא שכתב הרא"ש דהתם אישות בכלל הנאות איתיה אף כאן אכילה בתוך ביתו בכלל כניסה לביתו היא ואסרה עליו אבל לאכול ולשתות עמו חוץ לביתו אפי' באותה סעודה הוא שאמר שמותר אע"ג שעיקר כוונתו לא היתה אלא לאותה סעודה ומה לי בתוך הבית ומה לי חוץ לבית מ"מ אכילה חוץ לביתו שרי דלא הוציא בשפתיו כלל מזה אפי' יאמר שכוונתו היתה לאסור עצמו בכל ענין כהא דאמרינן בפרק שבועות שתים בשפתי' ולא בלב פרט למתכוין להוציא פת חטין והוציא פת שעורין שהוא מותר בשתיהן ואע"פ שגמ' בלבו פת חטין דברים שבלב אינן דברים ואף כאן בנדון שלפנינו אם אמר שלא אכנס בב"ה הזה מותר הוא להורות ולדון להם אע"פ שעיקר כוונתו היתה על כך מ"מ אינו בכלל מה שאמר שלא יכנס שהרי אינו נכנס ואפי' היה בלבו שלא להורות ושלא לדון לבטא בשפתים בעינן ומה אתה מלקני מדברי מהר"ר שלמה בר צמח ז"ל שהביא הב"י סי' רי"ח על מי שנשבע שלא יעשה יין למכו' מפני שהעלילו עליו שמכר לישמעאלים ויש לו קצת יין שעשאו קודם שנשבע והשיב נראה שאסור למכרו דאזלינן בת' דעת הנודר כההי' דקונם צמר עולה עלי ת"ח שאמר הלכה אם קודם מעשה אמרה שומעין לו והנה באתי במגילת ספר כתוב עלי שם בצפת זה לי כתשעה שנים משנת הש"ן בעברי על תשובת מהר"ר דוראן ז"ל ותשובות בנו מהר"ר שלמה ז"ל שקצר' הרב אבא מארי ז"ל ומה שהיה קשה לי הייתי כותב בגליון הספר וכשעמדתי על הדבר הזה תמהתי מאד

עליו וכתבתי דמה הוכחה הביא מההיא דקונם צמר עולה עלי דהתם הלשון מתפרש יפה בשתי הדברים בין בלבישה בין בטעינה ואנו מפרשין הלשון אחר כוונתו אבל זה שנשבע שלא לעשות אע"פ שעיקר כוונתו היא שלא למכור הרי לא הוציא בשפתיו מכירה כלל ולמה לא יהא מותר למכור מה שהוא עשוי לו כבר וכהא דתנן פרק ארבעה נדרים הנודר מן הילודים מותר בנולדים מן הנולדים ר"מ מתיר אף בילודים ולא פליגי רבנן עליה אלא משום דלא נתכוון זה אלא לכל מי שדרכו להוליד לאפוקי דגים ועופות וכדמוכח מההיא דקונם צמר עולה עלי שאין ממנה ראיה לאסור היה לו להוכיח להתיר מאותה דטפת צונן שאיני טועם לך וביתך שאיני נכנס דמותר גם באכילה ושתיה כדברי הרא"ש והתוס' לא פליגא עליה דהרא"ש כמו שכתב לעיל ועוד ראיה דתנן ס"פ אין בין המודר אמר לו השאלני פרתך אמר לו אינה פנויה אמר קונם שדי שאיני חורש בה לעולם פי' השואל הקפיד כנגד המשאיל ואמר הואיל וסרבת להשאילה לי לא אחרוש שדי בפרתך עולמית ותנן אם היה דרכ' לחרוש הוא אסור וכל אדם מותרין אע"פ שהוא נהנה בחרישתה לפי' הר"ן דכיון שהוא חורש אין במשמעות לשונו אלא חרישתו בלבד אלמא לא אזלינן בתר הכוונה דא"כ הול"ל דכיון שכוונתו היה שלא ליהנות בחרישת אותה פרה מה לי יחרוש בה הוא בעצמו ומה לי אחרים בשדהו אלא אזלינן נמי אחר לשונו. ועוד זכורני שהבאתי שם הא דאמרינן בפ"ק דחולין בעי ר' ירמיה אברי בשר נחירה שהכניסו עמהם לא"י מהו וקאי בתיקו ורש"י פי' דרוש וקבל שכר הוא והרא"ש ז"ל הקשה דלא אמרינן אלא במסביר קראי אבל לקבוע בעיא לא דכה"ג מתמ' תלמודא אהא דבעי בפרק קמא דיומא כיצד הלבישן לאהרן ולבניו ופריך מאי דהוה הוה אלא כיצד מלבישן לעתיד לבא ופי' הוא ז"ל דנ"מ לאדם שאסר עצמו בא' מן המינין מזמן ידוע ואילך וכשהגיע הזמן היה לו מאותו המין אם מותר לאכול מה שנתותר בידו וכל זה הוא באוסר על עצמו גוף הדבר מבעיא לן אם מה שבידו כבר הוא בכלל אבל באומר שלא אעשה פשיטא דמה שעשוי כבר ליתיה בכלל זה כתוב אצלי שמה ומעתה עד שבא להשיבני מאותה תשובה בעי מר למשכוניה נפשיה לתרוצא לדרב ז"ל דודאי הראיה שהביא מההיא דצמר עולה עלי לאו כלום היא וזה שכתב מעכ"ת בסמוך דהרא"ש והר"ן סברי דכל היכא דליתא הוכחא באומר צמר ופשתים עולה עלי לבישה משמע ולא טעינ' וכתב ואפ"ה כשיש הוכחה אמרינן להפך דמותר בלביש' ואסור בטעינה דברי תימא הם דאי עולה לא משמע כלל העלאה מ"ש מביתך שאיני נכנס שכתב הרא"ש שמותר לאכול ואדקשיא ליה מהיו מסרבין בו לישא את בת אחותו ותירץ דהתם נישואין בכלל הנאה היא תקשי ליה דטעינה אינה בכלל העלאה ואסורה אלא הדבר ברור שיש במשמעות

העלאה גם טעינה דומיא דאמרי' גבי פרה דכתיב אשר לא עלה עליה עול והיינו עליה של טעונה ולא לבישׁ' כדתנן בפ"ב דפרה נתן טליתו עליה פסולה פרס טליתו עליה מפני הזבובים כשרה והיינו משום דדומיא דעול בעינן דלא צורכה היא וכדתנן זה הכלל כל שהוא לצורכ' כשרה לצורך אחר פסולה אבל הכא לגבי בני אדם סתם העלאה לבישה היא כשאין שום הוכח' וגם אין זכור מה היתׁ' כוונתו משום לבישה דרגילה טפי וזו היא שכתב הר"ן דלהכי לא קתני במתנית' היה לבוש צמר אסור ללבוש ומותר לטעון דלענין זה לא היה צריך גילוי דעת דסתם העלאה משתמע לבישה אבל מכל מקום שפיר משתמע נמי טעינה שאם אמר שלטעינה נתכוון נאסר בה ולא בלבישה אבל מידי דלא משתמע כלל כגון זה שאמר שלא יעשה שאין בכלל מה שעשוי פשיטא דשרי. ומאי דמייתי מר ממה שכתב הרב בעל תרומת הדשן סימן רע"ה והביא ההיא דהיו מסרבין בו לישא את בת אחותו להוכיח דדיינין על פי כוונתו אע"פ שהוא נגד הוצאת שפתיו ע"כ נרא' שהוא מבין בדבריו דהא דכתב דדיינין על פי כוונתו היינו דיינין לאסור ע"פ מה שנתכוון ולפי דבריו לא מייתי מידי מההיא דהיו מסרבין בו לישא את בת אחותו דהתם אינו נגד הוצאת שפתיו דנישואין בכלל הנא' הן כדכתב הרא"ש אלא לא כתב דיינין על פי כוונתן לאסור אלא להתי דבעינן פיו ולבו שוין ונתיר לו אף בדבר שהוא נגד הוצאת שפתיו כגון ההיא דהיו מסרבין לישא את בת אחותו שאע"פ שאמר קונם שאינ' נהנ' לי מותר ליהנו' לו שלא נתכוון זה אלא לנישואין גרידא ובשאר הנאו' שרינן ליה לכתחילה. גם מאי דאמר מר שיהא מותר ליכנס בתורת יחיד הואיל ולא היתׁ' כוונתו אלא שלא להיות חכם בזה לפי שיטת ההלכה הדין עמו אם היה הדבר כן דלעולם תרתי בעינן דברי פיו וכוונת לבו וכל שחסר אחד מהם לאו כלום אלא שהיה פשוט אצלי שאע"פ שכל עיקר טרוניא שלהם לא היתה אלא על עסקי הדיינות וכוונתו היתה שלא להיות חכם בקהל מכל מקום לא היה עולה בדעת שלא יהיה חכם ויתרצה לשבת שם כא' מן התלמידים ויושיבו את אחר בראש והוא יהיה כפוף לפניו ואורחא דמילת' הוא שכשמסתלק יצא כל עיקר מהקהל ואין לך ענוה יתיר' ממה שעשה ר' חנינא בר' חמא לר' אפס שאע"פ שמנהו ר' לישב בראש לא קבל עלה משום דקשיש מינה ב' שנים ואע"פ כן לא רצה לשבת לפניו בישיבה והוה קאי אבראי וכן לוי כל ימי דר' אפס קאי אבראי וכי נח נפשיה דר' אפס ומלך ר' חנינ' ולא הוה ליה מאן דיתיב בהדי' נחת לבבל כדאמרינן בס"פ הנושא את האש' ועוד יש טעם שירצה לצאת מהקהל לגמרי כדי שלא יאמרו שמפני שיושב שם אינם יכולין להביא חכם אחר ואין שום חכם מתרצה לבא דלאו אורח ארעא הוא הגם לכבו' את המלכה עמי בבית וכדאמרי' בעלמ' כל זמן דאגידה

ביה לא יהבי ליה אחריתי וזה פשו' היה אצלי לא הוצרכתי לצדד בה עד עתה שמעכ"ת הכניס פקפוק בדבר ושאלתי את פי החכם השלם בעל הדבר אם יש בדעתו כן שאם לא יהיה חכם שלא ישב בקהל ואמר כדברי ומשני הטעמי' שאמרתי זה הנלע"ד נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נו

בקושטנטינא שנת השנ"ט.

שאלה ראובן היה אפוטרופוס יתומים קטנים ובשעת פטירתו נכנסו לבקרו קרובי היתומים ואיש אחד ובקשו ממנו מעות היתומים וחשבונם ויחזק ראובן וישב על המטה ויקח פנקסו בידו ומפיו שהיה קורא בו היה כותב האיש האחר כל פרטי ההכנסה וההוצא' ואמר שהכל הוא תחת יד ורשות בנו הגדול בקשו אותם ממנו הסך הקצוב הנז' ונח נפשיה דההוא גברא והניח ג"כ יתומי' קטנים ובנו' עכשיו באו האנשים ההם לתבוע מעות היתומים הנז' סך ההוא שכתב אביו ושמעו אותו האנשים האלה והאיש הכותב ההוא ואין לזרים אתם עוד שום עד וגם הצואה ההיא איננה חתומה לא מיד האיש האחר הכותב ההוא ולא מיד האחר ונמצאו המעות הנז' פחות מהסך אשר כתב הנפטר שנכנסו לידו סך מה וקרובי היתומים אומרים לבן הגדול שישלים להם הסך שכן כתב אביו שבאו לידו ונעשו ברשותו והבן אומר הרי ממון היתומים לפניכם הן פחות הן שלם והריני נשבע לכם כטוב בעיניכם שלא נגעתי בהם כי אם מניתי אותם בלבד ונמצא הסך הנז' ושמא אביו טעה בחשבון עם שום אדם שהלוה אותם ואין הדין נותן לקחת ממעות אחיו הקטנים לפרוע מעות אביהם שאם הוא היה קיים והיה טוען נאבדו היה נאמן בשבועה שלא פשע שהוא ג"כ ישבע שאינו יודע להם כלום ולא שלח ידו בנכסי היתומים והקרובים אומרים כיון שלא היה נאמן כי אם בשבועה ואתה אינך נשבע אותה השבועה דאין אדם מוריש שבועה לבניו ומתוך שאינך יכול להשבע תפרע הפחת מחלקך ואח"כ שיגדלו האחים הקטנים תוציא מהם חלקם שכן הוא הדין הבא להפרע מנכסי יתומים ויש גדול ביניהם והבן הגדול אומר שכיון שאין הצואה שלא נחתמ' הצואה הרי אין כאן חוב ברור וכיון שאין עדים בדבר יהא נאמן לומר שלא נגע בהם בשבועה במגו שהיה יכול לומר לא היו דברים מעולם והקרובים אומרים דהוי מגו במקום עדים כיון דכולי עלמא ידעי דאביו הוא אפוטרופוס דיתמי אלין והבן השיב תינח דכולי עלמא ידעי הוה אפוטרופוס ואנא נמי לא כפרנא אבל אמינא מי ידעי כמה מעות היו וכיון שכן הוי מגו שלא במקום עדים דנאמן עתה ילמדנו רבינו הדין עם מי וישלם ה' פעלו ותהי משכורתו שלמה וכו'.

תשובה אם החשבון שעשו קרובי היתומים עם האפוטרופוס היה במעמד בנו הגדול ובפניו הודה על כל אותם המעות של היתומים ואמר שהם תחת יד ורשות בנו הגדול כמו שמוכיח מדברי השואל נראה שטענה זו שהוא טוען שמא אביו טעה בחשבון אינה טענה כלל כדמוכח בפ"ק דגיטין גבי הנהו גנאי דעבוד חושבנא אהדדי פש חמש אסתרי גבי חד מינייהו ואמר ליה הבינהו למרי ארעא וכו' אזל עבד חושבנא בין דיליה לנפשיה אשכח דלא פש גביה ולא מידי ופי' ר"ח וכן פי' רב אלפס ור"ת דוקא שהיו מודים לו בעלי דינים או שהיו לו עדים בדב' אבל מנפשיה לא מהימן לומר טעיתי במה שהודיתי שאין אדם עשוי להודות אלא א"כ הוא מכוין חשבונו יפה אע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר חזרתי ופרעתי והביאו התוספות ראיה לדבריהם מהא דאמרינן פ"ק דבתרא ממתניתין דשבועות מנה לי בידך אמר לו הן למחר אמר לו תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אלמא לא מהימן לומר אין לך בידי שטעיתי בחשבון מגו דאי בעי אמר פרעתי אח"כ משמע דלא מהימן במגו לומר שטעה למדנו מדבריהם דאפילו איכא מגו לא מהימן לומר טעיתי דהוה ליה כמו מגו במקום עדים וקשיא לי מה מגו הוא זה הא אין הטענות שוות דכשאומר לא פש לי גבי כלום הלוה מפסיד שהוא מכחיש החיוב מעיקרו שאינו חייב לו ואם היה טוען פרעתי ע"כ פרעתי למקב' הוא דאילו ללוה אינו נפט' בכך שהרי המקבל אומר לו מאחר שאתה נתחייב לי מה לך לפרוע ללוה אלא ה"ק מגו שהי' יכול לומר למקבל פרעתיך ונמצא שהמקבל הוה מפסיד ואין או' מגו מממון של זה לממון של זה דכל מגו לא מהמנינן ליה אלא משום דמה לו לשקר ושמא זה אינו מתיר לעצמו ליטול אלא מן הלוה דילמא מורי התירא גביה ואינו רוצה להפסיד למקבל להכי טעין לית לך גבאי כלום שלא יפסיד אלא הלוה וכיוצא בזה כתב הרא"ש בפ"ב דכתובות גבי האי שטרא ריעא לא מגבי' ביה דוקא בההו' אדם שמא יש לו עליו שום תביעה בע"פ וראיתי שכתב הטור סי' קנ"ז דכשאומ' טעיתי לסברת הרי"ף ז"ל דס"ל שנסתלק המקבל מעל הנותן ואינו יכול לחזור ולתבוע ממנו כשאומר טעיתי הלוה פטור וישבע שבועת היסת למקבל שהיה לו מנה בידו כשהמחהו אצלו ולפי זה חשיב שפיר מגו לסברת הרי"ף ז"ל אלא שלבי נוקף בדבר זה מה טעם יהא נפטר הלוה בטענה זו הלא יכול המקבל לומר לו מאי אפסדי' דכמו שהוא אומר עכשיו כך היה יכול לומר לך אף אם לא המחתני אצלו ולית לך גביה כלום ואם משו' שנתרציתי בהמחאה במ"ש דטעות הוא שהוא אומ' דלא פש גביה כלו' תדע שהרי איני יכול להוצי' ממנו בדין מכח מה שנתחיי' לי שהו' או' חיוב בטעו' היה כ"ש שהמחאתי הית' בטעות ומה כח של החייב יפה מכח זה המקבל

אטו אם העמידו על שדה שאינ' שלו שלא אכלה ג' שני' ובאו בעלי' וטרפוה ממנו יפטר והרי"ף ז"ל כ' לא שטעין ליה דאמ' דלא מצי למכר' אלא כשהל' אינו מכחי' ואומר לא פש גבי מידי מדכת' בפרק המקבל גבי המחהו אצל חנווני אינו עוב' עליו ודייק גבה מעבר הוא דלא עבר הא מהדר הדר והקש' הרי"ף ז"ל מהא דאמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במ"ש קנה אלמא דלא מצי למהדר ותירץ ושאני הכא דליכא גבי חנווני מידי דמקני ליה במ"ש שלא יהיה חייב כלום שמעי' מדבריו דבמנה לי בידך תנהו לפ' אין המקבל יכול לחזור בו אבל כשהלה אומר לא פש גבי ולא מידי והופקע הקנין במ"ש למה לא יחזור על בעל הבית וגדולה מזו הביא שם הרי"ף ז"ל מירושלמי ראובן שהיה חייב לשמעון סמכיה גבי לוי איפוסן לוי לית ראובן חייב לשמעון כלום הדא דתימא כשלא עשו ערמה אבל עשו ערמה חייב פי' נ"י כשהמחהו אצלו היה בחזקת עשיר ונמצא שהוא היה עני באותה שעה משום דהוי כמו קנין בטעות כ"ש כשנמצא שלא היה חייב כלו' שאין לקנין מעמד שלשתן מקו' שיחול וגם לסבר' רבוות' ז"ל והיא סבר' הרא"ש ז"ל שהמקבל יכול לחזור ולתבוע מן הלוה ועדיין לא נסתלק מעליו כשהמחהו קשי' דודאי כשאומר טעיתי מפסידו ללו' שהמקבל חוזר עליו ואילו היה אומר פרעתי למקבל היה המקבל מפסיד ושמ' לדבריהם ז"ל אף כשאומר פרעתי למקבל חוזר המקבל ונשבע ללוה שלא פרעו ונפטר כדין חנוני דהוא נשבע שנתן לפועלים והן נשבעין לב"ה שלא נטלו אלא שהדבר קשה לגרוע כח מ"ש כ"כ שהרי הם ז"ל אמרו שאע"פ שלא נסתלק המקבל מעל הנותן מכל מקום עיקר חיובו על החייב או הנפקד הוא ולא נשאר על הנותן או הלוה אלא דין ערבות ופשיטא היא דאם לוה אומר פרעתי אינו חוזר על הערב וצריך אני להתיישב. וכי תימא שאני בריא דודאי דק בחושבניה ולא מהימן לומר טעה אבל שכיב מרע שאין דעתו מיושבת עליו דילמא לא דק ואנן טענינן ליה ליורש דשמא אביהם טעה באותה שעה אין לך לומר כן דבפ' גט פשוט אמרינן שכיב מרע שאמר מנה לפ' בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנים פי' שאמר להם אביהם פרעתי קודם לכן ואדכורי אדכר בתר הכי תנו מנה לפלוני ואמרו יתומים חזר ואמר אבא פרעתי אין נאמנין דאם איתא דפרעיה לא הוה אומר תנו ופירשו שם התו' שני לשונות דהא דמהימן לומר פרעתי קודם לכן כיון דלא אמר תנו היינו דתנו דש"מ במקום קנין דבריא הוא דכי היכי דגבי בריא משום דקנו מיני' אמרי' דלא מהימן לומר טעיתי דאם דטעה לא הוה מקני גם בשכיב מרע אם איתא דטעה לא הוה אמר תנו ועוד פי' דדוקא בשכיב מרע שייך למימר אדכורי מדכר שאין דעתו מיושבת כי היכי דלא תיקשי אדברי ר"ח ור"ת דבסוף פ' קמא דגיטין מכל מקום שמעינן מינה דאפי' היכא דמהמני לומר אמר לנו אבא חזרתי ופרעתי אם

אינם טוענים בברי שכך חזר ואמר להם שטעה בחשבון או שנזכר אח"כ הם אינם יכולין לטעון מספק שטעה אע"פ שהוא שכיב מרע דמילתא דלא שכיח הוא שיטעה ולא ידקדק בחשבונו ואע"פ שלא היה בפני שני עדים אין לומר דלא מיקרי הודאה ואפשר דלא רמי אנפשיה ומדכר ולא מבעיא לדברי רובא דרבוותא שפסקו דהודא' בפני עד א' כל שהיא דרך הודא' מהני' ואם הודה עכשיו שהוד' בפני עד אחד חייב לשלם כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מהלכות טוען וכך היא סברת הרי"ף והרא"ש ז"ל כמ"ש הטור סי' ל"ב וסימן פ"א ולדבריהם ודאי כי היכי דבהודאה בפני שנים לא מצי למימר טעיתי אף בהודאה בפני עד אחד לא מצי לומר דאין לומר דאע"ג דבהודאה הוי מ"מ לא חייש למידק דמימר אמר אי טעינא אכחיש את העד דהא ודאי לא יסמוך על זה לישבע על שקר שלא הודה בפני העד שהרי יאמרו לו לישבע שלא הודה בפני העד אז יפרע ואפילו אם דינו לשמים ידע שהוא פטור מכל מקום צריך לישבע שלא הודה וזה שקר ועוד שלמחר יעיד עליו העד בפני בית דין ויצטרף בעל דינו עמו לפסלו לעדות ולשבועה דלענין זה לאו נוגע בעדותו הוא כדמוכח בפ' זה בורר גבי ההוא דגנב דאמר מינאי דידי גנב קתא דבוריטיא ועוד אמרינן התם אחד אמר לדידי אוזפי' ברביתא ופסליה רבא ושמא תאמר כל שאין כאן אלא ע"א סמך אדעתיה שיאמינוהו שטעה דמה לו לשקר הרי היה יכול להכחיש את העד ומיהו בשני עדים אע"ג דיכול לומר פרעתיך אח"כ לא אמרי' סמך שיאמינוהו במגו שיכול לומר חזרתי ופרעתי דמתיירא הוא שמא יתבענו לאלתר לב"ד שלא יזוז ידן של עדים מתוך ידו ויוציא ממנו או יאמר אל תפרעני אלא בעדים אין לך לומר כן דא"כ אף בהודאה בפני עד אחד לימא השטתי בו וסמך שיאמינוהו במגו שיכול להכחישו אלא ודאי אין זו סמיכה דשמא לא יאמינוהו שהשטה ע"ד לישבע על שקר אי נמי דהוי העזה להכחיש את העד ושמ' יפסלוהו כדפרשתי. ואף לדברי הראב"ד והר"ז הלוי שכת' דהודאה בפני שנים דוק' והודא' בפני עד אחד לאו כלום היא דלדבריהם ודאי אע"פ שהודה בפניו כול לומר טעיתי משום דלא דייק דידע דאי טעי הדר ביה ולכך אינו מקפיד לדקדק זהו דוקא בבריא אבל בש"מ כשבא המלוה לפניו לפסוק חשבונו ודאי דמידק דייק שפיר דאם לא עכשיו אימתי והרי הוא יודע שצריך לפסוק החשבון מעתה כי אין מעשה וחשבון בשאול דעדיפא היא מאומ' תנו דאמרינן אינן נאמנין לומר חזר בו ואמר לנו אבא פרעתי כדכתבו התוספות תדע דאע"ג דבעלמא מודה בפני עדים צריך שיאמר אתם עדי אמרינן בפרק גט פשוט שכיב מרע שהודה אין צריך שיאמר אתם עדי דאין אדם משטה בשעת מיתה לכן יש לומר דבשכיב מרע אפילו לא היה שם אלא בעל הדבר בעצמו כשמסר לו כל החשבון וצוה לו שיכתב וזו חזקה שדקדק בחשבון

יפה וגם חזקה שהפנקס שלו היה יודע שהו' מדוקדק ולא היה בו טעות מאחר שמסר כל החשבון ביד קרובי היתומים ופירש ודקדק כל פרטי הדברים וכל זה הוא אם היה אומר חזר ואמר לי אבא טעיתי דומיא דההיא דחזר ואמר לנו אבא פרעתי אבל לטעון אנחנו מעצמינו שטעה פשיטא הוא שלא נאמר שהרי במקום שהם יכולים לומר חזר ואמר לנו אבא פרעתי משמע דוקא שאומרים כן בטענ' אביהם אבל לומר כן מעצמם אינן נאמנין וטענה זו שהוא טוען שלא מצא זולתי אותו הסך אין זו טענה דמאחר שאביו הודה שנכנסו לידו כל אותם הנכסים שמא הוא הלביש קצת מהם באיזה סחורה בכלל נכסיו או שמא לקחם לעצמו שהוא לא אמר שהם כולם במעות בעין מיוחדים ליתומים אבל אמר שהכל הוא תחת יד ורשות בנו הגדול ואם נכסי אביו הם תחת ידו ורשותו יש לומ' לנו שבכלל נכסיו הם מעות היתומי' ואע"ג דבסוף פרק קמא דגיטין אהא דפסקינן הלכתא דלמנה קבור לא חיישינן כת' הר"ן ז"ל דנהי דלמנה קבור לא חיישינן מכל מקום משמע שהאומר הריני נותן מנה לפלוני מנה ממש דוקא קאמר ולא אמרינן דשוה קאמר וסיים דבריו ואמר והיכא דאין לו מעות כלל בעין כל שלא אמר מנכסי איכא למימר דלא זכה מקבל מתנה דמנה דוקא קאמר והא לית ליה וכיוצא בזה הביא הרב המגיד בשם הרשב"א בפ"י מהלכות זכיה דכי אמר מנה דוקא קאמר ולא שוה והמ"מ נסתפק בדבר ומכל מקום אף לפי דבריהם ז"ל לא אמרינן דכיון שהוא אמר כך וכך מעות יש בידי וכן נמצא שמעות היתומים שהיו ביד בנו הכל היו במעות אמרינן מעות דוקא קאמר ולא שוה וכל שלא נמצאו מעות בעין אמרינן שמא אותם המעות נאבדו ואלו הנכסים שלו הם דהא דאמרינן מנה דוקא קאמר ולא שוה זהו במצוה שהוא רוצה ליתן בתורת מתנה דחיישינן דילמא מנה ממש קאמר שלא רצה לזכות אלא במנה בעין אבל זה שהודה שנכנסו סך המעות לידו ובאו לרשותו אע"פ שלא נמצאו בעין כל הסך הנז' יש לנו לומר שהשאר הוא בתוך נכסיו כיון שהודה שקבל' והם תחת יד ורשות בנו. ועוד דשאני הכא דנכסי היתומי' אינם עשויים שיהיו לעולם בעין דבמה ישתכרו וסתמא דמילתא דשוה קאמר. ואין לומר דטענינן ליורש שנאנסו קודם שעשה אביהם חשבון והוא לא ידע או אחר שעשה עמהם חשבון או אחר מיתתו דנאנסו מילתא דלא שכיחא היא דאונס קלא אית ליה ולא טענ' ליתמי הכי כדמוכח בסוף המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומים דנשבע וגובה מחצה משום דהאי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון וטענינן להו על המחצה פרוע במיגו דנאנסו ומוכח מינה דנאנסו לא טענינן להו דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי וכן כת' שם התוספות ובפרק מי שהיה נשוי ובפ' חזקת וגם אין לומר דטענינן להו שפרע אביהם אחר שהודה אין לומר כן בשו' ענין חדא שקרוב

הדבר לומר שאפילו אם היה הוא בחיים והיה טוען הכי שמא לא היה נאמן בלא ראיה דלא דמי לפירעון שבין אדם לחבירו דעביד דפרע ליה בין דיליה לדיליה אבל הכא פרעון נכסי יתומים לא שייך אלא בב"ד וצריך שיושיב ב"ד על כך ויתן חשבון בפניהם ודמי קצת להא דסוף האומנין דתני איסי אין רואה שבועת ה' הא יש רואה יביא ראיה ומייתי התם ההוא עובדא דחביתא דאתברא בהסתקא דמחוזא וכן מוכח בפ' השוא' גבי ההוא דשאיל גרבא מחבריה דאמר ליה רבא אית לך סהדי דמחמת מלאכה איתבר ואפילו תימא דהוא עצמו אם היה טוען כך היה נאמן מ"מ אי לא טעין איהו לא טענינן ליה שיורש שנתן ביד ב"ד או אנשים אחרים ומתו דמילתא דלא שכיחא הוא שיהיה כן ולא יהא לדבר קול ולמי ומי מסר הנכסים ועדיפא מינה היא ההיא דאמרינן בפ' שבועת הדיינים גבי מנה לי בידך אל תפרעהו לי אלא בעדים אמר לו למחר פרעתי לך חייב מפני שצריך לפרוע לו בעדים ואם אמר פרעתיך בפני פלו' ופלוני ומתו או שהלכו למ"ה נאמן והקשה הרא"ש ז"ל ואמאי לא מהימן כשאמר פרעתיך ביני לבינך דמגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה ותירץ דאין זה מגו טוב דאינו טוען ברצון כך שכל העולם ידעו שהדבר שקר ולפיכך הרחיק עידיו והשתא יש לדון כאן מק"ו אי נאנסו דלענין מגו מהני אע"ג דלא שכיחא כ"כ לענין יורש לא טענינן ליה נאנסו כדמוכח בההיא דשטר כיס כגון זו דאף לענין מגו לא מהימני לא כ"ש דלא טענינן ליה ליורש הכי שנתן ביד אחרים ומתו או הלכו למ"ה וגם לומר שהם קיימים ומסר ביד' הנכסים ויכחידום תחת לשונם לא אמרינן דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקי' בפרט שאם לא היה ידוע לו שהם נאמנים לא היה לו למסור הנכסים בידם ועוד דבזמן מועט כזה שבין זמן שעשו החשבון עד שמת פשיטא דלא שכיחא היא כלל שמסר הנכסים ביד אחרים ולא יהיה בדבר קול.

אך אם לא נמצאו תחת יד בנו הגדול שום נכסים כלל זולתי אותם המעות שאומר שהם של היתומי' אע"פ שיש לו לאביו נכסי' אחרי' אלא שאינם תחת ידו היה מקום לפקפק ולומר מאחר שאביו עצמו אמר שכל אותם הנכסים הם תחת יד ורשות בנו הגדול ולא נמצאו בידו זולתי הסך ההוא עד שנתלה טעות בדבריו לומר דבזה שאמר שהם תחת יד ורשות בנו שמא לא היו כולם תחת ידו ושכח באותה שעה אף אנו נתל' טעות בדבריו הראשונים שטעה בסכום המעות ודבריו האחרונים יוכיחו שאמר שהכל הוא תחת יד ורשות בנו ולא נמצא כן. אבל נראה דודאי בחשבון המעות שהודה שנכנסו ובאו לרשותו אין לתלות בו טעו' דחזקה אין אדם מוסר חשבונו אלא א"כ דקדק בו יפה ומעיקרו משנכנסו הנכסי' לידו דקדק בחשבון דמילתא רמיא עליה לדקדק בהכנסה והוצאה

שהרי כל מה שלא ידע בברי הוא יתחייב בו דכל לא ידעינן פשיעותא היא ומתוך חומר שהחמרת עליו בסופו אף הוא מעיקרו מידק דייק אבל בדבריו האחרוני' שאמר שהכל הוא תחת יד ורשות בנו הגדול מילתא דלא רמיא עליה הוא ולאו אדעתיה וסבור היה שהכל הוא בידו ושכח שום פרט שהוא בכלל נכסיו ועדיפא מינ' מוכח בפ' שבועות הדיינין גבי ההוא דאמר לחבריה הב לי שית מאה זוזי דמסיקנא בך אמר ליה ולאו פרעתיך מאה קבי עפצי דקיימי בשיתא שית' אמר ליה ולאו בארבעה ארבעה הוו קיימי אתו תרי סהדי ואמר' בארבעה ארבעה הוו קיימי וסבר רמי בר חמא למימר דלא הוחזק כפרן דכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה ואמר ליה רבא קיצותא דתרעא מידכר דכירי אינשי משמע דאי לאו משום דקיצותא דתרעא מדכר דכירי אינשי אף על פי שבאו עדים והעידו דבארבע' ארבעה הוו קיימי אמרי' לא דק בהא דקאמר פרעתיך מאה קבי עפצי דשמא מאה וחמשים היה או שמא פרע לו בסחורה אחרת ולאו אדעתיה ונסתור דבריו לומר שטעה אף כאן בנדון שלפנינו מילתא דלא רמיא עליה דמה לו אם הם ברשות בנו או בכלל נכסיו הם בין כך ובין כך הנכסי' הם ברשותו ועוד דמתרצינן דבוריה דתחת יד ורשות בנו היינו לפי שהוא מושל בכל אשר לו ובפרט לאחר מיתתו ששאר הבנים הם קטנים ודאי שהוא ישגיח עליהם ועל כל הנכסים ואפי' אם לא מינהו אפוטרופו בפירוש דין אפוטרופו' יש לו לפחות כדין יתומים שסמכו אצל בעל הבית דהוי כאפוטרופוס כדמוכח בהנזקין ושפיר יש לומר עליו שהכל הוא תחת ידו ורשותו שהרי יש בידו כח למכור ולקנות בנכסים ולהוציא עבדים לחירות כגון שמוכרי' אותם לאחרים ואחרים מוציאין אותם לחירות ועוד לדידיה נמי אית ליה זכיה דלביש מדידהו כי היכי דלשתמען מילי' כעובד' דעמרם צבעא ועדיפ' היא מההיא דאמרי' פחז' דאבהתך היא וזבינתא מינך והאי דאמרי לך דאבהתי דסמיך לי עלה כדאבהתי דמצי לתרץ דבוריה בכה"ג ה"נ מפרשי' דברו דתחת יד ורשות כלו' שהוא מושל בהם ובפ"ק דמציעא אמרי' שליחות משום יד אתרבאי מאם המצא תמצא בידו וידו משמע רשותו כמו ויקח את כל ארצו מידו ובגונב נפש נמי דכתיב ונמצא בידו ותנן בהנזקין אינו חייב עד שיכניסנו לרשותו וזה שפי' תחת ידו ורשותו ולא רשותו ממש קאמר אלא תחת רשותו שיש לו בהם תפיסת יד לדון ולישא וליתן כדין אפוטרופ' איני נזקק להשיב על מה שבא בשאלה ובתשובה שעליה כמה דברים שלא כהלכה ואשר אין להם שחר ואע"פ שהיה ראוי שלא לשתוק כדמוכח פ' מציאת האשה בההי' עובדא דרב מניומי בריה דרב נחומי וכתבו התוספות מכאן היה רגיל רבינו תם כשהיה יושב בדין והיה אחד מבעלי דינים מגזם לחבירו ואומר כך וכך תתחייב לי היה אומר לו רבינו תם שקר אתה דובר כי לא יתחייב

לך כדמוכיח רב מניומי מדאישתיק אמימר ואמרי' נמי בפ' במה מדליקין אי שתקי לך שתוקי כדשתקו ליה חבריה לרבי יהודה אפיק מיניה חורבה אכן נמנעתי מזה משום דלא קים לי בגוייה דכותב דברים אלו ודי בזה לגלויי מילתא בעלמא מפני השלום שלום רב לאוהבי תורתו ואין למו מכשול והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נז

בקושטנדינא שנת השנ"ט.

שאלה מצות הגבירים נכבדי ארץ אשר מצותם חובה עלי לראו' בדברי ריבות אשר בין קהילות עדת הקראים הגישו תעצומותהם אלינו על דברי הסכמות שביניהם וכתובים בכל תוקף בכל אלות הברית וכת א' מהם מתעצמת עם שכנגדה על אשר עשו חמש' ממוני' לבטל העריכה תוך זמן שלש שנים ולשנות את הסדר להתנהג על פי פאגש והעריכו את הקהל בתוך זמן שלש שנים ועל זה נתעצמו כת מהם לומר שאין יכולת לממונים הנז' לשנות העריכה בתוך זמן שלש שנים כפי ההסכמה אשר להם והכת האחרת אומרים שיש בידם יכולת לעשות כן. וראשונה על מה שבעלי הכת הזאת הם מסתייעים בלשון אחד שכתוב בהסכמותיהם שאם יקרה שום חלוקה והפרש בתוך הקהל שיהיה כללי או יגיע זמן של שום הסכמה מהסכמות הקהל וירצו הקהל לחדשה שימנו הממוני' שבזמן חמשה אנשים מהקהל לפי ההסכמה הקדומה ועל פיהם יתנהגו אין זר אתם עכ"ל ועל כן עתה שיש הפרש וחלוקה ביניהם אם החמשה מתקני הפאגש עשו כדין או שלא כדין יקריבו את משפטן לפני חמשה אנשים שיבררו הממונים כי אינם יכולין להקריב טענותיהן לפני זה. אין ממש בדבריהם כי לא נאמרו בדבריהם הללו אלא לתקן ולסדר הנהג' הקהל אם יקרה שום חלוקה והפרש ביניהם בדבר שאינו מתבר' מתוך הסכמותיה' או אם יגיע זמן של שום הסכמה מהם אבל בזה שהם מתעצמים לומר שאלו מתקני הפאגש עברו תורות חלפו חק הפרו ברית הסכמתם אין הדבר הזה מסור לחמשה שיבררו הממונים ולא על זה נאמר שעל פיהם יתנהגו אין זר אתם כי לא מפיהם הם חיים בדבר הזה שאם כדברי הכת האחרת כן הוא שמתקני הפאגש עברו על דברי ההסכמה בזה שעשו ותקנו מה כחן של אלו החמש' יפה והל' אין בידם לעקו' תקנת הסכמת' אכן קור' אני אליה' יעמדו יחד לפני בית דין הברור משתי הכתות אשר להם לב לדע' ועיני לראו' ולהבין מתוך ההסכמות ואת אשר ירשיעון על פי ההסכמות יטה שכמו לסבול לכל אשר יורוהו.

ומעתה על אשר שאלו את פינו להשיב להם פשר דבר מה שמובן מתוך לשון ההסכמה ואם מה שעשו אלו מתקני הפאגש היא סותר הסכמתם נראה שמאחר שכתוב בהסכמת המינוי הראשון שבכל שלש' שנים ימנו הממוני' תשעה מעריכים להעריך את הקהל לפי המנהג אין יכולת להעריך את הקהל בתוך השלשה שנים ומה שטוענים הכת שכנגדם לומר כי מאחר שכתוב בהסכמת המינוי הראשון וז"ל תחילה ראינו להעלו' כי נכון הדבר להיו' קשר המינוי הזה כעת עד שלשה שנים רצופים ע"כ ומאחר שעכשיו הגיע זמן המינוי שהוא סוף השלשה שנים ונתבטל המינוי ונתבטלו גזירותיו אע"פ שהוא בתוך זמן השלש שנים של העריכה אין הדבר כן משני טעמים האחד כי מאחר שמשמעות לשון ההסכמה שכל שלשת שנים יעריכו את הקהל על פי המנהג נראה שכוונתם שיתנהג הדבר כפי המנתג הקדום ביניהם שהוא זמן מוגבל לעשיר ולדל שתהיה העריכה עד ג' שנים ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר בעוד שלש שנים כשני שכיר ובשש שנים של עבד אמר' תור' כי משנ' שכר שכיר עבדך לפי פשוטו של מקרא כדכתבו התוס' בפרק קמא קדידושין וכשכתבו שיהיה קשר המינוי עד ג' שנים אין כוונתם לדבר שנתנו לו גבול וקצב' אלא לשאר פרטי ההסכמה שלא נתנו גבול ולא קצבה בדבר אמרו שיתנהגו כן עד משך ג' שנים אבל בדבר ששמו זמן וגבול לגזרתם אע"פ שהיא נמשכת אחר עבו' זמן מנויים גזרתם קיימת הא למה זה דומה לנדרי אלמנה וגרושה שכל נדריה קיימין וכשנשאת לבעל נתנה לו תורה רשות להפר כל נדריה ומ"מ נדרה כשהיא אלמנה ואמרה הריני נזירה לאחר שלשים יום ונשאת בתוך שלשים יום אין הבעל יכול להפר וכן אם נדרה בעודה תחת הבעל ואמרה הריני נזירה לאחר שלשים יום והפר לה בעלה אע"פ שנתארמלה או נתגרשה בתוך שלשים מופר וכדאמרי' בשלהי נדרים שהכח שנתנה תורה בין לאשה בין לבעל לא נפסק בעבור הזמן הואיל וההתחלה היא בזמן הראוי וממקומו הוא מוכרע דכתיב ונדר אלמנה וגרושה כל אשר אסרה על נפשה יקום עליה אם בעודה אלמנה וכי צריך לומר יקום אלא מי יפר לה אלא ע"כ למדך הכתוב שנדרים שנדרה בעודה אלמנה מתקיימין אף כשנשאה ואע"פ שעדיין לא חל עליה נדרה עד שנשאת כגון שאמרה הריני נזירה לאחר שלשים יום כל שכן אם כבר התחיל זמן חיילותו אף כאן הואי' ונתנו כח לאלו בעלי המינוי לכל מה שיגזרו ויתקנו תקנתם קיימת כל משך זמנה אע"פ שעבר זמן מינויים וכן מוכיח לשון פרק מפרקי ההסכמה שכתוב וכן ראינו שקודם חדש מחר"ם להיות הממונים שהם בשנה השלישית מחוייבים לעשות קיבוץ כללי בקהל כדי לברר חמשה נסיכי אדם שיחדשו המינוי כמנהג הקהל ע"כ והלשון של חידוש אין משמעותו לסתור את הדבר אשר עשו

הם ולעשות עריכה אחרת בתוך השלשה שנים רק לחדש את הדברים שלא שמו להם זמן מוגבל אלא זמן המינוי ומשנשלם זמן המינוי חוזרים ומחדשים מינוי אחר והנהגה אחרת כאשר תראינה עיניהם וכן בדברים שנתנו להם זמן מוגבל יכולים לתקן שבהגעת הזמן ההוא יתנהגו בהנהגה אחרת אבל אין הלשון של חידוש סתירה וזכר לדבר ונחדש שם המלוכה וזה שהעריכו את הקהל בתוך שלשה שנים של העריכה אין לך סתירה ועוות דין גדול מזה כי כשעשו העריכה הראשונה זכה כל אחד מהקהל בחלקו כפי מה שהעריכו אם מעט ואם הרבה לכל משך השלשה שנים של העריכה אפילו אם היה עני והעשיר על פי המנהג הקדום שלא יעשו עריכה כי אם משלשה לשלשה שנים שהוא זמן מוגבל וממוצע דלעולם בני הקהל במסים וארנוניות כדין שותפין דיינינן להו ומיד משעה שנותנין ביניהם זכה כל אחד בחלקו ואמרינן בפרק מי שאחזו ההיא גברא דאמר ליה לאריסיה כ"ע דלו תלת דלוותא ואכול רבעא את דלי ארבעה ואכול תלתא לסוף אתא מטרא אמר רבא הא לא איצטריך ואע"ג דבפ' האומנין אמרינן שכר את האומנין ואתא מטרא הפסידו הפועלים כתבו התוס' דשאני התם שאינו אלא שכיר יום שלא שכרו בעל הבית אלא לדלות וכיון שלא הוצרך אינו שכירו אבל הכא שהוא אריס הוי שותף כמו בעל השד' ומיד כשהתנה עמו לדלות ארבעה זכה בשליש אע"ג דהשתא לא איצטריך אף כאן בשע' העריכ' זכה כל אחד בחלקו ואין יכולין עכשיו להפקי' זכות מי שזכה בעריכה הראשונה ולחוב לזה ולזכות לזה אם כה עשו הנה חטאו לה' שגוזלים אותם שהורע כחן בחידוש העריכ' הזאת ממה שהיו ואם יאמרו אמור שהממונים שבזמן תחילת העריכה כשמינו את התשעה מעריכין לא מנו אותם אלא על מנת שתהי' עריכתם עד חידוש המינוי לבד גם בזה לא בחר ה' שג"כ אותם המעריכין שהעריכו את הקהל או את הממונים שהעמידו אותם להעריך על דעת כן שינו מכוונת ההסכמה ועברו על דבריה ולא תעשינה ידיהם תושיה שהרי בהסכמה כתוב שכל שלשה שנים יעריכו את הקהל לפי המנהג ודבר ברור הוא שהמנהג הקדום היה שתהיה העריכה למשך שלש שנים כמו שהוא מוכיח מתוך דבריהם שאומרים שכל שלשה שנים יעריכו ולא היה ביד והמעריכים לשנות מסדר השנים ואם שינו מעשיהם בטל ודברי ההסכמה קיימת.

ועוד מוכיח מלשון ההסכמה שאי אפשר בשום ענין להעריך בתוך הזמן של העריכה כלל אע"פ שנשלם זמן המינוי שכתבו שבכל שלש שנים ימנו הממונים תשעה מעריכים להעריך את הקהל והלא כל זמן המינוי אינו אלא ג' שנים ותחילתן הוא בתוך זמן העריכה הראשונה נמצא שאם יעשו עריכ' ב' לא תשלם זמנה כי אם אחר עבור זמן המינוי ואם בעבור זמן המינוי תיכף נתבטל כחן ונתבטלו כל גזרותיהם ויוכלו לבטל ולעשות עריכה

אחרת אפילו באמצע הזמן נמצא שכל עצמן לא תקנו אלא לעשות עריכה אחת שהיא הנעשית בתוך זמן המינוי וא"כ לא היה להם לכתוב בכל שלשה שנים שהרי לא גזרו אלא על שלהי שלשה שנים ההם אשר היו בימים ההם שיעשו עריכה אלא היה להם לכתוב וכן הסכמנו שבסוף שלש שנים של עריכה זו יעריכו את הקהל פעם שניה ועל כרחך לשון זה מורה באצבע שעל שתי זמנים דברו האחד בסוף ג' שנים הראשוני' והשני על סוף ג' האחרוני' שמקצתן של אלו ומקצתן של אלו הם מובלעים בתוך ימי המינוי ועל זה אמרו בכל שלש שנים שהם הששה שלפניהם ושלאחריהם יעשו עריכה ובדבר זה אין יכולת לבטלו אף אם עבר זמן המינוי אבל יכולים לתקן מעתה שבהגיע שלש שנים של העריכה יתנהגו על פי הנהגה אחרת כאשר ייטב בעיניהם.

ומה שבא בשאלה אם חל הקנס של שש מאות לבנים על אותם שבטלו העריכה תוך זמנה ושמו לבם כשמיר לרדוף אחרי אשר לא ישמע לקולם נראה שעד עתה לא חל עליהם שום קנס לפי שהם מוטעים בדבר שהם חושבין שמשהגיע זמן המינוי יכולין לשנות בכל ענין ומתקני ההסכמה לא עשו בה שוגג כמזיד שהרי כתבו ומי שיזיד ועשה מא' מאלה יפרע בכל פעם שש מאות לבנים ועד הנה אפשר ששוגגים הי' ואינם מחוייבים בקנס וגם אין עליהם עונ' חרם שהרי הוא אומר ביהונתן כי עם אלקים עשה היום הזה ותרגם יונתן ארי קדם ה' גלי דבשלו עבד ולכך כתיב ויפדו העם את יונתן ולא מת ואצל שבועה אמרה תורה לכל אשר יבטא האדם בשבועה שאין ת"ל בשבוע' ומה ת"ל בשבועה פרט לאנוס פרט לשוגג שלא ידע שחטא בשבועה והוא החרם והיא השבועה כמו שמוכי' בחרמו של שאול שאמר ארור האיש אשר יאכל לחם וכו' וכתיב ויונתן לא שמע בהשביע אביו את העם אבל אחרי שיתרו בהם יודעי דעת ומביני מדע שהם פורצים גדר ועוברים על ההסכמ' והם יתנו כתף סוררת לבלתי שמוע ועוד הם מחזיקים במריים אז ודאי נקראים מזידים ונתחייבו בכל חיובי הקנס ונוקשו ונלכדו ברש' החרם שהחרימו בהסכמה המינוי אף אם עוד הם מחזיקים בסברת' לומר שאין מעשיהם סתירת ההסכמ' לא נדון אותם כשוגגים אלא מזידים ובריש פרק אלו הן הגולין ממעטי' מבשגגה פרט לאומר מותר אלמא אומר מותר לאו שוגג הוא כל שכן כשאומרי' להם אחרים ומזהירים אותם ואין חוששין דודאי פושעים הם וכדאמרי' בפ' ר' אליעזר דמילה דת"ר מהלקטין את המילה ואם לא הלקט ענוש כרת ומוקי לה בגמ' באומר מותר וכגון דאת' בין השמשו' דשבת ואמרו ליה לא מספקא ואמר איהו מספקינן ועבר ולא אסתפק דענוש מיתה אלמא אע"פ דאיהו אמר מספקי' וסבור שלא יבא לידי חילול שבה כיון דא"ל לא מספקא ולא חש לדבריהם ענוש כרת שאם אי אתה אומר כן אין לדבר סוף

שכל אדם יפרו' גדר וילך בשרירו' לבו והתבר' בלבבו לאמר שלום יהיה לי כי אינו עובר על ההסכמ' לדעתו ואינו בכלל מה שכתוב בהסכמ' ומי שיזיד ועשה וכו' שזהו למי שיודע שעובר ומתריס כנגד ה' ואין הדבר כן שזה נקרא פושע ומזיד שהרי אמרה תור' והאיש אשר יעשה בזדון וכו' וכל העם ישמעו ויראו ולא יזידון עוד הרי שקראו הכתוב לזה מזיד אע"פ שאומר מותר פסקן של דברי' שאין יכולת לא ליחיד ולא לרבי' לשנות העריכ' ממה שהיתה עד משך זמנה שהוא סוף השלשה שנים מזמן שנעשית העריכה ע"פ הבנת לשון ההסכמה ואם עוד יתנו כתף סורר' להקשות את ערפם לבלתי שוב מדרכם הרי הם נלכדי' בחרמם ורבצה בהם כל האלה הכתובה בהסכמ' ההיא והרי הם מחוייבים בכל הקנס הנזכר שם למי שיעבו' ואשר יחדל מעושק ידיו ושב מרעתו אע"פ שחטא יש לו כפר' ונסל' לו ככתוב ונסלח וכו' כי לכל העם בשגגה ומפני הפצר שרי עם וגדוליו נזקקתי להשיב אמרי' אמת ולהודיע כההיא דפ' איזהו נש' בהנהו בי תרי דעבדו עיסקי' אהדדי ומה גם בדבר שיש עונ' שבוע' וחר' בנתי' אנו מחוייבים להזהיר את הטוע' בדבר משום ולפני עור לא תתן מכשול הצעיר יוסף בכהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נח

שאלה הנני יוסיף שנית ידי להשיב שואלי דבר כדת מה לעשו' על מה שכתוב בהסכמ' וז"ל וכן ראינו שקודם חד' מחר"ה להיות הממונים שבשנ' השלישי' מחוייבים לעשות קיבו' כללי בקהל מבן י"ג שנה ומעלה כדי לבר' ה' נסיכי אדם שיחדשו המינוי כמנהג ומי שיעשה מניע' על זה הוא נלכ' ברש' החר' עכ"ל ועל זה טוענים הכת האח' שאלו הה' שעשו וסדרו את המינוי הזה לא נתבררו מתו' קיבו' כל הקה' מקטון ועד גדו' כמו שמוזכר בלשון ההסכמ' כי אדרבא רוב' או מקצת' לא נמצאו שם אם שלא הודיעו' או לא רצו לבא ס"ס לא נתבררו מתו' קיבו' כל הקהל ולכן אינם מחוייבי' עכשיו להיות נשמעים לכל מה שסדרו אותם הה' ועוד טוענים כי זה הקיבוץ היה צריך להיות סמוך לחדש מחר' בהגיע זמן השלמת המינוי והם הקדימו לעשותו ד' או ה' חדשים קודם הזמן ולכן מעשיהם בטל והכת הב' טוענ' לטענת' הא' שמאחר ששלחו אחריהם ולא באו שוב אינם צריכין שימצאו שם ואדרבא כיון שלא באו עברו על ההסכמה שכתו' שם וכל מי שיעש' מניע' על זה הוא נלכ' ברש' החרם ועל טענ' הקדמת הזמן אומרים כי הוצרכו להקדימו לפי שגם הפרענו' ועולי מלכו' ממש או מלך ושרי' אקדומי אקדומו פורענתא קודם הזמן הרגי' בכל שנה ושנה אלו טענותיהם כפי מה שסדרו הכת האח' מבטלי הפאגש.

תשובה מאין הרגלי' לומר כי מאחר ששלחו אחריהם ולא באו יש יכולת לשא' הקהל למנו' ולברור ברורים שלא מדע' כל הקהל ושתה' גזרת' קיימ' ומקובל' על כולם שמלשון ההסכמ' מוכיח שצרי' שיהי' שם בקיבוץ כל הקהל מבן י"ג שנה ומעלה אע"פ שיש לנו בכל התור' כולה רובו ככולו כדאמרי' גבי פר העלם דבר של צבור דכתיב ואם כל עדת ישראל ישגו ותנן בהוריו' עשו כל הקהל או רובן מביאין פר ובע"ז מביאין פר ושעיר והכי אמרינן גבי פסח הבא בטומאה נטמא קהל או רובו וכן הוא מפורש במקראות שבדברי הימים בענין פסח חזקיהו כי מרבית העם מאפרים ומנשה וכו' לא הטהרו כי אכלו את הפס' שלא ככתוב וגם שם מפורש בשעירי ע"ז שהביא חזקיהו דכתי' וצפירי עיזים שבע' לחטא' על הממלכ' ועל המקדש אע"פ שא"א לומר שכולם חטאו בע"ז שהרי אפי' בישראל כתיב והשארתי בישראל ז' אלפי' כל הברכים אשר לא כרעו לבעל וכו' כ"ש ביהודה דכתיב ויהודה עוד רד עם אל ועם קדושים נאמן וכתי' והכהנים הלויים אשר שמרו את משמרתי בתעות בני ישראל מעלי אלא ע"כ על רוב הקהל הביא דרובו ככלו וכן בכל התורה כולה ומ"מ הלשון של כל אינו יוצא מידי פשוטו וכבר אמרו בהוריו' ואלא מאי כל עדת דקאמ' רחמנ' חדא קאמר אי איכא כולם הויא הוראה ואי לאו לא הויא הוראה נמצא שכשאמר הכתוב ואם כל עדת ישראל ישגו אע"פ שג"כ ה"ה אם לא שגו אלא רובן מ"מ צריך שתהא השגיאה מכלל כולם ועל זה קראה תורה כל עדת גם כאן בנדון שלפנינו גלו דעתם מתקני ההסכמה שלא יתבררו הממונים אלא מתוך קיבוץ כללי שיהא שם כל הקהל כקטון כגדול ואז כשיהיו כולם במעמד יהיה בריר' האנשי' ע"פ הרוב שכן הדין נותן שבכל הדברי' ילכו אח' הרוב שהרי אמר' תור' אחרי רבי' להטות אבל כשלא נמצאו כלם שם אין הסכמת הרוב מועיל ובסנהדרין עצמן נוהג הדין הזה שהרי דיני נפשו' שהן בכ"ג דבעינן עדה שופט' ועדת מצל' אטו אם יהיו שנים עשר דיינים לבד וכלן מחייבי' יהא נדון על פיהם לפי מה שהם רובם של סנהדרי קטנ' מחייבי' אין הדב' כן שאין דיני נפשו' אלא בכ"ג ואח"כ יהא נדון ע"פ הרו' שהם י"ב וכן לענין דיני ממונו' שהם בג' אמרי' ב' שדנו נקר' ב"ד חצוף ולא הוי ב"ד לכמה מילי אע"פ שהב' מוסכמים בדב' ואין מחלוק' ביניהם אך זה דבר ברו' ומוסכ' שאין הולכי' אחר הרו' אלא כשהיו כולם שם ואחר שאלו הה' לא הוברר בקיבוץ כל הקהל בין שלא הודיעו' בין שהודיעו' ולא באו מכל מקום לא נתחייבו לשמוע בקולם אלא בזמן שנתבררו במעמ' כול' ומה שטוענ' ממה שכתוב בהסכמה שכל מי שיעשה מניעה על זה הוא נלכד בחרם נמצא שמי ששלחו אחריו ולא בא הוא נלכד בחרם וכיון שכן אין חוששין אליו אם לא בא אדרבא ממקו' שבאת ואין רצוני להביא כאן סוגיא דריש תמורה כל

מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני דאי ס"ד לא מהני אמאי לקי והדבר ידוע שכאן הוא איסור הבא מעצמם ולא אאריך בזה אבל מהלשון עצמו מוכיח שכל שאינם באים מבטלי' את הדב' ממשמ' שכתו' שמי שיעש' מניע' על זה משמ' שמתו' שאינם באים עושים מניעה לדב' ולכך העניש אותה שיהיו נלכדים בחר' ואם את' אומר שמי ששלחו לו ולא בא אין חוששי' לו א"כ לא באת מניעה מתח' ידו ולא נלכד בחר' ואם הוא נלכד בחר' הרי עש' מניע' וראי' לדבר אונס שאמרו התור' לא יוכל לשלח' כל ימיו כלום אם עבר וגרש נאמ' שאינ' מגורש' והב' עלי' ידון בחנק אין הדבר כן ומגורשת היא אלא שלוקה דעבר אמימרא דרחמנ' וכן אלמנה לכ"ג שכתוב אלמנה וגרושה לא יקח כלו' אם קדשה נאמר שאין קידושין תופסין בה אלא אדרבא ממה שאמר' תורה לא יקח ומשמע שיש לו בה ליקוחין אף כאן אם מה שכתוב בהסכמה שכל מי שיעשה מניעה על זה מדבר על מי ששלחו אחריו ולא בא א"כ משם נלמוד שבידו לעשות מניעה מכיון שאינו בא שאם אי אתה חושש לו הרי אינו עושה מניעה ואינו נלכד ברשת החרם והרי זה דומה למה שאמרה תורה לא יחליפנו ולא ימיר אותו שמא תאמר אם המיר אינו מומר ת"ל ואם המר ימירנו והיה הוא ותמורתו יהיה קודש והדברים עתיקים ומתבררים במקומם אלא שהבאתי כאן כדאמרי' בס"פ השולח משום דמשמע להו קראי.

ובר מן דין ומן דין אפילו עונש חרם לא חל עליהם אע"פ ששלחו אחריה' ולא באו מן הטעו' שטענו שהקדימו את הזמן שלשה או ד' חדשי' קוד' חדש מחר' ונניח שכונת קודם חדש מחרם משמע סמוך לו דומיא דההיא דס"פ מי שאחזו לאחר שבוע שנה לאחר שנה חדש לאחר חדש שבת לאחר שבת חד בשבת ותרי ותלת' בתר שבתא ארבע וחמש' ומעלי שבתא קמי שבתא ומשם נלמוד שכשאומרי' קודם חדש משמעותו שבת אחד קודם החדש ואין אנו צריכין לבא עליהם בטענה זו אלא אפי' שנאמר שקודם זה אין לו שיעור למעלה מ"מ לא היו חייבים הקהל לבא אז כיון שעדיין היה להם שהות אחרי כן להקבץ ואין זה בכלל מה שכתוב שמי שיעשה מניע' שלא בשביל שלא באו עכשיו נמנע הדבר לגמרי שעדין יש זמן הרבה שיוכלו לעשותו ואם הם מהרו את הקץ ולא הוחילו למועד כל שעשו שלא במעמד כל הקהל למקטון ועד גדול הכל בטל ואפי' יחיד יכול לעכב ואינו מחויב לשמוע את דבריהם.

ומכל מקום נראה שאם היו מתוועדים על הדבר והיו מקצתם טוענים להקדי' זמן העריכה מפני שהמלך והשרים גם המה הקדימו לקבוע המסים וארנוניות קודם זמנן אולי היו נראין דבריהם בטענה זו לשנות את הזמן המוגבל ביניהם שהדבר ידוע שלא תלו הדבר בחדש לעשותו מחר"מ אלא מפני שאז הוא זמן פרעון הכהג"י וכאותה שאמר בפ' קונם

עד הגשמים עד שיהיו גשמי' עד שתר' רביע' ב' רשב"ג אומר עד זמן של רביע' ואמר בגמ' מחלוקת עד הגשמי' אבל עד הגש' עד זמן הגשם קאמ' אף כאן אע"פ שאמר עד חדש מחר' אין כוונתם אלא לזמן גביית ואם הקדימו יקדימו ועדיין יש לדון ולומר דעד הגשם כיון דהוי דבר שאין זמנו קבוע לא מחית איניש נפשיה לספיקא ואזמן הגשם קאמר דהוי דבר קבוע אבל אדרבא הם תלו בדבר קבוע ולא חשו שמא יתבעו קודם הזמן וזכו הנערכים באותם ג' שנים שלא לפרוע כל פרעונות ההוים בתוך הג' שנים כפי אותה עריכה ולא נחוש אם יהיו חרבות פריעות הכאגיש בתוך שלש שנים ויש לדמותה למוכר שדה אחוזה שאינו גואל פחות משתי שנים שנא' במספר שני תבואות ימכור לך ותניא בפרק אחרון מעירכין מכרה לו לפני ר"ה מלאה פירות לא יאמר לו הנח לפני כדרך שהנחתי לפניך ת"ל במספר שני תבואות ימכור לך פעמים שאדם אוכל שלש תבואות לשתי שנים ויש לדקדק בה ובאותה דפ' קונם אלא שאין רצוני להאריך כאן דמ"מ צריכין היו להתוועד להסכים על הדבר כיון שבאים לבטל דברי ההסכמה בשביל דבר שנתחדש שכל דבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו אע"פ שבטל הטעם כמ"ש בפ"ק דביצה גבי כרם רבעי ומייתי לה מקרא דכתי' לך אמור להם שובו לכם לאהליכם כדמייתי התם ואלו שעשו מניעה שלא באו לוועד אפי' אם היה כדין לשנו' ההסכמה מ"מ סבורים היו שאין בידם לשנות וכיון שאלו עשו שלא במעמד כולם אין מעשיהם קיים כיון שתלו הדבר בוועד כללי וכל שהיה שלא מתוך ועד כללי אין במעשיה' כלום כמו שהוכחתי לעיל.

כל שכן שבענין העריכה אשר עליה הרים ירעשו היה צריך שהתשעה מעריכין שיעריכו את הקהל כמשפט היה להם להיות נבחרים ע"פ ממוני הזמן שהוא זמן העריכה ואלו החמשה שהעריכו את הקהל לא דיין שהם חמשה לבד ואין מעשיהם כלום על פי הסכמתם שיהיו תשעה מעריכים שלשה עשירים ושלשה עניים ושלשה בינונים וכל שלא נעשה בכל אלו מעשיהם בטל אלא אף אם ירצו להוסיף עוד ד' עמהם אינו עולה בדין לפי שאותם החמש' הוברורו על פי הממונים של השנה שעברה ולפי מה שבירורו אין בידם להעריך את הקהל אלא עד סוף שלש שנים של זמן העריכה וגם עכשיו בהגיע הזמן צריך שיתבררו המעריכי' ע"פ הממונים שבשנה זו ולא אלו שנתמנו ע"פ הממונים שבשנה שעברה וזה דבר ברור והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נט

בקושטאנדינא שנת השנ"ט.

שאלה פרק מפרקי ההסכמות שאם יד בעל המקום הנשרף או הנהרס תקצר ולא תשיג לשוב לבנותו ויצטרך למכרו או לבקש מי שיעזרהו ויתן בידו מעות לבנות וגם בעל החזקה מטה ידו ולא תשיג לעזר ולהועיל והיה כמחריש ונשאר המקום חרב ושמם ימים רבים עד שיתרעם בעל המקום מבעלי החזקות וימשך מזה היזק גדול לכלל הנה אז יורשה כל איש ישראל להחזיק במקום ההוא או לקנותו אלא שמחוייב לתת לבעל החזקה מה שיעריכו עליה הממונים וערך שוויו יהיה לפי ערכו בעת ההיא לא כפי מה שהי' שו' בתחיל' כי כל בנייניו והוצאות' אכלת' אש.

ושאל השואל אם אחר עבור ימים רבים שהיה בעל הקרקע מתרע' והתרו בו כמה פעמים ונשאר המקום שמם זה עשר שנים ובא אחר והחזיק בה מן הנכרי ונתן לו דמי' עליה וקבל' על עצמו למש' צ' שנה בתורת מוקטע' כמנה' ואח"כ נודע שקודם זה כב' חדשים מכר בעל המקום לאיש אחר אם זכה בקרק' הואיל והמוכר הב' לא קדם והלך ונתפשר הנכרי או דילמא שצריך שיעברו ימים רבים אחרים ביד זה הלוקח הב' שנתרש' גם הוא ולא בנה כדי שתהא מופקע' ממנו גם הוא.

תשובה נראה דמאחר שהמתקנין תלו הדבר בהמשך ימים רבים שנשאר המקום חרב והנכרי מתרעם ובעל החזקה היה כמחריש נמצא שחרשותו גרמה לו להפקיע את כחו ונתנה רשות ביד כל אדם שכל הקודם זכה הואיל ועברו שנים רבות אשר המקום שמם והנכרי צווח ומגזים והאיש ההוא משתא' מחרי' כבלע רשע ולא נזדרז למהר לתקן את הדבר ולרצות את הנכרי הרי הופקעה כחו לגמרי וכל הקודם בה זכה אפי' היה בא באותה שעה ובידו מעות לתקן ולרצות הנכרי ברצי כסף והוא צווח ואומר חזי דאתאי לא שמיה מתיא וכל הקודם אפי' בשעה והלך והחזי' מן הנכרי זכה ואין בעל החזקה יכול לסלקו בדמי' כלל שכן מוכיח לשון ההסכמ' שכתבו ונשאר המקום חרב ושמם ימים רבים עד שיתרעם בעל המקום מבעלי החזקות וימשך מזה היזק גדול לכלל כלומר שאיפשר שימשך הנה אז יורשה כל איש ישראל להחזיק במקום ההוא וכו' הנה החליטו את הדבר ונתנו רשות לכל אדם להחזיק ולא תלו את הדבר לומר אם אין בעל החזקה רוצ' להתפשר עם הנכרי ולרצותו כי שמא אע"פ שאין ידו משגת ילוה ויגאל או יגאל לחצאין וירצה את הנכרי בפחות מזה או יאמר יש לי רב ובידי לבנו' דאין ראיה ממה שמחזיקין אותו בחזקת שאין לו דיש מתרושש והון רב אלא מאחר שלא תקן את הדבר זה כמה שנים אבד את זכותו לגמרי ויש לנו ללמוד דעתם של החכמים נוחי נפש מתקני התקנ' מדבריהם שכתבו בפתח אמרותם וז"ל והואלנו להסיר תלונות אדוני הארץ הישמעאלים מעלינו האומרים שאנו מחליטים כח קרקעותיה' ולראות שרצוננו ליפות כחם כמו

שנראה ברוב פרטי הסכמתינו זאת עכ"ל והדבר ברור שאם אחר עבור שנים רבות אשר המקום חרב ושמם עדיין היה לו לבעל החזקה תפיסת יד במקום לומר אני הוא הקודם ודאי כל אדם ימשוך ידו מלחזור ולהשתדל להתפשר עם הנכרי כי יאמר מה בצע כי אטריח את עצמי ואחרי זאת יקחנה מידי או יבא עלי בקטטות ומריבות לומר כי הוא רוצה לבנות שילוה מאחרים מאחיו ומרעהו ובהדי ארעא דתיגרא למה לי וכל אדם יברח ממנה כבורח מן הנחש ונמצא שאנו גורמין לעשות נכסי העכו"ם רטושי רטושין ויהיה סבה שיקומו יושבי הארץ כי תחרה אפם וקנאתם עלינו עד להשחית חלילה לזה תלו תקנתם בעבור ימים רבים אשר המקום חרב ושמם והגוי היה מתרעם ובעל החזקה לא נתעורר מאז לבנותה ולהקים הריסותי' מעתה נתנה רשות ביד כל אדם וכל הקודם זכה אפילו יבא אח"כ ויאמר כי הוא רוצה לבנות כי רב חילו וכי כביר מצאה ידו אין שומעין לו וכל הקודם לו אפי' בפסיע' אחת זכה ויש לנו ללמוד תקנתא מתקנתא שכיוצ' בדבר מצינו בתקנת סקריקו' ששנינו בהנזקין שתקנה ראשונה היתה שהלוקח מן הסקריקון נותן לבעלים רביע אימתי בזמן שאין בידם ליקח אבל אם יש בידם ליקח הם קודמין לכל אדם וזה שאמרו בזמן שאין בידם ליקח ודאי דמיירי באותה שעה שהם באים לקנות מהנכרי שמכיון שבאותה שעה לא היה ביד' ליקח אע"פ שאחר זמן יאמרו הרי יש בידינו ודאי לא כל כמיניהו לסלוקינהו ותנן רבי הושיב ב"ד ונמנו שאם שהתה בפני סקריקו' שנים עשר חדש כל הקודם לוקח ונותן לבעלים רביע ואמאי אכפל רבי להושיב ב"ד ולהמנות להפקיע כחן של בעלים לגמרי שאחר שנים עשר חדש לא יהא להם אפי' דין קדימה ודאי דמשום תקון העולם עשה כן שאם לעולם היה להם לבעלים תפיסת יד בקרקע מדין קדימה כ"ע ממנעי ולא מפכי בה בארעא ונמצאת הקרקע מופקעת ביד הנכרי לעולם לכך עמד והתקין שאם שהתה י"ב חדש בפני הסקריקון ולא קנו הבעלים הופקעה זכותם לגמרי שאפי' יש בידם ליקח כל הקודם לו זכה למדנו שאין תקנה שיהיו קופצים בני אדם ליקח אם לא בהפקעת זכות הבעלים לגמרי הלא דברים ק"ו אם משום תקנת קרקע שלא תהא מופקעת ביד העכו"ם עמדו והפקיעו כח הבעלים שהיה להם זכות בקרקע זה שהם הקודמים לכל אדם מחמת שהיתה שלהם מתחילה כאן שהוא מפני תקון העולם שלא תצא תקלה לכל ישראל ח"ו אינו דין שיפקיעו כח המחזיק הזוכה מכח תקנה ויעמידו הלוקח השני בחזקתו אי במקום סכנה לא תקינו להו רבנן שיהיה לו למחזיק שום זכות ויפוי כח בקרקע כלל אפי' דין קדימה אפילו אם העשיר אח"כ ויאמר אנא הא קאימנא לא צייתינן ליה וכיון שכן הוא מה כחו של לוקח שני שקנה מאת המחזיק יפה לא עדיף מגבר' דאתי מחמתיה ועוד למדנו משמועתינו שלא

יהא לבעל הדין מקום להתלות ולומר כי זה שכתוב בהסכמה שאם יעברו ימים שנשאר המקום חרב זהו בזמן הבעלים הראשונים שנתנו חכמים לבעלים זמן בימים הרבים ההמה שיטרח וישתדל לבנות ואם ארכו לו הימים ונתרשל אבד את זכותו אבל בבוא עכשיו לוקח אחר שקנה קרקע ולא עברו ימים מועטים כי כוונתו היתה תיכף לבנות לא קנסינן ליה עד שיעברו ימים רבים אחרי' ברשותו של זה האחר והימים הראשונים יפלו הא ליתא שעיקר התקנה היתה לתועלת הנכרי בעל המקום שלא יתרעם יען ביתו אשר הוא חרב ואין חולה מהם אליו מה לי ביד בעלים הראשונים מה לי ביד בעלים האחרונים והרי תקנת סקריקון אם בעל הקרקע היה מוכר זכותו לאחר ואמר שלא נמנה שנים עשר חדש אלא משעה שלקחה האחרון הא ליתא דמתני' קתני אם שהתה בפני הסקריקון שנים עשר חדש משמע שכל ששהת' בידו של נכרי י"ב חדש אבד זכותו שאם הדבר תלוי בבעלים הכי הו"ל למתני אימתי בזמן שאין בידם ליקח אבל בזמן שיש בידם ליקח הם קודמין רבי הושיב בית דין ונמנו שאם שהתה י"ב חדש כל הקודם לוקח וזה ברור דאין הדבר תלוי שם אלא בששהתה שנים עשר חדש בידו של סקריקון יהיה בזמן הבעלים הראשונים או האחרונים כל שכן כאן שהתקנה היא משום הנכרי בעל הקרקע שאין טעם לחלק בין בעלים הראשונים לזה הלוק' שכל שלא קדם הלוקח השני והחזיק מן הנכרי אותו שקדמו זכה ועוד יש ללמוד שהופקעה כחן של בעלים לגמרי ואפילו דין קדימה אין להם אע"פ שיש בידם ליקח עכשיו בשעה שהלך זה ומחזיק ממה שלא הזקיקו מתקני התקנה לזה המחזיק שיקח כתב יד מממוני הזמן כי על פי הדברים האלה החזיק בקרקע ההוא למען יהיה לו לעדה שלא יאמר בעל החזקה היום או למחר אני היה בידי ליקח או כי יאמר שקר אתה אומר כי הנכרי לא היה מתרעם ואני לעולם הייתי מפוייס עמו והיתה כוונתו לבנות וגם מאחר שהדבר תלוי בזה שכתבו שימשך מזה הזק גדול לכלל היה ראוי שיתנו לו הממונים פתקא כי נתברר להם שאם לא היו מפייסים את הנכרי היה נמשך מזה היזק גדול ואנו רואים כי למעלה בקפיטולו השני כתבו שאם בעלי המקום גרשו את המחזיק מחמת שהיה מצער את הבעלים או שבא עליהם בעקיפין ולא היה רוצה לפרוע השכירות ומעביר' עד ששה חדשים או סבה אחרת ממעשיו הרעים הרי אבד זכותו לחלוטין וכל הקודם זכה והתנו שכל אלה העניינים צריך שיתבררו אצל ממוני הזמן והם יתנו כתב גזרתם ורשותם ביד המחזיק החדש וזולת כתב ידם לא יורשה שום בר ישראל להפקיע זכות חבירו וחזקתו וכאן בקאפיטולי זה לא הצריכו למחזיק שיקח כתב מהממוני' יען כי ראו שהיה נמשך היזק גדול אם היו מזקיקין אותו לכך שאם אתה מטריחו למחזיק בהולכ' וחזרה אף הוא פורש וממנע ולא

עביד לכך נתנו לו רשות ואמרו אז יורשה כל איש ישראל להחזיק במקום ההוא ואח"כ אם יצטרך יברר הדבר איך הוא אמת שעברו כמה ימים ושנים אשר המקום חרב והנכרי היה מתרעם ואם כנים הדברים יעמידוהו על חזקתו והואיל ולא רצו המתקנים להזקיקו אפילו לקחת פתקא מהממונים על הדברים האלה דילמא משום הכי ממנע מכאן אתה למד שאף דין קדימה הפקיעו ממנו כי היכי דנקפצו עליה אינשי וראיה מדאמרי' בפ' המקבל לכרגא ולמזוני ולקבורה לית בה משום דינא דבר מצרא דאמרי נהרדעי לכרגא ולמזוני ולקבורה מזבנינן בלא אכרזתא ופי' רש"י וכיון דמשום רווחא דיתמי לא משהינן למילתא פן יכעוס שוטר המלך וכן משום חסרון מזונות ולבזיון המת כ"ש דמשום בר מצרא לא משהינן מילתא לאודועי ע"כ ונהי דלא משהינן מילתא לאודועי אבל אם בא האיש וצרור כספו בידו ואומר הריני לוקח אמאי לא יהבי' ליה מדינ' דבר מצר' אלא ע"כ טעמא כי היכי דנקפצו אינשי עלה וכאן בעניני התקנות האלה פתקת הממונים היא כעין אכרזתא בנכס' דיתמי שכן כתבו למעלה כי בזול' כתב ידם לא יורשה שום בר ישראל להפקיע זכות חבירו אע"פ שיביא עדים על כך אם לא נתברר הדבר אצל ממוני החזקות וכאן לא העמידו דבריהם במקו' תקלה ואמרו שיורשה כל איש ישראל להחזי' ולא משהו ליה עד שיקח פתקא גם לא נשהא אותו עד שיבקש בעל החזקה מעות ועד שיודיעוהו שזה רוצה להחזיק ויעיד עליו עדים כי שמא ידחנו מיום אל יום לומר מחר אבנה או מחרתו עד שנמנע זה והולך לו אלא נתנו למחזיק זכות גמורה להחזיק אע"פ שיהיה ביד הבעלי' ליקח ועוד אני אומר שאפי' אם הדבר הזה לא היה מבורר יפה והיה הדבר מסופק זה הקרקע בחזקת מי היא שלא פורש ענין זה בתקנה לעולם יש לנו לזכות לזה האחרון יותר מן הראשון מה טעם שזה קנה קנין גמור מן התורה והראשון אינו בא אלא מכח תקנת חכמי' דמן התורה מה כחו יפה בקרקע זה של עכו"ם הרי היה יכול להוציאו בכל זמן שירצ' אבל זה האחרון שקנה ונתן סך מעות בתור' מוקטע' על ק' שנה והורי' השכירו' שהיה עשרת אלפי' לבנים לשנה בשלשה אלפים ומכירה לשני' היא וזכה בקרק' בדיני האומו' ובדין התורה ויש לו קנין בגוף הקרקע שהרי אין המשכי' יכול להפקיע את כחו במכיר' ולא בהקד' כדאמר' בפ' אע"פ שד' זו שמשכנתי לך לכשאפדנ' ממך תקדוש משמע דבעודה ממושכנ' אינו יכול להקדיש ופי' שם התוס' מה בין זו להיא דאמרי' בפ' האומר משקלי הקדישו משכי' הדר בו מעל' שכר להקדש יעויין שם ובפ' השותפין תנן המודר הנאה מחבירו והיה לו מרחץ ובית הבד מושכרין בעיר אם אין לו בהם תפיסת יד מותר הילכ' זה מחזי' האחרון זכה ואין להוציאו מחזקתו אלא בראי' ברורה והא מילת' דמי למה שכתב הרא"ש ז"ל גבי זבין מאה ושוי מאתן דכשיש ספק

בין המצרן והלוקח לעולם על המצרן להביא ראיה משום שהלוקח זוכה מן הדין והמצרן מתקנתא דרבנן גרידא אע"ג דהתם איכא טעמא רבה דסוף סוף ארעא למיקם ברשות' דמצרן קיימא כ"ש כאן שהספק הוא על עיקר הדבר מי זכה בקניית הקרקע שנאמר העמד מקח על חזקתו ומספק אתה בא לבטלו אל תבטלנו מספק שהראשון המחזיק כבר אבד חזקתו כיון שעברו ימים רבים ולא נשאר לנו ספק אלא אם עדיין נשתייר לו דין קדימה מדרבנן כעין דינא דבר מצרא וכיוצא בזו מצאנו בירושלמי בהנזקין הביאה הר"ן ז"ל גבי סקריקון הם אומרים בידינו ליקח והלקוחות אומרי' לא היה בידכם ליקח א"ר יוסי לעול' השדה בחזק' הלקוחות שהמ"עה ואמר שהלשון הזה הביאה הרשב"א ז"ל בתשובה הרי כאן שהעמידו הקרקע בחזקת הלקוחות אע"פ שזכות שנתנו להם חכמים לבעלים קדמה לזכות' של לקוחות שהרי נתנו להם זכות שהם קודמים לכל אדם ושכל הלוקח מהנכרי יתן להם רביע לא אמרי' ארעא בחזקת בעלי' קיימא ולא נפקא מידייהו עד שיתברר שלא היה בידם ליקח אלא אמרי' כיון דמן הדין קנה הסקריקון קנין גמור ארעא בחזקת הסקריקון היא ולקוחות הבאים מכחו הן כיוצא בו אע"פ שהיה צד לומר שם דכיון דארעא מעיקרא דישראל היא וכשיצתה מרשותו לרשות הנכרי לא נפקא מרשותיה לגמרי ואכתי פש גביה ההוא שיורא דהוא קודם לכל אדם וגם שהלוקח מחזיר לבעלים רביע נמצא דלענין זה לא יצתה מרשותו לעולם ואע"פ כן לא חשו להכי אלא כיון דסקריקון קנה קנין גמור מן התורה מוקמינן ארעא בחזקת הלקוחות אע"פ שזכותן של בעלים קדמה הואיל ואין זכותן אלא מתקנתא דרבנן כ"ש כאן דאדרב' ארעא מעיקרא בחזקת הנכרי היתה ורבנן הוא דאפקיעו כחו ועבוד תקנה שזה הישראל יהיה קודם לכל אדם זה הלוקח שלקח מן הנכרי אין מוציאין ממנו אלא בדבר הברור והיה נר' לומר דדמי הא מילתא להא דאמרינן בהחול' אמתני' דשומר' יבם שנפלו לה נכסים מודים ב"ש וב"ה שמוכרת ונותנת וקיים מתה נכסים בחזקתן וכו' ומוקי לה רבה שנפלו כשהיא נשואה וזיקת נשואה עושה ספק נשואה רישא דאיהו קיימא הוי הבעל לגבי האשה בספ' ואיהי ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי ופי' רש"י וכן התוס' דלהכי קרינן לה לאשה ודאי לפי שהקרן שלה ולא דמי להא דתנן בריש מציעא זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דנוטל רביע ולא אמרינן הוי זה ודאי דממה נפשך יש לו החצי וזה ספק במחצה האחרת ואין ספק מוציא מידי ודאי אע"פ שרצה לפרש כעין זו בשמעתא דלעיל בהחול' גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא לומר דקרי' בהכי ספק וודאי כיון דממה נפשך יש לו לאחר חלק בה כבר הקשו עליה התוס' משמעת' דבסמוך ומההיא דמציע' אבל זו אינה דומה דהכא אין לבעל חלק כלל בגוף הקרקע אלא כל הגוף לאשה הילכך

קרי' ליה ודאי ויבם ספק ומינה נוכיח לנדון שלפנינו שנדון את הנכרי בעל הקרקע עם זה המחזיק כדין ספק ודאי לפי שהעכו"ם גוף הקרקע שלו לכל מילי וגם השכירות ואין למחזיק הזה זכות אלא במותר שווי השכירות ששוה יותר ממה שהוא פורע לנכרי ואף בזה לא הופקעה כחו אלא לאחר שנכנס ישראל לתוכה ואיהו מרא קמא וכיון שיש עכשיו ספק אם יש לו זכות לזה המחזיק אם לאו הו"ל בעל הקרקע ודאי והמחזיק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכיון שכן אף הלוקח השני הבא מחמת הנכרי כיוצא בו הוא כ"ש דבלאו הך טענה זו שאנו מסתפקין בה אם אבד המחזיק את זכותו אם לאו אלא שהיה מוחזק כשא' בעלי החזקות זה הלוקח שהלך ולקח הקרקע בתור' מוקטע' ונתן מעות והוריד השכירות שהיה עשרת אלפים לשנה והעמידו בשלש אלפים יש לו קנין גמור לענין שיה' הוא במקום הנכרי ויפרע לו המחזיק עשרת אלפים לקונה האחרון והוא יפרע לנכרי שלשת אלפים נמצא דממה נפשך יש לו קנין בגופה של קרקע ואין בעל החזקה יכול לסלק בדמים אפי' אם היה מוחזק בודאי עכשיו שאנו מסתפקין אם יכול לסלק את המחזיק בדמים אלו דייני' ליה בספק וודאי דאין ספק מוציא מידי ודאי כ"ש שאין הדבר ספק כפי מה שכתבנו לעיל שמוכיח שרצו המתקנים ליפות כחו של נכרי בזה שלא ישאר המקום חרב ושמם ורצו להפקי' כח המחזי' לגמרי שכל הקודם בה זכה הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יוסף בכהמר"ר משה מטראני זלה"ה.

שוב ראיתי בנוסח הירושלמי בדפוס כתו' השדה בחזקת הבעלים וצריך עיון על השיטה האמיתית.

סימן ס

בקושטאנדינה שנת השנ"ט.

שאלה זכרון עדות בפנינו ח"מ מעשה שהיה כך היה בא לפנינו הר' משה ברוקאש יצו' ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בק"ס מעכשיו ובשבועה חמורה בתורה איך אני ברצוני הטוב בלי טענת אונס ופיתוי והסת' שאני משעבד עצמי ומוד' בפניכ' כמודה בפני ב"ד חשוב שאעש' חשבון ברור ואמיתי מכל ריוח וממון שיש להחכ' ה"ר אליהו ישראל עלי שהייתי שיה' עמו בחברתו שארא' לו כל ריו' וכל ממונו וזכותו ואמסרהו בידו בלי מחסו' ומה גם הר' אליהו ישראל הנ"ז יעשה חשבון וכל מה שחייבני הר' אליהו בחשבונו בדבורו הקל למאות ולאלפי' בין רב ובין מועט אפרע לו כל זכותו בלי מחסור ובלי סירוב ומיאון כלל בביטול כל טענו' והפרש' וכו' ואנחנא דחתימין הכא נטלנו מהר' משה קנין סודר מעכשיו ושבועה חמורה בתורה כתיקון חז"ל בנאמנות בפי' לקיים כל הנ"ל וכו' עכ"ל השטר ואחרי זאת אשר עבר משא ומתן ביניהם שקבל הר'

משה ממנו ושנתן לו עמדו בחשבון ונמצא בחשבון כת' הר' אליהו שחייב לו סך ממון והר' משה אומר כי אינו חייב לו כל הסך הנז' וכמה פרחים שכתובים בחשבון הר' אליהו או' ששקר הוא ולא קבלם מעולם. ועתם שאל השואל אי הוי שעבוד מה ששעבד עצמו ונטל קנין בדבר שאין לו קצבה אי הוי הפלגת דברי' ולא סמכה דעתיה בהכי ועוד אם מחמת השבועה חייב לקיים מה שנשבעו או נאמן לומר כוונתי היה כשנשבעתי שיראני חשבון ברור ואמיתי נתינה וקבל' יורינו מורינו הדין עם מי ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה אע"פ שנתפרשו שמות בעלי הריב בשאל' הנה גר אנכי מאר' ישראל לא אדע את משה וישראל איני מכי' אך אשר יורוני אשי' לשואל כדת משה וישראל ואם שמותיה' מפורשו' כצרורין וחתומין הם אצלי כראובן ושמעון יהיו לי הרמב"ם ז"ל הוא המפורס' בסברא זו משם רבותיו כמ"ש פי"א מה' מכירה שאין אדם מתחייב אלא בדבר שהוא קצוב וכך היא דעתו בפ' כ"ה מה' מלוה בערב שלא פי' דבר קצוב כגון שאם כל מה שתתן לזה או מה שתמכו' לו אני ערב אינו כלו' שכל שלא ידע הדבר ששעבד עצמו לא סמכה דעתו ולפי שטה זו אין להסתפק עוד במה שנסתפק השואל אם מחמת השבוע' חייב דפשיט' דמטעם זה דאסמכת' אין יכול להפטר מן השבועה דאע"ג דמדינא לא משתעבד בכל מידי דאסמכת' וכיוצא בה חייב לקיים שבועתו כמ"ש הריב"ש ז"ל והאריך בתשובת שמ"א והביא שם משם הרא"ש ז"ל במי שהקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם ונשבע עלי' ליתנ' לו שחייב להשלים לקיים שבועתו ואף זו אי מהאי טעמא דהרמב"ם לא מתחייב מדינא דכל דבר שאינו קצוב לא סמכא דעתיה מ"מ מחמת השבוע' כופין אותו לקיים שבועתו וגם אין לנו לומר כוונתי היה שיראני חשבון ברור וכו' כמו שבא בשאלה דכל הנשבע לחבירו אינו יכול לומר בלבי היה כך וכך ואין לנו אלא דברי העדים דעל דעת חבירו הוא נשבע כדמוכח בס"פ שבועות שתים דתניא כשמשביעין אותו אומרי' לו הוי יודע שלא על דעתך אנו משביעין אותך אלא על דעתינו ומסיק התם דאמרי' ליה הכי משום קניה דרבא והכא ודאי לדעת חבירו נשבע והוציא מפיו שכל מה שיחייבוהו למאות ולאלפים בדבורו הקל לא מצי למימר לא היה בלבי אלא אם יראני חשבון אמיתי שזה סותר מה שאמר בפיו ואם הוא רוצה שיפרט לו החשבון בבירור יפרט לו ודינא הכי הוא שאומרי' לו פרש דבריך אבל אין הר' משה יכול להכחישו כלל אלא שנראין לי הדברים שאין זה ענין לנדון שלפנינו ואף לשיטתו של הרמב"ם ז"ל מדינא חייב לשלם כל אשר יאמר כי הוא זה מאחר שהאמינו ושניא היא ההיא דהרמב"ם ז"ל דחיוב והקנאה הויא שהוא מתכוין להקנות לחבירו והלה נוטלה מדין מתנה הילכך כשאין הדב' קצוב

וידוע לא גמר ומקנה דהא לא סמכא דעתיה בשעת ההקנא' כי היכי דאמרי' בעלמא אסמכתא לא קניא דהא בעינן שידע מה שנותן ומוחל לו דהא אמרינן בפ' הזהב גבי הונאה אע"ג דאמרינן ע"מ שאין עלי הונא' לא מהני דמי קא ידע ומחיל אבל אם אמר יודע אני שאינו שוה אלא מנה ע"מ שאין בו הונאה מהני משום דידע ואע"פ כן מוחל ולסברת הרמב"ם ז"ל ורבותיו כל דבר שאינו קצוב לא סמכא דעתיה ולא גמר ויהיב ולכך כתב שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה אבל הכא אין כאן מתנה ולא מחילה אלא שסמך על אמונתו של זה ואם נוטל ממנו יותר על מה שחייב הרי הוא גזל בידו ולענין נאמנות מהני אפי' בדבר שאינו קצו' דהא הימניה מה לי מעט מה לי מרובה דמאן דחשיד אאלפא זוזי חשיד אחד זוזא ומסתמ' אילו היה חושדו על פרוטה לא היה מאמינו וכל שאינו הקנאה אלא שסומך על אמונתו ואם לוקח ממנו יותר הוא גזל בידו ויכול להשביעו על כך אם גזלו באותה תביעה אלא שהאמינו לפרוע תיכף על פיו מחוייב לקיים תנאו דכל תנאי שבממון קיים.

ומה שנראה לע"ד לזכות את הר' משה הנז' דאף על גב דכי המניה מפקי' מיניה בלא שבועה מ"מ כי אית ליה מגו נאמן ולא מפקינן מיניה דהא אי קים לן שזה תובע ממנו שקר ודאי דלא הוה יהבינן ליה אלא דמשום דהימניה אנו מחזיקין אותו על הסתם בחזקת נאמן השתא דאית ליה להאיך מגו אמרי' ודאי דקושטא קאמר דאנן סהדי בהכי דאם לא כן מה לו לשקר ולהכחיש דבר שזה מכחישו והאמינו עליו והיה לו לטעון דבר אחר שלא האמינו עליו ויפטר וכן מוכח מדברי ס' התרומו' דאפי' במקום נאמנות מהניא מגו שכתב הטור משמו סי' ע"א שאם טען המלוה כשהלויתיך התנתי עמך על פה שאהא נאמן עליך כשני עדים והלו' אומר כן אבל פרעתיך נאמן וליכא למימ' מה לי לשקר במקו' עדים לא אמרי' כמו שכתבתי בכתב ידו שנאמן לו לומר פרעתי אם לא הוחזק כתיב' ידו אע"פ שכתוב בה נאמנות עכ"ד הרי שאע"פ שהאמינו כשני עדים והוא מודה בדבר ס"ל דיכול להכחישו מטעם מגו ולא אמרי' כיון שהודה שהוא כתב ידו שוב אינו נאמן לומר פרעתי דהא הימניה ומיהו בתשובה להרשב"א הביאה הרב מהר"י קארו ז"ל בסוף סי' זה משמע שהוא חולק בזה שכתב מה ששאלת אם ראובן נאמן לומר החזרתי במגו דאי בעי אמר נאנסו דבר ברור הוא זה האמינו כשני עדים כשרים ואילו באו שני' והעידו שלא החזיר אינו נאמן במגו דנאנסו דהא קי"ל מגו במקום עדים לא אמרינן וזה כבר הודה שלא נאנסו והאמינו על החזרה עכ"ל ונראה דהני רבוותא לא פליגי אהדדי דכל שאינו יכול להכחישו בגוף הנאמנות שהאמינו כשני עדים תו לא מהימן במגו דהו"ל כאילו כתוב בשטר' בהדיא דמהמני' להאיך אפי' במקו' מגו דידי' דעדיפא מינה קאמר

דאפי' במקום עדים המניה ולא תהא פיו גדול' מהעדא' עדים אבל כשיכו' להכחישו גוף הנאמנות לומר לא האמנתי' מעול' אע"פ שהוא מודה שהאמינו עליו כשני עדים דהו"ל כאילו כתו' בהדיא דהאמינו אפי' במקום מגו מ"מ עכשיו מפיו אנו חיין שהוא מוד' בדבר והוא עצמו אומר שפרעו דין הוא שנאמינו דמה לו לשקר אך בטור סי' מ"ט עלה דמיד' בשטר שכתבו אלא שפרע דנאמן הביא משם הרב בעל העיטור דוקא כשאין בו נאמנו' אבל יש בו נאמנו' לאו כל כמיני' וגם שם נחלק בעל התרומו' וכת' דנאמן במגו אפי' במקו' נאמנו' ונר' שבעל העיטו' טעמיה כהרשבא ז"ל דכיון דהמניה כשני עדים הו"ל כאילו עדים מעידים כנגדו ומבטלין טענת המגו ומדברי כולן נלמוד דאפי' במקום נאמנות היכא דלא הימניה כבי תרי כגון בנ"ד אע"פ שאינו מכחיש הנאמנות אמרינן מגו והכא בנדון דידן הר' משה הנז' נאמן בטענתו במגו דאי בעי אמר נאנסו או נפסדו וכי תימא אם היה אומר כן היה מפסיד בין כך ובין כך החצי כההיא דסוף המוכר את הבית שטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה וכיצד יהא נאמן על כל התביעה ועוד שדין הוא שאף על החצי לא יהא נאמן דאין זה מגו שהוא יודע שאם היה טוע' כך היה צריך לשלם פלגא דפקדון ולכך טוען להד"ם כדי לפטור עצמו מכלו' וה"ה גבי שטר כיס דהיינו עסקא בשטר דלא מהימן לומ' החזרתי דמצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אלא מטעמא דמגו דנאנסו כדאמרינן בפרק המוכר את הבית כי אמר החזרתי הכל לא מהימן אפילו במחצה דפקדון שהי' יכול לטעון נאנסו דאין זה מגו שהוא סבור להפטר מן הכל והכי מוכח מדברי התוספו' בפ"ק דכתובות בסו' סוגיא דפתח פתוח דאמרי' בגמ' לא דקטעין טענת דמים והק' התוס' ונהמניה לדידה במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני ותרצו דאין זה מגו כלל שאינה רוצה להפסיד כלום מכתובת' וכן דקדקתי מכמה דוכתי בגמ' ובתוס' בפ' חזקת ובפ' כל הגט ובפ' הכותב כמו שהארכתי במקום אחר בתשובה משום הא לא איריא דכיון שהיה בידו של הר' משה מעות של עסקא הרבה והחזיר לו מהם הרבה כמו שהוא בחשבונו של הר' אליהו והודה הוא בהם אלא שעכשיו יש הפרש ביניהם שזה אומר שעדיין יש אצלו מנה וזה אומ' שלא נשא' בידו כלו' יהא נאמן על זה המנ' במגו דאי בעי אמ' נאנסו ר' והחזרתי לך את חלקי מנה ולא פש לך השת' גבי ולא מידי אע"פ שכשנת' לו תחיל' לא אמ' לו מז' כלו' לא דמי לאי בעי קלתיה דפ' זה בורר דהכא שמא לא רצ' אז לגלות לו דעביד אינש דלא מגלי טענתא אלא בב"ד כדאמר בפ' חזקת ועכשיו שבא לב"ד ודאי שהיה נאמן לטעון כך וכי תימא מ"ש מההיא דריש מציעא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי דזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רבי' ולא אמרי' יהא נאמ' שחצי' שלו במגו דאי בעי אמר כולה שלי שהתוס' פי' שם

דהיינו טעמא דלא אמרינן הכי משו' דמגו להוציא לא אמרינן דבחציו הב' מוחז' זה כמו זה ומיהו המרדכי הביא שם בריש מציעא משמו של ר"ת ז"ל שהשיב בתשובה לרבי' אפרים מהרשבורק דמ"ה לא מהמניה ליה במגו דאי בעי אמר כול' שלי דלא אמרי' מגו בממון זה במגו דאיבעי ליתבע ממון אחר דכל מגו תלוי באותו דב' עצמו אבל לא מממון לממון והא דאמרינן מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענ' ישב' פי' ונהמני' במגו דעי בעי כופ' הכל יש לומר דהיינו לפטור שבועה דבמגו כל דהוא פטרינן ליה משבועה אף על פי שמדברי התוספות מוכח שחולקין על דבר זה שהביא' ההיא דמפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע להוכיח דהוי מגו טוב ומכל מקום נראה לי דלא דמיא להך דהכא דהתם משום הכי לא אמרינן מגו דאי בעי אמר כולה שלי דשמא אינו רוצה לתבוע את כולה וכן בהודאה אינו רוצה לכפור הכל שהוא סבור שהוא נאמן בטענתו וכוונתו לגזול את חציה לבד או לכפור חצי הטענה לבד ולא לגזול הרבה שהוא סבור שיהא נאמן בטענה כשיאמר כול' שלי או כשיכפור הכל ולא כולי עלמא דינא גמירי שיודעין שכשיאמר כולה שלי לא יטול אלא מחצה מפני שהאחר תפס אלא סבור שיהא נאמן ואינו בא לתבוע אלא חציה ואין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות שכך היה לו טענה זו כמו טענה זו אבל הכא אם זו כוונתו להכחיש את חבירו ולגזלו במנה יכול היה לגזול אותו המנה עצמו בטענה אחרת נאה הימנה שיאמר נאנסו מאתים ופרעתי לך מהם מנה שהיה חלקי שהרי הוא יודע ששותף הוא. ועדיפא ליה הך טענה דהוי בענין שאין חבירו מכיר בשקרו ולא הוי העזה ועוד שהיה בענין שהוא נאמן בטענתו ולא לטעון טענה זו דלא היו דברים מעולם שהוא יודע דלהא מילתא הא המניה. ועוד נראה לי שאם היה טוען הר' משה עמדנו לחשבון וביררנו חשבונותינו ופרעתי לך הכל על פי חשבונך היה נאמן שזה לא האמינו אלא על החשבון שיאמר לו שכך היא לשון השטר וכל מה שחייבנו הר' אליהו בחשבונו בדבורו הקל למאות ולאלפים בין רב ובין מעט אפרע לו כל זכותו בלי מחסור ומדלא כתב לו נאמנות כל היכא דאמר לא פרענא משמע דעל הפרעון לא המניה לומר לא נתפרעתי ואדרבא הלשון דאפרע לו כל זכותו משמע דפרע ליה בין דיליה לדיליה ועדיפא הא מהא דכתב הרשב"א בתשובה הביאה הרב מהרי"ק באותו סי' על שטר פקדון שכתוב בו והאמינוהו בעיקר המעות הנז' נאמנות שלמה כשני עדים כשרים והשיב שאין בכלל אותו נאמנות הפרעון שלא האמינו אלא בעיקר הפקדון שלא יטעון אמנה היו דברינו או רבית אף כאן בנדון שלפנינו לענין פרעון של אח"כ לא המניה והואיל ונתחדש עתה מגו אחר מה שלא היה בשעת כתיבת השטר דכל זמן שלא עמדו לחשבון לא היה יכול לטעון כך ועכשיו שכבר עשו חשבון דאית ליה

מגו מעליא אמאי לא מהימן דלא גרע מאילו פרעו עכשיו ע"פ חשבונו ושוב תפס ממונו בידו בענין שיכול לומר לקוח הוא בידי דודאי היה נאמן לומר אתה לקחת ממני כך וכך שלא כדין ומפני שהאמנתיך הוצרכתי לפורעך ועדיין הוא גזל בידך עכשיו הריני מוצי' את שלי הדין עמו שאפילו אם כבר נשבע זה שבועה על חשבונו יכול לומר נשבעת על שקר דהא לא קי"ל כרב דאמר בהגוזל קמא דשבועה קונה ממון דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם ואף זה שהוא תפוס מעתה למה לא יהא נאמן במגו.

ומעתה הואיל ונפטר הר' משה מן הדין בטענת מגו כדכתבי' גם מן השבועה נפטר לגמרי שאין השבועה אלא לקיים מה שנתחייב לו באותו קני' ואם היה כתוב בשטר מפורש שיהא הלה נאמן אפילו בדבר שיכול לטעון עליו ושלא יהא הר' משה נאמן במגו כלל ודאי שלא היה יכול להכחישו להה"ר אליהו בשום ענין אלא שאנו אומרים שאין בכלל חיובו שיהי' נאמן אלא בדבר שאין לו מגו כמו שאין בכלל הנאמנות אפילו במקום עדים שאם היה מביא הר' משה עדים לדבריו היה נאמן גם כן מגו בעדים הוא דאנן סהדי דקושטא קאמר דמה לו לשקר וכיון דלהא מילתא שעבוד אין בה שבועה נמי אין בה ואע"פ שהריב"ש סי' שמ"א הביא בשם הרא"ש במי שמקנה לחבירו דשב"ל ונשבע שחייב לקיים שבועתו וכן תמצא להרא"ש כלל ס"ח סימן ח' בשטר שכתוב בו לכל מוציא ש"ח זה כתב בסוף התשובה אפילו אם מן הדין לא היה גובה כל זמן שנשבע כופין אותו לקיים שבועתו ומכין אותו עד שתצא נפשו דלא דמי למי שמתנה לתת לחבירו דבר שלא בא לעולם או מידי דהוי אסמכתא ונשבע עליה דהתם דעת שניהם לקיים הדבר עכ"פ וע"מ כן נשבע אלא שאנו מבטלין אותו מן הדין שאין דין קנין בכך ואם מידי קנין נפטר מידי שבועה לא נפט' אבל הכא דאמרי' להך מילתא לא הימני' נאמנות אין כאן שבועה אין כאן וזה ברור. ואף אם לא נאמינהו לזה במגו דנאנסו או נפסדו אלא מטעם המגו האחר שנתחדש לו אח"כ שהיה יכול לומר פרעתיך הכל על פי חשבונך ופשיטא דעל זה נשבע לפרוע לו נראה שכל שנתחדש לו עכשיו פטור מה שלא היה בשעת השבועה שתחיל' לא היה יכול לטעון כך גם אם בשעת החשבון היה מכריחו לתת לו תיכף או שהיה כותב לו בספר וחתום והעד עדים וזוקפן עליו במלוה שלא היה יכול לטעון פרעתי ועכשיו שנתחייב לו דבר שפטור בו מן הדין גם מן השבועה נפטר ולא דמי להיא דהרא"ש והריב"ש שזה הפטור של אסמכתא ודשב"ל מעיקרא היה ואע"פ כן נשבע וכן נראה ממה שכתב מהרי"ק ז"ל שורש פ"א על מי שנתחייב לתת לבתו כך וכך אחר הנישואין ונשבע על כך ושוב אירע קטטה ביניהם והוציאו על הנערה שם רע לומר שזנתה והשיב הרב ז"ל שאין אבי הנערה חייב לפרוע שמא יבואו אחר כך להפסידה על

השם הרע ההוא ויפסיד גם מה שיתן לו עכשיו ויוציאנה חלקה ויאכל הלה וחדי והביא ראיה לדבריו מההיא דפרק קמא דקמא דראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וכו' וכתב הרב ז"ל דכיון דמן הדין אינו חייב ליתן גם מן השבועה נפטר דאין השבוע' אלא לזרז את הפרעון ואם פרעון אין כאן שבועה אין כאן וגם הביא שם תשובת הרשב"א על מי שנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פלוני והגיעה השמיטה בתוך הזמן והשיב שהוא פטור מן השבועה שזה לא נשבע לפרוע אלא כל זמן שהוא חייב לו וכו' לא שייכא הכא אותה ברייתא שהיא שנוייה בתוספת' דשביעית הביאה הרא"ש בפרק השולח כשם שהשביעית משמטת מלוה כך משמטת שבוע' שנאמר וזה דבר השמט' דבר שהשביעית משמטתו משמטת שבועתו דבר שאין שביעית משמטתו אין משמטת שבועתו דהתם לא מיירי במי שנשבע לפרוע דלהא לא צריך קרא אלא מסברא הוא כדברי הרשב"א בין לענין שביעית בין לשאר מילי אלא נראה לי דהיינו מתניתין דתנן בסוף כל הנשבעין והשביעית משמעת את השבועה פי' שאם הלוהו וכפר לו ונתחייב לו שבוע' לא תימא כיון דכפר בו פקעי מיניה תורת מלוה וקיימא עליה בגזל דאין שביעי' משמטתו ולהכי מייתי מקרא כדאמרינן בגמרא מה"מ וזה דבר השמט' אפי' דבור משמטת והכי מוכח מסוגיא דשמעתא התם אלא שיש תימה על הרא"ש דשביק מתניתין ונקט ברייתא.

ועוד נראה דמטעם אחר אין כאן חיוב שבועה דע"כ לא אמרינן אע"ג דמדינא פטור חייב לקיים שבועתו אלא היכא דאי יהיב ליה זכה הלה ולא הוי גזל בידו כגון באסמכתא ודבר שלא בא לעולם דמדין מתנה זוכה בה אח"כ כדאמרינן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה אבל הכא שאם הלה מכחישו ונוטל ממונו לעולם הוא גזל בידו ואלו אחר שנטלו ממנו יכול לחזור ולהפר' ממנו מדעתו ושלא מדעתו עכשיו שהוא תפוס והוא נאמן לעכב מה שתחת ידו אין כאן שבועה דהו"ל כאילו פרעו וחזר אחר כך ותפסו דהו"ל כאילו מוציאין מזה ונותנין לזה מדרב נתן גם הכא נחשוב כאילו פרעו לפנינו וב"ד חוזרין ומוציאין אותה ממנו מץ הדין ואל תשיבני מזה דאמרינן בסוף פרק כל הגט גבי המלוה מעות את הכהן ואת הלוי להיות מפריש עליהן בחלקן דפרכינן והא לא אתי לידיה ומוקי לה תלמודא במזכה להם ע"י אחר אי נמי במכירי כהונה ולוייה שנו כאן. דשאני התם דרחמנא אמר תתן לו ולא יצא ידי נתינה עד דאתא לידיה אבל ידי שבועה נפטר בכל ענין תדע שאילו המחהו אצל חבירו במעמד שלשתן או שמחל לו יצא ידי שבועה דהא היא כאילו התקבל ולענין מתנות אינו נפטר בכך עד דאתו לידיה ועדיפא היא ממה שכתב הרשב"א ז"ל לענין שמיטה אע"ג דשביעית בזמן הזה מטעם הפקר ב"ד הוא הוי כאילו באו לידו אע"פ שאם היה נותנם לו אחר שביעית לא היה גזל בידו דהא

מדעתיה יהיב ואף איסור נגישה אין שם דאמר ליה משמט אני והימין פשוטה לקבל ומשום דרבנן אפקיעו ממונא הוי כאילו יהיב ליה כל שכן זה שמן הדין הוא מחזיק בשלו ונאמן במגו הא למה זה דומה למי שנשבע לחבירו לתת לו מנה שנתחייב לו לזמן פלוני ושמא ידע שזה הכחיש לו פקדון שהיה לו בידו ובערבו דודאי זה נפטר משבועה ואינו חייב ליתן והא נמי כיוצא בו הוא כיון שיודע שגוזלו אין לך הפקעה גדולה מזו ומכיון שהופקע החוב הופקעה גם השבועה והריני כמפני הכבוד משיב ולפי תומו מסיח לא ידע למי מדנים למי שיח למראה עיניו ישפוט ולמשמע אזניו יוכיח.

סימן סא

שאלה לענין אם מועיל נאמנות היכא דאיכא מגו הנה ראיתי תשובת הרשב"א ז"ל שהביא מהר"י קארו ז"ל סי' ע"א מה ששאלת אם ראובן נאמן לומר החזרתי וכו' ולכאורה נראה משם דמשום שהאמינו עליו כשני עדים הוא שאין מועיל מגו לנפקד הא לאו הכי נאמן במגו ואין הנאמנות מועיל וכן נראה גם מדברי בעל התרומות שהביא הטור טען המלוה כשהלויתיך התניתי על פה וכו' הרי בהדיא מגו מועיל אפילו בהאמינו אבל כד מעיינינן שפיר נראה שאין הדבר כן שהרי בעל התרומות עצמו הביא הטור בשמו באותו סימן לקמיה אבל מחילה ודאי מילתא אחריתי היא ואי אתו סהדי דמחליה מלוה ללוה נאמנים אע"פ שיש נאמנות ונראה ודאי דלא נקט סהדי אלא משום דאמלוה בשטר קאי שכתוב בו נאמן עלי כשני עדים דחייב לשלם אפילו באו עדים שפרע וקאמר שאם מעידים על המחילה מילתא אחריתי היא ופטור מלשלם אבל אם היה טוען הלוה כך בלא עדים לא המלוה נפרע אלא בשבוע' דהא לא פטריה אלא מטענת פרעון אבל מחילה מילתא אחריתי היא ומכל מקום השטר הוא בחזקתו מה שאין כן בעדים שמבטלים השטר מכל וכל בטענת מחילה ומינה נשמע למלוה על פה בנאמנות גמורה דנאמן הלוה לומר מחלת מטענה דמחילה מילתא אחריתי היא ואם אמרת דמגו מהני במקום נאמנות היכי אמרינן בגמרא שנאמן המלו' לומר שלא נפרע ואמאי לא נאמין ללוה במגו דאי בעי טען מחלת דהיא מילתא אחריתי אלא ודאי נראה דהנאמנות מבטל המגו דכיון שמספי' להוציא ממון כח עדים יש בו לבטל המגו כי היכי דמספיק לבטל עדות עד אחד וסברת רוב הפוסקים אע"ג דהוא קם לשבועה מה שאין כן במגו דמגו להוציא לא אמרינן אפילו לחייב שבועה דאורייתא והראיה על זה כדאמרינן בגמ' והביאוה כל הפוסקים אם אמר מהמנת עלי כבי תרי אפי' אתו אלף עדים שפרע לא מהמניה ואמאי לא אמרינן דלא אמר כתרי אלא משום דבלאו הכי היה נאמן להוציא ממון על פיו אבל לא היה בו כח כאילו היו עדים בדבר שהרי במגו בעלמא בטל נאמנותו והוא הדין בעדות עד

אחד דמאי שנא אבל עתה שהאמינו כשני עדים לא מהני ליה מגו פשיטא דאין עד אחד מבטל נאמנותו אבל שנים למה לא יבטלו הנאמנות אפילו האמינו כשנים הרי כאן שנים אחרים ולהוי כתרי ותרי דאמרי' אוקי ממונא בחזקת מאריה אלא ודאי נראה דאפילו בסתם נאמנו' הוי דינא הכי דאין עד אחד נאמן וגם לא מהני ליה מגו וכשאמר לו כתרי לטפויי אתא שלא יהיו עדים אחרים כשרים כנגדו ואע"פ שיש מי שאומ' שעד אחד מבטל הנאמנות היכא דלא כתב כתרי ע"כ צריך לומר שהם מצריכים לומר כתרי עדים כשרים דמשמע דפסיל לכ"ע לגבי המלוה וזו סברת יחיד ובטלה היא נגד כל עמודי ההוראה כמו שכתב בעל התרומות ז"ל איברא דלע"ד נראה שגם הסוברים שעד אחד נאמן לבטל הנאמנות סוברים כן דאל"כ תקשי להו מה שהקשתי אבל גם מדבריהם יש קצת ראיה שהם תלו טעמא בעד אחד פוטר משום שלא האמינו הלוה אלא עליו אבל לא על אחר דמשמע דעל עצמו מיהא נאמן כשני עדים כל שאינו מכחיש לאחרים ואם כן לעולם המגו חשוב כמגו במקום עדים לגבי דידיה שהרי אינו מכחיש שום אדם אלא ללוה עצמו והם הם דברי הרשב"א ז"ל בתשובה שהבאתי בתחילת הדברים דודאי לגבי הלוה עצמו הנאמנות חשוב כעדים ואפילו לא אמר ליה מהמנת כתרי לגבי נפשיה כתרי האמינו כל שאין עדים מכחישים אותו ומשום הכי איכא מאן דסלקא דעתיה למימר בגמרא דסתם נמי נאמן יותר מהעדים ולא דחינן לה אלא משום דנהי דאהמני על נפשיה וכו' ומינה נשמע דלגבי דידיה ודאי האמינו כשני עדים כיון שמתחייב על פיו ממון ומה שכתב בעל התרומות ז"ל דכשאין עדות על הנאמנות נאמן לומר פרעתי במגו ודאי מגו חשוב כזה הוי כמו איבעי שתיק דמה לו להודות מה שאין לו צורך במגו כי האי מהני אפילו להוציא כדאמרינן בפרק האשה שנתארמלה מוד' ר"ג דהא קי"ל קרקע בחזקת מרא קמא ואין זה זוכה בקרקע אלא מכח מגו וכל המפרשים ז"ל חולקים על רש"י ז"ל דמוקי לה כשאין הבן תובעו ומפרשים אפילו תובעו ומכל מקום אלים מגו בזה להוציא כיון שעיקר החיוב הוא על פיו ודמי לאי בעי הוה שתיק דמהני אפי' היכא דלא מהני מגו אחר כדאיתא באותו פרק לקמן בתוספ' על מתניתין דהעדים שאמרו וכו' דאע"ג דגבי עדים לא אמרי' מגו מכמה טעמים אי בעי שתקי הוי מגו חשו' ואמרי' ומש"ה מהני גבי נאמנו' אבל מגו דאי בעי טעין טענה אחריתי במקו' נאמנות לא אמרינן דכל נאמנות אפילו לא פי' כשני עדים הכי משתמע לגבי הלוה עצמו ולגבי העדים נמי הוי כתרי ותרי ואוקי ממונא אחזקתיה ולא מהני כשני עדים אלא לפסול כ"ע לגביה דידיה כמו שהוכחנו הצעיר משה משולם הלוי.

סימן סב

מה שהשבתי להחכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר משה הלוי נר"ו במה שהשיב על הדבר.

כתב מר אי מגו מהני היכא דאית ליה להאיך נאמנות אמאי לא מהימן לומר פרעתיך מגו דאי בעי אמר מחלת לי דלהך מילתא לא הימניה ודקדק כן מדברי ספר התרומות שכתב דכי אמר ליה מהימנת עלי כבי תרי ואתו סהדי ואמרי דמחל ליה ללוה נאמנים דמחילה מילתא אחריתי ושמיעא ליה למר מינה תרתי חדא מגו חדא חדא דה"ה אם טוען הלוה כך בלא עדים אע"פ שמלוה בשטר הוא שלא היה המלוה נפרע אלא בשבועה ואידך דהוא הדין מלוה על פה אע"פ שהאמינו נאמנות גמורה דנאמן הלוה לומר מחלת מטעמא דמחילה מילתא אחריתי היא ולע"ד נראה דטענת מחילה לאו טענה היא כמו טענת פרעון שהשטר לפרעון הוא עומד אבל אין אדם עשוי למחול את שלו ואם נאמן בטענה זו במלוה על פה אינו נאמן אלא במגו דאי בעי אמר פרעתי וראיה דבפ"ק דבתרא אמרינן הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו אינו נאמן משום דחזקה לא פרע איניש גו זמניה ואם איתא יהא נאמן לומר מחלת וכי תימא הכי נמי אם כן יהא נאמן לומר פרעתי תוך זמנו במגו דמחילה דהתם בעי תלמודא בתבעו לאחר זמנו אי מהימן לומר פרעתי בתוך זמנו אי במקום חזקה אמרינן מה לי לשקר ולא אפשיטא ונקטי לה רבוותא לקולא לנתבע ומפטר ועוד דאמרינן הלכתא כריש לקיש אפי' מיתמי אע"ג דאמרינן הנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה חזקה לא פרע אניש גו זמניה ואמאי לא טענינן להו טענת מחילה אי אבוהון כה"ג היה נאמן בלא שום מגו אלא הך טענה גריעותא היא דאין אדם עשוי למחול ממונו והיכא דאיכא טענת פרעון נאמן לומר מחלתי במגו דפרעתי אבל היכא דלא מצי למטען פרעתי כגון בתוך זמנו או שהאמינו כל היכא דאמר לא פרענא גם לא מצי למטען מחלת ופשיטנא מהא חדא ואידך נמי דבעי מר למימר דא טעין מחלת במלוה בשטר אע"פ שכתוב בו נאמנות שלא יפרע אלא בשבועה הא נמי פלוגתא דרבוותא היא בשטר שאין כתוב בו נאמנות שכת' בעל העיטו' שאם טוען הלוה מחלת לי השטר הוי כמו טענת רבית ואמנ' שאינו נאמן להשביעו על כך כמו שכתב הטור סימן פ"ב וכן כתב הרשב"א בתשובה הביאה הרב מהר"י קארו ז"ל ואפילו לא האמינו כלל אינו יכול להשביעו על טענת מחילה שאינו יכול להשביעו אלא על דבר שהשטר עומד לכך כגון פרעון אבל לא על דבר וכו' שאין השטר עומד למחילה אלא שהרמב"ן ז"ל חלוק בדבר לומ' דמשבעינן ליה על טענה זו דמכל מקום לא דמי לרבית ואמנה דאתי למעקר שטרא בטענה זו לפיכ' אין שומעי' לו אבל מחיל' אינו

עוק' השט' ושומעין לו אפי' יש בו נאמנות ועדברי כולם נלמוד שאין טענה מועלת אלא לענין שבועת היסת דכל טענה שאם מודה בה הלה נפטר משבעינן ליה שבועת היסת אבל אינו יכול להפטר מן החוב בטענה זו בשום ענין ומעתה איפריקא לה תיובתא דמר דלעולם היכא דאיכא מגו לא מהני נאמנות והא דלא מהימן פרעתי במגו דמחילה טענת מחילה גופא לא מהניא אלא דאיכא מגו דפרעון.

ומאי דאייתי מר מדאמרינן אי אמר ליה מהימנת עלי כבי תרי אפילו אייתי סהדי דפרעא לא מהימן והקשה מר אמאי לא אמרינן דכי הימניה כבי תרי היינו דכי אייתי תרי סהדי דפריע' נוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ולא בא ליפות כחו שעשאו כשני עדים אלא לענין שלא יהא עד אחד מבטל אמונתו וגם שלא יהא נאמן הלה במגו ולעולם תרי ותרי נינהו ומתוך קושיא זאת העלה דודאי אפילו בסתם נאמנות הוי דינא הכי ואין עד אחד נאמן וגם לא יהא נאמן במגו ואני מסופק בדבריו אם רוצה לומר דאפי' בסתם נאמנות הוי דינא הכי כלו' שהאמינו כשני עדים וכי אתו תרי סהדי דפרעיה הו"ל תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ולכך כתב בסמוך על תשובת הרשב"א בסתם נאמנות כבי תרי הימניה ולכך כתב שזה האמינו כשני עדים כשרים ואם כך היא דעתו א"כ כי אייתי סהדי דפרעיה הו"ל תרי ותרי ואי תפס המלוה לא מפקינן מיניה ואפילו פרעיה באפי מאה תרי כמאה ומהני' ליה תפיסתו דלא דמי לתקפו כהן דפרק קמא דמציעא דאמרי' מוציאין מידו דהתם תפיסת ספק היא וכתב שם הרא"ש ז"ל כללא דמילתא לטענת ברי מהניא תפיסה ומי ישמע אליו לדבר הזה דבמקום סהדי לא הימניה כלל ואפילו תפס העדים מוציאין מתחת ידו וכך הוא לשון הטור שלא האמינו אלא עליו ולא על העדים משמע דבמקום עדים לא המניה כלל ואם באת לומר דאף במקום עדים האמינו כתרי והוו כתרי ותרי א"כ כשהיא מלוה בשטר הו"ל כתרי אמרי פרע ותרי אמרי לא פרע כיון דתרוייהו בשטרא מעליא קמסהדי אוקי תרי בהדי תרי והו"ל כמאן דליתיה ויגבה את שלו בשבועה כאילו לא כתב ליה נאמנות כלל והך מילתא ליתא דכל שהביא עדים שפרעו בטיל ליה שטרא דבמקום עדים לא המניה וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם ז"ל שדבריו הם במלוה בשטר ואם הביא עדים שפרעו אינו נוטל כלום כיון שלא כתב ליה כשני עדים והיכא דכתב ליה כשני עדים בקש לו תקנה ואמר מה תקנתי כשיפרע יקרעו השטר וכולי והרא"ש כתבה בהדיא בתשובותיו כלל ע"א ושטר שכתוב בו נאמנות גמורה אינו מועיל כנגד עדים כל זמן שלא פירש בשטר כשני עדים ואם מהני עדים לאורועי מלוה בשטר כל שכן מלוה על פה והדבר מעצמו הוא מוכרע שזה כתב לו נאמנות סתם ואם באת לומ' שהאמינו כשני עדים הוא הדין שהאמינו כאלף דתרי כמאה

דאפילו אם פרעו בפני מאה עדים אם תפס לא מפקינן מיניה והואיל והאמינו לכך אף אנו נאמר שהאמינו להוציא דאין נאמנות לחצאין דאי הוא מהימן גביה מה לי להוצי' מה לי להעמי' ופשיט' דכי המניה מעיקרא לא מפליג בהכי כי היכי דלא מפליגינן בין תרי לתלתא אלא היכא דנחית לדעות אלא ע"כ אנו צריכין לומר דכי המניה טפי מדנפשיה היכא דליכא סהדי דמכחישי ליה אבל במקום סהדי לא המניה כלל דסברא גדולה היא דהיאך יאמינו הואיל ועדים מכחישין אותו ופוסלין אותו לעדו' ולשבועה ואפי' אי תפס מפקינן מיניה על פי העדי' ואפילו היכא דיכול לומר לית לך גבי מידי לא מהימן כשתפס במגו דמגו לאכחושי סהדי לא אמרינן א"כ נפל פותא בבירא דלפי דקדוקו תקשי לדידי' אע"ג דס"ל דנאמנות סתם מהני לגבי עד אחד ואפילו במקום מגו מכל מקום כי כתב ליה מהמנת עלי כבי תרי אימא כבי תרי דוקא הימנוה כאילו היו שנים מעידין שלא פרע וכי אתו בי תרי דפרעיה הוו תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה והא דכתב ליה הכי ליפות כחו דאי תפס לא מפקינן מיניה דאחשביה כתרי דאי הוה כתב ליה נאמנות סתם אפילו תפס מפקינן מיני' דבמקום סהדי לא הימניה כלל השתא דכתב לית מהמנת עלי כבי תרי היינו כאילו הוו בי תרי דאמרי לא פרעת והמוציא עליו להביא ראיה. ועוד לדבריו כי אמר ליה מהמנת עלי כבי תלתא אמאי אמרינן אייתו ארבעה מהימן משמע דאי אייתי תלתא לא מהימן ואוקי תלתא בהדי תלתא ואוקי ממונא בחזקת מריה דהא דכתב ליה כבי תלתא לא כתב אלא לאודועי דנחית לדעות וכן אי כתב ליה כבי ארבעה לא אמרי' דלא המניה אלא לגבי תלתא דאזיל בתר רוב דעות אבל אי אייתי ארבע סהדי דפרע' אוקי ארבע בהדי ארבע ואוקי ממונא בחזקת מריה וכולה שמעתין במלוה על פה היא כדכתב הרמב"ן בתשובה שהביא בספר התרומות ועוד לדברי הראב"ד והרמב"ן ז"ל דסברי דעד אחד מהני לבטל הנאמנות תקשי להו כי אמר כבי תרי להכי אמר ליה הכי שלא יהא עד אחד מבטל אמונתו ודחיק מר נפשיה לומר שיהיו סבורים כמאן דאמר דבשני עדים גרידא לא מהני עד שיכתוב כשני עדים כשרים ובמטותא ממר לא ליתלו בהו ברבוותא בוקי סריקי שאותה סברא בטלה היא ואין לה רגלים אלא שהדבר ברור דכי אמר ליה מהמנת עלי כבי תרי לא בעי למימר כאילו היה לך שני עדים שמעידין שלא פרעתי חדא דאי אפשר לעדים להעיד שלא פרע דאטו בכפה תלו ליה דידעי דלא פרע ועוד דאי נחית להכי להאמינו אפילו במקום שעדים מכחישים אותו לענין דלהוו תרי ותרי ואי תפס לא מפקינן מיניה אף יאמינו לגבות חובו דאין נאמנות לחצאין כמו שכתבתי ובנאמנות סתם אמרינן נהי דנהמניה טפי מדנפשיה היכא דליכא סהדי אבל במקום סהדי דמכחישין אותו בטלה נאמנותו שזה לא האמינו אלא כסבור שהיה נאמן

והרי הוחזק כפרן לפנינו על פי העדים אבל אם כתב ליה מהמנת כבי תרי הרי האמינו אפילו במקום שעדים מכחישין אותו והכי קאמר מהימנת עלי כאותם בי תרי שאביא שפרעתיך בפניהם וכיון דהמניה עליהו אע"פ שמכחי' את העדים כמאן דפסיל להו לסהדי דמי וכן אי אמר כבי תלתא היינו כבי תלתא המעידין לי שפרעתיך וכיון דהימניה כנגדם כמאן דפסלינן לתלתא דמי.

ומעתה יש ראיה מתשובת הרשב"א שכתב דלא מהני ליה מגו לפי שזה האמינו כשני עדים כשרים ואילו באו שנים והעידו שלא פרעו כלום היה נאמן במגו הוה ליה מגו במקו' עדים דהיכא דלא כתב ליה אלא נאמנות סתם דלא הוי כאילו שנים מעידין אותו שלא פרע שאם היה הדבר כן הו"ל תרי ותרי ואי תפס לא מפקינן מיני' כ"ש אם הוא מלוה בשטר שגובה שטרו בשבועה כאילו לא היה שם נאמנות אלא נאמנות גרידא הוא היכי הוי מגו במקום עדים הגע עצמך שלאחר זמן תפס משל המלוה וטען שגזלו באותה תביעה שתבע ממנו שקר אפילו נשבע כבר המלוה עליה לא קנה ממון ונאמן זה ליפרע ממה שתחת ידו במגו דהא לא קי"ל כרב בהגוזל קמא דקונה הממון בשבועה דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם ולא אמרינן מגו במקום עדים הוא דהא המניה אף עתה יהא נאמן בטענתו דמה לו לשקר ומיהו כי כתב ליה דהמניה כשני עדים אע"ג דאילו אחר כך תפס משלו היה נאמן במגו מכל מקום עכשיו צריך לפרעו דה"ל כמאן דהתנה בפירוש שלא יועיל לו מגו לענין פרעון השטר כיון דלענין הפרעון האמינו יותר משני עדים ולהך מילתא הוה ליה מגו במקום עדים.

גם דברי הרב בעל התרומות מפורשין הם דאמרינן מגו במקום נאמנות אלא דמר הפליגן לדבר אחר ואמר שאותו מגו חשוב הוא ודמי כמו אי בעי שתיק דמה לו להודות ואמר דמגו כי האי מהני להוציא כדאמרינן בפרק האשה שנתארמל' מודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן ותחילה אני דן על עיקר דינו דנראה דכל שהלה תובעו לא מקרי בעי שתיק שהרי רש"י רצה לפרש במתניתין דר"פ האשה דטעמא דמודה רבי יהושע בהאי מגו משום דאי שתק זה לא היו עוררין עליו וכתבו התוספות דמשמע מתוך פירושו דמיירי דוק' שאין הלה תובעו ואינו נראה מדקתני סיפא ואם יש עדים וכו' דוקא אם יש עדים הא ליכא עדים נאמן אע"פ שהלה תובעו משמ' דכיון שהלה תובעו לא מקרי אי בעי שתיק והו"ל כשא' מגו ואין טעם לחלק בין מגו זה למגו דבעלמא וטעמא דמודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה הא פריך בגמרא מכדי האי מגו והאי מגו מ"ש האי מגו מהאי מגו ומשני הכא אין שור שחוט לפניך התם הרי שור שחוט לפניך דהתם גבי אשה קרי שור שחוט

לפניך משום דהרי היא בעולה לפנינו ואינה יכולה לומר בתולה אני ודמי להא דאמרינן כל הטומאות כשעת מציאתן וכההיא דאמרינן בפ' עשרה יוחסין הרי היא בוגרת לפנינו הרי שאם לא היה טעם זה דשור שחוט לפנינו אין טעם לחלק בין מגו זה דאי בעי לא הוה מודה ליה לשאר מגו דבעלמא: ועוד אפילו לשיטתי' דמר דבעי למימר דאי בעי לא הוה מודה בכתב ידו אע"פ שהלה תובעו מקרי אי בעי שתיק ומתוך כך רוצה לומר דאע"ג דכי אית ליה למלוה נאמנות הוי כמו עדים ומגו במקום עדים לא אמרינן מ"מ במגו חשוב כהא דהוי כמו אי בעי שתיק מהני אע"ג דהוי כמגו במקום עדים וכפא דחק נגרא בגויה נשרוף חרדלא דממקום שבא מהתם מוכח דאפילו מגו דאי בעי שתיק לא מהני היכא דהוי כמגו במקום עדים ששם הקשו התוספו' במשנתינו דקתני הרי אלו נאמנים והא מגו במקום עדים דאנן סהדי שלא היו אנוסין ולא פסולי עדות כדאמרינן לקמן ותירצו כיון דהצריכו חכמי' קיום הכא לא חשיב קיום כלל מה שאומר כתב ידינו הוא זה כיון דאינהו גופייהו אמרו קטנים היינו אבל לקמן חשבינן להו כשני עדים כיון דכבר מקויים הוא שכתב ידם יוצא ממקום אחר עכ"ל משמע מדבריהם דמשום דטענה דקטנים ופסולים מבטלת קיום השטר ולמעקר שטרא קאתי אין כאן קיום דתוך כדי דיבור מבטלי' דבריהם שהם מקיימים את השטר אבל אם היו אומרים טענה אחרת שאינה מבטלת השטר מעיקרן והויא מגו במקום עדים לא מהמני דכיון שאמרו כתב ידינו הוא זה נתקיי' השטר ולא מהמני' להו תו במגו היכא דהוי במקום עדים כגון אם היה כתוב בשטר שהאמינו כשני עדים כשרים לומר שלא נתפרע דאפילו אתו מאה עדים ואמרי בפנינו פרע לא מהמנינן ה"ה עדים גופייהו דאמרי כתב ידינו הוא זה אבל יודעים אנו שפרעו אינם נאמנין דכיון דאמרי כתב ידינו הוא זה הרי נתקיים השטר ולא נתבטל במה שאומרים שפרעו שהשטר לפירעון הוא עומד ומילתא אחריתי היא ומגו במקום עדים לא אמרינן ולדבריו דמגו דאי בעי שתקי חשיב אפי' במקום עדים היה להם לתוס' לתרץ מילתא פסיקתא דמגו כי האי דאי בעי שתקי חשיב אפי' כשהוא במקום עדים ולא היה להם לתלות הטעם דכיון דאמרי פסולין הין לא חשיב קיום וכתב מר וז"ל ומגו דאי בעי שתיק מהני אפילו היכא דלא מהני מגו אחר כדאיתא באותו פרק לקמן בתוספות דאע"ג דגבי עדים לא אמרינן מגו מכמה טעמי אי בעי שתקי הוי מגו חשוב. ולא ירדתי לסוף דעתו מאי אולמיה דהאי מגו דמהני במקום דלא מהני מגו אחרינא ואותם הטעמים שאמרו דגבי עדים לא אמרינן מגו לא ידענא מאי נינהו אם הם אות' שכתב' שם התוספות הרי הזכירם והדברים ברורים כי מה שכתב' התוספות שם דבתרי עדים לא אמרינן מגו היינו טעמא משו' דאין הא' יודע מה שבלב חבירו שיוכלו לכוין

דבריהם בטענה אחת וכן כתבו התוספות שם לקמן ולהכי כתב וברישא חשיב מגו אי בעי שתקי דאין זו טענה אחרת לומר אין הא' יודע לכוין מה שבלב חבירו דבשב ואל תעש' היו מבטלין השטר הרי שאין דברי התוס' ענין למאי דאתי מר עלה לומר דבמקום דלא מהני מגו אחרינא מהני האי מגו דאין זה דומה לאי בעי שתיק שכתב רש"י בריש פרקא דהתם אין הלה תובעו והכא בעל השטר עומד וצווח אלא דהכא איכא טעמא רבה דבשתיקה איפשר לכוין מה שא"כ בטענה אחרת ותדע לך ראיה דמגו כי האי דאי בעי מכחיש כתב ידו ולומר מזוייף הוא לא מהני היכא דהוי מגו במקום עדים דגרסינן בפרק מי שמת זו ששנויה במשנת בר קפרא הרי שהיה אוכל שדה ובא בחזקת שהיא שלו וקרא עליו ערער לומר שלי היא והוציא זה את אונו לומר שמכרת לי אם אמר איני מכיר בשטר זה מעולם יתקיים השטר בחותמיו אם אמר שטר אמנה או שטר פסים אם יש עדים הלך אחר עדים ואם לאו הלך אחר השטר ומוקי לה בגמרא דאפילו לרבנן דאמרו מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הכא אין צריך לקיימו דמה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן דאנן סהדי דלאו שטר אמנה הוא דעדים אשטר אמנה ופסים לא חתמי דלא ניתן ליכתב ואמרינן אי עדים אלימי לאורועי שטר כגון שאמרו שנים שטר אמנה הוא זה איהו כל כמיניה הא דבמקום דאנן סהדי לא מהמנינן ליה במגו דמזוי' ואי חשיב מר להא מילתא מגו במקום עדים לא מהמנינן ליה כי אמר פרעתי במגו דאין זה כתב ידי וממה שהאמינו הרב בעל ספר התרומות לומר פרעתי במגו משמע דלא חשיב ליה מגו במקום עדים וסברא הוא דלא אמרינן מגו במקום עדים אלא היכא דאנן סהדי דמשקר אבל הכא אינו מחמת סברא דאטו משום דאיהו המני' אי אפשר דלא משקר ואם היה כתב ידו יוצא ממקום אחר לא צייתינן ליה משום דהמניה ותנאי שבממון הוא וקיים אבל היכא דאית ליה מגו אמאי לא מהימן דמה לו לשקר דאורייתא הוא ומפקי' לה מקרא את בתי נתתי לאיש אסרה הזה התירה.

ויש להביא ראיה דאפילו במקו' נאמנות נאמן הלה במגו דגבי הא דאמרינן בפ' חזקת דהוה ס"ל לאביי דהמפקיד אצל חבירו בעדי' צריך להחזיר לו בעדי' הקשו התוס' ולהמניה במגו דאי בעי אמר נאנסו ורצו התוס' לתרץ דהכא לא חשיב מגו דטעמא דמ"ד צריך להחזיר היינו משום דכיון דלא המניה מעיקרא שלא מסר לו אלא בפני עדים הוי כאילו אמר ליה בהדיא לא תחזיר לי אלא בעדים הילכך לא מהימן במגו דאיהו אפסיד אנפשיה וכתבו התוספות ואין נראה דאפילו מאן דאית ליה צריך להחזיר לו בעדים כי איכא מגו נאמן דאי לאו הכי תקשי מאי פריך ליה רבא מההיא דראה עבדו ביד אומן דסבר דאין צריך להחזיר הא איכא תנא בשבועות דאית ליה המלוה את חבירו בעדים

צריך להחזיר לו בעדים ויסבור רבא כוותיה אלא פריך שפיר משום דההוא תנא דשבועות מודה בפקדון דאיכא מגו דנאנסו אע"ג דלא המניה מעיקרא כיון דלא הפקידו אלא בעדים כדאמרינן בפרק שבועת הדיינים היכא דאית ליה מגו נאמן וכתב שם הר"אש ז"ל השתא דקי"ל המפקיד אצל חברו בעדים אין צריך להחזיר בעדים אם אמר אל תחזיר לי אלא בעדים ואמר החזרתי לך שלא בעדים הרי זה נשבע ונאמן במגו דאי בעי טעין נאנסו והרי כאן דכי אמר ליה אל תחזיר לי אלא בעדים הא המניה למלוה כל היכא דאמר לא פרעתי כי ליכא עדים תדע דהוי נאמנות גמורה דבפרק שבועת הדיינים אהא דאמרינן ואם אמר לו אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרעו בעדים כתב שם הר"אש עצמו דאם אמר פרעתיך שלא בעדים אפילו שבוע' אינו צריך דהא הימניה בדיבוריה כל זמן שלא יביא עדים ועוד הקשה שם בשבועות ויהא נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים ותירץ דאין זה מגו טוב דאינו טוען ברצון דבר שניכר לכל העולם שקרו שיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עידיו אלמא אם הוא מגו טוב מהני אע"ג דהמניה. ועוד יש להביא ראיה ממה שכתבו התוספות בריש גיטין אהא דתנן אם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו דגבי ממון אנן טענ' מזוייף לנפרע שלא בפניו ומיתומי' ומלקוחו' דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה שיוכל כל אדם לכתוב שטר מלוה ולהחתים עדים מעצמו לזייף שלא בפניו ומיתומי' ומלקוחו' וכת' ומיהו מזה אין הוכח' דאפי' אי לא טענ' להו מזוייף טענ' להו פרעתי במגו דמזויי' והוכיחו מההי דשטר כיס היוצא על היתומי' דאע"ג דלא טענינן להו נאנס טענינן החזרתי במגו דנאנסו עד כאן דברי' ואכתי יש הוכח' טובא להוכיח מהך סברא דלא שבקת חיי לכל בריה דאם לא כן כל אדם יכתוב שטר מלוה ובתוכו נאמנות גמור ויבא להוציא מיתומים או מלקוחוה דאי מזוייף לא טענינן להו פרעתי נמי לא טענינן להו דהא הימניה אלא מוכח להדיא מדבריהם דאע"ג דמזוייף לא טענינן להו מכל מקום פרוע טענינן בכל ענין במגו דמזוייף דאבוהון כה"ג הוא מהימן במגו ולמדנו לנדון שלפנינו אע"ג דהמניה טפי מדנפשיה כי אית ליה טענת מגו נאמן ולא מפקינן מיניה דהא אי הוו ליה סהדי מהני להכחישו דבמקום סהדי לא המניה כלל כמו שהוכחתי לעיל הכי נמי מגו כעדי' דמי דמה לו לשקר: והנל"עד כתבתי הצעיר יוסף כמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סג

תשובה הרב מהר"י יוסף קולון ז"ל הרחי' בכל מה שראוי לישא וליתן בדבר אם יכולין לשנות ההקדש מדבר לדבר כמו שהאריך משורש ה' על מעות שהתנדבו המתנדבי' לענייי ירושלים אם היו יכולין לשנות' לצורך בנין בית הכנסת ואחר שהביא סברות

הפוסקים כתב וז"ל ועוד דאם ימצא איזה חולק בגבאין איפשר לומר דבגזברים הללו מודה שכחן ככח בני העיר דבשלמא גבאים הממונים על נדבת עירם ודאי דאיכא למימר דלאו אדעתייהו יהבי בני עירם אלא אדעתא דנפשייהו ומשום כך כתב ר"י בעל התוספות דבני העיר יכולין לשנות ולא הגזברים כדמוכח מההיא דמשבאת ליד גבאי אסור לשנותה אבל כשבני עיר אחרת שולחים מעות לצדקה לגבאי עיר אחרת או כשנוחי נפש מניחים לכפרת נפשם מנדבת לבם אי זה מעות לצדקה וממנים גבאים על אותם המעות ודאי מסתלקי מכל וכל מאותם המעו' ונותנים כח לאותן הגזברים שהרי הם אינם יכולין לפקח עליהם והרי הם כעיר אחרת או נפטרים לבית עולמם ומשום כך יש לומר דדעת המתנדבים שיעשו אלו הגבאים כרצונם ויש להם כח כמו בני העיר בצדקת עירם ואיפשר לומר דאפי' יותר מבני העיר עכ"ד ומבוא' מתוך דבריו בכל אותה תשובה שהממונ' שמינהו על המעו' וטרח עליהם לסגלן ולהשתכר בהם יש לו כח לשנות ממה שהוקדשו המעות לשם כך וליתנם למצוה אחרת ולפי שהרב ז"ל דקדק מדברי הר"אש ז"ל שכתב דיכולין בני העיר לשנותה ולכשיהיו העניים צריכין יגבו פעם אחרת משמע דבעי שלא יהא השינוי בענין שיפסידו העניים לגמרי ואמר הרב ז"ל שדברי הר"אש ז"ל הם כשגבו לצורך עניים מיוחדים ידועים ליתן להם מיד דומיא לצורך עניים מיוחדים או שבוים שנשבו והותירו וכיון שגבו לשם אנשים מיוחדים וקבלו בעדם מיד זכו העניים דזכין לאדם שלא בפניו הילכך אין מות' לשנו' מהם לדבר אחר אם לא בענין שאין העניים מפסידין בדבר שהרי אם ירצו מעות לענייהם יגבו פעם אחרת אבל היכא דהתנדבו המתנדבים מעות שיהא הקרן קיים תמיד ומהריוח יתנו לעניים הנמצאים שם מדי שנה בשנה ולא לצורך עניים מיוחדים כי מסתמא אין הכוונה שיזכו תיכף עניים הנמצאים שם במעות ויהא יד כולם שוה בהם כדין כל זכייה דודאי שירבו לעני זה וימעטו לעני זה ואם ימותו אלו או ירחיקו נדוד יתנום לעניים הבאים אחריהם וכיון שאין להם זכיה בגוף הנכסים יש כח ביד אלו הגזברים הממונים על המעות לשנותם אע"פ שהעניים נפסדים שיתנו כל המעות לצורך בנין בית הכנסת וכן הדין בנדון שלפנינו ודאי שאין שום זכיה במעות אלו לאותם תלמידי חכמים הלומדים באותם הישיבות מדין זכייה שלא היתה כוונת המקדיש לזכות לאלו מיד כי בודאי אין יד כולם שוה בהם שהדבר ידוע שההספקה יוסיפו לאחד וימעטו לאחר הכל לפי מה שהוא האדם ואם למחר ילכו אלו יבואו אחרים במקומם כי לא היתה כוונת הנותן לאלו שהיו באותה שעה כי לא היה יודעם ולא מכירם אבל כוונתו למי שילמוד באותם הישיבות ולא חלה הזכיה על אחד מהם קצרו של דבר הרואה כל מה שכתב מהרי"ק ז"ל באותה תשובה יראה בבירור

שהממונה שמינהו בעל המעות להשתכר בהם ולסגלן יכול לשנות מדבר לדבר אפילו במילתא דאיכא פסידא לגמרי לאותם העניים שהוקדשו המעות לשמן.
ובר מן דין עוד זאת יתירה נ"ד מהנדון של מהרי"ק ז"ל ויפה כח בשלשה דרכים חדא כי כל מה שנשא ונתן הרב ז"ל הוא על שינוי המעות מענין לענין כגון אותם המעות שהיו לעניים לשנותם לצורך בנין בית הכנסת אבל בנדון דידן אין כאן שינוי כלל כי כוונת הנותן היה להיות מעות הללו לצורך לומדי תורה והנה הוא הוסיף בדבר וקבע בית מדרש והשתדל להשתכר ולהעדיף בשכר המעות יתר מן הראוי וגם הוסי' משלו להחזיק ביד התורה ולומדיה וכדי שיוכל להשגיח עליהם ולזרזם על התורה ועל העבודה עשה כן ואם אותם ת"ח הלומדים שם ירצו ללמוד במקום שקבע ללמוד יבואו נמצא שאין כאן אלא שינוי מקום שנשתנה למעליותא שאין ספ' בדבר שעל הדרך הזה יהיה הלימו' מעולה ביתר שאת ביודעם שיש מי שישגיח עליהם שהוא בעל המעות שמספק להם די צורכם וקנאת סופרים תרבה חכמה ועוד כי כל מה שהוצרך הרב ז"ל להאריך הוא לפי מה שדקדק מדברי הרא"ש דמשמע מדבריו דדוקא מותר לשנות היכא דאין העניים מפסידין מכל וכל שהרי אם יהיו צריכים יגבו להם פעם אחרת והנה כאן בנדון שלפנינו אין כאן פסידא כי בלאו הכי יש להם לאות' ת"ח הספק' מאדם אחר שמספ' להם די הספקתם כמו שבא בשאל' ועוד שהוא אומר להם שאם ירצו יבואו ללמוד פה בבי' מדרשו ויטלו כמו שהם נוטלין שם בהא ודאי אין מי שיפקפק ויערער בדבר. ועוד כי כל מה שכתבו ונשאו ונתנו הפוסקים ז"ל אם יכולין לשנות הצדקה לדבר אחר זהו בצדק' שיצת' מתחת יד הנותן וניתנ' ביד הגזברים או ביד אנשים שממונים על כך כגון הנדון של מהרי"ק ז"ל שנתנו בו הרבה בני אדם לירושלים ושמו גזברים ממונ' על כך דיש לומר דתיכף שיצאו מרשותי של נותן ונתנם ביד הגזברים זכו בהם בעד העניים דזכין לאדם שלא בפניו דיד הגזברים כיד העניים דמי כדאמרי' בפ' ד' וה' גבי עובדא דההוא דתקע לי' לחבריה דאמר רב יוסף אנן ידי עניים אנן וכן אם מנו אנשים אחרים על אותם המעות הרי עשאום גזברים לענין זה וזוכים הם בעד העניים אבל בנדון שלפנינו שהמצו' מנה את חתנו על כל נכסיו ועשאו אפוטרופוס על יורשיו ובכלל מנהו גם על המעות הללו של הקדש להשגיח עליהם לא שייך לומר כאן דידו כיד העניי' שעדין לא יצאו אלו המעות מרשות הנותן ומרשות יורשיו דיד האפוטרופוס כיד היורשים דמי ובהא ודאי דמותר לשנותה כדאמרי' בערכין האומר סלע זה לצדקה עד שלא באת ליד גבאי מותר לשנותה אלמא דלא זכו בו עניים עד שלא באת ליד גבאי וכיון שכן למה לא יהא מותר לשנות לצדקה אחרת דהכל צדקה היא וכשם שהוא עצמו בהיותו בחיים

היה יכול לשנותה אף יורשיו אחריו או האפוטרופוס שהניח ומנהו על הנכסים יכול לשנותם לכל מצוה שירצו. ואם באנו לדון כאן מטעם דמצוה לקיים דברי המת שהיא מצוה וכופין עליה גם מזה אין כאן בית מיחוש שהרי כתבו הראשונים נוחי נפש דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא כשנתן המעו' קודם הצוואה ביד שליש לשם כך אבל אם באו לידו אחר הצוואה או שהיו בידו מתחילה ולא לשם כך לא אמרי' בהכי מצוה לקיים דברי המת והוכיחו כן מכח כמה סוגיו' מכריחו' וכדבריה' תפסו האחרוני' כהרא"ש והרשב"א ז"ל בכמה מקומו' הלכ' למעשה וכן פסק הטור ואף לחילוקו של הרא"ה ז"ל שאמ' דלא אמרי' מצות לקיים דברי המת אלא במי שמצוה ליורשיו או למי שיש בידו ספק לעשות וקבל עליו או שתק אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם אין בו משו' מלד"ה וזהו באומ' ליורשי' או לאפוטרופו' שיש בידו ספק לעשות אני מצוה עליכם שתעשו כן אבל מי שמסדר דבריו בלשון הקדש או מתנת ש"מ אם מן הדין אינה מתקיימת אין היורשים חייבים לקיימה מטעם מצוה שהרי הוא לא נתכוון לזכותם אלא מדין זכיה וזכורני שכיוצא בדברים אלו כת' הרמב"ן בחידושיו דגיטין וכעת אין אתי ספרים לדרוש ולחקור ועוד שלא אמרו מצוה לקיים דברי המת בקיום דבריו דוקא אלא להשלים כוונתו ורצונו ושלא להעביר על דעתו תדע שהרי בההיא דסוף פ' מציאת האשה דהמשליש מעות לבתו דפליגי ר"מ ור' יוסי במל"דה אמרינן דבנשואה כ"ע לא פליגי והיינו משום דאמדינן דעתיה שלא הקפיד אלא על קודם שתנשא אבל לאחר שנשאת אנן סהדי דלא מקפיד שהרי היא אשתו אוכל פירותי' אלמא לא אזלי' בתר דבריו שאמ' שיקנו נדונייא לבתו אף כאן מאחר שחתנו אשר בידו הנכסי' הוא או' שכוונתו של חמיו לא הי' בענין זה ולא יהא דעתו נוח' בדב' כי אם בדב' זה שעש' ועליה דידיה רמיא מצוה להשלי' רצונו ולעשו' דב' שינוח דעתו של מת בדבר ועוד דאנן סהדי שהיה דעתו של מת נוחה בדבר זה שהרי חדש בה למעליותא ועוד לפי מה שכת' מהרי"ק ז"ל דהיכא דנוחי נפש מניחי' לכפר' נפשם מנדבת לבם וממנים גבאים על אותם המעו' ודאי שנותנים להם כח לעשו' כפי מה שיראה בעיניהם כ"ש כאן שהוא חתנו זקן ביתו המושל בכל אשר לו ומנהו אפוטרופוס על כל נכסיו ודאי אמדינן לדעתיה שכוונתו שיעש' בהם כאש' יראה בעיניו ומצוה להשלי' כוונתו ורצונו ושלא להשיב פני שאולי ריק' כתבתי ולפני רבותינו זקני העי' היושבים על כס' ההורא' יבא כי לה' יאתה ולהם המשפט הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"ל ה"ה.

סימן סד

שאלה נשאלה שאלה במושב זקנים באחד שהחזיר את גרושתו מהו שיברכו שהשמחה במעונו ונראה בעיני רבי' מהחכמי' שיברך דודאי נישואין מחדש הם ומצוה קעביד ומצוה שיהא שמח עמה ג' ימים כדין כל שאר אלמנות וגרושות ואני השבתי מתוך משנתי' דתנן פרק משוח מלחמה ואלו שאינם חוזרים וקחשי' המחזיר את גרושתו שאינו חוזר מעורכי המלחמה והתם כתיב ושמח את אשתו אשר לקח משמ' דמחזיר את גרושתו אינה בכלל ושמח ואמרתי שיש לדחות דהתם מאשה חדשה דייק דתניא אין לי אלא אשה חדשה אלמנה וגרושה מנין ת"ל אשה מ"מ א"כ מה ת"ל אשה חדשה מי שחדשה אצלו יצא מחזיר גרושתו שאינה חדשה אצלו אך קשה דאמרינן פ' קמא דסוטה גבי עמרם שגרש את יוכבד ואח"כ החזיר' פרי' ויקח ויחזור מבעי ליה אמ' רב יהודה בר זבינא שעש' לה מעש' ליקוחין הושיבה באפריון וכו' והכא נמי אמאי לא דייק מדכתי' כי יקח דלא משמ' חזרה ולא כתיב כי יהיה וי"ל דכי יקח איצטריך למימר לחלק דינן של נישואין מדינן של אירוסין שהמארס חוזר ומספק והנוש' אינו זז ממקומו ואינו מספק ולהכי איצטריך למדר' מחדשה אבל משמ' דמחזי' את גרושתו לא מקרי ליקוחין סתם כדקאמ' ויחזור מיבעי ליה ואיצטריך לשנויי שעשה בה מעש' ליקוחין הושיבה באפריון וכו' שאין דרך מחזיר גרושתו כן עוד השבתי להם מתוך משנ' שלמ' ששנינו פ' משקין אין נושאין נשים במועד לא בתולו' ולא אלמנות ולא מייבמין מפני ששמח' היא לו אבל מחזיר הוא את גרושתו אלמא מחזי' את גרושתו לאו שמח' היא כך השבתי מתוך חכמה הנכנסת עם בעליה במרחץ וחכמי' שבבית הועד מקצתן לא נתקבלו דברי בעיניהם ורצו לחלק בדב' והנה עתה ראיתי שהדברים מוכיחי' מתו' דברי התוס' שם במשקין שכתבו וסעוד' ברית מילה מות' לעשו' בחו' המוע' דליכא שמחה כדאמרי' בפ"ק דכתובו' דלא מברכינן שהשמח' במעונו משו' דאיכא צערא דינוקא משמע דכל דמברכינן שהשמחה במעונו אסור לעשות בחול המועד אלמא מחזיר גרושתו דמותר בחול המועד לא מברכינן שהשמחה במעונו ויקבלו החכמים נר"ו את תשובתן ועיין במ"א על זה הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"ל ה"ה:

סימן סה

בקושטנדינא לאנדרינופלה מה שכתבתי על פסק הרב כמה"ר חנניה יקר ז"ל.

שאלה נשאלתי במעשה באשה אחת שהיתה חולה ונתנה נכסיה לאביה מהיום ולאחר מיתה ואין שם קנין כתוב בצואה והרי היא בטלה דהו"ל מתנת בריא שאין בה קנין וכן כתבה הרמב"ן ז"ל בפרק מי שמת ונמקי יוסף כתב שהוא ברור ומוסכם בעיני המפרשים

אלא שהחכמים השלמי' נרו זכו את האב ואני בעניי נעשתי סניף להם לקיים את המתנה מחמת שהנכסים היו אז בבית אביה ובלא קנין זכתה לו רשותו וראיתי לחד מרבוותא מגדולי החכמים המובהקים נר"ו שכתבו לבטל את המתנה מטעם דכיון שהנכסים היו מקדמת דנא שם בבית אביה הרי המקום היה מושאל לה ולאו רשותו הוא שיקנה לו בלא קנין והוכיח מדברי רשב"ם שבפרק המוכר את הספינה דתניא התם ברשות לוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או עד שישכור את מקומו וכתב רשב"ם ברשות לוקח שהביא המוכר תבואתו למכור בבית לוקח וכו' ברשות הלה המופקדין אצלו שהפקיד שם פירותיו ומסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו למכור ולמדוד פירותיו בביתו כדרך כל הנפקדין עד שיקבל עליו נפקד במצות מפקיד ליחד לו רשות ללוקח לקנות הפירות ולמד מדבריו שכל הנפקדין מסתמא מקנין את רשותם למפקיד ולא אמרי ברשות לוקח קנה אלא לפי שהביא המוכר פירותיו שם דרך עראי למכור דאז לא אמרינן שהקנה לו את רשותו.

ואני הוא המזכה מזכה אני במקומי שנרא' בעיני שאין כאן ענין להשאלת מקום דכל שלא יחד מקום לפקדון כיצד יהיה המקום קנוי למפקיד שלא יקנה המופקד על ידו דתנן בפרק המפקיד לא יחדו לו הבעלים מקום וטלטלהו ונשברה בין מתוך ידו בין משהניח' לצורכו חייב לצורכה פטור ומתרגם לה רב ששת כולה כרבי ישמעאל וכשטלטלה להביא עליה גוזלת ושואל שלא מדע' גזלן הוי וכשהניחה למקום שאינה מקומה לא הויא השבה אבל רישא דלא יחדו לה הבעלים מקום כל אתר דוכתיה אלמא כשלא יחדו הבעלים מקום לא הוי אותו המקום מיוחד לו וכיון שיכול לשנותה בכל מקום שירצה וזה אינו יכול למחו' על ידו נמצא שרשותו של נפקד הוא ולא רשות של מפקיד ועוד אפי' יחדו לה הבעלים מקום לא נקנה המקום למפקיד דהא אמרינן במרובה כשם שהקרקע נקנה בכסף ושטר וחזקה כך שכירות קרקע נקנה בכסף וכו' וכן כתבו התוס' בפרק הספינה גבי ההיא דמייתי לתוך חיקה או לתוך קלתה ומוקי לה שהיה בעלה מוכר קלתות והקשו התוספות נהי שנותן לה רשות ומשאילה מ"מ בעי חזקה כדאמרי' בהשואל כשם שהקרקע וכולי ותירץ ריב"א שאף על פי שאין המקום קנוי מ"מ הכלי עצמו קונה לו בכ"מ שיש לו רשות להניח כמו גבי סמטא ובפרק קמא דמציעא גבי עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו הקשו התוס' וישאילנו המקום ע"י חליפין ותרצו דשאלה ושכירות אינה ניקנית בחליפין והרא"ש ז"ל כתב דאפילו תימא שנקנה בחליפין מאחר שצריך קנין סודר יותר היה נקל להם מהשכיר בפרוט'. ובפרק הזורק גבי ההוא גברא דכתב גיטא לדביתהו במעלי שבתא וכו' למחר תקף ליה עלמא

אמר רבא לקנייה ניהלה להההוא דוכתא דמנח ביה גיטא ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק דתנן נעל גדר ופרץ הרי זו חזקה ופריך ליה התם רב עיליש מה שקנתה אשה קנה בעלה והקשו התוס' והא אמרי' במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות והעמידה ר"י ז"ל דאיירי בשאלה דלא אלימא כמו מתנה ואף ע"ג דהויא שאלה הוצרך רבא לומר שתפתח ותחזיק אלמא כדי שיקנה הקרקע בשאלה היה צריך קנין או חזקה שמועיל' גבי מכר כגון נתן צרור והועיל נטל צרור והועי' ובכל דוכתי' אמרי' של נפקד קונה לו כדאמרי' בפרק השוכר את הפועל גבי ההיא דבא עליה ואח"כ נתן לה אתננה אסור ומוקי לה בדקאי בחצרה דלא מחסרא מסירה ולא אמרי' מסתמא בהשאילה לו המקום.

אך קשה לי הא דאמרינן בהשולח אהא דאמר רב יהודה אפי' השאילו מקום לתנור ולכירים כותבין עליו פרוזבול איני והתני הלל אין כותבין פרוזבול אלא על עציץ נקוב בלבד נקוב אין שאינו נקוב לא אמאי והא איכא מקומו לא צריכה דמנח אסיכי פרש"י והא איכא מקומו והא מקומו או שלו הוא או השאילוהו לו והשתא מאי קשיא ליה אטו כל דמושיל בשטר וחזק' מושיל זה הניח לו העציץ ברשותו והוא לא מחה לא בשביל כן נאמר שהמקום קנוי כהא דתנן היה מעמיד בהמה בחצר תנו' וכירים ורחי' בחצר לא בשביל כן תהא חזקה ואמאי דחיק לאוקומא דמנח אסיכי ונראה בעיני דמקולי פרוזבול שנו כאן ולא הצריכו שיזכה במקום באחד מן הקנינים תדע מדאמרינן לעיל מינה מזכה לו קרקע כל שהו אפילו קלח של כרוב ועלה אמר רב יהודה אפי' השאילו מקום לתנור ולכירים והא קלח של כרוב הוי רבותא טפי ואי השאילו אתא לאשמועינן הו"לל אפילו השאילו אלא משמע דהכי קאמר אפילו לא זכה לו לגמרי אלא השאילו מקום לתנור דהוי תשמיש עראי מדאין בו חזקה אפילו הכי מהני לענין פרוזבול הואיל והוא משתמש בקרקע וכי האי גוונא אמרינן לענין משכון אף על גב דבשעת הלואתו לא מקני ליה משכון למלוה מהני לענין פרוזבול כמו שהוכיחו התוספות שם ועוד הקלו לענין זכיית הקרקע שאמרו מזכה לו בתוך שדהו כל שהו כתב הרא"ש מזכה לו ע"י אחר והקלו בפרוזבול אף על גב דחוב הוא לו שעיקרו של פרוזבול אינו אלא הפקר בית דין ועיל' מצאו לכותבו על קרקע כל שהו תדע דאמרינן אין לו קרקע ולערב יש לו כותבין לו ולערב אין להם ולחייב יש לו כותבין מדר' נתן ואפי' אם מת הערב או החייב תובע מהלוה וקל הוא שהקלו בפרוזבול כנ"ל ולעולם ודאי אין המקום קנוי לאדם אלא כשהחזיק באחד מן הדרכים ואף על פי שהרמב"ם ז"ל בפרק ראשון מהלכות מכירה כתב היה צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה הרי החזקה שקונה אותה שטיחת הפירות כולי ולמדנו מדבריו דדוקא גבי צונמא דלא חזי לנעילה וגדיר' הוא שאמר כן אבל בשדה או בית לא

מהני בשמוש כלל וכן מוכיח מלשונו שם אף על פי שהרב המגיד לא כתב כן לדעתו ומ"מ כבר חלקו עליו הראב"ד והרמב"ן והרשב"א ז"ל אף גבי צונמא.
ועוד נראה לי שאפי' יחד לה מקום והשאילו לה לצורך אותם החפצים מסתברא שכל שנטלה אותם החפצים לא נשאר המקום קנוי לה לעולם שתביא חפצים אחרים שלא השאילה אלא כל זמן שהחפצים שם או שלשים יום אי אמרינן דסתם שאלה שלשים יום ואם פינן אף בתוך שלשים יום חזר המקו' לבעליו הילכך עכשיו שנתנם במתנה לנפקד נמצא שמטלטלין והמקום באו לו כאחת דהכי אמרינן בריש הזורק הזורק גט לאשתו והיא בתוך ביתה או בתוך חצרה הרי זו מגורשת ופרכינן חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה ומסיק כדאמר רבא גבי עבד למאן דאמר בשטר על ידי עצמו יד עבד כיד רבו דמיא אלא גיטא וידה באין כאחת הכי נמי גיטא וידה באין כאחת אף על גב דבעינן ונתן בידה אמרינן כיון דעם נתינה הוי ידה שפיר דמי ואין להקשות מהא דאמרינן בהזהב גבי הא דאמרינן כגון שהיתה עליתו של לוקח מושכרת ביד מוכר דקנה לוקח בלא משיכה ואמרינן התם טעמא מאי תקינו רבנן משיכה גזרה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה הכא ברשותא דלוקח הוא אי נפלה דליקה באונס איהו טרח ומייתי לה משמע דוקא מהאי טעמא דאיהו טרח הא לאו הכי לא קנתה לו רשותו לפי שמושכרת היא ביד המוכר וכן כתב רש"י ז"ל ולא שתקנה לו חצרו בנתינת המעות דכיון שקבל השכר נקנה המקום למוכר כל ימי השכירות וחצרו של מוכר הוא עד כאן ולא אמרינן הכא חצרו וחיטיו באין כאחת דהכא לא שהשכיר לו המקום לצורך החיטין אלא שהשכירה לזמן לתת בה כל מה שירצה ואע"פ שהיה מפנן עדיין החצ' היתה ברשותו לתת בה כל מה שיחפוץ אבל בה"ג דנ"ד ודאי דאמרי' החצר והמטלטלין באו לו כאחת.
ומעתה הריני בא לדברי רשב"ם ז"ל שהביא החכם השלם המובהק נר' והוכיח מדבריו דמסתמא כל נפקד מקנה הוא את רשותו למפקי' והו"ל כאילו הוא רשותו של מפקי' ובמחילה מכבוד חכמתן כי רבה היא אילו השגיח בדברי רשב"ם השגחה שלמה לא היה כותב כן ותימא על עצמו דלפי מה שהביא בדברי רשב"ם כי מה שכתב דמסתמא מקנה את רשותו אמר כן לענין שיחשב כרשותו של מפקיד ואם ירצה נפקד לקנותם לא יקנה בקבל' מוכר גרידא עד שימשוך א"כ היכי קתני דמשקבל עליו נפקד במצות מפקיד ליחד לו רשות ללוקח קנה לוקח בלא שום משיכה מי איכא מידי דלנפשיה לא זכי לאחריני זכי אלא פשיטא שאם לאחרים הוא זוכה בקבלה בלבד כל שכן אם יתרצה מפקיד למוכרם לנפקד שמשקבל עליו מוכר זכתה לו רשותו בלא שום קנין. ומה שהוצרך רשב"ם ז"ל לפרש כן שהפקיד שם מוכר פירותיו ומסתמא הקנה לו וכו' דבריו

מפורשי' לפי שהוא ז"ל כתב לעיל דפי' ד' מדות במוכרים לאו ד' רשויות קחשיב דהא רשות מוכר ורשות נפקד חדא היא דהכא והכא שייך למימר קבלה ושכירות מקום ופי' דבריו הוא משום דעד השתא ס"ד דתלמודא דברייתא מיירי בכליו של לוקח ובהכי מוקי לה כולהו בבי דמתניתא וכליו של לוקח קונין לו בכ"מ שיש לו רשות להניחם שם דומיא דסמטא וחצר של שניהם ובחצר שאינה של שניהם פי' רשב"ם ז"ל לפי מאי דקס"ד השתא כגון שלא נתן לו בעל חצר רשות למדוד שם דומיא דרשות הרבים הא אם נתן לו רשות כליו של אדם קונין הילכך בין ברשות נפקד בין ברשות מוכר כיון דלפי מאי דסבר תלמודא השתא דבכליו של לוקח משקבל עליו מוכר להשאיל לו את רשות באמירה בעלמא זכו לו כליו דלענין זה ודאי מהני קבלה שנותן לו רשות להניח שם פירותיו והו"ל כסמטא הואיל ויש לו רשות ללוקח להניח שם פירותיו א"כ אמאי נקט תנא קבלה ושכירות בנפקד ולא נקט הכי ברשות מוכר לכך פי' התנא אורחא דמילתא קתני דסתם נפקד מסתמא הקנה למפקיד את רשותו למכור ולמדוד פירותיו שם כלומר מתרצה הוא בכך ועל דעת כן נתן לו רשות להניח שם פירותיו הילכך מסתמא אם יתרצה לייחד לו מקום ללוק' להניח שם הפירות כמו שכתב למטה כי היכי שהיה נפקד של הראשון הכי נמי ישמור פקדונו של שני ונמצא שכליו של לוקח ומדתו קנו לו במקום שיש לו רשות להניחם שם שהרי מתרצה הוא הנפקד בכך אבל גבי מוכר לא קתני קבלה דסתם מוכר רוצה הוא לפנות את ביתו ואינו חפץ שיהיו עוד הפירות בביתו משמכרם הילכך לא קנו לו ללוקח כליו גם מה שכתב למעלה ברשות לוקח שהביא המוכר תבואתו למכור בבית לוקח הוצרך לפרש כן לפי שרוצה להעמיד דברייתא בכולהו בבי מיירי במדה של אחד מהם בין שיה' מדה של לוקח בין של מוכר והיכי שייך ברשות לוקח מדה של מוכר דמסתמא מופקדין היוא צלו בבית ומונחים בירכתי ביתו על גבי הקרקע לכך כתב שהביא המוכר תבואתו שם למכור ומסתמא ברשות הלוקח הביא למכור שם ואע"פ כן משקבל עליו קנה לוקח אע"פ שהם בכליו של מוכר הכלי בטל אצל הרשות.

ובר מן כל דין אפילו תימא שכל הבית כולו היתה מושכרת לבת זכה אביה במתנה הא מילתא בפלוגתא דרבוותא תליא כההיא דסוף פרק השואל דתנן התם הזבל של בעל הבית דמסקינן דמיירי בחצר המשכיר ותורי דאתו מעלמא קמו ביה וכדרבי יוסי בר חנינא דאמר חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ופירש רש"י בחצר המשכיר שלא השכי' את החצר משמע מדבריו שאילו היתה מושכרת בידו אין בעל הבית זוכה בזבל דאתו מעלמא והרמב"ם ז"ל בפרק ששי מהלכות שכירות מעמידה כשהיתה שכורה ביד המשכיר שכן כתב אבל אם הבהמה של אחרים הזבל של בעל החצר שחצרו של אדם

קונה לו שלא מדעתו אף על פי שהיא שכורה ביד אחרים עד כאן ובמקום אחר כתבתי מה שיש לדון בדבריו ז"ל מכל מקום הרי מבואר לדעתו ז"ל שאין מה שהיה שכורה ביד אחרים מעכב ביד בעליה שלא תזכה לו וכאילו לא היתה שכורה כלל ואף על פי שגם הראב"ד ז"ל חלק עליו בהשגות וכתב דאוקמתת הגמרא בחצר המשכיר דלא אגירא ליה לשוכר דאי אגירא ליה כדידיה דמי וקניא לי' מידי דהוה אשוכר את מקומן מכל מקום לא יצא הדבר מידי מחלוקת וכיון דספיקא הוא מוקמינן ממונא בחזקת מאן דתפיס כיון דבהתירא אתא לידיה והוה ליה כתפיסה מקמי שנולד הספק דלכולי עלמא מהניא תפיסה. זהו מה שנראה לעניות דעתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סו

בארם צובה.

שאלה ראובן רצה להרחיק נדוד אל ארץ רחוקה ובהיותו על אם הדרך הזכירהו החכם השלם כמה"ר שמואל לאנייאדו נר"ו להניח גט זמן לאשתו כמנהג והעמיד עדים וצוה לסופר לכתוב ולעדים לחתום גט לאשתו שיתנו לה ע"מ אם בא בתוך שתי שנים והנה ראובן הנזכר הלך לו ובדרך על נהר פרת אירע לו מקרה שיצאו ליסטים עליהם והם בתוך הספינה בנהר ויצת' אש בספינה מתוך הפול"בורה ולחכה את כל היושבים בספינה וכמעט שנשרפו כלם וזה העני לא נראה ולא נמצא מאותה שעה לא חי לא מת לא ידעו אם נשרף או נפל לנהר או שט ויצא ליבשה והנה הגט עדיין לא נכתב קרוב לשתי שנים שהוא זמן הגט ולפי שאין כאן חשש יבם זולתי היתר האשה להתירה לשוק ובכתיבת הגט עכשיו יוצאין מידי ספק שאם חי הר' היא מגורשת ואם מת הוא בלאו הכי מותרת. אכן נלע"ד שיש לגמגם בדבר קצת מהא דאמרינן בריש האשה בתרא באותה ששנינו האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעליך הרי זו לא תחלוץ ולא תתייבם עד שתדע שמא היא מעוברת צרתה ואמר רבי חנינא התם לעצמה עד שלש חדשים לחברתה לעולם ואמרו ותחלוץ ממה נפשך אביי בר אבין ורבי חנינא בר אבין דאמרו תרוייהו גזרה שמא יהיה וולד של קיימא ונמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה ואיכא דהוו בחליצה ולא הוו בהכרזה ואמרי קא שרו חלוצ' לכהן וקי"ל הלכתא כרבי חנינא הכא נמי י"ל שלא לתת לה גט לכתחיל' שמא יתברר שמת הבעל בודאי ונמצאת אלמנה ולא גרושה והרי אתה מצריכה כרוז לכהונה.

אלא נראה בעיני לומר דמאחר דגזרה רחוקה היא זו לחוש אם יהי' ולד של קיימא ותנשא לכהן ואיכא דהוו בחליצה ולא הוו באכרזתא אין לנו אלא במקום שאמרו והבו דלא לוסיף עלה דהתם החמירו בדבר לפי שאיפשר להתברר ולחקור על הדבר אף על פי

שהיא במדינת הים והחמירו עליה מטעם חשש זה שתתעגן עד שתתברר הדבר אבל כגון זה שאי אפשר להתברר לא אמרו לחוש לזה שתתעגן כל ימיה דהא אשכחן דהקלו כמה קולות משום עיגונא דאתתא. ואשכחן בפרק כל הגט אמתני' דהמביא גט ואבד ממנו ומצאו לאלתר כשר ומפרש בגמרא מאי לאלתר כל שלא שהא אדם שם וי"א כל שלא עבר אדם שם ופסק הרי"ף כמאן דאמר שלא עבר אדם שם דכיון דהוחזקו שני יוסף בן שמעון אע"ג דלא שכיחי שיירתא חיישינן ובפרק האשה שלום ביבמות גבי עובדא דיצחק ריש גלותא פסק שם הרי"ף ז"ל כרבא דלא חיישינן עד דאיכא תרתי שכיחי שיירתא והוחזקו וכתב הרא"ש ז"ל בפרק כל הגט שטעמם דהכא גבי גט ספק לחומרא דלא מהדרינן גט לבעל כיון דאפשר שיכתוב לה גט אחר אבל גבי יצחק ריש גלותא אי חיישינן לתרי יצחק צריכה להתעגן כל ימיה לכך פסק לקולא כמו שמצינו שהקלו הרבה קולות בעדות אשה. ועוד יש להביא ראיה דלא תקון רבנן משום חשש שמא יאמרו אלא היכא דאיפשר לתקוני אבל היכא דלא אפשר לא דבפרק האיש מקדש גבי קטנה שנתקדש' שלא לדעת אביה דס"ל לרב ושמואל צריכה גט וצריכה מיאון צריכה גט שמא נתרצה האב וצריכה מיאון שמא לא נתרצה האב ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה ומשמע דוקא בקטנה דאיפשר לה במיאון עבדי רבנן תקנתא משום שלא יאמרו אבל אי גדלה דתו לא שייך בה מיאון לא חיישינן שמא יאמרו תדע דא"כ כל קדושי ספק שאנו מצריכים לה גט מספק נצריכי מיאון ועד שתקנתם השוטות הקטנות באו ותקנו את הפקחות הגדולות דלא שייך בהו מיאון ויאמרו אין קידושין תופסין באחות' אלא היכא דלא אפשר לא אמרי' וכן נראה דעת התוס' שכתבו שם נרא' דהוא הדין בנערה דצריכה גט כשר אלא משום דאמרי' לא שייך בה מיאון דאין מיאון בנער' נקט קטנה עוד נראה לחלק ולומר דדוקא התם אמרי' נמצאת מצריכה כרוז לפי שהעולם אינם יודעים אם יש לצרתה ולד או אין לה וכשהן רואין שהיא חולצת אומר' קמו רבנן במילתא ונתברר להם שאין לצרתה ולד ואח"כ כשרואין שתנשא לכהן יאמרו חלוצה שריא לכהן אבל הכא אין לך הכרזה גדולה מזו שכל העולם שמעו שאבד זכרו ואיננו כי לקח אותו אלהים ושמועה זו קדמה לגט ואע"פ שרואי' עתה שמתגרשת אינם תולים לומר שנתברר שהוא חי שאם היה ידוע שהוא חי לא הייתה מתגרשת ועוזבת אלוף נעוריה אלא יודעים הם שאינה מתגרשת אלא מפני הספק ואם היום או למחר יתברר שמת ותנשא לכהן לא בשביל כן יאמרו גרושה שריא לכהן אלא יאמרו קמו רבנן במילתא שמת ואינה גרושה אלא אלמנה כמו הקול והשמועה ששמעו ודומה לאותה שאמרו בשלהי גיטין יצא שמה בעיר מקודשת הרי זו מקודשת וכולי ובלבד שלא יהא שם אמתלאה איש פלוני גרש אשתו על תנאי דהוי קול

ושוברו עמו ואמרינן התם ההוא דנפק קלא עליה דקדיש בצפיתא דתחלא אמר אביי כי האי מבטלינן קלא מימר אמרי עייני רבנן בקידושין ולא הוה בהו שוה פרוטה ואין כאן רינון וחשד דדמי לקול ושוברו עמו כדכתב הרא"ש משום דסתמיה לא חשיב וכן בההוא דנפק עלה קלא דאקדישא לחד מבני פלוני אמרינן עיינו רבנן בקידושין וקידושי קטן נינהו לפי שלא היו אומרי' לאיז' מהם אם הקטן אם הגדול ומתחלה היה להם להסתפק בדבר והוה ליה כמו קול ושוברו עמו והכא אדרבא עדיף טפי שכל העולם מחזיקין אותו בחזקת מת ויודעין שאין הגט אלא מפני הספק וכשיראו שנשאת לכהן יאמרו ודאי נתברר שמת הילכך נר' לעניות דעתי דאין לחוש לזה בנדון דידן כלל.

מיהו יש לפקפק בגט זה בדבר אחר לפי שהאיש הזה צוה לכתוב גט לאשתו וליתנו לה על תנאי אם לא בא יהא גט ואם בא לא יהא גט והזכיר תנאי זה קודם שיכתב הגט ואמרינן בהמגרש אמר להו רבא להנהו דכתבי גיטי שתקוה שתוקי לבעל עד דכתבו ליה לתורף הגט ולפי שיטת הרמב"ם ז"ל דמיירי בכל התנאים אפי' באותם שאם היה מתנה אותם אח"כ הי' הגט כשר הואיל והזכירם קודם התורף פסול וכן מוכח מדברי רש"י והתוספות. והרמב"ם ז"ל בפרק תשיעי עשאה ספק גירושין דמשמע לי' דספקא דאורייתא היא והרב המגיד ז"ל כתב שיצא לו מן הירושלמי שבפרק כל הגט ששם מוכיח שפיסול התנאים בגט הוא מחמת שאין אומרים יש ברירה דאע"פ שנתקיימו מ"מ בשעה שנכתב הגט לא היה ספר כריתות ואמר שכבר כתב הרב בפ' שלישי בדין בריר' ספק גירושין אלו דבריו ז"ל והך טעמא דבריר' לא ברירא לי כלל דבכל מידי דתנאי לא שייך ביה דין בריר' דאם איתא אם התנה בשעת נתינת הגט ע"מ שתקני לי ק"ק זוז או שאר תנאי' אמאי מהני הא בשעת גירושין נמי בעינן שיהא הדבר מבורר ולא אמרי' הוברר הדבר למפרע דבפרק כל הגט מייתי ההיא דמה היא באותן הימים ר' יהודה אומר הרי היא כאשת איש לכל דבריה דמוקמ' לה בפ' מי שאחזו באומר לה מעת שאני בעולם ואמרי' ולכי מיית הוי גיטא אלמא יש בריר' ומייתי נמי ההיא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא הרי דאף בשעת הגירושין או הקדושין בעינן בריר' ואם איתא אין אדם יכול לגרש על תנאי כלל ורש"י ז"ל כתב שם ואין זה כשאר תנאים שאדם מתנה בגט שבידו לקיימם ודעתו לקיימם כשמתנ' עליהם ולכשנתקיים התנאי הוי גט למפרע דהתם לאו משום טעמא דבריר' הוא ויש בזה שיטות לראשונים נוחי נפש אין דעתי להאריך בהם אך זה ברור דכל מידי דשייך ביה טעמא דבריר' אף מתנה בשעת נתינת הגט פסול למאן דלית ליה ברירה וכל התנאי' שאדם מתנה בשעת נתינת הגט מה טעם יהיו פוסלים כשהזכירם בשעת הכתיבה מטעם זה דאין ברירה וההוא דכתב לאיזו מהם שארצה אגרש דהוי ספק

גרושין מטעם דאין ברירה התם לאו תנאי הוא והוא פסול משום דבעינן לשמה והשתא לא ברירה לן לשם מי נכתב הגט ואי אין ברירה הרי לא נכתב לשמה והגע עצמך שאמר כתב לה ע"מ שארצה או ע"מ שתצא מן הפתח תחלה לחברתה מי אמרי' בהך מילתא ברירה הך תנאה הוא והרי היא מגורשת מעתה ע"מ שתצא מן הפתח תחיל' ועוד לדבריו ז"ל שהוא אומר כשמתני' עד שלא נכתב הגט נמצא שבשעת כתיבת הגט לא היה מבורר אם הוא כריתות שאיפשר שלא יתקיים התנאי ויבטל הגט ואפשר שיתקיים להכי אמרי' ספק גירושין משום דאין ברירה' א"כ נאמר דבר שפוסל הגט בודאי מעכשיו כגון חוץ מפלוני שהוא פיסול ודאי ולא ספק היה בדין שיהא גט בטל אע"פ שכשנתנו לה לא הזכיר דבר לפי שכשנכתב נכתב שלא לשם כריתו' ואין כאן מקום לומר ספק גירושין שהאיסור מבורר הוא וכמו שכתב הרב ז"ל כשהתנ' בשעת גירושין שהוא גט בטל אף כשהתנ' בשעת כתיב' ראוי להיות בטל והא אנן תנן כתבו בתוכו אע"פ שחזר ומחקו פסול ומדקתני פסול אלמא ספק גירושין מיהא הוי ואע"ג דאוקמה רבה להא בלאחר התורף לא אוקמה בהכי אלא משום דייוקא דכתבו הא על פה כשר אבל ה"ה דקודם התורף נמי פסול ולא גט בטל והיינו דקאמר אבל לפני התורף אפי' על פה נמי פסול ואחזר ומחקו דמתניתין קאי שבשעת נתינה חזר בו פסול הוא דהוי גט ולא בטיל והרב המגיד ז"ל כתב כן להלן לדעתו של הרב ז"ל וז"ל ואם לא כתב תנאי זה בגט פי' תנאי דחוץ או שהזכירו על פה בשעת כתיב' אם הזכירו לפני התורף הרי זה פסול אעפ"י שלא הזכירו בשעת נתינה כלל ע"כ ומוכרע הוא מתוך שמעתין ומה שכתב ז"ל שדעת רש"י ז"ל והתוס' הוא כדברי רבינו שלא להכשיר שום תנאי לפני התורף אפי' בע"פ ע"כ אם דברי בעל התוס' נראין קרובים כדברי הרב ז"ל בעיני הם רחוקים ומופלגים הרבה מאד אלא בדבר זה הושוו לבד דסברי דהתם מיירי בכל התנאים בין אותם שהם פוסלי' בשעת נתינה בין אותם שאינם פוסלים והא דאמר רבא שתקוה שתוקי לבעל אמרו בכל התנאים מיירי אך הם חלוקין שהרב סבור שכל התנאים פוסלין בגט אם הוזכרו קודם התורף אע"פ שנתקיימו ואין נראה להם כן אלא אם נתקיימו אפי' אם נכתבו בגט כשר והכא בלא נתקיימו מיירי שאע"פ שחזר ומחקו או אם התנה על פה וחזר בו קודם נתינה פסול כמו שביארו הם שם ונתנו טוב טעם ודעת לדבריהם ואותו הירושלמי שכתב הרב המגיד ז"ל ראיה לדברי הרב ז"ל ועשה לו ממנה עזר הלואי שלא היתה כנגדו ולא ראיתי בכל אותו הלשון ענין שיוכיח דבר זה דבריר' שהזכיר הרב המגיד ז"ל זולתי ממה שהביאה ההלמוד למחלוקת זו דר' וחכמים עלה דמתניתין דכתוב לאיז' שארצה אגרש שהיא מטעם ברירה ואם מזה אינה ראיה שלא הביאו השם אלא להוכיח אותו החילוק שאמרו

בענין לשמה דאע"ג דבכתיבה בעינן שיהא מבורר לשמה בנתינה לא בעינן לפי שהוקש' להם מאותה ששנינו שנים ששלחו שני גיטין ושמותיהן שוין ונתערבו פי' לר' אלעזר פריך שעיקר הכריתות תלוי בגירושין נמצא שאין הנתינה מבוררת והכי איתא בתלמודא דידן בפ' המגרש מאן תנא א"ר ירמיה דלא כרבי אלעזר דאי רבי אלעזר כיון דאמר עדי מסירה כרתי והא לא ידעי בהי מינייהו מגרשה אמר אביי אפילו תימא רבי אלעזר אימור דבעי רבי אלעזר כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעי וזו היא שהשיבו שם בירושלמי תמן זה כרות לשמה וזה כרות לשמה תערובת היא שגרמה פי' דנתינה לא בעינן שיהא לשמה ברם הכא לא זה כרות לשמ' ולא זה כרות לשמה ועל זה החילו' הביאו הך פלוגת' דר' ורבנן לו' דבמילתא דאכתיב' קפדנן אנתינ' לא קפדינן והיינו דקא' ותני כן כל התנאי' פוסלין בגט דברי רבי וכו' א"ר יודן מה פליגין בשביטל תנאו אבל לא ביטל תנאו אפי' רבי מודה וזו היא שאמרתי שהיא שלא כדברי הרב ז"ל ואתיא כדברי התוס' שלא פסל רבי אלא כשביטל תנאו כגון שאמר ע"מ שתתן לי ק"ק זוז מכאן ועד שלשים יום ולא נתנה שאף על פי שחזר ומחק את התנאי קודם נתינה לא מהני שכבר נכתב הגט ע"מ כך אבל לא ביטל תנאי אלא שנתקיים אף רבי מודה שהגט כשר אעפ"י שנכתב על תנאי הואיל ונתקיים ובתר הכי אמרינן כל התנאים שהתנינו בגיטין דלא כרבי כלומר כמה תנאי שמתנה הבעל קודם נתינה וחוזר בו ומתנה בענין אחר או שאחר נתינ' חוזר ומוחל על התנאי א"נ דלא כר' דלדידיה מכיון שהתנה שוב אין לו תקנה ומשני תמן בכותב ע"מ כן ברם הכא בנותן ע"מ כן ולזו הביאו הך מילתא לומר דכי היכי דלענין תנאי מפלגינן בין כתיבה לנתינה דכשכתב ע"מ כן לא מהני מה שנתקיים התנאי אח"כ אף בענין לשמה שכשלא היתה מבורר' בשעת כתיבה לא מהני מה שנבררה אח"כ מה שאין כן בנתינה דלא בעינן שתהא מבוררת באותה שעה כי היכי דלא קפדינן לענין תנאי. ומ"מ טעמו של הרב ז"ל שעשאו לפיסול זה ספק גירושין נראה לע"ד שיצא לו ממה שאמרו בשמעתין רבא אמר מחלוקת לאחר התורף דרבי סבר דגרינן אטו לפני התורף דאי ס"ד הא דאמרי' לפני התורף פסול היינו מדרבנן ומשום גזרה אטו חוץ כדאמר ר' זירא היכי ס"ד למגזר אחר התורף אטו לפני התורף איהי גופא גזרה ואנן נקום ונגזור גזרה לגזיר'. והתוספות הקשו להם כן ואמרו ואף על גב דלפני התורף לא הוי אלא גזרה אטו חוץ כולה חדא גזרה היא ונראה שלא כתבו התוספות כן אלא לפי שיטתם דבלא נתקיים התנאי מיירי כולה שמעתא וכשחזר ומחקו וגזרינן מחיקה דע"מ אטו מחיקה דחוץ ואז ודאי מסתבר לאסור בכל מידי שצריך מחיק' דמחלף במחיקה דחוץ שיאמרו ראינו שיש תיקון במחיקה ולא יתנו לבן לחלק בין ע"מ לחוץ ובין לפני התורף לאחר התורף דלעולם יאמרו מחיקה

מתרת ולדבריהם הכי קאמר גזרינן אטו לפני התורף כלומר אטו חוץ דלפני התורף אבל לשיטת הרב ז"ל שכל הזכרת תנאי בגט פוסל אף אם נתקיים אח"כ אם זה משום גזרה אמאי גזרינן אחר התורף ובנתקיים הוה ליה גזרה לגזרה ועוד דטפי הוא עדיף למימר דרבי סבר אחר התורף גזרינן ע"מ אטו חוץ דחוץ פוסל אף לאחר התורף כדתנן במתניתין כתבו בתוכו אף על פי שחזר ומחקו פסול ומוקי לה רבה אחר התורף ורבנן דלרבי אפילו בעל פה אלא מוכח דבלפני התורף אפילו בע"מ פיסולא דאורייתא הוא וספק גירושין ולהכי גזר רבי אחר התורף בע"מ אטו לפני התורף אבל לא שייך למגזר אטו חוץ דלאחר התורף אפילו חוץ אין פסולו מן התורה אלא מדרבנן הואיל וחזר ומחקו. ועוד מוכח דבע"מ לפני התורף פיסולא דאורייתא ולאו משום גזרה היא לפי שטתו של הרב ז"ל ושיטת רש"י ז"ל דאי סלקא דעתך מדרבנן הוא דגזרינן ע"מ אטו חוץ א"כ אף בשעת נתינה טפי הו"ל למגזר כי אמר לה ע"מ שלא תנשאי לפלוני דפשיט רבינא לעי' דהכל מודין דכשר ולשיטת הרב ז"ל כי אמר לה ע"מ שלא תנשאי לפלוני עד חמשים שנה נגזור אטו חוץ כדגזרינן בקודם התורף ותקשי לך הלכתא אהלכתא דהכא קי"ל כרבא ולעיל קי"ל כפשטא דרבינא בשלמא לדברי התוספות לא קשה דמחיקה אמחיק' הוא דגזרי' דמיחלף אבל על מנת אטו חוץ לא גזרינן אבל לדברי הרב דבע"כ אפילו נתקיים התנאי הוא פוסל לא מצי למימר דפסיל משום גזרה דחוץ אלא ע"כ קודם התורף פיסולא דאורייתא הוא ולעולם לא גזרי' ע"מ אטו תורף ולענין הלכה אע"פ שהרמב"ם ז"ל יחיד הוא בשיט' זולתי רש"י שהסכי' עמו רואה אני שהרא"ש ז"ל בתשובה לא היקל וחש לדברי הרב ואמר שאף על פי שפירוש התוספות נכון ומקובל מ"מ לא מצאו לבו להקל לפי שראה להרמב"ם ז"ל שהחמיר בדבר ולכן כתב בהלכותיו ההיא דשתקוה שתוקי לבעל וסתם ולא פירש דמיירי בשלא נתקיים התנאי כדברי התוספות ואם הרב ז"ל לא מלאו לבו להקל כ"ש אנן יתמי דיתמי מה כחינו מה גבורתינו להקל ראשינו לעשות מעשה בדבר ערוה החמורה שלא כדברי הרמב"ם ז"ל אך כאן בנדון שלפנינו אני נכוה בשתים חומר איסור ערוה מצד אחד וחומר עיגון האשה מצד אחר אשר ראינו כמה טרחו רבותינו לחוש לעיגונא דאתתא וראיתי בבית יוסף שהרב המובהק מוהר"ר אליה מזרחי ז"ל על גט אשר שולח מארץ רחוקה והיה כתוב במעשה בית דין שנכתב על תנאי כך וכך ולא רצה להקל אע"פ שהיה שם עיגון והרב המובהק מהר"י קארו ז"ל תמה עליו כי מאחר שרבו המתירין מה טעם יחוש לסברא זו וכגון זה ודאי צריך כינופיא מגדולי הדור אם יראה בעיניהם להתיר כי היכי דנמטיה לכל חד שיבא מכשורא. והרב מהר"י ן' לב צדד להקל באו' התנאי לשליח שלא בפני הסופר ומצאתי תשובה להרב הגדול

מוהר"ר יעקב בירב זלה"ה ששאלו חכם א' אם יש הפרש בין אומר לסופר התנאי וב אומרו לשליח לא תתנו לה אלא על תנאי כך והשיב שאין הפרש ביניהם דזיל בתר טעמא משום דאין ברירה ואין זה כריתות ואם כן אפילו אמרו לשליח כיון דבשעת כתיבת הגט נשאר זה הדיבוק ביניהם לא הוי כריתות תמצא תשובה זו בתוך תשובות הרב אבא מארי ז"ל סימן מ"ה.

ובדבר הזה ראיתי שערוריה שמעשים בכל יום כמה בני אדם שהם מפליגין ואינם נותנים אל לבן להניח גט עד שהם על פרק הנסיעה שאין שהות לכתוב ולחתום והוא אינו רוצה לגרש אלא לזמן ומתוך כך אינם נותנים גט ומתעגנין דאשכחן בתשובת חכמים להא מילתא טובה כדאמרינן בפרק כל הגט אהא דתנן הכותב טופסי גיטין צריך שיניח מקום האיש וכו' מפני התקנה מפרש בגמרא רב חסדא אמר אבימי משום תקנ' עגונות לרבי אליעזר בדין הוא דאפילו טופס נמי לא לכתוב אלא האי מאן דבעי למיזל למדינת הים ולא אשכ' ספרא ושביק לה ומעגן לה ונוהגין שמלמדין את הבעל שיאמר שיכתבו ויתנו לה הגט ולא תתגרש בו אלא עד שנה או עד שנתים דבהא ודאי לא הוי תנאי דבשעה שיש לו לגט לחול הרי היא מגורשת בלא שום תנאי ומהני אף לדעת הרב ז"ל ולא מיקרי שנשאר לו זכות בגופו של גט דהשתא לא הוי גט כלל ולכשיחול לא נשאר לו זכות בגופו של גט כלל ונראה לי להביא ראיה מהא דאמרינן בסוף פרק מי שאחזו אפלוגתא דרבי יוסי ורבנן דתנן אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חדש כתבו גט ותנו לאשתי וכתבו בתוך שנים עשר חדש וכו' אינו גט כתבו גט לאשתי אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש וכתבו בתוך י"ב חדש אינו גט ר' יוסי אומר כזה גט ופרכינן נימא קסבר רבי יוסי כתב גט על תנאי כשר פרש"י ז"ל ואפי' לא נתקיים התנאי דהא הכא הוא צוה לכתוב לאחר י"ב חדש והם קדמו וכתבוהו ומכשר ר' יוסי ומשני לעול' אימא לך פסול ושאני הכא מדהוה ליה למימר אם לא באתי כתבו ותנו ואמר כתבו ותנו אם לא באתי הכי קאמר כתבו מעכשיו ותנו אם לא באתי ורבנן ל"ש הכי ול"ש הכי פרש"י לעולם לא צוה לכותבו אלא לאחר י"ב חד' אלמא בין לרב יוסי בין לרבנן אם פירש ואמ' כתבו מעכשיו אם לא באתי שפיר דמי ולא אמרינן שבשעת כתיבה עדין נשאר לו זכות בגופו של גט וע"כ לא פליגי רבנן עליה דרבי יוסי אלא בסתם דסברי מסתמא לא צוה לכתוב אלא לאחר י"ב אלא שזו אינה תקנה לפי שרוב בני אדם הולכין להם מחמת עוני או מחמת חוב ושם ערבה ביתו ומשכנותיו מלחה ופושט לה את הרגל עד שילבין ראשה והם מקיימים בעצמם ויתנו את הילד בזונה והילדה מכרו ביין ולתיקון העגונות למען לא תהיינה אלמנות חיות אנו עושין שיכתב לה את הגט מעכשיו ולאחר זמן ואם אינו נותן לה מעכשיו מה הועילו

חכמים בתקנתם כי יראו כי ארכו להם שם הימים ישלחו שליח ויבטלו את הגט ונמצא' זאת העני' אסורה בכבלי עיגונה ותדע שיש לחוש הרבה ולתקן טובא את הענין שאמרו בריש פרק השולח אתקנה דרבן גמליאל שלא יהיו עושין כן שיבטלו הגט אלא בפני השליח אפליגו אמוראי רב נחמן אמר מפני תקנ' דממזרי' רב ששת אמ' מפני תקנת עגונו' פרש"י ז"ל שיבטל את הגט בפני ג' ומעגנה ויתבה והשתא דאצרוכניה לילך אחר השליח כדי לבטלו והוא לא יטרח בכל אלה ואף רב נחמן נמי ס"ל מפני תקנת עגונות כמו שכתבו התוס' שם דאל"כ למה לא התקין רבן גמליאל שיבטל לפני ג' דאז ליכא למיחש לממזרות וכל בי תלתא קלא אית לה למלתא אלא דחשו לעיגון האשה אלמא מצות חכמים היא לתקן שלא תתעגנה בנות ישראל ואם אין הגט מעכשיו איכא למיחש לעיגונא ועוד דנפיק מינה חורבא דזמנין שיבטל את הגט בתוך דבריו במקום שילך עם בני אדם והוא לא ישים לב לאותן המלות דלאו כ"ע בקיאי בדברי ביטול ובמלאת הימים תנשא לאחר ונמצאת אשת איש יוצאה לעלמא בגט בטל ורבא הוא אמר שתקוה שתוקי לבעל עד דכתיב לתורפא דגיטא לדברי רבוותא דמפרשים שלא יאמר דברים הפוסלים בגט כגון חוץ מפ' וכיוצא בו אע"פ שיש תיקון בכתיבת גט אחר כ"ש כאן וגם רבותינו התקינו בתקוני הגט שיבא הבעל אצל הסופר והעדים עד שיכתב ויחתם וינתן הגט כדי שלא יבא הבעל ויבטל הגט ועד האידנא מאן נטריה שלא ביטלו ועוד במקום יבם מה הועילו חכמים בתקנתם ורוב התובעות גט לא היו באות למדה זו אם לא מדאגה מדבר שלא תהיינה זקוקות ליבם.

ורחש לבי לתקנת דבר זה שני דברים ובלבד שיראה בעיני רבותינו האחד שהגט עצמו יצוה עליו לכתבו בלי שום תנאי לא בכתיבה ולא בנתינה אבל במינוי השליח יכול להתנות ולומר הרי צויתי לכתוב גט לאשתי שינתן לה בלי שום תנאי ואתה פלונ' אני ממנ' אותך שלי' על תנאי אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש שתהא שלוחי מעכשיו ואם באתי בתוך י"ב חדש אי אתה שלוחי וכשהשליח יתן הגט לאשה יתן לה גט כריתות בלי שום תנאי אלא שתהא מגורשת ממנו מיומא דנן ולעלם אבל כשיבא בתוך הזמן בטלה השליחות למפרע ואיגלאי מלתא שלא קבלה הגט מיד שלוחו של בעל אלא מאיניש דעלמ' ונמצאו הגירושין בטלין מאליהם ולא מחמת תנאי וצריך להודיע לאשה שאינה יכולה להנשא אלא א"כ לא בא לסוף הזמן שאם יבא אינו שלוחו של בעל והגט לעולם הוא כשר שיחזור וימנה שליח אחר או הוא עצמו יחזור למנותו בלא תנאי ואע"פ שכבר נתן ביד האשה יטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ולא תימא הא בהא תליא דתנאי דשליחות נוגע בגירושין וביטולו של שליחות הוא ביטולו של גט שהרי מצינו כמה תנאים שהם

בשליחות ולא בגט כאותה ששנינו בפרק כל הגט ואם אמר לו טול הימנה חפץ פלוני הרי זה לא ישלחנו ביד אחר שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר ומוקי לה בגמ' כגון דאמר לה שקול מינה חפץ והדר הב לה גיטא ואזל איהו ויהיב לה גיטא והדר שקל מינה חפץ נמצא שביטל השליחות כמ"ש שם רש"י והתוס' וכן אל תגרשנה אלא בבית וגרשה בעליה אל תגרשנה אלא בימין וגרשה בשמאל דלא שויא שליח להכי כדפרש"י ז"ל וכל אלו אם הזכירם קודם כתיבת הגט אינם פוסלים שאין אלו תנאים בעיקרו של גט אלא בשליחות שהרי יכול הוא לחזור ולגרש בו ויטלנו הימנה ויחזור ויתנו לה שאם נתבטל הגט עצמו הרי הוא כחרס ואינו חוזר ומגרש בו שאלו נתן אדם גט לאשתו על תנאי ונתבטל התנאי ונתבטל הגט אינו חוזר ומגרש בו וזה שהתנ' בשליחות נהי דשליחות' בטיל גיטא גופה מי קבטיל עוד נ"ל תיקון בענין אחר הרי למדנו שאם אמר כתבו גט לאשתי ולא תתגרש בו אלא לאחר י"ב חדש אין בו פקפוק כמו שהוכחנו מההיא דס"פ מי שאחזו אם אמ' כתבו גט לאשתי ולא תתגרש בו אלא לאחר י"ב חדש ואם לא באתי בתוך י"ב חדש הרי היא מגורשת מעכשיו ובין כך וב"כ היא מגורשת לאחר י"ב חדש בין יבא בין לא יבא נמצא שנכתב הגט לשם כריתות גמור שעל כ"פ יהא גט או יהיה גט לאחר י"ב חדש או יהיה מעכשיו ונראה שאין שום גמגום בזה שכשאמר ולא תתגרש אלא לאחר י"ב חדש אין זה תנאי פוסל וכשחזר ואמר ואם לא באתי אדרבה לרחקה קאתי לקרב זמן הגירושין שתהא מגורשת ממנו מעכשיו ומעתה כשיבא האיש הזה בתוך י"ב חדש יכול הוא לבטל את הגט אי נמי תכף אחר שידע שכבר נתן ליד האשה יכול לבטלו שאם יבא בתוך הזמן לא יהא גט ואם לא יבא בתוך הזמן הוברר הדבר שנתגרשה משעת נתינה ואין ביטו' של בעל כלום דמישגיע גט לידה אינו יכול לבטלו. והנראה לי בעניותי כתבתי הצעיר יוסף בכמה"רר משה מטראני זל"הה.

סימן סז

לאנגורא שנת הש"ס.

שאלה הגביר המרומם כה"ר ישראל נ' שושן נר"ו היה לו בת נשואה ומבת אחרת שמתה לו בת ובן והיה לו חולי מסוכן מאד וכמה פעמים בצאתו לשוק הסתכן בחוליו הקשה אמנם זה לפעמים בשאר הזמן היה בריא והולך ובא לכל צורכיו ובראותו גודל חוליו פחד שלא ימות פתאום בעודו בריא נתיעץ עם אשתו וכתב בכתב ידו כמצוה מחמת מיתה ומסר בידה וזה לשונו ברצון נפשי ובהשלמת דעתי אני כותב זאת הצואה שמלבד המעות הראשונות שהקדשתי לישיבתי עוד אני מוסיף ח' לוחות גאמילוטיש שיהיו קדש גם כן להרחיב גבול הישיבה וחביריה ויצרפו ריוח מעות האחרונות עם הראשונות לישיבה

הנ"ז והלוחות אשלחם לויניציאה ליד החכם דון תם שימכרם לקדש הנז' ויהיה זכות לנפשו ושאר עזבונו אחר פטירתו יהיה נחלק בזה האופן לנשואי בני בן אחי הר' אברהם ן' שושן ק' אלפים לבנים לאחותי ל' אלפים לבנים לסייוע נשואי בת בן אחותי כהר' יעקב קרישפי כ' אלפים לבנים ליעקב הנער יתנו ל' אלפים לבנים עת נשואין ובלבד שיתנהג כשור' עם אשתי וחתני ובתי ואם לא יתנהג כשורה לא יתנו לו מאומה לחברת הקברים ל' אלפים לבנים לחברת ת"ת של סלוניקי ו' אלפים לבנים ושא' מעותי שחייבים לי ככתו' בפנקסי יגבם חתני אברהם מיד הבע"ח וימסרם ביד אשתי שתהא שלטת לעשות כרצונה בין בהוצאת הבית בין בצדקה תחלק היא כאשר ייטב בעיניה לפי כבודי כל ימי חייה ואחר שירבו הסחורות כמנהג הראשון יסתחרו במעות ברשות אשתי חצי מעותי ע"י שני חתני אברהם ושלמה ן' בהל בשם בני בתי גראסיוזה אשתרוק ודלסא ובהגיע בת בתי לפרקה תנשא ממעותי אלו לפי כבודי ושארית חצי מעותי יהיו לאחיה אישתרוק והכל יהיה בידיעת אשתי ורשותה ואם תפטר אשתי קודם הגעת הילדים לפרקם תמנה אשתי אפטרופוס לאחד מקרוביה עם חתני אברהם שיתעסקו במעות עד עת נשואיהן ואם הילדים הנז' ימותו קודם פרקם יחזור המעות לבתי גראסיוזה היורשת לי ולהיות אמת הנני כותב מידי היום ד' לחדש אייר שנת השנ"ט ע"כ והנה האיש אחר ה' חדשים נפל למשכב ג' ימים ומחוליו מת יורינו מורינו שהאשה זו היא תופסת הכל בעד מזונותי' אם יש לחתנה להוציא המעות מתחת ידה או להשביע כיון שכבר בעלה האמינה אפילו על יורשיו ובפרט לחתנה הב' שכבר מתה אשתו ושואלת בעד בניו אם יש יכולת בידו לתבוע חלק ירושת בניו ליקחם בידו או אם בית דין העיר או מנהיגיה ואם אין בית דין שם ימנו להם אפטרופוס ועוד אם יעכבו בידה מלתת צדק' כאשר ייטב בעיני' גם יורינו אם אשר הקדי' מקודש בפרט היות שכבר עשה מעשה ושלחם לוינציאה לשם הקדש וגם מה שצוה לאחרי' אם זכו אם לאו ושכרו כפול ומכופל מן השמי'.

תשובה תמה אני אם יש מי שיאמר שמתנה דלאחר מיתה שנתנה כשהוא בריא מהני' בלא קנין שטעם מתנת ש"מ דמהניא בלא קנין אמרינן בפרק מי שמת א"ר נחמן מתנת ש"מ מדרבנן בעלמא הוא שלא תטרף דעתו עליו פי' שיצטער שלא יתקיימו דברי צואתו ולא מטריחנן ליה להקנות משום דטריד בחליו כי היכי דגבי גט נמי לא מצרכינן לומר תנו אלא אע"פ שלא אמר תנו דבריו קיימין כדתנן בפ' התקבל בראשונה היו אומרים היוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו ואמרינן התם גניבא דיוצא בקולר הוה ואמר הבו ד' מאה זוזי לרבי אבינא מחמרא דנהר פניא ואמר רבי זירא דרא רבי אבינא לסלתיה ואזל לגבי דרב הונא רביה דאמר גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד

חוזר אף גטו אם עמד חוזר ומה גטו אע"ג דלא אמר תנו אף מתנתו אע"ג דלא קנו מיניה משמע דוקא באותם ששנינו כיוצא בקולר וכו' לענין גט דאע"ג דלא פריש מהני משום דטרידי כן לענין מתנה אבל הבריא שאינו טרוד לענין גט אע"פ שאמר כתבו לאשתי אם ימות צריך שיפרש ויאמר תנו שאל"כ רצה לשחק בה וכן לענין מתנה אם לא קנו מידו לא מהני דלא עבדו רבנן ליה תקנתא אלא כדין כל שאר המתנות דבעו קנין ודבר תימא הוא דבכוליה תלמודא אמרי' דברי ש"מ ככתוב' וכמסורין דמו והיכי דמי אי בנותן מעכשיו אף מחיים הא בעי קנין דאין זו מתנת ש"מ דתקינו ליה רבנן דבדיבורא ליקני כמו שהו' מוסכם וכן כת' הרמב"ן ז"ל בחידושיו בפ' מי שמת וכן כתב הנמקי יוסף שהוא ברור ומוסכם בעיני המפרשים וכן כתבה רבי' ירוחם נתיב כ"ד ואי בנותן לאחר מית' מאי אריא ש"מ אפי' בריא נמי ולא הו"ל לינקט אלא מצוה מחמת מיתה דבריו ככתובין וכמסורין דמו כגון בבריא שפי' לאחר מיתה ובש"מ שנתן כל נכסיו אע"פ שלא פי' דסתמו כפירושו ועוד דתנן בפרק מי שמת אפלוגתא דרבי אלעזר וחכמים אמרו לו מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה ואמרה תנו כבינתי לבתי ומתה וקיימו את דבריה ולעיל בפרקין גבי הא דשמואל דאמר ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים אע"פ שקנו מידו אם עמד חוזר מוקמינן הך מתניתין במצוה מחמת מיתה דאע"ג דמתנה במקצת היא לא בעי קנין וכיון שכן למה לי למיתני שהיתה חולה אפי' בריאה שאמר' לאחר מיתה לא בעי קנין ובפ' מי שמת גבי ההוא דהוה כתיב בה מחיים ובמות רב אמר הרי היא כמתנת ש"מ מדכתב ביה במות לאחר מיתה והא דכתב בה מחיים סימנא לחיים קאמר וכתב רשב"ם ז"ל דבמתנת ש"מ במקצת ובקנין מיירי אבל ליכא לאוקמי במתנת בריא דהיכי אמר רב הרי היא כמתנת ש"מ למקנ' לאחר מיתה והלא אין שטר לאחר מיתה אף על גב דהתם פי' ואמר במיתה דהוי כמצוה מחמת מיתה והרשב"א ז"ל כתב בתשובה בהדיא על חולה שמהלך בחוץ ומתיירא שמא ימות פתאום ורוצ' לסדר צוואתו והשיב שמתנת ש"מ מדרבנן היא ולא תקנו במהלך על רגליו אלא בש"מ שלא תטרף דעתו עליו גדולה מזו כתב בתשובה תתקע"ה על מצוה מחמת מיתה שאפי' אמר בפי' שאפי' יתרפא ויחי' כמה ימים תהיה צוואתו קיימת שא"ן בדבריו כלו' שלא קיימו חכמים מתנתו אלא שלא תטרף דעתו עליו אבל זה שעמד הרי יש לו זמן לחזור וליתן והרי זה כאילו צוה בבריאותו בלשון מצוה מחמת מיתה דלאו כלום הוא עכ"ד וכך הוא בתשובות להרמב"ן בארוכה סי' ו' והדבר ברור ומוסכם אצל כל האחרונים ז"ל ומעולם לא היה נודד כנף ופוצה פה לומ' שתהא מתנה דלאחר מיתה כשהיא בבריא קיימת.

ובנדון דידן אשה זו רשאה ושלטאה בנכסים הללו משני צדדים אחת מחמת מזונותיה שאין היורשים יכולין להוציא מידה כדאמר בפ' אלמנה נזונת מעשה בכלתו של רבי שבתי שתפסה דסקיא מלאה מעות ולא היה כח ביד חכמים להוציא מידה ומיהו קי"ל כתלמידי רבי' יונ' ומייתי בירושלמי דאמרי' לה חזה מה בידך וכותבין עליה ב"ד כל מה שבידה ופוסקין לה מזונות וכבר ידוע מה שנתעצם בה רבינו יצחק ז"ל עם רבינו שמשון אחיו על הדבר הזה כמו שהביא בתשובות מיימניות סימן כ"ז מ"מ הלכה רווחת בישראל כן כדברי הרמב"ם ז"ל אפי' תפסה ככר של זהב אין מוציאין מידה ובלבד שתתפוס תפיס' גמורה כדין קנין כמו שכתב הריב"ש ז"ל סימן שצ"ד אפי' תפסה לאחר מיתה מהניא כל שלא קדמו היורשים וזכו בהם ומיהו מצד זה אינה זוכה אלא בנכסים שתחת ידה לבד ואף באלו שתחת ידה מחשבין ב"ד עמה וכותבין לה כל מה שתפסה אבל מצד אחר יפה כחה שמינה בעלה אפוטרופוסית על נכסיו ואמר שהכל ימסר ביד אשתו שתהא שולטת לעשות כרצונה ואחר שירבו הסחורו' יסתחרו שני חתניו בחצי המעו' שהם חלק הילדים בני בתו על פיה ובידיעתה מוכיח שהעמידה אפוטרופוסית על כל נכסיו ואין בית דין נזקקין להתחשב עלה כל שכן להשביעה לא בתחילה ולא בסוף דהו"ל אפוטרופוס שמנהו אבי יתומים דקי"ל כאבא שאול דלא ישבע אלא א"כ באת לגבות כתובתה דאז באחרונה תשבע שהרי אמרו חכמים לא תפרע אלא בשבועה ומעתה כל הנכסים אף אותם שאינם תחת ידה הכל יכנסו ברשותה שהיא תפקח עליהם עד אשר יגדלו הנערים ככל מה שסדר בעלה ומוציאים מידה כל הנכסים שלא זכתה בהם בתפיסה מחמת מזונות אכן אותם שתפס' תחלה וזכתה בהם למזונותיה אין כח ביד חכמים להוציא מידה עד שתבא לידי גביית כתיבה.

ובדבר ההקדש שכתב שמלבד המעות הראשונות שהקדיש לישיבה עוד אני מוסיף ח' לוחות נאמילוטיש שיהיו קדש גם כן להרחיב גבול הישיבה וחביריה והלוחות אשלחם לויניציאה וכו' כל הלשון הזה מוכיח שהקדיש אותם מחיים מאותה שעה ולא שצוה לאחר מיתה אם אותם הלוחות היו אז בעין או שקנאם לאחר מכאן לשם ההקדש הזה זכה בהם ההקדש אע"פ שלא היה בדבר קנין ובריא היה באותה שעה וכמו שביאר הרי"ף ז"ל בפרק ארבעה וחמש' שכתב דאיכא מאן דבעי למילף מההוא עובדא דחנן בישא דמאן דיהיב מידי לעניים יכול לחזור בו דדין העניים כדינא דהדיוט דמי ודחה סברא זו דודאי כל דאיתי' ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים זכו העניים מדאמר מר בפיך זו צדקה וכו' וכיוצא בזה כתב הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ב מה' מכירה על דברי אותם גאונים ואין דעתי נוטה לדבריהם שאין אדם מצוה להקנות אבל מצוה לקיים דבריו בצדקה

וכו' ולפיכך רוצה לומר שיתקיימו דבריו אף בדשלב"ל ויש בדבריו מקום עיון ותמיהות נתעוררתי עליהם במ"א וביארתי שם דעתו אין כאן מקום להאריך אבל זה ברור הוא ומוסכ' שכל שהיו הנכסים בעין ואמר הרי אלו לצדקה בדברי' לבד חל עליהו תורת הקדש וכדאמרי' סלע זה לצדקה דאף שלא באת עדין ליד הגזבר חייב ליתן ולא אמרו מותר לשנותה אלא ממצוה למצוה אחרת דבכל ענין מתקיים בפיך זו צדקה הואיל והוא לדבר מצוה אחרת אבל אינו יכול לחזור בו לגמרי דמאותה שעה חל שם ההקדש עליהו ואף אם לא היו אז בעין אם אחרי זאת הפרישן להם הישיב' חל עליה' תורת הקדש ועוד נראה שאף אם לא הפרישן ואינם בעין כלל זכה בהם ההקדש ובשווין מהלשון שכתב והלוחות אשלחם לויניציאה ליד החכם דון תם שימכרם לקדש הנז' שזה הלשון כעין נדר הוא וקאי עליה בבל תאחר נמצא שאם לא זכה הקדש מדין נדבה זכה מדין נדר דבין נדר בין נדבה מפקינן מן היורשים כמו שכתב הר"ן ז"ל בתשובתו הראשונה ואין לפקפק ולומר מאחר שאין סדר כל צואתו אלא לאחר מיתה וכן כתב בתחלת דבריו ברצון נפשי ובהשלמת דעתי אני כותב צואה זו שצוואה משמעה לאחר מיתה אע"פ שבענין אלו הלוחות של הקדש הישיבה לא פירש לאחר מיתה לא נוציא נכסים מיד היורשים מספק דנכסי בחזקת יתמי קיימי אע"פ שהוא ספק של עניים והקדש לעולם אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה אע"ג דמההיא שהובאה במרדכי בפ"ק דבתרא מוכח איפכא כבר עמדתי עליה במקום אחר והוכחתי מכמה סוגיות דאף אצל עניים וכהנים במתנותיה' נאמר המע"ה ונעמיד הנכסים בחזקת היורשים ומיהו אין לומר כן חדא שהלשון מוכיח שמחיים היו דבריו בהקדש זה של הישיבה במה שכתב אני מוסיף משמע מוסיף על העיקר כדאמרינן בר"פ אעפ"י דתנן אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה מוסיף ודייקינן בגמרא רצה לכתוב לא קתני אלא רצה להוסיף ומשמע מינה תוספת כתובה ככתובה לכולהו מילי דאמרינן התם אלמא לשון תוספת מוסיף על העיקר הוא ודינו כיוצא בו ומה העיקר מוקדש ועומד מעתה אף התוספת מוקדש ועומד מעתה ועוד שכתב ואשלחו' לויניציאה שימכרם להקדש הנז' ואין הלשון יוצא מאחו' משני דברים או מדין נדר או מדין נדבה כמו שכתבתי לעיל תדע שכשבא לפרט ולחלק שאר נכסיו פירש ואמר לאחר מיתה שכן אמר ושאר נכסי עזבונו אחר פטירתו יהיה נחלק בזה האופן ולשון צואה שכתב בתחילת דבריו אין משמעה לאחר מיתה דוקא אלא כל דבר הנגמר בלא קנין אלא בדברים צואה מקרי כדילפינן בפרק מי שמת צוואת ש"מ מדכתיב צו לביתך בצוואה בעלמא כלו' דלא צריך קנין ועוד אפי' היה הדבר סתם ואין הוכחה מהלשון גבי הקדש מסתבר לומר שמחיים נתן ולא נאמר לא נתן אלא לאחר מיתה תדע

דגבי ש"מ שכתב כל נכסיו דתנן בפ' מי שמת לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו קיימת דאיכא אומדנא גדולה דלא שביק אניש נפשיה שימות ברעב או יפול עצמו על הציבור ויתן ממונו לאחרים ולכך הרי הוא כמו שפירש לאחר מיתתו ואע"פ כן מבעי' לן בגמ' הקדיש כל נכסיו הפקי' כל נכסיו חלק כל נכסיו מחיים מהו מי אמרי' דגמר והקדיש בלבב שלם בין יחיה בין ימות או לא וסלק' בתיקו והלא דברים ק"ו אם בשיש אומדנא גדולה כזאת כשנתן את כל נכסיו דחזקה אין אדם מקדיש את כל נכסיו ומפיל עצמו על הציבור או שימות ברעב ועוד שאינו רשאי אף להקדש בדק הבית דתנן בערכין מחרים אדם מצאנו ומבקרו וכו' ואם אמר הרי כולם מוחרמים לא אמר כלום אמר רבי אלעזר בן עזריה ומה אם לגבוה שאין אדם רשאי להיות מקדיש את כל נכסיו על אחת כמה וכמה שאדם חייב להיות חס על ממונו ועוד דאמרינן בפרק נערה שנתפתתה באישא התקינו המבזבז אל יבזבז יותר מחומש ומעשה באחד שבקש לבזבז ולא הניחו לו חכמים ואע"פ כן יש סברא לומר שמא אדם זה כוונתו לשמים ורצה להקדיש כל נכסיו בין יחיה בין ימות כל שכן היכא דליכא אומדנא כגון הכא שהיא מתנה במקצת שעל הסתם נחזיק המתנה כמתנה מחיים אע"פ שלא פירש ואע"ג דהתם לא איפשיטא בעיין אי מהניא הך סברא לבטל אומדנא דלא שביק איניש נפשיה היכא דליכא אומדנא כי הכא והסברא יותר מוכחת כאן לפי שהיא במקצת נכסים אין בדבר ספק כלל כל שכן לדברי הרא"ש ז"ל וסייעתו שפסקו כאותן בעיות דכיון דמספקא לן אי שייך הכא אומדנא או לא לא מבטלין ההקדש וההפקר והחילוק שחילק שאין מעשיו בטלינן אלא היכא דברור לן אומדנא כל שכן כאן דליכא אומדנא כל עיקר ועוד אפי' בדברים שאינם של הקדש כל סתם מתנה אנו תופסין אותה במתנה מחיים אע"פ שהוא ש"מ דפסקינן הלכת' בפרק מי שמת מתנת ש"מ במקצת בעיא קנין אבל בלא קנין אפי' אם מת לא קנה משום דדייניין ליה במתנה בריא מחיים ומחיים צריכה קנין ולא אמרי' חוליו מוכיח עליה שהיה ש"מ ולא נתן אלא לאחר מיתה ולא תבעי קנין אם מת כ"ש היכא דהוה בריא על הסתם מחיים הוא נותן ולא נעמו' לבטל מעשיו ולומר שלא נתן אלא לאחר מיתה ולא חל ההקדש כ"ש שהלשון עצמו מוכיח כמ"ש לעיל. פסקן של דברים לענין האשה נותנין לה כח היפה שבאפטרופסות וכח היפה שבתפיסת מזונות מוסרין בידה כל נכסי הקטנים ואין מתחשבין עמה ואין נזקקין לה כדין אפטרופס ולכי גדלי יתמי מוציאין מידה כל מה שמסרו לה וכל שתפסה ולא זכתה בהם קודם שיזכו בהם היורשים ושאר נכסים שזכתה ותפסה אותם בתחלה מתפרנסת והולכת בהם עד שתבא לידי גביית כתובה והשמנה

לוחות שהקדיש מחיים הקדשן וזכה בהם ההקדש כן הוא והנראה אלינו בענייותינו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סח

לויניציאה אל החכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר ברוך ן' ברוך נר"ו.

תשובה כל מה שנעשה בענין ברירת הי"ח אנשים נגד מה שהוסכם מתוך הועד הכללי אע"פ שיהיו חתומים בליסטא רוב הקהל אין מעשיהם כלום שההסכמה המקובלת ומקויימת אינה אלא הנעשה מפי רוב ציבור במעמד כלם וכל שחתמו רוב הקהל זה שלא בפני זה אין זו הסכמה שצריך לילך אחריה ולא עוד אפי' חתמו הרוב והסכימו זה בפני זה שלא היה במעמד כלם לאו כלום הוא דאע"ג דבכל התורה כולה רובו ככולו רוב מכלל כלו בעינן כדאמרי' בפרק קמא דהוריות גבי העלם דבר של צבור דכתיב ואם כל עדת ישראל ישגו ותנן הורו ב"ד ועשו כל הקהל או רובן וכן בהוראת רובה של סנהדרין חייבין ואמרי' ואלא מאי כל עדת ישראל דקא' רחמנא ה"ק אי איכ' כולה הויא הוראה ואי לא לא הוי הורא' וכן לענין דיני נפשו' שדינן בעשרים ושלש' תנן אפי' עשרי' ושנים מזכין או מחייבין ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים ופרש"י ז"ל דהאי דקאמר איני יודע כמאן דליתיה דמי ואין דנים דיני נפשו' לא לזכות ולא לחובה פחות מכ"ג והכי תנן גבי דיני ממונות בפרק זה בורר אפי' שנים אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים פרש"י ואע"ג דאי פליג עליה הוה בטיל במעוטא כי אמר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין ע"כ ועוד אני מוסיף לומר שכל שהסכמות כולם היתה זה שלא בפני זה אע"פ שלא נחלקו בדבר אינה הסכמ' לדון על פיה וללכת אחריה.

ויש לדקדק כן מדאמרי' בפרק עגלה ערופה אהא דבעי אי בעינן שיצאו למדידה כולה סנהדרין ומייתי מדתניא מצאו זקן ממרא אבית פגאי והמרה עליהם יכול תהא המראתו המראה ת"ל וקמת ועלית אל המקום מלמד שהמקום גורם דנפוק כמה אילמא דנפוק מקצתן דילמא הנך דאיכא גוואי כוותי' ס"ל אלא דנפוק כלה ולמאי לאו למדידת עגלה ומאי פריך דלמא יצאו רובן לדבר הרשות וכגון שנשארו שם כ"ג כנגד סנהדרי קטנה והמרה על אותם שבפנים וחזר והמרה על השאר בבית פאגי אי נמי שהמרה על אלו שבחוץ וחזר והמרה על אותם שבפנים דאי לאו קרא דמלמד שהמקום גורם ס"ד שתהא המראה אלא מוכח דלהא לא איצטריך קרא שכל שלא המרה עליהם במעמד כלם אין המראתו לחצאין המראה דשמא כשכולם במעמד אחד מתוך משאן ומתנם יאמרו בענין אחד וה"ק דילמא בההיא שעתא דהמרה על אלו שבחוץ הנך דגוואי כוותיה ס"ל וכן כשחזר והמרה על השאר דילמא בההיא שעתא הנך קדמאי כוותיה ס"ל ואלו היו במעמד

זה היו חוזרין בהם נמצא שאין כאן סנהדרין של ע"א וה"ה דכל מילתא דאזלינן בתר רובא בעינן שיהיו כל המסכימים במעמד ויסכימו רובן וכל שלא נעשה בכל אלו אין מעשיהם כלום.

ומעתה צריכים אנו לחקור ולדון אם יש לחרם ולהסכמה זו התר מהטעם שבא בשאלה שאמרו מקצת הדוטו"ריש שיש בדבר מרד מלכות לעשות הסכמה שלא יוכל שום אדם להשיג שום השגה מהאדון על הענין אם לא ברשות המורשים ומחמת כן באים להתיר את כל ההסכמה שנעשית בחומר ההוא שלא יוכלו להתפשר עם המלוים אם לא בהסכמת המורשים ועל פיהם מדין נדר שהותר מקצתו הותר כלו ואם באנו לדמות הדבר לאותה ששנינו פרק ארבעה נדרים נדרי שגגות כיצד וכו' קונם אשתי נהנית לי שגנבה את כיסי ושהכתה את בני ונודע שלא הכתה ושלא גנבתי ראה אותם אוכלים תאנים ואמר הרי עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו וכו' ומותרין בלא פתח וחרטה כלל דקי"ל ד' נדרים אין צריכין שאלה לחכם שאני התם דהוי כמו תולה נדרו בדבר שפי' הטעם ואמר שגנבה את כיסי ולכי מתידע שלא גנבה הו"ל נדרי טעות והא דקתני סיפא ראה אותם אוכלים תאנים וכו' שאע"פ שלא פירש הטעם מותר פירש הר"ן ז"ל דשאני התם שלא נתכוון להדיר את אביו מעולם אבל ברישא להדיר את אשתו נתכוון אע"פ שלא היה בדעתו אלא בשביל כך בעינן שיאמר בפירוש הטעם שגנבה את כיסי.

אך קשה לי הך דתנן בפרק רבי אליעזר קונם בצל שאיני טועם שהבצל רע ללב אמרו לו והרי הכופרי יפה ללב יין שאיני טועם שהיין רע למעים וכתב הוא עצמו ז"ל שם שהותר בכופרי ובמיושן בלא פתח כיון שלא נתכוון מעולם למיושן ולכופרי אם כן למה הוצרך שיפרש ויאמר שהבצל רע ללב אפי' לא פירש כל שהוא אומר שמעולם לא נתכוון אלא לבצלים שהם רעים ללב מותר דומיא דראה אותם אוכלים תאנים וצריך לומר דמכל מקום כשנדר מכל הבצלים נדר אף מן הכופרי אלא שלא היה יודע שהכופרי יפה ללב וכן ביין אף במיושן נדר אלא שלא היה יודע שהמיושן יפה לבני מעים תדע דתניא בפרק ד' נדרים נדר מן הכלכלה והיו בה בנות שוח ואמר אילו הייתי יודע שבנות שוח בתוכה לא הייתי נודר מותר בכולם אע"פ שלא פירש משום דהתם לא נתכוון לבנות שוח מעולם שלא היה יודע שהיו שם בנות שוח שאילו ידע שהיו שם לא היה נודר שכבר היה יודע שבנות שוח יפות הן אלא שלשון הר"ן ז"ל צריך לתקנו שכתב שלא נתכוון למיושן ולכופרי דה"ק מאחר שפי' הטעם וודאי דמעולם לא נתכוון לאלו כלו' שאילו ידע שהכופרי יפה ללב לא היה נודר נמצא לפי זה בנדון שלפנינו אע"פ שיאמרו שלא

נדרו על דעת כן שיאמרו שיקרא מורד במלכות פתחא מעליא הוא וצריך היתר חכם אבל בלא חקירת חכם לא שרי הואיל ולא פירש הדבר בשעת נדרו.
אך קשה בעיני דמשמע לי דלא פלוג רבנן בנדרי שגגות בין פי' הטעם שבגללו נדר ללא פירש ואמרינן בפרק השולח בסופו גבי גבעונים דכתיב ולא הכום בני ישראל כי נשבעו להם נשיאי העד' ורבנן התם מי חיילא שבוע' עילויהו כלל כיון דאמרו להו מארץ רחוקה באנו ולא באו לא חיילא שבועה עלייהו והא דלא קטלינהו משום קידוש ה' הוא הרי שאע"פ שבשעה שנשבעו לא הזכירו דבר מזה דכתיב ויעש להם יהושע שלום ויכרות להם ברית להחיותם וישבעו לה' נשיאי העדה ואע"ג דבריש עניינ' כתיב ויאמרו איש ישראל אל החוי אולי בקרבי אתה יושב ואיך אכרות לך ברית מ"מ בשעת השבועה לא הזכירו דבר שהאמינום דכתיב ויקחו האנשים מצידם ואת פי ה' לא שאלו ועוד דתנן בפרק שני דנזיר יודע אני שיש נזירים אבל איני יודע שהנזיר אסור ביין הרי זה אסור יודע אני שהנזיר אסור ביין אבל סבור הייתי שחכמים מתירין לי שאיני יכול לחיות בלא יין או מפני שאני קובר מתים מותר ומפרש בגמרא מטעם נדרי אונסין ופי' רש"י ז"ל בל"א דלביה אנסיה שהיה סבור שחכמים יתירו לו וכן פי' הרמב"ם ז"ל בפ' שני דהלכות נזירות והרי כאן שאין טעות בעיקר הנדר דלנזיר נתכוון אלא שטעה לומר שחכמים מתירין לו ושרינן ליה אע"פ שלא פי' הטעם אלא כל שאומר לא נדרתי אלא על דעת כן נדרי שגגות קרינן ליה. מיהו בתוספות פירש שם משום ר"ת מטעם נדרי אונסין כההיא דחלה הוא או בנו הרי אלו נדרי אונסי' ה"נ הואיל ואינו יכול לחיות אלא ביין אונס הוא ומתוך סוגיא דשמעתא צריך לומר דבשעת הנדר היה יכול לחיות בלא יין דומיא דההיא דחלה הוא או בנו אלא שאחר כך החליש או העני שהוא צריך לקבור מתים ותימא הוא דא"כ אמאי קתני אבל סבור הייתי שחכמים מתירין לי אפי' לא סבור בכך אתה מתירו מטעם שהוא עכשיו אנוס דומיא דההיא דחלה וכו'. מ"מ לשיטת הרמב"ם ז"ל מוכח שאף על פי שלא היה מוטעה בעיקר נדרו כל שהוא אומר לא נדרתי אלא על דעפ כן קרינן ליה נדרי שגגות אע"פ שלא פי' הטעם שבשבילו נדר וכן מוכיח מתוך תשובת הרא"ש ז"ל כלל ח' על מי שאמר לו חבירו שהשר כלל אותו בפשרה שלו ונשבע לו לתת כך וכך מעות ואגלאי מילתא שהשר פוטר אותו אין ממש באותה שבועה כיון שהטעהו וגריעא משבועת שגגות ואע"פ שבשבועתו לא התנה כלום ולא הזכיר דבר מזה ומיהו מתני' גופא קשיא מ"ש רישא דקתני יודע אני שיש נזירים אבל איני יודע שהנזיר אסור ביין אסור ואמאי לא אמרי' נמי הכא לביה אנסיה ולא היה סבור ליאסר ביין ולא דמי לע"מ שאהיה שותה יין ומטמא למתים דאסור בכולם דהתם משום דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא כדמפ'

רבינא בגמ' אבל הכא נימא לביה אנסיה דהו"ל שוגג גמור טפי מדסיפא ביותר הוא אנוס במה שלא היה לו ידיעת בית רבו שהנזיר אסור ביין ממה שיטעה לומר שאף על פי שהנזיר אסור ביין יתירו לו חכמים דמ"מ הוה ליה למיחש שמא לא יתירו ונראה דשיטת הרמב"ם ז"ל שיטה רווחת היא ומתיישבים כל הסוגיות דכלל גדול הוא בידינו בכוליה תלמודא דדברים שבלב אינם דברים ואף לענין הנדרים דבעינן פיו ולבו שוין אמרי' בפר' ארבעה נדרי' אמתניתין דנודרין להרגין ולחרמים דמוקי לה באומר בלבו היום ואמרינן ואף על גב דסבירא ליה דדברים שבלב אינם דברים לגבי אונסין שאני ופי' הר"ן ז"ל הך אונסא מפרש ליה לדיבוריה דהיום קאמר וכן כתב הרא"ש ז"ל שם וזה לשונו ודברים שבלב המוכיחין הויין דברים וכן כתב לעיל אמתניתין דחלה הוא או בנו או שעכבו נהר הרי אלו נדרי אונסין כתב דמעיקרא לא הוה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבנו אונס ודברים שבלב כי הני דמוכיחי וידיעי לכל הווין דברים ותנן נמי הרי נטיעות הללו קרבן אם אינן נקצצות ומפרש בגמרא דצריכה כגון דאיכא זיקא נפישא וס"ד דמסי' אדעתי' דלא מתנצלן ומ"ה נדר קמ"ל פי' הרא"ש דדברים שבלב אינם דברים ומעתה לא יקשה עלינו אותה דראה אותם אוכלים תאנים שהקשה הר"ן מה בין רישא לסיפא דברישא בעינן שיאמר שגנבה את כיסי דודאי אם לא פי' הטעם שהדירה בשבילם לא מהניא שיאמר לה הדרתיה אלא לפי שהייתי סבור שגנבה את כיסי שמשמעות דבריו אינם אלא סתם ודברים שבלב אינם דברי' דומיא דאומר בלבו היום אבל בסיפא מילי דמוכיחי וברירי לכל הוו שאילו היה יודע שאביו עמהן לא היה נודר שאין לך אדם מדיר את אביו וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפ"ח וז"ל אע"פ שלא פירש הסבה שבגללה הדירן הרי זה כמי שפי' שהדבר מוכיח שלא אסר עליהם אלא שהיה בדעתו שה' זרים והשתא לא קשה מידי נמי מההיא דבצל שאיני טועם דהתם ליכא הוכח' לכך צריך לפרש ואף אותה ששנינו בנזיר מתיישבת יפה רישא וסיפא דטעמא דסבור הייתי שחכמים מתירים לי שאיני יכול לחיות אלא ביין אין אנו מתירין לו לפי שהוא אומר סבור הייתי אלא לפי שעידיו עמו שאנו רואים שאינו יכול לחיות אלא ביין או שהוא קובר מתים ומכל שכן ברישא אם כן שלא היה יכול לחיות בלא יין ואמר איני יודע שהנזיר אסור ביין שאילו ידעתי לא הייתי נודר שאיני יכול לחיות אלא ביין פשיטא דשרי ועדיפא מינה אשמועינן בסיפא שאף על פי שלא טעה בעיקר הנזירות וידע שהנזיר אסור ביין אלא שהיה סבור שיתירו לו אף על גב דדמי קצת לפושע שהיה לו לישאל אם יתירו לו מכ"מ מותר הואיל שהטעם ברור אצלינו כל שכן אם היה טענתו בעיקרו של נדר שלא היה יודע שהנזיר אסור ביין אלא ברישא מיירי בסתם כל אדם שיכולים לחיות בלי יין דלאו כל כמיניה לומר איני

יודע שהנזיר אסור ביין דדברים שבלב אינם דברים ואף הנדון של הרא"ש ז"ל לא התיר אלא מטעם זה שהדבר ידוע וברור שאילו היה יודע שהשר מחל לו היה מתחייב והוי דומיא דמעשה דגבעונים דפרק השולח. הילכך בנדון שלפנינו שאנו באין להתיר חרם והסכמת של רבים בלא חקירת חכם אם אין הטעות מבורר וידוע לא שרי והיאך יתיישב בלבי לומר שזה טעם ידוע וברור שחוששין שיאמרו שהוא קרימי ואלטיאה מאחר שרוב הקהל אינם חוששין לזה ובעומדם יעמודו להחזיק בהסכמתם ומה גם מאחר שעברו הדברים לפני הדוכוס אדוני הארץ וכשידע שורשן של דברים לא פרכס כלל והדבר ברור לכל בן דעת כי אין בדבר נגיעה בכבודו של מלך במה שמסכימים כלם שלא ישיגו שום השגה מהאדון אם לא ברשות מורשי קהל שהם ישיגו מה שנראה בעיניהם לתועלת הקהל ואין כאן ביטול דבריו של מלך אפי' היו אומרים בפי' שאם יוציאו גזרה מאתו לא יהיו בגזרה דהואיל וכך התנו מתחילה והסכימו כלם בכך אין גזרת המלך בטלה אלא מחמת שמחלו זה לזה והלא דברים קל וחומר דבמלכותא דרקיעא אף על גב דאמרינן המתנה על מה שכתוב בתירה תנאו בטל מ"מ בדבר שבממון תנאו קיים דהויא ליה מחילה ומינה נילף למלכותא דארעא ועוד שאנו רואים בהסכמות הקדומות המודפסות כתבו והסכימו הדבר היה ועתה חקקום בעט ברזל ועופרת ואם היה בדבר צד של מרד לא היו מפרסמין אותם.

ועוד רואה אני שהסכמה זו שלא להשיג שום השגה מהאדון הסכמת הראשונים היא שכן כתוב בהסכמה המודפסת שנעשה ביום צום גדליה שנת רצ"ב שהרבנים בהסכמת הק"ק גזרו בגזרת נח"ש על כל איש ואשה הן מהק"ק הן מהמלוים שלא להשיג שום השגה מעולם בלי רשות הק"ק יצ"ו בקריאת ועד כללי ועכשיו לא שנו ממה שהיה כבר מקויים עליהם אלא שפירשו ואמרו ששום אחד לא ישיג זולתי בהסכמת המורשים שאותם הרשום מתוך הוועד הכללי ככתוב בהסכמה הראשונה ומעתה היאך יכולין הם לעקור ולהשיג גבול אשר גבלו ראשונים בטענה חלושה זו ומי עמד בסודן של אותם הרבנים שגזרו אותו החרם לומר על דעת כן לא גזרו ועוד אני תמה על אלו המבקשים עליל' לבט' את ההסכמ' מחמת זה שאומרים על דעת שיהיה קר"ימי ואלטיאה לא הסכמנו שאילו היו מסכימים לעשות שום דבר שאותם הדבר היה נראה כמרד היה להם מקום להתיר שלא לעשו' הדבר ההוא אבל הסכמ' זו אינה אלא שב ואל תעשה אלא שהם אומרים שלעשות הסכמה על כן נראה כנוגע בכבודו של אדון וכבר נעשה ומה יוכלו לתקן באשר כבר עשוהו והיאך יתירו לעצמם לעבור עליה לכתחלה בשאט בנפש ולהשיג השגה נגד הסכמת הקהל וכי האדון מכריחם ואומר להם על כל פנים תבואו לפני יש בו בשב ואל

תעשה ויחושו לעצמם ויתרצו ביניהם על פי התורה ועל פי הקומפרימיסו שעשו בינים ואין פרץ ואין יוצאת ואין צווחה ואמרינן בפרק אין מעמידין יהודית מילדת ארמאית בשכר אבל לא בחנם ומפרש רב יוסף בשכר שרי משום איבה וסבר רב יוסף למימר אונוקי בשכר שרי משם איבה אמר ליה אביי יכול' למימר אי פנויה היא בעינא לאנסובי ואי אשת איש לא קמזדהמנא באפי גברי וכן ההיא דאמרינן רועי בהמה דקה לא מעלין ולא מורידין סבר רב יוסף למימר בשכר שרי משום איבה אמר אפי' בטענה רחוקה לא חיישינן כ"ש שירימו יד לעבור על חרמן של ראשונים ואחרונים לתת אויבינו פלילים בדבר שאין מעלה ומוריד עתה בכבוד של אדון כלל אין זה כי אם רוע לב.

ובר מן דין זה שרצו לומר שהואיל והותר' להם הסכמ' זו מן הטעם שאמרו גם מה שהסכימו עמה שלא יוכלו להתפשר עם המלוים כלל אם לא ברשות החמשה מורשי הקהל מטעם נדר שהותר מקצתו הותר כלו אף בזו אין להם על מה שיסמוכו אפי' יהבינן להו טעותיהו לומר שאותם ההסכמ' שלא להשיג שום השגה הותרה להם. וזה דתנן בפרק פותחין לזה קרבן ולזה קרבן צריכין פתח לכל אחד ואחד ומפרש בגמרא מתניתין רבי שמעון היא דאמר בפר' שבועת הפקדון עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד ואפליגו רבוותא בהך מילתא שהרמב"ם ז"ל פסק הלכה כת"ק דרבי שמעון אבל הר"ן ז"ל כתב משם רבוותא הלכה כר"ש דסתם לן תנא כוותיה הכא ובפ' האיש מקדש נמי גבי התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו אף על גב דבפרק שבועת הפקדון איכא סתמא דלא כוותיה כיון דשקלו וטרו אליבי' אמוראי בסוגיא דקדושין נקטינן כוותיה וכתב שכן פסקו רבי' חננאל והרמב"ן ז"ל וכן הביא הרא"ש בהלכות משמו של הרמב"ן ותפס שיטתו אלא שיש לתמוה על הרמב"ם ז"ל דבפרק ה' דה' אישות כתב האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו וכו' התקדשי לי בזו ובזו וכו' אם יש בכולן שוה פרוטה מקודשת והך כרבי שמעון אתיא והוא פסק דלא כוותיה בפ"ו מה' שבועות וכבר הקשה כן הרב מהרי"ק ז"ל בכ"מ והניחה בתימה נמצא לפי שיטת רבוותא דפסקו כרבי שמעון אין מנין הנדרים אלא כמנין הקונמות או כמנין השבועות שכן כתב הר"ן ז"ל בתשובותיו סימן ט"ו בסופה וכאן בנדון דידן אף על פי ששני דברים אחלקום בשני עניינים הואיל ולא הכירו אלא גזרה אחד או חרם אחד לשתיהן הכל נדר אחד ושבועה עד שיאמרו שבועה לכל דבר ודבר.

ויש לי כאן מקום עיון בהך פסקא דרבותא דאיכא סתם מתניתין וסוגייות מפורשו' יותר מזאת שלא כדברי רבי שמעון דתנן בפרק שבועו' שתים שבועה שלא אוכל פת חיטין פת שעורין פת כוסמין חייב על כל אחת ואחת ומקשינן בגמרא ודלמא למפטר נפשיה

מאחרנייתא קאתי ומסיק פת פת למה לי ועוד תנן שבועה שלא אשתה יין ושמן ודבש חייב על כל אחת ואחת ומוקי לה רב פפא במונחין לפניו דה"מ למימר שבועה שלא אוכל אלו והדר מוקי לה רב אחא במסרב בו חבירו בא ושתה עמי יין ושמן ודבש הול"ל שבועה שלא אשתה עמך הרי שמתחייב הרבה על הזכרת שבוע' אחד ודלא כרבי שמעון דאמר עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד הרי כל שקלא וטריא דסוגיא זו דלא כרבי שמעון ועוד דבפרק שבועות הפקדון גופיה דקתני פלוגתייהו קתני סיפא תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבדה שיש לי בידך שבועה שאין לך בידי פקדון ותשומת יד גזל ואבדה חייב על כל אחד ואחד ולא פליג עלה רבי שמעון ולא רבי אלעזר דפליג עלה ברישא ואמר עד שיאמר שבועה באחרונה: והרא"ש כתב בפרק פותחין בשם הרמב"ן דאי משום ההיא סתמא דנדרים לא הוה חיישינן דאין סדר למשנה ודלמא סתם ואחר כך מחלוקת הוא והרי משנתינו שהיא שנויה אחרי המחלוקת דהא אמרינן בחדא מסכתא יש סדר כל שכן זו שהיא סיפא דמתניתין ומחלוקת ואחר כך סתם היא וכך מתניא בפרק שבועת העדות ועוד פלוגתא דרב אחא ורבינא דהתם אבעיא דר"א דבעי אמר שבועה שאין לך פקדון ותשומת יד גזל ואבידה ולא לך וכו' ובריית דרבי חייא דמייתי בסוף פרקא הרי כאן עשרים חטאות דקאי אשבועה שאין לך בידי פקדון ותשומת יד גזל ואבדה ולא לך ולא לך דהוה ליה ארבעה תביעות מחמשה בני אדם אתיא דלא כרבי שמעון דאילו לרבי שמעון היה צרי' שיזכיר שבועה עשרי' פעמים ואטו רבי חייא מניינא אתא לאשמועי' כדאמרינן התם בגמרא וכיון דכל הני סוגייא וכל הני סתמי דלא ררבי שמעון מה ראו רבותינו לפסוק הלכ' כדבריו משום סתם דקידושין ועוד יש לתמות דלא אמרו בגמרא באותם הסתמיות מתניתין מני דלא כרבי שמעון כמנהגם אלא שקיל וטרי בהו תלמודא כאילו הוא הלכתא פסיקתא ועוד יש להפליא שהרי"ף והרא"ש עצמן הביאו הנהו סתמי דבפרק שבועות שתים וסוגיא דתלמודא ואיך יתכן לומר דאינהו דלא כהלכתא וכי האי גונא אשכחן בעלמא שכל שהי' יכול לגלול ופרט לחלק בא אף על גב דאמרינן תרי איסורי בלאו אחד לא מחייב אלא חדא כדאמרינן בפרק ארבע מיתות גבי אוב וידעוני שאינן חלוקין לחטאות תואיל ושניהם בלאו אחד נאמרו וכן בשר מן החי ובשר טרפה לרבי יוחנן לוקה אחד כדאמרינן בפרק גיד הנשה משום דמפיק ליה לבשר מן החי מן בשר בשדה טרפה ואין כאן אלא לאו אחד לשניהם מכ"מ הכא לא הוה צריך למפרט ופרט מחייב אכל חדא וחדא דאמרינן בפרק אלו הן הלוקין מכדי כתיב והבאתם שמה עולותיכם וכו' והדר כתיב לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך וכו' מהדר מפרש בהו רחמנא למה לי לכתוב לא תוכל לאכל' וכה"ג אמרינן בפרק קמא דכריתות גבי מעשר

דגן תירוש ויצהר אף על גב דשם אחד הוא דלא פרט בהו אלא ליחודי להו לאוי לכל א' וא' שהרי בכלל כל אשר יצא מגפן היין היו ולא פרט בהם אלא לחייב שתים הרי שאנו מחייבין על הפרטים אע"פ שהן בלאו א' למה לא נחייב בפרטי השבוע' אע"פ שאין בה אלא שבועה אחת הואיל והיה אפשר לו לכלול ופרט. וסבור הייתי לומר דיש באנשים הרבה מה שאין במינים הרבה דההיא דהיו חמשה תובעין אותו שחולק בה רבי שמעון לומר עד שיאמר שבועה לכל שותפים באותו הפיקדון והפקידו אצלו כאחת ועכשיו תובעין אותו תן לנו פקדון שהפקידו בידך וס"ל לרבי שמעון שאפי' אמר שבועה שאין לך בידי ולא לך ולא לך לא מחייב על כל אחד ואחד שכולן שם אחד הם ותביעה אחת היא וכשאמר לאחד מהם אין לך בידי הרי הוא מכחש את כלם דשותפי נינהו וכשהשביע לאחד מהם במעמד השאר נפטר משבוע' האחרים ומדמי לה ר"ש להשביע עליו חמשה פעמים דפשיט' שאם לא הזכיר שבוע' בכל פעם כגון שאמר שבועה שאין לך בידי אין לך בידי אין לך בידי לא מחיי' אלא חדא דכולא חדא מילתא היא אלא שהשבועות מחלקות לחטאות אף זו כיוצא בה אבל בשבועה שאין לך בידי חיטין ושעורין וכוסמין מודה ר"ש דמחייב כל חדא וחדא כיון דפרט בהו דה"מ למימר שבועה שאין לך בידי להכי אמרי' דשבועה לכולהו פרטי קאי וכן בשבועה שלא אוכל פת חיטין פת שעורין וכו' שבועה שלא אשתה יין ושמן ודבש והוי דומיא דפרטי דלאו דמחייב אכל פרט ופרט מהם אע"ג דליכא אלא לאו אחד בכולם וכן ההיא דנדרים לזה קרבן ולזה קרבן ולזה קרבן צריכין פתח לכל אחד ואחד מוקי לה תלמודא כר' שמעון משום דגם בזה אנו באים לחייבו שתים על מעשה אחד כגון שנכנס לחצר של שניהם אם לא הזכיר קונם לכל אחד לא מחייב אלא אחת שאין כאן אלא מעש' אחד וקונם אחד ומ"מ אתיא שפיר כהנך מתניתין דשבועות דבפרטות הרבה מחייב על כל אחד ואחד דקאי שבועה אכולהו וכן ההיא דקדושין כי אמר התקדשי לי בזו ובזו ובזו אין לנו לומר שהואיל ופרט אותם ולא אמר התקדשי לי באלו כוונתו לקדשה בכל אחת מהם דקדושין חד מילתא היא ואין קדושין אחר קדושין ואם נתקדש' באחת מהן אין השאר מועילות כלום בקדושין ולא דמי לשבועת ביטוי דבעי להתחייב אכל חדא וחדא לכך אין לנו לומר כאן דבזו גרידתא קאמר דאי נתקדשה בזו תו לא צריך והיל"ל התקדשי לי באחת מאלו הילכך אין לנו לחלקה אם לא שחלקם הוא בפירוש שאמר התקדשי לי בזו התקדשי לי בזו ומיהו כרבי יהודה אין להעמידה שהרי אף בחמשה תובעין אותו פקדון אחד ס"ל לחייב על כל אחד וא' הואיל ופרט כ"ש כאן להכי מוקי לה תלמודא כר"ש כך היה נ"ל ליישב אלא שראיתי בספרא דמייתי לאחת לחייב על כל אחד ואחד כיצד היו חמשה תובעין אותו וכו' יכול

מפני שהם חמשה מנין אפילו אמר לו אדם אחד תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבדה וכו' משמע דטפי מסתבר לחלק שבועות בחמשה בני אדם מפני שהן גופים מוחלקים ואע"פ שיש לדחות שינויא דחיקי לא משנינן. ועוד איתא בפרק המגרש בהא דתנן ה' שכתבו כלל בתוך הגט איש פלוני מגרש את פלונית וס"ל לרבי יוחנן דזמן לכל אחד וא' זהו טופס זמן אחד לכולן זהו כלל ובירושלמי אמרי' מודה רבי יוחנן כותב איש פלוני מגרש את פלונית ופלוני מגרש את פלונית זהו טופס לכל אחד ואחד ואמרי' חיליה דר' יוחנן מהכא לזה קרבן ולזה קרבן צריכין פתח לכל אחד ואחד אלמא כר"ש ס"ל ומיהו בתלמודא דידן משמע דאפי' לא כתב גירושין לכל אחד ואחד אי לא כתב וא"ו כגון פלוני את פלונית פלוני את פלונית הם גיטין מחולקין והיינו כשיטת רבי יהודה ועוד בירושלמי בפרק שבועת הפקדון גבי בואו והעידוני שיש לי ביד פלוני פקדון ותשומת יד וכולי חיטין ושעורי' וכולי קאמר דברי רבי יודן משמע דר"ש פליג עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד ולא ראיתי לרבותינו הראשונים נוחי נפש שיפרשו בחילוקי שמועות אלו כלום.

ועוד קשה דהכא משמע דלרבי שמעון בעינן שיוציא שבועה מפיו בכל דבר ודבר כדי שיהיו שבועות חלוקות זו מזו שכן כתב הר"ן בתשובתו דלר"ש אין מספר הנדרים אלא כמספר הקונמות שהזכיר והרי שנינו בשילהי מכילתין אמרה קונם תאנים וענבים אלו שאיני טועמת הפר לתאנים אינו מופר עד שיפר אף לענבי' קונם תאנה שאיני טועמת ענב' שאיני טועמ' הרי אליו ואמר רבא מתניתין רבי שמעון היא דאמר עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד הרי כאן שאף על פי שלא אמרו קונם לזה וקונם לזה חשבינן להו שני נדרים לפי שחלקתן ואמרה שאיני טועמת לכל אחד כוונתם לעשותן שתים. והנראה בעיני לתרץ כל השמועות הללו דלאו דוקא קפיד רבי שמעון שיזכיר שבועה לכל אחד ואחד ועד כאן לא איפליגי תנאי אלא בשפרט דברים הרבה בשבועה אחד דר"מ סבר כלל אינו חייב אלא א' פרט חייב על כל אחד ואחד ור"ש סבר הואיל והוציא' כלם בשבועה אחת שאתה צריך לצרף כל הפרטים לשבועה שהזכיר בתחלה או בסוף כולם שבועה אחת הם ואינו חייב אלא אחד וכן אותם דנדרים כשאמר קונם שאיני נהנה לך ולא לך כולם צריכים להצטרף אל הראשון שהזכיר בו קונם הילכך הכל נדר אחד עד שיאמר לזה קרבן ולזה קרבן אבל ההיא דפרק שבועות שתים שבועה שלא אשתה יין ושמן ודבש דמקמינן ולה במונחין לפניו אי נמי במסרב חבירו שאני התם שכלל תחילה ואחר כך פרט דכי אמר שבועה שלא אשתה הרי נאסר בכולן כי הדר פרט בהו יין שמן ודבש לחייב על כל אחד ואחד וכאלו אמר שבועה זו שהזכיר בכלל תחול על היין בפני עצמו

ועל השמן בפני עצמו וכן שבועה שלא אוכל פת חיטין פת שעורין פת כוסמי' וכי אמר שבועה סתמא אתסר בכלהו ואף למפטר נפשי' מאחרניית' לא הוה צרי' שלא היה דעתו אלא על אלו ואע"פ שלא פירש פיו ולבו שוין בעינן דהא קי"ל בכול' מכילתין דנדרי' כרבי יהודה דהכל לפי הנודר דתנן טען והזיע והיה ריחו קשה ואמר קונם צמר עולה עלי מותר להתכסות ואסור להפשיל לאחוריו אף על גב דעולה עלי סתמא קאמר ותנן נמי קונם ביתך שאיני נכנס טיפת צונן שאיני טועם לך מותר להכנס לביתו ולשתות צונן שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה ותניא בתוספתא באותה סעודה שהיה מסרב בו חבירו דוקא אף על גב דסתמא קאמר והא דפריך בגמרא ודילמא למיפטר נפשיה מאחרנייתא כתבו התוספות שלא היה צריך להפטר מהם הואיל ולא היה בלבו עליהם אלא הכי קאמר דילמא לגלות לעולם שאינו אוסר את עצמו אלא מאלו ומשני פת פת למה לי כלומר אם כוונתו לגלות דעתו לא היה צריך להזכיר פת פת הא אין עליך לומר מאחר שכלל תחילה שלא חזר ופרט אלא להתחייב על כל אחד ואחד בפני עצמו ולהכי לא מייתי פלוגתא דרבי מאיר ורבי שמעון התם בפרק שבועת הפקדון אלא גבי היו חמשה תובעין אותו שאין שם כלל מוסף על הפרט אלא פרט גרידא שאין לך בידו דבשבועה קמייתא לא אשתב' אלא אחדא והכי הדר אמר ולא לך ולא לך אתה צריך לצרפן לשבועתו של ראשון והיינו טעמא דרבי אליעזר דאמר עד שיאמר שבועה באחרונה דתניא רבי אליעזר אומר לא לך ולא לך שבועה חייב על כל אחד ואחד ומאי שנא הזכיר שבועה באחרונה מכשמזכירה בתחילה אלא היינו טעמא דכשמזכירה בתחילה אי אתה יכול למשכו אלא על הראשון ולא על כלם אבל כשאמר שבועה באחרונה אכולהו פרטי קיימא אבל בשאר בבי דקתני התם שבועה שאין לך בידי חיטין ושעורין וכוסמין לא מייתי פלוגתייהו דבהא ר' שמעון מודה דכי משתבע שבועה שאין לך בידי הרי נשבע על כולם וכשחזר ופרט לחייב על כל א' וא' והיינו דפליגי רב אחא ורבינא חד אמר אפרטי מחייב אכללי לא מחייב פי' שלא יהא חייב על שבועה שאין לך בידי שהיא שבועה כוללת את כלם וחד אמר אכללי נמי מחייב נמצא מתחייב ארבע' תלתא אפרטי וחדא אכללא ודמי הא מלתא לאיסורי נזיר דתנן בפ' ג' מינין וחייב על היין בפני עצמו ועל הענבים בפני עצמן ועל החרצנים בפני עצמן ועל הזגים בפני עצמן שהכל היו בכלל כל אשר יצא מגפן היין ולמה נפרטו לחייב על כל א' בפני עצמו ואמרי' התם אמר אביי אכל חרצן לוקה שתים זג לוקה שתים פי' משום חרצן ומשום כל אשר יצא מגפן היין ורב א' אינו חייב אלא א' שאין לוק' על לאו שבכללו' ופלוגת' דאביי ורבא הוי דומי' דפלוגת' דרב אחא ורבינא דפליגי אליבא דר' יוחנן וכי היכי דקי"ל התם כרבא דאינו לוק' על

לאו שבכללות הכא נמי לא מחייב על שבוע' שבכלל ולהכי אע"ג דאפליגו בה רב אחא ורבינא ולא אסתיימו פסק הרמב"ם ז"ל לקולא ומיהו בלאו הכי נמי יש לו לפסוק לקולא מדאמרינן בפ' גיד הנשה בכל התורה כולה רב אחא לחומרא ורבינא לקולא והלכתא כרבינא לקולא בר מהני תלת דרב אחא לקולא ורבינא לחומרא והלכתא כרב אחא לקולא אבל קצת קשה אמאי לא אמרינן הכא תסתיים דרבינא לקולא וההיא דפ' בתרא דנדרים קונם תאנים וענבים אלו שאיני טועמת אע"ג דבמונחין לפניה מיירי מדקתני אלו לא תקשי אמאי לא מחייב אכל א' וא' דומיא דשבועה שלא אשתה יין ושמן דאילו אמרו קונם שאיני טועמת תאנים וענבים הכי נמי דמחויב אפרטי דאיכא כלל ולבסוף פרט אבל השתא דאמרה שאיני טועמת לבסוף ליכא כלל שאינה נאסרת בשום דבר אלא בגמר דבריה ואין כאן כלל אלא פרט לבדו ובהכי פליגי ר"מ ור"ש ומתני' ר"ש היא דאמר אף על הפרט שהוא כלול בקונם א' אינו חייב אלא א' עד שיאמר תאנה שאיני טועמת ענב שאיני טועמת אז חשבינן להו שני נדרים וה"ה הכא בשבועות אם אמר שבועה יין ושמן ודבש שלא אשתה באנו למחלוקת ר"מ ור"ש ומצאתי בירושלמי פרק שבועת הפקדון בלשון הזה ר' יודן קפודקא בעי שבועה חיטין ושעורין וכוסמין אין לך בידי מהו כמי שהזכיר שבועה תחלה וסוף מאחר שע"י זה ועל ידי זה שבועה מתקיימת אינו חייב אלא א' אין לך בידי חטין ושעורין וכוסמין שבועה כמו שהזכיר שבועה תחילה וסוף מאחר שעל ידי זה ועל ידי זה שבועה מתקיימת אינו חייב אלא א' והשתא משמ' דבירושלמי נסתפקו בלשון זה כיצד נדון בו וקשה דתפשוט ממתני' בשלהי נדרים דע"כ לא מתוקמא אלא כר"ש ואף הוא מודה בקונם תאנים וענבים אלו שאיני טועם הואיל וע"י כן נדר מתקיים אינו אלא נדר א' ונ"ל דלרבי אלעזר קבעי דאמר עד שיאמר שבועה באחרונה אי דוקא קאמר רבי אליעזר שיזכיר באחרונה שבוע' המתפרשת בפני עצמה כגון ההיא ולא לך בידי שבועה אבל זה שסיים באין לך בידי או שאמר בתחילה אין לך בידי וסיים בשבועה לבסוף כיון שע"י תחילת דבריו וגמר דבריו שבועה מתקיימת אינו חייב אלא א' ולא אפשיטא דהשתא אם תמצא לומר דכמו שהזכיר שבועה תחילה וסוף הוא ההיא מתניתין דשלהי נדרים לא מתוקמא כרבי אלעזר דקתני קונם תאנים וענבים אלו שאיני טועמת דהכל נדר א' ולא אתיא אלא כרבי שמעון כדמוקי לה תלמודא דידן ואת"ל הואיל וע"י זה שבועה מתקיימת אינו חייב אלא א' מתוקמא מתני' שפיר אף כר' אלעזר ולפי דרכינו למדנו שכל שאין בתחלה שבועה דמתפרשת בפני עצמה באנו למחלוקת ר' מאיר ור"ש ובסברת ר' אלעזר נסתפקו בירושלמי כך נראה לי ישובו של סוגיו' הללו לאסוקי שמעת' אליב' דהילכת' ואע"פ שלא ראיתי לרבותינו הראשוני' נוחי

נפש שיפרשו בחילוקי שמוע' הללו כלום הדברים מוכרעין מחמת עצמן. רק ראה זה מצאתי להרא"ש ז"ל בהלכותיו בפרק ארבעה נדרים אמימרא דרבא דסבירא ליה דלא אמרי' נדר שהותר מקצתו הותר כלו אלא במחליף כתב וצריך עיון לרבא אדם שנדר משני דברים בשר ויין שלא היו לפניו והזכיר שניהם ומצא חרטה על א' מהם מי אמרי' הכא מודה שהותר כלו כיון דלא שייך כאן החלפה או דילמא לא אמרינן הותר כלו אלא במחליף ומשיחתו של הרב שאמר בשר ויין שלא היו לפניו אתה למד שאילו היו לפניו והזכיר שניהם כשני נדרים דמו דומיא דשבועה שלא אשתה יין ושמן ודבש דמוקמי' לה במונחין לפניו אלמא מודה רבי שמעון בזו שהרי הוא עצמו פסק כר"ש בפרק פותחין עוד ראיתי בתוס' בפ' שבועות שתים אמתניתין דשבועה שלא אוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה דמייתי עלה הא דתניא מי שנדר שני נזירות ומנה ראשונה והפריש קרבן ואח"כ נשאל על הראשונה עלתה לו שניה תחתיה והק' ריב"ם והואיל ונשאל על א' מהם אמאי לא נשתרי בשניה מ"ש מהא דתנן קונם שאיני נהנה לכולכם הותר א' מהם הותרו כלם ותרצו דיש לחלק דהכא כיון דסליק למנין שני נזירות כמי שקבל כל א' בפני עצמו דמי והיינו כההיא מתני' דפת חיטין פת שעורין פת כוסמין דכיון דנחית למנין ולא כייל להו הו"ל כל א' שבועה בפני עצמה דאילו להא דר' שמעון אין מונים אלא במנין השבועות שהזכיר או במנין הקונמות ולפי שיטה זו כאן בנדון שלפנינו שהסכימו בברירת האנשים המורשים ההמה ועוד הסכימו שלא להשיג שום השגה אם לא ברשותם ועוד הסכימו שלא יוכלו להתפשר עם המלוים אלא על פיהם אע"פ שלא הזכירו חרם וגזרה על כל דבר ודבר הואיל וחלקום בשתי דברים שהיו יכולים לומר שלא ישיגו שום השגה ולא יתפשרו עם המלוים זולתי על פיהם משמען של דברים לעשותן שתים ועדיפא טובא מפת חיטין פת שעורין דאמרינן פת פת למה לי ש"מ לחלק וצריך אני להתישב ולעיין בישוב שמועות הללו עוד אשקוטה ואביטה ומבלעדי זאת היאך יכניסו ראשן אלו המתירין בסלע המחלוקות במה שנחלקו בו אבות העולם אי הלכה כר' יהודה דאמר לזה ולזה חייב על כל א' וא' שכן פסק הרמב"ם ז"ל וסיעתו או הלכה כר"ש ועוד אפי' תימא הלכה כר"ש כמה רב גובריהו להקל במאי דמבעיא ליה להרא"ש ז"ל אי בשני דברים דלא שייך החלפה לא אמרינן נדר שהותר מקצתו הותר כלו דכל ספק מהם יש לנו להחמיר דספק של תורה הוא כ"ש בהצטרף שניהם.

וראיתי בפסקיו של החכם השלם אלו' התור' נר"ו שיש מן הרבני' שיחיו שרצו לגרוע כח ההסכמ' הקדומה מחמת שראו שכמה פעמים נטפלו אנשים קרובים למלוים לפשר ביניהם והחכמי' והרבני' מעידים על ההסכמות וזה הוא הפך הסכמת הראשוני'

שהסכימו בגזרת נח"ש שלא יטפל שום הפסול מחמת קורבה בעסקים והפרשות שבין המלוים והק"ק ואיני רואה להם בדברי אלו סעד כי הסכמ' מקובלת ומאושרת מגדולי הדור בהסכמת של הק"ק איך תתבטל בזה לומר מסתמא הותרה דאוקי איסורא אחזקתיה כל שלא ידעי' בבירור שהותרה ואולי עברו עליה בין בשוגג בין במזיד לא מפני כך תבטל והיה איפשר לדמות הדבר להא דאמר' בפ"ק דחולין העיד ר' יהושע בן זירוז בן חמיו של רבי מאיר לפני רבי על רבי מאיר שאכל עלה של ירק בבית שאן והתיר רבי את בית שאן על ידו דאע"ג דנהגו איסו' לעולם שם כדאמרי' מקום שאבותיך ואבות אבותיך נהגו בו איסור אתה תנהוג בו התר ואף על פי כן התיר רבי באותו עדות שאכל רבי מאיר עלה של ירק ואילו היתה ארץ ישראל לא היה אוכל בלא מעשר ואף כאן שנעשה הדבר בפני החכמים והרבנים ולא מיחו היא ראיה שביטלו את ההסכמה ולא דמי כי אין מחתימת הרבני' להעיד על ההסכמת ראיה כי שמא הקהל עשו מדעתן שוגגין או מזידין ולא מפני כך יהיה מעשיהן בטל אם עשו מדעת הקהל והם חתמו לחזק את הדבר ושלא יתבטל מה שגזרו ומה שעשו ועוד כי אולי עלה בדעת הקהל לומר שאותה ההסכמה הואיל ולא נעשית אלא לתועלת הקהל אם הקהל מתרצין בכך מותר והרבנים שחתמו לא חתמו אלא להעיד על קיום הדברים לא בשביל כן נאמר שביטלו את ההסכמות: ועוד זכינהו לרבנן החכם השלם נר"ו דשמא מה שנטפלו אותם הקרובי' היה שנבחרו בו ועד כללי ע"פ שני שלישי הקהל כי בזה התירו כמו שהוא מפורש בהסכמה ואין לומר ואם איתא קלא אית לה למילתא אם נעשה בועד כללי ובהכרזה כנהוג דכל שהאיסור הוא ודאי אין להתיר מספק כל שאנו יכולים להעמיד הדברים בענין שלא בטלו ההסכמה דהעמד איסור על חזקתו ומספק אתה בא להתירו אל תתירנו מספק ודמיא להא דתנן בפרק כל הצלמים המוצא שברי צלמים הרי אלו מותרים ודיקינן בגמרא הא שברי ע"א אסורין ומסיק ע"א ודאי עבדוה מי ימר דבטלה הוי ספק ודאי ואין ספק מוצי' מדי ודאי ואין להוכיח שבטלה ממה שהיא שבור' לפנינו דאני או' מאליה נשתברה וכן גבי כתמים תנן ותולה בכל דבר שהיא יכולה לראות אפי' בדבר הרחוק כגון מכה ויכולה להתגלע וטובא דאיכא התם משום דסמכינן אחזקת היתר שיש לה ובפרק אלו טרפות גבי נקב בריאה היכא דאיכא למתליה בידה דטבחא או בזאב או בתולעים תולין להקל דהואיל ויש לו חזקת היתר כל שכן שנתלה להחמיר הואיל ואיכא חזקת איסור ובכוליה תלמודא אמרינן הכי אין ספק מוציא מידי ודאי אף כאן אם נוכל להעמיד הדבר בענין שלא יסתור את ההסכמות עבדינן ולא אמרינן אם איתא שעשה בועד כללי ועל פי שני שלישים קלא הוה למילתא כדאמרינן בס"פ האומנין גבי בי ריסתקא דמחוזא שכיחי רבי' וקלא

אית לה למילתא דהואיל וכבר עברו שנים הרבה לא דכירי אינשי דמילתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתיה ואדרבא איפכא איכא למימר אם איתא דבטלוה קלא הוה ליה למילת' לפי שלא היה איפשר לבטל אותם ההסכמות כי אם בוועד כללי והכרזה כנהוג ובהא וודאי רמיא עליה דאינשי לפי שהוא דבר נוהג לדורות והיה להם לכתוב את הדברי' בעט ברזל וצפורן שמיר למען יעמדו ימים רבים ועוד אפילו תימא שביטלו אותה ההסכמה לא בשביל זה נאמר שגם שאר דברי ההסכמה בטלו אפילו אם היו כלן בהסכמה א' ונדר א' לכולן אין מקום לומר נדר שהותר מקצתו הותר כלו דבחרמי צבור הנתרין על פיהם מיגז גייז ולא עקרי ודמי להפרה דבעל דתנן בפרק בתרא דנדרים קונם תאנים וענבים שאיני טועמת הפר לתאנים אינו מופר עד שיפר אף לענבים ובמקום אחר הארכתי בזה על פי שיטת הראשונים נוחי נפש ומנא תימרא דאין ראיה ממה שלא מיחו בידם דכי האי גוונא אשכחן בפרק השולח גבי עבד דאמר ריב"ל עבד שהניח תפילין בפני רבו יצא לחירות ופרכי' מדתניא או שהניח תפילין בפני רבו לא יצא לחירות אמר רבא בר שילא כשרבו הניח לו תפילין דחזק' אי לאו דשחרריה לא הוה מנח ליה תפילין אבל הוא מעצמו אע"פ שהוא בפניו אינה ראיה וכה"ג תניא גבי עבד שנשא בת חורין בפני רבו יצא לחירות ופרכינן עלה ומסקי' כדרבא בר שילא בשרבו השיאו אשה דאמרי' אי לאו דשחררי' לא הוה מעבד איסור' על ידו אבל נשא בת חורין בפני רבו אינה ראי' לומר ששחררו ממה שלא מיחו אף אנו נאמר שאין ראיה ממה שלא מיחו לומר דודאי בטלו ההסכמה דשמא לא נמלכו בהם או שמא מיחו ולא קבלו ובתר דעברו חתמו על הדבר לקיימו והא דאמרי' בהקומץ רבה מעשה בתלמידו של רבי עקיבא שהיה קושר תפיליו בלשונות של ארגמן ולא אמר לו דבר איפשר אותו צדיק רא' תלמידו ולא מוח' בו א"ל הן לא ראה אותו ואי ראה אותו לא היה מניחו וכן אמר שם בהורקנוס בנו של רבי אליעזר הוה אתמוהי קמתמ' היאך לא מיחה בו דקס"ד ראה ולא אמר לו דבר וכההוא דר"פ הישן דמייתי ר' יהודה ראיה נוהגים היינו שהיינו ישנים תחת המטה לפני הזקיני' בסוכ' ולא אמרו לנו דבר ובפרק הנזקי' גבי אפטרופוס שמינהו אבי יתומים וכו' אמרי' ההוא אפטרופוס דהוה בשבבותיה דריב"ל דהוה מזבין ארעא וזבין תור' ולא אמר ליה ולא מידי סבר לה כר' יוסי דאמר מימי לא קריתי אלא לשורי שדי כל הני עובדי כשרואי' מעש' לפניה' ולא אמרו דבר ראיה היא אבל ממה שרבים עברו ולא נענשו אינה ראיה דמי ימר דמקבלי מנייהו וצייתו לרבנן אי נמי לא נמלכו בהם שאם נמלכו בהם היו מוחין בידם והכי אמרי' בפ' אלו מגלחים אהא דמייתי ראיה בר הדיא דמותר לכבס כלי פשתן במועד דלדידי' חזי ליה ימא של טבריא דמפקי' לה משכלי דמאני דכתנא בחול' דמועדא

מתקי' לה אביי מאן לימא לן דברצון חכמים עבדי דילמא שלא ברצון חכמים עבדי ותו אמרי' בפרק השולח גבי הא דתנן אין פודין את השבויין יתר על כדי דמיהן משום דוחק' דצבורא או משום דלא ליגרו בהו דבעי למפש' מהא דלוי בר דרגא פרקא לברתי' בתריסר אלפי דינרי ודחי אביי מאן לימא לן דברצון חכמים עבד והכי פסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל ושאר רבוותא דטעמא משום דלא ליגרו בהו ולא חיישינן להא דלוי.

גם מה שרצו לומר דודאי נתבטלו אותם ההסכמות הקדומות מחמת שראינו שאחרים בכמה שנים ובכמה זמנים העמיסו על הקהל יותר הרבה ממה שכתוב בהסכמות ההמה וגם מזה אין סעד לדבריהם כלל כי אין במה שוותרו הקהל ראיה שעשו כן שלא להחזיק במחלוקת כי מי יוכל להיו' תמיד בתגר ומריבה רצו לוותר לפי שעה ועתה עומדים על דין תורה כדאמרי' בפרק חזקת והא אית לי סהדי דאתית באורתא ואמרת לי זבנא ניהלי אמר ליה אמינא איזבון דינאי אמר רבא עביד אניש דזבין דיניה פי' ר"ח אמינא איזבון דינאי אע"פ שהיא שלי איני מוציאה מידו בלא מריבות ודינים אקנה אותם המריבות והדינין באלו המעות כ"ש שאותה ההסכמה המודפס' העשויה בצום גדליה שנת רצ"ט היא מפורשת חוסמת כל פה שביארו שם שאם באולי איזה הפרש יתייליד ביניהם יוטל על מעל' הרבנים ולמען יהיה שלו' מתווך ביניהם יהיה כח ביד' לפש' דב"מה אך תנאי זה הותנ' מדע' כלם שאם באולי לימים ימצא שהעמיסו את הקהל יותר על שלשים לק' יחוייבו להחזיר הטעו' אשר ימצא בפסק או בפשר ההוא אם לא ימצא שרוב הקקי' מחלו בפי' על ההסכמה זו נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סט

ליוניץ"יאה עוד זאת להחכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר ברוך ן' ברוך נר"ו אשר כתבתי על מקצת דברים שבאו בפסק החכם השלם הנז'.

שאלה כתב מר דלענין דינא בכל הנהגות הציבור לעולם אזלינן בתר רובא ואין חילוק בזה אם אותו הרוב עניים או עשירים או הדיוטות והביא ראיה מתשובת מהר"ם שהביא מהר"י מינץ בתשובותיו ונתקשה מר בתשובת הרא"ש שבכלל ז' שכתב שם על עסקי ממון הולכים אחר רוב ממון ודחק להעמיד' בענין פרטי שיש הפרש ביניהם ע"ע ממון קצתם רוצים שיפרעו כך וכך וקצתם אינם רוצים לא יתכן שיסכימו רוב העניים לסדר על פרטי זה אלו דבריו.

ובעניותי דברי הרא"ש אותם אני תופס עיקר וכללא הוא כל עסק של ממון הולכים אחר רוב ממון ופשיטא שאין הכוונה אחר רוב ממון ממש שאם היו שנים בקהל שפורעי' יותר מכל הקהל הולכים אחריהם חלילה דלעולם בתר רובא אזלינן שבענין פריעת

ממון והם רוצים עכשיו להסכים בענין אחר אם לפרוע אם לתת אם ללות אם למחול תהיה ההסכמ' על פי רוב פורעי ממון אבל אותם שאינם פורעים או שהם פורעים כסף גולגלתא ואינם פורעין המס לפי הממון אינם מכלל הרוב משום דלא שייכי ביה הילכך כל ההנהגות על עסקי הממון לא יתנהג אלא על פי רוב פורעי המס ואותם דשיירא שעמד עליה גייס לא הביאה הרא"ש ז"ל אלא דוגמא להוכיח ממנה שחוקרין אחר שורש הענין ולא כל הדברים שוין ורוב ממון דקאמר הכא רוב פורעי ממון שהם רוב דעותיהם והן הן דברי מהר"ם ז"ל שכתב נראה בעיני להשיב כל בעלי בתים שפורעים מס וילכו אחר הרוב הרי שהוציא הרב ז"ל אותם שאינם פורעים כדין עניים או תלמידי חכמי' או עוסקי' בצורכי צבור שאינם פורעים אבל אותם שפורעי' מס כולן שוין העשיר בעושרו והעני ממנו בעניו דלפום גמלא שיחנא וכ"כ יזהר אותו העני על פרוטה שלו כמו שהוא נזהר העשיר בדינר שנוגע לחלקו כיון שהפרעון הוא לפי חשבון ממון הילכך אזלינן בהו בתר דוב דיעות אבל אותם שאינם פורעים בערך אלו ודאי דלא מצטרפי לרוב' כיון דלא שייכי בה ואולי לא יחושו לבזבז הואיל ואינהו לא מחסרי ממונא וזה ימים שרציתי לדקדק כן שכל שאין יד כולם שוה אינם מצטרפים לרוב מדתנן בפ"ד דפאה הפאה ניתנת במחובר לקרקע אפי' צ"ט אומרים לחלק ואחד אומר לבוז לזה שומעין שאמר כהלכה ותניא כתיב תעזוב הנח לפניהם והם יבזבזו אפי' צ"ט אומרי' לחלק ואחד אומר לבזבז אפי' בריא אפילו ידיו יפות לזה שומעין שאמר כהלכה יכול בדלית ובדקל כן ת"ל אותם אפי' צ"ט אומרי' לבוז וא' לחלק אפי' זקן אפי' חולה לזה שומעין שאמר כהלכה וממתני' שמעי' שכל שאמר כהלכ' לא אזלינן בתר רובא אלא אפי' יחיד שומעין לו ואתיא ברייתא לפרש יותר אפי' היה זה אומר לבוז בריא כלומר גבור וסומך על כחו או שידיו יפות וסומ' על חריצת ידיו שהי' בדין שאפי' הם היו הרוב לא יעשו הכרעה שנוגעים בדברהם דלכך אומרים לבוז ליפות כחן ולהורע כח האחרים שהם חסרי כח קמ"ל דשמעין לו אע"ג דשייך בדבר הואיל ואמר כהלכה שאם לא כן אין הברייתא משמיענו כלום לומר אפי' בריא או ידיו יפות דהא אשמועי' דא' כנגד מאה שומעין לו וזו היא סברת הרא"ש ז"ל מדעתו הרחבה וכך הם דברי מהר"ם כדכתבי'. עוד בא הארון בספרך אשר כתבת שהואיל וההסכמ' ההיא ואותה הבריר' נעשית על פי דייני הגוי' ועברו תורות חלפו חוק לשים אותה בפלילי' מעשיה' בטל אפי' אם יסכימו כל הקהל לעשותם דקי"ל כרבה בפרק קמא דתמור' כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אלו דבריו וכמדומ' לי שלמד מר לומר כן ממ"ש בהגהו' מרדכי בס"פ שבועות שתים בשם הר"י בר פרץ מי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור או לא

ימחול ועבר ומכר או נתן אין במעשיו כלו' כדאמרי' בכתובות כיון דאמור רבנן לא ליזבין אי זבין לא הוי זביני זביני ומסתמא אין אמיר' דרבנן גדו' משבועתו וא"כ אין במעשיו כלום ובפ' קמא דתמור' אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני רבא אמר לא מהני עיין בפרק כל המנחות באות מצה נתן עליה לבונ' ילקטנה ובפ' ארבע' אחין למאן דאמר מאמר קונה קנין גמור מאמר דהיתרא קני מאמר דאיסורא לא ואני אובין ואדון לפניך דבענין זה ולא כיוצא בו לא שייכא ההיא דתמורה כלל דע"כ לא אמרינן כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד היינו אם עביד אותו המעשה הפך מה שאמרה תורה לא מהני ליה ומעשיו בטלין ודברי תורה קיימין כגון לא יחליפנו ולא ימיר אותו אם המיר אי לאו קרא דוהי' הוא ותמורתו הוה אמינא לא מהני ואינו מומר לקיים מה שאמר' תורה לא ימיר וכן חרמי כהנים דאמר' תור' לא ימכר ולא יגאל ואע"פ שפדאו לא עשה כלום שהרי אמר' תור' לא יגאל וכן כל הנך דמייתי התם וכל מי שעש' מעש' באיסור שאותו האיסור כבר נעש' ואי אתה יכול לתקנו כגון זה שהלך לעש"ע ועבר על האיסור כלום יש בידך לתקן מה שעוות מעתה אותו המעש' שנעש' בפניהם נעש' כדין בלי שום אונס ובהסכמת הרוב אטו לפי שהי' בפניהם יתבטל דבענין זה שנעש' לא אמר' תור' לא תעביד שאין איסור בגוף המעש' אלא במה שהי' בפני גוים והעמד' בפניהם א"א לבטל' והא דתנן בפרק עד כמה הנוטל שכר לדון דיניו בטלים לעולם הית' קשה עלי ואם דן את הדין וזכה את הזכאי וחייב את החייב מאי דיניו בטלים דקאמר והייתי מעמיד' בשודא דדייני דומיא דההיא דפרק עשר' יוחסין דאמרי' נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי ופריך ונהדר ונדייניה ומוקי לה בשודא דדייני וראיתי לתוס' ז"ל בפרק הכותב גביה ההוא דאמר נכסי לטובי' דאמרי' שניהם חכמים שניהם קרובים וכו' שודא דדייני פירש ר"ת יתן הדיין לכל מי שירצ' ומקשו בתוס' א"כ יתן הדיין למי שיתן לו ממון יותר ותרצו שכל דיין שנוטל שכר לאו דיינא היא וקרובים דברי להיות כדבריהם ועוד יש לי להעמיד' בשהוד' לפניו שיכול לחזור בו ואם הוחזק כפרן בפניו לאו כלום הוא ועדים שהעידו בפניו חוזרים ומגידים והא דלא מוקי לה בקידושין בכי האי גוונא משו' דאמרי' התם בד"א כשבעלי הדין לפניו אבל אין בעלי דינים לפנינו אינו נאמן פרש"י דלא רמיא עלי' למדכר ואי בכה"ג עדות הוא ואמאי לא מהימן להכי מוקי לה בש"ד ודאתינ' עלה לשיטתי' דמר מושך בשור ובחמור ע"מ להקנותם לא יקנ' דעבר אמימרא דרחמנא דתנן בכלאים ואסורי' לחרוש ולמשו' ולהנהי' וכן גדר ופרץ בשבת לא ליקני דעבר אמימרא דרחמנ' וכן המקדש א' מכל חייבי לאוין בביאה לא תקדש דעב' אמימרא דרחמנא וכי תימא ה"נ אם כן מאי פריך בההיא סוגיא דתמורה והשתא דשנינן

כל הני שינויי אביי ורבא במאי פליגי ודחיק לבסוף לומר דלא פליגי אלא במסבר קראי והיינו דקאמר בשינוי קונה פליגי פרש"י ולא אתפרש לן דלהוי מידי בינייהו אלא תירוצי דהני תיובתא דמר אית ליה דמשום דמהני ולא מהני הוא ומר אית ליה משום טעמא דקראי והיינו דקאמר בשינוי קונה פליגי וכתוב שם בגמרא ל"א בהני שינוי דשנינן והיא גופא לישנא קמא אלא פרש"י שזה לשון ירושלמי וזה בבלי ושם כתוב בתוך פרש"י ונראה בעיני בשינוי קונה פליגי כההיא דגוזל עצים ועשאן כלים דתנן משלם כשעת הגזלה דפריך מינה לרבא לעיל ומשני שאני התם דכתב רחמנא אשר גזל דבעינן כעין שגזל והשתא משני דרבא ס"ל כמאן דאמר שינוי לא קני דפלוגתא היא התם ומתוך הדברים שם מוכיח שאינו פרש"י אלא גליון מבחוץ ואינו עיקר ולדבריו קשיא הלכתא אהלכתא דבהא קי"ל כרבא לגבי אביי ובההיא קיימא לן כסתם מתני' דמשל' כשעת הגזל' ושינוי קונה ועוד רבא גופיה אית ליה התם בהגוזל דכולי עלמא שינוי קונה ופליג אדאביי ואמרי' ר"ש בן יהודה וב"ש וראב"י וכו' כולהו ס"ל שינוי במקומו עומד ופריך רב פפא איכפול כל הני תנאי לאשמועינן כבית שמאי ומשני רבא ממאי דילמא דכ"ע שינוי קונה וכו' אלא העיקר הוא כדברי רש"י דמשמעות דורשין לבד איכא בינייהו. מכל מקום קשיא לדברי מר מאי מבעיא ליה לתלמודא במאי פליגי והא טובא איכא בינייהו דכל מילתא דעביד באיסור אם מהני אי לא מהני ועוד גרסינן במרובה אמתני' דגנב ומכר בשבת חייב והתניא פטור ומוקי לה רב כפא באומר זרוק גניבותיך לחצרי ותקני לי גנבותיך הרי שהוא מקני קנין באותו מעשה דעבר אמימרא דרחמנא ועוד מוקמי' לה התם באומר עקוץ לי תאנתי ותקני לי גניבותיך ואף על גב דכי תבע לקמן בדינא לא אמרינן ליה זיל שלים דמחייב בנפשו הוא מכירה הויה מכירה כדרמי בר חמא דאמר אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו אף על גב דכי תבע ליה לקמן בדינא לא אמרי' ליה זיל שלים כי יהיב לה קונה והוי אתנן ועוד לשיטתו המאנה את חבירו פחות משתות לא יתקיים המקח דעבר אמימרא דרחמנא דלא תונו אפי' בפחות משתות איתיה כל שהוא שוה פרוטה תדע דבריש פרק איזהו נשך אמרינן למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל לאו בריבית לאו בהונאה ומצריך להו אם כן לא ליקני ואנן קי"ל בהזהב שתות קנה ומחזיר הונאה פחות משתות נקנה המקח והויא מחילה ותו דבפ' איזהו נשך אמרינן אי יהיב ליה גלימא בריבית' כי מפקי' מיניה גלימא מפקי' מיניה דלא לימא מכסי בגלימא דרבית' אלמא אי לאו האי טעמא קניא ליה גלימא אף על פי שהמקח נעשה באיסור ועוד העובר על בל תוסיף שמא אם הוסיף לא עשה ולא כלום מפני דעבר אמימרא דרחמנא הא אמרינן בפרק המוצא תפילין אפלוגתא דר"ג ות"ק דתנן מוציאן זוג זוג ר"ג אומר שנים

שנים דכ"ע לצאת לא בעי כוונה והכא לעבור על בל תוסיף קמפלגי ת"ק סבר לעבור משום בל תוסיף לא בעי כוונה פי' ונפיק ידי חובתיה וקעבר משום בל תוסיף. ובפרק תמיד נשחט תנן השוחט את הפסח על החמץ עובר בלא תעשה והביאה בתוספות שם ברייתא שהיא שנויה בתוספתא והפסח עצמו כשר ויוצא בה ידי חובתו בפסח ויודע אני כי עוד יש שמועות רבות בתלמוד לסתור הענין הזה ומר הכי דאין לכל אלמי דכוותייהו. ומקום היה כאן בנדון דידן לומר שאם מה שעשו מברירת אותם הי"ח איש יהיה הפך ההסכמה והחרם הראשון שהסכימו שלא יתפשר אדם עם המלוים אם לא בהסכמת המורישים לא תהיה אותה ברירה כלום אף על פי שנעשה כהלכה לפי שלא הותר להם החרם הראשון והוה ליה מידי דאמר רחמנא לא תעביד באותו המעשה עצמו וזה לפי אות' הגה' מהמרדכי שהבאתי לעיל אלא בהא אנהרינהו לעיינן רבותינו בעלי התוספות שכתבו שם בתמורה שכל איסור שבא מעצמו כגון נשבע שלא לגרש את אשתו וגרשה שהוא בדה את האיסור לא אמרינן בכי האי גוונא דלא מהני עכ"ל. ואי אמרי' שחרמי צבור חמיר טפי ואלימי לאפקועי ממונא שיהיה מעשה העובר על דבריהם בטל הכי כתב הרא"ש ז"ל בתשובה שם דדוקא שא"א לבטלן דכל הנך דמייתי התם אבל התקנה שהתקינו בחרם שאיפש' לשנות' לבטל החרם בהא מודה רבא דמהני.

עוד כתב מר בענין ההסכמות אם שלה' התר כשאר חרמי ציבור שכשמסכימי' להתירן הרי הם מותרין והביא מדברי הר"ן ז"ל שכתב שכל שהתנו בפירוש שלא להתירו או שאמרו ע"ד הקהילות הרחוקות וכיוצא בזה שמחשבתן נכרת שהן מוציאין אותו מכלל מנהגם חזר אותו החרם לדינו וכל שהודר עד"ר אין לו התרה והביא ג"כ תשובת הרשב"א ז"ל כיוצא בזה והוסיף הרא"ה ז"ל שכל שהוסיפו חומר בחרם על מנהגם הראשון וכו' גלו בדעתם שלהחמיר באו ואינו ניתר כשאר הסכמות והנה בנ"ד החמירו כלשון ההסכמה וכו' ונתקשה מר בתשובת הרא"ש ז"ל בכלל ח' שכת' אמרי' התנו הציבור שלא לעשות התרה ולא התרה להתרה אמרי' נמצא שהקהל נדו והחרימו לקיים גזרתם ואחר כך החרימו וגזרו שלא להתיר יתירו חרם האחרונה ואחר כך יתירו החר' הא' והנה זה הפך דברי הרשב"א והר"ן ז"ל וחתר להסכים דבריהם לומר שאף הרא"ש יודה בהתנו שלא להתיר או על דעת קהלות הרחוקות וידע מר שאע"פ שטרח לזווגן אין זיווגן עולה יפה דמה בין התנו שלא להתיר לשלא לעשו' התר' אטו שלא לעשו' התרי גרע מאם החמירו בה חומרו' יתר על מנהג' הראשון שאמרו מחשבתם ניכרת מתוך דבריה' דלהחמיר באו שלא יהיה נתר כשאר חומרות כל שכן כשפירשו ומטיבותיה דמר אמינא שדברי הרא"ש ז"ל חלוקין הרבה מאד מדברי הרשב"א והר"ן וקשה לזווגן כקריעת ים

סוף ושורש מחלוקתן תלוי בעיקר טעמן של חרמי ציבור שניתרין בלאו חקירת חכם לפי שאביהן של ישראל הרמב"ן ז"ל הוא הראשון שנתעורר וקרא תגר על הדבר כמו שכתב במשפטי החרם אשר לו עד שהעלה ואמר שהואיל וכבר נהגו בכך לעולם כל קהילות הקדש נמצא שכשמסכימין מתחלה על דעת כן מסכימין שלא יהיו אסורין אלא עד שיסכימו להתיר ודמה הדבר למה שאמרו באשה שבעלה הפר נדריה כדרב פנחס כל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת וכדבריו אלו תפסו הגדולים שותה מימיו הרשב"א והרא"ה והר"ן והריב"ש ז"ל בכל תשובותיהם נמצא לפי שיטה זו כל שהן גלו דעתם בפי' או שמחשבתם ניכרת מתוך דבריהם שלא יהיה ניתר בהסכמתם וכל שכן אם אמרו בפי' שלא יוכלו להתירו הרי חזר הדבר כשאר נדרים ושבועות שאין להם התר אלא בחקירת חכם והרי אינן יכולין למחול לעצמן ולא שייך בהו טעמו של הרא"ש שהוא כשני נדרים ויתירו חרם האחרונה שהסכימו שלא להתיר ואחר כך יתירו החרם הראשון שאין בידם להתיר לא ראשונה ולא אחרונה דקי"ל הוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו עוד נמשך מכלל שיטה זו דהואיל ולהתירו של בעל אנו מדמין אותו הוי ההפרה דומיא דבעל דמגז גייז ולא דמי להתרת חכם דעוקר את הנדר מעיקרו דאמרי' בפרק שבועות שתים אפי' כפתוהו על העמוד נשאל ומתירין לו וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשוב' סי' תרצ"א וז"ל ועל כן נראה לי שאין נדרי ציבור נתרין אלא מכאן ולהב' על מה שעב' אינו ניתר דהתר ציבור מגז גייז לה בהפרה דבעל אמר שמי שעבר עד שלא הותר נענש דומיא דאשה דתנן בפרק מי שאמר הריני נזיר האשה שנדרה בנזיר והיתה שותה ביין ומטמאה למתים סופגת את הארבעים ומפרש לה תלמודא דאפילו הפר לה הבעל אחר כך לוקה דבעל מגז גייז ועוד נ"מ שיש להתיר ההסכמות והחרמות עד שלא חלו דומיא דבעל דתניא בשלהי נדרים קונם שאיני נהנה לך אם אני עושה על פי אבא ועל פי אביך רבי נתן אומר לא יפר וחכמים אומרים יפר ומסקנא כדרב פפי דאמר מחלוקת בהפרה אבל בשאלה דברי הכל אין חכם מתיר אא"כ חל וכן כתבה הרשב"א ז"ל בתשובה אחרת הביא' מהר"י קארו ז"ל שאפילו לא בא הזמן ולא חל הנדר יכולין להתיר והטעם משום דמגז גייז דבשלמא חכם שצריך לעקור הנדר מעיקרו אם עדיין לא חל א"א לעקור אבל למיגז בכל ענין גייז אבל הרא"ש ז"ל כתב בכלל ח' על תקנה וחרם של הקהל שאם חזרו והתירו חכם עוקר את הנדר מעיקרו וכאילו לא היה כאן חרם ועוד יש ללמוד משיטתם ז"ל שאם התירו הקהל מקצת אין השאר מותר ולא אמרינן בכי האי גוונא נדר שהותר מקצתו הותר כולו דציבור מגז גייזי ולא עקרי ודומה להפרה של בעל דתנן בשלהי נדרים יפר חלקו ומשמשתו ותהא נטולה מן היהודים ותנן נמי הפר לתאנים אינו מופר עד שיפר אף לענבים ואע"פ

שכתבה מפורש הרמב"ן ז"ל במשפטי החרם וז"ל מעתה נלמוד לפי דרכינו שממתירין מקצת החרם וסבורין שהותר כלו טעות גדול טעו שאין הדין נותן כן אלא בהיתר הנדר והשבועה שחכם פותח להם פתח ועוקר הנדר מעיקרו טעות עכ"ל. מכל מקום הוצרך הדבר לאומרו לפי שהיה מקום לבעל הדין לומר דהרמב"ן ז"ל לשיטתיה אזיל שהוא סבור שאין אומרים נדר שהותר מקצתו הותר כלו אלא בנדר הניתר ע"י פתח דאדעתא דהכי לא נדר ודומה קצת לנדרי טעות אבל התירוהו בחרטה אין כל הנדר ניתר אלא מה שמתחרט בו כמ"ש הר"ן ז"ל משמו בפרק ד' נדרים אבל לדידן אי קי"ל כשאר רבוותא דסברי דאף בחרטה אמרינן הכי אין ראיה מדברי הרמב"ן ז"ל לכך נראה שהדבר מעצמו הוא מוכרח כיון דגייזי ולא עקרי כדכתב הר"ן בגזיזת מקצת לא הותר כלו.

ועוד יש לי ללמוד מדבריהם שאין צריך לבטא בפיהם לשון התרה כדין התרת חכם אלא משהסכימו לבטל את הדבר ואמרו לרבים עשו כן הרי הוא בטל דגבי הפרה דבעל נמי אמרינן בסוף פרק נערה המאורסה דתניא בית הלל אומרים אחד זה ואחד זה פי' בין בחול בין בשבת מבטל בלבו ואין צריך שיוציא בשפתיו ובלבד שיאמר לה טלי אכלי טלי שתי מיהו הר"אש ז"ל בתשובה מוכח דסבירא ליה דכל שלא התירו בלשון התרה אף על פי שעשו הסכמה הפך ממנה אין יכולין לעבור על הראשונה ואין השניה כלום אלא שהרא"ש ז"ל דרך אחרת דרך בעיקרי הדברי' והוא מה שכתב בהלכותיו בפרק שבועות שתים אההיא דשבועת משה ע"ד המקום ב"ה כי היכי דלא תהוי הפרה לשבועתיהו וא"ת והיאך מתירין חרמות הקהל בלא פתח וחרטה ולא התרת מומחה ויש לומר דחרמות שמטילין על הציבו' אין להם דין נדרי' וחרמי' אלא כעין גזרה ונידוי שמנדי על כל מי שיעבור על גזרתם הילכך מנדין ומתירין הם בעצמם וכן ביאר בתשובותיו ואמר אפילו אם הזכירו לשון שבועה אין דעתם אלא לנדות ולהחרים שהוא החרם הוא השבועה ולכך חלה אף על הדורות הבאים שאילו היתה שבועה א"א להשביע את הנולדים לאחר זמן נמצא לפי שיטה זו אפי' גלו דעתם ואמרו שלא ישאלו התרה ולא יהיה להם היתר לעולם כל זה גזרת עצמן היא וכל שהן מתירין גזרה זו האחרונה חוזרים ומתירין את הראשונה שכלן יש בידן להתירם ועוד לפי שיטה זו כשמסכימין להתירו יכולין הם לעקור את החרם מתחילתו שהם גזרו והם עקרו לכך כתב באותה תשובה סימן ד' שמשהתירו את החרם כאילו לא היה חרם מעולם ולפי זה היה מקום לומר דגם אם הותר מקצתו הותר כלו כדין שאר נדרים ושבועות.

מיהו עדיין יש לפקפק שאפילו תהא נידוי וגזרה כשבאין להתירה לא מקרי אלא גייזי שכן כתב הר"ן ז"ל בפרק ד' נדרים גבי נדר שהותר מקצתו הות' כלו וז"ל ודוקא בהתרת

חכם הוא דאמרי' נדר שהותר מקצתו הותר כולו לפי שחכם עוקר את הנדר מעיקרו אבל בהתרת חרם או נידוי אם החרים או נידה עשרה בני אדם והותר אחד מהם הוא הותר וכלן אסורין.

ונראה בעיני שאין דרכים אלו סותרים דברי הרא"ש ואף הרא"ש יודה בזה דודאי מי שנתנדה או מי שעבר על חרמי ציבור וחלה עליו שמתא או נידוי ודינו לנהוג בימי נדויו כמו אבל כשמתירין לו מכאן ולהבא הוא ניתר ואינו נמחל למפר' אבל חכם או ציבור שגזרו חר' לעשות כך וכך ורוצים להתיר החר' והשמתא שגזרו יכולין להתיר ולמחול החר' והשבועה מעיקר' שמי שעבר עליה למפרע לא יהא עליו עונש ושמא אף בזו אם אינם רוצים להתיר את ההסכמה מעיקרא לפי שרוצים שיתנהגו בה הציבור אבל רוצים לשנותו ולגרוע פרט מפרטיה רשות בידם לבטל מקצת ולקיים מקצת ומה שנשאר יהא נשאר באיסורו כמו שהיה שלא אמרו נדר שהות' מקצתו הותר כולו אלא בהתרה שהיא ע"י פתח או חרטה אבל זה ניתר בלא פתח ובלא חרטה וכן מצאתי במרדכי בפרק לא יחפור ובהגהות אשרי שהביאו מחרמי רומי שהשיבו בחרם הישוב נדר שהותר מקצתו הותר כלו כתב להם דאין נראה לו דגזרת הקהילו' אינה חלה מתחיל' אלא כפי חפצם ע"כ אלמא מתחילה כך היא דעת המחרימין והמנדים שיהא רשות בידם לשנות ולגרוע ואדעתא דהכי החרימו ולא בשביל כן אם רצה לעקור מעיקרו לא יוכלו כדברי הרא"ש דעדיף טפי מבעל דבעל גייז ולא מצי מיעקר לפי שאין האיסור בא מחמתו שהרי הוא לא נדר אבל חכם שהחרים יכול למיגז שע"ד החרים ויכול למיעקר שהוא המחרים והפה שאסר הוא הפה שהתיר הילכך גבי חרמי ציבור נותנין להם כח היפה שבהתרה וכח היפ' שבהפרה. הרחבתי כאן מעט בדבר הזה לפי שלמדתי בו שני דברים לענין נדון שלפנינו חדא לדברי אותם שרצה להתיר ולומר שההסכמות נתבטלו ממה שראו בכמה פעמים שנטפלו קרובים המלוים בפשרתם מה שהוא נגד ההסכמה וכבר כתבתי בקונטרס על זה ואף לפי שיטתם אף אם הותרה איתה ההסכמה על פי הקהל שאר דברי ההסכמות לא הותרו דלא אמרינן בחרמי ציבור הותר מקצתו הותר כלו. ועוד למדתי שכשמסכימין להתיר אינם צריכים לבטא בפי' לשון התרה אלא כל שהסכימו להתיר והודיעו לרבים או שעשו הסכמה אחרת הפך הראשונה הרי הוא הותר דומיא דהפרה דבעל ומר ניהו רבה הביא בתשובתו להוכיח מדברי הרא"ש דלא על הסתם ממה שיסכימו להפך הותרה אלא צריך שיתירו בפירוש ואין מדברי הרא"ש ראיה דהרא"ש לשיטתיה אזיל ולית ליה הך טעמא לומר דמתחילה ע"ד עשו דומיא דהפרה דבעל כדברי אותם הגדולים ס"ל אלא אמר דכעין גזרה ונידוי הוא וזה ודאי צריך הפרה בפי' ואינו ניתר מסתמא ולדבריו ז"ל

לא מהני שיאמר שליח ציבור הותר הנדר אלא המחרימין עצמן יתירו דאין חכם עושה שליח להתירו אבל כל אותם הגדולי' אמרו דבהודעת ש"ץ לקהל שהן מותרין סגי שכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובותיו המיוחסות להרמ"בן ז"ל ולשון ההתרה יאמר ש"ץ לקהל הסכמת הקהל להתיר החרם ואף לא הצריכוהו שיאמר הותר החרם אלא שהסכימו להתירו והוה ליה כמו טלי אכלי דגבי אשה.

ועוד אני מתלמד בענין חרמי ציבור אף לשיטת רבוותא אף על פי שהתנו שלא יוכלו להתיר ולא לשאל על נדרם נהי דהם אינם יכולים להתיר לעצמן שהרי הוציאו עצמן מכלל סתם חרמי ציבור אבל ילכו אצל חכם או ג' הדיוטות ויתירו להם זה שנשבעו שלא ישאלו על נדרם ואח"כ יתירו להם נדר' דלעולם כח חכם לא הופקע דאף לענין אשה דע"ד בעלה נודרת ואפי' קיים לה בעל יכול החכם להתיר כדמוכח בירושלמי בפרק ואלו נדרים דכח חכם לעולם במקומו עומד לפי שראיתי בדברי מר שכתב וז"ל ועוד טעמא אחרינא דאע"ג דהוי פלוגתא דרבוותא בענין חרם הרבים אם יש לו התר' שהכל הסכימו דמן הדין אין לו התר' אלא לדב' מצוה וכו' וסיים ואמר לו ואם כן מן הדין לא היה הפרה לחרם זה ומר בעי לדמויי חרם של רבים לעל דעת רבים דאין לו הפרה.

וקשיא לי דהא איפסיק' הלכתא באלו הן הלוקין נדר שהותר ברבים יש לו הפרה על דעת רבים אין לו הפרה אלא לדבר מצוה והכי מייתי בפרק השולח וחרמי ציבור לא דמו אלא לנדר שהודר ברבים תדע דמעשה גבעונים חרמי ציבור הוא וברבים ואי לאו דהיה חילול ה' בדבר היו מתירין השבועה ומר הביא דברי הרשב"א ז"ל במה שכתב בתשובה סימן תרצ"ה שורת הדין חרמי ציבור אין להם היתר לעולם משני טעמים האחד לפי שאין הנדרים ניתרין אלא בחרטה בפתיחה וחרמי צבור א"א למצוא פתח שפתחו של זה אינו כפתחו של זה וכו' והשני שאין אדם מתיר לעצמו. וגמגם מר בדבריו במה שכתב אין להם היתר משני טעמים שהטעם השני בלא הראשון לא מהני שאם הוא אינו יכול להתיר לעצמו יש לו התרה על ידי חכם וכתב שצריך לדחוק הלשון שכתב שני טעמים לשני מיני התרות אחת על ידי חכם ושנית על ידי עצמן משמע דפשיטא ליה דכל היכא דאיכא גילוי דעת דלא שייך לומר על דעת כן התנו מעיקרא אין להם התרה על ידי חכם כלל מאותו הטעם שאמר שאין פתחו של זה כפתחו של זה. וקשיא לי מעשה דגבעונים דחשי' ליה נדר שהודר ברבים שלא עד"ר כדתניא ועוד שהרי הרשב"א עצמו כתב בתשובה הביאה מוהר"י קארו ז"ל סימן רכ"ט וז"ל כל שנהגו שלא להתירה הרי הדבר נשאר על הדין ואין לו היתר לעולם בלתי אם ישאל כל אחד מהקהל בפני שלשה הראויים להתירו ושלא יהיו מכלל האנשים שנכנסו באותה השבועה ועוד בתשובותיו

המיוחסות להרמב"ן כתב על צבור שהסכימו על ענין אחד ונשבע כל אחד מהם עליו אין להם תקנה עד שיתחרטו כלם ויתירו להם שלשה אנשים שאינם מבני העיר ואם פתחם וחרטתם שוה לכלם יכולין להתיר לכולן יחד ואם לאו מתירין לכל אחד כפי פתחו וחרטתו עכ"ל. ודבריו אלו מפרשין דבריו שכתב באותה תשובה ששורת הדין חרמי צבור אין להם התרה לעולם כי לא אמר אין להם התרה לעולם אלא ע"י עצמן כמו שנהגו משני טעמים הא' שאין פתחו של זה כפתחו של זה והיאך יכולין להתיר בלא פתח ובלא חרטה כל הנדר ביחד ועוד דהם אינם מוחלין לעצמן אבל על ידי שאלת חכם שפיר יש להם היתר כל אחד כפי פתחו וחרטתו ומעתה אין שום גמגום בדברי הרשב"א כי שני הטעמים אינם אלא שלא יתירו לעצמם.

עוד כתוב במגילתו הנקראת ספר כאמתה של תורה דבר זה עניינו על כי מעלת הרבנים מצאו פתח להיתר בהסכמת ההשגה מטע' מרד במלכות ורצו גם כן להתיר ההסכמה השני' שנעשית עם זו שלא לדבר בענין פשר אם לא ברשות המורשים מטעם נדר שהותר מקצתן הותר כלו וטען עליהם מעכ"ת אף אם תמצא לומר שהכל נדר אחד למה לא ביחנו אם היו מחליפים דבריהם או מקיימין דלא אמרינן נדר שהותר מקצתו הותר כלו אלא במחלי' כדאמרינן בפרק ד' נדרים והיה להם לשאול אם מתחלה אמרו שלא להשיג השגה ושלא לדבר בפשרה בלי רצון המורשים ולבסוף החליפו לומר היינו אומרים הכל יהיה אסור בלי רשות המורשים זולתי השגת האדון דהוי מחליף אבל אם היו אומרים הפשר יהיה אסור וההשגה מותר מקיימים דבריהם והרבנים האלו דברו ולא שאלו כלל עכ"ד.

ואין דברים אלו מחוורין אצלי דכל מי שאסר עליו ב' דברים לא שייך ביה לא החלפה ולא קיום דאין החלפה אלא מכלל לפרט או מפרט לכלל וכאן שאסרו שני דברים מחולפים שאין האחת במשמע חברתה ואין לך שם שיכלול את שתיהן שהם גזרו שלא להוציא שום השגה וגזרה מהאדון על הדבר אם לא ברשותם ועדיין אני אומר שאם מרצונם הטוב יתפשרו עמהם יכולים הם בלא רשות המורשים ואלו לא אמרו אלא זו שלא יתפשרו עמהם זהו דוקא שלא יתפשרו עמהם לדעתם אבל שמא יוציאו גזרה לעשות שום פשרה ואז תהיה הפשרה מוכרחת שהם לא עשו אלא האדון גזר או שמא יוציאו גזרה שאחרים יטפלו בדבר כמו שעשו עכשיו ובטלו את אותם המורשים ועוד שעיקר הגזרה שלא יוציאו השג' מהאדון לא נעשה אלא על המלוים שלא יוציאו השגה לעזרתם ואותה הגזרה האחרת שלא יתפשרו עמהם אינה אלא על הק"ק שלא יתפשרו עמהם כי אם ברצון המורשים נמצא ששני דברים מוחלפים הם ואין לך שם שיכלול את שתיהן שאילו היו

אומרים לעשות דבר אם לא ברשות המורשי' אין במשמע דברים אלו שלא לעשות על פי האדון שאז הם אינו עושים מדעת' או שלא תהיה ההשג' בענין פשרה אלא כמו שעשו עכשיו שהסיר האדון את אותם המורשי' ממנויי' ושם פחות אחרים תחתיה' לפקח על הדבר ואין זה במשמע שלא לעשות דבר אם לא מרשותם שהרי נתחדשו אחרי' ובטלה גזרתם אם לא שפי' ואמרו שלא להוציא שום השגה מהאדון על הדבר הזה אלא ברשות המורשים נמצא דלא שייך כאן לא החלפ' ולא קיום ואי פשיטא ליה למר דכל דלא שייך ביה החלפה לא אמרינן ביה נדר שהותר מקצתו הותר כלו הכי הוה ליה למימר דהואיל ולא החליפו אע"פ שהותר מקצתו לא הותר כלו. אלא שהרא"ש ז"ל נסתפק בדבר זה בפ' ד' נדרי' וכתב שם וצריך עיון אדם שנדר משני דברים שלא היו לפניו והזכיר שניהם בין בשעת הנדר בין כשבא לפני החכם ומצא חרטה על אחת מהם מי אמרי' הכא מודה דהותר כלו כיון דלא שייך כאן החלפה או דילמא לא אמרי' הותר כלו אלא במחליף.

סימן ע

לדמשק.

שאלה דברי ריבות אשר בין שני נכבדים ויועצי ארץ אשר בדמשק וקול התרגזם עלה באזנינו וכל אחד נגש בספר טענותיו ודבריו בלשון ראובן ושמעון ואע"פ שמסויימי' וידועים הם אצלי כראובן ושמעון יהיו לי לא אשא פני איש ואל אדם לא אכנה ומאחר שכבר נתפרסם הענין יש לפרסמם כי הגבירים ומעולים כה"ר אלעזר כולייף הלוי וכה"ר דוד גאביזון יצ"ו זה להם כעשרה שנים נשתתפו יחד בסחורת הקומאשיש הד"ראיש הנעשים שמה בדמשק לשולחם למצרים למוכרם ולפי שה"ר אלעזר הנז' היה בקי במלאכתם היה הוא עושה אותם על ידו והי' מחשב מה שהיה מוציא בעשייתם והיה פורע לו ה"ר דוד חלקו וחלק אחיו ה"ר מאיר אשר במצרים והיו שולחים הסחורה ונמכרת במצרים על ידי ה"ר מאיר הנז' והיתה מתחלקת לפי חשבון ואחר שעבר זמן מה שהיו בשותפות הנז' אמר כה"ר אלעזר שלא היה יכול לדקדק על עצמו בדקדוק החשבון ולא היה רוצה להיות לעולם בדקדוקי חשבונות כי מלאכות רבות היו לו לכן היה רוצה להפרד מהשותפות עד שלבסוף נתרצו ביניהם שישער ה"ר אלעזר בכמ' עולה הדר"אמה של משי עתה והוסיף לו ה"ר דוד חצי כסף לכל דרמ"ה ועל פי קצבה זו היה נותן לו כל השנה ולשנה אחרת היו מוסיפין וגורעין לפי ערך המשי של אותה שנה ועתה אירע שנפרדו איש מעל אחיו ועשה ה"ר דוד המלאכה על ידו וראה והכיר שהיה ה"ר אלעזר מאנהו במלאכה ההיא סך מרובה שתעלה ההונאה בכל השני' הללו כשלשת אלפים גורו"שוש אלו הם דבריו של ה"ר דוד אך ה"ר אלעזר טוען כי אמת הוא כי מתחלה

היתה שותפות אכן אחר כך עשו הדבר בתורת מכר שהיה מוכ' לו בכך וכך הד"ראמה ואם היה משתכ' בו מה תרעומ' יש לה"ר דוד עליו כי הדבר ידוע שהיה שוה הקומאש באותו הערך שנתנו לו ואפילו אם היה בו הונאה היה לו לשאל לתגר או לקרובו ועל זה שלחו אלינו כאן שטרות שביניה' ופנקסיהם ודפתיריהם ודברי טענותיהם בארוכה ואחרי ראיתי כל דבריהם וטענותיהם הנני כותב כיד אלהי הטובה עלי והוא ברחמיו ינקנו משגיאות.

תשובה דבר ברור הוא שמאחר שעיקרו של עסק זה שותפות היא ונשתתפו באמונה וקבל עליו ה"ר אלעזר לדקדק בסכום החשבון כמה היה עולה ונתרצה ה"ר דוד להוסיף לו חצי כסף לד"ראמה של משי בעד דקדוק החשבון שדקדק ה"ר אלעזר והחמיר על עצמו נמצא שכל מה שהוסיף מחצי כסף ולמעלה אפי' פרוטה הוא גזל והונא' ואף לפי דבריו של ה"ר אלעזר שאומר שאחר שנה או שנה וחצי עשו את הדבר בתורת מכר ששעבד עצמו לתת לו כ"כ אמות ק"ומאש לערך כך וכך הן לו יהי כדבריו מאחר שאותה המכירה נעשה על ערך מה שדקדק על עצמו בזמן שהיה הדבר בשותפות שחשב עליו מה שעולה באמת ובאמונה ובאותו ענין עצמו קנה ממנו ונתחייב לתת לו כ"כ אמות לשנ' לחשבונו והה"ר דוד גם הוא ואחיו יטפלו במכירתם שמה במצרים ולשלוח לו דמיה' מנוקים ומשופים נמצא שסמך על אמונתו שלא עלתה על דעתו שהיה מאנהו בהיותו שותף עמו ואם עכשיו הוברר הדבר למפרע שאינהו שלא הי' עול' האמה אותו הסך שאמר שדקדק בחשבון חייב להחזיר לו כל מה שאינהו בין בזמן השותפות בין בזמן המכר שזה הוא כנושא ונותן באמונה ולא קנה ממנו אלא ע"ד שהיה נותן לו בסך מה שהיה עולה עליו ולא היה מוסיף אפילו פרוטה כי בעד טרחו אשר הוא היה טורח לעשות המלאכה בעדו גם הוא ואחיו היו טורחים במכירת הסחורה שמה במצרים ובחליפין ובהקפה ונמצא זה טורח בקניה ואלו טורחים במכירה והרי הוא שיתוף כמו שהיה בתחילה בין באחריות בין לשכר ולהפסיד ולא נשתנה הדבר אלא שהוסיף ה"ר דוד חיוב על ה"ר אלעזר שיתחייב להשלי' לו אותו הסכום מהאמות כל שכן לפי דברי ה"ר דוד נראה שאומר שבכל שנה ושנה היה משתנה הערך להוסיף או לגרוע לפי ערך המשי שבאותה שנה לפי דבריו שהיה אומר כך וכך יעלה על ערך כל דרה"ם מהקרן בזאת השנה ועל אמונתו הי' מחשב עמו לכל אשר יאמר כי הוא זה.

ומעתה הואיל וה"ר דוד תפוס בסך מעות השותפות יכול הוא לטעון כנגד ה"ר אלעזר עד כנגד הדמים לומר שכך היה התנאי ביניהם מעיקרא שה"ר אלעזר יתן לו הדרמ"ה כמו שעולה בתוספת חצי כסף ויהא נאמן בשבועתו ולא תימא תפיסת ספק היא זו שהוא

אינו יכול לטעון בברי שאנהו דשמא יאמר גם הוא שהאומני' והפועלים הטעוהו או שהיו גונבים מהמשי וגם שיכול להבליע לו בערך המשי שקנא' ביוקר וכיוצא בטענות אלו שאין ה"ר דוד יכול להכחישו דומי' דתקפו כהן דאמרינן בפ' קמא דמציעא דמוציאין מידו אלמא לאו תפיסה הוא מכל מקום כשיבואו הדברי' לידי בירור ותהיה הכחשתן בדבר ששניהם מכירין בו וטוענין ברי אז יהיה נאמן ה"ר דוד הואיל והוא תפוס במעות ויכול לטעון עד כדי שיעורן דאין לומר עד שאנו באין להאמין לה"ר דוד מטעם שבידו מגו דאי בעי אמר ליתי לך גבי מידי או נאנסו אדרבא נאמין את ה"ר אלעזר במגו דאי בעי היה טוען בדבר שלא היה יכול ה"ר דוד להכחישו שהטעוהו פועלין או שגנבו ממנו ואז לא היתה מועל' תפיסתו דתפיסת ספק היא דומיא דתקפו כהן הנ"ל דקיימא לן מוציאין מידו כדברי התוספות והרא"ש ז"ל השתא נמי דמכחישו בדבר שה"ר דוד טוען ברי כגון בערך המשי או בעסק השותפות יהא נאמן במגו ואף על גב דה"ר דוד גם הוא יש לו מגו טוב מכל מקום מאי חזית דסמכת אהאי סמוך אהאי הא ליתא חדא דמגו של ה"ר דוד חשוב שאין לו לזה שום טענה בעולם שיוכל להוציא המעות מידו אם היה כופר בהם ומה לו לשקר אבל טענתו של ה"ר אלעזר אינה אלא לאחר שה"ר דוד יודה בממון שאם היה כופר הממון מעיקרו אין טענתו כלום נמצא דטענה דמגו דה"ר דוד מבטלת את של ה"ר אלעזר וטענ' ר"א מבטלת טענת ה"ר דוד ועוד דהואיל וה"ר דוד תפוס במעות השותפות אע"ג דאיכא להאיך מגו לא מהני ליה לאפוקיה מחזקתיה דהוה ליה כמו מיגו להוציא כדאשכחן בפרק חזקת גבי הלכתא כוותיה דרבא בארעא היכא דקיימא תיקו והלכתא כוותיה דרב יוסף דזוזי היכא דקיימי לוקמא וכתבו שם התוס' אמילתא דרב יוסף דאמר אמאי סמכת אהאי שטרא חספא בעלמא הוא תימא דליהמניה במגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ותירץ ר"י בר מרדכי דלא אמרינן מגו להוציא ממון ואף על פי שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכו' ולא אמרינן מיגו אלא להחזיק ממון שיכול לפטור עצמו על ידי מגו אי נמי יש לו שטר או חזקה ע"כ ואע"ג דאתותבו דברי ריב"ם ז"ל מ"מ דבריו עיקר כמו שכתב הרא"ש ז"ל וגם התוספות בסמוך כת' דטעמא דפסקינן הלכתא כרבא בארעא וכרב יוסף בזוזי משום דאמרינן מגו לאוקומי ממונא ועוד כת' ובהכותב דאמרי' מגו דיכול למימר לא הד"מ יכול למימר הני סטראי נינהו אע"ג דמגו להוציא לא אמרינן שאני התם דאיכא שטרא הרי שתפסו התוספות ז"ל דבריו של ריב"ם לעיקר וראיתי שהר' המובה' כמהר' יוסף ן' לב ז"ל בספרו הרא' הקשה על זה החילוק שתרצו בו התוספו' אותה בפרק הכותב דמשמע דאמרינן מגו להוציא וכתב שאני התם דאיכא שטרא ומה לי אי אית ליה שטרא

הא קיימא לן בעלמא ומייתי לה בפרק כל הנשבעין דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי והוה ליה מגו להוציא ואמאי מהמנינן ליה והניחה בצריך עיון ואינה צריכה לפנים כי מה שכתבו התוספות הכא דהוה ליה מגו להוציא לאו משום דאכתי מחוסר גובייא הוא אלא קרינן מגו להוציא כשאין אנו יכולין להוציא את הממון שבידו של זה אלא מחמת טענה שבע"פ אף על פי שיש לו מגו לחזק טענתו מכל מקום מגו להוציא על פי טענה שבעל פה לא אמרינן כגון הך דפרק חזקת דגחין ולחיש ליה לרבא שטרא זייפ' הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי וארכס נמצא דאף לפי דבריו של זה הרי השטר כחרס ואין בו ממש והיינו דאמר רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא ואם באת להאמינו במגו אי אתה יכול לומר שהשטר הוא אמת שהרי הודה שהוא מזייף אלא יש לך לומר קושטא קאמר שהלוהו דאם לא כן מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא הוה ליה מגו להוציא אבל התם בפרק הכותב מהמנינן ליה דאמר סיטראי נינהו דלא מרע לי' לשטרא והוא אומר שטרא מעליא הוא וזה שקבל מעו' בחשבון אחר קבלה מהמנינן ליה לדבוריה ועל פי השטר הוא מוציא הממון שהמיגו אינו אלא לטענה שבעל פה והשטר הוא קיים ומה לי אם עדיין עתיד לגבות ולאו דמי כגבו מ"מ אלים כוחיה ומפיק ממון מחזקתיה הילכך שבקיה לשטרי דהוא דידיה עכ"ד וראי' לחלוק זה ממ"ש בפ' הכותב גבי פוחתת כתובתה במאי גבי' בהאי שטר' הא שטרא חספא בעלמא הוא ושם השוו אותו התוס' להאי דגחין ולחיש עיין שם וזה ברור מ"מ למדנו מדברי התוספות שאין אומרים מגו אלא להחזיק ממון שיכול לפטור את עצמו ע"י מגו.

ואם נפשך לומר אין זה נקרא מגו להוציא לפי שתפיסה זו שתופס הר' דוד תפיסת ספק הוא שהרי היה יכול הלה להפסי' תפיסתו במה שהיה טוען בדב' שאינו יכול להכחישו כמ"ש הרא"ש ז"ל שם דכל מה שהוא מסופק בדבר אם הוא שלו אם לאו לא מהני' תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא נמצא שאין המעות בחזקת ה"ר דוד אלא מחמת מגו באנו להאמינו ואוקי מגו בהדי מגו ואוקי נכסים בחזקת מרא קמא שהיא חזק' השותפות ולא מקרי מגו להוציא אלא לבטל טענ' שכנגדו ולהעמיד המעות בחזקתו כמו שהיו אין לך לומר כן דבפ"ק דכתובות אמרינן האומר פתח פתו' מצאתי נאמן להפסיד' כתובתה ובסוף השמועה הקשו התוס' ונהמניה לדידה במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתיך ונסתחפה שדך ותרצו דהו"ל מגו במקו' חזק' והוקש' להם דבעי' היא ברי' בתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא עד שכתב ואי לא אמרינן מגו להוציא א"ש. הרי כאן דמסתמא אית לה מאתים בעידי הינומה ובתנאי ב"ד ואם מפני שהוא מוחזק בממון הרי היא היתה יכולה להפסיד חזקת ממון של בעל בטענה דאמרה מוכת עץ

אני תחתיך שהוא דבר שאין הבעל יכול להכחישו מ"מ מקרי מגו להוציא אע"ג דלית ליה להאיך שום מגו אלא לפי שהממון בידו ואם כתבוה כאן התוס' בלשון שמא הא פשיטא להו במקום אחר בפרק חזקת שהבאתי אף כאן אע"פ שה"ר אלעזר היה יכול להפסיד חזקתו בטענה שלא היה ה"ר דוד מכיר בה מ"מ כיון דהשת' מכחישי' זה את זה וטען עליו ה"ר דוד ברי הוא נאמן בטענת מגו מכח שהוא תפוס בנכסי' השותפות ומגו דשכנגדו לא מהני ליה הואיל ובא להוציא ועוד כבר כתבנו שהמגו של ה"ר דוד עדיף טפי ועוד אני אומר שתפיסה זו תפיסה אלימתא היא לא מבעיא לדבר שה"ר דוד טוען ברי אלא אף בדבר שהוא ספק שלא יכלו לבררו כגון אם לא יוכל הר' אלעזר לברר דקדוק החשבון שעלה עליו בסכום הדר"אמה איהו דאפסיד אנפשיה שלא דקדק שהואיל והר' דוד תפוס אינו יכול להוציא מידו אלא בחשבון ברור אע"פ שהר' דוד תופס משמ' דלא אמרי' תפיס' ספק שהוא בחזקת מרא קמא אלא כשבא לידו באיסור דלא היה לו רשות לתפוס מספק אבל כשבאה לידו בהיתר מהניא תפיסתו כמו שהוכיחו התוס' מההיא דפ' השואל ואיתא נמי בפרק בית כור גבי א' ששכר מרחץ מחבירו מוקי שמואל הא דיחלוקו בבא באמצע החדש אבל בבא בסוף החדש כלו לשוכר ולא מקרי תפיסת ספק אע"ג דארעא בחזק' מרא קיימי וגם השכירות היה לנו להעמידו בחזקת הבעלים הואיל והלה תפוס בו מספ' מ"מ הואיל ונכנס בהיתר מהניא תפיסתו אף כאן בנדון שלפנינו אלא ממעות של השותפו' או העסקא בהית' באו לידי הר' דוד הסחורו' כאשר היו שותפי' עד הנה וכך היה מנהגם שהיו באים המעות ע"י ונותן חלקו לה"ר אלעזר הנז' ועכשיו בדין הוא מעכבם עד שיתברר למי הם המעות הללו אחר שידקדקו בחשבון וכל זה שלא יוכל הר' אלעזר לברר החשבון ולהשבע שכך וכך עלה דקדוק ההוצאה שהוציא בעשיית הקומאש אינו יכול להוציא מיד הר' דוד אלא בדבר ברור דהו"ל למידק ואי לא דק איהו דאפסיד אנפשיה ועוד יש כאן קצת דקדוקי דברי' אלא שלא נכון לפרש שלא עשינו עצמנו כעורכי הדיינים.

ומה שטוען הר' אלעזר שיש אצלו כתיבת יד מאחיו אשר במצרים על המעות חלק הר' אלעזר איך הוא בידו וגם כתיבת יד ה"ר דוד שכך וכך מעות נשארו לו מחלקו ביד אחיו שמת במצרים ויש תנאי ביניהם שתהא כתיבת ידם עליה' כשני עדים כשרים מבלי שום דין ודברים כלל ורוצה בזה להפקיע כח תפיסתו של הר' דוד לו' שלא יוכ' להכחישו לכפו' בממון לא אמר כלום חדא שאפי' היו מעות אלו שהוא תפוס ממון שכתוב בפנקס שהוא חייב יכול הוא לטעון פרעתיך שנראין לי הדברים שכל שאומר שתהא כתב ידו בפנקס חשובה כשני עדים כעדים בע"פ קאמר ויכול לומר פרעת וכי תימא אם כן למה

כתב לו שתהא חשובה כעדים הא בלאו הכי הודאת פיו כמאה עדים דמי יש לומר דלהכי אהני ליה שלא יהא יכול לומר טעיתי בחשבוני שהאדם עשוי לכתוב בפנקסו ואחנ כך חוזר ומדקדק ומוצא שטעה ואילו היתה הודאה בפני עדים לו היה יכול לומר טעיתי דתנן בפ' שבועת הדיינין מנה לי בידך אמר לו בפני עדים הן למחר אמר לו תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב ולא מהימן לומר טעיתי שהייתי סבור שאני חייב ובס"פק דגיטין אמרי' הנהו גינאי דעבוד חושבנא וכו' לסוף עבד חושבנא בין דידיה לנפשיה ולא פש גביה ולא מידי ומסיק רבה קנין בטעות הוא וכל קנין בטעות חוזר ופירש רבינו חננאל דוקא שהיה ידוע בעדים דלא פש גביה מידי וכן כתב הר"יף ור"ת ז"ל וכתבו התו' ומדבריהם משמע דמנפשיה לא מהימן לומר טעיתי במה שהודיתי אע"ג דאית לית מגו דאין אדם עשוי להודות עד שיכוין חשבונו יפה והוכיחו מהא דשבוע' הדיינין דכיון דא"ל בפני עדים הן לא מהימן לומר טעיתי אע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי ופשיטא שאם לא אמר לו בפני עדים מהימן לומר טעיתי דדוקא נקט מתניתין בפני עדים דהודאה בפני שנים דמידק דייק אבל בינו לבינו לא דייק והכ' שאני שהמחהו אצל מרי ארעא וקנו מיניה וכן מוכח בדברי התוספות בסוף בתרא אהא דשכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי וכולי והשתא אילו היו עושים חשבונותם בינם לבין עצמן וכותבין בפנקס יכול היה כל א' מהם לומר חזרתי דקדקתי ולא פש לך גבי מידי ועכשו שהתנו ביניהם שתהא כתיבת ידיהם עליהם כב' עדים כשרים מעיקר' מידק דייק ואינם כותבין בפנקס אלא א"כ כיוונו חשבונות' יפה אבל לומר שיפה כח הפנקס שלא יטעון פרעתי כאילו היה ש"ח דמצי למימר שטרך בידי מאי בעי זו מנין לנו אין זה במשמע השטר וכל שאנו יכולין לפרש הלשון למעט בחיוב נפרש דיד בעל השטר על התחתונה וכל הטוען מחמ' חיוב השטר נקרא בעל השטר וכה"ג אמרי גבי נאמנו' בשבועו' כי א"ל מהימנ' עלי כל היכא דאמר' לא פרעתי אזל אייתי סהדי דפרעי' אמרי' נהי דהמני' טפי מדנפשי' טפי מסהדי לא המני' אע"ג דנאמנות סתם כת' לו והכי אמרי' מהמנ' לי כבי תלת' פרעי' באפי ד' כיון דנחית לדעו' נחית הכא נמי אמרינן נהי דאחשבה לכתיבת ידו כעדים בשטר מי אחשבי'.

ובר מן דין הכא שהמעות שהוא תפוס חלק הר' אלעזר אין זו טענה כלל שאפילו היינו מחשבין אותו הכתב יד כאילו הוא שטר כתוב וחתום וגם שיש על מקצת המעות שטר שראיתי בטופסי שטרות שנתחייב הר' דוד שכל מה שיש ביד אחיו במצרים ושלחם בשיירה הראשונה לאחריות הר' אלעזר ואם לא ישלח לו מעותיו נתחייב הר' דוד לתת ולפרוע פה המעות מגרוש א' ועד ג' מאות ע"כ אף על פי כן יכול הוא לומר נתתים לך

ולא פש לך גבי מידי ואין הלה יכול לומר שטרך בידי מאי בעי דאין זה ש"ח שהוא חייב בהם אלא שטר פקדון וכדאמרינן בס"פ המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה דהאי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ואמחצה דפקדון טענינן ליה פרוע במגו דנאנסו אף כאן חלק הר' אלעזר פקדון הוא אצל אחיו אלא שהוא נתחייב שאם לא ישלחם לו אחיו הוא יתנם כאן ומכל מקום לא עדיף בחיובו מגברא דאתי מחמתיה שאחיו היה נאמן לומר שלחתים לך אף הוא נאמן לומר נתתים לך ובמגו דנאנסו.

ומה שטוען עוד הר' אלעזר היאך יהיה נאמן הר' דוד לומר שותפות ונאמנות היה ביניהם שאתה עושה המלאכה בנאמנת והיה מחשב לו כ"כ דר"הם שעלה הדר"אמה של משי בדקדוק אלא שהייתי מחול לך חצי אספיר"ו בעד דקדוק החשבון והרי השטרות הם מכחישין אותו שכתוב שקנה ממנו בתורת מכר גמור כ"כ אמות לערך כך וכך. אין מן השטרות סתירה לדברי הר' דוד כלום שיכול הוא לומר זה שכתוב בשטר שמכרת לי בסכום כך וכך הוא לפי שאמרת לי שכך היה עולה על נפשך ועל יהדותך ואם נמצאו עכשיו הדברים בדאים צריך אתה להשיב לי כל מה שאינתני. ועוד ששניהם מודים שתחלה היה שותפות וע"ד כן נעשו השטרות לאחר כך ולא הוצרכו לפרש ומן השטרות הוכיח שהכל הוא שותפות מתחל' ועד סוף כמו שהיה מתחלה שהרי כתוב קנה הר' דוד מהר' אלעזר כ"כ אמות קומא"ש ומזה הסכום נחלק לחמשה חלקים הג' חלקים היה חייב לפרוע לו להר' אלעזר והם חלקו וחלק אחיו ושני חלקים הם חלק הר' אלעזר והיו שולחי' אות' למצרים בשותפות והשכר והריוח לפי חשבון ואילו היה מכר מה לו לקנות הר' דוד כל הסחורה בכללות ואח"כ מפרט ואומר חלק הר' דוד ואחיו ג' וחלק הר' אלעזר שנים וכיוצא בזה כתוב בכל השטרות אלא הדברים נראין ששותפות היו מתחלה ועד סוף אלא שהוסיף לו הר' דוד על הר' אלעזר תוספת חיוב לבלתי יוכל להתפרד ממנו ולשלוח הוא לבדו וכן בשטר מזכיר לעולם שותפות וגם בכתב יד שניהם עשינו שותפות בזה האופן כל שכן שאין אנו צריכין לזה דבין יהיה מכר בין יהי' שותפות מאחר שהר' דוד טוען ברי שלא היה הסכום אלא על פי חשבון הר' אלעזר שהיה אומר כך וכך עלה ועל זה היה מוסיף לו מה שיהיה וע"ד זו נעשו כל השטרות ולא חזר ופירש הר' אלעזר דע לך שאיני מוכר לך במה שאני מוציא בה כי אני רוצה להרויח בה מה שארצה אם תקנה קנה לך כל שלא אמר כן על דעת השותפין הראשון נעשה וצריך לחשוב כל מה שעלה הסכום מה שהוציא ואחר כך יחלקו כפי חלוקתן באמת.

מה שלא רציתי לגלות בתשוב' הוא הדבר הזה כשה' מכחישין זה את זה בדבר שהר' דוד טוען ברי הרי אמרנו שהר' דוד נאמן בשבועתו מאחר שהוא מוחזק אבל בדבר שאין להר' דוד עליו טענת ברי ואינו יכול להכחישו ישבע הר' אלעז' צרי' לבא' אם כשיבא הר' אלעז' לישבע נאמר לו פר' דברי שבועתך שעל כך וכך אתה נשבע אם יאמר מה לכם בזה אני אשבע סתם שאין לך אצלו אלא כך וכך ויתיר לעצמו אף במה שהר' דוד נשבע עליו לפי שהוא מכיר שנשבע על שקר ולא האמינוהו אלא מטעם שהוא מוחזק עכשיו שבא לו בענין שיכול להבלייע הדבר בכלל שבועתו ישבע שאין לו עליו כלום ויפטר ואם יש להכנס לספק זה הוא לפי מה שכתב הרא"ש בפרק זה בורר בשם רבי' סעדיה גאון ז"ל דבענין משטה אני בך דאמרינן מנה לי בידך הן למחר אמר תנהו לי משטה הייתי בך פטור אמר הגאון שצריך לישבע שלא הודה לו אלא להשטות בו ולא לשם הודאה וכתב הר"אש ומסתברא דכיון דתקינו רבנן שבועת הסת ה"ה לכל טענה שטוען לפטור את עצמו ע"כ.

אברא שתמוה בעיני ולמה יהא צריך לישבע שהשטה בו מאחר שהוא נשבע שאין בידו כלום וכי זה תובע ממנו אלא שהיה חייב לו והודה על עצמו שהיה חייב הרי נשבע דלית גביה מידי ומיהו מדברי הר"מבם ז"ל בפ"ו מהלכות טוען לא משמע כן שכתב משטה הייתי בך ואין לך בידי כלום פטור ונשבע הסת שאין בידו כלום ע"כ ונראה בעיני שאף הגאון ז"ל לא אמרה אלא באותו ענין דשמא הוא סבור שהוא חייב לו ממקום אחר ומורה היתר לעצמו בדבר שאינו ואולי טועה הוא בכך לכך אנו מקפידין עליו עד שיאמר כיצד אין בידו כלום שאם יטעון דבר הברור יהא נאמן בשבועה במגו דמשטה הייתי בך דלא מפני כן הפסיד המגו ואם אין בטענתו כלום יפרע והכי אשכחן בריש מציע' דחשו לרמאות והטילו שבוע' על מה שלא היה צריך כגון הא דתנן זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה ישבע שאין לו בה פחות מג' חלקים ומן הדין היה לו ליטול החצי בלא שבועה שהרי הלה מודה לו והחצי האחר שהם דנים עליו יחלקו בשבוע' אלא כתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו כדי שלא יכול לכלול שום רמאות בשבועתו וכתב ומכאן שאם יראה לדיין שהנתבע טוען ברמאות וכו' אבל הכא כגון נדון שלפנינ' כשהכחישו זה את זה בדבר שהאמינו את המוחזק מחמת שהוא תפוס כשיבא הענין לדבר שאין המוחזק יכול לישבע שאינו יכול לטעון ישבע הלה שאין לו עליו חיוב של כלום סתם ואפי' אם יסמוך בדעתו לומר שזה נשבע על שקר בטענתו הראשונה והוא יודע בדבר הדין עמו ולמה נאמר לו פרש דבריך שהרי אם יפרש אנו מאמינים את שכנגדו בשבועה מחמת שהוא תפוס ועדיפא מהא דאמרי' בריש מציעא גבי שבועה דשני' אוחזין דאמאי

תקינו שבועה ומפרש אביי שמא מלוה ישנה יש לו עליו ופי' רש"י שמכיר בזה ששכח ויכפור בו לכך הולך ותוקף בטליתו ונשבע שיש לו בה דמי חציה וטלית זו שלו דהא אפי' גלימא דעל כתפיה שעבד ליה עכ"ל ואם בחפץ שהוא שלו יכול לישבע שהוא שלו כל שכן בדבר שזה בא להוציא מידו. ומ"מ נראה שאין לדיין לפרש דבר זה שמא מתוך כך ילמד לשקר אלא הנח לו בסתמו וגדולה מזו אמרו בפ' אע"פ לענין גלגול שבועה דאנן לא פתחינן ליה בענין גלגול ועוד אהא דתנן זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה פרכינן על דאית ליה משתבע או על דלית ליה משתבע פי' וכשישבע שאין לו פחות מחציה בקושט' משתבע שאין לו בה פחו' ולא כלום ומשני דאמר שבוע' שיש לי בה ושאין לי בה פחות מחצי' וכתבו התוספת דאף על גב דעל דעת בית דין נשבע מכל מקום טוב לפרש כך נראה בעיני בדברים אלו והוא ברחמיו יצילנו משגיאות נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עא

להחכם השלם כמה"ר משה קשטילץ נר"ו.

שאלה ראיתי מה שכתב כת"ר ד' טענות לזכות ה"ר אלעזר והנני משיב בקצרה שאין שונין לחכם ואין מפרשין לחכם.

מה שטען מר דאיכא עד אחד בכתב שעשו חשבון לפניו ונשאר ביד הר' דוד שלש מאות גרו"שוש וכ"ב ככרים בון ועד אחד בעל פה מעיד כיוצא בזה ואמר דקי"ל עד א' בכתב וע"א בעל פה מצטרפין ועוד ונימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדכתב הרמב"ם ז"ל בעד א' בשטר כל האריכות בזה ללא צורך שאפי' היה כאן שטר חתומים עליו מאה עדים נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כדאמרינן בסוף פרק המוכר את הבית ואילו ראה ודקדק בקונטריסי לא היה בא לכתוב זה. עוד טען דכיון דמילתא דשותפות הוא לא מהימן כה"ר דוד לאפוקי מחזקת השותפו' דקי"ל השותפין אין להם חזקה זה על זה והביא מדברי הרי"ף ברישׁ בתרא דתנן לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם דאמרינן שותפין לא קפדי אהדדי וכתב הרי"ף שמעינן מינה דמילתא דידיעא לתרי שותפי אף על גב דאיתא השתא ברשותא דחד מינייהו לא נפיק מרשותא דאידך וכולי אתמהא מי ששנה הלכ' זו דרישׁ בתרא לא שנה הלכ' דלקמי' בסוף מציעא ואילו ראה שם בהלכות דהרי"ף ז"ל הי' רואה מה שכת' בעל נמקי יוסף משמ' של רבינו יהוסף הלוי ן' מיגש ז"ל גבי מתניתין דשניהם חולקים בעצים ובאבנים וכו' דאמרי' דאע"ג דפנינהו חד מנייהו לרשותי' לית לי' חזק' דשותפין לא קפדי אהדדי וה"מ דוקא כגון דאיכא עדי ראה אבל לא ראה מתוך שהוא יכול לומר להד"ם יכול לומר החזרתי ולקחתי

ממך ורבינו יונה ז"ל בחידושיו לבתרא כתב שאפילו האבנים לפנינו אם אינם מכירים אותם יפה דאפשר לו לומר אחרים הם ואינם מן הכותל שבינינו אף הוא נאמן לומר לקוחים הם בידי במגו והוסיף לומר שיהא נאמן לומר אני כנסתי לתוך שלי ובניתי הכותל משלי במגו דלה"דם אע"ג דחזק' כיון דכופין זה את זה משל שניהם נעשה הא מבעיא לן בהך פרקא אי אמרינן מגו במקום חזקה ולא אפשיטא ולא מפקינן מספקא והמ"עה גם הביא כת"ר דברי הרמ"בם ז"ל שבפ"ה מה' שלוחין ושותפין דבר הידוע לשני שותפין וכו' אף בזו יש לתמוה מי ששנה הל' שלוחין לא שנ' הל' שכני' שלפניהם ושם הביא הרמב"ם ז"ל הך מילתא דריש בתרא ושם כתב הרב המגיד ז"ל ונרא' שדעת ההלכות כשאנו רואים האבנים תחת ידו ויש עדי' שמכירים אותם וכ"כ הרשב"א ז"ל וכ"כ הר"י ן' מיגש ז"ל דאי ליכ' סהדי דמסהדי בהכי הוא מהימן מדין מגו דאי בעי אמר אהדרינהו הרי שכל רבותינו שוין בדבר זה ואף דברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל שכתב מלתא דידיע לתרי שותפי כך הוא משמעו דידיע בעדים השתא.

עוד טען מר דהא קי"ל דבתרי לא אמרינן מגו לפי שאין הראשון יודע מה שבלב חבירו כדכתבו התוס' בפ"ב דכתובות ועוד שהנכסים הם תחת יד אחיו ה"ר מאיר אשר במצרים והוא אינו יכול לטעון ברי וזה שהוא טוען ברי אינו תפוס והיאך יהיה נאמן במגו והביא תשובת הרא"ש ז"ל שבכלל פ"ח על ראובן שתפס משל יתמי שמעון על מעות שאמר לוי שותפו ששמעון חייב לשותפות והשיב דל' מהני להו תפיסה והביא הא דבתרי לא אמרינן מגו תחלה אודיעו שעד עתה אין אנו דנין בדין זה אלא במה שתחת יד ה"ר דוד כאן שהם לפי דבריו כשמנ' מאה גרוש"שוש אבל אם יש שאר נכסי' שביד אחיו ולא הוזכר בדברי שניהם אמרתי הנח להם בסתמן. ודקשיא ליה למר מדברי התוס' דכתובות שהביא כי מטי מר לקדושין תא ואקשי לי דאמרי' בפ' האיש מקדש גבי הן הן שלוחין הן הן עדיו דמגו דיכול למימר אהדריני' ללוה יכול למימר פרעניה למלוה והק' התוס' מהא דכתובו' שכתב דבתרי לא אמרי' מגו ותרצו דבטענ' ליפטר בה מממון בטוחים הם זה על זה שיאמרו דבר א' אבל ההיא דכתובות גבי עדים ליכא דררא דממונא אין נאמנין במגו כי אין א' יודע בדעת חבירו לטעון הרי שחלקו התו' בין עדים לבעלי הדין ותשובת הרא"ש שהביא אינ' ענין לכאן שנראין לי הדברים שבנדון שלפנינו מהניא תפיסה אף במה שביד אחיו לפי שאחיו שבמצרים לא נתחייב מעולם ולא נכנס בשותפו' עם הר"ר אלעזר ועל פי ה"ר דוד הוא חי לכל אשר יאמר ואין מקום לה"ר אלעזר להיות לו שום תביעה על ה"ר מאיר אילו יאמר הכל שלחתי ליד אח' שהוא שלחם אלי ועמו אני שותף לא עמך ודוקא בנדון של הר"אש שראובן הנפקד על כל פנים צריך להשיב

ליורשו שמעון ששואלים ממנו תן לנו פקדון שמסר לנו אבא בידך לא מצא למדחינהו לגבי לוי מפני טענתו דהוה ליה כמו גזלתיך הלויתני הפקד' אצלי ואני יודע אם החזרתי לך דחייב להחזי' אבל כאן הר"מ מעולם לא נכנס בחיוב אלא על פי אחיו ועל פיו נפטר שהוא יאמר לו דע שפלוני שותפנו ויש לנו אצלו כך וכך והרי המעות שבינינו מעוכבים ותפוסי' על הדבר וישבע ה"ר דוד שהוא טוען ברי כך נ"ל ברור.

עוד טען דטענת נאנסו לא הויא טענה דהיכא דשכיחי רבים היה צריך להביא עדים והביא מדברי הרמב"ם ז"ל מההיא דארבע מאה דני דחמרא דתקיפי דקלא הוה לה למילתא ומדברי הטור סימן רצ"ד אם טען נגנב או נאבד אם אמר שאירע הדבר במקו' שעדים מצויין יביא עדים לדבריו וכולי שותא דמר לא ידענא אטו מי לא אפשר שנגנבו או נאנסו במקום שאין שם עדים אטו כל גנב זרחה השמש עליו לומר הבא עדים ומדברי הטור ראיה שכתב אם אמר שאירע הדבר במקום שעדים מצויין שם הא אם לא אמר כן ישבע ונפטר ועיקרא דמלת' דרשא דאיסי היא אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא וסתמא דנשבר או נשבה אין רואה הוא וכי תימא אם איתא שנגנב קלא הוה ליה למילתא שהיה צווח על הדבר היינו הא דמהניא ליה במגו דמה לו לשקר אם רצה אמר שגנבו והוא צווח ככרוכיא. ותמול שלשום כתבתי בתשובה אהא דאיסי דאין רואה על ענין כזו אבל לא לענין דבריו, נא' הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עב

לדמשק להחכם השלם המאור כמה"ר חיים ויט"ל נר"ו.

שאלה ראובן מסר ביד שמעון סך מעות להתעסק בהם הריוח או ההפסד על ראובן כי שמעון לא נתעסק בהם אלא להטיב לראובן והיה שמעון לוקח דינר זהב בכל שנה בשכר טרחו ונמשך הדבר ג' שנים ובכל חג הפסח היה נותן לו הריוח אשר השיגה ידו בין רב למעט אחר כך עברה שנה הד' והגיע זמן חג הפסח וא"ל שמעון המתן לי עוד חדש ימי' או יותר כי מכרתי סחורתך וחזרתי להלביש המעות פעם אחרת וכעת מעות הריוח אינן מצויין בידי האמנם כבר עשיתי חשבון ועלה הריוח עד עתה סך כך וכך ועדין בידי קצת מסחורתיך ותמכר ביני וביני ועלה הריוח עוד איזה סך ואתן כל הריוח ביחד בין כך ובין כך חלה ראובן ונפל למשכב ב' או ג' חדשים והגיע לשערי מות פעמים הרבה ואחר עשרה ימים שחלה ראובן והיה נוטה למות הלך שמעון לעיר אחרת ונתעכב שם ג' חדשים ונפטר שם חיי לרבנן שבק והניח יתומים קטנים וקודם שהלך שמעון הנ"ז נתן רשות לא' מקרוביו שיפתח אוצרו וימכור וישא ויתן כרצונו וכשומעו

שחלה שמעון הלך שם לבקרו ומצאו שמת וכבא השמועה אל בית שמעון קמו קרובי שמעון ופשטו ידם והחביאו כל אשר בבית ובאוצר סחורות ופנקסים ואח"כ בא הקרוב הנז"ל וחזר גם הוא ולקח ונשא ונתן כרצונו אחר מיתת שמעון וכל זה שלא ברשו' ב"ד ולא בפני עדים ועדיין לא מינו ב"ד אפטרופוס על היתומים והנה באו הבעלי חובות של שמעון ולא מצאו מאומה לא סחורות ולא פנקסי' וישאלו אל הקרובים הנ"ז ויכחשו בכל מכל ויביאו בידם פנקסים קרועים ניירים מפוזרים ומפורדים אשר לא יוכל להתברר מתוכם כל הצורך לכל הב"ח האמנם מענין המעו' וסחורו' הנפט' כפרו בכל ויאמרו אין בידינו מאומה אלא דבר מועט ושמעון הנ"ז היה סוחר גדול בממונו ובממון זולתו יותר מאלף גר"שוש או אלפים וכראות ב"ד ככה מינו לאחד מהקרובי' הנז' אותו שהיה נושא ונותן בחייו עם ב' אחרים זרים אתו לאפטרופוסים על היתומים אז בא ראובן וחילה פני אבי הנפטר ופני האלמנה ופני האפטרופסי' הנז' עד שנתרצו ונתנו לו קצת ספרים של הנפטר בתחלת פרעון כי ידעו נאמנה מענין העסק הנז"ל ובפרט על פי הודאת הנפטר בחייו ככתוב בנוסח העדיות והכתוב בנפקסו כמו שנעתיקם בע"ה אח"כ באה שיירת ישמעאלים ובתוכם נכרי אחד סוחר ושמו פ' והביא עמו סחורה שקנאה ממעות הנפטר שנתנם בידו בתורת עסקא מקודם שנפטר סך כמה חדשים ואמנם ראובן לא היה יודע אם אלו המעות שביד הנכרי הם שלו אם לאו לפי שמתחלה לא נתן לו רשות לשמעון לשלחם לארץ אחרת ובפרט ע"י נכרי אלא שיתעסק בהם במשי או בסחור' אחרת שיראה לו וכל זה בתוך המדינה עצמה וכנמצא כתוב בפנקסו המשי של ראובן נתתיו לבעלי מלאכה כך משקלות לפ' וכך משקלות לפ' ואותם שכבר קבל מהם עבר עליו שרטוט ומה שלא קבל לא שרטט עליהם האמנם המשי הזה לא היה שוה כשיעור המעו' שנתן בידו אלא כמו השלישית או רביעית והנה איש אחד בא ויגד אל ראובן הנה מעיד אני שאמר לי שמעון המעות של ראובן שלחתים בעסקא ביד גוי פלוני וכו' ככתוב בנוסח העדיות וכמו כן חקר בפנקס שמעון שקצת מעות של ראובן שלחם ביד הגוי הנ"ז וחזר וקבלם מידו גם עד אחר בא והעיד איך שמעון בחייו אמר ליה שהמעות של ראובן היה נותנם אל הגוי הנ"ז ואז אמר ראובן בלבו אף על פי שעבד על צוויי ונתנן ביד גוי כפי הנ"ז אלך ואתפוס הסחורה שביד הגוי כיון שיש עדיות הנ"ז כי באולי לא אמצא להפרע מנכסי היתומים כל המעות שלי ותפשת מועט תפשתי ואז וילך ראובן אל דיין א' ויתן לו רשות בכתב ידו שיעכבם המעות שביד הגוי בכל אופן שיכול אפי' ע"י אומות העולם אח"כ הלך גם אל הדיין של הקהל של היתומים הנז"ל ונתן לו ג"כ רשות שיעכבם ביד הגוי ואפילו על ידי האומות ואז הלך ראובן וחילה פני הגוי ועכב המעות בידו.

עתה יורנו המורה לצדקה כל צדדי הדין הזה בפרטות ומשכורתו שלמה מאלהי' שופט ראשונה אם העיכוב הנז' מרשות הדיינים היה כדין כיון דאיכ' פסידא לב"ח דמת הלוה ואי לא תפיס מפסיד לגמרי כנ"ז בחשן המשפט סי' ק"ה להרי"ף ולהרמב"ן ז"ל ומה גם בעיכוב הנז' שהוא ביד גוי ולא מצו היתומים לומר ליה לאו בעל דברים דידן את דגוי לא כפיף לדינא דילן ובפרט כמ"ש המרדכי פ"ק דב"ק וכן בתשובות הרא"ש כלל ק"ו וגם הרי"ף ז"ל דס"ל דבזמן הזה מהניא תפיס' דלאחר מיתה ואת"ל שאינו כדין כיון שהעיכוב היה ברשות ב"ד אין לראובן אשם שנית אם אחר העיכוב לקחן ראובן מעצמן מן הגוי מהניא ליה תפיסה או יחזרו ב"ד ויוציאו מידו או נאמר איפכא ואדרבה גם לכתחילה מותר לראובן לקחת המעות מיד הנכרי על ידי האומות בחזקה בעל כרחו כיון שהוא גוי ואילו ירצה יכחיש ויכפור בכל ועדין לא נקרא אלו מטלטלי דיתמי בשום אופן ואפילו אם היו ביד ישראל כבר כתוב בח"המ סימן ק"י לפיכך אם תפס משלהן וכולי מות' לו לתוספו בחובו כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהן הרי שתלה הדב' בידיעתו כנ"ז אף אם היא שלא בעדים וכמו שכ' בעל התרומות בשער מ"ט ואיכא למ"ד דכל מידי דתפיס איניש בטענו' מלוה ע"פ כיון וכו' איכא מאן דפליג והר' יהודה לא הכריע דעות הללו ולדידן מסתברא דסברא קמא ליתא דודאי נאמן הוא במגו דלא תפסתי ומכ"ש הכא דתפסו מיד הגוי וכל זה כשבא עליו בתורת מלוה אבל הכא בנדון דידן דהוי מעו' פקדון עצמו מראובן לשמעון ושמעון הפקידה ביד העכו"מ ליכא מאן דפליג דלכתחילה יכול לתופסם מן העכו"ם ואפילו מישראל ולא עוד אלא דמן היתומים הקטנים מוציאין מידם כנ"ז בח"מ סימן ק"י וכן אם הודה האב על מטלטלין שבידו שהם מעסק שיש לו משל פ' או מפקדון וכולי מוציאין מן היתומים ואפי' הם קטנים ע"כ ובנ"ד פקדון הוי כיון שכל העסק הזה בין הריוח בין ההפסד כלו אל ראובן כנ"ז ולא עוד אלא אפי' לא הודה שמעון כיון שהדבר ברור לראובן שמעותיו ביד שמעון ולא החזירם לו מותר לו לתפוס בחובו כנ"ז דלאו מטלטלי דיתמי אינהו אלא דידיה ושלו הוא לוקח גדולה מזו דאפילו למ"ד כל מידי דתפיס איניש בטענ' מלוה על פה כיון דאינה גובה אלא באחד מן השלש' דרכי הנודעים וכולי כנ"ל הכא בנדון דידן שהודה שמעון שמעות ראובן נתנם אל הנכרי ולא בא הנכרי עד עתה אחר שמת שמעון גדולה היא מההיא דאמרו דבתוך זמנו גובה מן הקטנים אפילו במלוה מכ"ש הכא דהוי פקדון משל ראובן עצמו דגובה אפילו מהם ומכ"ש מן העכו"ם כנ"ז שלישית בענין שאר המעות שנשארו ביד שמעון שלא מסרם ביד העכו"ם יורנו המורה האם נאמר כי כפי מה שהוכחנו לעיל נוכל לומר שאם יש עדין חובות לשמעון בין העכו"ם אם רשאי ראובן לעשות באופן שיקח המעות שביד העכו"ם

כי היכי דלא להוו מטלטלי דיתמי כנ"ז כיון דאיכא פסידא ואחר כך ישבע עליהם או אם נאמר דאסור לכתחילה ואם עבד ועשה מהניא ליה תפיסה או אם נאמר דאפילו בדיעבד לא מהניא ליה תפיסה או אם נלך לדרך אחרת דאפי' מן היתומי' עצמן מוציאין דהרי בתוך זמנו הוי כיון שבעסק סחורה בא לידו כמו שהודה מפיו בפני עדים קודם לכתו לעיר אחרת וראובן היה אז חולה ובין כך ובין כך נפטר שמעון ולא נשלם העסק של השנה ההיא כנהוג עד הפסח ובתוך זמנו הוא ואם נאמר דטענינן ליתמי דצררי אתפיסה על ידי שליח כיון שבתוך זמנו היא לאו טענה היא ובפרט דטענ' זו וגם טענת שמא נאבדו המעות או נאנסו לא שייכא הכא אם מפני שבכל הכתבים שהיה שולח משם מן העת שהלך עד העת שחלה ושלח שליח להודיע חליו לא הגיד דבר מזה גם לא נמצא כתוב בפנקסו דבר מזה גם אל האנשים אשר היו שם לא צוה שום דבר מזה בעת פטירתו והנה בעל שלחן ערוך בחשן משפט סימן ט"ו סעיף ה' כתב ואע"פ כן אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא או' ימתין בדין וכו' עד שיתברר הדבר או יעש' פשר' או יסתל' מן הדין ואמנם בדורות שלפנינו אפילו על פי אומדנא היו מוציאין אפילו מיתומים קטנים כנז' שם עוד אחרת דכיון שראובן לא נתן לו רשות שיתעסק במעותיו אלא במדינ' נתבטל' טענת צררי אתפיסה ע"י שליח או נאבדו או נאנסו בדרך ואף אם לא יש עדים על זה הנה ראובן שידוע וברור לו הענין יוכל לתפוס מה שיוכל כנז"ל. ואם אמור יאמר החולק הנה העד האחד שע"פ עדותו תפסת מיד הנכרי כנז' והנה הוא מעיד שכל מעות ראובן הודה שמעון שנתנם ביד הנכרי ואם הנכרי עתה לא הודה אלא במקצתן כבר אבדת השאר נוכל להשיב לו כי ראובן ברי לו שלא נתן לו רשות לתת' ביד הנכרי כנז"ל וכיון שהוא לעצמו יודע האמת יוכל לתפוס מה שימצא כנז' או נשיב בדרך אחרת כי כיון שיש עדים אחרים שלא העידו כך והוא אינו אלא עד אחד לענין זה שנתן לו כל המעות בטלה עדותו בבחינה זו הפרטות רביעית בענין שאר המעות שביד שמעון ראוי לידע אם העדים הנז' לא הודו בפני כלם יחד אלא פעם בפני זה ופעם בפני זה הם מצטרפים אם לאו וכמו כן אם כפי העדיו' האלו שכלם היו בדרך הודאה ודרך התנצלות על העתיד שנתייראו שמא יפטר ח"ו ראובן ויבואו יורשיו לתבוע ממנו סך רב כי אז היה ראובן כמעט גוסס כנ"ל ואם כן אין כאן טענת משטה הייתי בך כי לא תבעו ראובן מאומה גם טענת שלא להשביע וכו' לא שייכא הכא דהיה ראובן גוסס ומי הכניסו בתגר זה להודות על מה שאינו מחויב והיום או למחר יתבעוהו יורשי ראובן בדין וגם ליתמי לא טענינן להו הכי ומוציאין מהם ונפרעין מהם או על הפחות אם יתפיס ראובן ממטלטלי דיתמי או ממה שחייבי' לו עדיין העכו"ם יוכל לתפוס ולישבע

וטענה זו שייכא אפי' אם לא היו כאן רק עד אחד בלבד או לא גם יורנו לענין הדין אם לא הי' העדיות האלו אלא הנמצא כתוב בפנקסו כנז' בח"מ סימן צ"א דיש לדון על פי פנקס ואפי' להוציא מן היתומים הקטנים היכא דיש רגלים לדבר וכו' וכמ"ש בסי' ט"ו דאפי' באומדנא ובאמתלאה יוכל הדיין להוציא מן היתומים או אם נאמר דלא יועיל זה אלא אם תפס כנז' ואי לא לא. עוד אחרת יורנו מ"ש בח"מ סימן ס"ט דהיורשין פטורין משבועת היסת היכא דאתו ליפטר אם גם זה שייך בשבועה מן התור' או לאו ונפקא מינה בנד"ד דאי לא נמצא אלא עד א' בלבד הרי נתחייב שמעון שבועת התורה אם היה כופר גם נתחייב שבועת השותפי' בנקיט' חפץ כנודע והנה כאשר ראובן תבע מן היתומים ע"פ עד א' הרי אביהם היה מחויב שתי שבועות בנקיטת חפץ והאחד מהן היא מן התורה והנה היתומים אינם יכולין לישבע ומשלמין. חמישי' בענין הריוח שהודה שמעון בחייו לראובן שלא בפני עדים אם נעשה כקרן עצמו וגם לו תועיל תפיסת ראובן או לאו. שישית בענין הספרים שלקח ראובן כנז"ל אם יחויב להחזירם ליתומים אם לא כיון שנכנסו לידו ואת"ל שיחייב להחזירן שיכול ראובן לטעון אולי ספרים אלו של אבי המת או של איזה אחד מכם הם והפורע חובו של חבירו איבד מעותיו ואף על פי שיהיו עדים שהספרים של שמעון יכול לטעון אולי מכרן לאחד מהנז' והם נתנום לי מדעתם כנז' שביעית כי האיש הלז היה סוחר גדול בשלו ובשל אחרים ומעולם לא יצא לשמעון הזה שם גנבה או אבדה או הפסד ממון וא"כ הממון כלו שלו ובשל אחרים כנז' היכן הוא ומכיון שאלו הקרובים שלא ברשות ב"ד ושלא בפני עדים שלחו יד בממון כנז"ל והרי הם כגזלנים שאין יכולין לישבע וישלמו מביתם כפי אמתלאה ושודא דדייני ולא עוד אלא מפני הוראת שעה ראוי להענישם כנז' או על הפחות האם יוכל ראובן להפחיד' ע"י האומות ולאיים ולגזם עליהם אך לא בהפסד ממון וכל זה משום אולי יודו וישיבו את הגזלה אשר החביאו כנז'. על הכל ישיבנו המורה לצדקה.

וזה נוסח חעדיות והפנקס שמעון.

בהיות שראובן בחדש תמוז משנת כך היה חולה מוטל על ערש דוי ונכנסו לבקרו אני ושמעון וחילה שמעון פני שאשאל ואדבר עם ראובן על ענין משאו ומתנו דשמעון עמו ועל כל פרטי עסקיו שלא יאמרו היום או למחר שיש לו בידי סך רב ושאלתי לראובן ולא יכול להשיב מאומ' אז אמר לי שמעון בפני אשת ראובן כל עסק שיש לו עם ראובן הוא שיש לו ע"י מאה גרושו"ש שהם שלו ונתתים לנכרי א' מעיר פלונית ושמו פלוני ובכל שנה ושנה אני נותן לו ריוח עשרים למאה מעל' ומטה ועתה עדיין הם בידי ומהריוח שעבר נשארתי חייב לו כך וכך וכולי פלוני בן פלוני.

בהיות כי זה חדשי מספר הייתי יושב ובא בחנותי אלי שמעון וסיפר לי איך ראובן זה היום עשה צוואה בפני חכם פלוני מה שהיו חייבים לו בעלי חובותיו כך וכך ובכלל דבריו סיפר לי שמעון ואמר לי גם אני חייב לו מאה גרושו"ש פלוני בן פלוני.

בהיות כי יום אחד הייתי יושב בחנות שמעון ועבר נכרי אחד מעיר פלוני ושאלת לו כיצד אתה מאמין לנכרי והשיב לי אלו המעות אינן שלי כי אם מן ראובן ואילולי בשביל שאיני יכול להשים מעות ראובן עם מעותי בחנותי ביחד הייתי נותן לעכו"ם משלי כ"כ הוא נאמן פלוני בן פלוני.

הן אמת ביום שנתפרד שמעון מן לוי חבירו ונתן לו קצת מעות ששם לוי בשותפות והיה תובע אותו לדין לפני שישלים הסך ששם בשותפות והשיב שמעון שהיו לו חובות אצל בני אדם אמר לו לוי תן לי מהמשי שיש עמך והשיב שמעון לפני כי לראובן יש לו בידי מאה גרושו"ש שאני מתעסק בהם וגם ליהודה יש לו עמי סך כך וכך פלוני בן פלוני דיין.

מה שנמצא בפנקס שמעון מה שיכולנו למצוא כי לא ידענו אם יש לו עוד פנקסים וז"ל מה שמכר נכרי פלוני מן סחורת מעות ראובן חפץ פלוני בכך וכך וכו' סך כל מה שהגיע לידי מן הנכרי ממעות ראובן סך ששים גרו"שוש וחצי. עוד כתב שם וז"ל מן המשי של ראובן אשר בידי נתתי לאומן פלוני לשזור כך וכך רוטוליש וכולי עד סך ששה אופנים.

והנה על קצת מהם נמצא שהעביר עליהם הקולמוס לפי שקבלם וקצתם לא עבר עליהם הקולמוס וזה פסקי החכמים.

נשאלתי על מה שהעיד בפני העד הראשון איך הודה לו שמעון שמעות שביד הנכרי פלוני הם של ראובן ונתתי רשות לראובן שיעכבם לשמו עד שיעמדו לדין והעיכוב יהיה בכל אופן שיוכל אפילו ע"י האומו' פלוני בן פלוני דיין.

הב' בהיות אמת כי חייב שמעון לראובן סך מעות בעדים ולכן יש רשות ביד ראובן באיזה מקום שימצא שחייבים לשמעון שיעכבם ואחר כך יעמדו לדין פלוני בן פלוני דיין.

תשובה ששאלתם ראשונה אם העיכוב שנעשה מרשות הדיין היה כדין כיון דאיכא פסידא לב"ח דמית הלוה וכו' איני רואה מקום לשאלה זו ומה עסק לתפיסה כאן ומה כח ב"ד יפה שאם ראובן זה התובע יש לו דרך להוציא מנכסי יתומים אף אם הנכסים ביד היתומין עצמן מפקי' מינייהו דהלכה רווחת היא דבתר דתקון רבנן בתראי למגבי לכתובת אשה וב"ח ממטלטלי מפקי' מיתמי דמשעבדי לב"ח וכן כתב' הרב האלפסי ז"ל בפ' הכותב להדי' וגם הרא"ש בהלכותיו שם וכל רבוות' ז"ל שוין בדבר ומעשי' בכל יום דמפקינן מיתמי אפי' למלוה ע"פ בא' מג' דרכים המוזכרים בפ' גט פשוט ובפ"ק דבתרא ואם אין לו דרך להוציא הנכסים אם היו בידן של יתומים כגון היכא דאיכא למיחש

לצררי או לפרעון מה כח תפיסה יפה וכי נכסי היתומים מנהג הפקר נהגו בהם לתופסם שלא כדין. וזה שראיתם שכתב הטור סימן ק"ה שכתב רב אלפס ז"ל דהא דמהני תפיסה במקום שאינו חב לאחרים דוקא דאית לי' פסידא לבעל חוב כגון דמית לוה ואי לא תפיס מפסיד לגמרי דנכסי דיתמי לא משתעבדי זה תירץ הרי"ף ז"ל למה שהוקשה לו אהא דאמרינן בגמ' התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה משמע הא במקום שלא חב קנה ואמאי לימא ליה לאו בעל דברים דידי את והעמידה הרב ז"ל דוקא היכא דאית ליה פסידא לבעל חוב כגון דמית לוה פי' הולך למות והרב המגיד הביאה בפרק עשרים מהלכות מלוה אמרה בלשון אחר כגון בגוסס דאי לא תפיס מפסיד לגמרי לפום דינא דגמר' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אי נמי בשירד מנכסיו והוא ז"ל פי' השמועה לפום דינא דגמרא אבל השתא דתקון רבנן דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבעל חוב וכתובה אפי' אי לא תפס כלל מפקינן מיתמי בדינא ודיינא והרב מהרי"ק ז"ל שכתב שם ואפשר דס"ל ככתוב בהגהות המרדכי דבזמן הזה מהניא תפיסה לאחר מיתה אגב ריהטיה לא דק בה דבזמן הזה מיתמי גופיהו מפקינן ומאי פסידא אית ליה לב"ח אי לא תפיס ליה האיך שכ' דאי לא תפיס ליה מפסיד לגמרי דנכסי דיתמי לא משתעבדי והרי"ף עצמו כתב בפרק הכותב והשתא דתקונו דמטלטלי משתעבדי לבעל לחוב מפקי' להו מיתמי ויהבינן לכתובת אשה ובעל חוב ואין כאן בית מיחוש.

ומעתה נשיב על עיקרו של חיוב ששאלתם אם עדות העדים על הודאתו חשיבה הודאה ואם תמצא לומר דהויא דרך הודאה אם מצטרפין ונראה שהעד שהעיד שהיה יושב בחנותו ובא שמעון ואמר שראובן עשה צוואה וכולי ובכלל דבריו סיפר ואמר גם אני חייב לו כך וכך אין זו דרך הודאה אלא דרך שיחה והיינו דתנן בפרק זה בורר הוא אמר לי שאני חייב לו איש פלוני אמר לי שהוא חייב לו לא אמר כלום שיש לחוש שאמר כן שלא להשביע את עצמו ומה שאמרתם שאין כאן טענת אדם עשוי שלא להשביע את עצמו לפי שהיה ראובן גוסס ומי הכניסו בתאר זו להודות בדבר שאינו חייב שהיום או למחר יתבעוהו יורשי ראובן אין זו טענה שסומך בעצמו שלא יתחייב על פי הדברים האלה ואם יצטרך שבועה ישבע להם וגדולה מזו אמרו בפ' גט פשוט שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי אמר תנו נותנים לא אמר תנו אין נותנים ומוקי לה רב נחמן בדנקיט מלוה שטר בידיה אלא שאינו מקוי' אמר תנו קיימיה לשטריה לא אמר תנו לא קיימי' לשטרי' וחיישינן דילמא שלא להשביע את בניו אמר כן ולא גבי עד דמקיים ליה לשטריה והלא התם איכא סברא טפי שאין לאדם להודות במה שאינו חייב בו בשעת מיתה שמא אחר מיתתו יבואו ויתבעו מבניו או שמא הם מעצמן יפרעו להם כסבורין שאמת הדבר וכי

היכי דאמרינן לענין השטאה אין אדם משט' בשעת מיתה ולהכי אין צריך לומר אתם עדי מכל מקום כשאמר כן בלא תביעה יש לחוש שאמר כן שלא להשביע את בניו כל שכן אם הוא בריא אע"פ שהלה היה חולה שיש לומר שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו וסומך בלבו שאינו מתחייב בדין על דברים אלו ועוד שבידו לומר פרעתי בכל שעה שירצה הילכך אמר כן שלא להשביע עצמו ולא חשש הואיל ולא אמר אתם עדי ולא אמר דבריו בדרך הודאה אלא בספירת דברים בעלמא אבל עדות האחר שאמר שלא בביתו של ראובן בהיותו חולה ואמר שישאלוהו על עסקיו שמא היום או למחר יאמרו שיש לו בידו סך רב ואז אמר בפני אשת ראובן שכל עסק שיש לו עמו הוא מאה גרושוש זו ודאי הודאה היא אע"פ שלא אמר אתה עד והוה ליה כאותה שאמרו בפרק זה בורר הרי שראו את אביהן שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הם של מעשר שני הם אם כמוסר דבריו קיימים ואם כמערים לא אמר כלום פרש"י כמוסר נראה להם כמוסר דבריו לבניו באמת בלשון צוואה אלמא כל שניכרים דבריו שהוא אומר דרך מסירת דברים מהני וכן מוכיח לשון התוספות שכתבו ואם כמוסר וכו' אין שייך כאן שלא להשביע את בניו עד כאן וכי תימא מאי מוסר דאמר אתם עדי אם כן משמע הא לא אמר לא מהני אם כן למה לי למיתני סיפא ואם כמערים הו"ל למתני ואם לא מסר להם עדות לא אמר כלום אלא משמע דלא מפליג אלא בין דרך הודאה לדרך שיחה דאיכא למיחש להערמה וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' טוען שכל שאמר דרך הודאה ולא דרך שיחה בלא אתם עדי הויא הודאה וראיתי לרב המגיד ז"ל שהביא שמעתא דגט פשוט שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנים וכת' ה"ה דאם לא אמרו כן חייבים ולא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בניו ואע"ג דלא אמר תנו כל שאמר דרך הודאה ואמ' ומשם למד רבינו שה"ה לבריא לענין שאינו יכול לטעון השטאה ותמה אני היאך ילמוד הרב בריא מש"מ דאמרינן בההיא שמעתא גופא דש"מ אין צריך שיאמר אתם עדי דאין אדם משטה בשעת מיתה אבל בבריא דאיכא למיחש להשטאה מ"ל דבדר' הודאה בלא את' עדי מפיק מחששא דהשטא' ומהר"י קארו ז"ל הביא מן הירושלמי ונראה לי שהראיה מפורשת ממקום שהבאתי ומעתה אין כאן אלא עד אחד בדבר כי שאר העדים אין עדותן מועלת להתחייב על פיהן ומכל מקום זה ששאלתם אם מצטרפין העדים אם תמצא לומר שכל העדיו' היו דרך הודאה באנו למחלוקת הראשונים נוחי נפש אי הודאה בפני עד אחד מהני או לא שהרמב"ם ז"ל ורובא דרבוותא סברי דהודאה בפני עד א' מהני וכי היכי דשנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה ולדבריהם ודאי דמצטרפי' דהא קיימא לן בפ' זה בורר לר' יהושע ן' קרחא דבהודאה אחר

הודאה מצטרפין אלא שהראב"ד והרב בעל המאור ז"ל חלוקין בדבר דס"ל דהודאה בפני עד אחד לאו כלום הוא כפשטה דמתניתין עד שיאמר בפנינו הודה ולדבריהם ודאי לא מצטרפי והודאה אחר הודאה דמצטרפי צרי' שיעיד כל אחד שהודה בפני שנים וסוגי' דעלמא כהרמב"ם ז"ל ורבוותא דהודאה בפני עד אחד הוה הודאה אם היה מודה בה וכאן בנדון דידן שאין כאן אלא עדות של עד אחד לא היה מועיל אלא בחייו של שמעון לחייבו שבועה ועכשיו שמת אין להוציא ממון על פי עד א' ופטורים היורשים מכלום וזה שכתבתם בשאלה על מה שכתב הטור סימן ס"ט שהיורשים פטורים משבועת הסת היכא שהם באים להפטר אם זה שייך גם בשבוע' התורה היכא דאיכא עד אחד ועוד האם נאמר מתוך שאינם יכולים לישבע משלמין אין דברים אלו הגונים ולא של עיקר שלא אמרו מתוך שאינו יכול לישב' משלם אלא בשבועה שחייבתו תורה לישבע על טענת עצמו אבל יורשים אינם חייבים לישב' על עסקי אביהן דמנא ידעי אלא תקינו רבנן שישבעו שלא פקדם אביהן ושאינם יודעים בדבר זה כלו' והיא' נאמר מתוך שאינם יכולים לישבע מה שחייב אביהן לישבע משלמין חדא דלא אמרינן הכי אלא בשבועת התורה ושבועת היורשין לעול' הוא מדבריה' ועוד כל היכא דמשתבעי יורשין אינה כעין שבועת אביהן דאביהן כה"ג היה חייב לישבע שלא נפרע כדין כל הבא ליפרע מנכסי יתומים והם אינם יכולים לישבע שלא נפרע דמנא ידעי אטו משום שאינם יכולים לישבע שבועת אביהן נאמר שישלמו ליתא דלא משתבעי אלא שלא פקדנו אבא אף כאן אם היו מחוייבים לישבע אין עליהם לישבע אלא שאינם יודעים בדבר שלא פקדם אביהן כל שכן שלא חייבו חכמים את היורשים לישבע אלא כשבאים לגבות אבל להחזיק מה שבידם אינן צריכים שבועה כלל כמו שכתב הרא"ש ז"ל כמו שהביא בטור סימן ס"ט ומה לי אם אביהן היה חייב שבועה דרבנן או שבועה דאורייתא הואיל וכשחייבו אותם חכמים לא חייבו אותה שבועה עצמה שהיה אביהם נשבע ולדבריהם הרי מצינו עד א' קם לממון שיעיד עד אחד על היורשים שאביהם היה חייב מנה ומפקינן מינייהו והרי מקרא כתוב לא יקום עד אחד באיש ודרשינן לממון אינו קם אבל קם הוא לשבועה ואע"ג דלגבי דידיה אמרינן גביה נסכא דר' אבא מתוך שאינו יכול לישבע משלם התם עדותו של עד לא גרמה לו להתחייב אלא הודאתו שהודה לדבריו ואמר אין חטפי הילכך לא מהימן תו לומר דידי חטפי אבל אלו אינם מודים גם לא מכחישין אלא שאינם יודעים ומחזיקים בנכסי אביהם על הסתם.

אבל מה שיש לסמוך בדבר זה הוא על הפנק' שנמצא כתו' בו כל מה שקב' מן העכו"ם בזה יש לסמוך להוציא מן היתומי' כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל פ"ו אלא דאכתי אין לנו

כח להוציא מן היתומים אפי' היו כאן מאה עדים או שטר כתוב וחתום לפי שעסק זה פקדון הוא וטענינן ליתמי שהחזיר דאבוהון כה"ג היה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כדאמרי' בס"פ המוכר את הבית שטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה משו' דהאי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדו' ומפלגא דפקדון ה"מ אבוהון למטען החזרתי ומהימ' מגו דאי בעי אמר נאנסו ולא אמרי' אם איתא דהחזיר מימ' הוא אמר דמלאך המות הוא דאנסיה ולפיכך אנו למדין משמועה זו דלאו משום דאבוהון היה חייב שבועה והם אינם יכולים לישבע משלמין כמו שכתבתם בשאלה שהרי כאן גבי שטר כיס דאבוהון היה חייב דאם טען החזרתי או נאנס הי' צריך לישבע שבועת השומרי' שהוא של תורה דהא החזרתי לא מהימן אלא משום מגו דנאנסו ולא אמרי' מגו לאפטוריה משבוע' וכן מוכח בפרק חזקת בשמעתא דהמפקיד אצל חבירו בעדים דחייב לישבע כמו אם היה טוען נאנסו דאמרי' וכי אמר נאנסו לאו שבועה בעי ואפי' הכי כי מית נפקד טענינן להו ליורשים החזרתי ולא אמרינן מתוך שאינן יכולין לישבע משלמין וכן כתבוהו התוספות שם ויורשין פטורין אף משבועה שלא פקדנו אב' כמו שכתב הרא"ש ז"ל שם בהלכותיו דלא נתקנה שבועה אלא כשבאים להוציא אעפ"י דאבוהון היה חייב שבועת התורה וראיתי שכתבתם בשאלה להנצל מטענה דהחזרתי דהוה ליה כתוך זמנו לפי שמנהגו היה שמשנה לשנה הי' נותן חשבון בחג הפסח וזה מת קודם החג איני רואה בזה סעד לראוב כלל חדא שאין דבר הזמן הזה ידוע בעדים רק מפיו של ראובן הוא. ועוד אין זמן זה לפרעון אלא לתת חשבון מהריוח כשירצה להמשיך לשאת ולתת בו עוד אבל לעיקר הפקדון בכל יומא ויומא זמניה הוא ועוד אפי' היה הזמן ידוע לעיקר המעות שאמר להחזירם לו לזמן פלוני ומת בתוך הזמן לא דיינינן ליה כדין מת בתוך זמנו דגבי מלוה הוא דאמרי' חזקה לא פרע איניש גו זימניה משום דמלוה להוצאה נתנה ואין לו לדחוק עצמו לבקש לו בתוך זמנו ואפי' אם היו לו עכשיו מעות מזומנים אינו רוצה לפרוע שהוא רוצה להשתכר בהם הואיל ועדיין לא הגיע הזמן ואהא אמרי' הלואי שיפרע אדם בזמנו אבל בעסק של פקדון שמסתחר בו וכל הריוח הוא של המפקיד אי מתרמי ליה זוזי דההוא עסקא אפשר שיחזירם לו ולא ירצה עוד להטפל בו ואפי' בתוך הזמן יחזור לו כי אינו משועבד לו כל הזמן ובהא פשיטא דלא אמרי' חזקה לא הדר איניש גו זימניה וזה פשוט ועוד אי אבוהון היה קיים והיה אומר החזרתי אפי' אם היינו אומרים כאן חזקה לא הדר גו זימניה היה נאמן במגו דנאנסו דברי' בתרא מבעיא לן היכא דאמר פרעתיך תוך זמנו אי מהימן במגו דלא היו דברים מעולם אי מגו במקום חזקה מהניא

ולא איפשיטא הילכך לא מפקינן מינה מספיקא גם השתא לא מפקי' מיתמי ואמרי' הכא מגו במקום חזקה.

ואיני רואה זכות לראובן זה אלא במה שתפ' בעצמו מנכסי היתומים בענין שיהא נאמן עליהם בטענתו במגו דאי בעי אמר לא תפסתי כלו' או החזרתי אף הוא יהא נאמן בטענתו שלא החזיר לו שמעון את מעותיו וישבע על טענתו ואין לפקפק היאך יתפוס דאין זו הלואה שיודע הוא בברי ששמעון חייב לו ולא פרעו דפקדון הוא ואם שמעון היה קיים והיה אומר שנאנסו היה נאמן והשתא מנא ידע דלא נאנסו הא ליתא דאונס לא שכיח וכל מידי דלא שכיח לא טענינן ליתמי תדע דגבי שטר כיס בסוף פרק המוכר את הבית אמרינן דטענינן להו החזרתי דאבוהון כה"ג הוה נאמן במגו דנאנסו אבל נאנסו לא טענינן להו. ואיכא מאן דאמר התם נשבע וגובה כלו ואמרי' בגמרא משום דלית לי' דרב חסדא דהמפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך לו להחזיר בעדים הילכך גובה כלו דליכא למיחש לחזרה שהי"ל להחזיר בעדים ואכתי נטעון להם נאנסו אלא דלא טענינן ליתמי נאנסו ומפקינן מינייהו משום דאונס לא שכיח וכן כתבו שם התוספות. אלא שראיתי להרי"ף ז"ל שהביא שמועה זו בפרק המקבל וכתב בלשון הזה והלכתא נשבע וגובה מחצה אבל פלגא דהוא בתורת פקדון חיישי' שמא נאנס אי נמי דילמא פרעיה דקי"ל המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר החזרתי נאמן ע"כ משמע מדבריו דטענינן ליתמי נאנסו ותקשי ליה מאי טעמא דמאן דאמר נשבע וגובה כלו משום דלית ליה דרב חסדא אכתי איכא חששא דנאנסו כדכתבו שם התוספות. וסבור הייתי לומר דאין כוונ' הרי"ף ז"ל לומר דטענינן להו נאנסו אף היכא דליכא חששא דפרעון אלא מלתא בטעמא קאמר דמ"ט טעני' להו החזרתי ולא אמרי' שטרך בידי מאי בעי משום דאין שטר זה כשטר הלואה דקפיד איניש שלא להניחו ביד המלוה אחר שפרעו דהכא הוא יודע שאם יטעון נאנסו אין כאן שטר להכי לא להניח שטרו בידו וה"ק אבל פלגא דפקדון כיון דאיכא למיחש לנאנסו טענינן ליה החזרתי דאבוהון היה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כך הייתי מפרש כדי שלא תקשה עליו השמועה אבל ראיתי שהרמב"ן ז"ל בחידושי בתרא שלו פירש השמועה והפליגה בדרך אחרת שאמר דהכא בנכסים דיורשים גדולים הבאים בטענת אביהן עסקינן שאומר אמר לנו אבא פרעתו הלכך למאן דלית ליה דרב חסדא וא"ל שטרך בידי מאי בעי ליכא חששא דנאנסו אבל אם יתומים קטנים הם פשיטא דטענינן להו נאנסו ואמר וכן דעת רבינו הגדול דטענינן ליתמי נאנסו והרי דב' זה פלוגתא דרבוותא שהתוספות בכמה דוכתי כתבו דלא טענינן ליתמי נאנסו וכן כתב הר"אש בתשוב' שבכלל פ"ו וכיון דפלוגתא היא לא מפקינן בדבר שהוא תפוס.

ויש לנו לחקור בזה הכלל שתפוס בידינו מדברי האחרונים נוחי נפש דבכל מילתא דהויא פלוגתא דרבוותא אין יכול להוציא מיד המוחזק ויכול המוחזק לומר קים לי כהני דמזכו לי ומטו בה מההיא דפרק חזקת דאמרינן הלכתא כוותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי היכא דקיימי זוזי לוקמו אע"פ שאני רואה שלפי פירוש של ר"י ז"ל שפירש שם אין ממנה ראיה מכל מקום כך תפסו ובכך עשו מעשה והשתא אם בעיקר התפיסה איכ' פלוגתא דרבוות' אי מהניא ליה תפיסתו אי לאו מי אמרינן דלא מפקינן מידי תפיסתו כיון דפלוגתא היא ומצי למימר התפוס קים לי אז דילמא לא אמרינן הכי אלא כשהוא מוחזק בדבר של דברי אותו הפוסק הוא שלו והיה שלו מעולם אבל בדבר שהוא תופס שאפילו לדבריו אין לו בגופו של חפץ זה כלום אלא שהוא תפוס בו שיהא נאמן על דבר אחר לא מקרי הוצא' מידי המוחזק וזה ימים שעמדתי על דבר זה ובעניותי נראה בעיני דכל כה"ג מפקינן מיד התפוס שכל שאינו תופס החפץ לומ' שהוא שלו אלא מטענת חוב אחר אי מספקא לן בתפיסה כפלוגתא דרבוותא לא מהניא תפיסתו דאוקי הני בהדי הני ואוקי חפצא בחזקת מרא קמא דומיא דנכסי דבר שטיא דפרק שני דכתובות שיש ספק במכר אמרינן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא והוא הדין גבי מטלטלי אע"פ שזה תפוס בהם נוקי להו בחזקת מרא קמא ואע"ג דבפרק השואל גבי המחליף פרה בחמור וילדה דתנן זה אומר משלקחתי וזה אומר עד שלא מכרתי יחלוקו פרכינן וניחזי ברשותא דמאן קיימא ולהוי אידך המוציא מחבירו ומוקי לה שמואל בעומדת באגם ופרכינן ונוקמא בחזקת מרא קמא ולהוי אידך המע"ה ומשני הא מני סומכוס היא משמ' דוקא משום דקאי בסימטא הא מעיקרא ס"ד דקיימא ברשותא דחד מינייהו אע"ג דקאי ברשותא דלוקח הוי מוכר מוציא מחבירו ולא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שאני התם שכל אחד טוען ברי על גוף הוולד שהוא שלו הילכך אם היה ברשותו של לוקח הואיל והוא טוען ברי שהוא שלו הוי אידך מוציא ושם כתבו התוספות שאם היה טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק עד כאן ואע"ג שמחזיק בגופו של חפץ לומר שלי הוא כל שכן היכא שאינו יכול לטעון על גופו של חפץ שהוא שלו אלא שבא בטענה אחרת דאיכא למימר אוקמא בחזקת מרא קמא וכן מוכח מההיא שמעתא דריש מציעא דתקפו כהן מוציאין מידו שכתב הרא"ש שם כללא דמלתא לטענת ברי מהניא תפיסתו וכו' אבל מי שהוא מסופק בדבר אם היא שלו אם לאו לא מהניא תפיסתו לאפוקי מחזק' מרא אלמא כל שיש ספק בתפיסת מוקמי' בחזקת מרא קמא וה"ה והוא הטע' כשהספק מחמת פלוגת' דרבוות' דשמא יש לו לחוש שנאנסו כדברי הרי"ף והרמ"בן ז"ל הויא תפיסת

ספק ולעול' מוקמינן בחזקת מרא קמא ולא תימא כי אמרינן דהויא תפיסת ספק דומיא דתקפו כהן שהוא ספק שאי אתה יכול לעמוד עליו אבל בפלוגתא דרבוותא יאמר קים לי אנא כהני דמסתברא טעמי וכתפיסת ודאי מחשבה אין טעם לומר כן דלא כל כמיני' שיאמר כן הואיל ואנו אין בידינו להכריע בין שניהם מאי מהניא שיאמר לדידי ברירא לי הך סברא ובפרק שני דכתו' גבי שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת לא תנשא ואם נשאת לא תצא ופרכינן מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באשם תלוי קאי ואוקמינן לה בשנישאת לאחד מעידי' ופרכינן איהי גופא באשם תלוי קיימא ומוקמינן באומרת ברי לי ופרש"י ז"ל דאין לבי נוקפי שברור לי שאילו היה קיי' היה בא עכ"ל והרי דבריו הם דוגמא לנדון דידן דקים לי בגויה מילתא היא אלא שהר"ן ז"ל כתב עליו שאין פירושו מחוור דודאי כיון שאינה יודעת בודאי באשם תלוי קיימא אלא מיירי באומרת ראיתיו שמת ואף רש"י לא אמרה אלא לענין אשם תלוי שכתב דאין אשם תלוי אלא למי שלבו נוקפו וזו אומרת אין לבי נוקפי אבל זה מאחר שהוא תפוס בה מספק שהוא ספ' אצלינו לאו כל כמיני' לומר קים לי אלא מוקמינן נכסי בחזק' מרא קמא וגם יש לי לדקדק כן מדאמרינן בפרק הכותב קריביה דר' יוחנן תפוס תורא דיתמי מסימטא אתא לקמי' דר"י אמר להו שפיר תפסתי' אתי לקמיה דרשב"ל אמר להו זילו אהדור אתי לקמיה דרבי יוחנן אמר להו מה אעשה שכנגדי חלוק עלי פרש"י ז"ל אדם שקול כמותי והשתא כיון דר' יוחנן לא הדר ביה משמעתיה מה לי אם רשב"ל שקול כמותו מ"מ הם היו תפוסים אדרבא רשב"ל היה ראוי שאמר הואיל ורבי יוחנן חלוק לא מפקי' מינייהו אלא כל שיש ספק בעיקר התפיסה הוה ליה תפיסת ספק ומוקמי' לה בחזקת מרא קמא דאפי' למאן דפסק דתקפו כהן דאין מוציאין מידו שאני התם שטוען על גופו של דבר שהיא שלו אלא שהיא טענת ספק אבל זה שגופו של חפץ בין כך ובין כך אינו שלו והתפיסה לא בריר' מוקמי' לחפץ בחזקת מרא קמא.

ונראה לעניות דעתי שיש לנו ליפות כחו של ראובן מצד אחר שנראה בעיני שאע"פ שהרי"ף והרמב"ן ז"ל סבירא להו דטענינן ליתמי נאנסו ופליגי אהא דכתבו התוספות והרא"ש מ"מ הכלל שכתבו התוספו' דכל מילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי אמת הוא כמו שהאריך הרא"ש ז"ל בתשובתו כלל פ"ו והוא הביא ההיא דפרק בתרא דכתובות ההוא דעשאה סימן לאחר שכיב ואוקי אפוטרופוס ליתמי אתא לקמיה דאביי אמר אי אבוהון הוה קיים הוה אמר תלם אחד מכרתי לו אמר שפיר קאמרת וכו' וכן אי אבוהון הוה קיים הוה טעין ואמר חזרתי ולקחתי ממנו אמר ליה שפיר קאמרת וכו' ואביי אמאי לא טען כן מעיקרא בשביל היתומים אלא משום דמלתא דלא שכיחא כולי האי היא. ואני

אומר דהתם מכל מקום אי טעין אפטרופא טענה היא מ"ט משום דארעא בחזקת יתמי קיימ' דאכל לה אבוהון שני חזקה וזה בא להוציאם מחזקתם בטענה שאביהם עשאה סימן לאחר להכי מצי אפטרופוס למיטען לסתור טענה זו להעמיד יתומים על חזקתם לומר דשמא תלם אחד נתן וגם שחזר ולקחה ממנו אבל כשהחיוב שעל היתומים הוא מבורר אין לנו לטעון לפטר' בטענות רחוקות דלא שכיחי כגון ההיא דשטר כיס היוצא על היתומים וראיה מדתני' בריש הגוזל בתרא הגוזל ומאכיל את בניו פטורין מלשלם הניח לפניהם גדולים חייבים קטנים פטורים ואם אמרו גדולים אין אנו יודעים חשבונות שחשב אבינו עמך פטורים ופרכינן משום דאמרי אין אנו יודעים פטורים אמר רבה הכי קאמר גדולים שאמרו יודעים אנו חשבונות שחשב אבינו עמך ולא פש לך גביה ולא מידי פטורין והשתא הואיל וטענה זו כשטוענין אותה בברי טענה היא אם כן אף בטענת שמא נטעון להם כך ומאי קא מתמה תלמודא ומשום דאמרי אין אנו יודעים פטורין שנטעון להם שאביהם פרע להם דמיירי הכא שאין עדים שבאת הגזלה ליד אביהם אלא על פיהם כדכתבו התוס' ואבוהון כה"ג היה נאמן לומר חזרתי ולקחתי אלא שכ' הרא"ש שם בהלכותיו אע"ג דאבוהון כה"ג אי טעין היה נאמן כיון דמילתא דלא שכיחא שאינו מצוי שיקנה הגזלה מן הנגזל לא טענינן להו ליתמי. ועוד מוכח מדאמרינן בפרק איזהו נשך ובפרק הכותב גבי רבי מיאשא דהפקידו גביה שב מרגניתא כי ציירן בסדיני דאמרי' חדא דידענא ביה ברבי מיאשה דלא אמיד וכתבו התוספות דטעמא דלא אמיד גרידא סגי ולא חיישי' שמא מציאה אשכח או שהיה לו דיש מתרושש והון רב דמילתא דלא שכיח היא והא דקמצריכינן סימנין היינו משום דשמא איניש אחרינא אפקיד גביה וכן כתב הרא"ש ז"ל שם אלמא הכלל תפוס בידינו דכל מילתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי והרי"ף והרמב"ן ז"ל שאמרו דטעני' ליתמי נאנסו לא שהם חולקים על כלל זה אלא דס"ל דנאנסו מילתא דשכיחא היא כההיא דשטר כיס שאירע אונ' בסת' בעיסק' דשמא נתעס' בהם בימים ובדרכים שכל הדרכים בחזקת סכנה הם אבל בנדון שלפנינו שאומר ראובן שלא נתן לו רשות שיתעסק בו אלא בתוך העיר במשי או בסחורה אחרת במדינה עצמה והדבר ידוע שכל אונס שיהיה בתוך המדינה ובפרט בשכונת היהודים קלא הוה לה למילתא ודמי להא דאמרי' בס"פ האומני' גבי חביתא דאתבר בריסתק' דמחוז' דאמרי' ריסתק' דמחוז' שכיחי רבי' זיל אייתי ראי' וכן ההיא דד' מאה דני דחמרא דתקיפי קל' אית להו פי' קלא אית להו אם החמיצו ברשו' לוק' או ברשות מוכר ואפי' תימא דאי אבוהו' היה קיי' היה נאמן בלא ראי' דלא דמו כל כך להנהי דפרק האומנין מ"מ מילתא דלא שכיחא היא ולא טענינן אנן ליתמי הכי. ועכשיו שאומר ראובן זה שלא נתן לו רשות

להוציאם מן המדינ' אע"פ שאין לו עדים בדבר הואיל והוא תפוס בטענת ודאי נאמן במגו כדכתיבנא שהרי אצלו אין לו שום ספק לא לחזרה ולא לאונס כך נ"ל ברור. הילכך אותם הספרים שלקח אחרי מות שמעון הואיל והם בענין שיכול לומר החזרתים אע"פ שיש עדים שהם של שמעון כל שאין עדים שישנם עכשיו ביד ראובן דלא משוו ליה ראה דומיא דרמאי דפומבדיתא דפ' חזקת נאמן עליהם וגובה מעותיו מהם.

אבל זה ששאלתם בשאלה שניה אם לקחם ראובן מן העכו"ם אי מהניא ליה תפיסה לא מדין תפיסה היה מועיל אלא אם הדבר בענין שיכול לטעון טענה אחרת שיפטר בה נאמן מטעם מגו אלא שאיני רואה בתפיסה זו שתפס מיד הנכרי כח להחזיק ולטעון כך וכך היה לי ביד שמעון שאין כאן מגו דהחזרתי ולא מגו דאין בידי כלום שהרי היורשים יתבעו מן הנכרי ויוציאו ממנו בדין והנכרי יחזור ויתבע מראובן ואין לומר דאתי מכח גברא דלא מצי לאשתעויי דינא בהדי' דנכרי מי ציית לך ואם ירצה יכפו' בכל אין זו טענה דכיון דנכרי נקיט זוזי דידיה ואמר למאן ניתיב מה לו לכפור להיות חוטא ולא לו ואילו רצה להכחיש יגנוב לעצמו למלא נפשו דאז גם בוז לא יבוזו לו אבל להוציא מזה וליתן לזה מה איכפת ליה. ואם תאמר ישחדוהו בממון אין לך שוחד מרובה מממון שבידו אם בא לכפור יכפור בכל ועוד שהואיל וראובן היה צריך לתת שוחד ולרצותו לנכרי שיודה לו בתפיסה אין כאן מגו דלא אמרינן מגו אלא כשהטענות שוות שכל כך היה מרויח בטענה ההיא כמו בזאת שהוא טוען עכשיו אבל כשבא בטענה שאביהם היה חייב לו אינו מפסיד כלום ואם בא לומר החזרתי לנכרי צריך הוא לרצות את הנכרי ברצי כסף הילכך לא הוי מגו כלל אף להההוא ממונא דהיה משתכר באותה טענה ובמקום אחר בתשו' הארכתי בזה ודקדקתי כן מכמ' סוגיות מי שירצה יעמוד עליה ואין כאן מקום להאריך. והוו יודעים שהרא"ש ז"ל כתב בפרק הכותב בעובדא דההוא בקרא דיתמי דתפוס תורא מיניה וז"ל והאידנא דמשתעבדי מטלטלי לבעל חוב אי אית ליה לבעל חוב ראיה ברורה דיכול לפרוע ביה ההוא חובה מיתמי לא מחייב בקרא מידי ואי לית ליה לבעל חוב ראיה שמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי. ואני תמהתי על זה הלשון של הרב ז"ל דמשמע מדבריו דאע"ג דמחייב בקרא לשלומי הויא תפיסה דבעל חוב תפיסה והלא כיון דיתמי מפקי מבקרא והדר בקרא ומפיק מבעל חוב דא"ל מינאי תפסת שהרי אני מתחייב לשלם בדין ואין כאן טעם לתפיס' שהרי הוא כתופס ממון של אחרים ושוב מצאתי להרא"ש עצמו שכתב בתשוב' כלל ק"ו על פקידו של ראובן שמסר פקדון של ראובן לשמעון אחר מיתתו של ראובן וטען שמעון שראובן היה חייב לו וכתב הרב בסוף התשוב' שהפקיד פשע שנתן לשמעון ויורשים מוציאים ממנו וחוזר הפקיד

ומוציא משמעון אם יש לו טענה על הפקיד יכול לטעון אבל אינו יכול לעכב הממון בשביל טענה שיש לו על ראובן ואין לומר דהתם מיירי שהפקיד סתם ולא אמר לשמעון שהם נכסי ראובן ולפי זה הרי הם בחזקת נכסי הפקיד ולכך אמר שאם יש לו שום טענה על הפקיד יכול לטעון דהא ודאי מוכח מהשאלה שהיה הדבר נודע לשמעון שכן כתוב שהפקיד ביד שמעון מפני אימת המלך שלא יטלנו ממנו ושמעון טוען שראובן היה חייב לו אע"פ שלא כתב ושמעון ידע שהם נכסי ראובן אלמא בנודע מיירי ועוד מה לי הודע או לא הודע הרי הרא"ש ז"ל כתב עלה דכיון שהפקיד חייב לשלם נמצא שאינו תופס משל ראובן אלא משל הפקיד הרי שדבריו פה בתשוב' סותרים את דבריו בהלכות ומה שהבאתם מדברי הטור וספר התרומות שכת' דמהניא תפיסה כלם לא אמרו אלא כשתפס מן היתומים בעצמן אבל תופס מיד אחר לא אמרו דשמא לא מהניא תפיסתו הואיל ומתחייב הנפקד כמ"ש בתשוב'.

אך קשה דבפרק הכותב בההיא שמעתא דאבימי דהיה מסקי זוזי בי חוזאי אמרי' התם אזל יהב להו זוזי אמר ליה הב לי שטרא אמר ליה הני סיטראי נינהו ואמרינן אי לא פרעיה באפי סהדי מגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול למימר סיטראי נינהו ובתר הכי מבעיא לן לענין שלומי שליח מאי וכו' מסיק דבין אמר ליה שקול שטרא והב ליה זוזי בין אמר ליה הב ליה ושקול שטרא שליח חייב אלמא תפיסה מהניא במגו אע"ג דשליח חייב מהך שמעתא מוכח שלא כדברי הרא"ש ז"ל בתשובה. ומיהו נוכל לתרץ ולחלק דההיא דאבימי שניא היא שבתורת פרעון נתן לו המעות למלוה וכי מטו זוזי לידיה מיד זכה בהו והרי הן אצלו כמעותיו ועכשיו אין ערעורו של השליח על המעות אלא שהוא תובע השטר והשטר הוא מעכבו בעד חובו דהני סיטראי נינהו והוא אינו יכול לתבוע לו השטר שהוא לא מסרן בידו והמעות שמסר משמסרם בתורת פרעון זכה בהם הילכך איהו דאפסיד אנפשיה אבל כל שמסר נכסים בתורת פקדו' לעולם בחזקת המפקי' קיימי וזה שתופסן לא שהוא טוען על גוף הפקדון שהוא שלו אלא שתופסן בחובו לאו כל כמיניה לאפסודי להאי כל שכן אם תפסם בע"כ של נפקד כעין עובדא דבקרא וראיתי להריטב"א בתשובה הובאה בב"י סי' פ"ג בראובן שהפקיד כליו לשמעון ושמעון השאילן ללוי ותפסם לוי בעד חוב שחייב לו ראובן במגו והשיב דלא דמיא לההיא דאבימי דהכא כיון דבתורת שאלה קבלה משמעון נתחייב להשיב לו השבה מעליא ואלו בעובדא דאבימי ברשות בעל דבר הגיעו לידו ומיהו אם לא הפקידו שמעון אלא שתפס בו מרשות שמעון נראה שתפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו ע"כ ונשמע שהריטב"א מחלק בין כשקבלו בתורת שאלה להתחייב להשיב

ובין תפסו מרשותו או שלא מדעתו שלשם תפיסה לקח ולא ע"ד להשיב בזה אומר לו לאו בעל דברים דידי את ותפיסתו תפיסה אע"פ שהוא חייב מדין פושע אבל להרא"ש לא זו הדרך שהוא בתחילה אמר שתפיסתו תפיסה בזמן שאין הפקיד פורע וחייב אבל אמר פנים אחרים יש לדין זה כי הפקיד פשע כדין שומר שמסר לשומר וחייב להחזיר נמצא שלא תפס מנכסי ראובן כלום ולפי זה אין חילוק בין נתנו הפקיד ע"ד להחזיר בין תפסו זו בדרך תפיסה מאחר שהפקיד חייב לשלם נמצא שאין זה תופס משל ראובן אלא משל הפקיד שאינו חייב לו כלום ואיכא למימר שאין הדבר תלוי במה שהפקיד חייב לשלם אלא במקום שתפס דהיכא דתפס מרשות הנפק' הרי הוא כאלו תפסו מרשות הבעלים ממש ומצי אמר ליה למפקיד את לאו בעל דברים דידי את אבל כשמסר הנפקד בידו לשומרו והוה ליה שומר שמסר לשומר שלא מדעת הבעלים קמה ליה ברשותי' דנפקד עצמו ואינו יכול לתפוס מרשותו בעד מה שחייב ליה המפקיד ובמרדכי בפרק הכותב דההוא עובדא דאבימי מגמגם רשב"ם היאך יכול לעכב השטר מן השליח ויטעון סיטראי נינהו והא גלוי הדבר שלא היה נותן לו מעות כי אם בעד השטר דבשלמ' אם הלוה היה נותן לו מצי למטעי אבל השליח למה יפסיד ופר"י דהכי קאמר מגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר סיטראי אינון שהשליח נתנ' לה לשם סיטראי ע"כ משמע מדבריו שאם הוא מודה שלא כתב השליח לשם סיטראי אינו רשאי לתפסם וצריך אני להתיישב בדברים אלו. ואכתי הלשון שכתב בהלכות משמע דמהניא ליה תפיסה ונראה דהלשון דקאמר שמחמת תפיס' הוא זוכה לאו דוקא אלא ה"ה דמחמת תפיסה בא לזכות מחייב בקרא לשלומי וכיון דמחייב בקרא הדר בקרא ומפיק מבעל חוב. ומ"מ אף אם נאמר שיועיל תפיסה מיד אחר להאמינו במגו היכא שהיתה התפיסה מיד נכרי אינו מודה כלל שיהיה נאמן לומר יש לי ביד שמעון בעל המעות במגו דאי בעי אמר החזרתי לנכרי שאין אומר מגו אלא כשהטענות שוות דאמרי' מה לו לשקר אי בעי הוה טעין הכי אבל הכא טעמא רבה איכא דלא רצה לטעון החזרתי לנכרי שאם היה טוען כן היה הנכרי מוציא ממנו ומחי ליה במרזפתא דנפחא שלא יקבל הנכרי שבועתו לכך הוא רוצה לטעון יש לי על פלוני שאם יזכה בדין אף הנכרי יסתלק ממנו כי מאחר ששניהם דנים בדיני ישראל אין לו לנכרי עסק בזה שיאמר הא תרווייהו קיימיתו אותו בדינא. והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר מטראני זלה"ה.

סימן עג

על ענין שלמעלה שלחו לי עוד עדיות אחרים מחודשים וזה אשר חזרתי וכתבתי.

שאלה לשעבר כתבתי על ענין זה מה שנראה לעניות דעתי בזכותו של ראובן ועכשיו נתחדשו בשאלה דברי למעליותא בשתי עדיות ויש לנו לדון בה מצד אחר. וזה שנתחדש עדות עד שני דרך הודאה גמורה על עיקר המעות ועוד נתחדש שבעדו' העד השלישי שזכר בדבריו שאלו המאה גרו"שוש של ראובן נתנה להעכו"ם מבאגדאד ועד עתה הם בידו לפי שבנוסח העדו' שבא אלי בראשונ' היה כתוב ועדיין עתה הם בידי שהיה נראה שחזר ולקחם מן העכו"ם ועתה היו ביד שמעון כנרא' שטעו' הסופ' היה או דכתבי לואו קטיעא ועדות העד האחרון מסכים לעדות זה שאמר לו שמעון שהמעות שביד העכו"ם הם משל ראובן כי לא הי' רצונו לערב מעו' ראובן עם מעותיו ולדברי הרמ"בם ז"ל ורובא דרבוותא ז"ל דסברי דהודאה בפני עד א' מהניא אע"פ שכל אחד עדות בפני עצמו מצטרפי כמו שכתבתי בקונטרסי הראשון ושם כתבתי דסוגיא דעלמא כדברי הרמב"ם ז"ל נקיטי ומאחר שהדבר ידוע שבהודה שמעון על המאה גרו"שוש הנז' לא היה העכו"ם שמה אלא בבאגדאד ולא בא אלא אחרי מיתתו של שמעון פשיטא דליכא למיחש לחזרה שפרע לו משלו דאותם המעו' בחזקת ראובן הם עומדים ולא טענינן ליתמי אלא להעמיד דבר שהיא בחזקתן אבל דבר שהם בחזקת אחרים אפילו אם היו בידם דאבוהון כה"ג היה נאמן לטעון עליהם עד כדי דמיהם במגו אנן לא טענינן להו בהכי זה כמה שנים שכתבתי כן בתשובה והוכחתי מכמה סוגיות מפרק איזהו נשך בשמעתא דהני זוזי דיתמי ובפרק הכותב בשמעתא דכסא דכספא דחסא ובפרק חזקת בשמעתא דמאי בעית בהאי ארעא מפלניא זבינתא דאמר לי דזבינה מינך אמר ליה את מי לא מודית דארעא דידי היא ואת מינאי לא זבינתא לאו בעל דברים דידי את ופי' רשב"ם שאפילו יש לזה עדים דדר ביה מקמי חד יומא כיון דלא אכליה שני חזקה מפקינן מיניה ואע"ג דלוקח ראשון היה נאמן לומר מינך זבינתא במגו דאי בעי אמר לא היתי' שלך מעולם שהרי אין לו עדים שהוא שלו אלא על פי הודאתו ואעפ"כ כיון דמודה מיהת דארעא דידיה הוא כיון שאינו מוחזק בגוף הקרקע דלא מהני חזקה משום מגו דמוכר לא טעני' ליה ללוקח בהכי וכן דקדק הרמב"ן ז"ל בחדושיו מדברי רשב"ם אלא שאמר וסברא זו צריכה לפנים בדברי הרמב"ן ז"ל בפרק י"ד מהלכות טוען הם כדברי רשב"ם וכתבתי שם אע"פ שמתורת הרמב"ן והתוספות באותה השמועה לא למדנו מתורת רשב"ם והרמב"ם ז"ל למדנו והרא"ש ז"ל כתב בפרק הגוזל בתרא גבי אמרו גדולים יודעים אנו חשבונות שחשב אבינו עמך ולא פש גביה ולא מידי אע"ג דגזלה קיימת בידם או בפקדון שעדיין הוא בידם שאין עדים שעדיין הוא בידם אלא על פיהם נאמנים לומר שאביהם שלם את הגזלה ודוקא דטעני' טענת ברי שידוע להם ששלם אבל בטענת שמא לא והוקשו

לו נטעון להו בטענת שמא דאבוהון כה"ג היה נאמן במגו כדמוכח בפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומים דטענינן החזרתי משו' דאבוהון כה"ג היה נאמן במגו דנאנסו ותירץ דלא דמי דפקדון עומד לחזרה אבל גזלן אינו מצוי שיקנה הגזלה מן הנגזל ומוכח מדבריו דלאו דוקא נקט גזלן אלא משום דאיירי ביה וה"ה בפקדון אי איתיה לפקדון בעיניה בעדים שהוא עתה בידם לא טענינן להו לקוח הוא בידם דדוקא חזרה טענינן משום דפקדון עומד לחזרה אבל אינו עומד לחזור לקנותו ואע"ג דאבוהון היה נאמן במגו אנן לא טענ' להו בהכי דכיון דבתורת פקדון בא ליד אביהם לעולם הם בחזקת מרייהו ולא טענינן להו לאפוקי מחזקתיה ויתר ממה שקריתי לפניכם כתוב בתשוב' גם הרא"ש ז"ל בתשובה שהבאתי בקו' כלל פ"ז כתב מאחר שנמצא כתוב שם ראובן בפתקי המשכונות היאך מצי למימר החזרתי וכו' ואפי' אם תמצא לומר דאם היה שמעון קיים מצי טעין אחר שהלויתי המעות תבע ממנו מעותיו ונתתי לו משלו מכל מקום מילתא דלא שכיחא היא דמי דחקו לשמעון ליתן לראובן מעותיו ואמר לו לעסקא נתנם לי המתן עד שיפדו המשכונות ונתן לך מעותיך ומילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי הרי דבריו אלו מפרשין דבריו בהלכות דלאו דוקא גזלה אלא הוא הדין פקדון.

בר מן דין הכא בנדון שלפנינו שהפקדון עתה הוא ביד הנכרי ונקיט זוזי בידיה וקאי ויש לראובן ראיה שהוא שלו אפילו אם היה שמעון בחיים לא היה יכול לטעון עליו פרעתי לך ממקום אחר דאזל ליה מגו דלית לך גבי כלום או החזרתי דהא עינא דסהדי נפלה עלוהי הילכך בחזקת ראובן הוא ויכול להוציאם בדינא ודיינא.

ואם יש לפקפק בעדות האחרון שהעיד שהיה יושב בחנותו חל ראובן ועבר הנכרי הזה שבידו המעות ושאל לו איך אתה מאמין אל הנכרי והשיב אלו המעות אינם שלי אלא לראובן ואילולי מפני שאיני יכול לשים מעותיו בחנותי הייתי נותן אל הנכרי משלי כ"כ הוא נאמן שאלו הדברים דרך שיחה הם ולא כדרך מסיר' עדות דאפילו תימא דלא בעי' שיאמר אתם עדי מ"מ שיאמר דרך מסירת עדות ולא דרך שיחה כמ"ש בקונטריסי הא' ופשיטא שאם היינו צריכים לעדות זו לעיקר המעו' לא היינו למדים ממנו כלל אבל יש לומר שהואיל ויש לנו עדות שני עדים זולת זה שיש גם המעות בידו מעתה עכשיו שיאמר שאלו המעות הם ביד נכרי זה ליכא השתא למיחש לומר אדם עשוי שלא להשביע את עצמו דכיון דבלאו הכי ידוע שיש בידו מעות של ראובן מה לי אם הם אלו שביד הנכרי או אותם שהם בחנותו וגם להשטאה ליכא למיחש כיון שלא היה אדם תובעו שכן פרש"י ז"ל בפרק זה בורר משטה שוחק הייתי בך בשביל שאתה שואלני מה שלא היה וכן כתב הרא"ש בשם רבינו תם ז"ל דמשטה אני שייך כשתבעו שאז דרך

אדם להשטות וכיון דליכא למיחז לשום הערמה יש ללמוד מדבריו דומיא דההיא דפרק זה בורר הרי שראו את אביהן שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הם של מעשר הם דאמרינן אם כמוסר דבריו קיימין ואם כמערים לא אמר כלום. ואיכא למידק דדיוקא דרישא קשיא אדיוקא דסיפא קתני אם כמוסר דבריו קיימין הא סתמא לא אמר כלום ובסיפא קתני ואם כמערים לא אמר כלום הא סתמא דבריו קיימין אלא דרך התלמוד לפרש נעשה וה"ק אם כמוסר דבריו קיימין הא סתמא נעשה כמערים בפי' דאיכא למיחש שאמ' שלא להשביע את עצמו אמר משמע מיהת דהיכא דליכא למיחש שמא שלא להשביע את עצמו ואף על פי שלא אמר דרך מסירת עדות דבריו קיימין מדנקט בסיפא ואם כמערים דאם לא כן אמאי קתני ואם כמערים ליתני אלא אם כמוסר דבריו קיימין ואם לאו לא אמר כלו'. ולא שאני אומר שאם היה שמעון זה קיים והיינו באים לחייבו מחמת עדות זה והוא אומר שחקתי בו או נתן אמתלאה שלא נשמע לו אף על גב דסבר' היא דהא ליכא למיחז להשטאה ולא להשביע את עצמו מכל מקום אף על פי שאנו מדמין לא נעשה בכך אם נתן אמתלא לדבריו אבל השתא דליתיה קמן שנטעון ליתמי אולי אם הוה קיים היה נותן אמתלאה לדבריו אין לנו לומ' כן דמילתא שכיחא היא דודאי ידים מוכיחים שלא אמר כן לאותו העד אם לא היו הדברים כנים דלמה יהתל בו ועדיף טפי מפתקי החשבונות שכתב הר"אש ז"ל דאיכא ידים מוכיחות ורגלים לדבר להוציא מידיו דודאי יש עלינו לדון ולהוציא דמילתא מוכחא להציל ממון ישראל ולא נספי להו ליתמי איסורא.

ושמא תאמר הואיל ועדות זה שמעיד שאמר ראובן שהמעו' שביד העכו"ם הם של ראובן היה זה שנתים בעוד היות העכו"ם הנה ליחוש שמא אחר כך נטלם ממנו ונתנם ביד אחר או בעיסקא אחרת ונתן להעכו"ם מעות אחרים משלו והם אלו שנמצאו ביד העכו"ם כדאמרי' בפרק האשה שלום ההוא גברא דאפקיד שומשמי גביה חבריה אמר ליה כך וכך הוו ובחביתא רמו אמר ליה דידך שקלתינהו והני אחריני נינהו ומסיק מאי הוו עלייהו דשומשמי רב יימר אמר לא חיישי' שמא פינן ורבינ' אמר חיישי' שמא פינן ולהכתא חיישינן מייתי על' התם ההוא דר' יוסף אומר אפי' מצא חבית וכת' עליה תרומה הרי אלו חולין שאני אומר אשתקד היתה מלאה תרומה ופנה לא דמי דהת' רגילות הוא לפנות את החבית משנה לשנה ולהוציא ישן מפני חדש כדאיתא בתוספות שם הילכ' אין ראיה ממה שכתוב עליה תרומה וכן בהנהו שומשמי מאחר שהוא אומ' דידך שקלתינהו אין ראיה ממה שהחבית מלאה פירות אטו יש לו להניחה רקנית כל ימיה אבל כאן שיודעים אנו על פי הודאתו שהודה כשהיה ראובן תולה שעדיין המעות

הם בידו ויודעים אנו שהיו תחיל' ביד העכו"ם ואנו רואים שעדיין הם ביד העכו"ם לא אמרינן אותם לקח ונתנה במקום אח' ונתן לו משלו דאפוכי מטרתי למה ליה ומוקמי' אחזקתיה דחזק' מדאורית' היא כדאמרינן בפרק קמא דחולין דגדולה מזו אמרו אף כשאירע בדבר שינוי מוקמי' ליה אחזקתי' דאמרי' בפרק קמא דביצה גבי זימן שחורין ומצא לבנים וכו' שלשה ומצא שנים מותרים דאמרינן הני אינהו נינהו וחד אזל לעלמ' ופריך מההיא דהניח מאתים ומצא מנה דרבנן לא סברי מנה מונח מנה מוטל ומשני שאני גוזלות שעשויות לדדות ובתר הכי מסיק רב אמי דבשני כיסין לכ"ע אמרי' מנה מוטל ומנה מונח ומכל אותה שמועה מוכח דמוקמי' מילתא בחזקתיה שאותן המעות שהיו בתחלה הם אלו אף על פי שמצא בהם שינוי דהניח מנה ומצא מאתים כל שכן כאן שלא נאמר חזר ולקח ונתן לו משלו ואף לענין יוחסין דחמירי ועשו בהם כמה חומרות אשכחן בסוף קדושין דתנן אשה שיצאה עמי למדינת הים מתה ואלו בניה מביא ראיה על הבנים ואין צריך להביא ראיה על האשה שהרי האשה מיוחסת היא כשנשאת ופי' התוס' דהא אתא לאשמועי' דהואיל ומביא ראיה על הבנים שהם מאות' האשה שהיתה עמו שם במ"ה סגי ולא אמרי' שמא אותה שיצתה עמו למ"ה מתה ונשא אחרת ואלו הם בנים של האחרת דבסתמא אותה האשה שהוציא היא שילדה בנים הללו כל שלא ידענו שנשא אשה אחרת וה"ה שאם לא היה האב קיים והיו עדים על כך לא היינו חוששין והיינו מחזיקין אותם בחזקת מיוחסין דאב כמאן דליתיה דמי שהוא אינו נאמן אלא ע"פ עדים אף כאן אחר שהוברר מעות אלו שהיו של ראוב אין לנו לחוש שמא חזר שמעון ולקחם ונתן לו מעות אחרים משלו ואפי' תימא דאם היה בחיים והיה טוען כן בברי היה נאמן פשיטא דאנן לא טענינן ליה דמילתא דלא שכיחא כלל היא ולא טענינן להו ליתמי כמו שהוכחתי והארכתי בקונטרס הראשון.

אך מה שיש לפקפק בנ"ד הוא שמאחר שעדים אלו לא נתקבלה עדותן בחיי שמעון אין לעשות מעשה על פיהן שאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין וקטן כשלא בפניו דמי כדאמרינן בריש הגוזל בתרא גבי בר חמוה דר' ירמיה דטרק גלי באפי' דאע"ג דהו"ל לר' ירמיה סהדי דאחזיקי ביה בחייו דאבוה אמר ר' אבין וכי מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ופרכינן מההיא דתנוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו מוציאין מידו ומסקינן התם הוא דמפקי' מיניה משום דלא קיימא ליה בחזקת דאבוה אבל הכא דאית ליה חזקה דאבוה לא. ומיהו מתוך דברי הרמב"ם ז"ל בפ' י"ב מהל' מלוה מוכח דלא אמרו אלא דוקא להוציא דבר שהיה בחזקת אביהן מעיקרא כגון ההוא דבר חמוה דר' ירמיה דהו"ל חזקת אבהתי' שהיתה הבית שלהם מעולם והיה בא ר' ירמיה להוציא מידי חזקה זו על

פי עדים שאכלה שני חזקה נמצא שאנו נזקקין להוציא מחזקתן שלא בפני בעל דין שאף לפי דבריו מתחילה בחזקת אביהן היתה אלא שטוען לקוחה היא בידי אבל אם היה טוען חפץ זה או בית זו לא היתה של אביך מעולם והרי עדים נזקקין ומקבלין עדים שאין כאן בעל דין מאחר שאין ליתומים ראיה שהיתה שלהם מעיקרא והיינו דמפליגי בגמ התם לא קיימ' בחזקת אבוה וכו' ולכך כתב אההיא דפרק שום היתומים בנמצאת שדה שאינה שלו שנזקקין ולאו דוקא שטוען גזולה דכ"ש אם טוען בתורת שכירות או שאלה או חכירו' ירד לתוכה ואדרבה רבותא אשמועינן בשטוען גזולה דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן כדאמרי' בפרק כל הנשבעין גבי ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ולא אמרן אלא זה או' שאולי' וזה או' לקוחים אבל או' גנובין לאו כל כמיניה דאחזוקי אינשי בגנב' לא מחזקינן וכך הם דברי הרב המגיד ז"ל שכתב ונמצאת שדה שאינה שלו יש שהקשו ואמרו היאך מקבלין עדות שלא בפני בעל דין וכו' והעיקר דבכה"ג שצוה מוריש או שאינה בחזקתו אלא בגזל מקבלין ולא אמרו אין מקבלין אלא במה שהוא בחזקת אביהן והלה בא להוציא מידם והכא בנ"ד שהעדים מעידים שאלו המעות שביד הנכרי הם של ראובן נמצא שלא היו מעולם בחזקת שמעון ואין אנו באים להוציא מחזקתו. ואף לדברי מקצת רבוותא דמוקי ההיא דערכין ונמצאת שדה שאינה שלו בשנתקבל העדות בחיי אביהן כמ"ש הרא"ש ז"ל בפ' אלמנה נזונית דמשמע דלא ס"ל כההיא דר' האי ז"ל ומה שהביא בפרק המקבל דברי הרי"ף ז"ל יש לפרשו דהתברר בחייו אבל לאחר מיתה לא וכן כתב הרב בעל התרומות וז"ל וכי יש דברים שנזקקין להם אע"פ שהם קטנים והוא כגון שהפקידו עסק ביד אביהם וההוא עסקא אתברר בסהדי דאיתיה בעיניה בהא גבי ליה אפילו מיתמי קטנים כדאיתא בפרק המקבל דאמרינן להכי קרו ליה עסקא שלא יעשה מטלטלין אצל בניו וכן פסק רבי' האי בתשובתו עכ"ל וכן הם דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות שותפין וכן דברי הרי"ף והרא"ש ז"ל בפרק המקבל ונראה דדוקא בדבר שהיה אביהם מוחזק בו מתחלה שאכלה שלש שנים אלא שהם באים להפקיע חזקתו בטענת גזולה דומיא דבר חמוה דר' ירמיה דמייתי הרא"ש ז"ל אינה ראיה שהיתה בחזקת חמיו לעולם ורבי ירמיה היה מביא ראיה שאכלה שני חזקה אבל לא היתה בחזקת אביהן וזה מביא ראי' שהיא של אבותיו ולא אכל' אביהן שני חזקה מקבלין העדות שלא בפניהם שהרי אין להם שום חזקה מקרקע זו מאביהן והו"ל כההיא דתנוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו דאין אומרים נמתין עד שיגדל מטעמא דמפרש בפרק הגוזל משום דלא קיימא ארעא בחזקת אבוה וכן מוכח לשון הטור שכתב סימן ק"י קרקע שהיה בחזקת היורש שאביו היה מוחזק בה ונתברר בעדים שהיא גזולה וכו'

וכתב בד"א שהקרקע בחזקת הקטן אבל אם לא היה בחזקתו כגון שתקף וכו' וכן לענין מטלטלי' ודאי שאם היו תחת רשות היתומים אע"פ שמביא עדים שהם שלו ופקדון הוא ביד אביהן מ"מ לא מקבלינן עדים אחרי מות אביהן לפי שהם בחזקתו דחזקה כל מה שיש לו לאדם ברשותו שלו הוא אבל אם הם עתה מופקדים ביד אחר הרי אינם בחזקת אביהן ויכולין עדים להעיד שהודה אביהן שאלו המעות הם של פלוני שלעולם לא היו בחזקת אביהן וכיצד נתן אותם ליתומים כיון שיש עדים שאינם שלהם והם אינם בעלי הדבר ומיהו מדברי הראב"ד ז"ל שהביא בספר התרומות שכתב נמצאת שדה שאינה שלו הוא שיוציא האחד שטר שהיא שלו וזה לא אכלה שני חזקה ומקיימינן שטר שלא בפני בעל דין משמע דוקא מקיימינן שלא בפני בעל דין אבל לקבל עדות לא אף על גב דאינה בחזקת היתומים שהרי לא אכלה אביהן שני חזקה ואין לומר דהתם אפשר שאביהן קנאה שהרי אין העדים מעידים שגזלה מסוף דבריו שם לא מוכח כן שהעמיד ההיא דתנוק שתקף וכולי שראוהו שלשה בב"ד דוק' ומ"מ אפי' לדעתו יש לחלק דהתם התנוק נתבע אבל הכא אין הפקדון ביד היתומים שהיו נתבעין ועוד יש טעם לשבח כאן דעיקר המעות כבר הם מבוררים שמופקדין אצלו על פי פנקסו כמ"ש בשאלה ואין אנו צריכין לעדותם של עדים הללו אלא לקבוע להם מקום שהוא אמר שהם ביד הנכרי וגילוי מלתא בעלמא הוא ויש לקב' עדותן אחרי מותו ועוד הביא הנמוקי יוסף בפרק הגוזל שכתב הריטב"א בשם רבו והוא הרא"ה ז"ל שלא אמרו אין מקבלין עדים בפני יתומים קטנים אלא בדבר שיש פקפוק וגמגום וכאן בנדון שלפנינו הפקדון ידוע ומפורסם לכל העולם ועל פי פנקס ועל פי כמה עדים ויש לנו כמה טעמים ראוים לסמוך עליהם לזכות את ראובן בשלו ולהפריש את היתומים מאיסורא דגזל ומהר"ר איסרלן ז"ל כתב שם בכתביו סימן קס"ב דשרי לב"ד לוותר בממון היתומי' חוץ מן הדין כדי להשקיטם מריבות וקטטות והביא ראיה מפ"ק דבתרא דאמר רב נחמן להההיא דבנו אפדנא אקיקלי דיתמי זילו פייסו ליתמי אע"פ שמן הדין היו חייבין לפרוע כל הנאתם כ"ש כאן שהדברים ברורים ומחוורים והממון עומד בעין ביד הנכרי חלילה לנו לאבד ממון ישראל ולהלעיט ליתומי' גזל ועושק ונלוז דיתמי דאכלו דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עד

דמשק.

שאלה ילמדנו רבינו מורה צדק על כתובה נכתבה בדמשק בשנת השכ"ד ליצירה ונכתב בה סכום הכל בין כתוב' ונדוניא ותוספת תשע מאות ואחד ושמנה פרחי זהב סולטניש

שוה כל פרח מהם מ' חתיכות מהמטבע הנהוג היום בדמשק עוד כתוב למטה אחר חיתום הכתובה עוד נתרצה והוסיף לה סכום מאתים וששה מהפרחים הנז' ועכשיו באת לגבות כתובתה ובזה הזמן נתקלקלו המטבעות ועכשיו שוה כל פרח זהב סולטאני"ש ק"י חתיכות אם זה הדין להפר' בזה' סולטאני"ש כמו שכתוב בכתוב' או מטבעו' יורנו רבינו ושכרו כפול ומכופל.

תשובה שורת הדין אף אם לא פי' בכתובה זהב סולטאניש אלא שהיה כותב בה כ"כ קטעאש היכא שנשתנו הקאטאעש ופחתו ממשקלם חייב ליתן מאותם החתיכות שבאותו הזמן ופשיטא הוא בהגוזל קמא בעא מיניה רבא מרב חסדא המלוה את חבירו על המטבע והוסיפו עליו מהו פי' נפסל המטבע ועשו מטבע אחר גדול וכבד במשקל יותר מן הראשון א"ל נותן לו מטבע היוצא באותה שעה ומסקנ' דשמעתין דאיזילי פירי מחמת טבעא אע"פ שהפרש הוא מועט מנכה לו לפי חשבון ואם הוסיפו על משקלו עד עשרה בתמניא אע"ג דלא זילי פירי מנכה לו ונותן לו שמנה ממטבעות החדשים שהם במשקל עשרה מן הראשוני' משום דקשבח לענין נסכא. וכתב הרי"ף ז"ל וה"ה למלוה את חבירו מטבע ופחתו ממנו הכל ענין אחד והראב"ד ז"ל כתב דדוקא בהוסיפו על המטבע הוא דאמרינן הכי משום דמחזי כריבית אבל בפחות לא ומסתבר' שלא אמרה הראב"ד ז"ל אלא כעין ההיא שיש שינוי בפירות ואין שינוי במטבע לענין נסכא ששיערו חכמים דעד עשרה בתמניא הוא דהוי שינוי שיכול להתיכם ולעשותם נסכא אבל בפחות מכאן אותו התוס' יפחת בחסרון ההיתוך ובשכ' הצורף כדכתב הרא"ש ז"ל אי נמי כשיש הפרש לענין נסכא דאין הפרש בפירו' לענין יוקרא וזולא דאע"ג דמצי מלוה למימר היאך אתה בא לפרוע לי שמנה מאלו בעד עשרה שנתתי לך שהרי כשאני רוצה ליקח בהם פירות אינם שוין אלא כשמנה הראשונים מכל מקום כיון דאית לית שבחא לענין נסכ' מחזי כריבית ועל זה כתב דלענין אם פחתו לא דיינין כי האי דינא שאם לא היה הפחת במשקל עד עשרה בתמניא אע"פ שהוקרו הפירות מחמת כן יכול לומר לו לא הפסדתיך שאפילו הייתי נותן לך מהמטבע הראשון היית צריך עכשיו להתיכו לעשותו נסכא והיית צריך להפסיד זה השיעור וגם אם היה הפחת כשיעור עשרה בתמניא דאיכא הפסדא לענין נסכא יכול לומר לו מאי אפסדתיך קח בהם פירות כשיעור מה שהיית לוקח במטבע הראשון דהא נשתנו הפירות מחמתם ודוקא בשהוסיפו הוא דאמרינן הך דינא משום דמחזי כריבית אבל דפחתו כיון דאיפשר בלא פסידא נותן לו ממטבע זה האחרון אך היכא דמכל מקום איכא פסידא כגון דאוקרו הפירות והיה התוספת יותר מכשיעור דמפסיד נמי לענין נסכא בהא ודאי מודה הראב"ד שנותן לו לפי חשבון מטבע

הראשון תדע מדתלי טעמא דדוקא לענין הוסיפו הוא דאמרינן הכי משום דמחזי כריבית וכשיש הפרש במשקל ובפירו' פשיטא דרבית גמורה היא כמו הלוהו סלע ונותן לו חמשה דינרים וכבר תפסו כל הגדולים נוחי נפש כדברי הרי"ף ז"ל דלא שנא פחתו ולא שנא הוסיפו כי האי דינא דיינינן ליה וכן כתב הרמב"ם והרא"ש ז"ל בהלכותיו וכל האחרוני' ז"ל ולהריב"ש ז"ל בסימן קנ"ו מצאתי שכתב הדין כמ"ש אלא שאמר שאם המלך צוה בפירוש שכל אדם יקח הגרוע בערך היפה ושיוכל לפרוע חובותיו לפי ערך היוצא ודאי דינא דמלכותא דינא וכאן אין המל' גוז' שיעבו' בענין החובות כלום כלל ואף במה שגוזר שיעבור בזה שיקח אותו ויתנו בו פירות אשר בתחילה שאפי' היה גוזר לא היתה גזרתו מזה שכל מוכר מחשב ומוכר לפי מה שקנ' ואין הפרש בין הלוה מעות ממש לנותן לו פרקמטיא וזוקף עליו במטבעות או שמחזיר ומחייב עצמו בכ"כ מטבעות כמו שמייתו אדברי התוספות שם בהכותב בשמעתא קמייתא דהמלוה את חבירו על המטבע הילכך הדבר ברור שאפי' כתוב מטבעות של חתיכות כשיש הפרש בפי' ובמשקל נותן לו מהמעות הראשונות כל שכן בהפרש מרובה כזה שאחת מאותם המטבעות יפה שלשה מאלו כל שכן כשפי' בכתוב' בפרחי' זהב סולטאניש שהם דינרי זהב ואותם הדינרים לא נשתנו לעולם ולא פסלתם מלכות שלא פסלו אלא החתיכות שהדבר ברור שחייבים ליתן לאלמנה דינרי זהב שכתובים בכתובתה בין הכתובה בין הנדוניא והתוס' שקבל על עצמו ועשהו כעיקר הכתובה דתנאי כתובה ככתובה כדאמרינן בריש פרק אע"פ ולענין מנה ומאתים לעולם אזלינן בתר משקל הכסף כשיעור ששיערו חכמים מאתים זוז במנה של מדינה וכל זוז ט"ו שעורות כמו ששיער הרמב"ם ז"ל כסף צרוף ואם באת ליתן לה מאלו המטבעות הראשונים נמצאת פוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה ממנה ולא אמרו בסוף כתובות גבי נשא אשה בקפוטקיא וגרשה בארץ ישראל דנותן לה מן המטבע הפחות שבהם אלא כשאין הפרש במשקל אלא דהני חריף טפי.

והרי שורת הדין כך היא ברור אבל מה אעשה שהרי הנהיגו חכמים ועשו מעשה בעיר הזאת שלא לפרוע לא חוב ולא כתובה בזהובים כזמן השטר ומחמת תקנה נגעו בה ולא מן הדין וזכורני בשני גדולי הדור זכרם לחיי עד הרב כמה"ר משה אלשיך זלה"ה ומורי הרב כמהר"ר שלמה חאגיש ז"ל דמרגלא בפומייהו זמנו של שטר מוכיח עליו שכתב שם מהמטבע הנהוג היום בדמשק וכיצד יתן לו מהמטבע הפחות הנהוג היום ומה שהיו נוהגים ובאים עד עתה לגבות כתובה ושטר החוב הישנים בעד כל זהוב שכתוב בשטר גרו"ש א' דרך בקשה וריצוי היו עושין כן שהיו חוששין להפסד היתומים וגם להפסד בעלי חובות כי מהזמן שינוי המטבעות ירדו בעלי בתים מנכסיהם מהפסד הסחורות.

אבל מן הדין נראה לי שאין כח להפקיע זכות האשה ובעלי חובות אף אם היו עושים תקנה לכתחילה בהסכמת גדולי הדור וטובי הקהלות אף על פי שיש בידם לתקן שלא מן הדין כי הא דאמרי' בפרק השותפין רשאין בני העיר להסיע על קיצותן בטובי העיר וגבוליה שיש בידם להפקיע ממון כמו גדולי הדור כן כתב שם רבינו מאיר ז"ל מכל מקום זהו למה שכבר התנו מתחילה שכל העובר על הדבר יענש בכך וכך כההוא עובדא דהנהו טבחי וכן כתב המרדכי בשם רבינו תם ז"ל להסיע על קיצתן פי' היכא דכבר התנו ביניהם אבל אם לא התנו מתחילה אין כח בבני העיר להכריח לאחד מבני העיר למה שירצו וכתב עוד שם בסמוך מתשובת הר"ם ז"ל ששאלתם על ראשי הקהל שבאו לשנות ולהטיל מס על קרקע וכולי הא דאמרינן ולהסיע על קיצותן היינו קיצותן שנהגו כבר מקודם לכן או שהם עצמן באים לתקן תקנות מדעת כולם וכולי אבל לשנות שלא מדעת כולם במילתא דאיכא פסידא להאי ורווחא להאי לאו מגדר מילתא היא ואין שומעין להם לעשות תקנ' לעצמם שלא כתורה ובתקנות חכמי אלגז"אייר שנעשו בזמן הריב"ש והוסדרו על יד הרב רבינו דוראן ז"ל שנעשו על פי רבנים מובהקי' ופקיעי כרבי אמי ורבי אסי ומצאתי כתוב בסופן והוצאנו מכלל זה מי שנשא קודם זה הזמן שאינו בכלל באלו התקנות וכתב עליה הרב כמה"ר דוראן ז"ל שהיתה הכוונה בזה לפי שהיו באות נשים נשואות משאר מקומות לכאן שהיו נשואות על פי תקנות אחרות שלא היה אפשר לשנות כלום בהם לפי שהיה זכות לאחד וחובה לאחד ואין זכין לו לאדם אלא מדעתו ורצונו ועוד לא תהא תקנה זו גדולה מתקנת רבנן בתראי בזמן רבנן סבוראי שהסכימו בשתי ישיבות וחתמו בעיזקתא דריש גלותא לגבות לכתובת האשה ובעל חוב ממטלטלי וכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ז מהלכות אישות הרי שלא כתבו מקרקעי אגב מטלטלי אלא נשא סתם אם לא היה יודע בתקנתם של גאונים או שנסתפק לנו הדבר מתיישבין בדבר הרבה שאין כח בתקנה זו של גאונים לדון בה אף על פי שלא נתפרשה עד כאן כל שכן בדבר הזה אם לא שמה שפשט המנהג עד הנה דרך פשרה וריצוי היה ויניחו לנו במקומינו נהרא נהרא ופשטיה אבל במקומות אחרים הדבר ברור שנעמיד את הדבר על דין תורה ולא יגרע כח האשה אלא שתגבה כל כתובת' מהמטבע הראשון שבאותו הזמן והנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי הצעיר יוסף במהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עה

שאלה יעקב שהיה לו אשה וממנה שלשה בנות ובן מאשה אחרת וצוה מחמ' מיתה וזה נוסח הצוואה היוצאת מתחת יד העדים ועוד אמר שממיטב מעותיו יתנו לבן אחיו סך מאה גרו"שוש שיושמו ביד אומן נאמן ירא שמים שילמדהו אומנות ויאכל אצלו בביתו

עד שידע באומנות ואחר כך יחזור לו המעות וכשיגיע לישא אשה יתנו לו חפצים וכלי מלבושים שוי מאה גרוש"ש מלבד המאה הנז"ל עוד אמר שיתנו לשתי בנותיו הגדולות אלף גרו"שוש חמש מאות לכל אחת לנישואי ויפרישו אותן מעכשיו כדי שיזונו אותם מפירותיהם ותזון אמן עמהם ועוד יקחו שלש מאות גרו"שוש וכלי הבית זולתי התכשיטי זהב ויהיו לכתוב' אשתו מבית ולבתו הקטנה השלישית וכל זה עשה בהטבה יען יש לו תנאי שאין לה מזונות כל ימי מגר אלמנותה עוד אמר שכל שאר הנכסי' והחובות וכל תכשיטי זהב שיש לו ימסרו ביד ראובן ושמעון לבנו יצ"ו שיהיו אפטרופסין על הכל ולא יתעסקו זולתי בשש מאות זהב להתפרנס ולזון מפירותיהם ולמודו יהיה על יד ראובן ושמעון הנז' במקום פלוני והריוח אשר יזמין הב"ה בשש מאות זהובים הנז' יהיה למזון ולפרנס ולשכר למודו והכל יהיה כפי ראות עיניהם וכשרון דעתם והשאר יהיה טמון בקרקע במקום פלוני ע"י יהודה ולוי בידיעת ראובן ושמעון הנז' וזה ימשך עד שיהיה לו קניין שלם בחכמה ועיון ודרש וכשיגיע לח"י שנים יכנס לחופה וימשך למודו בקבע בהסגר עד ז' שנים אחרות עד שיהיה בן כ"ה שנה בע"ה ואז ימסר בידו כל נכסיו וכו' ע"כ לשון הצוואה. יורנו רבותינו אם מינו האפטרופסי' לראובן ושמעון הנז' הוא על כל פרטי הצוואה ועל כל נכסיו או דוקא על הנכסים והחובות והתכשיטין המגיעין לחלק היתום ולפקח על היתום בכל פרטיו הנ"ז צוואה כנז' ומה גם עדי הצואה נמצאו פעמים רבות עמו ולהן גלה כל מצפוניו וסתרי לבו ואין זר אתם ומעידים שבפירוש אמר להם שעל כל הפרטים מינה לאפטרופסין לראובן ושמעון הנ"ז וכי לאחד מעדיו צוה לכתוב הצוו' והוא לא נסה באומנו' הספירות לא דקדק לפרש הכל. גם יורונו רבותינו אם במה שכתוב שנותן לאשתו ולבתו השלישית שלש מאות גרשו"ש וכלי הבית זולת תכשיטין של זהב אם פירוש תכשיטי זהב הם התכשיטין של זהב מקשה כגון כובע זהב מקשה טבעות ואצעדות ודומיהם אמנם כובע זהב שחוט וגם שראקוגיש וחלקות ושאר הדברים שיש בהם זהב שחוט ומשי אינם בכלל התכשיטין או אמרינן הלך אחר לשון בני אדם הכתובים בכתובות בכוללם פרטי הנדוניא מפרטין במטלטלין ושמושי ערש ותכשיטי זהב וכולי וברוב העולם תכשיטי זהב מקשה החתן נותנם לא הכלה מכנסת אותם כי אם תכשיטי זהב כשראקוגי"ש וכדומה שהם זהב שחוט ומרוקם. וגם בזה מעידי' ובפרט העד הסופר מעיד שבפירוש אמר לו שכלי הבית דוקא נותן אפילו קי"לאט זהב יפרישו לבן אי מקרי בכה"ג כיון שחתם הרי כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואינו חוזר ומגיד או אמרינן דאחר דאינו סותר הכתוב והחתום כי אם מפרש ויש מקום לפרושי לא מקרי חוזר ומגיד ולא עוד כי מאי דאמר עדים החתומי' על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן

בבי' דין היינו שטרא דנפיק מתותי ידי דבעל דין דהא האידנא דחתמי בשטרא ויהבו ליה למריה לא יכלי למהדר בהו אמנם היכא דאיתיה לשטרא תותיה ידי דסהדי כמו דלא מסהדי ביה עד השתא דמי דהא אי בעי כבשי לשטרא וכולי וכמו שהאריך הרי"ף בפר' ד' אחין. גם יורונו רבותינו כי אחר שלא נמצאו מעות מצויים כעת בעזבונו לתת ולהפריש האלף גרושו"ש לשתי בנותיו הגדולות והשלש מאות גרושו"ש לכתובת אשתו והבת הקטנה כי אם בחובות וכדומה כי אף כי היה אמוד בנכסים על חד מהנמצא עשר ידות לא נודע אם האומדנא היתה שקר או אם נגנבו או הוסתר מעין רואה אם יש כח באלמנה לתפוס התכשיטין ולאכול ולהאכיל את בנותי' מאת אשר בידם או אם אמרינן אחר שכפי הנז' בצואה כשנשאה יעקב התנה עליה שאין לה מזונות ולא זיכה לה עתה מזונות כי אם מפירות האלף עד נשואי השתי בנות הגדולות בצירוף עמהן ומהשלש מאות כנז' כי כל השא' הניח לבן ומזלם גרם שלא נמצאו מעות וימתינו עד גביות החובות כי התכשיטין נתונים נתונים המה לבן גם מזון הבנות הרי סלק מזונותיהן מכל נכסיו ופרנסתן וקבעו בפירותיהן של האלף גר"ושוש או ימתינו עד הקבצם או מעתה יופרשו ויובדלו ביד בעלי חובות וכדומ' ויקרא בשם שמן ושם אמן. יגם יורונו רבותינו אם המאה גר"ושוש של חפצים וכלי מלבושים שיתנו לבן אחיו כשישא אשה יוקחו עתה קודם שתקח האלמנ' כל כלי הבית או נאמר שהאלמנה תטול כל חפצי הבית וכשיגיע זמן הנשואין יקנו לו חפצים ומלבושים בסך מאה גר"ושוש ואף בזו עידי הצוואה אומרים שבפירוש צוה שמכלי הבית יבררו הסך של המאה גר"ושוש הנז' ויהיו למשמרת עד הגיע תור נישואין אם גם כן מקרי בכי האי גוונא חוזר ומגיד או לא כדכתוב לעיל יורונו את אשר נעשה ושכרכם כפול ומכופל מן השמים.

תשובה דבר ברור הוא שכל שאין העדים באים לסתור דברי הגט לגמרי אלא לפרש דברי השטר שומעים אליהם ועד כאן לא נחלקו הראשונים נוחי נפש אלא בתנאי היו דברינו שכמה מהגדולים פירשוה אף על פי שכתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לומר בתנאי כך וכך הקנה לו ולא הוי חוזר ומגיד וכן הכריע הר"ן ז"ל בפרק שני דכתובות כדבריו של רבינו האיי וסייעתו ז"ל. ומכל מקום עחלוקת כשבאים להוסיף תנאי מה שאינו במשמעות השטר ומתבטל השטר מחמתו אבל כשבאים לפרש דבריהם שומעים להם ואפי' אם היה אותו רחוק ודחוק בלשון השטר דמתרצינן הלשון של השטר שיהיה מכוון לדברי העדים וכן כתב הר"ן ז"ל בתשובותיו סימן מ' שנשאל היכא שאינו סותר דבריו הראשונים כגון שהדברים סתומים וסובלים פי' א' משני עניינים אחד קרוב ואחד רחוק אם העדים יכולים לחזור ולהגיד לבאר משמעות הלשון או לא רק שנקבל עדותן כסתם

משמעות לשון הקרוב והשיב כל שאנו יכולין לכוון העד שלא תהא עדותו מוכחשת יש לנו לכוין דבריו כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים שנראין כמכחישין זה את זה כדי שתהא עדותם מכוונת בכל מה שאפשר וזו היא ששנינו אחד אומר בשנים לחדש ואחד בשלשה עדותן קיימת. והרשב"א ז"ל כתב בתשוב' סימן אלף י"ב שנשאל על ראובן שמשכן בית לשמעון וכתבו העדים בשטר שלא יהא רשות ללוה לסלקו מהשכונה ולא כתבו זמן. והשיב דאפילו כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לומר כך וכך היה תנאי וכותבין שטר ולא הוה ליה עשו עדים שליחותן שהרי הם לא כתבו שלא יהא רשאי לכופו לעולם אלא לכופו סתם וכיון שכן הרי הם מבררים דבריהם עד כאן לשונו. והרי כאן שאם באנו לדון על סתם לשון השטר לעולם משמע תדע מדתנן בפרק ד' דנדרים נודרים להרגין לחרמין ולמוכסין שהן של תרומה אף על פי שאינם של תרומה וכו' ומפרש בגמרא באומר יאסרו פירות העולם עלי אם אינן של תרומה ומוקי לה דאמר בלבו היום ואף על גב דסביר' ליה דדברים שבלב אינם דברים לגבי אונסין שאני אלמא שלא במקום אונס כשאומר יאסרו לעולם משמע ולא כל הימנו לומר לא כוונתי אלא לזמן וכולי מכל מקום לגבי עדים יכולין לפרש דבריה' ולהוציא משמעות הלשון השטר מסתמו כל שאינו סותר דבריהם בהדיא ולא תימא שהרשב"א ז"ל כשיטת רבינו האי ז"ל וסייעתו אמרה שסוברים גבי תנאי היו דברינו שהם נאמנים אף כשכתב ידם יוצא ממקום אחר ובמחלוקת היא שנויה זה אינו שהרשב"א ז"ל ס"ל דבתנאי היו דברינו לא מהימן אלא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דוקא ומכל מקום בדבר שהם מפרשים דברי השטר אף בענין רחוק שומעין להם וכל שכן בנדון שלפנינו שכל מה שאומרים העדים מתיישב יפה עם הלשון אם במה שהם אומרים שמה שכתוב בצואה שימסרו הנכסים של היתום ביד ראובן ושמעון שיהיו אפטרופוסין על הכל רוצה לומר על כל נכסיו בין נכסי היתום ובין נכסי הבנות בכללות שכן אמר המצוה בפי' אין ספ' דנאמנין הם לומר כן שיש במשמעות הלשון לפרש כן שיהיו אפטרופוסין על הכל לגמרי וגם במה שפירשו שתכשיטי זהב שנתן לבנו הם כל דבר של זהב אף המרוקם אפילו קורט של זהב גם בזה יעשו כפירושן כל שכן שאפילו לא היה פירושן של עדים והיה הדבר מסופק אם הזהב השחוט הוא בכלל תכשיטי זהב אם לאו היינו אומר יד בעל השטר על התחתונה ומי נקרא בעל השטר הבא לזכות על ידי השטר והיא האשה שהניח לה בעלה כל כלי הבית זולתי תכשיטי זהב לא מפקינן ממונא מחזקת הבן אלא בדבר ברור ויש בלשון תכשיט כל מה שהאשה מתקשטת עצמה אין חילוק בין יהיה של מתכת או של אריג דהא כמה מילי שנינו בפרק במה אשה שאין בהם חיוב חטאת

משום דתכשיט הוא כדאמרי' בגמרא וקחשיב טוטפת המקפ' מאזן לאזן ותניא עניות עושין אותן של מיני צבעונים עשירות עושין אותן של כסף ושל זהב וקחשיב נמי כפה של צמר וקטלא ומפרש מאי קטלא מנקטא פארי והוא בגד שיש לו שניצים ומצוייר בזהב וכתבו התוספות שמלקטת פרורי הפת בה ותכשיט הוא ועוד שנינו בפרק אלו עוברין בפסחים רבי אליעזר אומר אף תכשיטי נשים ואמרינן בגמרא תכשיטי נשים ס"ד פרש"י ז"ל דהיינו כחל ושרק ואין בהם חמץ ומשני אלא אימא טיפולי נשים וכתבו התוס' דהיינו טיפול של מטה שאילו טיפול שעל פניה היינו תכשיטי נשים הרי לך שכל שהאש' מתקשט' בהם קרוי תכשיטין אלא שבלשון בני אדם אינו כן לפיכך הולכין אחר דברי העדים. גם בענין המאה גר"ושוש מחפצים ומלבושין שצוה שיתנו לבן אחיו אין אנו צריכין לעדותן של עדים בזה שכל שאמר יתנו לו חפצים וכלי מלבושים שווי ק' גרו"שוש חפצים וכלים ממש קאמר שאלו אמר יתנו לו ק' גר"ושוש בחפצים וכלים הייתי אומר יקחו ממעותיו ק' גר"ושוש ויקנו בהם חפצים וכלים אבל לא אמר אלא חפצים שווי מאה גר"ושוש משמע שתקחו מחפציו וכלי מלבושיו שהניח שווי מאה גר"ושוש ומעתה זכה בהם והם בחזקתו שאם פחתו פחתו לו ואם נגנבו כל החפצים אין לו כלום על שאר הנכסים כדאמרינן בפרק התקבל גבי עובדא דגניבא דאמר הבו ארבע מאה זוזי לרבי אבינא מחמרא דנהר פניא ואמרינן חמרא לא קאמר שאילו היה אומר ארבע מאה זוזי חמרא אם החמיץ היה מפסיד מקבל המתנה שגופו של יין הקנה לו. ובסוף פרקא קמא דגיטין שקיל וטרי תלמודא כי אמר תנו לו מנה סתם אי חיישינן למנה קבור או לא ואף על גב דאסיקנא דלמנה קבור לא חיישינן מכל מקום משמע דמנה ממש קאמר ולא אמרינן דשוה קאמר וכן כתב הר"ן ז"ל ומתוך כך כתב שאם נאבד אחד מהם מראהו אבוד ועוד הוסיף לומר שאם לא נמצאו לו מעות בעין לא זכה מקבל דמנה דוקא קאמר והא לית ליה. ואף כאן חפצים וכלי מלבושים דוקא קאמר והם מאותם שימצאו בביתו והשאר יהיו לאשתו שכשאמר אחר כך שכלי הבית זולתי התכשיטי זהב יהיו לאשתו לאחר שיפרישו חפצים סכום מאה גר"ושוש לבן אחיו קאמר כל שכן שהעדים מעידין כן. גם במה שהעידו שאמר שמעכשיו יבררו הסכום של מאה גר"ושוש ויהיו למשמרת עד הגיע תור הנישואין אינם סותרין בזה דברי השטר כי מה שכתוב וכשיגיע לישא אשה יתנו לו לא קאי אלא הנתינה בידו שרצה שלא ימסרו לו הנכסים מעכשיו דלאו למשתי בהו שיכרא קיהיב ליה ועוד שמא לא רצה לזכותו אלא בשעת נישואין דאי בההיא שעתא ליתא לא זכה בנכסים דבההיא שעתא הוא דקזכו שאמר כשיגיע לישא יתנו לו ותנו כזכו דמי אבל אפשר לומר שמעכשיו יבררום ויהיה בשלישות אפוטרופסין

עד הזמן וכן בדין הואיל ומהשתא קיימי ברשותי' ראוי לבררם עכשיו דדלמא אשתדוף הנך נכסי ויאמרו לו נכסיך הם שהופסדו. גם מה שרוצ' האלמנה לעכב החפצים של היתום ולהיות נזונית היא ובנותיה מהם עד שיתנו לה האלף גרושו"ש וכולי אינו בדין כי מאחר שהיא אין לה עליו תנאי מזונות שכן כתב לה בכתובתה אלא שרצה להטיב עמה ואמר שיפרישו מנכסיו שלש מאות גר"ושוש ועוד אלף לשתי בנותיו ויזונו הבנות ואמן מפירות אותם המעות ואלו החפצין והתכשיטין נתנם לבנו אין לה ליקח אלא מהנכסים האחרים שיש לו ואם אינם עכשיו בעין כי הם בארץ אחרת או חוב אצל בני אדם תמתין עד שתגבה וביני וביני יזונו האלמנה והבנות מסכום האלף ושלש מאות ולא משאר נכסי היתום כי כבר יחד להם וקצב מזונותיהן באותו הסכום אלף ושלש מאות בין ירויחו בין לא ירויחו וזה פשוט.

נמצא כללן של דברים שבכל מה שפירשו העדים יעלו כפירושן אם במה שהעידו שמינוי האפוטרופסות ראובן ושמעון הוא על פרטי הצוואה גם במה שפירשו שתכשיטי זהב הוא כל דבר של זהב מרוקם ושחוט אפילו קי"רט של זהב. גם בענין המאה גר"ושוש לבן אחיו שיהיו מחפצים וכלי הבית הנמצאי' והשאר יהיה לאלמנה ויבררו אותם מעכשיו לצורך הבחור ולענין מזונות האשה והבנות אין להם מזונות אלא מסכום האלף ושלש מאות שקצב הבעל אבל התכשיטי' הם לבן ואין לאלמנה בהם תפיסה של כלום והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עו

שאלה שאלתם על ההסכמה שהסכימו חכמי העיר יצ"ו בלשון הזה לא תצא אשה בתכשיטי זהב וחלי כתם תכשיט פלוני ופלוני והתירו מקצת ואסרו מקצת וגם בענין המלבושים שלא תצא בבגדי רקמה ואטלאס וכיוצא בו ונהגו לצאת בכל התכשיטין שנאסרו בגזיר' לחצר ואפילו אם הוא חצר השותפין ונסתפק לכם בחצר גדולה שיש בתוכה חצרות הרב' ומקצת' אין להם חצר אלא פתח' פתוח למבוי שבחצר שהיא כעין אכסדר' מה יהא דינם אם יהיו אסורות לצא' מפתח ביתם או נאמר שכל החצר הגדול כחצר אחד נקרא ויהיו מותרו' לצאת בתוכו בחפצים ומלבושין.

תשובה אם נאמר שכוונת המתקנים בזה הלשון שכתבו לא תצ' אשה רצו לומר שלא תצא מן הבית חוצה יש לדון אם החצר נקר' בית ולפי שלענין קביעות מעשר בעינן עד שיראה פני הבית כדאמרינן בפרק השוכר את הפועלים דנפקא לן מקרא דכתיב בערתי הקדש מן הבית וחצר נמי קובעת דתנן בפ"ג דמעשרות איזהו חצר שהיא קובעת למעשרות רבי ישמעאל אומר חצר הצורית שהכלי' נשמרי' בתוכה חייבת ר' עקיבא

אומר כל שאחד פותח ואחד נועל פטורה רבי נחמיה אומר כל שאין אדם בוש מלאכול בתוכה ר' יוסי אומר כל שנכנס אדם לה ואין אומרי' לו מה אתה מבקש רבי יהודה אומר שתי חצרות זו לפנים מזו הפנימי' חייב והחיצונ' פטורה ואפסיקא הלכתא בפרק יוצא דופן הלכה כדברי כלן להחמיר ומיהו התם בפרק השוכר את הפועלים פליגי רבי ינאי ור' יוחנן דרבי ינאי אמ' עד שירא' פני הבית ור' יוחנן אמר אפילו חצר קובעת למעשרות שנאמר ואכלו בשעריך ושבעו ונראה דק"ל כר' ינאי דרביה דרבי יוחנן הוה ועוד אפי' לרבי יוחנן לא רבה חצרות אלא מרבויא דבשעריך הא אי לא רביה קרא בהדיא הוה אמינ' בית דוקא וגם שם הקש' רבינו תם ז"ל דרבי ינאי היכא פליג אמתניתין דמעשרות דמוכח דחצר נמי קובעת למעשר והעלה ז"ל דרבי ינאי מדאורייתא קאמר דאין קובע אלא בית דוקא ורבנן הוא דגזור אף בחצרות וכן יש להוכיח מדאמרינן בפרק כיצד מברכין דורות ראשונים היו מביאין פירותיהם דרך טרקסמון וכולי דורות אחרונים מביאין דרך גגות דרך חצרות וכו' לפוטרם מן המעשר אלמא חצר אינה קובעת מדאורייתא וכן פירש רש"י ז"ל שם דחצר לא מקרי בית ואמרינן בפרק הנודר מן הירק אהא דכתי' ויצא הכהן מן הבית וכו' יכול ילך לביתו ויסגיר תלמוד לומר אל פתח הבית יכול יעמוד תחת המשקוף ויסגור ת"ל מן הבית עד שיצא מן הבית כלה ואמרי' שאני התם דכתיב מן הבית עד שיצא מן הבית כלה אבל גבי נדרים אמרי' הנוד' מן הבית אינו אסור אלא מן האגף ולפנים ושמא עוד יש לומר שממה שתפסו זה הלשון דלא תצא אשה סתם רצו לגזור בה דומיא דשבת דתנן לא תצא אשה לא בחוטי צמר ולא בחוטי פשתן וכולהו דמייתי בההוא פרקא וקי"ל כרב דאמר כל שאסרו בו לצאת לר"ה אסור לצאת לחצר חוץ מכבול ומפאה נכרית והכי סתם לן תנא לקמן בכבול ובפיא' נכרית לחצר משמע דבכל הנך אסורים אף בחצר והיה אומר רבינו תם ז"ל דהשתא דנהגו התר לצאת לחצר בהם הנח להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין וכו' ואין לומר לא כי אלא מאחר שהם מותרות עכשיו לצאת לחצר על ידי עירוב ולהוצי' ולהכניס הרי אינו בכלל לא תצא אשה כיון דלענין שבת שרי הא ליתא דודאי לא היתי' כוונתם לתלות הדבר בכך שא"כ אפילו לשוק יהא מותר הואיל והוא מותר לענין שבת על ידי שיתוף ופשיטא שכל עיקר כוונת המתקנים היתי' שלא תצא לשוק מפני עין האומות.

ומיהו נראה בעיני לדמותה לפריעת הראש ולדת יהודית דפרק המדיר דמילי דצניעו' ממילי דצניעות ילפי' דאמרי' התם אמר רב אסי אמר רבי יוחנן קלתה אין בה משום פרוע ראש הוי בה רבי זירא היכא אלימא בשוק דת יהודית היא ואלא בחצר לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה אמר אביי ואיתמא רב כהנא מחצר לחצר ודרך

מבוי וכתבו בתוספות דבחצר אפילו בלא קלתה נמי אין בה משום פריעת הראש והוא הדין דאפילו דת יהודית נמי אין בה מדפריך לגבי שוק דת יהודית היא ובקלתה מיהת אפילו מחצר לחצר דרך מבוי אין בה משום יהודית קלתה פירש הר"מבם ז"ל שהיא מטפחת שעל שער ראשה אע"פ שאין עליה הרדיד כדרך כל הנשים. ואיתא בירושלמי שם חצר שהרבים בוקעים בו הרי הוא כמבוי שאין הרבים בוקעים בו הרי הוא כחצר ואע"ג דבמבוי אמרינן דע"י קלתא אין בה משום פריעת הראש ולא משום דת יהודית נראה דהכא מבוי המפולש קאמר דחצר שהרבים בוקעים בו הוא שרבים מבני המדינה שאינם דרים בחצר הם צריכים לבקוע בו כגון שיש שם חנויות שבגללן נכנסים ויוצאים אבל כל שאין בוקעים בו אלא בני החצר בלבד אע"פ שהם מרובים ושאר כל אדם אין באים שם אלא לצורך כשיש להם עסק עם בני החצר לא מקרי רבים בוקעים בו ולא עדיף ממבוי שאינו מפולש ומעתה יש לדון כאן בחצר גדולה הזאת אם רבים בוקעים בה כדרך שאמרנו אסור לצאת לתוכה באותם התכשיטין והמלבושין שגזרו ואם אין רבים בוקעים בה מותר והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

אלו הם דברי הרב כמהר"ר אברהם ן' יעיש' זלה"ה.

על דבר הפירות המרוקחות בדבש כגון תפוחים ואגוזים וטרונג"א וכיוצא בהם שקורין בלעז ליטואריו אם צריכין נטילת ידים מפני הדבש שהוא טופח עליהן מטעם כל שטיבולו במשקה צריך נטילת ידים אם לאו.

נראה לעניות דעתי שאינם צריכים נטילה ולא מבעיא לדעת התוספות ובעל העיטור ומהר"ש ז"ל גם כן שכתב הטור בשמו דכלהו סבירא להו דהאידנא אין אנו צריכין נטילה לטיבולו במשקה אבל ג"כ לדעת הפוסקים ז"ל דסבירא להו דהאידנא נמי צריך נטילה לע"ד בכיוצא בזה אין צריך נטילה מפני שלא גזרו אלא במה שטיבולו במשקה גמור בלי עירוב ובנדון דידן אין כאן משקה גמור מפני שהמשקה שנתבשל בו האוכל עד שנכנס טעם האוכל בתוכו וכ"ש אם נעשו גוף אח' האוכל והמשקה כמו שהוא הענין באלו הפירות המרוקחו' בדבש הרי חזר המשקה ההוא להיות אוכל ממש ונסתלק ממנו שם תורת משקין ואינו נחשב אלא אוכל שבכל מקום אזלינן בתר טעמא לכל דבר שהרי לענין ברכה אמרינן בגמרא פרק כיצד מברכין מיא דסילקא כסילקא מיא דליפתא כליפת' מיא דשיבתא כשיבת' מיא דכלהו שלקי ככלהו שלקי שהמי' שנתבשלו בהם השלקות כיון שנכנס בהם טעם השלקות חזרו המים כשלקות עצמן ומברכין עליהן ברכת השלקות ולא ברכת המים וכן כתב הרא"ש ז"ל שם שאם בשלו הפרי במים ונכנס במים טעם הפירות שמברכין על המים בורא פרי העץ כיון שיש בהם טעם הפרי הרי בהדיא שהמים

שנכנס בהם טעם האוכל שנתבשל בו חזר להיות כמו האוכל עצמו. ומכ"ש זה הדבש שנתרקחו בו אותם הפירות שיש בו תרתי למעליותא חדא שנכנס בו טעם הפרי ועוד שמבשלים אותו כל כך עד שנבלע הדבש בתוך הפרי ומתערב עם הדבש קצת מגוף ממשות הפרי שנימוח עד שנעשה כלו כגוף אחד דבכה"ג לא שייך למימר שטיבולו במשקין שכבר נסתלק מכאן שם משקה ואין כאן אלא אוכל לתוך אוכל ועוד הרי ג"כ לענין אכילה ביום הכפורים מוכח בגמרא פרק בתרא דיומא שאם אכל חצי שיעור ושתה חצי שיעור פטור משום דאכילה ושתיה אינם מצטרפין ועכ"ז גרסי' עליה אמר ריש לקיש ציר שעל הירק מצטרף לככותבת ופריך בגמרא פשיטא ומשני מהו דתימא האי משקה הוא קמ"ל דאכשורי אוכלא אוכלא הוא ע"ב בגמרא וכן כתב הרמב"ם ז"ל וזה לשונו ציר שעל הירק מצטרף מפני שמכשירי האוכל המעורבין עם האוכל כאוכל הם חשובים עכ"ל.

וכיון שלמדנו שמכשירי האוכל הם כאוכל א"כ הוא הדין נמי הדבש שמכשיר הפירות ומרקחן וכל שכן שנכנס בו טעם הפרי וק"ו בן קל וחומר שנתערב יחד עם האוכל עד שהפרי נמחה קצתו ונתערב ממשות הפרי עם הדבש שיש לנו לומר שהוא חשוב כפרי ולא מקרי משקה לענין טבולו במשק' ואין לומר דאע"ג דלענין ברכה ולענין אכיל' ביום הכפורים ולענין איסור' נמי מחשבינן למשקה שמכשיר האוכל או שנכנס בו טעם הפרי כאוכל לא ילפי' מינה לענין טומאה אלא שעדיין לא נסתלק דין טומאת משקין וא"כ צריך נטילה דהא ליתא דבשבת פרק חבית בשמעתא דאמר שמואל סוחט אדם אשכול של ענבים לתוך הקדיר' אבל לא בתוך הקערה מפרשינן טעמא משום דקסבר שמואל משקה הבא לתוך האוכל אוכל הוא ומשום הכי שרי לסחוט לתוך הקדירה שיש בה אוכל ולא לתוך הקערה שאין בה אוכל ומותבינן עלה מכמה משניות של טהרות לאוכוחי דמשקה הבא לתוך האוכל לאו אוכל הוא כגון ממתניתין דזב שחלב את העז וממתניתין דטמא מת שסחט זתים וענבים ומפרקינן להו ומסקנת הסוגיא היא דלענין טומאה נמי משקה הבא לתוך האוכל הוא כאוכל וכמו שהאריך רב אלפס והוכיח מאותה סוגיא שכן הלכה שמשקה הבא לתוך האוכל הוא כאוכל. וא"כ מכאן יש ראיה שהמשקה שאנו חושבים אותו כאוכל לענין איסו' שבת וי"ט ה"נ חשבינן ליה אוכל לענין טומאה וההי"נ שמה שהוא אוכל לענין איסור אכילה ביום הכפורים מפני שהוא ממכשירי האוכל ולענין ברכה נמי מפני שנכנס בו טעם האוכל ה"נ הוא כאוכל לענין גזרה זו שגזרו כל שטבולו במשקין צריך נטילה שאני אומר זה הדבש תורת אוכל יש לו ולא תורת משקין ולעניות דעתי יש לי ראיה גדולה לזה ממסכת ברכות פרק אלו דברים דפליגי ב"ש וב"ה

היאך סדר נטילה בית שמאי אומרין נוטלין לידים ואחר כך מוזגין את הכוס ובית הלל אומרים מוזגין את הכוס ואחר כך נוטלין לידים ומפרש בגמרא טעמייהו דבית הלל שאם אתה אומר נוטלין לידים תחלה שמא לא יהיו הידים נגובות יפה ממי הנטילה ויטמאו המשקין שעל הידים מחמת הכוס שהוא טמא ויחזרו ויטמאו הידים שהידים מתטמאים מן המשקין מפני שהם נעשים תחילה ואינם מתטמאים מהכוס שאין כלי מטמא אדם. ויש לדעת מה הועילו בית הלל בתקנה זו שאין נוטלין לידים אלא בסוף דנהי שלא יתטמאו הידים מחמת משקה מי הנטילה הרי בתוך הסעודה אפשר שיאכל תבשיל שנתבשל במים וכמו שחששו שמא לא יהיו הידים נגובות יפה ממי הנטילה ניחוש נמי שמא משקה התבשיל יהיה טופח על הידים ועל ידי אותו משקה יתטמאו הידים אלא שעל כרחיך צריכינן למימר שמשקה תבשיל אין עליו תורת משקי' שאחרי שנכנס בו טעם התבשיל נסתלק ממנו תורת משקין ואין עליו אלא תורת אוכל ולכן לא חששו בית הלל שמא יהיה משקה התבשי' טופח על הידים בעת מזיגת הכו' אבל חששו למי נטילה שהוא משקה בפני עצמו שאין בו עירוב אוכל כלל וזה כתב רש"י בהדיא בקצרה כמנהגו שכתב וז"ל ואם תאמר פעמים שיש משקה הבשיל טופח על הידים אין תורת משקין עליו אלא תורת אוכל עכ"ל. ולעניות דעתי זו ראיה ברורה למה שאני אומר שהפירות שנתבשלו (כאן נמצא חסר ואין לנו תמורתו) קצת מגוף הפירות והוא מעורב עם (גם בכאן חסר לשון) צריך נטילה שאין על הדבש ההוא תורת משקין צריך נטילה והנוטל ידיו לזה הוא (גם בכאן חסר לשון) וי"ל דאע"ג דלענין טומאה יש לו תורת משקין אע"פ שמכשיר האוכל אפשר דלגבי נטילה לטיבולו במשקין כל היכא דהוי אכשורי אוכלא לא מיקרי משקין מפני שתקנת נטילה לא הותקנה בחולין להציל הידים מידי טומאה שאין הטומאה יוצאת בנטילה אבל בעי טבילה גמורה ועוד שכמו שכתבתי לעיל החולין לא מיטמא כשיגע בהם בידים שניות שאין שני עושה שלישי בחולין אבל משום סרך תרומה שיהיו רגילים אוכלי תרומה ליטול ידיהם תקנו נטילת ידים גם כן בחולין ולכן לא תקנו בכל החולין שיאכל האדם אלא דוקא בפת שהוא עיקר אכילתן של בני אדם כמו שכתבתי לעיל דכיון דמן הדין לא בעי נטילה אלא להרגיל אוכלי תרומ' די שנצריך להם נטילה במה שהוא עיקר אכילת רוב בני אדם וכשבא אח"כ ר' אלעזר וחדש שגם כן צריך נטילה לטיבולו במשקין ה"נ צריך לומר שמפני שיש משקין של תרומה וצריכין אוכלי תרומה ליטול ידיהם כשיאכלו אותם המשקין הצריכו גם כן לאוכלי חולין ליטול ידיהם לטיבולו במשקין.

ראיתי מה שכתב הרב כמהר"ר אברהם ן' יעיש ז"ל לפטור מנטילת ידים באכילת אותם הפירות המרוקחות בדבש וכיוצא בהם.
איברא שמורי הרב כמהר"ר שלמה סאגיס ז"ל כך היה מלמדנו מאותה דפרק אלו דברים דברכות שהביא הרב כמהר"א ן' יעיש ז"ל ומדברי רש"י ז"ל שכתב שאין תורת משקין על התבשיל אלא תורת אוכל ובתר דשכיב מורי ז"ל דייקית ואשכחית דבריש פ"ג דטהרות תנן הרוטב והגריסין והחלב בזמן שהן משק' טופח הרי אלו תחילה קרשו הרי אלו שניים חזרו ונימוחו כביצה מכוונת טהור יתר מכביצה טמא והכי מייתי לה בתוספתא ותנן נמי בסוף פרק חמישי דמכשירין האשה שהיו ידיה טהורות ומגיסה בקדירה טמאה אם הזיעו ידיה טמאות היו ידיה טמאות ומגיסה בקדרה טהורה אם הזיעו ידיה הקדרה טמאה ופי' רבינו שמשון ז"ל מגיסה בקדרה ומהפכת התבשיל שלא יקדיח וקתני רבי יוסי אומר אם נטפו פירוש דלית ליה דהבל הוי חבור וכשנטף היאך הם מטמאין הרי ידים שניות הם ואין שני עושה שלישי בחולין אלא ע"כ היינו דחשיב האי זיעה משק' ונעש' תחילה אף על גב דמחמת תבשיל בא ואם התבשיל עצמו לא מטמא משום משקה היאך זיעה מטמאה לא עדיפא מתבשיל דאתיא מחמתיה דזיעה בעלמא לא מכשרא כדתנן בפרק בתרא ואלו מטמאין ולא מכשירין הזיעה וכו' אלא כשבא מחמת משקה הוא דמכשרה כדתנן בפרק שני מרחץ טמאה זיעתו טמאה וטהורה בכי יותן שהזיעה מכשרת את הפירות הואיל ומחמת המים היא באה אלמא מוכח דאף משק' של התבשיל יש עליו תורת משקה להכשיר ולהיות דינה כדין משקין שהם תחילה זה היה קשה לי ולא זכיתי לדון לפני מורי ז"ל בזה.
אך במה שהאריך הרב כמהרר"א ן' יעיש' ז"ל להוכיח דאזלינן בתר טעמא מההיא דפרק כיצד מברכין דאמרינן מיא דסילקא כסילקא מיא דליפתא כליפתא וכו' וגם מה שהביא מפרק בתרא דיומא דציר שעל גבי הירק מצטרף לככותב' דמכשירי אוכלא אוכלא הוא ואין משיבין את הארי לאחר מיתה אבל הוא עצמו ז"ל ראה שאין משם ראיה דנהי דירד עליו שם אוכל לצירוף ככותבת ולברך עליו כפי טעם שבו דהא קי"ל דטעם כעיקר כדאמרינן בפרק ג' מינין מכל מקום שם משקה לא נעקר ממנו לומר שלא יהא מכשיר דלא אתי טעמא ומבטל העיקר שהוא גוף המשקה לבטלו מתורת משקה לגמרי אלא להוסיף עליו תורת אוכל. ומה שהביא ממה שאמרו בפ' חבית סוחט אדם אשכול של ענבים לתוך הקדרה אבל לא לתוך הקערה ומפרשינן משום דמשקה הבא לאוכל כאוכל הוא ומותבינן עלה ממתניתין דזב שחלב את העז וטמא מת שסחט זתים וענבים וכו' ומפרקינן להו ומסקנא דבין לענין שבת ובין לענין טומאת משקה הבא לאוכל כאוכל

דמי לא נעלם מחכמתו ז"ל דההיא לא דמיא להא דדוקא משקה שעדיין לא ירד עליו תורת משקה ובשעת פרישתו מן האוכל חשב עליו לתתו לתוך אוכל אחר ודאי דלא חשיב משקה שעדיין לא נעקרה שם אוכל ולא נחית תורת משקה עליו אבל משקה שכבר יש עליו שם משקה מתחלה כגון שסחט אשכול ענבים לתוך הקערה ושוב נתנם בקדרה אע"פ שבאו לתוך האוכל לא נעקר שם משקה ממנו ובהכי מוקמינן התם מתני' דטמא מת שסחט זתים וענבים בכביצה מכוונת טהור הא יותר מכביצ' טמא דאי אמרת משקה הבא לאוכל כאוכל דמי במאי אתכשר הוא מותיב לה והוא מפרק לה בסוחט לתוך הקערה וכן הא דאמרי' התם במשקה הבא לאיבוד ובמשקה העומד לצחצחו דבעי למימר שאינו מכשיר דוקא דמתחילה כשהוציא המשקה לאיבוד היה יוצא או לצחצח שאלו היה עליו שם משק' מתחילה משום שבא לאיבוד או משום שעומד לצחצוח לא בטיל מיני' תורת משק' ושמא לא בא ללמוד ממנה ז"ל אלא לומר דכי היכי דהכא מדמי תלמודא איסור' לטומאה דכי היכי דאמרת דלא חשיב משק' לענין איסור שבת הכי נמי לענין טומאה גם במכשירי אוכל ומיא דסלקא דחשבינן להו אוכל לענין צירוף די"ה ולענין ברכה חשיב נמי אוכל לענין טומאה. והדין עמו בזה דכיון דלא חשיב משק' גם אינו מכשיר שאילו היה חשיב משק' היה אסור בשבת משום סחיט' אבל ההיא דברכות במיא דסילקא לאו משום דמברכינן עלה ב"פ האדמה בטיל מיני' תורת משק' אלא שאנו מברכין על טעם האוכל שבו ומכל מקום עיקרו משק' הוא וכן לענין י"ה מצטרף לככותבת מחמת טעם האוכל שמעורב דילפינן מכל משרת ענבים לעשות טעם כעיקר אבל הוא עצמו משק' גמור הוא ומכשיר נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עז

שאלה שאלתם ריאה הסרוכה לדופן ונמשכת עוד אל שיפולי האונ' למטה ונמשכת גם אל שומן הלב אי אזלי' בתר רובא לפי סברת בעל העיטור שהואיל ורובה סרוכה אל הדופן ודופן סותמתה כשרה או לא.

תשובה זו ששנויה בשם הרב בעל העיטור גדולי המורים חלוקי' בה כמו שכתב הרשב"א ז"ל בס' תורת הבית ואף הר"ן ז"ל הביא משם רבינו האיי גאון ז"ל בסרוכה למכה שאם יוצא ממנה קצת חוץ למכה אסורה ואם בזו דאיכא למיתלי במקום שיש ריעותא לא אזלי' בתר רוב' כל שכן היכא דליכא ריעותא כגון בסרוכה האומה והאונה ובדופן וחוץ לדופן והרשב"א ז"ל כתב על המתיר סרכה היוצאת מן האונה והאומה אע"פ שרובה באונה אינו אלא טועה. והרב בעל העיטור יחיד הוא בסברא זו. מיהו אכפלתהון כל הני פרטי

לבטלה להא דעיטור שהרי נהגו כדברי העיטור ז"ל והשוחטים מתעטרים בו ומעטרא להו כי סאסה דשבלתא אלא הבו דלא לוסיף עלה ואין לנו ללמוד הימנ' אלא כיוצא בה ותחילה יש לכם לדעת שבענין סרכא הדבוקה לעצם ולבשר נחלקו בה הראשונים וכתב הרמב"ם ז"ל אבא מארי מן האוסרים ואני מן המתירים וכתב הרא"ש בהלכותיו רואה אני את דברי האוסרין דכיון דבגרמא לחוד לא חשיב סתימה ה"ה נמי בגרמא ובבשרא נהי שהבשר סותם כנגדה לא מהני סתימה כיון שכנגד העצם אינו סותם עכ"ל ויש לתמוה גם מטעם זה היה לו לחלוק על דברי בעל העיטור ז"ל נהי דהיכא דסריכא למכה וחוץ למכה איכא טעמא דהואיל ואיכא ריעותא למיתלי תלינן דמשום מכה הוא דאסתריך ואשתרבובי הוא דאשתרבבה לה חוץ למכה אבל כי סריכא מהאומה והאונה בהדי הדדי דילמא נקבה האומה וסרכה שבה לא מגניא ולא הוי סתימה וכן בדופן ובחזה נהי דדופן סותם אבל חזה אינו סותם ואינו מגין על מה שכנגדו ושמא הנקב הוא שם ואנו רואים שהביא דבריו בהלכות וכתב שכן עשה מעשה והלך אחר הרוב והכשיר והרב בעל הטורים ז"ל כתב משמו שהסכים לסברת בעל העיטור וכבר ראיתי שמהרי"ק ז"ל העיר על זה בבית יוסף והביא דברי מהר"ר דוד ן' יחיא וגם הוא כתב מה שנראה בעיני חכמתו אכן מוכח דודאי הרא"ש הסכים לדברי בעל העיטור ותא חזי מאן גברא רבא מסהיד עליה. ונראה בעיני דטובא איכא בין זו לזו דבריאה סרוכ' לעצם ולבש' בדין חלק שם דשמא כנגד העצם נקב הוא ולא חלים דבעצם ודאי מפריק אבל כי סרוכה האונה לדופן ולחזה הסרכא אינה יוצאת אלא ממקום אחד בריאה וכל אותו המקום כשנסרך אל הדופן הוא כשר אם לא כשנסרכה בשפולי האונה אבל למעלה מן השיפול מקום ראוי הוא כשהוא סרוך אל הדופן השתא שקצה הסרכה הדבוק בגוף מתרחב גם אל החזה אטו מגרע גרע אדרבא כל מה דמפשטה ומדבקה בגוף הבהמה חלים טפי דאין מקום כאן לומר דילמא כנגד החזה נקב הוה שכל האונות עד השיפול כנגד הדופן הם ובחזה הם כלים וכמו שכתב מוהרי"ק ז"ל שכל שכנגד האונות דוקא הוי רביתייהו ושלא כנגד האונות לא הוי רביתייהו וכן מוכיח לשון העיטור שכתב הטור ז"ל בסמוך אם נקב באונה וסרכא עולה מן האונה לדופן שבצד האומ' ומשום הכי שרינן בדופן סותמתן דהיינו רביתייהו שלעולם האונות שוכבות ודבוקות הם בגוף הבהמה שהמקום ההוא הוא כדופן עד החזה הילכך מסתב' דכל שרוב הסירכה הוא בדופן במקום רביתייהו סותמת יפה ואע"פ שמיעוטה יוצא' חוץ לחזה לאו משום הכי מפרקה וזה מבואר מאד. גם בסרוכה באומ' ובאונ' יש טעם להתיר שמאחר שסירכה אחת היא יש לנו לומר שהנקב אחד הוא שאין לנו לומר שני נקבים נקבה אחד באונה ואחד באומה דאחזוקי

איסורא לא מחזקינן ולא מחזקינן בנקב אלא משום דאתי לידי ריעותא שנמצאת סרוכה וכל היכא דאיכא למיתלי תלינן דהא תלינן בכמה מילי כגון בא זאב ונטל בני מעים וגם תלינן בידא דטבחא וגם היכא דאיכא מכה תלינן בה דקי"ל נשחטה בחזקת היתר עומדת והואיל ולנקב אחד אנו חוששין מסתברא דבמקום דסריך רובה שם היא הנקב ולהכי כשרוב הסירכ' באונ' שריא דתלי' לומר שם הוא הנק' ונתפשט מיעוט' דסירכ' גם אל האומה דמסתב' טפי לומר כן מלומר שהנקב הוא באומה מקום המיעוט ונתפשטה רובה ויצאה אל האונה וגם לא מחזקינן נקב אחד באומ' כל היכא דאיכא למיתלי ריעותא באונה הואי' ורגלים לדבר אבל בסרוכה לעצם ולבשר שהסירכא ממקום א' יוצאה בריאה אין מקום לומר שם זיל בתר רובא שבכל מקום שהוא סרוך איפשר לומר כאן הוא הנקב ועצם שכנגדו אינו סותם והרמב"ם ז"ל שהוא מן המתירין שם לא מסברא התיר אלא מתוך לשון הגמרא דאמר והוא דסריך בבשרא דאי ס"ד בסרוכה גם אל העצם אסורה אם כן הוה ליה לרבינא למימר והוא דלא סריך בגרמא שזהו עיקר ההתר ולא לומר דסריך לבשרא שהרי יש שהוא סרוך אל הבשר ואף על פי כן אסורה משום דסריכה נמי לגרמא להכי משמע ליה דהיכא דסריך לבשרא בכל ענין שרי.

ומעתה כאן בנדון שלפנינו שהריאה סרוכה לדופן וגם נמשכת עוד אל השיפול ונסרכת עוד אל שמנוניתא דליבא נהי דמה שכנגד הדופן דופן סותמתה אבל שכנגד השיפול דלאו היינו ריביתיה וגם מה שסרוך אל שומן הלב דילמא כנגד זה היא נקובה ולא חשיבא סתימה וכי תימא הואיל ובסרוכה לעצם ולבש' נקטינן לקולא וסוגיא דעלמא הכי אזלא אף בזו נדון בו להקל אין לומר כן חדא דכי סרוכה לעצם ולבשר נקטי' להקל משום דאיכא מאן דאמר דלא אתא רבינא למעוטי אלא נקב מפולש אבל כשהוא סרוך בין בגרמא בין בבשרא כשר' והרבה מן הגדולים תפסו שיטה זו והשתא הויא לה כעין ספק ספק' ספק אם עצם בסירכא מגין או לא מגין ואת"ל גרמא לא מגין דילמא כשהוא סרוך גם אל הבשר מתקיים ולא מפריק וספק ספקא לקולא ועוד אפי' תימא עצם ודאי לא מגין התם יש טעם להכשיר בסרוכה לעצם ולבשר שהואיל וכל אותו המקום רביתיה הוא אלא דעצם לא מהדק טפי השתא שהוא סרוך אל הבשר אגב אותה סירכא מתקיים גם מה שהוא סרוך על גבי העצם דגם שם רביתיה הוא ולעולם הריאה סמוכה שם ולא מפריק שהרי לא נתנו שיעור לסירכא דבין הרבה בין קמעא סותמת היא אבל כשסרוכה למקום שאינו רביתה שדרך הריאה להתנדנדת מאותו מקום אנה ואנה אע"פ שגם היא דבוקה למקו' רביתה יש לומר דאותו מקום דלאו רביתיה מתנדנדת היא וסופה להתפרק.

עוד מטעם אחר נדון דידן לא דמי לכל הנך דאזלי בהו בתר רובא דהת' הוא כשנסרכה במקום אחד היא מקצתה במקום ראוי ומקצת' במקום שאינו ראוי להגין ואמרינן על ידי אותו מקצת שהוא מהודק יפה גם זה מתקיים הוא שהרי במקום אחד היא אבל כאן לדופן ולשומן הלב בשלמא אם הדופן ושומן הלב היו לעולם דבוקים זה בזה כאחד היינו אומרי' אגב שהיא מתדבקת בדופן יפה לא מתפרק משומן הלב אבל הואיל ושומן הלב לחודיה קאי ומתנדנד הוא מן הדופן ומן הריאה דמטלטל הוא בחלל גוף הבהמה פשיטא שיש לחוש דמתפרק ולא מגין קצרו של דבר חלילה להתיר בכיוצא בזה והנלע"ד כתבתי וחתמתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עח

לארץ שנער היא באגדאד.

שאלה שאלתם ריאה שיש בה אבעבועות ויש מהם מלאים מים זכים ויש מהם מלאים מוגלא ולעול' אנו נוהגים להכשיר אע"פ שיש בהם סרכא וזה החכם כהר' דוד אחר שבא לפעמים מטריף לפעמים מכשיר ואינו נותן טע' בדבר והקהל מתרעמים האחד בא לגור וכו' וכתבנו לחלב ולא שלחו לנו טעמא דמסתבר ועת' יורינו רבינו.

תשובה פנים יש בזה לאסור דכל היכא דאיכא ריעותא בריאה אין להתיר כשיש בה סירכא וטעמא דהואיל ואיכא ריעותא בריאה יש לנו לומר שמחמת כן נסרכ' שנקבה והוציאה ליחה תדע דכל היכא דאיכא ריעותא חיישינן דהא לרב נחמן דאמר ריאה הסמוכ' לדופן אין חוששין לה כשהעלתה צמחים חוששין לה משום דאתייליד בה ריעותא ואע"ג דאנן כאבימי קי"ל דבין כך ובין כך חוששין לה בסרוכ' באומה מכל מקום מדרב נחמן נשמע לאבימי היכא דמכשירינן בסירכא כשהיא תלויה דלא חיישינן שנקבה אם העלתה צמחים חוששין לה שנקבה הואיל ואיתייליד בה ריעותא והרב מוהר"י קארו ז"ל הביא שמצא כתוב בשם הראב"ד ז"ל שאם סרכא תלויה יוצאה מן הבועא אסורה ואפילו באונה דדופן מגין עליה וכתב עליו הרב ז"ל כלשון הזה ואיני יודע טעם לדבר דלא יהא אלא נקבה הא אמרי' ריאה שנקב' ודופן סותמתה כשרה עד כאן דבריו והם תימ' בעיני הרבה דהא אמרינן עלה אמר רבינא והיא דסרי' בבשרא ופירש רש"י שנסרכה ונאחזה בבשר שבין הצלעו' דהויא סתימה שרירא דלא מפריקא אבל לצלעו' עצמן אין זו סברא קיימת כל שכן סרכא זו שהיא תלויה ולא נדבקה לשום מקום אינה קיימת והוה לי הקרום שעל' מחמת מכה שאינו קרום ואע"פ שבסרכא תלוי' שנחלקו בה הראשונים נוחי נפש נהגו להכשיר ולסמוך על המתירין שהתורה חסה על ממונם של ישראל כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"א מההלכות וכתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו ואע"ג דאסיקנ' דאין

סירכא בלא נקב נהגינן להתי' סרכ' תלויה לפי שהסרכא הבאה מחמת נקב נסרכת היא למקום הסמוך לה לפי שדרך הנקב יוצא המשקה ונעשה חוט עבה וחזק ונסרך אל מקום אשר יפגע בו אך סירכא תלויה אינה אלא התפשטות לחות הריאה ולא מחמת נקב עכ"ד וזה הוא כשאין אנו רואים רעותא בריאה אבל כי איכא רעותא בריאה תולין הקלקלה במקולקל וכי מעיינת בה תשכח דהא מילתא באשלי רברבי תליא דבהא דאמרינן בגמרא ואי איכא מכה בדופן תלינן במכה כתב הרא"ש בהלכותיו דקאי אלא העלתה צמחים אבל העלתה צמחים דאיכא למיתלי בריאה גם דאיכא ריעות' בדופן תלינן ריעותא בריאה שהסרכות מצויות בה וי"מ דהא דקאמר היכי עבדי' קאי ארב יהודה דקא' א' זה וא"ז חוששין לה דאי איכא ריעותא בדופן תלי' בדופן אע"ג דאיכ' גם ריעותא בריאה גם הר"ן ז"ל הביא שני הסברו' והטור כתב בסימן ט"ל כתב הרמב"ם ז"ל דמפריקי' לה אם נמצאת מכה בדופן אפילו יש ריעותא בריאה כגון שהעלתה צמחים כשרה אפילו בלא בדיקה וראיתי שכתב הרב מהרי"ק ז"ל שיש לתמוה על דברי הטור שכתב על דברי הרמב"ם כגון שהעלתה צמחים דמשמע דאם יש בה ריעותא טפי מהעלתה צמחים טרפה והא ליתא דאפילו דיש בה נקב ממש מכשיר ונראה דליכ' לאתמוהי דהא דהעלתה צמחים חשיב ריעותא טפי מנמצאת נקובה דאילו בהעלתה צמחים הוה ליה אתילד ריעות' בריאה ואיכא למיתלי בה אבל נמצאת נקובה אימור אחר שחיטתה נקבה מכח הפריקה בין כך ובין כך מידי פלוגתא דרבוותא לא נפקי והיכא דהויא סרכא ע"ג בועה כיון דיש מכה בדופן תלינן במכה בדופן לדעת המכשירים ונ"מ למקום שנהגו בדעתם להקל שרי ומיהו איכא למימר דבבועה מחמרינן דהויא ריעותא טפי תדע דלענין סרכא תלויה דוקא בבועא מטריפינן ולא בצמחים ולכך גזר הטור על דברי הרמב"ם כגון בצמחים אבל בועא הויא ריעותא טפי ומסתברא דבצמחי' הקשים כשהסרכא תלויה בהא לא אסרינן לה דדוקא כשיש בה מים או ליחה רגיל' לינקב ודמיון ראיה יש ממה שאמרו גבי תרי בועי דסמיכי אהדדי דלית בהו בדיקותא כת' התוספות דוקא כשיש בהם מוגלא אבל צמחים קשים אפילו סמיכי כשרה וכן כתוב בהגהות אשירי בשם רבינו יעב"ץ ז"ל וכן כתוב במרדכי וכן מוכח מדברי הרא"ש ז"ל שלא הוצרך להשמיענו אלא שאף במלאים מים זכים פסלי' בסמיכת' אבל באין בהם מים ולא ליח' כל עיק' לאו בועי נינהו וכן יש לדון בבועא בשיפולי הריאה שכתב בעה"ג שאם אין הבשר מקיף טרפה שכתבו המפרשים דטעמא משום דכיון דנכרת משני צדדין דמיא לתרי בועי דסמיכי אהדדי אם היה צמח קשה בלא שום ליחה כשרה ואף אנו נאמר שאם יש סירכא תלויה על גבי צמחים קשים

לא חיישינן להו וכבשר חי דמי ובסרכא זו הסכים חכם שוחט ומומחה שבעירנו נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"ל.

סימן עט

שאלה שאלוני על דבר אדם שהיה לו ש"ח על חבירו ומכרו לראובן והוא אחד מעידי השטר דכשבא לתבוע מהלוה כפר בו ואומר לא היו דברים מעולם אם ראובן זה נוגע בעדותו מאחר שקנאו והשבתי להם בשוק פשיטא שראובן זה בעל הדבר עצמו הוא ולעצמו הוא תובע והואיל ולא הוחזק כתב ידו בטרם יקנה את השט' הרי השטר עכשיו הוא כחרש שאני אומר לא היה חתום בו אלא עד אחד וקנהו זה וחתם גם הוא עליו אבל אמרתי אם עדי הקני' שקנה את השטר בכתיב' ובמסיר' זכורים שהי' בו עדים חתומים והי' הוא חתו' אע"פ שלא נתקיים בבית דין שפיר דמי שעכשיו יתקיים חתימתו אם היא יוצאה ממקום אחר או דנכתוב חתימת ידיה אחספא ושרי כבי דינא שנדמה אנחנו חתימ' לחתימ'.

אחרי זאת ראיתי שלא ללמוד תורה באו אלא להראות עצמן באצבע והביאו הספר בידם שהרב מהר"י יוסף ז"ל פסק הפך לומר שאם מכרו לאחד מן החתומים שפיר דמי וגם הטור כתב כן בסי' ל"ד ואמר דלא חיישינן לאותו עד שיעיד על שקר דאין אדם חוטא ולא לו.

וכמה שגו ברואה ומה בין זו לזו והם לא ידעו את מקומ' לפי שרבי לא שנא' להם וידיעת בית רבם לא הויא ידיע' ועיקרא דמילתא בפרק שני דיבמות אמתניתין דהחכם שאסר את האש' בנדר על בעלה הרי זה לא ישאנ' מאנה או שחלצה בפניו ישאנ' מפני שהוא בית דין כלומר שהואיל ואינה ממאנת בפניו יחידי דהא קי"ל מיאון בב' לא חיישינן שגם אותו האחר יהי' חוטא ולא לו ואהא אמרינן שנים החתומים על שדה מקח ועל שט' מלוה לא חשו להם חכמים והיינו שלא חשדום שמתחילה יעידו על שקר כיון דאידך לית ליה הנא' מיני' ומיירי בשטר שיצא בבית דין קודם שלקחו זה העד אבל כאן שלא הוחזק כת' ידו קודם שקנה את השטר והלה טוען מזוייף הוא היאך יתקיים השטר על פיו של בעל הדבר שאני אומר עכשיו חתם בו אחר שלקח את השטר לא הי' חתום בו מעיקרא אלא עד אחד ולא מפקינן ממונא אפומיה וזה ברור ופשוט לתינוקות של בית רבן וכדי שתנוח דעתם הרי תלמוד ערוך הוא בבתרא פרק מי שמת הי' יודע לו עדות בשטר עד שלא נעש' גזלן וכו' עד שלא תפול לו בירוש' הוא אינו יכול לקיים כתב ידו אבל אחרים מעידין עליו ובעי למימר זו שקש' בדיני ממונות איהו לא מהימן אחרים מהמני ופירש רשב"ם והרי כל דבריו אנו מחזיקי' אות' בשקר ומסיק והוא כתב וחתם

עצמו היום בשקר ומסיק תלמודא ומוקי לה כשהוחזק כתב ידו בבית דין קודם שנעשׂ' גזלן וקודם שנעשׂ' חתנו ויקבלו הרודין את תשובתן נאם הצעיר יוסף בכמה"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן פ

שאלה ראובן נתן לשמעון בצידון סך מעות ידוע ביניהם ואמר לו שמעון אני מוכר לך במעות אלו כל כך צמר לערך שאמכור שארית הצמר שיש לי למכור כמו שאמכור בצפת תוב"ב סך כזה במכר אחד בפעם אחת לאותו הערך אני מוכר לך בסך מעותיך ואפחות לך גרושו א' ורביע לכל ככר ממה שאמכור את שארית הצמר הנ"ז במכירה וקנו מידם על ככה ונשבע שמעון לקיים הנז"ל וכתבו וחתמו שטר על זה גם קבל שמעון אחריות הצמר שמכר לראובן עד צפת תוב"ב וכל ההוצאות על שמעון וקנו מידם ונשבע שמעון כנ"ל יורינו מורינו אם המקח קיים ואם יש בו ריבית ושכרו כפול מאת ה'.

תשובה לכאורה הי' נראה שדבר זה ריבית גמורה היא שהואיל ואחריות הצמר הוא על המוכר נמצא שלא קנה הלוקח אלא בהיותה בצפת תוב"ב וכיון דלא קני זוזי הלואה נינהו וכשהוא פוחת לו מן השטר גרוש' ורביע לכל ככר נמצא ששכר מעותיו הוא נותן לו ודמי הא מילת' להא דתניא בפרק איזהו נשך המוליך חבילה ממקום למקום מצאו חבירו ואמר לו קנה לי ואני אעלה לך כדרך שמעלין לך באותו מקום ברשות מוכר מותר ברשות לוקח אסור. פירש רש"י ז"ל ברשות מוכר אם על המוכר אחריות הדרך מותר דאין כאן מלוה עד שימכר וכו' למדנו שהאחריות מוכחת אם הוא מכר מעכשיו או לא ועכשיו שהוא ברשות מוכר שהמוכר מקבל עליו אחריות הדרך אם כן עדיין לא יצתה מרשותו עד בואה בצפת תוב"ב ואותם המעות הלוא' הם אצלו עד שתגיע פה צפת תוב"ב וכשהוא פוחת לו מן השער אגר נטר הו' דיהיב ליה.

ומיהו בפרק הזהב מוכח שכל שהסחורה אצלו ואע"פ שהאחריות על המוכר ומוכר לו בפחות מותר דמייתי התם ברייתא דתניא הרי שהיו חמריו ופועליו תובעין אותו בשוק אמר לשולחני תן לי בדינר מעות ואפרנסם ואני אעלה לך יפה דינר וטריסות ממעות שיש לי בביתי אם יש לו מותר ואם לאו אסור ובעי תלמודא למפשט מינה דמטבע נעשׂ' חליפין וכשנתן לו את הדינר נקנו לו אותם המעות שבביתו לשולחני דאי ס"ד אין מטבע נעשׂ' חליפין הו"ל הלוא' ואסור ואסיק רב אשי דכיון דאית לי' נעשׂ' כאומר לו הלוני עד שיבא בני עד שאמצא המפתח ופי' רש"י דאין כאן רבית דאגר נטר ליה שאפילו הלוא' אם יש לו בביתו מותר לתת לו עודף דהו"ל עד שיבא בני והקשו בתוספות נהי דשרי סאה בסאה בעד שיבא בני וכו' סאה בסאתים כי הכא שנותן לו טריסו' יותר אסור והוי

רבית גמור ותירצו דהכא אינו נותן לו אותו מטבע עצמו שיקח אלא מין אחר דדמי למקח וממכר והכי קאמר כמו שמותר סאה בסאה דרך הלואה באומ' עד שיבא בני משום דסאה בסאה רבית דרבנן הכי נמי דרך מקח וממכר אפילו סאה בסאתים נמי מותר וכן כתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו הרי מכאן מבואר שאף על פי שהוא מוסיף לו טריסית א' בשביל שנותן לו הדינר עכשיו לצורכו ואינו מקנה לו המעות שבביתו שאין מטבע נעש' חליפין ואינו נקנה בחליפין ופשיטא שעדיין המעות שבביתו באחריותו הם ואם נאנסו חייב ליתן לו אחרים תחתיה' ואף על פי כן כל שיש לו הואיל ודרך מקח וממכר הוא ההוא טופיינ' דקא יהיב ליה אוזולי הוא דקא מוזיל גבי'.

ובר מן דין מכר זה מעכשיו הוא ואין כאן מקום לריבית כלל דהשת' אם לא היה מוכר לו שם לגמרי בפחות הרבה משוויו אמאי אסור השתא נמי מעכשיו מכר לו אלא שתנאי הוא שהתנ' עמו שיהי' האחריו' על המוכר וההוצאות לפי ששם שוה הצמר יותר ומכל מקום המכר היה מעכשיו דהא קי"ל בפרק יש נוחלין כרבי יוסי בכותב נכסיו לבנו לאחר מותו דתנן צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דברי ר' יהוד' רבי יוסי אומר אינו צריך קסבר זמנו של שטר מוכיח עליו שלא לחנם נכתב הזמן בשטר אלא לומר שמאותו זמן הוא קונה ופסיק רב התם הלכה כרב יוסי וכי היכי דאמרינן התם אף על גב דאמר לאחר מיתה כיון דכתב זמן ודאי שרצה להקנותו גוף הקרקע מהיום כי היכי דלהוי מתנה ופירו' לאחר מיתה אף כאן זמנו של שטר מוכיח שרצה להקנות לו מעכשיו לענין שלא יהא יכול לחזור בו שאם לא היה מעכשיו הוה ליה כאומר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דאמרינן בפרק האשה שנפלו דלא קנה דההיא שעתא כלתה משיכתו לכך הוא מקנהו מעכשיו ומה שאמר אחר שתגיע בצפת לענין האחריות וההוצאות רצה שלענין זה יהיה ברשות מוכר שאחריות הדרך יהיה עליו.

ועוד כיון שכתוב בשטר הקנין אף על פי שלא היה בו זמן קנה מעכשיו דהתם מבעיא לן בהקנאה מהו ומסיק רב נחמן דהקנאה אינו צריך בין אקנייה וקנינן מיניה בין קנינן מיניה ואקנייה ובדוכרן פתגמ' דהוה באנפנא כלו' שהוא שטר עדות בלא קנין אלא לזכרון דברים בהא פליגי רבי יוסי ור' יהודה דר' יוסי סבר זמנו של שטר מוכיח כ"ש הכא דאיכא תרתי זמן וקנין.

ובדבר המכר שרצו לבטלו מטעם שלא היה שם פיסוק דמים אלא בכל מה שימכר בצפת תוב"ב ואע"פ שקנו מידו ורצו לדמותו לההיא דפ' הספינה משך חמריו ופועליו לתוך ביתו וכו' פרקן והכניסן לתוך ביתו פסק עד שלא מדד שניהם אינם יכולים לחזור בהם

מדד עד שלא פסק שניהם יכולים לחזור בהם ותו מייתי התם בההוא פרקא ההוא גברא דאייתי קרי לפומבדיתא וכו' דאסיקנא דאי לא קייצו דמייהו ברשות מוכר קיימי.
בר מינה דההיא דהתם הוי טעמא לפי שלא דעת המוכר ולא דעת הלוקח סמכי כלל כדפי' רש"י התם דכל זמן שלא פסק לא סמכי דעתייהו שהמוכר יכול לעלות כמו שירצה והלוקח אומר לא אקנה כי אם בזול אבל הכא בין מוכר בין לוקח סמכא דעתייהו דהא לאו בדידהו תליא אלא בשער שבשוק ובהא סמכא דעתא דתרווייהו שהמוכר הוא מתרצה למכור כפי השער שבשוק בין בזול בין ביוקר שהרי סופו למכור וגם הקונה מתרצ' לקנות כמו שקונים אחרים שהרי סופו לקנות כי הוא צריך לאותו הצמר למלאכתו והא לא מקרי לא פסק דמים ומשנ' שלמה שנינו ופוסק עמו כשער הגבוה כלומר שהוא מוכר לו כשער הזול שיהי' ומהני ליה תנאה וכן אמרינן התם דיהיב ליה כדשוי בשוקא חריפא ובפ' השוכר את הפועל אמרינן כדשיימי בי תלתא כדשיימי ארבעה וכו' ואע"פ שלא נתנו קצבה הוי קנין וגם מאותה שהבאתי למעל' בחבילה תנה לי ואני אעלה לך כדרך שמעלין לך באותו מקום מוכח דכה"ג מהני שפיר.
והא דאמרינן בפרק בתרא דע"ז אי מזבינא להאי ארעא לך מזבינא לה ואמרינן דלא קנה דהו"ל כלא פסק עד שיאמר לדידך מזביננ' לך במאה והתם אע"פ שאין הדבר תלוי במוכר לומר אני רוצה כך וכך אלא כמו שיתנו אחרים ימכר' לזה ואע"פ כן אמרינן דלא סמכ' דעתי' ולא קנה התם נמי לא סמכ' דעתיה שהדבר תלוי במוכר לפי שהקונ' אינו יכול להכריחו צא ועמוד על אבן המקח ומכור את שדך ואקחנה ממך אלא זה המוכר יושב ומצפ' עד שיבא א' שיהיה צריך לה ויתן בה כפליים משווייה הילכך לא סמכא דעתיה דלוקח שיאמר דלמא מתרמי אחר שיהא צריך לה ויתן לו בה יותר משווייה ואני לא אקחנה הילכך לא קנה אבל הכא בנ"ד ודאי דסמכא דעתייהו זה לקנות וזה למכור על שער שבשוק ואין הפסד לא למוכר ולא ללוקח וגם אם מן הדין היה המכר בטל מטעם דלא סמכא דעתייהו חייב המוכר לקיים דבריו מחמת שבועתו כמו שכתב הריב"ש ז"ל והאריך בתשובת שמ"א והביא משם הרא"ש ז"ל במי שהקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם ונשבע עליו שחייב לקיים שבועתו וגם בקנין שנעשה באסמכתא כתב הריב"ש ז"ל שחייב ליתן ולקיים שבועתו ואף כאן אם המקח בטל מטעם דלא סמכא דעתו חייב להעמידה ביד לוקח מכח שבועתו ומה שכתב מהר"י קולון ז"ל בשורש פ"א והביא תשובת הרשב"א ז"ל על מי שנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פלוני והגיעה שנת השמיט' והשיב שהוא פטור מן השבוע' כבר השויתי דבריהם בתשובה זה ימים שאין דברי הרשב"א חלוקין על דברי הרא"ש ז"ל ולא דברי הר"י קולון ז"ל חלוקין על דברי

הריב"ש ז"ל שכל שהמקח היה בטל מעיקרו שלא נעשה כדין השבועה באה לאסור להזקיקו לקיים מחמת שבועתו וכל שהקנין נעשה כדין ושוב אירע דבר שנפטר ממנו נפטר גם כן מן השבועה דהוה ליה כפרעון ובזה הם דברי הרשב"א ז"ל ודברי מהר"י קולון ז"ל ואין להאריך כאן והנר' לפי עניות דעתי כתבתי וחתמתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פא

פסק מוהר"ר משה גאלאנטי זלה"ה.

שאלה מעשה שהיה כך היה על יהודי אחד מהעאגי"ם שהלך לוינציא' והניח אשתו פה בצפת תוב"ב והלך ערב יום כיפור שם לטבול על שפת הים ונטבע שם והעלוהו מת וקברוהו וחשבה אשתו להנשא אחר שנה ונולד בית מיחוש מיבם אחד שאומרים שהיה לו בעאגי"ם כמו שנבאר והענין הוא שהיהודי הלז שנפטר שם בוינציאה כשנשא פה עם אשתו זו אמרו לו יש לך אחים שפה בעיר הזאת אינם נותנים אשה למי שיש לו אחים והשי' להר' יצחק שבאן נ"ע אין לי אח כלל והשביעוהו שלא היה לו אח ולכן בכתובה לא הצריכוהו להשביעו לתת גט אם יחוש למות שכיון שפירש שבועה מפיו שלא היה לו אח לא כתבו בכתוב' שבועה אחר כמה ימים אירע שבא פה אורח ונתאכסן בבית הנפטר בחיים חייתו שעדיין לא הלך לוינציא' ושאל האורח בהיותם אוכלי' על שלחן אחד הנפטר והאורח והעד שהוא פה שמעיד בפיו דברים הללו אמר אם היה אפשר לישא אשה פה אמרו לאורח אם יש לך אחים בעאגום לא יתנו לך אשה יען בעיר הזאת אינם נותנים אשה לאורח שיש לו אחים השיב האורח ואמר לנפטר ואתה אין לך אח ואיך נתנו לך אשה ולא השיב כי אם אח"כ אמר לעד הלז מה אעשה שלא היו רוצים לתת אשה למי שיש לו אח אמר לו ואיך נשבע' שבועה שלא היה לך אח אמר אמת שעברתי על השבוע' וחשבתי שכבר מת זהו מה שמעיד העד מפי האורח והלך לו זה הלך לוינציאה ומת שם והאורח הלך לארצו וזה העד הוא פה בחיים חייתו והוא אינו יודע אם היה לו אחים אם לאו כי אם הדברים ששמע מפי האורח ועתה צריך לדעת אם יש ממשות בדברי העד הלז שאמר מפי האורח והוא לא ידע לחוש לאשה זו שתשב עגונה או אין כאן בית מיחוש וחכמי ישראל נר"ו יוציאו משפט האשה הזאת שכבר עברו עליה ה' שנים בעיגונא אם מותרת לינשא לזר אם לאו ושכר' כפול ומכופל מאתו י"ת.

תשובה מה שנראה לעניות דעתי אם יראה בעיני החכמים השלמים בעלי הוראה שהאשה הזאת מותרת להנשא כמו שנפרש בס"ד בראיות ברורות ואם לא יראה בעיניהם אני מבטל דעתי מפני דעתם. בקדושין פרק האומר תנן מי שאמר בשעת מיתתו יש לי

בנים נאמן ואשתו מותרת יש לי אחים אינו נאמן ובגמרא נושא ונותן אלמא נאמן להתיר ואינו נאמן לאסור נימא מתניתין דלא כרבי נתן דתניא אמר בשעת קדושין יש לי בנים בשעת מיתה אין לי בנים או בשעת קדושין אין לי אחים בשעת מיתה אמר יש לי אחים נאמן להתיר ואינו נאמן לאסור דברי רבי רבי נתן אומר נאמן לאסור אם כן לימא דלא כר' נתן ותירץ בגמרא אמר אביי מתניתין דנאמן להתיר דלא הוחזק לן באחים ולא מוחזק לן בבנים לכן אם אמר יש לי בנים נאמן ומותרת יש לי אחים אינו נאמן לאוסרה לאו כל כמיניה דאסר אכולי עלמא ובריייתא דמוחזק לן באחים ולא מוחזק בבנים דאמרינן מה לו לשקר מאי קאמר אי למפטרא מיבם מצי אמר פטרנא לך בגיטא ופירש רש"י לא מוחזק לן האי גברא לא באחי ולא בבני קיימא האי אתתא בחזקת היתר שאין לה הילכך כשאמר יש לי בנים אחזקה קמייתא קא מוקי לה הילכך נאמן עד כאן בגמרא והרמב"ם ז"ל פ"ג גם כן פירש דנאמן להתיר ואינו נאמן לאסור אותה לאחר מיתה ודין הרמב"ם ז"ל הוא כשאינו מוחזק כלל אבל כשהוא מוחזק בחיים אינו נאמן וכן אם אמר על מי שמוחזק באחין אין זה אחי אינו נאמן וכתב בעל הטורים ז"ל סימן קנ"ו לא היה מוחזק באחים ואמר יש לי אחים אינו נאמן בא אחד ואמר אני אחיו אינו נאמן ואפילו עד אחד מעיד עליו שהוא אחיו אינו נאמן להוציאה מחזקתה ואם כן לפי זה האי נדון דידן לא היה מוחזק באחים כלל ואדרב' אמר בשעת החופה אין לי אחים ונשבע על זה והיה מוחזק בכשרות ירא שמים בן תורה כאשר הכרנוהו לאו כל כמיניה מהאורח שאמר איך אתה נשאת אשה ויש לך אח שהרי אפי' האח בעצמו אם היה פה ואמר אני אחיו אינו נאמן כמו שביאר הטור ורש"י ז"ל גם כן ואין מי שחולק בזה כל זמן שאינו מוחזק באחים ואולי אמר לו וכחש לומר גם כן אני אשא אשה כמו שנשאת אתה והעליל עליו ואפילו אם שתק או אחר כך אמר שהיה אנוס שלא היו רוצים לתת לו אשה לאו כל כמיניה מאחר שלא הוחזק באחים אינו נאמן להוציאה מחזקת' ואפילו שאמר שהיה עבריין כשנשבע שאין לו אחים בשעת נישואין אין אדם משים את עצמו רשע לומר שהי' עבריין ולהתל באשתו אמר ואם אמת שאמר לחרוק את שיניה כמו שרגילין בני אדם שמלעיגין עם נשותיהן ולאו מן דינא דלאו כל כמיני' לא הוא ולא העד מאחר שלא הוחזק לן באחים. וכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כדומה לנ"ד וחמור ממנה שנשאל על אשה שנשאת לאדם אחד ומעולם לא נשמ' ולא נודע שהי' לו אח אמנם אחי' של אשה אמר שהיה באשכנז וראה שם אחד שאמר שהיה אחיו ועתה מת בעלה והיא רוצה לינשא. והשיב הא מלתא דפשיטא כיון שהאש' הזאת עומדת בחזקת שאין אחים לבעלה אינה נאסרת על מאמר אחיה דתנן פרק האומר מי שאמר בשעת מיתתו יש לי

אחים אינו נאמן ואמרינן עלה בגמרא נימא מתניתין דלא כרבי נתן וכו' כמו שביארנו לעיל הרי אנו רואים שהבעל אינו נאמן לומר יש לי אחים היכא דלא מוחזק לן באחי אפילו לר' נתן דלאו כל כמיניה להוציא' מחזקתה ולאוסר' לעלמא ואפילו אליבא דרבי דהלכתא כוותיה דנאמן להוציאה מחזקתה ולאוסרה לעלמא ואפילו היה העד כשר לא היינו חוששין לעדותו דכל היכא דאיתא כאן היתרא ואמר עד אחד שהיה אסורה אינו נאמן כדאיתא פרק הניזקין תנו רבנן היה עושה עמו בטהרות ואמר לו טהרות שעשיתי עמך נטמאו נאמן היה עושה עמו בזבחים ואמר לו זבחים שעשיתי עמך נתפגלו אינו נאמן מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא אמר אביי כל שבידו נאמן רבא אמר דאשכחיה ולא אמר ליה ולבתר הכי אשכחיה ואמר ליה וכתב עוד ועוד בנדון דידן אין זה אומר שהוא יודע שהוא אחיו אלא שאמר לו הלה שהוא אחיו של מת ואלו הי' עומד בפנינו ואומר אני אחיו של מת לא היינו משגיחים על דבריו אלא אם כן מביא שני עדים שהוא אחיו כדתנן פרק יש נוחלין ועובדא דמרי בר איסק דאתא ליה אחא מבי חוזאה והוא לענין ממון וה"ה לענין איסור שאינו נאמן להוציא' מחזקת היתר וכל שכן זה שאינו מעיד אלא מפיו ולא דמי להא דאמרי' פרק יש נוחלין ההוא דהוו' מוחזק דלית ליה אחי ואמר בשעת מיתתו דלית ליה אחי אמר רב יוסף למאי ניחוש לה חדא דהא מוחזק לן דלית ליה אחי ועוד הא אמר בשעת מיתתו דלית ליה אחי אמר אביי והא אמרינן דאיכא עדים במדינת הים דידעו דאית ליה אחי. ומסיק התם דאמר ליה רבה לרב נחמן חוש לה כתב הרא"ש ז"ל זה אינה קושיא לדידי דשאני התם שיש קול שיש עדים במדינת הים הילכך ראוי לחוש לקול ולהמתין עד שיחקרו אם יש עדים אבל בנדון זה אפילו אם הוא אמת מה שאמר אחיה אינו קול כלל ומותרת להנשא לשוק עכ"ל. אח"כ כתב הבנתי מתוך השאל' שלא הי' מכיר אחי האשה באחי בעל' אלא על פיו ששאל ואמ' לו שהי' אחיו ולכן כתבתי בתשוב' ועוד בנדון זה אין אחיה אומר שהוא יודע שהוא אחיו אלא אמר לו אחד שהוא אחיו ומתוך כתבך הבנתי שאחי האשה הכירו שהי' אחיו בעל אחותו ומעתה ידעו ומה שכתבתי ועוד לחזק הדבר שהוא בטל והאשה מותרת משאר טעמים שכתבתי עכ"ל הרא"ש ז"ל בתשוב'.

והנה כל מעיין יראה מתוך שאלה זו דכל היכא דלא מוחזק לן באחי לא יש שום חששא כלל או קול שאומר שיש עדים כמה שיודעים שיש לו אחים אז ניחוש והביאו הרמב"ם ז"ל פ"ג וז"ל לא הי' מוחזק באחים ויצא עליה קול שיש עדים במדינת הים שיעידו שיש לבעלה אחים והעדים במדינה אחרת אפילו אמר הוא בשעת מיתתו אין לי אח הרי זו חוששת ותמתין עד שיבואו העדים שאמרו וישאלו עכ"ל הרמב"ם ז"ל ודין זה של

הרמב"ם ז"ל הוא מההוא דרב יוסף למאי ניחוש לה ואביי אמר ליה הא איכא עדים במדינת הים דידעי ולבסוף אמר לה זיל חוש לה וכבר הביאונם לעיל שהביאה הרא"ש בתשובתו וחלק מהנדון ששאלוהו דהכא אית קלא דאיכא עדים במדינת הים אבל נדון דידן ונדון של הרא"ש ז"ל כמדומה לן אין בה בית מיחוש כלל והרמב"ן ז"ל כתב על זה דלאו בקול בעלמא אסרוה לה אלא כדאמרינן דאיכא עדים כלו' שהוחזק הקול בב"ד זה דעת הרשב"א כהרמב"ן ז"ל וכפי לשון הרמב"ם ז"ל שלא פי' כדין זה החזק' בב"ד כי אם קול סתם ולא בב"ד והנה על ענין הדין שיצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני הרי היא בחזקת מקודשת אע"פ שאין שם ראיה ברורה ופי' שם וכל קול שלא הוחזק בב"ד חוששין לו ופי' שם כיצד יהיה הקול מוחזק בב"ד כגון שבאו עדים והעידו שראו נרות דולקות ומטות מוצעות ובני אדם נכנסים ויוצאים ואומרים נתקדשה פלונית היום אם הקול אינו כזה הוא קול הבר' ואין חוששי' לה והנה שם פי' קול שהוחזק לענין קידושין ופה לא אמר כי אם קול סתם נרא' שאין צריך הוחזק בב"ד דא"כ הי' לו לפרש וכן כתב בעל המגיד שדעת הרמב"ם ז"ל חולק עם הרמב"ן והרשב"א ז"ל שכתבו שצריך שיהי' קול הוחזק בב"ד ואני אומר ובמחילה מכבודו למה נשים מחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א ז"ל להרמב"ם ז"ל ונאמר שמאחר שכתב כבר בקדושין כלל העול' כי קול שלא הוחזק בב"ד אין חוששין ה"ה כאן ביבמה שהכל הוא איסור דאורייתא ויהיו מוסכמים שלשתם ולא שיחלקו באופן דלאו בקול בעלמא אסרוה דאמרי' שיש עדים במדינת הים שיודעים שיש לו אחים ולכן אמר זיל חוש לה שהיה קול הוחזק בב"ד והצריכ' להמתין אבל בנ"ד לא יש קול לא קול הברה ולא קול דאתחזק בב"ד כי אם הדבור שדבר האורח עם הנפטר על השולחן למה לא יתנו לי אשה כמו שנתנו לך ויש לך אח ושתק אין בדברים הללו ממש שלא תצא האשה מחזקתה שאין לו אחים ובשבוע' שנשבע בשעת הנישואין ואין לחוש שמא נולד לו אח אחר שבא פה שם כי לא היה לו אב ולא אם כי אם גוייתו לבדו וכן רבים שהיו עמו בלמוד והיו מדברים זה עם היה אומר שהוא יחידי ויחידי בא מארצו שלא הניח שם שום קרוב זה היה רגיל לומר בחברים ואין אנו משימים לב כי אם הודאת פיו בשבועה חמורה דלא עביד אניש להשטות בשעת נישואין לישבע כנהוג אין אדם משטה באותה שעה ואם אח"כ שתק כשאמר לו האורח גם כן יש לך אח לפני אשתו הלעיג באשתו להקהות שיניה כמו שעושים האנשים עם נשותיהם אבל לא ח"ו לחוש לה כלל ועל כל שביארנו נאמר עוד דבר דבור על אופניו שאם בנדון דידן היו שני עדים מעידים שיש לו אח הגם כי לא היינו מוחזקים שיש לו אח והיתה האשה בחזקת מותרת העדים יש בהם כח לבטל חזקת דהיתרא שכן מצינו בגמרא בההוא עובדא דרב

יוסף דאמר למאי ניחוש לה ואמר לו אביי הא איכא עדים במדינת הים דידעי דאית ליה אחי דוק לישנא דתלמודא איכא עדים הא עד אחד אינו נאמן כי לא האמינו לעד אחד כי אם להתיר האשה דאע"פ דאין דבר שבערוה פחות משנים משום עיגונא לא החמירו שאם בא עד אחד והעיד שמת בעלה ונשאת על פיו ואפילו שפחה אפילו עבד או אשה ועד מפי עד מפי אשה מפי שפחה מפי קרוביו נאמנים לומר מת פלוני ותנשא אשתו וכמו שפירש הרמב"ם ז"ל אין בודקין עידי האשה בדרישה וחקירה כמו שאר עדיות שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עיגונא וז"ל בסוף גירושין אל יקשה בעיניך שהתירו חז"ל הערוה החמורה בעדות אשה או עבד או שפחה או עכו"ם מסיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי כתב ובלא דרישה וחקירה' וכמו שביארנו שלא הקפידה התורה על הערוה שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי עדים ובעדותן כגון שהעיד שזה הרג את זה או הלוה את זה אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עליו שדבר רחוק שיעיד העד בשקר לפיכך הקילו חז"ל בדבר זה והאמינו בו עד אחד מפי שפחה מפי עד ועד מפי עד כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות עכ"ל הרמב"ם ז"ל א"כ זכינו לדין דהיכא דאיכא עד כשר להתירה לא לאוסר' ולא מצינו עד א' כי אם לדין עגלה ערופה כנודע ולענין מה סוטה ובהתרת עגונה ולא לאוסרה ולכן נקט בגמ' והא איכא עדים במדינת הים שיש לו והרמב"ם ז"ל כתב ג"כ כמו שביארנו אבל זה העד הגם כי היה מעיד בב"ד דרך עדות לא דרך לעג כמעשה שהי' שאמר לו מפני מה נתנו לך אשה ויש לך אח ג"כ יתנו לי שודאי אין ממשו' בעדות זה אף אם היה מעיד בב"ד אין להוציאה מהיתרה שהיתה מוחזקת בלי אח לבעלה עד שיעידו שנים אז הגם כי לא הוחזק יש לאוסרה כי על פי שנים עדים יקום דבר אבל בנ"ד אין כאן בית מיחוש ומותרת להנשא לכל מי שתרצה ואין עוד להאריך וכל זה כתבתי אם יסכימו עמי הרבנים בעלי ההוראה ואם לא אבטל דעתי והשי"ת יאיר עינינו בתורתו ויצילנו משגיאות אמן נאם הצעיר משה גאלאנטי.

סימן פב

שאלה ראובן מעיר אחד אשר מערי קורדיסט"אן רחוק מחלב בט"ו ימים בא פה צפת תו"בב ובקש לישא אשה כאן ויום אחד דברו לו על נערה אשר ישרה בעיניו לתתה לו אכן אמרו לו שאם יש לו אחים שם בעירו לא יתנוה לו אז אמר כי לא היה לו אחים כלל ועיקר וכשעשו השידוכין השביעוהו על כן ונשבע להם שלא היה לו אח כלל אחר ימים שנשא את האשה בא פה איש א' מעיר ראובן ההוא מכירו ויודעו ונתאכסן בבית ראובן

הנז"ל וביושב' לאכול לחם אמר האיש ההוא ליושבים שם אם ימצאו לו מנוח אשר ייטב לו לישא אשה אז אמרו לו כי בעיר הזאת לא היו נותנים אשה לבאים מאותם המקומות הרחוקי' ויש להם שם אחים שלא יבואו ח"ו לידי עיגון אז חזר פניו האיש ההוא כלפי ראובן בעל הבית ואמר ואתה איך נתנו לך אשה ויש לך אחים אז נתכרכמו פניו של ראובן ואמר לו הנח אלו הדברים עתה זהו מה שמעיד עד א' כשר לפנינו מפיו של אותו היהודי מעירו שאמר לו כדברי' האלה ועוד העיד כי כאשר כלו לאכול לקח אותו העד הזה לראובן הנז' לצד אחד ואמר ואיך עשית הרעה הגדול' הזאת ולא שמרת את שבועת ה' אשר השביעוך ומי דחקך להשבע על שקר כיום הזה אז אמר לו נסכלתי כי נפתה לבי על האשה ואמרו לא יתנוה אלי אם היו לי אחים וגם כי אחרי צאתי היתה מגפה גדולה בעיר ואמרתי אולי מת גם הוא כאחיו והנה אחר ימים רצה הבעל להרחיק נדוד ואז אמר אל העד הזה איך היה הולך ולא מניח גט לאשתו ורעה זו מהאחרת אשר נשבע לה על שקר אז אמר ליתן לה גט אלא שאשתו עכבה בדבר לומר שלא יתן לה גט שמא ינשא שמה דכל זמן דאגידא ביה לא יהיבי ליה אחריתי ואף על פי כן בעמדו על פרק הנסיעה צוה לשני עדים האיש ההוא ות"ח אחד לכתוב גט זמן לאשתו והלך וכשבא הדבר לב"ד אמרו שלא עשה כלום לפי שהזכיר התנאי קודם כתיבת הגט ועוד כי היו שנים וכבר נהגו להחמיר בחתם סופר ועד ולזה לא נכתב הגט כל זה מדברי העד הנז' והנה האיש הלזה הלך אל ארץ אחרת ומת שם ונשארה האלמנה הזאת עגונה זה לה חמש שנים יורונו רבותינו אם יש היתר לאלמנה זאת מאחר שלא הוחזקו לבעלה אחים כי אם על פי העד ההוא ועל פי דבריו האחרונים אם יכול לסתור דבריו הראשונים ושבועתו אשר נשבע שאין לו אחים עוד בא יהודי אחד והעיד לפנינו כי תיכף בבא האיש הזה בעיר הזאת שנתקרב האיש הזה אצלו ויען היה גם הוא מאותם המלכיות ומדבר כלשון עמו והיה מספר לו כל ענייניו לפי תומו ובכללם אמר לו שיש לו אחים שמה בארץ מולדתו וזה היה קודם שדיברו על נישואין כלל.

תשובה ראיתי מה שכתב אלופי החכם השלם הרב כמה"ר משה נר"ו בענין זה ואני בעניי מיראי הוראה אני ואחוה דעי לפני רבותי שיחיו והמה יבחרו ולא אני. והריני דן אפילו לא היה לנו כאן אלא עד אחד שיש לחוש לדבריו ולא נתירה לכתחילה דנ"ד אינו ענין לתשובת הרא"ש שבכלל י"ג על האשה ההיא שנשאת לבעל זה כמה שנים בארץ צרפת ומעולם לא נראה ולא נשמע ולא נודע שהי' לבעלה אח אך אחי האשה אמר שהיה באשכנז וראה שמה אדם אחד שהיה אחיו והתירה הרא"ש ז"ל לומר דכיון שהאשה עומדת בחזקת שאין אחים לבעלה אין עד אחד נאמן להוציאה מחזקתה דכל היכא

דאתחזק היתרא עד אחד לא מהימן והוכיח מההיא דניזקין אמר ליה עד אחד נטמאו טהרותיך וכו' וממקום שבאתה דכי אמר דעד אחד לא מהימן דוקא היכא דאתחזק היתרא כי ההיא דטהרותיך נטמאו דעד השתא בחזקת טהרה הן עומדין וכן נתנסך יינך אשתך זנתה אבל במילתא דלא אתחזק לא היתרא ולא איסורא עד אחד מהימן והכי איתא בריש גיטין אימור דאמרינן עד אחד נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא אבל הכא דאתחזק איסורא דא"א הוה ליה דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים והכי אמרינן בריש האשה רבה היכא אמרינן דאין עד אחד נאמן היכא דאיתחזק איסורא אבל לא אתחזק נאמן מידי דהו' אחתיכה ספק של חלב ס' של שומן ואתא עד אחד ואמר דשומן הוא דמהימן והרא"ש ז"ל כתב בהלכותיו בניזקין והיכא דלא אתחזק לא היתרא ולא איסורא עד אחד מהימן להתיר וכל שכן לאסור והך מילתא ודאי לא מיקרי אתחזק היתרא שזה האיש מארץ רחוק' בא ולא ידענו מאיזה עם הוא ותמול בואו והיום נשא אשה וכמעט שעבר נתגל' הדבר על פי אותו עד שהוא בן עירו ומכירו ובקי באחיו ואימתי נתחזק זה בלא אחים ולא קרינן חזקה לשוק אלא כי ידעינן דלית ליה אחי אלא דמספקא לן אם נולד לו אחר כך אח כדאמרינן בריש האשה בתרא היה לה חמות אינה חוששת שמא ילדה בן ומפרשי' בגמר' משום דבחזקה לשוק קיימא או דומיא דאמרינן בפר' ארבעה אחין גבי וכלן שהיו להן קידושין או גירושין בספק הרי אלו צרותיהן חולצות ולא מתייבמות דאמרינן אלו הן ספק קידושין ספק קרוב לו ס' קרוב לה ופרינן בגמרא ואילו גבי גירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני ומשני רבא אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת והיינו משום שהיא לפנינו צרת ערוה ואם נולד ספק בגירושי הערוה מוקמינן לה בחזקת שלא נתגרש' אבל זה שאנו מסתפקין מעיקרא אם יש לבעלה אחין הא לא אתחזק וכי תימא העמד האשה בחזקת היתר שהאשה הזאת בחזקת היתר עומדת עד שלא תנשא אחר כך שנשאת שהוחזק בה איסור אשת איש מכל מקום כשמת בעלה איסורא דאשת איש פקע ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה אין לך לומר כן אלא אדרבה אשה זו משנתקדשה בחזקת איסור לכל העולם היא ועל ידי מיתת בעלה אתה בא להתירה אל תתירנה מספק ולא תימא איסורא קמייתא פקעא במיתת הבעל מספיקא לא מחתינן לה איסורא אחריתי דיבמה לשוק אלא עדיין בחזקת איסור עומדת ומנא תימרא דתנן בסוף נזיר ירד לטבול במערה ונמצא מת בקרקע המערה ירד להקר טהור ליטהר מטומאת מת טמא שחזקת טמא טמא וחזקת טהור טהור שרגלים לדבר הרי כאן דטומאה קמייתא טהרה על ידי טבילתו במקוה ואף על פי כן מספקא מחתינן ליה טומאה אחריתי וסותר את הקודמים הואיל ונזקק לטומאה דאמרינן חזקת טמא טמא

והא דבטומאה ידועה אף על פי שירד להקר טמא היינו טעמא משום דספק טומאה ברשות היחיד היה ומכל מקום בטומאת התהום דהלכתא גמירי לה דטהור בנזיר ועושה פסח ואף על פי כן כשירד ליטהר מטומאת מת אמרינן חזקת טמא טמא ותו אמרינן התם בשבעה דברים בודקים את הזב עד שלא נזקק לזיבה משנזקק לזיבה אין בודקין אותו אונסו וספקו ושכבת זרעו טמאי' שרגלים לדבר ומפרש תלמודא ספיקו לא תימא ספק חזא ספק לא חזא אלא ודאי חזא ספק מחמת שכבת זרע ספק מחמת ראיה כיון שנזקק לטומא' ספיקו טמא וחוזר וסותר את הקודמים ומביא קרבן עליו וכן מוכח מדאמרינן בפרק קמא דחולין בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה וכי מספקא לן אם שהה או דרס או החליד אסרינן לה מספק דמחזקינן ליה בחזקת איסורא ולא אמרינן דאיסורא איסו' אבר מן החי הוא והא פקע ההוא איסורא בנחירה ואישתריא לבן נח ומספיקא אמאי מחתינן לה איסורא אחרינא דנבלה דשרי לבן נח ומטמא במשא אלא חזקת איסור אסור אף כאן משנזקקה לאיסור אשת איש אסור' וכן מוכח מלישנא דגמרא בפרק יש נוחלין אם הקלו בשבויה נקל באשת איש אלמא אכתי חזקה דאשת איש קאי עליה וכן פירש רשב"ם ז"ל נקל באשת איש דאיכא איסור תורה והרי היא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנ' מספק ע"כ. ולעיל בראש השמועה כתב דאתחזק לן דלית ליה אחים ויודעים היו בודאי שאין לו בנים ואי לאו דאתחזק לן שאין לו אחים היה לנו לאוסרה לשוק מספק עד כאן לשונו נהי דכי לא אתחזק לא באחי ולא בבני שריא מטעם ספק ספקא כדכתב הוא ז"ל לעיל דשמא יש לו בנים ואם תמצא לומר אין לו שמא גם אחים אין לו משום הך טעמא הוא דשרינן לה ולא מטעם חזקה כלל הלכך כי אתי עד אחד אמאי לא מהימנינן ליה והר"ן ז"ל כתב בפרק קמא דקידושין גבי ההיא דקדיש באבנא דכוחלא והביא ההיא דפרק יש נוחלין דלא מוחזק לן לא באחי ולא בבני דחיישינן לקלא אף על גב דהוי קלא דלא אתחזק משום דאשה זו בחשש איסור היתה וההיא דנתנסך יינך ונטמאו טהרותיך ודאי לא אתי עד אחד ומפיק להו מחזקתייהו שהרי אף לדבריו מעיקרא היו הטהרות בחזקת טהרה אלא שהוא אומר השתא נטמאו אבל כאן לפי דברי העד מיום שנתקדשה לבעלה שהוחזקה אשת איש מאז הוחזקה ג"כ באיסור לשוק ומעולם לא היה לה חזקה ברורה שעה אחת בחזקת היתר לשוק ויש להביא ראיה שכל חזקה שלא נתבררה לאו חזקה היא דכי אתייליד ספיקא לא מוקמינן לה אחזקתה מדאמרינן בפרק האשה שנתארמלה גבי נכסי לבר שטיא ואמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי נכסי בחזקת דבר שטיא ולא אמרן אלא דאית ליה חזקת אבהתיה אבל לית ליה חזקת אבהתיה אמרינן כשהוא שוטה זבן כשהוא שוטה זבין ולא אמרינן הואיל ולא

ערערו על מקחו כשקנ' מאחרי' העמד מקח על חזקתו וגם שם כתבו התוספות אמימרא דרב נחמן דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי ואם תאמר אמאי לא מגבינן כבשטרא מעליא הא סבר רב נחמן כרב הונא בשתי כתי עדים המכחישות זו את זו דכל אחת באה בפני עצמה ומעיד' ותירצו דשאני התם דמוקמינן כל אחד בחזקת כשרות אבל הכא שאומרים קטנים היו או קרובים משנולדו עד עתה שנתרחקו ליכ' למימר אוקמוה אחזקתייהו ע"כ דברי התוספות ואע"ג דמכל מקום חזק' כשרות אית להו מסתמא עדים החתומים על השטר לא מחזקינן להו בחזקת פסולין או קטנים כדאמרינן לעיל התם דמלוה גופיה מידק דייק ולא מחתי' פסולין או קרובין ואמרינן אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול מכל מקום כי איתייליד לן ספיקא דתרי ותרי ליכא למימר אוקמינהו אחזקתייהו שהרי לדברי עדים אלו לא היה לעולם להם חזקת כשרות. וגדולה מזו כתבו התוס' ז"ל בפרק קמא דחולין ודקדקו אהא דאמרינן מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא ומייתי לה מפרה אדומה ומעדים זוממים והקשו התוספות ודילמא היינו משום דמוקמינן לה אחזקתה שאינה טריפה למאן דאמר טריפה אינו חיה ותירצו דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה אפילו שעה אחד לא אזלינן בתר' ולמדו משם הלכה למעשה על גבינות העכו"ם שנעשו מכמה בהמות ונמצאת האחת טרפה שכולם אסורות ולא נעמידם על חזקת' שאתמול שתינו מחלבם בחזקת כשרות השתא דניתייליד ריעותא לא מוקמינן להו אחזקתייהו כל שלא נתבררה חזקתם אף על גב דממה נפשך בהמות אלו כשרות היו מתחילת בריאתם הואיל ועברו עליהם י"ב חדש אף כאן הואיל וחזקה זו לא נתבררה אלא דמסתמא הוה שרינן לה משום דלא אתחזק באחי דין הוא שיהיה עד אחד נאמן לאוסרה. ויש לדמות את הדבר לאותה שאמרו בפרק האומר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה דאסורה אכולי עלמא בא עד אחד ואמר אני קדשתיה נאמן ליתן גט להתירה לעלמא הרי שאם לא היה זה היתה אסורה לכל העולם ואתא חד ושרי לה והוא הדין אי אתי אינש דעלמא ואמר לזה נתקדשה מהימן דאין אדם חוטא ולא לו וכן כתב הר"ן ז"ל דעד אחד דעלמא נאמן לומר לזה נתקדשה אפילו במקום דשייך טעמא דחיפוי הואיל ולית לה חזקה מבוררת לאיסור ואם נאמן להתיר כ"ש דנאמן לאסור ועוד יש להוכיח מדאמרינן בפרק עשרה יוחסין נאמנת חיה לומר זה כהן וזה נתין וזה ממזר בד"א שלא קרא עליו ערער אבל קרא עליו ערער אפי' חד אינה נאמנת ואע"ג דא"ר יוחנן אין ערעור פחות משנים ה"מ היכא דאית ליה חזקה דכשרות אבל הכא דלית ליה חזקה דכשרות עד אחד נמי מהימן הרי כאן שאלמלא בא עד זה המערער היינו סומכין על החיה דמהימנה לומר כשר הוא או כהן הוא ואתא עד אחד ומפיק ליה מחזקת הכשר

שהיה בו עד עתה אף כאן אע"פ שאנו סומכין על הסתם על דבריו של בעל דאמר כן בשעת הנישואין כי אתא עד אחד מרע ליה לדיבוריה.
ומצאתי בתשובה למהר"ם ז"ל בסוף הלכות אישות סימן ג' על שליח שקדש אשה לחבירו ואמר הרי את מקודשת לי דמהימן לומר שטעה בדבריו דעד אחד נאמן באיסורא היכא דלא איתחזק איסורא ואף על גב דאיתחזק לן איסורא כל כמה דלא אמרינן דאטעיה לדיבוריה הא לא מקרי איתחזק איסורא אלא היכא דאף לדברי העד הבא להתיר את האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא אסור היה עכ"ד. ואותו הנדון של הרא"ש התם חזקה אלימתא איכא כמו שכתב שישב שם כמה שנים ומעולם לא נראה ולא נשמע לא מפיו ולא מפי זולתו שהיו לו אחים זו חזקה ברורה דקי"ל סוקלין על החזקות כדאמרינן מעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב על כתפה והגדיל ובא עליה והביאום לבית דין וסקלום לא מפני שבנה ודאי אלא שהוחזק כמפורש בפרק עשרה יוחסין ותו אמרינן התם הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה אף כאן הואיל וכמה שנים לא נשמע לו אח בחזקת שאין לו אחים עומדת ואע"פ שלדברי העד נעקרה החזקה מכל מקום לאו כל כמיניה דעד אחד למעקרה לחזקה דמחזיק לן בדלית ליה אחי וכך הם דקדוק דברי הרא"ש ז"ל שכתב מילתא דפשיטא היא כיון שהאשה זו בחזקת שאין אחים לבעלה עומדת ולא אמר בחזקת היתר לשוק עומדת.
ואם באת לומר דאתחזק לן בדלית ליה אחי על פיו שאמר בשעת נישואין אין לי אחים דמהימן הוא בהכי כדאמרי' בהאומ' אין לי אחים נאמן איברא דמהימן אבל מ"מ לא מיקרי אתחזק היתרא לענין שלא נסגי לדברי עד אחד כ"ש שחזר והודה לדברי העד ומהימן לסתור דבריו הראשונים היכא דנתן אמתלא לדבריו כדאמרי' בפ"ב דכתובות מעשה באשם אחת שהיתה גדולה בנוי וקפצו עליה בני אדם לקדשה אמרה להם מקודשת אני לימים עמדה וקדשה את עצמה וכו' ומסיק זו הלכה העלה ר' אחא שר הבירה לפני חכמים באושא ואמרו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת והכי אמרינן לעיל נדה שאמרה טמא' אני וחזרה ואמרה טהורה אני אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת וזה אמתלא גדולה נתן לדבריו שהרי לא היו רוצים לתתה לו אם היה לו אח ואנן סהדי בהכי שהרי החזיקוהו לישבע להם כנראה שמקפידים היו על כך ועוד נתן אמתלא לדבריו שהיתה שמה מגפה גדולה וסבור היה שמת דכל כי האי מלתא מיקרי ואמרינן בדדמי כדאמרינן בהאשה שלום דבר הרי הוא כמלחמ' ולא מהמנינן לאש' שאמר' מת בעלי במגפ' דאמר' בדדמי ולא סמכינן אהך מילת' דאמרי אינשי שב שני הוה מותא במתא ולא אזל אינש בלא זמניה והכי פסקינן הלכתא התם לחומרא כל שכן הכא שהוא נותן

לעצמו אמתלאה זו דודאי מהניא לסתור דבריו הראשונים ומאמינים שפיר לעד אחד וחוששין לדבריו כיון דליכא חזקה.

ועוד נראה דבלא כן לא חיישינן כלל לדבריו שאמ' בשעת קידושין אין לי אחים דכי אמרינן בגמרא דמהמנינן ליה כשאמר בשעת קידושין אין לי אחים היינו מטעם דמה לו לשקר דלמאי קא מהני ליה האי דבורא אי למיפטרה מיבם הוא דאתי מצי אמר לה פטרנא לך בגיטא דאנן סהדי שהיא היתה מתרצת בכך ומה לו לשקר והיינו במילתא דסתמא אבל הכא בנ"ד דקפדא בהכי שהרי אנו רואים שהשביעוהו על כך נראה שלא רצתה לסמוך עליו שיכתוב לה גט מחיים לכך הוצרך לשקר דמאי הוה ליה למעבד הא אלחישו לה ולא אלחישא. ועוד יש לי להביא ראיה דאפילו במקום שיש להעמידה בחזקת היתר חוששין להחמיר מדתנן בסוף פרק האשה שלום האשה שהלכה היא ובעלה ובנה למדינת הים וכו' אמרה מת בני ואחר כך מת בעלי אינה נאמנת וחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת וטעמא דאינה נאמנת משום דבחזקת איסור ליבם קיימא ודילמא עיניה נתנ' ביבמ' להנשא לו ואף על פי כן חוששין לדבריה וחולצת ואימ' דהך דבורא דאמרה כמאן דליתיה הוא דהא שייכא בעדותה ואוקמוה אחזקתה כדמעיקרא שהיתה בחזק' היתר לשוק בלא חליצה. ולא תימא התם משום הכי אסורה לעלמא בלא חליצה משום דשויתא לנפשה חתיכה דאיסורא הא ליתא דמבעיא לן בגמרא המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו ופשיט בעיין מתניתין וחוששין לדבריה חולצת ולא מתיבמת והקשו התוספו' ואם תאמר האי דאינה מתיבמת משום דשויתה לנפשה חתיכה דאיסורא. וי"ל דדייק מדקתני חולצת דמשמע שכן הדין מדלא קאמר מבקשין לחלוץ א"נ משמע דחולצת אפילו נתנה אמתלאה לדבריה ע"כ והרי כאן דאפילו בלא טעמא דשויתא נפשה חתיכה דאיסורא כגון שנתנה אמתלא לדבריה וחזרה בה לא אמרינן אוקמא אחזקתה כמות שהיתה בחזקת היתר לשוק בלא חליצה אלא אמרינן חוששין לדבריה דילמא קושטא אמרה והשתא מהדר קא הדרה בה וכ"ש דאמרי' הכי בע"א דאע"ג דאית לן לאוקומה בחזקת היתר שנחוש לדברי העד להחמיר.

ותו מוכח להדיא בפרק האשה רבה דתנן האשה שהלך בעלה ובנה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעליך ואחר כך מת בנך ונשאת ואחר כך אמרו לה חילוף היו הדברים תצא וכו' ומפרש לה רב ששת בעד אחד דאי בשני עדים מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני ומינה בעי למיפשט דעד אחד ביבמה מהימן ופסקו הגאונים והרי"ף ז"ל כדפי' רב ששת ולא סמכינן אדחויה דגמ' אלמא משמע דאע"ג דאשה זו בחזקת היתר לשוק

ובחזקת איסור ליבם עומדת שהרי היה לה בן כדמוכח בהאש' שלום מ"מ עד אחד נאמן לומר מת בנך ואחר כך מת בעלך לאוסרה על העולם ולהתירה ליבם.
ועוד יש לדקדק כן מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ג שכתב נאמן עד אחד להעיד ליבמה שניתן לה בן להתירה לזר אע"ג דאשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת שהרי יש לו אחים מהמנינן לעד אחד להתירה לשוק ולאוסרה על האחים אף על גב דבחזקת היתר לאחין היתה לא שבקינן לה לאינסובי ואף לדברי הרא"בד ז"ל שנחלק עליו לא מהימן עד א' לומר ניתן לה בן כיון דלאו מילתא דעבידא לאגלויי היא לא אמר אלא שאינו נאמן להתירה לשוק אבל לאוסרה על האחין מודה הוא דמהימן וכמו שכתב הרש"בא ז"ל בתשובה אלף רכ"ב לדעתו של הרא"בד ז"ל הרי כאן שהיה בחזקת היתר לאחים מסתמא אסרי' לה אפומא דחד סהדא.
ועוד מטעם אחר יש להחמיר בנדון שלפנינו הואיל שהעד שהוא בן עירו העיד שהיה לו אח והוא מפורסם וידוע לכל בני עירו ואפשר להתברר על פי כתבים ודסלקין לעילא ודנחתין לתתא וכל דבר שאפשר להתברר יש לחוש לדברי עד אחד שלא להתירה אפילו במקום העד אחד מכחישו דאמרינן בפרק האומר מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פסולו ביחיד ומפרש בגמרא בעל מום פסולו ביחיד היכי דמי כגון דאמר לה שלח ואחוי וכתבו התוספות מכאן יש להוכיח דכל דבר שאפשר להתברר עד אחד נאמן עליו אפילו עד אחד מכחיש ואי קשיא מנא להו לתוספות דאפילו עד אחד מכחיש דילמא דוקא היכא דבעל דבר גרידי' מכחיש דומיא דבעל מום דמנא ליה דהתם איכא עד אחד שאומר שאינו בעל מום לא קשיא דהאי דאפילו בעד אחד מכחיש חיישינן לדבר זה מדמדמה מקוה לבעל מום דהיינו דקאמר מקוה פיסולו בגופו כלומר דאפשר להתברר והתם גבי מקוה ודאי באחד אומר שלם הוא דאם לא כן היינו שותק והיכי קאמר ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצ' שפסולו בשנים דלאביי היכא דאין בעל הדבר מכחיש עד אחד נאמן אף בדבר שבערו' אלא ע"כ ה"ק גבי מקוה שפיסולו ביחיד בשאחד אומר שלם וא' אומר חסר מהימנינן לזה שאומר שהוא חסר אף על פי שבא להוציא מחזקתו לפי שאפשר להתברר.
ועוד הרי אנו רואים דבמקום שאנו סומכין על החזקות להתיר היכ' דאפשר להתברר לא סמכינן אחזקה כדמוכח בפרק קמא דפסחי' דשם איתא דבעי ר"נ בר יצחק המשכיר בית לחבירו חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק ואמרינן עלה למאי נפקא מינה לשייליה דליתי' קמן דלשיילי' וכתב הר"ן ז"ל בהלכות דאי איתא למשכיר קמן לא נפקא לן מידי דאפי' תימא דחזקתו בדוק שיילינן ליה ולא סמכינן אחזק' דכל היכא דאפשר לברורי מלתא מבררינן ולפיכך כתב הרב אלפסי ז"ל בפרק קמא דחולין דלא סמכינן ארוב מצויין אצל

שחיטה מומחין הם אלא היכא דליתא קמן דנשייליה אבל איתיה קמן לא סמכינן אחזק' וכי תימא ומאי שנא מההיא דפרק שני דכתובות גבי בנתיה דמר שמואל דאשתביין אמר לי' ר' חנינא לרב שמן בר אדא פוק אטפל בקרובותיך ואמרי' התם והא איכא עדים במדינת הים פירוש עידי טומא' כדמסיק אמר ליה השתא מיהת ליתנהו קמן עדים בצד אסתן ותאסר שאני היא דשבויה הקלו והכי מפרש לה תלמודא בפרק קמא דקידושין גביה ההוא גברא דקדיש באבנא דכוחלא יתיב רב ספרא קא מקשו לה אמרו ליה רבנן לרב חסדא והא איכא סהדי באדית דידעי דבההוא יומא הוה שויה פרוטה השתא מיהת ליתנהו קמן לאו היינו דרבי חנינא דאמר רבי חנינא עדים בצד אסתן ותאסר אביי ורבא לא סבירא ליה הא דרב חסדא אם הקלו בשבוייה דמנוול' נפשה באפי שבאי נקל באשת איש והכי קיימא לן לחומרא כאביי ורבא אבל אין לחלק משום דההיא דקדושין הויא לה איסור ערוה חמורה שיש בה מיתת בית דין דהא אמרינן בהאש' בתרא מאחר דמדאורייתא אסור מה לי איסור כרת ומה לי איסור לאו דכל איסור של תורה אזלינן ביה לחומרא ובכה"ג נמי מתרץ תלמודא בפרק יש נוחלין אהא דההוא דמחזיק לן דלית ליה אחי וכו' אם הקלו בשבוי' וכו'.

וראיתי להריב"ש ז"ל בתשובה תק"ט על אלמנה אחת זקוקה ליבם ויצא הקול שאמר איש אחד שראה את הבעל בעיר א' מערי קאשטילי"א ונכנס לביתו וראה אשה אחת יושבת תחתיו ומשמשתו ויש לחוש שמא היה לו ממנה ולד כדתנן לא תנשא ולא תתייבם עד שיודע שמא מעוברת היא צרתה וכתב הרב ז"ל כי לא אסרוה במוחלט על היב' לפי שלא הוחזק הקול בבית דין אלא שאמרו שהיא מותרת לשוק אחר חליצה ולא רצו גם כן להתיר' ליבם לאלתר כיון דאפשר לעמוד על בוריו שאם הוא אמת לא תנשא ולא תתייבם ומה שהב"ד לא בדקו אחר הקול לדעת אמיתת הדבר הוא לפי שחשו לעיגון האשה שתהא אסורת לחלוץ לעולם עד שתדע שלא היה לצרתה בן ולזה כפו את היבם שיחלוץ אלו תורף דבריו הרי כאן שאע"פ שהבעל היה מוחזק שאין לו בנים ועיקרו של קול אינו אלא על פי עד א'.

ובר מן דין לא גרע מיצא קול שיש לו אחים דאמרינן בפרק יש נוחלין דחוששין לו ולא מבעיא להרב' מן המפרשים שסוברים דלא בעינן קלא דאתחזק בבי דינא דומיא דההוא דסוף גיטין אלא אף לדברי המפרשים דבעינן הוחזק בבית דין לדבר הברור הרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהלכות אישות ופי' ענינו של קול כגון שבאו ואמרו שמענו מפלו' ששמע מפלוני שנתקדש' פלוני' בפני פ' ופ' והלכו להם למדינה אחרת או מתו עכ"ד. הרי שהוא ז"ל מחזיק הקול על פי עד אחד בלבד ודוקא התם גבי קידושין בעינן שיהיו

בפני שנים דהמקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו אבל הכא מלתא בעלמא הוא דמגלו וכל שאנו חוששין לדברי עד אחד מה לי עד מפי עד ומה לי מפי עדים כל שכן דלפי עדות זה שהוא מפורסם וידוע לכל באי שער עירו שיש לו אחים שם.

והנני יוסיף להפלא הפלא ופלא מאחר שיש עד אחד שמעי' מפיו של הבעל טרם שידבר בענין נישואין כלל שהיה מסיח לו עניניו לפי תומו ואמר שהיה לו אחים שם איך מצאו אנשי חיל ידיהם ומלאם לבם להקל בדבר ערוה דמאחר שאמר את הדבר טרם שיהא נוגע בדבר הוחזק האיש הזה על פי עצמו שיש לו אחים כדאמרינן בהחולץ ואשתמודעינון דהדין פלוני אחוה דמיתנא מן אבוה הוא ואיפסיקת הלכתא דהאי דאשתמודעינהו אפילו על פי קרוב ועל פי אשה דגילוי מילתא בעלמא הוא ואילו היו כאן שני עדים ששמעו מפיו כן קודם שאירש היה מוחזק באחי על פיהם גם עתה שאין שם אלא עד א' אחי העד האחר שהוא עד ראיה וידיעה שיש לו אחין ומצטרף עם זה והוו להו תרי.

ושמעתי שהמתירים טוענים שאותו העד כבר הוכחש מפיו של הבעל כשרצה לישא שאמר שאין לו אחים וגם נשבע על ככה ועכשיו אין כאן אלא עדות העד מפי עד אחד ואין בדבריו כלום דהוי ליה עד אחד דאין דבר שבערוה פחות משנים. ודברים תמוהים הם חדא דלא מיקרי הכחשה אלא כשיכחיש בפי' את העד בפניו בשעה שמעיד בבית דין אבל זה שאומר בשעת נישואין שאין לו אחים לא מיקרי הכחש' דשמא אלו היה העד מעיד בפניו שכן אמר לו לא היה מכחישו ולא מבטלינן דברי העד אלא לאחר שמכחישו דומיא דההיא דפרק האומר אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי מהניא ליה הכחשתו לבטל דברי העד. ועוד אפילו אם היה מכחיש את הראשון בפני בית דין ומבטלו משום דהוה ליה עד אחד בהכחשה עכשיו שמצטרף עם עדותו עדות העד השני המכיר את אחיו ואפילו היה הבעל לפנינו לא היה יכול להכחיש את שניהם ומצטרפי שפיר עדות של שני עם עדותו של ראשון דקיימא לן כנהרדעי בפרק זה בורר וכר' יהושע בן קרחה דאמרינן בין הודאה אחר הודאה בין הלואה אחר הלוא' בין הודאה אחר הלואה בין הלואה אחר הודאה מצטרפי ושומעין דבריו של זה היום וכשיבא חבירו למחר שומעין את דבריו ומצטרפין כרבי נתן שם ומייתי לה נמי בפרק שני דכתובות אמלתא דיוחסין דמחזיק לן באבוה דהאי דכהן הוא ואתו בי תרי וכו' דכולי עלמא מצטרפין וכו' ומסיק רב אשי ואוקמה כר' יהושע בן קרחה' ור' נתן הרי לך דבין לענין ממונא בין לענין איסורא בענין יוחסין דאחמירו בהו כמה חומרי מצטרפי אהדדי. הילכך אשה זו תמר תמרורי' בתמרוריה היא עומדת ובקשנו למתקה ולשוא צרף צורף: הנראה אלי בעניותי כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

זה הוספתי לכתוב על הענין הנז"ל.
על אודות האש' אורדואיניה בת שמואל כהן אחר אשר נתקבלו העדיו' הכתובים על ספר אין כאן בית מיחוש דודאי אסורה היא לינשא שהרי יש לנו שני עדים מפי שני עדים אחרים שהעידו שיש לבעלה אחי' האחד רבי שבתי שהעיד מפי האורח הבא לו והשני אותו שבא מקושט' שאמר לו אותו תלמיד חכם מארבל כי היו לו אחים להר' דוד שם ושנשאר' אשתו זקוקה ליבם ונוסף עליהם העד שהעיד משם הר' דוד עצמו בטרם התנכל לבקש לו אשה שהיה מסיח לפי תומו כל קרוביו וכל בני משפחתו וגם כי היו לו אחים פשיטא שאפילו לדברי המפרשים שסוברים דביבמה בעינן שיהא קול מוחזק וברור דומיא דקול דקידושין דסוף פרק המגרש הא ודאי קלא מעליא דומיא דההוא דאמרינן התם לא שישמעו קול הברה אלא שיאמרו פלוני מהיכן שמע מפלוני ופלוני מפלוני והלכו להם למדינת הים. ולא מבעיא לסברת הרמב"ם ז"ל שמחזיק את הקול על פי עד אחד לבד כמו שכתב בפרק תשיעי מההלכות וכן אם באו שנים ואמרו ראינו כמו שמח' אירוסין ושמענו מפלוני שנתקדשה פלונית בפני פלוני ופלוני אלמא משמע דסגי ליה לאחזוקי קלא אע"פ שלא שמעו העם אלא מפי עד אחד שאומר שנתקדשה בפני שנים ודוקא גבי קידושין הוא דבעינן בפני שנים דהמקדש בע' א' אין חוששין לקידושיו ואפילו שניהם מודים. והרשב"א והר"ן ז"ל הצריכו שיעידו שנים לפנינו עד א' אומר אני שמעתי מראובן ועד אחד אומר אני שמעתי משמעון דאע"ג דכל חד וחד משום חד בלחוד קמסהיד ואין כאן שנים ששמעו מפי שנים כאחת סגי והרי כאן בנדון שלפנינו יש שנים מפי שנים שכל אחד מעיד מפי עד א' והוה ליה קלא מעליא וכך היא סברת הרא"ש ז"ל בשלהי גיטין ואין לטעות בלשונו שם שכת' ומיירי בתר דשמעי מתרי כגון ראובן ושמעון מלוי ויהודה אבל חד מחד ותרי מחד לא. תדע מדפריך עדות מעלייתא היא ומסיק והלכו להם למדינת הים משמע דאיירי בתרי עוד מדאמר רב חסדא עד שישמעו מפי כשרים עד כאן לשונו ואין לומר שדעתו דבעי' תרי דשמעי מתרי כאחת והא דקאמר אבל חד מחד לא הכי קאמר אבל כל חד וחד מחד לא אין לך לומר כן חדא מדמכריע למילתיה וקאמר תדע דמתמה תלמודא עדות מעלייתא היא כי הגיעו לדבר הברור ואם בא להוציא שלא תאמר כל חד וחד מחד סהדא אין כאן הכרע כלל דשפיר קאמר תלמודא כי הגיעו לדבר הברור דהיינו לעדים האחרונים אם ישנם בפנינו עדות מעלייתא היא עד דמסיק דליתנהו קמן אלא שהלכו להם למדינ' הים וגם מדמכריע למילתיה מדרב חסדא דאמר עד שישמעו מפי כשרים אלמא כל עצמו של הרא"ש ז"ל לא בא אלא לאפוקי דלא תימא חד מח' נמי מהני כדברי הרשב"א ז"ל ועוד דמלישנא דגמ' מוכח להדיא דכל חד

מחד סגי דקאמ' פלוני מהיכן שמע מפ' ופ' מפ' והוא עצמו הביא לשון הגמ' בהלכותיו ולסתום פיהם של חולקים מצאנו להריב"ש ז"ל תשובה ק"ע הביא דברי הרשב"א ז"ל וכתב וכן סברת הרא"ש ז"ל אך הר"ם במז"ל כתב שעל פי עד אחד סגי וכו' נמצא בנדון שלפנינו הכל שוין שהוא קול ברור ומוחזק ע"פ שלשה עדים והוחזק עדותן בב"ד.

ומעתה אם נשאת לאח' באנו לאותה שאמרו שם בהמגרש יצא עליה קול מראשון ובא אחר וקדשה קידושי תורה שלחו ליה מבי רב לשמואל כה"ג מהו שלח להו תצא והעמידו דבר על בוריו דאי מגליא מילתא דקידושין דראשון קידושין מעליא הוא אינה צריכה גט משני לא מצאו דבר על בוריו מגרש ראשון ונושא שני ודוקא בקידושין גרידא מיירי התם אבל אם כנסה אסורה לו כדכתב הטור סימן מ"ו ואף ביבמה שנשאת לזר אסורה על השני דגרסינן בהאשה רבה יבמה קידושין אין בה נישואין יש בה פי' הרי"ף ז"ל נישואין יש בה אם נשאת לאחר אסורה ליבם ואסורה לזה שנשאת לו דמחלפה באשה שהלך בעלה למדינת הים ולא שני לן בין נשאת במזיד לנשאת בשוגג או על פי הוראת חכם בכל ענין אסורה דתנן בהזורק כל העריות שאמרו צרותיהן מותרות הלכו הצרות האלו ונשאו ונמצאו אלו אילוני' תצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה ומפרשינן בגמרא משום דמחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים ואע"ג דבפרק האשה רבה אמרי' דדוקא רבי עקיבא הוא דאית ליה הולד ממזר אבל חכמים אומרים אין ממזר מיבמה מכל מקום פסול מיהא הוי וממזר דרבנן מיקרי כדכתבו התוס' שם וכל הדרכים האלו בה והרמב"ם ז"ל בפרק שלישי כתב באו ואמרו לה מת בעליך ואח"כ מת בנך ונשאת ואחר כך נודע שחילוף היו הדברים תצא והולד כשר עד כאן ולא כתב הולד כשר אלא לאפוקי דלא הוי הולד ממזר אבל פגום מיהא הוי תדע דבסוף פרק האומר אמרינן נימא קסבר רבינא עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ומשני נהי דכשר לא הוי פסול מיה' הוי ופירש רש"י ז"ל פסול מיקרי כשא' נולדים בעבירה' מחייבי לאוין או עשה שאינם ממזרים הילכך אשה זו שבחזק' איסור לשוק עומדת על פי הקול של אותה עדים אם נשאת דינא הוא שתצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה וכבר האריך הרא"ש ז"ל והביא כל סברות הגאונים ז"ל בפרק האשה רבה והעלה בסוף דבריו וז"ל והלכה למעש' נרא' דאם נשאת לשוק בנישואי שוגג תצא וכל הדרכים האלו בה ואין טעם לחלק בין איסור לאו לאיסור מיתת בית דין מדאמרינן בסוף יבמות מאחר דמדאורייתא אסור מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת ועוד גבי לאו דגרוש' לכהן איתא בפרק הזורק יצא עליו קול איש פלוני כהן גירש את אשתו והרי היא יושבת תחתיו ומשמשתו דמסקינן התם בשנישא' לכהן אחר תצא דהוה ליה קלא דמקמי נישואין ומפקינן לה הילכך אין כאן בית מיחו'

שהאש' זו באיסור עומדת וכופין אותה להוציא והדבר מוטל על גדולי הדור להקים סוכת תורתינו לגדור את פרצותיה ואין פרץ ואין יוצאת ואין צווח' ברחובותינו נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

שוב נתקבצנו בבית הוועד כל חכמי העיר וגדוליה עד שנמנו למנין עשרים חכמים מגדוליה מעיינים ונשאו ונתנו בדבר בו ביום וביום של אחריו וזה אשר כתבנו.

על דבר האש' אורדואנייא בת שמואל כהן שהסכימה דעתינו שהאש' בחזק' איסור לשוק היא עומדת על פי עדויות הכתובות על ספר ויצתה תקלה שנשאת האש' על פי הוראה חכמים. ובכן נתקבצנו היום בכנופיא גדולה של חכמי העיר הבקיאים בדבר הלכה והסכמנו כלנו שהאש' הזאת באיסור' היא עומדת וכל ימיה בעבירה ותצא מתחת בעלה כדין יבמה שנשאת שתצא מזה ומזה וכל הדרכי' האלו בה ולראיה חתמנו שמותינו פה שלהי מנחם השס"ח שם טוב עטייא, משה ן' מכיר שמואל די אוזידא יום טוב צהלון, יעקב ששון נ"ע, יוסף ן' טבול חייא רופא, גדליא הלוי, אברהם שלום, סולימאן ן' אוחנה, מסעוד אזולי, יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה, טוביה הלוי, אברהם די בוטון שלמה הכהן, יצחק די בוטון, יהודה ברזילי, דוד די קאשטריש יוסף בכר' עזרא קאלדירון נ"ע, יעקב פאלקון, שנת השס"ב בכפר בוקיעא אשר בגליל העליון תוב"ב.

סימן פג

שאלה נשאלתי בתותין הללו שמאכילי' העלי' שלהן לתולעי המשי אם מותר לעשות כן בשביעית הואיל ומאכל אדם הם ומפסידין אותו בלקיטת העלין הללו ושנינו בסוף פרק ד' מאימתי אין קוצצין את האילן בשביעית החרובין משישלשלו וכו' ושאר כל האילן משיוציא וכו' ופירש הרמב"ם ז"ל משיוציא משיתחילו בו העלין הירוקי' וכן פירש רש"י ז"ל בפרק מקום שנהגו משיוציאו תחלת העלין בימי ניסן וטעמא משום דלאכלה אמר רחמנא ולא להפסד ואע"פ שרבינו שמשון ז"ל פירש משיוציא פירי הוה ליה יחיד כנגד רבים. ועוד אף לפי דבריו רוב מה שמאכילין לצורך המשי הוא אחר שחנטו הפירות והרי הם מפסידין הפירות בידים שאפילו יניחו הפרי במקומו הואיל ונוטלין את העלין הפירות מתיבשין ונושרין ואין לומר דכיון דנהני' יותר באות' עלין לצורך המשי לא מיקרי הפסד כדאמרינן בסוף פרק החובל בלאו דלא תשחית דאמרי' אם היה מעול' בדמי' מותר לקוצצו דלא מיקרי השחתה וגבי בחלו ביני גופני קאמר רב יוסף זיל אייתו לי מקורייהו גופני מייתו דיקלי דיקלי לא מייתו גופני לא דמי דהכא במידי דאכיל' קדושה תליא דכתיב והיתה שבת הארץ לכם לאכלה ואע"פ שמשתכר כפלים הפסד פירות שביעית מיקרי אע"פ שמשתכר במעות ואין להביא ראיה מדהותרה סיכה כדתנן

בפרק שביעי לא יסוך יין וחומץ אבל סך הוא את השמן דסיכת אדם כשתיה חשיב כדתנן בפרק רבי עקיבא מנין לסיכה שהיא כשתי' בי"ה שנאמר ותבא כמים בקרבו וכשמן בעצמותיו ואיתא נמי בפרק בתרא ביומא אבל שאר הנאות שהם בגופו של אדם אסירי דהא סיכת כלים אסורה כדתנן לקמן בההוא פרקא עור שטבל בשמן של שביעית רבי אליעזר אומר ידלק וחכמים אומרים יאכל כנגדו ומשנים קדמוניות נהגו היתר ומעולם לא נשמע מי שמחה בידם אלא שבשנה זו ערערו עליהם ת"ח בדבר.

ונראה לי שיש להורות היתר בענין זה מטעם שהאילנות הללו משעת נטיעתן אינה מיוחדים למאכל ולא לעשות פירות אלא נוטעין אותם מתחלה לצורך המשי ולא קרינן ביה לאכל' ולא להפסד הואיל ומתחילתן אינן עומדים לאכילה ואדרבא הפסד הוא להם אם היו מניחי' אות' לפירות לפי שהם משתכרין יותר ויותר בגידול המשי מן הפירות ולמה שה' מיוחדים שרי לאסתפוקי בהו דתנן בפרק ח' חשב עליו לעצים הרי הוא כעצים כגון הסיאה והאזוב והקורנית אע"ג דמאכל אדם הוא כדתנן במעשרות פרק שלישי הסיא' והאזוב והקורנית שבחצר אם היו נשמרין חייבים ותנן כלל גדול אמרו במעשרו' כל שהוא אוכל ונשמ' אלמא מאכל הוא ומחשבה מועלת להפקיעם מידי שביעית כל שכן הכא דמתחילה אין נוטעין אותה אלא לכך ועוד מדתנן בשביעית ניתנה להדליק הנר ותניא בספרי תהי' אף להדלקת הנר וקשה לי דהא בסוף פרק רבי ישמעאל מפקי' מתהיה בהוויתו תהא שאחרון אחרון נתפס בשביעי' ונראה דהכא הכי דרי' תהיה כל תבואת' לאכול לשון עתיד כלומר כל המיוחד לאכילה ושמן מיוחד הוא להדליק כשם שמיוחד לאכילה וזו היא אכילתו וכן הכא כיון דמתחל' לכך נעש' לא מיקרי הפסד דפירות שביעי' ואע"פ שאח"כ מוכרין המשי ועושין ממנו סחור' אין לחוש בזה שהרי כבר נתבערו פירו' שביעי' מן העולם ונאכלו ופנים חדשות באו לכאן שהמשי גדל מן התולעים ואין לך דבר שנוהג בו קדושת שביעית אלא גוף הפרי עצמו או חילופיו אבל אחר שנתבער וכלה היאך יהיה במה שגדל על ידו קדושת שביעית וגדול' מזו אמרו בתרומות בפ' הזורע ספיחי שביעי' גדוליהן חולין כל שכן אלו שאינן גידולין ועוד צריך לדקדק דמה שמאכילים לתולעים אלו כמאכל בהמ' דמי שהרי מזונותיהם עלינו ומותר לתת להם מזונות בשבת כמ"ש בטור א"ח סי' שכ"ד ובזמ' שמאכילי' העלין לתולעי' עדיין אינו ראוי למאכל אדם אלא למאכל בהמ' וכי היכי דשרי ליתנו לפני בהמ' כך שרי ליתנו בפני התולעי' וצ"ע ואין לפקפ' מטעם שכשחותכין עלין הללו גדלים אחרים תחתיהם ואיכא משום זמורה ואותם העלים האחרים אע"פ שאינם ראוים למשי ראוים למאכל בהמ' שמאכילי' אותם לבהמתם ליתא דהואיל וכשגוזז עלין הללו אין כוונתו

אלא לצורך עלין אלו שהוא נוטל אע"ג דממילא גדלי אחריני שרי כדאמרינן פי' זה בורר גבי עובדא דר"ש בן לקיש עם רבי שמעון בן יהוצדק ורבי חייא בר זרנוקי וכו' חזו חד דהוה קא מכסח וכו' יכול הוא לומר לעקל בית הבד אני צריך ושם כתבו התוס' מה בכך והרי משביח הוא את הכרם דהכי אמרינן בפרק כלל גדול הזומר וצריך לעצים חייב שתים משום קוצץ ומשום נוטע ותירצו דעביד ליה בענין דקשה לה והכא ודאי קש' לה דאין לך אדם דמפסיד הפירות בשביל העלין שיגדלו לאחר זמן ואפילו רשב"ל לא פליג עלייהו אלא מטעם דהלב יודע אם לעקל אם לעקלקלות אבל במילתא דמוכח שאין כוונתו אלא לצורך מה שקוצץ ולא חייש אמאי דגדלי אחר כך דודאי שרי דתנן בפרק רביעי המזנב בגפנים והקוצץ קנים רבי יוסי הגלילי אומר ירחיק טפח רבי עקיבא אומר קוצץ כדרכו אלמא כל שאינו מתכוין לכך אע"פ שגורם זימור שרי.

והוי יודע שאותה ששנינו מאימתי אין קוצצי' את האילן בשביעית אינה מתפרש' כלל אלא כדברי רבינו שמשון ז"ל דהיינו כל האילן משיוציא הפרי ומה שפירש רש"י ז"ל בפרק מקום שנהגו משיוציא העלין בימי ניסן וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה ליתא דשאר אילנות דומיא דאותם המפורשים הם החרובין משישלשלו והגפנים משיגרעו והזתים משינצו דהיינו בפירות עצמן ואמרינן בירושלמי חרובין שלשולן הוא חוטרן כלומר היינו חנטה דשאר אילנות אלמא אזלינן בהו בתר חנטת הפירי ותו דבפרק כיצד מברכין בעי לאוקומי תלמודא הא דרב נחמן דאמר הני מתחלי דערלה אסיר דהוה ליה ככופרא לרבי יוסי דאמר הסמדר אסור מפני שהוא פרי ואתקיף רב שימי ובשאר אלני מיד מי פליגי רבנן עליה והתנן מאימתי אין קוצצין את האילן בשביעי' וכו' ושאר כל האילן משיוציא משמע דבשאר אילנות לא פליגו רבנן עלי' דר' יוסי ומשיוציאו מיקרי פרי דומיא דסמדר לרבי יוסי ועלין פשיטא דליכא מאן דאמר שהוא פרי ואם ביציאת עלין איירי מתניתין לא מייתי מינה תלמודא מידי ורש"י ז"ל כשהגיע לשם פירש' כן משיוציאו את הפרי ואף הרמב"ם ז"ל בחבורו חזר בו נמצא לפי זה דקודם יציאת הפרי ודאי מותר לקצץ את העלין ואף אחר יציאת הפרי מותר לקרטם בעלין ואע"פ שעל ידי כן הפירות מתיבשות ונושרות כדאמרי' בחולין דאלמלא עליא לא מתקיימו איתכליא אין בזה משום לאכלה ולא להפסד הואיל וגרמא הוא ואינם מפסידן ביד כדמוכח בירושלמי בפ"א הדין קינסתא דירקא מסקין לה לאגר' והיא יבש' מגרמ' כלומר שמאכל אדם הוא ואי אפשר להאכילה לבהמה אבל לאחר שיבש' ולא חזיא לאדם שרי ותו איתא בפרק תשיעי הפיגם והירבוזין וכו' ולא נמצא מאבד אוכלי בהמ' ומשני מאליהן הן אבודין ואותה ששנינו הדילועין שקיימן לזרע והוקשו לפני ר"ה ונפסלו מאוכל אדם מותר

לקיימן בשביעית ואם לאו אסור לקיימן בשביעי' שפי' הרמב"ם ז"ל דהואיל והם מאכל אדם אסור להפסידו להשהותם לזריע' דלאכלה אמר רחמנא ליתא מתוך הירושלמי שהבאתי וכבר חזר בו בחבורו וכתב הטעם דאסור לקיימן משום ספיחים וכן עיקר אע"פ שדרך לפשח הענבים כמות שהם ובהם העלין והפרי יכול הוא לומר לפועל נכרי הבא לי עלין ואם הוא מביא לו הענפים כמו' שהן שלא לטרוח מותר דקבלנות הוא דומ' לקבלן נכרי שעושה מלאכתו בשבת לעצמו הוא ומותר.

והריני חוזר על עיקר משנתינו ששנינו מאימתי אין קוצצין את האילן בשביעית ומפרשין טעמא בפרק מקום שנהגו משום דהוי הפסד ולאכלה אמר רחמנא וכו' דקשיא לו דאמרינן בירושלמי לעיל בהך פירקא רבי יוסי בר חנינא בעי פגין מהו לעשות מהם מלוגמא מאח' שהוא אוכל בהם פתו בשדה אסור או מאחר שאינו מכניסה לתוך הבית יהא מותר ומדבעי' לן בפגין משביחלו הו"ל אוכל עראי שהרי הוא אוכל בהם פתו בשדה אלמא קודם שביחלו פשיטא ליה שמותר לעשות מהם מלוגמא אף על פי שהוא מפסידן מאכילה ומסיק דהכל מודין בשביעית שאינם אוכל כלומר ושרי לעשותם מלוגמא אלמא כל שאינו עכשיו ראוי לאכילה לא קרינן ביה לאכל' ולא להפסד דקרא לא מיירי אלא כשהוא ראוי לאכיל' והא דאין אוכלין פגין קודם שביחלו דרשי' בספרי תאכלו את תבואתה אינה נאכלת עד שתעשה תבוא' אבל לצורך אחר כל שעדיין אינם ראוים לאכיל' מותר. ויש לתרץ דדוקא ליהנות בהם בדברים שדרכו ליהנות מותר דדרשי' בפ' מקום שנהגו והיתה שבת הארץ לכם לכל צרכיכם ולאו הפסד היא הואיל ועכשיו אינו ראוי אלא לנו כשהוא ראוי לאכיל' אין עושין ממנו שאר צרכים דאז הוי הפסד אבל כשאינו ראוי לאכיל' לא הוי הפסד הילכך לקוץ את האילן שאין דרך הנאתן בכך ולא מתהני כלל ממה שמוציא האילן בשביעית ולא מתכוין אלא לעצים בהא ודאי דאסור כל היכא דחניט הפרי. והשתא בנ"ד הואיל ועדיין לא נראו הפירות לאכיל' מותר לעשות מהם דברים שהם ראויים להם כגון לאכילת תולעים אלו ולא קרינן לאכיל' ולא להפסד הואיל ועדיין אינם ראויים לאכיל' ומכל מקום אין אנו צריכין לזה שאפי' שהיו ראוים לאכיל' כבר הוכחנו שהואיל ואינו מיוחד אלא לזה מתחילה ולא לפירות מותר ומנהגן של ישראל תור' הוא הואיל ומימות אבותינו הגדולים נוחי נפש לא נשמע מי שמיחה בדבר וזקני העיר הזאת העידו לו על אבא מארי ז"ל ששאלוהו על הדבר והתיר וממילא ממה שלא מחה בידם כמו שהיה מוח' בידם על כמה עניני שביעית ודאי שלא חשש בזה כאות' שאמרו בהקומץ בתלמידו של רבי עקיבא שהי' קושר תפילין בלשונות של ארגמן ולא אמרו לו דבר איפשר אותו צדיק ראה תלמידו ולא מיח' בו וכהא דאמרי'

בהניזקין ההוא אפוטרופא דהוה בשיבבותי' דריב"ל דהוי קמזבין ארעא וזבן תורי ולא אמר ליה ולא מידי סבר לה כרבי יוסי דתניא מימי לא קריתי לשורי שורי וכו' כלומר ממה שראינו שלא אמר ולא מידי למדנו שהוא מותר וסבר לה כרבי יוסי ותו בפרק קמא דע"ז בעי מיניה רשב"ל מרבי תנינא עטלוז' של עזה מהו אמר ליה לא הלכת לצור מימיך וראית ישראל ונכרי ששפתו שתי קדרו' על פי כיר' אחד ולא חשו להם חכמים משום בשר נבל' וכו' אלמא מייתי מדלא מיחו בהם חכמים אבל קשה מהא דפרק אלו מגלחין דמפנין כלי פשתן במועד בעי לאיתויי בר הדיא ראי' דשרי דלדידי' חזי ליה ימה דטברי' דמפקי לה משכלי דמאני דכיתנ' בחולא דמועדא ומתקיף לה אביי מאן לימא לן דברצון חכמים עבדי דילמא שלא ברצון חכמים עבדי ויש לומר שאני התם דמילתא דרבנן היא ומאחר שלא שמעו להם בראשונה לא חזרו ומיחו כאותה ששנינו במנחות פרק רבי ישמעאל אנשי יריחו היו קוצרין ברצון חכמים וגודשין שלא ברצון חכמים ולא מיחו בידם חכמים והכי תנן בסוף פרק מקום שנהגו על שלשה מיחו בידם ועל שלשה לא מיחו בידן אע"ג דאסירי אבל היכא דאיכא אסורא דאורייתא ודאי היו צריכים למחותו אי נמי שאני התם דנשים הוו אותן שהיו מכבסות דסתם כיבוס על ידי נשים הוא ולא היו שומעות לדברי חכמים ובנשים אפילו באיסורא דאורייתא אמרי' הנח להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין כדאשכחן בפרק יום הכפורים גבי תוספת עינוי וכמ"ש התוספות שם אבל הכא דאיסורא דאורייתא הוא ואנשים הוו אם איתא דאיכא איסורא היה להם לחכמים למחות וכבר הסכמנו ההלכה אל המעשה שלא יהיה בדבר ספק והנרא' לע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זל"הה.

סימן פד

לצידון שנת השס"ב.

שאלה פה צידון לעולם החזיקו בה שהיא חוצה לארץ מן הנחל הנקרא בערבי וואדי אלקסומיא ולהלן מהו לזרוע בה בשביעי' ועוד אם יש ישראלים שיש להם שדות בחברת עכו"ם וצמדי בקר אם הוא מותר שעכו"ם יזרעו לעצמן בשביעית יורינו מורינו את אשר יורוהו מן השמים.

תשובה איברא שצידון אינה מקדושת ארץ ישראל דגרסינן בעירובין פרק מי שהוציאוהו מעשה ברבי יוסי הכהן שהיה מטמא והולך אחר רבו לצידון ללמוד תורה ומייתי לה נמי בפרק ששי דשמחות. ועוד מדתנן בריש גיטין מעכו לצפון ועכו כצפון וכל שכן צידון דמרחקא טובא מעכו לצד צפון וכה"ג פרכינן התם בגמרא לענין בבל דאמרינן כא"י לגיטין היא והא תנן מעכו לצפון ועכו כצפון וכל שכן בבל דמרחקא טובא ומפרקינן

לבד מבבל פירוש בר מבבל דאיכא טעמא להיתרא דאע"ג דלאו א"י היא בקיאין לשמה הם ועוד איתא התם בפירקין היה מהלך מעכו לכזיב מימינו למזרח הדרך טמאה משום ארץ העמים ופטורה מן המעשר ומן השביעית עד שיודע לך שהיא חייבת משמאלו למערב הדרך טהורה משום ארץ העמים וחייבת במעשר ובשביעית עד שיודע לך שהיא פטורה ושיילינן עד היכן כזיב רבי ישמעאל בר יוסי אמר משום אביו עד לבלבו ומוקמינן לה דרצועה נפקא פרש"י לעולם עכו כצפון ריבועא דא"י היא אלא שרצועה קטנה יוצאה מעכו לצד צפון והיא מא"י. והריני מפרשה לפניכם כזיב זו בין עכו ובין צור היא מדאמרינן בפ' הדר מעשה ברבן גמליאל שהיה הולך מעכו לכזיב הגיעו לכזיב ובא אחד ושאל לו על נדרו אמר לזה שעמו כלום שתינו רביעית יין האיטלקי אמר לו הן אם כן יטייל אחרינו עד שייפיג ייניו טייל אחריהם ג' מילין עד שהגיעו לסולמה של צור הרי שכשהולכין מעכו לכזיב עדיין צור מכזיב ולהלן היא לצד צפון והא דאמרינן בפרק אין מעמידין מעשה בתלמידי ר' עקיבא שהיו הולכין לכזיב פגעו בהם לסטים אמרו להם להיכן אתם הולכים אמרו להם לעכו כיון שהגיעו לכזיב פרשו הת' באים היו מחוצה לארץ לא"י מן הצפון ופוגעים בכזיב תחילה ואחר בעכו אבל צור לצפונה של כזיב עומדת ועכו וצור על חוף הים הם יושבות אלא שעכו בדרום שהיא צפונה של ארץ ישראל וצור להלן בצפון וכי חשיב תנא עכו לגבול ארץ ישראל דתנן מעכו לצפון ועכו כצפון לענין ריבועא של ארץ ישראל קאמר שהריבוע כלה עד עכו אבל עוד יוצאה רצועה קטנה מעכו עד כזיב לצד הים משמאלו למערב הדרך שהיא ארץ ישראל והיינו דאמרינן רצועה נפקא פי' ולא חשיב לה תנא. ואיכא למידק דמדקתני מימינו למזרח הדרך טמאה משום ארץ העמים ופטורה וכו' עד שיודע לך שהיא חייבת משמע דאיפשר שיש מקומות עדיין במזרח הדרך שהם ארץ ישראל בר מההיא רצועה ואכתי תקשי היכי קתני מעכו לצפון ומשמע דכוליה צפון בר מההוא רצועה ח"ל. וי"ל דודאי אין שם אלא אותה רצועה למערב הדרך שהיא ארץ ישראל אלא דחיישי' שמא נשתנה הדרך ונכנס למערב ונשאר מקצת מאותה רצועה שהיא א"י למזרחה של דרך לכך אמרו בחזקת פטורה עד שיודע לך שנשתנה שם הדרך ובהכי ניחא לי האי לישנא דקתני במתני' כל שהחזיקו עולי בבל מא"י ועד כזיב דהיינו ארץ ישראל היינו עד כזיב אלא הכי קאמר כל שהחזיקו עולי בבל א"י ומריבועא של א"י עד כזיב דהיינו סוף הרצועה היוצאה מעכו לצפון לצד מערב. ובפרק ששי דשביעית תנן שלש ארצות לשביעית כל שהחזיקו עולי בבל מא"י ועד כזיב לא נאכל ולא נעבד וכל שהחזיקו עולי מצרים מכזיב ועד הנהר ועד אמנה נאכל אבל לא נעבד ותני' בתוספתא איזהו ארץ ישראל מנהר דרומה של כזיב ואולי יהיה זה הנהר

שאומרים העולם שהוא גבול א"י ושמו שגור בפי הכל ישראל ועכו"ם שקורין לו בערבי וואדי אל קאסומיאה ומשם מוכיח שהוא לשון חלוקה הארץ ומרגל' בפומייהו דאינשי שמהנהר ולפנים ארץ ישראל הוא ואני לא עמדתי על המקום לבחון את הדבר ונראה לי עוד ליישב הא דתנן מעכו לצפון דמשמע דמצפונה של עכו ולהלן אין עוד מא"י אע"ג דעד כזיב נפקא רצועה וכזיב לצפון קיימא דכניסת הים שבא"י במערבה קשותא היא כחצי גורן עגולה כדאמרינן בפ"ק דגיטין רואין כאילו חוט מתוח מטורי אמנון עד נחל מצרים וכל הנסין שבתוכה דינן כא"י ושיעור כניסת הים לתוך א"י עד עכו ועד יפו כמו שאמרו על אוקינוס עד פה תבא ולא תוסיף עד עכו ופה ישית עד יפו נמצא כי מעכו ולהלן הים מתקצר והיבשה מתפשטת למערב הילכך מעכו לצפון העולם כולו א"י כי הרצועה היוצאה לכזיב אינה כנגד צפון' של א"י אלא נמשכת למערב אבל כנגד כל צפונה של עכו כולה ח"ל מ"מ למדנו דמעכו לצפון ח"ל בר מההיא רצועה דנפקא מעכו לכזיב לצד מערב של דרך שהיא א"י כל שבמזרח הדרך עד צפון העול' ח"ל וצור וצידון בכלל לא חיישינן לשום מקום שם שיהא א"י וראיתי להרמב"ם ז"ל שכת' בפי"ג מה' מעשר והיא בירושל' החמרין שהביאו פירו' לצור חייבין בדמאי ואח"כ כתב הלוקח מבעלי אוצר בצור פטור מן הדמאי ואין אומ' שמא מפירות הארץ אצרו הלוקח מבעלי אוצר בצידון חייב בדמאי מפני שקרוב' היא יות' מצור שחזקתן שאוצרין מפירו' הארץ אבל הלוקח מן החמר' בצידון פטור ותימ' הוא דהא ודאי צור קרוב לעכו שהיא תחל' א"י מצד צפון יות' מצידון אם לא שנאמר שיש שם מקומות סמוך כגון רצועה דארץ ישראל דמקרבה לצידון יותר מצור והא בגמרא לא אמרו דרצועה נפקא ההיא דמעכו לכזיב לצד מערב אבל ברצועה של ארץ ישראל מעכו לצפון אין עוד ארץ ישראל והיא גופה דירוש' קשיא דקתני הלוקח מן החמרת בצור ומן המגורת בצידון חייב הא מן המגורת בצור ומן החמרת בצידון פטור ומ"ט החמירו בצור בחמרת טפי מן המגורת ובצידון איפכא דאם איתא דצידון מקרבה טפי לא"י כ"ש שהיה ראוי להחמיר בחמרת הבאה מחוץ שמא הביאוה מא"י שהיא קרובה לה ונראה דבחמרת חששו יותר בצור דמקרבה לא"י טפי ובכזיב אבל במגורת דהיינו שאוצרים לקיום ידעו חכמים שבצידון רוב האוצרים הם מפירות א"י לפי שהם מתקיימים יותר מפירות צידון אבל פירות צור מתקיימים יותר ורוב האוצרים מפירות הארץ הם אוצרים ואף על גב דבחמרת מחייבים דרובן מפירות ארץ ישראל הנך לפי שבאו מחוץ לעיר אבל בפירות שנמצאו בתוכה באוצרות אזלינן בתר רוב פירות שבתוך העיר ורובא דפיטורא נינהו ואמרי' כאן נמצאו וכאן היו והלשון מוכיח שנפל טעות סופר בס' הרמב"ם. וה"ג לא מפני שקרובה יותר מצור אלא בחזקתן

וכולי ומיהו בתוספתא מצינו דתניא איפכא מהירושלמי שהביא הרמב"ם ז"ל הלוקח מן החמרת בצור ומן המגורת בצידון פטור וגבי כזיב תניא ר"י אומר חמרת היורדת לכזיב חייב שחזקתה מן הגליל וחכמים אומרי' הרי היא בחזקתה עד שיודע לך מהיכן הוא וזה קשה דכזיב דמקרבה אמרי רבנן החמרת פטור כל שכן צור דמרחקה טפי ומדקתני מגורת בצידון פטור משמע הא חמרת חייב כדדייק בירו' דלא בעי למימר דנקט מגורת לפיטור וכל שכן חמרת.

מ"מ שמעינן דמעכו לצפון לצד מזרחה של דרך כזיב אין שם ארץ ישראל ורצועה נפקא מעכו לכזיב למערב הדרך לצד הים שהיא ארץ ישראל עד כזיב ומשם והלאה הכל חוצה לארץ הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פה

שנת השס"ב.

שאלה ראיתי ונתון אל לבי על מה שנהגו העולם בענין הפרשת המעשרות שמוציאין כל שהוא תרומ' גדולה קוראים שם למעשר ראשון ומפרישים ממנו תרומת מעשר ומחזיקין במעשר ראשון לעצמן ואחר כך מפרישין מעשר אחר ואומרים אם שנת מעשר שני היא הרי הם מ"ש ומחוללי' על שוה פרוט' ואם שנת מ"ע היא הרי הם מ"ע והרי נכסי מופקרים וזוכה במעשר עני מדין עני. ובזה המנהג נוהגים בין כשהפירות לקוחים מן הגוי ונגמרה מלאכתו ביד ישראל בין כשהפירו' הן של ישראל שגדלו בקרקע ישראל ומנהג של בורות הוא זה אם במה שמתנים אם שנת מעשר שני או שנת מעשר עני וכי כלום יש לנו ספק בשנת המעשר הרי הלכה מוחזקת ביד כל ישראל בשנת השמטה כדעת הרמב"ם ז"ל ואין לפקפק בה כלל ושמא הלכה מקופחת היא זו שהראשוני' הנהיגו שאם היה שנת מעשר שני יאמר כך וכך ואם היה שנת מעשר עני יאמר כך וכך כאותה ששנינו בפרק שני שעירי יביא זוג אחר ויגריל עליו בתחילה ויאמר אם של שם מת זה שעלה עליו הגורל לה' יתקיים תחתיו ואם של עזאזל מת וכולי ולא שהוא מסופק מי הוא שמת אלא הכי מתפרשה אם של שם מת יאמר וכולי ושמע השומע וטעה והוא מתנה בשנים ואין כאן מקום לתנאי ועוד עניינם משתבש ואין להם טעם ואם הם צריכים להפקיר נכסים לפטור עצמן ממעשר עני היאך מתירין לעצמן להחזיק במעשר ראשון שהוא ללוי ולכהן ויש בו משום גזל השבט ומרגלא בפי ההמון שאומרים לכהן הבא ראיה שאתה כהן וטול וכן ללוי וזה טעות שהכהן והלוי בחזקתן הן עומדי' כדאמרי' בפרק שני דכתובות גדולה חזקה שנאמר ומבני הכהנים בני אביה בני הקוץ וכולי ויאמר התרשתא להם אשר לא יאכל מקדשי הקדשים עד עמוד כהן לאורים ותומים אמר להם

הרי אתם בחזקתכם דמה הייתם אוכלים בגולה בקדשי גבול אף כאן בקדשי הגבול ועוד תניא התם חזק' לכהונה נשיאות כפים וחילוק גרנות בא"י ובסוריא וכולי ואוקימנא מאי חזקה לכהונ' לחלה דמסקינן מנשיאות כפים ומתרומה דרבנן לחלה דאורייתא דמוקמינן ליה אחזקתיה ואם לחלה דאורייתא שהיא בעון מיתה סמכינן אחזקתיה שהוא בחזקת כהן שנושא את כפיו כל שכן לענין מעשרותיו שראוי ליתן שאנו מחוייבין ליתנם משום גזל השבט ואף על פי שהרמב"ם ז"ל פסק בפרק עשרים מהלכות איסורי ביאה דלא מסקינן אלא לתרומה דרבנן משמע דלתרומה דאורייתא לא היינו לפי שהוא ז"ל פוסק כמאן דאמר תרומה וחלה בזמן הזה דרבנן אבל הוא הדין דלמאן דאמר אין מעלין מתרומה ליוחסין אפי' תימא דתרומה וחלה בזמן הזה דאורייתא היו אוכלין בחזקה אלא שגם בזה פוסק הרב ז"ל כמאן דאמר מעלין מתרומה וחלה דאורייתא ליוחסין לכך כתב שלא היו אוכלין אלא בתרומה דרבנן אבל בתרומה דאורייתא אם היתה בזמן הזה מן התורה לא היו אוכלין ולא משום חשש ספק אלא כדי שלא יעלו ממנה ליוחסין דמעלה גדולה עשו בהם שיהיה צריך בדיקה גדולה שיהא בהן מיוחס ראוי לגבי מזבח ותו בפרק עשרה יוחסין אמרינן זו דברי רבי מאיר אבל חכמים אומרים כל המשפחות בחזקת כשרות הם עומדות ותנן בסוף עדיות אין אליהו בא לא לקרב ולא לרחק אלא להשוות את המחלוקת כלומ' שכל המשפחות בחזקתן הן עומדות והכהן והלוי בחזקתו הוא עומד. ותימא על עצמם היאך הם נותנים חמש סלעים לכהן בפדיון הבן והיאך נותנים המתנות הזרוע והלחיים והקבה לכהן ואין אנו מצריכין אותו להביא ראיה על יחוסו אלא הך מילתא בורכא היא.

וגם בדבר ההפקר רע עלי המעשה חדא דהא קי"ל בסוף פרק אין בין המודר הפקר בפני שלשה ואסיק ריב"ל דבר תורה אפילו באחד הוי הפקר ומה טעם אמרו בשלשה כדי שיהי' אחד זוכה ושנים מעידים הרי שחכמים אמרו שכל הפקר שאינו בפני שלשה אינו הפקר וכל עצמן לא אמרו כן אלא מפני הרמאים שלא יערימו בענין זה שהן מפקיעין לצורך שום דבר וחוזרים וזוכים בו וגבי פירות שביעית לענין הביעור אמרינן בירושלמי חמי לך תלת רחמין ואפקר קמיהון ובפרק בתרא דנדרים אמתני' דכהנים ולוים נהנים לי מייתי מתניתין דרבי אליעזר אומר אין אדם צריך לקרא שם למעשר עני של דמאי וחכמים אומרים וכולי ומוקי אביי פלוגתייהו דרבי אליעזר סבר לא נחשדו עמי הארץ על מעשר עני כיון דאילו מפקר נכסי והוי עני ושקיל ליה איהו לית ליה פסידא ורבנן סברי נכסי לא מפקר איניש דמרתת דילמ' זכי בהו איניש אחרינא והיינו טעמא משום דבעינן שיהא ההפקר בפני שלשה ואפילו מן התורה מכל מקום בעינן בפני אחד לכל

הפחות כדמוכח בנדרים דבר תורה אפילו בפני אחד אבל בינו לבין עצמו אפילו מן התורה לא הוי הפקר כלל וכן הסכימו רבוותא אלא שמדברי רבינו שמשון ז"ל בשלהי פ"ק דשבת גבי גיגית שפוד נר וקדירה אפקורי מפקר להו משמע מדבריו אפילו בינו לבין עצמו הוי הפקר שכתב שאם השאיל בהמתו לגוי ולא החזירה קודם לשבת יכול להפקירה בינו לבין עצמו וכבר תמה עליו הרא"ש ז"ל שם בנדרים ונראה בעיני שאף רבינו שמשון ז"ל לא אמרה אלא התם דמידע ידיע דמפקר כדי שלא יבא לידי איסור שביתת בהמתו והוי כהפקר בפני הכל ויכול כל אדם לקדם ולזכות בה וכי האי גוונא מוכח מדברי התוספות גבי גיגית נר שכתבו ואף על גב דאמרינן בנדרים דבעינן הפקר בפני שלשה הכא לא בעינן דמסתמא מפקיר להו עד כאן למדנו דבינו לבין עצמו לכולי עלמא אפי' מן התורה לא הוי הפקר ומיהו אם היה מפקיר כדין בפני שלשה הוה מהני ליה לזכות במעשרות כדאמרינן התם אי בעי מפקר נכסיה ולא דמי להא דתנן בפרק ראשון דדמאי המקבל שדה לקצור אסור בלקט שכחה ופיאה ותנן שנים שלקחו שדה בשותפות זה נותן לזה חלקו מעשר עני וזה נותן לזה חלקו מעשר עני דדרשינן להזהיר עני על שלו דשאני הכא דבשע' שהפריש המעשרות עשיר היה וכשחוזר ומפקיר נכסיו פנים חדשות באו כאן דהגע עצמך שבעל הבית הפריש מעשר עני ושוב ירד מנכסיו והעני מי יהא אסור לזכות בו הא לא שייך בהא אזהרה לעני ותדע דרבי אליעזר גופיה דאמר אי בעי מפקר נכסי' וזכי בהן לדידיה גופיה אמרינן בפרק קמא דגיטין דדריש לא תלקט לעני אזהרה לעני על שלו אלמא אי מפקר נכסיה אינו בכלל אזהרה זו. ותו דלא אהניא ליה רמאה ברמאותיה במה שמפקירים וחוזרים וזוכין בו לאלתר וכבר קדמוהו רבנן שאמרו המפקיר את שדהו כל שלשה ימים יכול לחזור בו מכאן ואילך אינו יכול לחזור בו ומפרש התם בנדרים מפני הרמאים דמפקירים והדרי בהון פי' רש"י דבעו לאפוקי שדותיהם מן התרומה ומן המעשרו' ואי אמרת דלאלתר הוי הפקר ופטור מן המעשרות הדרי ומחזוקי בהו ולהכי עד שלשה ימים לא הוי הפקר והשתא ממנעי ולא מפקרי שיראו שיתפרסם הדבר לאחר שלשה ויזכו בנכסיו בני אדם וההיא דתני' המפקיר כרמו ולמחר השכים ובצרו חייב בפרט ובעוללות ובשכחה ובפאה ופטור מן המעשר ומפרש לה התם אליבא דעולא דקיימא סוגיא כוותיה דמדאורייתא קאמר דפטור מן המעשר אבל מדרבנן חייב דלא הוי הפקר עד שלשה ימים ומפני הרמאי' והכי מוכח התם מדברי המפרשים רש"י והתוספת והר"ן ז"ל והרא"ש ז"ל שפירש כלישנא קמא שאם חזר וזכה בתורת זכיה פטור מן המעשרות כבר חזר בו בסוף הסוגיא וע"ש ומדברי הרמב"ם ז"ל בפרק שני דנדרים משמע דקאי בשיטת המפרשים כדכתב הרב בעל כסף משנה שם

אלא שצ"ע בההיא ברייתא דהמפקיר כרמו הביא הרב ז"ל בפרק חמישי מהלכות מתנות עניים בסתמא ולא פירש דפטור מדאורייתא וחייב מדרבנן כמו שפירשה התלמוד שם בנדרים וצ"ע.

ואם היו מפקירין כדין באפי תלתא מרחמין ואפילו בניו ואשתו ולאחר שלשה ימים זו רעה היא לגביהו שכמה בני אדם יש להם נכסים אצל אחרים וחובות אצל בני אדם וכשהו' מפקיר נכסיו לאחר שלשה ימים אינו יכול לחזור בו וזכה בהם הנפקד או הלוה דקי"ל בס"פ השואל את הפרה דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו והיינו דתנן בפרק המוכר את הבית דזבל של בעל הבית דאוקימנא לה בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא קמו בה שאפי' קדם השוכר והגביהן לא זכה בהן דחצרו של משכיר קנתה לו שלא מדעתו ובפרק הפרה אפסקא דהיתה שפחה ונשתחררה ואמרינן משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בה זה כנגד מעותיו וזה קנה את השאר ופרכינן ואמאי תיקני ליה חצרו כדרבי יוסי בר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אמרי הכא ב"ע דליתי' ומסיק והלכתא דליתיה בחצר לא קנה ופרש"י ז"ל דאמשכון קאי דליתיה למשכון בחצר דאי איתיה אף על פי שאינו עומד בצד שדהו. ור"י ז"ל פירש דליתיה לבעל הבית בחצר ומיירי בחצר שאינה משתמרת דלא קנה אלא אם כן עומד בצד שדהו ומדברי שניהם נלמוד דבחצר המשתמרת אפילו אינו עומד בצד שדהו קנה לו חצרו אפילו שלא לדעתו וכשזה מפקיר נכסיו תיכף זכה בהם הנפקד או הלוה ואם חוזר זה ולוקחם ממנו גזל הוא בידו אם לא שיודיעם ויתנום לו בתורת מתנה נמצא שסבורין להשכיר דבר מועט ומפסידין הרבה וחשבו לתקן וקלקלו.

ואותם שקוראים שם למעשר א' לבד ומפרישין ממנו תרומת מעשר חוששני להם מעון שבמיתה דהו"ל תורם את שאינו שלו שהמעשר הזה משקרא לו שם שוב אינו שלו אלא של לוי הוא ואינו רשאי לתרום עד שיגיע לידו של לוי והוא יתרום או מי שיתן לו רשות דאמרינן בסוף פרק כל הגט אההיא דתניא ישראל שאמר ללוי כור מעשר לך ביד אבא אין חוששין לתרומת מעשר שבו דכיון דקיץ תקוניה תקניה ב"ה ופרכי' וכי יש לו רשות לב"ה לתרום תרומת מעשר ומשני אין אבא אלעזר בן גומל היא דתניא אבא אלעזר בן גומל או' ונחשב לכם תרומתכם בשתי תרומות הכתוב מדבר א' תרומה גדולה וא' תרומת מעשר כשם שתרומה גדולה נטלת באומד כך תרומת מעשר וכולי וכשם שיש לו רשות לבעל הבית לתרו' תרומ' גדולה כך יש לו רשות לתרום תרומת מעשר. ורבנן פליגי עליה ולית להו הך היקשא דמקיש תרומת מעשר לתרומה גדולה וכרבנן קי"ל דתרומת מעשר אינה נטלת באומד דתנן בפ"ד דתרומות המונה משובח והמודד משובח הימנו והשוקל

משובח משלשתן ובפרק קמא דתרומות אמתניתין דאין תורמין לא במדה ולא במשקל רמי מתניתין אהדדי ומשני כאן בתרומה גדולה כאן בתרומ' מעשר ותני כן אבא אלעזר בן גומל אומ' מנין שאין תורמין לא במדה ולא במשקל ת"ל ונחשב לכם תרומתכם כו' אלמא רבנן פליגי עליה ומתני' רבנן היא והא דתנן בפ"ה דדמאי הרוצה להפריש תרומה ותרומ' מעשר כאחת וכו' הקשה רבינו שמשון ז"ל וא"ת היאך ישראל מפריש תרומת מעשר והלא מעשר ראשון דלוי הוא ועליו להפריש ומשני דילמא אבא אלעזר בן גומל היא כלו' ויחידאה היא ולי נר' להעמידה בכהן ולוי התורמים שגם הם צריכים להרים להוציאן מידי טבלם כדמוכח בפ' בכל מערבין שהכהנים מערבין בחלה ובתרומה אבל לא בטבל ומעשר ראשון שלא נטלה תרומתו אלמא לא חזיא להו ובספרי דריש לה מכן תרימו גם אתם לרבות את הכהנים ואת הלוים שלא יאכלו פירותיהן בטבלם ושוב מצאתי בירושל' שם עד כדון כהן לוי וישראל אין ימר תרומת מעשר נמצא מפריש על דבר שאינו שלו וה"פ עד כדון כלו' מתניתין בכהן ולוי אבל ישראל אם יאמר תרומת מעשר נמצא מפריש על דבר שאינו שלו.

אלא כך הוא עיקרו של דבר בפירות של ישראל הגדלים בקרקע שלו מפריש תרומה גדולה תחלה ושיעור שנתנו חכמים היפה א' ממ' ובבינונית אחד מחמשים ועין רעה א' מששים ואסמכוה אקרא דיחזקאל דוששיתם את האפה כדאמרינן בירושלמי פ"ד דתרומות ותנן תרם ועלה בידו מששים ואחד תרומה ויחזור ויתרום וכולי ומה שנהגו העולם עכשיו להפריש תרומה גדולה כל שהוא כשמואל דאמר חטה אחד פוטרת את הכרי זהו לפי שהיא תרומה טמאה והולכת לאיבוד ואין אנו נותנים אותה לכהן מוקמינן לה אדאורייתא ואפילו גבי חלה דחזיא לכהן להסיקה תחת תבשילו אין אנו מפרישין אלא כל שהוא מזה הטעם דכהנים אסחוי מסחי דעתייהו מינה דלא חשיבא עלייהו להסיקה תחת תבשילם וכן בתרומת יין אע"ג דחזיא לכהן לזילוף אין זילוף עכשיו נהוג אצלנו ולא קפדי כהני בהכי אבל בתרומת שמן נראה בעיני שאין טעם לפטור עצמינו משיעור תרומה כדי לקיים מצות נתינה לכהן דודאי חזיא ליה להדלקת הנר וחשובה עליה דסתם שמן להדלקה קאי וקפיד עלה ואח"כ מפריש מעשר ראשון ונותנו ללוי או לכהן השתא דקנסינהו עזרא כדאמרינן בפרק אלו נערות ומצוה מן המובחר ליתנו ללוי או לכהן חבר דכתיב למען יחזקו בתורת ה' והלוי יפריש ממנו מעשר מן המעשר ונותנו לכהן וטובת הנאה של הלוי הוא דכתיב כי תקחו מאת בני ישראל את המעשר וכו' ונתן לכהן מעשר מן המעשר וכעובד' דר"ג וזקנים דמייתי בפרק קמא דמציעא דאמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו אמר ר' יהושע

עישור שאני עתיד למוד נתון לאלעזר בן עזריה ומקומו מושכר לו ואם שנת מעשר שני הוא מחללו על שוה פרוטה ואוכלו ואם שנת מעשר עני הוא חייב לקיים מצות נתינה לעני ואם רוצה להפטר ממנו בתורת הפקר צריך להפקיר כל נכסיו הפקר גמור בפני שלשה וצריך להזהר שלא יהא לו מלוה או פקדון ביד אחרים. ואם פירות אלו הם שגדל בקרקע הגוי ונגמרו מלאכתן ע"י ישראל כבר מפורש דינם בפ"ק דבכורות והביאו הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות תרומות שמפריש תרומה גדולה ונותנה לכהן ותרומת מעש' ומוכרה לכהן ומעשר ראשון שהוא שלו דא"ל אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה וה"ה במעש' עני שהוא פטור מזה הטעם. ויש לי בזה מקום עיון בהא דפרכינן בבכורות ממתניתין דהמפקיד אצל הנכרי ואצל הכותי וכו' טעמא דמספקא לן אי חלפינהו הא ודאי חלפינהו דכ"ע בעי מתבינהו לכהן והא אמרינן הלוקח טבלים ממורחים וכו' ומשני דילמא כאן בתרומה גדולה כאן בתרומת מעשר ומייתי מנין ללוקח טבלים ממורחים מן הגוי שהוא פטור מתרומת מעשר שנאמר ואל הלוים תדבר וכו' כי תקחו מאת בני ישראל טבלים שאתה לוקח מישראל אתה מפריש מהם תרומת מעשר ונותנה לכהן טבלים שאתה לוקח מן הגוי אי אתה מפריש מהם תרומת מעשר ונותנה לכהן אלמא משמ' דלא אמרי' הכי אלא בתרומת מעשר הא בתר"ג נותנה לכהן ואמאי נימא אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה ויקח תרומה גדולה לעצמו וימכרנה לכהנים בדמי תרומה ועוד אי מקרא הא לא ממעט אלא תרומת מעשר דהכי משמע כי תקחו מאת בני ישראל והרמותם וכו' והכי תניא טבלים שאתה לוקח מישראל אתה מפריש מהם תרומת מעשר אם כן מעשר ראשון מנ"ל דמפטר והיכי קאמר מעשרן והן שלו וע"כ לומר מסברא דאתינ' מכח גברא וכולי אם כן למה לן קרא לפטור מתרומת מעשר. וסבור הייתי לומר דלא אצטריך דרשא דכי תקחו לאפטורי מתרומת מעשר דמסברא דאתינא וכו' מפטר וע"כ לא אתא אלא לחייבו בתרומה גדולה דמדאצטריך קרא לפטור בתרומת מעשר אלמא בתרומה גדולה חייב ולא מפטר מתוך אותה סברא דאתינא מכח גברא וכו' אלא שאין לשון הגמ' מוכיח כן וגם דברי הרמב"ם ז"ל קש' להולמן לפי זה שכתב תחילה מפני שהוא אומר לכהן בתרומת מעשר אני באתי מכח איש וכו' ואח"כ כתב מפני מה לא יתן תרומת מעשר לכהן לפי שנא' כי תקחו מאת בני ישראל וכו'. ועוד קשיא לי דבפ' יש בכור לנחלה אתמר כהן שמת והניח בן חלל ומת האב בתוך שלשים יום הוה ס"ל לרבה בר רב הונא דאין הבן חייב לפדות את עצמו דאמר ליה לכהן אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה ומסיק משמיה דרשב"ל כהן שמת והניח בן חלל בתוך שלשים יום הבן חייב לפדות את עצמו מפני שלא זכה אביו מפדיונו לאחר

ל' יום פטור מפני שזכה האב בפדיונו אלמא לא חיישינן לטעמא דאתינ' מכח גברא דלא מצית וכו' ותו בסוף האיש מקדש אהא דאמר עולא טובת הנאה אינה ממון מותבינן ליה ממתניתין דתנן המקדש בתרומות ובמעשרות וכו' הרי זה מקודש אפילו הוא ישראל ומפרש מתניתין בישראל שנפלו טבלי' מבית אבי אמו כהן וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין ובתר הכי בעי לאוקומה בפלוגת' דתנאי אי כמי שהורמו דמיין או לא והשת' אפילו תימא כמי שלא הורמו לפטר מטעם דאתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה דהא גבי לקוח מן הגוי דלא שייך למימר כמי שהורמו דמיין דגוי ליתיה בתורת הרמה ומ"מ מפטר מהך טעמא ועוד בפרק ראשית הגז אייתינן ממתני' דתנן הלוקח גז צאנו של נכרי פטור הא צאנו לגזוז חייב ולפטר מטעמ' דאתינ' מכח וכו' וכי תימא שאני הכא שהצאן עכשיו הם בני חיובא שהם עתה של ישראל אף כאן כיון דאין קנין לגוי בארץ ישראל להפקיע מידי מעשר נמצא שקרקע של ישראל הוא. לכך נראה דלא מהני לן הך טעמא אלא הכא גבי מעשר ובלקוח מן הגוי דמן התורה כל לוקח פטור מן המעשרות דדרשי' בפרק השוכר את הפועלים תבואת זרעך ולא לוקח ואפילו בלוקח מישראל כדכת' התוס' שם ורבנן הוא דחייבו ללוקח לפי שנמצאו המעשרות מופקעים כדאמרינן מפני מה חרבו חנויות של בית הונו שלשה שנים קודם ירושלים מפני שהעמידו דבריהם על דין תורה שהיו אומרים ואכלת ולא מוכר תבואת זרעך ולא לוקח נמצאו העני' והלוים קרחי' בין מוכרים וקוני' לכך חייבום במעשרות מדבריהם הילכך בלוקח מן הגוי אין טעם לחייב את הלוקח הואיל והוא פטור מדין תורה וגם לא הפסיד את הלוים כלום דאמר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה דגוי לאו בר חיובא הוא ולפי זה בתרומ' ותרומת מעשר יש בדין לחייבם מן התור' שלא פטרה תורה לוקח אלא ממעשרות אבל לא מתרומה ותרומת מעשר דקרא במעשרות איירי דכתיב עשר תעשר את כל תבואת זרעך אלא שבתרומ' מעשר אשכחן טעמא לפוטרו דכתיב ואל הלוים תדבר ואמרת אליהם כי תקחו מאת בני ישראל וההיא דרשא אתיא לפטו' את הלוי כשלקח מעשר מיד הגוי שהפרי' ונתן לו דהו"א הרי הוא כטבל אצלו דאין קנין לגוי בארץ ישראל להפקיע מידי מעשר ולקחן קודם מירוח כדכתב התוספות ואע"פ כן פטרה תורה את הלוי שלא יתן ממנו תרומת מעשר לכהן דכתיב כי תקחו מאת בני ישראל והשתא ודאי מסברא גם ישראל הלוקח טבלים מן הגוי גם הוא פוטרה מתרומת מעשר דלא גרע מלוי עצמו שלקח המעשר מן העכו"ם ואף ישראל זה שזוכה במעשר הלוי מטעמא דאתינא מכח גברא וכולי כמו שפטרתו תורה ללוקח מסתברא שכל זכותו של לוי יש לו אבל בתרומה גדול' אין טעם לפטרו כלל כיון דמדאורייתא

אף לוקח חייב ומשום דלוקח מן הגוי לא הופקע דינו הנראה לעניות דעתי כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פו

לדמשק.

שאלה יורינו מורינו בעיר אחת יש חכמים משתי קהלות וכלן מלשון א' והחכם הא' מטפל ועוסק בדיני גיטין וקדושין אפילו לאותה הקהל' שאינו שלו מיום היותו עד היום הזה ואין מי שימחה בידו ועתה אירע קטטה בין השני החכמים ואמר החכם שאינו מורגל כ"כ לתת גט להחכם המורגל למה אתה כותב במלת בנפשייכי בשני יודין שלא כמנהג ארץ ישראל והשיב לו החכם המורגל ונתן טעם לדבריו א' מפני שכך קבלה מרבו וכך נהג מיום היותו עד היום הזה והטעם האחר שכך נוהגים במצרים ובמקומות אחרים אז השיב החכם האחר כל הגיטין שנתת מיום היותך עד היום הזה הם פסולים אמר החכם המורגל אין ראוי אליך לדבר דברי' כאלה ולמה תבלע את נחלת ה' עתה מורינו יורינו הדין עם מי ושכרו כפול.

תשובה לא טוב עשה בתוך עמיו החכם ההוא לומר כל הגיטין שנתת פסולים הם ומבלי השגח' אמר כן דאטו הלכ' היא מנהג נהגו כדאמרי' בפרק הדר ובקצת מקומות הוא שנהגו לכתוב בנפשכי בלא יו"ד ונתנו הראשונים טעם לדבריהם דהוה משמע שיש לאדם שתי נפשות וטעמא קלישתא הוא דמדחי בגילתא דחיטתא ומאי נפקא לן מינה לענין הגט שכל אותם הדקדוקים שהוזכרו בגמ' בפ' המגרש לא לכתוב ודין וכו' דוקא היכא דאיכא משמעות שסותר ענין הגירושין ואף בזו כתבו גדולי המפרשים נוחי נפש דליתנהו אלא היכא דכתיב ליה בעל גופי' והדר אתי ומערער אבל היכא דאמר בעל לסופר כתוב גט כשר ושנה בכל אותם הדקדוקים הנז' בגמ' לית לן בה וכ"ש בהך מילתא דלית בה בית מיחוש והחכם הרגיל יפה היה עוש' לכתוב כן לכתחיל' מאחר שנהגו כן באותו מקום לכתוב בשני יודין כמו שכתב המרדכי והכלבו ז"ל וכן פשט המנהג כמו שכתב מהרי"ק ז"ל ולא היה יכול לשנות חדא דלדברי המרדכי והכלבו משמע דהקפד' היא לכתוב כן לכתחל' מדקאמר ויש שאין מקפידין ועוד אפילו אם היה מותר לבעל לכתוב כן לכתחילה בלא יו"ד ותימא ניזל לחומרא לא לריך דאמרי' בפרק קמא דגיטין בר הדיא בעא לאיתויי גיטא אתא לקמי' דרבי אמי דהוה ממונ' אגיטי אמר ליה צריך אתה לעמוד על כל אות ואות אתא לקמיה דרבי אסי אמרו ליה לא צריכת וכי תימא אעביד לחומרא נמצא אתה מוציא לעז על גיטין הראשונים ויש לעמוד אהא דבפרק המגרש אמרינן אתקין רבא בגיטין מן יומא דנן לאפוקי מדרבי יוסי דאמר זמנו של שטר

מוכיח עליו ולעלם לאפוקי מדבעא מיניה רבא מרב נחמן ופרש"י אע"ג דקי"ל הלכה כרבי יוסי מ"מ תיקן כך כדי שיהא בהיתר גמור ומאי שנא מהא דאמרי' נמצא מוציא לעז על גיטין הראשונות נר' לדחות דכיון דאיתא מאן דס"ל הכי דיש בדבר פיסול איכא למיחש שמא איכא בי דינא דס"ל כדרבנן דרבי יוסי ויראו לעגנה או שמא יבא ב"ד אחר ויסמוך על דברי הפוסל כהא דאמרינן בפ"ק דעדיות ולמה מזכירין דברי היחיד בין במרובין לבטלן שאם יראה הב"ד דברי היחיד ויסמוך עליו וכו' הילכך באיסור ערוה יפה לכתוב בהכשר אליבא דכ"ע אבל היכא דאין חשש פיסול כגון ההיא דצריך לעמוד על כל אותו אות דליכ' מאן דסבר דאם לא עמד פסול דהא אין לשנות ועוד נראה לומר דדוקא כשרואים העם מעשה איכא הוצאת לעז כגון שרואים שהשליח עומד על כל אות ואות או שרואים שהם מרוצים ליבם ואינם מניחים אותם מוציאין לעז על אות' שיבמו אבל מה שכותבים בטופסי גיטין אינו מפורסם לעלמא שהרי רואים כמה לשונו' כפולים ואומרים לשופרא דמילתא וכה"ג אמרינן עדות לב"ד מסורה עריות לכל מסורה ע"ש ועוד ראיתי בת"ה בתשובת רצ"ב שחילק בע"א ע"ש ולענין פלוגתא שנחלקו באומר מאיס עלי כתב הרא"ש בתשובה סי' ו' מכלל מ"ג שלא נכוף פן נכניס ראשינו בין הרים גדולים ועל להבא אני כותב אבל לשעבר אם סמכו על דברי רבי' משה מה שעשו עשוי עד כאן ולא חש שמא יוציאו לעז על הראשונים שהיו על ידי כפייה ולא נמנע מלתקן בשביל זה וקשה מהא דאמרינן בסוף פרק קמא דיבמות גבי צרות דבית שמאי מתירין אותן לאחי' אמרו בואו ונתקן לצרות שיהיו חולצות ולא מתיבמות אמר רשב"ג אם כן מה נעשה לצרות הראשונות מעתה אלמא משום לעז הראשונות שבקי' מלמעבד תיקון לאחרונות ויש לתרץ דרשב"ג דחויי קמדחי ליה שלא יתקן בכה"ג שהוא היה יודע שהלכה כב"ה ואם באת לתקן לא תקנת לראשונות שיוציאו לעז על בניהם הילכ' מוטב לנהוג כב"ה כדאמרינן כב"ה בחומריהון ובקוליהון ואף על פי שעדיין לא יצאת בת קול מדקאמר בואו ונתקן מ"מ רשב"ג מודה דקים ליה דהכי הוא הלכה והריב"ש ז"ל בתשובה סימן שי"ד כתב בכמה דקדוקים שיש מקומות שנהגו כך ויש מקומות שנהגו בע"א אין לשנות בזה מנהג המקומות שלא להוציא לעז על גיטין הראשונים ולא על החכם המסדר יש לי לכעוס דשפי' עבד אלא על החכם המלגלג אני כועס דמגמר נמי אגמורי ולא עוד אלא שחטא בשפתיו לומר בפני קהל ועדה שכל הגיטין שנתן שהם פסולים שרי ליה מרי' ואם בתום לבב אמר כן נתן שגגתו לכפרה וה' הטוב יכפר בעדו ועיין במהריב"ל חלק ג' סימן ט' על ביטול המנהג כתב שיש לחוש לכבודן של ראשוני' הנראה לעניות דעתי כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זל"הה.

סימן פז

שאלה מחיצה גבוה עשויה מאריח חצי לבנה בין צפון לדרום המפסקת בין שתי החצרות חצר של צד מערב וחצר בית הכנסת ובית הכנסת במערב החצר וחצר ראובן לצד מזרח המחיצ' הנז' ובהמשך הזמן בנו בני הבית הכנסת בית קטנה אצל המחיצה הזאת אשר הבית הנ"ז גובהו היה מגיע עד חצי המחיצה הזאת וקרויו היה מצפון לדרום. גם בנו בצד המחיצה הנז' סולם אבנים לעלות על גג הבית הנז' ומשם לגג בית הכנסת ומשם לעליה א' הבנויה על חצי בית הכנסת לצד מערב ובהמשך הזמן הכניסו בני הבית הכנסת הבית הקטנ' הזאת בתוך הבית הכנסת והמחיצה הנז' היתה מעמודים גבוהים ובנוי בין עמוד לעמוד כחצי לבינה ולמעלה במקום שלא יש בו היזק ראיה היה פרוץ בין עמוד לעמוד אשר יש במדינה ההיא כמה מחיצות עשויות על דרך זה. ומי יודע אם מרוב הימים נפלו הלבנים ונפרץ למעלה בין עמוד לעמוד וכי לא היה בפרצה לא היזק ראיה ולא תועלת לא שתו אליה לב. ועתה בני הבית הכנסת הגביהו הב"ה שיעור הבית והעלי' שיגיע התקרה עד ראשי העמודים והרחיבו הב"ה עד שנמצא עתה הפרוץ שבין עמוד לעמוד חלונות המשמשים אורה לב"ה ובני חצר ראובן מעכבים עליהם ומתרעמי' כי עתה שהחלונות משמשים אורה לב"ה מפסידים להם בחצר' אם ירצו לבנות אצל המחיצה שצריך הרחקת ארבע אמות כדין. עוד מתרעמים כי בנו ביד חזקה בצד המחיצה הנזכר עליה אחד ועשו אותה ב"ה של נשים מגעת עד החלונות הללו אשר הנשים הבאות להתפלל מסתכלות בחצר ראובן ויש בו היזק ראיה ומלבד זה פרצה קורא לגנב אשר יוכל בנקל לרדת דרך החלונות לתוך חצר ראובן. גם טוענ' בני חצר ראובן כי למטה במחיצה הנז' היו שתי חלונות קטנים אשר ראשו של אדם נכנס בו והילדים ההולכים לבית הספר יוצאים ונכנסים בו ומה גם כשיש איזה מת בחצר ראובן מוציאין אותו דרך שם ופורצים במקום אלו שני החלונות כדי להוציאו ואח"כ חוזרים ובונים ומניחים שיעור שני חלונות הנזכר ובזה החזיקו מימי אבותם ואין פוצה פה ומצפצף. ועתה מהרחבה הזאת של ב"ה באים לסתום ולבטל זכותם. גם אנשי בית הכנסת רוצים לפתוח חלונות לצד דרום של ב"ה אשר גם שם נמשך חצר ראובן הנז"ל והחלונות הללו בהוה יבאו על גג אחד מבתי בני חצר ראובן הנז' ואין בהם היזק ראיה אמנם מעכבים על ידם כי היום או למחר ירצה להגביה גג ביתם או לבנות עליה על גבה גם יורנו רבותי' אם אחד מבני חצר ראובן מוותר ומוחל חלקו ושאר בני החצר מעכבים על ידו מה דינו. ומה גם כי יש בהם יתום קטן שיש לו חלק בחצר אי מחילת הגדולים הויא מחילה או לא. גם יורנו רבותינו אם בני חצר ראובן כולם או קצתם אוסרים הנאת תשמישם לבני הכנסת אם יכולין בני הכנסת

לזון עיניהם מפתיחת החלונות או לא גם יורנו אם הדין יחייב סתימת החלונות ואנשי ב"ה יחזיקו במעוזם אם עוברים בכל יום על לאו דלא תסיג גם יורונו רבותי' אם חכם אחד מחכמי העיר נידה לאחד מעם הארץ שהתריז כנגדו וזלזל בכבודו אם חייבים שאר חכמי העיר ובני העיר לנהוג בו כמנודה ואם רשאי חכם אחד מבני העיר להתיר נידויו בלי רשות ובלי פיוס החכם המנדה ושכרו כפול מן השמים.

תשובה מה שבנו בני העיר כותל ב"ה אצל חצר ראובן ושיירו בכותל חלונות גבוהות פתוחות לחצר שלא כדין עשו כן משני טעמים הראשון מפני שגורמים להפסיד לראובן ד' אמות בחצרו כשירצה לבנות כמ"ש בשאלה לדברי האומרי' שכל כיוצא בזה נקרא חזקה כמו שנפרש ועוד מטעם היזק ראיה ואע"פ שהחלונות גבוהות יותר מארבע וגם כי לא חדשו דבר שהרי מתחילה היה מקום חלונות אלו פרוץ מ"מ יש לראובן למחות כדרבי אלעא דאמר ליה מייתית שרשיפה ומסתכלת בי כדאמרינן בפרק חזקת אפיסקא דחלון ומה שחדשו הוא שמתחילה היה חצר שאינה תשמיש קבע ועכשיו נעשה בית ולחצר כבר שיערו חכמים בכותל ד' אמות כדתנן כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנות עד ד' אמות מד' אמות ולמעלה אין מחייבין אותו לבנות אבל אם עשאו זה לחציר בית דירה דהוי תשמיש קבע ביום ובלילה אז ודאי בעל החצר יכול למחות דמתוך שיש לזה ישיבת קבע בביתו איכא למיחש למייתית שרשיפא דאמרינן בגמ' וראיה מדאמרי' בס"פ חזקת אמתניתין דלא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין אמרינן בגמרא לחצר השותפין אצטריכא ליה דא"ל סוף סוף קבעית לאצטנועי מינאי בחצר קמ"ל דא"ל עד האידנא בחצר הוה בעינא לאצטנועי מינך השתא אפילו בבית בעינא לאצטנועי מינך פי' התוספות אף כשאתה בבית אני צרי' להזהר ממך אלמא דתשמי' הבית תדירה היא יותר מן החצר ואין חזקת החצר מועלת כשעשאו בית גם במה שעשו ב"ה של נשים מגיע עד חצרו של ראובן בענין שהנשים הצובאות באות להשגיח מן החלונות לתוך חצרו של ראובן אף בזה אינו כדין מטעם היזק ראיה. וגם אותה הטענה שטוען ראובן שפרצה קורא לגנב טענה טובה היא ולא אמרי' גרמא בעלמא היא כיון שבשעה שסומך ועושה הבנין אינו אלא לאחר מכאן וקי"ל כרבי יוסי דכל כה"ג על הניזק להרחיק את עצמו מ"מ מודה רבי יוסי בגירי דידיה וכאותה ששנינו בפ' לא יחפור ואת הסולם מן השובך ד' אמות כדי שלא תקפוץ הנמיה ואמרי' זמנין דבהדי דזקפה לה קפצה כלו' דמשעה שנעשה יש בו גרמת נזיקין הילכך גירי דידיה הוא וגרמא בניזקין אסור ואף כאן משעה שבנו וסמכו לחצרו של ראובן גרמו לרגל מועדת שתעבור בתוך החצר וכדאמרי' נמי גבי הנהו תאלי דרב יוסף דהוו אתו אומני יתבי תותיהו ואתו עורבים אוכלי דמא

וכו' דאמר רב יוסף אפיקו לי קורקור מהכא אע"ג דאחזק דגרמא בניזקין אסור גם במה שרוצים בני ב"ה לפתוח חלונות על גגו של ראובן לצד דרום וראובן מוחה הדין עמו ואע"פ שנחלק הרא"ש על הראשונים נוחי נפש ואמר שכל שאין כאן היזק לפי שעה אינו יכול למחות שהרי אינה חזקה שהוא יכול לומר לו כל זמן שלא היית מזיקני הייתי שותק דזה נהנה וזה אינו חסר וכיון שאין לו חזקה אינו יכול למחות כבר העלו האחרונים ז"ל כדברי הראשונים וז"ל דאדרבה יש לו חזקה ומדיש לו חזקה יכול למחות כמ"ש הריב"ש ז"ל בתשובותיו.

אבל במה שטוען ראובן שבאותו הכותל היו שתי חלונות קטני' שהנערי' נכנסים דרך שם וגם לפעמים היו מוציאין המתים משם שפורצים וחוזרים ובונים ובדבר הזה החזיקו ולא היה פוצה פה ומצפצף נראה מדבריו שמטעם חזקה הוא בא ובזה אין הדין עמו ולא מבעיא בהוצאת המתים דכל תשמיש שאינו קבוע אין לו חזקה ומאחר שפורצים חוזרים ובונים לא מיחו לשעתן אבל יכולים היו למחות לאחר זמן אלא אפיל חלונות הקטנים שהיו תדירים שם ומשמשים לתינוקו' כניסה ויציאה כיון שמטעם חזקה הוא בא אינה חזקה שאין מחזיקים בשל רבים ואם ממה שלא מיחו באותם החלונות כיון דרבים נינהו סמכי אהדדי ולא מיחו כדאמרינן קדרה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא אבל הכא צריך שתהיה טענה עם חזקתו ושיאמר החזקתי ברשות שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר שיש בידם למכור ולמחול וכל דלא אמר הכי הו"ל חזקה שאין עמה טענה ומיהו אם הוא אומר שמימו' אבותיו היו כן זו היא ששלינו והבא משום ירושה אינו צריך טענה ואפילו בשל רבים אין טענינן ליורש שפתיחת אותם החלונות היתה ברשות טובי העיר במעמד אנשי העיר וראיה מדאמרינן בפרק לא יחפור אפסקא דלקחו אפילו בית רובע הרי הוא בחזקתו' הא' תנינא לקח חציה ובה זיזין וגזוטראו' הרי זו בחזקת ומשני אי אשמועי' הכא כיון דיחיד הוא אימו' פיוסיה פייסיה א"נ אחולי אחיל גבי' אבל רבים מאן פייס ומאן שביק אימא לא צריכא אלמ' אע"ג דאיכא למימר הכי יש לו חזקה בהוצא' זיזין וגוזטראות ואנן טעני' ללוקח שמחלו לו ז' טובי העיר נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פח

על הענין להחכם השלם כמהר"ר חייא רופא נר"ו.

שאלה זה ימים ראיתי אח השאלה ואת אשר נגזר עליה בפסק החכם השלם ההוא ולא כתבתי בה מפני שלא כוונו שמועותינו בקצת פרטים. ראשונה בחלונו' שעשו בני הקהל בכותל' המפסי' במקום שהיה פתוח בתחיל' למעלה מארבע אמות וקאתי עלה

מחמת שמפסידו ד' אמות בחצר ויצא לו מכלל זה שאם יכתבו לו שטר שלא אבד את זכותו שוב לא יהא יכול ראובן למחות וזה אינו דנמצא זה צריך שיהא שומר שטרו מן העכברי' ולדבריו בכל מילתא דיש לו חזקה ויכול למחות יאמר לו כתוב זכיותך ושתוק ובזה לא נחלק אדם מעולם ועוד שיש לראובן טענת היזק ראיה אפילו למעלה מד' אמות כדר' אלעא דא"ל מייתית שרשיפא ומסתכלת בי ואע"פ שהיה מתחלה הכותל כך מתחילה היה חצר דסגי ליה במחיצה של ד' אבל השתא דהוי בית דירה ותשמיש קבוע איכא למיחש למייתית שרשיפא ויש לזה ראיה.

גם כתוב בשאלה שאנשי בית הכנסי' רוצי' לפתוח חלונות לצד דרום של ב"ה על גבי גג אחד מבתי ראובן וראובן מעכב שהיו' או למח' ירצה לבנות בית עליה על גב גגו ויעכבו בני הב"ה על ידו. וכתוב בתשובה שהדין עה בני הב"ה הואיל ועכשיו אין הפסד לראובן כל הקודם זכה ושוב לא יהא רשות ביד ראובן לבנות עליה על גביו והא ליתא שלא כל הימנם של בני הקהל לאבד זכותו של ראובן שלא יבנה עליה ברשותו ולא נאמר כל הקודם זכה אלא בדבר של הפקר בשני צדי רשות הרבים ואף הרא"ש ז"ל שנחלק על הראשונים ואמר שכל שאין לו היזק עכשיו אינו יכול למחות היינו לפי שאינו מאבד את זכותו שיאמר לא שתקתי עד עכשיו אלא לפי שלא היתה מזיקני דזה נהנה וזה אינו חסר הוא כל שכן שכבר הסכימו האחרוני' ז"ל כדברי הראשוני' שאמרו שכל שיש לו חזקה יכול למחות מתחילה ונמצא זה העני נספה בלא משפט ושמא ב"ד של אחריה' יהיו דנים כדברי הראשוני' שיש לו חזקה ואף הרא"ש ז"ל לא אמרה אלא אם כל הדייני' היו דנים כדינו וזה ברור למוצאי דעת וראיתי שהשמיטו מן השאלה טענה זו ותשובתה ואולי אם ידעו שהדין עמם לא היו משמטין אותה וכבר נשאתי ונתתי עם המורה נר"ו בהא והודה.

גם בענין החלונות הקטנים שהחזיק ראובן בהם מכמה שנים לילדים ההולכים לתלמוד גם להוצאת המתים בזה צריך ביאור שכתוב בקו' שהואיל שהוא חלון שראשו של אדם נכנס יש לו חזקה שאם מטעם חזקה הוא בא אין מחזיקין בשל רבים דמאן פייס ומאן שביק או שבא מחמת ירושה דטענינן ליה שפתח ברשות טובי העיר במעמד אנשי העיר כדאיתא בפרק לא יחפור ומענין הוצאת המתים ודאי שאינה חזקה דכל תשמיש שאינו קבוע אין לו חזקה.

ובענין הנידוי שנדה החכם לכבודו כתוב בקו' שאין חייבים לנהוג בו נידו אלא תלמידיו שלמדו רוב חכמתו ממנו וחלילה לומר כן מדאמרינן בגמרא מנודה לתלמיד אינו מנודה לרב ודייקינן הא לכ"ע הוי מנודה ואולי כי סמנין מצא בדברי בית יוסף שכתוב

בקונטריסין ואינם דברים של עיקר אמרם מי שאמרם כאשר יראה מעלת חכמתו. השבתי מפני הכבוד להתנצל למה לא חתמתי בפסק החכם ההוא מאחר ששלחו אלי האדון ושלום מאת נאמן אבהתך הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פט

מכאן והלאה השבתי בקושטנדינה משנת השס"ד להחכם השלם כמהר"ר ברוך ן' ברוך נרו.

שאלה על האיש שקבל בנזירות שמשון שלא לדבר עה אשתו ועד א' מעיד לו שעשה הפרה בערב יה"כ נרא' לע"ד דלא מהימן כיון דאתחזק איסורא בנדר והיינו דאמרי' בריש האשה רבה גבי קונמות דאתא עד אחד ואמר אנא ידענא דאתשיל מריה עליה היא גופה מנלן דמהימן וכו' ואפסיק' לן הלכתא דכל דאתחזק איסור' אין עד אחד מהימן אי לאו משום דבידו וחזיתי' לדעתיה דמר שהוא רוצה להתיר משני טעמי' חדא לפי שהוא שותק ואינו מכחיש דהויא כהודאה וכהא דאמרינן באומר נטמאו טהרותיך בפניך והלה שותק נאמן והוקש' לו שהרי זה אינו מודה בדבר אלא שאומר שאינו זכור מענין ההפר' וכיצד נאמר ששתיקתו תהיה כהודא' ובאומר איני יודע לא נאמן ודחק עצמו לומר כי מה שכתב הטור באומר איני יודע שאינו מהימן היינו שאומר איני יודע דבר זה שהוא כדבריך ואני מכחיש במה שאתה אומר מטיבותיה דמר הא מילתא ליתא דבהדיא כתבו התוספות בפרק האומר בלשון הזה ושותק דאמרי' בשמעתין דנאמן נראה לר"י דהיינו בדבר שיש לו לידע כגון שאמ' לו נטמאו טהרותיך בפניך אבל אם אמר לו שלא בפניך ושותק ההיא שתיקה אינה כהודאה שלכך לא ישיב לו לפי שלא הי' יודע בירור הדבר אלמא בעינן שתהא השתיקה בענין שנוכל לומר דהויא כהודאה אבל כל שאומר איני זוכר מזה כלל אין זו הודא' ואפילו תימא שכשאמר לו העד עשית הפר' שתק ולא ענהו אם עכשיו אומר שאינו זכור כלל מזה מה כחה של שתיקה יפה וסלק את שתיקתו כמי שאינה אין כאן אלא עדות עד אחד ועד אחד לא מהימן היכא דאתחזק איסורא ועוד הביא הרא"ש ז"ל בפרק הנזיקין משמו של ריצב"א ז"ל דאפילו היכא שהיה לו לידע אם שתק מתחילה ולבסוף צווח ונותן אמתלא' לדבריו הך שתיקה לאו כהודאה דמיא והתם להקל בעינן שיתן אמתלא' אבל כאן כל שהוא אומר עכשיו שאינו זכור כלל כיצד נתיר לו מפני שתיקתו שנא' שהודה וזו היא שיט' רבותינו בעלי התוספות והרא"ש ז"ל אלא שמקצת האחרונים מזדרזים בה והר"ן ז"ל בפרק האומר הרחיק מאד בדברים וקיים שטת התוספות ז"ל ומדהביא משמו של הר"ן דקי"ל כאביי ואין זה אלא הנמוקי יוסף

שכתב כן בשם הרשב"א ז"ל אבל הר"ן ז"ל בקידושין העמיד דברי כ"ת בראיות חזקות וגם אני בעניי בחידושי הארכתי וסוגיא דעלמא הכי אזלא.
והטעם השני כתב מר שכל שהעד מפסיד נאמן כדאמרינן ספר תורה שכתבתי לך אזכרות שבהם כתבתים שלא לשמן דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ספר תורה ואמר הכא בנדון דידן הוא מפסיד אם הוא משקר שעובר על לפני עור לא תתן מכשול. ר' מטונך טבל והקדש וקונמות דאמרינן ביבמות דהיכא דלאו בידו לא מהימן מי לא קעב' אלפני עור לא תתן מכשול שיאכל טבל שהוא בעון מיתה ויהנה מן ההקדש ויבא לידי מעילה ועוד זבחים שעשיתי עמך נתפגלו מי לא עבד איסורא שמביא קדשים לבית פיסול טהרו' שעשיתי עמך נטמאו לא גרם לשריפת תרומה אכלת חלב דפרק שלישי דכריתות מי לא מייתי חולין לעזרה ובכלהו אי לאו משום שתיקתו דדמיא להודאה אינו נאמן.
ומאי דקשיא ליה למר בהר"ם במז"ל גבי הא דספק נזירות להקל וספק נדרים להחמיר דנראה דלא אזיל כחד מהנך תירוצי דפרק שני דנדרים תמה אם בחזרתו של מר שמוד' לי בשנוי' דרב אשי מאי קשיא ליה תו בדברי הרמב"ם ז"ל שכך אמרתי לו בשחרית דעיקר תירוצא דמתני' דגבי נדרים דלא חמירי ספיקן מודאן מעייל אינש נפשיה לספיקא אבל גבי נזירות דחמירא ספקא מודאי לא מעייל נפשיה לספיקא וזו היא תירוצא של רבא שתירץ דלא תיקשי מברייתא דכרי למתניתין דסתם תרומה אלא דאקשו עליה דהא תניא בהההיא ברייתא דכרי הריני נזיר שמשון אם יש בכרי זה וכו' ונ"ש לא חמיר ספיקן מודאן ואתותב רבה ואסיק רב אסי ההיא ברייתא דכרי לא קשיא דרבי יהודה משום רבי טרפון היא ומטעם דבעי' הפלאה הוא ולעולם מתני' דנדרים אמתני' דנזיר מתרצו שפיר כתרוצא קמא דרבא ונמצא דתרווייהו הלכתא והביאן הרמב"ם ז"ל בפסק הלכה.
ולשונו של רש"י דההיא דנזיר שמשון לא תניא סוף לשונו אין עולה כדסבר מר ואיני יכול לכתוב יותר שהכנסת כלה היא זה הנראה לע"ד מאת מזומן למצותו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.
סיני ועוקר הרים החכם השלם נר"ו.
בבעו מיניה דמר ישית ידו לעבור הקולמוס על מה שנכתב בקונטריס שלי דנזירות בלאו דהפלאה הוו אסור מדרבנן לרבי טרפון דהכי ס"ד אגב שטפא וריהטא בלתי הבחנה ודקדוק בסוגית הגמרא וכתבתי כן במהדורא קמא ובדעתי היה לחזור שני' ידי כמטהר וכמצרף כסף במבחן השכל כדרך כל הארץ וכאשר נקרא אלינו שמה בבית תפלה אני אמרתי בחפזי טוב תיתי אותו פסק למע"כת כאשר נמצא למען אשב מח' ביום שבת

קדש נתראה פנים בב"ה בע"ה ונוכל לשאת ולתת בו ועם האדון הסליחה כי אחר כן נסתכלתי בסוגית הגמרא במקומה וראיתי דברים שאמר מר כנים וסוגיא לא אזלא כפי שיטתי אשר כתבתי בנחיצה ובטלה דעתי בדבר זה שהוא שגגה נאם הקטן ברוך ן' ברוך.
גם יעיין מכ"ת בהרמב"ם ז"ל כמאן מוקי הני אוקמתות דפרק שני דנזיר אזיל לגבי הא דספק נזירות להקל וסתם נדרים להחמיר דנר' דלא אזיל כחד מהנך תירוצי ובלשון רש"י שכתב בפ"ב דנדרים דנזיר שמשון לא תניא דיש מקום עיון שם הא דפ"ק דנזיר עלה דמתניתין מה בין נזיר עולם לנזיר שמשון וכו' פריך בגמרא מני מתניתין לא רבי יהודה ולא רבי שמעון וכו' כי בשני דברים אלו נתקשתי עד אשר אשוב שנית ידי ללבן דבריהם גם מכ"ת יעיין בהם ונתראה פנים בפנים בס"ד הצעיר ברוך ן' ברוך.

סימן צ

שאלה אפוטרופוס שהלוה לראובן בשטר שכתוב בו הודה פלוני שחייב לפ' סך מעות הלואת חן שלוה ממנו בחשבון יתמי פלוני ונתחייב לפורעם לפ' הנ"ז לזמן הנ"ז ועבר מזמן השטר זמן רב ואין כתוב בשטר זה נאמנות כלל ובא היתום ושאל מהלוה השטר הנ"ז והשיב הלוה ליתום הנה יש לי טענות על השטר הזה שאין אתה יכול להשיב לי עליהם רק האפוטרופוס ואני רוצה לטעון טענותי בפניך ובפניו בפני ב"ד לפי שיודע אני בו שלא יכחישם והאפוטרופוס אינו רוצה לעמוד בדין רק שאומר ללוה הנז' צא תן ליתום כל הסך הכתוב בשטר כי אתה חייב לשלם לו ואחר כך אם יהיה לך דבר בא אלי ואשיבך מילין יורונו הדין עם מי ושכרו כפול.
תשובה יש לדון האפוטרופוס הזה כדין שליש מאחר שהמעות הם של היתום והשטר נכתב על שמו ולא נכתב בשם היתומים הרי האמינו הלוה את האפוטרופוס שיהיה שטרו בידו ואין אנו צריכין שיהיה כתוב בשטר נאמנות דממילא הוא נאמן הואיל ואינו בעל הדבר אלא שליש ביניהם כדאמרינן בפרק התקבל גבי בעל אומ' לפקדון ושליש אומר לגירושין דתניא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והשליש נאמן משניהם ופי' רבותינו נוחי נפש נאמן כשני עדים כשרים דמסתמ' כיון שהאמינוהו ומסרו בידו נתרצו בהבטחתם עליו להאמין כל מה שיאמר אפילו אם משקר כדאמרינן התם שאני ממון דאיתיהיב למחילה דמעיקר' אדעתא דהכי מסרו לידו להיות נאמן בדיבורו כדי שלא תפול שום הכחשה ומחלוק' ביניהם הילכך אפוטרופוס זה הואיל והוא אומר שיפרע ליתום כל השטר שחייב הוא משלם נאמן בדיבורו בלא שום שבועה ע"פ שאין כתב נאמנות בשטר.

ושמא תאמר הואיל והלוה טוען שיש לו טענות עם האפוטרופוס כלומר שפרע לאפטרופו' שטר זה כולו או מקצתו הרי האפטרופו' נוגע בדבר דשמא מה שפרע עכבם לעצמו ולא נתנם ליתום לכך הוא בא לתבוע את שטרו משלם ואמר רבוותא שכל שיש תרעומת על השליש כגון שאח' מהם אומר השלשתי בידך כך וכך וכו' והשליש או' לא השלשת' אלא כך כיון שמחוייב שבועה נוגע בעדות מיקרי ובע' הדבר הדר בינייהו ולא מהימן כדכתב הרב בעל התרומות שער נ"ב והא נמי כיוצא בו הוא שאיפשר שמעות שפרע הלוה אל האפטרופוס עכבם לעצמו ולא נתנם אל היתום והוה ליה נוגע בעדותו וכי אמרו דשליש נאמן היינו בששניהם נסתלקו מעל השליש אלא שמכחישין זה את זה בטענותיהן או במה שנתנו זה לזה בפניו נאמן כבי תרי דחזקה אין אדם חוטא ולא לו.

אין לך לומר כן דכל שליש שהושלש משתי הכיתות מסרו והתפיסו כל זכיותיהן בידו מסתמא המנוהו לכל מה שיאמר אף במה שאיפשר שעיכב לעצמו דהא הימנוה שאם אתה אומר כן אתי לאערומי שמתוך שהלה יודע שאם יאמר פרעתי למלוה בפניך כך וכך יהיה נאמן השליש לומר לא פרעת אף הוא יאמר לידך פרעתי בשבילו כך וכך כדי שיפסיד הלוה לפי שהשליש אז יהיה זקוק לישבע שלא קבל וזה נשבע שפרע לשליש בכל שבא ליד שליש פרעון מעליא הוי ומפסיד הלוה כדי' חנוני על פנקסו לפי שהערבון אינו ביד המלוה ואין המלוה יכול להשבע בברי שלא פרעת לשליש והשליש אינו נאמן בדיבורו ונמצאת גורע כחו של מלוה בטענה זו ואם תאמר כשלא לחוב למלוה נאמן הוא השליש מתו' שהוא יכול להחזיר הערבון למלוה או שיחזיר לו את השטר שיהא יצא מתחת ידו מכל מקום אפטרופוס מיהא ישבע שלא קבל ולא עכב לעצמו כלום אף אני אומר שלא יהיה זקוק המלוה לשבועתו של השליש אלא כל שהשליש או שהמלוה לא נתפרע יחייבוהו ב"ד לפרוע כאילו היה הערבון או השטר בידו דמטע' מגו מהימנינן ליה ואחר כך יחזור אחר השליש אם הוא חושדו שישבע לו שלא עכב משלו כלום ואם לא ירצה השליש לישב' לו וכי מפני זה יפסיד שאילו היו המשכונו' או השטרו' בידו לא הי' חושש לשבועתו של זה והי' מוציא מן הלוה כדין וילך הלוה ויחזר אחר השליש והשתא נמי מהימן שליש במגו בלא שום שבועה לכוף את הלוה לפרוע דאנן סהדי דכל מילתא דהדרא עלייהו דבעלי דינין הימנוה לשליש נאמנות גמורה ולא הצרכוה לשום שבועה דשמא ימות שליש או ילך לו למדינת הים ויפסיד הלה ולא הועילו כלום בשלישותו של שליש ומדברי הר"י ברצלוני שהביא הטור סימן נ"ה מוכח כן שכתב שליש שאין שלישותו יוצאת מתחת ידו דקאמרינן דמכל מקום הוי כעד אחד דוקא כששניה' נסתלקו מעל השליש ואין עליו שום תרעומת בענין אבל יש עליו שום תרעומת לא הוי אפילו כעד

אחד עד כאן לשון זה מוכיח דדוקא בשאין שלישותו יוצא מתחת ידו שפסקה נאמנותו ואינו אלא כשאר כל אדם דעד אחד שמעיד אם יש שום תרעומת עליו לא מהימן אפי' בעד אחד דנוגע בדבר הוא שהרי פסקה עכשו נאמנותו ויהא צריך לישבע והדר בעל דין ביניהו אבל בשלישות' יוצאה מתחת ידו דאז נאמן בכל מה שהוא אומר אינו נוגע בדבר דהא לא מחייב שבועה כלל וכל דלא משתבע נאמן כבי תרי כדאמרינן בפרק האיש מקדש הן הן שלוחיו הן הן עידיו וכך הוה שלי' השתא כמו התם מקמי דתקון רבנן שבועת היסת ואם איתא לשמועינן רבותא אף בשלישותו בידו דמהימן כבי תרי דכשיש תרעומת עליו לא מהימן.

ומיהו היכא דלא מודה ליה לוה דאוקמיה שליש אלא שהם תחת ידו נהי דלמלת' דלא שייך בגוה ושניהם מסולקין מאיליו נאמן עליהם אע"פ שזה טוען שלא עשאו שליש דחזקה אין אדם חוטא ולא לו כדכתב בעל התרומות ומטי בה משמא דרבוותא דכל שבידו נאמן אבל במילת' דאיכא למחשדיה לשליש אולי עיכב לעצמו בהא ודאי הואיל ואין עדי' שהושלש משניהם לא מהימן עלה להפטר בלא שבועה ואפי' בשליש ששניהם מודים שהושלש משניהם כשיש הכחשה ביניהם לבינו בענין שלישותו שהוא אומר לא השלשתם בידי אלא כך וא' מהם אומר שיותר השליש בידו שהכחשה זו אינה חוזרת עליהם ששניהם מודים זה לזה בטענותיהם ואין ביניהם הפרש כלל ואין ההכחשה אלא בינו לבין בעל הדין בהא לא המנוה כלל ומחויב הוא לישבע שלא השלישו בידו אלא כך וכן פירש הרב בעל התרומות דברי הראשונים ז"ל שאמרו היכא דיש עליה' שום תרעומת מן השליש בענין שלישותו לא מהימן כגון שזה אומר יותר השליש בידו דהא מילתא לא שייכא בינייהו דבעל הדין כלל דאף אם לא ירצה שליש זה לישבע או שמת או שהלך לו למדינ' הים שניה' נותנים זה לזה מה שעליהם שהרי אין הכחשה ביניהם כלל דלהא מילתא לא הימנוה נמצא עכשו ששלש מדות בשליש שליש ששניהם מודי' בשלישותו בעוד ששלישותו בידו נאמן דכל מילתא דשייכי בגוה כגון שזה אומר פרעתי לך בעד המלוה כך וכך והשליש אומר לא פרעת או כשאומר למלוה נתתי לך משטר זה בעד הלוה כך וכך והמלוה אומר לא נתת נאמן בלא שבועה שכל עצמו של שליש זה לא הועמד ביניהם אלא לענין שלא יהא הכחשה ביניהם אבל כשהוכחש בגוף השלישות שאומר לו כך וכך השלשתי והשליש אומר אינו כך דלא שייך לבעל דינו כלל ישבע שליש דלהא לא המנוה. יצתה שלישותו מתח' ידו נאמן בע' אח' דעלמא במידי דלא שייך איהו בגויה כלל אבל אי שייך בגויה שאפשר שהוא עכבם לעצמו לא הוי אפילו כעד אחד שהרי הוא צרי' לישבע לא הודה לו בעל דבר שהשלישו אלא ששלישות יוצא'

מתחת ידו במילתא דלא שייך בגויה נאמן כבי תרי דחזקה אין אדם חוטא ולא לו ולא מטעם שלישו' הוא דמהימן שהרי אין לו ראיה על שלישותו אלא מטעם שבידו ואי בעי היה נותנו למי שהוא רוצה הילכך אי אתחזק שטרא בבי דינא תו לא מהימן כדאמרינן בפ' זה בורר מיגו דאי בעי קלתיה לא אמרי' דהא אתחזק בבי דינא שאלו היה לו ראיה על שלישותו אפי' אתחזק שטרא בבי דינא היה נאמן דהא הימנוה מעיקרא והשליש נאמן בלא שום מגו כדכתבו התוספ' בפרק התקבל.

וסברא זו שאנו באין לדון את האפטרופוס כדין שליש שיהא נאמן לומר לא נתפרעתי של כת קודמין היא שהשיב מהר"ם ז"ל באפטרופוס דיתמי שהלוה מעות היתומים והלוה אומר פרעתיך כך וכך והאפטרופוס אומר לא פרעת אלא כך השיב מהר"ם ז"ל אם הלוה מודה שמעו' של יתומים הלוהו נאמן האפטרופוס בלא שבועה דהוה ליה שליש בינו ובין היתומים ושליש נאמן בלא שבועה וכו' ועיין במרדכי פרק איזהו נשך סימן של"ב אלא שנתקשו בתשובה זו מתוך מה שכתבו הפוסקים ז"ל דכל שיש תרעומת על השליש מחויב שבועה והדר בעל דין בינייהו ותו לא מהימן.

ובהא דקי"ל דמגו למפרע לא אמרינן כמ"ש התוספו' בפרק הכותב בההיא עובדא דאתתא דהוה תפיסה מלוגא דשטרי אתו יורשי' קא תבעו ליה מינה דאמר ליה רב נחמן אית לך סהדי דקתבעוה מנך בחיי' ולא יהבת ניהלייהו וכתב שם התוס' דלא מהימנא במיגו דאי בעיא אמרה לקוחים הם בידי הואיל ועכשו אינה יכול' לטעון כך שכבר אמרה מחיים תפיסנ' ומשום מגו דאי בעי אמר' לקוחי' בשעה שאמר' מחי' תפיסנה לא מהימנה דהוי מיגו למפרע והביאו ראיה מפרק שבוע' הדיינים וכו' והרב מהרי"ן לב ז"ל בח"ג כתב שכפי מה שכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו לא מוכח כלל דמגו למפרע לא אמרינן דהרא"ש ס"ל דההיא עובדא דהיו עדים דאפקידו גבה וגם ראו עתה המלוגא ביד' אמאי לא מהימנא במגו ומתוך כך רצו לומר דהר"אש לית ליה הך כללא ולפיכך נתב בתשובה בתחילת כלל ס"ח דאפטרופוס או האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית נאמנים לומר עסק זה של פלוני וכלי זה של פלוני כו' וחייבים לתת לכל אחד ואחד שלו ואם לא נתן האפוטרופוס הממון לבעלים אלא אמר כל הדברים ליורשי דבריו קיימים ונאמן במגו אע"פ שכבר יצא מתחת ידו וכן האלמנה חייב' להחזור לכל אחד ואחד את שלו ואם יצא הממון מידה ובא ליד ב"ד יעשו ב"ד ככל אשר תאמר האלמנה במגו דמיד אחרי מות אישה היתה מחזרת לכל אחד ואחד את שלו ע"כ דבריו שם בתשו' ומוכח מינה דאמרינן מיגו למפרע שאע"פ שעכשיו אין בידה הואיל ובתחלה היה בידה לטלם ולתתם לבעליהם.

ואינו נראה לי כלל שהרא"ש ז"ל יסבור דאמרינן מגו למפרע דאף על גב דמההיא דפ' הכות' לא מכרע' לפי מה שפירש בה הרא"ם ז"ל מכל מקום מוכחא מההיא דפרק זה בורר מההיא אתתא דנפקא שטרא תותי ידה וכו' דאמרינן כיון דאתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה לא אמרי' וכן מההיא דפרק כל הנשבעין שהביאו התוספו' שם אלא שמה הוזקק הרא"ש ז"ל לפרש ההיא דפרק הכותב בדאיכא עדים שהפקידו גבה וגם ראו עתה המלוגא בידה לאו היינו משום דס"ל דמיגו למפרע אמרינן אלא דלא משמע ליה דהא לא חשיב מגו למפרע שהרי אמרה תכף מחיים תפיסנא לה אלא שלא ביחנו היאך היתה תפיסה ואם פירשה אחר כך דתבעתינהו מינה הרי זה פירוש מה שאמרה דתפסה מחיים דבלא כן לא שייך לומר לשון תפיסה אלא מופקדים היו אצלה בעודו קיים ובההיא שעתא דאמרה מחיים תפיסנה אית לה מגו דאי בעיא אמרה לקוחים הם בידו אלא שהתוספו' ז"ל עבדי ליה מגו למפרע משום דאמר באותה שעה שאמרה מחיים תפיסנא לא היתה יודעת שהיא צריכה לטעון דתבעינהו מינ' מחיים והרא"ש ז"ל סבירא ליה דלא אמרינן הכי לארועי מגו דידה אלא יודעת היא דדוקא דבכה"ג חשיבא תפיסה והיינו דקאמרה מחיים תפיסנ' ותדע לך דהרא"ש ז"ל לא פליג אהא דמגו למפר' לא אמרינן דבפרק שני דייני גבי ההוא דעשאה סימן לאחר דטעין ואמר תלם אחד עשיתי לו דאמר ר' יוחנן ואי טעין ואמר חזרתי ולקחתיו ממנו נאמן והק' הרא"ש תימה כיון שהודה שלא היתה שלו היאך יכול לטעון חזרתי ולקחתי ממנו וכתב מגו דאי בעי לא חתים מעיקרא כדפרש"י הא ליתא כיון שהודה מגו למפרע לא אמרינן וכדאמרינן בפרק זה בורר כיון דאתחזק בב"ד אי בעי קלתיה לא אמרינן וי"ל דמיירי הכי בשאין כתב יד העד יוצא ממקום אחר ונאמן במגו דלא חתמתי מעולם עד כאן וכן ראיתי לו ז"ל בתשובה כלל ק"ו סימן ב' וז"ל ואני אומר הואיל והראה אות' קודם שיאמר דבריו נתבטל הימנו עד כאן לשונו ובפר' חזקת גבי ההוא דאמר לי' לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וכו' זבינתא מפ' דאמר לי דזבנא מינך אמר ליה את מי לא מודית דארעא דידי היא ואת מינאי לא זבינתה כתבו התוס' אבל השתא דאמר מפלוני זבינתה תו לא מצי למטען קמי דידי זבנא דמגו למפרע לא אמרינן כדמוכ' בההוא דדר בעילתא בקשתא ארבע שנין וכו' דאמר ליה רבי חייא אייתי סהדי דדר ביה אפילו חד יומא ואוקמה בידך משמע דאי לית ליה סהדי אינו נאמן לומר קמי דידי דר ביה חד יומא במגו דאי בעי אמר מינך זבינתא דכיון דכבר הודה דלאו מיניה זבין לית ליה תו מגו עד כאן בתוספות והאריכו להוכיח בראיות הא דמגו למפרע לא אמרינן איברא דהרא"ש ז"ל פרשה זו בע"א ואמר דלא חשיב מגו טוב לגבי לוקח כי ניחא ליה טפי לומר שלקחה שסבור שימצא עדים בכך ולא בעי למטען לא היתה שלך

שהוא ירא שהלה ימצא עדים שהיתה שלו ועוד הביא שם תירוץ אחר לרבינו יונה ז"ל ולא חשו לתירוץ התוספות דמגו למפרע לא אמרינן ומההיא דדר בקשתא דעיליתא נמי אין ראיה לפי מה שמוכח מדברי הרמב"ן ז"ל עלה דמה שכתב דאין נאמן לומר קמי דידי החזיק משום דלא טענינן ליה אנן אם לא שיהא מוחזק לנו שהוא לוקח כדמוכח לקמן דתנן כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה וכו' עד שמכרת לי שנתת לי ה"ז חזקה והבא משום ירושה אינו צריך טענה אלמא כל שלא ידענו שהוא יורש צריך טענה ולפיכך כתב רשב"ם שם א"נ יש לו עדים שהחזיק המוכר חד יומא כלומר אבל איהו לא מהימן במגו דאנא זבינתא ונראה לי בדעתו של הרא"ש דודאי קים ליה דמגו למפרע לא אמרינן ובההיא דקאמר את מי לא מודית וכו' איכא למימר דלא חשיב מגו למפרע כיון דבתחי' אמר דזבנא מינך סתם מצי לפרושי מילתיה הואיל ולא ביחנו דבריו בראשונ' ולא גרע מההיא דחזר ואמר האי דאמרי דאבהתי דסמיכי עלה כדאבהתי דאמרינן בכה"ג טוען וחוזר וטוען וכה"ג פירש הרא"ש ז"ל בההיא שמעתא בקשתא דעיליתא דכי אמר בסתם מפ' זבינתה דזבינא מינך ותו אמר האי דאמרנ' דזבנא מינך קמי דידי הוה דקאימנא שמתרץ דבוריה ולא טוען וחוזר וטוען עד כאן ולעולם לא יכפור הרא"ש הא מילתא דמגו למפרע לא אמרינן דמילתא דסברא היא ויש ראיות ברורות לדבר.

ואותה תשובה להרא"ש ז"ל שכתב שאפילו שיצא הממון מיד האלמנה ובאה ליד בית דין יעשו בית דין ככל אשר תאמר וכן כתב לעיל דאפטרופוס אם לא נתן הממון לבעלים אלא אמר כל הדבר ליורשיו דבריו קיימים ונאמן במגו אע"פ שיצא כבר מתחת ידו וחייבים ליורשיו להחזיר מה שאמר ולשון זה אפשר להתפרש שחייבים היורשים להחזיר עכשיו מה שאמר בהיותו תחת ידו אע"פ שעכשיו כבר יצא מתחת ידו אף על פי שלא אמר הדברים בפני בית דין אלא בינו לבינם חייבים היורשים להחזיר ומ"ש לענין האלמנה שאפילו יצא הממון מידה ובא ליד בית דין יעשו ב"ד ככל אשר תאמר דמשמע דבעתידה לומר הוא מדבר איפשר להתפרש שכבר היתה אומרת בתחילה בדרך כלל שיש שם ממון אחרי' קודם שמסרם לבית דין ואע"פ שלא פירשה הפרטים ולא אמרה למי ולמי וכמה לזה יעשו בית דין ככל אשר תאמר ותפרש אחר כך במגו דמיד אחר מיתת בעלה היתה מחזרת לכל אחד שלו נאמנת היא עכשיו לכל אשר תאמר כי הוא זה ואין חוששין שמרבה לא' וממעטת לא' דאין אדם חוטא ולא לו ולא דמי להא דאמרינן בפרק חזקת גבי רמאי דפומבדית' הב לי סרבלי לא היו דברי' מעולם ואמר רבא שפיר קאמר דלא משוי ליה ראיה שאם היו מוציאין אותו היה מפסיד המגו שלו אע"פ ששלא בבית דין היה דהתם ודאי שהוא מראהו בפני עדים כבר הוחזק בחזקת בעליו על ידי העדים אבל

כאן לא הוחזק בעדים דכיון דמפיו אנו חיין הא אמר של פ' הם ולכך השוה הרא"ש ז"ל וכתב הבית דהכא כמו שדה דהתם דפרק זה בורר ואלו שדה דהתם עדיין הוא כשהיה והיו יכול ליטלם ולתתם לבעליהן:

ואם נפשך לומר שאע"פ שקודם שבאו הנכסים ליד ב"ד לא דברה דבר כתב הרא"ש שיעשו בית דין ככל אשר תאמר אפשר דמדמה ליה הרא"ש להההיא אתתא דנפקא שטרא מתותי ידה דסוף פרק זה בורר דאמר רב נחמן כיון דאתחזק בבי דינא כלומר שראינוהו בידה בבית דין כדפירשו התוס' אי בעיא קלתיה לא אמרינן ואותביה רבא מסימפון שאין עליו עדים ויצא מתחת יד שליש כשר אלמא שליש נאמן ואתותב רב נחמן משמע שאפילו יצתה שלישותו מתחת ידו נאמן ובפ' המקבל נמי גבי בעל אומ' לפקדון ושליש אומר לגירושין דאמר רב חסדא דשליש נאמן פסק שם הרב אלפסי ז"ל כרב חסדא וכתב הר"ן ז"ל אף על פי שעכשיו אין בידם ליתנו לאשה שהרי לא תקבלנו ממנו לפי שתחוש שמא תקלקל עצמה כיון דבעל אומר לפקדון אפילו הכי מתוך שהיה בידו למוסרו לה מתחילה נאמן דהכי אסיקנא בפרק זה בורר דאותבי' מהא דהשליש נאמן משניהם ואסיק בתיובתא והרא"ש ז"ל הביא דברי הרי"ף אלו וגם הנוסחא הראשונה שהעיד עליה הרמב"ן ז"ל דפסק כרב הונא ואמר כיון שלא נתגלה לנו טעמו של הרי"ף ז"ל יש לפסוק לחומרא כמו שפסק רבינו תם התם היינו טעמא משום דבעל מכחיש ליה כדיהיב טעמא הרי"ף ז"ל ועוד כדפריך רב הונא גופיה הא דהשליש נאמן דשאני ממון דאתיהיב למחילה אבל היכא דליכא דמכחי' ליה והוי דבר שבממון נאמן אף לאחר מכאן וכאן באשה זו שהשיב עליה הרא"ש כת' שהאשה היתה שולטת בכל אשר לו והממון היה תחת ידה ואמר וכן האשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית וכו' משמע שנותן לה דין שליש לפי שבחיי בעלה היתה שולטת בכל אשר לו וכל הממון היה תח' ידה ושייך לדון בה דין שליש דהא המנה אבי יתומים מכל מקום בין הכי ובין הכי לא נתן לה הרא"ש נאמנות אף אחר שיצא הדבר מתחת ידה אלא כשמסר' הנכסים לבית דין ולא מסרה ליורשים דבית דין כשם שהם אביהם של יתומים כך הם האפטרופוסים על נכסי רטושין ולא שאלו לה אם יש לאחרים זכות באותם נכסים שאם היו שואלים היתה משיבה ומפרשת זכות אחד וא' עכשיו ששאלו את פיה פירשה ויעשו כפרושה והרי זה דומה להא דאמרינן בהנזקין גבי טהרות שעשיתי עמ' נטמאו וכו' דאמר אביי כל שבידו נאמן ואמר רבא אי אשכחיה ולא אמר ליה ולא מידי ובתר הכי אשכחיה ואמר ליה אינו נאמן וכתב הרא"ש ז"ל שם בחילוק י"ד אפילו דבר שאינו ברשותו עתה אם בזימנא קמייתא דאשכחיה אמר ליה עדיין נקרא בעליו ומהימן ומשמע מינה שאפי' היה

נותן לבעלים בזימנא קמייתא היה נאמן כיון שלא היה יכול להגיד לו עתה וכשלא נתנה אלא ליד בית דין לא חיישא לומר תיכף שסמוכה היא שבית דין יחזרו על נכסי האחרים כמו על נכסי היתומים שהרי אמרו יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו ומעתה בנ"ד שנתן האפטרופוס השטר סתם ביד הבעלים ולא אמר לו שהוא פרוע מסתמא הרי הוא בחזקתו הואיל והוא יוצא מתחת ידו שלם ואין כתוב ע"ג שובר ואין האפטרופוס נאמן לומר עכשיו נתפרעתי ממנו כלו או מקצתו ובאפס הפנאי דבגרסאי טרידנא לא יכולתי להרחיב בכמ' דברים זולתי לגלות להיכן דעתי הקצרה נוטה כתבתי את זה והוא יתברך ישכילנו באמתו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"להה.

סימן צא

שאלה ראובן שתבע לדין את שמעון והוציא עליו שטר שכתוב בו איך נתחייב שמעון בכ"כ מעות שהלוה לו לוי מנכסי ראובן ושמעון השיב אני לא לקחתי ממך המעו' אל' מלוי שהו' הי' אפטרופוס שלך ולאו בעל דברי' דידי את אלא יבא לוי ויחדיו למשפט נקרבה.

תשובה בעיני יפלא מה מקום לדחיה זו שדוחה את ראובן בעל חובו מאחר שמפורש בשטר שהנכסים של ראובן בעל דינו ואדרבה אם היה לוי מוציא השטר היה שמעון יכול לומר לו אתה לא הלוית לי אלא משל ראובן זיל לאו בעל דברים דידי את ואם מטעם שהיה אז אפטרופוס על ראובן בהיותו קטן והיה אפשר לפרוע לו וחשיב פרעון אם יבררנו מכל מקום ראובן הוא בעל דינו ואינו נפטר ממנו עד שיברר שפרע לאפטרופוס שאם אתה אומר כן לא יוכ' יורש להוציא ש"ח מאביו על אדם שיאמר לאו בעל דברים דידי את יבא האפטרופוס שלך הואיל והיה רשאי בתחילה על נכסי היתום ואף זה שפירש שהם נכסי ראובן כאיניש דעלמא הוא ולהרא"ש ז"ל בכלל פ"ז בתשובה על שטר שכתוב בו שהלוה שמעון האפטרופוס מנכסי היתומי' שיכול שמעון להיות דיין על השטר ואם הוא בעל דבר היאך יהיה דיין וזה ברור מאד לא ניתן ליכתב עליו.

אבל אם אחר שעמד בדין עם ראובן טען שפרע ללוי בזמן שהיה אפטרופוס שלו כזה צריך לברר לפי שהרשב"א ז"ל כתב בתשובה הובא בחושן משפ' סי' ס"ו שאין הלוה נאמן לומר פרעתי לבעל השטר שמכרו לזה שכיון שהשטר יוצא מתחת ידו של זה חזקה שלא פרעו ואפילו הודה המוכר שפרעו אינו נאמן שאם יש לו יחזור מה שנטל ואם אין לו חוששין לקנוניא ובמקום שחב לאחרים אינו נאמן ולהרמב"ם ז"ל בפרק י"ח מהלכות מלוה וז"ל ראובן שהוציא שטר חוב שיש ללוי על שמעון וטען שלא נתנו לו בכתיבה ובמסירה ואבד השטר שהקנהו בו הרי זה גובה משמעון הואיל ויצא מתחת

ידו טען שמעון שפרע ללוי ישבע לוי לשמעון ואחר כך יגבה הודה שפרע ישלם לוי לראובן עד כאן וכתב הרב המגיד משנה ז"ל בהודה שפרע פירוש דין זה הוא אפי' כשיש עדים לראובן מהקניה שהרי היה לוי יכול למחול את החוב ומגו דאי בעי מחיל כי אמר פרוע הוא נאמן עד כאן וכפי דבריו ז"ל הרי הרמב"ם חולק על הרשב"א שהוא חושש לקנוניא. איברא שאיני רואה בדברי הרמב"ם ז"ל הכרע שיתפרשו בדאיכא עדים על מכר השטר ואין דבריו אלא שאין לו ראיה על מכירת השטר בכתיבה ומסירה זולתי שאנו רואים שהוא יוצא מתחת ידו ובהכי קאמר שכיון שאינו דוחקו בטענה דהבא ראיה רק שאומר פרעתי שומעין לו ואם הודה המלוה שנפרע נאמן שאם אי אתה מאמינו אף אני איני מאמינך שקנית בכתיבה ובמסירה' אלא שהרב המגיד משנה מסתבר ליה דאפילו ליכא עדים דיינינן ליה הכי והקשו שהרמב"ם ז"ל בפ' שני מהלכות בדין גבי' בעל חוב בשטרות שנמצאו בידו כשבא בעל חוב לגבות הימנו אע"פ שאמר שטר מתנה הוא פרוע הוא אין משגיחים על הודאתו שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו של שמעון ונ"ל לומר דב"ח שאני דלאו אדעתא דהאי שטרא נחית מעיקרא אלא מדין גובייני' בא ולא כל הימנו להוציאו משעבודו וכדי שלא תנעול דלת בפני לוין עבוד רבנן תקנת' שלא יעשו קנוניא על נכסי מלוה להברי' ממנו נכסים שבידו אבל במכירת שטרות לא חיישי' לקנוניא דקונה זה אדעתא דהאי שטרא יהיב דמי והוא יודע שיכול למחול ויכול לטעון פרעתי בהא ודאי לא שייך למעבד תקנתא דאיהו אפסיד אנפשיה שנתן ממון במה שאין גופן ממון והניח מעותיו על קרן הצבי וכה"ג אמרינן בסוף פרק יש נוחלין גבי בעל דאע"ג דשויא רבנן כיורש היכא דאיכא פסידא דאלמנה דאמרינן נשאת אלמנתו נזונית מנכסיו לגבי לקוחות שקנו מהאשה בנ"מ שויוה רבנן כלוקח ולא חיישינן לפסיד' דלקוחות דאינהו דאפסידו אנפשייהו דלא הוה ליה למזבן מאתת' דיתבא תותי בעלה ובמלוה על פה נמי אמרינן אפילו לותה קודם שנשאת לא גבו מבעל דלית ליה קלא ומלוה הוא דאפסיד אנפשיה דלא אבעי ליה לאוזופיה בלא שטרא לאתתא דקיימא לאתנסבא ועוד יש לפרש שהרמב"ם מוד' דחיישינן הכא לקנוניא כדכתב הרשב"א והכא מיירי שיש לו נכסים למוכר להתפרע ממנו שכן כתב הודה לו שפר' ישלם לוי המוכר לראובן הקונה ולא כתב פטור הלוה סתם אלא אם יש למוכר נכסים ישלם לקונה ואם לאו יגבה הקונה חובו דשמא עשו קנוניא ביניהם לאבד זכותו של לוקח ומה שכתב הרב המגיד משנה דנאמן במגו דאי בעי מחיל דוקא כשיש לו נכסים שאינו מפסיד אלא הטורח מהימנינן ליה משום שבידו עכשיו למחול אבל כשאין לו נכסים שאנו חוששין שלא פרעו אלא קנוניא עושה על בעל חוב אין לומר הרי בידו למחול דכי מחיל נמי אין מוציאנו מיד חשד

לומר קנוניא עושין ביניהם כדאשכחן בערב לאשה בכתובה והיה בעלה מגרש' ידיר הנאה שמא יעשו קנוניא על נכסים של זה כדאמרינן בערוכין הנה כי כן לכל הלשונות למדנו דאין הלוה יכול לדחות את המלוה לומר יבא אפטרופוס וישבע שלא פרעתיו דאפילו אם תמצא לומר שהרמב"ם חלוק על הרשב"א במוכר ש"ח היינו מטעם מגו דאי בעי מחיל כמו שכתב הרב המגיד משנה וכן כתב הרא"ש והר"ן ז"ל מטעם מגו הא אלו הודה שהממון שלו אף על פי שלא נתפרש בשטר דבכי האי גוונא לא מצי מחיל אפילו אמר נתפרעתי ממנו קודם לא מהימן כ"ש היכא שמפורש בשטר שהממון שהלוה הוא משל ראובן זה דמאחר שמסר השטר לידו שוב לא מהימן לגרוע כחו ולומר פרוע הוא כל שכן לדברי הרשב"א דאפי' במקום מגו לא מרעינן שטרא אפומיה.

א"ו אף היכא דלא שייך מגו דמחילה נאמן לומר פרוע ממה שכמה פוסקים שסוברים גבי הא דרבי נתן דלא מצי מחיל ואע"פ כן כתבו דהא דאמרי' במלוה שאמר על שטרו שהוא פרוע במקום שחב לאחרי' אינו נאמן דוקא כשיש נאמנות בשט' שאין זקוק לשבועת המלוה אבל אין שם נאמנות נאמן לומר פרוע אף על גב דליכא מגו דמחילה דהא דנאמן לומר פרוע אינו אלא במקום דיכול למחול כגון מקמי דלא הגבוהו בית דין ובהכי מתרצא מילתיה דהרא"ש שלא יסתרו דבריו את דבריו מ"ש בפסקיו עם מה שכתב בתשובותיו וראיה מדברי הטור א"ה שאם אמרה שנפרעה קודם שמכרה אינה נאמנת דאין זה מגו טוב ואם איתא אף בלא מגו נאמנת כיון דלית לה נאמנות דע"כ באין לה נאמנות מיירי ודבריו של הרשב"א ברור מללו אף כשאין בו נאמנות שטוען שישבע וראייתו מיורשים ראיה גדולה שאם שבועה זו שהוא חייב לישבע היתה מגרעת כחו של שטר אמאי גבו יורשים בהאי שטרא לימא אין אדם מוריש שבועה לבניו כדאמרי' ביתומים מן היתומים ועוד דאפילו באין נאמנות אינו בדין שיהא נאמן מדאמרי' בעלמא טענינן ללוקח וליורש דתנן והבא משום ירושה אינו צריך טענה ואילו היה לוק' בפנינו והיה מודה לדברי המערער או דשיילינן ליה ואמר שלא אמר לי אדם דב' מעולם ולכך החזקתי מי משגחינן במילי דידיה ואף ע"פ שהמחזיק הראשון חייב לישבע שקנאו ממנו כדכתב התוספות בעובדא דרבה בר שרשום זהו דאי מודה יתחייב ליתן דמים אבל לא שיצא הקרקע מתחת יד לוקח שטרות נמי אותו שקנאם לוקח מיקרי וטעני' ליה אם לא שנאמר דמטעם מגו הוא דמהימן דאי בעי מחיל כדכתב המגיד משנה הא לאו הכי דמי ללוקח בעלמא וכבר כתבתי כי מדברי הרמב"ם אין הכרע דפליג אדברי הרשב"א שאין דבריו שם אלא בשאין לו עדים שקנה את השטר וכן מוכח מההיא דפרק קמא דמציעא דמצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל ומוקילה כדשמואל דחזר ומחלו

מחול ולכך יחזיר אם כן מאי אירי דאיכא שובר אפילו בע"פ שהיא מודה תהא נאמנת כי אמרה נתפרעתי במגו דאי בעי מחלה.

ומ"ש דיהא נאמן האפטרופוס לומר שנתפרע כבר מדין שליש דאמרינן והשלי' נאמן משניהם נראה דאדרבא נאמן האפטרופוס לחוד ללוה לקי' את השטר שלא תפר' בלא שבועה בין שהשטר יוצא מתחת ידו בין שאין שטר יוצא מתחת ידו אלא מתחת היורש דלגבי לוה הוה שלי' ומהימן כבי תרי דלגבי לוה עדיין שלישותו בידו מיקרי אע"פ שיצא השטר מתחת ידו הרי נכנס לידי בעל הדבר עצמו ומהימן להעמידו והכי מוכח מהא דאמרי' בפ' התקב' גבי בעל אומ' לפקדון ושליח אומ' לגירושי' וכו' הכא נמי לגבי לוה שלי' מקרי דהא הימני' שנתן לו מעות לפי דבריו והשאיר השטר בידו מקויים כאלו הוא מושלש בידו וראיה דהכי משמע במרדכי שהביא בפרק איזהו נשך בשם מהר"ם שאפטרופוס שהודיע שהוא של יתומים נאמן בלא שבועה דהוה ליה כמו שליש ומה שכתבו המפרשים דהיכא דנוגע בעדותו לא מהימן היינו דומיא דפרק האיש מקדש דאי מחויב שבועה למשלחו הוה ליה בעל דבר ונוגע בעדותו מיקרי אבל אפטרופוס אם מינהו אבי יתומים אינו נשבע ואם מינוהו בית דין דישבע בלא כן הוא נשבע ולאו נוגע בעדותו כדאמרינן בפרק חזקת גבי שכירים יכולים להעיד דמי לא אסיקינן דנקיטי אגרא בידייהו וקיימי ואמרי למאן ניתביה ואף על פי שכתבו התוספות דכל עד שאינו נאמן בלא שבועה לא מיקרי עד דלא אמרה תורה אלא על פי שנים דנאמנים בדיבורם התם הוא שאין נאמנים בטענה זו אלא אם כן נשבעו עליה כמו שנשבעים כשנאנסו אבל הכא שבועה זו מספק היא ולעולם צריכין לישבע ולא גרם להם טענה זו לישבע מיהו לחוב ליור' ולו' שנתפרע שטרו לא מהימן דלה' מילת' יצת' שלישותו מתח' ידו מיקרי הנרא' לע"ד כתבתי הצעי' יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צב

(השאלה לא נמצאת). שאלה תחילה יש לדון על מה שהנער' ואמה או' שזה לה חמש שני' שנתקדשה בעיר פלונית לאיש אחד והרחיק נדוד ואומרים שקול זה יצא קודם שנתקדשה לזה אלא שלא הוחזק דהיינו עובדא דאבנא דכוחלא דמייתי בפ"ק דקידושין דאמרי' יתיב רב חסדא וקמעיין בה אי אית בה שוה פרוטה אמרה ליה אמה והא ההוא יומא דקידשה הוה ביה ש"פ א"ל לאו כל כמיני' דאסרת לך אבתראה ואמרי ליה רבנן לרב חסדא והאיכא סהדי באידית דההוא יומא הוה ביה ש"פ השתא מיה' ליתנהו קמן עד אסתתר מההיא משפח' בסורא ופרשו רבנן מינה. וכתב הר"ן ז"ל משמו של הרא"ה ז"ל דההוא קלא מקמי נישואין הוה ולא הוחזק בב"ד דאי הוי קלא דבתר נישואין

ואירוסין לא הוה חיישי' כדאמרי' בסוף המגר' אלא דהוי קלא מקמי אירוסין ולא אתחזק והא דחשו ליה אביי ורבא משום דס"ל דאע"ג דבעלמא לא חיישי' היינו לאחזוקי כולה מילת' משום קלא כגון יצא שמה בעי' מקודשת דכיון דהיא בחזקת פנויה לא חיישי' אבל היכא דפשטה ידה וקבלה קידושין אלא דלא ידעינן אי הוה ש"פ אי לא אפילו בקלא דלא אתחזק חיישינן והרב מהר"י ן' לב ז"ל בחלק שלישי סימן צ"ח נתקשה בדבר דכיון דמשום דפשטה ידה חיישי' אף לקלא דלא אתחזק אם כן אף לקלא דבתר קידושין ניחוש ליה כיון דלא אתינא לאחזוקי כולה מילתא דהא פשטה ידה וקבלה קידושין. ואיני רואה מקום לספק בזה דהרא"ז ז"ל נתן טעם לדבריו לומר דלא עדיף הא דפשטה ידה מקלא דאתחזק בעלמא דבתר קידושין לא חיישינן ליה וטעמו ז"ל דהא דפשטה ידה הוי כאתחזק קלא דכיון שיצא הקול ואנו יודעים לו עיקר שהרי פשטה ידה לפנינו וקבלה קידושין היינו אתחזק קלא שמאותה שעה היתה בספק מקודשת אבל בקל' דבתר קידושין דלא חיישינן אפילו לקל' דאתחזק לא עדיף הא דפשטה ידה וקבלה קידושין שהרי מעולם לא חששנו להם כיון שבדקו ולא מצאו בהם שוה פרוטה. עוד הקשה לו לרב ז"ל לדברי הרא"ה והר"ן ז"ל מאי קאמר רב חסד' לאו היינו דיהודית וכולי דההוא קלא דבתר נישואין הוא ודבריו הם דברי הגהת המרדכי שכתב לאו היינו דיהודית פירוש שהיה קול דבתר נישואין וכו' ועובד' דקדיש באבנ' דכוחל' לאחר שקידשה שני קידושי ודאי יצא הקול דאי הוי קול קודם אירוסין מאי מייתי מיהודית שאני התם דהוי קול דבתר נישואין. ואני תמה מבעל הגה"ה זו אטו ההיא דיהודית מי הוה התם קלא כל עיקר וכי מייתי ראיה רב חסד' מינה לאו לענין קלא מייתי אלא אהא דקאמר לא כל כמינך דאסרת לך אבתראה מייתי דלא מהימנה לשויא נפשה חתיכא דאיסורא במקום שהיא חובה לאחרים מדאמר לה רבי חייא לא כל כמינה דאימך וכו' וכי אמרו ליה והאיכא סהדי באידית אמר להו דכיון דהשתא ליתנהו קמן לא חיישינן להו דהיינו דרבי חנינא דעדיה בצד אסתן וההיא מקמי קידושין הוא שהתירוה לכהונה כדמוכח התם בכתובות. ומכל מקום אפי' לדברי בעל הגה"ה זו דמפרש מילת' דרב חסד' בקל' דבתר קידושין ואף על פי כן פירשו רבנן מינה הני מילי משום דקל' לאו לאחזוקי כולה מילת' אתיא דהא פשטה ידה וקבלה קידושין לפנינו אבל הכא בנדון דידן פשיט' דלא חיישינן לקלא דבתר קידושין ולא אתחזק דלאו כלום הוא.

וגם על אשר מתאמצת היא בטענתה זו ואומרת שנתקדשה לאחר משמעתין מוכח דלאו כל כמינה ואין לדחות ולומ' דדוקא התם שאמה היתה אומרת ולא כל הימנה לאסור את בתה אבל היא עצמה למה לא תהא נאמנת למשוי נפשה חתיכא דאיסורא אין לומר

כן דאם כן אמאי מייתי מיהודית הוה ליה לאיתויי ממתני' דפרק האומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשת אלא בתי הוא מות' בקרובות בתה ובתה מותרת בקרוביו כדהקש' הריטב"א ז"ל בחידושיו אלא שמתוך כך הכריע ז"ל דהכא מיירי אף ע"פ שהבת מודת לדברי האם וכן ההיא דיהודית דמתוך דהוי' לה צער לידה היתה רוצה לאסור עצמה על רבי חייא. וכן מוכח מדברי רבינו ישעיה ז"ל שם בחידושיו שכתב ואף על גב דאיהו מהימנה לשויא נפשה חתיכא דאיסור' כדתנן לקמן קדשתיה והיא אומרת לא קדשתני וכו' התם משום דלא אגיד' ביה הילכך כי קאסרה נפשה עלויה מהימנ' אבל היכ' דאגיד' ביה ומשוי איסור' לגביה לא מהימנה עד כאן דבריו ואכתי קשה דאטו משום דאגיד' ביה לא שויה נפשה חתיכ' דאיסור' הא אמרי' הנאת תשמישך עלי אסור' דאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו ועוד אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני דאמרינן בפרק שני דכתובות אם לא נתנה אמתלאה לדבריה לא מהימנה דשויתה לנפשה חתיכ' דאיסור' אע"ג דנשואה ואגידא ביה היא. ונראה דאף על גב דמדינא נאמנת היא לשויא נפשה חתיכא דאיסורא הא תנן בשלהי נדרים בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובתה האומרת טמאה אני וכו' חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלה על בעל' האומר' טמאה אני תביא ראיה לדבריה ונתקשה הר"ן ז"ל בדבר זה שם בפרישתו דכיון דמדינא כיון דאמרה טמאה אני מתסרא אבעל' כדין משנה ראשונה היאך התירוה משום שלא תהא נותנת עיניה באחר וכי איסור שבה להיכן הלך ויש מי שתירץ דמשום מגדר מילתא מבטלי רבנן איסורא בקום עשה ועוד תירץ הוא ז"ל דאפקיעינהו רבנן לקידושין מעיקרא דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ובשעה שנאנסה פנויה נאנסה וכל אילו התירוצים דחוקים עד מאד. ולעניות דעתי משמע לי דכל שאין איסורא אלא מחמת הודאתה בלבד במילתא כל דהו שרינן לה תדע דהא אמרינן אמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני אינה נאמנת ואם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת וזו הלכה העלה רב אחא שר הבירה כדאמרינן בהאשה שנתארמלה וזו הואיל וראו חכמים ודנו דעתן של נשים שאומרות כן כדי לקלקל עצמן על בעליהן היינו אמתלאה דאנן סהדי שלא אמרה כן אלא לאסור עצמה על בעלה הילכך אין הוכחה מדבריה וכמאן דליתנהו דמי. וראיתי להחכם השלם בעל ע"י שכתב בהא דאמרינן בשמעתא דקידושין לאו כל כמיניה דאמך וכו' היינו דוקא משום שהיתה נשואה דלא אמרינן דשויא נפשה חתיכה דאיסורא ותהא אסורה לישב עם בעלה דמאחר דעד זמן זה בא עליה בהיתר לאו כל כמינה לחוב לבעלה ולאסור עליו מה שכבר קדם לו שהיה בא עליה אבל אם היתה מאורסת ואמרה שקבלה קידושין מאחר הואיל ושויא נפשה חתיכא דאיסורא

מונעים הבעל מלבא עליה ולמד כן מדברי רבינו ישעיה שהבאתי למעלה שאמר התם משום דלא אגידא ביה כי קאסרה נפשה עליה מהימנה ולא ידעתי היאך מצאו מקום לטעות בדבריו דאדרבה משם סתירה לדבריהם מדמפליג בין ההיא דקדשתני מטעם דלא אגידה ביה שהרי הוא אומר לא קדשתיך מהימנה למשוי נפשה חתיכה דאיסורא על קרוביו הא אם היתה אגידה ביה אפילו בקידושין לא מצית שויא נפשה חתיכה דאיסורא עליו. ומתניתין דחזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עינה באחר ומקלקלת על בעלה אף בארוסה איתא מהך טעמא והמרדכי כתבה בפירוש שמעתין בקידושין גרידי כדכתבתי לעיל. ועוד ראה החכם נר"ו בעל סברא זו תשובת הרא"ש ז"ל כלל ל"ה בתוך תשובתו כתב כלשון הזה ואפילו אם היתה מודה בפני שקבלה קידושין ממנו לאו כל כמיניה לאסור עצמה על אותו שקידשה כבר אלא דהוא אמר דשויתה לנפשה חתיכה דאיסורא ויפטרנה בגט והוקשה לו מהך עובדא דיהודית והעמיד דברי הרא"ש ז"ל דוקא בקידושין דמהניא לשויה נפשה איסורא עליה. והרב בעל בית יוסף הביאה לתשובה זו באב"ע בסוף סי' מ"ו וכתב על מה שכתב דשויתה נפשה חתיכה דאיסורא יש לתמוה מעובדא דיהודית דאמרינן לאו כל כמינה דאמך דאסרה ליך עילואי ואמר ואיפשר לחלק בין כשהיא עצמה מודה לכשאומרת כן בשם אחרים עד כאן וכבר הוברר מדברי הריטב"א ז"ל ודברי רבינו ישעיה ז"ל דההוא עובדא דאבנא דכוחלא מירי כשהיא עצמה מודה דהוו קידושין ולא מהימנה לשוויא נפשה איסורא אמנם ממשנה אחרונ' שמעינן דלא מהימנה למיסר נפשה מטעם דלא תהא אשה נותנת עיניה באחר וכולי והתימ' דבסמוך כתב זה בסימן מ"ח הביא הטור עובדא דר"ת שהביא הרא"ש בשילהי גיטין והוא אינה נאמנ' למיסר נפשה עליו אבל הוא אסור בקרובותיה אבל ראיתי להרב מהר"י ן' לב ז"ל בחלק שלישי סימן ק"ב באשה שנתקדש' קידושין גמורים דאמרה שקודם לכן נתקדשה לאחר אם נאמנת במגו דאי בעיא אמרה גרשתני ואני לא מצאתי זה מפורש כי אם בתשובת הרא"ש ז"ל והיא התשובה דלעיל דשויתה נפשה חתיכא דאיסורא ולא ספינן לה איסורא וכתב ולכאורה היה נראה מאותו המעשה שהביא הטור בסי' מ"ח דאפילו לשויא נפשה חתיכה דאיסורא לאו כל כמינה ונראה לכאור' שדברי הרא"ש סותרות זו את זו וצרי' לפר' דהא דאמרי' הכא שאינה נאמנ' לאסור עצמה על בעלה היינו שאם יבא עליה לא יש לו איסור בדבר והאיסור לעצמה דשויתא נפשה חתיכה דאיסורא ולא נהירא לומר כן כלל חדא דהלשון לאסור עצמה לא משמע כן דהוה ליה למימר לאסור בעלה עליה ועוד דלא מצי ליה להעבירה הא אמרינן אין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו וסוף סוף צריך לגרשה ומה נעשה למשנה אחרונה דחזרו לומר שלא תהא נותנת עיניה באחר

ומה שהוקשה לרב ז"ל ונסתפק שתהא נאמנת במגו דאי בעיא אמרה גרשתני הוה ליה להקשות ממתניתין דחזרו לומר והרי יכולה היא לקלקלו שתאמר גרשתני אלא דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ואזד' ליה למיגו אלא נראה לעניות דעתי דודאי לא מהימנה כלל למשנה אחרונ' וטעמו של הרא"ש ז"ל ממקומו הוא מוכרע שהוא ז"ל הביא שם דינא דמשנה האחרונה דתנן חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר וכו' ולמה הוצרך להזכיר דתלינן במילתא דומיא דהנהו עובדי דשלהי נדרים דאמרינן אם איתא דעבד איסורא וכולי והדבר ברור דהתם בנדון של הרא"ש ז"ל לא שייך הך טעמא שעיניה נתנה באחר שהרי היא לעולם לא אמרה שנתקדשה אדרבה מעשיה מוכיחין שרוצה להפקיע עצמה מראשון בגט אלא שנתגלה הדבר דמהדר אזיופא ובהא ודאי שהיה לנו לומר שתהא אסורה כדין משנה ראשונה ולא שייך טעמא דשמא עיניה נתנה לכך אביא מהנך עובדי דאף על גב דאיכא דבר מכוער דמחזי דעבדא איסורא תלינן בטעמא כל דהו לומר דלא עבדא איסורא אף כאן תלינן לומר שלא עשתה כן למהדר אזיופא אלא לפי שהיתה יראה שמא יביא עדים שקרים ויקלקלנה על בעלה אבל באומרת נתקדשתי לפי משנה אחרונה לא מהימנת כלל לקלקל עצמה על בעלה הנראה לעניות דעתי כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צג

שאלה על ראובן הוצרך למעות ומכר את ביתו לשמעון וכפי דבריו אומר שהיה לו שטר הטבה שיחזיר לו הבתים באותם המעות ואחר כמה שנים הלך לו ראובן ונתן רשות לקונה ולאשתו שימכרו הבתים במה שימצאו ושמעון זה מכרה לאשתו בסכום מעות יותר על מה שקנאם ונתן שארית המעות לאשת ראובן שהיתה בעיר וכל זה היה ברשות אשת ראובן ובידיעת' ורצונה ומכרו האשה הנז' והקונה הנז' הבתים לאש' הקונה הנז' והנה מת שמעון הקונה ובא ראובן לערער על המכירה הנז' בטענות הנז' בתשובה והוברר החכם השלם כמה"ר יחיאל נר"ו ואני לדון ברור וכתבתי לו.

הנני מרצה דברים אלו כדמות ספקות במה שיש לן להסתפק ומר ניהו רבה לעיין בהו הנה בדבר המכירה האחרונה טען הר' נפתלי לבטלה מחמת שמכרה לעצמו דאשתו כגופו ואיכא למידק בההיא דפרק אלמנה נזונית דאמרינן לה מאן שם לך שאף על פי שאם מכרה לאחרים מכרה קיים שהרי נתנו לה בית דין רשות כי שמה לעצמה לאו כלום אלא שרש"י פי' ממי קבלת מכירה זו לא מב"ד ולא מיתומים וכתב הר"ן ז"ל ומהא שמעינן שאין השליש יכול לקנות וכו' שאין המכר אלא הוצאת הדבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהרי במקום בעלים הוא עומד משמע מדבריהם שאילו היה שם

הוצאה מרשות לרשות מהני והרי אשתו יש לה יד לזכות לעצמה ואף על פי שידו כידה לענין פירות מכל מקום הרי יש לה יד לזכות לעצמה ונהי דלזכות לאחרים כההיא דפרק שני דמעשר שני אומר אדם לבנו ולבתו הגדולים הא לכם מעות הללו ופדו בהם מעשר שני אפליגו בירושלמי התם אם יכול לזכות על ידי אשתו ובשלהי נדרים הויא פלוגתא דרב ושמואל ופסקו רבוותא כשמואל בדיני ויש שפסקו כרב. מכל מקום לענין לזכות לעצמה לכולי עלמא זכיה כדאמרי' התם דאוקמא רב אשי בשיש לה חצר באותו מבוי דמגו דזכיה לנפשיה זכיה לאחריני דאפילו רבי מאיר מודה דלעצמה יש לה יד ובפרק חזקת הבתים אמרינן בעל שנתן מתנה לאשתו קנתה לגמרי ואין הבעל אוכל פירות אלמא יש לה יד. ובר מן דין צריך לי עיון שאף לעצמו לא היינו מבטלין המכר בשביל שלא היה מי שיזכה לו בהא בההיא דיוחנן חקוקה בפרק קמא דפסחים יהיב טעמא משום והייתם נקים מה' ומישראל משמע דאי לאו מטעם חשד היה המכר קיים אף על פי שאין מי שיזכה לו דאפילו למאי דמייתי בירושלמי דאמר ליה רבינ' ומכרן בבי' דין מכל מקום רשו' רבי דהוה בית דין לא מהני לזכותו כיון שלא שמאום עדיין ובית דין הדיוטות דבקיאי בשומא אינם יכולים להחזיקו בנכסים דלאו בית דין הוא כדכתבו התוספות גבי אלמנה שאף על פי ששמה לעצמה בבית דין הדיוטות לא עשתה כלום ואף על פי שהוא יש לה רשות למכור ומכרה בפני הדיוטות הבקיאי' בשומא וכן מוכח מדברי התוספות בפרק אלמנה ותדע דפרק אלו מציאות אמרינן פרה וחמור מטפל בהם שנים עשר חדש מכאן ואילך שם דמיהם ומניחן ואף על גב דאמרינן בפרק המפקיד דבש והדביש יין והחמיץ מוכרן לאחרים אבל לא לעצמו פירשו התוספות בפסחים משום דהתם גבי מציאה ליכא חשד שהרי הוא מחזיר אבידה משמע דשלא על פי בית דין אלא במה ששם לעצמו יכול לנוטלן ומשום טעמא דחשד לא הדרינן עובדא וצריך עיון שלא יקשה מכאן למה שכתב הר"ן ז"ל שאין מכר אלא הוצאה מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו דלפי טעם זה היה ראוי שלא יתקיים המקח. ועוד צריך עיון בהא דאמרינן בפרק שני דגיטין גבי האשה עצמה מביאה את גיטה והא לא חזרה שליחות אצל הבעל פירש רש"י זו אינה ראיה לחזור ולומר עשיתי שליחותי שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה וכולי והתוספות פירשו שם בענין אחר משום שליחות השני ואין להאריך כאן.

ויש לישב דהכא גבי אבידה עבוד רבנן תקנתא לבעלים דאם לא כן אין לך שיזדקק להחזיר אבידה ונמצאת מכשילן לעתיד לבא כדאמרי' בשקלים גבי בהמה שנמצא' מירושלים עד מגדל עדר זכרי' עולות וכו' ותנן בראשונה היו ממשכנין את מוצאה שיבי' את נסכיה חזרו להיות רואים אותה ובורחים התקינו שיהיו נסכיה באים משל ציבור.

והכי נמי תנן בסוף פרק האומנין מותר אדם להשכיר משכונו של עני להיות פוסק והולך עליו מפני שהוא כמשיב אבידה לבעליו וכגון במרא פסל וקורדם דנפיש אגרייהו וזוטר פסידייהו הכי נמי התקינו גבי פרה וחמור שלא להטריחן יותר משנים עשר חדש ואחר כך ימכרם וכיון דמדינא אינן רשאים למכור אלא מתקנתא דרבנן מה לי הם מה לי אחרים ואם משום השבה במשיב אבידה ליכא חשדא כדכתבו התוספות.

ועוד יש להסתפק בממנה שני מורשים אם יכול אחד מהם לקנות לעצמו על ידי חבירו דאי מטעמא דבעינן מי שיקבל המכר הרי חבירו יכול לזכות לו ואפילו לרבי יאשיה דאמר בפ' הנחנקין דאמר אביו קלל אמו קלל לחייב על כל אחד בפני עצמו הא לאו הכי שניהם בבת אחת משמע דשמא בממנה שני מורישים אף ר' יונתן מודה דלענין אומדנא כל היכא דנפישי בקיאי טפי כדאמרינן בפרק שבועת הדיינים מכל מקום כל ששניהם הסכימו למכור בסכום אחד אע"פ שאחד מהם קנה לעצמו וחבירו זכה לו שפיר דמי שלא מנה שניהם אלא להסכמת שניהם אבל לענין המכירה לא הצריך שתהיינה שתי ידים זוכות כא' ולענין שהוא נוגע בדבר שקנה לעצמו אין לחוש שאם כן אף לא ימכור לאביו ולא לאחיו דמוזיל גבייהו אלא כל שלא נודע שזלזל במכירתם ממכרו ממכר וכל שכן כשיש שליח אחר עמו דלא חיישינן שגם הוא יחפה עליו דומיא דהא דאמרי' בפ' שני דיבמות בסופו עדים החתומים על שדה מקח ועל גט אשה לא חשו חכמים לדבר זה דלא נחשד האחד לעשות קנוניא ולהיות חוטא ולא לו ומיהו לכתחילה איפשר דלא שפיר דמי כדאמרינן אין הגזברין רשאין לפרו' לעצמן ואפילו א' מהם במשמע וכההיא דהביאו התוספות ביבמות מהא דהעדים שהעידו כלם רשאין ליקח אבל אמרו חכמים התרחק מן הכיעור ומן הדומה לו.

ובמה שטען על המכירה הראשונה שהיא בטלה משני טענות אחת מטעם הונאה ואחת מטעם ההרשאה שקבל ממנו למכרה אין בהם ממש אם מטעמא דהונאה דהויא פלוגתא דרבוותא אי איכא הונאה בקרקעות ביותר על חציו ועוד שאחר כמה שנים ודאי מסתמא ידע ומחיל אע"ג במוכר דלית ליה זביניה גביה אמרינן לעולם חוזר בקרקעות שעומדין לעיני הכל אין אומרים כן ועוד כיון דיורשים ולוקחין נינהו טענינן להו שלקח אביהן על מנת שאין לו עליו הונאה דאי אבוהון הוה קיים היה נאמן בטענה זו בלא שום ראיה כל שכן אם כתוב בשטרות מפורש מנוקה מכל הונאה ומק' טעות דודאי אמרינן דידע ומחיל. ומה שטען שכיון שקבל הרשאה ממנו למכרה לאחרים בטלה מכירתו דהויא הודאה שאין אותה מכירה כלום אין זה כדאי לבטל המכירה דאפילו תימא שהיה לו לכר' נפתלי ערעורין עליו ונתרצה למכרה לאחרים כרצונו דעביד איניש דזבין דיניה

כדאמרינן בפרק חזקת ועוד שהוא היה רוצה למכור הבתים לאחרים והיה רוצה שיתרצה גם הוא במכירת' שהיה בעל' הראשון כדי שיקפצו עליה בני אדם ולא דמי כלל לעשאם סימן לאחר שזה לא הזכיר שהיא שלו אלא שנתן לו רשות למכרה ועוד דשמא הוא מעצמו כתבה ונתנה לו ואין ראיה ממה שהוא בידו והרי היא עכשיו יוצאה מתחת יד היורשים דבמילי דאבוהו' כקטני' דמי ואי אבוהו' קיים היה אומר שמעולם לא שאל ממנו הרשאה. ועוד אפילו תימא דדמי לעשאה סימן לאחר אין הוכחה אלא במותר המעות דשמא חלק אחד היה לו בבתים ההם שנתרצה לתת לו מה שישאר ממנה וארבעים אלף לבנים וכהא דאמרינן אי טעין ואמר תלם אחד עשיתי לך נאמן. ועוד דטענינן להו ליורשים שהיה לו הטבה עם אביהן להחזירה למוכר כל זמן שירצה ועתה שהיה רוצה למוכרה לאחרים ואין מי שיקנה קרקע שיש עליה ערעורים אלא מכירה לחלוטין לכך קבל הרשאה ממנו וזה דבר שהשכל מחייבו שהוא אמת וכן טוענים היורשים והר' נפתלי עצמו תובע' שהיה לו הטבה ונאבדה הנראה לעניות דעתי כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צד

שאלה היתה על ידי אלופי וגבירי להכשיר המקום אשר אנחנו יושבים בו לטלטול שבת ובמצותם הכשרתי כפי מה שנתברר אצלי בעניותי ולפי שראיתי מקצת תלמידי חכמי' מחסמים בדבר ומגמגמים בו וכי היכי דלא לצווחו עלי בי מדרשא אמרתי להעלות על ספר מה שדנתי בעניות דעתי במקצת דברים ומה שהסכמנו בהם להכשיר.

ואם באנו להכשיר מבואות שישראל דרים בהם לבדם הרי אמרו מבואות המפולשים עושה להם צורת פתח מכאן ולחי או קורה מכאן והסתום עושה לחי או קורה ברוח רביעית ודיו ומבוי עקום אתמר רב אמר תורתו כמפולש ושמואל אמר תורתו כסתום וקיימא לן כרב אלא שנחלקו בפירושה שרש"י ז"ל פירש תורתו כמפולש שצריך צורת פתח מכאן לצד רשות הרבים ולחי או קורה מכאן לצד רשות הרבים ובעקמימות צריך צורת פתח שפילוש שמפולש לחבירו הוי כמפולש לרשות הרבים ור"י ז"ל פירש תורתו כאילו היה מפולש ביושר וניתר באחד מן הפתחים בצורת פתח ומצד אחר לחי או קורה והרמב"ם ז"ל בפרק שבעה עשר מההלכות סתם ואמר תורתו כמפולש כתב ה"ה וכבר ידעת חילוק הסברות בדין המפולש וכתב הרשב"א שאין צריך לעקמימותו כלום וכך נראין דברי הרמב"ם ז"ל ממה שלא פירש תיקון עקמימותו. וכן מוכיח להדיא מדבריו בסוף הפרק בההיא דמבוי העשוי כנדל כתב ז"ל אף על גב שאין השבילין שבצדדין מכוונין זה כנגד זה הרי כל אחד מהם מבוי מפולש כיצד מכשירין אותו עושה צורת פתח

לכל אחד מן השבילין שבצד האחר וכן לפתח הגדול ועושה לכל אחד מן השבילין לחי או קורה והרי כאן שבילין אלו שאינן מכוונין כמבוי עקום דיינינן להו כדאמרי' בגמרא דאמר ליה רבא לאביי דאמר דכלהו משתרו בלחי או קורה כמאן כשמואל דאמר מבוי עקום תורתו כסתום אלא לדידן דקיימא לן כרב דתורתו כמפולש עושה צורת פתח לכלם מצד אחד ומצד האחר משתרו בלחי וקורה ולא הצריך הרב ז"ל לעקמימותם בצד המבוי שום תיקון אלמא אית ליה דתורתו כמפולש דיושר לגמרי קאמר. אלא שראיתי לרב מהר"י קאר"י ז"ל בסימן שפ"ד על דברי הטור שכתב עושה לכל אחד במקום פתיחתו לגדול צורת פתח מצד אחד ובראשו השני הפתוח לרשות הרבים לחי או קורה תפס דברי הרמב"ם ז"ל עם דברי הטור וכללן זה בזה וטרפן זה בזה כמדומה שכוונו שמועותיה' והם מופלגים מאד וקשה לזווגן כקריעת ים סוף וזה שהטור ז"ל אזיל לשיטתי' ואמרה לשמעתיה כהרא"ש רביה דסבירא ליה בההיא דמבוי עקום תורתו כמפולש וצריך צורת פתח בעקמימותו ובשני ראשיו לכל אחד לחי או קורה לכך במבוי העשוי כנדל הצריך צורת פתח לכל אחד במקום פתיחתו למבוי שהוא מקום עקמימותו ובראשו השני הפתוח לרשות הרבים לחי או קורה וכן הדין למבואות שמצד זה אבל הרמב"ם ז"ל מתוך דסבירא ליה עקום לא בעינן תיקון במקום עקמימותו כמו שמוכיחין דבריו שם עשאן למבואות הללו כאילו הם מפולשים מרשות הרבים שבצד זה לר"ה שבצד האחר ומתירו בצורת פתח מכאן ולחי או קורה מכאן וזה ברור בדבריהם ז"ל והר"ן ז"ל בתשובת שבעים ותשעה פסק שלא כדברי רש"י ז"ל ולא הצריך שום תיקון בעקמימותו כלל. מ"מ בין למר בין למר לתקן מבואות של ישראל בפני עצמן קשה הדבר לא יניחו העכו"ם קורות וצורת פתחים בראש כל פנה במקום שרגלן מצוי בהם גם כי בכמה מבואות צריכין לקנות מן העכו"ם אשר סביבותיהם וטריחא להו מילתא.

הילכך תיקונה כאותה ששנינו בסוף פרק כיצד מעברין עיר של יחיד ונעשת של רבים מערבין את כולה פירש רש"י של יחיד שלא היו נכנסין לה שישים רבוא ולא חשיבא ר"ה מערבין את כולה בתחילה ואין מבואותיה צריכות תיקון שהרי היא כחצר אחת וכגון שאין בה רשות הרבים גמורה של י"ו אמה ומדברי רש"י שם ולקמן בברייתא מוכח דמיירי בסתם עיירות שאינם מוקפות חומה אלא שפרוצות לשדה ותניא אין מערבין אותה לחצאין אלא או כולה או מבוי מבוי בפני עצמה ופרכינן מ"ש לחצאין דלא דאסרי אההדי מבוי מבוי נמי אסרי אהדדי וכתב הרא"ש ז"ל כיון שהורגלו בני העיר לערב יחד אסרי אהדדי ואין לחי וקורה מועלת לסלקן זה מזה אבל בצורת פתח או משהו מכאן ומשהו מכאן נחלקין וכן כתב התוס' על ההיא דרחבה וצריך שיהא ביניהם צורת פתח

או משהו מכאן ומשהו מכאן שלא יהא כל אחד נפרץ במילואו למקום האסור לו וכן כתב על שיור עיר של רבים כלומר שמפסיקין השיור בשני משהויין וכן כתב רבינו מאיר ז"ל דיכול לחלק מבוי לחצאין בצורת פתח או בשני לחיין דבהכי חשוב כסתום ומובדל מן הדיורין שחוצה להם שהרי אפילו בחצר א' אם רוצים לחלקן באמצעיתו בשני פסין של שני משהויין יכולין לחלקו כגון שאין בין פס לפס יותר מעשר ואם יש יותר מעשר יכולין לחלק בצ"פ דמהני כיותר מעשר ובכהי מהני בכל דוכתא וכן כתבה הטור בסימן שנ"ב בחילוק המבואות וכן כשבא לעשות שיור לעיר דבשני פסי' של שני משהויין סגי וכן כתב המרדכי בשם הר"ם והגהות מיימון בשם ספר מצות הקטן הרי כאן להדיא דכולהו רבוותא ס"ל בשני לחיין של משהו סגי כל שאינן רחוקים זה מזה יותר מעשר אמות דאז ודאי חשיבא כסתימה מעלייתא ונ"ל ראיה מדאמרי' בפ"ק דעירובין דף י"ב דר' אליעזר אומר לחיין דמבעיא לן רבי אליעזר לחיין וקורה קאמר או לחיין בלא קורה קאמר ומייתי ממעשה דרבי אליעזר שהלך אצל ר' יוסי בן פרידה תלמידו לאובלין ומצאו שיושב במבוי שאין לו אלא לחי א' אמר לו בני עשה לחי אחר אמר ליה וכי לסותמו אני צריך אמר לו יסתם ומה בכך אא"ב לחיין וקורה קאמר משום הכי אמר ליה לסותמו אני צריך אא"א לחיין מאי לסותמו ומשני הכא קאמר וכי לסותמו בלחיין אני צריך אלמא לחיין גרידי סתימה מעלייתא היא והיינו דקא"ל וכי לסותמו אני צריך דגבי מבוי היכר כל שהו בעינן. ועוד בשמעתין דלעיל דף ה' דלחי הבולט מדפנו של מבוי עבדינן ק"ו ומה חצר שאינה ניתרת בלחי וקורה ניתרת בעומד מרובה על הפרוץ מבוי שהוא ניתר בלחי וקורה לא כל שכן אף אנו נאמר ומה חצר שאינה ניתר' בלחי וקורה ניתרת בשני פסין של משהוין ושתי רוחות דהיינו שתי לחיין כדאמרינן בשמעתא דהכשר מבוי דף י"ב מבוי שהוא ניתר בלחי וקורה לא כל שכן. וכבר כתב רש"י ז"ל דבהאי ק"ו לא מצינן למימר שיהא מבוי ניתר בפס ארבעה דומיא דחצר דכיון דלאו לשם לחי הוקבע ולא לשם תיקון כי היכי דיצא מתורת לחי יצא מתורת פס. ועוד תירץ ר"י ז"ל בענין אחר מהא משמע דבשני פסין בכל ענין מחיצה וסתימה מעליא הוו וכן מוכיח לשון אלו הגדולים ז"ל שהכשירום בכל ענין ולא חלקו בין אם מבואות העיר מפולשים או סתומים ומוכשרים מצד אחד שדרך רוב עיירות שמבואותיה מפולשים מפיקים מזן אל זן ואפילו העקומים שבה דינם כמפולשים ואע"פ כן הכשירום בשני פסין האלו וכן ראינו בכל המקומות שפשט המנהג כן.

אלא שאני מתקשה במה שראינו שמבוי המפולש לא הזכירו בו הכשר אלא צורת פתח מכאן ולחי או קורה מכאן וצ"פ עצמו קנה מכאן וקנה מכאן ע"ג ואי סלקא דעתך

ששני לחיין סתימה היא למה הצריכו קנה שע"ג דקנה מכאן וקנה מכאן סגי ודוחק לומר דלהכשיר הצד הב' דלחי או קורה הצריכו צ"פ מכאן שאם היה מכשיר מכאן בשני פסין לא הוה סגי באידך גיסא בלחי אלא בשני פסין אחרי' וגם דוחק לומר דנ"מ לכשהוא רוחב יתר מעשר דמכל מקום הוה ליה לפרושי בעשר בשני משהוין וביותר מעשר בצ"פ וגם אין לומר דשאני התם דפתוח לר"ה דהא אפילו פתוח לכרמלית אמרו בקעה מכאן ובקעה מכאן עושה צ"פ מכאן וכו' ובקעה כרמלית היא לכך נראה דמבוי המפולש והאי אינו ניתר אלא בצ"פ דחשיבא מחיצה מעלייתא טפי משני לחיין והגדולים נוחי נפש שהכשירו לערב כל מבוי בפני עצמו בשני פסין לא אמרו אלא במבוי סתום ולהחמיר עליו שלא יהא ניתר בלחי וקורה דכיון שהורגלו בני העיר לערב יחד אסרי אהדדי ואין לחי או קורה מועלת לחלקם אם לא בשני לחיין בשני צדדין דחשיבי כסתום ומובדל אבל מבוי המפולש שאין הכשרו אלא בצורת פתח לא אמרו להקל עליו שיספיק לו שני משהויין. ומיהו דוקא במבוי בפני עצמו אמרו כן אבל בעיר אחת שבאי' להכשיר את כולה או להכשיר בה מקצת לא דנו בה דין מבוי מפולש ולא מבוי עקום שהרי כל המבואות שבעיר אינן צריכין תיקון כמו שכתב רש"י ז"ל ופשיטא דאית בה כמה מבואות מפולשות או עקומים שדינם כמפולשים כל שכן לשיטת רש"י ורבוותא דס"ל דמבוי עקום צריך תיקון דעקמימות אם כן למה לא נצריך תיקון למבואות העיר שהם בעקמימות אם כן מלאת כל העיר לחיין וקורות.

אלא כך נראה עיקרו של דבר שהכשירה של עיר אינה כדין מבוי אלא כלה בחצר אחת היא כדאמרינן בפרק המוציא תפילין גבי ירושלים דאף על גב דר"ה עוברת בתוכה דאמר רבי יוחנן אלמלא דלתותיה נעולות בלילה חייבין עליה משום ר"ה השתא דדלתותיה נעולות דינא ככרמלית וכתב רש"י שהרי היא כלה כחצר של רבים שלא ערבו והוא הדין בעיר שיש לה מחיצה או שיש אגר גבוה עשרה אע"פ שאין לה דלתות שלא הצריכו דלתות אלא להכשיר ר"ה כדאמרינן בפרק קמא וכן מוכח שם מדברי רש"י ז"ל בכיצד מעברין גבי עיר של יחיד ונעשה של רבי' כתב רש"י ז"ל כלשון הזה ואין מבואותיה צריכין תיקון שהרי היא כחצר אחד אע"פ שהוא מפרשה בעיר שאינה מוקפת חומה משיירא שחנת' בבקעה והקיפוה בכלי בהמ' ותנן מקיפין שלש' חבלי' זו למעל' מזו ומטלטלין בכול' ע"י המחיצה ובדין היה שלא להצריך שום תיקון במקומות הפרוצי' עד עשר כדתנן התם כל פרצה שהיא כעשר אמות הרי היא כפתח אלא לפי שאותם המקומות הם מפולשים במילואם לחוץ ולית בהו גירומי והוה ליה כחצר שנפרצה במילואה דצריכה הכשר אף על גב דהפרצה פחותה מעשרה הילכך נסתלקו ממנו דיני

מבוי והרי אנו דנין אותה כדין חצר אחד להכשיר' בשני פסין של שני משהוין שהוזכר בפרק קמא שאפילו נפרצה משתי רוחות דינה להכשיר בשני פסין כל שהיא פחותה וביותר מעשר בצורת פתח.

והנה ראיתי שכתב מהרי"ן ל"ב ז"ל בפ"ג בתשובותיו ששאלו ממנו על המבואות המפולשים שבשאלוניקי ובקושטנדינה אם צריכין צורת פתח מכאן ולחי או קורה מכאן או אם מספיק להם בשני לחיין כל שהוא מכאן ומכאן והרחיב והאריך לבאר מתוך לשונות הפוסקים שמקצת' זכרתי לעיל דבשני פסין של שני משהויין סגי בכל דוכתא בין במבואות הסתומים ובין במפולשים ובין כשהעיר מוקפת חומה ובין שאינה מוקפת חומה והעיד על עיר גדולה לאלקים שאלוניק"י שהיו עושים לחיים בכל הצדדים מהמבוי ומדבריו שאמר בכל הצדדים מהמבוי אתה למד שבמבוי מפולש הכשירו ואף אם הוא מפולש בעקמימות מצד אחד הרי אמרו תורתו כמפולש ומאחר שהכשירו שם בעיר במוקפת חומה ולא היו מערבין את כלה הרי המבואות הפתוחים לה כפתוחים לכרמלית שהרי ירושלים אף על פי שמוקפת חומה ודלתותיה ננעלות בלילה קרינן לה כרמלית בפ' כל גגות ודינו להצריכו צ"פ מכאן ולחי או קורה מכאן ואעפ"כ הכשירה בשני פסין מטעם שלא היו מערבין שם מבוי מבוי בפני עצמו אלא כל שכונת ישראל ביחד דהויא לה כעיר אחת וכחצר אחת ומפני רגל האחרים שלא תאסר עליהם וגם שלא יהיו מבואותיהם פרוצים למקום האסור להם הכשירום בשני לחיים וכ"ש בעיר שאינה מוקפת חומה דאדרבה עיר המוקפת חומה היה ראוי לדונה כדין של יחיד שלא תתערב לחצאין כמו שנראה מדברי המפרשים ז"ל ואף על פי כן הכשירום בכך ועוד ההיא דעיר של יחיד ונעשית של רבים ור"ה עוברת בתוכה ע"כ בשאינה מוקפת חומה היא כדפרש"י ז"ל שם ואעפ"כ הכשירו לערב כל מבוי בפני עצמו בלא קורה אלא בשני פסין וגם כשמערבין את כולה ומשיירין הכשירו להפסיקה בשני פסין ומסתמא אותם המבואופ המפולשים לשיור הם מפולשים לעיר או עקומים שתורתם כמפולשים אבל במבוי אחד מפולש או עקום שאנו באים להכשירו לבדו אין לנו ראיה להכשירו אלא בצ"פ דלא אשתמיט חד דוכתא בגמרא ולא בספרי הפוסקים ז"ל שיועילו בו שני פסין בפתוח עשר והראיות שהוכחתי דשני פסין מהניא לסתימה מההיא דאמרי' וכי לסתמו בלחיין אני צריך זהו דוקא למבוי סתום דבלחי אחד סגי ליה וגם כי עבדינן ק"ו מחצר לא עבדינן אלא למבוי סתום שהכשרו בלחי וקורה דין הוא שיוכשר בפני פסין אבל מפולש שהצריכו בו צ"פ דחשיבא סתימה מעלייתא טפי דהא מהני ביותר על עשר אין דנין ק"ו מחצר שיועילו בו שני פסין ומצאתי בתוספו' אהא דאמרינן בגמרא דף י"א במבוי שהוא

גבוה עשרים אי מהניא ליה צ"פ כי היכי דמהני ברחב יתר מעשר וקשיא לר"ח והא צ"פ קנה מכאן וקנה מכאן ע"ג דל לקנה דע"ג ליתכשר בקנה דמכאן ומכאן וי"ל דמיבעיא ליה היכא דלא מהניא ליה לחי כמו במפולש או ביותר מעשר דבעי צ"פ ע"כ. ומדבריהם למדנו שמבוי המפולש לא הותר בשני פסין עד שיעשה צ"פ והרב מהרי"ן ל"ב ז"ל רצה להתיר אף במפולש בתשובתו זאת וכבר חזר וכתב שהיה צריך לחזור ולעיין בדבר שעדיין לבו נוקפו דבאמת דלא נכו' כלל לומר שיהא ניתר מבוי מפולש כהך אבל כשאנו באין להכשיר עיר אחת שהיא נדונית כחצר אחת ואין מבואותיה צריכין תיקון מסתברא לדונה בכל ענייניה כחצר שהכשר' בשני פסין וכמו שהעיד ז"ל שהיו עושים בשאלוניקי ולא שני לן בין מוקפת חומה לשאינה מוקפת חומה כדכתיבנ'.

והואיל שהותר בשני לחיין של משהו הרי לא נתנו חכמים בהם שיעור ואמרינן בגמרא כמה כל שהוא אפילו כחוט הסרבל וכבר נהגו בכל מקומות ישראל לעשות לחיין מסי מחוי להכר וכמו שהביא מהרי"ק ז"ל בתחילה סי' שכ"ג מה שכתב המרדכי ומ"ש תרומת הדשן וכן עמא דבר.

ויש מקום עיון בעיר הזאת שהיא פרוצה לים במקצת מקומות יותר על עשרה אמות היאך תהא ניתר' והלא היא פרוצה למקום האסור לה דים כרמלית היא ובפרק קמא דמכילתין גרסינן מעשה במבוי אחד שצדו אחד כלה לים וצדו אחד כלה לאשפה של רבים ובא מעשה לפני רבי ולא אמר בה לא איסור ולא היתר איסור לא אמר דהא קיימין מחיצות היתר לא אמר שמא תעלה הים שרטון והביאה הרמב"ם ז"ל בפרק י"ז מהלכות שבת וכתב אינו צריך כלום שאשפה של רבים אינה עשויה ליפנות ואין חוששין שמא יעלה הים שרטון משמע מדבריו דמקום הים חשבינן ליה כסתום מדלא חייש אלא לשמא תעלה שרטון וכן כתב הרב המגיד ז"ל גבי מרימר דעבד לה לסור' באוזלי כלומר מצד האחר דאילו מצידו של ים אין לחוש לפי שאין הים בת טלטול עם המבוי אלמא כסתום דמי אלא שרש"י ז"ל פירש שם אשפה גבוה עשרה טפחים שפתו גבוה עשרה טפחים לכאורה משמע שהוא רוצה לומר שאם לא היתה שפתו עשרה אין כאן מחיצה ולא חשיב כסתום ואיכא למידק בדבריו למה הוצרך ז"ל לומר גבי שיעלה הים שרטון של חול ואבנים אצל שפתו כי כן דרכו ומתקצר רוחב הים ונעשה קרקע כרוחב פרסה או יותר דכיון דחיישינן שתעלה חול ואבנים אצל שפתו ותתבטל המחיצה תו לא צריך לומר שמתקצר רוחב הים ומיהו יש לומר שאף רש"י לא אמרה לענין זה דאפילו אין שפתו גבוה עשרה חשיב כסתום אי לאו משום דחיישינן שמא תעלה הים שרטון אלא לפי שהוא ז"ל מפרש שמא תעלה הים שרטון שיגרשו מימיו רפש וטיט להכי אשמועינן

רבותא דלא מבעיא אם אין שפת הים גבוה עשרה דאיכא למיחש למילתא דשכיחא שמא תתרחק הים וישאר המבוי פרוץ לכרמלית אלא אפילו אם גבוה עשרה דאפילו אם תתרחק קיימא מחיצתא קמ"ל דחיישינן לתרתי שמא תעלה שרטון של חול ואבנים אצל שפתו ותתבטל המחיצה וגם שתתרחק הים ויבואו לטלטל מן המבוי לתוכו ונמצאת פתוח למקום האסור לה אבל הרב המגיד מפרש דמסקא שרטון שתתרחק הים ולכך לא הוצרך להזכיר גבוהה עשרה ומדבריו למדנו הים כסתימה דמיא.

אך קשה דלקמן בפרקין תניא לשון ים הנכנס לחצר אין ממלאין ממנו אלא אם כן יש לו מחיצה גבוה עשרה טפחים ופרכינן ממלא הוא דלא ממלאינן הא טילטול מטלטלינן והא נפרצה חצר במילואה למקום האסור לה ואוקימנא דאית לה גידודי אלמא לשון ים אוסר בחצר מטלטל ונראה דאין ענין חצר למבוי וטעמא רבה איכא להכשיר במבוי דמשום היכר הוא תדע שהרי הכשירו בלחי וקורה ולחי אמ"ד דמשום היכר היא ולא משום מחיצה וקורה לכ"ע משום היכר הוא תדע דאמרי' מבוי שהכשרו בקורה המכניס מר"ה לתוכה פטור דקור' לא משויה ליה רה"י אבל הכשרו בלחי למ"ד לחי משום מחיצה הכניס מרשות הרבים לתוכו חייב אלמא גבי מבוי הכר בעלמא הוא דבעינן דלהכי מכשרינן באמלתרא אפי' גבוה מעשרים אמה דמסתכלי בה והויא היכרא הילכך ים ודאי חשיבה היכרא כיון שאינה בת טלטול כלל עם המבוי אבל לענין חצר דבעינן מחיצות ואילו לחי וקורה לא מהניא ביה ים נמי לא מהניא דלא חשיבה מחיצה וכי תימא חצר נמי ניתר בלחי וקורה כשאורכו יותר על רחבו ההוא מבוי מקרי וכל שנתנו לו דין חצר אינו ניתר אלא במחיצות וכל שנתנו לו דין מבוי היכ' בעלמא סגי ליה וכבר נתן הרשב"א ז"ל טעם למה שחלקו דין חצר לדין מבוי שחצר שעשוי לתשמיש של הצנע צריך יותר מחיצות גמורות ועוד מצינו שמבוי דריסת הרבים אוסרת' אפי' פרצה פחות מעשרה אלמא משום היכר משום רגל הרבים היא ויש מכלה את הרגל ממנה אבל חצר אין איסורא מחמת הרגל שהרי אמרו בפרק קמא חצר שהרבים נכנסים לה בזו ויוצאין בזו רשות הרבים לטומאה ורשות היחיד לשבת אלא מחיצות בעינן וים לא חשיבה מחיצה וכבר היה אפשר לדחות ולומר דההיא דמבוי שצדו א' ים שפרשה הרב המגיד שים חשוב כסתום בפרצה פחותה מעשר איירי והואיל ואין הרבים בוקעים בו דלא שכיחי רבים שילכו בשפת הים בתוך המים לא חשיבה פרצה אבל ביותר מעשר דאפי' לא בקעי בו רבים כגון דאיכא גידודי דלא עיילי בה רבים להדיא מכל מקום הוי פרצה גבי ים נמי חשובה פרצה והא ליתא כלל חדא דכל פרצה שהיא כעשר אמות לאו פרצה הוא דתנן הרי היא כפתח ולא נאסר היכא דבקעי בה רבים אלא משום דחיישינן

דילמא שבקי פתח' רבה ועיילי ונפקי בההיא פרצה ובטי' לה פתחא קמא ובטלה קורה דידה שנמצא שאין למבוי זה קורה ובהא לא שייך למיחש שמא יעלה הים שרטון או שמא תנטל אשפה דהא ודאי כל זמן דלא בקעי בה רבים חשיב כסתום תדע דהא לא חיישינן היכא דלא בקעי ביה רבים כגון שהמקום מטונף או מקולקל באבנים וטיט כדכתב שם רש"י ז"ל וניחוש שמא יתפנה המקום ויבקעו בו רבים א"כ אמאי לא אמר בה רבי לא איסור ולא היתר ואמאי אסרו חכמים וגם ללישנא דמרימר דפסק לה באוזלי סבר חיישינן שמא תעלה הים שרטון אמאי לא חיישינן התם שמא יתפנה המקום אלא ע"כ כל היכא דהפרצה בעשר אמות לאו פרצה היא כלל ועוד לא היה לו לרב ז"ל לומר שאין הים בת טלטול עם המבוי דלא מטעם טלטול נגעו בה אלא מטעם בקיעת הרבים דשבקי פתחא רבא והיל"ל שאין בוקעים רבים דרך הים ועוד דאי בפחותה מעשר אפילו תעלה הים שרטון הרי נשאר מקומה רפש וטיט כדכתב הוא ז"ל ולא בקעי בה רבים שעד שתתיבש חוזר הים לאיתנ' אלא ודאי מוכח להדיא דאפילו ביותר מעשר דבריו אמורים דכיון דאין הים בת טלטול עם המבוי הויא היכר' טובא טפי מקורה כיון דמגניאו על ידה כדאמרינן בפרק קמא דמגילה חזקיה קרא בטבריה בארביסר ובחמיסר מספקא ליה בפרזים אי משום דלא מגנו וטבריא מגניא שימה חומתה.

בזה נשאנו ונתננו לפני מעשה ומתוך הדברים נזכרתי מעשה בטבריא שרחובה פתוחה לים והיינו מטלטלין בכל העיר ובכל הרחבה על פי זקנים אף על פי שפרוצה יותר ממאה אמה.

ולענין השכירות שצריך לשכור רשות מהעכו"ם כבר נהגו בכל המקומות לקנות משר העיר או אנשיו שידוע שהמלך יר"ה יש לו רשות וממשלה בכל הדרכים וכן בדין ששנינו ופורץ לעשות דרך ואין ממחה בידו ודרך המלך אין לה שיעור אפי' במלכי ישראל ואין ספק שיש לו יכולת מן הדין להושיב אנשיו וכלי מלחמתו וכל בתי העם וכתבו המפרשים ז"ל דכל כה"ג שיש לו תפיסת יד בבתים יכול הוא להשכיר ושוכרים ממנו או משלוחו דשלוחו של אדם כמותו דקיל הוא שהקילו חכמים בעירוב שאפילו שכירו ולקיטו נותן עירובו ודיו וכן שכירו ולקיטו משכיר אף שכירו של מלך המקבל פרס ממנו וכן כתב הריב"ש ז"ל כלשון הזה יש לדון ולהקל בענין זה שיוכל האדון להשכיר רשות הגוים והממונה שלו כמוהו שהרי גם הממונה יוכל מטעמו להניח כלי האדון בביתם וא"כ חזר הוא להיות בעד האדון ומטעמו כשכירו ולקיטו של כל אחד ואחד עד כאן משמע דלא בעינן שיהא בו כח להושיב מאליו כלי מלחמתו של מלך אלא כל שרשות בידו להניחם מטעם המלך הואיל ושלוחו הוא דיו בכך וכי תימא אם כן אף כל

אדם יכול להניח מטעמו של מלך אין זה כלום דבעינן שלוחו ומשרתו שרגיל להטפל בעבודתו של מלך וכבר הורה זקן הרב מהר"י קארו וכתב בספרו הקצר שבמקומות שכל צרכי העיר אינם עושים אלא על פי השר או הממונה שלו ודאי ששכירות מהשר ההוא או משכירו ולקיטו מהני שהרי יש לו רשות להושי' אנשיו וכלי מלחמתו בבתי העיר בשעת מלחמה שלא מדעתם הרי הו' מבואר שכל שהשר יש לו יכולת שוכרין משכירו ולקיטו אף על פי שהם אין להם יכולת כלל הו"ל שכירו ולקיטו דגמ' ששוכרין הימנו אף על פי שאין לו שום תפיסת יד שהרי לקיטו פרש"י ששכרו לשעת הקציר ולשעת הבציר והרמב"ם פי' שמשו גם הרב הנזכ' בסי' שפ"ב הביא תשובת הרשב"א על אותם ששכרו מגזבר המלך לזמן קצוב שאף על פי שנחלף הגזבר אינם צריכין לחזור ולשכור לפי שגזבר המלך כמלך והשוכר ממנו כשוכר מן המלך והשכירות הוא נופל לכיס של מלך ואפילו משכירו ולקיטו נרא' כן שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל עד כאן הרי פיר' שמשכירו ולקיטו של מלך יכולים לקנות ואין ספק שכל עבד מעבדיו הקטנים לא גרע משכירו ולקיטו שהרי הוא משועבד לעבוד עבודתו וגופו קנוי ללחום את מלחמותיו וכתב הוא ז"ל על דברי הרשב"א ז"ל שאף אם שכרו ממנו בסתם ונסתל' הגזבר מגזברותו אם עדיין הוא אוכל פרס שלו אפילו לא שכרו ממנו קודם אם היו שוכרים ממנו עכשיו מהני שהרי הוא שכירו ולקיטו של מלך וכדאי הוא הרב ז"ל לסמוך עליו בדברים חמורים מאלה כל שכן בעניני עירוב שהלכו בהם אחר המיקל שהרי אמר רבי ישמעאל בר יוסי משם אביו כל מקום שאתה מוצא להקל בעירוב הקל והיינו לסמוך על דברי היחיד כהא דאמרינן הלכה כדברי המקל באבל באלו מגלחין וכהא דאמרי' כל המקל בארץ הלכה כמותו בח"ל דהיינו אפילו המקל יחיד אצל רבים דאילו בשוין בכל מילי דרבנן אזלינן לקולא כדאמרינן בפרק קמא דע"ז אחד אוסר ואחד מתיר אם היה אחד מהם גדול בחכמה ובמנין הלך אחריו ואם לאו בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המקל אלא שמצאתי בהלכות הרא"ש ז"ל בפרק קמא כתב משם רבינו מאיר ז"ל דהא דאמרינן הלכה כדברי המקל בעירוב דוקא בפלוגתא דתנאי אבל בפלוגתא דאמוראי לא אי נמי במחיצות לא ובס' אור זרוע פסק כמאן דמתני לקולא וצריך עיון שבסמוך לזה כתב בשם רבינו מאיר איפכא שר"ח פסק כרבי זירא דהלכה כדברי המקל ולמד רבינו מאיר מדבריו דאפילו באמוראי אמרו לקולא וכן כתב בר"פ הדר וגם בשילהי פרקא גבי מערבין בפת ובהדיא אמרינן בפרק מי שהוציאוהו אמר ריב"ל הלכה כדברי המקל אף על גב דהתם יחיד כנגד רבים ובפרק אלו מגלחין אמר רבי יוחנן אף על פי שרבי עקיבא מקל וחכמים מחמירין הלכה כרבי עקיבא דאמר

שמואל הלכה כדברי המקל באבל אלמא כל היכא דאמרינן הלכה כדברי המקל אפילו יחיד כנגד המרובים כ"ש בדבר הברור מפי סופרים ומפי ספרים והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זל"ה.

סימן צה

שאלה שתי כתות שנשתתפו במוקטעא אחת בשבועות ואלות התורה להיותם מתנהגים בעניני המוקטעה בנאמנו' ויושר לבב ואחר זמן הוצרכו לחדש הביראט ושלח כל כת וכת אחד מהם אצל הפנקסי והמשנה הגדול וצוה הפנקסי לסופר שיכתוב הבירט ואמר השליח אשר מהכת הא' לסופר שלא יכתוב בביראט שם אחד מחביריו ואנשי כתתו וכשמוע השליח אשר מהכת האחרת את דבריו אמר ליה מה אתה עושה כי האיש ההוא יחרה אפו דגורם נזק גדול במוקטטה ובפרט שאתה יודע כי כדאי הוא לעשותו ויען השליח האחר ויאמר לו מה לך בינותינו ובין אנשי כתתנו ובפרט שכבר אתה יודע שכל דין ודברים אשר יהיו בינינו יהיה נדון על פי הרוב והנה לך כתב בחתימ' כל חבירי כתתנו שהסכמנו כלנו להסיר אותו מהביראט בשביל טענה שיש בינינו לתועלת המוקטעה ויהי כראות השליח מהכת האחרת את הכתב וחתימת ידי כל אנשי כתתנו שהסכימו על הדבר וכי כך היה התנאי ביניהם שכל דבר הפרש שיהיה ביניהם יהיה נדון ע"פ הרוב שתק ויהי בבואם עם הביראט טרם יקרבו איש אל רעהו שמע האיש ההוא איך לא כתבו את שמו בבריאט ויחר אפו עד מאד והלך האיש ההוא ונשתתף עם תוגרמים להעלות הסולמות עשר או עשרים משאות יותר ויהי כשמוע חבירו את אשר הוא רוצה לעשות שלח לו כתבים פעם ושתים ושלש ע"י רצים לחלות פניו שלא יזיק לסולמות ולא ידבר כלום למופטיש' עד שיתראו פנים זה עם זה ואם לא יתן טעם וטענה מספקת אל מה שעשה אשר על כן עשה הדבר בעצת כל חבירו כתתו אז יעשה ככל אשר בלבבו שידע באמת כי כל מה שעשה הוא לתועלת הסולמות והאיש ההוא לא שמע אליו ולא הטה אזנו אל כתביו אלא אדרבה אז שלח לקרוא למופטיש' שהיה בעיר אחרת רחוקה והביאו שם והיזק במוקטעה נזק גדול עד מאד עתה ילמדנו רבינו אם יוכלו לומר אנשי הכת משני האנשים אשר להם לאנשי הכת האחרת שיפרעו חלקם מהנזק אשר עשו מחבריהם או כלם במה שהסכימו בעצתם להסיר את חבירם מהביראט ואת"ל שאין על הכת האחרת חלק בנזק אשר עשו חברי הכת האחרת ילמדו רבינו מי ומי יפרע הנזק ההוא אם כל חבירי הכת ההוא אם המזיקים כיון שבעצתם נעשם הדבר או דילמא שאין שליח לדבר עבירה והשליח וחביריו עשו שלא כדין שלא יתנהגו בנאמנות במוקטעה כיון שעשה שלא מדעת האיש ההוא אשר הסירו אותו משהביראט והאיש ההוא אשר

עשה הנזק הגדול ההוא עשה שלא כדין כיון שלא המתין לשמוע טענת השליח וחביריו שהסכימו להסירו מהביראט ואם תמצא לומר שהשליח והמזיק הנזק הגדול חייבים לפרוע הנזק ילמדנו רבינו אם יפרעו שניהם הנזק בשוה או יפרע כל אחד מה שהזיק ושכרו כפול מן השמים אמן.

תשובה השליח שעשה מדעת אנשי כתתו נראה דלאו פושע הוי כיון שבא מחמת טענה שמוסכם ביניהם שכל דבריהם יפסק על פי הרוב והוציא כתב בחתימת כל החברים שהסכימו שלא יכתב שם האיש ההוא בביראט שהיה בדבר תועלת למוקטעה ואין שייך לומר כאן מה שהוזכר בשאלה דאין שליח לדבר עבירה דההיא דוקא כשהשליח יודע שיש עבירה בדבר כמו שאמרו דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אבל כאן סבור הוא שכך היא חובתו לשמוע דברי חביריו ואדרבה אם היה משנה ממה שאמרו לו היה חייב לתקן את אשר עוותו שכל המשנה ידו על התחתונה והואיל שבשליחות אנשי כתתו עשה אין עליו תרעומת אבל נר' שכל החבירים אנשי כתתו טעו בדבר זה שהסכימו בהסכמה זו שלא מדעת האיש ההוא שאע"פ שהוסכם ביניה' שכל דבריה' יהיה נפסק על פי הרוב דרוב מכלל כלו בעינן דהא מילתא דאזלינן בתר רובא מקרא ילפינן לה בפרק קמא דחולין ברובא דאיתיה קמן כגון סנהדרין וחניות דאמרה תורה אחרי רבים להטות ומכל מקום אם דנו רובם שלא בפני כלם אין דיניהם דין כדתנן גבי ממונות פרק זה בורר שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב זכאי שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי חייב שנים אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדייני' ופרש"י ז"ל ואף על גב דאי הוה פליג עלייהו היה בטל במיעוטו כי אמר אינו יודע כמי שלא ישב בדין לעולם ונמצא הדין בשנים ואנן תלתא בעינן ותנן נמי בפרק היו בודקין גבי דיני נפשות כי האי גוונא אפילו עשרים ושנים מזכין או מחייבין ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים וכי היכי דהתם לא אמרינן רובו ככלו אלא ברובן מכלל כלן ה"נ הכא דאם לא היה תנאי זה בניה' לא היו יכולים הרוב לכוף את המיעו' במילת' דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ועתה שהסכימו ללכת אחר הרו' ויהא כאלו הסכימו כלם צריך שיהא מדעת כלם וכל א' ואחד מרצה דבריו לפניהם ואז הולכים אחר הרוב וכל שלא עשו כן אין מעשיהם כלום ואולי סברו שהאיש הוא נוגע בדבר ושמא היה מסרב לכך העלימו ממנו מפני תועלת המוקטעה כי אולי אחר מעשה לא היה מסרב וליתא דאדרבה לפי שההסכמה היתה עליו היה צריך בפניו דיבוא בעל השור ויעמוד על שורו. ועוד נראה דאפילו היה עמהם בעצה לא היו הרוב יכולין לכופו כיון שהדבר אינו נוגע להם אלא לו לבדו שלא אמרו לילך אחר הרוב אלא בדבר שיד כלם שוה בו להלך אחר

רוב דעות אבל אם יסכימו כלם על אחד מהם לגרוע כחו נעשו כלם נוגעים בדבר ובמקום אחר הארכתי בדבר זה. ומיהו אף על פי שהם לא עשו כהוגן בזה מכל מקום אין לחייבם בנזק שנתגלגל על ידיהם במה שעשה האיש ההוא מחמת כעסו דאפילו גרמא אין כאן וגריע טפי מפורץ גדר בפני בהמת חבירו וכופף קמתו של חבירו לפני הדלקה דפרק הכונס דהנך פטורים מדיני אדם אבל בדיני שמים מיהא חייבים שכוונתם להזיק אבל אלו אין כוונתם להזיק אלא לתועלת וכי תימא בנזקי אדם לא חלקת בו בין שוגג למזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין ה"מ במידי דבמזיד חייב מדינא אף בשוגג חייב דאדם מועד לעולם אבל בדבר דאפילו במזיד פטור מדיני אדם לא מחייבי ליה בדיני שמים אלא למי שכוונתו להזיק כי כל לבבות דורש ה' אבל לא ענש על השוגג וכי האי גונא אמרי' בפרק הנזקין גבי המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור במזיד חייב ומפרש לה ר' יוחנן דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטור דהיזק שאינו נכר לא שמיה היזק ומפני מה אמרו מזיד חייב שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו ואומר פטור אני הילכך גבי גרמא בנזיקין נמי דפטור אבל אסור בשוגג אפילו בדיני שמים נמי לא מחיי'.

אבל האיש ההוא אשר ידיו חדודו' וחרוצות לעשות מעשה זר מעשיהו אע"פ שכתבו לו שימתין עד בואם אליו לתת לו טוב טעם ודעת על מה הסכימה עצתם לעשות כן לא להפקיע כחו כלל אלא לתועלת כלם ולא חכה לדבריהם וחלף חק הפר ברית שבועת אלים אשר בינותם ודאי פושע הוא ואולי יש לו טענה לומר מאחר שהם עשו שלא כהוגן אף הוא נפט' מחייובם דומיא דההיא דאמרינן בסוף פרק קמא דסוטה הוחלה שבועתו של אבימלך דכתיב אם תשקור לי ולניני ולנכדי ופרש"י בטלה שבועתו של אבימלך לפי שהם עברו על השבועה תחילה וכענין זה אמרו באגדה הביאה הרמב"ן ז"ל בסוף ספר ההשגות על מנין המצות כשפג' דוד בעמון ומואב ובקש לזנבן והוציאו אנטליות שלהם שכתו' אל תצר את מואב וכו' עמד ונתעטף ובא אצל סנהדרין ולמד שהם פרצו את הגדר תחילה וכו' ומפני כך נפטר מחיובם ואינה כלום שהואיל ולא היה כוונתם להפקיע כחו ולא לשקר באמונתו כמו שכתבו לו שהתנאים שביניהם והשבועה קיימת מה היזק בא לו במה שלא כתבו שמו אם לא היה מתרצה היו חוזרים לכותבו ומה שהיה צריך להוציא על זה היו פורעים משלהם והשבועה הגדולה לאלהים היתה להיות כלם לב אחת ולהתנהג בנאמנות גמורה זה עם זה ואחר כוונת הלב הדברים אמורים ולא עברו על השבועה באשר כן עשו אע"פ שכתבנו שאין טעם הסכמת הרוב ענין לכאן ואם היה הוא מעכב לא היה להם לעשות מכל מקום מאחר שעשו כסבורים שלא יעכב בדבר אינם עוברים ולא פורצים גדר ואף הוא לא נפטר מחייבם בכך.

ומעתה צריכין אנו לדון על דבר ההפסד הגדול שעשה להם במה שהוסיף כל כך משאו' על המוקטעה ועל זה הוצרכו לפזר ממון הרבה שלא יתחשב כל אותו התוספות זולתי ג' משאות וחזר וקבלו עליהם המוקטעה אם יתחייב האיש ההוא בהפסד המרובה הזה. ואלו היה אדם אחר שאינו מן השותפי' והוסיף במוקטעה כבר פשט המנהג להתיר ולא דמי לעני המהפך בחררה ובא אחר ונטל' ואף לא ליורד לאומנות חבירו דפסיק לחיותיה שסמכו לומר דינא דמלכותא דינא ובדין המלך כל המוסי' נוטל ומשפט חרוץ הוא וקרוב לדין ועשאוהו כהקד' שלהם הנקרא וא"קוף הואיל והממון הוא לצורך מלחמות האויבים הם נכסי רבים דמאן פייס ומאן מחיל הלכך מתחילה על דעת כן נותנים המוקטעה שבכל עת שימצא מי שיוסיף יקחנה או יקבל הלה את התוספת אבל כשיש הפסד ניכר בדבר כגון שנתנו כסף מוקדם והדבר ידוע שאם יסתלקו מן המוקטעה יאבד הכל זה ודאי אסור שהרי הוא מזיק נכסי חבירו ממש ולענין תשלומין נראה שבאנו למחלוקת הגדולים ז"ל כההיא דפרק חזקת דאמר שמואל נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר וכל המחזיק בהם זכה בהם וכתב רשב"ם ז"ל וי"מ שמעות מיהא יחזיר ללוקח הראשון ואין נראה כלל מדקאמר הרי הם כמדבר ורבינו האיי ורבינו חננאל והרמב"ם ז"ל בפרק א' מהלכות זכיה דעתם דמחייב לפרוע לו הדמים. והרא"ש ז"ל הביא דברי רבינו חננאל שכתב דמן ההפקר הוא זוכה דנסתלק המוכר והלוקח לא קנה ומכל מקום חלה זכיית הלוקח על השדה למשכנתה בשעת מתן מעות אף על גב דמקני לא קני לגמרי אפילו בכסף היינו לקנות גוף השדה אבל תורת משכנתה לא פקע מיניה כאותה ששנינו בפ' הפרה משכונו של גר ביד ישראל זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר וכתב עליו הרא"ש ז"ל דלאו ראיה היא דהתם בא משכונו של גר ליד ישראל מתחילה בתורת משכנתה אבל הכא כיון דלא קנה משכנתה נמי לא הוי.

איברא דאין ראיה מההיא דפרק הפרה כלל לומר דכי היכי דהתם איכא שיעבודא הכא נמי משתעבד דלא דמיא כי עוכלא לדני אבל בענייותי נראה שטעמו של ר"ח שאמר שחלה זכיית הלוקח על השדה למשכנתה בשעת מתן מעות היינו משום דקי"ל המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים כדאמרי' בפרק חזקת אפילו בכל חזקה שאין עמה טענה ומפ' דלא דמי למלוה על פה דמאן דיזיף בצנעה יזיף אבל זביני מאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין כי היכי דלפוק לה קלא הילכך לקוחות אינהו אפסיד אנפשייהו שאילו היו חוקרים היו יודעים שהלה קנה קרקע ואחריותו על כל נכסיו והכא עדיף טפי דהוי כאפותיקי מפורש דלא מצי למימר ליה הנחתי לך מקום לגבות הימנו דכיון דבתורת מכר בא לידו הוה ליה כמאן דאמר לא יהא לך פרעון אלא מזה הלכך בשעת מתן

מעות דנפק קלא אף על גב דארעא לא קנה מכל מקוה תורת משכנתא לא פקע מיניה משום דלא נגמר המכר ולא הביא רבינו חננאל ז"ל אותה דפרק הפרה אלא לדוגמא שיש זכיה לחצאין ואף על פי שיש ללוקח זכות על הקרקע למשכונא כנגד מעותיו מכל מקום רווחא שבק לזוכה שיזכה במותר ולהכי אמרינן הרי הם כמדבר שכל המחזיק בו זכה כלומר במותר דומיא דמשכונו של גר ביד ישראל שאף על פי שיש לזה שעבוד עליו יש למחזיק בו זכיה דמותר.

ומיהו נראה דהכא דברי הכל שאין כאן שיעבוד ולא זכיה בזה דדבר שלא בא לעולם הוא ואף רבינו חננאל וסייעתו מודים דשני זכה לגמרי וילך הראשון ויתבע מעותיו ממי שנתנם ודין מוסר ומזיק ממון חבירו נמי לית ליה דמשעה שנכנס המעות לידם כמאן דאפסיד לגמרי דמי דומיא דההיא דאמרי' בהגוזל ומאכיל מכיון דאוקומי עלייהו כמאן דקנינהו דמי ואף ממון זה משנמסר בידם הוי כתוא מכמר ואפי' תימא שע"י גרמתו נפסד מלהתפרע גרמא בנזיקין הוא ופטור דומיא דיודע עדות לחבירו ואינו מעיד דאפילו הוי תרי סהדי פטורים מדיני אדם וחייבים בדיני שמים כדמוכח בהכונס ולא דמי לשורף שטרו של חבירו דקי"ל כאמימר בפרק הגוזל עצים דמגבינן מיניה כי כשורא לצלמי למאן דדאין דינא דגרמי שהתם ההיזק בא מיד אבל כל שאינו נזוק מיד כגון הכא דאיפשר שיפרעו להם מאת המלך אחר כן וכל כה"ג מיקרי גרמא בנזיקין כדכתבו המפרשים ז"ל בחילוק דינא דגרמי לגרמא בניזקין ואעפ"כ בדיני שמים חייב מאחי' שהוא יודע שהוא גורם להפסיד ממון חבירו ורשע מיקרי טפי מעני המהפך בחררה ובא א' ונטלה ואף על גב דבההיא דפרק חזקת דנכסי עכו"ם הרי כמדבר שכתב רשב"ם דשני רשע מקרי ונחלק עליו הרא"ש ז"ל דלא הוי עני המהפך בחררה וכולי אלא במוכר או בשדו' הנמצאים במקום אחר אבל במציאה דהפקר לא הרא"ש ז"ל אזיל לשיטתיה דס"ל אפילו דמים לא יהיב וזכי לגמרי הוי כמציאה שאמרו בפרק קמא דמציעא נפל לו עליה ופירש טליתו עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה וכתבו שם התוספות ואפילו רשע לא מיקרי אלא היכא דאיפשר ליה למיטרח ולמזבן ארעא אחריתי במעותיו דומיא דההיא דרב גידל דריש בפרק האומר אבל דמציא' והפקר דליכא למימר הכי אפילו רשע לא מיקרי והכא נמי כיון דלהרא"ש ז"ל זכי לגמרי הוה ליה כמציאה והפקר אבל בנד"ד דמעות הוא פורע למלך ויכול לחזר אחר מקום אחר שלא יזיק לישראל חבירו רשע גמור מיקרי נהי דאם לא היה מזיק לחבירו לא הוה אמרינן דמקרי רשע דדינא דמלכותא דינא כדכתבינן וכבר פשט המנהג להתיר ואין לנו להפקי' זכותו של מלך אלא כל המוסיף יבא ויוסיף אבל בדבר שגורם הפסד לחבירו אסור ורשע מיקרי.

וכל זה שאנו דנין הוא באדם אחר שבא ליקח המוקטעה מיד ישראל חבירו אבל בנדון שלפנינו נראה דכל מה שהוצרכו להוציא לחזור הדבר כמות שהיה חייב המזיק לשלם משני טעמים חדא ששותפין שנשתתפו בחברה אחת והוציאו ממון וקבלו עליהם המוקטעה לזמן קצוב מאותה שעה נשתעבדו זה לזה ונעשו שומרי שכר זה לזה כדאמרי' בפרק חזקת כל שכן דאותם המעות שנתנו מוקדמים למלך שכלם חייבים להצילו וזה כמזיק בידים הוא ופשיטא שהוא מחוייב בו דומיא דרועה שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קדם כל שכן היכא דפשע דומיא להההיא דאמרינן בהשוכר את הפועלים גנבא שריא בדוכתא פלן יתבינן כך וכך גברא איכא בהדן וכולי הוליכן למקום גדודי חיה וליסטים שהרי נתחייבו בגופם ובממונם לסייע בכל ענין שנוגע לשותפות להרחיק הנזק ולקרב התועלת זה הוא הנר' לעניות דעתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צו

לאנגורה להחכם כמהר"ר משה בוטון נרו'.

שאלה ומאי דשמיע ליה למר על הרב אבא מארי ז"ל שהורה לכהן א' שהיה דר בתוך הכא"ן בצפת תוב"ב ונמצא ביום השבת מחוץ לחצר הכא"ן ולא היה נכנס מפני טומאת מת לפי שכל החצר מוקפת אכסדרה ומאהיל על הפת' והורה לו שיכנס ואמר אין טומא' בשבת וכי אמרוה לשמעתא קמי מהר"י קארו ז"ל אמר אני לא שמעתי שמא הוא שמע ויש לו על מה שיסמו' ובעי מר מינאי אם ידעתי ראיה לדבריו ז"ל.

תשובה הלכה זו מקופחת ששמע השומע וטעה שח"ו שהתיר טומאת אוהל דאורייתא ולא טומאה דרבנן אלא כך היה מעשה שמת אחד היה בבתים שבאמצע השכונה באויר החצר ומופלגין מפתח החצר ומן הבתים שסביבות החצר ולפי שאין לאותה שכונה אלא פתח אחד נהגו הכהנים חומר בעצמן שלא לעבור בפתח שעתיד המת לצאת ומנהג זה של כת קודמין הוא ואומר העולם סוף טומאה לצאת וכבר נתרעמו על הדבר חכמי הדורות כי אין למנהג הזה על מה שיסמוך כי לא אמרו סוף טומאה לצאת אלא בשיש שם אוהל אלא שסתימת הפתח חוצצת כגון ההיא דפ"ז דאהלות דתנן המת בבית ובו פתחים הרבה כלם טמאים פי' מטמא באהל אם האהיל השקוף על האדם ועל הכלים טמאים ואף על פי שהם מוקפין בדלתות גזרו חכמים שלא יהא הדלת חוצצת בפני הטומאה כיון שעומדת ליפתח כדי להוציא את המת כפתוחה דמיא והוה ליה אהל הטומאה ותנן חשב להוציא באחד מהם או בחלון שהוא ד' על ד' הציל על כל הפתחים אבל במקום שאין שם אהל מה מקום יש לטמא פתח שער העי' או שער השכונה מפני

שעתידה טומאה לצאת משם וכמדומה לי שהרב מהר"ר אסרלן בכתביו דבר בזה אין ספריו כעת בידי ואלו ידענו שהמנהג יצא להם מהלכה זו היינו מבטלים המנהג שמנהג בטעות הוא כאותה שאמרו בירושלמי בריש פרק מקום שנהגו כל דבר שאינו יודע שהוא מותר וטועה בו באיסור נשאל ומתירין לו וכל דבר שיודע שמותר ונוהג בו באיסור נשאל ואין מתירין לו אלא אמרו שמא רצו הכהנים לנהוג סלסול בעצמן שלא לעמוד בחלל פתח השער השכונה שעתיד המת לצאת משם שמא יביאוהו בפתע בלא ראות ויאהיל עליהם ואם מטעם זה נהגו אין לבטל מנהגם אף על פי שלא מצינו שחשו חכמים בדבר מכל מקום נכון הוא הוא ליזהר במצות כדאמרינן בסוף פרק קמא דע"ז ונשמרתם מכל דבר רע שלא יהרהר אדם ביום וכו' מכאן א"ר פנחס בן יאיר זהירו' מביא' לידי זריזו' זריזו' מביא לידי נקיות וגם אמרו בפ"ק דשבת הלכתא רבתי לשבת שיהא אדם ממשמש בבגדיו ע"ש עם חשיכ' וכל כיוצא בזה דין מנהג יש לו כאות' שאמרו שם בירושלמי נהגי נשיה דלא למעבד עובדא בריש ירחא מנהג דלא למעבד עובדא באפוקי שבתא עד דתתפני סדרא ובזו מנהג הורה אבא מארי ז"ל לכהן זה שיכנס בשבת ולא יחוש לחומרא של מנהג שמאחר שלא נהגו אלא מפני החשש שמא יבא עליהם המת בטוחים הם בשבת שלא יבא וזו לא מצאתיה בספריו ולא בתשובותיו הנמצאות אתי אלא שזה כמה שנים סח לי החכם השל' כמה' אלעזר אזכרי ז"ל המאורע לפי תומו וכך היה מעשה כמו שכתבתי וזה ששמ' השומע שאמר אין טומאה בשבת ח"ו לא כך אמר אלא כך אמר אין דרך טומאה לצאת בשבת וכשנאמרו הדברים לפני מהר"י קארו ז"ל לא נאמרו בטעמן שאילו סיימוה קמיה לא היה תולה הדבר בשמועה אלא בטעם של סברא ואף על פי שדבר חכמה היה ומסתבר טעמיה אני מביא סעד לדבריו ז"ל מההיא דאמרינן בפרק כיצד משתתפין דתנן המניח את ביתו והלך לשבות בעיר אחרת דקי"ל כרבי יוסי דאמר נכרי אוסר ישראל אינו אוסר שאין דרך ישראל לבא בשבת דלר' יוסי דירה בלא בעלי' לא שמיה דירה ואסר משום שמא יבא ויאסור עליהם ומכל מקום ישראל אינו אוסר שאין דרך ישראל לבא בשבת אף זו כיוצא בה. ומיהו באותה דהמת בבית ובו פתחים הרבה דמטמאין כל הפתחי' משום דעתידה טומאה לצאת בין בחול בין בשבת מיירי אף על פי שאין עתידה טומאה לצאת בשבת דטעמא הוא דאותה סתימה חשבינן ליה כפתוח כיון שסופה לצאת לאחר זמן וכיון דאינה חוצצת הרי המת מאהיל עליו אבל כאן שלא חששו אלא שמא יבא המת עליהם אין דרך המת לבא בשבת נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צז

שאלה עובר רך אמו בפרק שני דגיטין גבי עבד ובפרק כיצד מערימין ובפרק הפרה ועיין ס"פ מרובה ובפ' הבע"י

ובפ"ב דחולין אין מזמנין גוי על בני מעיים וכתב שם התוספות נהי דפטור על הנפלי' אבל לא שרי וכו' דהא דאסור מדין חבלה הוא ותנן בפ' שביעי דאהלות האשה שהיא מקשה לילד מחתכין את הוולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים מפני שחייה קודמין לחייו יצא רובו אין נוגעים בו שאין דוחין נפש מפני נפש וקשה טעמא משום דחייה קודמין לחייו הא אם לא היה לה סכנת נפשות יש בחיי הוולד בית מיחוש והיכי אמרינן בערכין דהורגין את הוולד בידים מפנ' ניול האם. ועוד קשה דמייתי בההיא שמעתא גופה דערכין האשה שישבה על המשבר ומתה בשבת מביאין סכין ומקרעין את כרסה ומוציאין את הוולד ומפרשינן לה דלא נצרכה אלא להביא סכין דרך רשות הרבים דאף על גב דספק נפשות דוחה את השבת מ"ד התם הוא דהוה ליה חזקת חיותא הכא דלא הו"ל חזקת חיותא מעיקרא אימא לא קמ"ל אלמא דספק נפשות חשיב כיון דדוח' את השבת ועוד דבפרק ד' מיתות אמרי' דבן נח נהרג על העוברין דכתיב שופך דם האדם באדם איזהו אדם שהוא באדם זה עובר שבמעי אמו והתם לקמן בהך פרקא אמרינן ליכא מדעם דלישראל שרי ולגוי אסור וכתבו התוספות דעל העוברים דגוי חייב וישראל פטור אף על גב דפטור לא שרי אלמא יש איסור בדבר.

ויש לתרץ ההיא דיוצאה ליהרג שאני הואיל וסופו ליהרג עם אמו דעובר ירך אמו הוא כדאמרינן בפרק כיצד מערימין ובכמה דוכתי משום ניול דאמו מקדמינן ליה מיתה אי נמי איכא למימר דלעולם עובר לאו כילוד דמי דכירך אמו הוא ואשה שמתה שאני שהוא חי ומתה אמו הרי הוא כילוד דלא חשיב אדם שהוא באדם אלא כמי שיצא לאויר העולם וכנגדו בבהמה טעון שחיטה. ובפרק בתרא דיומא גבי ההיא דעוברה שהריחה הביאו משם הרמב"ן ואיכא מרבוותא דאמרי דמשום סכנת וולד לחודיה מחללין ואיכא מאן דאמר שאין מחללין משום נפלים ועוברה שהריחה משום חשש מיתה דידה הוא וטעמא דיושבת על המשבר שמתה טעמא אחרינא הוא דהרי הוא כילוד דתו לאו ירך אמו הוא דלאו בדידה תליא אלא חי הוא ודלת נעולה בפניו וליכא חששא אלא דליכא חזקה דחיותא וספק נפשות להקל הרי דדבר זה אכתי לנפלים דין נפשות לפקוח פלוגתא היא וספק נפשות להקל להחיותן כל שכן שלא לפגוע בהם ומינה ילפינן לנפלים דגוים דלמאן דאמר הכא מחללין עליהם שבת בדידהו מיהת איסור' איכא.

ומיהו תימה דלא חשיבי נפש ובגוים שרי לגמרי. מכל מקום להתעסק עמהם שיפילום קעבר על לפני עור לא תתן מכשול לפי שהם מוזהרים על הנפלים ונהרגים עליהן ואמרינן בפרק קמא דעבודה זרה מנין שלא יושיט אדם כוס יין לנזיר ואבר מן החי לבן נח תלמוד לומר ולפני עור לא תתן מכשול אם שיש רופאים אחרים שיאמרו להם דלא קעבר אלא היכא דקאי בתרי עברי דנהרא כדאמרינן התם.

ועל תפילת המנחה שאתם נוהגים להתפלל סמוך לשקיעה ומתפללים מנחה וערבית יחד כל הקהל וערער עליכם חכם אחד נראה דלא אריך למעבד כהאי גוונא דהא אבייי לייט עלה דילמא פשע וכל הקודם הרי זה משובח כשם שאמרו זריזין מקדימין למצות שנאמר וישכם אברהם בבקר וכשם שתפלת השחר אף על פי שזמנה עד ארבע שעות אין להתעצל בה אף תפלת המנחה מכי מטי תשעה שעות ומחצה אין להתעכב ושנינו בפרק תמיד נשחט יצתה כת ראשונה נכנסה כת שניה וכולי נכנסת כת שלישית במתניתא תנא היא נקראת כת עצלנית ופרכינן בגמרא והא לא סגיא בלאו הכי שהרי מצות הפסח בשלש כתות שנאמר קהל ועדה וישראל ומשני אפילו הכי איבעי להו לזרוזי נפשייהו כדתניא רבי אומר א"א לעולם בלא בסם ובלא בורסי אשרי מי שאומנותו בסם או למי שאומנותו בורסי ועוד מאחר ששנינו בפרק קמא דשבת לא ישב אדם לפני הספר סמוך למנחה עד שיתפלל ולא יכנס למרחץ וכולי ואפילו סמוך למנחה גדולה חשו שלא תשבר הזוג ושלא יתעלף כל שכן שאסור לכוין לכתחילה עם דומדומי חמה שמא תטרף לו השעה ובר מן דין מדברי הרמב"ם ז"ל יראה דאין להתפלל לכתחילה מפלג המנחה ולמעלה כיון דפלוגתא דרבי יהודה ורבנן הוא ואמרינן דעבד כר' יהודה עבד וכו' ולר"י זמן ערבית הוא ולא זמן מנחה.

סימן צח

שאלה ששאלתם לראובן בא על שפחת שמעון והנה היא הרה לזנונים ונודע הדבר בבירור ובהודאתו שהוא עברה ותובע שמעון דמי השפחה מראובן יען כי הוציאה לתרבות רעה ונפחת מדמים ועוד טוען שאינה עושה מלאכה כראוי וגם שמא תמות מחמת לידה יורנו המורה לצדקה ושכרו כפו' ומכופל מן השמים.

תשובה מה שטוען שגרם שיצאה לתרבות רעה אין עליו חיוב דכיון דידעו בה יזהרו בה ובפרק הגוזל ומאכיל תנן הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת חייב באחריותו לא ידעו בעלים בגנבתו ולא בחזרתו ומנו הצאן ושלמה היא פטור ומפרש רב חסדא לדעת צריך דעת שלא לדעת מנין פוטר ומפרש מאי טעמ' משום דאנקטא נגרי ברייתא פרש"י ז"ל למודה לצאת לחוץ ומעתה צריכה שמור יפה ואע"פ כן כיון שידעו בעלים בגנבתה

הם יזהרו בה והא דמחייב בלא ידעו דמשעה שגנבה נתחייב באחריותה וחזרתה בלא דעת לאו חזרה היא ותו עד האידנא מאן נטרה הא סתם שפחה בחזקת הפקר קיימה כדמוכח בריש פרק אלו נערות דתנן אלו שאין להם קנס הגיור' והשבוי' והשפחה שנפדו ושנתגיירו ושנשתחררו יתרו' על בנו' ג' שנים ויום אחד ובפרק השולח נמי אמרינן שפחה פריצה ליה שכיחא ליה ומה שטען שאינה עושה מלאכה כראוי וגם שחושש שמא תמות מחמת לידה גם בזה אין טענתו טענה אף על פי שפחת' דמי מקרי כדאמרינן בפרק הפרה גבי דמי וולדות דאמר רבן שמעון בן גמליאל וכי אשה משבחת קודם שתלד והלא אשה משבחת אחר שתלד יותר מקודם שתלד ומוקי לה במבכרת שדמיה פחותים קודם לידה דמסוכנת היא וזו לא מבעיא אינה מבכרת דמשבחת היא אלא אפילו במבכרת לא מחייב משום העבור דגרמא הוא דבפרק לא יחפור גבי מרחיקין את הסולם מן השובך ארבע אמות שלא תקפוץ הנמיה ואמרינן זאת אומרת גרמא בניזקין פטור אבל אסור ואף על גב דאשכחן בעלמא דחייב על ידי גרמא כגון שורף שטר חבירו או מוחל דחשיב דינא דגרמי וכן מראה דינר לשולחני ומוסר ממון חבירו וכיוצא בהם חלק הרא"ש ז"ל בשני ענינים הראשון שיש לחלק בין היכא דהוא בעצמו עושה ההזק לממון חבירו בכל הני מקרי דינא דגרמי אבל כגון זרק כלי והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם וסלקם ונותן סם המות לפני בהמת חבירו וטובא דמיית התם דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים דהוי גרמא בנזקין ועוד חלק בין היכא דההזק נעשה מיד בשעת מעשה נקרא דינא דגרמי אבל כל שההזק בא לאחר מכאן מקרי גרמא בעלמא וההיא דהחזיר את הסולם דנמיה דיתבה בחור ללשון ראשון הוא בעצמו עושה ההיזק בזקיפת הסולם וגם ההיזק נעשה מיד דהא יתבה בחור וצריך לומר דודאי אי ידע דקיימא בחור חייב דבשעת מעשה בא ההיזק ומעשיו גרמו לו אבל השתא מיירי דלא ידע שהיא בחור ולהכי אין כאן מעשה מוכיח ההיזק ונמיה ממילא קפצה להכי חשיב לה בגמרא כגרמא בעלמא ואף זה בשעת הבעילה לא נעשה ההיזק דעד שלשה ימים לא מעברה דאפשר שמסרחת ולא ברי היזקה דשמא לא תתעבר ואם היתה מתהפכת יפה לא היתה מתעברת וכיון דסמיה ביד' אפילו נתעברה פטור דדמיא לזורק כלים מראש הגג על גבי כרים וכסתות ובא אחר וסלק את הכרים אפילו הוא עצמו קדם וסלק פטור וכ"ת לא כי אלא כיון שהיא עכשיו מעוברת איגלאי מילתא למפרע דמשעת בעילה קלטה לה לטיפה ולא פלטה דאין סברא לומר דלא קלטה בשעתא ובתר הכי קלטה דאי בשעת חימום לא קלטה שוב אינה קולטת ומה שאמרו שלשה ימים לפולטת היינו שאף על פי שלא קלטה פעמים שמתעברת עד שלשה ימים וזו כיון שנתעברה איגלאי מילתא דלשעתא קלטה ואי משום דמציא

להתהפך הא לא דמיא לסלק כרים דבשעת זריקה לא היה שם היזק כלל כגון שהיו שם כרים וסלוקן מחוסר מעשה הוא וכי מסלק להו דעביד מעשה אין הנזק בא מכחו אבל הכא בשעת מעשה ברי היזקה והצלה מחוסר מעשה נמצא שכשהיא נזוקת מחמת הבעילה הוא ומזיק בידים הוי דומיא דמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו שאף על פי שהיה יכול לתקן עד שלא הוסיף מכל מקום כשלא תקן חייב וכ"ת הכא לא ברי הזיקה דשמא לא תתעבר הא קיימא לן בסוף פרק האשה בתרא דרוב נשים מתעברות ויולדות ואמרינן התם דסמכינן אהך רובא אפילו כנגד חזקת איסור דרובא וחזקה רובא עדיף.

ואיכא למימר דמשום הכי לא מחייב דאפי' תימא דלאלתר קלטה מכל מקום מעיקרא לא ברי דקלטה ולא הוי אלא גרמא בעלמ' דומיא דזקיפת סולם היכא דלא ברי דיתבה נמיה בחור והא דאמרינן דרוב נשים מתעברות ויולדות לאו מחמת אותו בעילה קאמ' דבאשתו היושבת תחתיו ומשמשתו מיירי דרובא מתעברות ליומא ולמחר' ועוד דאף על גב דלגבי איסורא אזלינן בתר רובא לאפוקי ממונא הא קי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כדאמרי' בריש פרק המניח ואע"ג דחזקה מסייע לתובע כדאמרי' בריש פ' האומר דקידושין ובפ' מי שמת גבי מי שכתב כל נכסיו ולא כתב בה שכיב מרע דלא ק"ל כר"מ דאמר אם ברי הוא העמידנו על חזקתו שהיה ברי אלא כרבנן דאמרי המע"ה ועוד שאין ההיזק תלוי בקליטת אלא בשעת לידתה ולאו לאלתר הוא ולא ברי היזקה דאפי' דמבכרת דפחית מדמה מכל מקום כמה מבכרות נצולות ויולדות וכל שכן כשאינה מבכרת והוי דומיא דתקרה ומעזיבה דשלהי מציעא דאמרי' דהיכא דאיכא מעזיבה דתמו מיא והדר נפלי לא חשיב גירי דיליה ועל הנזק להרחיק עצמו הלכך משורת הדין אין חייוב ממון על ראובן אבל ראוי לעונש וימתח על העמוד ואם ראו ב"ד לקונסו בממון הרשות בידם ושלום נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צט

שאלה וששאלתם אם מותר להתעסק עם גויה א' להתעבר או שתפיל אם יש בדבר איסור מחמת איבוד נפשות שהן גוים.

תשובה להתעסק עמהם שתתעברנה היינו מתניתין דריש פרק אין מעמידין בת ישראל לא תילד את הנכרית מפני שמילדת בן לע"ז ומיהו בשכר שרי משום איבה כדמפרש בגמרא אלא שהיה נראה לומר דלענין זה להתעסק ברפואתה ולשום חיתול לחבשה בשביל שתתעבר לא שייך הכא איבה שאין הדבר נכר לענין שאינו רוצה לרפאותה שהרבה עשו כן ולא הועילו ויש לו במה לתלות וליכא טעמא דאיבה כדמוכח בגמרא גבי אסוקי בשכר יכול למימר קאי בני אאיגרה אי נמי נקיטי ליה זמנא בי דואר ומיהו

נראה שכל שהוא רופא מומחה ורפא לישראלית אחרות איכא איבה אם ימנע מרפואתם ולהטעותם ליטול ממונם ולא להשתדל ברפואתם אסור דגזל הנכרי היא וזכורני שראיתי להרשב"א ז"ל בתשובה שהעיד על הרמב"ן ז"ל שנתעסק עם גויה אחת שתתעבר בשכר ולהתעסק עמה שתפיל פרי בטנה איבוד נפשות אין כאן דאפילו בישראל נפלים לאו נפש הוא וממון הוא דחייב רחמנא דמי וולדות לבעל דכתיב כאשר ישית עליו בעל האשה ובריש הנחנקין אמרינן ואצטריך למכתב מכה איש ומת ואצטריך למכתב כל מכה נפש דאי כתיב כל מכה נפש הוה אמינא אפילו נפלים קמשמע לן ובפרק יוצא דופן דרשינן כל נפש לרבות קטן בן יום אחד דמשמע כל נפש אפילו נפש כל דהו אלמא נפלים אפי' נפש כל דהוא לא מקרי ובסוף פרק קמא דערכין תנן האשה שהיא יוצאה ליהרג אין ממתינין לה עד שתלד ופרכינן פשיטא גופה היא סד"א הואיל וכתיב אשר ישית עליו בעל האשה ממונא דבעל הוא ולא לפסדיה מיניה קמשמע לן ומדפריך פשיטא משמע דמחמת איבוד נפשות אין נדנוד כלל ולא אתא לאשמועינן אלא משום פסידא דבעל ואמרינן התם האשה שהיא יוצאה ליהרג מכין אותה כנגד בית הריון שלה כדי שימות הולד תחילה שלא תבא לידי ניול אלמא בשביל ניול האם הורגים הולד בידים ולא חשו משום איבוד נפשות הילכך בישראלית מפני צורך אמו נראה שמותר להתעסק עמהם שתפילנה כיון דרפואת אמו היא נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ק

שאלה ואותו חכם שדורש ברבים ומרגלא בפומיה שכל מי שעוסק בתורה אין שואלין ממנו שום חשבון בע"ה שכן כתוב בספר הזוהר בפ' דמאן דאשתדל באורייתא לא מתבעי מיני' דינא כלל ורגיל לדרוש על מה אבדה הארץ על עזבם את תורתי משל למלך שהיה לו אדם א' מטיב נגן והיו הבריות קובלים עליו אל המלך שהיה מעביר עליהם את הדר' וגוזלן וחומסן לא היה חש המלך על דבריהם פעם א' חתכו את ידו אמר המלך תלוהו כלו' שכל זמן שהי' עושה לו נחת רוח בניגונו היה מעביר עליו עכשיו שנחתכה ידו ואינו יכול לנגן עוד נפרע ממנו מקצתן אומרים לעצמו הוא דורש ומקצתן מחרישים ומאמינים ומקצתן קשה הדבר בעיניהם וכיוצא בדברים האלה בפני ההמון ראוי לשתקו טפי מהנך דחשיב במגילה דמשתקין אותם ויש שמשתקין אותם בנזיפה כשעוקר הכתובים ממשמען כל שכן במקו' שיש חילול ה' שאין חולקין לו כבוד אפי' אם הוא גברא רבה ואשכחן בפ' נגמר הדין דדרש רבי שילא קום לך שלך קשה משלהם וכו' ואוקי רב אמורא עליה ודרש לאפוקי מדר' שילא לומר שטעה אע"ג שר' שיל' גדול מאד היה במעלה דהוה

ריש סדרא דבבל כדאיתא בפ"ק דיומא גבי קרא הגבר ומפני כבודו של יהושע לא שתק כ"ש מפני חילול ה'.

נראה בעיני שזה הדורש דבר סרה על ה' ועשה תורתו פלסתר אטו רביה דהאי קטיל קני באגמא לא שנה לו משנתינו לא המדר' הוא העיקר אלא המעשה והלא אמרו תכלית תורה תשובה ומעשים טובים שנאמר אז ראה ויספרה וכו' הן יראת ה' היא חכמה וכתיב ראשית חכמה יראת ה' שכל טוב לכל עושיהם ללומדיהם לא נאמר אלא לעושיהם כמו שמפורש בפ"ק דברכות צא ולמד כששאל ר' חנניה בן תרדיון את ר' יוסי בן קיסמא מה אני לע"ה מה השיבו ואמר לו כלום מעשה בא לידך אע"פ שגדול בתורה היה לא הבטיחו בחיי הע"הב אלא במעשה כמו ששנינו והכל לפי רוב המעשה ואעפ"כ לפי שלא עסק בגמילות חסדים כדבעי ליה למעבד לא ניצול בע"הז מן הפורענות כדאית' בפ"ק דע"ז ובפ' ב"מ אמרו והיה אמונת זה סדר זרעי' עתך זה סדר מועד וכו' ואפ"ה יראת ה' היא אוצרו ואמר רבה בשעה שמכניסן אדם לדין אומרי' לו נשאת ונתת באמונה קבעת עתים לתורה פלפלת בחכמה הבנת דבר מתוך דבר ואעפ"כ אי יראת ה' היא אוצרו אין ואי לא לא משל לאדם שאמר לשלוחו העלה לי חיטין לעליה הלך והעלה לו אמר לו ערבת בו קב חומטון א"ל לאו אמר לו מוטב שלא העלית ומייתי התם עובדא דר' סימון ור' אלעזר דהוו יתבי וחליף ואזיל ר' יעקב בר אחא א"ל חד לחבריה ניקום מקמיה דגבר דחיל חטאין הוא א"ל אידך ניקום מקמי דגבר בר אוריין הוא א"ל אמינא לך אנא דחיל חטאין ואת אמרת לי דגבר בר אוריין הוא וא"ת ואי דחיל חטאין ולאו בר אוריין הוא מאי רבותיה הא אמרי' אם ראית ת"ח נוקם ונוטר כנחש חוגריהו על מתניך ואם ע"ה חסיד אל תדור בשכונתו ואני רגיל לפרשה הכי אמינא לך אנא דחיל חטאין בודאי בר אוריין הוא דלא ע"ה חסיד ואת אמרת לי בר אוריין דבכלל דחיל חטאין הוי בר אוריין ובכלל בר אוריין לא הוי דחיל חטאין והא דקרי ליה ע"ה חסיד כלומר מתחסד בפני הבריות וכה"ג פי' התוס' בספ"ק דבבא קמא ההיא דאמרינן קיים אמרי' למד לא אמרינן ופרכי' והאמר מר גדול תלמוד וכו' דה"פ א"כ היאך קיים אי לא למד וכיון שאנו אומר לו קיים ודאי שלמד וכן בספ"ק דקידושין ואמרי' התם דאמר ר' יוחנן אין לו להקב"ה בעולמו אלא יראת שמים בלבד שנא' ועתה ישראל מה ה' אלקיך שואל מעמך כי אם ליראה וכתיב הן יראת ה' הי' חכמה שכן בלשון יוני קורין לא' הן הרי שאין תורה חשובה לכלום בפני יראת שמים ואדרבא מוטב שלא ילמד אם אין בו יראת שמים כדאמר' מוטב שלא העלית ובאבות דר' נתן אמר אדם שיש בו מעשים ולמד תורה דומה לסוס שיש לו בליום ושאין בו מעשים דומה לסוס שאין לו בליום כיון שרוכב עליו זורקו בבת ראש ובפ'

בתרא די"ה אבל מי שקורא ושונה ומשמש ת"ח ואין משאו ומתנו באמונה ואין דבורו בנחת עם הבריות מה הבריות אומרות אוי לו לפ' וכו' אוי לרבו שלמדו ועליו הכתוב או' באמור להם עם ה' אלה ומארצו יצאו ואמרו מוטב שתהפך שלייתו על פניו. ועוד אמרי' בפרק היה נוטל משל לאדם שהיה מהלך באישון לילה ואפילה וכו' ונזדמנה לו אבוקה ניצול וכו' ועדיין אינו יודע באיזו דרך מהלך הגיע לפרשת דרכים ניצול מכולם ואמרינן מאי פרשת דרכים זה תלמיד חכם ויום המיתה וכו' זה תלמיד חכם ויראת חטא שאין אדם בטוח בחיי עולם הבא אלא כשיגיע ליום המיתה או שזכה ליראת חטא שנוצח את יצרו תמיד ואין יצרו מנצחו כלל. ואמרי' בפ' אין דורשין ר"י כי מטי להאי קרא בכי הן בקדושיו לא יאמין אם בקדושיו לא יאמין במה יאמן ושנינו באבות כל שחכמתו מרובה ממעשיו למה הוא דומה לאילן שענפיו מרובין ושרשיו מועטין וכו' ומדלא נתן קצבה למעשה אלא לפי שיעור החכמה אתה למד שכל הגדול מחבירו בחכמה צריך שיהיו מעשיו גדולים כפי חכמתו כדמייתי ממשל האילן שלפי שענפיו מרובים צריך הוא לשרשים הרבה ואילו לא היו לו ענפים מרובים בשרשים מועטים היה מספיק לו שיתקיים ועל ענין חילול ה' אמרו ה"ד חילול ה' כגון אנא דמסגינא ד' אמות בלא תפילין כגון אנא דשקילנא בשרא ולא יהיבנא דמי לאלתר ואמרו בס"פ אלו מציאות והגד לעמי פשעם אלו ת"ח ששגגות נעשות להם כזדונות ולבית יעקב חטאתם אלו ע"ה שזדונות נעשות להם כשגגות וכן הוא אומר אמרתי אך דלים הם נואלו כי לא ידעו דרך ה' משפט אלהיהם אלכה לי אל הגדולים וכולי ואמרו בשילהי יבמות על נחוניא חופר שיחין אף על פי כן מת בנו בצמא שנא' וסביביו נשערה מאד שהקדוש ברוך הוא מדקדק עם סביביו כחוט השערה ואהך עובדא אמרו בירושלמי דשקלים ונורא על כל סביביו נורא הוא על כל הקרובים יותר מן הרחוקים ואמרו בפרק שתי הלחם ואף הסיתך מפי צר מגהינם שפיה צר וכולי וכתיב כי ערוך מאתמול תפתה ושמא תאמר למלך לא הוכן תלמוד לומר וגם היא למלך הוכן פרש"י ז"ל למלך תלמיד חכם כמפורש מן התורה ושמא תאמר אין לה עצים תלמוד לומר מדורתה עץ ועצים הרבה וכו'.

ויש לעמוד באותה שאמרו בשילהי חגיגה תלמיד חכם אין אור של גיהנם שולטת בו קל וחומר מסלמנדרא ומה סלמנדרא שתולדת האש היא הסך מדמה אין האור שולטת בו תלמיד חכם שכל גופו אש לא כל שכן וקשה מכל הני שהבאתי דמשמע דעונש תלמיד חכם קשה מכלם ומהא דאמרינן וגם היא למלך הוכן וכו' ועוד הא אמר רבא לרבנן במטותא מנייכו דלא תירתו תרי גהינם. ונראה לי דהא מתפרשא בהא דאמרי' בפ' העור והרוטב דאמר ר"ע מה רבו מעשיך ה' יש לך בריות גדולות בים ויש לך בריות וכו' יש

גדלות באור יש גדלות באויר שבאור אם יוצאות לאויר מיד מיתות ובזה נמשל תלמיד חכם לסלמנדרא שתלמיד חכם כל זמן שהוא בתוך האור של תורה מתקיים יצא ופירש מיד ראוי להכשל בחטא כדאמרינן תורה בעידנא דעסיק בה מגינא ומצלה ואמרו עוד בזמן שרטיה זו על גב מכתך וכו' ואם אתה מעבירה הרי היא מעלה נומי ואמרו לי על דם סלמנדרא שא"א ללקט הדם אלא בזמן שהוא בתוך האש ושם שוחטים אותו אבל יצא מיד מת ונבלע דמו מעתה אין תועלת וסך מדמה אלא בזמן שהיא בתוך האש כך ת"ח שכל גופן אש בזמן שהם בתוך אהל התורה אין אור של גהינם שולט בו שהתורה מצילתו מן החטא שלא ירש גהינם. וזו היא שאמרו בהוריות דף י"ג כל הפורש מדברי תורה נופל בגיהנם דכתיב מהאש יצאו ואש תאכלם אלמא כל זמן שהוא בתוך האש קאמר. הא למדת שהרבה צריכין ת"ח לתת דין וחשבון על מעשיהם יותר משאר בני אדם ומי פתי יאמין לפשוטן של אותם דברים שמצא זה החכם בספר הזוהר דמאן דאשתדל באורייתא לא מתבעי מיניה דינא כלל ואתה הראית לדעת שאחר ששואלין לו דין וחשבון שפלפל בחכמה והבין דבר מתוך דבר אמרו ואף על פי כן אם יראת ה' היא אוצרו אין ואי לא לא ולמה לא ידין ק"ו בעצמו ומה אם שמואל ששקלו הכתוב כמשה ואהרן כתוב בו למה הרגזתני לעלות דאמרינן בפרק קמא דחגיגה רבי אליעזר כי מטי להאי קרא בכי למה הרגזתני שהלך שמואל אצל משה כסבור שלדין הוא נקרא אמר ליה תא עמי דליכא מילתא דכתיב בתורה ולא קיימתיה ואף על פי כן היה מתירא מן הדין שאר בני אדם עאכ"ו ורבן יוחנן בן זכאי היה בוכה בשעת מיתה ואמר ואיני יודע באיזה דרך מוליכין אותי אע"פ שהיה מובטח בתורה שהרי אמרו עליו שלא הניח לא מקרא ולא משנה וכו' דבר קטון דבר גדול וכו' ורבי אלעזר בר' שמעון שאמר אביו עליו אם שנים הם אני ובני מהם ואמרה ליה דביתהו לרבינו הקדוש כלי שנשתמש בו קדש וכו' ושלח לה רבי נהי דבתורה עדיף וכו' כדאמרינן בהשוכר את הפועלים ואע"פ כן לא וותרו לו ונפרעו ממנו אחר י"ח שנה למיתתו על ששמע בזילותא דת"ח ולא אהדר כדהוה לי' למהדר ולוי דגברא רבה הוה לא נשאו לו פנים וגזרו עלי' דלא ליעול במתיבתא דרקיעא כל הנך שנין דלא על קמיה דר' אפס עד דאתא שמואל ואמר אי חשיבנא בהך עלמא נעיילי' ללוי למתיבת' ושמואל גופיה דרב גובריי' דגזרו עלי' דניתיב קמיה דרב יהודה תלמידו וכמו שקבלו הגאונים ז"ל דהיינו דחזה רב יוסף בריה דרב יהושע עליונים למטה כדאמרינן בפ"ק דבתרא משום עובדא דההיא אתתא בפ' במה בהמה כמו שמפרש שם התו' וכי תימה מ"ט אענש והא טעמיה קאמר הא מר עוקבא ובית דינו קיים דהיינו רישא דרישך נ"ל דתשובה נכונ' השיבו דנהי דמר עקבא אב ב"ד מ"מ שמואל גדול בחכמה הוה

דאמרינן כי יתבי' בדינא הוה שמואל יתיב קמיה דמר עקבא וכי יתבי במתיבתא הוה מר עקב' יתיב קמיה דמר שמואל דקי"ל בישיבה הלך אח' חכמה ואם היה שמואל מבקש ממר עקבא דלשרי לה תיגרא דההיא אתתא היה עושה הילכך אוטם אזנו מצעקת דל קרינן ביה ועוד דאמרינן בסוטה לאייתוי ערבא וערבא דערבא וקשה מאי ערבא וערבא דערבא והרי כלנו ערבאין זה לזה אלא לפי שאמרו מי שיש בידו למחות באנשי ביתו וכו' והיינו כגון האי דאע"ג דמר עקבא רישא דרישא אם היו דבריו נשמעין אצלו ולא בקש נענש הוא והוי בכלל מי שיש בידו למחות דמי.

ויכול היה לפרש דברי הזוהר דלא מתבעי מיניה דינא כלל דהא דאמרינן בפ' אין דורשין גבי אחר כי שכיב אמרו לא מידן לדייניה ולא לעלמא דאתי ליתיה לא מידן לדייני' משום דעסק באוריית' ולא לעלמא דאתי ליתיה משום דחטא וזו רעה היא אצלו דהא ר' מאיר אמר מוטב דלידייניה וכו' אבל הביאו לי ספר הזוהר והדברים שם ברורים שאין כוונתו אלא לומר שכל המתעסק בתורה אין חטא בא על ידו דתורה מצלה בעידנא דעסיק בה והביאו בזוהר שם דרשא דחרות על הלוחות שאין לך בן חורין אלא העוסק בה חרות מיצר הרע חרות ממלאך המות והיינו דלא מתבעי מיניה דינא כלל שהוא בן חורין מן הדין והרי זה נכון הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קא

שאלה שאלתם ממני קצינים וגבירים היושבים על המשפט באלמנה שמסרה אחרי מות בעלה נכסים ביד ראובן ואמרה שהם מנכסי עזבון בעלה ועתה באים בני המת ותובעים מראובן בב"ד שיתן להם נכסי אביהן כי האלמנה יש לה כפלים מכתובת' והאלמנה תובעת מראובן שיתן לה הנכסים כמו שנתנתם לו שהיא החזיק' ותפסה כל הנכסים שנשארו ברשותה למזונותיה כדין אלמנה שתפסה אפי' ככר של זהב ושאלתם אם הדין נותן שיחזיר לאלמנה שקבלם ממנה ועוד אם תהא נאמנת לומר שתפסה במגו שהיתה יכולה שתאמר שלי הם הנכסים ומה שאמרתי מנכסי בעלי שלא להשביע את עצמי.

תשובה מכיון שהוציאה הנכסים מתחת ידה ואמרה לנפקד נכסי בעלי הם שוב אינה נאמנת לומר שלי הם דלא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו כשהנכסים בידו שלא יצאו מתחת ידו דלא קפיד דאי תבעי מיניה מצי למימר החזרתי או נאנסו אבל כשמסר' לאחר קפיד טובא ואין אדם עשוי לשקר בכך שמא יתבעום ממנו אח"כ ולא יהיה לו טענה להשיב ועוד שמא ימות ויתנם הלה לאחר כהודאת פיו וגדולה מזו אמרו בפרק זה בורר הרי שבא ואמר אני ראיתי את אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלונ' הם של מעשר שני הם בבית לא אמר כלום בשדה דבריו קיימים כללו

של דבר כתב שם הנמוקי יוסף דלא חיישינן התם דשלא להשביע את עצמו אמר כן כיון שהראם לו והניחם במקום שיכול ליטלם נראה שהוא נאמן בעיניו ודברי אמת מסר לו כל שכן כשמסר' לאחר ויצאו מתחת ידו לגמרי הילכך בנדון דידן אלמנה זו לא היתה נאמנת שתחזור בה לומר שלי ועל מה שהיא רוצה שיחזרו לה שתהיה תפוסה בהם לצורך מזונותיה הדין עם היתומים היורשים שכל שהנכסים עכשיו הם ביד שליש נכסי בחזקת יתמי קיימי ולאו כל הימנה שתאמר עכשיו למזונותי תפסתים שאף על פי שהיו תחת ידה משמת בעלה אין זו תפיסה כל שלא תפסה בפירוש לשם כך ועשתה בהם קנין המועיל כמו שכתב הריב"ש בתשובה ואחר שיצא נכסים מתחת ידה אינה נאמנת לומר למזונותי תפסתי וראיה מדאמרינן בפ' הכותב ההיא אתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי וכו' אתו יורשים קתבעו ליה מינה אמר' להו מחיים תפיסנא אתו לקמי' דר"נ אמר לה אית לך סהדי דתפסנינהו מחיים ואי לא הוי לה תפיסה דלאחר מיתה ופרש"י כי אמרינן תפיסה מחיים כגון שראוהו קרוב למות ותפס מטלטלי' לשם חובו ולא היו פקדון בידו ע"כ אלמא כל שלא כוונה לשם תפיסה אע"פ שהיו בידה לא זכתה ואף זו אפשר שכשהיו הנכסים תחת ידה לא כוונה לתפוס ולהחזיק בהם בתורת מזונותיה כי כמה נשים אינם מקפידות על כך או שאינ' בקיאו' בהלכ' ועוד נראה דאשה זו שיש לה כפלים מכתובתה יש מן הגדולים שאמרו שמוציאין מידה שלא אמרו מה שתפסה תפסה אלא כשגבתה פחות מכתובתה שסופה לישבע לבסוף כדכתב ריצב"א להר' שמעון אחיו וז"ל ואע"פ שאני מפקפק בראייתו שלא נאמרו בירו' אותם הדברים מכיון שהיא צריכה לישבע בסוף אלא לענין חזי מה בידיך דכיון דאמרינן מה שתפסה תפס' למאי נפקא מינה דא"ל חזי מה בידיך מי לא מהמנינן לה תשבע בסוף ולא תשבע בתחילה דקיימא לן כחנן בפרק שני דייני גזירות אבל על עיקר התפיסה נראה לי שתפסה יותר כמו פחות ובמ"א כתבתיה ומדברי רבינו מאיר משמע שרוצה להסכים לדברי הריצב"א כדהביא הרא"ש ז"ל וכיון דפלוגתא היא מסתמא לא מפקינן מינה ויהבינן ליה הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קב

באנגורא שנת השס"ו.

שאלה על דבר היתומה בת איש חיל רב פעלים הגביר כהר' יצחק פאסי נוחו עדן שאחותה הגדולה נשאת לאיש ושוב חלקו בנכסים מטלטלים ונכסים וכתבו שטר בין האחיות והודת הקטנה איך קבלה כל חלקה משלם ולא נשאר אצל אחותה כלום וכתבו

זו לזו מחילה כנהוג ושוב נודע שהיו שם נכסים אחרים שהעלימה אחותה ולא הכירה הקטנה.

תשובה נראה דכל מה שהודית שנטל' חלק' וקנו מיד' מחיל' בטעות הויא דכי היכי דאינהו טעו דסברי שהי' כח ביד האפטרופוסי' לתת חלקם לאחותה הגדולה הכי נמי איהי טעיא בהא והיתה סבורה דבדין נטלה אחותה והני מעות דאשתדיף ברשותה אשתדיף דומיא דהא דאמרינן בפ' חזקת גבי רב ענן דשקיל בידקא דארעא דאמרי' התם מר נמי אי ידע וכו' כי היכי דמר טעי איהו נמי טעי ואע"פ שהיה בדבר קנין האמר דקנין בטעות לאו כלום הוא כדאמרינן בסוף פרק קמא דגיטין גבי הנהו גינאי דעבוד חושבנא אהדדי דאמרי' כל קנין בטעות חוזר ובפ' איזהו נשך גבי הא דאמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי ופרכי' למימרא דסבר רב נחמן דמחיל' בטעות לא הויא מחילה והאיתמר המוכר פירות דקל לחבירו דאמר רב נחמן אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקי' מיניה ומשני התם זביני הכא הלואה פרש"י ומחזי כרבית שמתחילה בהלואה בא לו משמע דגבי זביני דאין שם איסור הלואת רבית מחילה בטעות הויא מחילה אבל הקשה רבינו תם דבכל דוכתא אשכחן דמחילה בטעות לא הויא מחילה ורב נחמן גופיה הכי ס"ל גבי ההוא דאפקיד כיפי דאמר שומא בטעות הואי ועוד אפילו גבי הקדש דבאמירה לחודה משתעבד תנן בית הלל אומרים הקדש טעות אינו הקדש אלא פירש רבינו תם הכא הלואה שהלוה לא הקנה אלא בתורת מכר והמכר אינו כלום דאסמכתא לא קניא נמצא דהוי מחילה בטעות אבל הכא גבי פירות דקל זביני ולא מחיל' בטעות היא ונהי דהיה יכול לחזור מכל מקום אין לו לחזור כי היכי דליקום בהימנותיה ולכך אית לן למימר שאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר וצריך להלום דבריהם הכא הלואה שהלוה לא הקנה אלא בתורת מכר קרי לה מכר וקרי לה הלואה אלא הכי קאמר הכא הלואה כלומר חזרה להיות הלואה דאלו היה עושה אותה משכנתא מעיקרא הויא מהני ליה דאב' רבית היא ואינו יוצא' בדייני' עכשיו שהקנ' אות' בתור' מכר והמכר אינו כלום חזרה להיות הלואה בלא משכנתא הילכך הדרי פירי ואלו פירות עיקרן זביני ולא היה שום טעות במכר והרא"ש ז"ל בהלכותיו כתב כלשון הזה ותימה דרב נחמן גופיה אית ליה דמחילה בטעות לא הוי מחילה וכו' שאני כל הני דלא ידעי דמחיל אבל בפירות דקל ידע ומחיל וכן מפליג בשמעתא גבי אונאה ודבריו בלתי מובנים דמאי משני התם נמי גבי פירות דקל בההוא שעתא דשמיט ואכיל אלו היו הבעלים עצמם יודעי' שלא קנה מן הדין לא היו מניחין אותו שיאכלם והא הוה ליה מחילה בטעות ונראה דסוף

סוף יורד הוא לשיטתו של רבינו תם ז"ל דגבי פירות דקל אינו מוטעה בענין המחילה דכי היכי דניקום בהימנותיה נתנם שיאכלם ולא מצי הדר כי מה נזק אנו גורמים לו הרי לא נשתנה דעתו עכשיו ממה שהיתה דעתו מתחילה אבל כל שיש לומר דלא גמיר ויהיב אדעתא דהכי כגון כל הנך דאמרינן בהו מחילה בטעות וכגון ההיא דאסמכתא דלא סמכא דעתיה למיהב ודאי דלא הויא מחילה ואפשר נמי שלא הוצרך הרא"ש לטעמ' דניחא ליה דליקום בהימנותיה דכתב רבינו תם ז"ל מדלא הזכירו אלא ה"ק דפירות דקל ידע ומחיל כלו' מעיקרא ידע דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואף על פי כן מאחר שהוצרך למעות מכרם ולא נשתנה דעתו אחר כך כשראה שהיה שומט ואוכל אלא ידע הדין ומחיל ואין לנו לבדות מעצמינו ולומר שלא ידע הדין ולא נראה למטען הכי לבטל המקח ולא דמי לאסמכתא דאנן סהדי שלא על דעת כן עשה מתחילה ולא סמכא דעתיה למיהב אבל מדברי הריב"ש ז"ל בתשובה סימן של"ה ראיתי כשהביא דברי רבינו תם כתב כלשון הזה התם הלואה הוה מתחילה ע"ת ולא מחיל בפירוש על הפירות אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמכר לו אותם הפירות ומוחל אותם מדעת שטוע' בדין שחושב שממכרו מכר ואינו כן מחילה בטעות הויא מחילה ע"כ תלה החילוק דגבי אסמכתא לא מחל בפירוש על הפירות אבל גבי דקל מוחל אותם אלא שטוע' בדין וכל כי האי גוונא מחילה בטעות הויא מחיל' וצ"ל מטעם דניחא ליה דניקום בהימנותיה כדכתבו התוספות אלא שאני תמה בדבריו ז"ל דלפי זה גבי דקל אמרינן מחילה בטעות הויא וחשיבה מחילה ואיך כתבו התוספות דגבי פירות דקל זביני ולא מחילה בטעות ועוד מאי ק"ל לר"ת מדאותבי' רבא הונאה ומדאדמי ליה רב נחמן איילונית הא ודאי הכא גבי דקל מחילה בטעות הויא אלא דלא ס"ד דרבא לאפלוגי בין טעות דממון לטעות דדינא ואיך כתבו התוספות דרבא היה סבור דטעמא משום מחילה בטעות הויא מחילה הא ודאי הכי הוא דאף על גב שטועה בדין מחילה בטעות הויא מחילה ולאו קס"ד הוא ויראה שהריב"ש ז"ל דקדק בדברי רבינו תם שאף על פי שנתן טעם דאין לו לחזור כי היכי דליקום בהמנותיה מכל מקום כתב לכך אית לן למימר שאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר אלמא עד השתא לא ידע וטועה היה בדין ועוד מדאמרינן בגמרא דאחזר ליה לרב נחמן הרי איילונית דמחילה בטעות הוא והויא מחילה אלמא הכא נמי אע"ג דמחילה בטעות היא הויא מחילה לכך פירש דמחילה בטעות היינו שטועה בדין דלא ידע שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והיה יכול לחזור בו כל כי האי הויא מחילה כיון שאינו מוטעה מעיקרא בממון דהא ידע ועל דעת כן מכר ואי משום דלא ידע שהיה יכול לחזור בו שמא אף אם היה יודע לא היה חוזר בו דניחא ליה דניקום

בהמנותיה ומה שכתבו התוספות ולא מחילה בטעות היא ה"ק אין הטעות במחילת ממון דהא ידע אלא הטעות בדין דדבר שלא בא לעולם אינו נקנה אף על פי שלא פחת בדמיו ולא שייך בזה מחילה וזה ההפרש שבין טעות לטעות הוא דלא ידע רבא ולהכי בעי לאותוביה מהונא' ואחזר ליה לרב נחמן איילוני' דקס"ד דהתם מחילה בטעות היא והויא מחילה ולא היא לא הונאה הויא תיובתיה דהתם טעות בממון דלא ידע דמחיל אבל הכא טעות בדין דלא ידע שהיה יכול לחזור מאן לימא לן דהיה חוזר והאי לא מקרי מחילה בטעות אלא שלא חזר בו משום דטעה וכגון זה הויא מחילה אלא לפי שהזכירו לר"ת תחילה שמכאן הביא ראיה אמוכר ש"ח בלא כתיבה ומסירה וקדם הלוקח וגבה החוב שאין המוכר יכול לחזור בו דומיא דמוכר דבר שלא בא לעולם דהכא סיים דבריו ולא הוצרך לחזור להזכירו.

תו איכא למידק במה שכתב הריב"ש שם וה"נ איכא למימר בנתחייב לחבירו מנה באסמכתא ואחר כך פרעו או נתן לו משכון על המנה או אפילו זקפן עליו במלוה הוי כפרעון ומחילה בטעות הויא מחילה כיון דלא הוה הלואה מתחילה ע"כ והא ודאי לא דמי התם לא גמר ויהיב ומ"ל דלא הוה הלואה הא גבי אסמכתא גופא דאמר רב נחמן בשמעתין הדרא ארעא והדר פירי כתב ר"ת דכיון דהמכר אינו כלום דאסמכתא לא קני' נמצא דהוי מחילה בטעו' ולא הוי מחילה ונראה דמילתיה דהריב"ש לא למדה מדברי ר"ת אלא אדברי הרא"ש שהביא שם לעיל קאי שהשיב בתשובה על ראובן ששחק עם שמעון באמנה והרויח לו מנה ואח"כ נתן לו שמעון משכון על מנה זה ושוב החזיר את המשכון וזקף עליו את המנה במלו' וכתב שמיד שנתן המשכון נסתלקה האסמכתא והקשו על ההיא דהרא"ש ז"ל מההיא דמנה אין כאן מתחילה משכון אין כאן ולא נתוסף עליו שום חיוב בנתינת המשכון יתר על מה שהיה עליו מתחילה ותרצו שכשנותן המשכון באסמכתא לא קנה דמנה אין כאן משכון אין כאן אבל כשקנה באסמכתא ואחר כך נתן המשכון או הפרעון הרי נראה כי רצה להקנות לגמרי והשיב הריב"ש ז"ל שהחילוק אמיתי אבל לא מטעם דגלי דעתיה שמתחילה רצה להקל לגמרי דלא מן השם הוא זה אלא משום דמחילה בטעות הויא מחילה כדאמרינן גבי מוכר פירות דקל וטעמו לפי פר"ת היינו דכשזה נתן המשכון לא היה שם אסמכתא כלל שכבר נתברר שהרויח ואף על פי כן רצה לתת הוי ממש כמו פירות דקל דשמיט ואכיל דמדעתיה יהיב אלא שלא היה יודע הדין אף כאן אם לא היה יודע דאסמכתא לא קניא מכל מקום מדעתיה יהיב ליה ולא היה מוטעה בנתינה כמו בכל הני דאמרינן בהו דמחילה בטעות לא הויא מחילה ומכל מקום קשיא לי דלא דמי לפירות דקל דהתם לא נתחדש ידיעת דבר ממה

שהיה יודע תחילה ויש לנו לומר דכי היכי דמעיקרא היתה דעתו לתתם לקונה גם בשעת לקיטת הפירות דעתו ליתנם כי למה יחזור בו עכשיו וכיון דמדעתיה יהיב אף על גב דדינא לא גמיר מחילתו מחילה אבל גבי אסמכתא דמשחק בקובי' אימור דבתר דידע שכבר הרויח לא נותן מדעתו אלא שהיה מוטעה דלא ידע דמדינא לא קנ' והויא לה מחילה בטעות. ויש לומר דהריב"ש ז"ל לתרוצה לדהרא"ש ז"ל קאתי דלא תקשי כיון דמנה אין כאן משכון אין כאן דיש לנו לומר דכי הדר ויהיב ליה משכון גמר ויהיב כי היכי דנקום בהימנותיה כדכתב רבינו תם גבי פירות דקל ואף על פי שלא ידע הדין מחילה בטעות כי האי גוונא שמה מחילה ואם לא קנה מחמת התנאי הראשון קנה מחמת נתינת המשכון דגמר ויהיב ואכתי קשיא במה שאמר ולא מן השם אלא משום דמחילה בטעות הויא מחילה דומיא דפירות דקל דאכתי לא דמי דהתם הפירות עצמן שלה' מחלינהו לגבי' יזכה בגופן אבל זה כל חיובו מתחילה באסמכתא ולאו כלום הוא שנתן והמשכון שנתן אחר כך לא יוסיף תת כחו יתר על מה שהיה בתחילה כיון דחיוב אין כאן משכון אין כאן. ואם תאמר אם כן גבי מוכר שטר חוב לחבירו בלא כתיבה ומסיר' היאך למד רבי' תם מההיא דאם גבה השטר מלוה לא מצי מוכר למהדר למתבעיה והרי זה לא עשה מעשה אחר כן שנאמר בתר הכי גמר ויהיב כי היכי דליקום בהימנותיה כדהכא ואי משום דקדם וגבה לא מפני כן נאמר דבעי דניקו' בהימנותי' תדע דהא בפרק קמא דמציעא גבי גזל שדה ומכרה לאחר וחזר הגזלן ולקחה מבעלים הראשונים דאמרינן זכה לוקח דניחא ליה למוכר דניקום בהימנותי' ה"מ היכא דטרח וזבין אבל אורתא או יהבו ליה במתנה דממילא קאתי לא אמרינן ניחא ליה ומצי גזלן למהדר ביה וי"ל דבההיא נמי מיירי בשגבה הלוקח מן הלוה בפני המוכר ובידיעתו וכיון דלא מחה בדבר אלמא ניחא ליה כי היכי דניקום בהימנותיה ולא דמי לאורתא או יהבו ליה במתנה דמה היה לו לעשות הא ממילא קאתי ליה וכן כתב הרא"ש ז"ל על דברי רבינו תם דדוקא שידע המוכר כשגבאו הלוקח ומטעם מחילה אבל לא ידע המוכר לא דאמר ליה לא היה לך לפרע עד שיראה לך שקנאו ממני כדין ולפי דרכינו למדנו שכל שהיה מוטעה במחילה ויש לומר שעל דעת כן לא היתה כוונתו למחול את שלו מחילה בטעות כזו אינה מחילה כלל. והכי כתב הרמב"ם ז"ל בפר' ששי מהלכות סנהדרין דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה ועשה פשרה עם בעל דינו כדי שלא ישבע אינו כלום שלא קבל עליו ליתן או למחול אלא כדי להפט' מהשבועה שחייבו זה הטועה וכל קנין בטעות חוזר וכן כל כיוצא בזה וכן הביא העיטור מתשובת הרי"ף ז"ל הביאה הבית יוסף בהלכות דיינים. והרשב"א ז"ל כתב בתשובה הביאה בבית יוסף בסימן י"ב על ראובן שחייב לשמעון

והיה כופר ראובן בכל ונתפשר עמו בחמשים זוז ועשה לו מחילת שמים ומחיל' בריות השיב הרשב"א ז"ל דאונס היה במחילה זו ועוד כתב ועוד שנדון דידן פשרה היה ופשרה בטעות אינה פשרה סבור שלא ימצא ראיה והרי מצא ולגבי מחילת שמים הנה בשמים עדי וסהדי שלא מחל אלא באונס ואפילו לא נאנס כלל וסבור שאין לו בידו יותר ונמצא שיש לו מחילתו בטעות דכל דלא ידע לא מצי מחיל ואף על פי שהיא כותב לו הריני מוחל לך בדלא שגוי בדלא אנוס כדרך שנהגו כותבי תופסי שטרות אין בדבריו כלום עד שיאמר מרצוני בלא שום אונס יודע אני שיש לי בידך יותר וכדתני' מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה על מנת שאין לך עלי הונאה עכ"ל. והרב מהר"י קולון ז"ל בשורש קי"ח כתב על אחד שנתפשר בחלק ירושה בדבר מועט כי אמרו לו שלא היה נכסים מרובים אחר כך נודע לו שהיה כפלים הוי פשרה בטעות ובטלה.

ומה שטען בעלה של גדולה שתשבע האחותה הקטנה או תקבל חרם אם כשנתרצית ונטלה קנין לא היה בדעתה שאף על פי שימצא בבירור שלקחה אחותה הגדולה יותר על חלקה הרבה שהיתה מתרצת אין בטענה זו ממש שכל שבאותה שעה לא היה ברור לה וגם לא פירשו מה שלקחה יותר וגם כי שלא כדין לקחו לא גמרה ומחלה ואע"פ שתאמר עכשיו באותה שעה ודאי היה בדעת' למחול בין שימצא אחר כך בין שלא ימצא מ"מ לא גרם לה למחול אלא מפני שלא היה ברור לה לה ומחמת כן אמרה בדעתה הואיל ואין בידי לברר מה תועלת שאעכב במחילה ואולי מפני כן שלא אמחול יבקשו עילה לגרום לי הפסד לכך נתרצת וכיון דבאותה שעה לא היה ברור לה אותה מחילה אינה כלום תדע דהא הונאה דבעי רבה לאוכוחי מינה דמחילה בטעות אינה מחילה כשאמרו לו ע"מ שאין עלי אונאה אטו מי לא מספק בדעתיה שמא יש בו אונאת שתות או יותר על שתות ונתרצה שאף על פי שיהיה בו הונאה לא יחזיר ואפילו כן לא מהני דכל דלא ידע אף על גב דמחיל לא הויא מחילה וכן מוכח מדברי הרשב"א ז"ל שהבאנו למעלה שכתב דכל דלא ידע לא מצי מחיל מדלא כתב כיון דלא ידע לא מחל משמע דאע"ג דמחל ואמר בלבו אפילו יהיה כן הריני מוחל לא הויא מחילה עד דאתבריר ליה והדר מחיל כגון דא"ל יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה. ועוד ההיא דאסמכתא לא קני דמפרש לה ר"ת מטעם מחילה בטעות מי לא מספק בדעתיה שמא לא אוכל לפרוע בתוך זמן ותהיה חלוטה לו ומ"מ כיון דלא ברירה ליה אע"ג דמספקא דעתיה לאקנויי אסמכתא היא ואמרינן הדרא ארעא והדרי פירי מטעם מחילה בטעות. ועוד בפ' הכותב דפסיק רב כרשב"ג בכותב דין ודברים אין לי בנכסייך בחייך ובמותיך אם מתה אינו יורשה ופרכי' וסבר רב תנאו קיים

והאמר רב האומר ע"מ שאין עלי הונאה יש לו הונאה והק' התוספות מאי פריך שאני התם דלא ידע ומחיל ותרצו דהתם נמי לא ידע שתמות אשתו קודם שימות הוא והתם ודאי לא היה התנאי אלא שאם תמות היא בחייו לא יירשנה ונתרצו בדבר באותה שעה בלב שלם ואעפ"כ יש לבטל דבריו לפי שלא היה ברור לו שתמות היא בחייו וכל שלא היה ברור לו אינה מחילה אע"פ שבאות' שעה נתרצו בלב שלם אף כאן בנ"ד כל שלא פרשו לה כמה היה נוגע בחלקה כדי שתוותר וכל שלא היה ברור לה להיות שלה שהרי הם היו טוענים שכדין לקחו לפי סברת' אותה המחילה שמחלה אפילו היתה בלשון מחילה ראויה אינה כלום דכל דלא ידעה לא מציא מחלה א"כ אין כאן עסק שבועה ולא חרם בדבר.

ועוד אני אומר שאפילו אם היה תלוי בדעתה שאם תאמר אפילו על דעת כן מחלתי דהויא מחילה לאו כל כמיניה שתאמר עכשיו כן דהוי במקום שחב לאחרים שמפקיע כחו של בעל נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קג

שאלה מעשה היה באיש אחד שהיה מאיזנימיט הסמוכ' לקושטאנדי' והרחיק נדוד לאנגורה ועזב את אשתו שם לימים נדרש מאת האשה שיפטרנ' בגט כי זה לה כמה ימים ישבה ענונה בעירום ובחוסר כל וכתב האיש גט כשר לאשתו ועשה שליח הולכה עליו לימים בהיות הגילאי"ש סביבות אנגורה כדרך יום כה וכדרך יום כה והיו תופסין את האנשים ושובין אותן הלך זה לפדות את איש אחד שהיה תפוס בידם ומיום שיצא מן אנגורה לא שב ולא ידעו מה היה לו והעם היו מרננים לאמ' דמסתבר' שהרגו אותו אבל לא נודע שום עדות ולא גילוי על הריגתו ואחר ימים באו הגילאלי"ש וחנו כמה ימים סביבות החומה והיו נושאים ונותנים עם בני העיר ולא היה אדם שיגיד על זה אם נראה או חי או מת ואחר זה כארבעה חדשים בא השליח והגט בידו אל מקום האשה ונשאו ונתנו החכמים השלמים נר"ו אם נדון את זה בחזקת שהוא קיים או שנדון עליו חומרי חיים וחומרי מתים כהנך שלשה דרבי אלעזר בן פרטה עיר שכבשה כרכום כיון שזה הלך לפרקים למקום האויבים שמא הרגוהו ונמצאת האשה זקוקה ליבם ושורת הדין נותנת שאין זה מאותם שנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים חדא דמאן לימ' לן שהלך אצל הגילאלי"ש דלמא לעלמא אזל ועוד שאפילו היה ידוע לנו שהלך אצלם אין לדונו כדין כרכום כיון שהלך אצלם בשלום ולא במלחמה ואין דרך להרוג אותם שיושלם אליהם ועוד אלו הגילאלי"ש כבר ידוע הוא שאינם הורגים אפילו כשכובשים העיר כי אין להם שנאה עם בני העיר כלסטים דעלמא דמו שאין כוונתם אלא לשלול שלל ולבוז

בז ותופסים את האנשים ופוסקים עליהם ממון רב לפדות את עצמן יש להעמידו בחזקה שהוא קיים דומיא דספינ' המטרפ' בים ועיר שהקיפ' כרכום והיוצא לידון דלא חיישי' לתת עליה' חומרי מתים.

ויש לי מקום עיון באותה שהביא הרא"ש ז"ל שאמר בירושלמי ובלבד כרכום של אותה העיר אבל כרכום של עיר אחרת כליסטים הם משמע דאסיפא דנותנים עליו חומרי חיים קאי דכרכום של עיר אחרת כליסטים הם ואף על פי שכבשוה הרי הם בחזקת קיימים והנה ראיתי בטור ן' העזר דמשמע ליה דארישא בעיר שהקיפה כרכום שהם בחזקת קיימים קאי דכרכום של עיר אחרת אף על פי שעדיין לא כבשום נותנין עליו חומרי מתים ופירש מהרי"ק ז"ל דבריו דכיון דמעיר אחרת הם אינם חסים עליהם ומתאמצים תיכף להפיל החומה ולכבוש את העיר והדבר קשה וכי בדידהו תליא מילתא כל זמן שלא כבשו עדיין הם בחזקתם דאפילו גבור בחוץ וחלש בפנים חלש נוצח. וגדולה מזו אמרו בירושלמי גבי הניחו זקן אפילו הניחו בן מאה שנה ועשה בדרך עוד מאה שנה נתנו לה בחזקת שהוא קיים ועוד לישנא דכליסטים משמע דעל עסקי ממון הם באים ולא על עסקי נפשות ועוד דמתוך הירושלמי מוכח דאסיפא קאי דלעיל מינה מייתי היתה שם פרצה אחת מצלת על הכל היה שם מחבוייה צריכה ובתר הכי מייתי רבי זעירא וכו' ובלבד כרכום של אותה העיר וכולי וההיא דהיתה שם פרצה אסיפא דעיר שכבשה קאי שאם היה שם פרצה אני אומר מהפרצה נמלטו ובהיותה שם פרצה מספקא ליה ותו אם בפרצה אנו תולין להקל שניצולו לא כל שכן כשעדיין לא נכבשה שאפילו היה כרכום של עיר אחרת תולין שעדיין לא כבשוה כי שגבה מהם ומוקמינן להו אחזקתייהו ועוד הא שמעתא גופא בלשונה נאמרה בירושלמי בפרק ב' דכתובות אמתניתין דעיר שכבשה כרכום כל כהנות שנמצאו בתוכה פסולות ובלבד כרכום של אותה העיר והתם לא מיירי כלל בהקיפה כרכום אלמא אפי' כבשה כרכום דשל עיר אחרת אין בו דין כבוש ואין לפרש כלל דאהיה שם פרצה מצלת קאי דאם היה כרכום של עיר אחרת אינה מצלת דאטו מי לא איפשר דערק חד מינייהו כדאמרינן בתלמודא דידן התם ולכך לא הביא הרא"ש ההיא דפרצה אלמא מלתא באנפי נפשה היא ובתלמוד' דידן התם בכתובו' אמר כאן בכרכום של אותה מלכות כאן בכרכום של מלכו' אחרת ושם פרש"י ז"ל כרכום של אותה מלכות אינו רוצה להשחית את בני העיר והקשו עליו בתוספות כמה קושיות והם פירשו של אותו מלכו' יושבים בטח לפי שאין אחריהם מחנה אחד וכן פרשו רבינו חננאל ורבינו תם וכתבו וכן מוכח בירושלמי ועוד מצאתי להרשב"א ז"ל בחידושיו בגיטין הביא זו אסיפא דעיר שכבשה כרכום וכו' שלא כדברי הטור ז"ל

והרמב"ם ז"ל בפרק י"ז מהלכות איסורי ביאה אעיר שכבשה כרכום כתב כלשון הזה במה דברים אמורים בגדוד של אותה מלכות שהם מתיישבים בעיר ואינם יראים אבל בגדוד של מלכות אחרת שפשט שטף ועבר לא נאסרו הנשים מפני שאין פנאי לבעול שהם עוסקים בשלל ובורחים להם. הרי פי' לשון כלסטים הם שעל עסקי שלל הם באים. ותמיה לי להרא"ש ז"ל שכתב בהלכותיו בפרק שני דכתובות שהרי"ף ז"ל פסק כרב מרי לפי שלא חלק בין מלכות אותה העיר למלכות של עיר אחרת והוכיח משם דק"ל כשנויי' דרב מרי דבפרק קמא דעבודה זרה לא מייתי אלא ורב מרי אם כן היאך הביא כאן בפרק כל הגט הך דירושלמי והיא אדחייא לה וקל וחומר הדברים אם באיסור ערוה הקלנו בשבויה לא כל שכן דהא בשבויה הקלו כמה קולו' ואמרו אם היה שם מחבוא' אחת מצלת על הכל אף על פי שאינה מחזקת אלא אחת שכל אחת ואחת יכולה שתאמר שם נחבאתי ופשיטא דלגבי גיטין לא מחזקינן להו בחזקת קיימין ובפרק קמא דקידושין גבי ההוא דקדיש באבנא דכוחל' ויתיב רב חסדא וקמשער להאי אית בה שוה פרוטה ואמרינן לאו היינו דר' חנינא דאמר עדיה בצד אסתן ותאסר אבי ורבא לא סבירא להו הא דרב חסדא אם הקלו בשבויה נקל באשת איש ויש ספרים דגרסי אם הקלו בשבויה דמנוולא נפשה באפי שבויה ואין לומר דהרא"ש מפרש כפי' רש"י דכרכו' של אותה העיר אינם משחיתים את העיר וארישא קאי כדברי הטור בנו ז"ל דאירושלמי אי איפשר לפרש כן כלל ולא פירש רש"י כן בשמעתא דתלמו' דידן כמו שכתב הר"ן ז"ל בירושלמי דהכא אמר ובלבד כרכום של אותה העיר פסולות הא כרכום של עיר אחרת כשרות ועוד הרא"ש עצמו בתוספות כתב פרש"י ואמר לפרש"י ז"ל קשה טובא להכי נראה כפירוש רבינו חננאל דבכרכום של אותה העיר אסרן וסמך ענין לו וכרב מרי קיימא לן דבמסכת עבודה זרה מפריקינן כרב מרי ולא בשנוייא אחרינא הילכך משמע סותרת זו את זו: ויש להשיב דאפי' אם נאמר הכא בגיטין דכרכום של עיר אחרת אם בחזקת קיימים היינו משום דכליסטים הם ועל עסקי ממון הם באי' ולא קטלי מ"מ הנשים בחזקת הפקר קיימין והוייא לה כשבוייה דלא גרע מאשה שנחבשה בידי גוים על ידי ממון דכשיד אומות העולם תקיפא על עצמן אשתו אסורה ועוד סתם שבוייה אף על פי שכל שיש בשביה בחזקת קיימים הם דלא קטלי להו מכל מקום הנשים בחזקת טומאה והא דאשכחן דהקלו בשבויה טפי מבערוה היינו בגופא של עדות להחזיקה כשבויה או כשנשבית להחזיקה בטמאה אבל באיסור שבוייה כשידענו שנכנסה לידי ספק לעולם אינה יוצאה מידי ספק אלא ע"פ עדות אפילו עבד אפילו שפחה אע"פ שאין שם עסקי נפשות דודאי יצרא דעריות תקיף להו ומכל מקום הדבר קשה הואיל והסוגיות בלשון

אחד נאמרו בגיטין ובכתובות והואיל ואדחייה בכתובות על פי הגמרא שלנו מנין ליה ליסמך עוד על אותה שמועה ולחלק מדעתיה בין גיטא לשבויה ועוד שהטעם שפסק הרי"ף ז"ל דלא כהך שמעתא משום דבעבודה זר' לא מייתי לה אלא לדרב מרי ממילא אדחיה הכא בכתובות הוא הטעם עצמו שהדין נותן שלא לפסוק כמותו הכא בגיטין כיון דתלמודא דידן לא מייתי לה לגמרי דאם איתא לא הוה שתיק תלמודא מינה ומייתי מתניתין דצרתה אלא דמשמע בכל ענין כבשה כרכום נותנים עליהם חומרי מתים ומיהו להרמב"ם ז"ל ור"ת ושאר רבוותא דפסקו לענין שביה להקל לבכרכום של עיר אחרת אף לענין ערוה נקל דכליסטים הם דלא קטלי.

ומ"מ היינו מחסמים בדבר לבלתי פטרה בגט ולהתירה לשוק לפי שלבו של אדם נוקף לומר שאין זה האיש בחיים שאחר שיצא מן העיר לא הרחיק ולא נודע מקומו איו וכבר נשכח זכרו ומאחר שהצריכוה חלוצה היינו מקפידין לתת לה הגט שמא תהיה סבורה שמתגרשת לגמרי בגט זה ולא תרצה להתעגן עד שיבוא היבם וכנראה מדברי הרמב"ם ז"ל שאמר שאם היה גט אחת מאלו שנותנים עליהם חומרי מתים ביד השליח הרי זה לא יתננו לה ואם נתנו הרי זו ספק מגורשת ועוד נתננו ונשאנו בההיא דריש פרק האשה שלום דנמצאת מצריכה כרוז לכהונה והרבה חלוקים נאמרו בדבר ואע"פ שלא היה היבם כאן היינו נכנסין בפרצות רחוקות למצוא עילה להקל משום עיגונא דאתת' עכשיו שהיבם מצוי כאן ורוצה לחלוץ מהיות טוב אל תקרא רע ואחרי שהוזקקה זאת לגט וחליצה אמרנו איזה מהם קודם למעשה אם יש קפידא בדבר כמו שהקפידו בגט וחליצה דיבם דיש סברא להקפידו לת' הגט קודם שאם אתה אומר תחלוץ ואח"כ תתגרש יש לחוש שמא בשעת החליצ' היה בעלה קיים ובשעת נתינת הגט כבר מת ולא נפטרה זו לא בחליצה ולא בגט. אבל יש לדון שאם תמצא לומר שהיה ברו' לנו שכשעבר אותו כרכום היה קיים או שידענו שלא הלך לאותו כרכום והיה חי בעיר אחרת שוב אין לחוש כלל שמת אח"כ שהרי הוא בחזקת קיים לעולם דומיא דהניחו זקן או חולה דנותנין לה בחזקת שהוא קיים ולא נכנסנו לכלל ספק אלא מפני שבאותו מקום סמוך לעיר נאבד זכרו וחששנו שמא אותם הגילאליש הרגוהו ואם הרגוהו מאז הרי החליצה פטרתה ואם לא הרגוהו הגט פוטרה ואין לומר דנדון דידן חיישינן שמא ימות בין חליצה לגט ואע"פ דלשמא מת לא חיישינן כדאמרינן בגמרא לרבי יהודה דחייש לבקיעת הנוד הא ליתא דאין לנו לחוש על שעת נתינת הגט אלא על שעת שהיא נשאת לשוק דכי חיישינן לשמא ימות היינו היכא דנמצאת זרה למפר' הילכך לא תאכל בתרומה שמא ימות ונמצאת מגורשת שעה אחת קודם למיתתו וכן ההיא דבקיעת הנוד לא ישתה שמא מבקע ונמצא

שותה טבלים למפרע אבל הכא כשהאשה הזו באה להנשא הרי היא מותרת ממה נפשך שאם נהרג בשעת הכרכום הרי היא נפטרה בחליצה ואם לא נהרג הרי הוא בחזקת קיים עד עכשיו דלשמא מת לא חיישינן ומיהו לתירוץ שני שכתבו התוספות בפרק כל הגט אההיא דפרק המפקיד דאמרינן דילמא שבבא סבתא וכו' דמשמע דחיישינן למיתה כתבו שם דבשבבא חיישינן טפי למיתה ואע"פ שזה האיש אינו ברור לנו שהלך לשם אצל הגילאלי"ש מכל מקום אם תמצא לומר שהלך שם אע"פ שלא הרגוהו תכף יש לחוש שמא הרגוהו אחר כך דבשבייה כולהו איתנהו ביה ודילמא אתרמי שנהרג בין חליצה לגט ואע"פ שיש לדון על תירוץ זה וכדאמרינן בעלמא אטו אשבוייה ניקום ונסמוך ועוד דילמא לא אמרינן הכי בשעת שבייה דכלהו איתנהו בה אבל לאחר זמן מרובה שנשבה אם היה איש אחד בא ואמר לנו שלא הרגוהו בשעת חירום אין לנו לומר שמא הרגוהו לאחר מכאן שדרך הוא לכבשם לעבדים ולשפחות ולא להרוג ועוד דהכא אין ידוע לנו שנשבה כל עיקר מכל מקום לרווחה דמלתא עשינו שתתגרש היום וקבענו מקום לחליצה למחר ונחלצה.

ואחר מעשה שמענו אומרים שיש סוברים בזה להחמיר אם אשה זו מאותם שנותנים עליהם חומרי מתים ואם לא יתבר' מיתתו תש' עד שתלבין ראשה שלא לתת גט וגם שלא לחלוץ ונתלו בזה בדברי הרמב"ם ז"ל שהוזכרנו למעלה שכתב שלא יתננו השלי' לאשה אם נתנו הרי היא בחזקת מגורשת שנראין דבריו שלכתחילה לא ינתן וכמסתייעים בזה מדברי הרב מהר"ר שלמה הכהן ז"ל בתשובותיו שכ' שני טעמים א' שלא תטעה האשה ותזכור שהיא מגורשת גמורה ותנשא לשוק והשני שלא תתבטל מצות יבום ואומרים כי מאחר שאנו חוששים שמא תנשא בלא חליצה אע"פ שהיבם הוא עומד כאן לחלוץ יש לחוש שמא לא יתרצה אחר כך לחלוץ ואזלא ומנסבא דסברא ודאי קיים היה ונפטרה בגט וכן אם היה חולץ תחילה שמא יארע אונס לשליח או שמא ימות והיא תלך ותנשא בחליצה גרידתא וגם מטעם שלא לבטל מצות יבום אין לה גט לכתחילה כדי שיחלוץ אח"כ דמצות יבום קודם ומתוך הטעמים אמרו שלזה כתב הרמב"ם ז"ל שלא יתננו לכתחילה בהחל' אע"פ שהיבם כאן ורוצה ליבם ואע"פ שאש' זו ברור המקום שפטרה הואיל ויצא הדבר בהיתר יצא מ"מ תורה היא והלכה למעשה אנו צריכין שמעשים בכל יום יקרה דבר זה בכל אותם שנותנים עליהם חומרי מתים ונמצאו בנות ישראל עגונות כל ימיהם וצריכין אנו לבאר כי האי מלתא אריך או לא אריך ולמאי ניחוש לה אי לטעם הראשון שלא תלך האשה ותנשא על ידי הגט בלא חליצה מה מקום לחששא זו אם אנו חוששים שתזיד ותרשיע ותעבור על התראת בית דין אע"פ שהיא ספק מגורשת לפי

שתתלה ותאמר קיים היה בשעת נתינת הגט או אם תחלוץ ולא תקבל גט תנשא לעלמא ותתלה לומר כבר מת אין לנו לחוש לזה כי אדרבא אמרינן בעלמא איהי גופא דייקא ומנסבא הואיל והחמרת עליה בסופה דתצא מזה כדאמרינן בהאשה רבה אמרו לה מת בעליך ואחר כך מת בנך ונשאת ואחר כך אמרו לה חלוף הדברים תצא והולד ראשון וכו' דאמרי' דאף על גב דאנוס' היא דלא הוה לה לאסוקי דעתה קנסינן לה דמחלפא באשה שהלכה הוא ובעלה למה"י. ואם באת לומר זו כל זמן שהיא אסורה בתורת ודאי חיישא אנפשא ולא מנסבא אבל כשאתה נותן לה גט ומעמידה על הספק תליא להקל ותנשא אם אתה אומר כן שהיא תזלזל בספקות אם כן בזה אומר אני קדשתיה וזה אומר אני קדשתיה דתנן בפ' האומר שניהם נותנים ואם רצו א' נותן גט ואחד כונסה ניחוש שלא יתן האחד גט לכתחילה שמא האחר לא ירצה לכנוס או היא לא תתרצה בו ותסמוך בדעתה שזה הוא שקדשה ולא השני וכן בפרק שני דיבמות שנים שקדשו שתי אחיות זה אינו יודע איזו מהם קידש וזה אינו יודע איזו מהם קידש היו לזה שני אחים ולזה שני אחים אחיו של זה חולץ לאחת ואחיו של זה חולץ לאחת אחיו של זה מיבם חליצתו של זה וכו' לא תחלוץ לכתחילה מאחיו של זה שמא תתיבם לאחר ותאמר שכבר נפטרה בחליצתה מזה ואמרי' בגמרא אסיפא דלזה שני' ולזה שנים הא תו למה לי מהו דתימא לגזור דילמא מיבם בלא חליצה קמ"ל פירש רש"י ז"ל הכא בסיפא כיון דלבסוף תרווייהו מייבמי הא להך ביתא והא להך ביתא אתו למימר מה לנו ולחליצה עכ"ל וקמ"ל דלא חיישינן שמא לא ירצו האחים שנים לחלוץ וינסבו בלא חליצה מאחין דאמרי מה לנו ולחליצה מאחר שאנו מייבמין ועוד בההיא דפרק נושאין חמש נשים שנתערבו ולדותיהן הגדילו התערובות ונשאו נשים ארבעה חולצין לאחת ואחד מיבם אם כן איכא למיחש בהאי גוונא וגם בההיא דשלהי גיטין דיצא עליה קול מראשון ובא אחר וקדשה קדושי תורה דאם לא מצאו דבר על בוריו מגרש ראשון ונושא שני וכן ההיא דפרק ב"ש קטנה שלא מיאנה והגדילה ונתקדשה לאחר צריכה גט מזה ומזה. ואמרו רבוותא דמגרש ראשון ונושא שני שלא חשו שתסמוך בדעתה ותאמר קידושי ראשון הוו קידושין וקידושי שני לא חלו הא אין לך לומר אלא שכשם שהיא זהירה בודאות זהירה בספיקות ולא חשו חכמים לפשיעת האש' כלל דאיהי מזיד' לא שוי' נפש' לא אמרו אלא לשליח שלא ימסור לה הגט על הסתם והיא תטעה ותאמר חזקה שליח עושה שליחותו ולא נתבטל במיתתו של בעל ותחזיק עצמה בחזקת מגורשת ודאית וכן מוכח לשון הרב המגיד שאין לו להחזיקה בחזקת מגורשת על הספק אלמא לשליח הוא דקאמר שלא יעשה בענין שתחזיק את עצמה בחזקת מגורשת והיא אינה אלא ספק. והרב מהר"ר שלמה הכהן ז"ל

כתב אפשר שתטעה האשה ותסבור שהיא מגורשת גמורה ותנשא לשוק ומדבריו של הרב נלמוד שלא חשו שהיא תזיד ותקלקל עצמה אע"פ שתדע שהיא ספק הלכך מטעם זה אין לנו לעגנה אלא כל שהודיעוה בית דין שבעלה ספק הוא אם הוא חי או מת ואם מת אין גט לאחר מיתה והיא צריכה חליצה אם שעת הדחק הוא כיון שהשליח רוצה להרחיק נדוד וא"א למנות שלי' אחר ימסור לה הגט עכשיו ואין בזה בית מיחוש וגדולה מזו יש לנו ללמוד מדאמר בהאיש מקדש בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה ומת ועשה בה אחיו מאמר דצריכה גט שמא נתרצה האב בקידושי שני וצריכה חליצה שמא נתרצה האב בקדושי ראשון וצריכה מיאון שמא לא נתרצה האב לא בקידושי שני ולא בקידושי ראשון ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה הרי כאן שאין זה גט יבמין כשאר גיטין הבאים מחמת מאמר דמשום זיקא דרבנן הוא אלא מחמת ספק קדושין דאורייתא הוא שאם לא נתרצה לראשון ונתרצה לשני מקודשת גמורה לשני וכשהוא כותב בגט כך הוא כותב אנת ארוסתי ומזה הטעם כתב הרמב"ן ז"ל שם דאע"ג דבעשה מאמר בעלמא הצריכוה גט וחליצה לא חשו שלא יהיו אומרים אין קדושין תופסין באחותה היינו משום דמפרש בגט עצמו דלמאמרו הוא נותן או לזיקתו אבל זה ודאי גטו לחשש קידושין הוא נותן ולאו גט יבמין הוא אלא גמור דקרי ליה ארוסה ממש עד כאן דבריו ואהא דהצריכה מיאון שלא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה כדי לברר שאין הגט אלא מחמת חומרא כתב רבינו ישעיה הראשון ז"ל כלשון הזה והחליצה אינה מבררת שקידושי הראשון היו קדושין מפני שאינ' נעשת עד שתגדל ואם יקדש אחותה קודם שתגדיל זו יוציאוה בלא גט ונפיק מינה חורב' עכ"ל ואי קשיא לך עד שהוצרכו לתקן שתמאן יתקנו שלא יתן גט עד שתגדי' ותהא חליצתה מוכחת על גטה יש לומר שלפעמים איכא עגונה בהא מילתא כגון שמקדש זה רוצה ללכת למ"ה אומר לתת גט ואחר כך יחלוץ לה אחיו שהוא כאן ואם לא יתן לה גט נמצאת מעגנה עד שיבוא או שתלך אחריו. אי נמי שמא הוא רוצה לישא אשה אחרת ורוצה לגרש את זאת דכל זמן דאגידא ביה לא יהיבי ליה אחריתי לכך תקינו מיאון דבמלתא בעלמא מפטרא. הרי למדנו שאע"פ שזה השני נותן לה גט לקידושיו וכותב בו ארוסתי ועכשיו א"א לחלוץ מפני שהיא קטנה סוף סוף אינה נפטרה בגט לבד עד שתחלוץ ונותן לה גט עכשיו ולא חשו שמא תנשא בגט זה דסבורה מקודשת לשני אני ולא הצריכוה להמתין עד שתגדיל לתת לה גט וחליצה בהדי הדדי אלא נותן לה גט עכשיו ומודיעין לה שעדיין זקוק' מפני קידושי אחיו ואע"פ שבקושיא זו דילמא לא תהא החליצה מבררת הספק התוספות והרמב"ן ז"ל תירצו בענינים אחרים לא מפני כך נסתור דינו של רבינו ישעיה ז"ל דבהא ודאי לא פליגי אלא ליתן גט עכשיו

וחליצה לכשתגדיל ועוד אנו עתידים להביא דבריהם בס"ד וכגון זה נאמר דבר זה אע"פ שמתורת' של התוספות והרמב"ן ז"ל לא למדנו מתורתו של רבינו ישעיה ז"ל למדנו. ואין להתעקש ולומר עוד זו שיש לה מקום לטעון דמשעת נתינה זכתה בגט ולא נתבטלה שליחותו של שליח במות הבעל אע"פ שיודיעהו בית דין לא תקבל דסבורה חומר הוא שמחמירין עליה ושלא מן הדין אין זה כלום שאם כן גט על תנאי לא לתן לאשה לעולם שהרי כמה חלוקי דינים יש בתנאים דאיהי לאו דינא גמירא כגון דאמר לה על מנת שתתני לי מאתים זוז שמא ימחול לה ויאמר הריני כאלו התקבלתי איהי סברא שקיימ' תנאה כדאמרינן בעלמא בסוף פרק קונם אף זו יכול להתי' נדרו שלא על פי חכם שיאמר הריני כאלו התקבלתי אי נמי נתנ' לו בע"כ איהי סברא נתינה בע"כ הויא נתינ' כדאמרינן בענין פרעון חוב כדמוכח בפרק המפקיד וכן על מנת שתתני לי אצטלתי ואבדה אצטלתו איהי סברת חזרת דמים הויא חזרה כדאמרינן בעלמא וכן בעל מנת שתניקי את בני על מנת שתשמשי את אבא שתי שנים ומת הבן או שאמר האב אי אפשי שתשמשני שלא בהקפדה איהי סברה דלעכבה שאינה מהנה אינה עכבה כדרשב"ג דאמרה תן לי אביך ואשמשנו תן לי בנך ואניקנו וליתא דגבי גט לא אמר' הכי דלצעורי קא מכוין. ועוד כתב גט לאשתו על תנאי ניחוש שלא יתננו לה לכתחילה וכל תנאי שיהיה שמא תנשא לאחר על סמך שתקיים תנאה ושמא לא תקיים או לא תוכל לקיימה ותניא בפרק מי שאחזו הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתי' זוז אף על פי שנתקרע הגט הרי זו מגורשת ולאחר לא תנשא עד שתתן בהא ודאי יותר ראוי לחוש שמא תנשא בהת' על סמך שתקיים ולא חשו וסמכו על זהירתה דלא מקלקלה עצמה. וקל וחומר הדברים היכא שהיבם והשליח לפנינו ובאים לפטרה בגט וחליצה דליכא למיחש למידי וגדולה מזו אמרו בפרק קמא דסנהדרין מעשה באשה אחת שבאת לבית מדרשו של רבי מאיר אמרה אחד מכם קדשני בביאה עמד רבי מאיר וכתב לה גט כריתות עמדו כלם וכתבו ונתנו לה ואע"פ שבשעת שהתחיל הראשון ונתן גט לא היה אחר שאמר אני קדשתיה ולא היתה צריכה גט מאחרים והיתה סומכת בדעתה שזה הוא ולא חש רבי מאיר שמא לא יתנו אחרים ויהיה המקדש בכללם ותלך זו ותנשא דסבורה שנפטרה בגט של ראשון אלא כל שהיו כלם לפניו וכלם נתרצו לתת גט וגם שאמר לה הרי נותנים גט מספק לא חש לבלתם אין זו כיוצא בה. והרי אנו כמשיבין על דברי' דאם תמצא לומר שלא היה היבם כאן היינו חוששין לתת הגט או אם לא היה השליח כאן לפנינו ניחוש לתת לה חליצה דומיא דאמרינן בפ' ד' אחים שנים מהם נשואים שתי אחיות מתו הנשואים לאחיות הרי אלו חולצת ולא מתייבמות דאמרי בגמרא למאן דאמר אין זיקה מ"ט דילמא אדמייתי

חד מיית אידך וקמבטל מצות יבמין ואע"פ דלדידן טעם דמתניתין משום דיש זיקה הוא מכל מקום לפי טעם זה משמע שאע"פ ששניהם עומדים ליבם חיישינן דילמא מיית חד מנייהו לא דמי דודאי דלמיתה לזמן מועט לא חיישינן כדכתבו התוספות בפ"ב דיבמות דף י"ח דמייתי לה להך מילתא התם דלמיתה לא חיישינן לרבנן דרבי יהודה דריש יומא דלית להו אף אשה אחרת מתקנין לו שמא תמות אשתו אבל הכא פעמים שמאחר זמן גדול מלחלוץ או מליבם אחר חבירו ובזמן מרובה חיישי' עד כאן מ"מ אפי' תימא שאפי אם שניהם עומדים כאחד ליבם ביום אחד ולא שבקינן להו היינו משום דכל אחד אינו מתעכב מחמת עצמו אלא מחמת חבירו דחיישינן פעמים שהאחד לא יהיה מזומן לכנו' ויתעכב וזה אינו רוצה אלא לכנוס מיד וזה לא ימתין שיאמר יהא בית דין נזקקין לאחר לחלוץ או ליבם ומה לי לצרה הזאת אבל זו זקוק' ועומדת ואינה נפטרה במעשה אחד לבדו לא בגט ולא בחליצה הילכך אתרוייהו מזדהרא ואם באת לחוש לטעם השני שכת' מהר"ש הכהן ז"ל דכיון דקיימא לן דמצות יבום קודם למצות חליצה ואם לא יתנו לה אפשר שיתברר הדבר שמת ונמצא מצות יבום מתקיימת ולפי טעם זה אין ההקפדה מחמת הגט אלא שאפילו יתברר למפרע שמת כבר ונמצא הגט בטל ותתיבם יבומי אלא הכוונה שכדי לפטרה צריכה גט וחליצה ואם יתברר למפרע שמת כבר ונמצא הגט בטל שוב אינו יכול ליבם ותלו עצמן בטעם זה לומר שתשאר עגונה כל ימיה וחלילה לומר כן שאם חשו חכמים לעגונה של אשה והעמידו דבריה' במקום תורה להאמין עד מפי עד מפי עבד מפי שפחה' מפי נכרי מסיח לפי תומו איך מפני טעם זה שלא תתבטל מצות יבום תתעגן ותשב וכל שכן שהוא מתבטל בעגונה שהרי הוא אינו יכול ליבם כל זמן שלא הוברר ואם אתה חושש שהרגוהו ולא נודע עד עתה לעולם לא יתברר והרב מהר"ש הכהן ז"ל ח"ו שעלה על דעתו כך אלא אמר אותם ששמעו עליהם שכבשם כרכום או שטבעה ספינת' או שיצאו ליהרג ועדיין לא נודע בבירור שאפשר שיבאו אנשים ויעידו עליהם אם חיים או מתים אין לנו לעשות בענין שנצרך לכוף על החליצ' מאחר שאינה ראויה ליבום דשמא יאמר היבם תנו לי זמן שנדע אם מת בודאי אכנוס דמצות יבום קודמת אבל אם כבר עבר זמן רב כמו בנדון דידן וברחוק עשר מילין נאבד אימתי יתברר כל שכן כשהיבם בפנינו ורוצה לחלוץ ואמר לו שימתין ויכנוס אדרבה משיאין לו עצה ההוגנת לו תלך אצל שכמותיך כל שכן בנדון דידן שלא עלה בדעתו של יבם ליבם כלל ורוצה לפטרה דכל זמן דאגידא ביה לא יהבי ליה אחריתי ובלא כן ודאי אין לבית דין להשיאו עצה שלא יעגן את האשה ויפטרנה בחליצה דהיכא דאיכא עגונא דאתתא כל דהו מצות חליצה קודמת. תדע דאמרינן בפרק החולץ אמתניתין דתלה בקטן עד שיגדיל

או בגדול עד שיבא ממדינת הים אין שומעין לו דאע"ג דקיימא לן ביאת קטן עדיפא מחליצת גדול כל שכן ביאת גדול והוה ליה למנטר עד שיבא גדול ממדינת הים דילמא אתי ומיבם אלא כל שיהוי מצוה לא שהינן וחליץ לה קטן שנמצא פה ועוד הא דתנן בסוף פרק האשה שלום אמרה מת בני ואחר כך מת בעלי דחוששין לדבריה וחולצ' ולא מתייבמת ואם אנו חוששין לדבריה למה תחלוץ תמתין עד שיתברר הדבר כן ותיבם אלא ודאי כל שיהוי מצוה לא משהי' כלל וכן ההיא דריש האשה רבה דכי הלך בעלה וצרתה למדינת הים ואמרו לה מת בעליך ואיפליגו אמוראי דזעירי אמר תמתין תשעה חדשים לעיבור צרתה ותחלוץ ממה נפשך ורבי חנינא אמר לעולם אינה חולצת מטעם שלא תצריכה כרוז לכהונה וע"כ צריך לפרש אלו בכשרה לכהונה הא אם היתה גרושה או פסולה לכולי עלמא אינה צריכה להמתין אלא כדי עיבור ותחלוץ ממה נפשך ואם איתא יעמידו דבר על בוריו ותתיבם אלא הא מילתא ליכא כלל דכל שיהוי מצו' לא משהינן ואם לחשך אדם לומר הא אמר רב בפ' ד' אחין אסור לבטל מצות יבמה ואפילו רבי יצחק לא פליג עליו אלא בטעמא דמתניתין דקסבר יש זיקה אבל בהא מודה ליה וכו' התם היינו שלא נגרום שתתבטל ממנה מצות יבמין לגמרי כגון אם זו תתיבם תצא הלזו משום אחות אשה בלא חליצה ובלא יבום ואדרבה משם ראיה דבחליצה מקיימה מצות יבמין דאמרינן הרי אלו חולצות ולא מתייבמות ולא קפדינן אמצות יבום כיון דאפשר בחליצה ומבטלין ליבום בידים ומסתגניא לן בחליצה והיאך נעמוד אנחנו ונעשה בענין שתתבטל מצות יבמין לגמרי שאם עד עכשיו שעבר זמן רב לא נודע ולא נתברר מיתתו שוב לא יתברר לעולם. ועוד איך יעלה על דעת אדם שמפני מצות קדימת היבום או מטעם שלא תטעה האשה נעגן אשה א' כל ימים אם הקלו בה כמה קולו' משום עיגונ' דאתת' ולא עוד אלא דבמילתא דספקא כגון בההיא שנאבד הגט ומצאו לאלתר כתב הרי"ף ז"ל בפרק כל הגט מסתברא לן דבכי האי מלתא לחומרא עבדינן כלישנא בתרא דרבי זירא ובפרק האשה שלום גבי יצחק ריש גלותא דפליגי אביי ורבא אי חיישינן לתרי יוסף בן שמעון דאביי לחומרא כרבי זירא ופסק הרי"ף ז"ל כרבא לקולא וכתב הרא"ש ז"ל דהכא פסק לחומרא לענין גט במילתא דאיסורא כיון דאיפשר שיתן לה הבעל גט אחר שהרי הוא שם אבל התם גבי יצחק ר"ג אי חיישינן לתרי יצחק צריכה להתעגן כל ימיה לכך פסק לקולא במידי דהוי ספיקא דאורייתא כל שכן מפני חששות אלו אשר אין להם שחר ונראה לי דאפילו בא מחמת טענה ואמר לה ניחא לי דאתסר בקרובותיה ותנו לי זמן שמא יתברר שלא מת ונפטרה בגט אין לנו לעגנה בכך אף על גב דגבי היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך בגמ' בפר' האומר אתמר רבי אמי אמר כופין

ושמואל אמר מבקשין וקס"ד כופין ליתן גט וקמתמה אמאי אמר לא ניחא לי דאתסר בקרובותיה התם משום דלא רמיא עליה דהוא אמר לא קדשתיך ולאו כל כמיניה לאסור קרובותיה עליו דאם כן יהיו כל הנשים עושות כך. אבל הכא עליה דידיה רמיא ובחזקת זקוקה לו היא עומד' עד שיתברר שהיא נפטר' ממנו בגט ולאו כל כמינו להסיע' מעליו ולעגנ' כי היכי דבתל' קטן בגדול עד שיבא ממ"ה אין שומעין אע"פ שיש לו טענה דלא בעי שיאס' בקרובותיה ואע"ג דמצוה בגדו' ומצות יבום עדיף אף זו כיוצא בה הואיל ומחמתו היא אסורה להנשא שהיא ספק זקוקתו הגע עצמך נתן לה קדושי ספק או ע"ת וספק אם נתקיים התנאי שמא יכול הוא לומר לא אתן גט שמא אינה מקודשת ולא נאסר בקרובותיה פשיטא דאומרים לו או כנוס או פטור. ואמרו עוד שיש טענה אחרת שלא לתת גט וחליצה שמא לא מת והגט גט וכשהיא חולצת נפיק מינה חורבה דשמא בעלה של זו נשא אשה במקום אחר וימות אחר כך בלא בנים ותפטר אותה האשה בחליצת' של זו דסבורה שחליצתה כראוי ונמצינו גורמין היתר יבמה לשוק אלו דבריהם ואינן אלא מן המתמיהין דאין מקום לחוש להא מלתא לא היא ולא דכוותה ולא בפחות מינה. חדא שאם תמצא לומר שניצול והלך אל ארץ נושבת כדי לישא אשה אין לנו לחוש שמא ימות דלמיתה לא חיישינן שהרי מי שהלך בעלה למדינת הים הולכת ואוכלת בתרומה כמה שנים בחזקת שהוא קיים וכן אם שלח לה בעלה גט ממדינת הים אפילו אחר כמה שנים נותנו לו השליח בחזקת שהוא קיים והביא הרשב"א ז"ל מהירושלמי אפילו הניחו בן מאה שנה ועשה עוד בארץ מאה שנה נותנו לה בחזקת שהוא קיים. ועוד אפילו ת"ל שקיים היה ואחר כך מת אין לנו לחוש שמא נשא אחרת שם כל זמן שלא שמענו שנשא. תדע שהרי לענין יוחסין שהחמירו טפי ועשו בה מעלות בפרק עשרה יוחסין תנן אשה שיצאת עמי למדינת הים מתה ואלו בניה מביא ראיה על הבנים ואין מביא ראיה על האשה ופירשו בתוספות מביא ראיה על הבנים פי שהם מן האשה מאחר שהביא ראיה על הבנים שהם מאשתו שמתה במדינת הים אין צריך להביא תו ראיה על האשה שאותה האשה היתה בחזקת מיוחסת דאין לחוש שלקח אשה אחרת שם והוליד ממנה בנים אלו דמסתמא מאשתו שהוציא מכאן הם מאחר שלא שמענו שנשא שם אשה אחר' והאשה שהוציא משם כבר בדקנוה קודם שהלכה בעלה למדינת הים עד כאן דבריו ויש גמגום בלשון התוספות שם למעלה כמו שכתוב אצלי במקום אחר הרי שם שאין בנים אלו בחזקת כשרות אלא מכח דלא חיישינן שנשא שם אשה אחרת שאלו היה ידוע לנו שנשא מנין לנו לומר שבנים אלו הם מן האשה שהלכה מכאן המיוחסת ולא מאותה שנשא שם אלא לא חיישינן להכי ומכשירינן הבנים בחזקה זו כל שכן שלא נחוש לעגן

אשה זו משום שמא נשא שם אשה אחרת ועוד דבריש האשה רבה דתנן הרי זו לא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה ודייקינן מאי היא צרתה הא קמשמע לן דלהאי צרה חיישינן לצרה אחריתי לא חיישינן פי' שמא נשא אחרת והיו לו בנים ממנה והוה ליה אשת אח שלא במקום מצוה אלא תתייבם שפיר ולא נחוש וכ"ת שאני התם שאנו צריכין לחוש לתרתי שנשא אחרת ושהיו לו בנים ממנה אבל הכא יש לחוש שמא נשא אחרת לבד הא לא איריא דאם יש לחוש שנשא אשה אחרת בנים ממילא אתו דרוב נשים מתעברות ויולדות ואמרי' התם דסמכינן אהך רובא אפילו כנגד חזקה דאמרינן חזקה לא עדיף מרובי' ועוד שאף כאן אתה צריך לתרתי לחוש ולתלות שמא נשא אשה אחרת ושמא מת אחר כך ושמא תטעה בחליצתה של זו ותו דתנן הית' חמות' מעוברת אינה חוששת שמא ילדה בן והיא זקוקה ליבם אע"ג דרוב נשים מתעברות ויולדות כיון דאיכא ספיקא אחריתי שמא נקבה ילדה וכולי האי לא חיישינן שמא ילדה וזכר היה וקרי לה התם חזקה לשוק ורובא לשוק דסמכינן למיעוטא דמפילות למחצה זכרים ולמחצה נקבות הוה ליה רובא. ה"נ סמכינן לספקא שמא לא נשא ושמא לא מת והוה ליה רובא לשוק וחזקה לשוק ועדיפא מינה שאתה מרבה ספקות וספקי ספיקות ספק שמת או נהרג כבר באותו כרכום ספק לא נהרג ואם תמצא לומר לא נהרג שמא לא נשא אשה ואם תמצא לומר נשא שמא לא ימות אחר כך ואם תמצא לומר שימות שמא נודע בגיטא של זו ולא תתיר עצמה צרתה בחליצתה של זו ותו הא דתנן בפרק האשה בתרא שתי יבמות זו אומרת מת בעלי וזו אומרת מת בעלי זו אסורה מפני בעלה של זו וזו אסורה מפני בעלה של זו לזו עדים ולזו אין עדים את שיש לה עדים אסורה ואת שאין לה עדים מותרת ותאסר זו שאין לה עדים מלינשא שמא תנשא יבמתה שהיא במקום אחר על ידה כשיעידו לה שנתארמל' ונשאת וכ"ת התם איכ' למתלי בגרושה הא קחזו לה שלובשת בגדי אלמנות ועשתה לבעל' הספד גדול ותו נשאת לכהן מא"ל אלא לא חיישינן להכי וכן מוכח מדברי התוספות שכתב את שיש עדים אסורה תימא מאי קמשמע לן ושמא אשמועינן דלא אסרי הא אטו הא ע"כ. ומתוך משנה שאינה צריכה למדנו שאין לנו לאסור זו שמותרת בשביל האחרת שלא תטעה ותנשא אף על גב דאיתא כל שכן שלא נחוש לצרה אחריתי ועוד אם כן שאפילו היתה הצרה ידועה שם ואפילו היתה חששא ראויה היכא דאיכא הכירא לא חיישינן כגון הכא דאיכא גט וחליצה דאי אפשר שתטעה האשה האחרת לפטור עצמה בחליצתה של זו שהרי גיטה מוכיח עליה שחליצתה בספק דאין גט לאחר מיתה וכל היכא דאיכא הוכחה לא חיישינן לשמא ישמעו בחליצה ולא ישמעו בגט תדע דבפרק האיש מקדש אמרינן קטנ' שנתקדשה שלא

לדעת אביה דרב ושמואל אמרי צריכה גט וצריכה מיאון צריכה גט שמא נתרצה האב וצריכה מיאון שמא לא נתרצה ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה. ואע"ג דאיפסיקא הלכתא כבתראי דלא חיישינן לשמא נתרצה האב ואינה צריכה גט ומכיון שאינה צריכה גט אף מיאון אינה צריכה מכל מקום שמענו משמועה זו דלרב ושמואל דחיישינן שמא נתרצה האב ומצריכינן אותה גט איכא למיחש שמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה ואמרו צריכה מיאון אלמא מיאונה מוכיחין עליה שאין קדושיה קידושין גמורין וגיטה מספק ולא חשו לומר דילמא שמעי בגט ולא במיאון. ולקמן בסמוך אמרינן מת ונפלה לפני אחים ליבום ועשה בה מאמר צריכה גט וצריכ' חליצה וצריכה מיאון צריכ' גט שמא נתרצה אב בקידושי שני צריכה חליצה שמא נתרצה אב בקידושי ראשון צריכה מיאון שמא לא נתרצה האב לא בקידושי ראשון ולא בקידושי שני ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה והקשו בתוספות למה לי מאון כיון דצריכה חליצה אם כן חיישינן שמא נתרצה לראשון ואם כן אפילו נתרצה לשני קידושין תופסין באחותה ותירצו דחליצה אינה הוכחה שיאמרו ודאי שלא נתרצה לראשון שהרי הראשון עשה שלא כהוגן שקדש שלא מדעת האב אבל לשני נתרצה שלא עשה שלא כהוגן שהיה סבור שהיה זקוקה לו ומה שהזקיקוה חליצה משום בני אדם שאינם בעלי סברא שיאמרו נתרצה לראשון. והרמב"ן ז"ל אסברה לן יותר משמן של התוספות במה שהצריכוה חליצה מדרבנן דסברי אינה ממאנה לזיקה וקידושי שני קידושין גמורין ואין קדושין תופסין באחותה והרמב"ן ז"ל כתב שני תרוצין חדא דלא מסקי אדעתייהו אינשי דגט משו' מאמר דהא קי"ל בעלמא קטנה אין עושין בה מאמר אלא מדעת אביה ולא הצריכוה גט כלל ומדאצריכוה גט ש"מ קמו רבנן בקידושי קמא וקידושי טעות הוא שהאב מיחה בראשון ולא מיחה בשני וחליצה עצמה בטעות הוה. א"נ אמרי בתר חליצה קדש ותפסי בה קדושין ואין קדושין תופסין באחותה ותדע שהרי כותב לה בגט ארוסתי אלמא לאו גט יבמין הוה הילכך יש לחוש שיאמרו חלץ וקדש וגרש זה תורף דבריו שם בחידושיו אע"פ שבאו בארוכה עוד כתב ז"ל ומפרשים רבים אמרו שמא יש שראה בגט ולא ראה בחליצה ואם תאמר אף במיאון יש לחוש שמא לא יראה מיאון אין דנין אפשר מאי אפשר דכל היכא דאפשר לתקוני מתקינן ואין דעתינו נוחה מזה עד כאן לשונו. ורבינו ישעיה הראשון ז"ל כתב וז"ל והחליצה אינה מבררת שקידושי ראשון הוי קידושין מפני שאינה נעשית לכשתגדיל ואם יקדש אחותה קודם שתגדיל זו יוציאנה בלא גט ונפק מינה חורבה ע"כ. מכל התירוצים האלו שנאמרו שם למדנו שאין לחוש כל זמן דאיכא הוכחה בתוך מיאון וחליצה הוא דהתם לא מבררא מילתא בדברי התוספות או בדברי הרמב"ן ז"ל או בדברי

רבינו ישעיה אבל הכא אין לטעות כלל בחליצתה של זו שהכל יודעים שאילו מת בברי לא היו נותנין לה גט דאין גט לאחר מיתה ולדברי אותם המפרשים שאמרו שמא יש שראה הגט ולא ראה בחליצה לא אמרו לאוסרה מפני כך אלא אמרו דלרווחא דמלתא רצו לפרס' הדבר יותר במיאון והיכא דלא אפשר לא אפשר תדע דבנערה דלא שייך בה מיאון מדתניא לן בגט וחליצה לבד ודלא נפלה לפני יבם אלא שהמקדש ראשון קיים דסגי לה בגט כדמוכח מדברי התוספות ז"ל וז"ל הרמב"ן ז"ל יש לדקדק בנערה מאי איכא למימר דודאי ה"ה לנערה דהא קי"ל אביה ולא היא ולקמן גרסינן בפסחים נערה והא לאו בת מיאון היא שתמאן ויש לומר היכא דאפשר תקינו רבנן היכא דלא אפשר לא אפשר והרא"ש ז"ל בהלכותיו כתב ואם היתה נערה יוצאה בגט לבד דלא שייך לתקן בה מיאון וכן מצינו בכמה מקומות גט בגדולה מדרבנן ולא חששו שמא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה ובקטנה דשייך בה מיאון תקינו שתמאן ואפשר דבנערה צריכה הכרזה שלא היו קידושין דאורייתא עד כאן דבריו ואי קשיא לך מה שכתב מההיא דריש פרק האשה בתרא דאמרינן איכא דהוי בחליצה ולא הוי באכרזתא לא דמי דהתם החליצה היא עכשיו וההכרזה לאח' כמה שנים אבל הכא מאן דשמע בהא שמע בהא אף כאן בנדון שלפנינו אם באת לחוש שלא תטעה צרתה הרי גטה מוכיח עליה ואין לך הכרזה גדולה מזו ואפילו תימא שמא איכא מאן דלא שמע בגט כדברי אותם המפרשים שהביא הרמב"ן ז"ל וכן כתב הר"ן ז"ל בהלכותיו הרי אמרו היכא דלא אפשר לא אפשר ולא מעגנן אתתא מפני כך.

ובר מן דין נראה שאין לחוש לחששא אפילו היכא דאיתא לצרה שם שלא תנשא בחליצתה של זו דכיון דאותה אשה בחזקת איסור לשוק עומדת אינה יכולה להנשא אלא על פי ב"ד בחליצה או שיעידו בפני ב"ד עדות ראוי להתירה לשוק אבל בבית דין לא חיישינן שמא יאמרו אף על גב דחשו שמא יאמרו אין קדושין תופסין באחותה דומיא דמפלגינן גבי קורבה דגרים דלית להו קורבה מן התורה ואמרינן בפרק נושאין גר שנשא אחותו מהאם יוציא וטעמא משום דלא ליתו לאחלופי בישראל כדכת' רש"י והתוספות ז"ל ולענין עדות אמרינן ביבמו' בפרק כיצד אחין בין מן האב בין מן האם מעידין לכתחילה מאי שנא ערוה לכל מסורה עדות לבית דין מסורה. וכיוצא בזה אמרו בריש ביצה דגזרו התם שלא יאמרו אשתקד מי לא אכלנו זה ופרכינן עדות נמי ניחוש שלא יאמרו אשתקד וכו' ואהדרינן ביצה לכל מסורה עדות לבית דין מסורה אף כאן צרה זו כל זמן שהיא בחזקת איסור לשוק א"א לה שתנשא אלא על פי בית דין שהכל יודעים שצריכה חליצה ואפילו אם היו לה עדים שנחלצה אין הכל יודעים שמפני כך

הותרה וצריך לחקור עדותן והם ידקדקו בדבר ויחושו למה שראוי לחוש ודבר תימא הוא וכי כל יבמה שנחלצה נפטרה צרתה והלא עשה מאמר ביבמתו או שנתן לה גט אין חליצתה פוטרת צרתה וכן כל חליצה פסולה דקיימא לן כשמואל ריש פרק ארבע אחין דחליצ' פסולה אינה צריכה לחזור על כל האחין ולדידה בחליצה כל דהו מפטרה נפשה אבל למפטר צרתה בעינן חליצה מעליא. פסקן של דברים איני רואה בית מיחוש לחוש בזה להחמיר כלל והמחמיר לא ימצא ידיו ורגליו בבית המדרש והנראה לע"ד כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה

ואלו הן דברי החכם השלם כמה"ר אהרן חסון נר"ו להיותו מסכים לדברי הרב ז"ל.

ראיתי מה שכתב אריא דבי עילאי בר אבהן ובר אוריין עוקר הרים וטוחנן זה סיני דנהירן ליה שבילי דתלמודא החכם השלם נר"ו מי כמוהו מורה יורד לעומקה דדינא ממרחק תביא לחמה ויראה לעניו' דעתי כל מה שכתב האמת והצדק דאין להוסיף על מה שגזרו חז"ל וכמו שכתב הרשב"א בתשובה וכמה הקלו חז"ל כדי שלא לעגן בנות ישראל ומי יתן והייתי עתה כאחד האדם להאריך על זה אבל מה אעשה ואני כעת חולה וחלוש מאד לא אבל לצאת ולבא אבל בדרך כלל אומר כי אני מסכים לכל מה שכתב החכם השלם נר"ו ואם אזכה אחזור על זה נאם הצעיר אהרן בכמהר"ר שלמה בן חסון זלה"ה.

סימן קד

מה שכתב מהר"ר אברהם מונסון נר"ו על הדבר: תשובה לגלויי דעתא בגיטא בעיא דעתא צלותא ומה גם לאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא ויען לא נמצא מפורש בפוסקים שהגיעו לידינו בנדון זה ששלח גט לאשתו על יד שליח והלך למקום שודדים ואבד זכרו ובן אין לו ואיכא יבם משום הכי אמינא דין צריך בשש ולכאורה היה מסתבר דלצאת ידי ספק צריך גט וחליצה גט תחילה ואחר כך חליצה ואפילו לכתחלה.

אמנם מצאנו להרמב"ם ז"ל סוף פרק ששי מהלכות גרושין סותר דע' זה לפי הנראה והוא אומרו אבל עיר שכבשה הגייס וספינה שאבדה בים וכו' נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים עד לפיכך אם היה גט ביד השליח אינו נותנו לאשתו ואם נתנו לה הרי זו ספק מגורשת ואם נודע שמת הבעל קודם שיגיע הגט לידה אינו גט ע"כ וכתב עליו הרב המגיד ז"ל ומה שכתב רבינו הרי זו ספק מגורשת נפקא מינה במקום יבם וחולצת ולא מתייבמת עוד כתב ומ"ש הרי זו ספק מגורשת כבר כתבתי למעלה למאי נפקא מינה ומה שכתב אינו נותנו לאשתו משום דאין לו להחזיקה בגרושה על הספק עכ"ל ודבריו צריך עיון דאחר שכתב נותנים עליו חומרי מתים מה צריך להשמיענו שאם היה גט ביד השליח אינו נותנו לאשה דעד השתא לא ידענו דאין גט לאחר מיתה ותתחזק תמיה

זו במה שחזר הדין ללמד דין זה ביותר פשוט ואם נודע שמת הבעל קודם שיגיע הגט ליד האשה אינו גט ותו אמאי לא אשמועינן מלתא פסיקתא דצריכה גט וחליצה ותהא מותרת לכל אדם וכ"ת דהחליצה תלויה בדעת היבם ורצונו ליתא דהיכ' דאי אפשר לקיים מצות יבום כי הכא כופין אותו לחלוץ.

ותריץ ונימא הכי דמילתא בטעמא קאמר מה טעם אינו נותן הגט השליח ליד האשה לפי שאם נותנו לה הרי היא ספק מגורש' וצריכים אנו על כרחינו לבטל מצות יבום שתחלוץ וזהו שכתב ה' המגיד הרי זו ספק מגורשת ובמקום יבם חולצת ולא מתייבמת וע"כ שאין לנו להחזיקה בחזקת מגורשת עד שנצרך להכריע ליבם לחלוץ כמו שכתב הרב המגיד אין לנו להחזיקה במגורשת על הספק ובר מן דין אין לנו להעמידה בחזקת מגורשת אפילו שעה אחת אולי תקבל קידושין מאחר ביני וביני וחליצה קודם לגט דשמא ימות בין חליצה לגט ועוד דנראה לכולי עלמא דגט כגט לאחר מיתה וזה פשוט והשתא ניחא מה שאמר אחר זה ואם נודע שמת קודם אינו גט כלומר ומתקיים מצות יבום מה שאין כן אם תחלוץ מעתה הרמב"ם ז"ל עמד טעמו בו ויגיד על פי זה דברי הרב המגיד שאחר שעבר השליח ונתנו כתב נפקא מינה במקום יבם הרי זו חולצת כי היכי דתדוק מינה דקודם הנתינה אין לומר חולצת וביאר לנו שזהו כוונת הרמב"ם ז"ל דוק ותשכח ולפנינו נבאר היכא רמיזה בגמרא חידוש זה דשליח במתניתין לא נזכר לענין חומרי חיים ומתים אלא לענין תרומה בת ישראל לכהן וכו' מכל מקום נמצינו למדים מדבריו דלכתחלה אין ליתנו בשום צד מהטעמים הנזכרים.

והנה משמע לכאורה דאיכא נמי תרי טעמי אחריני לשלא נתירנה לכתחלה בגט וחליצה האחד ממה שאמרו בפרק מי שאחזו גיטו כמתנתו דאם עמד חוזר ומסיק רבה ורבא לית להו דרב הונא שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה ע"כ ובנ"ד נמי איכא למיחש שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה ובפרט מי ששמע שמת והב' ממה שאמרו ביבמות פרק בתרא עלה דמתניתין דקתני האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים לא תנשא ולא תתיבם עד שתדע שמא מעוברת צרתה ומסיק התם לאינה חולצת לעולם שמא יהא וולד קיימא ואתה מצריכה כרוז לכהונה ואיכא דשמע בהא ולא שמע בהא ע"כ ובנ"ד אפשר שיתברר שמת הבעל קודם שהגיע גט לידה ואתה מצריכה כרוז.

ונראה דבנדון דידן דאיכא יבם ושליח גט הטעם הראשון אינו כלום דממה נפשך נאסרה לכהן דאם הבעל קיים הגט גט ואסורה לכהן ואם מת צריכה יבום או חליצה וחלוצה אסורה לכהן מדרבנן כמו שהובא בא"ה סימן י"ז והרב מורינו שלמה הכהן ז"ל ח"ב סימן ל"ט על מי ששלח גט לאשתו וטבע במים שאין להם סוף הביא הא דהרמב"ם ז"ל דאם

היה גט ביד השליח אינו נותנו והעלה דמה שכתב הרמב"ם ז"ל דלכתחילה לא יתננו הוי דוקא במקום יבם והיכא דליכא יבם ליכא למיחש למידי והביא הב' טעמי' שכתבנו הא' דאין להחזיקה מגורשת וא"נ משו' מצות יבום ודוקא במקום יבם עוד כתב דחלקו עליו ורצו לאסור ליתנו לה אפילו שלא במקום יבם ובטל הרב סברתם יעויין שם והעלה הרב ז"ל דבמקום יבם אין לשליח ליתנו בשום צד ואם עבר ונתנו חולצת.

והשתא דחזינא לרב ז"ל דאיירי בה טובא אמינא גילוי דעתא בגיטא כי האי לאו מילתא היא ומה גם שדבר מתמיה לכאורה דאיך נעגן אשה כל הימים מפני חששות נראין כחלושות ועוד היכא רמיזא במשנה ובגמרא חששות אלו ואף הם נכנס במחט סדקית לדחות חששות אלו מאן רב גובריה להקל במקום שאמרו להחמיר הרמב"ם ז"ל גזר גזרה שוה מופנה מכל צדדים שאם היה הגט ביד השליח לא יתננו לאשה דמשמע בשום צד.

תשובתך דלעיל מהני מתניתין דעיר שהקיפה כרכום וספינה שנטרפ' בים תנן המביא גט ממדינת הים והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים ואמרינן עלה בגמרא לא שנו אלא חולה הא הניחו גוסס לא וכו' ופירשו דבשהניחו גוסס אינו נותנו השליח לאשה משמע דלא יתננו השליח בשום צד ואופן עלה תנן עיר שכבשה כרכום וכו' ואמרינן בגמרא רמי ליה אביי לרב' תנן המביא גט והניחו זקן או חולה נותן לה בחזק' קיים ורמינהי הרי זה גיטך שעה אחת קודם למיתתו אסורה לאכול בתרומ' אמר ליה תרומה אגיטין קא רמית תרומה אפשר גט לא אפשר ע"כ ופרש"י ז"ל הכא לא אפשר דניחוש אם הניחו זקן אולי מת דאם כן מי שהלך למדינ' הים תשאר עגונה כל ימיה וניחוש שמא מת ואיכא למידק דמאחר דס"ד דאביי דאין לחלק בין תרומה לגט דבתרוייהו איכא למיחש למיתה מה תירץ לו תרומה אפשר גט לא אפשר דאדרבה גבי גט ליכא למיחש למידי דאי ליכא יבם יתננו לה ממה נפשך אם מת הותרה במיתה ואם לא מת הותרה בגט ואי איכא יבם יתירנה בגט וחליצה וכ"ת דאולי לא ירצ' היבם לחלוץ לאו מלתא היא דמאחר דאינו יכול ליב' כופין אותו לחלוץ ולרוב פשיטות הדברים לא אאריך דאיך יתכן לומר דישארו עגונו' כל ימיהם הא ברירנא דלא ישארו עגונו' ואפי' שעה אחת דאדרבא גבי תרומה איכא למיחש טפי דאולי לא תמצא חולין או מעות לקנותם ואשנויי דחיקי לא סמכינן אלא דמחוורתא דמילתא דכשיש לחוש למיתה ויש גט ביד השליח לא יתננו לאשה בשום צד כמו שכתב הרמב"ם ז"ל לז"א אביי דגבי גט לא אפשר לחוש למיתה בכל הולך למ"ה דאם כן תשאר עגונה כל אשה שהלך בעלה למדינת הים ולא חיישינן למיתה אלא בגוסס בלבד כדאמר רבא לא שנו אלא חולה אבל גוסס לא כלומר שלא יתתנו בשום צד ואופן כמו שפרש"י ז"ל שתשאר עגונה כל הימים.

וזה החלוק בעצמו שעשה התלמוד בין חולה לגוסס עשה רבי אלעזר בן פרטא בין ספינה המטורפת לספינה שאבדה בים ומשום הכי הביא מתניתין דרבי אלעזר בן פרטא סמוך לענין זה דשליח למילף מינה לענין שליח הנז' למעלה כמסקנא דתלמודא דאוקמי דלא שאני לן בין תרומה לגט דבכל דוכתא דאיתמר דלא תאכל בתרומה הוא לענין גט ביד השליח שלא יתננו לאשה.

ומטעם זה הביאה הרב האלפסי ז"ל האי מתניתין דתרומה לפי דרכו של הרי"ף שמביא דבר הנהוג למילף מינה לענין גט כדפרשנו ובזה נתיישב לי מילתא יקירא דאיכא בהאי שמעתא דמאי דוחקיה דאביי למירמא מתניתין דגיטין אמתניתין דתרומה מ"ש עד שידחה לו תרומה אגיטין קא רמית וכו' מאח' דבמשנה זו בעצמה חזר הדין לענין תרומה בת ישראל הנשואה לכהן אוכל' בתרומה כשהלך בעלה למדינת הים בחזקת שהוא קיים כמו שהקשה אחר שדחה דחית תרומה אגיטין קא רמית וכו' ובמה שכתבנו דעיקר מאי דמייתי מתני' דתרומה הכא היינו לענין גיטין להכי רמי ממתני' דגיטין שהיא עיקר ויותר מצוי ונהוג והיותר מתחוור עלי הכי קושיא כשיקשה קושיא שנית היאך עלה בדעתו להשוות' דאם איתא דאין חילוק בין אם ימות שעה קודם לחששת שכבר מת תקשי לך קושיא חזקה שלפי דעת זו כשהכהן יוצא מפתח ביתו לשוק אשתו לא תאכל בתרומה אלא על כרחך צריך לומר דמעיקרא ג"כ ס"ד דיש חילוק בין שעה אחת קודם שימות דהתם איכא למיחש טובא ומשני הכי לא מקשא מההיא דהלך בעלה למדינת הים והוא בריא דאוכלת בתרומה אלא מהא דהניחו חולה דכי היכי דהתם חיישינן בכל שעה שמא היא השעה קודם שימות הכא נמי גבי חולה אית לן למיחש וכד דחי תרומה אגיטין קא ראמי' הביא חזוק לדברי הרא"ש ז"ל מבת ישראל לכהן שהלך בעלה דאז אוכלת בחזקת שהיא קיים.

ודרך זו שכבשה רבי לפנינו בסדור המשנה דרך הרמב"ם ז"ל שהביא החלוק שיש בין גוסס לחולה וסמיך ליה ענין ספינה המטורפ' בים וענין ספינה שאבדה שנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים לענין אם היה הגט ביד השליח שלא יתננו בשום צד כלישנא דתלמודא דאמרינן לא שאנו דנותנו השלי' לאשה אלא שהניחו חולה אבל אם הניחו גוסס לא יתננו וסבירא ליה להרמב"ם ז"ל דאין דברינו לחדש פרושים זרים לפ' דבכל אופן יתננו השליח אלא כשהניחו חולה נותנו דאין בית דין צריכין ליתן חליצה היכא דאיכא יבם אבל אם הניחו גוסס נותנו השליח אלא שבית דין יכפו את היבם לחלוץ מספק דאם כן לא הנחנו מקום ללשון וכי היכי דגבי תרומה הגזרה שוה לא תאכל בתרומה כל עיקר הוא הדין לענין גט נמי שביד השלי' מילתא פסיקתא נקיט להכי תני

להאי דינא גבי הלכתא פסיקתא דהיינו תרומה למימר דכי הדדי נינהו דאפילו גבי הניחו זקן ס"ד דתשאר עגונא כל הימים דוק ותשכח.

מעתה בתר דסוגין מוכחא שפיר עיכוב הגט ביד השליח בכל אופן חל עלינו חיפוש וחיקור דין למאי ניחוש לה כבר מספק לעכוב הגט ביד השליח וכי מעיינן בה טובא אשכחנא עקרא דמילתא דגרסינן פרק האיש מקדש איתמר קטנה שנתקדשה לדעת אביה עד שעשה בה מאמר ומת צריכה גט וחליצה ומיאון שמא וכו' וכתב הר"ן ז"ל בפי' ההלכות ז"ל מיהו איכא למידק היכי אתו למיטעי דאין קדושין תופסין באחותה דהא איכא חליצה והכל יודעי' דאחו' חלוצה מדברי סופרים ואע"פ שיש עמה גט כבר הם רואים שאין הדבר יוצא מידי ספק ולא יבואו להקל בקידושין יש לומר דאיכא דשמע בגט ולא שמע בחליצה וכ"ת ניחוש נמי דאיכא דשמע בגט ולא שמע בחליצה ומיאון לכולי האי לא חיישינן וא"ת גבי יבמין ג"כ וי"ל דהתם לא אפשר וכו' ואחרים אומרי' דהת' לא חיישינן משום דאשתו של אחיו היתה והכל יודעים וליכא למטעי עכ"ל.

ולמד הר"ן ז"ל החששא הזאת ממאי דאמרינן בפ' האשה בתרא האשה שהלך בעלה וצרתה למ"ה לא תנשא ולא תתיבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה וכולי ואמרינן עלה בגמרא ולעולם ופרש"י ז"ל בתמיה תחלוץ ממה נפשך ותנשא לשוק ומסיק אביי בר אבין ור' חנינא בר אבין דאמרי תרווייהו גזרה שמא יהא ולד קיימא ואתה מצריכה כרוז לכהונה ולצריכה איכא דשמע דהוי בחליצה ולא הוי בהכרזה ואמרי קא שרי חלוצה לכהן ע"כ הא קמן בהדיא דאמרינן איכא דשמע בהא וכו' אפילו גבי גזרה לגזרה כי התם דאמרינן גזרה תהיה מעוברת צרתה ושמא תהיה ולד קיימא ולא תנשא לעלוי גזרה דאיכא דשמע בהא ולא שמע בהא.

והוסיף הר"ן ז"ל ללמוד דאפילו כי התם דחליצה תנתן עם הגט איכא למיחש לאיכא דשמע בהא ועוד למדנו מדברי הר"ן ז"ל דחכמים לא נתנו דבריהם לשעורים לחלק בין יש לה אחות לאין לה אחות.

צא ולמד מכל הני מילי מעליתא לנ"ד דאיכא כמה תיוהי וקיוהי דגרוש' אחיו אסורה מן התורה ואין קדושין תופסין בה הילכך איכא דשמע בגט בלבד ויאמר דאין קדושין תופסין בה ותצא בלא גט ותנשא והבנים ממזרים וה"ה נמי דאיכא דשמע בחליצה ולא שמע בגט ויאמרו קידושין תופסין בה ואם בא אחר וקדשה אין חוששין לקדושין ובר מן דין דהשתא נתחזק' חששת יאמרו יש גט לאחר מיתה דאיכא דשמע בגט ובמיתה ויאמרו יש גט לאחר מיתה דחליצה לא שמע ליה ועוד אחרת דאולי בהמשך הזמן בהיותו שרוי בלא אשה נשא אשה אחרת חליצה זאת מאן דשמע יבואו להתיר צרתה וכאלה רבות

ולהיות שהר"ם ז"ל כבר למדנו החששות אלו במקומות אם חששת דאיכ' דשמע גבי האשה שהלך בעלה וצרתה תשאר עגונה כל ימיה משום חששת דאיכא דשמע כ"ש בנ"ד וג"כ כבר הביא דין קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה משום הכי גזר הדין פה גזרה שוה מופנה מכל הצדדין אם היה גט ביד השלי' לא יתננו לה כדפי' ולא אמר צריכה גט וחליצה וניחא לי שמן הטעם הזה לא הזכיר הרמב"ם ז"ל ענין החליצה כלל ללמדנו שהטעות היוצאת מנתינת הגט לא יוכל לתקן בנתינת החליצה דאיכא מאן דלא שמע בחליצה ושמע בגט והגט אינו כלום שאם ישמע שהבעל מת אינו גט.

ונחזור לנ"ד דהיינו איש שהלך למקום שודדים ואבד זכרו ואומר דאי' ספק דאי מדמינן ליה לעיר שכבשוה כרכום או לספינה שאבדה בים או להניחו גוסס ששניהם שקולים כאחד בלי שום שינוי כלל כדפי' פסקתא דמילתא דיעכב הגט ביד השליח ולא יתננו לאשה בשום אופן אבל אם עבר השליח ונתנו לאשה צריכה גט וחליצה ומצאתי לרב מהר"ר דוד ן' זמרה ז"ל בתשובה סימן קל"ב דבר שיאמת מה שכתבנו על איש שהלך עם הגוים ויהודים להביא אתרוגים ושלח משם גט לאשתו על ידי חכם העיר והלך החכם לבית האשה ליתן לה הגט וצעקה האשה ע"ז והשיב לה החכם זה הגט לטובתיך שבעליך רוצה ללילך דרך ים ואם יטבע או ימות תהי' עגונה כל ימיך וכשנתן הגט התנה עמה על ד' שנים כגזרה שגזר עליה החכם וקודם ד' שנים נאבד הגט מידה והשיב הרב הנז' דהלשון משמע בהדיא דמעכשיו ולדעת כן אפילו נאבד תהי' מגורשת למפרע ולכן אמר לה זה הגט לטובתיך כי בעליך הלך דרך ים ואם יטבע או ימות תהי' עגונה ובשלמא אם היה הגט במעכשיו הגט לטובתה שאם תוך הזמן לא יבא תהיה מגורשת למפרע אבל אם לא היה הגט מעכשיו ולא לחלוטין מה היתה טובתה אם ימות או יטבע בים לא תהיה מגורשת כלל דהא בשעתא דחייל גיטא כבר אינו בעולם ואין גט לאחר מיתה נמצא דאין תועלת הגט כלל דאם ידעינן שמת תוך הזמן אם יש לו אחים ואין לו בנים הרי היא זקוקה ליבום ואי ידעינן דמת אחר זמן הגט בלאו הכי מותרת ואי משום דלא נפלה קמי יבם אין זו טובה כ"כ ותו דלישנא דקאמר לא תהי' עגונה כל ימיך משמע דאין לה תקנה כלל הילכך הדבר ברור שלא יעשו בית דין דבר שאינו מתוקן וחזקה על חבר כן עד כאן לשונו ועתה משכיל השכילני דהני מילי עמיקתא ומסתרתא היאך התיר הרב ז"ל אשת איש לעלמא על פי דבורו דאמר דלטובתה נתן לה הגט שלא תשאר עגונה ואם לא היתה כוונתו מעכשיו בתמרירותה עומדת דהא ליתא דהרבה הועיל בנתינת הגט דאם לא היה בעלה נותן לה הגט אם אבד זכרו או טבע בים במים שאין להם סוף היתה עגונה כל ימיה אבל השתא על ידי הגט שנתן לה אם יאבד זכרו או נשבה או נטבע

יתירנה בגט וחליצה אי איכא יבם ואי ליכא יבם בגט לחודיה אלא על כרחך אית לן למימר דסבירא ליה לרב ז"ל דאם נטבע במים שאין להם סוף אין לה התרה לא בגט ולא בחליצה וכן אם אבד זכרו כמו שפירשת אם לא נתן לה הגט מעכשיו ואחר שנתאמת לרב הקדמה זאת פריך שפיר מה הועיל בנתינת הגט לזמן דאין לה תקנה כלל מאחר שהצריכה לבא לבית דין שיתירנה בסוף הד' להחזיקה במגורשת ולדעת אם מת בתוך הזמן בודאי תתיבם או תחלוץ אי איכא יבם ואי ליכא תאסר לכהן ואם לא נאבד כלל זכרו או נטבע לא יתירנה לכתחילה כלל לא בגט ולא בחליצה ועל כרחה צריכה לבא לב"ד כדפרישית דמי יודע אם מת קודם השלש שנים שקבע לשיחול הגט או אבד זכרו ודומה לגט ביד השליח שעדיין לא הותרה עד שיתן לה השליח הגט ואין להתעקש ולדחות דשאני התם דכבר הגיע הגט ליד האשה לאו מילתא היא אדרבה כ"ש הוא דאפילו התם דאינו ממש בשליח אלא דומה לו אפ"ה אמר דתשאר עגונה כל הימים.

ואם תשאל דסוף סוף איך יתכן שהניח אשה עגונה לעולם מפני חששו' נדחות קצת דחוקות.

תשובתך ממאי דאמרינן פ' האשה בתרא האשה שהל' בעלה וצרתה וכו' לא תנשא ולא תתיבם לעולם שמא מעוברת צרתה ותלד בן קיימא וצריך כרוז לכהונה ואיכא דשמע בהא ולא שמע בכרוז ויאמר חלוצה מותרת לכהן ועם היות דחלוצה אינה אלא מדרבנן בלבד כ"ש בנ"ד דאיכא כמה איסורי מדאורייתא כדפי' ובפ' מי שאחזו אמרי' דמשום שלא יאמרו יש גט לאחר מיתה אפקיעו רבנן לקידושי' ואמרי דאם עמד הש"מ אינו חוזר בגט כמו שכתבנו למעלה דוק ותשכח כללא דמילת' מטעם דסוגי' וגדולי הפוסקים אשר העתיקו דברי הר"ם במז"ל במאמר' דגט שהוא ביד השליח ושמע שאבדה ספינתו בים לא יתננו בשום ענין לאשה כדפי' וכבר כתב' שלא רציתי ליכנס במחט סדקית ובדופן עקומה לעק' עלינו סוגיא דגמרא ודברי הפוסקים והאמת יורה דרכו ומהרי"ק ז"ל בב"י גם בש"ע העתי' דברי הרמב"ם ז"ל במשנה למדנו שאין יוצאין מידי פשט' ע"ד האמורא דשמעתי' דברי התנא וכדאמרינן רפ"ק דשבועות על מימרא דר"י.

ואשיבה ידי לנ"ד לברר וללבן אם דומה לספינה שאבדה או לספינ' שנטרפה וכו' ונראה דהאי מילתא תליא בפי' נטרפ' דרש"י ז"ל פירש דעדיין לא טבע' נראה דאבדה היינו שכבר טבעה וכן נראה מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה מעתה לפי פי' נראה שיש הפרש גדול בין מי שאבד זכרו במים שאין להם סוף דהיינו ספינה שאבדה בים שפרשו טבעה למי שאבד זכרו ביבשה וקרוב היה לומר דדמי לספינה שנטרפה שפי' לפי הנראה כמלת טבעה ואפ"ה מוקמי' ליה בחזקת קיים לא שכבר אבדו משוטיה וכלי הנהגתה וכבר היא

קרובה להשבר אבל הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה פי' ספינה שאבדה משוטיה ומנהיגיה ונשארה הספינה להנהגת המים וכו' ושעדיין לא טבעה גוף הספינה כלל וגבי נטרפה פי' שסער עליה הים ומלחים אינם יכולים להנהיגה כפי רצונם אבל העצים והספינה נשארה נראה דלסברת הרמב"ם ה"ה והוא הטעם ככל דדמי לספינה שאבדה בים ולא נטבעה בשום אופן הכא נמי הלך למקום מסוכן ואבד זכרו ומ"מ נחזי אנן לפי' רש"י שפי' נטרפה שעדיין לא טבעה וכו' כלומר שאע"פ שאבדו משוטיה ומנהיגיה מאחר שלא נטבעה ממש הוי בחזקת קיים הכא נמי הוי בחזקת קיים כשנאב' ביבשה מאחר שלא נודע בודאי שמת או קרוב לודאי נותנו בחזקת קיי' כדפי'.

וצריך עיון וחקירה היכי דייני לסבר' הרמב"ם ז"ל דספינה שעדיין לא טבעה דמשמע דלסברת הרמב"ם ז"ל הוא אותו שנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ולפי' רש"י ז"ל נותנו בחזקת קיים ובתשובה להרמב"ן סי' קכ"ח כתוב ז"ל ויש הפרש בין זה לזה אפילו במים שאין להם סוף כי במעיד שטבע ממש ושהה עליו אם נשאת בדיעבד לא תצא כמו שאמרו בסוף יבמות ואם אינו מעיד אלא שנטרפ' ספינה בלבד זה אינו כלום ואפילו נשאת תצא כי שמא ניצול על גבי עץ וכו' ובספינה המטורפת בים הרי הוא בחזקת קיים לכל דבר ואם נשברה נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ע"כ כללא דמילתא דלדעת רש"י והרשב"א ורוב הפוסקים ספינה המטורפת בים בין שנאבדו משוטיה וכו' כל עוד שלא נשברה הוא בחזקת קיים לכל דבר ואם היה גט ביד השליח נותנו לאשה בחזקת שהוא קיים וכך הסכימו ודוק לשון רש"י שפי' גבי מטורפת שעדיין לא טבעה לכלול כל המאורעות שקודם הטביעה ולדעת הרמב"ם ז"ל משעה שאבדו משוטיה ונשארה להנהגת המים אינו נותנו לפי שנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ולא שאני לן בין נשברה ללא נשברה דהראוי להשבר כשבור דמי בריך רחמנ' דסייען.

סימן קה

לאנגורה למהר"ר דוד הכהן נר"ו שנת שי"ו אשר שלחו השאלה מאמציא.

שאלה ראובן נשוי בת שמעון אחיו ובנים לא היו לו לראובן אחיו הנז"ל כי אם בת יחידה נשואה ללוי ומתה ונשארו ממנה שני בנים ואחר כך מת אביה ראובן הנזכר וצוה מחמת מיתה שיתנו מנכסיו לשני בני בתו עשרה גרוש"ו לסלקם מהירושה ושאר נכסיו הניח לאשתו ועדי הצוואה האחד הוא בעל אחו' לוי הנז' אבי היורשים והשני הוא בן אחות ראובן הנזכר באופן כי השני עדים כאחד הם קרובים ילמדנו רבינו אם צואה כזאת יש בה ממשות או לא וכן ילמדנו רבינו כי אשת ראובן הנזכר תפסה כל נכסי בעלה כסף וזהב ופרקמטיא ומטלטלין שנמצאו אתה בבית ואין אנו יודעים אם תפסם למזונותיה

או אם תטעון שכל מה שתפסה מהנכסי' הוא שנתנם לה בעלה במתנה. ואם היא עולה בדין בטענה זו צריכ' להביא ראיה לדבריה או לא ואם שתפסם למזונותיה היש לבית דין לכוף אותה לכתוב כל מה שתפסה ולפסוק לה מזון הראוי לה או לא. עוד ילמדנו רבינו אלמנה שהלכה מעיר לעיר אחר מיתת בעלה ותפסה הנכסים שהיו לבעלה באותה העיר אם מוציאין מידה או לא כי ראובן הנזכר ושמעו' אביו הנזכר בימי קדם היו חברים בכל מכל כל אח"כ נפרד ראובן מעל שמעון אחיו לדור בעיר אחרת ונטל כל א' מהם חלקו ממה שהיה בעין במעות ופרקמטיא והשאר לא חלקו והוא חצר ובתים ידועים לשני האחים הנזכרי' גם כל הכסף הנמצא בבית שמעון עד הזמן שהלך לו ראובן הנזכר לדור בעיר אחרת והניח שם כמו כוסות וקערות וכפות וכדומה וכן שאר המטלטלין ממיני מתכות הכל נשאר בבית שמעון בחבר' אחיו ראובן הנז' גם כל החובו' שנשארו להם על ב"א הן מבני ישרא' הן מבני האומות גם כן היה עדיין בחבר' לראובן הנז' עם שמעון אחיו ואשת ראובן הנז' הלכה אחרי מות בעלה והחזיקה בבתים הנז' ותפסה המטלטלין הנז' והחובות גם כן רובם ככולם גבתה אותם ע"י אחיה ילמדנו רבינו אם תפיסה כזו שתפסה היא אחר מיתת בעלה וכן מה שתפסה מהחובות על יד אחיה אם שמה תפיסה או אם מוציאין מידה ובפרט כי היורשים קטנים שלא ידעו למחות גם שום אדם לא מוחה בעדה ובעבור זה עשתה היא מהנכסים ככל חפצה.

וכן ילמדנו רבינו ראובן הנזכר הניח בחייו בבית חתנו לוי הנזכר חבילה אחד של משי כ"א משקל מאה ועשר ליטרין משי הן פחות הן יתר שוים לפחות חמישים ומאתים גרושו' וביני ביני נפטר חמיו ראובן הנז' ונשא' המשי בבית חתנו לוי והיה תופס לוי הנז' בעד ב' בניו כי הם יורשי ראובן הנז' שהם בני בתו כנזכר ויהי היום ויבא הביתה בן שמעון הנז' אחי אשת ראובן וירא כי אין איש מאנשי הבי' שם בבית לוי הנזכר ויקח המשי מבית לוי וילך עתה ילמדתנו רבינו אם כופין לבן שמעון הנז' לשלם דמי המשי הנז' אם הוא שתפסו בעד אחותו אשת ראובן הנז' אחר שלא היה לו לתפו' בעד אחותו ואף גם זאת כי כבר היה המשי הנז' ברשות אבי היורשים ונמצ' כאילו הוציאו מתוך רשות' או יוכל לטעון בן שמעון הנז' שתפס המשי הנז' בעד אביו שמעו' שהיה בחבר' משני' קדמוניו' עם ראובן הנזכר כנז"ל וכשנפרד ראובן הנזכר מהחברה לא ישבע שבועה השותפות ואולי מה שלא נשבע הוא שהיה חייב שום ממון לשמעון אחיו ובעבור זה תפס בן שמעון המשי הנזכר יורנו מורה צדק אם טענה כזו מספק' להפרע מנכסי היורשים. עוד ילמדנו רבי' בפרטות דין האלמנה שתפסה כל נכסי בעל' אם מכרה שלא ברשות ב"ד או נתנה במתנה לשום אדם בעולם או אם נשאה ונתנה בנכסי בעלה ונאנסו

הנכסים או אבדה מהנכסים יתר על כדי כתובתה או אם אין שטר כתובתה קיים או אם היא מכחשת הנכסים שנשארו מבעלה ואומרת שלא נשאר לה מנכסי בעלה כשמת אלא דבר מועט ובעלה היה נודע בשערי' בחזקת עשיר עד יום מותו כל זה יורנו מורה צדק ושכרו כפול מן השמים. וכן אם יש נכסים לראובן הנזכר שלא תפסם אלמנתו אלא הרי הם בחזקת היורשים ילמדנו רבי' אם יש יכולת ללוי הנזכר אבי היורשים הנזכר לקחת מהנכסים שנפלו לשני בניו מעזבון ראובן הנ"ז אבי אמם כנז"ל כדי לזונם ולפרנסם מאחר שלוי הנזכר אביה' קצור קצרה ידו מהושיע למו ואין לאל ידו לזונם ולפרנס' ואף גם זאת כי שני בניו הנזכר הם כל אחד ואחד מבן ז' שנים ולמעלה אשר אין לחייבו ללוי הנז' אביהם לזונם ולפרנסם אחר שאין יכולת בידו ולבניו יש להם נכסים מעזבון אבי אמם כנז"ל יכול לוי הנזכר לזון ולפרנס בניו מנכסי עצמם או לא.

תשובה שטר צואה זו פסולה מחמת קורבת העדים הא' הוא ראשון בשני והשני הוא שני בראשון לראובן המצוה איבר' שאני מתקשה באותה שכתב הרי"ף בפרק זה בורר אהא דאמרי' זה הכלל כל שתחלתו וסופו בכשרות כשר שמעי' מהא דהיכא דתחלתו בפסלות אף על פי דסופו בכשרות פסול ותנן נמי בהדיא העדים שאמרו כתב ידנו הוא זה אבל אנוסי' היינו קטנים היינו הרי אלו נאמנים אלמא כל היכא דפסולים מעיקרא אע"ג דהשתא כשרים לא מקבלה סהדותייהו הילכך ההיא בעיא דאיבעיא קמי גאון בענין מי שצוה בשע' מיתתו בפני קרוב לו ורחוק מבניו עדותו כשרה או לא וקפשיט להו דאי כשרה להו לא דייקא דכיון דבעידנ' דאמסר להו ההוא סהדותא הוא פסול להו השתא נמי פסול עכ"ל וקשיא לי דמאן לימא לן דבההי' שעתא גופ' דאתמסר להו עדות לא מתכשרי לעדות דצואה זו דש"מ לא שייך המצוה בגוה כלל ואין לו שום חובה ע"י שהרי אין מקבל זוכה בה אלא אחר מיתה דמתנת ש"מ כירושה שוויה רבנן וגריעה טפי מירושה כדאמרינן בפ' יש נוחלין דמוציאין ממנה למזונות ולכתובת בנין דכרין ואמרי' ומה ירושה דאורייתא אמרת אלמנותו נזונית מנכסיו מתנת ש"מ דרבנן מבעיא וכתב הרא"ש ז"ל דאע"ג דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים היינו מתנה מחיים אבל מתנת ש"מ שאינה קונה אלא לאחר מיתה כי שכיב נפלו נכסי קמי אשה וב"ח וכיון שכן מתנה זו שיש לה לחול לאחר מיתה אינם באים לחוב אלא ליורשים והרי העד הזה רחוק הוא לגביהו ואילו היו מבקשים לקבל עדותם בחיי המצוה כיון שהיו עדים מבקשים ללכת למ"ה היו ב"ד מקבלין ועדותן קיימת כיון דמצוה גופיה לא שייך בהך מילתא שאם בא לחזור חוזר ואם יש לו חוב או שעבוד עליו הרי הוא גובה ממנה ואין לומר כיון שעיק' הממון הוא שלו הו"ל נוגע בעדות שהרי אפי' הוא

עצמו שהוא בעל הממון היכא דלא שייך בגויה יכול להעיד לאחרים כאותה שאמרו בפ' עשרה יוחסין נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי בד"א בזמן שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן ופרכינן ונחזי זוזי ממאן נקט ופי' התוס' דהכי פריך ולהוי כעד א' לחייב את שכנגדו ולפטור את המסייע משבועה אע"ג דבשעת המכירה היתה שלו כיון דהשתא לא נפקא ליה מיהא מידו כשר וה"ה דקרוב שלו יהא נאמן לומר לזה מכר ולזה לא מכר אף כאן יהא נאמן לומר לזה זכה ולזה לא זכה ועוד דאמרינן בפ' זה בורר בר בייתוס אסהידו ביה בי תרי חד אמר קמי דידי אוזיף ברביתא וחד אמר לדידי אוזיף ברביתא ופסליה רבא וכתב הרא"ש מכאן דקדק הר' יקר ז"ל שהנשבע להכחיש העד הוא ואותו שנשבע לו מצטרפין לפוסלו ע"כ ולא אמרי' דאותה שעה ממון שלו היה וגדולה מזו כת' המרדכי ז"ל אההיא דאמרינן בפ"ק דסנהדרין בההיא דאמר רבא פלו' בא על אשתו הוא וא' מצטרפין להורגו שדקדקו מכאן שקרובי הנרצח יכולין להעיד על הרוצח וה"ה לענין עדות שבממון אע"פ שהממון מעיקרא הוא שלו כיון שאין לקרות לא זכות ולא חובה בדבר למה יפסלו דאפילו הוא עצמו יכול להעיד ואמרינן בפ' חזקת המוכר שדה לחבירו שלא באחריו' היכא דאית ליה ארעא אחריתי להעמידה בפני בע"ח מעיד לו עליה אע"פ שהוא מעיד על דבר שיודע בהיות הקרקע שלו ואע"ג דבפ' מי שהיה נשוי מוכח דהוי' כבעל דבר דמצי לאשתעויי דינא בהדי מערע' ולא מצי א"ל מערער לאו בדד"א משום דמצי למימר לא ניחא לי דליהוי לשמעון הקונה תרעומת עלי ואעפ"כ לא מפסל לעדות בהכי. וכ' שם התוס' דאף קרובי ראובן המוכר כשרים להעיד דהשתא איהו גופיה כשר להעיד כ"ש קרוביו שלא היו פסולים מטעם תרעומת ה"נ אפי' תימא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ואצל יורשים לא מפני כך יפסלו להעיד קרובי' בחובת בניו שאם אתה אומר כן אף לא יעידו על נחלה הבאה להם ממקום אחר משום נ"ר דאביהם קרובם. וכבר היה אפשר להעמיד מילתא דרי"ף דבמתנה ש"מ במקצת איירי דצריכה קנין ואם עמד אינו חוזר והא ודאי חובה היא למצוה אי נמי דמודה שנכסי' אלו לפלוני הם אע"פ שהלשון דמי שצוה בשעת מיתתו משמע כמצוה מחמת מיתה.

אבל אכתי אעיקר' דדינא דהרי"ף ז"ל קשיא דאפילו תימא שעכשו בשעת המתנה היו פסולים להעיד כיון דמתנה בריא היא וחובה היא לו באותה שעה כיון שעכשו מת ונפלו נכסים לפני היורשים יכולים לחוב להם בעדותם כיון דמה שהיו פסולים מעיקרא להעיד לא היה אלא מחמת שהמצוה קרובו היה נוגע בדבר עכשו שמת הוה ליה כאילו נסתלק ולענין פיסול מחמת שנוגע בעדות לא בעינן שתהיה תחילתו וסופו בכשרות כדכתב התוספות בפ' חזקת גבי ההיא דתנו מנה לבני עירי דפריך ולסלקו בי תרי מינייהו

ולדיינוה אומר ר"י דלא שייך תחלתו בפסלות הכא כיון דאין פיסולו תלוי בגוף אלא בממון ע"כ ואע"פ שרבינו ברוך חלק בין דיינים לעדים ורבינו מאיר הלוי קיים את דבריו שאר רבוותא לא ס"ל הכי וכבר עמדתי על קושיא מפורסמת שיש להקשות על מהר"י משמעתא גופא דמוקי לה בשותף שתמה עליה הרא"ש בתשובה אין כאן מקומו מ"מ לכלהו רבוותא דסברי לא בעינן תחילתו בכשרות וכיון דנסתלק יכול להעיד ה"ה קרוביו יכולים להעיד וכתב נמקי יוס' משמו של הרמב"ן כלשון הזה כללו של דבר אין אדם מעיד לאותו שהיה פסו' לו בשעת ראיה אבל היה פסול לזה בשעת ראיה מעיד באותו עדות לאחרים שהרי תחילתו כשר הוא אצלם וזה הטעם מספיק למי שהיה יודע לקרובו ונסתלק אותו קרוב מן הממון שהוא כשר ע"כ. אף כאן יכולי' להעיד על יורשים הללו לחוב להם שהרי תחלתו כשר היה אצלם הגע עצמך מכרה לאחרי' שלא באחריות או נתנה במתנה לאחר אחר שנתנה לזה בפני הקרוב הרי הקרוב הזה בא ומעיד ומוציא מחזקתו של שני כיון שרחוק הוא אצלו עכשו שהורישה לבניו כיוצא בו היא וצריך אני להתיישב בדעתו של הרי"ף ז"ל בזה. ומיהו הכא עד זה לא מהני אפילו כעד א' לאפטורי משבועה כדעתו של רבינו תם ז"ל דמלבד קורבת העד עם ראובן המצוה איכא קורבה עם האשה עצמה מקבלת המתנה דהו"ל שני בראשון עמה דאשה כבעלה ואע"ג דעיקר עדותו אינה אלא לאחר מיתה שתזכה בנכסים ובההיא שעתא רחוק הוא אצלה ועוד דעיקר העדות אינו אלא לאחר מיתה שיעידו שמת מאותו חולי כדאמרי' בפ' מי שמת כל תפקידת' דלא כתי' בה ואתפטר מגו מרעי לאו תפקידתא היא ודמי לאותה שכתב הרי"ף ז"ל בפרק חזקת משמיה דרב האיי ז"ל ש"מ שאמר לא תגלו הך תפקידתא אלא לאחר מיתה לא הוי מתנתא טמירתא דלכי מקיימ' דהיינו אחר מיתתו לא הויא טמירתא אף כאן לענין עדות לכי מקיימא ליכא קורבה והו"ל תחילתו וסופו בכשרות דתחלתו היינו משעת זכיה מ"מ כיון שעל אותה דברים שאמר המצוה הוא מעיד ובכך הוא זוכה בנכסים משום דדבריו ככתובים וכמסורי' דמו ובאותה שעה היה קרוב לאשה לאו תחילתו בכשרות קרינן ביה שהרי עדות זה באותה שעה לטובתה של אשה הוא ולא היה אז כשר להעיד וכדכתב רשב"ם ז"ל בפ' יש נוחלין גבי היה יודע לו עדות עד שלא נעשה חתנו וכו' דכתיב והוא עד או ראה דבשע' ראיית המעש' יהא כשר לעדות עכ"ל ועוד ראיה דכיון דבשעה ראיי' דבר הגור' לממון הזה היה קרוב אע"ג דעדיין לא שייך קריבי' בגוי' תו לא מכשר מדתנן ספ"ב דכתובת ואלו נאמנים להעיד בגודלן על מה שראו בקטנן נאמן אדם לומר זה כתב ידו של אבא וזה כתב ידו של אחי אע"פ שמת אביו קודם שהגדי' ודוקא במילי דרבנן דמני התם הוא דנאמן אבל היכא דבעינן עדות גמורה

לא אע"ג דזה שהוא מעיד על כתב ידו לא שהוא מעיד שחת' בפניו אלא שזו היא כתיבת אביו בטביעות עינא אע"ג דלא שייך בעדות כלל מ"מ על שעה שהוא מעיד לא היה אז ראוי להעיד ואם עד זה בן אחות ראובן הנז' בשאלה אתו היתה גם אחות שמעון אחי ראובן הרי הוא פסול מעיקרו לגבי האשה בת שמעון אחי אמו כמו ששנויין במשנתינו אחי אביו ואחי אמו ותנן הם ובניהם הילכך צואה זו פסולה לגמרי ואין דנין בה כלל אבל עדיין יש לומר שתהא אשה זו נאמנת בכל מה שתחת ידה ע"פ דבורה שתאמר במתנה נתנו ואע"פ שהם דברים ידועים שנשארו אצלה אחר מות בעלה דלא מציא להכחיש שאינם בידה שאין אדם יכול לטעון על כיוצא בזה לקוחים הם בידי או נתנו לי במתנה דלא גרע מדברים העשויין להשאיל ולהשכי' דלית ליה חזקה בגויה ותנן נמי ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה אע"ג דיחד לה ארעא במזונות כ"ש אלמנה דקי"ל אפילו תפס' ככר של זהב אין יכולין להוציא מידה הילכך לית לה חזקה במטלטלין שבידה מטעם שהם תחת רשותה אבל מ"מ נאמנת בטענת' במגו דנאנסו או במגו דנתתי' ליורשים דכל שטר מתנה כי הכא אילו היתה טוענת על נכסים שבידה במתנה נתנום לי מי לא מהימנא במגו השתא נמי לא גרע אע"ג דמודה ר' אליעזר במזוייף מתוכו כדאמרינן בפ' זה בורר בההיא מתנתא דהוו חתימי עלה תרי גיסי התם ע"י השטר הוא זוכה כגון דמסריה ניהל' באפי סהדי והך שטרא חספא בעלמא הוא אבל הכא בדבורו של ש"מ היא זוכה ושטר צואה ראיה בעלמא הוא ולא זו בלבד אלא אף מה שגבתה מנכסי בעלה שהיה לה חוב ביד אחרים וגם חבילת המשי שהיה בבית חתנו לוי ונכנס אחי האלמנה ונטלה מביתו ותפסה בעד האלמנה אחותה גם בזה היה אפשר לומר שתהא נאמנת עליהם לזכות בהם מתורת מתנה במגו דנאנסו או החזרתי. ומיהו נראה שאין לה באותם הנכסי' זכות של כלום אם בחבילה שתפס אחיה לוי אין לו טענה לתופסה אי מטעם שותפות אביו אינה כלום דנכסי בחזקת יתמי קיימי ושבועה הוא שהיה חייב לו אביו כשהיה קיים והרי מת ונפטר ואע"ג דהיכא דמיית לוה בחיי מלוה אמרינן בפ' כל הנשבעין כבר נתחייב לוה לבני מלוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו התם להוציא ממון הוא דאמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ממון שאין זוכה בו אלא בשבועה אבל היכא שהנכסים הם בחזקת היתומים אינו יכול להוציא אלא בראיה כדמוכח בסוף ההיא שמעתא דמוקי ברייתא דיפה כח הבן מכח האב שהבן גובה בין בשבועה בין שלא בשבועה והאב אינו גובה אלא בשבועה כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי ולא אמרינן בכה"ג אין אדם מוריש שבועה לבניו כיון שהוא גבוי וכדפ' רש"י ז"ל שם וכן מוכח בההיא דשטר כיס היוצא על היתומים דנשבע וגובה מחצה ואידך פלגא טענינן להו פרוע במגו דנאנסו

אף על גב דאבוהון לא היה נאמן כן אלא בשבועה כדכתב התוספות שם בסוף פרק המוכר את הבית ואם מחמת זכות אחותו הוא תופס מה כח תפיסה זו יפה דלגבי דידיה לא שייך להאמינו במגו שהוא אינו יוכל לטעון בברי שנתן לה בעלה במתנה אלא על פי אחותו או על פי העדים אין שייך לומר כאן מגו.

וגדולה מזו כתבו התוספות ס"פ האשה שלום גבי החזיקה היא מלחמה בעולם מי אמרינן מה לי לשקר אי בעיא אמרה שלום בעולם והקשה ר"י דע"כ לא שייך מגו כיון דאמרה בדדמי דאי שייך מגו אם כן במלחמה בעולם אמאי לא מהימנא במגו דאי בעיא אמרה מת על מטתו וכיון דאיהו לא מצי למטען מתנה היכי מהמני' במגו דהחזרתי וכי תימא כיון דהיא עצמה יכולה לטעון מתנה במגו שיכולה לומר שהיא עצמה החזירה ללוי החבילה אף אחיה נפטר בכך ליתא דאפילו היתה טוענת כן שהיא עצמה שהחזירה ללוי לא נפטר אחיה בכך דהו"ל כאותה דהגוזל ומאכיל האומר לחבירו גזלתיך הלויתני הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם.

וגם בחובות שהיו ביד אחרים וגבאתם היא ונכנסו לרשותה לא מהימנא בשום מגו דאם תאמר מגו דיכול' שתאמר לא גביתי כגון שנתנו לה שלא בעדים לאו מגו הוא שאם היא תכחיש צריכין בעלי החוב לפרוע שפשעו שנתנו לה שלא בעדים ואם היתה אומרת נאנסו לא היתה פטורה בכך דכיון שהיו ביד בעלי החוב ואחריותן עליהם מי נתן לה רשות לגבותם דגרועי גרעה לשמירתיהו וכיון דשלא ברשות ב"ד גבתה הו"ל כגזלן שחייב באונסין וכי תימא נהמנה במגו דהחזרתי נראה דלא היתה נאמנת לומר החזרתי דכיון דמעיקרא אמרה שבעלה נתן לה כל הנכסים במתנה ולכך תפסתם אינה עשויה להחזיר דמי יימר דמחייבו לה רבנן להחזיר דומיא דההיא דפ"ק דבתרא גבי כותל חצר מחייבים אותו לבנות עד ארבע אמות מד' אמות ולמעלה אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ומסקינן בגמ' דאפילו אמר פרעתי בזמנו לא מהימן דמימר אמר מי יימר דמחייבי לה רבנן הילכך חזקה דלא פרע מנפשיה וכן מוכח מההיא דפ"ק דמציע' דאמר רב נחמן א"ל צא תן לו וחזר ואמר פרעתי נאמן חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי אינו נאמן דחייב אתה ליתן לו לא חשיב ליה כגמר דין הילכך לא פרע דסבר עד דמעיינו רבנן בדינא ורב זביד משמיה דרב נחמן אמר בין צא תן לו בין חייב אתה ליתן לו אמר פרעתי נאמן וכ' הרא"ש ז"ל דקי"ל כרב זביד לפי שאין המון העם מבדילים בין חייב אתה ליתן לו לצא תן לו והכל נראה להם פסק דין ועבדי דפרע ע"כ אלמא לכ"ע כל היכא דעדיין לא נפסק הדין לא פרע וסברא גדולה דהלואי שיפרע אדם אחר שפסקו דינו שכמה פעמים מתוך שבני

אדם מתעצמים בדין ומעכבין את הממון באין לידי פשרה כ"ש כאן בנ"ד שהיתה באה מחמת טענה שנתנתה בעלה במתנה בפני אותם האנשים דודאי אנן סהדי שלא החזירה כלום ממה שתפסה.

ושוב מצאתי להרא"ש ז"ל שכתב בתשובה כלל פ"א על יהודה שתבע מראובן ושמעון מנה שהיה חיי' לו אביהם ופרעו לו ואח"כ בא לוי אחיהם ותבע חלקו מיהודה ופסק שחייב להחזיר ללוי חלקו וכי תימא יהא נאמן יהודה במגו דהחזרתי לא שייך הכא מיגו כי הוא אומר שקבלם בחוב אביהם ולמה יחזירם טענתו שטוען לזכות בממון וחזרת הממון סותרים זה את זה וכולי ונראה דהתם בשקבל הממון מיד אחיו בפני עדים לא אמרו אחיו שאביהן חייב אע"פ שכתוב שם שאמר יהודה להם אתם יודעים שיש לי ביד אביכם כך וכך תנוהו לי והם הודו לדבריו ונתנו לו לא שאמרו בפי' אנו יודעים שאבינו חייב לך כך וכך שא"כ יהיו האחים נאמנים במגו דאי בעו שקלי לממון לנפשייהו כדאמרינן בפ' זה בורר אמר א' ראיתי אביכן שהטמין מעות וכו' זה הכלל כל שבידו ליטלו נאמן אלא שהודו דבריו ר"ל לדבריו שאמר תניהו לי נתרצו לתת אבל יכולים היו לומר לאח"כ אנו האמננו אותך ואפילו אם עכשיו אומרים שיודעים לאו כל כמיניה דלפטור עצמן ממה שפשעו ונתנו ליהודה ועתה אין יהודה נאמן לומר שלי נטלתי שאביך חייב לי במיגו דהחזרתי דמאחר שכשלקח מתחילה בטענת חוב אביהם לקח ולמה יחזיר זהו שכתב הרא"ש ז"ל שהם דברים סותרים זה את זה.

ועוד החזירה למאן אי ליורשים כיון דקטנין הם לאו בני חזרה נינהו כדתניא בהחובל החובל בבניו ובבנותיו של אחרים גדולי' יתן לה' מיד קטנים יעשה להם סגולה מאי סגולה רב חסדא אמר ס"ת רב' בר רב הונא אמר דיקלא דאכיל מינה תמרי ואם לבעלי החובות פשיעותא היא וחייבת לשלם דאמרינן בספ"ק דגיטין תן מנה לפלו' שאני חייב לו הולך מנ' לפלוני שאני חייב לו אם בא לחזור אינו חוזר ולא נפטר ר' דוסתאי בר' ינאי בההוא עובדא דאיספקא דכספא דאהדר אלא לפי שהמופקדים קרובים למלכות הוו ואנוס הוא הילכך הכא לית לה מגו כלל.

ועוד יש טענה אחרת לומר שלא תהא נאמנת בכל מה שתפסה מיד אחרים בין מה שהיו חוב אצל אחרים בין החפצים המטלטלין שהיו ביד אחיה והחבילה של משי שלקח אחיה מבית לוי ותפסה היא בטענה זו דכיון שלא היה בדין לתתם לאלמנה אלא ע"פ ב"ד דנכסי בחזקת יתמי עכשיו שנתנו ותפסת' היא בטענה של עצמה אע"פ שבדין היא זוכה כיון שמחמת מה שמסרום לידה מפסידים היתומים אין לך פשיעה גדולה מזו כאותה שאמר בהגוזל עצים שור שהמית עד שלא נגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר

משנגמר דינו החזירו אינו מוחזר רבי יעקב אומר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר ואוקמא רבה לפלוגתיהו בגומרין דינו של שור שלא בפניו רבנן סברי אין גומרין דינו של שור אלא בפניו א"ל אי אייתיתיה ניהלי הוה מעריקנא ליה לאגמא השתא מסרתיה בידא דמאן דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדיה ורבי יעקב סבר גומרין דינו של שור שלא בפניו דאמר ליה מאי עבדי ליה אף כאן בעלי חובות הללו התפיסו הנכסים בידא דמאן דלא יכלי יתמי לאשתעויי דינא בהדיה כ"ש בדין זה שהיא תופסת מספ' שאי אפשר להתברר ע"פ עדים כשרים ודאי פשיעה גדולה היא וחייבים לשלם דומיא דההוא בקרא דפרק הכותב דתפיס תורא דיתמי מיניה אתא לקמיה דרב נחמן אמר ליה אית לך סהדי דתפסתינהו מחיים וכתב הרא"ש ז"ל והאי בקרא לא הוי כעד א' שקם לשבועה לפי שבעל דבר הוא שחייב לשלם ליתומים דאמרינן בפרק השוכר דרועה חייב בלסטים שאינו מזויין שהיה לו להציל וכן כתב ר"ח ז"ל דהוה ליה פושע בשמירתם וחייב לשלומי ליתומים והדין דינא לפום דינא דגמרא דלא משתעבדי מטלטלי לב"ח אבל האידנא דמשתעבדי אי אית ליה לב"ח ראיה ברורה דיכול ליפרע ההוא חוב מיתמי לא מחייב בקרא מידי ואי לית ליה לב"ח ראיה שמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי עכ"ל אף בזו כיון שמחמת תפיסת' היא זוכה אותם שנתנו לה חייבים לשלם אפילו לא היו אלא ש"ח וכ"ש בזה שתפס החבילה של משי מבית אביהם של יורשים גזלן הוי וכל זמן שלא הגיע ליד הבעלים חייב באונסין ואפילו אי חשבינן אלמנה כשליח של יתומים כל שלא אמרו לו הבעלים שלח לא נפקא מרשותיה כדתנן בהשואל שלחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו ומתה חייב ושואל וגזלן דינם שוה וכן בעלי החוב ברשותייהו קאי עד שיגיע ליד המלוה וכל שהשליח מעכבן הרי המלוה חוזר ונפרע מב"ח וכיון דמן הדין אותם הב"ח שהוציאה האלמנה מהם בשטרות שבידה חייבים לשלם ליתומים הרי הם חוזרים ונפרעים מן האלמנה שהרי הם אומרים אנן אדעתא דפרעון דיתמי יהיבינן לך וכיון דלא מפצת לן מיתמי אהדר לן זוזי וגבי ההוא בקרא נמי כיון דמחייב בקרא לשלומי הדר בקרא וגבי מיניה דבעל חוב בדינא ודיינא.

אע"פ שהלשון שכתב שם הרא"ש שמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי משמע קצת שאע"פ שחייב בקרא לשלם הוא זוכה מחמת תפיסה אין לומר כן שהרי מצינו להרא"ש עצמו ז"ל בתשובה כלל ק"ו על פקיד' של ראובן שמסר פקדונו לשמעון אחר מיתתו של ראובן וטוען שמעון שראובן חייב לו השיב הרב שהפקיד פשע שנתן לשמעון ויורשים מוציאין ממנו חוזר הפקיד ומוציא משמעון אם יש לו טענה על הפקיד יכול לטעון אבל אינו יכול לעכב הממון בשביל טענה שיש לו על ראובן ולא תימא דהתם

מיירי כשהפקיד סתם ולא אמר לו שהם נכסי ראובן שהלשון של השאלה מוכיח שם שהיה הדבר נודע לשמעון ואע"פ כן לא מהניא תפיסתו כלום.
ואין לומר בנ"ד אילו היתה אומרת נתתי ליתומים והם אומרים לא נטלנו מי לא מחייבים בעל חוב לחזור ולפרוע דהוה ליה כהלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך ואינם יכולים לחזור ולתבוע מהאלמנה כיון שאומרת נתתי להם כאותה שאמרו בפ' האיש מקדש גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו והשתא דתיקנו רבנן שבועת הסת משתבעי שלוחין דיהבי ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל ופרע ליה לוה למלוה גם השתא דאמרה שמן הדין נטלתה מתורת מתנה הוה ליה כאלו החזירה ליתומים ומאותה שעה שנתנו לה האמינוה כיון דמציא למימר נתתי וכיון דהמנוה המנוה ואינהו דאפסידו אנפשיהו דלא איבעי להו למיהב לה אלא ע"פ ב"ד הא ליתא דאם היתה נשבעת שנתנתם ליתומים ודאי לא היו בעלי החוב יכולים להוציא מידה דשליחותא דידהו עבדא אבל עכשו שהיא מודה שלא נתנה כלום ליתומים אלא מה שהחזיקה בהם לעצמה לאו שליחותא דידהו עבדא שלא נתנו לה אלא ע"ד שיגיעו המעות לרשות היתומים בתורת פרעון ואף על פי שלפי דבריה היא זוכה מן הדין בהם מכל מקום לא עשתה שליחותה כדאמרינן בעלמא גבי גיטא בפרק התקבל לא עשו עדים שליחותם מי א"ל כתובו חספא ויהבו לה מי אמר ליה כתובו ואנחו בכיסתיכו אף כאן כיון דלא סלקא להו בתורת פרעון לא עשתה שליחותם וחייבת להחזיר ואפילו אם נטלה אותם כדין כל זמן דלא אתו לידיהו לא מהני כדאמרינן בפרק כל הגט גבי המלוה מעות את הכהן ואת הלוי להיות מפריש עליהם מחלקן ופרכינן והא לא אתא לידיה ומוקי לה במכרי כהונה ולויה אי נמי במזכה להם על ידי אחר אי נמי כרבי יוסי דאמר עשו שאינו זוכה כזוכה מפני התקנה אלמא גבי מתנות דנתינה כתיב בהו דכתיב ונתן לכהן אף על פי שהלוה להם מתחילה לא מקרי נתינה עד דאתו לידיה לגמרי אף לענין שליח כשאמר לו בעל חוב תן מנה לפלוני שאני חייב לו נ"ל שאע"פ שאומר שהמלוה חייב לשליח ואין המלוה מודה אינו יכול לתופסם בחובו דכל דלא אתא ליד מלוה לא עשה שליחותו ועדיין המעות בחזקת מי ששלחם.
וא"ת ומאי שנא מההיא דאבימי בריה דר' אבהו דמייתי התם בפ' הכותב דאמרי' מגו דהיו יכולים לומר לא היו ד"מ יכול לומר סיטראי נינהו ולענין שלומי שליח משל' דאמר ליה משלח לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ולא מצי שליח למהדר עליה דהאיך לחזור ולתבוע המעות שנתן לו לא דמי דהתם מעצמו נתן לו בשליחותו של לוה שאילו לוה עצמו היה נותן לו היה יוכל לומר סיטראי נינהו אבל הכא אלמנה זו לא היתה שלוחה של יתומים אלא הם נתנו לה ושליחותא דלווים הוא וקא עבדא וכל שלא הגיע ליד

היתומי' לא עבדא שליחותיהו ועוד דלפי הנראה בנדון דידן לא נתנו הב"ח לאלמנה לשם היתומי' וגם היא לא גבתה המעות אלא לעצמה לצורך כתובתה או מזונות או מצד מתנתה וכיון שכן פושעים גמורים הם כל שנתנו שלא ברשות בית דין ומכיון דמדינא חייבת להחזיר כל הנכסים למי שנטלה מהם נראה דבר ברור שאם רצו היתומים לגבות מהלווים ומאחיה גובים אם רצו לגבות ממנה גובים מדרבי נתן דמוציאין מזה ונותנין לזה וראיה מהא דאמרינן בהמפקיד גבי עובדא דקרטליתא דמסרה לאימיה דאמרינן משתבעה אימיה דהנהו זוזי אותבינהו דקרטליתא ואגנוב ואע"ג דאיהו לא מסר לה כלום אלא הבן מסר לאמו לא מציא למימר לאו בעל דברי' דידי את אלא משביעה מדרבי נתן וכן כתב מהר"ם בתשובה סי' י"ו וצריך לדקדק בפרק כל שעה דפריך ומי אמר רבא מכאן ולהבא הוא גובה והא אמר רבא גבי ראובן שמכר קרקע לשמעון באחריות וזקפן עליו במלוה ומת ואתא ב"ח דראובן וטריף ליה אמר רבא אי פקח שמעון מגבה להו ארע' והדר גבי לה מנייהו דא' רב נחמן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם ב"ח חוזר וגובה אותה מהן ומשני שאני התם דאמר ליה שמעון כי היכי דמשתעבדנא לאבוהון משתעבדנא נמי לב"ח דאבוהון מדרבי נתן וכו' והשתא אמאי צריך כל הפיקחית הזה ולגבות ממש ולימא ליה הכי בעל פה ויש לומר דהתם אי גבו יתמי מטלטלי בחובת אביהן לא הוו ב"ח טריף להו דמטלטלי דיתמי לב"ח לא משתעבדי הילכך צריך להפוכי מטרתא להגבותם קרקע כדרב נחמן כדי שיהיה להם פתחון פה על היתומים ואף זה בע"כ של יתומים עושין שדינא הוא שאם יש לב"ח מעו' שצא יגבה קרקע אלא שכתבו התוס' בפרק מי שהיה נשוי דמשום דאית ליה לב"ח פסידא מגבו להו קרקע בע"כ והא דבלא שיוה גביה יכולין לטעון כך בב"ד ועוד מסתברא דכל שיכולין להוציא מידה בדינא אף על גב דמציא לאשתמוטי השתא מיתמי מכל מקום לאו תפיסה היא להאמינה במיגו שאין אומרים מיגו אלא להחזיק מה שביד האדם שהוא יכול לעכבו בידו לעולם מן הדין אבל מעות אלו שסוף סוף א"א לה לעכבם ולגובייא קיימי כמאן דגביין דמי דומיא דההיא דפרק המקבל גבי יתומים אומרים אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח ארעא כיון דלגובייא קיימא וכו' ודומיא דההיא דפרק לא יחפור אילן כיון דלמיקץ קאי כמאן דקצוץ דמי ואמרינן ליה זיל קוץ ואי משום דמי אייתי ראיה דאילן קדם. כל שכן כאן שמעות אלו עדיין לא יצאת מחזקת הלווים כל שלא הגיעו ליד היתומים וכיון שהם ע"ד פרעון נתנום מוציאים ממנה ונותנים ליתומים ושמא תאמר לא כי אלא כל שהיא יכולה עכשיו לעכב על היורשים ולומר לכו והוציאו מב"ח אתם מה לכם עלי לפי שיודעת שקשה להוציא מהם מאחר שאין בידם השטרות שהרי היא גבתה ומסרתם להם ולא

ירצו הם לחזור ולהוציא מן האלמנה תהני לה מיגו להכי שלא נוכל לתבוע ממנ' אלא ילכו אצל ב"ח ותדע דהא תפיסה דמלוגא דשטרי דפ' הכותב תפיסה אף על פי שאין גופן ממון כדכתב התוס' שם דכיון שב"ח לא יפרעו עד שיקבלו השטרות סופן להתפשר עמה כדי לגבותם אף כאן הרי היא זו כתפוסה בשטרות ולא היה כח ביורשים להוציא מידה אין לנו לומר כן דודאי אם עדיין לא גבתה והיו השטרות בידה לא היו יכולין להוצי' השטרות מידה אחר שהם תפוסים אצלה אבל עכשיו שגבתה מעות מורישי אותן המעות אין להם זכות תפיסה בהם כיון שמיד ב"ח המוריש קבלה באותה שעה זכו בהם היורשים דנכסי בחזקתיהו קיימי ואילו היו כאן בעלי החוב לפנינו היו גובין ממנה אף היורשים באים מכחם וגובים ממנה מדרבי נתן דמוציאין מזה ונותנים לזה ואין האלמנה יכולה לומר כיון שמחמת בעלי אתם באים הרי אני קודמת לכם מתורת מתנתי דמצו אמרי לה אנן מכח מי שנתן לך בעדינו אנו באים שהם יכולים להוציא מידך בדין ודמיא להא דאמרינן בפרק מי שמת אנא מכח אבוה דאבא קאתינא וזו היא שקשה בדיני ממונות דאמרי ליה אבוך מזבן ואת מפיק וטעמא דכי היכי שהזקן היה יכול להוציא מידה אף בן בנו מכחו בא ומפיק מיניהו. ועוד יכתבו ב"ח הרשאה ליורשים או לאפטרופוס שיעמידו להם ויבא לדין עם האלמנה על המעות שנתנו לה ולא מציא אמרה מכל מקום נכסי בעלי הם ולי נתנו במתנה אתם יורשיו מה לכם עלי דבכה"ג אמרי' בפ' שני דייני גזירות במי שאבדה דרך שדהו אדמון אומר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך בק' מנה ואוקמ' פלוגתיהו בחד דאתי מכח ארבעה דסברי רבנן דלא מצי אמר ליה ממה נפשך דרכא אית לי גבך דאמר ליה אי צייתת צייתת ואי לא מהדרנא שטרא למריהו ומוכח מדברי התוס' דמהני לית הך טענה לגמרי ולא כמו שפי' רש"י ז"ל אי צייתת אוזיל לגבך וטעמא דכיון דמכח ארבעה הוא כל אותו זכות שהיה להם כל אחד בפני עצמה זכה זה אבל בחד דאתי מכח חד לא מצי למימר מזביננא ליה לארבעה וכן מוכח מדברי התוס' שם ולא מצי למימר לכי תהדר אלא זוכה הוא בכל הקרקע אף כאן היורשי' אומרי' לא אתינא מכח גבר' דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה. ומאות' תשובה להרא"ש שהבאתי לעיל שמצאתי' אח"כ מוכח מינה דכ' שאותו שהיו הנכסים בידו פשע וחייב לפרוע בא זה ותבע מהתופס כדין גזל ובא אחר ואכלו רצה מגזלן גובה רצה מאחר גובה ועיין בתשובתו שם.

ועדיין יכולה היא להחזיק במה שהיה תחת ידה בשעת שמת בעלה מתורת מתנתה ובמה שביד אחרים בתורת כתובתה על פי בית דין ואפילו מהקרקעות וחובות שלא גבתה עדיין יכולה היא לגבות בשטר כתובה שבידה. ואין לומר כיון שאנו יודעים שנשארו

נכסים בידה אחרי מות בעלה ויש עדים בדבר אלא שמחמת מגו אנו מאמינים אותה שתחזור ותגבה כתובתה מן הקרקעות ומנכסים שאינם תחת ידה הוה ליה מגו להוציא כאותה דפרק חזקת דגחין ולחיש לרבא אין שטרא זייפא הוא וכו' ולאו דוקא משום זיוף הוא דחשבי' ליה חספא בעלמא דהא כתב הרי"ף ז"ל דלא שיטעון ממש מזוייף אלא שאומר שטר אמנה היה חספא בעלמא הוא ולא מצי למגבה ביה דהו"ל מגו להוציא וכאותה דפרק הכותב כדאמרי' גבי פוחתת כתובתה במאי גביא בהאי שטרא חספא בעלמא הוא וכתבו שם התוספת דמגו להוציא לא אמרי' דשאני התם דההוא שטרא איהי גופה מודה דחספא בעלמא הוא הילכך במאי גביא במגו מגו להוציא לא אמרי' אבל הכא שטר כתובתה קיימא בידה וכיון דלא נתפרעה איהי דידה עבדא וממילא גביא כדאמרי' בהכותב מגו דהיה יכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר סיטראי נינהו וחוזר וגובה שטרו אע"ג דבפרק שבועת הדיינין מוכח דלא מצי למימר סיטראי נינהו אלא היכא דפרעיה בין דיליה לדיליה אבל באפי סהדי לא אלא שרבינו יהוסף הלוי ז"ל פירשה כגון דפרעיה ניהליה בתורת פרעון באפי סהדי אבל סתמא מצי למימר במתנה נתנו לי אבל הרמב"ן ז"ל חלוק עליו ואמר שכל שנתן לו בפני עדים לא מהימן לומר מתנה הם דטענה גרועה היא טפי מטענת סיטראי נינהו ולא מהימן כמו שכתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו והסכים גם הוא לדברי הרמב"ן ז"ל וכי תימא הכא איכא מגו דנאנסו התם נמי יהא נאמן דסיטראי נינהו במגו דמצי למימר בפקדון נתנום לי ונאנסו לא דמי דהתם כיון שראו עדים שנתן לו המלוה מדעתו מעות מסתמא בתורת פרעון הוא שנותן לו אלא אם לא שהוא טוען פקדון דגם טענה זו אין להאמינו עליה אלא במגו אבל הכא כשנשארו הנכסים ברשותה אנן סהדי דלאו בתורת פרעון כתובתה נשארו שהרי הם כמות שהיו בחיי בעלה נכסים בחזקתם ואהלים כאשר המה ולא נעשה בהם מעשה דמוכח שיצאו מרשות היתומים ובאחרותייהו קיימי הילכך אותם נכסים מתוך שיכולה לטעון עליהם נאנסו מציא אמרה במתנה נתנו לי וחוזרת וגובה כתובתה משאר נכסים.

אבל יש לדון בה מאותה שאמרו בפרק יש נוחלין הכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליה שטר חוב דאיפסיקא הלכתא תקרע כתובתה ותעמוד מתנתה ונמצאת קרחת מכאן ומכאן מאי טעמא אומדן דעת' הוא דניחא לה דתיפוק עלה קלא דכתבינהו לה לכלהו נכסי אפילו חד יומא ולהכי משעה שנתן מתנה זו מחלה כתובתה וסלקא שעבודה מנכסים הללו ואם מתורת מתנה אינה זוכה שבעלי חובות טורפים ממנה נמצאת קרחת מכאן ומכאן ואע"ג דלא מחלה לגמרי שאם לאחר מתנה קנה בעל שאר נכסים גובה כתובתה מהם כדכתב רשב"ם ז"ל שם מ"מ מהנך נכסי ודאי מחלה כתובתה לענין שלא

תגבה מהם. ואין אנו צריכים שיכתב לה כל הנכסים כדכתב הטור בשם הרא"ש בסימן ק"ז שהוכיח בתשובה כלל מ"ה דלא בעינן מתנה בכל נכסיו דהא אמרינן בפרק מי שמת חמשה עד שיכתבו כל נכסיהם ואילו כתב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר חוב לא קא חשיב אלא כל שפירש השיור ונתן לה כל השאר מתוך כבוד שעש' לה שכתב לה כל נכסיו מחלה כתובתה אף כאן כיון ששייר לשני בני בתו י' גרושו"ש לכל אחד ושאר כל נכסיו נתן לאשתו מההיא שעתא מחלה שעבודה מכל הנכסים ומאחר שהיא מודת כן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ונהי דעד כדי כתובתה נוטלת ממה נפשך או בתורת כתובה או בתורת מתנה אבל עכשיו שהיא מודת שנטלה כדי שעור כתובתה ומתורת מגו אנו באים להאמינה כדי שתגבה את השאר בכתובתה חזר הדין להיות מגו להוציא דומיא דההיא דפרק חזקת דאמאי סמכינן אהאי שטר כתובה חספא בעלמא הוא שהרי נמחל שעבודא מעל נכסים הללו ומגו להוציא לא אמרי' וכי תימא כיון דהשתא מבטלינן ליה לשטר מתנתא לפי שהעדים פסולים הויא לה מחילה בטעות שלא מחלה על כתובתה אלא על דעת שתתקיים מתנתה וזה נתבטלה לגמרי מעיקרא. ורשב"ם ז"ל כתב אשמעתין דנמצאת קרחת מכאן ומכאן ומיהו מחילה בטעות ליתא דההיא מתנה גמורה הויא באותה שעה ובעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה כדאמרי' בפרק כל שעה אלמא בעינן שתתקיים מתנתא אלא שאחר כך אשתדפא לה וכדמוכח מלשון הרי"ף ז"ל שכתב מאי טעמא אומדן דעתא הוא דניחא לה דליפוק עלה קלא דכתבינהו לכולהו נכסי אפי' חד יומא דאמרי אינשי לשתמיט אניש במנא יקירא חד יומא ולמחר ליתבר אבל הכא לא נתקיימה לה מתנה זו אפילו חד יומא וכי היכי דבנתבטלה המתנה מחמת שלא עשאה אלא אפטרופא לא מחלה כתובתה כדמוכח בגמרא השתא נמי דנתבטלה מתנתה נתבטלה נמי מחילתה אין לך לומר כן דמשום שנפסלה הצוואה מחמת קורבת העדים לא מפני כך נתבטל' המתנה ואילו היו יורשים מודים במתנה הית' גובה דלא איברו סהדי אלא לשקרי אי נמי אם הית' תפוסה בכל הנכסים או אם היו' ולמחר תתפוס את הנכסי' בדין תפיסה מהניא לה מתנה הלכך מאותה שעה שנתן לה מחלה שעבודה מעל הנכסי' אלא דהיא אפסידא אנפשה שסמכה על אותם העדים הקרובים כסבורה שהם כשרים לראיה ולא מפני כך נתבטלה מחילתה. ועדיפא הא מילתא מהיכא דיצא עליו שטר חוב דהיכא דיצא עלי' ש"ח הלא היתה תפיסה מועלת לה כלום ואף על פי כן יומא חד הויא במנא יקירא אבל זו מתנתה לפי האמת קיימת אלא שאין לה ראיה ואם היום או למחר תביא עדים או תמצא ראיה או חתפוס אין מוציאין מידה וכיון דלגבי

ב"ח אמרינן תקרע כתובתה השתא נמי לגבי יתמי וכיון דמכח מגו באה להוציא מהם הויא לה מגו להוציא ומגו להוציא לא אמרינן.
ועדיין לבי מהסס לומר שמא לא אמרו תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה אלא בכותב לה שטר מתנה כשר אבל בנותן לה בעל פה אע"פ שהיורשים מודים לא סלקא עצמה מכתובתה דאכתי לא סמכא בדברים שבעל פה דלא שביק אניש מידי דשטרא וסמיך אמילי דעל פה כדאמרינן בעלמא ולא אמרו אלא בכותב דוקא אף על גב דבכמה דוכתי אשכחן דנקט הך לישנא דהכותב ולאו דוקא והוא הדין בעל פה כדאמרינן בריש הכותב תני רבי חייא האומ' כלומר דבאמירה בעלמא מצי מסלק נפשיה ותנא דמתניתין דקתני הכותב אורחא דמילתא קאמר וכן בכמה דוכתי מכל מקום הכא יש סברא לחלק דבאמירה גרידתא לא סמכא דעתא למישבק כתובה דכתיבה ועוד כיון דטעמא משום דניחא לה דנפיק עלה קלא כל היכא דליכא שטרא ליכא קלא כדאשכחן לענין משעבדי דמלוה על פה אף על גב דאיכא כמה סהדי לא גביא מנייהו משום דלית לה קלא אלא שנראין הדברים שאפי' במתנה בעל פה סמכא דעתא שפיר על שטר כתובה שבידה דמה תחוש שמא לא יודו יורשי' במתנה כל זמן ששטר כתובתה קיימת יודעת היא שאם לא יעמידוה מתנתה תגבה שטר כתובתה משלם שהרי היא באה עליהם משני צדדין כדאמרינן בהאשה שנפלו גבי שומרת יבם שמתה דיורשיה באים על היבם משני צדדים אם אחיו יורש יקבור את אשתו ואם אינו קובר את אשתו יתן לה כתובתה וכן בפרק שני דבכורות בספק בכור דחייב במתנות דבא עליו כהן משני צדדין הילכך סמכא דעתה שפיר במילי בעלמא כמו בשטר כיון דלא מפסדה מידי בהכי ואי משום קלא עדים ודאי מפקי לקלא ואין צריך כתיבה כדאמרינן גבי אפטרופוס שמינוהו בית דין דקי"ל כאבא שאול בהנזקין דישבע דבההיא הנאה דנפק עליה קלא דאינש מהימנא הוא משום שבועה לא אתי לאמנועי אע"ג דליכא כתיבה ועוד לענין מחאה אמרינן בפרק חזקת מחה בפני שנים הויא מחאה ופליגא דרבה בר רב הונא דאמר כל מילתא דמתאמרה באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא כלו' דלפי זה אפילו בפני שנים לית בה משום לישנא בישא דקלא אית לה וכתבו התוס' אע"ג דמלוה על פה אינה גובה מן הלקוחות התם היינו טעמא משום דמאן דיזיף בצנעה יזיף ועוד דהתם אין יודעים מי יקח שיודיעוהו וכולי.
ואכתי יש מקום לומר דלא חשיב מיגו להוציא כיון שאי אפשר לנו לגרוע כחו של שטר כתובה אלא ביפוי כח האשה דלא מצינו ריעותא בהך שטר כתובה אלא מה שהיא אומרת שנתן לה כל נכסיו הא לאו ריעותא היא ובשלמא גבי פוחתת וגבי ההיא דגחין ואמר שטרא זייפא הוא כבר איתרע השטר בהודאת בעל דין אף על פי שאומר שאמת

שחייב לו בזו אין אנו חוששין לדבריו ופלגינן דיבוריה אבל כאן לא שייך למפלג דיבורה במה שאומרת מתנה נתן לי בעלי דהך איתתא לאו לארועיה שטרא אלא לזכות ביתר הנכסים ואיכא למימר נמי דלאורועי שטרא שלא תהא אלא תביעה על פה מרעינן ליה בהודאת פיה ופלגינן דיבורא אף על גב דלא אפשר דומיא דההיא דפר' הנזקין ס"ת שכתבתי לך אזכרות שבו לא כתבתי לשמן דנאמן להפסיד שכרו ואינו נאמן לפסול ס"ת ועוד כיון דאיתרע שטרא על פיה לגבי בעלי חובות שיכולי' להפרע מנכסי בעלה אתרע לגמרי ואינה זוכה אלא בטענ' שבעל פה ובתורת מגו והו"ל מגו להוציא ועוד כיון דקי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי הו"ל מיגו להוציא וכי אמרינן דמהני מגו דיכול לומר סיטראי נינהו היינו משום דכיון דליכא ריעותא בשטרא אף על גב דלאו כגבוי דמי שבקיה לשטרא דאיהו דידיה עביד אבל כאן בשטר אינה יכולה לגבות שנמחל שעבודה כמגו להוציא חשיב והדבר צריך תלמוד.

וחוזרני לדון על כל הנכסים שנראה לי שאין להאמינה עליהם בטענה זו מכמה טעמי חדא דאפילו תימא דאשה זו אם אמר' במתנ' נתנם לי נכסים הללו היתה נאמנת היכא דאין לה עדים כלל השתא דאיכ' עדים פסולים בהדה מגרע גרע וטעמא משום דאין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות אבל כשאין בטענה זו שהיא טוענת כל כך העזה כמו אותה שהיה לה לומר לא חשיב מגו כדמוכח בשמעת' דריש מציעא ובשבועות ובכמה דוכתי ומפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ופירשו התוס' דהכי קאמר אמאי לא מהימן במיגו דאי בעי כפר הכל ומשני אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ואף על גב דבכופר בכל ליכא העזה כל כך כדאמרינן בפרק שבועת הדיינים אישתמוטי קמישתמיט מכל מקום יותר פנים יש לו לכפור מקצת מלכפור הכל כך הם דברי התוס' שם והכא נמי אין הטענות שוות דטפי ניחא לה לומר בעלי נתנם לי במתנה כיון דאיכא קרובי הבעל דמסייעי לה ולא שתאמר נאנסו דהוי מילתא דלא שכיח כדאמרינן בפרק המוכר את הבית דלהכי לא טענינן ליתמי נאנסו משום דאונס לא שכיח והויא העזה טפי בהאי טענה שכל העולם יכירו בשקרא ומנא תימרא דהיכא דעדים מסייעי לה אפילו פסולים לא חשיבא העזה מדאמרינן בפרק התקבל גבי בעל אומר לגרושין ושליש אומר לגרושין דאף על גב דקי"ל האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת הני מילי היכא דליכא עדים דמסייעי לה אבל הכא דאיכא בעל ושליח דמסייעי לה מעיזה טפי וכיון דבעל ושליח אינהו גופייהו לא מהמני כי איתנהו מגרע גרע והכי אמרי' בפ' שני דכתו' דהיכא דאיכא תרי ותרי לא מהמנה כיון דאיכא דמסייעי לה ואף על גב דהתם עיקר טעמא דנאמנות דידה היינו מטעם דחזקה לא מעיזה בפני בעלה וכיון דליכא טעמא

דהעזה חזרה לה נאמנות דידה מכל מקום שמעינן מינה דהיכא דאיכא עדים בהדה אף על גב דעדים גופייהו לא מהימני איהי מיהת מסתייעא בהדייהו ומעיזה טפי הילכך אין הטענות שוות ולא חשיב מיגו.

ואף בזו הורע כחה של אלמנה כששטר מתנה יוצא מתחת ידה ובאה בפני בית דין לזכות בנכסים מכח שטר מתנה שבידה ולא ביררה בדבריה אם בפניה נתנתם לה בעלה כי שמא סמוכה היא על השטר שזכין לאדם שלא בפניו ומאחר שהשטר נפסל בבית דין מתוך קורבת העדים שוב לא תהא נאמנת לומר בעלי נתנם לי במתנה מכח מיגו שהיתה יכולה לטעון נאנסו ומה לה לשקר דבאותה שעה סבורה היתה שהשטר שבידה כשר שאלמלא כן לא היתה מחתמת אותו ומוציאתו בפני בית דין ולא רמיא אנפשה למטען טענה אחריתי אף על גב דהשתא דנפסל השטר תטעון ותאמר מידו לידי נתנם ואיני צריכה לשטר ולא לעדים לא מהימנינן לה דומיא דההיא אתתא דפרק הכותב דהוו מפקידי גבה מלוגא דשטרי ואמרה מחיים תפיסנא להו ואמר לה רב נחמן אית לך סהדי דתבעה מינך מחיים ולא יהבת ניהליה והקשו בתוספ' ואמאי צריכה סהדי נהמנה לדידה במגו דאי בעיא אמרה לקוחים הן בידי ואומר ר"י דלא חשיב מגו הואיל ועכשיו אינה יכולה לטעון לקוחים הן בידי שכבר אמרה מחיים תפיסנא ומשום דאי בעיא אמרה לקוחין בשעת שאמרה מחיים תפיסנא לא מהימנא דסבורה היתה באותה שעה שהיא טענה מעולם ולא היתה יודעת שהיא צריכה לטעון דתבעתינהו מינה מחיים מדלא טענה מעצמה עד כאן אף כאן אנן סהדי שלא היתה יודע שצריכה לטעון בפני נתתם לי כל ששטר מתנה יוצא מתחת ידה ומחזקת בו בחזקת כשר ובפיסול העדים אין פיסולם ברור לכל העולם שהרי אין פיסולם אלא מחמת קורבת בעלה ולאו כולי עלמא דינא גמירי כל שכן בדין זה דצריכה הכא לטעון בפני נתתים לי הילכך לא עלתה על דעתה לטעון אז טענה אחרת וכי טענה השתא לא מהימנא דלית לה השתא טענת מגו כיון שהודית שהנכסים בידה ובתורת מתנה היתה באה לתופסם אלא שיש לפקפק בטענה זו לומר דמזו לא היתה צריכה לפרש שהיתה שם דמסתמא אורחא דמילתא דמצוה מחמת מיתה אשתו ובני ביתו עומדים עליו ואינן מניחים אותו והולכים ולא דמי לאותה טענה דתבעתינהו מינך מחיים דזו היתה צריכה לפרש ומיהו נראה דכל שאין הדבר יוצא מידי ספק לא מהניא לה טענת מגו שאם היה ידוע לנו או שביררה בדבריה שלא היתה היא מצויה שם באותה שעה ודאי לא היתה זוכה בנכסים דנכסי בחזקת יתמי קיימי ותפיסת ספק לא הויא תפיסה עכשיו שאנו באים להאמינה מטעם מיגו אני אומר שמא לא היתה היא שם מצויה ומה שלא טענה אז נאנסו לפי שהיתה בטוחה על השטר

וכי השתא טענה ואמרה בפני נחתם לא משגחינן בה שאם אתה אומר מספק לא מפקינן מחזקתה מאחר שתפוסה בהם אף בההיא דתפסא מלוגא דשטרי אמאי מפקינן מינה מי לא אפשר שיהא כדבריה דתבעינהו מחיים ולא יהבתינהו ניהלה הא אין עליך לומר אלא כשאין עיקר נאמנותה אלא מחמת מגו כל שאפשר לומר מפני כך לא טענה אף על פי שהדבר ספק בין שהספק רחוק בין שהוא קרוב אזדא ליה מגו דידה ולא מפקינן נכסי מחזקת מריהו אם לא במיגו ברור.

ומטעם אחר עוד יש לדון בזו שלא תהא נאמנת בטענתה מחמת מגו דנאנסו דודאי חפצי זהב וכסף שהוזכרו בשאלה צריך לשמרה כדרך השומרי' בתוך התיבות ולנעול בפניהם כראוי ומה גם במקום שמצוין גילא"ליש הבאים בפתע פתאום דרך אנשי העיר להוליך כל נכסיהם למבצר לשומרם וכל שומר שלא שמר כדרך שבני העיר שומרים פשיעה היא וחייב דהכל לפי הזמן אע"פ שלכתחילה היו רגילים לשים בבתים עכשיו שרבו עבדים המתפרצים מאת אדוניהם נוהגים לתתם במגדל וכדאמרינן בגמרא פרק המפקיד והאידנא דשכיחי גשושאי אין להם שמירה אלא בשמי קורה והאידנא דשכיחי פרומאי טפוחאי וכולי ואף על פי שלא נאנסו מגילא"ליש אלא מגנבה אחרת דלא אסיק אדעתיה מכל מקום כיון דפשיעה היא אצל גילאלי"ש חייב כאותה שאמרו שם ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה אזל ואותביה בצריפא דאורבני ואגנוב אמר רב יוסף אע"ג דלענין גנבי' נטירותא הוא לענין נורא פשיעותא הוא וכל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב וכיון שכן זו שהיתה צריכה לשומרם במקום שכל בני העיר שומרים שם אם איתא דשם נגנבו קלא הוה לה למילתא ויודעים היו רבים בהם ולא היתה נאמנת אלא בעדים כדאית' בס"פ האומנין אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר וכדמייתי התם בההיא חביתא דחמרא דאיתבר בריסתקא דמחוזא דאמר רבא ריסתקא דמחוז' שכיחי בה רבים זיל אייתי ראיה ואיפטר וכן מילתא דאית לה קלא צריך להביא ראיה כדאמרינן התם ד' מאה דני דחמרא דתקיפו קלא הוה ליה למילתא זיל אייתי ראיה דמעיקרא כי מזבנת להו חמרא מעליא הוה ופירש הנמקי יוסף קלא אית להו פירוש היה לך לצעוק ולהודיע לרבים ואם לא יש לחוש שמא קנה חומץ בזול וכולי אף כאן אם איתא היה לה לצעוק ולהפגין בלילה ולאסוף כל השכנים והדבר ידוע שלא היתה יכולה לעשות כן במרמה כי היה הדבר ניכר שהרי לא יראו מחתרת חתורה וגם לא שמעו קול אדם וכי אמרינן בעלמא דטענינן פרוע במיגו דנאנסו כגון ההיא דסוף פרק המוכר את הבית וכן בשאר דוכתי היינו בעיסקא כי התם שדרך הסחורות להוליכה ממקום למקום שהאונס מצוי אי נמי דאירע בה פסידא וכן בפיקדון כלי או חפץ שאין לו קול אבל

נכסים מרובים כאלו ודאי קלא אית להו וכל שלא ידעו בו רבים וכל שכן היכא דאיכא מושל העיר שחוקר על הגנבה ותופס את השכנים והויא מילתא דפרהסיא ואונסא טובא אם באה בטענה זו לא היתה נאמנת אף כשבאה בטענת מתנה לא מהימנא כיון דלית לה מיגו.

ומצאתי דבר זה מפורש להרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות שכירות וגם הובא בטור ח"מ סימן רצ"ו כשהביא שהנפקד בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כתב בד"א כשהשומע יכול לטעון נאנסו ולא היה צריך להביא ראיה אבל אם היה צריך להביא ראיה כגון במקום שעדים מצויין שהוא בענין שא"א שאירעו אונס אם לא שיודע הדבר אינו נאמן לומר החזרתי אלא ישבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו וישלם עד כאן וכי היכי דטענת החזרתי במקום שטר לא מהניא ליה משום דליכא מגו הכי נמי טענת מתנה דלא מהמנינן ליה אלא במגו דנאנסו במקום שעדים מצויין דליכא מיגו לא מהימן.

ובר מן דין אפילו אם היתה נאמנת בכך כשנאנסו אין להאמין אותה בטענת מתנה במגו זה דמגו גרוע ורעוע הוא חדא שאינו טוענת ברצון דבר שהעולם מכירין בשקרה דודאי אונס כזה קלא אית ליה וכולי עלמא ידעי ביה וזה שלא נודע מעולם ולא ראו רגלים לדבר הכל מכירין דמשקרא ובכה"ג לא חשיבא מגו כההיא דרבה בר שרשום דפרק חזקת דנפק עליה דאכיל קלא ארעא דיתמי דאמר ליה רבא לקוחה בידי לא מצית אמרת דהא נפק עליה קלא דארעא דיתמי היא ואף על גב דאי טעין לקוחה היא בידי היה נאמן אף על פי שיצא הקול דמשום קלא בעלמא לא יפסיד חזקתו מכל מקום כתבו התוספות והרא"ש דכיון שלא היה יכול להעיז פניו ולומר כן מפני הקול אין זה מגו דאינו טוען כך ברצון והביאו ראיה מההיא דמזיד הייתי דפרק קמא דקידושין אף כאן אם היתה טוענת כך קלא דלא פסיק היא בעולם דאכלה לנכסי דיתמי וכן מוכח בפרק שבועת הדיינים אהא דתנן אמר לו אל תפרעני אלא בעדים למחר אמר ליה נתתים לך חייב ואמרינן בגמרא דאי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים נאמן. והקשה הרא"ש ז"ל אם כן כי אמר פרעתיך ביני ובינך יהא נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו או שהלכו למדינת הים ותירץ דאין זה מגו טוב דיותר נוח לו לומ' פרעתי' ביני ובינך ושכחתי ההתרא' שהתרית בי ממה שיאמר פרעתיך ומתו שיאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עדותו אף כאן אם היתה טוענת שנגנבו או נאנסו ולא היו העולם רואים רגלים לדבר ולא מחתרת חתורה והשכני' לא הרגישו דבר ודאי היו הכל אומרים עילה מצאה לאכול נכסיהם של יתומים.

ועוד גריעותא אחריתי שכיון שהחפצים הללו הם כלי הבית ותכשיטין ידועין לכל האנשים והנשים אינה טוענת ברצון שנגנבו לפי שאי אפשר להסתיר כל הנכסי' הללו תחת כנפיה דכלי כסף וכלי זהב כלי נחושת מלבושים ומגדנו' ושמלו' ומטלטלי ביתו כל אלו אי אפשר להסתירם משכנתה ומגרת ביתה שידועים וניכרים הם ויש בהם סימן וטביעות עין לכל השכנות ואם למחר ימצא חפץ אחד מהם ביד אחר או אם יצא לצורף כלי הפסידה כל טענתה שכבר הוחזקה כפרנית. ואע"ג דהך מילתא מסברא מתקיימה דבכה"ג ליכא למימר מגו שאין הטענות שוות גם יש להוכיח כן מההיא שמעתא דאומן דפרק חזקת דאמר ליה אביי לרבא תא אחוי לך רמאי דפומבדיתא אמר ליה הב לי סרבלאי אמר ליה לא היו דברים מעולם הא אית ליה סהדי דחזיוה גבך ההוא אחרינא הוה אמר ליה אפקי דנחזי אמר ליה לא מפקינא אמר רבא שפיר קאמר ליה ראה תניא וכתבו התוספות תימא לרשב"א מאי אתא רבא לאשמועינן ונראה לי לפרש הכי שפיר קאמר כלומר שטוען טענה זו דלא היו דברים מעולם ועל ידי כך לא משוי ליה ראה הואיל ולעדי' לא היה בו טביעות עין ויכול לומר אחר היה אבל אי הוה טעין לקוח הוא בידי לא היה נאמן דלא היה לו עוד מגו דאי בעי אמר החזרתי לך או לא היו דברים מעולם דירא לומר כן הואיל ויש עדים שראו הטלית שלו בידו עד כאן דבריו. ומתוך דבריהם משמע דהיה יכול לטעון החזרתי אחר שראוהו העדים אם לא שירא שסבור שהעדים מכירין אותו ואם המצא ימצא בידו אחר כך יהא נתפס כגנב ע"פ עדים דאין לומר דהתם מיירי בענין שלא יכול לומר החזרתי אחר כך כגון שעכשיו ראוהו בידו ולא זזה ידם מתוך ידו דלא היה להם להזכיר מגו דהחזרתי דהאומר החזרתי מודה הוא עצמו שראו העדים ואימתי החזיר אלא מוכח שאף על פי שהיה יכול לטעון החזרתי אחר כך ירא הוא מחמת שיש עדים שראו ואפשר שהיה להם בו טביעות עין לכך יפה עשה זה שהכחישם ואמר ההוא אחרינא הוה והשתא נאמן בלא מיגו.

אך קשה מהא דקי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ומהימן לומר פרעתי במיגו דאי בעי אמר לא כתבתי מעולם ומזוייף הוא ואם איתא נימא דירא לומר מזוייף פן יבואו עדים ויקיימוהו דכיון שיודע הוא שהדבר אמת איפשר לא ימצא עדים לקיים חתימתו. ועוד ק' דתנן בפ' שני דכתובות ומודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר והשתא נימא דלא הוי מגו טוב דירא לומר לא היתה שלך מעולם שמא ימצאו עדים שהוא שלו וניחא ליה טפי לומר מכרת לי שלא יוכל להכחישו ומיהו לזה יש לומר ההיא מגו חשיב טפי דכיון דסוף אנו רואין שמבקש המערער עדים ואינו מוצא לגמרי טפי הול"ל לא היתה שלך

מעולם שמסלקו מעליו ולא להודות בשדה שיהיה צריך אחר כך לטעון טענות עליו והיינו דאמרינן בגמרא מכדי האי מגו והאי מגו מ"ש האי מגו מהאי דמודה רבי יהושע לר"ג משאר מגו דלא מודה ומשני הכא אין שור שחוט לפניך ושוב מצאתי בהגהות אשירי סוף פרק המקבל על ספרים שהן עשויין להשאיל שאם אין עדים שישנן תחת ידו נאמן לומר לקוחים במגו דהחזרתי ואם הדבר ידוע ומפורסם כל כך שלא היה יכול לכפור אף על גב דלא שוים מחמת שהוא ירא לשנות את הידוע לאדם שלא יחזיקוהו שקרן כתב רבינו תם דאין לו מגו ור"י תמה איך יהיה מפורסם שלא יוכל לומר החזרתי לך עכ"ל.

ועוד נראה בעיני דכיון שהיא היתה סבורה לזכות בשטר מתנתה בכל הנכסים בין שבידה בין שביד אחרים וגם בקרקעות של בעל מחמת מתנתה למה לה לטעון על הנכסים שבידה נאנסו דבטענה זו לא היתה זוכה אלא במטלטלין שהן תחת ידה ולא זרחה השמש עליהם שיכולה להכחישם תחת לשונה והיא רוצה לזכות בכל הנכסים ולא במקצתם והיכא דמפסדת בכך ודאי לא הוי מגו כאותה שכתבו התוס' בפרק קמא דכתובות אהא דאמרינן דקטעין טענת דמים וכתבו התוס' דהא להמנה במגו דאי בעיא אמר' מוכת עץ לרבנן דלקמן דאמרי מוכת עץ כתובתה מנה דאין זה מגו דאין רוצה להפסיד כלום מכתובתה וכן מוכח בההיא דמייתי בפרק חזקת בההוא דאמר מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתה ואכלה שני חזקה אזל אייתי ראיה דאכלה תרתי שני אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי אמר רב זביד ואי טעין ואמר לפירות ירדתי נאמן פי' אי טעין מעיקרא והקשו התוס' כי לא אמר נמי לפירות ירדתי אלא דאייתי סהדי דאכלה תרתי שנין יהא נאמן בטענתיה במגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי וכתבו לאו פירכא היא דאין זה מגו שהרי בא לתבוע גם הקרקע. אך קשה מהא דאמרינן בפרק הכותב מתוך שיכול לומר לא גרשתיה נאמן לומר גרשתיה ונתתי לה כתובתה וכי אמר לא גרשתיה ודאי לא מהימן לענין כתובה דקרינן בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי ולפי שאינה רוצה להפסיד עיקר כתובה אף לענין תוספת לא היה ראוי שיקרא מגו והרמב"ם ז"ל בפרק י"ו מהלכות אשות כתב בהדיא מתוך שיכול לומר לה גרשתי' לא יתחייב בתוספות נאמן ומשביעה בנקיטת חפץ ונותן לה את העיקר וברם לזו לא הוצרכו דמילתא דפשיטא היא דלא חשיב מגו שלא היה רוצה לטעון כן בתחילה שהיה מפסיד בכך שאם היה אומר לפירות ירדתי הפסיד חזקתו דהוה ליה כאריס דתנן האריסין אין להם חזקה וכן בההיא דכתובות אם היתה אומרת מוכת עץ אני הפסידה מנה ושוב אינה יכולה לטעון מידי אבל לזו הוצרכו היכא שלא היתה מפסדת טענתה בכך כגון זו

שאם היתה אומרת שהנכסים שבידה נאנסו ונפסדו לא היתה מפסדת מה שהיא רוצה לטעון שנתן לה בעלה כל הנכסים במתנה. ואף בזו אני אומר דלא אמרינן מגו בהכי כיון שהיה בדעת' לזכות בכל הנכסים בתורת מתנה מה לטעון עוד על הנכסים שבידה שנאנסו ומה לה לשקר בשני דברים. ומנא תימרא מההיא עובדא דמייתי בפ' חזקת דקריביה דרב אדא בר אבין שכיב ושבק דיקלא רב אידי אמר אנא מקריבנא טפי וההוא גברא אמר אנא מקריבנא טפי לסוף אייתי רב אידי סהדי דאיהו קריביה ואוקמא רב חסדא בידיה כך היא גרסת רבינו חננאל וכן נראה לר"י עיקר אמר ר' אידי להדר לי פירי דאכיל מההוא יומא עד השתא אמר רב חסדא זהו שאומרים עליו אדם גדול הוא אמאן קסמיך מר אהאי הא אמר אנא מקריבנא טפי אביי ורבא לא סבירא להו הא דרב חסדא כיון דאודי אודי וכתבו התוספות דרב חסדא פטר ליה במיגו דאי בעי אמר לא אכלי כי אמר נמי אכלי ודידי אכלי מהימן ורבא ואביי סבירא ליהו דכיון דאכיל פירות ואודי חייב לשלם ולא מהימן במגו הואיל והקרקע יוצא מתחת ידו מן הדין דבקרקע ליכא מגו עד כאן דבריו וקי"ל כאביי ורבא דכיון דלגוף הקרקע לית ליה מגו משום פירות לא היה לו לטעון טענה אחרת שסבור היה שיזכה בקרקע וממילא יזכה בפירות אף כאן כיון שהיא היתה באה מחמת הטענה של שטר מתנתה שבידה והיתה זוכה בכל דבר דאיקרי נכסי למה היה לה לטעון כל נכסים שבידה נאנסו היא לא היתה סבורה ששטר צואתה יפסל מחמת קורבת העדים ואי השתא דידע' טענה הכי הו"ל מיגו למפרע דכיון דהודה הודית הרי כתבתי אליכם כל מה שעלתה מצודתי בענין נאמנות האשה ע"פ שרשי התורה אשר תפר מחשבות ערומים ולא תעשנה ידיהם תושיה ולא נפנתי עתה להשיב על שאר פרטים שבשאלה כי זה הדבר תל שהכל פונים בו ומכל מקום הדבר מסור לדיינים יודעי דעת ומביני מדע הדנין דין אמת לאמתו אם מתוך חקירתם ישכילו ממוצא דבר שהדברי' כנים שראובן זה נתן נכסיו לאשתו במתנה גמורה לאחר מיתה אע"פ שע"פ האומדן לא נדון להוציא ממון כ"ש של יתומים מכל מקום אין להזדקק להוציא מתחת ידה מה שהיתה תפוסה מעולם מנכסי בעלה והיינו דאמרינן הדן דין אמת לאמתו לאפוקי דין מרומה דלא דיינינן ליה וכתב הרא"ש משם מהר"ם דהיכא דהנתבע טוען ברמאות יסתלק הדיין ולא ידון ליתומים שיעמדו במה שלא החזיקה בהם ולא תוכל להוציא מכח שטר כתובתה הואיל ויש במה שתחת ידה כדי כתובתה והותר ואם תטעון שנאבדו הנכסים שהיו תחת ידה או שלא הניח בעלה נכסים הואיל והיה בעלה אמוד בנכסים וניכר לעולם שהוא שקר מפורסם אין נזקקין לגבות מן הנכסים שלא תפסתם וגם החבילה של משי שהיתה ביד לוי אבי הילדים היורשים ותקפו שמעון בחזקה ונתנו

לאחותו יוציאו מידו או מיד אחותו אם ברור הדבר שנטלתה הואיל ועשה שלא כהוגן ובזרוע רמה והרי הנכסים בחזקת היורשים עומדים ואם הנכסים שביד' מרובין יתר על כדי כתובתה הרבה ויראה לדייני' עוד להוציא גם כל מה שגבתה מחובות שהיו ביד אחרים יכולין להוצי' מידה לפי שתפסתם אחר מיתת בעלה שלא כדין ויחזרו נכסים למקומן ומה שהיה בידה כבר חפצים ומטלטלי זהב וכסף אפילו ככר של זהב יתר על כתובתה אינן יכולין להוציא מידה הואיל והדברין מוכיחין שהוא אמת אלא שלא נמצאו בצוואה זולתי אותם הקרובים אבל אם נראה לדייני' שטענתה שקר ומעולם לא נתן לה בעלה בצואתו כלום אז יקוב הדין את ההר ויוציאו ממנה כל מה שתפסה יתר על כתובתה על פי הראיות והטעמים שכתבתי למעלה שאין לה שום מגו שיועיל ולא יגהה ממנו מזור. ואם יצטרך עוד לישאל העמידו דבר על בוריו והודיעוני ואני תפלה על הרחבת גבול מעלתכם לצמח צבי ולכבוד יחכה ה' לחננכם וירום לרחמכם ישבית מתוככם כל נגע כל מחלה יעשה שלום לכם כ"ד מעתיר מזומן למצות מעלתכם והוא הצעיר המר ונאנח יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קו

שאלה ילמדנו רבינו שני שותפין בקרקע אחד קראו בשמותם ראובן ושמעון ובנה ראובן בנין א' בקרק' ההוא בלי רשות שמעון וקם שמעון לומר יחלוקו וראובן טוען יתנו לי מחצית ההוצאה ויחלוקו ושמעון מסרב באומרו שלא הרשהו ובנה שלא ברשות וראובן טוען שכבר ראוהו מחזיק הבנין ובונה ולא מחה ולא עכבהו ושתק ושתיקה כהודאה דמיא יורנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה יורד שלא ברשות מפורש דינו בפרק השואל דאסיקנא דבשדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו העשויה ליטע ונותנים לו ובשדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה ומייתי התם עובדא דההוא גברא דאתא לקמיה דרב ואמר ליה זיל שום ליה אמר לא בעינא זיל שום ליה וידו על התחתונה אמר ליה לא בעינא לסוף חזיה דקגדר וקמנטר לה אמר לי' גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה. ודקדקו משם מדשתיק ליה רב כי אמר לא בעינא אלמא בשאין בעל הקרקע חפץ במה שעשה הלה יכול לומר טול את שלך וצא. וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות גזלה אחר שפורש דין שדה העשויה ליטע ודין שדה שאינה עשויה ליטע כת' אמר לו בעל הקרקע עקור אלנך ולך שומעין לו. וכתב הרב המגיד נראה שאין דעת הרב בזה אלא בשדה שאינה עשויה ליטע אבל בשדה העשויה ליטע לא כל הימנו וכן עיקר ובזה הסכימו הרמ"בן והרש"בא ז"ל וכן נראה מן ההלכות. אבל הרא"ש ז"ל פירשה

להההיא עובדא דההוא דאתא לקמיה דרב בשדה העשויה ליטע וכי אמר ליה בעינא ה"ק טול נטיעותיך דהא דאמר בשדה העשויה ליטע אומדין זה שאינה עשויה ידו על התחתונה היינו כשבעל השדה רוצה לקיים הנטיעות בשדה אבל אם אינו רוצה לקיימה אומר לו טול נטיעותיך ולך דלדידי ניחא לי טפי בשדה לבן אף על פי שראויה ליטע וכן הביא הטור בסימן שע"ה משם הרמ"ה ז"ל וכן הביא מהר"י קארו ז"ל מתלמידי הרשב"א ז"ל ונתנו טעם לדבריהם שאם לא כן נמצא אדם כופה את חבירו לעשות שדה גנה וחצר בתים וכתב שכן נראה מדברי הרי"ף ז"ל שלא חלק.

ואני תמה בדברי הרב המגיד ז"ל שכתב שנראה מן ההלכות דבשד' העשויה ליטע לא מצי למימר טול מהיכא משמע ליה אדרבה מדלא מפליג מסתמא בכל ענין קאמר וכבר תמה על זה הרב מהר"י קארו ז"ל ושמא משמע ליה ז"ל מדתלו טעמא רבנן דבני מתיבת' דכי היכי דכי אמר בעל בנין אטול עצי שומעין לו ה"נ אי אמר בעל הקרקע טול שומעין לו ובבית שהיא עשויה להבנות מסתברא דאם בעל הקרקע רוצה באותו בנין נותן לו כדינו אין בעל הבנין רשאי לומר אטול עצי ואבני דכיון דעשויה להבנות היא שליחותיה דבעל קרקע עביד על מנת ליטול כל הוצאותיו ומההיא שעתה זכתה לו רשותו כדמוכח מההיא דריש בתרא מארבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן וכו' וכן כתב הרב המגיד בפרק ג' מהלכות שכנים שבפריעת חצי ההוצאה זוכה בחצי הכותל בע"כ לפי שהמקום של שניהם וזכתה לו חצירו. ואין לומר דכשאמר בעל הקרקע שאינו רוצה הוא דאמר דמצי בעל הבנין לומר אטול דאכתי לא פשיט לן דמצי לומר בעל הקרקע שאינו רוצה ואם מעצמו אמר כן ולאו מן דינא והו"ל כמחילה מדכתב הנמוקי יוסף לעיל גבי שדה כשאמר בעל הקרקע טול נטיעותיך הרי נתן לו רשות שיכחיש שדהו הא פשיטא דגם בעל הקרקע מצי למימר טול כשנתרצה בעל הבנין ואמר אטול עצי אלא ע"כ בבית שאינה עשויה להבנות אצריכה ליה ושדרו ממתיבתא דכי היכי דבעל הבנין מצי למימר עצי ואבני אני נוטל ושומעין לו דבהא ודאי לא זכה לו לבעל הקרקע על מנת שיפסיד יציאותיו ומצי אמר או תן לי יציאותי או אטול את שלי אלמא לא סמכא דעתיה דבעל הבנין ליטול כדינו וידו על התחתונ' אף זה יכול לו' כיון שעל דעת עצמך עשית אפי' על התחתונה איני שם לך אלא טול את שלך וצא כך נר' לפרש' לדעת הרב המגיד ז"ל וע"פ סברת הרמב"ם ז"ל דסבר חורבה אינה עשויה להבנות דהא דשדרו ממתיבתא עלה קאי אלא שאני רואה שאפי' אותה שאמרו דבשדה העשויה ליטע לא מצי בעל השדה לומר טול נטיעותך בבית שהיה עשויה להבנות מודה דמצי למימר הכי שהרי הרב בעל נ"י כתב בההוא עובדא דרב דבשדה העשויה ליטע אין שומעים לו שכן דעת הרמב"ן ז"ל

והסכימו עמו האחרונים ז"ל והוא עצמו אהא דבבית שומעין לו ודברי הרי"ף ז"ל כתב כלשון הזה וכבר כתבנו לעיל דבשדות שאינה עשויה ליטע יכול לומר כן וכיון דאסיקנא דבשדה אין שומעין לו אבל בבית שומעין לו משמע דאפי' בבית העשויה ליבנות שומעין לו דאילו אינה עשויה ליבנות שוה לשדה שאינה עשויה ליטע כדאמרן אלא ודאי אפי' עשויה ליבנות יכול א' מהם לטעון אטול עצי או טול עציך ודבריו מגומגמים הרבה וקשה להולמן. ונראה שרוצה להכריע כן ממה שכתב הרי"ף ז"ל הא מילתא ליתא בגמ' בהדיא ושדרו ממתיבתא וכו' והוא עצמו פי' לעיל בעובדא דההוא גברא דאתא לקמיה דרבא דכי אמר לא בעינא ה"ק ויטול נטיעותי וילך ומדשתיק רב אלמא דינא הכי שהרי גדולה מזו דייקינן בפ' מציאת האשה גבי עובדא בההיא אתתא דאתיא קמיה דאמימר דבעיא עישור נכסי ואמר רב מניומי חזיתיה לדעתיה דאמימר דאי בעי לסלוקא בזוזי מסלק לה דשמעי מאחי דהוו אמרי אילו הוה ליה זוזי הוה מסלקן ואשתיק ולא אמר להו ולא מידי וכתבו התוס' מכאן רגיל ר"ת כשהיה יושב בדין והיה א' מבעלי הדין מגזים כך וכך תתחייב לי רגיל ר"ת לומר שקר אתה דובר כ"ש הכא אמאי לא כפיה רב עד לבסוף דחזייה דקגד' ומסתברא דבית שאינה עשויה ליבנות שוה לשדה שאינה עשויה ליטע ועוד הוסיף להכריע דע"כ לא נשאלה שאלה בבית שאינה עשויה ליבנות דההיא ודאי שוה לשדה שאינה עשוי' ליטע ואי מבעיא להו בית ה"ה דמבעיא להו שדה והיכי שדרו ממתיבתא סתמא כי היכי דלבעל בנין שומעין אף לבעל הקרקע שומעין והא אסיקנא דלבעל בנין בשדה אין שומעין לו ובבית שומעין לו אם כן בשדה לבעל הקרקע נמי אין שומעין לו הא ליתא וכיון ששוים הם בדינם וחלוקים בטעמם היה להם לפר' דבשדה אע"ג דלבעל הנטיעות אין שומעין לבעל שדה שומעין. אלא מוכח דבבית שאינה עשויה ליבנות לא אסתפקא להו כלל דכי היכי דבשדה מצי אמר לא בעינא מעובדא דרב הוא הדין בית ובבית העשויה ליבנות מבעיא להו ופשיט' דכי היכי דבעל בנין מצי לממחי אף בעל קרקע מצי לממחי והשתא ליכא למטעי בשדה כיוצא בה שעשויה ליטע דהתם לא מצי בעל הנטיעות לומר אטול נטיעותי ולזה הוצרך לומר וכיון דאסיקנא בבית שומעין לו ובשדה אין שומעין משמע דמילתייהו בבית שעשויה ליבנות היה כך נר' לפרש הכרעתו ועדיין לשונו מגומגם. ושיטה זו מתקיימת לדברי המפרשים ז"ל שכתב שסתם חורבה עשויה להבנות כדכתב הנמוקי יוסף עצמו שם ועלה מייתי לה הרי"ף ז"ל אבל לשיטת הרמב"ם ז"ל דסתם חורבה אינה עשויה להבנות מתפרשים דברי הרי"ף באינה עשויה כדפי'.

ולפי דרכנו למדנו שאף המפרשים שחלקו בשדה העשויה ליטע דאין שומעין לו שיאמר טול נטיעותיך אפשר להם שיודו בבית אע"פ שעשויה ליבנות דשומעין לו וטעמא דמילתא דבשדה העשויה ליטע מידע ידיע דשדה אילן חשיב טפי משדה לבן וסתם שדה אילן ליטע קאי וכיון שהשביחו בעי למיתב ליה ההוא טופיינא אבל חצרות ובתים אף על פי שעשויות להבנות מכל מקום לא כל אדם עשוי לבזבז נכסיו ולהתעסק בבניינים שממסכנות את בעליהן וכדאמרי' בהנושא שפיץ ולא תבני הילכך היכא דלא גלי דעתיה דניחא ליה ואמר טול עציך שומעין לו אלא שהראב"ד ז"ל חלק בפי' על הרי"ף ז"ל ועל הוראתן של מתיבתא ואמר כיון דחורבה סתמא עשויה להבנות אין שומעין לו דמזיק בידים הוא.

וראיתי לתוס' ז"ל בריש בתרא אשמעתין דהמקיף את חבירו משלש רוחותיו דא"ר יוסי אם עמד וגדר את הד' מגלגלין עליו את הכל ואמר חייא בר רב הכל לפי דמי קנים בזול והק' התוספות מאי שנא משדה שאינה עשויה ליטע שאם נטעה חבירו שלא ברשות אמרי רב ושמואל דשמין לו וידו על התחתונה ותירץ ר"י דשאני הכא דמצי אמר לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא ומ"מ דמי קנים בזול יהיב ליה דאנן סהדי אם היה מוצאם כ"כ בזול היה גודר בהם: ותמיהא לי מאי קשיא להו דנהי דכשרוצה בעל הקרקע בנטיעות שמין לו וידו על התחתונה אבל כי אמר לא בעינא לא מחייבינן ליה ועל כרחך לא נחלקו המפרשים ז"ל אלא בשדה העשויה ליטע אבל שדה שאינה עשויה ליטע הכל מודים שאומר לו טול עציך ואבניך וכדמוכח מעובדא דרב דאמר לא בעינא: ועוד קשה דטפי הוו להו לתוספות לאקשויי ללישנא בתרא דמקיף וניקף איכא בינייהו כיון דעמד ניקף וגדר את הרביעית דגלי דעתיה דניחא ליה ומבעיא ליה לשום ליה וידו על העליונה כההיא דרב אע"ג דשדה שאינה עשויה ליטע הוה מדאמר ליה שום ליה וידו על התחתונה כדפרישית מכל מקום כי הדר חזייה דגדר ומנטר אמר ליה זיל שום לי' וידו על העליונה. ויש לפרש דסבירא להו לתוספות שבשדה שאינה עשויה ליטע אפילו גלי דעתיה לא מחייבינן ליה לשום על העליונה כדכתב הרא"ש בהשואל ומפרש ההיא דרב בשדה העשויה ליטע ולכך הקשו לכל הפחות היכא דעמד ניקף וגדר דגלי דעתיה דניחא ליה ניתיב ליה וידו על התחתונה כדיניה דהשתא לא מצי למימר טול את שלך כיון דגלי דעתיה אבל לעולם כי לא גלי דעתיה מצי למימר טול את שלך וצא הרי ביארנו מחלוקתן של ראשונים באינש דעלמא שיורד שלא ברשות.

אבל בשותף אמרי' בפרק חזקת אהלכתא דהאומנין אמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי ומפרש רב נחמן לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים דשדה שאינה עשויה ליטע

כשדה העשויה ליטע ומשמע קצת דשותף דינו שוה ליורד ברשות וביורד ברשות פשיטא דליכא מאן דפליג דלא מצי למימר ליה טול עציך ואבניך שהרי נתן לו רשות וצווהו להיות אריס במקומו כדפי' רש"בם ז"ל.

ומיהו נראה מדתלי טעמא לומר שנטל בשדה שאינה עשויה כשדה העשויה ליטע אלמא להא מילתא הוא דיפו כחו לבד תדע שהרי כתב הר"אה דאם ההוצאה יתירה על השבח אינו נוטל מן ההוצאה אלא כשיעור שבח דלאו כיורד ברשות לגמרי קאמרינן דאילו יורד ברשו' נוטל הוצא' אע"פ שהיה יתרה על השבח ובשבוע' דהא שליחותיה עבד ומינה דכי א"ל בעל קרקע טול עציך ואבניך שאיני חפץ בהנאה זו דיותר נוח לי בחצר כמות שהיתה נמצא דלדידיה הו"ל הוצאה יתירה על השבח ואינו יכול חבירו לכופו שיתן יציאותיו בע"כ כיון שהוא אינו חפץ באותו בנין ולא נתייפה כחו של שותף אלא בענין זה שאם ירצה חבירו בבנין אע"פ שהיה שדה שאינה עשויה ליטע נוטל כעשויה דברשות קעביד אבל כשאינו רוצה בה לדברי האומרים דאף בעשויה ליטע מצי אמר לדידי ניחא לי בשדה לבן אף בשותף שהרי אם היה השותף תובעו בכך בתחילה יכול הלה לומר רצוני בשדב לבן עכשיו שנטע שלא ברשות היאך יכול לכופו על כך. וכן משמע ממה שבעלי סברא זו עצמן כתבו דמה טעם יכול לומר טול עציך ואבניך דאם לא כן נמצא כל אדם כופה את חבירו לעשות שדה גנה וחצר בתים והוא הטעם בשותף דאם לא כן נמצא כל שותף כופה את חבירו וכו' וכיוצא בזה דקדק הרמ"בן ז"ל גבי המקיף את חבירו משלש רוחותיו דאם עמד וגדר את הרביעי' מגלגלין עליו את הכל דמפרשי לה בבקעה מקום שלא נהגו לגדור וכתב וזה לשונו ועדיין יש לדקדק כיון שאינו יכול לכופו לסייע עמו לגדור וכי מפני שקדם הלה ובנה משלו יפסיד ולדידי לא קשיא שהרי זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות שאילו מתחילה בא לימלך ומחה על ידו אינו חייב לו כלום ואילו עמד מעצמו שמין לו וידו על העליונה ואינו יכול לומר טול עציך ואבניך כיון שהיא עשויה ליטע והרמב"ן ז"ל אזיל לשיטתיה שהוא סבור דבשדה העשויה ליטע לא מצי אמר טול עציך אבל להרא"ש והרמ"ה ז"ל דכי לא בעי ליה מצי אמר לא בעינא.

ואע"פ שמדברי הריב"ש בתשובה סימן תקט"ו מוכח דבשדה העשויה ליטע אין חילוק בין יורד ברשות ליורד שלא ברשות דלעולם כיורד ברשות דמי ושמין לו וידו על העליונה שכתב על ראובן שירד לתוך כרם חברו וטוען ששמעון שלח לו על ידי בנו לומר שירד לתוכה ושמעון מכחיש ואמר שבנידון דידן לא תזיק הכחשתו של שמעון דכל כרם עשויה היא ליעבד דאין בין יורד ברשות ליורד שלא ברשות אלא בשדה שאינה עשויה

ליטע זהו לדרכם של הרמב"ן והרשב"א ז"ל דסבירא להו דבשדה העשויה ליטע אין זה יכול לומר טול נטיעותיך שכן נראה מתוך דבריו דלשיטתייהו אזיל ולא ראה דברי הרא"ש והרמ"ה ז"ל ממה שלא הזכירם ולדבריהם ז"ל הרבה היתה מזקת הכחשתו של שמעון שאילו הודה לדבריו לא היה יכול לומר טול נטיעותיך שהרי ירד ברשות ועכשו שמכחיש אומר לו איני חפץ בעבודתך אי נמי התם אף לדברי הרא"ש והרמ"ה אינו יכול לומר לא בעינא שהרי כבר אהנו מעשיו שעבד ועזק וסקל וזמר ונכש ואסף את פירותיו פשיטא דבכל השנים הללו יש לו בפירות שעבוד בהם כדין האריס שהרי על ידו גדלו. והיכא שראה בעל הקרקע שהיה גודר ובונה ושתק ולא מחה אין לומר מאחר שלא עכב כיורד ברשות דמי דאינו נקרא יורד ברשות אלא כשהורידו בעל הקרקע עצמו אבל מי שירד ברשות חבירו ובתורת שכירות או שאלה או שותפות והיה בונה מעצמו אף על פי שהלה רואה ושותק לא אבד את זכותו שהוא סבר לעצמו הוא עושה לצורך שעה ודוקא כי גדר ומנטר לה דעביד מעשה דמוכח דניחא ליה לדידיה הוא דאמרינן גלית אדעתך דניחא לך אבל בשתיקה דעלמא ליכא גילוי דעת שהוא רוצה בדבר ומנא תימרא דאיכא בין רואה ושותק לעושה מעשה דאמרינן לענין חזקה בפרק חזקת אי דלי ליה איהו גופיה צנא דפירי לאלתר הוי חזקה ואע"פ שכשהיה רואה אותו שאסף כל הפירו' ומכניסן לביתו היה שותק ולא היה מוח' אינ' חזק' ולא אבד זכותו בכך כי דלי ליה איהו גופיה אפילו חד צנא הויא חזקה לאלתר אף כאן דוקא כי עביד מעשה דמוכ' דניח' ליה הוא דאמרינן דאבד את זכותו אבל בשתיק' בעלמא לא ולא מצינו בשום מקום שתהא בשתיקה שום חיוב ולא שום נתינת רשות וכל שכן כאן שאדרב' מועיל הוא ומתקן למה היה לו לעכב על ידו דומיא דהא דאמרינן ניר אין לו חזקה דמימר אמר כל שיבי רברבי ניעול בם פירש רשב"ם הלואי שיחרוש בה הרבה ואחר כך אטלנה ואף על פי שהחזי' בה יותר משני חזקה לא עלתה לו לחזקה וכתוב בנמוקי יוסף שם מהא שמעינן שהבונה חורבתו של חבירו אין שני בנין עולין לחזקה דמימר אמר הלואי כל ממונו יוציא לבנין. אלמא אין ראיה ממה שלא מחה כיון שאינו אוכל ואדרבה מוציא משלו מאי איכפת ליה הוא סבור יוציא עכשיו ואחר כך אעמוד בדין עמו ואתן לו כדינו ואשכחן בעלמא דשתיקה לאו כהודאה דמיא אלא כי עביד מעשה דמוכח כדאמרינן גבי קידושין דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום היא בפרק קמא דקידושין גבי ההוא דקדיש בצפיתא דאסא אמר ליה לית בה שוה פרוטה אמר תקדש בארבע זוזי דאית בה שקלתא ואשתיקא דאמרינן כל שתיקותא דלאחר מתן מעות לאו כלום היא אע"ג דמקמי מתן מעות קבלתם מוכח שהיא מרוצה בקידושין דהוי מעשה אבל שתיקה גרידתא לאו

כלום היא ואע"ג דלענין מה שלא השליכת' מידה איכ' טעמא דלא כולי עלמא דינא גמירי דסברי אי שדינא להו ומתברי מחייבנא באחריותייהו מכל מקום היה לה לומר שאינה רוצ' ואפילו הכי אמרינן הא דשתקה לא שרוצה אלא שלא חששה וכן הא דאמרינן בפרק יש נוחלין אהא דהכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא אבדה כתובתה דמוקי לה רב במזכה להם על ידה ושמואל אמר בנותן בפניה ושותקת ואמרינן עלה מקולי כתובה שנו כאן הא בב"ח אע"פ שנתן כל נכסיו לאחרים בפניו או שזכה להם על ידו לא חשיבא הודאה ולא מחילה והא דשתק הוא דלא חש למחות וכן הא דתנן בפרק שני דייני גזירות העורר על השדה והוא חתום עליה בעד אבד את זכותו וכן הא דתנן עשאה סימן לאחר אבד את זכותו משמע טעמא משום דעשה מעשה דמוכח אבל אם היה שם בשעת המקח ושתק לא אבד את זכותו בשתיקה לבד וכן כתב הריטב"א ז"ל וז"ל דוקא חתום וכיוצא בו ולאפוקי הא דא"ל זיל זבין או שהיה שם בשעת המכר ושתק. ומיהו התם איכא טעמא דמצי למימר השני נוח לי ולכך שתקתי כדאמרי' בפרק חזקת דאפי' משיאו עצה לקנות בדיבורא בעלמא עביד איניש דמקרי דאמר משום שהשני נוח לו אבל מעשה לא עביד וכההיא דאמרי' בפ' שבועת הדיינים מנה לי בידך א"ל בפני עדים הן למחר אמר לו פרעתיך נאמן א"ל אל תפרעני אלא בעדים למחר אמר פרעתיך אינו נאמן שצריך לפרעו בעדים כתב הרא"ש דוקא שהלוה קבל עליו או שא"ל כן בפני ב"ד אבל א"ל בינו לבינו ושתק שתיקה לאו כהודאה היא אלא שלא חש לדבריו.

ולכאורה לא הוה משמע כן מתוך תשובת הרשב"א ז"ל שהביא הרב מהרי"ק ז"ל שם על ראובן שהשאיל ביתו לשמעון ושמעון ליהודה ובנ' יהודה בתים שלא ברצון ראובן ועכשיו תובע יהודה מראובן השבח או ההוצא' כדין הבונה שלא ברשות וידו על התחתונה והשיב כל שצווח ראובן וגילה דעתו שאינו חפץ בו אינו חייב לו עכ"ד משמע להדיא דוקא משום דצווח הא ראה ושותק חייב דמהניא לו שתיקותו לומר דסבר וקביל ואין מכאן הוכחה כלל דהתם בחצר מיירי שבנה בו יהודה בתים וכבר כתב הרמב"ם ז"ל משמן של גאונים דסתם חצרות ראויות לבנות ולהוסיף בהם בתים ועליות והוה ליה כשדה העשויה ליטע והרשב"א גופיה סבירא ליה דשדה העשויה ליטע לא מצי למימר טול עציך ואבניך ואי לאו דצווח מעיקרו היה צריך לשום לו וידו על העליונה והשואל היה סבור אף על פי שצווח לא יהא אלא יורד שלא ברשות ליתיב ליה וידו על התחתונה והשיב הרב ז"ל דהשתא דצווח אפילו על התחתונה לית ליה שהרי מחה בשעת בנין. ומתוך תשובת המרדכי בפרק השואל שהזכיר מהרי"ק ז"ל היה נראה להוכיח שאף על פי ששתק לאו כרשות הוי שהשיב על חתן הדר בבית חמיו ובנה בית בגנתו ודר בה כמה

שנים וחמיו אומר שהוא בנאה וחתנו אומר שהוא בנאה השיב בתוך תשובתו כלשון הזה ומאשר בנה על החצר אף שלא ברשות כיון דסתם חצירות ראויות לבנות ולהוסיף ידו על העליונה עד כאן טעמא משום דסתם חצירות ראויות לבנין הא אילו היתה בית שאינה עשויה ליבנות לא ואי סלקא דעתך שתיקתו הויא כהודאה וכיורד ברשות דמי הא קיימא לן יורד ברשות ידו על העליונה אף בשדה שאינה עשויה ליטע דהתם מסתמא היה יודע חמיו שהיה בונה שהרי היה טוען שהוא בנאה אלא שיש לדחות דהכי קאמר אפילו אם היה נכנס שלא ברשות כל שעשוי להבנות לא הפסיד כלום כל שכן דברשות הוא דהא ידע ושתק ומהא ליכא למשמע מינה.

ומיהו בפרק קמא דמציעא גבי תקפה א' בפנינו והלה שותק אמרינן אף על גב דצווח לבסוף לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אלא אודוי אודי ליה. ובפרק השואל גבי המחליף פרה בחמור זה אומר עד שלא מכרתי והלה שותק שתיקה כהודאה דמיא התם משום דלא הוחזק הדבר בשלו אלא עכשיו וכיון דשותק אגלאי מלתא שלא היה לו בה כלום אבל אינו מאבד זכותו בשתיקה. ויש עניינים שנראין לתת לב להם גם בדברים אלו שהבאתי רק שאני טרוד בענינים אחרים נדרשתי כאן להפצרת השואל. נאם הצעיר יוסף במה"רר משה מטראני זלה"ה.

סימן קז

שאלה ראובן ושמעון היו להם חלונות זה בצד זה בקרן זוית שברשות הרבים וכשנשרפה העיר קדם שמעון ובנה והוציא בליטת רשת נחשת מחלון שלו באופן שמזיק עתה לראובן בראיה יותר ממה שהיה תחילה וטוען שראובן שתק ולא מחה ועלתה לו חזקה זה כשלשים יום יורנו רבינו הדין עם מי.

תשובה דעת הרי"ף ז"ל בתשובה דהיזק ראיה כקוטרא וב"ה דמיא דלית להו חזקה וכן הסכים הרמב"ן ז"ל לדברי הגדולים שאמרו דבקוטרא ודכוותא אפילו מכר או נתן יכול לחזור אף בהיזק ראיה כן ולדברי האומרים דאף על גב דחזקה לית להו ראיה שמכר או נתן אית להו אף בהיזק ראיה כן ואיכא טובא מרבוותא דאמרי נהי דראיה יש להם מטעם מכר או מתנה אבל מטענת שתיקה וסבלנות לא וכן תפסו האחרונים ז"ל לעיקר כמו שכתב הרשב"א בכמה תשובות וכן הריטב"א והריב"ש ז"ל בתשובותיהם אבל רב יהוסף הלוי ז"ל נחלק על הרי"ף ז"ל ואמ' שיש לו חזקה וכן כתב הרשב"א ז"ל משמו של הראב"ד ז"ל וכן היא סברת הרמב"ם ז"ל בפרק שביעי מהלכות שכנים שכתב הרי שפותח חלון לחצר חבירו ואמר ליה בעל החצר או שגלה דעתו שהניחו וסייעו או שידע הנזק ולא ערער הרי זה החזיק בחלון ואינו יכול אחר כך לחזור ולערער עליו עד כאן לשונו.

ותמיהא לי על מה שצרף הטור סברת הרא"ש ז"ל עם סברת רבי יהוסף ז"ל שכן כתב בסימן קנ"ד על חלון שיש בו היזק ראיה שכתב הרי"ף שאין לו חזקה וז"ל אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב שיש לו חזקה וכן כתב הרב רבי יוסף הלוי ז"ל עד כאן משמע מדבריו שירד הרא"ש לשיטתו של רבינו יוסף הלוי ז"ל ואחריו נמשך הרב מהר"י קארו ז"ל במה שכתב על דברי הרמב"ם ז"ל דסבירא ליה כהר"י הלוי וכהרא"ש ז"ל דיש חזקה להיזק ראיה ואיני רואה כן בדבריו של הרא"ש ז"ל שהוא ז"ל כתב בתשובה כלל ק' סימן ו' הפותח חלון במקום שמזיק לחבירו חזקתו שלש שנים כרבי חייא וישבע הפותח שמכר או נתן לו במתנה רשות לפתוח לו חלון לחצרו אבל אם היה אומר לא מחית בי חזקה שאין עמה טענה הוא עד כאן וגם מוכח להדיא מדבריו בריש בתרא שכתב גבי היזק ראיה דחצר השותפין היכא דרצו לעשות מחיצה בחצר כופין זה את זה ולא שייך חזקה אלא היכא שהמחזיק הוא מזיק ואינו ניזוק בנזק מי שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו והחזיק בו שלש שנים עד כאן: ועוד כתב בתשובה שהביא הטור עצמו בחלון הפתוח לחצר ובא חבירו לבנות תחתיו ולעשות גג רעפים שבעל החלון מונעו שיאמר למחר תכופני לסתו' חלוני ולא אוכל למצוא עדים שהחזקתי בו שלש שנים בעוד שהייתי יכול להסתכל בחצרך עד כאן דבריו משמע שאם לא החזיק בעל החצר שלש שנים לא הויא חזקה הפך סברת הרמב"ם ז"ל והר"י הלוי ז"ל.

אלא נראה דודאי הושוו הרמב"ם והרא"ש ז"ל לומר דהיזק ראיה דחלון אית ליה חזקה כשאר כל הנזקין ולא אמרינן דיש לו חזקה אלא לאפוקי מדעת האומרים דשאני היזק ראיה מכל הנזיקין דלית ליה חזקה אבל אי הך חזקה הויא לאלתר או לאחר שלש בהא מילתא אזדו לטעמייהו דהרמב"ם ז"ל דס"ל בכל הניזקין דמכי ידע נזקיה ושתק מחל כמ"ש בפ"ז והולך בשיטת רבו והגאונים ז"ל הלכך אף היזק ראיה כיוצא בו הוא אבל הרא"ש ז"ל דס"ל כרבינו תם דבכל הניזקין בעינן שני חזקה ושיבא מחמת טענה כדמוכח בטור סימן קנ"ד כדכתב מהרי"ק ז"ל שם אף בהיזק ראיה בתר שני חזקה וטענה הלכך בדין זה דהיזק ראיה שוין הם אלא שדבר אחר גרם להם לחלוק ביניהם כדפרישית.

ומעתה בנדון דידן ששמעון הוציא עתה מחדש רשת חלונו בולט ויוצא לחוץ מזיק הרבה לחלון של ראובן באנו למחלוקת הגדולים נוחי נפש אי חזק' שתיק' וסבלנו' לאלתר מהניא כדברי הרב הלוי וסייעתו או אי לא מהניא חזקה בלא טענה כדברי רובא דרבוות' ז"ל אלא שיש סיוע לראובן בטענת שמה שלא מיחה הוא מפני שעדיין לא היה מזיקו כי למה יחוש לערער עליו מטעם ביתו אשר הוא חרב ובדעת הרא"ש בפותח חלון על חורבה של חבירו או על גג רעפים שאין בעל החורבה והגג יכול לעכב בו כיון שעתה

אינו מזיקו בהיזק ראיה. אבל לכאורה היה נראה שאף לדעת האומרים דיכול למחות בידו דאמר ליה לא מצינא למיקם עמך בדינא ודיינא ולאו מדת סדום היא מכל מקום לא מפני ששתק נאמר שאבד את זכותו דמאחר דלא היה מזיקו עכשיו לא חשש למחות. וכי תימא הא בהא תליא מכיון דהיה יכול למחות מטעמא דלא בעינא למיקם בדינא עמך מפני מה לא מחה הואיל ולא מחה מחל אין זו טעמא שהרי חלון המצרי תנן אין לו חזקה ואע"פ כן אמרינן בגמרא שאם בא למחות בתחלה ולעכב על ידו יכול לעכב דאמר ליה זימנין דמייתית שרשיפא ומסתכלת בי ואע"פ כן כששתק ולא מחה לא אבדה זכותו אף אתה אל תתמה על זה שפותח לחורבתו שאף על פי שהיה יכול למחות בתחלה כל שלא היה היזקו קבוע וניכר לא חשש ולא אבדה זכותו במה ששתק.

ותדע דהרשב"א ז"ל איהו מרא דשמעתא שאמר שיכול לעכב דסתם חורבות עשויות להבנות כמו שמפורש בהרבה מתשובותיו שהובאו בבית יוסף. איהו גופא השיב בתשובה הביאה הבית יוסף בסוף סי' קנ"ה על ראובן שפתח חלונות על גגו של שמעון ומת ראובן ובא עכשיו שמעון להגביה כותלו וחנוך בן ראובן מעכב עליו שכבר החזיק אביו בפתיחת החלונות ולא מחה והשיב שהדין עם ראובן חדא דטענת סבלנות אינה כלום אם לא בטענת מכר או מתנה ואחר כך נתן טעם אחר דהיכא דיש היזק ראיה אפילו בא בטענה אין לו חזקה כקוטרא וב"ה משמע דמעיקרא אפילו תימא דחזקה מהני טענת סבלנות לאו טענה היא אף כאן אפילו תימא דמעיקרא היה יכול למחות אע"פ שפתוח לחורבה מפני שלא מחה לא אבד את זכותו. ועוד הביאו מתשובת הרשב"א ז"ל הביאה בבית יוסף סימן קנ"ד רמז י"ז שכתב שמעתי מקצת חכמים שהבונה גג או עליה על חצר חבירו ועכשיו אינו מזיקו בראיה לפי נמיכות בתי חצר חבירו ולאחר ימים בא חבירו להגביה בנינו ונמצא נזוק בראיה מחלונות של חברו שהראשון אומר לשני אתה גרמת לעצמך והרשב"א ז"ל אינו מודה להם לפי שבתים עשוים הם להבנות ולהגביה אלמא מוכח מדבריו שאף על פי שהיה יכול למחות הניזק לא אבד זכותו בסבלנותו וכבר ראיתי מי שרצה לדקדק כן מתוך תשובות אלו ומיהו נראה דאין הוכחה מכאן דלעולם הא בהא תליא כדמוכח מתשוב' הריב"ש ז"ל דכל שהיה יכול למחות ולא מיחה עלתה לו לשכנגדו חזקה אלא שהרשב"א ז"ל לשיטתיה אזל דס"ל דכל חזקת נזקין לא חשיבא חזקה בלא טענת מכר או מתנה כמו שתמצא לו בתשובותיו הילכך בפותח חלון על חורבה או גג שאין בו עכשיו היזק ראיה מכיון דמכל מקום היה יכול למחות ולא מיחה עלתה לו חזקה לענין שאם עברו שלש שנים יכול לטעון טענת מכר או מתנה שתהא חזק' שיש עמה טענה וכל שלא עברו שני חזקה אי נמי עברו ואינו בא מחמת

טענה לא הפסיד זה כלום דמה שלא מחה הילכך לדעת הרב הלוי ז"ל וסיעתו דהיזק ראיה לאלתר הוי חזקה כיון שהיה יכול למחות ולא מחה לדעתו של הרשב"א ז"ל ושאר רבוותא עלתה לו חזקה בשתיקתו ושוב אינו יכול למחות ולא דמיא לחלון המצרי דאע"ג דיכול למחות אין לו חזקה דהתם לא קביע היזקא ולא מינכר היזקא דחששה רחוקה היה לחוש לשרשיפא ולא חשידי אינשי בהכי אבל בחלון הפתוח לחורבה או לגג כיון דהיום או למחר עתיד לבנות יקשה בעיני בעל החלון לסתום חלונו ויצטרך ללכת עמו בדינא ודיינא הלכך יש לו חזקה.

אלא שאומר אני שאף הרמב"ם ז"ל ורבו הר"י הלוי ז"ל לא אמר שתהא שתיקתו חזקה לאלתר אלא כשנודע נזקו וניכר אז אבל כל שלא היה נזוק ממנו באותה שעה כגון פותח לחורבה או לגג אע"פ שיהיו סבורים כדברי הרשב"א ושאר רבוותא דאמרי יש לו חזקה זו היא חזקה שיש עמה טענה אבל טענת סבלנות ומחילה לאלתר לא מהני ואני אומר כן לדעתם ז"ל משום דקשיא לי לשיטתם ז"ל היכי מתיישבה ההיא דאמרינן אמר רב ולסתום הוי חזקה לאלתר דלדבריהם ז"ל אפילו לפתוח הוי חזקה ומאי דייק ונקט סתימה דוקא. ועוד קשה דמייתי לה אמעשה באדם אחד שפתח חלונותיו לחצר השותפים בא לפני רבי ישמעאל בר' יוסי אמר ליה החזקת בני החזקת בא לפני רבי חייא אמ' ליה יגעת בני ופתחת יגע בני וסתום וקאמר עלה אמר רב נחמן ולסתום הויא חזקה לאלתר דמשמע דקם רב נחמן בשיטתיה דרבי חייא אלמא הלכתא כוותיה וכן פסק הרי"ף ז"ל ושאר רבוותא ז"ל והיאך פסקו הרמב"ם ורבו הלוי ז"ל דיש חזקה לאלתר ודלא כרבי חייא.

ונראה לומר לדבריהם ז"ל דפלוגתא דרבי ישמעאל ורבי חייא לא הוי בחלון דמזיק עכשיו בראיה אי נמי חלון שעשה חבירו שבחצר לאורה שכן אמר לאורה אני עושה או שהדבר ידוע לו שהרי אין לו מקום להכניס לו אורה חוץ מזה כתב שם הרמב"ם ז"ל הואיל ולא ערער החזיק שהדבר ידוע שכוונתו שלא יבנה כנגדו שלא יסתום אורו אלא מיירי בחלון העשוי לאויר או להסתכל משם בשדות והוא למעלה מד' אמות ובהא אמר רבי חייא דאין לו חזקה לענין שיכול לומר סתו' חלונך וכ"ש שאם היום או למחר בא לבנות כנגדו לא יוכל בעל החלון לעכב על ידו ואהא קאי רב נחמן ואמר ולסתום חלון כגון זה שהחזיק בו שלש שנים ועכשיו סתמוהו בפניו הוי חזקה לאלתר לפי שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק ודכוותא נמי היכא דאיכא היזק ראיה דיש לו חזקה מהך טעמא שאין אדם עשוי שמזיקין אותו בראי' ושותק נמצאו למדין לפי טעם זה דכל שאינו נזוק תיכף בגיריא דיליה כגון בחלון למעל' מד' אמות ואינו עשוי לאורה

שכבר יש לו אורה ממקום אחר אי נמי פתח למקום שאינו מזיקו עכשיו כגון חורבה או גג שלפעמים לא הוי חזקה לאלתר ואין שתיקותו שם כהודאה דלא שייך לומר בזה אין אדם עשוי וכו' שעדיין לא הכיר בנזקו ואע"פ שהרמב"ם ז"ל סבור כדעת האומרים דיש חזקה לחלון שפתוח לחורבה או לגג של רעפים היינו חזקת שלש שנים ומחמת טענה אבל זו שאמר דשתיקה כמחילה דמי לאלתר לא אמרו אלא כשהוא נזוק תיכף דומיא דסתימת חלון העשוי לאורה. וכן מוכח מדברי הריב"ש תשובת תע"א שכתב על דברי הגאונים שאומרים דכל חזקת הנזקין שאינן גזל בגוף הקרקע מוכי הוברר הזיקה ושתק מחל דמה חזקה הויא לאלתר לא שבחזקת הנזקין בעינן שלש שנים אלא שבשאר נזקין בעינן דידע הנזק ושתק ובסתימת החלון לאלתר הנזק מבואר והכי דייק לשון הרמב"ם ז"ל שהטיל תנאים בדבר כגון שאמר לו בעל החצר או שגלה דעתו שהניחו כגון שבא וסייעו או שידע הנזק ולא ערער והשתא בידיעה בעלמא ובשתיקותו חשיב ליה כהודאה אמר לו בפ' או שבא וסייע עמו מבעיא ובהכי ניחא דלא יפה הרב כח סבלנות ושתיקה אלא כשהכיר וידע הנזק כלומר דתיכף מעכשיו הוא נזוק ממנו אבל אם עכשיו לאלתר אין הנזק ניכר לא מהני ביה שתיקה גרידתא אלא מעשה דמוכח כגון שסייע בהדיה. ותדע דבמקום דלא מהני שתיקה מהני סיוע מדאמרינן בפרק חזקת גבי אכילת שלש שנים דאי דלי ליה המערער אפילו חד צנא דפרי הוי חזקה לאלתר ובשתיקה לחודה לא חשיבה חזקה בפחות משלש שנים ומצאתי להרב מהרי"ק ז"ל בכסף משנה על מה שכתב הרמב"ם ז"ל דאין פותחין חלון לחצר השותפין ואם פתח יסתום כתב הרב ז"ל דהיינו כרבי חייא דאמר יגעת בני ופתחת יגע וסתו' וס"ל דמיירי כשצווח חבירו המעכב עליו בשידע ותמהני מאין הרגלים להעמיד ההיא שמעתא בצווח מעיקרו אטו בהא מי קאמר רבי ישמעאל ברבי יוסי החזקת בני החזקת אם כן לא שבקת חיי לכל בריה שיחזיקו בשלהם שלא כדין וכי צווח כי כרוכייא לית דמשגח ביה זו לא אמרה אדם מעולם ועוד היכי אמר עלה רב נחמן ולסתום הויא חזקה לאלתר שאם תיכף בידיעתו ערער היכי קאמר לפי שאין אדם עשוי שסותמים אורו ושותק והא קא צווח ועוד דבריש פרק חזקת אמרינן בכל חזקה שאין עמה טענה אהך עובדא דרב ענן דשקל בידקא בארעיה אזל הדר גודא דארע' דחבריה דבעי רב ענן למימר הא החזיק ליה וא"ל כמאן כר' יהוד' וכר' ישמעאל דאמרי כל בפניו הוי חזקה לאלתר לית הלכת' כותייהו הרי דטעמ' דר' ישמעא' משום דכל בפניו הויא חזקה לאלתר והיינו לפי שהי' שם ולא מחה שאם הי' צווח אדרב' גרע טפי. ועוד דעובדא דרב ענן לא היה צווח ולא מוחה אדרבה סייע עמו כדמסיק התם דהו"ל מחילה בטעות ומדקאמר כמאן כרבי ישמעאל

ליה הלכתא כוותיה אלמא כרבי חייא קיימא ומטעם דהחזיק בפניו ושתק ומה שכתב הרב בעל כסף משנה במה שכתב המ"מ בפ' י"א לשונו שם כך הוא שלא אמרו בגמרא לך יגע וסתום אלא כשמיחה קודם שנתברר היזקו והיינו אף על פי שראה פתיחה בחלון עדיין לא אתברר היזקו כדכתיבנא לעיל שאילו הוברר הזיקו כגון שיש לו היזק ראיה או שעשאו לאורה והוברר לו שאין לו אורה זולתו הרי מחל ושוב אינו יכול למחות כמו שפרשתי לעיל לישב דברי הרמב"ם ז"ל ושיטתו והוא הנכון לעניות דעתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קח

שאלה ועל מה שערער עוד שמעון כנגד ראובן על בית הכס' שהיה לראובן סמוך לו קודם השרפה וטען שבתחילה לא היה לו אלא בית הכסא אחד ועכשיו סמך לו בית הכס' אחר בעליה של מעלה והריח רע קרוב לו יותר ממה שהיה בתחילה ועוד טען דאפי' הב"ה הראשון אינו מתרצה בו דריח רע דב"ה אין לו חזקה ועוד ערער על הביב של ב"ה יוצא ממנו שהוא שופך לתוך הביב שלו בחצר ועכשיו רצונו שיעבור הביב דרך חצרו ולא שיתערב עם שלו.

תשובה זו שאמרו בפרק לא יחפור דב"ה לית חזקה כבר תרגמה רבינו תם ז"ל קוטרא דכבשן שהוא גדול אבל קוטרא דעלמא הוי חזקה וב"ה נמי לא אמרן אלא כעין בתי כסאות שלהם שהיו מגולים על גבי קרקע אבל שלנו שהם מכוסים בחפירות יש להם חזקה ורבינו ירוחם כתב על זה הרמב"ם ז"ל לא חלק אלא כל דבר שריחו רע וכן עיקר עד כאן. ואין ראיה ממה שהזכיר הרמב"ם ז"ל דין התלמוד ולא פירש שאנו רואין שכל הפוסקים האחרונים הסכימו כר"ת ז"ל. והרב מהר"ש הכהן ז"ל כ' בתשובותיו על מה שצדד לומר הרב מהר"י ן' לב ז"ל דלגבי ריח רע לא מפלגינן בין תדיר לשאינו תדיר דבכלהו אין להם חזקה שמדברי הרמ"ה לא מוכח כן וכן דעת מהר"י קארו ואף הר' ז"ל לא אמרה אלא כמסתפק ולא להלכה ולא למעשה ועוד אני אומר דבהני דידן שיש להם מחילות תחת הקרקע ויוצאין דרך הביבין חוץ לעיר בהני ודאי לא הדר ריחא לצאת דרך פתחן שהטומאה יוצאה דרך שוליה וכל שכן בנדון דידן שבתי הכסאות כנוסין בבתים שלהם וכות' המפסיק ביניהם עולה עד למעלה מהחלונות של ראובן והכותל רחוק מן החלונות יותר מארבע אמות לא דינא ולא דיינא. וכתב הרב רבי' יוסף הלוי ז"ל הא דקוטרא וב"ה לית להו חזקה הני מילי דעביד להו מזיק ברשותיה דנפשיה ואזל מנייהו קוטרא וריח רע לביתא דחבריה אבל אי עביד ב"ה ברשותיה דחבריה אי נמי דעבד ב"ה ברשותא דנפשיה ועוקה דיליה אזיל לביתא דחבריה כיון דבנופה דארעא מחזיק אית

ליה חזקה וכי טען דזבנא מיניה נאמן בשבועה ואין לומר נהי דחזקה עם טענה בעינן אבל הכא ראובן זה לוקח הוא ואי מוכר הוה קמן הוה טען מייתי עדים שרשות היה לי במקום הזה ונתן לי רשות בפירוש להעביר השופכים דרך החצר אף עכשיו נטעון ללוקח הא ליתא דלוקח גופיה אי אמר הכי לא היה נאמן אם לא שיביא ראיה בעדים לדבריו והיכי טענינן ללוקח שיהא נאמן בלא ראיה. ואע"פ שהרב מה"רר שלמה הכהן ז"ל התפלא על הרב מהרר"י ן' לב שכתב באותה תשובה דלא אמרינן טענינן ללוקח אלא היכא דלוק' היה נאמן בטענתו בלא ראיה וכתב שהוא דין מחודש צריך לעמוד עליו. ואני נוראות נפלאתי וכי בזו פרכס אדם בה מעולם דודאי לא טענינן ליה ליורש וללוקח אלא מאי דמצי אבוהון למטען להחזיק מה שהוא בחזקתו אבל מה שאינו בחזקתו שהרי הוא צריך לעדים ולראיה היכי טענינן להו ובפרק חזקת אפסקא דאין חזקה לאיש בנכסי אשתו בשמעתא דאחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמי רב אמר עליו להביא ראיה שמואל אמר על האחין להביא ראיה ואמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה. מתקיף לה רב פפא כלום טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען והא רבא אפיק זוזא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בלא ראיה בדברים העשויין להשכיר ולהשאיל אלמא פסיקא ליה לתלמודא דלא מצינן למטען ליתמי מאי דאבוהון הוה צריך ראיה ושם כתב התוספות דשמואל דאמר הכי לאו דסבירא ליה דטענינן להו דאי אבוהון הוה קיים הוה מייתי ראיה דלעיל פריך דאי הוה אתי בטענתה דאבוהון אפילו הנך נמי משמע דפשיטא ליה דבן אומן ובן אריס דאתי בטענתא דאבוהון אין להם חזקה וכו' וכתבו התוספות דדוקא הכא אמר דעל האחין להביא ראיה אם מת משום דאונות ושטרות יוצאות על שמו דמוכחא מילתא דשלו הם אלא דדחינן כיון שהיה יכול להביא עדים דמסתמא היה מעיד עדים על כך מחייבינן ליה להביא ראיה עכשיו שמת על האחין להביא ראיה ולפי דרכך אתה למד שאף על פי שזה ראובן לוקח הוא לא טענינן ליה שאם היה הלוקח כאן היה מביא עדים או ראיה.

ונראה בעיני דמה שהצריך הר"י הלוי ז"ל שיטעון דזבנה מיניה והצריכו שבועה עליו זהו כשבא להחזיק בגוף הקרקע שנכנס לתוכה בטענה שקנאה ממנו אבל אם אינו בא להחזיק בגוף הקרקע אלא בנזק לבד או בדרך המים שעוברי' דרך חצרו אין צריך טענת מכירה או מתנ' לזה שהרי הסכימו הגאונים ז"ל שחזקת הזיזין והמרזב והמזחיל' ונטפי ושפכי שאינו גזל גוף הקרקע אין חזקתן שלש שנים אלא מכי הוברר נזקיה ושתק ומחל שלא אמרו ג' שנים אלא משום דעד ג' שנים מזדהר איניש בשטריה טפי לא וכן דעת

הרמב"ם ז"ל בפי"ז ובפ' י"א בה' שכנים וכן הסכים הרשב"א ז"ל בתשובה בשם רבותיו וכן העלה הריב"ש בתשו' ואמר אע"פ שרבותי' הצרפתים ואחרים חולקים ומצריכין חזקת ג' שנים לגאונים שומעין עכ"ל. ובתשובת הגאון שהביא הטור סימן קנ"ד רמז ל"ח בשני אחין שחלקו והעביר הפנימי על החיצון אמת המים והחיצון היה עכשיו מערער ולא הניח אמת המים לעבור והשיב הגאון כיון שהעביר ושתק ולא מחה מחל לו והוי חזקה לאלתר ומה שטען שלא הניחו לעבור אלא דרך שאלה אינה טענה אלא סתמא כיון ששתק מחל מעתה בנדון דידן אי מטעם ריח רע לא מצי מעכב כיון דמכוסין גם מטעם הביב העובר בחצר השותפין אינו יכול לעכב דלאלתר הויא ליה חזקה שיעברו המים בחצרו כיון דברשותו עשה וידע ושתק אם לא שכשירצה לחפור בחצירו לעשות בור שיח ומערה מבטל חזקתו וכאן שהוא חצר משותף ויש לראובן גם הוא חלק בו לא מצי עביד הכי כיון דאין בו דין חלוקה. ובר מן דין אף כאן יש לדון מאותו הטעם שכתבתי אצל החלון דכל חזקה זו שהוא מחזיק בה בטענה דשמא כך היה לעולם ביד הלוקח הראשון ולעולם היו שניהם משתמשים כן באותו הביב מדשתק ליה אודויי אודי ליה שהיה לו זכות לקלח את מימיו דרך שם כמו שכתבתי לעיל. אבל בית הכסא של מעלה שרוצים לעשות פשיט' שאם יש לשמעון שכנו הזה ריח רע אע"פ שאינו תדיר ואע"פ שהוא דבר מועט יכול למחות לכתחיל' בידו אם ישנו לריח רע ירחיק או ירבה במחיצות עד שיסתלק לגמרי אבל מאחר שיש עדים שהיו בתי כסאות שם קודם השריפה ביד בעלים הראשונים לא נשאר לשמעון שום טענה דאפילו למאן דאמר קוטרא וב"ה אפילו קנין לא מהני בהו היינו היכא שהדבר ברי שסמך באיסור אבל הכא אני אומר שבתי כסאות של ראובן קדמו לבתי שמעון ובהתר סמך דטענינן ללוקח כדדייקינן מלקח חצר ובו זיזין וגזוטראות הרי זה בחזקתה אף על גב דהתם לא שייך טענת מכירה ומחילה בר"ה דמאן פייס ומאן מחיל מכל מקום טענינן ליה דמתחל' תחת הזיזין רשות שלו הי' ולתוך שלו כנס.

ועל הבליטה שהוציא ראובן מקרקע עלייתו על החצר המשותף בטפח ומחצה על אורך שלש אמות והולך וכלה עד כאצבע והביא ראובן ראיה שהיה לו למוכר בעל הקרקע זיז יוצא לאויר החצר כאמה או אמה וחצי ועכשיו לא הוציא זיז לחצר כחצי אמה.

תשובה אם יש מן הבליטה הזאת כלפי כותל שמעון שהחלונות פתוחות בו יותר מד' אמות שלא יאפיל אין שמעון יכול לעכב עליו משני טעמים חדא דכיון שהיה לו זכות להוציא לחצר כאמה או אמה וחצי נמצא שכל מה שהוציא לתוך שלו הוציא ועוד אפילו לא היו לו אותו זכות כיון דמה שהוציא הוא למעלה מסוס ורוכבו ואין בני המבוי מעכבין

עליו וכופין אותו על מידת סדום והטור סי' תי"ז כתב אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לר"ה אא"כ הוא למעלה מגמל ורוכבו אבל במבוי יכול להוציא מדע' בני המבוי משא"כ בר"ה שאין לו בעלי' ע"כ פי' דבמבוי אפי' למט' מגמל ורוכבו מקום שמזיק יכול להוציא מדעת בני המבוי דאילו בר"ה מאן פייס ומאן מחיל. אבל למעלה מגמל ורוכבו או מסוס ורוכבו במקום שאין גמלים מצויין אחד מבוי ואחד ר"ה לא מצי מעכב וכן מוכח להדיא מתשובת הרא"ש כלל ק' סימן ח' וכן כתב הטור סימן קנ"ה רמז ל"ט כתב הרמ"ה זיז למעלה מגמל ורוכבו לא מצי לעכב ל"ש ר"ה ול"ש מבוי.

ומה שערער ראובן והעיד עדים שהיה לו קודם השריפה בקרקע העליה העליונה גזוזטרא יוצאת על החצר שיהיה מקומה עכשיו בגגה של עליות שמעון שנבנית על חלל החצר אצל הפתח.

תשובה אע"פ שאנו טוענים לשמעון על אותה העליה שהיא בנויה על חלל חצר המשות' שקנ' ולקח כל זכות המקו' מיד הבעלי' מאח' שהוא יורש מכל מקום אין אנו טוענין לו אלא להחזיק מה שהוא בידו ומה שבנה אבל למעלה באויר הגג אינו מוחזק בידו שאפי' היה לוקח לפנינו ומכר לו העלי' או מקום העליה אי לא כתב ליה עומקא ורומא אין האויר שעל גב הגג מכור א"כ השתא דטענינן ליה ליורש שקנה לא טענינן אלא מה שהוא מוחזק בו ומאי דמצי אבוהון למטען דאי אבוהון הוה קיים והיה אומר קניתי מתהומה דארעא עד רום רקיע כל שלא החזיק ברום הגג וידענו שהי' לו לראובן זכות שם לא הפסיד זכותו במה שהחזיק בבית ועוד מטעם אחר אין שמעון יכול לבנות על גג העלי' שלו מאחר שיש לראובן זכות פתיחת חלונות והוצאת גזוזטראות שם וצריך להרחיק ד' אמות שלא יאפיל עליו.

סימן קט

שאלה ראובן לוה משמעון מנה על משכונות כסף וזהב ואמר לו שהיו משל אחרים שהיו לווים על ידו כי ראובן זה היה סרסור ונכתב השטר על שמו של ראובן איך שלוה משמעון לזמן פ' והתנו ביניהם אם לא יפרעו לזמן פ' הרי המשכונות מכורות לשמעון מעכשיו במנה. שוב חזר ראובן זה והביא לו משכונות אחרות ואמר משל אדם אחר היו ללות עליהם מנה ונכתב שטר כראשון שאם לא יפרעני לזמן פ' הרי המשכונות ההם מכורות לשמעון במנה הנז' ועכשיו מת ראובן הסרסור ובא בעל המשכונות שלוה בראשונה לפדות את שלו ותבעו בפני בית דין אמר לו שמעון הנה ראובן נתן לי משכונות אלו ועוד לוה ממני מנה אחר ונתן לי משכונות אחרות שלא היו שוין המנה אמרתי כי לא הייתי רוצה להלוות לו על אותם המשכונות אמר לי מה איכפת לך הרי המשכונות הראשונים

בידיך והם שוים יותר ויותר לא תתנם לי עד שאפרע לך את כל מעותיך ועל פי הדברים האלה נתן לו המנה האחר ואת לאו בעל דברים דידי את ואמר כי ישבע על הדברים האלה וגם כי עד אחד מעידי השטר יעיד בכך ועכשו כבר עבר הזמן השני שטרות אלא שבעל המשכונות הראשון בא קודם הזמן לפדות משכנותיו ולא רצה שמעון לתתם לו כי א"ל לאו בעל דברים דידי את יבואו יורשי ראובן ויתבעו ממני.

תשובה נראה שאם היה ראובן בחיים והיה תובעו בכך לא היה שמעון נאמן לומ' שנתן לו המשכונות הראשונות על כך שהרי השטר מכחישו שכתוב שם והתנו ביניהם שאם לא יפרע לו המנה לזמן פ' הרי המשכונות הנז' מכורות לשמעון במנה ואם יביא לו המנה הראשון היה נוטל המשכונות הראשונים וישארו אלו השניות מכורים במנה ואע"פ שיש טענת מגו שהיה יכול לומר נאנסו או החזרתי מכל מקום מגו לאורועי שטרא לא אמרינן והו"ל מגו במקום עדים ואפילו היה העד האחד חוזר ומעיד שכך היה תנאם ששעבד כל המשכונות אינו נאמן שהרי הוא מכחיש דברי השטר לגמרי וכתב הרמב"ם ז"ל בפ' ג' מה' עדות כללו של דבר כל דבר שיאמר העד אחר שנחקרה עדותו בב"ד שבא מכללו ביטול העדות או תוספות תנאי אין שומעין ואע"פ שבאותה שמועה דבפרק שני דכתובות דתנאי היו דברינו נאמנים נחלקו בה אבות העולם שכת א' של ראשונים פירשוה אפילו שכתב ידן יוצא ממקום אחר והאחרונים ז"ל פירשוה דוקא שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר והר"ן ז"ל האריך שם והסביר דבריהם של ראשונים נוחי נפש דכל דאמר תנאי למעקר סהדותיה אתי כלומר שלא נבין ממנו שלא היה בו שום תנאי אלא תנאי היה בו ומהמני משום דמלתא אחריתי היא ואינו הפך דבריהם הראשונים אלא גילוי מילתא עכ"ד אלמא כל שהוא סותר לגמרי דברי השטר לא מהימן כלל וכיון דעדים גופייהו לא מהימני כ"ש דבעל דבר עצמו לא מהימן במגו דמגו לא עדיף מעדים ומן הטעם הזה עצמו לא מהימן במיגו דאי בעי כביש לשטרא שהרי היו בידו המשכונות ודומיא דההיא דסוף פ' זה בורר דאמרינן מגו דאי בעי קלתיה אי לא אתחזק שטרא בבי דינא דכיון דהשתא מיהת אפיק שטרא הרי השטר מכחישו ואין אומר' מגו להכחיש את השטר ומיהו נראה שאם היה טוען לא ראיתי את השטר ולא דקדקתי שכך כתוב בו דכותבין שטר ללוה אף על פי שאין מלוה עמו והוא אמר לעדים שיכתבו שאם לא יפרע יהיו המשכונות מכורים במנה ואני קבלתי השטר ולא דקדקתי בו היה נאמן במגו אף על גב דמוכח בסוף פרק קמא דגיטין מעובדא דהנהו גינאי דעבוד חושבנא אהדדי וכו' לשיטת ר"ח ור"ת ז"ל דמפרשים דאיכא עדים בטעות ההוא או שבעלי דינים מודים וכתבו התוספות ומשמע מדבריהם דמנפשיה אין נאמן לומר טעיתי במה שהודיתי אף על גב דאית ליה מגו דאי

בעי אמר חזרתי ופרעתי ואף כאן אילו היה בשטר שביד המלוה דבר שהוא לחובתו נראה דלא היה נאמן דלא שדי אניש זוזי בכדי ומלוה מזדהר בשטריה ומדקדק בו יפה אבל כאן בנדון שלפנינו שהיה בטוח המלוה במשכונות שבידו ולתוספת יפוי כח כתב את השטר אדם עשוי שלא לדקדק בו ואף על פי שמשכונות אלו הכתובים בשטר לא היו שוין כנגד החוב מכל מקום על המשכונות הראשונות היה סמך לפי דבריו שאו' שכך התנה עם שמעון ולכך לא נזהר בשטר לראות מה שכתוב בו ואין לדמותה לאותה שאמ' בפרק גט פשוט הבא לדון בשטר ובחזקה דקי"ל נדון בשטר ואין נדון בחזקה ואומרים לו ברר שטרך ואם טען אחר כך שאבד השטר לא מהימן ואם הוציא השטר ונמצא בטל אין מועיל לו חזקתו אע"פ שאם מתחילה לא היה טוען שיש לו שטר היה מוחזק בחזקה לבד עכשיו שאמר שיש לו שטר צריך לידון בשטר אף כאן אף על פי שאם לא היה מראה שטר לבית דין היה מוחזק במשכונות שבידו עכשיו שהוציא השטר צריך לידון על פיו וכיון שלשון השטר הוא כנגדו תו לא מהניא ליה חזקת מטלטלים שבידו. לא דמי דחזקה לא מהניא ליה למחזיק אלא מחמת טענתו שהרי שנינו כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ועכשיו שאומר מכרת לי והרי השטר אם נמצא השטר בטל ממילא בטלה חזקתו דהוה ליה חזקה שאין עמה טענה איברא שאם לא היה מוציא את השטר היתה מועלת חזקתו בטענה שמכרת לי ולא אמרי' אחוי שטרך משום דאמרי' עד שלש שנים מזדהר איניש בשטריה טפי לא מזדהר וארכס ליה עכשיו שיוצא לפנינו נדון בשטר ואינו נדון בחזקה. וכן מוכח מדברי הרב המגיד ז"ל בפרק ט"ו מה' טוען שכתב אההיא דצריך לברר והטעם דחזקה מכח שטרא קאתי עד כאן. והשתא בנדון דידן היה נאמן לומר שלא דקדק בשטר ועל משכון שבידו סמך והעדים על פי דבורו של לוה כתבו כן. אלא דכיון דאיהו לא טען הכי אנן לא טענינן ליה כי היכי דלענין משטה הייתי בך אי לא טעין איהו אנן לא טעני' כדאמרי' בסוף פרק זה בורר ומתוך תשובתו בבית דין מוכח דידע באותו תנאי שבשטר אלא שאומר שכדי שיהיה לו רשות למכר' שלא בב"ד נכתב כן אבל מה שכתוב שיהיו מכורים במנה הנז' מוכח להדיא שנתרצה בהם לקחתם במנה ואם אחר שיצא מבית דין יטעון כן לא מהימן כדאמרי' בפרק חזקת אי נפק לבראי לא אמרי' בהכי דחוזר וטוען דאימור טענתא אגמרוה. ועוד נראה שאין באותם דברים שא"ל שמעון שום לשון שעבוד שיועיל מן הדין דכיון דמעיקרא שהביא לו שמעון המשכונות הראשונים א"ל שאינם שלו וכיון דסרסור הוא עשוי הוא להביא משל אחרים ועכשו אמר לו שהם של אחר שהרי הוא אומר שעדיין לא נעשה השטר הראשון ורצה שמעון לכתוב הכל בשטר אחד ולא רצה הלוה שאמר לו שכל אחד ואחד היה חוב בפני עצמו לשני אנשים

אחר כך כשנתרעם על משכונות שניים שלא היו שוין ואמר לו שמעון מאי איפכת לך הרי הכל בידך ולא תתנם עד שיתנו לך מעותיך אין זה לשון שעבוד ולא היתה כונתו לשעבדם דמה כחו יפה לשעבד לו נכסי אחרים על מלוה אחרת אלא שהסמיכו בדבריו עליו שמאחר שהכל היה על ידו ואיהו בעל דברים דידיה לא יוכל אדם לתובעו והבטיחו שלא יוציא כלו' מידו עד שיתן לו כל המעות ראשונים והאחרונים איברא שאם היה אומר לו בפי' הריני משעבד המשכונות הראשונים על מלוה זו אף על פי שכבר אמר לו בשעה שנתנם שאינם שלו אלא שליח לבד הוא ששלחו שילוה להם עליהם מנה מכל מקום כיון שאחר כך חזר ושעבדם יש לנו לומר שהוא היה לו רשות מאת הבעלים בכך דהא המנוה וכל מטלטלין שביד האדם בחזקתו וברשותו וכל מה שעשה בהם עשוי אבל אין בדבריהם אלו אלא הבטחת דברים וכמאן דאמר סמוך אהימנותא דידי ואם היה הוא בחיים היה בטוח לגבות המנה השני מן הלוה השני ולא עלתה על דעתו של מלוה שימות ועוד אפשר שהסמיכו על המכירה שמכר לו המשכונות הראשונים בשטר הראשון וזה היה ודאי ברשות הבעלים ובידו של שמעון היה להעביר המועד ונמצאו חלוטו' לו ויגבה ראובן כל מעותיו וכל הני מילי שלא אמרם בלשון תנאי ולא בלשון שעבוד פטומי מילי בעלמא.

ובענין המכירה שנכתב בשטר הדבר ידוע שלדברי הגדולים נוחי נפש הויא אסמכתא ואינו חפץ לתקוע עצמי בדבר הלכה כדברי הרמב"ם ז"ל שהוא סובר דבקנין מעכשו לא בעי בית דין חשוב אפילו במקום שלא נעשה לטובתו של לוה כי הכא שהדבר ידוע שלתועלת עצמן עושין שנהגו לתת מעות של יתומים בכך אף על פי שהדבר רע ומר דגריע טפי מהערמת רבית זהו הנלע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קי

שאלה בחור אחד היה משרת אצל לאה ושני בניה אתה בבי' אחת לימים כעס בנה הגדול עליו וגרשו מהבית ונשבע כלשון הזה אני נשבע בה' שלא תכנס בבית זה לעולם ועוד אמר אחר כך אני נשבע בה' שאם תכנס עוד בבית הזה אפציע את מוחך והנה לאה ובנה אחיו הקטן ממנו רואים כי המשרת טוב לפניהם צאתו ובואו ונאמן רוח ושואלים אם יש התר בשבועות הללו כי עדיין לא נתרצה בנה הגדול לישאל על שבועתו.

תשובה מה שנשבע ראשונה שלא תכנס בבית זה מעולם משמע דנשבע על דבר שאינו בידו כדאמרינן בשבועות שתים בתרא שבועה שזרק פ' צרור לים ושלא זרק שמואל אמר פטר דליתיה בלהב' פרש"י ז"ל כגון יזרוק פלוני או לא יזרוק שאין זו שבועה ביטוי אלא שבועת שוא שהרי אין פלוני ברשותו וכי תימא הכא בידו הוא לעכב שלא יכנס לרשותו

כיון שמקפיד עליו כדאמרינן בריש פרק אין בין המודר דאפילו ויתור אסור במודר הנאה הילכך המודר הנאה מחבירו אסור בדריסת הרגל וכיון שכן דהוה ליה דבר שבידו מכל מקום נהי שאם היה אומר שבועה שלא איניחך ליכנס או שלא אכניסך לביתי הוי בידו אבל שלא תכנס מעצמו משמע והו"ל שבועת שוא שהרי יכול ליכנס ולא יראנו והוה ליה אין בידו הילכך שבועה מעיקרא לא חיילא ויכול ליכנס אפילו בפניו דאין שבועה חלה לחצאין תדע דבאלו מותרין אמרינן שבועה שלא אישן שלש ימים מלקין אותו וישן לאלתר שהרי יצתה שבועה לשקר נהי דהכא לא מחייב מלקות דאדעתא דנפשיה משתבע והוא היתה כוונתו שלא יכנס ברצונו מכל מקום הלשון לגמרי משמע ואין כאן שבועה.

ומיהו יש לפרש הלשון דשלא תכנס לא משמע אלא כניסה של שימוש דומיא דהא דתנן בסוף פרק קונם היה מסרב בו חבירו שיאכל אצלו אמר קונם ביתך שאיני נכנס טפת צונן שאיני טועם לך מותר ליכנס לביתו ולשתות ממנו צונן שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה אף כאן שעל עסקי שימוש הבית היתה הקפדתו לא נתכוון זה אלא כניסה לשם שימוש אבל אביאה רקנית לא קפיד וכיון שכן הא מלתא ודאי בידו היה שאינו חפץ שישמשנו. אלא שאם באנו לפרש כן הותרה שבועתו ממקום אחר לדברי הרא"ש ז"ל שכתב שם ומיהו גם באכילה ושתייה מותר כיון שלא הוציאם מפיו ובנדר בעינן שיוציא בשפתיו ולא דמי לריש' דהיו מסרבין בו לישא את בת אחותו דאישות בכלל הנאה היא אף כאן לא הוציא שימוש בפיו ואין שימוש בכלל כניסה שהרי אפשר שישמשנו מבלי שיכנס לביתו מן האגף ולפנים כגון לקנות לו חפצים מן השוק וילך בשליחותו אצל אחרים דומיא דמתניתין שאין אכילה בכלל כניסה שאפשר לו שיאכל חוץ לבית אף על פי שאין צרכי סעודה מוכני' אלא בתוך הבית.

וקשה לי על דבריו מאותה תוספתא שהביא הר"ן ז"ל שם היה מסרב בחבירו שיאכל אצלו במשתה ואמר קונם ביתך שאיני נכנס תוך המשתה אסור לאחר המשתה מותר אלמא בתוך המשתה מיהת חייל נדריה ואפשר לתרץ דשאני התם שהיה מזמנו למשתה שלו או למשתה בנו שרבים אוכלים שם שהיה צריך ליכנס וליסב עמהם ואמר קונם ביתך שאיני נכנס ודאי כניסה ממש קאמר כלומר אפילו כניסה בלא אכילה כדי שלא יהא זה עומד בין היושבי' וממילא נאסר בסעודה שהדבר ידוע שהמשתה והמסיב' שם אבל מתניתין דמסרב בו חבירו שיאכל אצלו לא היה שם משתה אלא הזמנה לעצמו לבד הילכך אין אכילה בכלל כניסה לביתו שהרי יכול להזמינו במקום אחר חוץ לביתו וכללא דמילתא שנאסר במה שהוציא בשפתיו אף כוונתו שהיה בכלל דבריו קיימת וכל

שאנו מבטלין מה שהוציא בשפתיו אף כוונתו אין אנו מקיימי' דבעינן פיו ולבו שוין כדאמרינן בפרק שבועות שתים בשפתים ולא שגמר בלבו להוציא פת חיטין והוציא פת שעורין גמר בלבו להוציא פת חיטין והוציא פת סתם מנין תלמוד לומר לכל וכו' דאזלינן בתר דברים שבלב היכא דאין הפה סותר.

ומיהו הרמב"ם ז"ל בפרק ח' מה' נדרים כתב כלשון הזה שלא נתכוון זה אלא שלא יאכל וישתה עמו בסעודה זו ומלשונו משמע שבא להשמיענו דבההיא סעודתא הוא דלא אכיל בסעודתא אחריתי אכיל ואינו הולך בשיטתו של הרא"ש ז"ל ולעולם הוא נאסר באכילה.

אלא שמצאנו לו פתח ממקום אחר שאפילו נשבע בפי' שלא תכנס לבית לשמש שהרי אמו ואחיו שהוא דר עמהם בבית אפשר שרוצים בו ולא באחר ואין בידו להעבי' על דעתם להכניס אחר במקומו שאינו מקובל בעיניהם שיכולים הם לומר האי בדיק לן דמהימן אחר לא בדיק לן. וכי תימא והלא גם הוא יכול למחות ולומר אין זה מקובל אצלי ויכול לחלוק מהם שאין אדם דר עם נחש בכפיפה הילכך כי אמר שלא תכנס בבית זה לשמש היינו לצורכו אבל לצורך אמו ואחיו יכנס וזה ודאי בידו הוא וחיילא שפיר שבועתו הא ליתא חדא דשלא תכנס בבית בתורת שימוש בין לו בין לאחרים משמע ועוד הוא נאמן על עצמו שלגמרי אמר שלא עלתה על דעתו מעולם שיחלוק רשות לעצמו וחזרה שבועה למקומה שהיא על דבר שאינו בידו שאינה שבועה.

ואין לומר בידו הוא לפייס את אמו ואת אחיו להוציאו ונמצא מקיים שבועתו מכל מקום הוא לא אמר בשבועה שיפייסם שאם היה אומר כך היינו אומרים שיפייסם במאי דיוכל לאפיוסי כדאמרי' התם אטו תרקבא דדינרי מותיב ליה אלא מפייסה במידי דרגילות להתפייס אבל כל שאמר שבועה שלא תכנס בהחלט כבר יצתה שבועה לשקר' דהא בההי' דשבוע' שיזרוק פ' צרור לים מצי למימר שיפייס את חבירו שיזרקנו ואף על פי כי אמרינן לפיוסי שבועתו שבועת שקר היא והרמב"ם ז"ל בפרק ח' מה' שבועות כתב שאין לוקין משום שבוע' שוא שהרי אפשר לאות' אחרי' ששמעו ממנו ותהא קיימת שבועתו ואעפ"כ כתב שאינה שבועת בטוי ומכין אותו מכת מרדות (מהרא"ח ז"ל דף קע"ג ע"ב). והרשב"א כתב בתשוב' במי שנשבע לסתום חלונות של ראובן אף על פי שאפשר לו לנשב' לרצות את ראובן ברצי כסף שיסכים בסתימת החלונות מכל מקום אין שבועתו חלה ואין לו דין שבועת בטוי שאינו בידו עכ"ל.

ומה שנשבע עוד שאם יכנס ישבר את ראשו אף זו אין בה ממש דהוה ליה נשבע להרע לאחרי' דתניא מה הטבה רשות אף הרעה רשות אוציא נשבע להרע לאחרים כגון שאכה

את פלוני ואפצע את מוחו כדאיתא בפרק שבועות שתים ושמא תאמ' הכא בידו הוא למחות לאחרים ולהכותם שלא יכנסו ברשותו דעביד אניש דינא לנפשיה כדאמרינן במוכר פירות גבי מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו נטלה ונתנה להם מן הצד מה שנתן נתן ושלו לא הגיעו. ופרכינן בגמרא אמאי שלו לא הגיע ולינקוט פזרא וליתיב דעביד אניש דינא לנפשיה במקום פסידא ופרש"י ז"ל פזרא מקל וליתיב בההוא דרך להכות את כל מי שירצה לעבור מיהו גבי שדה אמרינן הטעם משום דשדה דאית ליה פסידא דמפסדא ארעיה כדאמרינן בעלמא אסור לפנות לשדה ניר וזה שבא לעבור רשע מקרי ולאו עושה מעשה עמך הוא ושרי להכותו כדאמרינן בריש פרק הנשרפין דמקשינן הכאה לקללה אבל בחצר ובית שאין לו פסידא מידי דלא קפדי אינשי הוא כדמוכח בריש פרק אין בין המודר דרבי אליעזר היא דאמר ויתור אסור במודר הנאה ולכך אסור בדריסת הרגל אף על גב דלא קפדי בה אינשי במודר אסור אבל רבנן ס"ל דכיון דלא קפדי כל כה"ג לא מקרי הנאה הילכך בהא ודאי אף על פי שנכנס שלא ברשות או אפי' שלא ברצונו אסור להכותו והא דאמרינן בפרק המניח דף כ"ה מנין לנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת וחבל בו ועשה בו חבורה פטור וכולי הא אוקימנא בעבדא גנבא ופרכי' ועד השתא לא גנב והשתא גנב עד האידנא אימתא דרביה עליה השתא ל"ל אימתא דרבי' עליה וה"נ אי חשיד ליה בגזלנות' איכא טעמא דעד האידנ' אית ליה אימתא דרביה השתא דידע ברבו כי ברע הוא עמו וסופו להוציאו יגנוב וילך ומיהו אי בחבלה אמרו פטור אבל אסור הוא לכתחילה לחבול וכל שכן מה שאמר שיפצע מוחו דאפילו נכנס שלא ברצונו אסור כדאמרינן בהמניח דף ל"ב גבי שוליא דנפחי ורבו מסרהב בו לצאת ומשום דרבו מסרהב בו לצאת למיקטליה קאי ועוד מדאיצטרך רחמנא לאפטורי מגלות דתנן באלו הן הגולין מה יער רשות לניזק ולמזיק ליכנס לשם אף כל וכו' יצא חצר בעל הבית שאין רשות להכנס לשם ומדפטר רחמנא שוגג אלמא מזיד חייב ונהרג עליו ואפילו נתפס כגנב כיון שבא במחתרת אי לאו הא דאמרינן בסוף פרק בן סורר חזקה שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו וסוף שהורגו והתורה אמרה הבא להורגך השכם להורגו לכך הותר דמו ותניא אם זרחה השמש עליו אם ברור לך הדבר שיש לו שלום עמך כגון אביו או אהובו ביותר דמים לו ואסור להורגו שהדבר ידוע שלא בא אלא על עסקי ממון.

ומיהו בזה יש לומר שמה שאמר לשבר את ראשו לשון גוזמא ולשון הבאי הוא שדרך בני אדם רתחנין לומר כן ואין הלשון בדקדוק אלא לומר שיכנו על ראשו מכה רבה דבנדרים הלך אחר לשון בני אדם וכאותה ששנינו בפ' ד' נדרים נדרי הבאי כיצד אם לא

ראיתי בדרך זה כיוצאי מצרים אם לא ראיתי נחש כקורת בית הבד דאמרינן שכוונתו של זה אינו אלא שראה חיל גדול וקורא כעולי מצרים ונחש טרוף בגבו מאד ומשונה משאר נחשים וקוראו כקור' בית הבד וכמו שכתבו התוספות בפרק השולח בפסקא דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה דטעמא דהתם לאו משום דאסר עצמו בדבר שא"א אלא שאין דעתו לומר כקורת בית הבד ממש וכעולי מצרים ממש וכן פירש הר"ן שם והרא"ש בנדרים ועוד אמרינן בפרק גיד הנשה בשלשה מקומות דברו חכמים בלשון הבאי גפן ופרוכת ותפוח ודברה תורה בלשון הבאי וחד מינייהו ותבקע הארץ לקולם דכתיב גבי אדוניה ופרש"י ונראה מקול ההמון כאילו היא נבקעת אף אנו נפרש אשבר את ראשו כי מכח ההכאה ידמה עליו כאלו נשברה ראשו והכי מוכחא אותה שאמרו בהגוזל אל תהי דומה עליו כגנב אלא שבר את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל שהוא לשון גוזמא ולישנא דקרא נקט ואשברה מתלעות עול ומשניו אשלי' טרף ואף הוא לשון גוזמא מכל מקום בין כך ובין כך בכל ענין אסור אפילו להרים יד על חבירו דדריסת הרגל אין גופה ממון אבל אם הוא השכירו וזמנו לצאת איפשר לומר שאם אינו רוצה לצאת יכול להכותו כההיא דאמרינן בשרבו מסרהב בו לצאת וכו' אבל לפי הנראה שאמו השכירתו ואינו רשאי הוא להוציאו ואי מפני דריסת הרגל ברשותו לא מצי מעכב ליה מדפסקי' הלכתא בריש פרק השותפין כרבי אליעזר בן יעקב שהיה א' מן השוק מודר מאחד מהשותפין הנאה דיכול לומר לתוך של חבירך אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך ואוקימנא לה בחצר שאין בה דין חלוקה דמשעבדא ארעא לתרווייהו אף כאן כל שאי אפשר לחלוק חדר כנגד חדר ותשמיש כנגד תשמיש אין בה דין חלוקה והדר דינא שנשבע על דבר שאינו בידו אבל אי חשיד ליה בגזלנותא יכול למחות בו כי ההיא דנרצע שכלו ימיו הנראה לע"ד כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

(על דבר גוי מסיח לפי תומו כתבתי פסק אחד ונאבד ממני וזה מצאתי בזכרון) בתשובת הרא"ש ז"ל על עדות מכלוף בן עלו' הוקשה לו להרב מהרי"ק ז"ל מדידיה אדידיה דבפרק כל הגט וכו' ותירץ הכא משום עיגונא הקלו ותימה דהכא מייתי אביי ראיה דחיישינן גביה עיגונא מההיא דגיטין ונראה לי דהתם בדאשתכח באורחא הוא דלתרי שווירי לא חיישינן ובעינן לא הוחזקו ולא שכיחי שיירתא אבל בדאשתכח בההוא מתא אע"ג דשכיחי שיירתא לא אמרינן מעלמא אתי וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל ועל מה שהקשה מההיא דפרק המדיר דלא קי"ל כרבה דאמר כאן נמצאו וכאן היו נ"ל דהכא עדיף טפי שאנו צריכים לומר דהאי גברא אזל לעלמא ואיניש אחרינא אתי מעלמא להכא דלהא ודאי לא חיישינן ודמי לההיא דריש ביצה דהניח ג' ומצא שנים דלא חיישינן לומר הנך

אזול לעלמא והני אחריני נינהו ומ"ש מהר"י ן' לב בעדות הר' צבי שאין אנו חוששין לחפש שמא קודם זה יצא יהודי אחר שלא חזר הדבר תמוה דאמאי לא ניחוש לה ומ"ש מהר"י קולון ז"ל על דברי הרמב"ם ז"ל שאף על פי שלא הזכיר שם עירו טפי עדיף הזכרת שם אביו תימא הוא דודאי עירו עדיף טפי שאע"פ שלא הזכיר שמו כלל תבדק אותה העיר כל שלא יצא אדם אחר שנאבד אלא זה מתירין את אשתו אבל בהזכרת שם אביו כיון שלא הזכיר העיר מאי מהניא שני יוסף בן שמעון בעלמא שכיחי טובא דהא לעינן גיטין אמרי' שני יוסף בן שמעון בעיר אחת קלא אית להו הא שני יוסף בן שמעון בעלמא לית להו קלא ובדברי הרב המגיד שפירש דברי הרמב"ם ז"ל דמפרש עובדא דיצחק ריש גלותא דמיירי בהוחזקו והרי הוא קיים קשה דאם כן מאי טעמא דאביי דאמר חיישינן.

סימן קיא

שאלה ילמדנו רבינו א' היה אברהם משרת את שרה בכל לב ובכל נפש מיום היתה גברת עד סוף ימי חלדה ובעת חלותה את חלייה אשר מתה בו צוותה מחמת מיתה לתת לקרובים בכלל ובפרט את אשר נדבה רוחה אותה גם לכל משרתיה עושי רצונ' צותה לבתה לאה ולחתנ' יוסף לתת לכל אחד ואחד בפרט כפי עבודתו שהיתה חייבת אליהם איש איש כפי עבודתו ובפרט מן הפרט הזהירה וצותה על אברהם באחרונה באחרון אחרון חביב וכה אמרה בלשון לעז דיגו קי סי אישטובייישי די האזיינדה קומו אויהא דייז אניוש אישטאבה נו באשטאבה כאגר קון טודו אל סירויסיו קי אברהם מיהא סירבידו אי אגורה פור שיאיר איל טיינפו טאן אי שטיריגו סי לי דין פור סו סירביסייו ג' אלפים פרחים ע"כ דבריה ואברהם הנז' קודם לקחו את הסך הנז' גם הוא הלך אל בית עולמו והשאיר אחריו שתי בנות מלכה ותרצה ויהי היום מלכה ותרצה שאלו את לאה בת שרה ואת יוסף בעלה נתן יתנו להם חוב אביהן כי להן משפט הירושה ולאה ויוסף לא הטו אזן ויתנו כתף סוררת לבלתי תת להן כל מאומה אז תלכנה מלכה ותרצה הנז' מחמת רוחן לפני ב"ד הזמן ולא שוה להן כי לאה ויוסף יען היותם ממשפחת רם לא אבו שמוע הגם הלום כאשר ידעו שרצון מלכה ותרצה הנז' ללכת לעש"ג צוו על עד אחד שהיה חתום בצואה והוא היה אחד ממשרתם שלא ילך להעיד כי גולל אבן אליו ישוב וערום ראה רעה ויסתר שמן אז ועד עתה שהיה בחיים חייתם לא יכלו לעשות דבר ועתה כי מתו גם שניהם לאה ויוסף הנז' ולא השאירו אחריהם יורש עצר רק שניית לאה וירשה גם היא מה שירשו לאה ויוסף משרה הנז' שהם הקרקעו' גם מלכה ותרצה המה ואביהן מוחזקות בקצת בתים משרה הנז' וזה להם ארבעים שנה או יותר. יורנו המורה לצדקה אם תוכלנה האחיות הללו למחות ביד כל הקונה שירצה לקנותם לעכבם

להם לגבות את חוב אביהן הראוי להן וגם אם תוכלנה לתבוע משניית לאה מה שישאר מן החוב ממה שירשה מקרקעות שרה כדין בעל חוב שכופין את היורשים לשלם יורנו איזה הדרך ישכון אור הזכאי בדינו ושכרו רב מן השמים.

תשובה אף על פי שיש שטר צואה ביד האחיות אין לו דין שטר גמור לגבות בו בחזקת שלא נפרע מכח שטרך בידי מאי בעי שלא נאמר זה אלא כשנעשה השטר בצוויו של המתחייב שאמר לעדים כתבו וחתמו אז ודאי יש לנו לומר אם איתא דפרעיה הוה ליה למקרעיה וה"ה ליורשים שאחר שצוה מורישם לכתוב שטר מסתמא ידעי ביה דקלא אית ליה אבל היכא שהעדים כתבו מדעתם מה שצוה המצוה בפניהם הרי זה מלוה על פה שאינה גובה מיורשי היורשים דאיכא למימר שמא פרע אביהן דטענינן ליתמי ואפילו הם גדולים אלא שיש עליהם חיוב שבועה שלא פקדם מורישם ושלא נתברר להם שלא נפרע חוב זה דהא פשיטא שאם היורש מודה שלא נפרע ואין לו ספק בזה חייב הוא לפרוע מנכסי מורישו שהרי צואה זו מלבד מאי דקי"ל דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו וזכה אברהם בה יש כאן חיוב יותר שהודתה שרה שהיתה חייבת לו הסך ההוא חלף עבודתו והרי זו הודאה גמורה ולא שייך לומר בה טענת משטה הייתי בך דאין אדם משטה בשעת מיתה ועוד שהרי לא היה אדם תובעה וגם טענת שלא להשביע את בניה לא שייכא כאן כיון שצותה ואמרה תנו דפשוט הוא דבכה"ג לא שייך לומר שלא להשביע וכו' סוף דבר חוב גמור הוא אלא שיש לחוש שמא נפרע כדפי' וצריכים היורשים לישבע שבועה שלא פקדנו וכו' כדפרישת ואפילו אם יכול היורש לישבע וליפטר מן הדין אם ירא שמים הוא וקים ליה שלא נפרע החוב יש לו ליזהר שלא יהיה גזל בידו ולפייס את יורשי אברהם וכל זה הוא להתחייב בעודף על הבתים שהחזיק אברהם בחיים ויורשיו אחריו אבל הבתים עצמם שהחזיקו בהם אברהם ויורשיו זה כמה שנים יתר הרבה מאד משני חזקה פשיטא שהם בחזקת האחיות שהרי זכו בהן המה ואביהן וקי"ל דיורש אינו צריך טענה כל שכן בנדון זה שבאות בטענת הצואה שאם היה אביהן קיים לא היה צריך טענה אחרת וכל זה פשוט אצלי והיה כאן מקום להאריך לאוהבי האריכות לא כן אנכי עמדי כל שכן שאני טרוד מאד ואפילו מה שכתבתי לרוב הפצרת השואל כי על כן פניתי מכל עסקי נאם המר ונאנח משה משלם הלוי.

סימן קיב

שאלה ילמדנו רבינו א' היה אברהם משרת את שרה בכל לב ובכל נפש מיום היתה גברת עד סוף ימי חלדה ובעת חלותה את חולייה אשר מתה בו צותה מחמת מיתה לבתה לאה ולחתנה יוסף לתת לכל אחד ואחד בפרט אשר נדבה רוחה אותה גם לכל משרתיה עושי

רצונה צותה לבתה לאה ולחתנה יוסף לתת לכל אחד ואחד בפרט כפי עבודתו שהיתה חייבת להם איש איש כפי עבודתו ובפרט מן הפרט הזהירה וצותה על אברהם באחרונה באחרון אחרון חביב. וכה אמרה בלשון לעז דיגו קיסיחיסט וביישי די האזיינדה קומו אוי אה דייש אנייוש אישטבה בו באשטאבה פאגר קון טודו איל סירויסייו קי אברהם מיאה סירבידו אי אגורה פור סיר איל טיינפו טאן איסטריגו סי לו דין פורשו סירביסייו ג' אלפים פרחים, ע"כ דבריה. ואברהם הנזכר קודם לקחו את הסך הנזכר גם הוא הלך אל בית עולמו הצדק והשאיר אחריו שתי בנות מלכה ותרצה. ויהי היום מלכה ותרצה שאלו את לאה בת שרה ואת יוסף בעלה נתון יתנו להם חוב אביהם כי להן משפט הירושה ולאה ויוסף לא הטו אזן ויתנו כתף סוררת לבלתי תת להן כל מאומה אז תלכנה מלכה ותרצה הנזכר בחמת רוחן לפני בית דין הזמן ולא שוה להן כי לאה ויוסף יען היותן ממשפחת רם לא אבו שמוע. הגם הלום כאשר ידעו שרצון מלכה ותרצה הנז' ללכת לעש"ג צוו על עד אחד שהיה חתום בצואה והוא היה אחד ממשרתם שלא ילך להעיד כי גולל אבן אליו תשוב וערום ראה רעה ויסתר שמן אז ועד עתה שהיה בחיים חיותם לא יכלו לעשות דבר. ועתה כי מתו גם שניהם לאה ויוסף הנזכרים וירשה שניית לאה כל הנכסים שהם קרקעות גם מלכה ותרצה המה ואביהן מוחזקות בקצ' בתים משרה הנזכר' וזה להן ארבעים שנה או יותר. יורנו המורה לצדק' אם תוכלנה האחיות הללו למחות ביד כל קונה שירצה לקנותם ולעכב' להן לגבות את חוב אביהן הראוי להן וגם אם תוכלנה לתבוע משניית לאה מה שישאר מהחוב ממה שירשה מקרקעות שרה כדין בעל חוב שכופין את היורשים לשלם יורנו אי זה הדרך ישכון אור הזכאי בדינו ושכרו רב מן השמים הגם הלום ראינו להוסיף עוד לשאול ביען כי היתומות הללו אומרות כי דבר זה ידוע ומפורסם לכל היושבים בשכונה ההיא אשר ליוסף ולרחל גם היתומות שהיו דרות שם כלם כאחד יעידון יגידון גם כל בני בית הגברת וחתנה ובתה וכל אנשיהם העומדי' לפניהם יודעים בבירור שצואה זו לא נפרעה ולא קבלו היתומות אפילו פרוטה כי לעולם היו היתומות כמתאוננות רע באזניה' ובאזני יוסף ורחל הנזכר וקוראים תגר על הדבר ולא שוה להם באומרם כי כזאת וכזאת עשו טובה עם אביהן וזה דבר ברור להם כל דבר לא יכחד מהם גם מפני כי הם ילידי ביתם ומה גם כי מנהג יוסף ורחל הנז' לכתוב כל שהוציאו וכל מה שיפרעו לבני אדם בפנקסיהם גם בפנקס הסופר של ביתם אפילו מה שהיו נותנים אל המלצר נושא את פתבגם ויין משתיהם הכל כאשר לכל יכתבו במספר במפקד בתוך הפנקס באיזה יום באי זו שעה באיזה מקום ומהחוב הצואה הנז' לא יראה ולא ימצא לא כתב ולא לשון וזו הוראה גדולה שלא נתפרעו מחוב

זה לא כלו ולא מקצתו וטוענות היתומות כי גם שניית לאה שהיא היורשת היום יודעת היא בלא שום ספק שדמי הצואה הנז' לא נפרעו ולא תוכל להכחיש ופעם אומרת לא יתנו לבן כי היא תעשה הטוב והישר ופעם תחריש מהן תפטרם בשתיקה יורינו רבינו כדת מה לעשות ויאיר עינינו במאור תורתו ושכרו גדול מעל שמים אכי"ר.

תשובה זו שהאחיות טוענין שרוצות לעכב הבתים שמוחזקות בהם לגבות מהם חוב אביהן והשאר יגבו משאר הקרקעות יש במשמע טענה זו שאין להן על הבתים שמוחזקות בהם טענת לקוחים מאחר שבאות בטענת אביהן לגבותם בחובן אלמא הן יודעות שלא היה דר אביהן בהם בחזקת שהם שלו אלא בשאלה או שכירות ותו לא מצינן למיטען להו ליורשים שמא לקוחים אבל אביהן דאף ביתומים הבאים בטענת אביהן אמרינן בהו הודאת בעל דין כדאמרינן בהכותב אמתניתין דוכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה לא שנו אלא שאמר אמר לנו אבא פרעתי אבל אמרו אמר לנו אבא לא לויתי נפרעים שלא בשבועה שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ותו לא מצינן למיטען ליתמי ולא מתרצי' מילתיה דאמר לא לויתי פירוש לא עמדתי בהלואתי אף כאן האומר בחובי אני נוטלן כאומר אין לי בהם קנין דמי אלא הרי אחיות הללו באות בטענת הצואה שהיא כמלוה על פה מכח חזקתן בבתים מטעם מגו שאביהן היה נאמן לומר לקוחים הם בידי וטענינן ליורשים כל מאי דמצי אבוהון למיטען.

ודמי הא מילתא לעובדא דרבה בר שרשום בפרק חזקת דנפק עליה קלא דאכיל ארעא דיתמי אמר ליה אבייי אימא איז' גופא דעובדא היכי הוה אמר ליה ארעא במשכונתא הוה נקיטנ' מאבוהון דיתמי והוה לי זוזי אחרינא גביה ואכלתם שני משכונתא אמינא אי מהדרנא ליה ארעא ליתמי ואמינא אית לי זוזי אחריני גבי דאבוכון אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה אלא אכבשיה לשטר משכנתא ואוכלה כשיעור זוזאי דמיגו דאי בעינא אמינא לקוחה בידי מהימנינא כי אמינא אית לי זוזי גביה מהימנינא אמר ליה אבייי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא איכא קלא דארעא דיתמי היא אלא זיל הדרא ניהלייהו ולכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו. אלמא מוכח דאי לאו דנפק עליה קלא היה יכול רבה להחזיק בקרקע בטענת הלואה על פה מגו דמצי למימר לקוחה היא בידי ואם היה אביהם של היתומות הללו בחיים היה יכול לטעון על הבתים ההם בטענת הצוואה אשר צותה שרה במתנת ש"מ לתת לו והיה נאמן עליהם במגו דאי בעי אמר לקוחים הם בידי וידור בהם עד שיגבה סכום המעות שחייבים ועכשיו שמת טענינן להו ליורשים בטענתא דאבוהון.

ומיהו למה שכתב רבינו יונה ז"ל שהביא בטור סי' ק"ן וז"ל דוקא בשאכל כבר פירות כדי התביעה שטוען עליו אז הוא נאמן לעכבן בחובו במגו אבל אם בא לתובעו קודם שאכל הפירות אז אינו נאמן לעכב הקרקע בידו במגו דלעיל שלא מצינו מגו אלא במי שבא לגבות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת אבל הכא מיד שהודה שכלו ימי המשכונה הקרקע הוא בחזקת בעליו ואין להאמינו בתביעה האחרת מגו דלקוח הוא בידי עכ"ד. ולדעתו ז"ל נ"ל דרבה בר שרשום כבש לשטר המשכנתא עד שאכל כשיעור חובו והיינו דאמרינן דנפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי דמשמע שכבר אכלה ואמר ליה אביי לקוחה היא בידי לא מצית אמרת מחמת הקול הא לאו הכי לא מפקינן מיניה הפירות שאכל מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי. ואי קשיא כי נמי איכא קלא דארעא דיתמי היא למה לא והא נאמן על הפירות שאכל כבר במגו דאי בעי אמר מכרתם לי בדמיהם ופרעתי לך מי לא אמרינן לקמן בהאי פרקא בההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבנתיה ואכלתיה שני חזקה אזל אייתי סהדי דאכלה תרתי שנין ואמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי ואמר עלה רב זביד דאי מעיקרא הוה טעין ואמר ואמר לפירות ירדתי נאמן ואף על גב דאיכא סהדי שאכלן לפירות ואין הקרקע קנוי לו וכתבו שם התוספות אף על גב דבשעה שאכל היה בעל השדה יכול לעכב ולא היה נאמן לומר לפירות הורדתני מיהו כיון דכבר אכלן וזה בא להוציא נאמן לומר לפירות ירדתי והא דאיצטריך ליה לתלמודא למימר טעמא דלא חציף אינש למגדר דיקלא דלאו דיליה כתבו התוספות דהיינו שיהא נאמן אף ע"ג שאין הפירות ברשותו אלא ברשות אחרים אבל היכא שהפירות ברשותו או שאכלן וזה בא להוציא בלא טעמא דחציפותא נאמן לומר לפירות ירדתי כיון דתפיס איכא למימר דכיון דעד השתא היה מחזיק רבה בהאי ארעא בחזקת שהיא שלו ומסתמא היו היתומים מתרעמים שהיה אוכל הקרקע שלהם אלא שלא היה להם עדות ברור על כך שהרי היה מכחישם וכיון דנפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי תו לא מהימן לומר בשכירות או חכירות לקחתיה מן היתומים כיון שעד עכשו היה מחזיק בה בחזקת שהיא שלו הקול מכחישו.

ואיכא למידק אם דינו של הרב רבינו יונה ז"ל תלוי בפירוש השמועה שהוא מפרש מילתיה דרבה בשאכל כבר הפירות הרי מוכח מדברי רשב"ם ז"ל להדיא שעדיין לא אכל הפירות שכן כתב נפק עליה קלא דאכיל ארעא דיתמי כדמפרש לקמן שבמשכון היתה אצלו עד עכשיו שכלו שני משכנתא והילכך נפק עליה קלא של עדות אמת דמהשתא אכיל ארעא דיתמי עכ"ל ולפי זה מוכ' שאע"פ שעד עתה לא אכל הפירות בתור' חובו

היה נאמן לומר שיש לו חוב על אביהן של יתומים מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי אי לאו משום טעמא דקלא ואי מיהא אין שום סתירה לדינו של רבינו יונה ז"ל דנהי דבאותה שעה שהיה אומר לו אביי אימא לי גופא דעובדא היכי הוה עדיין לא אכל כשיעור מעותיו ומיהו לא בא לפני אביי בתור' בית דין וגם לא תבעוהו ליתומי' לפני אביי לדין על הקרקע שכיון שלא היה להם ראיה היו מחרישים דהא לא קאמר אתו לקמי' דאביי אלא א"ל אביי שאביי מעצמו שחס על כבודו של רבה שאל ממנו גופא דעובדא וסח לו כל המאורע ושהיה בדעתו לעכב הקרקע עד שיאכל ממנה כשיעור מעותיו ויחזירה להם ואמר ליה אביי כי מחשבתו זאת לא תקום ולא תהיה שסוף סוף לאחר זמן כשיחזירנה ויתבעו היתומים ממנו הפירות שאכל הואיל והוא מודה עכשיו שאינה לקוחה בידו לא יהא נאמן במגו דלקוחה כיון דנפק עליה קלא דארעא דיתמי ואילו רבה היה זוכה בדין לאכול הפירות ולא היו יכולים היתומים להוציאם ממנו לאחר שאכל' לא היה אביי מונעו מלעכב הקרקע בידו ב' וג' שנים מאחר שעכשיו לא היה אדם תובעו ולא עמד בדין אלא שאמר אביי שמאחר שבכל זאת לא יועיל לפטור עצמו משבועה למה לו לעכב את הקרקע ולהביא עליו לזות שפתים חנם. ולישנא דקאמר זיל אהדרה נהליה משמע דארעא קאי שעדיין לא אכל פירות דאי ס"ד כבר אכל הפירו' כדי מעותיו ועתה היה בא לחזור הקרקע ולעכב דמי פירות לא הול"ל זיל אהדר' אלא זיל אהדר להו פירי דעד השת' ולכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו. ולעול' דינו של רבינו יונה קיים שאילו היה רבה עומד בדין עם היתומי' קודם שאכל פירות והיה מודה לפני בית דין דמשכנתא הוה גביה לא היה יכול לעכב הקרקע בידו משום מגו אף על גב דליכא שום קלא לגמרי דכיון שאינו יכול לזכות בגוף הקרקע לא אמרינן מגו לענין תביעה אחרת.

וסברא זו לא נפלאת היא ולא רחוקה דדמיא לאותו שרגילין התוספות לומר דמגו להוציא לא אמרינן כגון בההיא דפרק חזקת דאמרינן הלכתא כוותיה דרב יוסף דזוזי היכא דקיימי לוקמי וגם בפרק הכותב גבי פוחתת כתובתה אמרינן במאי גביא בהאי שטרא חספא בעלמא הוא דכיון דהאי שטרא איהו גופיה מודה דחספא בעלמא הוא אף על גב דאית ליה מיגו לא מהימנינן ליה דהאי שטרא כמאן דליתיה דמי ולא נוציא ממון משום מגו דידיה אף כאן הואיל והוא מודה שאין לו בקרק' זה כלום נמצא' חזקה כמאן דליתיה ומשום מגו דידיה לא מפקינן ממונא ולא דמי להיכא דהוה ליה שטר' אארעא ומודה דשטרא זייפא הוא דאמר בה הלכתא כוותיה דרבה דארעא היכא דקיימא תיקום שפירש ריב"ם ז"ל דטעמא דרב יוסף דאמר אמאי סמכת אהא שטרא האי שטרא חספא

בעלמא הוא דאע"ג דאית ליה מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא הוי מיגו להוציא ממון דמה שמוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזקת בעליה עומד' וכתב עליו הרא"ש שטעמו של ריב"ם ז"ל אמת שאין לשון התלמוד מורה על פירושו ושוב חזר ותירץ לשון הגמרא לפי שיטת ריב"ם ז"ל ואפילו הכי פסקינן הלכתא כוותיה דרבה דארעא היכא דקיימא תיקו' שאני התם דלא חשיב כ"כ מגו להוציא שהרי על קרקע זו הוא טוען באמת שהוא שלו ושטרא מעליא הוה ליה וארכס מוקמינן ארעא בחזקת מרא דקיימ' השתא אבל הכא אפי' לפי דבריו אין שום זכות בגופו של קרקע אלא תביע' על פה הוא תובע ולא מפקינן ממונא משום מיגו דידיה.

ועוד יש לה סמוכות מתשובת רבינו תם שהשיב לרבינו אפרי' מרישבורק ז"ל שהביא במרדכי ובהגהת המרדכי בריש מציעא דתנן זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי האומר חציה שלי נוטל רביע דקשה ואמאי לשתבע שחציה שלו ויהא נאמן במגו דאי בעי אמר כולה שלי והשיב רבינו תם דאין אומרין מגו מממון לממון דכל מיגו תלוי באותו דבר עצמו אבל ממון לממון וכו' הא לא דמי' אלא למאן דאית ליה ארעא במשכנתא מראובן ואכלה שני חזקה וטען על ראובן כן לומר בית זה שאתה דר בו שלי הוא דלא מהימן במגו דאי בעי כביש לשטר משכנתא והיה טוען על ארעא דמשכנתא בידי הוא ע"כ הרי מוכח מדברי רבינו תם ז"ל דאין מחזיקין בקרקע כנגד קרקע ולא מטלטלין כנגד מטלטלין כגון ההיא דטלית והוא הדין דלא מחזיקין בקרקע כנגד מטלטלי' ולא מטלטלין כנגד קרקע אף על גב דאית ליה מגו ואילו היה בא להחזיק בקרקע שבידו כדי לאכול ממנו כשיעור אותה קרקע שהוא תובע מוכח מדבריו דלא שבקינן ליה דאין אומרין מגו מממון לממון כלל הילכך יש לסברא זו דרבינו יונה סעד מתרתי טעמ' וארכבה אתרי רכשי.

ויש לדקדק בזה דלכאורה לא משמע הכי מההיא דאמרינן בפ' הכותב ההיא אתתא דהוו מפקדי גבה מלוגא דשטרי אתו יורשי' קתבעי לה מינה אמרה להו מחיים תפיסנא להו אתי לקמיה דרב נחמן אמר לה אית לך סהדי דתבעינהו מינך מחיים ולא יהבית ניהליה והקשו שם בתוס' אמאי צריכה סהדי נהימנה לדידה במגו דאי בעי' אמרה לקוחים הם בידי אע"ג דקי"ל דאין אותיות נקנים במסירה וצריכה מסירה ושטר לקיחה ה"מ לקנות החוב אבל לקנות הנייר קני בלא שטר הואיל והיא מוחזקת בו ותירצו דהוי מגו למפרע כדמפ' רש"י התם משמע מדבריהם שאף על פי שאינה יכולה להחזיק בגוף השטרו' לגמרי דהא בעיא כתיבה ומסירה היתה יכולה להיות נאמנת במגו דלקוחים לכל הפחות לקנות הנייר כדכתבו התוספות שעל ידי כך תוכל לדחוק את היורשים שיפרעו מה

שהיה חייב במה שלא תחזיר מלוגא דשטרי והוי כמו משכון ואף כאן יועיל לו המגו שיהיה מחזיק בקרקע בתור' משכון עד שיתפרע מעותי' ואדרבה הא עדיפא שמגוף הקרקע יתפרע מתח' ידו במה שיאכל פירותיו שנה בשנה.

ונראה דלא דמי דהתם דלמה שהיתה זוכה בטענת לקוחים זוכה בטענת תפיסה ואם היתה טוענת שלקחה השטרות במסירה זכיה גמורה היא לגבי המלוה ולא מצי למהדר מינה וקנתה גוף הנייר שלא יוכל לתובעה כדי להתפרע מבעלי החוב וזכיה זו לא תוסיף תת כחה בכתיבה יותר על הכח שיש לה מהמלוה במסירה לבדה אלא דלגבי בעלי החוב מצי למימר לה לאו בעל דברים דידי את ולא משתעינא דינא בהדך כיון דלא כתב לה קני לך וכו' ומ"מ זכיה גמורה היא בגוף הנייר ועוד שהטענות שוות דמגו דאי אמר' לקוחים הם בידי לזכות בגוף הנייר שלא יוכלו לגבות חובם מאשר נשו בם מצי' אמרה מחיי' תפיסנא ותועיל לה לענין זה לבד אבל הכא לא זכה בקרקע לגמרי ועוד אין הטענו' שוות כלל שאם היה טוען לקוח הוא בידי היה זוכה בגוף הקרקע לגמרי עכשיו רוצה לגבות את מעותיו וחשיב מגו להוציא וגם הוי מגו מממון לממון.

ומצאתי בתוספתא דבתרא בפ' שני בלשון הזה האוכל שדה בחזקת שהיא שלו והוציאו עליו שטר שמכרה לו יתקיים השטר בחותמיו ואם אמר כתבתי שטר ונטלתי מעות שטר פיוסים בידך הוא הכל הולך אחר חזקה. ונראה שט"ס הוא וגרסינן כתבתי שטר ולא נטלתי מעות ואם איתא לדרבינו יונה ז"ל מאי מעליותא דחזקה כיון שאין לו בגוף הקרקע כלום אימא מיד דאודי קיימא ארעא בחזקת מרא וי"ל דכיון דאמר לא נטלתי מעות לא קנה כדאמרינן בפרק קמא דקידושין בשטר ל"פ אלא במתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן את הדמי' אי נמי כגון דאמר לא מכרת אלא לצורך מעות ולא נתת לי ונמצא המקח בטל אפילו בתת לו שטר גמור והחזיק כדאמרינן דאי עייל ונפיק אזוזי לא קנה דזוזי אנסוה אבל אם פירש דבריו שזקף עליו המעות במלוה לא מהני ליה חזקה כסברת רבינו יונה ז"ל והנה זאת חקרנוה כן היא ושוב ראיתי בפרק מי שמת בסופו דמתניא התם במשנת בר קפרא ויש בה שינוי בברייתא וכבר הביא' הרשב"א ז"ל שנחלק על רבינו האיי ז"ל שאמר שנאמן המוכר לומר לא נתת לי המעות ועיין בטור ח"מ סימן קצ"א.

אכן מדברי הרמב"ם והראב"ד ז"ל דפי"ד מהלכות טוען מוכח דלא ס"ל להא דרבינו יונה ז"ל שכתב הרמב"ם ז"ל מי שהחזיק בנכסי קטן שנים רבות וטען ואמר משכונה היא בידי ויש לי חובה עליהן כך וכך וכו' הרי זה גובה משבחה מה שטען ותחזור ליתומים אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים אינו נאמן ותחזיר השדה וכל הפירות שאכל ליתומים עכ"ד ומשמעות הלשון דקאמר גובה משבחה משמע שעדיין לא אכלם ומה

שכתב בסיפא ותחזור השדה וכל הפירות שאכל משמע דעובדא דרבה בשאכל כבר הפירות הא ליכא למידק מינה דס"ל לרב ז"ל דדינא דההוא ארעא בכל ענין איתא אי לא נפק עליה קלא נאמן אף לעכב הקרקע ולגבות מהפירות ואי נפק עליה קלא מפקינן מינה כל הפירות שאכל כיון דאיכא סהדי דאכל וכן כתב בסמוך אכלה שני חזקה בחיי אביהן מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי נאמן לומר חוב יש לי על אביהן וגובה אותו מן הפירות שלא בשבועה וגם מדברי הראב"ד ז"ל מוכח כן דנאמן במגו לגבות הפירות שעדיין לא אכל שכן כתב ועוד אני אומר שלא יועיל מגו לגבות הפירות לכתחילה בלא שבועה מידי דהוה אנשבע על המשכון שאמרו הגאונים שהוא נשבע ונוטל ורבה בר שרשום דקבעי למפטר נפשיה משבועה אחר אכילה קאמר משמע מדבריו דבשבועה מיהת יגבה לכתחילה הפירות שעתידין לבא דומיא דמשכון דנשבע ונוטל.

וראיתי לרב מהר"י קארו ז"ל בבית יוסף שכתב על דברי רבינו יונה ז"ל דלעיל דצריך עיון דאי אזיל לשיטת הראב"ד ז"ל בהשגות פרק י"ד מהלכות טוען עכ"ל. ודבר ברור הוא דהראב"ד ז"ל חלוק עלין בדין זה דלדברי רבינו יונה לא מהימן במגו לגבות עכשיו מה שעדייו לא גבה ולהראב"ד ז"ל נאמן בשבועה ואולי כוונתו ז"ל לשיטת ההלכה שגם הוא מסכים עם רבינו יונה דעובדא דרבה מיירי שכבר אכל פירות וכטעמיה ולאו כהלכתי' קאמר ומיהו כבר ביארתי למעלה שאין זה תלוי במשמעות שיטת ההלכה דלכולי עלמא יש לפרש ההלכה כפשטה שעדיין לא אכל כשיעור חובו אלא שלא היה רוצה לזכות כי אם אחר אכילה לדברי רבינו יונה כדי שיועיל טעם המיגו להראב"ד ז"ל לאפטורי נפשיה משבועה.

ועדיין יש עלינו שלא להרבות את המחלוקת ולומר שגם הרמב"ם והראב"ד ז"ל לא אמרו שיהא נאמן להחזיק בקרקע תחת ידו לאכול מן הפירות שעדיין לא באו לעולם כשיעור מעותיו דהא ודאי משע' שהודה בפני בית דין דארעא לאו דיליה היא קיימא ארעא בחזקת בעלי' ותו לא מצי שמיט ואכיל ולא אמרו לגבות לכתחילה אלא מן הפירות דאיתנהו השתא בעולם דעד השתא ארעא ופירותיה בחזקתו של מחזיק זה היו ואי בעיא אמר דידי היא והיה זוכה בגוף ובפירות השתא דהוד' דלית ליה בגוה כלום נהי דהדרא ארעא משום דבחזקת בעלים עומדת פירי מיהת גבי מינייהו ויהא נאמן עליהם במגו ולא חשיב להו מגו להוציא שהרי גם הם בחזקתו היה עד הנה ואמרינן מגו להחזיקם בידו ואע"ג דקיימא לן בפ' שבועת הדיינים דכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע אף בענבים העומדות ליבצר ואע"פ שאין צריכין לקרקע כלל כדמוכח בפרק השולח מכל מקום כיון שבידו לתלשן ולאכלן מהני ליה מגו לגביתם דומיא דהא דאמרינן בפרק זה

בורר הרי שבא אחד ואמר אני ראיתי את אביכן שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל בשדה דבריו קיימין ומסיק זה הכלל רואין כל שאילו יכול ליטלו דבריו קיימין אלמא כל מידי דיכול ליטלו אע"פ שאינו ברשותו כגון בשדה אפילו של אביהן נאמן עליו ומיהו רבי' יונה ז"ל ודאי חלוק הוא על זה דסבירא ליה דכל שבא לתבוע קודם שאכל הפירות אינו נאמן עליהם דמההיא שעתי' דאודי קמה ליה ארעא ופירותיה בחזקת מרא ולא מפקינן פירות מחזקת הקרקע ואפילו תימא דלא חשיב מגו להוציא מכל מקום הוי מגו מממון לממון דלא אמרינן שיהא נאמן לגבות את הפירות בחובו מגו דאי בעי הוה טעין גם על הקרקע שהוא שלו כי היכי דלא מהימנינן להא דאמר חציה שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי לפי שצריך לתבוע באות' טענה יתר ממה שהוא תובע בטענה זו ובההוא דאמרינן בעלמא מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ופירש רש"י נהימניה במגו דאי בעי כפר הכל אף על גב דהוי מגו מממון לממון שהיה צריך לתבוע יותר ממה שתובע עכשיו הביא שם במרדכי משם רבינו תם בתשובתו דשאני התם דלפטור משבועה במגו כל דהו פטרינן ליה הילכך הכא אף על הפירות שלפניו לא מהימן מטעם זה. והרמב"ם והראב"ד ז"ל דילמא לא סברי להו הא דרבינו תם ז"ל ומתרצי ליה להיא דריש מציעא כדמתרץ לה רשב"א דהוי מגו להוציא וכדכתבו התוס' שם והילכך צריך לומר דבפירות שעדיין לא באו מודו דלא גבי מנייהו דהא ודאי מגו להוציא חשיב.

ואפילו תימא דהרמב"ם והראב"ד אכולה מילתא דרבינו יונה פליגו שיוכל לגבות אף מפירות שעתידין לבא מכל מקום לא יצא הדבר מידי מחלוקת. גם ראיתי להרשב"א בתשובות סימן תתע"ג בראובן שהיה מחזיק במקום מושב בב"ה שהיה של אברהם וטוען שאברה' הנזכר היה חייב לו והשיב דנאמן במגו דאי בעיא אמר לקוח הוא בידי וע"ש ומכל מקום כיון דספקא מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא ולא דמיא להההיא דאמרינן ארעא היכא דקיימא השתא תיקום כדפי' לעיל דהתם מחזיק בגופה של קרקע בתורת שהיא שלו ושטרא מעליא הוה ליה וארכס אבל הכא אפילו לפי דבריו הקרקע חוזרת לבעליה ואי משום חוב דאית ליה גביה יביא ראיה ויגבה דומיא דההיא דפ' המקבל ארעא כיון דלגוביינא קאי כמאן דמגבה דמיא ואי משום שבחא אייתי ראיה ושקול והכי אמרינן גבי אילן שהוא סמוך לעיר ספק זה קדם וספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים משום דאילן כיון דלמיקץ קאי כמאן דקצוץ דמי ואי משום דמי אייתי ראיה דאילן קדם ושקול וכי היכי דאמרינן בספקא דדינא הוא הדין בספיקא דרבוותא. ובתשובה אחרת הוכחתי דכל תפיסה שיש בה ספק פלוגתא דרבוותא לאו תפיסה היא

ובחזקת מרא קמא מוקמינן לה מההיא דמייתי בפרק הכותב דקריביה דר' יוחנן תפוס תורא דימתי מסימטא אתו לקמיה דר' יוחנן אמר להו שפיר תפסתוה אתו לקמי' דרבי שמעון ב"ל אמר להו זילו אהדור אתו לקמיה דרבי יוחנן אמר להו מה אעשה שכנגדי חלוק עלי ופרש"י ז"ל אדם שקול כמותי והשתא כיון דר' יוחנן סבירא ליה דתפיסה דסימטא תפיסה היא מה רב גובריה דריש לקי' אף על פי שקלסו רבי יוחנן להיות שקול כמותו להוציא מיד התופסים ונימא המוציא מחבירו עליו הראיה אלא שבכל שיש ספק בתפיסה אי לא מהניא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא ושם הארכתי ואי במטלטלין אמרינן הכי כל שכן בארעא דלעולם קרקע בחזקת בעליה עומדת.

ועוד אחרת יש בידי שצריך לעמוד עליה דאפילו אם תמצא לומר שאביהן של היתומים הללו היה נאמן בטענתו לומר שיש חוב על בעל הקרקעות במגו דאי בעי הי' טוען על הקרקעות לקוחים הם בידי השתא דשכיב ליה לא בריר' מילתא למיטען להו ליתמי הך טענתא דאבוהון הואיל ואינן מחזיקין בגופה של קרקע אלא שאביהן היה נאמן על תביע' ממון במגו דלקוחה והרי היורש מודה שאין לו בגופ' של קרקע כלום ועדיפ' מינה מוכח מעובדא דפ' חזקת ההוא דא"ל לחברי' מאי בעי' בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינתא דאמר לי דזבנא מינך א"ל את מי לא מודית דארעא דידי היא ואת מינאי לא זבינתא זיל לאו ב"ד ד"א אמר רבה דינ' קאמר לי' ומוקמינן לה ביד המערער ואע"פ שאין לה עדים שהקרקע היתה שלו מדהוצרך להודאתו דא"ל את לא מודית דארעא דידי היא ופרשה רשב"ם ז"ל בדאכלה שני חזקה אלא דליכא עדים דדר ביה ההוא מקמיה חד יומא א"נ בדאית ליה סהדי דדר בי' ההוא מקמיה ולא אכלה שני חזקה והרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא הבי' דברי רשב"ם והקשה עליו אמאי לא טעינן ליה דאלו לוקח הוה כאן והיה טוען לקוח היא בידי היה נאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם ואמר שנראה שדעתו ז"ל דכיון דאיהו מיהת מודה דארעא דידיה היא משום דלוקח היה נאמן במגו שהיה מכחיש ואומר לא היו דברים מעולם לא טעני' ליה אנן ללוקח הכי וכתב שסברא זו צריכא לפנים וכתב שדומה הדבר למפקיד אצל חבירו בעדים ומת הנפקד והרי הוא עכשיו ביד היורשים שאביהן הי' נאמן לומר חזרתי ולקחתיו ממנו במגו דנאנסו או במגו דהחזרתי דלדברי רשב"ם לא טענינן להו ליתמי הך טענתא דאבוהון עכ"ד ואע"פ שהדבר זה במחלוקת הוא שנוי שיש כמה גדולים סוברים שאע"פ שהפקי' בעדים כל היכא דליכא עדי ראיה השתא טעני' ליתמי טענ' לקוחים כטענת' דאבוהון במגו דהחזרנו מ"מ יש לחלק בין מטלטלין דמחזקינן להו בחזקת מי שהן תחת ידו ובין קרקע דלעולם בחזקת בעליה הראשונים עומד' ומדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ד מהלכות טוען מוכח להדיא

כדברי רשב"ם שכתב הבי' זה המחזיק עדים שדר בו המוכר אפילו יום אחד שאמר בפני לקחה ממך ואח"כ מכרה לי מעמידין אותה בידו שהרי יש לו טענה עם חזקתו ואילו רצה טען ואמר ממך לקחתיה שהרי יש לו שני חזקה משמע דוקא משום שיש לו שני חזקה הא אם לא אכלם שני חזקה אע"פ שיש לו עדים שדר בה המוכר יום אחד והיה נאמן במגו לא טענינן ליה ללוקח בהכי וכתב שם הרב המגיד שנחלקו המפרשים במי שאין לו עדים שהיתה שלו אלא הודאת המחזיק והבי' המחזיק עדים שדר בה קמי' חד יומא אם הוא צריך שני חזקה אם נאמר דלא צריך כיון דקמיה הוא נאמן במגו שלא היתה שלך מעולם דיש מי שכתב שצריך שני חזקה דמגו דהכחשה אזיל ליה כיון שהוא מודה שהיתה של המערער והוא לא לקחה ויש מי שכתב שאינו צריך שני חזקה ולדעת הראשון הסכי' הרשב"א ז"ל וכן נראה מלשון רבינו עד כאן דבריו והשתא משיטת הני רבוותא למדנו שאף על פי שהלוקח היה נאמן בטענה זו במגו דלא היתה שלך מעולם לא מהניא לגבי לוקח כיון דמודה דארעא דידיה היא ואינו טוען בברי שלקחה מוכר ממנו ומעמידין אותה ביד המערער אף על גב דטענתא דלוקח על גופה של קרקע היא ואי שתיק היתה קרקע מוחזקת בידו כיון דליכא עדים שהיתה של המערער כ"ש בנדון דידן שאפילו לדברי היורשים אין להם בגופה של הקרקע כלום אלא שאם היה אביהם קיים היה נאמן בטענתו על החוב במגו שיכחיש שלקוחה היא בידו והרי היורשים מודים שבתורת שאלה היא בתוכה משום מגו דאבוהון לא טעינן ליה אנן.

ולא תימא דכי אמר הני רבוותא דלא מהני ליה מגו דמוכר לגבי לוקח היינו דוקא משום דלוקח גופיה ידע מעצמו דארעא דמערער היא שלא מדברי המוכרה לו וכיון דקים ליה בגויה הכי אזדא ליה מגו דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי שכן כתב הנמוקי יוסף דהיכא שאין הלוקח יודע כלום אלא מפיו של אותו שמכרה לו הוא אומר דאמר לי' דזבנה מניה אין מוציאין אותה מידו אפילו לא דר בה שני חזקה שהרי המוכר היה נאמן לומר שלך היתה ולקחתיה ממך והוא הדין להאי דבא מכחו וכתב שגדולה מזו כתב הרמב"ן ז"ל שזוכה בטענה זו אפילו היכא דידע מעצמו שהיתה שלו עכ"ד משמע דמה שכתב לעיל הוא אפילו לשיטת רשב"ם ז"ל שנחלק עליה הרמב"ן ז"ל ולא מוכח כן מדברי הרמב"ן ז"ל לפי הטעם שנתן לרשב"ם ז"ל ע"ש אלא שהנמוקי יוסף מסברא דנפשיה קאמר לה לשיטתו של רשב"ם ואף רבינו יונה כך פירש דבריו של רשב"ם ז"ל דדוקא כשהודה המחזיק שידע שלא על פי המוכר כדמייתי הטור סימן קמ"ו וכתב וא"א הרא"ש ז"ל כתב שאפילו לא ידע שהיתה שלו אלא על פי המוכר צריך להחזיר.

איברא שאני מתקשה בדברי הרא"ש ז"ל בהלכותיו שם שהוא הקשה על דברי רשב"ם כמו שהקשה הרמב"ן ז"ל דהואיל ואילו היה בפנינו אותו שמכרה לו היה נאמן לומר שלך היתה ולקחתיה ממך במגו דלא היתה שלך מעולם אף זה הבא מכחו יהא נאמן בטענה זו ומצאתי שכתב רבינו יונה דמיירי שהודה המחזיק שידע שהיתה של המערער ואף בלא דברי המחזיק וכולי ולי נראה דאף על גב דאותו שמכרה היה נאמן במיגו דלא היתה שלך מעולם אין זה מגו טוב לגבי אותו שלקחה כי ניחא ליה טפי לומר שלקחה מאותו שמכרה לו כי הוא סבור שימצא עדים שהמערער מכרה לו אבל לא בעי למטען לא היתה שלך מעולם שהוא ירא שהלה ימצא עדים שהיתה שלו עד כאן לשונו ודבריו איני יכול להולמן דהא דקשיא לן בדברי רשב"ם שנעמיד הקרקע ברשות הלוקח לא מחמת מיגו הוא דלגבי לוקח ודאי לא שייך מגו שהרי אינו בא בטענת עצמו אלא בטענת אחרים שאמר לו המוכר שלקחה ממנו אלא דכיון דטענינן ללוקח כל מאי דמצי מוכר למטען ואלו הוה מוכר קמן היה נאמן לומר לקוחה במגו אף לוקח זה הבא מכחו יחזיק מספק מכח אותה טענה ומאי קא משני דאין זה מגו טוב לגבי אותו שלקחה כי ירא שהלה ימצא עדים שהיא שלו ואני תמה היכי תסיק אדעתין לזכות את הלוקח במגו אפילו בלא הך טעמא שהוא ירא אלא שהיה מגו טוב שהרי אינו טוען ברי שלקחה הראשון ממנו אלא דאמר מוכר דזבנה מיניה ומה שייך להאמינו במגו והרא"ש ז"ל עצמו כתב משם רשב"ם דלא מהימנינן למחזיק במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם שאין אומרים מיגו אלא בשתי טענות שבכל אחד מהם יכול לזכות אבל הכא אפילו אי מהמנית ליה במאי דקאמר וכו' דאין יודע שלקחה ממנו אותו שמכרה לו ודבר ברור הוא שטעם המגו הוא להוכיח דקושטא קאמר דאם לא כן מה לו לשקר אבל זה אין אנו חושדים אותו שהוא משקר וכה"ג כתבו התוספות בריש פרק האשה שלום גבי החזיקה היא מלחמה בעולם דמבעיא לן מי אמרינן מה לה לשקר איבעי אמרה שלום בעולם ותימה לר"י דע"כ לא שייך מגו כיון דאמרה בדדמי ואינה חשודה לשקר ופירשו שם בענין אחר וסבור הייתי לומר שלא כתב הרא"ש ז"ל כן אלא כלפי מה שכתב רשב"ם דאפילו החזיק בה שלש שנים מפקינן מיניה דהא לא טען זבנה מינך קמי דידי וגם אין לו עדים שהחזיק בה המוכר יום אחד דקשה אמאי צריך עדים יהא נאמן לומר שהחזיק בה המוכר יום אחד במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם וכן כתבו התוספות דאי הוה טעין מעיקרא קמאי דידי זבנה מינך או דר בה בחד יומא הוה מהימן אע"פ שלא החזיק שלש שנים במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם אבל השתא דלא טעין הכי לא מצי תו למטען בתר הכי כן דהוה ליה מגו למפרע ובא הרא"ש לקיים דבריו של רשב"ם דדוקא עדים

בעינן ולא יהא נאמן לומר דר בה במגו דלא היתה שלך מעולם דאע"ג דאותו שמכרה לו הי' נאמן במגו זה ולא אמרינן ירא הוא שהלה ימצא עדים שהיתה שלו היינו משום דאם טענת לקוחה היא בידי אם שקר היא אפשר לה להתברר אבל לוקח זה סבר שדברי המוכרה לו אמת שאמר ליה שמכרה ממנו וסומך על זה שהוא סבור שימצא עדים על כך ולא ניחא ליה לטעון ולבדו' מלבו שלא היתה שלו מעולם שהוא ירא שימצאו עדים שהיתה שלו וסברא גדולה היא בעיני לקיים דברי רשב"ם אע"פ שהתוספות חלוקים בדבר ואין לתמוה אם סוף לשון זה של רשב"ם שאמר וגם אין לו עדים שהחזיק בה יום אחד שדברי הרא"ש חוזרים עליו לא הובאו בהלכות הרא"ש כי גם עיקר מלשון שלמטה הימנו שכתב רשב"ם דבלא אכלה שני חזקה מפקי' מינה שעליו הקשה הרא"ש דטענינן ללוקח כל מאי דמצי מוכר טעין לא הובא שם זה הלשון כל עיקר וצריכין אנו לומר שהיתה דילוג מאת הסופר או שהביא תחילת הלשון כעין וגומר וערך עליו את דבריו זאת חשבתי למשפט אבל מה נעשה ששוב ראיתי מה שכתב הטור ז"ל סימן קמ"ו דמשמע ליה שדברי הרא"ש חוזרים על דברי רבינו יונה ומי לנו בכל מעתיקי דבריו כבנו נאמן ובאמת לדבריו אינו יכול לעמוד על אופנו של תירוץ זה אקח מועד אשקוטה ואביטה מכל מקום הרמב"ם ורשב"ם ז"ל שלא נתברר לנו אם הם חלוקים בדינו של רבינו יונה אצל אביהן והם מפוקפקים בדינו חזרו ונתאששו אצל היורשים דלא טענינן להו בכה"ג בטענתא דאבוהון שכל שאינן מוחזקין בגוף הקרקע שלא אכלוה שני חזקה אע"פ שהראשון היה נאמן במגו לא טענינן להו ללוקח משום מגו דידיה וכ"ש בנ"ד שלפי דבריהם אין להם זכות בגופה של קרקע משום מגו דאבוהון לא טענינן להו אנן להוציא ממון מכח טענה זו.

ומבלעדי זאת איכא תיוהי אחריני בהאי חזקה חדא דלפי מה שבא בשאלה שיתומות אלו קראו בשמותם מלכה ותרצה המה ואביהן זה להם ארבעים שנה מוחזקות בקצת בתים ורוצים לעכבם לגבות מהם חוב אביהן ולפי הנראה עד הנה היו יושבות בתורת שאלה או שכירות לפי האמת שהרי אין טוענות שהבתים שלהן ומסתמא דבר כזה זה ארבעים שנה קול יש לו לדבר ומפרסמ' מילתא דבשאלה הן יושבות או בשכירות ואף שלא ימצא עדות ברור קלא בעלמא סגי לבטולי טענתייהו והיינו דאמר ליה אביי לרבה בר שרשום לקוחה היא בידי לא מצי' אמרת דהא נפיק עליה קלא דארעא דיתמי היא ופי' בתוספות אף על גב דאי הוה אמר לקוחה היא בידי הוה מהימן מכל מקום לא הוי מגו דאינו רוצה להעיז פניו כענין שאמרו בפרק קמא דב"מ מה אם ירצה לומר מזיד הייתי לא משוי נפשי רשיעא ואינו טוען כך ברצון ולהכי לא חשיב מגו וכן כתב הרא"ש ז"ל

ורשב"ם ז"ל פירש כיון דידיעת דאיכא קלא אין לך מחאה גדולה מזו והוי ליה לאזדהורי בשטריה וכיוצא בזה כתב הרא"ש משם רבינו האי ז"ל דאי הוה טעין לקוחה היא בידי לא היה נאמן כיון דנפק עליה קלא ופי' רבינו יונה ז"ל את דבריו דמיירי שיצא הקול בחיי האב בתוך שני חזקה דאין לך מחאה גדולה מזו דהוה ליה לאזדהורי בשטריה ומחמת הקול לא נזקק אביהן למחות או שמא מחה בפני עדים ואינן מצויין והיא הקול אשר נשמע ונראה דאיכא בין הני תרי טעמי דלטעמא דכתבו התוספות אע"פ שלא יצא הקול בחיי אביהן ועברו שני חזקה כיון דהשתא איכא קלא שמרננים העם דאכיל ארעא אינו רוצה להעיז פניו כנגד הקול ולדברי רבינו האיי ורשב"ם ז"ל כיון דלא נפק עליה קלא בחיי האב עלתה לו חזקה ותו לא מבטלה בקלא דהשתא ותו איכא בינייהו היכא דליכא סהדי דארעא דאביהן של יתומים מעיקרא הוא לטעמו של רב האיי ורשב"ם ז"ל אפילו נפק קול בחיי אביהן נאמן להחזיק הקרקע בידו במגו דלא היתה של אביהם מעולם אבל לטעמם של התוספות כיון דקלא מבטל למגו שאינו טוען כך ברצון לא מהימן לומר לקוחה היא בידי במגו כלל וקשי' לי על מה שכתב הטור סי' קמ"ט שהרמב"ם ז"ל מפרש כדברי רב האיי ורשב"ם שהקול מבטל החזקה כי כפי מה שכתב בפרק י"ד מהלכות טוען אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים אינו נאמן שהרי אין מחזיקין בנכסי קטן לא אמר שאינו נאמן לומר לקוח' כנגד הקול אלא אינו נאמן לומר חוב יש לי על אביהן במגו דלא היתי' של אביהן מעולם או במגו דלקוחה היא בידי דקלא מבטל למגו וחזקה נמי לית לי' דאין מחזיקין בנכסי קטן דהא לא חשיבא חזקה אלא מטעם דאי בעי שתיק ואמר לא היתה של אביכם מעולם וכיון דמגו ליתיה משום דקלא מבטל ליה חזקת ממונא נמי ממילא אבטלה לה דאין מחזיקין בנכסי קטן ואם היה טעמו של הרמב"ם מטעם מחאה היכא דליכא עדים שהוא של אביהן יהא נאמן לא מטעם חזקת ג' שנים דכיון דאיכא מחאה ליכא חזקה אלא מטעם מגו דלא היתה שלך מעולם יהא נאמן לומר חוב יש לי על אביכם ומדברי הרמב"ם ז"ל מוכח דמיירי דליכא עדים שהיתה של אביהן שכן כתב שהרי אינו מוחזקת שהיתה של אביו של זה ותו איכא למידק בדברי רשב"ם שכתב נפק עליה קלא דקאכיל ארעא דיתמי כדמפרש לקמיה דבמשכון היתה אצלו עד עכשיו שכלו שני המשכנתא והילכך נפק עליה קלא של עדות אמת דמהשתא אכיל ארעא דיתמי וכן כתב להלן כיון דאיכא קלא ועדות דארעא דיתמי היא ע"כ ומאי דעתיה בהא דכתב קול של עדות אמת דאי סבירא ליה דבעינן קלא דאתחזק בבי דינא כעין קול דקידושין או גרושין דאמרינן בסוף פרק המגרש לא שישמעו קול הברה אלא שיאמרו פלוני מהיכן שמע מפ' ופ' מפ' והלכו להם למדינת הים ולמה לי הא כיון דבתורת מחאה

חשבינן ליה כל מחאה אינה אלא הוצאת קול כדאמרינן התם שאפילו מיחה בפני עדים שאינן יכולים ללכת להגיד כגון זקן או חולה הוי מחאה מאי טעמא חברך חברא אית ליה וכן כתב רבינו יונה ז"ל שכל מחאה אינה אלא הוצאת קול דאמרינן חברך חברא אית ליה ומפני הקול היה לו להזהר בשטרו כי כל מחאה אין הולכים מיד למחזיק אלא הקול נשמע אליו עכ"ד ואף רשב"ם ז"ל כתב כיון דידיעת דאיכא קלא אין לך מחאה גדולה מזו והיה לך להזהר בשטרך וכיון דטעמא משום הכי הוא למה קול עדות אמת אטו כל קול של מחאה קול של עדות אמת הוא והלא אין הקול יוצא אלא מפי המערער שאומר פ' גזלנא הוא דקאכיל ארעאי בגזלנותא ומשום רננה בעלמא אית ליה לאזדהורי בשטרי' לכך נראה שרשב"ם ז"ל רוצה לפ' דהאי קלא דנפק עליו דרבה בר שרשום אחר שמת אביהן של יתומים הוא ואחר שעברו שני חזקה דהכי מוכח פשטא דלישנא דקאמר נפק עליה קלא דקא אכיל ארעא דיתמי שאם היה הקול יוצא בחיי אביהן כדברי רבינו יונה ז"ל הוה ליה למימר נפק עליה קלא דנקיט ארעא במשכנתא וכן מוכח מלשונו ז"ל שכת' הילכך נפק עליה קלא של עדות אמת דמהשתא אכיל ארעא דיתמי ואי סלקא דעתך קול הברה בעלמא הוא דילמא יתמי מפקי לקלא דאמרי' דקאכיל ארעא בגזלנותא ומטעם מחאה לא מהני כיון דעברו כבר שני חזקה בחיי האב לכך הוצרך לומר קול של עדות אמת כלו' שחוקרים על הקול שלא יהיה מחמת היתומים אלא שיודעים משעת שהיה אוכלה בשופי שלא יהיה אוכלה אלא בתורת משכנתא וזה אמרי' שיודעי' באמת מפי השמועה מעבירים עם ה' ואע"פ שלא יגיעו לומר פ' מהיכן שמע מפ' אלא שכיון שמעידין דקלא דלא פסיק הוא שלא מחמת היתומים מסתמא אף בתוך שני חזקה היה נשמע הקול הזה לרבה אע"פ שלא נשמע לרבים אלא עכשיו מ"מ איהו מיהת היה לו לשמוע דחברך חברא אית ליה כדאמרי' גבי מחאה ולכך הוצרך לפ' דקאכיל ארעא כדמפרש לקמיה שבמשכון היתה אצלו עד עכשיו כלומר לא שאומר כן סתם דקאכיל ארעא דיתמי דהא אפשר דיתמי מפקי לה אלא שיודעים הענין כיצד באתה קרקע לידו כך נראה שיטת רשב"ם ז"ל אבל רבינו יונה ז"ל משום דמשמע ליה פשט הלשון שלא היה הקול אלא דקאכיל ארעא דיתמי ולא שידעו מהמשכנתא הוצרך לפרש לדברי רב האיי שיצא הקול בחיי האב והוי לה מחאה.

והשתא בנ"ד לטעמו של רבינו האיי בפי' של רבינו יונה ז"ל צריך שיצא הקול בחיי אביהן שאם לא יצא אז אע"ג דהשתא איכא קלא לא חיישינן לה שהרי עלתה חזקה לאביהן בחייו אבל לדברי רשב"ם כל דאיכא השתא קלא של אמת שמעולם שמעו שבתורת שאלה היה אביהן בבתים אלו מסתמא אביהן שמע והוה ליה לאזדהורי

בשטריה וגם לדברי התוס' כיון דאיכא השתא קלא מסתמא כך היא מרגלא בפומיהון דאינשי ולא היה אביהן אז נאמן במגו דלקוחה שאינו טוען ברצון דבר שהקול מכחישו ולפי מה שכתבנו לעיל יש לומר דרבינו יונה ז"ל לא פליג אדינא דרשב"ם ז"ל אלא שהוא רוצה לפרש דברים ככתבן דנפק עליה קלא דקאכיל ארעא דיתמי דמשמע דלא ידעי כלום מהמשכנתא ומתור' מחאה מהני הני מילי דאמרי אבל אם יש קול שיודעים הדבר באמ' שמשכונ' היא אין צריך שיצא הקול בחיי אביהן דמסתמא על שע' המשכון הם מעידין והוה ליה לאזדהורי בשטריה ויש לי ללמוד שאף רבינו האיי ורשב"ם ז"ל אינם חולקים על דינם של התוס' דכיון דאיכא קלא לא אמרינן מגו דלא חציף כוליה האי וכאותה שהביאו התוס' בפרק קמא דב"מ דלא הוי מגו דאי בעי אמר מזיד הייתי דלא משויה נפשיה רשיעא אלא שהם ז"ל ניחא להו טפי לפרשה הא דאמר לי' אביי לקוחה היא בידי לא מציא אמרת דמשמע שאינו יכול לומר כן מן הדין דלדברי התוס' יכול הוא בדין לומר כן והיה נאמן בטענה זו אלא דחקו לפרש אינך יכול להעיז פניך נגד הקול אבל מ"מ הדין דין אמת דאין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות וזה אינו רוצה להעיז ולטעון טענה שיהיו הבריות מלעזים עליו ואע"ג דבעלמא אמרינן מגו במקום העזה כגון בהנהו עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא דאמר בפרק חזקת מגו דיכול לומר לקוחין הן בידי יכול לטעון עד כדי דמיהן אע"ג דבטענת לקוחין מעיז פניו שחבירו מכיר בשקרו מה שאין כן בטענת ההיזק שאין חבירו מכיר בה ובמקום אחר כתבתי מה בין זו לאותה שאמר והאי בכוליה בעו דנכפריה אלא שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו מ"מ אע"ג דלהעזה בפני בעל דבר לא חייש להעזה בפני העולם שמכירין בשקרו חייש ונראה לי ראיה לדבריהם ז"ל מדאמרינן בפ' שבועת הדיינים אפיסקא דאם אמר אל תפרעני אלא בעדי צריך לפורעו בעדים ואם אמר לו פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה נאמן כך גירסת התוספות וגם הרמב"ם ז"ל כתב שחקר אחר גמרו' שנכתבו לפני חמש מאות שנה ומצא כן הנוסחא שהוא נאמן וכתב הרא"ש ז"ל שם ואי תיקשי לך כיון דמהימן לומר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה או מתו יהא נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה או מתו וי"ל דאין זה מגו טוב דיותר נוח לו לומר פרעתיך ביני לבינך ושכחתי ההתראה שהתרית בי לפרעך בעדים ממה שיאמר פרעתיך בפני פ' ופ' ומתו כי יאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עדותו עד כאן הרי דלא אמרינן מגו היכא דאיכא למיחש ללעז הבריות וכן מצאתי להרא"ש בפרק חזקת גבי אומן שמסר לו בעדים דאמר רבה שצריך להחזיר לו בעדים כתב דלא מהימן במגו דהחזרתי בפני פ' ופ' ומתו שיאמרו העולם שהוא משקר ועוד מצאתי לו בתשובותיו כלל ס"ו סימן י"ח

על מי שהקנה לחבירו בקנין בפני ב' עדים פסולים מחמת קורבה ועתה אומר שאותם המעות הם של שחוק שהרויח לו בעול ולכך רצה לרמותו שהקנה לו בפני עדים פסולים וכתב הרא"ש שאם הקנין היה סת' ואין השחוק ידוע ומפורסם לא מהימן במגו דאי בעיא אמר לא הקניתי לך כלום דאע"ג דעדים פסולים נינהו מ"מ ניחא לי' למימ' טענה שאין העדי' יכולים להכחישו והביא ראיה מעובדא דרבה בר שרשום דלא המניה במגו כיון דנפק עליה קלא ע"כ דבריו ואע"פ שהוא עצמו בהלכותיו הביא שיטת רבינו האיי ודברי רבינו יונה ז"ל ולשיטתם ליכא למילף מההוא עובדא כלום מ"מ הוא סבר שאינם חלוקים על הדין אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי הילכך בנ"ד דמסתמא דירה כזו של כמה שנים שלא במכר ושלא במתנה קלא אית לה למילתא ולא היה אביהן של יתומות הללו נאמן במגו לבטולי קלא עוד יש רעות' אחריתי בהאי חזק' לפי מה שבא בשאל' שאברה' זה היה משרת את שרה בכל לב ובכל נפש מיום היותה גברת עד סוף ימי חלדה וגם היא העידת על עצמה שאין כל נכסים כדאין חלף עבודתו אשר עבד עמה ונמצא חומרו קולו שזה אין לו חזקה בנכסים כלל כי כל מה שהיה דר בבתים ברשות קעבד הואיל ואפוטרופס שלה הוא ויש לו בבית' ובחומותי' יד ושם ותנן האומנין והשותפין והאריסין והאפוטרופסין אין להם חזקה ולא סוף דבר אפטרופס של יתומים שידו כידן ואוכל פירותיהם אע"פ שלשון אפטרופוס פירש בערוך אבי ילדים בלשון יון מ"מ מצינו שהושאלו בזה הלשון בכל פקיד שמפקיד אדם על שלו כאותה שאמרו לא יעמיד אדם אפטרופוס בתוך ביתו מנלן מיוסף ובתו' שהביא הרי"ף ז"ל בפרק איזהו נשך תניא נכרי שמנה לישראל סנטר או אפטרופוס מלוה מעותיו וכו' ובפרק כל כתבי גבי יוסף בן סימאי שנפלה דליקה בחצירו ובאו אנשי גסטירא של ציפורי לכבותה מפני שאפטרופוס של מלך היה וגם שנינו בפ' הכותב המושיב את אשתו חנוונית או שמוה אפטרופוס הרי זה משביעה כל זמן שירצה ואמרי' התם אין אשה שלא נעשית אפטרופוס בחיי בעל' שעה אחד על פילכה ועל עיסתה הרי שעל דברים הקלים האלו קרוי אפטרופא ולא ראיתי למפרשים ז"ל שפירשו בדבר זו זולת הרמב"ם ז"ל פי"ג מהלכות טוען שכתב האפטרופסים כיצד בין שהיה אפטרופוס על שדה זו בין על שאר נכסים וכו' ובין שמינ' אדם אטרופוס על הוצאתו והכנסתו והואיל והם משתמשי' ברשות אין להם חזקה עכ"ל הרי שהפקיד על הוצאה והכנסה קרוי אפטרופוס גם מוכח כן מדברי רשב"ם ז"ל אהא דתנן ולא לאב חזקה בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב פירוש דומיא דאפוטרופסי' נינהו זה בנכסים של זה עכ"ל אלמא לפי שרגילין להשתדל זה על נכסיו של זה יש להם דין אפטרופוס וכתב ה"מ ז"ל שם בהלכות שדברי הרמב"ם ז"ל מתבארים ממה שאמרו בפ'

חזקת אח' מן האחי' שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו שעליו להביא ראיה שהם שלו וכ"ש שאין לו חזק' ואולי במקום אחר מצא רבינו הדבר יותר מבוא' עכ"ל.

ואיכא למידק אם תמצא לומר שהרב למד כן מאותה דהיו אונות ושטרות יוצאות על שמו הא אמר שמואל התם מודה לי אבא שאם מת על האחים להביא ראיה והכי פסקו רבוותא התם אם כן בנ"ד אע"פ שאביהן כשהיה קיים היה צריך להביא ראיה על חזקתו עכשיו שמת אין מוציאין מיורשיו בלא ראיה הא ליתא דהא ודאי לא אשכחן בשום דוכתא דטענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען כדפריך רב פפא התם אלא טעמא דרב ושמואל דכשמת על האחין להביא ראיה כתבו התוס' משום דאונות ושטרות שיוצאות על שמו מוכחא מילתא דשלו הן אלא בחייו הוא דאמר רב עליו להביא ראיה לפי שאם איתא שנפלו נכסים מבית אבי אבא היה לו עדים בדבר אבל בבניו דליכא למימר הכי סמכינן אמאי דיוצאין על שמו אלו דבריהם ז"ל אלמא דוקא התם משום דאונות ושטרות שמפרשים על שמו מפקי מחזקת תפיסת הבית מוקמינן ליה בידא דבניו לפי שאין אנו צריכים למטעון להו שהרי טענתם בידם אבל היכא שאין לאביהן אלא חזקה שאנו צריכין למטען ליורש היכי טענינן ליה מאי דלא מצי אבוהון למטען ותדע דאונות שטרי מקח הם כדפירש רשב"ם ז"ל שקנ' קרקעות או מטלטלין או כמו שפירש הרמב"ם ז"ל בפרק תשיעי מהלכו' נחלו' שקנה עבדים וכאותה שאמרו בפ' השולח אם כתב עליו אונו זהו שחרורו וטעמא לפי שיש אונות אבל אם לא היו אונות עליהם אין חזקת הקרקעות ולא העבדים מועלת לגבי היתומים אע"פ שאביהן היה משתמש בהם בחזקת שהם שלו וגם לא היו מתחלה בחזקת תפיס' הבית דחזקה שאין עמה טענה היא ולא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען אלא דוקא משום אונות ושטרות הוא דמוקמי' להו בחזקתייהו שהרי באים מחמת טענה ובר מן דין קשה הדבר לומר שהרב למדה מההיא דא' מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית דכי מדמי הרב מילתא למילתא מייתי להו אהדדי ויליף להו זה מזה וזה דרכו בכל מקום ועוד דלא דמיא כלל דהתם לא הוחזקו לו נכסים אחרים חוץ מאותם שהם בחזקת תפיסת הבית שאם היו מוחזקים לו מעות או מטלטלין היה נאמן לומר מאותם מעות הם אונות ושטרות אלו אבל באפטרופוס שאדם ממנה אף בשהוחזקו לו נכסים משלו מיירי ולא בטלנו חזקתו אלא מטעם שמשתמש ברשות הוא והריב"ש ז"ל בתשובה רנ"ב הכריע דאפטרופוס דמתניתין לא מיירי בשל יתומים קטנים וגם פירש שלשון אפטרופוס נאמר על הפקיד כדתרג' יונתן ויפקד המלך פקידים אפטרופוס וכן מורשה או שליח נקרא אפטרופוס

כדאמרינן בפרק בתרא דנדרים האומר לאפטרופוס כל נדרים שתדור אשתי מכאן ועד יום פלוני הפר לה וכו' מכל הטעמים הללו לא עלת' להן חזקה ליתומות הללו בבתים שדרות בהם ואין להם שעבוד עליהן כלל.

הילכך טענה זו שטוענות היתומו' מכח הצוואה אינה אלא כטוענו' תביע' בעל פה מיורשי שרה ומטילין חרם חמור בפני יורשי שרה הנזכר על כל מי שיודע ליתומות הללו זכות שלא נתפרעה צוואה זו ואינו מגיד. ואעפ"י שמצינו לרשב"ם ז"ל בסוף פרק המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה דמלוה אבל מחצה דפקדון טענינן ליתמי החזר' במגו דנאנסו וכתב רשב"ם ומשתבעי יתמי שבועת יורשים כדמפרש בשבועות שבועה שלא פקדנו אבא וכו' דסבירא ליה ז"ל דאף כשתובעים את היתומים מחמת חוב אביהן צריכין לישבע הרי מחלוקתך בצדך שהרא"ש ז"ל כתב שם בהלכו' שאף שבועת היורשין שלא פקדנו אבא אינן צריכין לישבע שלא נאמרה שבועת היורשים אלא כשהניח להן אביהן שטרות על אחרים ובאים לגבותם אבל בממון שהם מחזיקים בו ואביהן היה צריך לישבע הם פטורין מן השבועה. ובתשובה כלל פ"ו סימן ד' האריך והביא תשובת רב פלטוי גאון ז"ל דלא משביעינ' להו אלא מחרימין ושכן היה דן רבינו מאיר ז"ל וכן היא הכרעת האחרונים ז"ל כמו שהביא בבית יוסף סי' ס"ט ובנ"ד שהיתומות הללו אינן באים בטענת עצמן שיודעים שעדיין לא נתפרעו השלשת אלפים פרחים אלא בטענת אביהן שאמר להן כך לא מבעיא לדברי הרמב"ם ז"ל בפר' א' מהלכות טוען דקא חשיב בא בטענ' אביו טענת ספק ואין נשבעין עליה וכן הכריעו גדולי האחרונים ז"ל ולדבריהם אפילו היו שרה ויוסף בעלה קיימים לא היו חייבים שבועה על טענת היתומות הללו כל שכן חנה היורשת ואף רשב"ם ז"ל מודה בזה אלא אף לדברי הראב"ד ז"ל דחשיב אמר לי אבא טענת ברי ואילו היה שרה ויוסף בחיים היו חייבים שבועת הסת שפרעו השתא דמתו החייבים לא מחייבי יורשים שום שבועה שנראה לי שאף רשב"ם לא אמר אלא גבי שטר כיס אפלגא פקדון דאי אבוהון היה קיים היה חייב לישבע אנאנסו שבועת השומרי' שהיא של תורה דכתיב אם לא שלח ידו במלאכת רעהו והכי נמי כשטוען החזרתי חייב אותה שבועה דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן השתא דמית תקון רבנן דמשתבעי יורשים שבועה שלא פקדנו אבא אבל היכא דאפילו מלוה ולוה קיימי' אינו מחוייב לישבע אלא מתקנתא דרבנן דתקון שבועת היסת לא עבדי תקנתא אחריתי לגבי יורשים דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ומיהו לדברי בעל התרומות שהביא בטור סימן ס"ט שסבור שנשבעים היורשים שלא פקדם אבא שאין החוב פרוע ובסימן ע"ג הביא תשובת הרי"ף באומר יודע אני שאבי חייב לך ואיני יודע אם פרע לך

נשבע היורש הסת וכן כתב הר"י אלברצלוני ז"ל ובסימן ק"ח בבית יוסף הביא דברי בעל התרומות ע"ש נמצא דבר זה תלוי בפלוגתא דרבוותא.
ויש לי ללמוד שכל שתלוי בפלוגתא אע"ג דלאו אפוקי ממונא הוא לא משבעינן מהא דכתב הרא"ש בס"פ הכותב אפלוגתא דהרי"ף ורבינו תם ז"ל בהא דר"ש אינה תובעת כתובתה אין היורשים משביעי' אותה שכתב כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייבה שבועה. הגם הלום ראיתי אחרי רואי מה שהוסיפה היתומה לטעון כי דבר זה ידוע ומפורסם לכל בני השכונה וכל משרתי הגביר' ילידי ביתה יודעים בדבר זה שהם היו לעולם תובעים מחתנה יוסף ומבתה ומתלוננים עליהם והם לא הטו אזן אליהם וגם כי היורשו אשר היא בחיי' עדנה יודעת הדבר שלא פרעה להם כלום לא חשו לקיים דברי הגבר' הזקנה ועל פי הדברים האלה יפה כחן של יתומות הללו בכמה דברים תחלה שנעשת טענה זאת טענת ברי כי הן בעצמן היו תובעות לפני הכל וגם לפני היורשת ואומרות כי נפשה יודעת מאד היות הדברים אמת ושלא נתפרעו ולכולי עלמא צריכה שבועה שהרי זה כמי שאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי דנשבע היסת שאין לו בידו או שאינו יודע שיש לו בידו ובפרק שבועת הדיינים מייתי פלוגתא דראב"י ורבנן במה שאמר פעמים שאדם נשבע וכו' ונחלקו המפרשים ז"ל בפירושה ולדברי כלם היכא שטוען הלה ברי שאומר יודע אני שיש לאבי בידך מנה או ביד אביך מנה ואתה יודע בדבר נשבע שבועה של תורה אם מודה במקצת הוא והוא הדין שבוע' היסת בכופר הכל. ולענין מה שתובעות הבנו' אם יכולות למחו' לעכב ביד מי שירצה לקנות הבתים ההמה שנשארו משרה נראה שיכולות למחות בב"ד ואף הבית דין ראוי להם להזהיר את כל הבא לקנות וגם לגזור עליה שלא תמכור עד שתעמוד בדין עם הבנות הנזכר ותקבל עליה מה שיגזרו הב"ד ואע"ג דאינה מחוייבת השתא אלא שבועת היסת מדרבנן ואמרינן בפרק שבועת הדיינים דבשבועה דרבנן לא מחתינן לנכסיה אלא משמתי' ליה עד תלתין יומין וגדולה מזו כתב הרב האלפסי ז"ל בפרק הכותב עלה דההיא דאי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא דנ"מ דבשבועה דרבנן זו שהיה בדין שתהא נשבעת ונוטלת אם תפסה בלא שבועה כיון דשבועה דרבנן היא לא מפקינן מינה כיון דלא מחתינן לנכסי' אבל מייתי לה לידי שבועה דאורייתא ומפקינן מינה ותו אמר בשילהי בתרא נכסוהי דאניש אינון ערבין ליה ואין נפרעין מן הערב תחילה.
ומיהו כאן בנדון שלפנינו אין שעבוד חוב זה על האשה היורשת אלא על בתים אלו שירשתם משרה שאלמלא הם לא היתה חייבת לפרוע חוב שרה וכשהיא באה עתה למוכרם הרי היא מזיקה בידים שאחר כך אע"פ שיתברר שהחוב הוא אמת לא תוכל

להפרע מן הדמים דמלוה על פה לא טרפה ממשעבדי ואע"פ שיכולות לחזור ולתבוע ממנה שתפרע מדמי הבתים שמא יאבדו או לא יוכלו להוציא מידה והרי זה הפך מאותה דפרק שום היתומים דאמרינן נכסוהי דאניש אינון ערבין ליה ואין נפרעים מן הערב תחילה דאדרבא כאן הנכסים הם החייבים והיא אחר כך תתחייב בדין ערב לפי שקבלה המעות ואין אומרים לו לאדם שיניח את הלוה ויתבע אחר כך מן הערב. ובפרק שני דייני גזרות אמר זה פקח היה שמכר לו את הקרקע כדי שיוכל למשכנו ואם הקרקע בעין ויניחנו למכרו ושוב יחזור לתבוע מן הדמים אין זה אלא טפש ותדע לך ראיה דכל היכא שיש נכסים מיוחדים שאין לו פרעון אלא מהם אע"פ שיכול אחר כך לחזור ולהתפרע ממנו וגם אע"פ שיש במה שנשאר כדי להפרע אין לו למכור שהדבר דומה ליבם שבא למכור בנכסי אחיו דתניא בפרק האשה שנפלו מי שמת והניח שומרת יבם והניח נכסים במאה מנה אע"פ שכתובתה אינה אלא מנה לא ימכור שכל נכסיו אחראין לכתובתה ואמרי' בגמרא אע"ג דזבין לא הוו זביניה זביני וכתבו התוספות שם לעיל אהא דאמרינן הרוצה שימכור בנכסי אחיו וכו' דטעמא שאמר מכרו בטל לאלתר אפילו קודם שתבא לידי גביה דהחמירו חכמים ביבמה לפי שלא כתב לה שכל נכסיו אחראין לכתובתה לכך תקנו שאינו יכול למכור כלל שלא תצטרך לחזור ולטרוח ולטרוף מן הלקוחות ואפי' ישאיר לה כנגד כתובתה דחיישינן שמא יאבדו או ישתדפו השדות ואם תאמר מכל מקום מה מפסדה הא אמרינן לקמן אי לית לה מראשון תקינו לה רבנן משני. וי"ל דמפסדת שצריכה לטרוף מן הלקוחות דכל היכא דיכולה לטרוף מנכסי ראשון אפי' ממשעבדי לא תקינו לה רבנן משני ורואה אני שהדברים קל וחומר בנדון דידן שאם נניח לה שתמכור שוב לא תוכלנה האחיות לטרוף מן הלקוחות וכל שכן שלא יוכלו לחזור ולגבות ממשועבדין של היורשת ואפי' מבני חרי יכולה היא שתטעון אח"כ נאנסו המעות מידי אע"ג דאיכא למימר דלכשיתברר החוב תהא חייבת לפרוע משל' כדין מזיק שעבודו של חבירו דקיימא לן כר"ש בן גמליאל בפ' השולח דחייב מדינא דגרמי מ"מ אהדורי בתר' בדינא ודיינא לא בעו ולכתחילה לא תמכור. ואע"ג דלענין ביטול מקח לא גמרינן מהתם דכתובה שאני דאלמוה רבנן מ"מ שלא תמכור כאן לכתחילה נראה דבר ברור דלא שבקינן למוכרם עד שתעמוד בדין לפי שחזק' שעבוד האחיות הללו בידים. והלא דברים קל וחומר אם בגרמא בניזקין שהוא פטור קיימא לן דאסור לגרום דתנן בפ' לא יחפור מרחיקין את הסולם מן השובך ארבע אמות שלא תקפוץ הנמיה ופרכינן והא גרמא הוא אמר רב טובי בר מתנא זאת אומרת גרמא בניזקין אסור וכל שכן בדינא דגרמי דהוה פשיטא ליה לתלמודא דאסור אע"פ שסופו לשלם דכלהו הרחקות דפרק לא יחפור

כשחייב לשלם נינהו וכל שכן מזיק שעבודו של חבירו אע"פ שאין הנזק ניכר להדיא כי ההוא דפרק השולח בעבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו שכתבו התוספות שם דאפי' מאן דפטר בדינא דגרמי מחייב במזיק שעבודו כדמוכח בפ' המניח וכ"ש מזיק בידים ע"י מכירה.

ומעתה יש לנו לחקור אם תאמר אמת כי לעולם הי' תובעו והוא לא היתה רוצה לתת וגם כי הסברא נותנת שלא פרעה אבל מי אמר לי שלא היו לה מעות טמונים אשר לא ידעתם בהם ונתנה להם בחשאי בינה לבינה ואולי היתה להם שום טענה וסיבה להסתיר את הדבר ממני ומאחרים בזה יש לדון שלא תועיל טענה זו להפסיד ליתומות דהא קיימא לן דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי כדמוכח בההיא דסוף פרק המוכר את הבית דשטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה דמלוה אבל אידך פלגא דפקדון טענינן להו החזרתי במגו דנאנסו אבל נאנסו לכולי עלמא לא טענינן להו אע"ג דאבוהון מצי למטען נאנסו וכדכתבו התו' טעמא דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי והרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"ו הורה להוציא מיתמי מעות של עסקא שנשארה בידם מטעם זה והאריך להוכיח דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי והביא מההיא דשטר כיס דלא טעני' ליתמי נאנסו עוד כתב שנראה שיש חילו' בדבר דלא שכיח כולי האי ואינו ניכר גם כן שהוא שקר שאם טען האפטרופוס טענתיה טענה ואי לאו אין לדיין לטעון בשביל היתומים והביא מהא דאמר בפ' בתרא דכתובות ההוא דעשא' סימן לאחר שכיב ואוקי אפטרופוס ליתמי אתא לקמיה דאביי אמר ליה אפטרופוס אי אבוהון הוה קיים הוה טעין תלם א' עשיתי לו אמר ליה אביי זיל הב לי תלם א' והא נטע' עליה רכבא דדיקלא אמר ליה אפטרופוס אי אבוהון הוה קיים הוה טעין חזרתי ולקחתי ממנו אמר אביי האי דמוקי אפטרופוס נוקי כי האי דידע לאפוכי בזכותא דיתמי ואביי אמאי אמר מעיקרא זיל הבו ליה למה לא טען הוא ליתום אלא כדפ' לעיל שאין לו לדיין לטעון בשביל היתומים בדבר דלא שכיח כולי האי עד כאן. והוא הדין נמי אם היורשים גדולים יודעים לטעון להנאתם שיטענו ונקבל מהם לפי שיטה זו. ועדיין אין החילוק מחוור וברור מה בין אפוטרופוס לדיין דאי מילתא דשכיחא היא אף הדיין יטעון כן בעד היתומים ואי לא שכיחא אף האפטרופוס לא יטעון כי היכי דלא טענינן להו נאנסו בההיא דשטר כיס והתם מי לא עסקינן שיש לאותם היתומים אפטרופוס שיטעון בעדם ואפ"ה לא טענינן להו ואם יש חילוק בין מילתא דלא שכיח לשכיח ולא שכיח אמאי לא מהני חילוק זה לאפוטרופו' כי היכי דמהני לדיין שגם האפטרופוס הוא אבי ילדים כדפי' הערוך והרי אמרו רבן גמליאל ובית דינו אביהן של היתומים והוא עצמו כתב שם

וגם האפוטרופוס של היתומים אסור לטעון ליתומים דבר שנראה לו שקר משום שנא' מדבר שקר תרחק ואע"פ שאמרו בפ' השולח יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם ב"ד מעמידין להם אפטרופוס ובוררים להם חלק יפה ופי' רש"י שם שכל אפטרופוס יברר חלק יפה שלו אלמא הותר לו לאפטרופוס להפך בזכות זה שנתמנה עליו ולהעלים עיניו מזכות היתום האחר לא דמי דהתם כיון דכל יתום מהם יש לו אפטרופוס לעצמו הותר לו לזה לברור חלק יפה כי גם אם יהיה חב ליתום האחר אפטרופוס שלו יעכב על ידו ונ"מ שיקח כל א' חלק יפה הראוי לו וידקדקו בדבר היטב שלא יהים לשום אחד כח יפה מחבירו כמו שכתבתי שמתוך כך יהיו החלקים שוים ולשיטתו ז"ל אף בדיינים כי האי גוונא שפיר דמי דרש"י ז"ל אזיל לשיטתיה דבר"פ זה בורר תני זה בורר לו א' וזה בורר לו א' ומפ' בגמ' מתוך שזה בורר לו א' וזה בורר לו אחד יצא הדין לאמיתו ופר"שי ז"ל שהדיינים עצמן נוח להם להפך בזכות שניהם מפני ששניהם ברורים וכדדכתב שם הר"אש ז"ל שכל אחד שיש לו צד זכות נושא ונותן עם חבירו וכן עושה הדיין האחר לשני ומתוך כך יצא הדין לאמתו אבל היכן מצינו שדבר שאין רשות לדיין לטעון יטעון האפטרופוס אלא נ"ל שדעת הר"אש ז"ל דמילתא כי האי דלא שכיח טפי אין לו לדיין לטעון אם לא שיטעון כך האפטרופוס אז מהני להו ליתמי הך טענה משום דאפטרופוס קים ליה במילי דאבוהון דיתמי ואם לא היה נר' לו שקרובים הדברים להיות כן לא היה טוען כן בעדם דאיהו ידע דיתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקיהו כל שכן שלא יהא האפטרופוס חוטא ולא לו הילכך אע"ג דאנן דלא קים לן במילתיהו לא טענינן דבר שאינו מצוי כל כך אפטרופוס מיהא דידע מצי טעון ובלבד שנאמר לו שיהא זהיר שלא יטעון דבר שנרא' לו שאינו כן הילכך אין בין דיין לאפטרופוס כלום אלא דאפטרופוס קים ליה בגויה.

ואעיקרא דדינא הראיה שמביא הר"אש ז"ל באותה תשובה דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי מדלא טעני' להו נאנסו בההיא דשטר כיס דפרק המוכר את הבית ראיתי להר"יף ז"ל שהביא שמועה זו בפרק המקבל וכתב והלכתא נשבע וגובה מחצה אבל פלגא דהוא בתורת פקדון חיישינן שמא נאנס אי נמי דילמא פרעיה דקיימ' לן המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר ליה החזרתי נאמן עד כאן. משמע מדבריו דטענינן להו ליתמי נאנסו וכן ראיתי להרמ"בן בחידושי בתרא שלא הפליג את השמועה לדר' אחרת שאמר דהכא ביורשים גדולים הבאים בטענת אביהן עסקינן שאומרים אמר לנו אבא פרעתי הילכך למאן דלית ליה דרב חסדא אמר ליה שטרך בידו מאי בעי ליכ' חששא דנאנסו אבל אם יתומים קטנים הם פשיטא דטענינן להו נאנסו ואמר וכן דעת רבי' הגדול דטענינן

ליתמי נאנסו. הרי לפי שיטה זו אין ראיה לדברי הר"אש ז"ל ואדרבא נוכיח דכי היכא דטענינן ליתמי נאנסו אע"ג דלא שכיח הכי נמי נטען להם כל טענה שבעולם ואע"ג שאין זו שיטת התוספות והר"אש מכל מקום לא יצא הדבר מידי מחלוקת.

ומיהו נראה לי בעניותי שדינן של התוס' והר"אש ז"ל אמת ומוסכם לכולי עלמא דכל מילתא דלא שכיח לא טענינן להו ואי מההיא בסוף פרק המוכר אין להביא ראיה לשיטת הר"יף ז"ל והרמ"בן ז"ל יש להביא ראיה ממקומות אחרים. חדא מדתניא בריש הגוזל בתרא הגוזל ומאכיל את בניו פטורים מלשלם הניח לפניהם גדולים חייבים קטנים פטורים ואם אמרו גדולי' אין אנו יודעים חשבונות שחשב אבינו עמך פטורים ופרכינן משום דאמרי אין אנו יודעים פטורים אמר רבה הכי קאמר אמ' גדולים יודעים אנו חשבונות שחשב אבינו עמך ולא פש גביה ולא מידי פטורים והואיל ועענה זו שטוענים הגדולי' הויא טענה מ"מ כי לא טענו אינהו ואינם יודעים לא טענינן להו אנן ומאי קמתמה תלמודא משום דאמר אין אנו יודעים פטורים ודאי דפטור שנטעון להם שאביה' פרע להם הגזלה שהרי אין עדי' שבאת הגזלה ליד אביהן כדכתבו שם התוס' ואי אביהן היה קיים והיה טוען חזרתי ולקחתיו ממך היה נאמן במגו אלא שכתב הר"אש שם בהלכותיו דכיון דמילתא דלא שכיח היא שאינו מצוי שיקנה הגזלה מן הנגזל לא טענינן להו ליתמי ועוד ראיה מדאמרינן באיזהו נשך ובהכותב בההוא דאפקיד שב מרגניתא דציירן בסדינא בי רבי מיאשא חדא דידענא ביה ברבי מיאשא דלא אמיד וכתבו התוספות דהך טעמא דלא אמיד גרידא סגי ולא חיישינן שמא מציאה אשכח או שהיה לו דיש מתרושש והון רב דמילתא דלא שכיחא היא והא דקא מצריך טעמא דסימנין היינו משום דשמא איניש אחרינ' אפקיד גביה כמו שמפור' שם בתוספות ובהלכות הר"אש ז"ל.

והנדון שלפנינו לפי מה שבא בשאלה יש כמה אמתלאות וטענו' מוכיחות מן הסברא שלא נפרע חוב זה ומילתא דלא שכיחא טובא היא מאחר שהדבר מפורסם לכל בני הבית ואנשי הגברת ההיא שהבנות הללו היו תובעות כמה פעמים ולא רצו לתת להם ולעולם היו כמתאוננות רע באזניה' ואומרים הם מאומד לבם שזה החוב לא נפרע כלל אין לנו לבדות ולטעון מעצמינו שמא פרעו בחשאי והיה במחשך מעשיהם דמסתמא היה להם להוציא מעליהם דבת עם שיודעי' היו שהבנות הללו מתרעמות באזניהם היה להם לפרוע בפרהסיא להסיר מעליהם עקשות פה לבלתי יעלו על שפת לשון שהרי אמרו כשם שצריך אדם לצאת ידי שמים כך צריך לצאת ידי בריות כדאמרינן מנין לחושדין אותו בדבר שצריך להודיע דכתיב לא אדוני וכולי ואמרינן באיזהו נשך אעובדא דרב פפא

כל כי האי גוונא ודאי צריך לאודועי ופי' התוספו' משום והיתם נקיים מה' ומישראל ואומדנא דמוכח היא דעד השתא חשדי להו בעיסקי ממון ולא צייתי לדינא ועכשיו פרעו בחשאי דוגמת מה שאמרו בריש מציעא עד השתא חשבת ליה בגזלנות' והשתא אוגרת ניהליה בלא סהדי ומהניא הך סברא אף במקום מגו ולשוויה מגו במקום עדים ועוד דאם איתא דפרעיה קלא הוה לה למילתא ואי אפשר שלא היו מרגישין חניכיה ילידי ביתה או משרתיה והסופר שלה שלא יכתב בספר הואיל ומנהגם היה להיות הכל בכתב וגם היורשת עכשו שהיא שניית לאה ודרה אתה שם ומצויה אצלה א"א שלא תרגיש ושלא ידעו שמץ דבר דומיא דההיא דסוף פרק האומנין ריסתקא דמחוזא שכיחי רבים זיל אייתי ראיה ולא מהימן לומר דאתבר עד שתביא ראיה שכל דבר שראוי לבררו אנו מחייבין אותו לבררו ואינו נפטר בלא ראיה ומנא תימרא דלא ראינו באותם דדייק בחצר כי האי גוונא מילתא היא דבפרק האשה שנתארמלה גבי ב' אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה דאפכה רב אשי ואוקמה רישא בשנים אומרים ראינוהו שנתקדשה וב' אומרים לא ראינוהו שנתקדשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת תצא ופרכי' פשיטא לא ראינוה אינה ראיה ומשני לא צריכא דדיירי בחצר אחד מהו דתימא אי איתא דנתקדשה קלא הוה ליה למילתא קמשמע לן דעבדי אינשי דמקדשי בצינעא סיפא שנים אומרים ראינוהו שנתגרשה ושנים אומרים לא ראינוה שנתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא דעבדי אנשי דמקדשי ודמגרשי בצינעא ואפילו הכא אסרינן לה להנשא לכתחילה ע"פ אותם הדרים בחצר שאמרו לא ראינוה שנתגרשה ומעגנא ויתבה עד שיגרשנה שנית ואם מת זקוקה ליבם. ולא שאנו מדמין איסורי ערוה להוצאת ממון אלא באנו להוכיח שיש כאן הוכחות רבות שלא נפרע והוי מילתא דלא שכיחא דלא טענינן ליתמי כמו שהאריך לבאר הרא"ש ז"ל באותה תשובה שבכלל פ"ו להוציא מן היתומים על ידי אומדנות מוכיחות.

ואע"פ שהרמב"ם ז"ל בפרק כ"ד מה' סנהדרי' אחר שכתב דין מי שטען שיש לו פקדון אצל המת ונתן סימנין היוצא מעובדא דרבי מיאשא שהבאתי למעלה כתב משרבו בתי דינין שאינם הגונים וכו' ולא ידין הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדבר זה ודעתי סומכת על זה וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת והטוען עד כאן לשונו. ואיברא שהדבר תמוה שלא כתב זה הרי"ף ז"ל בשם גאון אלא לענין לאורועי שטרא או לאפוכיה שבועה משו' קים לי בגויה שכן כתב האידנא אי אפשר לו לדיין לומר קים לי בגויה דלא בריר לן קים לי בגויה היכי הוא הילכך לית לן לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה

עד כאן. ואחר כך הביא ההיא דרבי מיאשא וכתב הרי"ף ז"ל דהלכה רווחת היא אלמא הך שמעתא ליתא בכלל דברי הגאון ז"ל ועבדינן בה עובדא ואם הרי"ף ז"ל בשם הגאון לא שנאה הרמב"ם ז"ל מנין לו שהעיד שהסכימו רוב בתי דינין על כך. ומכל מקום אף לדעתו ז"ל לא אמר כן אלא באותו ענין שמוציא ממון בלא עידי פקדון אלא מסברא דלא אמיד שהדבר תלוי בלבו של דיין לומר קים לי הכי תדע שהרי אם באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמיד כתב הרב ז"ל בה' שאלה שאין מוציאין מיד היתומים בעדותם שאין זה ראיה ברורה ואומדן דעתן של עדי' אינו אומד דעתו של דיין ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו וכיון שכן איתיה השתא לטעמא דכתב כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין בזה ודעתי סומכת על זה אבל בחוב ידוע או פקדון ידוע שהיה לפלוני אע"פ שיש לטעון בעד היתומים שלא לפרוע או שלא להחזיר הני מילי במילתא שאיפשר ושכיח אבל בדברים שאין הדעת נוטה אליהם והסברא נותנת דלאו הכי הוא לא טענינן להו וכל דיין מומחה יכול להוציא מן היתומים שאין זה תלוי באומדן דעתו של דיין זה בלבד אלא הדבר מוכיח לכל העולם ולא נפיק מיניה חורבה שיאמר כל הדיוט כך לבי מאמין שדברים שבלבו אינן דברים אם לא יהיו מוכיחין וברורים לכל העולם.

והנה כתבתי כל זה והוכחתי מאותם המקומות במילתא דלא שכיחא לא טענינן להו ליתמי והוא על פי דברי התוספות ז"ל במקומתם אשר בהם אנו הוגין וכל יומא ויומא שמעתתייהו בפומן וע"פ פסקי הרא"ש ז"ל שאנו רגילים בהם וכן כתבתי בתשובה זה כמה שנים כסבור שהלכות קבועות הן ואין בהן חולק ועתה ראיתי דברי רבינו זרחיה ז"ל בפרק הגוזל בתרא ומה שכתב עליו הרמב"ן ז"ל בספר מלחמות ה' שרבינו זרחיה ז"ל הכריע שכל אותם המקומות דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי והרמב"ן ז"ל סתר כל דבריו ואמר שדעת הרי"ף ז"ל בההיא דאמרו גדולים אין אנו יודעים בדאיכא עדי גזלה וההיא דפרק הכותב עובדא דר' מיאשא נמי בדאיכא סהדי דאפקיד גביה והאריך מאד בביאור השמועות ומתוך כך נתיישב לי מה טעם לא כתב הרי"ף ז"ל הא דכתב בשם הגאון אלא עלה דהיפך שבועה ואורועי שטרא ועל הא מילתא דרבי מיאשא כתב דהלכה רווחא היא ומה טעם להרמב"ם ז"ל שסקרן בסקירה אחד לומר שאף בזו לא יוציא הדיין אלא בראיה ברורה והיינו משום דאזדו לטעמייהו דלדברי הרי"ף דמיירי בדאיכא עדים דאפקיד גביה אלא שאין העדים מכירין אותם בטביעות עינא סמכינן שפיר אהך טעמא דלא אמיד וכל דיין מפיק מיתמי מטעם זה שלא מפיו של דיין אנו חיין אלא אסהדי סמכינן ואמאי דאמרי אינשי דלא אמיד ואסימנין דיהיב האי גברא אבל לדברי הרמב"ם ז"ל דמפ' לה בדליכא עדי פקדון כדברי התוס' ופשיטא דאי הוה אבוהון

קיים לא הוה מפקינן מטעמא דלא אמיד גרידא ואפילו היו באים עדים על כך לא מהני אי לאו דקים ליה דיין בגויה הילכך חזר הדין לדברי גאון ז"ל שאמר דלא בריר לן קים לי בגויה היכי היא ומיהו הרא"ש ז"ל אעפ"י דמפרש לה כדברי התוס' שאין שם עידי פקדון משום טעמא דלא אמיד גרידא מפקי' מינייהו מ"מ ס"ל דאין זה בכלל דברי הגאון דלאו בדיין תליא מילת' אלא אפי' באו עדים והעידו דלא אמי' מפקי' מינייהו לכך כתב בתשובה הלכה למעשה דמפקי' באומדן דעתא ולפי דבריו למדנו דהאי מילתא תליא באשלי רברבי אי טעני' ליתמי בכי האי גוונא דלא שכיח או לא טענינן. וראיתי לרב מהר"י ן' לב ז"ל ח"א מתשובות סימן צ"ד שפסק כהרא"ש והטור דמילתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי.

ומ"מ אף לדעת הרמב"ם ז"ל בדעתו של הרי"ף ז"ל והגאונים דטעני' ליתמי בכל ענין דמצי אבוהון למטען הנה בנ"ד קרוב הדבר לומ' דאפילו אבוהון בכי האי גוונא היינו מזקיקין אותו להביא ראיה שהדבר קרוב לאותה דרסתק' דמחוזא דשכיחי רבים ורגילות הוא שבני ביתם והסופר ידעו בפרעון הנז' והרא"ש ז"ל בכלל ק"ז בריב ר' שלמה בן אלפלג נסתייע בטענה זו לומר שאותו הפרעון היה צריך פומבי גדול בנגישת הגוים ובכל דבר שא"א להיות בצנעא אלא בידיעת העולם לא האמינה תורה בשבועה עד שיביא ראיה לדבריו ההיא דרסתקא דמחוזא דפרק האומנין אף כאן בנדון דידן אם בני השכונה ואנשי ביתה אומרים מאומד לבם שזה החוב לא נפרע ואלו היה נפרע כולו או מקצתו היו מרגישין הם בדבר לא היה נאמן מורישם בשבועה לומר פרעתי בחשאי ביני לבינם ולא ידע אדם שכבר כתבתי דאע"ג דעבידי אינשי דפרעי בצנעא זה היה לו לפרו' בפרהסיא שידוע לכל שלעולם נתנו כתף סוררת. ועוד שכל שיש טענות ואומדנות מוכיחות כתב הגאון שמחמיצין הדין וחוקרים ודורשים עד שיצא הדין לאמיתו והרמב"ם ז"ל כתב ואעפ"כ אם העיד עד א' נאמן בדבר מכל הדברי' ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אז ממתין בדין ונושא ונותן עם בעלי דינין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין הרי שכתב שמגלגל עמהם עד שיעשה פשרה אבל ביתומים קטנים דלא מצי למעבד פשרה דלאו בני מחילה נינהו כתב דאין מוציאין מהם אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת ותדע דבמילתא דכי הויא פסידא דיתמי לא מפסידינן להו כי הויא פסידא דגדולים עבדי' פשרה דאמרינן בפ' המפקיד בעובדא דההוא תורא דזבן אפטרופא דיתמי ולא הוו ליה ככי ושני ומסרי לבקרא ומת דבקרא שומר שכר הוא ואבעי ליה לעיוני ואמרינן אי איכא פסידא ליתמי הכי נמי הב"ע דשקול יתמי זוזי ממריה דתורא ומריה דתורא תבע לבקרא דעבדיה פשרה ביניהם ומשתבע בקרא דלא ידע דלא הוו

ליה ככי ושיני ומשלם דמי בשר בזול אבל כי הוה פסידא דיתמי לא היה עושה פשרה בממון של יתומים כדפרש"י שם משום דלאו בני מחילה נינהו הילכך כל היכא דאיכא סברא ואומדן דעתא הטל פשרה ביניהם ומה שכתב הרמב"ם ז"ל או יסתלק מן הדין הוא מה שאמרו בפרק שבועות העדות מניין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר הואיל והעדים מעידים אחחכנו ויהא קולר תלוי בצוארן של עדים ת"ל מדבר שקר תרחק והרא"ש בסנהדרין תרגמ' משם רבינו מאיר ז"ל דמיירי כשהתובע טוען בשק' אז יסתלק מן הדין ולא יגבה ממנו אבל כשהנתבע מערים להכחיש ממון חבירו בשקר אין תקנה במה שיסתלק מן הדין ובהכי מתרץ אותה דפרק קמא דסנהדרין שאמר כל דיין שדן דין אמת לאמיתו משרה שכינה על ישר' ומפרש מאי לאמיתו זהו דין מרומה אלמא נאה לו לדיין לדין דין מרומה ולא להוציאו חלק ולהסתלק עצמו שאם אתה אומר כן מה הפסיד הרמאי הילכך צריך לגלגל עמהם עד שיוציא הדין לאור או לכל הפחות יעשה פשר' ביניהם. ושם בסנהדרין כתבתי מה שיש לדקדק בדברי רבינו מאיר ז"ל והתוספות ז"ל. ומיהו מדברי הרמב"ם ז"ל מוכח דמפרש להו תרווייהו כשתובע טוען ברמאות ובמקום אחר כתבתי מאי דקשיא לי אהרמב"ם ז"ל ומאי דניחא לי ואין כאן מקום להאריך ושם הוכחתי שמה שכתב רבינו מאיר כשהנתבע טוען ברמאות ממקומו הוא מוכרע.

ועוד מטעם אחר נראה שחוב של צוואה זו בחזקת שאינו פרוע הוא מאחר שיוסף ולאה אשתו לעולם מאנו לפרוע הצוואה הנז' ולעולם הבנות הללו היו מפגינין כנגדם ומתאוננות רע באזניהם ולא היו חוששין לדבריהם ועם היות ידענו ביוסף זה בישראל גדול שמו הוא השר דון יוסף נשיא וצלעתו הגבר' חלקם בחיים אנשי אמת שונאי בצע ונשמעים לדברי חכמים רק כי בדבר הזה היו ממאני' לתת באומרם כי מה שצותה הגברת חמותו לתת סכום זה להרב אברהם הנז' היה בשכר מה שטרח בנכסים אשר הגבר' הזקנה היתה שולטת בהם והם היה נראה להם שכבר עשתה עמו טובה כדי טורחו והותר ולא היו מחויבים לתת יותר כי לא נתנה בתורת מתנה משלה אלא בתורת פרעון שכר טרחו והם יודעים שכבר אכל את חלקו ולא היו חייבים לו כל כך וכשסבורה היתה שחייבת לו אותו הסכום וכאותה שאמרו בסוף פרק יש נוחלין תנו ק"ק זוז לפלוני בחובו אין לו אלא חובו וכתבו מהמפרשים ז"ל שאם החוב פחות מהמעות שאמר אינו נוטל אלא חובו ובזה ודאי מקום היה להם לטעות מסברא דנפשייהו והיינו דמורו התירא שלא היו רוצים לקיים דברי הצוואה ומיהו לאו דינא גמירי ומאן יהיב להו קבא דקמחא למיזל לבי רב לאגמוריה שמעתא וסבר' דלא מבעיא לדברי רוב המפרשים שאמרו דלגבי בעל חוב נמי אמרי' ידו על העליונה ואע"פ שהחוב פחות נוטל כל מה שצוה אלא אפילו

לאותם שאמרו שאינו נוטל אלא כדי חובו הכא מודו שמורים דבריה שרצתה לתת לו בעין יפה מפני שעשה לה קורת רוח עד שהפליגה לומר שאפילו היו נכסיה מרובין כבראשונה לא היו כלן כדאין לפרוע העבודה אשר עבד עמה ואין ס' שאין זה שכר הטורח אלא גמול עבודה שבלב וקורת רוח שעשה לפניה כל הימים ורצתה לתת לו גם היא בעין יפה. ועוד שעד כאן לא נחלקו המפרשים לומר באומר תנו לו בחובו שלא יטול יותר על חובו אלא מטעם דמחזי כרבית והיינו בחוב ידוע והלואה קצובה אבל שכר עבודה של כמה שנים שלא התנה עמה מתחלה אלא היא נותנת כיד ה' הטובה דוגמ' דהענקה דעבד עברי דכתיב הענק תעניק לו וכו' כאשר יברכך ה' שנותן לו כברכת הבית בהא ודאי לא שייך לומר מחזי כרבית אלא כל מה שנתנה לו חלף עבודתו היא דלאו אדעתא דהכי נחית כדאמרינן גבי שושבינות בפ' מי שמת אחד מחמשה דברים שנאמר בה שאין בה משום רבית דלאו אדעתא דהכי יהיב פרש"י ואם ירצה היה פוחת לו הילכך אף על פי שהוסיף אין בה משום רבית.

ומעתה שהמה בצדקתם התירו לעצמן לבלתי תת סכום הצוואה הנז' בימים הרבים ההמה ואף על פי שהזמינום לדין לא חשו להם מסתברא שהם בחזקת שלא נתנו אחר כך כאותה ששנינו בפ' קמא דבתרא כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנות עד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מארבע אמות ולמעלה אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר אף על פי שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ופרש"י בסיפא בחזקת שלא נתן אינו נאמן אלא בעדים שאין דין זה גלוי לכל ועד שיחייבוהו בית דין אינו עשוי ליתן עד כאן לשונו. והיינו דאמרינן בגמרא כי בעי למפשט בעיין אי אמרינן מה לי לשקר במקום חזקה ממתניתין דלא מהמנינן ליה ומסיק שאני התם דמימר אמר מי יימר דמחייבי לי רבנן וכך הביאה הרי"ף ז"ל בהלכות ללמוד ממנה דכל היכא שאינו חוב ידוע וברור שהוא חייב לתת לו אינו עשוי לפרוע עד שיאמרו לו בית דין שהוא חייב. וגדולה מזו כתב רש"י ז"ל שפירש רישא דתנן בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן עד שיביא התובע עדים שתבעו ולא נתן אלא שתמה עליו הרא"ש ז"ל דאטו משום שלא נתן מיד בשעה שתבעו הוי לעולם בחזקת שלא נתן ואפילו אמר בפני עדים איני רוצה ליתן לך דילמא אשתמוטי קמשתמיט עד דהוו ליה זוזי.

ומיהן הכא בנדון דידן הכל מודים שאחר שעברו כמה שנים בסירוב ובמיאון שלא רצו לתת להם כלום לא מחמת שלא היה להם וגם לא שהיו בעלי זרוע חס ושלום אלא

כסבורין שפטורים מחיובם ודאי אינם עשויים לפרוע עד שיעמדו בדין ויחייבום דמי ימר דמחייבי להו רבנן.

ותו נמי מוכח מדאמר בסוף פרק קמא דמציעא אמר רבי יוסי בר מניומי אמר רב נחמן אמר לו צא תן לו וחזר ואמר פרעתי נאמן חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי אינו נאמן בא מלוה לכתוב כותבי' ונותנים לו וטעמא דלא מהימן משום דחייב אתה ליתן לו לאו גמר דין ולא עביד איניש דפרע דסבר עד דמעייני רבנן בדיניה ורב זביד משמיה דרב נחמן אמר בין חייב אתה ליתן לו בין צא תן לו אמר פרעתי נאמן בא מלוה לכתוב אין כותבין לו וכתב הרא"ש ז"ל וקיימא לן כרב זביד שאין המון העם מפרישין ומבדילין בין צא תן לו בין חייב אתה ליתן לו והכל נראה פסק דין ועביד איניש דפרע עכ"ל משמע מדבריו טעמא לפי שנראה להם פסק דין אבל כשלא פסקו לו עדיין דבר אלא שהזמינהו לב"ד בפני עדים ולא בא וגם אמר שלא לתת כלום שוב אינו נאמן לומר פרעתי דלא עביד איניש דפרע עד דמחייבו ליה בהדיא וגם מדברי הרב האלפסי ז"ל מוכח שהוקשה לו אמאי מהימן לומר פרעתי הקי"ל דעדות בב"ד או הודאה בב"ד כמלוה הכתובה בשטר דמי ותירץ הני מילי היכא דלא ציית לדינא אי נמי ציית ואתברר דלא פרע אבל היכא דציית לדינא ונפיק מבי דינא אדעתא דקבליה עליה לדינא וחזר ואמר פרעתי נאמן ע"כ. אלמא היכא דלא ציית לדינא לא מהימן לומר פרעתי ודברי הרמב"ם בפרק ז' מה' טוען כך הם שכתב כבר ביארנו שההודאה בב"ד או עדות בב"ד כמלוה בשטר לפיכך כותבין ונותנין לבעל דינו בד"א בשלא קבל עליו את הדין עד ששלחוהו והביאוהו אבל שנים שבאו לדין וכו' עכ"ל משמע דשלא קבל עליו את הדין עד שהביאוהו כותבין ונותנין דלא מהימן לומר פרעתי וה"ה בשלחו אחריו ב"ד ולא בא ונתן כתף סוררת לבלתי עמוד בדין וגם בפיו דיבר ובידו מלא שלא לתת כלום.

פסקן של דברים שאע"פ שהאחיו' הללו לא עלתה להן חזקה בבתים שדרות בתוכן משלשה טעמים חדא שאין מחזיקין בקרקע בטענ' מטלטלין וגם כי לא טענינן להו ליתמי בכי האי גוונא ועוד דכל היכא דאיכא קלא שהקרקע של הבעלים אין שם חזקה ולא מגו ועוד שהאפט' אין להם חזקה מכל מקום יפה כחן בתביעה שתובעות מחמת הצוואה בשלשה דרכים לחייב שבועה את האשה היורשת אם טוענת בברי שהיא יודעת שלא נפרעו ואם טוענות שמא מחרימין במעמד היורשת שיש בידן למחות שלא תמכור הבתים שירשה לא כולם ולא מקצתם ויש לבית דין להזהירה ולעכב בידה וביד הקוני' עד שיעמדו לדין והיושבים על המשפט המה יחקרון מילין שאם הדבר כמו שבא בשאלה הנה זכו האחיות מכח שתי טענות אחת שהואיל והדבר מפורסם וידוע לכל בני הבית

והשכנים שלהם שלא נתפרעו מילתא דלא שכיחא כי האי לא טענינן ליורשים דיתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו ועוד שסתם חוב זה בחזקת שאינו פרוע הוא אם יתברר כי בימים הרבים האלו היו תובעות מהם וסרבו מלתת וגם לא רצו לבא לב"ד ובפיהם דברו ובידם מלאו שלא לתת או היה שלא היו יודעים שהם חייבים או דלא צייתי לדינא הרי הם בחזקת שלא פרעו ויש לב"ד להוציא את לאה היורש' מידי גזל ועושק ונלוז ומחייבין אותם לפייס את האחיות הללו בכדי מה שיראה בעיני הדיינים במשפט שלום זה ביצוע וכתיב והאמ' והשלו' אהבו והנה נתרחב עלי הדרך ולא מלבי אלא שהכריחוני הדברים שהן כמעיין הנובע וגם בביטול החזקה הארכתי משום דנפיק מינ' חורבה לאחריני והפקעת ממון שלא כדין וכלם הם שרשים שצריך לעמו' עליהם ובהניח ה' לנו בחסדיו עוד נפתח בדברים אשר חסמנו פינו בהם מפני ביטול בית המדרש. והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיג

ברושא.

שאלה ראובן נשא אשה ואחר שנשאה נודע שיש לו חולי הנופל רחמנא ניצלן וחשבה אשתו אולי מקרה הוא כי לא הכירה בו ולא היה לה ולא לאביה ידיעה מזה החולי בשום אופן רק אחר שנשאת אליו הכירה בו ושתקה מפני הכבוד באומרה אולי יקל החולי מעליו ולזאת הסיבה סבלה ויהי אחרי כן הכביד החולי עליו יום יו' עד שלא תוכל שאתו וכראות' כי רב מאד מחלהו פירשה ממנו ואפילו הכי מפני הכבוד היתה דרה עמו בבית חמיה ואחרי כן הכביד החולי עליו עד שיצא מדעתו ובא ראובן משטותו ורצה לחנוק את אשתו בפני עדים שראו הדבר וכמעט שאשתו מהצער שלקח' ושנבעית מפניו לקחו אותה עילופי' והיא כמעט חולה ופניה לא היו לה עוד והלכה לבית אביה זאת ועוד כי ראתה שמיו' שנשאת לו היה סמוך על שלחן אביו ומפתו יאכל יען הוא לא היה כדאי להביא טרף לביתו כי יפול הנופל ממנו והוא גבר לא יצלח בימיו ועל זה אבי לאה תבע מאבי ראובן שיהיה מרשה בעד בנו שיתן מזונות ללאה בתו וענה ואמר אני לא הייתי זן את בני מעולם בעד קרן שהיה לו אצלי כי אם בעד השירות שהיה משרת אותי וכעת איני חייב לפרנסו אלא תמכור בתך תכשיטיה ובהם תתפרנס או תבא בתך אל ביתי יורנו המורה לצדקה אם תזכה לאה אשת ראובן במה שאומרת שאינה יכולה לסבול חוליו ושטותו ועוד שהיה מקחה מקח טעות שלא ידעה ולא הכירה מעולם בזה החולי זאת ועוד שמפחדת פן פתע פתאום בחליו הקשה ובשטותו יחנוק אותה כאשר בקש לעשות לה בפני עדים והוא אין לו על מה לסמו' יורנו פרטי הדין אם עולה הדין

לכוף את ראובן שיגרש את אשתו. ואם תמצא לומר שאין כופין אותו לגרש אם יכולה לאה לקחת כל הנכסים שנמצאים אתה בין מנדוניתא שהכניסה לו בין התכשיטין שנתן לה בעלה וללכת אחר אביה לעיר אחרת שתהא נזונת אצלו ויושבת בצלו כיון שאין בנדוניתא ובנכסים הנמצאים אתה כעת כדי הנדוניא שהכניסה לו בעת הנשואי על הכל ילמדנו נפלאות מתורתו ושכרו יהיה כפול ומכופל מן השמים.

תשובה אשה זו באה מחמת שתי טענות אחת ממה שהוא נכפה והב' שאין יכול לזונה ולפרנסה כדת הנשים ונכפה הרי הוא בכלל מה ששנינו כל המומין הפוסלים בכהנים פוסלין בנשים ובפ' מומין אלו חשיב בהדי מומי כהנים נכפה אפילו אחת לימים ובפ' המדי' אמרינן נכפה כמומין שבסתר דמי אלמא חשיב מום לגבי נשים אבל לגבי האיש נסתפק ראבי"ה כדהביא המרדכי בפרק המדיר וז"ל כתב ראבי"ה אע"ג דנכפה לגבי אשה מום הוי אין משם ראיה להחשיבו מום גבי איש דאשה בכל דהו ניחא לה ותדע מדלא קתני נכפה גבי מומין ואין בידינו לכוף בלא ראיה ברורה וגם לא לכוף אותה להיות עמו כיון שבאה מחמת טענה כך שמע ראבי"ה משם אביו רבינו יואל הלוי עד כאן אלא שמצאתי להרא"ש ז"ל דפשיטא ליה דנכפה לגבי איש מום גדול הוא וכופין אותו להוציא ממה שכתב בתשובותיו כלל מ"ב על ראובן שנשא אשה ונודע שהיא נכפת אם יכול להוציאה בגט ושלא לחוש לחרם רבינו גרשום ז"ל והשיב הרא"ש ז"ל כי לא יתכן שבתקנת הגאון ז"ל יפה כח האשה מכח האיש שאפילו נולד מום זה באיש אין אנו אומרים יכפנה להיות אצלו אלא כופין אותו להוציא ויתן כתוב' ואם נולד באשה יכפהו להיו' אצלה ולפרנסה השתא באיש שאינו מוציא אלא לרצונו כופין אותו להוציא אשה שמתגרשת בע"כ לא כל שכן זה תורף דבריו ועוד האריך יעויין שם. ובתחלת דבריו כתב ורבינו גרשום מאור הגולה פירש בתשובה א' דנכפה הוי מום גדול וכתב הוא ז"ל ובאשה אמרו חכמים נסתחפה שדהו ואם בא לגרשה צריך לתת לה כתובתה עד כאן דבריו. ומתוך לשון הגאון שאמר הוי מום גדול משמע דלגבי איש מיירי דאלו לגבי אשה אפילו במומין קטנים יוצאה ובאיש הוא דמפליג רבן שמעון בן גמליאל ואמר במה דברים אמורי' במומין הקטנים אבל במומין הגדולי' כופין אותו להוציא ואפילו לרבנן דרבן שמעון בן גמליאל דבניסמת עינו ונקטעה ידו אין כופין בסומא משתי עיניו ונקטע משתי ידיו כופין כדכתב הרא"ש שם בפרק המדיר ועוד מוכח ממה שסמך הרא"ש לדברי רגמ"ה ז"ל ואמר ובאשה אמרו חכמים וכו' אלמא אין דברי רבינו גרשום ז"ל אמורים אלא באיש. ועוד אי במומין דאשה הוה מיירי וכי לזו הוצרכנו לרבינו גרשום ז"ל והלא משנה שלמ' שנינו כל המומין הפוסלים בכהנים פוסלין בנשים וגבי כהנים בבכורות

תנן נכפה אפילו אחת לימים ועוד בפרק המדיר אמרינן בהדיא דנכפה חשיב כמומין שבסתר אלא ודאי לא הוצרך הרא"ש ללמוד מדברי רבינו גרשום ז"ל אלא לענין מומין דאיש. ועוד כתוב שם תשובת רבינו יצחק בר מאיר שהרא"ש ז"ל שאל מאתו תורה על הדבר ההוא והשיב שאין מום גדול כנכפה שהרי בפרק האומנין מדמה נכפת לשוטה ושעמומית וכתב בסוף דבריו ומצאתי בירוש' מפני ריח הפה כופין מפני חיי נפש לא כל שכן ודלא כרבינו יואל ז"ל שמסופק בדין נכפה אחר שלא מנה אותו עם שאר מומין דפ' המדיר עד כאן לשונו וטעמו ז"ל דאין ראיה ממה שלא מנה אותו עם שאר המומין דהא עדיפא מינה חשיב התם כגון ריח הפה כל שכן נכפה שיש בדבר סכנ' כדמוכח בדברי הרא"ש ותדע שהרי בירו' אמרו לענין האומר איני זן דכופין להוציא מקל וחומר דריח הפה אלמא אין ראיה ממה דלא חשיב במתניתין.

והא דכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל מ"ג באותה שהיתה טוענ' שבעלה מטורף וטפשות מתוספת עליו מידי יום יום ואביה היה עני ומחמת דוחקו השיאה לו וכסבורה היתה שהיא יכולה לקבל ועכשיו אינה יכולה לקבל כי מטורף הוא ויראה פן יהרגנה בכעסו וראובן משיב הכרת בו מקודם לכן וסברת וקביל' גם אינו מטורף אך אינו בקי בטיב העולם והשיב איני רואה מתוך טענותם דברים שיהיה ראוי לכוף עליהם לגרש כי אין להוסיף על מה ששנו חכמים בפ' המדי' עד כאן דבריו ותשובה זו לא פליגא אתשובתו שבכלל מ"ב דהכא לא הוי מחמת חולי אלא שאומרת שהוא מטורף וטפשות רבה עליו ורגזן וראובן משיב שאינו מטורף רק שאינו בקי בטיב העולם ודבר זה אפילו כפי דברי האשה לא חשיב מום אלא תרבות רעה וחסרון דעת תדע דודאי לגבי כהנים לא חשיב מום אלא שוט' גמור ונכפה אפילו אחת לימים חשיב מום בהדי שאר מומין ועוד דחשיב סכנה להדבק אתו כדכתב הרא"ש והא דכתב כאן דאין להוסיף על מה ששנו חכמים בפרק המדיר נכפה לאו הוספה היא דמקל וחומר דריח הפה אתי כיון דהוי חיי נפש וכי היכי דשייר הא דהאומר איני זן שייר נמי נכפה.

והשתא כיון דלרגמ"ה ושאר רבוותא פשיטא להו דכופין לא חיישינן אמאי דמספקא ליה לרבינו יואל ז"ל דאין ספק מוציא מידי ודאי ועוד דאיכא למימר דאי לרבינו יואל חזי ליה תשובת רבינו גרשום כדחזי ליה להרא"ש ז"ל הוה פשיטא ליה כדכתב מהר"י קולון ז"ל בתשובותיו שאם נמצא לפוס' אחרון הפך ממה שנמצא לפוסק ראשו' גדול אם אין דברי הראשון כתובים על ספר מפורס' דילמא אם היה רואה דבריו של ראשון היה חוזר בו והביא מההיא דפרק מציאת האשה גבי האחין ששעבדו דאמרן רבי יוחנן בין מכרו בין משכנו אין מוציאין לפרנסה ולא למזונות ומבעיא לן שמיע ליה לרבן יוחנן הא

דר' דאמר מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות ולא מקבל ליה או דילמא לא שמיע ליה ואי שמע ליה הוה מקבל ליה.

ועל טענת המזונות שהיא טוענ' שאינו יודע להרויח ואביו אמר כי אינו רוצה עוד לפרנסו אלא אם כן תבא אל ביתו בזה יש לדון מהא דאמרי' התם בס"פ המדיר אמר רב האו' איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתובה ופליג עלה שמואל עד שכופין אותו יכופוהו לזון ופסק הרי"ף ורבינו חננאל כשמואל אבל הרא"ש ז"ל כתב שבה"ג פוסקים כרב וכן מסתבר שאשה בושה לבא לבית דין בכל פעם ומיהו ה"מ דיש לו ואינו רוצה אבל כגון זה שאין ידו משגת איכא למימר שאנוס הוא ומה בידו לעשות ובהא כ"ע מודו שאין כופין ואיכא למימר נמי דבהא כ"ע מודו שכופין כיון דידעינן דלא מצי קאים בספוקה כלל דע"כ לא אמר שמואל עד שכופין אותו לכתובה יכופוהו לזון אלא דיש ספק בידו לזון אבל זה הרי אנו יודעי' שאינו יכול לזון וכבר פסק הרמב"ם ז"ל פי"ב מהלכות אישות וזה לשונו ואם היה עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפילו לחם שהיא צריכ' לו כופין אותו להוציא ותהיה כתובתה עליו חוב עד שתמצא ידו עכ"ל וכתב הרב המגיד שכן היא סברת הרשב"א ז"ל. אלא שהרב מהר"י קארו ז"ל כתב שם בשם רבינו ירוחם ז"ל שתמהו על הרמב"ם ז"ל למה כופין אותו להוציא מאחר שאין לו ממה לזונה להוי כמו ב"ח שאין לו וכתב ז"ל דיש לתמוה על תמיהת' דמה ענין זה לזה דבב"ח אין תקנה בדבר מה שאין כן בנדון זה שיש תקנה שיוציאנה ומאחר שא' מתנאי הנשואין הוא המזונות אם אין לו במה לזון עד כאן דבריו.

והנני יוסיף להפלא הפלא ופלא דמה מקום לתמיה זו שתמהו ורצו לדמותו לבעל חוב שאין לו וכי כלום מתבקש ממנו שימכר בעב' עברי או שיעבוד עבודה שהיא זרה לו הרי אמרו האו' איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתוב' וכ"ת שאני הכא דאניס ומזל' גרם א"כ גם בנפל' לו מומי' גדולי' כגון שנסמ' בשתי עיניו או נתקטעו שתי ידיו או שנעש' מוכ' שחין ובעל פוליפוס אנוס הוא ונימא מזלה גרם והרי שנינו בהם כופין אותו להוציא וכדכת' התוס' דליכא למימר באש' נסתחפ' שדך שהבעל אינו שדה של אשתו והיינו טעמא דהאשה היא שדה של בעל לפי שעל ידי כתובה זוכה בה כל זמן שהוא רוצה יוציא ויתן כתוב' ועכשיו שנולדו בה מומין נעשה כאילו נסתחפ' אותה כתובה שכת' לה ואם בא לגרשה יתן לה כתובה שחייב על עצמו אבל האשה לא נתחייבה כלום לבעל אלא גופה עצמ' הקנת לו ע"ת שיזונה עכשיו שאינו זונה יוציא כמו נולדו בו מומין שע"מ כן לא נישאת לו ותדע דבירושלמי עבי' קל וחומר אם מפני ריח הפה כופין מפני חיי נפש

לא כל שכן וריח הפה שכופין עליו לאו בשנולד לאחר שנישאת הוא ואעפ"כ אומרת לו על מנת כן לא נשאתי לך במזונות שהן חיי נפש לא כ"ש.
ואני רגיל להקשות מההיא דאמרי' בפ' במה אשה דף ס"א אמר רב יוסף השת' דתנן הכי ואמ' רבי יוחנן הכי דעב' הכי עבד ודעבד הכי עבד ואמר ליה אביי דילמ' רבי יוחנן הא מתנית' לא שמיע ליה ואי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה והדר קאמר אי נמי שמיע ליה וקסבר אין הלכה כאותה משנה שמעינן מינה שיש לחלק דההיא ברייתא אפשר דלא מתני' בי רבי חייא ורבי אושעיא ולכך יש לומר שחלק עליה לומר דמשבשתא היא אבל הכא מסתמא לא היה חולק על רבי שאמרו הא משמו בפירוש וברי' פ' המנחות והנסכים אמרינן אי שמיע ליה לשמואל הא דתניא המתפיס תמימים לבדק הבית אין פודים אותם אלא למזבח וכי הוה הדר ביה ומסי' מלמוד' לא הוה שמיע ליה ולא הדר ביה משום דההיא ברייתא מתניא בי ר' חייא נמי הוה מספקא לן מלתא אבל השתא דאיכא טעמא לא מספק' לן כלל ובפרק קמא דגיטין גבי הא דאמר רבי יצחק שתים כותבים שלשה אין כותבים אמרינן במתניתא תנא שלשה כותבים ד' אין כותבים ופסק בעל הלכות גדולות כר' יצחק אע"ג דפליג אמתניתין דיודע הוא שאינה עיקר ולא אמרי' ברייתא לא שמיע ליה משום דמתלמודא מוכח שעושה עיקר דרבי יצחק דאמר אטו מאי דלא ידע הא דר' יצחק לאו גברא רבה הוא וכו' ובפ"ק דחגיגה גבי סימני שוטה אמרינן אי שמיע לרב הונא הא דתניא איזהו שוטה וכו' ומבעיא לן מכולה מילתא הוה הדר ביה או דילמא מההיא דבעי ליה לבד הוה הדר ביה ולמדנו ממנו חידוש אחר דלא מבעיא דמההיא דהוי איפכא ממילתיה איכא למימר דהדר ביה אלא אפילו ממילתא אחריתי אף על גב דאיכא ליפלוגי בינייהו כיון דסתיר למקצת מילתא הוה הדר ביה מכולה מילתא וכל שכן כאן שרבינו יואל לא נחלק אלא נסתפק לפי שלא הוזכר בגמרא ואילו ראה תשובת רבינו גרשום לא היה מסתפק בכך אבל אם לא היה טעם לחלק היינו אומרים דאי שמיע ליה הוה הדר ביה משום דההיא ברייתא מתניא בי רבי חייא אי נמי הוה מספקא לן מילתא אבל השתא דאיכא טעמא לא מספקא לן כלל ועוד אפילו תימא דדמי לבעל חוב ב"ח כי האי גוונא כיוצא בו הוא דנהי דלמזונות דעד השתא חשיב כב"ח שהעני שכבר נתחייב בהם אבל לגבי מזונות דמכאן ולהבא יכולה שתאמר איני רוצה שתהיה בעל חוב שלי בהם כיון שאין לך במה לפרוע הא למה זה דומה למי שהשכיר בית לחבירו בשנים עשר דינרים לשנה בדינר לחדש לפרוע בכל חדש וחדש והרי הוא עני שאין ספק בידו לפרוע מה שעבר ומה שעתיד לבא וכי לא יוכל לומר לו צא מביתי שעל מנת כן לא השכרתי לך ולמה תתחייב במה שאין אתה יכול לפרוע ואם היית ב"ח אחר פשיטא

שאינו יכול להוציאנו מבית דירה שלו שהוא דר בה עד י"ב חדשים דומיא דכסו' דתנן בערכין מניחין לו מזון שלשים יום וכסות י"ב חדש דדרשינן ואם מך הוא מערכך החייהו מערכך. אבל אצל ביתו נרא' דבר פשוט דמצי מסלק ליה שלא השכיר לו אלא על מנת שיפרע לו חדש בחדש. ותו לפי דבריו דכי היכי דבב"ח לא כייפינן ליה אף בבעל לא כייפינן ליה להוציא מטעם דרב דאמר האומר איני זן ואיני מפרנ' כופין אותו להוציא דמה ענין יציאה אצל מזונות יהא כב"ח ויכופוהו לזון כמות שהוא חייב ואי מטעם דלא מצי קאים עמיה בכל זמנא בדינא ודיינא כייפי' ליה אלא מעתה ב"ח שחייב לחבירו ק"ק זוז לפרוע לו בכל יום זוז אחד ואומר איני נותן יכופוהו לפרוע כל חובו בבת אחת משום דלא מצי קאי בדינא ודיינא עמיה הא אין עליך לומר אלא אשה שאני שלא נשאת אלא ע"מ שיזון ויפרנס בשופי ומתוך שיושם במשפט כל בני ישראל הכשרים אף אתה אומר אם עני הוא ואין ידו משגת שעל מנת כן לא נשאת ויפטרנה בגט.

ועוד הרי אמרו אם ירצה שלא לזון את עבדו רשאי ושלא לזון את אשתו אינו רשאי ותניא בסוף פרק קמא דגיטין יכול העבד לומר לרבו בשני בצורת או פרנסני או הוציאני לחירו' וחכמי' אומרים הרשות ביד רבו ומפרש לה התם כגון דאמר ליה צא מעשה ידיך במזונותיך ובשני בצורת לא ספיק רבן שמעון בן גמליאל סבר או פרנסני או הוציאני לחרות דחזו לי אנשי ומרחמי עלי ורבנן סברי מאן דמרחם אבני חרי אעבד נמי רחומי מרחים אלמא אי לאו הך טעמא אף על גב דיהיב ליה מזונות דבכל יום כיון דלא ספיק מצי אמר ליה או פרנסני או הוציאני אף על גב דאי לאו שני בצורת אסיקנא התם דיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך לפי שימצא מרחמים כשיחזור על הפתחים מכל מקום בשני בצורת אי לא שכיחי מרחמים כולי עלמא מודו דאינו יכול כדכתבו התוספות והוא יכול לומר לו הואיל אי אתה נותן לי סיפוק למזונותי הוציאני לחירות קל וחומר באשה שתאמר או פרנסני כתורה או גרשני ואמצא מי שיפרנסני דאין לומר באשה שתחזור על הפתחים דלאישות ניתנה ולא לזילזול הילכך נראה בעיני שאין לפקפק בדינו של הרב ז"ל מאחר שלא מצינו לאחד מן הפוסקים שנחלק עליו בפירוש והא שהביאו התוספות בפרק אף על פי משם רבינו תם שנחלק על הר' אליהו שהיה אומר שאדם מחוייב להשכיר עצמו לעשות מלאכה לפרנס את אשתו דממס' כתובתה נלמוד שכותב אפלח ואוקיר וכו' ואומר רבינו תם דלא מחייב וההיא דאפלח ואוקיר לאו היינו שכירות אלא עבודה שדרך האיש לעבוד בביתו. וכן כתב הטור בסימן ע' בשם הרמ"ה דחייובי למעבד לא מחייבינן ליה לאו למימרא דשבקינן לה הכי שתהא מתכוונת והולכת תחתיו

אלא כופין אותו ויגרש ויכתוב עליו הכתובה בתורת חוב לכשתמצא ידו כדכתב הרמב"ם ז"ל כיון דלדידהו לא מחייב להשכיר עצמו לזונה יוציא בגט.
ולענין הכפיה הרי הראשונים נוחי נפש נחלקו בכל אותם שאמרו יוציא ויתן כתובה אי כייפי' במילי או בשוטי וכמו שהאריכו התוס' בריש המדיר שר"י הוכיח מכמה מקומות שכל מקום שאמרו יוציא כייפינן בשוטין דבדברים לא יוסר עבד ורבינו חננאל הביא מהירושלמי דכל הנך יוציא דמתני' אין כופין אלא היכא דמפרש בהדיא כופין מדאמרינן בירושלמי אין מעשין אלא לפסולות אמר שמואל תנינא המדיר את אשתו מליהנות לו וכו' שמענו שמוציא שמענו שכופין. אבל מדברי כלם נשמע שבמקום שאמ' כופין כייפינן בשוטין ועל ידי הגוים. וגבי מומין דאיש דתנן ואילו שכופין אותו להוציא פרכינן אמאי לא תני בהדייהו נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ומשני רב נחמן לא קשיא הא במילי הא בשוטי פי' אפריה ורביה במילי ומתקיף לה רבא בדברים לא יוסר עבד וקיימא לן כרבא אלמא בכל מה שאמרו כופין בשוטין הוא דאמור ואם נכפה בכלל מומין דאיש ועדיפא מנייהו כדכתבי' לעיל הרי שנינו בהם כופין.
וגם לענין מזונות מפרש בהדיא בגמרא דכפיה היא מדאמר שמואל עד שיכפוהו להוציא יכופוהו לזון ורבינו חננאל גריס בהדיא במילתיה דרב כופין אותו ויוציא ויתן כתובה.
והרא"ש ז"ל בתשובה כלל מ"ג סימן ד' האריך בזה והוכיח דכל כפיה בשוטין היא דבפרק אע"פ פריך למאן דאמר דמודר על אשתו היינו שאמר איני זן ואיני מפרנס מהא דאמר רב האומר איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתובה כלומר כיון שהדין כך שיוציא ויתן כתובה מאי קאמר במתניתין דמוסיפין לה על כתובתה מאי תוספות שייך הכא כיון דצריך לגרש לאלתר ואי כפיה הויא במילי מאי פריך דלמא כגון שלא רצה לגרש בכפית דברים ובהא קתני דמוסיפין לה על כתובתה אלא שמ"מ כפיה דשוטין בין ע"י ישראל בין ע"י האומות כאותה ששנינו בשלהי גיטין גט מעושה בישראל כשר ובגוים חובטין אותו ואומרים עשה מה שישראל אומרים לך עד כאן דבריו. ובמרדכי בשלהי גיטין הביא מירושלמי דאמרי' התם גוים שעשו כמעשה ישראל כשר באומר איני זן ואיני מפרנס ומתני' אמרה כן ובגוים חובטין אותו ואומר לו עשה מה שישראל אומרים לך פירוש היכא שהגוים מכריחין ומעשין אותו ליתן גט כמעשה ישראל כלומר לעשות כדייני ישראל כיון שהדיינים ישראל והדין אמת כגון איני זן ואיני מפרנס כשר ומתניתין אמרה כן עד כאן לשונו.
אלא שיש לפקפק בנדון דידן שחמיה אומ' לכשתבא לביתי אזונה כמו שהייתי זן אותה בתחלה אם כן אין כאן טענת חיי נפש שהרי יכולה לגלגל עמו בבית חמיה כמו שהיתה

מגלגלת עמו עד עכשיו. איברא שאין האיש יכול לכוף את אשתו שתדור בבית אביו עם קרוביו וקרובותיו וגם לא שתהא נזונת על יד אביו וכאותה שאמרו בירושלמי בפ' המדיר דפריך ויעמיד פרנס ומשני רשות ביד אשה לומר אי אפשי להתפרנס מאחר אלא מבעלי והתנן המשרה אשתו על ידי שליש כאן בשקבלה עליה כאן בשלא קבלה עליה אי בשלא קבלה עליה אפילו יום אחד לא יעמיד מגלגלת עמו שלשים יום שמא ימצא פתח לנדרו עד כאן אלמא בשלא קבלה עליה לא מצי כייף לה ושלשים יום מיהת היא דמגלגלה בהדי' שמא ימצא פתח יתר מכאן יוציא ויתן כתובה. וכאן אינה צריכה להמתין אפי' שלשים יום שאין לה פתח תקוה שתהא משמרת לו ומכל מקום נהי דלא מצי כייף לה אלא אמרינן ליה שיוציא ויתן כתובה וכפיה במילי וקרינא ליה עבריינא אבל לכופו בשוטין כדין האומר איני זן ואיני מפרנס לא כייפינן ליה.

ועדיין יש לבעל דין לומר דשאני התם שאף על פי שעברו שלשים יום ולא מצא פתח לנדרו מיכף לא כייפינן ליה לגרש שעדין אפשר שימצא פתח לנדרו הילכך מגלגלין עמו לכופו על הכתובה וכופין במילי על הגט שמא מתוך כך ימצא פתח לנדרו אבל היכא דאין ידו משגת ואנו יודעים שאי אפשר לו לזונה אם לא יהא על ידי פרנס והיא אינה מתרצית בכך הדין נותן לכופו מיד לגרש. ותדע לך דיש לחלק בכי האי גוונא דבס"פ החולץ אהא דאמרי' ההיא אתתא דאמרה לא בעיא ההיא גברא חוטרא לידה ומרא לקבורה דכיון דבאה מחמת טענה כופין אותו לגרש וכתוב במרדכי שם משם הר"ם ז"ל דה"מ דהוי איהו עקר ואין לו תקנה לעולם אבל המדיר את אשתו מתשמיש המטה דרתח עלה וסופו להתפייס בהא לא אשכחן שכופין אלא למקריא עבריינא כדפי' ר"י בפרק המדיר עד כאן. הרי דבביטול תשמיש חלקו בין אפשר ללא אפשר דהיכא דלא אפשר כופין מעכשיו לגרש אף כאן לענין מזונות אע"ג דהיכא דאפש' לו אם לא מחמת הנדר לא כייפינן ליה אלא למקרייא עבריינא דשמא יתפייס אחר כך אבל היכא דלא אפש' ליה לגמרי כופין דכי היכי דהתם בא' מחמ' טענ' הכא נמי באה מחמת טענה דאין רצונה לדור עם חמיה וחמותה וקרוביו אי משום שיוציאו ממנה דברים לספר בחוץ כדאמרינן בפרק האיש מקדש על מנ' שיש לו בת או שפחה מגודלת ואין לו או שאין לו ויש לו דאמרינן בגמרא דאפילו לרבי שמעון דאמר אם הטעה לשבח מקודשת שאני הכא דאמר לא ניחא לי דנקטה מילי מיני' ואזלא ונדיא בשבבותאי שכשהיה שפחה מגיבלת ובעלת שכל דבריה נשמעי' אצל הבריו' שתתן אותי לעג וקלס בפיהם ואם בשפחה אמרו כל שכן בחמותיה ויבמתה שהם מחמש נשים שהם בחזקת שונאות דאין אדם דר עם נחש בכפיפה וכל שכן שתהיה נזונית על ידה דמצ' אמרה אי אפשי להתפרנס

מאחר אלא מבעלי ואביו נמי לגבי בעלה כאחר דמי ויכולה שתאמר איני נזונית ממנו מאותה ששנינו שלהי נדרי קונם שאינו נהנה לאבא ולאביך אם עושה אני על פיך הרי זה יפר וטעמא משום דתלינהו לאבא ואביו בדידיה דהוה ליה דברים שבינו לבינה כדכתב הרא"ש והמפרשים ז"ל הא אלו אמרה סתמא קונם שאיני נהנה לאבא ולאביך אינו יכול להפר דומיא דקונם שאיני נהנה לבריות דתנן בר"פ אינו יכול להפר אלמא אין הבעל יכול לכופה שתהא נהנית מן הבריות ולא מאביו. ומכל מקום לענין כפיה אף על פי שיש לחלק בין זו להההיא כמ"ד שלשים יום יעמיד פרנס אכתי אין לנו ראיה ברורה לכוף על הגט בטענה זו ואין לנו אלא במקום שמצאנו מפורש אבל מטענת חולי הכפיה להיות הדבר חמור מאד וראוי לכל אדם לברוח ממנו כבורח מן הנחש לבי נקפי בדבר אחר שנסתפ' ראבי"ה גם הה"ר יוסף בר חיים שכתב הרא"ש אמר אחר שרבינו יואל היה מסופק אין בידי להכריע והא דרב יוסף בר חיים גברא רבה הוא שהרי הרא"ש היה שואל הוראה מאתו כדמוכח בכלל ק' ששאל ממנו על היזק ראיה. מכל מקום אם נתישן החולי אצלו וגם הרופאים אמרו נואש אם יראה בעיני רבותינו חכמי הדור שלא לחוש לספקו של רבינו יואל ז"ל מפני ודאן של אותם הגדולי' אף אני אהיה סניף להם.

ולענין מה שבא בשאלה אם יכולה לבא לקחת כל הנכסים הנמצאים אתה בין נדוניאתה בין מתכשיטין שנתן לה בעל' וללכת אל עיר מקום שדר אביה שם מילתא דפשיטא היא דלכ"ע דינא הוא דיוציא ויתן כתובה ואפילו אם לא תפסה מפקינן מיניה כדכתב המרדכי בריש פרק המדי' משם הר"ם ז"ל דבכל היכא דקתני יוציא ויתן כתוב' נהי שלא הרשינו לכוף ולהוציא שלא יהא גט מעושה שלא כדין מכל מקום כתובה מאי טעמא לא נפיק מיניה כיון שחייבוהו חכמים ליתן לה ומזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט שהרי גדולה מזו אמרו בפ"ק דמציעא כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה אע"פ שנתן לה כתובתה כל זמן שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו ולא עוד אלא אפילו גרשה ולא נתן לה כתובתה משלם אמרו שם בירושלמי חייב במזונותיה עד שיתן לה פרוט' אחרונה ואע"פ שהרי"ף כת' דגמרא דילן לית ליה הך סבר' הרי הוכיח הרא"ש ז"ל דתלמודא דידן לא פליג אירושלמי וכדברי בעל העיטור ז"ל כל שכן כאן שהיא מעוכב' על הגט ועל הכתוב'. ואין הבעל יכול לטעון תהא נזוני' ממה שתחת ידה כי מה שיש תחת ידה שהן המטלטלין שהכניס' בנדונית' אין הבעל יכול למכרן וכדאמרי' בפרק מציאת האשה דתנן וכנגד השום הוא פוסק פחות חומש ומפרש בירושלמי מה ראו לומר בשום פחות חומש שמו דע' האשה שהיא רוצה נבלות כליה ולפחות חומש הדא אמרה אין אדם רשאי למכור בלי אשתו וגדולה מזו

אמרו בפרק אלמנה לכהן גדול גבי היא אומרת כלי אני נוטלת והוא אומר דמים אני נותן דקי"ל כרב יהודה דאמר הדין עמה משום שבח בית אביה ותניא כוותיה דרב יהודה המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור ולא עוד אלא אפילו הכניס לה שום משלו אם רצה הבעל למכור לא ימכור מכרו שניהם לפרנסה זה היה מעשה לפני רשב"ג ואמר הבעל מוציא מיד הלקוחות ואיכא מרבוות' דפסקו דאפילו מכר הבעל הוא עצמו מוציא לאלתר מיד הלקוחות דתקון רבנן שלא יתקיים המקח כלל ואיכא מאן דפסק שהיא מכורה עד שתבא לידי גביה הילכך הלוקח יחוש לעצמו ומיהו דוקא גבי קרקע אמרי' הכי שהארץ לעולם עומדת לפניה שתטרפנו אבל מטלטלי' כסף וזהב בין שהכניסה בין שהכניס לה משלו אע"פ שיש לבעל נכסים אחרים מקחו בטל לאלתר הילכך אם לאח' זמן תמצא לטרוף למזונות טורפת וגם אין לעכב על ידה שלא תלך אצל אביה בעיר שהוא דר בה דמאחר דלא כייפי' לה לדור עם בעלה עם מי תדור שיהא כבודה יותר מאביה ומי יחוש עליה חוץ ממנו אלא שאם מזונות שבעיר דירתה הם יותר בזול ממה שהם במקום דירת אביה שמין כשער הזול.

קצרו של דבר דיניה דההוא גברא שיוציא ויתן כתובה ומה שיש בידה מחפצי נדוניתא ומתכשיטין שהכניס לה אין להוציא מידה והלך לדור במקום אביה וכל זמן שלא יגרשנה בעלה חייב במזונותיה ולענין כפיה על הגט אם יראה בעיני הרבנים חכמי הדור לכוף על הגט מן הטעמים שנתפרשו למעלה אף אני אהיה סניף להם והנלע"ד כתבתי וחתמתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיד

שאלה ראובן ושמעון שכנים ועליותיה' בקרן זויות של ר"ה ולכל אחד מהם חלון פתוח בעליתו סמוך לקרן זוויות של העליה לרשות הרבים שיש היזק ראיה מכל אחד לחבירו באלכסון וכך היו לפני השריפה שנים רבות ועתה אחר השריפה קדם שמעון ובנה עליתו ופתח חלונו והוציא רשת בליטת החלון לחוץ באופן שיכול עתה להציץ על עלייתו של ראובן כנגד חלונו בשוה ותכף כשהיה עושה הרשת היה ראובן בתוך חורבתו עם אנשים ומחה בפניהם ושוב תבעו לדין שיכניס רשת חלונו כאשר בתחילה לפי שנתקרב עכשיו אצל חלונו ומזיקו היזק ראיה ושמעון השיב כי גם ראובן כשפתח חלונו תחילה לא היה לו רשות לפתוח כנגד חלונו אלא שלא חשש לפי שהיו קרובים ושתק ועכשיו אינו רוצה למחול על היזק ראיתו השיב ראובן כשאני בניתי תחילה מדעתך פתחתי ובפניך היה ורציתי להוציא בליטת רשת חלוני לחוץ ומחית בדבר ומפני כך הכנסתי הרשת מצד ביתך שלא יעכב על חלונך ועוד כי בדין היה לי עליך זכות של ראיה בזמן השריפה

הראשונה בהיותה ביד בעלים הראשונים שהיו חלונות הבתים שלי פתוחות נגד חלונות הבתים שלך ואתה שלא כדין בנית העליה על החצר המשותף ביניכם ויש כמה עדים מעידי' בדבר וכיצד היה בידך לעכב עלי שלא אפתח החלון השיב שמעון אני מוחזק ויורש מאבא ואבא לקח מאחרי' וכך לקחנו העליה בנויה כאש' היא עתה ומפני שלא מחיתי בשעה שפתחת החלון לא אבדתי זכותי כי שתקתי מפני הקורבה שביניכם אבל לא מחלתי. אלו הם טענות שתי הכתות בלשון ראובן ושמעון כי לא ראיתי להזכיר את שמותם כי הם נקובי עם ואדירי כל חפצי בם ונזקקתי לדין ביניהם בחברת החכמים השלמים כמהר"ר משה קשטילאץ וכמהר"ר טוביה הלוי מארץ צבי צפת חוב"ב ומאחר ששתי הכתות ישמרם האל נתענמו שלא יפסק הדבר אלא על פי הדין והאמת באתי לכתוב בעיקר הדין כאשר הורוני מן השמים.

תשובה באנו למחלקותן של ראשונים נוחי נפש אם יש בהיזק ראיה חזקה או לאו שיש מן הגדולים שאמרו שאין לו חזקה כלל וכקוטרא וכבית הכסא דמיין ויש מהם שאמר שיש לו חזקה ולא עוד אלא אפילו לא עברו שני חזקה משראה הנזק ושתק הוי חזקה לאלתר כמו שכתב הרמב"ם ז"ל פ"ז ופי"ב מההלכות וכן תפס הרב מהרי"ק ז"ל לעיקר בפסקיו דמששתק הוי חזקה לאלתר ודוקא במקום שצריך מחיצה כגון חצר שיש בה דין חלוקה או אין בה דין חלוקה ונתרצו לחלוק אפילו עמד כן כמה שנים אין מחזיקין זה על זה ולפי שראה הרב ז"ל שבמחלוקת היא שנויה תפס סברא זו לסייע את המוחזק כאותה שאמר הילכתא כוותיה דרבא בארעא היכא דקיימ' ארעא תיקום ולכאורה היה משמע מדברי הריטב"א ז"ל בתשובה דבחלו' כנגד חלון כ"ע מודו דלית ליה חזקה שכן הביא דבריו מהרי"ק ז"ל בבית יוסף שכתב פתיחת החלונות בחזקת הבתים ובעי' שלש שנים וטענה והאומר דבראה ושתק סגי אין שומעין לו וכו' וכתב עוד ואפילו למאן דאמר היזק ראיה יש לו חזקה ה"מ בחלון שפתוח לחצר דבעל חלון מזיק לחצר ואין החצר מזיק לחלון והוה ליה למחות אבל חלון כנגד חלון דתרוייהו מזקי אהדדי לא הא למה זה דומה להיזק ראיה דשותפין בחצר שאין לו חזקה כדמוכח בשמעתא קמייתא דבתרא וכן הסכימו כל גדולי עולם ולדידי פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון כדין חצר שאין לו חזק' משמע מדבריו שאפי' לדברי הר"י הלוי והרמב"ם בחלון כנגד חלון דאין להם חזקה ודברים תמוהים הם חדא זו שהשוה דין חצר לדין חלון כנגד חלון דטעמא דחצר היינו משום דכל אחד סומך על חבירו שיערער תחילה שיאמ' למה היה לי למחול יותר ממך אבל הכא לפתוח חלון חדש כנגד חלונו של חבירו שהוא מוחזק בו מתחילה מפני מה שתק הראשון הואיל והוא רואה שבא להזיק לו בראיה מאחר שחבירו אינו יכול למחות

בידו שיסתום גם הוא שהרי הוא החזיק תחילה בשעה שפתח לחצר ולמה לא עכב בידו ועוד דשאני חצר דהזיקא דתרוייהו אתי ממילא שכן מוכיח מדברי הרב המגיד ז"ל בפ"ב מהלכות שכנים ובפ' ז' דמחלק בין הזיקא דאתי ממילא להיזק שעל ידי מעשה כגון פתיחת חלון וכך הם דברי הריב"ש בתשובת תצ"ו וז"ל אמת כי דעת הרמב"ם ז"ל בפתוח חלון על חצר חבירו יש לו חזקה כיון שעושה מעשה בפתיחת החלון והלה רואה ושותק מחל אף על גב דהיזק ראיה דאתיא ממילא כגון חצר השותפין אין לו חזקה והרא"ש ז"ל בריש בתרא כתב טעמא דבחצר אין לו חזקה משום דמצי למימר למה היה לי למחות יותר ממך והלא הייתי מזיקך כמו שאתה מזיקני והייתי מצפה אולי תפתח אתה לתבוע עד כאן משמע מלשונו דדוקא התם משום דאית ליה טעמא דלמה היה לי למחות יותר ממך אבל בפותח חלון כנגד חלונו של חבירו שקדם והחזיק בו למה לא מחה כשראהו פותח כיון שעד השתא לא היה נזוק ממנו ועתה בא להזיקו ועוד שהרמב"ם ז"ל כתב בפרק י"ב מההלכות כלשון הזה וכן היזק ראיה במקום שצריך מחיצה כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה עד כאן משמע להדיא דבכל מקום שאין צריך מחיצה הוי חזקה לאלתר והראב"ד ז"ל כתב שם טעמא אחרינא דכיון שהי' צריך להוציא לבנות המחיצה יכול לומר מפני כך לא מחיתי.

אלא נראה דהא דכתב שאפילו למ"ד היזק ראיה יש לו חזקה מודה בחלון כנגד חלון היינו למאן דאמר יש לו חזקה שלש שנים ובטענה וכשפתח זה ראשון לא הוקבעה לו פתיחתו שעדיין יכול חבירו לעכב על ידו וכששוב בא חבירו ופתח חלון כנגד של ראשון אפי' עמדו כך כמה שנים אין להם חזקה זה על זה דהראשון לא היה עליו למחות בשני שיכול לומר לו הוי פקח ושתוק שאף אני אומר סתום חלונך שעדיין לא היה שני חזקה וגם אין לו טענת מכר ולא מתנה וגם השני לא היה לו למחות בראשון בסוף שלש לפי שגם הוא יכול למחות על ידו הילכך הוי ממש דומיא דחצר ואף להר"י הלוי ולהרמב"ם ז"ל משכחת לה נמי כגון שפתח הראשון ומחה בפני שנים שאין לו חזקה ושוב בא השני ופתח כנגדו דמאחר ששניהם יכולים למחות זה על זה אפי' עמדו כך כמה שנים אין להם חזקה אבל בחלון המוחזק ובא חבירו ופתח כנגדו דמצי חבירו לעכב על ידו ולמחות ולא מחה דהא ודאי דלדברי האומרים דמכי ידע הנזק ושתק הויא מחילה הכא נמי הויא מחילה.

ומיהו אכתי איכא למימר דהשתא דנשרף כל המקום ורוצה ראובן לחזור ולבנות ולפתוח החלון כאשר בתחילה מצי שמעון לעכב עליו אליבא דכל הני רבוות' דאמרי' דאין חזקה להיזק ראיה ומספק הוא בא להחזיק אין לו להחזיק מספק ונראה שכל שבזמן שהיה

בנוי אין אומרים לו לסתור עכשיו שהוא נשרף לא הפסיד את זכותו וראיה מדאמרי' בשילהי פרק חזקת אמתניתין דאין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרשות הרבים לקח חצר ובו זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתה אמר רב הונא נפלה חוזר ובונה אותה הרי כאן דאע"ג דמעיקרא לא היה מחזיק בה אלא מספק וכבר נפלה חוזר ובונה אותה בחזקתו הראשונ' ואכתי איכא למימר דלא דמי דהתם ליכא ספיקא דדינא אלא דמספקא לן אם הוציא הזיזין באיסור או אם כנס לתוך שלו ומאחר שכשהיתה ביד הלוקח טענינן ליה דבהיתירא אפיק בחזקת היתר היתה עומדת ובחזקה זו חוזר ובונה ואפי' נפלה ביד בעלים הראשונים היו חוזרים ובונים אותה בחזקת שנים ובטענה שכנסו לתוך שלהם אבל הכא ספיקא דדינא הוא בתחילה בנה אין אומרים לו לסתור סתר אין אומרים לו לבנות אלא שאין לחלק בכך מדפרכינן עלה מדתניא אין מסיידין ואין מכיירין ואין מפיחין בזמן הזה לקח חצר מסויידת מכויירת מפוייחת הרי זו בחזקת' נפלה אינו חוזר ובונה אותה ופרשב"ם אלמא כל בנין שאינו רשאי לעשות בתחילה אם היה לו ונפל אינו חוזר ובונה וגבי הוצאת זיזין לרשות הרבים כיון דא"א להוציא בתחילה אם נפל אינו חוזר ומוציא ומשני בגמ' איסורא שאני ומאי פריך אימא דאידי ואידי ממונא דהתם כשלק' חצר מסויידת אין אומרים לסתור אבל נפלה אין אומרים לו לבנות בסייוד שהרי אמרו אין מסיידין והכא ליכא למטען ללוקח מידי אלמא משום דלא שני לן בהכי אלא כל דלא מחייבין ליה לסתור לא מעכבינן ליה מלבנות ואילו לענין ממונא דומיא דההיא דחצר מסויידת היה בדין לחזור ולבנות אלא דאיסורא שאני מממונא. ועוד מוכח מדתנן בריש בתרא גבי כותל חצר וכותל גנה דבונין הכותל באמצע שנינו לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם ופרכינן בגמרא פשיטא לא צריכא דנפל לרשות דחד מינייהו אי נמי דפנינהו לרשותיה מהו דתימא להוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה קמ"ל דלא וכתב הרי"ף ז"ל ושמעינן מהא דמילתא דידע לתרי שותפי אע"ג דאיתא התם ברשותיה דחד מנייהו לא נפקא מחזקה דאידך דשותפין לא קפדי אהדדי והרי כאן דמעיקרא כשהיתה בנויה לא היתה בחזק' שניה' בודאי אלא מסתמא בנו שהרי משנתינו בשאין בה דין חלוקה איירי דלא כייפי אהדדי ואעפ"י כן אמרי' דמסתמא בשותפות בנו אותה ועל יסוד שניהם נבנית ולא מצי למימר אותו שהאבנים ברשותו לא רצית לבנו' אלא על מנת שאבנה הכותל על חלקי ומשלי כדכתב הרא"ש ז"ל דכיון דכשהיה הכותל בנוי מוקמינן ליה בחזקת שניהם אף לאחר שנפל.

וגדולה מזו אמרי' בההיא דפרק החולץ גבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דחולקין כי מית יבם אמרינן קם דינא ולא פליג ספק בהדי בני יבם ואפילו דינא דלא

נעשה שום מעשה כגון ההיא דמי שאבדה דרך שדהו מוקי לה בגמרא מטעמא דקם דינא כר' אבא כדפסקו רבוותא התם ואפילו למ"ד הדר דינא שאני התם דבא עליהם ספק משני צדדין. ומסתייעא תו האי סברא מהא דרבי יוחנן בריש פרק בתרא דכריתות שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה וכן אמרי' התם משמיה דרי' לקיש עיר הנידחת שהוזמו עדיה כל המחזיק בה זכה בה דמההיא שעתא אסוחי מסחי בעלי' דעתייהו מיניה הכי נמי מההיא שעתא אסוחי מסח שמעון דעתיה ולא מסיק אדעתיה שתשרף העיר ויחזיר לערער ולא שאני אומר דבהוזמו עדיו או שמצא עדים וראיה אינו זוכה דהא דומה לרובע שורו הוא בעצמו דמדע ידיע דלא רבע ומייתי עדים כדאמרי' התם ואין להאריך כאן.

ועדיין יש לבעל הדין לחלוק ולומר כיון שלא היתה כל זכותו של ראובן אלא מספק במחלקותן של פוסקים ומעמידין אותו בחזקתו אף שמעון אחר שיגיע והחזיק ברשת החלון הבולט אין אומרים לו לסתור מה שבנה מספק דילמא הלכתא כמ"ד דהיזק ראיה זו של ראובן אין לה חזקה לעולם וצריך לסתום ומכיון שהוא סותם מי מעכב על ידו אחר כך שלא להוציא חלונו ברצונו ומיהו הא מילתא ליתא כלל מכמה טעמים חדא דכיון דהעמדנו חלון ראובן בחזקת בעליו דהמ"עה לא מפני שחוזר שמעון ומזיקו נאמר שיועיל לו דהא מילתא דמיא לתפיסת ספק אחר שנולד הספק כגון ההיא דתקפו כהן דמוציאין מידו ואפילו לפי מה שרצה לדקדק מהר"י קולון ז"ל בשרש קס"ב מדברי הרא"ש בפ' כיצד הרגל בדעתו של הרי"ף ז"ל מדהשמיט בעיא דרבא דיש העדאה לצרורות דמשמע דס"ל להרי"ף דתפיסה אחר שנולד הספק מהניא ואעפ"י שאין דבריו מוכרחים כמו שמפורש לי במקום אחר מכל מקום יש מקום לומר דתהני ליה תפיסת ספק לפי שיש לו טענה עם תפיסתו שיאמר קים לי בגוואי שלא מחלתי אע"ג דלא מהני הך טענה דאנן סהדי דמחל מכל מקום טענה כל דהו הויא דומיא דהא דכתבו התוספות בסוף פרק המדיר גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שיש לו למחזיק לטעון לשחיטה מכרתיה וע"ש אלא דבנדון דידן לא מהניא ליה תפיסת ספק כלל משום דחזקת ראובן חזקת קרקע היא ולעולם אינה יוצאה מחזקתו הראשונה דומיא דההיא דסוף פרק השואל דאפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר דקי"ל כרב נחמן דאמר דלא מהניא לשוכר תפיסת המעות משום דארעא בחזקת בעליה קיימא. ותדע שהרי"ף גופיה כתב בהשואל דאע"ג דבמטלטלין אי תפס לא מפקי' מיניה במקרקעי קי"ל כרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת וכל שכן בנדון דידן שאין תפיסתו של שמעון דבר שהוא ממון אלא שרוצה להחזיק בנכסי ראובן דלא אזלינן אלא בתר חזקה קמייתא שהוחזק ראובן בפתיחת חלונו

זה כמה שנים לא כל הימנו של זה לבא אחריו לבטל חזקתו כי היכי דלא מהני תפיסתו של ממון אף על גב דטפי עדיף תפיסת של ממון שמניחו תחת כנפיו מחזקת היזק קרקע. וכן מוכח מההיא דריש בתרא לעיל דאע"ג דפנינהו חד לרשותיה אמרו המקום והאבנים של שניהם ולא הוי אידך המוציא מחבירו כיון שהאבנים הללו מאותו כותל הם ואותו הכותל בתחלה מסתמא היה בחזקת שניהם אכתי עדיין הוא בחזקתו הראשונה.

ועוד דאפילו במטלטלי במקום דמהניא בהו תפיסה אם תקפן בפנינו או בפני עדים לא מהניא ליה תפיסתו כדמוכח בריש מציעא דבצווח מעיקרא מוציאין מידו וכתב בנמקי יוסף מהא שמעינן דכל ספק ממונא דקי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה וכן נראין דברי הרי"ף ז"ל שכתב בההיא בעיא בסוף השוכר את הפועלים וכו' עכ"ל הרי שהרי"ף עצמו מודה בהכי בתוקף בפני עדים דמפקי' מיניה וכן מסתבר דכל תפיסה בפני עדים הדרה למרה מההיא דנסכא דרבי אבא דאי איכא תרי סהדי דמחטף חטפה לא מהימן לומר דידי חטפי וכן בעד אחד כדאמרינן התם בשבועות והכא נמי כיון שבשעה שהיה בונה שמעון היו שם עדי' ומחה ראובן בפניה' הו"ל תקפה בפני עדים ולא מהניא ליה כלום. ועוד נראה דבלאו הכי לא מהני' ליה מה שעשה ולא מקריא ליה תפיסה של כלום משום דנהי דלדברי הנך רבוותא דאמרי אין חזקה להזק ראיה היה צריך ראובן לסתום חלונו מכל מקום לדברי אידך רבוותא רשאי הוא בפתיח' ולראות בבית חבירו דשתיק' חשיבה מחילה אבל שמעון זה אפילו לפי דבריו נהי שהיה ראוי לסתום חלון חבירו אבל מכיון שאין חבירו סותם שלא נוכל לכופו מן הדין היאך מותר לו לראות בבית חבירו ולהזיקו בגירי דיליה דקיימא לן כרבי יוסי דעל המזיק להרחיק עצמו דבאיסורא קסמיך ואין לומר סתום חלונ' מאחר שמן הדין אינו מחוייב לסתום והא נקטיה בכובסיה כי היכי דנשביקיה לגלימיה הוא ודמי האי סברא להההיא דאמרינן בפ' המקבל יתומי' אומר' אנו השבחנו וכולי ארעא כיון דלגובייא קיימא כמאן דגבייא דמייא וכן ההיא דפרק לא יחפור אילן כיון דלמיקץ קאי כמאן דקייץ דמיא הזק ראי' זה כיון שמחוייב לסלקו בין כך ובין כך כמי שנסתלק דמי ואי משום חלונו של ראובן המוציא מחבירו עליו הראיה אע"ג דהכא אם יסתום ראובן חלונו לא יצטרך שמעון לסתור מה שהוציא מ"מ הרי אינו סותם אלא שלא בטובתן שסובל הזק ראייתו של שמעון והא מילתא לא אריך. ומצאתי להרמב"ן ז"ל בסוף פרק חזקת בשמעתא דחלון המצרי אין לו חזקה וכו' שכתב בלשון הזה ומסתברא בחלון שאין לו חזקה כגון מצי או למעלה מכיון שאינו צריך הוא לסתמו אע"פ שאין לו מכנגדו כדי שלא יאפי' אבל מלמעלן שלא יציץ ויראה ומלמטה שלא יעמוד ויראה יש לומר שאם

אתה מתיר לו היזק ראיה אתא מצריכו לסתום ולא יהא אלא דבאים שניהם לזכות בבת אחת אינו כדין שנתיר לזה היזק ראיה שגירי' הוא וכיון שאינו מצריך להרחיק אין לו למחות בידו ולומר סתום או אזיק אותך בגיראי עד כאן לשונו. והלא דברים קל וחומר אם במקום שיכול לעכב ולסתו' עליו אינו יכול להזיקו במראית העין במקום שאינו יכול לסתום לא כל שכן שלא יהא מותר לו להזיקו בגירי דיליה.

ועוד לא מסתבר כלל ששמעון בזרוע תעלה לו חזקה אעפ"י שזה עומד וצווח מתחילתו שאם כן גם ראובן ילך ויסתור בזרוע ואין לדבר סוף ותדע דהא דמיא לדינא דכל דאלים גבר דאמרינן גבי ההוא ארב' וגבי זה אומר דאבהתי בפרק חזקת דכל מי שתגבר ידו בפעם ראשונ' הוא שלו עד שיביא חבירו ראי' וכל זמן שלא יביא ראיה אף אם תגבר ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיניה כמו שכת' הרא"ש ז"ל שם דלא מסתב' שיתקינו חכמים שיהיו כל ימיהם במריב' ומחלוקת.

ואעיקרא דדינא דמוקמי' מילתא ביד המוחזק כיון דפלוגתא דרבוותא היא איכא למידק דהך מילתא הויא ספק ספיקא חדא אי היזק ראיה דחלון לית ליה חזקה דומיא דקוטרא וב"ה כדברי כמה מהגדולים ז"ל ואת"ל אית ליה חזקה כשאר נזיקין אכתי איכא לספוקי אי בעי' בכל הנזקין שלש שני חזקה וטענה כמו בגוף הקרקע כדעת ר"ת וסייעתו או דילמא מכי אתיידע נזקיה ושתיק הויא מחילה כדעת הגאונים וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ורגיל הרב מהר"י ן' לב ז"ל לדקדק דבס"ס מפקינן ממונ' מיד המוחזק ומההיא שמעתא דפתח פתוח דפ"ק דכתובות הוה אמר ליה דבס"ס מפקינן כתובה מיד הבעל אף על פי שיש לדון אחר דבריו כמו שמפורש לי במקו' אחר. ואף את"ל דפלוגתא דרבוותא הויא בספיק' ולא מצי למימר המוחזק קים לי כהרמב"ם ז"ל וסיעתו בכולי מילי בין בחזק' הנזי' בין בחזק' החלונות שאף בזו יש דקדוקי דברים מ"מ הכא אין נוגעים בה מטעם זה דמדאפליגו רבוותא בהזק ראיה דחלון ודנו בו לזכות המוחזק שיש לו חזקה חזר הדבר להיות דין אפילו למאן דאמר דדמיא לקוטרא וב"ה דאין שתיקתו ראיה שהרי נהגו בתי דינים לדון שיהא לו חזקה ולא היה לו לשתוק ומדשתק עלתה חזקה למחזיק וכן בכל הנזיקין מכיון שדנו בהם שתהא חזקתן לאלתר אפי' למאן דאמר דבעי' ג' שנים מודה הוא דהשת' הויא חזקה לאלתר כדאמרי' גבי סתימה ולסתום הויא חזקה לאלתר משום דאין אדם סותמים אורו בפניו ושותק אף זה כיון שרואה מעשים בכל יום שעלתה להם חזקה אינו עשוי לשתוק שהרי אמרו האחרונים ז"ל דבכל הני עניני חזקה הולכים אחר המנהג ולא יהא אלא מנהג כאן מנהג מבטל הלכה ועוד כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מחית איניש נפשיה לספקא לשתוק כדאמרי' לענין קדושין בפרק האיש מקדש ולענין

נדרים ובכמה מילי והרשב"א ז"ל כתב בתשובה על פותח חלון לחורבת חבירו שאין לו לזה לשתוק מאחר שרבתה מחלוקת בחכמי ישראל דהזק ראיה אם יש לו חזקה אם לאו ושמא יעמוד ב"ד ויאמר שיש לו חזקה ומטעם זה פותח לחורבה יש לו חזקה כדכתב הריב"ש ז"ל נמצא דאחד חזקת חלון ראיה וא' חזקת שאר נזקין חזר המנהג להיות דין מוסכם שתהיה להם חזקה לאלתר ולזה תפס הרב מהרי"ק ז"ל סברא זו בסתם ומעתה אם אחר שנפל וגם עכשיו שפתח שמעון כנגדו הרי ראובן בחזקתו הראשונה בחזקת ודאי ולא בחזקת ספק ואין אנו צריכין כאן הנך טעמי דלעיל וכל זה כתבתי לרווחא דמילתא לפי מה שכתב מהר"י בן לב ז"ל במקומות מספרו ולא שאני משוה עם הרב ז"ל בדין שכבר כתבתי במקום אחר מה שנ"ל בדבר דלעולם לא מפקינן מיד המוחזק כל שאתה יכול להרבות ספיקות וספקי ספקות ומה שיש לדון על עיקר ראייתו כתוב במקום אחר אין כאן מקומו ואף הוא ז"ל אמר שלא סמך על הדבר אלא עשאו סניף לטענה אחרת וכל זה שאנו דנין היינו לכשתמצא לומר דנדון דידן תליא בפלוגתא דרבוותא.

אבל נראה דבנדון דידן זכה ראובן בפתיחת חלונו ואין שמעון יכול לעכב עליו ולא לגרום לו שום נזק מתלתא טעמי חדא דאפי' להנך רבוות' דאמרו דהזק ראיה אין לו חזקה דומיא דקוטרא וכו' והטעם בהני לפי שה' נזקין גדולים ותדירים וחזקה דלא מחיל איניש עלייהו אבל כל שאין היזק גדול וגם אינו תדיר הוי כשאר נזקין דיש להם חזקה דאפושי בפלוגתא לא מפשי' שהרי הרא"ש כתב בריש בתרא דדוקא בחצר שהוא היזק תדיר אמרינן דלית ליה חזקה משום דדמיא כקוטרא וכו' אבל בחלון הפתו' לחצר שהוא עשוי לאורה ואסור להסתכל במעשה חבירו אית ליה חזקה ואפי' אותם הגדולים שאמרו אף בחלון הפתוח לחצר מכל מקום הרי השוה אותו לקוטרא וב"ה וגבי קוטרא פי' ר"ת דוקא קוטרא דכבשן שהוא גדול אבל קוטרא דעלמא הויא חזקה וכן ב"ה כגון דהנך דידהו שהיו על פני קרקע ומגולים ולא נחלק אדם בזה וכן לענין היזק ראיה למי שמשוה אותם לקוטרא וב"ה צריך שיהא ההזק רב ותדיר ותדע דלאו כל מילי דאית בהו היזק ראיה אמרינן דאין לו חזקה דהא זיז שיש בו טפח שנינו בו שיש לו חזקה אף על פי שיש לו היזק ראיה ואפילו לרב יהודה דלא חייש דשמא יציץ בשעה שהוא תולה ה"מ בפחות מטפח אבל כשיש בו טפח שמשתמשי' על גבו וסודרין בו כלים ולא מצי למעבד באהדוריה אפיה ואיכא היזק ראיה כדכתב הרא"ש ז"ל ואעפ"י שיכול למחות בתוך שלש בעל החצר בבעל הגג מטעם היזק ראיה לאחר שלש עלתה חזקה לבעל הגג דזיז אלמא לא אמרו אין היזק ראיה אלא בהזק גדול ותדיר והנה בנד"ד דלא חלון כנגד חלון ממש הוא אלא זה בקרן זוית וזה בקרן זוית כמין אגם שהרואה א"א לראות אלא אותו קרן

שכנגדו באלכסון אצל הכותל שהכותל אינה מופלגת מן החלון יותר מאמה אחת וגם חלון של ראובן היא סמוכה לקרן ממש שא"א לראות משם חלונו של שמעון כשהוא עומד בבית אם לא שיתכוין וישב בקרן זוית ועוד שהיה להם סריגות בחלונות זה וזה שאינם רואים להדיא בהא מילתא ודאי דלא הוי היזק רב ותדיר הוה ליה חזקה כשאר הנזקין דאמרו הגאונים שכל נזק שאינו בגופו של קרקע מכי מתידע ליה נזקו ושתיק הוי מחילה דידוע הדבר כזה דרך בני אדם שלא להקפיד כיון דמצי לאצטנועי מיניה דלא יהא אלא שהקצ' אותו קרן זוית בביתו שלא להשתמש בו תשמיש צנוע מי לא סגי ליה בלאו הכי ועוד ע"י אות' הסריגו' אפילו תשמיש צנוע יכול להשתמש והוה ליה נזק זה כשאר נזקין דאף ע"ג דלכתחילה מצי מעכב מכי שתק מחל כדברי הגאונים ז"ל דסוגיא דעלמא כוותיהו כמו שכתבו האחרונים ותדע דבהיזק ראיה מפלגינן בזה שלא כנגד זה מדאמרי' בפ' קמא דבתרא שני בתים בשני צדי רשות הרבים זה עושה מעקה לחצי גגו וזה עושה מעקה לחצי גגו זה שלא כנגד זה ומעדיף ופרש"י ז"ל ומתוך כך לא יראנו להדיא ואף על גב דהתם בגגות מיירי שאין עשויים כ"כ לתשמיש ומ"ה סגי באותה הרחקה כדכתב הרמב"ן ז"ל בסוף פרק חזקת גבי חצר השותפין דעושין חלון שלא כנגד חלון ואין מוחין זה בזה מטעם דאמר אי בעינא לאסתכולי בך לראות יכול אני לראו' לעמוד בחצר ומסתכל שמעינן מינה דיש חילוק בין חלון כנגד חלון לזה שלא כנגד זה דלא חזיא ליה בהדיא ובכה"ג איתי' במחיל' דאפשר שאין אדם מקפיד בכך ובפרט בשיש סריגות בחלונות.

ובר מן דין אפילו לדברי האומרים דטענת סבלנות לא מהניא בנזקין אם לא שתהיה מחילה ממש או מכר או מתנה בנדון שלפנינו לא היתה שם סבלנות גרידא שהרי שמעון מחה בחלון זה עצמו דרשת של נחושת שהיו עושין אותה בולטת ויוצאה לחוץ ומפני ערעורו הכניסוה שלא תהא בולטת מצד חלונו של שמעון וכיון שמחה לזו ולא מחה לזו ש"מ מחל ונתרצה דאי משום דסבל ולא חש למחות הרי שלא סבל ומחה ברשת ולמ' לא מחה בפתיחתה של חלון גופה וקרוב הדבר להיות כאותה שאמרו בפ' מי שהיה נשוי אהא דאמרי' לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל דלא חשיבא מחילה גמורה דמצי אמרת נחת רוח עשיתי ואמרי' כתב לראשון ולא חתמה לו ולשני וחתמה לו אבדה כתובתה דאמרינן לה אם איתה דנחת רוח עבדת לקמא אית לך למעבד ובשני לקוחות אמרי' הכי וכ"ש בלוקח א' ומכר לו שדה אחד ולא חתמה לו ובאחר חתמה לו כדכתב התו' שם דיותר יש לנו לומר אבדה כתובת' בחד לוקח מבשני לקוחות וכ"ש כאן דעדיפא מכלהו דהוי כחד לוקח וחד ארעא וערער במקצת זביניה ולא בכולה דמסתמא

המערער על בליטת רשת החלון מודה הוא בחלון עצמו ואשכחן נמי לענין יוחסין אפילו היכא דבשתיקה לא מפסלי כגון שקראו עליו שם פיסול ושותק אם קראו עליו פיסול אחר וצווח וכשקראו לו פיסו' זה שתק יש לחוש לשתיקתו וכשיטת המפרשים בההיא דשלהי פרק קמא דכתובות ממזר צווח וחלל שותק איכא ביניהו כלומר דצווח בהאי ושתק בהאי כמ"ש הר"ן ז"ל שם אף על גב דלדידהו שתיקה לחודה אינה ראיה.

ומה שטען דמחמת קורבה שתק גם מטעם זה אינה טענה כיון שכבר ערער ממקצת תדע דאהא דאמרינן בפרק חזקת הני דבי ריש גלותא לא מחזקי בן ולא מחזקי בהו כתוב בהגהת אשר"י משם ראבי"ה ז"ל דדוקא בשלא מחה בשום פעם מצי למימר מפני הודאה לא מחיתי אבל אם מחה פעם א' צריך למחות בסוף כל שלש ושוב אינו נאמן לומר יראתי למחות עד כאן לשונו ולענין מזונות אלמנה נמי מפלגינן בין צנועה לפרוצה בריש פ' אלמנה נזונת דבפרוצה בשתי שנים אבדה מזונות הילכך זו אינה קרויה סבלנות גרידת' אלא מחילה גמורה.

ועוד נראה שלא אמרו אין חזקה לניזקין אצא כשהדבר ברור שהיה לו מתחלה זכות ודאי לזה ובא זה אחר כך והחזיק בשלו דאפילו עמד כמה שנים ולא מחה אין זו חזקה דהא קי"ל כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה דבמאי קנה בשתיקה בעלמא לא קנה אבל כל שאנו מסופקים עם ראובן זה מחזי' בזכות עצמו דשמא זכות זה היה לו מעולם שהיו לו חלונות פתוחות שם כמו שטען ראובן וגם כי שמא שמעון זה החזיק שלא כדין באותה עליה שהחלון בה לפי עדות העדים שהעידו שהחצר היה משותף משני הבתים ואלו היה להם גזוזטרא יוצאת עד חצי אוירו של חצר ואלו היה להם גזוזטרא אחרת עד חצי אוירו של חצר והוא במקום שנבנית העליה אחר השרפה אלא שלפי ששמעון הוא יורש אנו מעמידין אותו עכשיו בחזקתו דטענינן ליורש כל מאי דמצי אבוהון למטען ואילו אבוהון הוה קיים היה טוען לקחתי הזכות מבעל החצר וטענה זו מועילה להחזיק מה שבידו אבל לא לגרוע חזקתו של זה שהחזיק בפתיחת חלון לזה כמה שנים שאני אומר כיון ששתק שמעון וראהו פותח כנגד חלונו ולא מחה שמא אודויי אודי ליה שהיה לו כח וזכות לפתחה אם מפני שהיה לו חלונות וראיה באותו מקום בתחלה או מפני שהיה יכול לומר אדרבא סתום חלונך וסתור עלייתך כי שלא כדין בנית ואולי היה נמצאים אז עדי מחאה ולכך נתרצו והניחו לפתוח וכאותה ששנינו בפרק קמא דמציע' לענין טלית ששנים אוחזים בו דתניא במה דברים אמורים בששני' אדוקי' בו אבל היתה טלית יוצאה מתחת ידו של אחד מהם המוציא מחבירו עליו הראיה ומפרש לה בשתקפה אחד מהם לפנינו ואידך שתק ולבסוף צווח דאמרינן כיון ששתק בתחילה אודויי אודי ליה

ולא אמרי' הא דשתק משום דמימר אמר הא קחזו ליה רבנן וכל שכן כאן דאין טעם לשתיקותו דאמרי' ודאי דאודויי מודה ליה ולא אמרו שאין שתיקה וסבלנות ראיה אלא כשמחזיקין בדבר שהוא ברור שהוא של חבירו אבל במה שיכו' לומר אין שקלי ודידי שקלי אין אדם עשוי לשתוק ואם שתק שתיקותו כהודאה גמורה היא.

ועוד ראיה מהא דאמרינן בסוף פרק חזקת אמר רב נחמן ולסתום הויא חזקה לאלתר ומפרשה רשב"ם ז"ל בחלון שהחזיק בה שלש שנים בחצר השותפין ובא חבירו וסתמו שבנה כותל כנגדו והוא שתק לאלתר הויא חזקה דמדשתק אודויי אודי ליה דשלא כדין החזיק מעיקרא ואף על פי שהרמב"ם ז"ל מפרש השמועה מטעם מחילה דאין אדם עשוי שסותמי' אורו בפניו ושותק אלא א"כ מחל היינו לפי שהוא מפרש' בחלון שהיתה שלו מעולם והיא קדמה לחצר דלא שייך למימר התם אודויי אודי ליה אבל בעיקר דינו של רשב"ם בחלון שהחזיק בו שלש שנים אף הרמב"ם ז"ל מודה לו בזה דאמרי' אודויי אודי ליה וכיוצא בזה נאמר אעפ"י שמתורתו של הרמב"ם ז"ל לא למדנו מתורתו של רשב"ם ז"ל למדנו מכל אלין טעמי נראה בעינינו דבר ברור שראובן יבנה חלונו כאשר בתחילה ושמעון שהוציא בליטת רשת חלונו לחוץ שמזיק לראובן בראיה חייב להכניסה בשעורה הראשון כי מה שהוציא שלא כדין הוציא וכאותה שאמרו יגעת בני ופתחת יגע בני וסתום כנראה לדעתי כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קטו

שאלה רחל ולאה אחיות תבעו מראובן שנתנו לו חפץ אחד של זהב למכרו והוא טוען שמעכבו בידו בעד חוב שחייבת לו רחל ורחל אומר' לא היו דברים מעולם ולא נתחייבתי לך כלום ולאה תובעת מראובן אני ואחותי מסרנו לך החפץ אם יש לך אצל אחותי לך תבע ממנה כפר שמעון בפני בית דין שלא קבל מידה כלום זולתי מרחל אחותה הביאה עדים לאה כל אנשי השכונה שנמצאו בעת שהיו רוצין האחיות להוליך את ראובן לפני השופט ע"ד החפץ שעכב האנשים נכנסו ביניהם בדברי שלום והודה ראובן ללאה שמידה ומיד רחל קבלה החפץ ההוא למכרו ועתה הרי הוא מזומן לעמוד בפני בית דין ולעשות כדין התורה וראובן כופר בהם ואומר שמעולם לא אמרתי כך ושקר מעדים עלי ילמדנו רבינו כדת מה לעשות.

תשובה אפילו יהבינן ליה שיוכל לטעון טענת השטאה נהי דאי השתא לאחר שבאו עדים חזר וטען אמת שכך אמרתם אבל משטה הייתי בלאה לפי שהיתה תובעת אותי מה שלא נתנה לי אז ודאי מהניא ליה טענה זו ולא הוחזק כפרן כדאמרי' בגמר' משמיה דרבה כל מילי דכדי לא דכירי אנשי ושכח אות' הודא' כיון שהית' דרך שחוק אבל

שעדיין מחזיק בדבריו הראשונים לומ' להד"ם שלא הודיתי ושהעדי' מעידים דבר שקר בהא ודאי לאו כל כמיניה להכחיש ואין לנו לבדות מעצמינו לומר משטה היה בו ולכך אינו זוכר ומכחיש את הדבר דמילי דכדי לא דכירי אנשי ואף על פי שטוען ברי לי שלא אמרתי כך מעולם אמרי לביה אנסיה דהא אמרי' בגמרא דאי איהו לא טעין משטה אני בך אנן לא טענינן אלא אמרי' ליה זיל שלים אף כאן הואי' והעדי' מעידי' שכן אמר נאמר לו הואיל והעידים מכחישין אותך שהרי אומרי' שכך אמרת' בפניה' שקבלת החפץ מלאה ומרחל זיל הדר ללאה שאינה חייבת לך כלום עד שיאמ' אפשר שמה שאמרתי כן בדרך השטאה אמרתי וכל שלא טען כך אנו מחייבין אותו לשלם שהרי זה מכחיש מפי העדים ושותק ולא אמר רבא כל מידי דכדי לא דכירי אנשי אלא כלפי מה שאמר אבי הוחזק כפרן בבית דין דלא מצי תו למטען משטה הייתי בך או חזרתי ופרעתי אמר רבא דמשו' ההיא הודאה לא הוחזק כפרן ויכול לטעון עכשיו טענה הפוטרתו וכך מטין דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות טוען וז"ל אמר לו בפני עדים מנה לי בידך אמר לו הן למחר תבעו ואמר משט' וכו' פטור ואפילו אמר לא היו דברים מעולם שהרי לא אמר להם אתם עדי ודבר שאינו עדות אין אדם זוכרו ולפיכך אם אמר להד"ם לא הוחזק כפרן ע"כ ולשון הוחזק כפרן המוזכר בכל מקום הוא מטענ' לטענה ואם איתא שגם עכשיו אינו טוען אלא להד"ם כבראשונ' לא שייך לומר לא הוחזק כפרן אלא דלא הוכחש מפי העדי' דשמא שכח לפי שאותן הדברי' דרך השטא' היו.

מיהו הרי"ף ז"ל כתב כלשון הזה וה"מ דקטעין איהו אבל אי לא טעין לא טענינן ליה ולא מבעיא היכא דאמר משטה אני בך הוא דפטו' אלא אפילו אמר לו להד"ם פטור מ"ט כל מילתא דכדי לא דכירי אנשי עכ"ד ופשט הלשון משמע דפטור בכל ענין אע"ג דהשתא לא טעין השטאה כלל וכתב בנמקי יוסף וה"מ דקטעין טענת משטה אז הוא דפטור אבל היכא דלא טעין איהו משטה הייתי בך כשהודתי אלא אמר לא אתן לך הבא עדים שהלויתני אין טוענין בשבילו אלא אומרים אחר שיש עדים שהודית לו שלם כן פירש"י ור"ת אבל הרי"ף והרמב"ן ז"ל פירש דהא דאמרי' דקטעין איהו אף דלא אהדר משטה אני בך מיירי אלא אפילו אמר להו להד"ם פטור דהא דאמרי' אבל אנן לא טענינן ליה והיינו לומר שאם מודה שהודה לו אלא שכופר בעיקר החוב חייב דכיון שהוא מודה בהודאה צריך ליתן טעם לדבריו למה הודה ואם לא טען אין טוענים לו וכת' עליו הרב מהר"י קארו ז"ל ולי נראה שאין חילוק בין שני הפרושים דדברי שניה' אם מודה שהודה צריך ליתן טעם לדבריו ואם אינו מודה שהודה גמ' ערוכה הוא דפטור כדאיתא התם אמר אביי לא שנו אלא דאמר משטה אני וכולי עד מילי דכדי לא דכירי אינשי ופירש

רש"י כלו' ואותה הודאה דברי רוח היו שהשטה בו לא דכירי אינשי ושכח הודאה עד כאן כמדומה שהרב ז"ל סבר שכל שאינו מודה שהוד' בכל ענין פטור דמילי דכדי לא דכירי אנשי ואין כאן צד לחייבו לכל הפירושים.

ואני בעניי רואה אני שהרב בעל נמקי יוסף ז"ל רוח אחרת אתו שלדברי רש"י שפירש ואם לא טען היינו טענת משטה משמע דבכל ענין בעינן שיטעון טענת השטאה ואם לא טען הכי אע"ג דטעין לא היו דברים מעולם לא טענינן ליה השטאה כדי שלא יהא מוכחש מפי העדים וגם אי טעין השתא חזרתי ופרעתי אחר הודאה לאו טענה היא דהאומר לא הודיתי כמכחיש ההלואה הוא והוי ליה כההיא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ולכך כתב דאם לא טען היינו טענת משטה דוקא אבל לדברי הרי"ף ז"ל שפירש האי ואם לא טען דהיינו לא טענת השטאה ולא טענת לא היו דברים מעולם אלא שאומר הבא עדים שלויתי אז וודאי לא טענינן אבל אי טעין לא מבעי' טענת השטאה אלא אפילו טענ' להד"ם פטור ועדיין הדבר ספק אם כוונת הרי"ף ז"ל לומר פטור אע"פ שעדיין אף כשבאו עדים עומד בדבריו ואומר להד"מ לומר שאנו נתרץ דבריו ונאמ' משטה היה בו ולכך נשתכח הדבר מלבו לגמרי עד שמכחיש את העדים או דילמא לא אמר פטור בטענת להד"ם אלא כשחזר עכשיו וטען פרעתי דלא תימא הוחזק כפרן דהואיל וטענתו זאת שהוא נפטר על ידה אינם כנגד העדים משום דטען מקמי הכי להד"מ לא הוחזק כפרן כדי שלא יהא חוזר וטוען אלא הואיל ואותם הדברים לא היו בדרך הודאה גמור' שהרי היה יכול לטעון משטה הייתי מילי דכדי נינהו ואין אדם נותן את לבו עליה' לזכרן ולכך טען מעיקרא להד"מ אבל לעולם לפי האמת לא טענינן ליה שהודאתו זאת היתה בדרך הלואה דהא אמרינן כיון דלא טעין לא טענינן לי' בשום ענין.

ומיהו מדברי רש"י ז"ל שכתב מילי דכדי נינהו הואיל ואותה ההודאה דברי רוח היא שהשטה בו לא דכירי אינשי ושכח אותה ההלוא' משמע דאינו טוען עכשיו פרעתי דלזה צריך לומר שהודאה אמיתי' היתה ולא שייך בה השטאה ולכך אין במשמע דברי רש"י ז"ל אלא שעכשיו חוזר וטוען משטה הייתי ולשיטתיה אזיל דכל שלא טען טענת השטאה בפירוש אנן לא טענינן ליה ודרך הודאה היה ואי טען לא היו דברים מעולם אחר העדאת עדים לא אמר כלום וזה החילוק הוא שראה הרב בעל נמקי יוסף בין דברי רש"י לדברי הרי"ף ז"ל ואולי בדברי הרמב"ן ז"ל מצאה דברים מפורשים יותר ומה שאמר שם הרמב"ם טעות סופר הוא ואינו אלא הרמב"ן.

ומצאתי בחידושי הר"ן ז"ל לסנהדרין שהביאו לנ"י והעתיק כל לשונה לפי שאינו מצוי ביד כל אדם כל מילתא דכדי לא דכירי אינשי פירש רש"י הואיל ואותה ההודאה דברי

רוח היא שהשטה בו לא דכירי אינשי ושכח אותה ההודאה כלומר ולפיכך אינו טענה שתהא כדאי שיהא מוחזק כפרן עליה ויכול לחזור ולומר משטה הייתי בך וכת' הרב הר' דוד ז"ל ולא עוד אלא אפי' אמר פרעתי אחר ההודאה נאמן אף על גב דהשתא לא הוי מילתא דכדי כיון שהוא אומר שאחר כך פרעו מכל מקום הטענה בעצמה היא מילת' דכדי שלא היה מתחייב עליה ואינה כדאי שיהא מוחזק כפרן עליה והיינו דקאמר תלמודא בסתמא לא הוחזק כפרן ע"כ ולפי זה ההיא דלעיל דאמרינן דאם לא טען אין טוענים לו לאו דקאמר להד"ם בלחוד דודאי מהני כמשט' אני בך אלא כגון דאמר ליה מנה לי בידך והוא אומר לא היו דברים מעולם וזה אומר והלא אתמול הודית לי בפני פ' ופ' ושתק ולא טען משטה אני בך בכה"ג אמרינן ליה זיל שלים דכיון דלא טעין אין טוענין לו עכ"ל הר"ן ז"ל ולמדנו מדבריו ממה שאמר רבא מילי דכדי לא דכירי אינשי היינו לענין שיהא יכול לטעון עכשיו משטה הייתי ולא הוחזק כפרן והוציא כן מדברי רש"י שכתב הואיל ואותה הודאה דברי רוח הוא שהשטה בו דמשמע דמיירי בידוע שהשטה בו דאם לא כן אלא שהוא אומר עד עתה לא היו דברים מעולם היאך למד סתום מן הסתום ממנו אלא דיש לנו לומר דבדרך השטאה אמר ודברי רוח הם ולכך שכח ומדקאמר הואיל ואותה ההודאה דברי רוח משמע שהוא טוען בפירוש כן. ואף למה שהוסיף הרב רבי דוד ז"ל דאפילו אמר פרעתי אחר ההודאה נאמן אתי שפיר שאינו זוכה בטענה שהיא כנגד העדאת עדים אלא שאומ' פרעתי ונאמן הוא בכך משום דלא הוחזק כפרן אע"פ שאינו כן במשמע דברי רש"י כדכתבתי לעיל. והרב רבינו דוד זה הוא הרב ר' דוד בונפיט תלמידו של הרמב"ן ז"ל שכן מזכירו הר"ן ז"ל בכמה מקומות ממסכתא זו והרמב"ן ז"ל דרכו לתפוס בשיטת הרי"ף ז"ל ודומה למה שאמרו בגמרא על נתן הבבלי ששנה לו רבי יהודה פטור אמרו הא לפי שר' יהודה בנו של ר' אלעאי תלמידו של ר' אליעזר שנה לו משנתו של רבי אליעזר ונלמוד גילוי לדעתו של הרי"ף ז"ל שמה שכתב אלא אפילו טענת לא היו דברים מעולם פטור היינו בבא מחמת טענה השתא כגון שאומר חזרתי ופרעתי ומדברי כולם נלמוד בין מדברי רש"י בין מדברי מהר"ר דוד שהוסיף על דבריו דלא מהני טעמא דמילי דכדי לא דכירי אינשי אלא לענין שלא יהא מוחזק כפרן.

ומיהו יש לתמוה במה שכתב הר"ן ז"ל על דברי הר"ר דוד ז"ל ולפי זה ההיא דלעיל דאמרי' אם לא טען אין טוענים לו לאו דקאמר לא היה דברים מעולם בלחוד דודאי מהני כמשטה מי דחקו לומר דמיירי בכל ענין דאפילו בדטעין לא היו דברים מעולם בלחוד כי מהניא ליה לאו משום דטענינן ליה השטאה אלא משום דחוזר וטוען פרעתי כדכתב

הר' דוד ז"ל ומה שאני אומר על ההודאה מילי דכדי לא שהם מילי דכדי לפי האמת אלא כל שאפשר לטעון עליהם שבדרך הודאה נאמרו אין אדם משים לב להם כמו שפירשתי לעיל ולעולם טענת השטאה אי לא טעין איהו לא טענינן ליה ושמא אין כוונתו של הר"ן אלא לומר שאם לא היו דברי הר"ר דוד ז"ל היה הלשון מרווח דקתני ואם לא טעין אין טוענים לו דלא מהני ליה שום טענה לפטור אבל לפי דבריו אע"ג דלא טעין משטה יכול הוא להפטר בטענת פרעתי והא דאמר דלא טענינן ליה דמשמע דאמרינן ליה זיל שלים היינו כששתק.

ומעתה אני חוזר על דברי הרב מהרי"ק ז"ל דלכ"ע אם מודה שהודה צריך ליתן טעם לדבריו ואם אינו מודה שהודה גמרא ערוכה היא דפטור ומתוך הגמרא אין לנו שיהא נאמן לא היו דברים מעולם כנגד העדים ושנתרץ אנו דבריו לומר בדרך השטאה אמר כדי שלא יהא מוכחש מפי העדים התניא אם לא טען אין טוענים לו וכן מוכח מדברי הר"ן ז"ל לדברי רש"י ומהר"ר דוד ז"ל ועדיין לא מצינו שום פוסק שיחלוק בפירוש שיועיל לו להכחיש את העדים והנלע"ד כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קטז

שאלינוקי.

שאלה ילמדנו רבינו ראובן הקדיש לחברת ת"ת סכום מעות על מנת שכל ימי חייו יהיו בתוך נכסי הקדש ת"ת הנז' שמתעסקים בהם הפרנסים להשתכר בהם ומהפירות שיגיע לחלקו יתנו לו כל ימי חייו חמשה או ששה למאה לשנה כדרך שנותנים לשאר המקדישים בענין זה ואחר מותו יהיה קרן ופירות קדש לת"ת הנז' יורנו רבינו מורה צדק מה דינו ושכרו כפול מן השמים.

תשובה משמע תנאי זה שלא נתחייבו לראובן בעל המעות לתת אותה קצבה חמשה או ששה למאה אלא מהפירות שיגיע לחלקו כפי ערך כל המעות אבל אם לא יהיה ריוח כלל לא יטול בעל המעות כלום וגם אם יהיה הפסד יפסיד בעל המעות לפי חשבון ואם יאבדו לגמרי לא יטול כלום שהרי לא נתחייבו אלא מהפירות כל זמן שיש שם קרן ופירות ואם הדבר כן מצד רבית אין כאן בית מיחוש דודאי שרי שכל מה שנתנו לו חכמים משלו נתנו לו אבל מה שיש לחוש כאן לאיסור היינו אם מה שמשתכרים הגזברים בנכסים הללו של תלמוד תורה הוא באיסור רבית אם ברבית קצוצה כדעת הרשב"א ז"ל שהתיר להלוות מעות טניים ברבית קצוצה לפי שאין להם בעלי' מיוחדים ובזה נהגו התר בקצת מקומות דאין ספק דאסור לראובן לקחתו עכשיו דהשתא רבית הבאה ממלוה ללוה הוא וגם אם היו הגזברים מלוים באבק רבית נהי דאינה יוצאה בדיינים אבל קודם שבאת ליד

ראובן היאך יהא מותר ליטלו לכתחילה וכ"ת מאחר שבאת ליד הגזברין כאלו באת לידו הוא דמאותה שעה זכו לו אין לנו לומר כן משני טעמים חדא שהגזברין המתחדשין בכל שנה לא היה נודע להם כלום מנכסי ראובן ועל דעת שכל הנכסים הם של הקדש היו מתעסקים בהם וגם הלווים כשהיו נותנים הריוח על דעת ההקדש היו נותנים ומי זכה לו לראובן וכאותה שאמרו בהגוזל עצים בנותן מעות לחבירו ליקח בהם חיטי' ולקח בהם שעורי' שעורים ולקח בהם חיטי' אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע ומחכו עלה במערבא וכי מי הודיעו לבעל חיטים שיקנה חיטים לבעל המעות דכיון דשינה תו לא הוי שלוחו ובעל חיטים לא ידע שהם לבעל המעות כי היכי דלזכי ליה הילכך קונה אותו השליח או חוזר המקח לבעליו כדכתבו התוס' שם. אע"ג דכתבו רבוותא דליתא לחוכא דבני מערבא היינו משום דאף על גב דשינה שליח מכל מקום אין מתכוון לקנות לעצמו ולא בעינן שידע בעל החיטים שהוא זוכה לבעל המעות מאחר שהוא מזכה לשליח והשליח מתכוון לזכות לבעל המעות כדכ' הרא"ש ז"ל שם בהלכותיו אבל הכא כיון שהלווים לא כוונו לזכות לראובן וגם הגזברים לא לקחו אלא ע"ד ההקדש ההקדש זכה בחלקו אבל חלק ראובן מי זכה לו.

ותדע דדמיא למאי דפרכינן אמתניתין דערכין דמקדיש את נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו ולא בצבע שצבען לשמן וכי מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה ואם לאו מטעמא דרבי אבא דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוא אמרינן דלא זכו האשה והבנים כמו שפירש הרא"ש ז"ל שהצבע מזכה לבעל האשה ואפילו אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחרים אם לא יזכה לו על ידי אחרים אף כאן הלווים נתנו לגזברים על דעת ההקדש ואין מי שיזכה בעד ראובן הילכך לא זכה ראובן באותו אבק רבית מאחר שלא באת לידו וחוזר ללוה.

ותו אפילו תימא שהיה הגזברים יודעים שנכסי ראובן הם ועל דעת כן גבו האבק רבית אכתי לא זכה ראובן בו דזכיה מתורת שליחות היא וקיימא לן דאין שליח לדבר עבירה ולא תימא דכי אמרינן אין שליח לדבר עבירה היינו דלא מחייב שולחו אבל מ"מ מעשיו קיימים דהא בכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה אמרינן בפ"ק דמציעא דלמ"ד טעמא דאין שליח לדבר עבירה משום דשליח אי בעי עביד אי בעי לא עביד ה"נ הוי שליח לדבר עבירה והקשה שם בתוס' ומאי נ"מ הא אמרינן בפ' עשרה יוחסין קידש אינו לוקה בעל לוקה ותרצו דכי בעל אחר כך לוקה אף על הקדושין כדמוכח בריש תמורה ועוד תרצו דנ"מ אי יש שליחות חלין הקדו' ואם אין שליחות אין חלין הקדושין הרי לפי תירץ אחרון כיון דאין שליח לדבר עבירה אין מעשיו כלום אעפ"י שלפי תירוץ

ראשון לא משמע כן מ"מ לא סתרי ושתי הנפקיתית אמת דאי יש שליח לדבר עבירה חיילי קידושין ולקי אף עלייהו ואפילו בתרי לישני דמייתי תלמודא או בתרי תנאי או בתרי אמוראי היכא דאיכא למימר בענין דלא פליגי אמרינן וכהנה רבות בתלמוד אלא מאחר שמדברי הגמרא אין הכרע הדבר צריך לי בדיקה וכעת אין פנאי.

ומיהו למה ששנינו במרובה גבי גנב ברשות הבעלים נתנו לבכורות בנו או לב"ח הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים חייב שהכריעו התו' דהאי חייב אגנב קאי דמחייב גנב בקנין שלוחיו שמשכו ויצאו והקשו בתו' אמאי מחייב במשיכתו והא קי"ל דאין שליח לדבר עבירה ותרצו דהנהו לא ידעי דאתו לידיה באיסורא אלא סבורין שהיה שלו ובין ללישנא דמשום דשליח בר חיובא ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ובין ללישנא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד לא שייך כאן דכיון דשליח אינו יודע דסבור שהוא שלו ודאי ידע המשלח דעביד שליח ולפי זה בשאין השליח יודע שעובר על האיסור לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה.

איברא שראיתי שכתב הנמוקי יוסף שהאחרונים ז"ל כתבו על תירוץ התוס' שאינו נכון דבפרק שנים אוחזין אמרינן גבי חצר דלאו בת ידיעה היא אי ס"ד חצר משום שליחות אתרבאי אם כן מצינו שליח לדבר עבירה ומאי קושיא שאני חצר שהוא כמי שאינו יודע בדבר ויש שליח ובמסכת קידושין נמי אמרינן דדוד לא נענש על שהרגו לאוריה לפי שיואב הרגו ואין שליח לדבר עבירה ואעפ"י שיואב לא היה יודע בדבר והיה סבור שהיה חייב מיתה ע"כ דבריו ז"ל וראיותיו אין מכריעות אצלי כלל דההיא דחצר לא ידענא מאי קשיא ליה דהא רבינא מתרץ לטעמיה מטעם דבעי' שליח בר חייובא לאפוקי חצר דלאו בר חייובא ורב סמא מתרץ לטעמיה דבעינן בענין דאי בעי עביד אי בעי לא עביד לאפוקי חצר דבע"כ מותיב ומהני טעמי למדו התוספות לומר דכל היכא דאין השליח יודע בדבר דמיא לחצר ובין לטעמא דרבינא ובין לטעמא דרב סמא לא אמרינן בהכי אין שליח לדבר עבירה ומעיקרא דלא ידע תלמודא הני טעמי הוא דפריך מחצר אבל לפי המסקנא חצר וכל דדמי ליה דלא שייך הני טעמי מקרי שפיר שליחות.

ומה שהביא ממה שאמרו בפרק האיש מקדש שלא נענש דוד על אוריה אינה ראיה ושתי תשובות בדבר חדא דלדידן לא נפטר דוד מטעם דאין שליח לדבר עבירה דאע"ג דבענין זה דלא ידע יש שליח מכל מקום לא מחייב שלוחו מיתה דגרמא בעלמא הוא ולא הרג בידים דלא עדיף מהא דאמרינן בהנשרפין בכפתו לפני ארי דפטור דבההיא שעתא שכפתו עדיין לא אכלו הארי וכן אשקיל עליה בדקא דמיא ומת בכח שני דגרמא בעלמא הוא ואי קשיא ללישנא קמא דמיתה ממש קאמר היכי מייתי מינה ממאי דיש שליח

כשהרגו שליח במזיד שאני התם דיואב שוגג הוי הא לא קשיא דבלא כן תקשה לך היאך יתחייב דוד מיתה על שהרגו לאוריה והלא אף יואב שלוחו לא הרגו בידים דהא כתיב ושבתם מאחריו והוכה ומת דגדולה מזו אמרו בהנשרפין זרק חץ ותפס בידו ובא אחר ונטלו וכו' פטור דבעידנא דשדיה ביה מפסק פסקי גירי. אלא אית לך למימר דאפילו ללישנא קמא לא ס"ד דשמאי שדוד היה חייב מיתה על אוריה אלא דדייק מקרא דיש שליח לדבר עבירה מדכתיב ואותו הרגת בחרב בני עמון לא כתיב ואותו שלחת להרוג מכאן ששלוחו של אדם כמותו אף לדבר עבירה ומינה לאומר לשלוחו צא והרוג את הנפש והרגו בידים במזיד שמחייב שולחו והשתא כל שכן דאתי שפיר לרבנן דמעולם לא ס"ד דדוד היה מחוייב מיתה. ועוד מה שכתב דיואב לאו מידי עביד שלא היה יודע והיה סבור שהיה חייב מיתה הא נמי ליתא שלא מפני כך היה רשאי להורגו שהרי אמרה תורה על פי שנים עדים יקום דבר ואפילו משה ואהרן לא חזו לסהדותא כל שכן על ידי כתב שכתב לו דוד לבדו ואפילו בשני עדים לא מהני דמפיהם בעינן ולא מפי כתבם ועוד אפילו בשני עדים לא היה רשאי להורגו אלא א"כ העידו שנגמר דינו בב"ד כדאמרינן בסוף פרק קמא דמכות דאז אין סותרין את דינו ואע"ג דמורד במלכות הוה היה צריך לדונו שהרי אמרו בפ' במה בהמה שהיה לו לדוד לדונו בסנהדרין דאפילו מורד במלכות צריך לדונו אם נקרא מורד כדכתבו התוספות בכמה דוכתי ותדע דיואב פושע הוא דבסוף פרק נגמר הדין דרשו צדיקים וטובים ממנו טובים שהיו דורשין אכין ורקין שלא לעבור על דברי תורה אפילו לבטל גזרת המלך כדדרשינן יכול אף לדברי תורה תלמוד לומר רק חזק והוא לא דרש צדיקים שהם בפה ולא עשו והוא באגרת עשה הרי שלא היה רשאי יואב להרוג את אוריה אפילו במקום גזרת המלך ולהכי הוה סבירא ליה לשמאי ללישנא קמא דיש שליח לדבר עבירה ואע"פ שאיני רואה שום ראיה לסתור דינן של התוס' סוף סוף האחרונים ז"ל אמרו והם ידעו מאיזה טעם אמרו גם כי ראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' גנבה שנראה שמפרש בלשון ראשון שדחו רש"י והתוספות ז"ל דחייב קאי אשומר או אכהן ולפי זה אין ראיה לדין של התוספות דדילמא בכל ענין אמרינן אין שליח לדבר עבירה גם יש מקום לספק אי אמרינן באיסורא דרבנן אין שליח לדבר עבירה כיון דמן התורה חשיב שליח וזכה לו המעות ותו לא מחייב למהדר או דילמא אפילו במילי דרבנן דבר עבירה מקריא ושייך ביה דברי רב ודברי התלמיד דברי מי שומעין דכל מילי דרבנן אלאו דלא תסור אסמכינהו כדאמרינן בעלמא ואמרינן האי דעבר אדרבנן שרי למיקריא עבריינא ובר נידוי הוא כדשמתיה רבינא להההוא גברא דהוה משתמש באילן בפרק הדר וכן אמרי' בפרק אלו מגלחין ואין כאן מקום להאריך ונראה

לי דהכא בכל ענין לא זכה ראובן ברבית הואיל ולא לקחו הגזברים לשמו ואכתי לא מטא לידיה וכל שכן אם ברבית קצוצה הלוו דגבויה כבר יוצאה בדיינים שאינו גבויה אינו דין שלא תגבה.

ואם היה במה שנשתכרו הנכסים דבר המותר ודבר האיסור היה מקו' לומר שאם יטול ראובן חלקו מדבר המותר כנגד מה שנטלו העניים מדבר האיסור שרי כאותה שאמרו במתניתין דדמאי ומייתי לה בפרק בתרא דע"ז בתחילתו גר ונכרי שירשו את אביהם נכרי יכול לומר לו טול אתה ע"ז ואני מעות אתה יין ואני פירות ואם משבאו לרשות הגר אסור ונהי דלענין רבית קצוצה לא ילפינן מינה דשאני ירושת הגר דאקילו בה רבנן שמא יחזור לסורו כדמסיק רב פפא התם ומטעם ברירה הא איפסיק' הלכת' כרבי אושעיא דאמר התם בדאורייתא אין ברירה כדמוכח בכמה דוכתי והא דפסקינן כרבי אליעזר בן יעקב בפרק השותפין בנדרים דיכול לומר לתוך שלי אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך היה אומר רבינו תם ז"ל דלאו מטעם ברירה פסקינן כראב"י אלא משום דחשבי' לדריסת הרגל ויתור דאמרינן בפרק חזקת ויתור מותר במודר הנאה ומיהו הרא"ש ז"ל שם בנדרים הביא משם רבינו שמשון ז"ל דהלכתא דאפילו בדאורייתא יש ברירה כדמוכח התם דהלכה כראב"י ובפרק בית כור דפסיק כרב דבטלה מחלוקת והא דפסקינן בפרק קמא דביצה כרבי אושעיא לאו בכוליה מילתא פסקינן כוותיה אלא במאי דקאמר דבדרבנן יש ברירה והדברים עתיקין וכמה גופי הלכות תלויין בהן ואין להאריך בזה מאחר דרובא דרבוותא פסקו דבדאורייתא אין ברירה אבל באבק רבית אפשר לומר כן כיון דקיימא לן דבדרבנן יש ברירה והפרנסים שהם בזמן זה דידם כידי עניים וגם הם צריכים לקיים התנאי שהתנו הראשונים עם ראובן זה יכולים הם לתת לראובן ממה שהרויחו הנכסים בהיתר עד ששה למאה כנגד מה שנטלו העניים בדבר האיסור ברבית של דבריהם וכל שיכולים לתת לקיים תנאם ואינן נותנין מתבטל ההקדש למפרע שעל מנת כן נתן והקדיש אלא דלרבית של תורה אין בזה תקנה כלל.

ויש לדון בנדון דידן אם תמצא לומר שנטלו הגבאים מן הלווים רבית של תורה שהותרה אצל עניים מטעם שכתב הרשב"א ז"ל גם חלקו של ראובן יהא מותר לו מאחר שמעות הראשונות לטבועין נתנו וכבר הוקדשו וזכו בהם עניים מעכשיו כשנותנים בהלוא' לא מעות של ראובן נותנים אלא של הקדש ונכסי העניים הם שהרויחו והריוח מות' לראובן דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה ממלוה ללוה אלא דאיכא למידק דתינח אי קיימא לן כריש לקיש בפ' יש נוחלין דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי בכל ענין אף בנותן לאחר שאינו בנו כההיא דהמוכר שדהו לפירות דסבר ריש לקיש מביא ואינו קורא דקנין פירות

לאו כקנין הגוף דמי אבל לפי מה שכתבו התוס' בסוף פרק השולח אהא דאמר רבא אי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דלא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון והקשה רבינו תם דאנן דקי"ל כריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי היאך מצאנו ידינו ורגלינו וכו' ותרצו דדוקא בההוא לחודה דהכותב לבנו מהיום ולאחר מיתה קי"ל כריש לקיש דלאו כקנין הגוף דמי משום דאבא לגבי ברא אחיולי אחיל אבל בעלמ' קמ"ל דכקנין הגוף דמי וה"נ אמרינן כיון שיש לו זכות לראובן זה בפירות קנין פירות כקנין הגוף דמי וכי היכי דלענין בכורים קורא דקרינן ביה שפיר האדמה אשר נתת לי הכא נמי קרינן ביה כספך לא תתן לו בנשך וכי תימא גבי הקדש איכא למימר נמי דאחולי אחיל כדאמרי' באבא לגבי ברא משום דמקדיש בעין יפה מקדיש כדאמרינן בפרק המוכר את הבית בסופו אמתניתין דלא את הבור וכו' מוכר הוא דבעין רעה מוכר אבל מקדיש בעין יפה מקדיש דמכל מקום אפילו לרבנן דר' שמעון נהי דחשיב טפי ממוכר מכל מקום לא עבדי מקדיש בעין יפה טפי מנותן מתנה אלא כי היכי דנותן בעין יפה הוא נותן הכא נמי מקדיש וכ"ש לרבי שמעון דחשיב נותן בעין יפה טפי ממקדיש והכא בנותן מתנה גופיה אי לאו משום דאבא לגבי ברא אחולי אחיל לא הוה אמרינן דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דהא אמתניתין דהכותב נכסיו לבנו קאי אבל כותב לאחר קנין פירות כקנין הגוף דמי והא דקי"ל בפרק שום היתומים כרבי יהושע דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש אע"ג דבהדיוט חיישי' לקנוניא בין במכר בין במתנה לפי מאי דמסיק התם דהן הן דברי ב"ש והן הן דברי ב"ה מ"ה אמר ר' יהושע דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש משום דיכול להשאיל על הקדשו ודוק מינה דהא לאו הכי חיישינן לקנוניא.

ואין להקשות מההיא דאמרינן בפ' מי שמת גבי ש"מ שכתב כל נכסיו שחוזר דמבעיא חלק כל נכסיו לעניים מהו וסלקא בתיקו ואמרו מקצת רבוותא דאינו חוזר שמא לשום מצוה גמר והקנה אע"ג דלשאר כל אדם חוזר דאפילו להנך רבוותא התם שאני דלשון מתנה לגמרי קאמר ולא ניחא ליה למהדר מצדקה משום שפי' לחיים דשמא הצדקה גרמה לו להנצל אבל הכא מה דשיי' לעצמו בעין יפה הוא משייר טפי מנותן כמו שהוכחנו.

ונראה דלא מבעיא לרבוותא שפסקו דקנין פירות לאו כקנין הגוף בכל ענין אלא אפילו למאן דאמר דלגבי אחר חשבינן לקנין פירות כקנין הגוף היינו דוקא במוכר שדה לפירות אי נמי במוכר או נותן שדה ושייר פירותיו אצלו כההיא דהכותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מותו דהני תרי לישנא סתרי אהדדי וגבי מתנה מתרצינן להו דהכי קאמר גופא

קני מהיום ופירא לאחר מיתה כדאמרינן התם ולהכי אמרינן כי שייר לעצמו פירות גוף לפירות שייר אבל האומר על מנת שהפירות שלי לא שייר במתנתו כלום ולגמרי סליק נפשיה מגוף ומפירות וסמך על התנאי. ומנא תימרא מדאמרינן בריש פרק המגרש אפלוגתא דרבנן ורבי אליעזר בהרי את מותרת לכל אדם אלא לפלוני רבנן אסרי משום דכיון דשייר בגט אין זה כריתות ומבעיא לן אם בעל מנת נמי פליגי ואסקא רבינא דבחוץ הוא דפליגי אבל בע"מ מודי ליה כדפרש"י שהרי התורה התיר' במסירת הגט לכל אדם אלא שהתנה עמה על מנת שלא תנשא לזה ואין זה אלא כתנאי בעלמא ומסקינא דבין על מנת שלא תנשאי בין על מנת שלא תבעלי שלא הותרה אפילו בהיות הגט כשר כדכתבו רבוות' אף כאן גוף ופירות הקנה להקדש אלא שהתנה שיתנו לו מהפירות עד ששה למאה ולא שיש לו קנין ולא זכות בגוף הפירות ההם ואפי' לאחר שבאו לעולם אינו יכול להקדישם ולא להקנותו לאחר דבחזקת עניים קיימי והם יכולים להקנותם לכל מי שירצה והא דאמרי' בפ' הזרוע בסופו אהא דתנן ואם אמר לו חוץ מן המתנות פטור מן המתנות ורמינהי ע"מ שהמתנות שלי נותנו לכל כהן שירצה ומשני ע"מ אחוץ קרמית חוץ שייורא על מנת לאו שיורא ורמינהי על מנת שהמתנות שלי המתנות שלו ומסיק בהא פליגי מר סבר על מנת שויורא ומר סבר ע"מ לאו שייורא ובפרק המוכר את הבית נמי גרסינן בן לוי שמכר שדה על מנת שמעשר ראשון שלו מעשר ראשון שלו דאמרינן שיורי שייריה למקום מעשר אלמא על מנת נמי הוי שייור. ונראה דאף על גב דאיכא תנא דסבר דעל מנת נמי הוי שייור כיון דאפסיק הלכתא בפרק המגרש דעל מנת תנאה הוי ממילא לא קיימא לן כהך תנא דמייתי בפרק הזרוע והך דפרק המוכר את הבית וכן נראה שפוסק הרא"ש שם בחולין דבעל מנת שהמתנות שלי תנאי בטל דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא והרמב"ם ז"ל בפרק ט' מהל' בכורים כתב אף על פי שהתנה ואמר שהם שלו לא נפטר מן המתנה שהאו' על מנת לא שייר לו בעצמן של מתנות כלום עד כאן לשונו אלא שהגזברין צריכין לתת לראובן כשיעור שקצבו לקיים תנאם כדי שלא תתבטל המתנה שהרי ע"מ כן נתן והקדיש.

וגדולה מזו יש לי לומר לפי שיטה זו דאפילו אם גוף הנכסים היו של ראובן כגון שמסרם להקדש לזמן ובסוף הזמן חוזרים לו הואיל ועכשיו הם משועבדים להקדש ליטול כל מה שירויחו יתר על ששה למאה ובעל המעות לא נתנם על מנת שילוום ברבית אלא שישתכרו בהם בסחורה והגזברים לתועלת ההקדש נתנו אותם ברבית דמקרבא הנייתיה כי עבדי שליחותיה דהקדש עבדי ושרי לראובן ליטול מאותו רבית שזכו בו ההקדש מכח תנאו ליטול מכל מה שירויחו כל כך קצוב דכיון דהני עניים דיינינן להו כהקדש או

כנכרי לאו חייל שם רבית עליה שהגזברים לא נתכוונו לזכות לבעל המעות אלא להקדש ויכול בעל המעות ליטול ממנו מה שהתנה עם ההקדש. דומה למה שהביא הרא"ש ז"ל בפרק איזהו נשך שהורה לר"י בתשו' בישראל שאמר לנכרי לווה לי מישראל על שמך ומאי דיהבת ליה קרנא ורווחא עלי הדר והמלוה אינו יודע שבשביל ישראל הוא לוה אותם ולבסוף ידע דאפילו לרש"י ז"ל דסבירא ליה יש שליחות לנכרי לחומרא היכא דשויא שליח הכא לא מחזיקינן אינשי ברשיעי דנימא שויא שליח אלא דעתו היה שילוה הנכרי מישראל ויחזור וילוה לו עכ"ל. ובמרדכי מייתי משם הרבי טוביה ז"ל אבל אם לא ידע המלוה מתחילה שבא אחריות החוב על ישר' על זה כתב רש"י ז"ל בתשובה הנמנע מליקח רבית מישראל בענין זה הרי זה חסיד שוטה ע"כ לשונו הרי כאן שכל יד הנכרי באמצע הותרה הרבית מישראל לישראל אף כאן כל שיד ההקדש באמצע הותרה לבעל המעות מטעם דכי שקלי גזברים להקדש שקלי וכי יהבי לבעל המעות לאו בתורת רבית יהיבו ליה אלא לקיים תנאו שהתנה עמהם לתת לו מכל מה שירויחו ומאי איכפת ליה לבעל המעות במה שנתנום ברבית הרי הוא לא נתנם אלא אדעתא דהפוכי בעסקא ואין כאן חשש רבית במה שנותני' לבעל המעות משל עניים דכיון דאם לא היו משתכרים לא היה נוטל כלל אין כאן אגר נטר דקיימי תנאיהו ואזלי.

ועוד אני אומר שאפילו אם ידע בעל המעות שהלוה לישראל חבירו כל שהמעות משועבדין להקדש לא נאסר הרבית על בעל המעות שיש לדמות' לאותה שאמרו בשלהי ע"ז בההיא דלא ישכור אדם מרחצו לכותי מפני שהיא נקראת על שמו והכותי עושה בו מלאכה בשבתות ובימים טובים ואמרי' אבל שדהו לנכרי שרי מאי טעמא אריס אריסותיה קעביד ופרש"י ז"ל אריסא הוא וקבלה עליה למחצה לשליש ולרביע ועליו מוטלת לעשות עד כאן. וכתב הר"ן בהלכות ומיהא שמעינן דכיון דיש לנכרי חלק בפירות השדה אע"פ שישראל נהנה ממלאכת שבת מותר דנכרי אדעתא דנפשיה קעביד והנאת ישראל ממילא אתי הילכך שרי. ומכאן אני למד לישראל שנתן מעות לנכרי בעסקא להתעסק בהם למחצית שכר והלוה מהם הנכרי לישראל ברבית אע"פ שבעל המעות יודע כשנתנם לישראל אפילו להנך רבוותא דאסרי היכא דידע שבא אחריות החוב על ישראל חבירו הכא שרי דכיון דהני זוזי משתעבד לנכרי המקבל למחצית השכר ואפילו כי ידע לא מצי מעכב מלהלות שהוא רוצה להשתכר באשר ימצא וכי קעביד אדעתא דנפשיה קעביד וכי היכי דבנכרי שאינו שותף התיר רש"י ז"ל בשלא ידע בשותף שרי אף כשידע. ובהקדש נמי כיון שהמעות משועבדין למה שיעדיפו יתר על ששה למאה לצורך ההקדש אע"פ שבעל המעות יודע שנתנום בהלואה לישראל מותר

לו ליטול חלקו שהתנה דכי יהבי גזברים אדעתא דהקדש יהבי כדי שיהיה ריוח ההקדש יותר בטוח ואע"פ ששנו מדעת הבעלים הא קיימא לן במשנה אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע.

ואכתי אעקירא דדינא פרכא במה שאנו באים לדון הקדש עניים אלו כדין הקדש או נכרים שאין עליו איסור רבית מטעם שכתב הרשב"א ז"ל שאין לממון זה בעלים ידועים. ואני בעניי הנה מקום אתי לדון בהני עניים דידן דקיץ להו בכל שבוע כך וכך וכן ת"ח המקבלים פרס מידי שבת בשבתו והתלמידים והמלמדים שבתלמוד תורה שנוטלים דבר קצוב בכל שבוע אע"ג דהני אזלו והני אתו ולא הוי עניים מיוחדים דהקדש שלהם ממון שיש לו בעלים קרינן ביה. ומנא אמינא לה מהא דאמרינן בס"פ החובל לענין פקדון דהארנקי של צדקה פטור הנפקד אף מפשיעה דדרשינן לשמור ולא לחלק לעניים וכדפירש רש"י ז"ל דמאן קתבע עניים לא מצי תבעי דלכל חד וחד מצי אמר ליה לאו לדידך יהבי אלא לאחריני ואפילו הכי אמר רב יוסף בעניים דפומבדיתא דמקץ קייץ להו דחייב דלשמור קרינן ביה ופרש"י ז"ל קיץ להו ממון כל כך לשבת לכל אחד הוה ליה ממון שיש לו תובעים וקרינן ביה לשמור עכ"ל. ולא אמרינן דלא זכו כנגד שבת שעברה אבל מכאן ולהבא לא דילמא מייתי הני אי אזלו לעלמא אתו אחריני אלא כיון שיש להם זכות באותו הממון מכאן ולהבא ממון שיש לו תובעים הוי וה"ה לענין רבית שאף לטעמו של הרשב"א ז"ל בכי האי גוונא קרינן ממון שיש לו בעלים.

ואף בממון שהוקדש לשם עניים על מנת שיהא הקרן קיים אינהו מקרו בעלים מיוחדים דכל אחד זכה בקרן הריוח שצריך לתת לו דקרנא לרווחא משתעבד ועוד אם הם לא ירויחו המעות נוטלים אף מן הקרן וכן אם לא הספיק להם תנאם מוסיפים להם אף מהקרן כיון שהבעלים סלקו עצמו מהמעות אע"פ שאמרו שיתנו מהריוח לזרוזינהו הוא דעבד ולא קפיד שלא יתנו להם אם יצטרכו כדאמרי' בסוף פרק מציאת האשה האומר תנו שקל לבני בשבת וראויין לתת להם סלע נותנים להם סלע כדמסיק דאע"ג דקיימא לן מצוה לקיים דברי המת בהא ניחא ליה והא דאמר הכי לזרוזינהו הוא דעבד הכי נמי לזרוזינהו לגזברי הוא דעבד שישתכרו בנכסים ולא יתן מן הקרן ולא דמי הכא לאם מתו ירשו אחרים תחתיהם דהתם כיון דפריש האי גלי דעתיה דקפיד אבל הכא מסתמא אין לעניים הבאים אחריהם אלא מה ששיירו הראשונים. אלא שלענין פרס המלמדים בת"ת שנוטלים שכרם מכיס תלמוד תורה נראה דלא זכו דאי אשתכח לן דדייק טפי מוקמינן ליה ואי פשע מעברינן ליה כדאמרי' שתלא טבחא ואומנא וספר מתא כמותרים ועומדים הם ועוד אפילו לא מסלקינן להו לא זכו בנכסים דכבעל חוב דמו וקיימא לן בפרק כל

שעה דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וחזר הדבר להיות ממון שאין לו בעלים כדברי הרשב"א ז"ל ובמקום אחר כתבתי מה שיש להקשות מההיא דריש פרק שום היתומים אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אם כן רבית אוכלת בהם דדחקינן לאוקומי בנכרי שקבל עליו לדון בדיני ישראל וכו' ואין לי להאריך כעת בדברים הללו.

ואכתי נראה לי דבכל ענין אין לסמוך למעשה על מה שכתב הרשב"א ז"ל חדא שלא הודו לו כל סיעתו ואמרינן בפרק קמא דע"ז כל מקום שאחד אוסר ואחד מתיר ושניהם שקולים בשל תורה הלך אחר המחמיר ועוד שהרשב"א ז"ל עצמו לא הורה למעשה ואמרו בפרק יש נוחלין אין למדין הלכה לא מפי תלמוד ולא מפי מעשה עד שיאמרו לו הלכה למעשה ואמרינן התם אמר ליה רב אסי לרבי יוחנן כי אמר לן מר הלכה נעביד מעשה אמר ליה לא תעבידו עד דאמינא ליכו הלכה למעשה והואיל והרשב"א ז"ל עצמו אמר להלכה ולא למעש' אע"פ שבתשוב' אחת תלה הטעם פן יפרצו גדר במקום אחר מ"מ בתשובותיו המיוחסות להרמב"ן ז"ל כך כתב שורת הדין נראה לי להלכה שמותר וכו' וסיים בה ולהלכה אמרתי ולא למעשה ובין כך ובין כך מכיון שלא הורה הלכה למעשה אע"פ שהיה מטעם פריצת גדר אין למדין ממנה דלא גרע מהלכה סתם שהטעם כדפירשב"ם ז"ל שם דאי"ל שאם בא מעשה לידו היה מדקדק יותר.

ועוד כתב הרשב"א ז"ל שיש מלוים בזה להתיר לפרנס הקטנים והתלמידים שבמקומן שעליהם להתעסק בפרנסתם ולמודם ואין זה רבית אלא שזנין ומפרנסין הלומדים שהחיוב עליהם לזונם ולפרנסם ומשמע מדבריו דכדי לזונן ולפרנסן התירו פרושין את הדבר להלוות לכל אדם ברבית קצוצה וקשה דאטו עני שהוצרך ללוות מתוך לחצו עליו מותר לזון ולפרנס עניי עירו והלא עניי ביתו קודמין להם ולעצמו קודם לאחרים דכתיב אפס כי לא יהיה בך אביון וכתיב נמי וחי אחיך עמך חייך קודמים לחיי אחיך ועוד אפילו עשיר שנצטרך למעות ועלה עליו ריוח סכום מרובה וכי כל אותו הסכום היה מחויב ליתן וכדאמרינן בפרק פותחין ולימא ליה כל דמעני לאו עלי נפלי בהדי כ"ע מפרנסינא ליה ושמא העשיר הזה כבר נתן מה שעליו ליתן בצורך פרנסתם ואין עליו ליתן יותר ויש לומר שאין דברי הרשב"א ז"ל אמורים אלא בשיש מלוים כדי לפרנס התלמידים שעליה' לפרנס' ומחלקין מעותיהם ביניהם וכל בעלי ממון שיהיו מעות העניים בטוחים וכל אחד נותן חלקו לצורך פרנסתם דאפילו אם לא היו המעות עלי דידהו רמיא לפרנס' ואפשר עוד שאף אצל עניים הותר דאנן סהדי דניחא להו לקחת ממון עניים ולתת להם ממה שישתכרו ולא לקחת מהנכרים ברבית דכל מה שנותנים כאן מצוה עליהם וגמרי ויהבי לשם צדקה כדי שיתברכו בכללן ומה שעושין זכות לעצמן הם עושין ומעתה נאמר

אם רבית קצוצה זו לא הותרה לעניים עצמם גם לא הותר לראובן זה שיטול רבית על ידם שאפילו אם היה הנכסים של העניים ממש והיו מלוים ע"מ לתת לראובן זה הריוח דאין הרבית באה ממלוה ללוה כל שמחמתן הוא נוטל ראובן אסור ולא דמי להא דאמרי' בפרקין שרי ליה לאינש למימר טול ארבע זוזי ואימא ליה לפלוני דלוזפין דלא אסרה תורה וכו' דכל שנותן על פיו כאילו נטלו בעל הממון עצמו ומתחייב מדין ערב הוא כדכתבו רבוותא ז"ל.

וכבר הרווחנו במשא ומתן שלנו אף על פי שלא יצא התר ברור מיוחד לדבר מכל מקום כשנצרף מחלוקתן של גדולים זה לזה יצא מכלל דברינו שיהא מותר ראובן ליקח חלקו הנוגע לו ולא נחוש לאיסור רבית מטעם ספק ספקא ספק אם בדאורייתא נמי אמרינן דיש ברירה וכשיתנו עכשיו לראובן חלקו מדבר המותר מכח התנאי נאמר הוברר הדבר למפרע שזה היה חלקו ואם תמצא לומר דבאורייתא אין ברירה ספק אם הותר אצל נכסי עניים רבית קצוצה ומגו דזכו לנפשייהו זכו נמי לאחריני מכח התנאי שהתנו ביניהם.

והואיל והכא אפוקי ממונא ליכא אלא איסורא גרידתא כיון דספק ספקא הוי אף באיסור תורה שרי כדמוכח בכמה דוכתי ובפרק כל הזבחים שנתערבו לא משכחינן תנא דסבירא ליה ס"ס אסור אלא רבי יהודה וכן תפסו הראשונים ואחרונים נוחי נפש אלא שהמרדכי בפרק החולץ הכניס בלבנו ספק ממה שכתב בשם רבינו ברוך שאינו רשאי לעשות מעשה לכתחילה לפי שמצא בכמה מקומות דאפילו בס"ס מחמרי' וכבר עמדתי על כל אותם המקומות וכתבתי מה שנראה לי בעניותי שאין להוכיח משום מקום מהם ולא מטעם שכתוב בח"א מתשובות הרב מהריב"ל דטעמא פריכ' הוא כדהוכחתי מכמה דוכתי בדברי התוספות וגם אין לפקפק מפני היות שספקות פלוגתא דרבוותא כמו שגמגם מהריב"ל ז"ל בחלק שלישי סימן נ"ה דודאי לא דמי כלל למה שכתבו התוספות שם אונס חד הוא ובמקום אחר כתבתי על זה ומה שיש לדון על עיקר ראייתו דבס"ס מפקינן מיד המוחזק.

ובר מן דין איפשר דאפילו מאן דאמר אין ברירה הכא מוד' דכיון דידעי גזברין שלקחו נכסים אנשים מיוחדים כמו שבא בשאלה וידעי דאסירי ברבית כשעושין עסקא שהיא של רבית עושים לעניים וכשעושין דבר של התר עושין לבעלי המעות דודאי אין דעת הבעלים להלותם ברבית ומסתמא לא יעבירו על דעתם אלא על דעת כן עושין סתם ואף על פי שלא בררו כמו שבררו דמי ושמא דאף משעה שמקבלים הנכסים מבעליהם מגו דידעי דאסירי ברבית הוה ליה כאילו התנו בפירוש שהעסקא של היתר יהיה לחשבון של בעלים ומתוך דאיסורא רביע עליוהו אע"ג דלא התנו כמאן דאתנו.

ועוד נראה שאם אין הדבר ידוע שהלוו ברבית קצוצה לא מחזקינן איסורא לומר שהגזברין היו מלוין ברבית קצוצה דמסתמא ידעי דאסור וכיון דלנכסי עניים הותר לתתם באבק רבית חזקה לא שבקי התרא ואכלי איסורא כדאמרינן בהשולח נאמן אדם לומר פרוזבול היה בידי ואבד מאי טעמא כיון דתקון רבנן פרוזבול חזקה לא שביק התרא ואכיל איסורא ואפילו למאי דאמרינן לא כתבינן פרוזבול אלא כגון בי דינא דרבי אמי ורבי אסי כלומר ב"ד גדול שבדור לא אמרינן דילמא לא מזדקק ליה חזקה כיון דאית ליה צד התר כל טצדקי דמצי למיעבד עבד עד דמשכח בי דינא רבה למכתב פרוזבול ולא תימא דשאני התם דטעין טענת ברי פרוזבול היה לי שהרי כתב רבינו תם דמהאי טעמא נאמן אפילו בלא שבועה ותו כיון שאין ההנאה שלהם חזקה אחריתי איכא דאין אדם חוטא ולא לו כדאמרינן בריש מציעא גבי רועה של אחרים דלא מפסיל דאי לא תימא הכי אנן חיותא לרועה היכי מסרינן אלא חזקה אין אדם חוטא ולא לו וגם אין לומר דטעו בהכי שלא היה להם לעשות אלא על פי חכמים ומסתמא שאלו את פיהם ואסרו להם רבית של תורה וכל שכן דלעולם נמנין עמהם תלמידי חכמים וחזקה עליהם שאין יוצא מתחת ידם דבר שאינו מתוקן דומה למה שאמרו בפרק איזהו נשך גבי רב עיליש דגברא רבה הוא מספי איסורא לאינשי אפילו באיסור של דבריה' דבהכי מיירי התם. מכל הני טעמי נלע"ד ברור שיתנו לראובן מעות כנגד חלקו הנוגע לו בהתר ומחויבים הם הגזברים לקיים תנאם מאחר שהתנאי היה דבריהם מתחילה ומה שנ"ל כתבתי וחתמתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיז

שאלה חזר השואל ושאל לפי שראובן זה תלה ענייננו כמו שנוהגים לעשות עם כל שאר המקדשים אם מה שנוהגים לעשות הוא שנותנים להם ששה למאה קצובים בעד מה שמשתכרים הנכסים בין שירויחו מועט או הרבה אם יש בדבר איסור רבית או לא.

תשובה כן דעתי נוטה שאין כאן חשש רבית חדא שאפילו היו המעות חוזרות לראובן אחר כך שרי שאין כאן הלואה שהרי אחריות המעות אינם על נכסי ההקדש אלא שותפות הוא ששתפו מעות של ראובן עם מעות ההקדש ומסתמא כל מה שישתכרו הנכסים יחלקו לפי ממון ואם אחד מן השותפין קבל עליו לתת דבר קצוב בעד מה שישתכר חלק חבירו שאם פחתו מהקצבה פחתו לו ואם הותירו הותירו לו כלום יש כאן איסור. ועובדא דרב חמא דהוה מוגר זוזי בפשיטי ביומה אף לדברי התוספות דהיה מקבל עליו רב חמא אחריות אונסים ואפילו הכי אסיר התם שאני דאחריות דאונסים קבל עליה אבל אחריות דגזלן ואבדה לא קבל עליה ומהר"י אסרלן בכתבי' סי' ש"ב הביא

משם גליון התוספות הדבר להדיא דהיכא דכל האחריות על הנותן שרי אפי' לקצץ דאין כאן מלוה אלא פקדון ושכר מעותיו נוטל ובתוספתא שרי להשכיר מעות לשולחני משום דמחזירן וה"ה אם השכירה להוציאם דשרי כיון דאחריות על הנותן כשהמקבל מוציאם עכ"ל. ואף לגירסת הרי"ף ז"ל והיא גרסת רש"י ז"ל זוזי לא ידיע פחתיה דמשמע דאפילו השכיר לו מעותיו שלא להוציאם אלא להחזירם בעין אסור שלא כדברי התוספתא דקתני משכיר אדם מעות לשולחני להתראות בהם להתלמד בהם התם היינו משום דמקבל עליו השוכר בגנבה ואבדה כדין נושא שכר והשוכר להכי קרי ליה שכירות. והכי איתא בהדיא בתוספתא כמו שהביאה בהגהות מרדכי נגנבו או שאבדו חייב באחריותן נטלו מלפניו באונס הרי זה כנושא שכר אבל היכא שכל האחריות על הנותן כפקדון דמי לגמרי והכי מפרש בהדיא רבינו מאיר ז"ל בתשובתו שהביאה המרדכי שם ומה שגמגם מהר"י אסרלן ז"ל על סוף תשובתו דמשמע דלא מהני בכל ענין אלא אם כן נתנו לו במתנה אין מזה תימה שהלשון מוכיח שהשואל הודיעו במעשה שהיה כך היה שאחר ההלואה חזר ונתן לו הקרן במתנה שכתב בצשון הזה אבל אם כך הוא שנתן הקרן במתנה גמורה וכו' בכה"ג מותר עכ"ל. וה"ה אם נתנו לו דרך פקדון דשרי אלא דלזה היה צריך שיפרעם לו ויבואו לידו ואחר כך יחזור למסרם בפקדון וגם היה צריך לישא וליתן בהם לבדם שאם היה מוציאם לעסקיו כבר נתחייב באחריות' ונעשו מלוה אצלו ואסור ליהנות ממנו וזה היה קשה על בעל הבית ואם היה חפץ לעשות כן אין פשיטא דליכא למיחש מידי. וראיתי להרב מהרי"ק ז"ל שהביא מה שכתב בעל תרומת הדשן הגליון של תוס' הנז' למעלה וכתב עליו ומכל מקום מדבריו משמע שאין לעשות מעשה להתיר. ותמהתי על הדבר שהמסתכל בדבריו שם סי' ש"ב יראה בבירור שלא פקפק בזה כלל אלא מה שהיה מחסם הוא במה שחתר לבקש עילה ותחבולה להתיר במה שיקבל עליו שלא יהיה נאמן אפילו על פי עדים כשרים שנאנסו אם לא ע"פ הרב והש"ץ. ואני בעניי כבר עמדתי על דבריו ז"ל והוכחתי דכי פסיל לעדים לאו משום הכי מפסלי וסוף סוף כמי שקבל עליו אחריות אונסין הוא כל זמן שלא יהיו מצויין הרב והש"ץ שם וסבר לתקן ולא תקן כמו שמבואר אצלי במגלת סתרי' אבל במי שמפקיד אצל חבירו שישא ויתן בהם לאחריות הנותן והנפקד מתחייב לתת קצב' אחד בעד הפירות שיהיו במעות אין בו חשש איסור לכ"ע והלואי כל מעותם הויין ברירן לן כהדה. כל שכן בנדון דידן שהמעות הם נתונים ביד הגזברים ע"מ להשתכר בהם ולא באו ליד מי שפורע הריוח והגזברין בהכי שליחותיה דבעל המעות קעבדי ואם בא אחד ואמר הריני נותן לך כך וכך בעד הריוח שירויחו מעותיך שבידך כלו' יש שם ריוח הלואה או שכירות.

ועוד מטעם אחר אעפ"י שהיה אחריות המעות על ההקדש שמאותה שעה נכנסו ברשותם נראה לי שאין לחוש לאיסור רבית לפי שהמעות הראשונות לטבועין נתנו ואינן חוזרין עוד לבעלים ואין כאן הלואה אלא כמכר הוא חשוב שזה מוכר להקדש הקרן ופירותיו ע"מ שיתנו דבר קצוב שנה בשנה עד יום מותו אע"פ שאי אפשר שיקח יתר על מעותיו גם אפשר שלא יטול חציים ושלישם ואגר נטר אין כאן שאם מת ביום של אחריו נפטר מחיובו ואם כפל לו מעותיו תיכף לא ירצה לפוטרו מחיובו אין זו רבית אלא קוביא והמצאה היא פעמי' שנשכר פעמים שמפסיד אבל לעולם הנותן קרוב לשכר ורחוק להפסד הוא ודברים נכרים הם בנ"ד שאין כוונת הנותן להנאת עצמו אלא לתועלת ההקדש.

ושמא תאמר אם לא נשתכרו המעות ונמצא שצריך לתת לראובן מנכסי ההקדש נימא יד הקדש על העליונה ולאו כל כמיניהו דגזברים לחוב להקדש על ידי תנאם הא ליתא שאע"פ שאמרו בהנזקין אין האפטרופוסין רשאין לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים ופרכינן לזכות אמאי לא אלא לחוב ע"מ לזכות אלמא אין כח באפטרופוסין לחוב אף על פי שירדו ע"מ לזכות ואם עשו ונתחייבו יתומים לא עשו ולא כלום הרי אמרו בריש פרק האיש מקדש מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם שב"ד מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות ופרכינן לחוב אמאי לא לחוב על מנת לזכות ת"ל נשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו.

ושם הקשו התוספות מההיא דהנזקין ותרצו דהתם מיירי בתביעת חובות שיש לאחרים עליהם ובהא ודאי אין רשאין דשמא לא יתבעום כשהם גדולים אבל כשהם תובעים בשביל היתומים כי הנהו בחלוקה דקרקעות דכי גדלי נמי צריכן לחלוק בהא ודאי מעמידין אפטו' לחוב ע"מ לזכות עד כאן והכא בנדון דידן ודאי לא דמי לההיא דהנזקין שהם נזקקין בדבר שקרובים להפסד ורחוקים מן השכר שאפילו אם יזכו בדין לא נתוסף על נכסי יתומים כלום ואם נתחייבו מחסרי יתומים ממונא. הילכך דמיא להההיא דפרק האיש מקדש שנזקקין ע"מ לזכות ולהוסיף בנכסי יתומים לברור חלק יפה אע"פ שחבו מעשיה' קיים דהא עדיפא שלעולם אי אפשר שיתחסר קרן היתומים בשותפות נכסי ראובן זה שאם לא הרויחו כל הנכסים כולם אינן חייבים לתת ריוח לראובן וקרובים הם לשכר אם ישתכרו יותר על חמשה למאה דהא מילתא דלא שכיחא טובא הוא שלא ישתכרו יותר ועוד דחלוקה בין היום בין למחר עומדין לחלוק ואין היתומים מפסידין אם לא היו אפטרופוסין נזקקין בחלוקתן אבל כאן אם אין הגבאים נזקקין בענייניהם כאלו לא היו ענייי' משתכרין שע"י זה מרויחין בפירות עכשיו ובקרן לאחר מיתה. וכל שכן

דאתי שפיר למה שתירץ הר"ן ז"ל ופירש ההיא דריש פרק האיש מקדש לחו' ע"מ לזכות היינו לומר שמתחלה הם יורדין לזכות ואם חבו חבו. והאי דהנזקין דאין רשאין לדון ולחוב ע"מ לזכות היינו לומר שאם ירדו מתחל' לחוב אע"פ שזכו לבסוף לא עשו כלום והכא ודאי ע"מ לזכות ולהוסיף בנכסי ההקדש ירדו ומעשיהם קיים. וגזברים בשל עניים כהאפט' בשל יתומים דיינין להו דגזברים המתמנין על פי טובי העיר אפטרופא דקטנים נינהו ומקרא דרב גידל גופיה ילפינן דכתיב גבי חלוקת הארץ נשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו ועל גדולים וקטנים חלוקתן ומעשיהם קיים אע"פ ששנינו בפ' ד' דשקלי' המקבל עליו לספק סלתות מארבע עמדו משלש יספק מד' מג' ועמדו מד' מספ' מארבע שיד הקדש על העליונה ואם התליעה סול' התליעה לו וכו' זהו דוקא הקדש מזבח והקד' בדק הבית דלגבוה סליק אבל הקדש עניים כהדיוט דיינינן להו בכל מילתייהו ואנן ידי עניים אנן לפקח עליהם בכל ענינן הילכך כאפטרופסי' דמי הילכך בעניין זה אין כאן בית מיחוש לא מטעם רבי' ולא מטעם גזל הקדש ולא שאני אומר שאע"פ שלא הרויחו המעות כנג' מה שקצבו לו מחוייבין ליתן שהרי אין כאן חיוב אלא תנאי היו דבריהם בשעת נתינת המעות שלא יזכו עניים בקרן ופירות אלא אם כן נותנים לו חמשה למאה ואם לא יתנו לא יזכו אבל אינם מחויבים לקיים תנאם אם לא נשתכרו המעות וראיה מדאמרינן בפרק מצות חליצה היכי דמי חליצה מוטעת והיא כשרה שאמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לו מאתים זוז לבתר דחליץ א"ל אבי' זיל הב ליה אמר ליה רב פפא משטה אני בך עבדי ליה מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעבורת לפניו ואמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו הרי כאן שאף על פי שאמר לו על מנת לא נתחייבה ליתן בשביל כן ואביי נמי דאמר מעיקרא זיל הב ליה לא מטעם חיוב התנאי אמר כן אלא כדפירש"י ז"ל מטעם שכירות בעלמא וכמו שהביאה הרא"ש ז"ל שם בהלכותיו שכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי אם ירצה לקיים התנאי מתקיים המעשה ואם לא ירצה לא יקיים התנאי ולא יתקיים המעשה והוכיח מדאמרינן בפרק מי שאחזו גבי הרי זה גיטך על מה שתתני לי מאתים זוז אי נתינה בעל כרחו הויא נתינה או לא ואם איתא דגיטה הוי לאלתר ואיהו מחייבה ליתן מאתים זוז פשיטא דנתינה בעל כרחו הויא נתינה כדמוכח בבבא מציעא דפרעון זוזא זוזא הויא פרעון ועוד האריך ז"ל וגם מדברי התוס' מוכח שם בפרק מי שאחזו שהקשו ואם תאמר גבי גט פשיטא דבע"כ לא הויא נתינה ומה צריך ללמוד מתקנתו של הלל וכי אם יתן מתנה לחבירו יקבלנ' בעל כרחו ותירץ ר"י ז"ל דכיון שאומר על מנת שתתני לי תלה הדבר בדעת' ודמיא לבתי ערי חומה וכו' מוכח מדבריהם שקיום התנאי דין מתנה יש לו שהוא רוצה ליתן ולא דין פרעון הילכך

בנדון שלפנינו אם לא הרויחו הנכסים כדי הקצבה שהתנו לתת לו יד מקבלי המתנה על העליונה אם רצו נותנים לו מעותיו מה שנשתכרו לפי חשבון בין מועט ובין הרבה רצו נותנים לו הקצבה שהתנו ויהיו המעות בידם כבתחילה והנה הוגד לי ושמעתי שהנדון היא בעיר גדולה של חכמים של סופרים עיר עז לנו קרית משושינו שמה ישבו כסאות למשפט ולא ידעתי נסוגותי אחור וטוב לי לאגור דברי לבקש מפיהם תורה אף כי אנכי אענם ולפני חכמתם אשא דעי מעתה הדבר מסור להם והמה בחכמתם יעמדו דבר על בוריו ולאמת יוציאו משפט ואני תפלה על הרחבת גבולם לתורה ולתעודה לצמח צבי ולכסא כבוד לבית ישראל הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיח

שאלה ראובן ארש אשה על ידי סבלונות כמנהג קושטא ובשעת האירוסין נשבע שלא לקדש אשה אחרת ובין כך ובין כך מת אחיו ונפלה יבמתו לפניו ורוצה ליב' אותה להקים לאחיו שם בישראל וארוסתו מעכבת בידו מחמת השבועה יורנו רבינו אם רשאי ליבם ואינו עובר על שבועתו ויכנוס את שתיהן או יתחייב בדין לפטור את אשתו בגט או את אשת אחיו בחליצה.

תשובה איני נכנס במחלוקתן של ראשונים ז"ל אם מצות יבום קודמת למצות חליצ' קודמת או מצות חליצה שכבר נפסקה דהלכ' ע"פ האחרונים ז"ל דמצות יבום קודמת ואע"פ שכתב הריב"ש ז"ל סימן ש"ב דהיכא דהיבם נשוי כולי עלמא מודו זהו בנשוי ממש ולמדו כן מאותה ששנינו ומשיאין לו עצה ההגונת לו ומפרש בגמרא שאם היה נשוי אומרים לו אל תכניס קטטה בתוך ביתך אבל זו שהיא ארוסה ותרוויהו רמי קמיה זו זקוקה וזו זקוקה זו ספק וזו ודאי זו מצוה וזו רשות מי נדחת מפני מי אלא אין לנו לראות אלא אם מחוייב לחלוץ מחמ' שבועתן אם לאו הילכך אין זה לענין מחלוקתן כלל.

וגם אין להביא כאן מה שנחלקו הגדולים נוחי נפש אם תקנת רבינו גרשום ז"ל אף במקום מצוה היא שאין להוכיח מאותו מחלוקת לא לאיסור ולא להתר דאפילו למאן דאמר דלא כייפינן ליה לחלוץ היינו טעמא משום דאמרינן מסתמא לא תקן הגאון ז"ל לבטל מצות יבום לגמרי דאף על גב דחליצה נמי מצוה היא הא קי"ל מצות יבום קודמת ותדע דכה"ג פרכינן בפרק השולח אהא דהתקין הלל פרוזבול מפני תקון העולם ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטה שביעית והתקין הלל דלא משמטה ואף על גב דאיכא למימר הפקר בית דין הפקר כדמשני רבא לקמן כתבו התוספות דהשתא לא בעי רבא לשנויי' הכי אי שמיטה דאורייתא דלא הוה לו להלל לעקור שביעית דאורייתא אף על ידי הפקר ואף על גב דקי"ל המוסר שטרותיו לבית דין אינו משמט מכל מקום לא היה לו

לעשות תקנה ללמד לעשות כך שבטל בכך השמטת כספי' שצותה תורה עד כאן דבריו ולא אמר רבא דמהני טעמ' דהפקר ב"ד הפקר אלא אי אמרינן דשביעית בזמן הזה דרבנן אף על גב דשב ואל תעשה הוא כ"ש הכא שלא היה לו לעקור מצות יבום מן התורה אפילו בשב ואל תעשה ואף על גב דחליצה נמי מצוה היא מכל מקום לא היה יכול לעקור מצות יבום לגמרי.

וגם מדברי האומרים שם שכופין אותו לחלוץ אין להוכיח לנדון דידן דהתם טעמא משום תקנת ר"ג ז"ל מבדלת ביניהם ואין בידו להפקי' מעליו ודמיא לנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה וקי"ל היכי דלא כיוונה לכך כופין אותו לחלוץ אבל הכא סמיא בידיה אם ישאל על שבועתו כמו שנבאר בסמוך בדעת הרשב"א ז"ל אי נמי דילמא אין זה בכלל שבועתו.

וגם מאותה התשובה לרשב"א סי' תתי"ב שהביא הרב מהריב"ל ז"ל בתשבותיו על ראובן שנשבע לישא אשה בזמן וכלל בשבועתו שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה וקודם זמן הנשואין מת אחיו ונפלה אשת אחיו לפניו ליבמה ושאלו ממנו אם הוא מוכרח מכח השבועה שלא ליבם וחלה השבועה אפילו על היבמה באיסור כולל תשובה לדעתו לא נשבע זה אלא שלא ישא אשה אחרת עליה כלומר לאח' שישאנה אפילו שיגרשנה לא ישא אחרת עליה בחייה אבל שלא ישא אשה אחרת קודם שנשא זו בזה אינה חוששת שהרי היא אינה אגידה אצלו עדיין ואם ישא אחרת ולא תישר בעיניו לא תנשא לו עד כאן לשונו ואין ללמוד משם לנדון דידן לא היתר ולא איסור כי מה שכתב שלא נשבע זה אלא לאחר שישאנה חדא דלא כתב הרשב"א ז"ל אלא לפי הלשון שנשבע דקאמר עליו דמשמע בהיותה עמו אבל אם נשבע לה שלא ישא אשה אחרת סתם היה אסור בכל זמן אפילו קודם נישואין ועוד אפילו נשבע בזה הלשו' שלא ישא אשה אחרת עליה היכא דמקדשת שפיר קרינן ביה עליה שלפי דעתו שם דרש הרשב"א ז"ל לשון הדיוט שאמר שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה דומיא דאחות אשה דאמרינן בפרק קמא דיבמות לגלות ערותה עליה בחייה כל שבחייה לכך נאסר אפילו אחר שנתגרשה דהויא כאחות גרושתו דבחייה כתיב וכי תימא לאחר שתתגרש מאי איכפת לה ולמה היה לה להשביעו על כך יש טעם כדי שלא יתן עיניו באחרת ויגרש את זו או שלא ירגיל קטטה עמה עד שהיא תתבע להתגרש לכך נאסר בכל הנשים כל ימי חייה כדין אחות אשה ומינה דבהיותה משודכת דלא אגידה ביה על ידי קדושין לא שייך לומר עליה אבל היכא דמקדשה ודאי דשייך בה שפיר שלא ישא או שלא יקדש אשה אחרת עליה שהרי נעשו צרות זו לזו כאחת.

ומיהו איכא למידק דהך שמעתתא דמר מרפסא איגרי שמי שנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה יהא אסור לישא אף לאחר גירושין שאף על פי שחתרנו לבקש עילה למצא טעם שיראה שלא יגרשנה מכל מקו' אין דעת רוב בני אדם בכך ועוד טפי הוה עדיף להשביעו שלא יגרשנה כי אם ברצונה וכי תימא ירגיל קטטה עד שתתרצה אף עכשיו ירגיל קטטה עד שתתיר לו שבועתו ומה שדרשו ביבמות בחייה כל שבחייה דרשא הוא ולא משמעות דאפשר דלהתיר לאחר מיתה קאמר עליה כלומר קודם גירושין כל זמן שהוא בחיים דהא עליה כל זמן דאגידא ביה משמע ותדע דמדרשא ילפינן ליה דבסוף פרק החולץ אהא דתנן אשתו שמתה מותר באחותה וכולי אמרינן בגמרא כאן שנה רבי משנה שאינה צריכה ופרש"י דזיל קרי בי רב הוא דכתיב בחייה והקשו בתוספות דדילמא לדיוקא אתא הא לא מתה אף על פי שנתגרשה דאתיא מדרשא דבכל שבחייה בפרק קמא אלמא דקדוק סופרים הוא מדרשא ולא משמעות הלשון ומנ"ל למדרש כה"ג בלשון הדיוט להוציא דבר חדש כזה אדרבא משמעות עליה בהיותו עמה משמע ועוד הרי מעשים בכל יום שכותבין בכתובות שנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה ופעמים שמגרשה ונושא אחרת ולא חשו להם חכמים להצריכה שתתיר לו שבועתו שכבר נתפרדה חבילה ולדברי הרשב"א ז"ל אסור בכל הנשים לעולם. ונראה שהרשב"א ז"ל דרש לישנא דטופיינא דלשון הדיוט דמאחר דכתב שלא ישא אשה אחרת עליה דמשמע כל זמן דאגידא ביה בחייה למה לי דלהתיר לאחר מיתה לא אצטריך מעליה משמע אלא ע"כ בחייה כל שבחייה משמע וכי תימא אם כן למה ליה למכתב עליה לימא שלא ישא אשה אחרת בחייה הא אתא לפרושי שלא נשב' לה אלא לאחר שישאנה אבל משישאנה שוב לא ישא בחייה ונמצאו שני כתובים קיימים עליה בחייה ומיהו גבי אחות אשה אייתר לן הך עליה לג"ש בריש מכילתין נאמר כאן עליה ונאמר להלן יבמה יבא עליה מה להלן במקום מצוה וכו' ומהתם נפקא לן דעריות לאו בני יבום הוי ומכל מקום דרשינן בחייה כל שבחייה מדרשת חכמים כדכתבו התוספות אבל הכא ע"כ תרווייהו משתמעי מינה וכבר אמרו דדרשינן לישנא יתיר' בלשון הדיוט מדאמרינן בפרק המוכר את הבית ע"מ שדיוטא העליונה שלי שלא היה צריך לפרש דכיון דלא כתב ליה עומקא ורומה לא קנה מאיגרא ולמעלה ואמרי' דלטפויי אתא להוציא זיזין וגזוזטראות כדאמרי' התם והשתא ניחא שאף על פי שהורגלו ההדיוטות לכתוב בזה הלשון בכתובות שלא ישא אש' אחרת עליה בחייה לא דייקינן מדכתיב בחייה יתירא דמשמע אף לאחר גירושין דאדרבא מדכתיב עליה כל זמן דאגידה ביה משמע דלא הוה ליה למכתב אלא שלא ישא אשה אחרת בחייה אלא מהא ליכא למשמע מינה.

ובטור יורה דעה סוף סימן רכ"ח הביא בב"י הרב מהר"י קארו ז"ל תשובה להרשב"א על ענין זה בסגנון אחר אחד שנשבע למשודכתו שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה ובתוך זמן השדוכין מת אחיו וכולי והשיב אם לא נשבע על דעת רבים טוב שיתיר שבועתו בפני המשודכת ומדעתה אם היא מתרצה ואם לאו יתיר בפניה או לאחר שיודיענה ואם א"א להתיר שבועתו מפני שנשבע ע"ד רבים מסתברא שאין כאן איסור שבועה מן הדין שאין במשמע עליה אלא לאחר נישואין אבל קודם שישאנה לא נשבע זה וכן לא נשבע שישאנה שיפול בו שמא היתה הכונה שלא תהא שום אשה נשואה לו עמה ולפיכך ייבם ויזהר שלא ישא המשודכת שהרי לא נשבע שישאנה אלא שלא ישא אשה אחרת עליה עד כאן לשונו והנה יש סתירה מתשובתו זאת לתשובתו שבדפוס סי' תתי"ב במה שכתב ולפיכך ייבם ויזהר שלא ישא המשודכת שהרי באותה תשובה לא ענש ולא הזהיר על כך ואדרבא מוכיח מלשונו שיכול לישא שכן כתב ואם ישא אחרת ולא תישר בעיניה לא תנשא לו הא סתמא תנשא לו ויכנוס את שתיהן והרב רבינו מהרי"ק ז"ל כתב כאן ומה שכתב יזהר שלא ישא המשודכת צריך עיון נראה לי שלשון ויזהר אינו צווי ואזהרה מהרשב"א ז"ל אלא הכי קאמר וזה לא נשבע שישאנה שיפול בו ספק שמא היתה הכוונה שלא תהיה נשואה לו שום אשה אם הוא ייבם ויזהר עצמו שלא ישא המשודכת אבל לפי האמת אין להסתפק בדבר כמו שאני עתיד לבאר בסייעתא דשמיא ובתשובות שבכתיבת יד נמצאה תשובה זאת בארוכה ושם יש בדברי השואל שנסתפק בכך שכתב מי אמרינן עליה בחייה אפילו לאחר שיגרשנה אבל קודם שישאנה לא משמע או דילמא לא היתה הכוונה אלא שלא תהא שום אשה נשואה לו ועל זה השיב הרב ז"ל וכן לא נשבע שישאנה שיפול בו הספק שאמרת שמא היתה הכוונה שלא תהא שום אשה נשואה לו עמה והגע עצמך הרי שחזרה היא בה ונשאת לאחר תיאסר זה כל ימי חייה של זו עד כאן והמקצר לפי שלא הביא דברי השואל הוצרך לדלג מלת הספק שאמרת והנה הרשב"א ז"ל לא כתב אלא שאין נופל בזה הספק שנסתפק השואל שלא תהא אשה אחרת נשואה לו שהרי הוא ייבם את אשת אחיו ויזהר שלא ישא המשודכת ומילתא דמבעיא ליה לשואל פשיטא ליה לרב ז"ל שהרי באותה תשובה שבדפוס שנשבע לישאנה בזמן ולא הזהיר ולא הקפיד על כך אלמא לא משמע ליה לרב ז"ל לשון שלא ישא אלא שלא ישא בתחילה אבל אם נשאה בהיתר אין במשמע שלא יקיימנה אח"כ עמה ומה שכתב לפיכך ייבם ויזהיר שלא ישא המשודכת לא שהרב ז"ל מזהיר אותו בכך אלא הכי קאמר ייבם ומה בכך איהו גופיה מזהיר נפשיה שלא ישא המשודכת שלא יעבור על שבועתו לפי דעת השואל.

ולדעתי שכתב כן משום הא דאמרינן בפרק שני דנדרים קונם עיני בשינה היום אם אישן למחר אל ישן היום שמא ישן למחר משום דבתנאיה לא מזדהר אינש אף כאן היה מקום לחוש שלא נתיר לו לישא אחרת עד שיפטור את זו דחיישינן שמא ישא גם את זו ולא מזדהר בה דבתנאיה לא מזדהר איניש ונמצא עובר על שבועתו אלא שיש לחלק שאם הכוונה כדברי השואל שלא תהיה לו אשה נשואה אחרת עליה אינו עובר עליה למפרע דומי' דקונם עיני בשינה היום שלא אמר שלא אשא את זו אם אשא את זו שתה' הראשונ' אסור למפרע אלא אם עכשיו שבא לישׂ' את משודכתו היה מגרש את הראשונה לא היה עובר עליה למפרע אלא מכאן ולהבא הוא נאסר הילכך בשעת איסורא מזדהיר שפיר אפילו בתנאיה הואיל והוא יודע שעכשיו הוא נאסר בראשונה והוא חילוק נכון ולזה כתב ייבם ויזהר שלא ישא המשודכת כלומר דלא חיישינן דילמא לא מזדהר בהכי וכל זה לפי דעת השואל הוא ולא לפי דעת הרשב"א כמו שמוכיח מהתשובה של סימן תתי"ב והוצרכתי לבאר כאן דברי הרשב"א אלו לפי שאני צריך לזה בסוף דברי.

ומעתה צריכין אנו לדקדק אם יכולין להתיר לו את השבועה שלא מדעת ארוסתו כי הנה בתשובה זו הורה ז"ל להתיר שבועתו אם לא נשבע ע"ד רבים אפילו שלא מדעתה ובלבד שיודיעוה. ומתוך חומר שהחמיר הרב בתחילתו הקל עליה בסופה שתחילה כתב טוב שיתיר שבועתו בפני המשודכת ומדעתה שאע"פ שהיא תתרצה צריך התרת חכם וכי תימא כלום הוא נשבע אלא משום תקנתא דידה כל האומרת אי אפשי בתקנה כגון זו שומעין לה. ואם באת לסמוך דבריו במה שכתב הוא עצמו בתשובה במי שנשבע על דעת חמיו או חמותו שלא יצא מן העיר שאע"פ שנתנו לו רשות חמיו או חמותו צריך התרת חכם אין מאותה תשובה סמך לזה שהנשבע לתועלת חבירו או להנאתו אע"פ שתלה הדבר על דעת אחרים לא מפני כך יוכלו אותם אחרים להתיר לו וזה להנאת אשתו נשבע לא יצא מן העיר ולהחמיר עליו אמרו על דעת חמיו או חמותו שאף על פי שהיא תתרצה לא יהיה רשאי לצאת וכדי שלא ירגיל קטטה עמה שתמחול לו על כך ולא להקל שיתנו לו חמיו או חמותו רשות בלא דעת האשה ושלא מרצונה אבל אם היא עצמה היתה מתרצת ואומרת כלום נשבעת אלא לתועלתי זהו תועלתי שתל' ותרויח דהא ודאי כיון דאיכא רווח ביתא מייתי' לה הנאה מיניה וכאותה ששנינו בפ' קונם כלום נדרת אלא מפני כבודי זהו כבודי ויכול להתיר נדרו שלא על פי חכם וכן בנדון של הרשב"א ז"ל הואיל ולא נשבע לה שישאנה ויכול לפטרה וליבם את אשת אחיו אם תאמר כלום נשבעת אלא מפני כבודי זהו כבודי שתכניס צרתה לתוך ביתה ולא שתתגרש ויפגום אותה בפני הבריו' אין זה צריך התרת חכם ומצאתי לרבינו הרב

מהרי"ק ז"ל בטור י"ד סימן רכ"ח שהביא תשובה זו עצמה במי שנשבע על דעת חמיו או חמותו וכת' עליה הרב ז"ל ונראה שטעמו מפני ששבועה זו לא היתה לתועלת חמיו או חמותו אע"פ שיש להם קצת נחת רוח בכך והביא מתשובת הרשב"א ז"ל עצמו על ראובן שנשבע לחמיו בשעת כניס' לחופה לעשות לו תוך חדש ימים שטר מתנאי חזרת הנדוניא וכתב שכל שהתנאי היה לתועלת חמיו ולהרווחתו יכול להתיר לו שלא על פי חכם כההי' דתנן הריני כאילו התקבלתי וברם לזו לא הוצרכנו דכל היכא דשייך למימ' הריני כאילו התקבלתי מתני' היא הרי זה יכול להתיר נדרו שלא על פי חכם.

אלא דבפרק ארבעה נדרים דמייתי התם הא מילתא דרבי אליעזר בן יעקב הביא הר"ן ז"ל כתב הרשב"א דדוקא בקיום מעשה שייך למימר הריני כאילו התקבלתי כיון דאפילו היה מקבל ממנו היה יכול להחזי' אף מעכשיו יכול לומר הריני כאילו התקבלתי והחזרתי דאפוכי מטרתא למה לי אבל בביטול מעשה כגון שאמר נכסי אסורין עליך אם תלך למקום פלוני לא שייך למימר הכי לומר לך והריני כאילו לא הלכת שאי אפשר ואיכא מאן דפליג שאפילו בענין זה יכול לומר וכו' עכ"ל הר"ן ז"ל שם. הילכך אין לדמות תנאי שעשה לו שטר לתנאי שלא יצא מן העיר אם אינו באותו ענין שכתבתי שתאמר כלום נשבעת אלא לתועלתי זהו תועלתי וכאות' ששנינו שם וכן בנדון של הרשב"א אם היה אומר זהו כבודי שתייבם ולא שתגרשני לא היה צריך התרת חכם אבל מה שהצריך הרשב"א להתיר בפניה ומדעתה היינו כשאינה מתרצה אלא מתוך פיוסים שהוא מפייסה אבל לעצמה טוב לה שתתגרש ולא שתכנס צרתה לביתה כגון זו ודאי צריך התרת חכם בפניה.

וממה שכתב ואם לאו יתיר בפניה או לאחר שיודיענה משמע שיכולים להתיר לו שלא מדעת האשה ויש לתמוה מה טעם שהרי הא דקי"ל המודר הנאה מחבירו אין מתירין לו אלא בפניו היינו מדעתו שאם הוא לא יתרצ' מה בצע כי יתירוהו על פניו למרות עיני כבודו וכן כתבו המפרשים ז"ל והרשב"א עצמו בפרק השולח כתב כן אפילו התירו לו סובר הרשב"א שאינו מותר כמו שהביא בטור י"ד הרב ז"ל מתשובת הרשב"א ואין לומר דכיון דיש מצוה בהתרה זו דמצות יבום קודמת שרי להתיר שלא מדעת' חדא דמאן לימא לן דנדר להנא' חבירו מתירין לו שלא מדעתו ועוד אטו אם נשבע שלא ליבם מי הוי נשבע לבטל את המצוה הא אם לא יחפוץ כתיב ומאותה שעה שנשבע הרי לא חפץ ביבום אלא בחליצ' ותדע דאי חשיב ההתרה לדבר מצוה אפי' ע"ד רבים יתירו לו כדמוכח בהשולח ואף על פי שרבינו תם ז"ל כתב דדוקא לדבר מצוה כעין ההוא מקרי דרדקי דהוי ליה כנדרי טעות דלא אשתכח דדייק כותיה אמרו דאית ליה הפר' אבל

לא בכל דבר מצוה מכל מקום האחרונים ז"ל דחו דבריו ואמרו דבכל דבר מצוה יש לו הפרה והרשב"א עצמו בפר' השולח הביא סברת רבינו תם והצריכה עיון דמוכח לכאור' משמעתא דקיימו ולא קיימו במסכת מכות דאפילו בכל מצות בעלמא אמרו כן.

אבל יש לומר דסמיך אאידך דרבינו תם ז"ל דלא אמרו אין מתירין לו אלא בפניו אלא בנדר שנדר מחמת טובה שעשה לו דומיא דמשה שנתן לו יתרו את צפורה וכגון צדקיה שהיה מסור ביד נבוכדנצ' ודייק לה מדאמרינן בפרק אלו נאמרין דאמר ליה יוסף לפרעה אבי השביעני לאמר אמר ליה פרע' אתשיל אשבועתך אלמא יכול היה להתירו שלא בפני יעקב.

איברא דקשיא לי על ראיה זו דהיא גופה מאי דאמר ליה יוסף לפרעה ואתשיל נמי אדידך אף על גב דלא ניחא ליה כלו' לדבריך שאני יכול להתיר נדר שנדרתי לאבא אף על גב דלא ניחא ליה לאב' אתשי' נמי אדיד' אלא מאי אית לך למימר שכל הנודר להנאת חבירו אינו נשא' אלא בפניו ומדעתו אף אני כן ואדרבה לדברי רבינו תם ז"ל קשיא לי דכיון שלא אמרו אין מתירין לו אלא בפניו לא אמרו אלא בנודר מחמת טוב' שעש' לו ויעקב לא עשה אז ליוסף שום טובה שבעבור כן נשבע אם כן מאי קאמר ליה אתשיל נמי אדידך ואין לך מקבל הנאה גדול מיוסף אצל פרע' באשר שמו ארון לביתו ומושל בכל קניינו ובכל יום ויום מקובל הנאה ממנו היה אם לא שנאמר שהפליגו בדברים ודחהו בקנה והתוספות שם הקשו והלא לא היה יכול לישאל כי אם מדעתו של פרעה וכתבו ושמא אוקמיה במילתא וגיזום בעלמא הוא שגזמו כך מיהו לא היה יכול לישאל עליו ע"כ משמע שרוצים לפרש שהפליגו בדברים וקשה דלפי מה שפירשו אתי שפיר דלדבריו של פרעה הוא דקאמר כיון דאמרת אתשיל אשבועה דאבא אתשיל נמי אדידך ולעולם אין ראיה דבעינן שיקבל טובה ממנו. ואפשר לפי דברי התוספות שיהא משמען כמו שפי' אני דכפי דבריו של פרעה קאמר אלא שהוא דוחק בלשון ואפשר נמי שהתוספות תפסו דברי רבינו תם במונח ולא הקשו על שבועת יעקב לפי שלא קבל אז טובה ממנו אלא דקשיא להו מאי מדמה יוסף שבועת פרעה לשבועת אביו כיון שהוא קבל הנאה מפרעה ותרצו דאוקמיה במילתא וגזום בעלמא אבל לפי האמת לא היה יכול לישאל וגם זה דוחק שלא נזכרו דבריו של רבינו תם שם ולא בתוספות בשום דוכתא ובין הכי ובין הכי ראייתו של רבינו תם מכח ההיא דסוטה לא מכרעא מכל מקום אביהן של ישראל אמרו והרשב"א עצמו הביא דבריו בחידושיו בפרק השולח כמסכים עמו ולפי זה אפשר דהכא התיר הרשב"א משום דלא קבל שום הנאה ממשודכתו אם במה שנתרצת להנשא לו אין זו הנאה דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצ' לינשא כדמוכח בהנזקין דב"ח

בבינונית דחיישינן לנעילת דלת בפני לווין אבל אשה בזיבורית מהך טעמא דיותר ממה שהאיש רוצה וכו' וטעמא דמשום חינא דאמרינן בכמה דוכתי היינו שימצאו הנשים חן בעיני האנשים שישיאום כפי' רבינו חננאל וכדאיתא בירושלמי ובפרק מצות חליצה נמי אמרינן במזכה גט לאשתו במקום קטטה דלעולם חוב הוא דאמרי אינשי דשומשמנא גברא וכו' הילכך זו עדיין לא הגיעה לו ממנה בשידוכין לא הנאת ממון ולא הנאה אחרת.
ועוד יש טעם אחר להתיר בדבר דכיון שלא נשבע זה שישאנה ואם בא לחזור בו חוזר ולא ישא לזו א"כ מעתה אין שבועה זו לתועלתה דמה הנאה יש לה בכך שלא ישא אחרת מאחר שאינו חפץ בה אף על פי שבתחילה היתה השבועה לתועלת' דכל זמן דאגידא ביה לא יהבי ליה אחריתי והוא לא ישלח לזו שהיא ודאי מפני הספק אבל עכשיו שכבר נפלה לו יבמתו ומן השמים הקנוה לו ואינה נפטרת ממנו אלא בחליצה וגמר להוציא את ארוסתו ולכנוס את יבמתו מעתה מה הנאה יש לה בקיום שבועתו והדבר ידוע דלא ניחא ליה בחליצה ויחפוץ ליבם ואם היא מעכבת יגרשנה ויפקיע את שבועתה מעליו וזו שעכשיו אינו רוצה בהתרתו תמות נפשי עם פלשתים הוא דקעבדה מכל מקום אנן שרינן ליה שלא מדעתה. ויש להוכיח כן ממה שהקשו הראשונים ז"ל בההיא דפרק השולח דאמרינן דילמ' אזלא לגבי חכם ושרי לה והא קי"ל דהנוד' לחבירו אין מתירין לו אלא בפניו וכת' הרשב"א ז"ל בחידושיו שיש מי שתירץ דלא אמרו אלא במודר הנאה מחבירו או שנשבע להנאתו כגון שבועתו של צדקיהו לנבוכדנצר ונדרו של משה ליתרו אבל כאן מה הנאה יש ליתומים באיסור' ומה צורך יש להם בכך דהא מכיון שנשבעה ואפילו באה להחזיר להם הממון איסורו במקומו עומד לפיכך מתירין לה אפילו שלא בפניהם עכ"ל ואפילו לדברי שאר רבוותא שתירצו קושיא זו בענין אחר נראה לי דהיינו משום דמכל מקום הנאה יש להם ליתומים שאם היה רוצה להתיר נדרה צריכה להתרפס ברצי כסף ליתומים ואז יתירו לה מדעתם אבל כאן שבידו לפטרה אם עדיין לא פטרה לא בשביל כן יהיה רצונה מעכבת בהתרה.
ותדע שהוא כן ממה שלא כתב באותה תשובה שבדפוס סימן תתי"ב שיתירו לו מדעתו כמו שכתב כאן והיינו טעמא דהתם כיון שנשבע לישא אותה ביום מועדה אם נתיר לו השבועה האחרת שכלל שלא ישא אשה אחרת הרי הוא כאילו אנו מתירין לו שבועתו שישא את הראשונה שהדבר ידוע שאם ישא את יבמתו שוב לא תתרצה הראשונה לינשא לו ואם נתי' יהיה מוכרח מכח שבועתו לישא הראשונה אבל כאן שאינו מושבע לישא אותה הרי שאין לה תועלת עכשיו בהתרה.

ועדיין אני מסתפק בדבר כי שמא לא כתב הרשב"א ז"ל שיתירו לו שלא בפניה אלא על צד היותר טוב לפי שהוא ז"ל העלה שאין בכלל שבועת שנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה אלא לאחר שישאנה אבל קודם בהיותו משודכת לא נשבע ואע"פ כן כתב שיתירו לו לרווחא דמילתא אבל היכא דמדינא נאסר מחמת שבועתו לא היה מודה הרשב"א להתיר שלא בפניה ושלא ברצונה. ומה שלא כתב בתשובת תתי"ב שיתירו לו שמא לא כתב אלא שורת הדין אי נמי ידוע היה לו שהיתה עד"ר או שמא יד המקרים נגעה בה.
אלא שקשה על זה כיון דהרשב"א ס"ל דבנשבע לתועלת חבירו אפילו אם התירו לו אינו מותר כדמוכח באותה תשובה שהביא ב"י י"ד סי' רכ"ח ואמ' שהרי צדקיהו התירו לו ועדיי' הנביא מקנתרו אם לא אלתי אש' בזה וברית אשר הפ' וכו' ואמר וגם ר"ת מוד' בכך כל שהוא מקובל טובה מחמת נדרו כמשה וצדקיהו אם כן הרי הוא אצלו כנדר שהודר עד"ר שאין לו הפרה ומה טעם אמר שאם אינו עד"ר יתירו לו שלא מדעתו ואם הוא עד"ר אי אפשר להתירו ומה בין זה לזה. ויש לומר כי מה שכתב הרשב"א בתשובה שגם אם התירו לו אינו מותר אף לדעת רבינו תם היינו בשקבל טובה ממנו אבל כאן לא מקרי מקבל הנאה ממנה כמו שכתבתי הילכך בזה עדיין הדבר במחלוקת דאיכא מרבוותא דסברי דאם התירו לו מותר ולרווחא דמילתא כתב שאם אין השבועה על דעת רבים יתירו לו ולכל הפחות נצא ידי חובת האומרים שאם התירו מותר אבל בנשב' על דעת רבים שלא נחלק אדם מעולם דודאי אין לו התרה אפילו בדיעבד הוצרך לירד לשורת הדין שאין זה בכלל שבועתו.
ומיהו קשיא לי על דבריו אלו שרצה הרב ז"ל לומר שגם רבינו תם מודה בכך שכל שהוא מקובל טובה מחמת נדרו כמשה וכצדקיהו אם התירוהו אינו מותר שהרי הרש"בא עצמו כתב בפרק השולח שיש מקשים היכי חיישינן שמא יפר לה חכם והא קיימא לן דהנודר לחבירו אין מתירין לו אלא בפניו ויש מתרצין דהיינו דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אם התירוהו מותר תדע מדסמך צדקיהו על מה שהתירו לו הסנהדרין וכו' וסיים ואמר זו היא דעת רבינו תם הרי שעל צדקיהו עצמו שהיה מקובל הנאה מנבוכדנצ' כתב שסמך על ההתרה משום דמהניא בדיעבד. ועוד מדלא משני דשאני התם דמיירי בשקבל הנאה ממנו משמע דמה שנודרת האלמנה כדי לגבות כתובתה מקריא מקובלת הנאה על ידי נדרה שאלמלא כן לא היתה גובה כתובתה שאין אלמנה נפרעה מנכסי יתומים אלא בשבועה ומילתא הוא דעבדינן גבה שתהא נודרת וגובה כתובתה. ואף על פי כן איכא למיחש דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה. ועוד קשה אפילו תימא דאלמנה לא מקריא מקובלת הנאה מיתומים כיון שהיא גובה כתובתה בעל כרחן על ידי הנדר ובמקובל

הנאה ממנו סבירא ליה לרבינו תם דאפילו אם התירוהו אינו מותר אם כן הא דמחלק ר"ת בין לכתחילה לבדיעבד היינו בשלא קבל שום הנאה דאפילו הכי אין מתירין לו אלא בפניו אם כן תקשי לך היכי מייתי רבי יהודה ראיה דנדר ברבים אין לו הפרה מדכתיב גבי גבעונים כי נשבעו להם וכו' הרי לא היו יכולים להתיר אפילו שהשבועה היתה לתועלתם ואין מתירין אלא מדעתם והרשב"א ז"ל עצמו כתב שם בחידושיו שהתוספות הקשו קושיא זו דמאי מייתי מעובדא דגבעונים ותירץ רבינו תם דלא אמרו אין מתירין אלא בנדר שנדר מחמת טובה שעשה לו אלמא בגבעונים שלא עשו שום טובה היו יכולים להתיר לכתחילה אי לאו מטעם דנדרו ברבים לדעת רבי יהודה או משום חילול ה' לרבנן. ומיהו בקושיא זו היה אפשר לומר דטעמא משום דהתם איכא מצוה רבה בהתרה לקיים מה שכתוב בתורה לא תחיה ולא תכרות ברית ליושבי הארץ אם לא שהיה נדר שהודר ברבים לדעת רבי יהודה ומכאן למד ר"ת דאפילו לדבר מצוה אין מתירין על דעת רבים אם לא כעין ההוא מקרי דרדקי אלא דלא נהירא לומר כן דבנשבע לתועלת חבירו ולהנאתו ומשום שיש מצוה בדבר נתיר לו שלא מדעת חבירו דדוקא בנשבע על דעת רבים שלא להנאת חבירו אמרינן הכי משום דאנן סהדי שדעת הרבים מסכמת בהתר הואיל ויש בדבר קיום מצוה אבל הנשבע להנאת חבירו על דעתו נשבע והרי הוא עומד וצווח ואין אומרים לו לאדם שיחוב עצמו בשביל שיזכה חבירו.

וכיון שאין בדברי הרשב"א ז"ל הכרע אם משורת הדין יאמר כן להתיר שבועתו או לרווחא דמילת' גם הטעמי' שכתבתי על תשובת הרשב"א אינן מספיקין בנדון שלפנינו אם מטעמא דלא אמרו אין מתירין אלא בנודר מחמת טובה שעשה לו אפילו תימא שהרשב"א ז"ל סמך על דברי ר"ת אנן נחוש לכמה מרבוותא דסברי דבכל ענין אין מתירין לו אע"פ שלא קבל הנאה ממנו ועוד הכא דאיכא כעין קדושין כל מה שפסקה להכניס לו אע"פ שעדיין לא בא לידו מההיא שעתא דקידושין זכה הבעל בו דהן הן הנקנין באמירה כדאמרי' בר"פ הנושא הו"ל כאילו באות' שעה הגיעה הנאה לידו שהרי שוב אינן יכולין לחזור בהם.

וגם בטעם האחר שאין בקיומה של שבועה זאת הנאה לאשה הואיל ובידו לפטרה ולהפקיע שבועתו אפי' אם יהיה זה כן טעמו של הרשב"א בנדון שלפנינו שהיא בחזקת מקודשת וצריכה גט וכל זמן דאגידא ביה לא תתרצה יבמתו לינשא לו והארוסה אינה רוצה להתגר' עד עמדה לפני העדה למשפ' אם יחייבוהו קנס כמשפ' הבנו' ואה יתירו לו נמצ' שמפקיעי' את זכות' שהיה לאיש לחזו' אחר אבדתו לכנוס או לפטור ועכשיו היא צריכ' לחזור ונקב' תסובב גבר.

ומעתה אנו צריכין לדקד' אם הוא אסור לכנוס מחמ' שבועתו ונר' שאין לפקפק ולו' שמא לא אסיק אדעתי' זה איש שימו' לו אחיו בלא בנים ולא חלה השבוע' ע"ד שלא עלה בדעתו וכמו שכת' הרב מהריב"ל ז"ל בתשובותיו כלל שני והוכי' מהא דמבעי' בס"פ בית שמאי נטול' אני מן היהודים מהו מי מסקה אדעתה דמית בעל ונפל' קמיה יבם או לא ופי' התוס' דאי להכי איכוונה אין כופין אותו לחלוץ ואי פסיקא הלכת' דלא מסק' אדעת' וכופין אותו לחלוץ והוכי' משם הרב ז"ל דאע"ג דלא מסקה אדעת' דמית בעלה מ"מ חל האיסור אף על היבם. ואע"פ שלע"ד נראה דלעולם גבי יבמה אין לומר דלא מסקה דעתה דמית בעלה שזו אחת מחמש נשים השנויות בפר' האשה שלום שאינן נאמנות לומר מת בעלה ומפ' התם יבמתה סניא לה דמסקה אדעתה דמית בעל ותהיה צרתה. והא דאמרי' בס"פ ב"ש דלא מסקה אדעת' דמית בעלה היינו שלא היתה עקר כוונת נדרה לכך כדי שנקני' אותה שתש' זקוק' צרור' לעולם שהרי נדרה הנאה מכל היהודים אע"פ שהיבם בכלל מ"מ לא היתה כוונתם מהפקיע עצמ' ממנו אלא שהתשמי' קשה לה וכן בנודר' הנא' מיבמה בחיי בעלה הואיל ומכל הנאות שבעולם נדרה והתשמיש בכלל מ"מ לא היתה עיקר כוונתה לכך הילכ' אין קונסין אותה אלא כופין אותו שיחלוץ לה וכן מוכי' מדברי התו' שהקשו על דברי רש"י ז"ל שפי' הבעיא אי לא מסקה אדעתה ליבם ולא נאסרה עליו והקשה ר"י דפשיטא דאסרה נפשה על כל היהודים אלא שמן הטעם הזה עצמו חיילא שפיר שבועתו אף על היבמה כיון שהוא נשבע על דעת ארוסתו וארוסה ודאי מסקה אדעתה דמית יבם ונפלה יבמתו קמי בעלה הילכך אף עליה נשבע ומיהו היה מקום לחלק ולומר דנהי דבזמן מרובה מסקי אדעתייהו דנפלה יבמה קמיה אבל בזמן מועט כמו עד שלא תנשא לא מסקי אדעתייהו בהכי משום דספק ספקא הוא שמא ימות אחיו שמא לא ימות ואם ימות שמא יהיו לו בנים וכי תימא אכתי עדיין אין לו בנים והעמידנו בחזקתו הא אמרינן בריש האשה בתרא דרוב נשים מתעברות ויולדות וכתבו התוספות דלא חשיב תלוי במעשה דבנים ממילא אתו ולמיחש שמא ימותו גם הבנים לא חיישינן דלמיתה דחד חיישינן למיתה דתרתי לא חיישינן כדאמרינן בריש פרק ארבעה אחין. אלא דאדרבא כל מילתא דלא שכיחא חמיר טפי שהנוד' אינו חושש לו ואעפ"כ נודר וחייל שפיר נדרו ואפי' מתורת פתח לא פתחינן ליה בהכי כי הא דתנן בפרק פותחין ועוד אמר רבי אליעזר פותחין בנולד וחכמים אוסרין וטעמא דרבי אליעזר מדפתח ליה רחמנא למשה כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך ורבנן מאי כי מתו שירדו מנכסיהם ועניות שכיחא מיתה לא שכיחא אלמא כל מילתא דלא שכיח כגון מיתה לא פתחינן בהכי ונדרא חייל בכל ענין.

ואין להסתפק עוד דילמא אין זה בכלל שבועתו שנשבע שלא יקדש אשה אחרת כמו שתמצא תשובה להרמב"ם ז"ל דאשה הקנו לו מן השמים שאין לומר דטעמו משום דיבמה לא מיקרי' אחרת כי היכי דאמרינן גבי יבם בפרק קמא דקדושין גבי והלכה והיתה לאיש אחר דיבם לא מיקרי אחר שהרי כתבו התוספות שם דגבי שדה אחוזה אמרינן דיבם אקרי אחר דקאמר אם מכר את השדה לאיש אחר ואח הוי בכלל ותירצו דלא דמי דבמקום שמדבר בכל אדם הוי יבם בכלל אח' אבל הכא דבעי למימר דמותר' ליבם דוקא א"כ הוי יבם אחר דוקא עכ"ל התוס'.

וראיתי להעתיק מה שכתוב לי בחידושי לקידושין משום דשייך לנדון דידן וזה לשוכו חדא דיבם לא מקרי אחר הקשו בתוספו' דגבי שדה אחוזה אמרינן לקמן דיבם אקרי אחר והיינו הא דמייתי רש"י ז"ל לקמן גבי מרבה אני את הבן שכן קם תחת אביו ליעדה ולשדה אחוזה דכתיב ואם מכר את השדה לאיש אחר ולא לבן או אינו אלא לאחר ולא לאח כשהוא אומר לאיש הרי אח אמור הא מה אני מקיים לאחר לאחר ולא לבן והכי איתא בערכין ותימה דמאי קשיא להו דהתם דרשי' יתורא דלאחר למעוטי בן שקם תחת אביו ליעדה אבל הכא לא שייך למדרש למעוטי בן שהרי היא ערוה עליו וע"כ לא אתא אלא למעט יבם שלא במקו' בנים דשריא ולומר דאכ"ע שריא ולעולם משמעות דאחר אף ביבם הוי אי לאו דמייתר. ומה שתירצו דשאני הכא דבעי למימר דהוי יבם אחר דוקא קשיא לי דבפרק קמא דסוטה בעי למדרש דסוטה חולצת ולא מתיבמת מדכתיב ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר ולא ליבם ולא אמרינן דיבם הוי בכלל כל אדם ולפי מה שפי' ניחא דהתם נמי מיתורא דאחר דרשינן. ושם הקשו התוספות מפרק האשה שנפלו בגמרא בשומרת יבם דפרכינן והא כתיב לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי אמר רב אשי יבם נמי כמו אחר. ותירצו התוספות שם דלענין לשון תנאי בית דין שויא כאח אבל באחר דקרא אין האח בכלל וכן כתבו התוספות בפרק האשה שנפלו ולפי מה שפרשתי דלאו משמעותא דאחר הוא אלא מיתורא דרשינן דהוה לי' למכתב לאיש ולשתוק ניח' נמי הא דהאשה שנפלו דבלשון תנאי כתובה ליכא יתורא דלא כתיב לכשתנשאי לאיש אחר ולהכי אמרי' דיבם כמו אחר כלומר דלא מפיק ממשמעותא דאחר וניחא לי נמי מה שהקשו שם עוד בתוס' בריש סוטה דגבי והלכה והיתה לאיש אחר ממעטינן יבם אף על גב דכתיב איש וכן הכא גבי ואיש אחר יקחנה ואילו בערכין מרבי' יבם מאיש וממעטינן בן מאחר וכתבו וכי תימא מאיש ממעטינן קרובי' ומלאח' יבם סוף סו' ואיש אחר יקחנה מאי דרשת ביה והניחוה בקושיא ויש לומר דהתם דרשינן מאיש רבויא ליבם משום דמייתר דלכתוב קרא או אם מכר את השדה ולשתוק אבל הכא

לא סגי דלא לכתוב ואיש יקחנה דומיא דבית וכרם כלומר שהדבר עגמת נפש ואי לא הוה כתיב ואיש אלא ואחר יקחנה הוה אמינא מאן אחר יבם דהא לא מייתר אלא משום דכתיב ואיש וכן בקרא דוהלכה והיתה לאיש אחר לא סגי דלא לכתוב לאיש דלשתמע הויה דנשואין כמו אשר לא היתה לאיש גם הייתי הלילה לאיש. ואם תאמר למה לי לדרוש יבם מלאיש מהי תיתי לן למעוטי אי מאחר למעוטי בן אתא שכן קם תחת אביו ליעדה ולשדה אחוזה משא"כ ביבם דאף על גב דקם תחתיו ליבום הא אמרינן התם כלום יש יבום אלא במקום שאין בן. ויש לומר דאי לאו דרבי קרא הוה אמינא דאחר ממעט כל שהוא קם תחתיו בין ליעדה בין ליבום וכיון דבן לא הוי בר יבום הוה אמינא שקולים הם דכולהו קמים תחתיו מקרו אלא אחר שרבה הכתוב ומיעט מרבה אני את האח שאינו קם תחתיו במקום בן ומוציא אני את הבן שקם תחתיו במקום אח עכ"ל. ועל מה שהקשו התוספות מפרק האומר והניחוה בקושיא יש לי תירוץ נכון ויתר ממה שקריתי לפניכם כתוב שם. והשתא לנדון דידן לפי תירוץ התוספות בקידושין יבמה הויא בכלל אחרת משום דהויא בכלל כל הנשי' אף על גב דהא בפרק קמא דסוטה הויא תיובתיה אי נמי משום דבלשון חכמים יבם נמי מקרי אחר כדתרצו בסוטה ויש לנו לומר דלשון שטרי הדיוטות שלנו כלשון חכמים דרשי' להו ולא כלשון תורה. אך לפי מה שפי' בעניותי דבכל דוכתא ממעטי' יבם מאחר היינו מלישנא יתיר' גם כאן הלשון מיותר דלא היה להם לכתוב אלא שלא ישא אשה עליה כמו אם תקח נשים על בנותי. אלא מיהו מנ"ל למדרש כהאי גוונ' דלשון שהורגלו ההדיוטות לכתוב שאינו תקנת חכמים ואף על גב דאמרינן בפרק המקבל הלל היה דורש לשון הדיוט רבי יוסי היה דורש לשון הדיו' וטוב' דמייתי התם היינו דמה שהורגלו ההדיוטו' לכתוב בהדי' אע"ג דלא כתיב כמאן דכתיב דמסתמ' על דעת כן נחיתו על התנאים שהורגלו להתנות כדכתבו שם התוספות אבל יתור לשון לעשות ממנו דרש' אין לנו לומ' שהם דברו כלשון בני אדם והנה ראיתי משם הרשב"א ז"ל שכתב בסוף תשובה זו המוזכרת למעלה בכתיבת יד שאין לומר דיבמה לא מקרי אחרת כי היכי דאמרינן גבי יבם דהא בפרק האשה שנפלו אמרינן דיבם נמי מקרי אחר ואמר שאין להאריך ולא זכינו לדעתו דעת עליון. ועוד נ"ל בעניותי שאין לדמות אחרת לאחר דאפילו תימא דיבם לא מיקרי אחר יבמה מקריא אחרת דהא דיבם לא מקרי אחר היינו לגבי בעל דכי מת בעל הוא קם תחתיו ואין צריך קדושין אחרים אלא מכח קידושי אחיו הוא קם וכן לענין שדה אחוזה דכתיב ואם מכר את השדה לאיש אחר לגבי מקדיש כתיב ויבם לא הוה מקרי אחר לגביה כיון שהו' קם תחתיו ליבום וממיל' נפלה ליה האי ארע' קמיה כדקיימ' לן בהחולץ הכונס אם יבמתו זכה בנכסים של אחיו

אף על פי שיש שם אב והוה ליה כאילו קנאה מקדיש גופיה דלא מקרי אחר לגביה אי לאו דרביה קרא אבל יבמה לגבי אשתו אחרת מקרי' וצרתה היא אטו משום דאגידה בבעל לא מקרי' אחרת לגבי אשתו והרי זה נכון.

ומיהו מה שיש לדון בנדון דידן הוא על פי הלשון אם נשבע שלא יקדש שום אשה אחר' ולא אמר שלא ישא שזו זקוקה ועומד' היא לפניו ומן השמי' הקנוה לו הגע עצמך שנתן גט לארוסה על תנאי וקדש אשה אחרת ונשבע לה שלא יקדש שום אשה בעולם ושוב נתבטל התנאי של הראשונה יש בכלל שבועתו שלא ישא לזו שאין בל' הזה שלא תהי' לו אשה מקודש' ואם תהי' לו שיגרשנ' שכבר הוכחנו לעיל מתשובת הרשב"א שלא הודה לשואל שנסתפק בכך שיהיה הכוונה שלא תהיה אשה אחרת נשואה לו וכיון שזו כבר מקודשת ועומדת אינו מחוייב לחלוץ. ותדע דהך נפילה קדושין קרינן לה מדתניא בפרק משוח מלחמה אשר ארש אשה אחד המארס את הבתולה ואחד המארס את האלמנה אפילו שומרת יבם ואפילו חמשה אחין ומת אחד מהם במלחמה כולם חוזרים אלמא אפילו בשני יבמים אף על פי שרשות רבים עליה קרוי' מאורסה לכל אחד ואחד ובפרק אף על פי תנן היבם אינו מאכיל בתרומה ומפרש בגמר' מאי טעמ' קנין כספו אמר רחמנ' והאי קנין דאחיו הוא אלא הכריע שם רבינו תם מן הירושלמי ומן התוספות דמן התורה מיכל אכלה דקנין כספו קרינן ליה אלא למשנה אחרונה הוא דלא אכלה ומדרבנן. ואם תאמר בפרק נערה המאורסה אמרינן דשומרת יבם בין ליבם אחד בין לשני יבמים אינו מפר נדרים בשותפות אביו כדמסיק רבי עקיב' דאין היבמה גמורה ליבם כשם שהארוס' גמורה לאשה וטעמ' לפי שאין חייבים טליה מיתה כמו ארוסה. ונראה לי דכיון דבעינן למילף יבמה מקל וחומר ודאי דהיכ' דאיכ' למיפרך קול' או חומר' פרכינן כיון שאין לנו ראיה שיכולים להפר אלא מקל וחומר אבל מכל מקום קנין דידיה הוא כדתנן התם דאשה שהקנו לו מן השמים ואפילו רבי עקיב' מודה שהי' קנויה לו אלא שארוסה במיתה וזו בלאו. וכיון דאיסור' דאוריית' היא אין חילוק בין איסור לאו לאיסור שיש בו מיתה כדאמרינן בריש פרק האשה בתרא מיכדי הא דאוריית' והא דאוריית' מה לי איסור כרת מה לי איסור לאו ומטעם שיש בארוסה חומר' זו שהי' במיתה איפליגו תנאי התם בפ' ארוסה בדרש' דתחת אישך מר אלימ' ליה ארוסה דקידושין דידיה וסוקלין על ידו ומר אלימ' ליה שומרת יבם דלא מחסר' מסירה לחופה ולכולי עלמ' ארוסה ושומרת יבם שוות בדינן אלא משמעות דורשין איכ' ביניהו הי מינייהו ממעט מקר' קמא דתחת אישך. ואע"ג דלעניין פירכ' פרכינן שכן יש בה מיתת בית דין ולא אמרינן מה לי איסור כרת מה לי איסור לאו כיון דמכח קול' וחומר' בעי למילף תדע דבפ"ק דיבמות פרכי'

דכיון מה לפסח ומיל' שכן כרת וכן בכמה דוכתי ואעפ"י כן לענין דינן כל איסור תורה שוין הן וכך נקראת יבמה קנויה לו כמו הארוסה ועוד מאחר שזה נשבע שלא יקדש אינו עובר על שבועתו שזו אינה צריכה עוד קדושין אחרים. ואף על גב דמצוה לעשות בה מאמר כדאמרינן בפרק ר"ג מצות יבמין מקדש ואחר כך בועל ומייתי עלה הא דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה ואומר רבינו תם דאפילו ביבמה שעיקר קנייתה על ידי ביאה מצוה לקדש דפריצותא הוא שעושה תחילת קניינו בביאה מכל מקום מאמר מדרבנן הוא מטעם זה אבל מן התורה אינה צריכה קידושין אחרים. והתם בפרק בתרא דנדרים אמרינן כלום חלקנו ביבמה בין ליבם אחד בין לשני יבמין בין עשה בה מאמר ללא עשה בה מאמר אלמא מאמר זה לא מעלה ולא מוריד הוא אלא לענין לפסלה על האחין והואיל וזו כבר קנויה היא לו מן השמים כשבא עכשיו לכנסה לא עבר אשבועתיה שנשבע שלא יקדש שהרי זו מקודשת ועומדת היא וגדולה מזו אמרו בכהן גדול שכתוב בו אלמנה לא יקח אם היתה לקוחה אצלו בהיותו כהן הדיוט יכול לכנסה דתניא בפרק הבע"י מנין שאם אירס את האלמנה ונתמנה להיות כ"ג שיכנוס ת"ל יקח אשה פי' דאשעת ליקוחין קפיד רחמנא ואותה שעה הדיוט היה ואע"ג דעיקר איסור פסולי כהונה אבעילה הוא דקיי"ל כרבא בפרק עשרה יוחסין בעל לוקה פי' בעל אחר קידושיו לא בעל אינו לוקה מה טעם לא יקח משום לא יחלל ואמרי' ומודה רבא דכ"ג באלמנה שאם בעל ולא קדש שלוק' ולא יחלל זרעו בעמיו אמר רחמנא והרי הוא חלל ואפ"ה כיון דכתיב אזהר' דידה בלשון לא יקח יצתה זו שלקוחה הוא כבר כל שכן במי שנשבע שלא לקדש דאבעילה גרידתא לא עבר שיהא מותר לכנו' את שהיא מקודש' לו כבר ואף על גב דשומר' יבם שנפל' לפני כהן הדיוט ונתמנה להיות כ"ג שנינו אף על פי שעשה בה מאמר הרי זה לא יכנוס התם מיתור' דקרא ממעטינן לה דפרכינן אי הכי שומר' יבם נמי אשה ולא יבמ' ופירש רש"י ז"ל האי אשה לא אצטרי' אלא לדרשא לאפוקי יבמה דלאו אשה גמור' היא כמו ארוסה שהיא במיתה אלמא אי לאו דמעטיה קרא אני קורא לזו לקוחה ועומדת כשם שאני קורא לארוס' דמפיק לה מלא יקח.

והשתא דאתינא להכי אפשר שטעמו של הרמב"ם ז"ל משום דזה שהתנה עמה שלא ישא אשה אף על פי שלא אמר אשה אחרת כשמייב' לא מקרי נישואין שאינה צריכ' חופה שתהא ניקנת על ידה שהרי שנינו בריש פרק הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון קנה ולא חלק בין ביאה לביאה והיינו דאמרינן בפרק ארבעה אחין השתא לא עשה בה מאמר כתיב יבמה יבא עליה כלומר דלא מחסרא מסיר' לחופ' כדמוכח התם עשה בה מאמר מבעיא ובריש פרק ארוסה נמי אמרינן מר אלימא ליה

שומרת יבם דלא מחסרה מסירה לחופה פירוש דמקריא שפיר תחת אישה אי לאו קרא יתירא דממעטינן לה ושם פרש"י דלא מחסר' מסירה לחופה דניקנת ליבם בביאה גרידתא ואפילו בזנות להיות כאשתו לכל דבר עד כאן לשונו וכיון דאפילו בזנות הוא קונה לא מקרי נישואין אלא גמר קנין דאחיו הוא וכדאמרינן בריש קידושין מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת וכתבו שם בתוס' משם הר' אליעזר משזנ"ה שביאה זו אינה עושה אלא גומר' קידושי ראשון עכ"ל. ולכך לא קראו לה חכמים בכל מקום נישואין אלא כניסה כאותה ששנינו פרק משוח מלחמה הנושא את ארוסתו הכונס את יבמתו נקט בארוסה נישואין וביבמה כניסה ואף על גב דמפקינן לה התם מדכתיב אשר לקח להביא את יבמתו התם יתור' דקרא דדרשינן דהא כתיב ושמח את אשתו ואין תלמוד לומר אשר לקח אלא להביא את יבמתו ועוד דלקוחים דהתם לאו לקוחי קידושין אלא לקוחי קנין דמשכנסה קנאה ליורשה ולהטמא להו ולהפרת נדריה כדתנן בהחולץ ובהאשה שנפלו כנסה הרי היא כאשתו לכל דבר. ואם תאמר הא אמרינן בספר כתובתה לשכתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי ומפרש רש"י בהאשה שנפלו דיבם מקרי אחר והא כתיב בה לשון נישואין. ויש לומר דמשעה שמת אחיו מקרי נשוא' שהרי אינה מחוסרת מסירה לחופה. ולכך כתב הרב ז"ל שאין זה עובר על תנאו שהתנה שאם ישא אשה אחרת יוציא ויתן כתובה ששאה זו הקנו לו כבר מן השמים ואינה מחוסרת נישואין אלא ביאה בעלמא אפילו בזנות כדי שתהא אשתו לכל דבר והנלע"ד כתבתי נאם הצעי' יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיט

שאלה שטר שכתב בו לפנינו החתומים למטה בא לוי בן יעקב ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בק"ג מעכשיו שאני נותן במתנת בריא לאשתי יוכבד מהיום ולאח' מיתה כל נכסי דאית לי תחות שמיא כסף ושוה כסף מעות ותכשיטין ומטלטלים וזהב כל הנמצא בביתי מבית ומחוץ הכל נתונים לה זולת סכום כתובתה שהוא קמ"ה אלפים לבנים וזולת עשרים אלפים לבנים וחצי חנות שיש לי בשוק הגוהאגי"ש שאני מורישם ליורשי מהיום אחרי מותי בתורת ירושה בזה האופן לפלוני בן אחי כך וכך ולפלוני בן אחי כך וכך.

תשובה ראיתי כל מה שכתב והאריך החכ' השל' נר"ו וכל דברי הוראתו סובבים על שתי טענו' לזכות את האלמנ' שלא נדון אותה כדין עשא' שות' בין הבנים א' שלא אמרו כן אצל בני אחין שנית דאפילו למאן דאמ' מחל' לא מחל' אלא מנה ומאתים לבד לא נדוני' ולא תוספת ואם היינו דנין אשה זו כדין עשאה שותף בין הבנים עדיין לא זכת' אלמנ'

זו בשתים אלה כי מה שאמר שאצל בני אחין לא אבדה כתובתה ממה שתמה הרא"ש בהלכותיו על דברי רשב"ם שכתו' שם כלשון הזה כת' רשב"ם לאו דוקא בניו אלא ה"ה אחרים ודברים אלו קשים לאומרם בלא ראיה דלישנא דעשאה שותף בין הבנים אינו מוכיח כן וכו' וגם מתני' מוכח' כן דתנן הכות' נכסיו לבניו ולא קתני המחלק נכסיו סתם והר' מהר"י קארו ז"ל כת' דמדברי הרמב"ם פ"ו מהלכו' זכיה שכתב הכותב נכסיו לבניו בין זכרים בין נקבות משמע דבבניו דוקא קאמר ומינה דמר ומאבוה משתריא מילתא אצל בני אחין שיזכו במתנתם שהחכם השלם נטריה רחמנא סבור שהרמב"ם אינו חלוק על רשב"ם דכיון דבא לומר דבניה לאו דוקא הוא הדין שאר יורשים ואביו שהוא רבו הרב המובהק מהרי"ק ז"ל כתב על דברי הרא"ש דאי מהא לא אריא דהא רשב"ם לא קאמר אלא המחלק ליורשיו הילכך לא מצי למתני המחלק נכסיו סתם וזהו לפי מה שכתב הרב המגיד משמו של רשב"ם שם דהוא הדין שאר יורשים אבל הרא"ש הבין בדברי רשב"ם שהוא הדין כל אדם ועל זה הקשה עליו והרבה לתמוה הא מודה הרא"ש לרשב"ם בשאר יורשים. ובר מן דין מאחר שרשב"ם סבור שאף אצל בני אחין אבדה כתובתה והחכם השלם נר"ו הוסיף ש"מ משמו של רבינו חננאל ז"ל דבניו לאו דוקא אלא הוא הדין אחרים לא נפיק מספיקא דפלוגת' והעמד ממון על חזקת יורשין ולא תגבה. וראיתי להחכ' השל' שכתב בענין שנסתפק בתוס' דהא בפלוגתא דרבוותא איכא מאן דאמר אוקי שטר כתובה אחזקתיה ולא מרעיה לה ואיכא מאן דאמר המוציא מחבירו עליו הראיה וכתב כן לפי שראה מה שכתוב בבית יוסף שבספרי הרי"ף שבידו כתוב אבעיא דבריא דסלקא בתיקו הילכך מוקמינן כתובה אחזקתה ועל הבעל להביא ראיה שמחלה ודבר ברור הוא שאין זו נוסחה אמיתית שהרי הרא"ש שמעתיק ההלכות ומוסיף על דברי הרי"ף לא הביאה וגם הנמוקי יוסף שמפרש ההלכו' כתב הילכך איבדה כתובת' משו' דהיא המוציא' מן היורשים נראה שכך היא נוסחת הרי"ף שכן דרכו להעתי' פסקי הרי"ף ואלו היתה הנוסח' הפך הי"ל להזכיר דברי הרי"ף ואולי נוסח' ראשונה היתה והיא מן החזרות שחזר בו הרי"ף שאף הרמב"ם בילדותו כ"כ בפי' המשנה ולבסוף חזר בו בחיבור כמו שכתב המגיד ודבר פשוט הוא דמאחר דקי"ל כב"ה בפ' ארוסה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כדתנן מתו בעליהם עד שלא שתו ב"ה אומרים לא שותות ולא נוטלות כתובה דמספיקא לא גביא אף כאן מספיקא לא גביא אלא שראיתי בהגה' אשר"י שכתב שרבינו ברוך מארץ יון כתב דמספיקא לא מפסדא כתובתה ודבר תימה הוא דבכל דוכתא אמרינן המע"ה. ובפ' אעפ"י גבי מורדת מספקא ליה לתלמוד' אם הפסידה בלאותיה הקיימים או לא הפסידה ואמרי' התם השתא דלא אתמר הלכתא לא

כמר ולא כמר אי תפסה לא מפקינן מינה לא תפסה לא יהבי' לה ומיהו זה יש לדחות דשאני התם כיון דמודה שטר כתובתה כמי שנמחל שעבודה דמי ובלאות הוא דבעיא למיפק לא משטר כתובה שבידה אלא בעל פה הילכך המוציא מחבירו עליו הראיה אבל הא ודאי קשה כיון דקיימא לן כב"ה דשטר העומד לגבו' לאו כגבוי דמי מספיקא היכי גביא ואפשר לומר שדעת הרב רבינו ברוך ז"ל דהכא כיון דמטענת מחילה קאתי והיורשים אינם יודעים בדידה שמחלה כיון דמספק' ליה לתלמודא דהא הוה ליה כאומר הלויתני ואיני יודע שפרעתיך דקיימ' לן בשלהי קמא דחייב לשלם דברי ושמא ברי עדיף כיון שהוא מודה שחייב לה כתובה מקודם אלא שמסתפק במחילתה ולא דמי לסוטה דפליגי בית שמאי ובית הלל דאם איתא שזינתה אין לה כתובה מעיקרא ועוד כיון שנכנסה לבית הסתר תו לא מצי למטען ברי כדכתבו שם התוספו' על ענין אחר שהכתוב עשאה לספק כודאי. ומיהו לכל רבוותא דפסקו הכא דאין לה כתובה אהא נמי איכא למימר כיון דכתב לה באפי סהדי ושתקה תו אינה יכולה לטעון ברי.

איברא שמצאתי להר"י קולון ז"ל שרש כ"ב בענין פרוזבול שהביא מדברי המרדכי בפרק הבא על יבמתו דקיימא לן כבית שמאי דשטר העומד לגבות דכגבוי דמי ותמהתי על הדבר מנין יצאו לו דברים הללו דבית שמאי במקום ב"ה אינה משנה ועוד זאת הלכה רווחת בכל התלמוד דשטר העומד לגבות כגבוי דמי וכמו שהוכחתי מההיא דסוף פ' מי שמת בנפל הבית עליו ועל אביו ועליו ועל אשתו דפליגי בית שמאי ובית הלל התם בהאי פלוגתא גופא וכדמוכח בהחולץ ובמקום אחר הארכתי מכל מקום כל הפוסקים ראשונים ואחרונים פסקו דמספקא לא גביא הילכך אף לענין זה אם איתא דהויא פלוגתא דרבוותא אי אפסידה כתובתה אצל בני אחין העמד ממון בחזקת יורשים.

והטענה השנית שעשאה מודעא רבה למחילה זו שהוכיח בדבר מוסכם מן הפוסקים ז"ל דלא הפסידה הנדוניא והעתיק ממה שהביא בבית יוסף משם הר"ן מראין הדברים דדווקא בכתובה ומקולי כתובה שנו כאן אבל בבעל חוב אי נמי בנדוניא שהיא כבעל חוב לא עד כאן לשונו וכן כתב הרא"ש ז"ל בתשובה וקרוב לזה הביא משם בעל התרומות אלו דבריו נר"ו ואיני רואה רמז בדברי בעל התרומות לזה ואדרבא ממה שהוציא מן הכלל מלוה משמע דנדוניא לא נפקא מכלל כתובה שכן כתב אין הדברי' אמורים אלא לענין כתובה ומקולי כתובה שנו כאן אבל בבעל חוב לא שנא אם הלוה חלק כל נכסיו בפניו והוא שותק לא שנא חלק נכסיו וכת' למלוה קרקע כל שהו ביניהם לא אבד זכות חובו עד כאן לשונו. ופשיטא דלא אמרו אלא באשתו שדעתו קרובה אצל בעלה וניחא לה לעשות לבעלה נחת רוח בכל לבה ולקיים דבריו הואיל וגם הוא חלק לה כבוד ועשאה

שותף עמהם ואומדן דעתא הוא אבל בעל חוב דעלמא לית ביה אמדן דעתה ולא מפסיד זכותיה בשתיקה ומתשובת הרא"ש אדרבא איפכא איכא למידק מדבריו שכך היא נוסח השאלה והתשובה בכלל מ"א המחלק נכסיו לאשתו ולבניו וכו' שאבדה כתובתה אם אבדה נמי שטר נדוניתא מאחר שנדוניתא יכולה לגבות אף מחיים תשובה נראה לי כיון דקיי"ל מקולי כתובה שנו כאן דדוקא בכתובתה קאמר ולא בשטר שיש לה דלא חלקו חכמים בשטר חוב שיש לה עליו ואינו נקרא תנאי כתובה לומר ככתובה דמי עד כאן לשונו משמע שלא היתה השאלה אלא בשטר נדוניא שכתוב בפני עצמו כדין חוב שגובה אותו כל זמן שתרצה בחיי בעלה ויהיה אצלה כדין נ"מ שאין לבעלה רשות בקרן כלל ולזה דלא אמרו בשטר שיש לה ולא אמר שלא אמרו בנדוניתא שהיא כחוב ועוד ממה שכתב ולא חלקו חכמים בש"ח שיש לה עליו משמע אע"ג דהיה מקום לחלק בש"ח זה כיון שהוא מנדוניא שאילו היה כלול בכתובה היה דינו ככתובה עכשיו שנכתב בפני עצמו לא פלוג רבנן בש"ח בין ש"ח של נדוניא לשטר חוב של מלוה כל ש"ח אין לו דין כתובה וכן מצאתי לו ז"ל בתשובותיו כלל ל"ח סימן ו' כשהאשה מכנסת קרקע לבעלה וכותבת עליו שטר חוב וקורין אותו שטר חוב נדוניא ויכולה לגבות מבעלה לכשתרצה זו ודאי אין לה דין תנאי כתובה. וגם בדברי הרב המגיד ז"ל אין נדוניא מוזכרת ולא כתב אלא אבל בעל חוב ודאי לא אבד זכותו בשותק ואם איתא לישמעינן בדידה לענין נדוניא וכ"ש בעל חוב דעלמא. ומיהו מה שהביא מדברי הר"ן ז"ל שכתב אבל בבעל חוב אי נמי בנדוניא שהיא כבעל חוב לא שפשטן נראין מכל מקום לא ידענא מאי אידון בהו שלא ראיתי עיקר דבריו בחידושיו ואפשר בהכי קאמר אבל בנדוניא לא שהיא כחוב אלא בנדוניא שהיא כבעל חוב כלומר באותו ענין של הרא"ש ז"ל שהיו כותבים הנדוניא בשטר לעצמו והוא נגבה מחיים כחוב וכמלוה זקופה ומה שאני מפקפק בדבריו הוא לפי שמצאתי לו ז"ל דלא פסיקא ליה מילתא דבסוף פ' הנושא גבי אלמנה כל זמן שהיא בבית אביה גובה כתובתה עד כ"ה שנה כתב כלשון הזה ומיהו אפשר דדוקא תוס' אבל נדוניא דינה כחוב משמע דהרב ז"ל אין ולאו ורפיא בידיה ואין לחלק בין ההיא דהתם להכא שהרי גם לשון זה מסופק ממה שלא כתב הטעם אחר הדין אבל בנדוניא לא שהיא כבעל חוב כמו שכתבתי ועדיין אין בכל דברי מפרשים אלו ידים מוכיחות לדין זה כלל. אלא הא מילתא באשלי רברבי תליא אם בכל מקום שאמרו חכמים כתובה סתם נדוניא בכלל או לא הוי בכלל שדעת הרמב"ם ז"ל בפרק י"ו מהלכות אישות מוכיח שנצ"ב אין נקראין כתובה אלא נדוניא שמם וסתם כתובה שכותב בכל מקום אינו אלא מנה ומאתים ותוספת. והרב המגיד ז"ל הרחיב לבאר דבר זה שם וכתב שהרמב"ן ז"ל חלוק בזה שכתב

בריש פרק אע"פ שכל דיני כתובה דמנה ומאתים אנו נותנים על נצ"ב כשבא לגבותם מנכסיו והביא כמה ראיות שנדוניא בכלל כתובה ממה שאמרו אע"פ שכתובה בבית אביה וגם ממה שאמרו וקבורת' תחת כתובתה ועוד ממה שאמרו בההוא גברא שאמר הבו ארבע מאה זוזי לכתובתה דברתא וכן בכתובת בנין דכרין שהיא אף כנדוניא ואדרבא עיקרא משום נדוניא כדאמרינן כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו וכולי נמצא דלדברי הרמב"ן דסבירא ליה דהא דאמרינן התם תנאי כתובה ככתובה אף נצ"ב בכלל אתה למד דבכותב נכסי לבניו דקחשיב התם בהדי מילי דתנאי כתובה ככתובה אף נצ"ב מקרו תנאי כתובה לענין זה והרשב"א ז"ל הכריע בדברים ואמר דבכל מילתא דתליא בלישנא כגון מוכרת ומוחלת אף נדוניא בכלל שאף היא נקראת כתובה אבל מה שכתובה חלוקה בדיניה משאר בעל חוב לא נקל בנדוניא יותר מבשאר בעל חוב. וראיתי לו ז"ל בריש פרק הנזקין גבי כתובת אשה בזבורית שנסתפק אם נדוניא נמי גביה מזבורית כיון דלא שייך נעילת דלת וע"ש. ואף רש"י ז"ל ס"ל שנצ"ב בכלל כתובה הם ממ"ש בפרק הכותב אהא דאמרי' האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה וב"ח ואית לי' ארע' ואית ליה זוזי לבעל חוב מסלקינן בזוזי לאשה מסלקינן בארעא האי כדיניה וכולי ופרש"י ז"ל שזו סמכה על שעבוד הקרקע והיא לא נתנה כלום ואם בשביל נצ"ב הנשומין בכתובה הרי גבה בהם מיד וזו צרפתן עם הכתובה על שעבוד הקרקע וכן הביא הטור סימן ק"ב שמדברי רש"י משמע שדין נצ"ב כדין הכתובה.

והנני יוסיף להפליא הפלא ופלא במה שכתב החכם השלם שיחיה שהוסיף על דברי רבו ואמר שלא מחלה אלא עיקר כתובה דהיינו מנה ומאתים בלבד ולא נדוניא ולא תוספת שתלמוד ערוך הוא בריש פרק אף על פי תנאי כתובה ככתובה למאי נ"מ למוכרת ולמוחלת וכו' ולכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשה קרקע כל שהוא אבדה כתובתה וגם התוספת ואנו נלמד עליו זכות שהיתה כוונתו על התוספת הנהוג בימינו דס"ל כדברי הרב מהר"י קולון ז"ל בשרש פ"א שזה שאנו מוסיפין שליש לאו תוספת מחמת חיבת נישואין הוא אלא דינא הוא וכדתנן בפ' במתניתין פסקה להכניס לו אלף זוז הוא פוסק כנגדן ט"ו מנה ואני בעניי זה ימים דהוה קשיא לי הואיל ואמרו בירושלמי שמו דעת האשה שרוצה לבלות כליה ולפחו' חומש עכשיו שנהגו להוסיף שליש אף במטלטלין א"כ למה לא יהא רשאי הבעל למכור דקי"ל דאינו יכול למכו' וגם אמרו גבי כלי אני נוטלת הדין עמה משום שבח בית אביה. והוה ניחא לי דאין זה אותו התוספת המוזכר שם במתניתין דאותו היו כוללים בגוף הנדוניא אבל תוספת שלנו כוללים אותו עם עיקר כתובה שכן הוא כותב לה והוסיף לה מדיליה תוספת על עיקר כתובתה כך וכך ואחר

כן כותב ודא נדוניא דהנעלת ליה ומאחר שכוללים אותו עם עיקר כתובה הרי הוא נדון כקולי כתובה לכל דברים לכמה מילי אבל הנדוניא לא הוסיפו עליה כלום ונשאר דינא כמו שהיה על הסתם שתבלה כליה והוא אינו יכול למכור מפני שהם שבח בית אביה ואחר ימים ראיתי דברי מהר"י קולון ז"ל והם הפך דברי ואני תמה היאך השוה מנהגו לדין התלמוד מאחר שאנו נוהגים להוסיף בכלים שלה ועוד לדבריו למה לא ימכור אלא ודאי מספר כתובתה נלמוד שמוסיפין אותו על העיקר ולא על הנדוניא. והנה ראיתי שהרב מהר"י קארו ז"ל לא נראו לו דברי מהר"י קולון ז"ל כמו שכתב בסימן ק'.

ואני רואה שהנדון שלפנינו לא מחמת שעשאה שותף בין הבנים נגעו בה ולא מן השם הוא זה שהרי לא נשתתפה עמהם אלא ליורשיו נתן חלק ברור ודבר של קצבה ולאשתו נתן חלק סתום ודבר שאין לו קצבה והא לא דמיא לכותב נכסיו לאשתו שדינ' חלוק בשני דרכים או נאמר לא עשאה אלא אפטרופא ואינה זוכה במתנתה אלא תעמוד על כתובתה או אם הוא בענין שזכתה במתנתה תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה ואם יצא עליה ש"ח גובה ממנה ותשאר קרחת מכאן ומכאן. ואהא דאמרינן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופיא מבעיא לן בגמרא אשה אצל אחין ואצל בני הבעל מהו ומסיק דאף באלו הויא אפטרופא וכתב הרא"ש בתשוב' דביורשי' רחוקי' מאלו פשיט' דהויא מתנה דבהני לא חיישׁ שיכבדוהו אבל הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות זכיה כתב להדיא בין שהיו יורשי בניו ממנה בין מאש' אחרת או אחיו או שאר יורשי'. נמצא כדברי הרמב"ם ז"ל אשה זו שכתב לה כל נכסיו לא עשאה אלא אפטרופ' ואף ע"פ שנתן לאחרים עשרים אלף לבנים וחצי החנות לא מקרי שיור כיון דבבת אחת נתנם כדכתב הרא"ש ז"ל בתשובה והוכיח מהא דאמרי' בפ' מי שמת בש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים אם כמחלק מת קנו כלם עמד אינו חוזר בכלום אם כנמלך מת קנו כלם עמד אינו חוזר אלא באחרון ואמרי' נמי התם אשתו ואחר לאחר במתנה ואשתו אפטרופא. ואע"ג דבתשובת רבינו האיי גאון ז"ל כתב בשכיב מרע שאמר תטול פלונית בתי נ' זהובים ופלונית בתי חמשים זהובים והשאר לאשתו דכיון דחלק לשתי בנותיו שהם יורשות לא אמרי' דעשאה אפטרופא התם במתנת שכיב מרע דכירושה שויה רבנן הכא בריא הוא בין במתנת האשה בין במתנ' בני אחין ורצה לתת להם מהיום אותו הסך והשאר תהיה אשתו אפטרופא ולדברי הרא"ש ז"ל דלא אמרו אפטרופא אצל אחין או בני אחין נמצא דאשה זו זכתה בכל הנכסים בתורת מתנה ובאנו לדין האחר שאמרו תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה ואם יצא עליה שטר חוב נמצאת קרחת מכאן ומכאן ואף על גב דבגמרא מוקמינן לה באשתו ארוסה ובאשתו גרושה לאו דוקא דטעמא דהני משום

דזכתה בנכסים ולא אמרי' אפטרופא עשאה והוא הדין בכל אשה שזכתה בנכסי בעלה שתקרע כתובתה וכן מוכח מלשון הרמב"ם ז"ל בפרק ששי שכתב כל אשה שקנתה כל נכסי בעלה במתנה אבדה כתובתה ותקרע. וכן מוכיח מתשובת הרא"ש שם בכלל מ"א על מי שכתב כל נכסיו לאשתו במתנת בריא ושייר לעצמו מקום ישיבתו בב"ה דאפילו בשייר אמרי' תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה הרי דאפי' באשתו נשואה כל דלא שייך לומר אפטרופ' עשאה וזכתה במתנת' תקרע כתובתה וטעמא משום דאומדן דעתא היא דניח' לה דליפוק על' קלא דכתבינהו לכלהו נכסי אפי' חד יומא ולא שני לן בין מקום בנים בין מקום יורשים אחרים כגון בני אחין דטעמא משום דאזלינן בתר אומדנא הוא ואמרי אנשי חד יומא לשתמש בכסא דמוקרא ולמחר לתבר כדכת' הרי"ף ז"ל ועוד שלא הוזכר בדין זה בנים כלל לא אמרו אלא הכותב כל נכסיו לאשתו.

וגם בהא מילתא לא שני לן בין עיקר כתובה ותוספת לנדוניא אפילו למאן דאמר דנדוני' כחוב. תדע דגבי הכותב כל נכסיו לבניו דאמרי' מקולי כתובה שנו כאן משמע דלענין כותב נכסיו לאשתו דלעיל לא הוי טעמא משום קולי כתובה ועוד דלא אמרו מקולי כתובה אלא לענין הבעל ולענין היורשים דאקילא בשעבודא לגבייהו לענין זבורית ולענין פחות שבמטבעות אבל לענין שאר בעלי חובות אחרים לא שייך לומר מקולי כתובה ואם יש טעם להקל באשה טפי מבשאר בעלי חובות מטעמ' דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנש' דמהך טעמ' אמרינן בפרק הכותב גבי היה לו מלוה ופקדון ביד אחרים לב"ח יהבינן להו משום נעילת דלת לאשה לא יהבינן לה דיותר ממה שהאיש וכו' הך טעמ' שייך אף בנצ"ב כמו בעיקר כתובתה ומיהו ודאי דהכא לא שייך הך טעמא דנעילת דלת דב"ח אינהו דאפסידו אנפשייהו דלא הו"ל לאוזופי דידעי שהנכסים משועבדים לכתובה אלא דהכא אמדן דעת' הוא דבההיא הנאה דקלא מחלה לשעבוד כתובתה מעל הנכסים ונוטלתן בתורת מתנה וכיון דטעמ' משום אומדנ' אין חילוק בין נצ"ב לעיקר כתובה דהא בכל דוכתא אזלינן בתר אומדנ' אף לענין ממון גמור כגון ההיא דרבי שמעון בן מנסיא דמייתי מינה דשמע שמת בנו וכו' וכגון שכיב מרע שכתב כל נכסיו בפרק מי שמת ובכמה מילי וכיון דמפרש דטעמ' משום אומדן דעתו אין לתלותו בקולי כתובה אלא דין גמור הוא. וכן מוכיחין דברי הרב המגיד שם שאחר שכתב הרמב"ם ז"ל דין אשה שקנתה כל נכסי בעלה במתנה כתב דין כות' נכסיו לבניו ואמר עליו הרב המגיד וכתב רבינו שמואל ז"ל בדין זה דלאו דוקא בניו והוא הדין שא' יורשי' וכן אין דין זה אלא דוקא בכתובתה ומקולי כתובה וכו' משמע להדיא מדבריו שלא הוזכרו חילוקים הללו לענין שאר יורשים ולענין קולי כתובה אלא בדין זה אבל דין הראשון דאשה שקנתה

נכסי בעלה בכל ענין איתיה גם הרב מהר"י קארו מלמדנו להועיל בקצר שלו שאע"פ שכתב למעלה בדין כותב כל נכסיו לבניו שאבדה עיקר ותוספת ולא הזכיר כתובה סתם כאן בכותב כל נכסיו לאשתו כתב אם תשאר היא בלא כלום ולא בכתובתה שקדמה לחוב וכו' אלמא כלל וכלל לא גביה.

ואם באנו לומר דמדאצטריך לפרש בשטר המתנה שנתן לה הנכסים הללו זולת סכי כתובתה שהם קמ"ה אלפים לבנים אלמא לא רצה הבעל להפקיע סכו' כתובתה אלא מה שנתן הוא מה שיעדיפו הנכסים יותר על נתובתה ויתר על העשרים אלף וחצי החנות שחלק ליורשיו אבל שעבוד כתובתה כדקיימא קיימא דאע"ג דודאי כתובתה קיימת לענין שאם נפלו לו נכסים בתר הכי שאינה זוכה בהם מכח המתנה שלא היו בעולם זוכה בהם מכח כתובתה מ"מ לא היה צריך לפרש כן דממילא ודאי שלא הפסידה כתובתה מנכסים העתידים לבא וקיימא לן כר' עקיבא דדריש לישנא טופיינה כההיא דאמרי' בפרק המוכר את הבית שאם אמר לו על מנת שדיוטא העליונה שלי הואיל ולא היה צריך לפרש ופירש לאוסופי אתא שיהא דיוטא העליונה שלו להוציא ממנה זיזין לאויר החצר. אלא מיהו הוצרך הדבר לאומרו שאלמלא כן יש במשמע שלא עשאה אלא אפטרופא כדין הכותב כל נכסיו לאשתו דאין לה אלא כתובתה לכך פירש ואמר שכל הנכסי' גם העודפים על סכי כתובתה גם את הכל תקח ואע"ג דלהרא"ש דאמר דלא אמרו אפטרופא אצל בני אחין לא היה צריך לפרש מכל מקום להרמב"ם דסבירא ליה דלגבי שאר יורשים נמי אמרינן שעשאה אפטרופא הוצרך לפרש דכיון דפלוגתא דרבוותא היא היתה ידה על התחתונה ועוד שכל מה שיכול אדם לפרש מפרש דלא מחית איניש נפשיה לספקא ועוד אפילו אי הוה סוגיא דעלמא כהרא"ש בעי לפרושי דילמא אתא בי דינא ודאין ליה כהרמב"ם ז"ל דכי האי גוונ' אשכחן גבי חתם סופר ועד בגיטין.

ורואה אני שהמתנה שנתן ליורשיו בני אחיו אינה מתקיימת כלל לפי שמתנת בריא היא שכן כתוב בה כל הדברים הללו צוה לפנינו חותמי מטה לוי בן יעקב הנז' בהיותו בריא אולם וקיים הילכך אינה מתקיימת אצל יורשים לפי שכתובה בלשון ירושה שכן כתב שאני מורישם ליורשי מהיום אחרי מותי בתורת ירושה ואע"ג דקי"ל כר' יוחנן ב"ב דאם אמר על מי שראוי לירושה דבריו קיימים הני מילי בש"מ דמתנה ירושה קרי לה אבל בברי' דלאו בר אורתי הוא מבעא בעי לה רבא התם ולא אפשיט' הילכך לא זכו יורשי' במתנה שבלשון ירושה. ואע"פ שאמר מהיום דמשמע מחיים הואיל ונקיט לה בלשון ירושה לאו כלום הוא כ"ש שפירש ואמר בתורת ירושה ולא תימ' מאחר שמתנת היורשים לא חלה הויא לה שייור לאשה ומגו דנחת' להך שייורא נחית לכולהו נכסי

שהרי כ' הרא"ש בתשובה שבכלל מ"א שאעפ"י ששייר אמרינן תקרע כתובתה והוכיח מדאמרינן בפרק מי שמת חמשה עד שיכתבו כל נכסיהם וקחשיב כותב כל נכסיו לבניו ולא חשיב כותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליה ש"ח שכל שפירש השיור אפילו פירש הרבה מחלה כתובתה. וגם אין לומר כיון דשייר לא היה צריך לפרש זולת כתובתה דהא ליכא למיחש תו לעשאה אפטרופא כיון דאיכ' שייור שהרי הוא היה סבור שמתנתו שהוא נותן ומעשיו קיימים דפשיט' דאם היה יודע שלא היתה מתקיימת לא היה נותן דאין אדם מוציא דבריו לבטלה והוצרך לפרש זולת כתובתה שלא נאמר דלא עשאה אלא אפטרופ' והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכ

שאלה ראובן שמעון לוי היו שותפים במוקטעה של החמרי והוצרכו לכל כך מעות לפרוע למלך יר"ה ולוו אותם מיהודה וכתבו לו שטר אחד ודין נוסחיה בהיות שלעבר הוצרכו השלשה חברי נאמני החמרי ראובן שמעון לוי לסך מעות ולא נמצא אצלם מעות לצאת ידי חובת המלכות אשר היו מציקים אותם וחלו פני יהודה להלוו' להם הסך ההוא ויהודה להפיק רצונ' הלוה להם כל אותו הסך ועדיין לא יצאו ידי חובתם עד שעמדו לחשבון בפני יששכר וזבולון ואחר טהרת חשבונותיהם בפני הנז' נשארו חייבים לו שלש מאות ושלשים ותשעה אלפים לבנים שלוו וקבלו ממנו הלואת חן קרז"י חס"ן ביש"יר ביש"יר ובאו לידם ובחזקתם בשלימות ובכן היום בפנינו עדים חתומי מטה הודו השלשה חברים הנז' מדעתם ורצונם בלי זכר שום אונס כלל שלשתם יחד איך דבר אמת ויציב הוא שהם חייבים ליהודה הנז' הסך ההוא ונתחייבו לפרעם לו או לבאי כחו או למוציא שטר חוב זה בעדו ובשמו אפילו בלי הרשאה בזה האופן לעשרה ימים לחדש ניסן הב"ר יתנו לו עשרה אלפים לבנים ומראש חדש אייר הב"ר והלאה יתחילו לפרוע לו אל"א ר"אטה מידי חדש בחדשו החלק המגיע לשמנים אלפים לבנים לשנה וכן יעשו על הסדר בל יחסר ובל יעבור עד כלות הסך ההוא הנז' בשלמות ומעתה נתנו כח ורשות החברים החייבי' הנז' לויקי"ל שלהם בנימין שיתן ויפרע ליהודה בעל החוב הנז' החוב הנז' לזמן הנז' ואם יעברו מכל הנז' הרשות נתונה ליהודה בעל החוב הנז' לגבות חובו מכל מקום אשר ימצא דמי מכס החמרי בלי שימחו בידו והתנ' ביניהם שאם חס ושלום יקומו החברים מהמוקטעה הנז' אז יתפרע חובו יהודה הנז כפי הקוראמ"ה אשר יעשה עליהם מהחובות אשר הם חייבים לסבת המוקטעה ועל אותו הדרך יתפרע חובו יהודה הנז' אך אם באולי שום אחד מהחברי' הנז' ישאר במוקטעה בין בחברה אחרת בין הוא לבדו אותו החבר אשר ישאר יהיה חייב להשלים ליהודה כל אותו הסך שיהיו חייבים

בעת ההיא הכל בנאמנות ובקנין גמור שנטלו ושנשבעו וכו' דלא כאסמכתא וכו' והשטר מקויים בחתימת ידי החברים ובעדים נאמנים קיימים וכו' עתה נפטר יהודה בעל החוב ובאו יתמי יהודה ותבעו מראובן לבדו אחד מהחברים החלק המגיע לו מהחוב הנז' בשטר וטען ראובן שכבר יצא הוא מהמוקטעה ונשארו חביריו שיתפרע מהם לבדם כפי הכתוב בשטר שאשר ישאר במוקטעה יחוייב להשלים והטוען בעד היתומים טוען ואומר אמת שאתם עשיתם זה התנאי ביניכם אבל המלוה לא פטר שום אחד מכם שאם יפרעו השנים הרי טוב ואם לאו יקח חלקו מכל אחד מכם. ילמדנו רבינו איזה דרך ישכון אור ושכרו כפול ומכופל מן השמים אמן.

תשובה היתה עלי מצות הדיינים נכבדי ארץ ונסיכי אדם לראות בשטר זה שיצא לפני בית דינם הצדק וטענו בפניהם הטענות הכתובות למעלה ואני אין מדרכי להשיב בדברים שבממון כשלא אהיה נשאל משתי הכתות כמו ששנינו והוי זהיר בדבריך וכו' זולתי ליושבים על המשפט ויהיו דברי אלה לפני מעלת חכמתם והם יבחרו ולא אני כי להם המשפט. ונראה לעניות דעתי שיש בלשון הזה להתפרש שלא נתחייב שלשה שותפים הללו באותה החיוב אלא כשיד כלם שוה במוקטעה שהרי ביארו בשט' שמה שלוו לצורך המוקטעה לוו ופרשו שממנה יתפרע המלוה על יד פקידם הויקי"ל על המוקטעה מידי חדש בחדשו למשך ארבעה שנים ואם לא יתנו לו הקצבה הנז' בכל חדש נתנו לו רשות שיגבה חובו מכל מקום אשר ימצא דמי מכס החמרי ולכן בהסתלק מקצתן מן המכס ונשאר אחד מהם החיוב הנז' חל עליו לבדו כי הוא השליט במכס החמרי שעל מנת כן נכנס. ואע"פ שלא נתפרש בשטר שהאחרים פטורים בביאור אלא שכתוב בלשון הזה אך אם באולי אחד מהחברים הנז' ישאר במוקטעה אותו החבר אשר ישאר יהיה חייב להשלים כל אותו הסך שיהיו חייבים לו בעת ההיא הואיל ובתוך חיובם שכתוב שנתחייבו לפרוע בזה האופן וכו' והתנו ביניהם וכו' אך אם ישאר וכו' אכתי לא אסקא למילתא דחיוב עד לבסוף וכל שלא פירש שאם לא יפרע אותו שנשאר שיחזור עליהם אני אומר שלא נתחייבו שלשתן אלא כ"ז שיד שלשתן שוה אבל אם ישאר א' ויסתלקו מקצתן על הנשאר חל חיובו שכלם נעשו שלוחים למי שישאר במוקטעה לזה כתבו השטר אותו שישאר יהיה חייב להשלים משלו ולא מכח ערבות שאינו יכול אחר כך לחזור ולתבוע מחבירו דאשתרושי אשתרוש ליה בחוב המלכות שיעור אותם המעות לכך הוא חייב בהם בין בדיננו בין בדיניהם ומכלל שאמרו שהוא יהיה חייב אתה שומע פיטור כאותה ששנינו בפ' הפר' בור של ב' שותפים עבר עליו הראשון ולא כסהו השני ולא כסהו השני חייב ומפר' בגמר' וראשון מאימת מיפטר חד אמר משהניחו משתמש

וחד אמר משמסר לו דליו ולא הוצרכה משנתינו לפרש פטורו של ראשון כלל אלא מכלל שנאמר השני חייב למדנו שהראשון פטור דהכי קאמר השני הוא החייב והרי"ף ז"ל גריס הראשון חייב וכתב הרא"ש אין חילוק בין שתי נסחאות הללו אלא דלפרש"י השני חייב משהניחו משתמ' הא לאו הכי שניהם חייבים ולגרסת רב אלפס ז"ל הכי פי' אף הראשון נמי חייב הרי שהלשון מסופק שיש לפרשו להוסיף חיוב ולא למעט ויש לפרשו למעט חיוב האח' דהכי קאמר השני הוא החייב. וכן בסוף פרק הכונס שנינו גמל שהיה טעון פשתן ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקו בנרו של חנוני והדליק את הבירה בעל גמל חייב הניח חנוונו נרו מבחוץ חנוני חייב ולא הוצרך לפרש ובעל גמל פטור אע"פ שהוא היה אחרון ועל ידו נגמר ההזק דומיא דהא דאמרי' האחד הביא את האור וא' הביא את העצים המביא את העצים חייב אחד הבי' את העצים ואחד הביא את האור המבי' את האור חייב. והא דתנן גבי שבת בס"פ האורג ישב הא' על הפתח ומלאהו ובא שני וישב בצדו אע"פ שעמד הראשון והלך לו הראשון חייב והשני פטור התם הוצרך הדבר לאומרו דראשון חייב אע"פ שעמד קודם שיבא השני דלא אהנו מעשיו והשני פטור אע"פ שנתעכב אחר עמידתו של ראשון אף כאן כיון שהלשון מסופק דמשמע הכי ומשמע הכי המוצי' מחבירו עליו הראיה ושמא תאמ' לא כי אלא הואיל ונתחייבו לגמרי בתחלת השטר לא נפטרו על הסתם אם לא שפיר' פיטור' שאין ספק פיטו' מוציא מידי ודאי חיוב הא לית' שעדיין לא נגמ' חיוב אלא בדברים שהתנו ביניה' כמו שכתו' ונתחייבו לפרעה בזה האופ' וכו' והתנו ביניה' וכו' אך אם ישאר וכו' נמצא תנאי זה מפרש החיוב הראשון שלא נתחייבו אלא בהיו' יד שלשתם שוה אבל בהסתלק מקצת החוב חל על הנשאר במוקטעה וכל ספק שבשטר עצמו אנו דנין לבעל השט' על התחתונה אף על פי שקדם החיוב תחילה בפירוש חדא דהכל הולך אחר הקנין שאע"פ שהודו שקבלו אם לא קנו מידם לאו הודאה היא והקנין כתוב אחר תנאי זה ויכולים לומר שלא שעבדו עצמן ולא נתחייבו אלא על דעת כן ועוד אפילו היה הקנין כתוב למעלה בראשו של שטר מעדותו של רבי חנינא סגן הכהנים למדנו שאין קיום הדבר אלא בחותמיו כאותה ששנינו אף הוא העיד על כפר קטן שהיה בצד ירושלם והיה שם זקן אחד והיה מלוה לכל בני הכפר ואחרים חותמים ובא מעשה לפני חכמים והתירו ולפי דרכך אתה למד שהאשה כותבת את גיטה והאיש כותב את שוברו שאין קיום הגט אלא בחותמיו אלמ' עדיו בחותמיו זכין לו ולא נגמר החיוב עד לבסוף וכל שכתוב שם לשון שאפשר לומר שלא נתחייב על דעת כן אין לנו להוציא ממון ממנו ותדע שהרי אמרו כתוב למעלה מנה ולמטה מאתים למעלה מאתים ולמטה מנה הכל הולך אחר התחתון מי לא עסקי' שכתוב למעל' שנטל

וקבל מאתים זוז ואעפ"כ כשחזר מענינו של שטר ואמר ונתחייב לפרוע לו המנה לזמן פלוני אנו אומרים שוב חזר בו ולא קבל מאתים וכתבו המפרשים ז"ל שאע"פ שאמרו אין למדין משיטה אחרונ' זהו כשכתוב למעלה מנה ולמטה מאתים בשיטה אחרונה אבל אי הוה איפכא שכתוב למעלה מאתים ולמטה מנה בשיטה אחרונה למדין ממנה כיון שבא להוציא מידו או מיד יורשיו. ועוד כתוב בהגהת אשיר"י שאם נמחק סכום של מטה כל השטר פסול דאיכא למיחש שמא לא היה כתוב בו אלא דינר אחד אלמא אנו חוששין לכתב התחתון אעפ"י שהוא ספק ולא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי שאין החיוב נגמר אלא לבסוף. ועוד ראיה דכל שהוא בשטר אחד אין אומרים משנתחייב תו לא פקע מהא דאמרי' בסוף פרק יש נוחלין שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני ושלש מאות לפלוני וארבע מאות לפלוני אין אומרים כל הקודם בשטר זכה לפיכך יצא עליהם שטר חוב גובה מכולם ונהי דלדברי הרא"ש ז"ל אם היה נותן לכולם בשוה כיון שהיה יכול לכוללן ולומ' תנו לכל אחד מאילו מאתים זוז ופרט כל אחד בפני עצמו גלי דעתיה שרצונו שיזכה הראשון תחילה אבל כל שאין הכרע אין מקדימת השטר ראיה וגם כי זה לדברי הרא"ש וקצת מפרשים ז"ל אבל הרב המגיד ז"ל כתב בפ"י מהלכות זכיה שהסכימו המפרשים ז"ל שאין חלוק זה מחוור אלא בכל ענין כיון שלא אמר ואחריו כלם שוים כמו שכתוב בחשן משפט סימן קי"א וסימן רנ"ג.

ועוד אני אומר שאפילו אם היה השטר חוב בלי שום תנאי והיה ביד הלווים תנאי זה שכתוב שאם יקומו מהמוקטעה יפרעו כפי הקוראמ"ה אך אם ישאר אחד מהם במוקטעה אותו החבר יהיה חייב להשלים כל אותו הסך שיהיו חייבים בעת ההיא הואיל ואפשר לפרש שהוא לבדו יהיה חייב ולא האחרים יד בעל השטר על התחתונה ולא אמרי' אין ספק פיטור מוציא מידי ודאי חיוב תדע מדאמרינן בגט פשוט גבי שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת נמצא לאחד ששטרו של יוסף בן שמעון פרוע שטרות שניהם פרועים וכתב רשב"ם ז"ל שאם יכתבו הרשאה זה לזה יגבה אחד מהם שהרי הוא מודה שלא פרע אלא לאחד אבל אם יטעון פרעתי לשניכם וצויתי לכתוב שובר אחד שיספיק לו להראות לכלכם טענתיה טענה ולא יועיל שיבא מכח הרשאה וכן הסכימו שאר מפרשים ז"ל כמו שהובא בטור ח"מ סימן מ"ט ועוד מצאתי לרב בעל התרומות בשער נ"ג עלה דההיא דשטר בין שטרותי פרוע והיה לאחד שם שנים הגדול פרוע והקטן אינו פרוע שאם אמר לו לחבירו חוב לך בידי פרוע כל שטרו' כלם פרועים בין קטן בין גדול דחוב שם הכלל הוא שכולל כל חוב שיש לו עליו וכן יכול להיות כמו כן שרוצה לומר חוב אחד הילכך משמע הכי ומשמע הכי יד בעל השטר על התחתונה עד כאן

לשונו ועוד האריך. עוד כתב שם שובר שנכתב בסך סתום כגון שכתוב בו דינרים סתם או שאין בו זמן ולא נכתב סכום ממון מי מהם יקרא מוציא בעל השטר או בעל השובר והעלה בדין זה שהשובר מבטל השטר חוב והביא כמה ראיות לומר שכל שובר מסופק מרע לשטר ודאי מפני שהשטר בא להוציא מבעליו ועליו להביא ראיה וכתב שהרצה דברים לפני הרמב"ן ז"ל והסכים גם הוא בדבר.

ואין להבי' כאן מחלוקתן של ראשונים נוחי נפש כשהמחהו חבירו במעמד שלשתן על מי שחייב לו או הפקיד אצלו אם יכול לחזור על הראשון אם לא נתן לו הנפקד שאפילו לדברי האומרים שלא נפטר הראשון מחייובו היינו מן הטעם שביאר הרא"ש ז"ל בתשובה שאם שתק יכול לומ' לו לראובן לטובתך עשיתי שנתרצה לקבל המנה שאתה חייב לי אבל לא פטרתיך והתם כבר היה ראובן חייב ולא נפטר בשתיקתו כיון שלא פטרו בפירוש אבל כאן אני אומר שלא נתחייבו מעיקרא הלווים אלא על דעת כן שמי שישאר במוקטעה יהיה הוא החייב ולמה היה צריך לפטרו בפירו' אם לא נתחייב מעיקר".

ועוד נראה שאין הלשון מסופק אלא מוכיח מתוכו שזה התנאי בא לפטור את שאר החברים שנסתלקו לפי שאי אפשר לפרשו ליפות כחו של מלוה אם ירצה דבלאו הכי היה בחיוב זה דקיימ' לן שנים שלוו אעפ"י שלא כתבו אחראין וערבאין זה לזה וכל שכן כשלוו לצורך השותפות שיש להם דין קבלנות לכולי עלמא כדכתב מהר"י קולון ז"ל בשורש ק"ד וכבר עמדתי על מה שתמה עליו רבינו הרב מהרי"ק ז"ל שדברי מהרי"ק ז"ל מתורצים כמו שביארתי במקום אחר.

ואין להסתפק במה שנסתפק השואל לומר שכוונת התנאי הזה לא היה אלא בינותם להטיל כל החוב על הנשאר במוקטעה ולא שיפטרו אלו מיד המלוה אם לא יתפרע מן הנשאר אלא שאע"פ שיתפרע מכלם יחזרו ויתבעו מן הנשאר שיפרע להם מה שפרעו בשבילו הא ליתא דלפי זה אין תנאי זה מעלה ומוריד לענין המלוה אלא תנאי בין הלווים הוא ומלשון השטר לא משמע כן שכתוב והתנו ביניהם שאם חס ושלום יקומו מהמוקטעה וכו' אך אם ישאר וכו' וכשם שהתנאי שהתנו ביניהם הוא בין הלווים והמלוה כך מה שהתנו אם ישאר הוא תנאי בין הלווים והמלוה דבכל דוכתא אך חלק באותו ענין הוא כדאשכחן בכמה דוכתי ובסוף בתרא מפלגינן בין פלוני ערב לבין ופלוני ערב דשייך ערב בשטרא לגבות מנכסים משועבדים דוא"ו מוסיף על ענין ראשון כ"ש דאך מחלק על ענין ראשון ושייך בשטר' ולא נאמר שהוא תנאי בין הלווים בלבד אלא שבררו בשעת החייוב שאם ישאר אחד מהם במוקטעה אותו שישאר יהיה חייב לפרוע

הואיל ומה שלוו נתנו למלכות בעד המכס והוא נשתייר בו והרי הוא המתהנה מאותה המעות שוב אין צריך לפרש שהשאר פטורים כי לא נתחייבו זה על זה מסתמא אלא כל זמן ששלשתן חייבין מדין שנים שלוו עכשיו שאחד מהם לבדו חייב אין על האחרים דין ערב אלא אם כן נתחייבו בערבות בפירוש.

ועוד יש הוכח' מלישנ' דטופיינה שבשטר שכתוב אך אם באולי אחד מהחברים ישאר במוקטעה וכו' אותו החבר אשר ישאר יהיה חייב להשלים שאין צריך לומר אותו החבר אלא למעט אותו ולא לאחרים. ועוד מוכיח לשון יהיה חייב דמשמע שיהיה החייב אז מה שלא היה קודם לכן שבתחילה היה החייוב על שלשתם ואז יהיה הוא החייב דאם אין בו אלא שיתפרע ממנו תחילה זה כבר היה עליו מקודם והוה ליה למימר חייב. ומנא תימרא דהיכ' דבדידיה מיירי וכתיב אותו למעוטי אחריני אתא דדרשינן בפרק קמא דשבועות ואותה נתן לכם לשאת את עון העדה אותה נושא עון ואין אחר נושא עון ובפרק קמא דיומא דרשי' והוצי' אותה דכתיב גבי פרה אדומה שלא יוציא אחרת עמה כדתנן לא היתה פרה רוצה לצאת וכו' וה"נ דרשינן התם ושחט אותה שלא ישחוט אחרת עמה ובפרק קמא דחולין ממעטין חותך מן הטחול ומן הכליות דאסור באכילה מדכתיב כל בהמה מפרסת פרסה וכו' אותה תאכלו אותה שלמה ולא חסירה וכן בכמה דוכתי. ומנא תימר' דאיכ' הפרש בין חייב ליהיה חייב מדתני' בפרק השולח גט זה לא יועיל לא יתיר וכו' יהא חרס יהא כחרס דבריו קיימים חרס הוא כחרס הוא לא אמר כלום ועוד דרשינן בפרק קמא דזבחים מקוה מים יהיה טהור הוייתו על ידי טהרה משום דקשיא להו דלא הוה ליה למכתב יהיה אלא מקוה מים טהו' דיהיה משמע להבא להכי דרשו שתהא הוייתו על ידי טהרה ועוד אמרו בהגדה יהיו שבע שני רעב לשון תפלה הוא שלא יהיו אלא שבע הכא נמי כיון שהחיוב הוא עכשיו שהם מתחייבים על פי התנאים שמתנים ביניהם לא היה לו לכתוב יהיה חייב אלא אותו שישאר חייב להשלים אלא על כרחך אתה צריך לומר דהכי קאמר אז יהיה הוא החייב ולא האחרים ומנא תימר' דדרשי' לישנא דטופיינה בשטר' מדאמר בפ' המוכר את הבית ומודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך דכיון דלא צריך ואמר לטפויי מילת' קאמר. והיינו דאמרינן בסוף פרק יש נוחלין שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי כראוי לו נוטלו ונוטל את חובו ומפרשי' התם הא מני רבי עקיבא היא דדייק לישנ' יתיר' וכן הלכתא והכי אמרי' נמי בפרק המוכר את הבית גבי כתב לו על מנת שדיוט' העליונה שלי דלא היה צריך לכתוב ואתא לטפויי להוציא זיזין וגזוזטראות. וכן הבי' מהרי"ק בשם הרשב"א ז"ל בשרש י' וי"ב אבל הריב"ש בסוף סימן ר"ו כתב בשם

הרשב"א שאין לנו לומר לישנא יתירא לטפויי אתא אלא מה שכתוב בגמ' לבד שהרי אמר כתב ליה תאלין ודיקלין לשופרא דשטר' התם ודאי לאפוקי ממונא לא מפקינן משום לישנ' יתירא דדילמ' לשופר' כתביה אבל להחזיק ממון אמרינן דהך לישנ' יתיר' ללמד על פיטור החייוב אתא ולא מפקינן ממונ' מאחר שיש לדרוש הלשון לפיטור ובישוב שתי התשובות שלא יהיו דבריהם סותרים זה את זה כתבתי במקום אחר ואין לי פנאי להאריך כאן מכל הני טעמים שכתבתי למעלה נלע"ד ברור שאין כח ב"ד יפה להוציי ממון על פי השטר הזה ומה שנראה לי בעניותי כתבתי נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכא

תשובת ממהרר"א מונסון נר"ו על הדבר.

תשובה אפריין נמטייה לסופר שלא הניח מקום לבעל דין לחלוק ולהתעקש שכתב למעלה ששלשתם לוו וקבלו וקיימו דאע"ג דקיי"ל אחד מהשותפים שלוה לצורך השותפות נתחייבו כלם אחר שיתברר בעדים או יודו וכו' מכל מקום לא רצה להכניס עצמו בזה אלא כתב שלשתם לוו וקבלו ובאו לרשות וחזקת' של שלשתם יחד והחוט המשול' הזה אחר קבלתם הממון במעמד שלשתם עומד ליפטר יהודה את השנים שנתחייב האחד שנשאר במוקטעה לפרוע הכל כי הסופר עדיין עמד טוב טעמו בו לא במהרה ינתק בדברי רוח שקיימו וקבלו ממון יהודה כלם כאחד כי עמד טוב טעמו ונאמו בו וכתב והתנו ביניהם שאם חס ושלום יקומו החברים מהמוקטעה על אותו הדרך יתפרע יהודה וחזר עוד על המלוה על אותו הדרך יתפרע יהודה וכו' והזכיר יהודה בפרעון לפי שהו' תנאי כולל על נלם גם על המלוה שיתפרע יהודה על זה הדרך ולזה הזכיר לשון פרעון וכתב עוד אך אם באולי ישאר אחד מהחוייבים במוקטעה אותו החבר יחוייב להשלים ליהודה כל אותו הסך שיהיו חייבי' בעת ההיא כלומר שאותו החבר נתחייב לפרוע בערבן קבלן ופרעם על כלם ומאן דכר שמיה דיהודה שפטר את שאר החברים ואדרבה שינה הלשון הנז' למעלה ולא אמר יתפרע יהודה מא' מהם שישאר וכו' אלא כתב אותו החבר יחוייב להשלים ליהודה לא יהא לו פרעון אלא מזה חלילה דאפי' להוצי' מלב שום חשש דברים בעלמ' כתב עוד אותו חבר יחוייב להשלים כל אותו הסך שיהיו חייבים בעת ההי' נראה בהדי' שהחייוב שריר וקיים בכלם עד עת ההי' אלא שאם יתן החבר ההו' כל הסך ליהודה בודאי שיהודה לא יתבע לשאר החברים אבל אם הא' לא יקיים חייובו מי פטרם אטו אם נכנס שום ערב ונתחייב לפרוע מי פטר הב"ח כלל הדברים שהסופר לא הניח מקום פטור לחברים אלא אדרב' הרב' פתחים ומקום

לב"ח לגבות חובו מכלם ומוסכם הוא מה שכתב הרשב"א ז"ל דדרשינן לשון הדיוט וכל לישנ' יתירא לטפויי אתא דמדקדקין לשון השטר כמו שהוב' בטור סימן ס"ב מעתה אע"ג דקיימ' לן יד בעל השטר על התחתונה וכתב מהר"י קולון ז"ל דאע"פ שמשמעות בעל השטר יותר קרוב מכל מקום לסייוע בעל השטר בנדון דידן אין שום משמעות אפי' בדרך רחוקה לפטור החברים כל שכן שיש שבועה בנדון דידן לשלשתם לשלם ליהודה ומי יערב את לבו להתיר שבועת השותפים לפרוע הממון ליהודה שקבלו ממנו ולאבד ממון יתומים בהררים התלויים ברוח סערה ממאי דקיימ' לן הילכת' כדברי המחמיר בשבועה אפי' אם היה מקום להסתפק וחזר הדין דיד בעל השטר על העליונה והשטר שריר וקיים והשי"ת ידריכנו בדרך אמת הצעיר אברהם מונסון.

סימן קכב

אל החכם השלם אלוף התורה כמה"ר אברהם מונסון נר"ו על הענין האמור למעלה. שאלה שר צבא ה' עתה באתי כמצותו לדון לפני כבוד חכמתו הרמה ורחבה מני ים ראשונה יפה מר כח בעל השטר מחמת שתי משמעות שבו דדרשינן לישנ' דטופיינה בשטר' חדא משינוי לשון השטר שבכל החלוקות שבו כתוב לשון פרעון המלוה שכתוב על אותו הדרך יתפרע יהודה אבל בתנאי זה כתוב אם ישאר א' מה' במוקטעה אותו שנשאר יהיה חייב להשלים ולא כתב מאותו שנשאר יתפרע יהודה אלמא לעולם לא פטר יהודה שאר החברים אלא שאותו החבר יחויב להשלים ולפי זה כוונת הלשון הוא תנאי בין הלווים בינם לבין עצמן שמי שישאר יפרע ויתחייב לפצות את המלוה מעל כלן ואינו תנאי בין המלוה והלווים. ומטיבותיה דמר לכי דייק מר בלשון השטר והמשכן משכח שתנאי זה בין המלוה והלווים הוא שלשון אך הוא קשור לתנאי שלמעלה שכתוב והתנו ביניהם שאם חס ושלום יקומו החברים מהמוקטעה וכו' אך אם באולי שום א' מהחברים ישאר וכו' ועל כרחינו תנאי ראשון בין המלוה והלווים הוא ואחריו נמשך אך אם באולי שהוא תשלום התנאי הראשון שהתנו בשעת החיוב המלוה והלווים. והבאתי ראיה על זה בקונטרי' מדמפלגי' בשלהי בתרא בין היכא דכתוב בשטר פלוני ערב להיכא דכתי' ופלוני ערב דהואו מוסיף על ענין ראשון לומר דשייך ערב בשטרא לגבות מנכסים משועבדים ולא אמרינן ופלוני ערב מילתא באנפי נפשיה היא שיצא ערב אבל לא שעבד נכסים מפני הואו שמושכת למעלה כל שכן לשון אך שחוזר על תנאי של מעלה דבכל דוכתא דרשינן אך לחלק או למעט דודאי בא למעט מעניינו של שטר שלא היה חיובם אלא כשיד שלשתם שוה אבל בהסתלק מקצתן נתרוקן החייוב על מי שישאר במוקטעה. ואי משום דיוקא דדייק מר שלא כתב מאותו שנשאר יתפרע יהודה

אדרבה לפי משמעות זה ניחא טפי שאם היה כתוב מאותו שנשאר יתפרע יהודה כל מה שיהיו הם חייבים לא היה ממעט את האחרים מעיקר החיוב אלא מתורת הפרעון לומר שיתפרע מזה תחילה ולא מאחרים שנסתלקו אע"פ שחיובם במקומו עומד היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אבל עכשיו שכתוב אותו שישאר יהיה חייב ממעט את האחרים שאינה בכלל חיוב בהסתלקם מן המוקטעה וכיון שיש במשמעות הלשון להתפרש כך יד המוציא על התחתונה וכבר הוכחתי בקונט' מכמה ראיות שלשון מסופק שבשטר מוציא מידי ודאי חיוב.

עוד בא בספרך האדון הנקרא ספר באמתה של תורה שלהוציא מלב שום חשש או דברים בעלמא דקדק הסופר וכת' אותו החבר יהיה חייב להשלים כל הסך שיהיו חייבים בעת ההיא שנרא' בהדי' שהחיוב שריר וקיים בכלם עד העת ההיא ומשמע ליה למר מדקרי להו חייבים דמשמע שלא פקע חיובם כ"ז שאחר לא יפרע.

וברם גדולה מזו אמרו בפרק השולח אהא דתניא האומר כל נכסי נתונים לפ' ופלו' עבדי אף עצמן לא קנו ומותבי' עלה מאיד' דתניא הכותב כל נכסיו לשני עבדיו קנו ומשחררין זה את זה ומשני רב אשי שאני התם דקרי להו עבדי פ' דמשמע דלא שחררינהו לדידהו אלא טועה הוא שסבור שיכול לתת לעבדיו שאר נכסים בלא שחרור ואמר ליה רפרם לרב אשי ודילמא עבדי שהיו כבר מי לא תנן עד שיאמר הרי כל נכסי נתונים לאיש פלוני עבדי חוץ מאחד מרבוא שבהם והא עבד קרי ליה אלא עבדי שהיה כבר הכא נמי עבדי שהיה כבר ואתותב רב אשי ה"נ ה"ק כל הסך שחייבים כבר אבל עכשיו נתרוקנה חיוב מהם וחלה על זה הנשאר במוקטעה ואני בעניי רגיל להקשות מזאת דגיטין על אותה דמגילה ששנינו בפ' בני העיר בית הכנס' שחרב אין מספידין בתוכו וכו' שנאמר והשימותי את מקדשכם קדושתן אף כשהן שוממין ודילמא מקדשכם שהיו כבר. והנכון אצלי דודאי אי כתיב והחרבתי את מקדשכם יש לפרש מקדשכם שהיו כבר בשעת החרבן כדאמרי' התם עבדי שהיה כבר בשעת השחרור אבל לשון שממה אינו נופל אלא לאחר חרבן שנים רבות אשר אינה נבנית וכן הוא אומר על הר ציון ששמם שועלים הלכו בו וכתיב תחת אשר היתה שממ' לעיני כל עובר ואלו נחרב וחזר ונבנ' תכף אע"פ שנופל בו לשון חרבן שנחרב אינו נופ' לשו' שממה לומר ששמ' והכ' דכתיב והשימותי דהיינו לאחר החרבן וקרי להו מקדשכ' אלמא קדושתן אף כשהן שוממין אע"פ שכבר חרבו והא דמייתי בהנחנקין לענין נגעי בתים שאינן מטמאין עד שיראה כשני גריסין על שתי אבנים ודריש לה רש"י ז"ל מדכתיב את האבנים אשר בהם הנגע שם בסנהדרין פרשתי ואין לי כאן מקום להאריך. ובר מן דין הכא הלשון מתוקן יפה שכתוב כל הסך

שיהיו חייבים לו בעת ההיא דהיינו שעת סילוקן שבאותה שעה חייבים היו ונפטרו ובעת ההיא קודם סילוקן משמע ולא אחר סילוקן כדאמרינן בעלמא בקידושין מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן. ובגיטין מי שאמר בשע' מיתתו פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח וכו' והיינו שעה שקודם מיתה וכן ההיא דאמרינן בשלהי בתרא הלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין לאחר מתן מעות בעי קנין אלמא בשעת מתן מעות היינו קודם מתן מעות וכן בכמה דוכתי הכא נמי בעת ההיא קוד' הסילו' קאמר שעדיין היה חיוב' קיים ובהסתלקם נסתלק השעבוד מעליהם וחל הכל על המשתייר שם.

שוב הוסיף שנית יד ימינו נאדרי בכח בדברו' האחרונות לתמוך יד בעל השטר משני טעמים אחרים חדא דכל שכתוב בשטר ודלא כטופסי דשטרי יד בעל השטר על העליונה לפי שראה מה שהובא בטור ח"מ סי' קי"ג שכתב הרמב"ן בשם רב סעדיא גאון ז"ל שלפי שטופסי השטרות ונסחת' נכתבין בלשון שבעל השטר על התחתונה. (ובענין יד בעל השטר על התחתונה עיין בהרמב"ם בפ' כ"ז מה' מלו' בסופו ועיין בפר' הזורק מחצה על מחצה יחלוקו בחידושי הרשב"א ז"ל) לפיכך כותבין ליפות כחו שלא יהא טופס זה כשאר טופסים אלא כל לשון מסופק תהיה ידו על העליונה וטעם זה חיבת הקדש מכשירתו לעשותו כדאי להוציא ממון ולחדש עלינו הלכה שיהא יד מוציא על העליונה. אבל בעניותי איני רואה סמך בזה להוציא ממון חדא שהרמב"ן ז"ל שהביא דברי הגאון ז"ל עצמו השיב בתשובה לרב בעל ספר התרומות וז"ל וטופסי דשטרי הוא ושטר העשוי להעתיק ממנו שטרות דלא נכתב לגבות בו ואין בו ממש הודיענו שזה נכתב להשתעבד ממש ע"כ. ובתחילת תשובה זו נשא ונתן על דברי הגאון במה שפירש בענין דלא כאסמכת' והעמיד דברי הגאון ז"ל משמע דבלשון זה דודלא כטופסי דשטרי לא נראו לו דברי הגאון ז"ל כמו שכתב בשער מ"ג וכן פירש רשב"ם ז"ל שם בהלכה וכך הם דברי הטו' סימן קי"ג ומהר"י ן' לב ז"ל בח"א תשובה ק"ה הביא משם הריטב"א ז"ל פירו' אחר קרוב לפירוש הרמב"ן ואמר שנראה מדברי הרא"ש דלא קים ליה כפירוש של הגאון והרב מהר"ש בר צמח ז"ל בפי' הכתובה פירש כפשוטו שלא תאמר כל אלו הדר' לא נכתבו מדעתם בפי' אלא הסופ' היה מעתי' משטרו' שלפניו וכות' וכיוצ' בו הבי' משם רבי' יונה. (ובשם רבינו יונה כתבו הא דכת' דלא כטופסי דשטרי לפי שהורגלו כותבי שטרות לכתו' אע"פ שלא אמר לו הלוה שיש לו קרקע לשעב' עליו כותבי' שאין כטופסי' אלא שהוא העיד על עצמו או מהם מכירין בו שיש לו עכ"ל) ומעת' כיון שיש לפרשו כפשוטו כמו שאמר רשב"ם והרמב"ן ורבינו יונה והריטב"א ז"ל הבא לפרש ולהוצי' בדברי הגאון עליו להבי' ראיה. ועוד אפילו אם נודה שמניח הלשון כיון

דלפירושו של הגאון לא מפני זה נאמר שכל שטר שיצ' כתוב בו בלשון הזה שיהי' יד בעליו על העליונה ואף הגאון ז"ל יודה שאם לא התנו לו בפירוש דב' זה היאך ישתעבד זה במה שלא נתחיי' שהרי לענין נאמנות כתב הרב בעל התרומות ז"ל שצריך שיתנה בפירוש שאף על פי שנכתב בשטר נאמנות נאמנים עדים לומ' על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו דאשאר מילי דבשטר' קמסהדי לבד כמו שהבי' בטור ח"מ סימן ע"א ואף לדברי הרא"ש ז"ל שהבי' בטור סי' ס"א שכל דבר שנהגו במדינ' לכתוב הן נאמנות הן כתבוה בשוק' הן שאר שופרי דשטרי שכבר נהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתו' שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ואין צריך לפרש שיכתבו בו כל לישני שפירי דאית ביה ע"כ אין דברי' אלו סותרים דברי ס' התרומו' ומ"ש הטור בסי' ע"א דזהו לענין שהסופ' והעדים יכולים לכתוב כל מה שהורגלו לכתוב מאחר שקנו ממנו סתם אבל היכא שהשטר יוצא לפנינו יש לחוש שלא הקנה סתם אלא המלוה הלך והכתיב השטר לעצמו כאותה ששנינו בעדיות בזקן שהיה מלוה לכל בני העיר וכותב בכתב ידו ואחרים חותמים והוא הדין מצוה לסופר ויכתוב שאין קיום השטר אלא בחותמיו והעדים אמנה קחתמי ונאמני' לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו. ועוד אפי' בשקנו מידו סתם שכת' הרא"ש דמהני זהו לדבר המפור' בכל השטרות דמסתמ' לא היה משתעבד סתם אלא אם כן ראה וידע כל מה שרגילין הסופרים לכתוב בהם ונתרצה אבל דבר זה שאין פירושו נודע אפי' לחכמי' גדולי' אשר לא ידעו ואשר לא ראו דברי רב סעדי' היאך ישתעבד על הסתם במה שאמר לסופר שיכתוב שטר כמנהג. וראיה מהא דאמרינן בס"פ יש נוחלין גבי קנינא מיניה ואקנייה או אקנייה וקנינן מיניה דפרכינן מי איכ' מידי דאנן לא ידעינן וספרי דדייני ידעי שיילוה לספרי דאביי וידעי לספרי דרב' וידעי אלמ' במילת' דבריר' לן דספרי לא ידעי וכ"ש שאר אינשי לא סמכינן אהאי לישנ' דשטר' ובה' אפי' מר נמי טעי בה שהרי בפסקו הראשון לאו בתורת הכי אתי מר עלה שכתב שיד בעל השטר על התחתונ' אפי' במשמעות רחוק והיאך נאמר דמסתמ' נשתעבד הלוה שיהיה ידו על התחתונה ותו כיון דאיכ' לפרושי האי לישנ' כדפרשה רשב"ם והרמב"ן אפי' תימ' דרוב' דאינשי לא מפרשי' אלא כדברי הגאון יכול המוחזק לומר קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט כאותה שאמרו בריש פרק המניח היכ' דרוב' דאינשי קרו לכד' כדא ולחביתה חביתה ואיכ' נמי דקרו לחביתה כדא מהו דתימ' זיל בתר רוב' קמ"ל ועוד כתבו בתוספות דאפי' לרב דאמר בפ' המוכר פירו' הולכי' בממון אח' הרוב גבי המוכר שור לחבירו ונמצ' נגחן שיכול המוחזק לומר למוצי' אע"פ שהרו' מסייע' לא תוצי' ממני דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוט וא"ל אי קי"ל כדברי הגאון אין להבי' ראי' משכנגדו ועל הסתם אמרי'

דידעי אינשי הפי' העול' כהלכה הא ודאי לא מסתבר לומר כן דאמרי' בעלמ' לאו כ"ע דינ' גמירי כ"ש היכ' דיש מחלוקת דאיפשר דטעי באיד' פירוש' דומי' דההי' דאמרי' בס"פ השולח גבי המוכ' שדהו בשנת היובל עצמ' דאמר שמואל אינ' מכורה כל עיקר ומסקי' דאינה מכור' ומעו' חוזרין ואע"ג דשמואל גופיה אית ליה במקדש את אחותו המעות מתנ' כת' התוס' דלא שייך התם למימר אדם יודע דהא רב אמר מכורה ויוצאה ע"כ אלמ' אע"ג דלשמואל אינה מכור' כל עיקר מק"ו ומה מכורה כבר יוצאה שאינו מכורה אינו דין שלא תמכר מ"מ הכריעו התוספות דלא שייך לומר אדם יודע שאין מכר ביובל דהא רב טעי בה ואמר מכור' ויוצאה הכא נמי אפי' לפירושו של גאון לא שייך לומר דידע וגמר ונתחיי' כיון שאיפש' הלשון להתפר' בענין אחר כדברי הרמב"ן ואולי אין דברי הגאון אמורי' אלא באותו זמן שנתחדש לכתוב כן שהיו הסופרי' מתכוונים בדבר זה והיו אומרי' ללוה רצונך שאכתוב בו שיה' יד בעל השטר על העליונה ומתרצה אבל בימי האחרוני' האלו שהכל נשכח ונעשה הכל טופסי דשטרי ודאי דלא עבדינן בה עובד' כל שלא ידענו שהתנ' כן בפי' כמו שכתב הרב בעל התרומות והרב ברצלוני בענין הנאמנות אף כאן עכשיו שכותבים הכל לשון זה המורגל אין ממנו ראיה והתוס' בפ' חזקת גבי מתנתה טמירת' דסתמא נמי לא מהני כתבו דהשתא דנהיגי בכל השטרו' למכתב הכי סתמא דעתו כמו שנוהגי' לכתו' ובימי האמוראי' לא היו נוהגי' לכתו' כך השתא נמי כיון דלשון זה מורגל ולא נכתב בכוונ' אלא נעשה כטופסי דשטרי ממש.

ויתר על כן נראה לי שאפילו אם היה מתנה הלוה בפירוש שכל דבר שיפול ספק בשטר שיהיה יד המלוה על העליונה אם נפל ספק בענין חיובו או בתנאי שגורם לו חיוב או פטור מה יועיל התנאי לחייב דמי קא ידע הספק דמשעבד נפשיה אילו היה נודע מקום הספק היו מבררים אותו וכל דלא ידע לא גמר ומשעבד נפשיה וראיה מדקי"ל בפרק הזהב כרב דאמר האומר לחבירו על מנת שאין לך עלי הונאה יש לו עליו הונאה ופרכינן עליה דרב מר' יהודה דאמר על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה תנאו קיים דכל דבר שבממון לא הוי מתנה על מה שכתו' בתור' ומשנינן ע"כ לא קאמר ר' יהודה התם אלא דידעה וקמחלה אבל הכא מי קידע דמחיל הילכך אע"ג דהתנה בפירוש לא מהני שהוא סבור שלא היה בו הונאה הכא נמי אפילו התנה בהדיא מי קידע שימחול בלשון השטר שישתעבד לומר שיהיה בעל השטר על העליונה ואפילו קנו מיניה הא אמרי' בעלמא קנין בטעות לאו כלום הוא ודברי הגאון גם הם קשי' להולמן שאם דעתו לומר שבכל ספק שיהיה נדון יד בעל השטר על העליונה מה ענין טופסי השטרות ונסחתן כאן והיה לו לומר שכותבים כן לאפוקי הא דקיימ' לן יד בעל השטר על התחתונה ועוד

זה שאמר שטופסי השטרות ונוסחתן נכתבין בלשון שבעלי השטר על התחתונה הרי אנו רואין בטופסי השטרו' שחבר רב האי גאון וזולתו מן הגאונים ז"ל שקדמוהו שזכרם הוא ז"ל והם מסודרים ומתוקנין בכל לשון של זכות ויפוי כח ובהרחבת לשון ובבירור הדברים והיכי פסקא הגאון למילתא שנוסחת השטרות נכתבין בלשון שיד בעל השטר על התחתונה ותו אטו בכונה היו כותבין בלשון מסופק לגרוע כח בעל השטר שלא כדין ולמה לא יפרשו כל מה שיכולים לפרש ויבררו כל מה שאיפשר לבררו ואשר לא יפול לב אדם עליו בההיא ודאי יד בעל השטר על התחתונה לכך נ"ל כי מה שכתב הגאון שטופסי השטרות ונוסחתן היינו כאותה ששנינו בפרק כל הגט הכותב טופסי גטין צריך שיניח מקום האיש וכו' שטרי מלוה צריך שיניח מקום המלוה וכו' שטרי מקח וכו' מפני התקנ' ומפ' בגמ' משום תקנת סופרי' שיהי' להם טופ' שטרות מזומנים לעת הצורך ואותם טופסי שטרי מקח או מלוה נכתבין בלשון שיהא בעל השטר על התחתונה לפי שאינן יודעים איזה מוכר או איזה מלוה יזדמן להם שמא יקפיד בדברים ולא יועילו להם אותם הטופסים אם היו נכתבין בלשונות של זכות ויפוי כח לכך כותבין התם בלשון שיד בעל השטר על התחתונה ואם יזדמן שירצו לפרש דבר יכולים להוסיף למטה כל מה שירצו בחיזוקים ויפוי כח ושוב חזרו לכתוב זה הלשון ודלא כטופסי דשטרי לומר שהמוכר הזה או הלוה צוה לכתוב שטר זה בכוונת בכל לשון של זכות ויפוי כח לא כטופסי דשטרי שלא היו יכולי' לפרש בהם כל לשונות של זכות הללו כך נראה משמעות דברי הגאון כדי שיהיו עולין כהוגן וכהלכ' ולעולם אין לשון זה מועיל אלא לנוסחת השטרות השוה לכל אדם שיהיו נדונים בכל לשונו' של זכות ויפוי כח שהורגלו בהם שאר שטרות אבל לכל ספק שיסתפק בעיקר החיוב בכלל או בפרט אשר לא יעלה על לב איש ואין לנו ללמדו ממקום אחר אינו מועיל אותו הלשון ואפי' אם היה מתנה בפירוש לא היה מועיל כמו שהוכחנו וזה שהביא הרב רבינו יצחק בר ששת ז"ל בתשובתו דברי הגאון ז"ל לא שנסתייע מהם לדבר הלכה שהרי כבר יפה כח בעל השטר מצד אחר בטוב טעם ודעת ואחר כך כתב ואצ"ל לדברי רב סעדיה עשאם סניף לדבריו דומה לאותה שאמרו בפרק דו"ה אהא דהשיב רבי עקיבא לרבי אליעזר אם מכוין אמר ליה ברישא והדר אמר ליה המית אע"ג דהמית לא הויא ראיה דאיכא לאותוביה כדכתב רש"י שם משל לצייד ששולה דגים מן הים משכח רברבי שקיל זוטרי שקיל. ובפרק האשה שלום אמרי' דחיישי' לגמלא פרחה כתבו המפרשים דלאו עיקר טעמא הוא זה דהא גבי נפשות דבעינן והצילו העדה לא חיישי' כ"ש כאן אלא הני טעמי סניפין בעלמא נינהו ועיקר טעמא דמילי מסר כ"ב הריטב"א ותבנא לדינא בדין שתפוס בידינו שלעול'

יד בעל השטר על התחתונ' וכמו שראינו כל רבותינו נוחי נפש שכן דנין הלכה ובאין ויתד היא שלא תמוט. עוד עשה לו האדון סמוכות לבעל השטר על דברת שבועות אלקים שיש בשטר ואמר דאפי' תימא דספ' ממונא לקולא ספק שבוע' לחומרא ותו דאפי' הי' מוס' בפי' לא מהני עד דאמ' ליה התקבלתי.

וגברא רבה כיון דסמיך סמיך ואם לדין יש תשובה כי אם באנו לחייבו מחמת שבועתו שתי תשובות בדב' חדא שהרי הוא עומד וצווח שלא נתחייב בהשאר חבירו במוקטעה הרי שאין הדבר אצלו ספק אלא ודאי. ועוד אפילו היה נפטר בטענ' ספ' הואיל ומידי חיוב ממון נפט' גם מידי שבוע מפט' שפי' שאין השבועה אלא לזרז הפרעון ואם פרעון אין כאן שבועה אין כאן וראיה ממה שכתב מהר"י קולין ז"ל בסוף שרש פ"א בפוסק מעות לחתנו ונשבע על כך ושוב אירע קטטה ביניהם והוציאו שם רע על הנערה וכתב הרב ז"ל שאינו מחויב ליתן המעות שפסק שמא יבואו אח"כ להפסידה על השם הרע ההוא וכת' הרב ז"ל דכיון דמן הדין אינו חייב ליתן גם מן השבוע' נפטר שאין השבועה אלא לזרז הפרעו' ואם פרעו' אין כאן שבוע' אין כאן הרי שאע"פ שלא פטרו הרב ז"ל מהממון אלא בטענ' ספק שחוש' שמא יבואו אח"כ להפסידה כתובתה מחשש הקול ההוא נפטר ממילא מהשבוע' והביא שם תשוב' הרשב"א ז"ל על מי שנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פ' והגיע' שמיט' בתוך הזמן שהוא פטור מן השבועה שזה לא נשבע לפרוע אלא כל זמן שהוא חייב לו.

והא דאמר מר שאפי' אם היה מוחל בפי' לא מהני עד דאמר ליה התקבלתי. שותיה דמר לא ידענא דאם זה בא ליפטר מן הממון ע"כ בא מחמת טענה שאותו הלשון שכתוב בשטר שאותו שישאר יהיה חייב הוא פיטור לאחרים והאי לאו מתורת מחילה אתי עלה דמעיקרא תנאי היו דבריהם ולא נתחייבו בהסתלק מקצתן והשבועה שנשבעו אחר כך על תנאי זה חוזר ועל דעת כן נשבעו ואין שייך כאן לא מחילה ולא התקבלתי. ותו לדברי מר שזה כמי שנותן קבלן או פרען שיפרע בעדו אם תמצא לומר שראשון נפטר מן הממון משום דגברא יהיב בחריקיה למה לא יפטר גם מן השבועה שכיון שנכנס האחר בחייובו של זה כמי שהתקבל דמי דמילתא דפשיטא היא אצלי שמי שנתחייב מנה לחבירו לזמן פלוני בשבועה והמחהו אצל לוי כמ"ש להרי"ף ושאר רבוות' שנסתלק המלוה מעל הלוה אצ"ל התקבלתי דהו' ליה כאילו התקבל.

תו אייתי מר הך מילת' דמ"ש דאפליגו בי' רבוות' אם נסתלק המלוה מעל הלוה במה שהמחהו אצל הנפקד וכתב מר דאפילו לדעת הרי"ף והראב"ד ז"ל שנפטר המלוה ממנו מעמד שלשתם שאני משום דשוינהו רבנן כהלכת' בלא טעמא. ובעניותי לא מבעי'

להני רבוותא דסברי התם שנסתלק ממילא מטעם שכתב הראב"ד ז"ל בתשובה שהביא בספר התרומו' שער כ"ח דאין אנו צריכין שיפטרנו המלוה דיכול לומר הלוה גברא יהיבי' בחריקאי שהיה חייב לי ומיד זכית בחובי שהיה לי אצל לוי ואני כבר לקחתי ממך. וטעמא דיהיב מר משום דהלכת' בלא טעמא היא אדרבא זה הטעם פוגמו והיא מן הצווחות שצווח הרא"ש ז"ל כיון דמה שכתב מילתא בלא טעמא היא משום תקנת השוק די שיתקנו שישתעבד בדברים ואפילו בעל כרחך אבל שיעשו תקנה שיפטר ראובן בשתיקה בעלמא אין לתקנה זו סברא וטעם ע"כ. אלא אפילו לדברי האומרים שם במ"ש שאף על פי שהמחהו אצל בעל חוב לא נסתלק חיובו של ראשון אין זה ענין לכאן דהתם כבר היה ראובן חייב בודאי ואינו נפטר מפני ששתק המלוה כשאמר הלוה בפכיו ללוי בעל חובו שיפרע לו כיון שלא פטרו המלוה בפירוש כדכתב הרא"ש בתשובה שבכלל ס"ט אבל כאן שהוא בשעת החיוב שעדיין לא נתחייב אין צריך לפטרו בפירוש אלא כיון דארצי קמיה שפ' יפרענו בהסתלקו מהמוקטעה דיו בכך שהרי זה אומר מתחילה לא נתחייבנו אלא על מנת שמי מכלנו ישאר במוקטעה ישאר החוב עליו ותדע דאיכא בין שתיקה דלאחר חיוב לשתיק' דבשעת חיוב דהא לענין קידושין אמרינן בפר' קמא דקדושין אמר לה כנסי סלע זה בפקדון וחזר ואמ' לה התקדשי לי בו בשעת מתן מעו' ושתק' מקודשת לאחר מתן מעות אמרה אין מקודשת שתקה אינו מקודשת דכל שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא הכא נמי כיון דכל טעמו של הרא"ש הוא לפי שהיאך יפטר מפני ששתק כל שלא פטרו בפירוש הא בשעת חיוב לא בעינן שיפרש דכל דארצי קמיה ושתק סגי.

ואי דמיא הא מילתא למעמד שלשתן לא דמיא אלא להא ראובן שאמר לשמעון תן לי סחורה זו ואעמידך אצל לוי בעל חובי והמחהו אצלו אם תמצא לומר דלא נפטר ראובן בזה אף כאן לא נפטרו המסתלקים ואם תמצא לומר דאין יכול לחזור על ראובן אף כאן אינו יכול לחזור על אותם שנסתלק ובההיא ודאי נראה לי דלדברי הכל שאין שמעון יכול לחזור ולתבוע מראובן דמי הסחורה שיאמר אלמלא לא נתרצית לקבל מלוי לא הייתי מתחייב לך. תדע דאלו אמר לוי לשמעון תן מנה לראובן ואני אתננו לך שאני חייב לו אין לשמעון אצל ראובן כלום אם לא נתן לו לוי כדמוכח בההיא שמעתא בפרק כל הנשבעין דאמר לחנוני תן לבני סאתים חיטים תן לי בסלע מעות הוא אומר נתתי והם אומרים לא נטלנו דאמרי' פועלים נשבעין לבעל הבית במעמד חנוני כי היכי דליכספו מיניה משמע דאי לאו הך טעמא אין לחנוני דין עם הפועלים אף על פי שלא ימצא להפרע מבעל הבית ואין לו עסק שבועה עליהם אלא שהשבוע' היא לבעל הבית במעמדו כי

היכי דלכספו מיניה והיינו טעמא דאמרינן ליה פועלים שלא על אמונתם נתן להם אלא על אמונת ב"ה שאמר לו שיתן. והכי מוכח מדברי הרא"ש בשלהי בתרא שכתב אהא דאמרינן תן לו ואני חייב וכו' וז"ל והאי דינא דערבות וקבלנות היינו כשיתבע הלוה מן המלוה שילונו ונכנס הערב עמו בדברים או בלשון ערבות או בלשון קבלנות אבל אם לא דבר הלוה עם המלוה כלום אלא ראובן שאמ' לשמעון הלוה ללוי ואני פורע אין לשמעון על לוי כלום עד כאן דבריו. ומדיוקא דרישא דמילתיה משמע דוקא שתבע הלוה מן המלוה שילונו ונכנ' הערב עמו בדברי' אבל אם מתחיל' אמ' ליה הלוני ואמחה אותך אצל בעל חובי לא נתחייב הוא כלל. ואי קשיא לך דיוקא דסיפא דקאמר אבל אם לא דבר הלוה עם המלוה כלום דמשמע הא דבר לו לא נפטר יכילנא לשנויי דבכל דוכתא אורחא דתלמודא דמשני רישא דוקא סיפא נעשה והכי קאמר אבל אם לא אמר לו שילונו אלא שימחה אותו אצל לוי נעשה כאילו לא דבר כלום אלא מיהו שינויי דחיקי לא משנינן. ומצאתי להרא"ש ז"ל עצמו שכת' כלל ס"ט סי' ה' וששאלת הלוקח סחורה מחבירו ואמר לו אין לי מעות שאתן לך אבל אעמידך אצל פ' שאני עושה לו מלאכה כשיגיע הזמן יתנם לך במקומי והעמידו אצלו כמו שכתב והעני מי שהיה לו ליתן את המעות ואין לו כלום אם חייב הלוקח ליתן למוכר או לא. תשובה נראה לי שחייב הלוקח ליתן דמים למוכר דבעל המלאכה כיון שלא נתחייב דעדיין לא נעשית המלאכ' לא נתחייב המוכר כלו' ואין לומ' אי בעל המלאכה פטור גם הלוקח פטור שהרי אדעת' דהכי מכר לו שיתן בעל המלאכה מעו' ואין לו על הלוקח כלו' אין לך הונאה גדול' מזו שהיה סבו' שזה יתחייב לו המעו' ולא נתחייב הרי מבואר שהרא"ש ז"ל שהוא סובר שלא נפטר ראובן בהמחאתו אצל ב"ח כאן שעדיין לא היה חייב ראובן כלום בעת שהמחהו יכול הלוקח לומר לא מכרת לי אלא אדעתא שתקח המעות מבעל המלאכה אלא שחייבו הר"אש ז"ל מטע' הונאה שנתאנה שסבור שהיה מתחייב ועוד אלמלא כן היה לו לחייבו מטעם שלא נסתל' לעול' ממנו והיה יכול בעל הסחורה לחזור בו מאחר שהעני כאותו הירושלמי שהביא הר"יף ז"ל בפ' המקבל אי פטרן לוי וכו' העמידוהו בעל העיטור והר"אש ז"ל בשפטרו בפירוש אבל לא פטרו יכול לחזור עליו אלא דהכא כ"ע מודו שאינו יכול לחזור עליו כיון דבשעת החיוב המחהו ואין לו להתחייב אלא מחמת טעות והונאה ומעתה הרווחנו שדברי הרא"ש בהלכותיו לבתרא מדוקדקי' יפה דלא היה יכול לתפוס בסיפא דמילתיה אבל אם אמר בתחלה הלויני ואמחה אותך אצל פלוני אין למלוה עליו כלום דהתם אותו שהמחהו לא היה חייב ללוה כלום ולא חל עליו חיוב של מ"ש וגם לא היה קנין בדבר שיתחייב עצמו ונמצא שנתאנה מלוה וחוזר ולוקח מעותיו כדכתב הר"אש

ז"ל בתשובה לכך אי אפשר למלוה להפטר אלא אם כן לא דבר כלום אבל היכא שאותו שהמחהו חייב לו או שהקנה בקנין כגון בנדון דידן שנתחייבו השותפין זה לזה שהנשאר מהם במוקטעה חייב לפטרם מכל החובות וברורו דבר זה בשעה שלוו מיהודה שאותו שנשאר יתחייב לו וגם נתחייב בקנין הואיל ונתחייב הנשאר יפטרו המסתלקים ולעניות דעתי דברים מתיישבים הם כי יתן האדון את רוחו עליהם נאם הצעיר יוסף בכמה"רר משה מטראני זל"הה.

סימן קכג

שאלה ילמדנו רבינו ראובן שמעון לוי כת אחת יאודה ישששכר זבולון כת אחרת כלם מוכרי בגדים לקחו בגד אחד בחברה בין השתי כתות שוה בשוה מחצה לכל כת ובקשה הכת האחת לחלוק הבגד והכת האחרת לא רצתה באומרה שכל כת תתנשא למכו' ויגמלו רעה זו לזו ויות' טוב היה שימכר מתחת יד כת אחד לחשבון שתיהן ויחלקו מידי שבת בשבתו דמי המכירה עד המכר כל הבגד ותתבע כל כת חלקה מסוחר בעל הבגד וכן הסכימו ביניהם ויהי מקץ השבוע הא' הלכה הכת הא' לתבוע מחצית דמי מכירת הבגד מהכת שנשאר בידה וענתה ואמרה שהלא מועט הנמכר מהבגד תמתין עד השבוע האחר' ומה שימכר יחדיו יחלוקו מכירת השתי שבועות ובשבוע השנית הלכה הכת הנז' כפי התנאי לתבוע דמי מכירת הבגד מהשתי שבועות וענתה ואמרה הכת שהבגד בידה איך הנמכר מהבגד שמכרו מכרוהו באשריות ליון חייט שתשוב לשבוע האחרת ובשבוע השלישית הלכה כפי התנאי לתבוע דמי המכירה וענתה ואמרה שדמי מכירת הבגד בלבד נאבד ונגנב מתוך החוג"ארה של הכת שהיה ברשותה הבגד ונגנב מתוך הארגז שהיו תחת כפות המנעול הארגז והחוג"ארה ומכל נכסיהם שהיו להם בחוגאר"ה לא חסר דבר ומעות אחרות שהיו לכת שבידם הבגד בחוג"ארה שנאב' ונגנב מתוכ' דמי הבגד אומרת שהוציאום מתוך החוגאר"ה הנז' בחששות גנבה ואבידה והוליכום לחוגאר"ה אחרת ודמי הבגד הניחו בחוגאר"ה שנגנבו מתוכה יורנו מורנו אם זוכה בדין הכת שהניחה ביד הכת האחרת להתפרע ממנה מאחר שפשעה ומעותיה נתנה בשמירה ודמי הבגד הניחה בחוגאר"ה שחששה לגנבה ואבד נפלאות מתורתו ינחנו במעגלי צדק למען שמו ושכרו יהיה כפול מן השמים אנס"ו.

תשובה נחל נובע מקור חכמה החכם השלם נר"ו רוחך טובה תנחני ומעלת חכמתך מגדרי תוציאני להשיב תשובה ולא מיני ולהמציא מענה ולא רוחי בכל דבר שבממון כשלא אהיה נשאל משתי הכתות אכן אשיב מפני הכבוד כנושא ונותן לפני חכמתו. שדבר ברור הוא שאם חשו לגנבה ואבדה והוציאו מעות שלהם מתוך החוגאר"ה לסבה

זו היה להם להוציא גם את אלו משם או לתתם לבעליהם והואיל והניחום במקום שהיה להם חשש גנבה פשיעה רבה היא אע"פ שהיו מניחים שם מעותיהם כאותה שאמרו בירושלמי בפרק המפקיד נתנו במקו' שנוהג ליתן את שלו אם ראוי לשמירה פטור והוה ליה כאותה שאמרו בפרק המפקיד והיכא דשכיחי טפוחאי והאידנא דשכיחי גשושאי וכו' כל שכן כאן שנתן את שלו במקום בטוח והניח מעות השותפות במקום שאינו ראוי לשמירה.

ואיברא דבנ"ד מדין שותפים נוגעים בה דקי"ל בפ' חזקת השותפים נעשים שומרי שכר זה על זה ופרכי' ואמאי שמירה בבעלי' היא ופטור ומוקמי' לה בדא' ליה שמור לי היו' ואני אשמו' לך למח' וכת' התוס' שאם התחילו שניהם לשמור יחד הוה ליה כשמירה בבעלים אע"פ שלא היה עמו בשעת האונס בעליו עמו קרינן ביה ואפילו לא התחילו שניה' לשמור מ"מ האחרון פטו' שהראשו' היה עמו במלאכה בשעה שהתחיל' השני לשמור ובמרדכי הביא משם רבינו מאיר ז"ל דלאו דוקא באומר שמור לי היום ואני אשמור לך למחר הוא דנעשו שומרי שכר זה על זה אלא אפילו קנו בשותפות בסתם ולקח אחד מהם ושמר בסתם וחבירו שתק ונגנב או אבד אפילו הכי חייב השומר שזה יאמר אתה שומר שכר שלי שלאחר שהייתי שומר יום או שבוע הייתי אני רוצה לשמור.

והרא"ש בתשובה כלל פ"ט כתב בסתם שהשותפים שומרי שכר הם וחייבים לשלם כל אחד לחבירו בגנבה ואבדה משמע דבשיטת רבו אמרו הוא רבינו מאיר ז"ל וכן כתב הסמ"ג ואם יטעון השותף דבר מאורע שאירע בממון השותפות הרי דינו כשומר שכר להתחייב בגנבה ואבדה. ומיהו שם כתב המרדכי ז"ל על דברי מהר"ם ז"ל דלא נהירא דמאחר שלא אמר לו בפירוש אינו נעשה שומר שכר ועלה דאפילו שומר חנם אינו דהוה ליה שמירה בבעלים ואין חלוק בין פשיעה בין גנבה בכל ענין ודייק לה מהא דמוקי לה בגמרא באומר שמור לי היום איבר' שיש לדחות דיוק זה דרבותא קא משמע לן כמו שאפרש בסמוך מכל מקום נראה מדבריו ז"ל דבסתם שותף דייינינן ליה כדין שמירה בבעלים וכמו שהוכיח מההיא דפרק המניח דהיו המזיקים שנים משל איש אחד חייבים ודייקינן דוקא כי איתנהו לתרווייהו אבל נאבד אחד מהם אפילו בפשיעה לא ישלם לו המזיק כלל אפילו לר' עקיבא דאמר שותפי נינהו ולא מחייב מטעם שותף ואי קשיא שאין ראייתו מכרעת דמאן לימא לן דהתם מירי בפשיעה אדרבא סתם גנבה ואבדה לאו בפשיעה היא אלא ששומר שכר חייב עליה שהיה לו לשמור שמירה מעולה. איכא למימר דהמרדכי ז"ל מן הדא דהתם בפרקין לעיל מוקמינן הא דתניא שחטו פטור כרבי עקיבא ואפילו הכי לא מחייב בפחת שפחתה שחיטה. ועוד ראיה גדולה מייתי

מההיא דפרק המניח דאי ס"ד דסתם שותפים שומרי שכר הם אמאי נאבד א' מהם פטור המזיק הרי שומר שכר חייב בגנבה ואבדה אלא על כרחך כדין שמירה בבעלים דיינינן ליה הילכך אין חילו' בין גנבה לפשיעה דקיימא לן פשיעה בבעלים פטור ומה שכתב עוד המרדכי וכן פסק הר"ם דשותפים פטורים אפילו בפשיעה דפשיעה בבעלים פטור וכו' וגם בפ' ד' וה' דקדקו התוספות כדברי אבל רבותינו חולקי' נר' דלא קאי אפשיעה בבעלים דהא הלכתא פסיקתא בר"פ השואל דקיימא לן כרב אחא לחומרא כדכת' הרי"ף וכן פסקו כל הפוסקי' אלא בסת' שותפי' הוא דקאמ' דאיכא פלוגת' דרבוותא.

וראיתי להרב מהר"י אלשקר ז"ל שהביא בתשובה ד' משם הר"ם ז"ל דשותף הוי שמירה בבעלים ופטור אפילו מפשיעה ולעולם לא הוי כשומר שכר אלא כשאמר לו בפירוש שמור לי היום ואני אשמור לך למחר והן הן דברי המרדכי שחלק על מהר"ם ז"ל וכן הביא מתשובה א' ומטו בה משמיה דהרי"ף ז"ל דבשותפי' סוחרי' שמבקשים להרויח כל אחד לחבירו ולאמצע היתה אותה פשיעה שפשע שותף זה בבעלים וההפסד לאמצע דקי"ל פשיעה בבעלים פטור ולדברי הגדולים האלה סתם שותף עטור מפשיעה עד שיפרש שמור לי היום ואני אשמור לך למחר שאז נעש' ש"ש זה על זה.

ומצאתי בספר התשובות למהר"ם בסימן י"ב שמוכח מדבריו דסתם שותפים דיינינן ליה כשמירה בבעלים אם לא כשפירש ואמר שמור לי היום ואשמור לך למחר ובסימן י"ו כת' ומה שטוען שלא היו בעליו עמו בשעת החסרון קי"ל היה עמו בשעת שאלה אין צריך שיהיה עמו בשעת שבור' ומתה הכא נמי כשנשתתפו נתרצו לטרוח אז כל אחד לצורך חבירו ובעלי' באמיר' בעלמא מיקרו בעליו עמו כדאית' בריש השואל ע"כ ונמצאו דברי תשוב' זו כאותם דברים שכתב המרדכי בשמו ואולי זו היא שהביא המרדכי שם וכן פסק רבי' מאיר דשותפין פטורי' מפשיעה דפשיעה בבעלים פטור ומשמע דבסת' שותפים מיירי.

ויש לדקדק מדברי התו' בפ' חזקת דהכי סבירא ליה דלא חשיב ש"ש אלא באומ' בפירוש שמור לי היום וכו' ממה שהקשו שם מאי קמשמ' לן שמואל מתניתין היא בפ' האומנין שמור לי ואשמור לך שומר שכר ותרצו דשותפי' אצטריכ' ליה וכו' ואי סלקא דעתך דשמור לי לאו דוקא אלא אפי' בסתם שיאמר לאחר כן הייתי אני רוצה לשמור והא דמפרש רב פפא מימרא דשמואל באומר שמור לי ה"ק נעשה כאומר שמור לי.

אלא נראה לי לפרש דלא לסתרו דברי מהר"ם אהדדי בשני דרכים חלוקים האחד שהשותפין שנשתתפו בסחורה וכל אחד מתעסק לקרב תועלת לדבר השותפות כגון ששניהן טורחים במכירתה אע"פ שהסחור' ביד אחד מהם והוא מטפל בשמירתה דיינינן

ליה כדין שמירה בבעלים לכ"ע כמו היכא דהתחילו שניהם לשמור יחד דבאמירה בעלמא משתעבדי נפשייהו כדכתבו התוספות בפרק חזקת ומהר"ם באותה תשובה וכדמוכח בר"פ השואל וכמו שמוכיח מאותה תשובה שהביא מהר"ם אלשק"ר דשותפין סוחרים שמבקשים להרויח כל אחד לחבירו דהוה ליה פשיעה בבעלים ומה שכתב המרדכי בשם רבינו מאיר דסתם שותף אף על פי שלא אמר שמור לי היום ואני אשמור לך למחר נעשו כשומרי שכר זה לזה לא אמרו בשותפים סוחרים שנתחייבו להתעסק בשותפות להרויח ולקרב התועלת אלא בדבר שאינו עומד להשתכר אלא להשתמש בו או לחלקו ביניה' או בעס' שותפו' שהאח' הוא לבדו מתטפל בה בין בשמיר' בין בריוח והשכר למכור ולקנות אבל כשלקחו על מנת להיות מתעסקים בה להשתכר שמיר' בבעלים חשיבא ומינה לנדון דידן שאף על פי שהיה נמכר בחנו' אחת מ"מ על שניהם מוטל למכור ולהשתכר ולהקפיץ עליה לקוחו' איש מאת מכרו. אי נמי יש לחל' בענין אחר בסת' שותפים שלוקחים ומוכרים ברשות שניהם ושניה' מתעסקים בה אע"פ שפעמים אחד מהם הולך ונשאר השני בחנות או במקום של שניהם ואירע הפסד בגנבה ואבדה או בפשיעה לא מתחייב זה שהיה שומר שם באותה שעה דשמירה בבעלים דלעולם לא יצתה מרשות שניהם ובזה הם דברי מהר"ם ז"ל בתשובה סימן י"ב וסימן י"ו ובהכי נמי מתפרשת ההיא תשובה בשם הרי"ף ז"ל. אבל מה שהביא המרדכי משם מהר"ם ז"ל שסתמן כשומרי שכר זה לזה הן היינו כשלקחו בשותפות ולקח א' מהם ושמר ברשותו והלה שותק חשי' כאילו נסתל' חבירו מלשמו' ובאותו מעש' הוי כמאן דמפר' שמור לי היו' ואשמו' לך למח' ובהכי ניח' דמה שאמ' בגמ' באומר שמו' לי דמשמ' שצרי' לפר' היינו בסתם שותפין ששומרים ומוכרים ביחד ואירע שהיה זה בלא זה לעולם חשיבי שמיר' בבעלי' עד שיתנו בפי' שמור לי ואשמור לך אבל היכא דעש' מעש' הא' ולקח לביתו ושמ' וחבירו שתק ה"ז כמפר' ולפי תירו' זה הכא בנ"ד שלק' הא' מהם ושמ' בסת' וחבירו נתרצ' הרי נסתלקו בפי' ולאו שמיר' בבעלי' הוא וקרוב היה הדב' לומ' שהנדון שלפנינו יצא מכלל שמיר' בבעלי' ולכלל ש"ש לא בא שאע"פ שלקחו הבגד בשותפות מאח' שהסכימו ב' הכתות שהבג' יהיה נמכ' בחנות כת א' מהם על יד על יד עד תומו הרי היא כמו שפי' שהכ' האחר' לא תטפ' בו ונתרוקנ' שמירתו אצל כת זו שנתטפל' במכירתו וכש"ש לא הויא כיון שאין לכת זו שמכר' תועל' בכת האחרת שיעשו גם המה במכירתו ואין דינה אלא כשומר חנם. ומסתברא שאע"פ שאמרו שימכר הבגד על יד כת אחד מהם לא מפני כך נתרוקנה שמירתה שלכת האחרת לגמרי אלא שלא היתה הכונה אלא שתהא מכירתו כאחת שלא ימכר בשתי רשויות כדי שלא יהיו

חובלים זה לזה ואע"פ שהתחילה כת א' מהם למכור עדיין אפשר שהכת האחרת היתה מתטפל' במכירת הנשאר בחנות שלה אם היו מוליכים אותה למכור אצל מכיריהם ולעולם לא יצאו מדין סתם שותפים דלדברי האומר שנעשו כשומרי שכר זה לזה אף כאן חייבים אפילו בגנבה ואבידה ולדברי האומר שחשוב כשמירה בבעלי' פטורים אף מפשיעה. ולענין הלכה למעשה יש לדון בדברי המפרשים ז"ל דסתם שותפים דיינינן להו כש"ש וכן תפסו בתראי ז"ל כמו שכתב הרשב"ץ ז"ל בתשובה וכן פסק מהר"ם אלשקא"ר וכן תפס רבינו הרב מהר"י קארו ז"ל לעיקר והוה ליה כאות' דפרק זה בורר כגון תרי תנאי או תרי אמוראי וסוגיא דעלמא כחד מינייהו כל שכן דאינון רבים.

אבל נראה דכשלקחו הבגד בשותפות על מנת לחלוק מאותה שעה הוי כהתחילו שניהם לשמור יחד שהרי באחריות שניהם היה עומד ועל שניהם מוטלת שמירתו הילכך כשהסכימו שיהא נמכר בחנות כת אחת מהם באותה שעה הויא לה שמירה בבעלים כדכתבו התוספות. ומצאתי תשובה להרא"ש בסוף כלל פ"ט בראובן ושמעון שהיו שותפין והיה להם תיבה אחד שמניחים בה החפצים שהיו לוקחים והיה המפתח ביד שמעון ואמר ראובן לשמעון קח זה החפץ ותנהו בכיסך עד שתוליכהו לתיבה לאחר שעה משמש שמעון בכיסו ולא מצא החפץ והשיב כיון שראובן אמר לשמעון קח זה החפץ ותנהו בכיסך עד שתוליכהו לתיבה וכן עשה שמעון נמצא שלא פשע כי נתנו בכיס להוליכו לתיבה וקודם שהגיע נאבד ישבע שמעון שלא פשע בו ויפטר עכ"ד ודבריו תמוהים דאי חשיב לשותפין בסתם כש"ש כמו שכתב לעיל באותה תשובה חייב בגנבה ואבדה ואם סתמ' כשמירה בבעלים יהא פטור אפילו מפשיע' וללשון ראשון שכתבתי למעלה לתרץ דברי מהר"ם אף דברי הרא"ש איפשר ליישבן אבל ללשון שני לא מתישב' וצריך עיון. מזומן לכל אשר תגזו' חכמתך הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכד

לחלב אל החכם השלם כמה"ר שמואל לאנייאדו נר"ו על ספריו שהיו ביד מהר"י פארדו נר"ו.

שאלה ראובן היה פאטור בויניצייא וכל העם היו שולחים לו סחורות למכור לימים נשבה וברח והלך ונשאר חייב לכמה בני אדם שהיה להם בידו סחורות ובכלל היה לשמעון שני ארגזי' מלאים ספרים אצל ראובן הנז' וכשהוא ברח וימלט נלקחו על ידי תקיפי הארץ הערלים בעד חובותיו כאשר העדים מעידים כן ועוד יש בידו כתב מראובן הנפקד שיש בידו שני ארגזים ספרים משל שמעון ומצא שמעון הנז' נכסי ראובן ביד אדם אחר וגבה אותם ועתה שאר אנשים שהיה להם נכסי' ביד ראובן מערערים על גביה

זו שאומרים שאין לו ראיה כמה ספרים היו אלא כתב ידו שהם שני ארגזים ספרים ומי יודע כמה היו וכמה שיעור הארגזים ואם היו מלאים או חסרים ושמעון אומר שישבע שהיו ק"ץ ספרים חדשים מכלי יקר יורנו רבינו אם יהיה שמעון נאמן בשבועתו שתה' גבייתו גביה לגבי שאר בני אדם שהי' להם נכסי' ביד ראובן ושכרו כפו' מן השמים.

תשובה לכאורה היה נראה שאין על ראובן חיוב ברור שיתפרע שמעון מנכסיו בעד הספרי' שגבאום בעלי חובותיו שהרי אין זו הנאה שנתחייב עליה ממון אע"ג דמשתרשי ליה דמי המלו' שהיה חייב להם כדאמרי' בפרק שני דייני גזרות בעמד אחד ופרנס את אשתו דקי"ל כחנן דהניח מעותיו על קרן הצבי והעמידוה בירוש' אפילו בבעל חוב דוח' מימר אמר מפייס הוינא עד דמחיל ואפילו בב"ח שהיה בידו משכון אמרינן מימר אמר מפיי' הוינא ליה עד דיהיב משכוני ומייתי נמי התם אין לך נתפס על חבירו וחייב אלא בארנונא וגולגלתא והיינו דתנן בפרק אין בין המודר הנאה מחבירו שוקל את שקלו ופורע את חובו וכו' כדמייתי לה התם הכא נמי יכול ראובן לומר מה הנאה היה לי במה שנטלו ב"ח ממונך אף אם לא היו נוטלין לא הייתי מחסר כלום שהנם ככל המון ממון ישרא' וגוים שאני חייב להם וסופן להתפייס ממני לעיתים רחוקות כפי אשר תשיג ידי ומהם יתפייסו לגמרי באפס דמים אלא מיהו יכול שמעון לבא עליו בטענה שפשע במה שלא נתן את הספרים במקום בטוח קודם שיברח דרוע' שהיה יכול להציל ברועים ובמקלות ש"ח בחנם ש"ש בשכר פושע הוי וחייב כדאמרינן בהאומנין וזה היה יכול להפקידם בחשאי לאיש נאמן ויאמר של פלוני הם ואפילו תימא שהיה ראובן יכול להפטר בטענה שברור לו שאפילו היה מפקידם ביד אחרים לא היו נצולין בדיניהם שאי אפשר להסתיר' כי מאת השרר' אין כל דבר נעל' א"נ שהי' אנוס בכך שהי' ירא פן יתגל' הדבר כי בורח הוא והיה מסתכן בעצמו. מכל מקום נראה שאפילו היו טענות אלו כדאות להפטר מפשיעה על כל פנים חייב ראובן בדמי הספרים שגנבו בחובותיו אין צריך לומר לשיטת ר"ת ור"ח ז"ל שהעמידו פורע את חובו דמתניתין דנדרים במזונות אשתו דוקא דאימור מצמצמת עצמה אבל בשטר חוב הנאה גמורה היא ולא חשו לפסוק כדברי הירושלמי דסבירא ליה דגמרא דידן פליג עליה אלא אפילו להרי"ף והרמב"ם ושאר רבוותא ז"ל דפסקו כדברי הירושלמי נראה דלא אמרו אלא כשהו' עצמו פורע חובו של חבירו שלא היה לו לפרוע דמי יימר שלא היה מפייסו בלא דמים אבל אם נטלו בעל חוב מתוך ביתו של נפקד הרי לא נתפייס וגבאו בחובו ואשתרש ליה מה שהיה צריך ליתן לו דטעמא דמבריח ארי מנכסי חבירו דפטור לא מהני אלא כשהבריחו מדעתו אבל הבריחו שלא בטובתו לא פטרינן ליה כדמוכח בההיא דפרק הכונס דנפלה לגינה ונהנית

משלם מה שנהנית אפי' נחבט' משלם לו הנאת' שלא נחבטה על גבי קרקע דכי אמרי' מבריח ארי מנכסי חבירו מדעתו האי שלא מדעתו אי נמי מבריח ארי לית ליה פסידא האי אית ליה פסידא ופי' התוס' שם בכתובות ובקמא דכל דאיכא תרתי שלא מדעתו ואית ליה פסידא לא חשיב מבריח ארי אבל הברי' מדעתו אע"ג דאית ליה פסידא או שלא מדעתו ולית ליה פסידא חשיב מבריח ארי ופטור והא דמייתי בירושלמי אין לך נתפס על חבירו וחייב אלא בארנונא וגולגלתא ומפרש הרא"ש משום דדינא דמלכותא דינא כדאמרינן בהגוזל בר מתא אבר מתא משתעבד אלמא בשאר חובות אף על פי שלא נתנם ברצונו אלא נתפס עליו אנו מתחייב לא פליגא אהא דפרק הכונס דההי' בשיש לו טענה להפטר מאותה תביעה שנתפס חבירו עליה ויכול לומר שלא הנאהו כלום וארנונא וגולגלתא אפי' בא מחמת טענה שכבר פרע או שפטרוהו אין חוששין לו כיון דמשעבד עליה כדאמרי' בהגוזל בר מתא אבר מתא משתעבד והוה ליה כערב מדעתו של לוה שכשם שהלוה משועבד למלוה כך משועבד לערב אבל בשאר מילי אעפ"י שנתפס על חבירו בעל כרחו והלה אומר שהיה לו טענה להפטר לא מחייבינן לפרוע דלא שבקת חיי לכל בריה שאם אתה אומר משתעבד כל אדם שיש לו תביעה על חבירו יניח בעל חוב שיודע שימסור עצמו על ממונו וילך להתגרות עם אחרים ואם חוזרים הם על זה ונפרעין ממנו לא ימסרו עצמן עליו אבל זה שלא נשא ונתן ביד כלל ונטלו ב"ח ממונו כחובם הברור מאי הוה ליה למעבד הילכך כי היכי דמשתעבד להו משתעב' להאי דכיון שבעלי חובות נטלו ממונו ואינו יכול להוציא מידם אי לא מצי לאשתלומי מינייהו משתלם מן הלוה מדרבי נתן ואותו טעם שאמר בירושלמי מפייס הוינא ליה אינה טענה עיקרית אלא שזה עונשו של עושה שלא ברשות שתהא ידו על התחתונה דמי אמר לו שיפרע כיוצא באותם שאמרו בהמקבל אי לא זרעתא הוה מקיים בי לא יבושו בעת רעה וכולי וכן אמר אילו זרעתה חיטים הוה מקיים בי ותגזר אומר ויקם לך ולא שהם טענות בריאות כל הנך דמייתי התם אלא שמצאה קפידא מקום לנוח ונחה וראיה לזה ממה שהשיב הרמב"ן לרב בעל התרומות שבסימן ס"ז הובאה בטור חשן משפט סימן ק"ה על נפקד שמסר הפקדון לבעל חוב של מפקיד והביא מה ששנו בתוספתא המפקיד שטרותיו אצל חבירו וכו' וכתב וז"ל ושמעת מינה דלא מצי למיטען מפייס הוינא ליה ומחיל לי ומאי דאתמר בירושלמי לגבי פורע חובו של חבירו עילה מצאו שלא לחייבו לזה מפני שעשה שלא ברשות והוה ליה מבריח ארי מנכסי חבירו כדאיתא בנדרים עכ"ל. ומדבריו אתה למד דהיכא דנטלו ממונו של זה מתוך ביתו של חבירו בעד חובו דלא שייך לו' שעשה שלא ברשות ודאי מתחייב לפרוע לזה דלא מצי למימר מפייס

הוינא ליה דהא אלחיש להו ולא אלחישו פייס להו ולא אתפייסו וההיא דאין לך נתפס על חבירו ויהא חייב צריך לפרשה כמו שפי'. ורבינו הרב מהר"י קארו ז"ל כשהוקשה לו על מ"ש הטור משם הרמב"ן למה לא יהא הנפקד פושע במה שמסר ליה המלוה מי גרע מפורע חובו של חבירו הואיל ופרעו שלא מדעתו תירץ שצ"ל שטענה זו מספקת לפטור ולא לחייב ע"כ אין דעתו ז"ל לומר דלעולם מספקת לפטור דהא ההיא דפרק הכונס אינה מספקת אפילו לפטור דהוה ליה מבריח ארי שלא מדעתו אלא דמבריח ארי מדעתו גופיה כגון שעמד ופרע למלוה יש לחלק ביך מבריח ארי מנכסי חבירו בממון שלו ובא להוציא מן הלוה ובין מבריח ארי בממון הלוה ובא להפטר דלא מהני טענה דמפייס הוינא ליה לחייבו והבי' מדברי הרמב"ן ז"ל שכתב עילה מצאו שלא לחייבו לזה מפני שעשה שלא ברשות ודוק מינה הא לחייב חבירו לא מהניא ומינה מפני שעשה שלא ברשות הא לא עשה כלום מעצמו משתעבד ליה.

הילכך הואיל וחיובו של זה ברור שהרי יש לו כתב יד של ראובן שיש בידו שני ארגזים של ספרים וגם יש עדים שנלקחו על פי אדוני הארץ לפרוע חובותיו כדין תפס דנהי דלענין מנין הספרים אף על פי שאינו מפורש בכתיבת יד כמה הם ושמא לא מנאם ולא ידע חשבונם הואיל והוא חייב בהם וצריך לישבע כמה היו הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בשם רבותיו בפ"ה מהלכות שאלה ופקדון וכמו שהביא בטור סימן רצ"ח. וגם לא מצי למימר לקוחים הם בידי כל שבא לידו בתורת פקדון ויש עדים שראום בשעה שנאנסו כדכתב הרא"ש ז"ל בהגוזל בתרא דכל שיש עדים שהופקד בידו וראו עדים בידו לא מהימן לומר לקחתי ממך וכן הובא בטור סימן קל"ג וקל"ד וכאן איכא הודאת בעל דין דכמאה עדים דמי ועיקר טעמא דמילתא היינו לפי שעל הסתם אמרו חזקה כל מה שיש לו לאדם ברשותו שלו הוא כי מי הביא של אחרי' בביתו של זה והיינו טעמ' דהגודרות אין להם חזקה משום דמנפשייהו אזלי ודברים העשוין להשאיל ולהשכיר מ"ה מפקי' להו מיתמי דאין לתמוה מי הביאה הלום שהרי אפשר שעל ידי שאלה ופקדון ושכירות באו ק"ו הדברי' במה שידענו על פי כתב ידו שבתורת פקדון באו לידו ואיכא עדי ראיה שלא יהא נאמן לומר לקוחים הם בידי.

אלא שרחוק הדבר שתהא כאן העדאת העדים ברורה שאלו הספרים עצמן שהפקיד אם הם אותם שלקחו בחובותיו לפי שהספרי' כלם מין אחד הם ואינן מקושרים אלא כמות שיצאו מבית האומן ומטבע שטבעו חכמים אין בו סימן שאדם טובע כמה מטבעות בחותם אחד וכולם דומים זה לזה ועוד אפילו במטלטלין אמרו בפרק אלו מציאות כל כלי אנפוריא אינו חייב להחזיר ומפרש בגמרא כלים חדשים שלא שבעתן העין דלא

מהדרינן בטביעות עינא אפילו לצורבא מרבנן אפילו אמר קים לי בגוויהו הילכך מגו דמצי למימר נאנסו כי אמר לקוחים הם בידי נאמן דומיא דאמרינן בפרק חזקת גבי רמאי דפומבדיתא הנך שקלתינהו והני אחריני נינהו ואע"ג דנאנסו לא טענינן דמילתא דלא שכיחא הוא טענה אחריתי דשכיחא במיגו דנאנסו טענינן כדמוכח בסוף פרק המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומים וזה היה יכול לטעון טענת לקוחים במיגו דנאנסו אי נמי החזרתי הם או דמיהם והנך אחריתי נינהו מאחר שאי אפשר לשום בהם סימן ולא טביעות עין. וכי תימא יתנו סימנים של כלי שהארגזים דבר המסויים הם דומיא דמצא פירות בכלי או מעות בכיס שחייב להכריז ולהחזיר ומרבינן התם מקרא דמהדרינן חמור בסימני אוכף זה אינו דדוקא לענין מציאה הוא דמהני סימני הכלי לפי שהיא בחזקה שלא נגע בה יד אבל גבי פיקדון לא מהניא סימני הכלי כדמוכח בהאשה שלום בעובדא דההוא גברא דאפקיד שומשמי גבי חבריה אמר כך וכך הויין ובחבית' רמו ואמר דידך שקלתינו והני אחריני נינהו ומסקי' הילכת' חיישינן שמא פינן ומייתי התם עלה ההי' דרבי יוסי דאפי' מצא חבית וכתוב עליה תרומה הרי אלו חולין שאני אומר אשתקד היתה מלאה פירות תרומה ופינן וכי תימא שאני התם שהחבית של נפקד אבל כאן שהארגזים של מפקיד שהפקיד הספרים בתוכם אם איתא שהחזירן או מכרן גם הארגזים היו בכלל חזרה או מכירה ואם מכרן בסירוגין ונשארו בידו הארגזים לא היה לו להשתמש בהם להניח את שלו בתוכן אין הנפקד רשאי ליקח לעצמו דאמרינן ליה מאן שם לך כדאמרינן לענין אלמנה בפרק אלמנה ניזונית ואמרינן נמי בפרק המפקיד דבש והדביש יין והחמיץ מוכרן לאחרים אבל לא לעצמו אפי' תימ' דלא חיישינן שעבר ולקחן איכ' למימר שיכול לשייר הכלי לעצמו מהלכות מדינה שכן דרך הפאטוריש שמוכרין הסחורה והכלים והשקים נשארים להם. ובאותם שמתעסקים בחנם נראה דמן הדין מצו למישקלינהו מדאמרינן בריש פרק בני העיר גבי עורות קדשים בעלי אושפיזין נוטלין אותם בזרוע ואמר אביי שמע מינה אורח ארע' למשבק גולפי' ומשכא באוזפיז' וכיון דאורח ארע' הכי אסוחי אסחו בעלים דעתייהו מינייהו כדאמרינן בפרק קמא דמציע' אפיסק' דמציאת בנו ובתו הקטנים עשאוה כמי שהלכו בה הנמושות דעניים גופייהו מסחי דעתייהו ומשום הכי אין הארגזים סימן שיכולים העדים להעיד על מה שבתוכן. הילכך תפיסה זו שתפוס שמעון מיד הלה המופקדים אצלו אינה תורה לתפס' מיד הנפקד עד שתתברר טענתו דלא אמרו בפרק הכותב שנפרעין מן האדם שלא בפניו אלא בשטר דוקא וכמו שכתב הרמב"ם והמ"מ בפרק י"ג מהלכו' מלוה וכיון שכן אף על פי שתפסם מחייבים אותו בית דין להחזירם למקום שנטלן שאין רצונו שיהיה פקדונו

ביד אחר ועוד דכיון שיש לו טענה ותביעה עליו חיישינן דילמ' שמיט ואכיל להו ותו שלא יהא נאמן אחר כך בטענתו במגו דנאנסו או במגו דההחזרתי. והוב' בטור סימן קי"ג משם ספר חזה התנופה וז"ל מלוה שבא שלא במאמר בית דין וטרף מב"ח אינה טריפ' ומוציאין מידו ומעמידין אותה ביד זה שטרפוה ממנו עד שיעמדו לדין עד כאן לשונו. ואין לומר שהטעם לפי שסבור תפיסה שלא בבית דין לא הוי' תפיסה וסברת יחיד היא שהרי הבי' הרא"ש ז"ל בהלכותיו בפרק הכותב משמו של רבינו יונה ז"ל דוק' שהגבוהו בית דין קודם שידעו שהיה שם בעל חוב אחר אבל אם גבה מעצמו אפי' על ידי שומ' דליכ' למימר מאן שם לך מה שגבה לא גבה והבי' ראיה לדבריו וכתב הרא"ש ז"ל ונראין דבריו במקרקעי אבל במטלטלי מה שגבה גבה אפילו שלא בפני ב"ד כדאמרינן לעיל בפרקין לרבי טרפון בפירות תלושין ורבינו הרב מהר"יק ז"ל בטור סימן ק"ד הביא משם רבינו ירוחם שהר"מה כתב דבכל ענין מה שגבה גבה וכן הוכיח מלשון הרמ"בן ז"ל ואמר שכן נראה פשט דברי הרי"ף והרמ"בם ז"ל ודלא כמו שכתב נמוקי יוסף בסוף פרק מי שמת בשם הר"ש וכן כתב הרי"טבא בשם האחרונים דבלוה וחזר ולוה דאמרינן יחלוקו אם קדם ותפס אפילו הראשון טפי מפלגא מפקינן מיניה עד כאן דבריו. ולא שדברי נמוקי יוסף ענין לתפיסה שלא בפני בית דין דלכולי עלמא מהניא אלא אפי' תפס על ידי בית דין נחלקו התם דאמור רבנן יחלוקו משום דשעבודא דתרוייהו בהדי הדדי אתו דכי היכי דמשתעבדי להאי משתעבדי להאי אבל בב"ח אע"פ שאין להם שעבוד נכסים כל הקודם לגבות זכה דומיא דההיא דפרק הכותב ולא נחלק אדם על זה מעולם ותשובת זו שבסוף ס' חזה התנופה פשיטא דלא פליגא בהא מילתא אלא דהכא לאו לגבי שאר בעלי חובות מיירי אלא לגבי בעל הדבר שאם אין טענתו ברורה יוציאו בית דין מידו ויעמידוהו ביד זה שטרפוה ממנו עד שיעמדו לדין וכן הדין נותן מכל הני טעמי דכתבי'. ומיהו אף על פי שאינו יכול להתפרע מנכסי ראובן על פי בית דין מכל מקום היכא דתפס הנכסים בעד מה שחייב לו אין שאר בני אדם הנושי' בו יכולים להוציא מידו שאם באת לחוש שראובן יטעון שהחזירם או נאנסו גם בטענה זו יש לדחות את האחרים ששלחו לידו סחורה למכור שאין להם ראיה ברורה על תביעתם דשמא נאנסו או שלח להם מעותיהם נהי שאם היה שם ב"ח בשטר מקויים בידו ודאי מפקינן מהאי ויהבינן לבעל השטר משום דאפי' תימא שיודה ראובן בחוב זה אכתי לא מפיו אנו חיים אלא מהימן במקום שחב לאחרים כדאמרי' בפרק שני דכתובות האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ומוקמי' ליה דא"ל הכי וכגון שחב לאחרים וכדרבי נתן דאמר רבי נתן מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה שנא' ונתן לאשר אשם לו. ובר מן דין אפילו לא היה צריך להודאתו של

ראובן כגון שיש לשמעון עדים או ראיה ברורה אף על פי כן מי ששעבודו כתוב בשטר מוציא מיד שמעון זה כיון דרגילים הסופרים לכתוב שעבוד מטלטלי באגב ודאקני חל שעבודה על נכסים הללו משעה שקנאם ראובן כדמוכח בפרק חזקת ובסוף פרק מי שמת ושעבודו של שמעון לא חל אלא משעה שנתפסו הנכסים על ידי הערכאות שם וכבר קדמה שעבודו של בעל השטר ולא מצי מפיק מיניה אף על פי שנחלקו גדולי הדור שלפנינו ז"ל בב"ח מאוחר שקדם וגבה במטלטלי אם עשו בו תקנת השוק כמו במכר או במתנה. נראה דע"כ לא נחלקו אלא בבעל חוב מאוחר שהיתה חובו קודם שנתגלה שברונו של חייב דשייך בה תקנת השוק דאם לא כן נעלת דלת בפני לווים אבל אם אחר שנתגלה נפלו נכסיו לפני הנושים אין כאן נעילת דלת דכל כי האי גוונא לינעול דלת לא ניחוש ויש לדמותה לתקנת השוק דפרק הגוזל בתרא דאמרינן לוקח מגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק אף זה אחר שנתגלה שברונו לרבי' כיוצא בו הוא ולא שנ' שהלוהו בתחל' לא שנא שנתחייב לו מחמ' שלקחו נכסיו מתוך ההפכה אין שייך שם תקנה אבל בנ"ד שבני אדם הנושי' בו אינם אלא בעל פה מחמת הסחורות ששלחו בידו כיון שקדם זה וגבה אינם יכולים להוציא מידו אלא שורת הדין יחזרו נכסים למקומן ולא הפסיד שמעון זכותו דמכי אגביינהו ונטלם מעצמו זכה בהם למפר' בהודאתו של ראובן לגבי שאר בעלי חובין שבעל פה אע"פ שגם הם יש להם עדים או ראי' ברורה וכשבית דין מחזירין אותם לנפק' בזכותו של תופס מחזירין אותם דלכשתתברר טענתו יטלם.

ואפשר לומר שאם התופס הזה אדם מוחזק בכשרות הוא ומקבל עליו אונסין לגמרי אין להוציאם מתחת ידו דבפרק המפקיד אפליגו אביי ורבא בענין שומר שמסר לשומר אפילו שומר חנם לשומר שכר דעלויי עלייה בשמירתו חייב אביי אמר משום דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ורבא יהיב טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה והשתא לרבא דקי"ל כוותיה אי מקבל שומר בתרא עליה אחריות אונסין וגם שלא יהא נאמן לומר החזרתי דהשתא תו ליכא טעמא דלא מהימן לו בשבועה אין מחייבין אותו להחזיר דלא חיישינן לטעמא דאביי דמפרש טעמא דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ואע"ג דמתניתין היא בפרק שני דגיטין הרי כתבו שם התוספות דנהי דאסור להפקידו ביד אחר מ"מ בשביל כך אם הפקידו אינו חייב לפרוע וזה הנפקד שכבר מסרו לתופס זה אינו יכול עכשיו לחזור בו הואיל ואין שום הפסד לבעל הנכסים אדרבה עלויי עלייה לשמירתם שנתחייב זה באונסין ומשזכה לו שוב אינו רשאי לחוב לו בחזרתן ובסוף פ"ק דגיטין בההיא דהולך מנה לפלוני דאמר שמואל מתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר הקשו שם אטו גרע מתופס לבעל חוב דקנה

אפילו בע"כ של לוה כ"ש הכא דמדעת ותירץ הרא"ש ז"ל בהלכותיו דהתם נמי מצי אמר ליה לוה לתופס או קבל עליך אחריות או החזר לי מה שתפסת ואפי' רב מודה בזה כיון שתפס שלא מדעת הלוה דמצי אמר ליה את לא מהימנת לי ע"כ דבריו משמע דכי מקבל עליה אחריות תו לא מצי למטען אין רצוני שיהא פקדוני בידך אע"ג דקפידא איכא בדבר כדמוכח בגיטין דבמקום תפיסה לא חשו לכך אלא שיש לחלק דהכא כיון דבעל דבר עצמו הוא איכא למיחש דילמא שמיט ואכיל להו ושוב לא יוכל זה להוציאם מידו ואף על גב דאינש מהימן הוא ומשפו נכסים ולא מקבל עליה שמתא דרבנן מכל מקום כיון דבא מחמת טענה שיש לו על בעל הנכסים דין ודברים מצי אמר ליה דמית עלי כאריא ארבא אע"ג דלא קיי"ל כרשב"ג בפרק גט פשוט דאמר לא ניחא ליה דתהוי זכותך גבי זכותאי מהאי טעמא התם ליכא למיחש למידי נאום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכה

שאלה ראובן עשה סחורה עם סוחר גוי וקנה כמנהג הסוחרים ומנהג המדינה סחורה גדולה מסחורות ויניזייאה והיה ממינים מתחלפים טרם בא הסחורה פה קושטאנדינה בעודה בתוך האניה בלב ים כי כן דרך אותה סחורה לבא משם במינים מתחלפי' ודרך הסוחרים לעשות הסחורה על פי הפ"טורה וכן עשה ראובן וגמ' מקח הסחורה ביניהם על ידי שני אנשים עברים סרסורים בדרך שאין מציל הסחורה מיד הקונה בשום צד וגם א"א להשמט המוכר לבלתי תת אותה לקונה באופן שכקונה כמוכר א"א לחזור בהם כפי דרך הסוחרים ומנהג המדינה ונתן ראובן לסוחר הנז' עד בואי"ן קואינט"ו חלק מדמי הסחורה ויהי כאשר באה האניה פה קושטאנדינה אמר ראובן לגוי מסור בידי מה שקניתי ממך ומסר בידו חלק רב הסחורות ומין א' מהסחורה והיא היותר חשובה עמד שמעון הוא אחד מהעומדים על המכס ונתן עיניו בסחורה החשובה הזאת. וכי ירא מעשות יומם ויעש לילה והוציא את מין הסחורה התשובה הזאת מהאניה בטענה שקרית שאמר שהסחורה ההיא צריכה למלכות יר"ה וראובן תבע את הגוי לפני הבאיי"י והשיב הגוי כי בעל האני' הוא שפשע ושלח בעד בעל האניה ועמדו שלשתן לפני הבאיי"לן השיב בעל האני' שע"כ הוציא שמעון את הסחורה ההיא מהאניה בטענה שהמלך צריך לאותה הסחורה ופסק הבאיי"לי בין בעל האניה ובין הסוחר הנז' שיביאו הסחורה ההיא למסרה לקונה הנז' עודם מדברים עם הבאיילי והנה שמעון בא שם על עסקיו ושאל לו הבאיי"לי האת' לקח' הסחורה הזו. וענה ואמר אמת הדבר אני לקחתיה מפני שהמלכות צריכה לה וכשמוע הבאיי"לי את דברי שמעון פסק על פי תשובת

שמעון שאין לראובן טענה על הסוחר ולא הסוחר על בעל האניה הנז' עתה טוען ראובן משמעון למה גנבת או גזלת את נכסי השיבה אתהן בשלום כי מה שאתה אומר שבעד המלכות לקחתם שקר אתה דובר והרי נכסי שהיא הסחורה הנז' מכרת או נתת לאחרים והרי היא נמכרת בשוקי' וברחובות שורי טבוח לעיני ואני בקנותי הסחורה הנז' היו עיני ולבי על מין הסחורה הנז' כי המין ההוא הוא היותר חשוב וממנה קויתי להרויח יורנו מורה צדק אם חייב שמעון לשלם כל מה שהסחורה הנז' נמכרת כיום ושכרו כפול ומכופל מן השמים וכסא כבוד תורתו ירום ויגבה מאד אוי"ר.

תשובה אין ספק שסחורה זו קנויה היתה לראובן ואפילו אם קנאם מישראל היה אפשר לומר דקנה משום דדמי לסיטומת' דאמרו בפרק איזהו נשך דבאתרא דנהיגי למקניה בה קני וכתבו כל הפוסקים וכל בעלי הוראה דה"ה לכל דבר שנוהגים התגרים לקנות בו. ורבינו חננאל כתב כגון במקום שנהגו שנותן הלוקח מטבע א' למוכר ובזה נגמר המקח. ובנדון דידן כיון שעשה הסחורה כדרך שעושין התגרין ופסקו הדמים ונתן לו חלק מהמעות עד בואי"ן קואינ"טו הרי ודאי היתה קנויה לראובן אלא שלא נקבע מנהג זה בישראל בין איש ובין אחיו דכל שלא קנה באחד מדרכי ההקנאה שעל פי התורה לא נהגו להיות המקח נגמר לגמרי אבל בנדון דידן שראובן זה קנה מהגוי שהדבר פשוט שהקונה מהם כדרך שקנה ראובן הרי המקח קיים למקנה גמורה גם כי עמד ראובן עם הגוי בדיניהם וזכה הרי ודאי לית דינא ולית דיינא שהדין עם ראובן. ושמעון זה גזלן הוא בלי ספק ומוציאין מידו כל מה שהזיק את ראובן. כך נראה לע"ד חיים אגוזי.

סימן קכו

תשובה מחוור הדבר שראובן זה זכה במקחו מן הגוי בטעמיה ובהלכתיה דמר איהו רבה הכח' השלם נר"ו דלא גרע מסיטומיתא דבפרק איזהו נשך דבאתרא דנהיגי למקניה בה קנה אף כאן במקח הנקנה מיד הסוחרים הערלים כל שנעשה בו דבר אשר קראו נוצרים גמר קנין הרי הוא במקום קנין גמור בדינינו שכל כיוצא בזה אמרו מנהג מבטל הלכה ויש לטוען שיטעון עלינו לומר שלא אמרו אלא באתרא דנהיגי למקניה בה כקונה כמוכר אבל כאן נהי שהמוכר הנוצרי נהוג למקני בה מכל מקום ישראל הקונה אינו נוהג למקני בענין זה ואם ירצה ישראל לחזור בו אין הנוצרי יכול לכופו לקבל המקח שהרי ערכאות השופטין אדוני הארץ אין דנין זה בתורת קנין כל שלא משך ולא מדד וכיון שאצל הקונה אינו קנין גם אצל המוכר לא חשיב משום דלא סמכה דעתיה ולא גמר ומקנה תדע מדאמרינן בפרק קמא דקדושין אפיסקא דנכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף לא שנו אלא במקום שאין כותבים את השטר אבל במקום שכותבים את השטר לא

קנה עד שיכתוב פרש"י דכיון דרגילי בהכי לא סמכה דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא ומשום דלוקח לא סמכה דעתיה ולא קנה אף המוכר יכול לחזור בו כל זמן שלא נכתב השטר אף כאן כל שהקונה יכול לחזור בו אף המוכר לא גמר והקנה.

ונראה שיש לחלק דהתם ודאי באתרא דנהיגי למקני בשטרא אעפ"י שהשטר ליפות כחו של קונה הוא שיהא מקחו ברור בידו אחר שנתן את מעותיו מכל מקום גם המוכר יאמר עדיין לא גמרתי להקנות וסבור הייתי לימלך בדבר כל שלא נעשה השטר כמנהג אבל היכא שאצל הנוצרים כולם נהיגי למקני בנתינת מקצת דמים ויודע הוא הנוצרי שישראל יכול לכוף אותו בפני הבאיי"לי שלו לתת המקח בידו ואין לו מנוס שיוכל להפטר ממנו גמר ומקנה וישראל נמי סמכה דעתיה על הדבר שיודע שיכול לכופו כפי נמוסיהם לעמוד בפני הבאייל"י ויחייבנו בדיניהם אף על פי שאינו בטוח המוכר מישראל הקונה גמר ומקנה ומנין אני אומר שכל שדין קנין של מוכר ושל קונה חלוק זה מזה עלתה לזה אעפ"י שלא עלתה לזה שהרי בנכסי יתומים שאמרו הרי הם כהקדש לא מקנו אלא בכספ' כשמשכו לקוחות פירות מיתומים אף על פי שאם הוקירו יכולים יתומים לחזור בהם כשהוזלו אין לקוחות חוזרים בהם כדאמרינן בהנזקין שלא יהא כח הקדש חמור מכח הדיוט וכן כשמשכו יתומים פירות מאחרים היה בדין שיתומים חוזרים ומוכר אינו חוזר אי לאו מטעמ' דמפרש התם משום דרעה היא לגבי יתמי ולא אמרינן בהם כל שלוקח לא קנה מוכר נמי לא גמר ומקנה. ואף על פי שהקונה יכול להשמט שלא לקבל המקח כל שהמוכר א"א לו להשמט שלא ימסור המקח קנה שהרי אמרו שם דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא אקני אי בעינא בשטרא איקני ולהכי אמר תרווייהו אי בעינא בכספא שלא יחזור בו המוכר ואי בעינא בשטרא איקני שאם ירצה הקונה לחזור יחזור הרי כאן שאעפ"י שהקונה יכול לחזור בו ואין המוכר בטוח שיגמר המקח הואיל והוא אינו יכול לחזור בו שהרי פי' שיקנה בכסף אמרינן דגמר ומקני אף כאן הואיל ויודע הוא שבדיניהם נקנה המקח ויכול הקונה להוציא ממנו בדינא ודיינא גמר ויהיב אע"פ שאינו בטוח מהקונה אם ירצה לחזור בו והוה ליה כאילו פירש וגם לא דמי לעייל ונפיק אזוזי דפרק האומנין דאמרינן אנן סהדי דלא גמר לקנות אלא במעות וכי היכי דלוקח מצי הדר ביה מוכר נמי מצי הדר ביה אף על פי שהעכבה ממנו לפי שכבר נתבטל המקח ואין המקח קיים לחצאין כדכתב הרא"ש ז"ל שם דהכא מעיקרא הוא ידע שלוק' יכול לחזור בו ואפ"ה הקנה ושעבד עצמו במה שא"א לו להשמט ממנו בדינא ודיינא אלמא גמר והקנה לגמרי דומיא דנכסי דיתומים דמייתינן לעיל. ועוד דאף על

גב דבישראל מישראל אמרינן כשהלוקח לא קנה ולא סמכה דעתיה כגון באתר' דנהיגי לכתוב שטר אף המוכר יכול לחזור בו בישראל מגוי לא אמרי' הכי אלא אע"ג דישראל לא גמר למקני עד דכתבי ליה שטרא גוי מהא אסתלק ליה כדמוכח מההיא שמעתא דפרק חזקת נכסי הגוי הרי הם כמדבר כל המחזיק בהם זכה בהם מאי טעמא גוי מכי מטי זוזי לידיה אסתלק ישראל לא קנה עד דמטא שטרא לידיה דמיירי במקום שכותבים את השטר כדפי' רשב"ם והתו' דאפילו בישראל חבריה לא קנה עד שיכתוב לו את השטר וכ' רשב"ם ודוקא בלוקח מגוי אבל בלוקח מישראל חבירו נהי דלא קני לוחק עד דאתא שטרא לידיה אחר מיהא אין יכול לקדם ולהחזיר שהרי עדיי ברשות מוכר קיימא שכל זמן שלא החזיק הלוקח או לא בא השטר לידו יכולים שניהם לחזור זה בזה עכ"ל אלמא אף על גב דישראל מישראל כל שלוקח חוזר אף מוכר יכול לחזור בישראל מגוי אף על גב דישראל לא גמר למקנן גוי מיהת אסתלק ליה ובנדון דידן ישראל סמכה דעתיה שפיר בקניינו שיודע שיכול לכופו שימסור מקחו בידו אעפ"י שאם היה רוצה ישראל היה חוזר בו לא מפני כן הופקעה מכירתו של גוי דהא אסתלק ליה והרי ישראל עומד במקחו ורוצה בה לפיכך אם בא ישראל אחר ותקפה חייב להחזירה לראשון שזכה בה.

ויש לי להכנס כאן בחקירה אחת אם חייב ישראל השני להחזירה לראשון מטעמא אחרינא וזה שהרי נחלקו אבות העולם בקניינו של גוי במטלטלים אם בכסף או במשיכה שרש"י ז"ל פסק כההיא דפרק שני דבכורות ישראל שנתן מעות לגוי בבהמתו בדיניהם אף על פי שלא משך קנהו וחייב בבכורה ומפרש אביי בדיניהם שפסקה להם תורה מיד עמיתך במשיכה הא לגוי בכסף וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפרק ד' מהלכות בכורות ובפרק ראשון מהלכות זכיה ורבינו תם פסק כרבי יוחנן דפרק הזהב דדריש מיד עמיתך בכסף מיד גוי במשיכה והדברים עתיקי' וכאן כיון שנתן ישראל לגוי מקצת דמים זכו לו מעותיו אף על פי שלא נתן כל הדמים כדאמרינן ריש פרק האומנין מלמדים אותם שלא יחזרו בהם כיצד כותב לו אני פלוני מכרתי שדה פלוני לפלוני באלף זוז ונתן לי מהם מאתים והריני נושה מהם שמנה מאות זוז קנה ומחזיר לו את השאר אפילו לאחר כמה שנים שכל שנתן מקצת מעות בתורת התחלת פרעון כמו בנדון דידן שנתן אבואין קואינטו קנה לאלתר מן התורה לרש"י ולהרמב"ם ז"ל וכיון שכן יש לדון בה שאסור לישראל חבירו ללוקחה שספק גזל הוא ואם נטלה חייב להחזיר אע"פ שהוא תפוס דתפיסת ספק אחר שנולד הספק לאו כלום הוא דומיא דתקפו כהן דמוציאין מידו כמו שכתבו כל הגדולים ז"ל ואע"פ שכתב מהר"י קולון ז"ל וכן הביא מהר"ין לב ז"ל בח"ב סימן מ"ב שמדברי הרי"ף ומדברי רבינו שמואל בר ברוך שהביא במרדכי בפרק נערה

משמע דסבירא ליה הרי"ף דתפיסת ספ' אחר שנולד הספק הויא תפיסה מדלא הביא בריש כיצד הרגל בעיא דרב אשי אם שינוי לצרורות לרביע נזק ותמה עליו הרא"ש ז"ל בזה ואמר אפשר דסבר דאין נפקותא בבעיא זו דלא מגבינן קנסא בבבל אלא אם תפס בהא לא מפקינן מיניה כיון דעלתה בתיקו וכתב ומיהו תימא כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהניא תפיסה אוקי ממונא בחזקת מריה ושלא כדין תפס ונראה לי דמשום זה לא נאמר שהרי"ף ז"ל חולק על זה הכלל התפוס בידינו מכל הפוסקים ראשונים והאחרונים ז"ל וכדמוכח בכמה דוכתי שהרי אנו מוציאין לו בההיא דסוף פרק הפועלים דמבעיא לן בגמ' לסטים מזויין כנגד רועה מזויין מאי וסלקא בתיקו וכתב הרי"ף ז"ל בהלכותיו ואפי' רועה מזויין פטור כלו' דאע"ג דלא איפשיטא כמאן דאיפשיט' דמי דמוקמינן ממונא בחזק' מריה וכמ"ש הרב המגיד ז"ל בפרק ג' מהלכות שכירות ואי ס"ד דאי תפס מפקינן מיניה לא הוה ליה לפסוק דפטור וכמ"ש שם הרב נמוקי יוסף לכך נראה שאין להוכיח מההיא דכיצד הרגל דסבירא ליה להרי"ף דמהני תפיסה שהרי הרא"ש כי היכי דלא תקשי ליה אמאי השמיטה אמר שאפשר דס"ל הכי אבל הקשה על עצמו דלא אפשר לומר כן וצ"ל דהרי"ף ז"ל רוח אחרת עמו במה שהשמיט הבעיא ולא שהוציא הרא"ש דין מתוך הקושיא שאני מוצא להרא"ש עצמו בפרק אלו מגלחין שהטיח דברים כלפי הר"ז הלוי ז"ל על שהוציא דין אחד להחמיר מתוך קושיא א' ואמר אין נ"ל לעשות בנין בלא יסוד כי באו להחמיר ולומ' סברות רחוקות מכח קושיא ואם יש תירוץ לקושיא נתרועע היסוד ונפל הבנין עכ"ל הילכך לא היתה כונת הרא"ש להוציא דין זה מתוך קושיא מפני מה השמיטה הרי"ף אלא אמר היה אפשר דלכך השמיטה אלא שקשה וכו' ונ"ל טעם אחר כי מה בצע דאתנח לן חדא ואיתקיף לן חדא ומדברי רבינו שמואל גם הוא אין להוכיח שיש להעמיד דבריו בשתפס הבעל קודם שנולד הספק דהיינו שהיה תפוס בהם מחיים. ומיהו איכא למימר דלא דיינינן ליה הכא בדינא התפסת ספק דמפקי' מיניה דהתם היינו טעמא משום דמוקמי' ממונא בחזקת מרא קמא אבל הכא ליכא לאוקומיה בחזקת ישראל הראשון דמאן לימא לן שראשון קנה כדי שיצטרך זה להוציא מידו וראי' מדאמרי' בפ' שני דכתובות גבי נכסי דבר שטיא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת דבר שטיא ולא אמרן אלא דאית ליה חזקה דאבהתיה אבל לית ליה חזקה דאבהתיה אמרי' כשהוא שוטה זבן וכשהוא שוטה זבין אלמא כל שחזקת הראשון מספק' לא אזלינן בתר חזק' קמיית' אלא בתר חזק' דהשתא.

אלא שיש לי בזה מקום עיון בהא דמבעיא לן בפרק קמא דמציעא אויר שאין סופו לנוח אם כמונח דמי או לאו ולא איפשיטא וכתב שם הרא"ש הילכך במתנה לא קנה

ובהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבעל הבית מוחזק תחילה מספק ע"כ והויא איפכא מההיא דבר שטיא שהבאתי ועוד קשיא לי דבפרק חזקת מבעיא לן החזיק בה לקנות אותה ואת חברתה אי נמי החזיק במצר לקנות את שתיהם מהו וסלקא בתיקו ופסק הרא"ש ז"ל שאם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה זכה וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות זכיה ומתנה וכתב שם הרב המגיד ז"ל הטעם שחזקת זה האחרון חזקה ברורה וחזקת הראשון מסופקת מעמידין אותה בחזקת זה שחזקתו ברורה איברא שיש לי להשיב בטעם זה שחזקת הראשון גורם לנו ספק בחזקת האחרון שאם תמצא לומר שהא' עלתה לו חזקה אין חזקתו של שני כלום א"כ אף חזקתו של שני אינה ברורה וגם ההיא דכתובות שהבאתי מנכסי דבר שטיא איכא לשדויי בה נרגא דשאני התם דבאין עליו משני צדדין אם כשהוא שוטה זבן כשהוא שוטה זבין ואם כשהוא חלים זבן כשהוא חלים זבין מה תאמר כשהוא חלים זבן וכשהוא שוטה זבין הא לא שכיחא והוה ליה כתרי ספקי לסייועי חזקת הלוקח מה שאין כן בההיא דמציעא ובההיא דנכסי הגר אי נמי ההיא דבר שטיא קונה יורד ברשות הוא שמכר לו בר שטיא וכיון שאין לו חזקה דאבהתיה לא מבטל מכירה מספק והוה ליה כתפוס בה קודם שנולד הספק אבל בהני האחרון יורד שלא ברשות הוא ולאו כל הימנו של שני לאבד חזקתו של ראשון ועדיין דברי הרא"ש אצלי מוקשים זה לזה ואין לי עכשיו טעם ברור לחלק ביניהם ולראות איז' מהם יכשר לנדון.

אלא שיש לדון בנדון דידן ששמעון זה בגזל היא בידו הסחורה הזאת שהגוי לא מכרה ולא נתנה לו אלא הוא תקפה ממנו ומוציאין מידו דכי אתא לידיה מעיקרא באיסורא אתא לידיה וקיימא לן בפר' אלו מציאות שספק הינוח אסור ואם נטלו ולא הלך משם יחזיר ואם הלך לביתו שיש לחוש שמא באו הבעלים ולא מצאו ויהא מונח אצלו עד שיבא אליהו ועוד בסוף פרק קמא דכתובות גבי נמצא בה תינוק אם רוב ישראל ישראל ואמרינן למאי נ"מ להחזיר אבידתו וכתבו התוספות דאף על גב דקיימא לן בריש כיצד הרגל דאין הולכין בממון אח' הרוב ותירצו דלא אמרי' הכי אלא היכא דבהתירא אתיא לידיה שמדעתו נתנם אבל הכא ספק כשבאת אבידה לידו דבאיסורא אתא לידיה ובהא דמבעיא לן בפר' השואל דשותפין ששאלו פסק הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות שאלה ופיקדון כיון דספק היא לפיכך אם מתה אינו משלם פשע בה הרי זה משלם והיינו טעמא לפי שהפושע הוא אצל הדבר כמזיק כמ"ש בפ' שני מהלכות שכירות וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראיה ברורה לפטרו חייב לשלם כמ"ש הרב המ"מ שם ואף על פי שאין אחרים

מודים לו בפושע דלאו כמזיק בידים דמי הכא ודאי כמזיק ממש הוא וחייב עיין ברמזי' סימן ש"ב בכל הני ובדברי הרמב"ם ז"ל.
וצריך לברר כיצד משלם מה שהזיק לא כמו שבא בשאלה שיהא חייב לשלם כל מה שהסחור' נמכר' ביום שאם היום הוקרה לאחר שמכרה או לאחר שיצתה מן העולם אינו חייב לשלם אלא כשעה שיצתה מן העולם או כשמכרה דאמרי' במרובה האי דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ארבעה זוזי תבריה או שתיה משלם ארבעה אתבר ממילא משלם כשעת הגזלה ואמרי' התם משמיה דרב קרן כעין שגנב תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה כשעת העמדה בדין ואוקימנא לה ביוקרא וזולא דמשלם כשעת יציאה מן העולם דהיינו טביחה או מכירה נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכז

לפליוונא.
שאלה ראובן שחלה ונפל למטה וצוה מחמת מיתה בדעתו ובשכלו הטוב והישר בכל דין תקנות חכמים ז"ל ומינה על בן יחיד ורך אשר נשאר ממנו אפטרופוסי' חשובים מחשובי העיר ארבע אנשים שיעשו עם נכסיו כראוי וכנכון וכדרך כל הארץ בלי שום פוצה פה ומצפצף לשום נברא בעולם והם יהיו על כל נכסיו בכלל ובפרט מכל מה שהפה יכול לדבר והלב לחשו' כאשר כתוב וחתום בצואה של ראובן וכן נפטר לבית עולמו הצדק וחיי שבק לרבנן ולכל ישראל וידענו בבירור שנפטר מאותו חולי אחר קצת ימים חלה היתום ונפל למטה כשראו האפטרופוסים הצער הגדול הזה רחמו על הנער הרך וטוב והקדישו לגבוה סך מה לצדקות ולארץ ישראל וירושלים תוב"ב ואולי בזכות זה ירפאהו ה' מחלייו וגם נשאר ממון הרבה כזה וכזה יותר ויותר ליתום ועשו הכל לאהבת הנער שהיה רך וטוב לאביו ז"ל ובא הסבה מבעל הסיבות נורא עלילות שמת גם הנער הרך והטוב והלך לבית עולמו וחיי שבק לרבנן ולכל ישראל עכשיו נפל הירושה לאחי ראובן הנז' אשר הם במרחקים אם יכולים היורשים לטעון ולערער על האפטרופוסים הנז' על המתנות וההקדשו' שנתנו ויכולים להחזירה מן המקבלי' המתנה מן ההקדשות הנז' או מה שעשו האפטרופוסי' יהיה עומד בחזקתם ובמקומם ובתוקפם ביתד תקוע' בלי שום פוצ' פה ומצפצף ליורשיו של ראובן יורנו רבינו המורה לצדקה להאיר לנו האור הבהיר הדין על אמיתו ושכרו כפול מאת ה' מן השמים.
תשובה איברא דאין אפטרופוסים רשאין לפסוק על היתומים צדקה ואין פודים עליהם את השבויים כדתניא בהנזקין כללו של דבר כל דבר שיש לו קצבה כגון שופר סוכה

ולולב אפי' מגלה עושין כל דבר שאין לו קצבה כגון צדקה ופדיון שבויים ותנחומי אבלים אין עושים להם. מכל מקום נראה שאם עשו לזכות היתום בעד רפואתו רשאין הם בכך לפי שצורך שע' הוא להם דהא דאמרינן אין פוסקין עליהם צדקה ואין פודים עליהם את השבויים היינו מטעם דאין למצות אלו קצבה וכדפרש"י ז"ל דהא בכל שעתא קיימי עניים ונמצאו נכסיהם כלים עד כאן לשונו אבל בעת חלים שרי דבכל שעתא לא שכיח חולי ומקרי דבר שיש לו קצבה וראיה מהא דאמרינן בסוף פרק נערה לענין אלמנה אמר רשב"ג רפואה שיש לה קצבה תתרפא מכתובתה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות ורפואה שיש לה קצבה היינו שאינה חולה תדיר ושאין לה קצבה כגון שהיתה רגילה להיות חולה בכל יום כההיא קריבתיה דרבי יוחנן דמייתי התם וכהא דאמרינן עשו הקזת דם בארץ ישראל כרפואה שאין לה קצבה שלפי שהיו רגילין בארץ ישראל להקיז דם תדיר אלמא חולי הבא מזמן לזמן דבר שיש לו קצבה קרינן ליה ולא שייך לומר נמצאו נכסיהם כלים דצורך שעה הוא.

ושמא תאמר לא אמרינן דבר שאין לו קצבה בזמן אלא שיעור שהמצוה מעיקרא אין לה שיעור קצוב בתורה אלא איש כמתנת ידו המרבה והממעיט ורש"י ז"ל שמוכיחין דבריו דאזמן קאי לשטתיה אזיל שכל שיש לו זמן מוגבל קצוב קרינן ליה אע"פ שאין שיעורו קצוב דבההוא פרקא גופיה לעיל אפסקא דאין מוציאין לאכילת פירות וכו' מנכסים משועבדים ומפרש עול' לפי שאינן כתובים ור' חנינא אמר לפי שאינן קצובים ומותבינן ממתניתן דנתחייב לזון בת אשתו ה' שנים דתנן דנזונת מנכסים משועבדים ופירש רש"י אלמא כיון דקיצי חמש שנים אף על גב דלא כתיבא גביא ממשעבדי כרבי חנינא וקשיא לעולא עד כאן אף על גב דמזונות גופייהו לא קיצי כדאמרינן בפרק אע"פ ארב אדא דאמר תקנו מזונות תחת מותר ומעה כסף תחת מעשה ידי' ומפרש טעמא מידי דקיץ דהיינו מעשה ידיה ממידי דקיץ דהיינו מעה כסף אבל מזונות כנגד מעשה ידיה לא אלמא מזונות לא קייצי משום דפעם מתיקר השער ופעם מוזיל. והרשב"א ז"ל בחידושיו לגיטין הוכיח כן דמזון בת אשתו לא קיצא קריא לה וכן הביא שיטת רבינו חננאל ז"ל והרמב"ם ז"ל בפרק י"א מה' מכירה כתב חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות אותך וכו' לא נשתעבד ע"כ ואע"פ שעל עיקר דינו חלקו חכמי הדורות לומר שיכול להשתעבד אף בדבר שאינו קצוב מ"מ מודים לו שהמקבל לזון ה' שנים מקרי דבר שאינו קצוב כמו שראית להרמב"ן ז"ל שהביא ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל דמקרי שאינו קצוב ואמר אע"פ שאין אנו מצווין עמו בעיקר הדין. והכי אשכחן דקרי מזוני דבר שאין לו קצבה כאותה ששנינו בפ"ב דשקלים מותר שקלים חולין והחטאת

מותרה נדבה מה בין שקלים לחטאת שהשקלים יש להם קצבה לפי שיד כלן שוה אבל חטאת אין לה קצבה דזה מביא בסלע וזה בשתים וזה בשלש. הכא נמי אין מצות צדקה כמו סוכה שופר ולולב שיש להם קצבה לולב אחד ואתרוג אחד אבל צדקה כמה שירצה יתן וכן מוכח קצת מדברי הרמב"ם ז"ל כאן שכתב בהלכות נחלות כללו של דבר כל מצות עשה שיש להם קצבה פוסקין אבל אין פוסקין עליהם צדקה ואפי' לפדיון שבויים מפני שמצות אלו אין להם קצבה עכ"ל ולא אמר דבר שאין לו קצבה כדאמרינן בגמרא והשתא כיון דעיקר מצות צדקה שאמרה תורה אין לה קצבה אין האפטרופסין רשאין לפסקה אף בזמן שיש לו קצבה.

ומצאתי בתוספתא דתרומות פ"ק דמתניא הכי וכל מצות האמורות בתורה דבר הקצוב מן התורה אבל אין פודין עליהם את השבויים ואין פוסקין עליהם צדקה בבית הכנסת דבר שאילו קצוב מן התורה. משמע דקצוב ושאינו קצוב קאי אשיעור נגון סוכה ולולב ושופר שיעורן קצוב אבל צדקה אין לה שיעור כאותה ששנינו בריש פאה אלו דברים שאין להם שיעו' הפאה והבכורים והראיון וגמילות חסדים והא דאמ' עלה בירושלמי הדא דתימ' גמילות חסדים בגופו אבל בממונו יש לו שיעור ואתיא כהא דתני' באושא התקינו שיהא אדם מפריש חומש למצות קצבה זו מדרבנן היא מתקנ' אושא כדאמרי' בכתובות פרק נערה והכא אין להם קצבה מן התור' קתני והואיל ועיקר המצוה אין שיעורה קצוב בתורה מה לי שיש לה קצבה מצד הזמן או שאין לה. ומכל מקום מסתברא דהא דמפלגינן בין מצוה שקצו' לה מן התורה ובין מצוה שאין לה קצבה מן התורה לאו משום דמצו' הקצובה חמירי טפי דהא וודאי אין הקצבה גורמת חומרא אלא סברא היא ומשום הפסד יתומים נגעו בה דבקצובה ליכא למיחש להפסד יתומים אבל בדבר שאינו קצוב איכא למיחש להפסד נכסיהם דעד אימת יהבי ואזלי ונמצאו נכסי יתומים כלים כטעמו של רש"י ז"ל והתם בשקלים דמפלגינן בין חטאת שאין לה קצבה לשקלים שיש להם קצבה לאו משום דחטאת חמורה מהך טעמא אלא דלענין מותר מסתברא שכל המעות לצורך החטאת הקדי' שהרי הוה יכול להביא בכלם חטאת שמנה אבל שקלים שיש להם קצבה לא חל עליהם מותר קדושה ומעיקרא כי אפרישינהו על דעת שיהא מותרן חולין אפרישיניהו אבל הכא אין טעם לחלק בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה אלא מטעם שיהיו נכסי יתומים כלים הילכך היכא דלצורך שעה הוא כדי שצדקה זו תגין עליהם להצילם כדכתיב וצדקה תציל ממות יכולי' לעשות וכי תימא כמה יתנו הרי אין לצדקה דבר קצוב ודאי דלפי אומדן דעתא שהיו רוצים היתומים לתת יתנו גם הם והכל לפי ברכת הבית ולפי עשרן וכהא דאמרינן בשלהי בבא קמא דאין מקבלין מן

הנשים צדקה דבר מרובה אלא דבר מועט ואמרי' דרבינ' איקלע לבי מחוזא אתו נשי רמו קמיה כבלי ושירי אמר הני לבני מחוזא דבר מועט הוא.
ועוד נראה שלא אמרו אין פוסקין עליהם צדקה ואין פודין עליהם שבויין אלא בשכוונת האפטרופסין בשביל המצוה כיון דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו אבל כשאין עיקר כוונתן לצורך העניים אלא לצורך היתומים כי היכי דנהוי להו כפרה וזכות בכל מידי דהוי הנאה וזכות ליתמי רשאין. תדע דהא רבא פסק צדקה איתמי דבי בר מריון כדאמרינן בריש בתרא ויהיב טעמא אנא לאחשובינהו הוא דעבדי אלמא הא דקתני כל דבר שאין לו קצבה אין עושין לאו מילתא פסיקתא היא דאם כן היכי שרי מטעמא דלאחשובינהו השתא משום מצות צדקה ששכרה גדול אין פוסקים מטעם חשיבות מי שרי אלא היינו טעמא דכל שעיקר כוונתן לצור' המצו' אין פוסקין אבל כוונתן לצורך היתומים שפיר דמי ואי לאחשובינהו שרי כל שכן לזכותם כי היכי דנחי' וטעמא דחשיבות נמי שייך כאן כיון דמנהג הוא בישראל שמתפללין על החולה שתקף בחולייו וכהא דאמרינן כמאן מצלינן האידנא אקצירי ואמריעי וכו' והם רגילין לפסוק צדקה כאותה שאמרו בהגדה וידר יעקב נדר לאמר לדורות שיהיו נודרין בעת צרתן ואם לא היו עושין כן היה גריעות ובושה ליתום מאחר שהוא אמוד בנכסים רבים הילכך עדיף מלאחשובינהו וכי תימא פסיקה של צדקה זו היאך תגין על היתומים כיון דהם אינן נותנים מדעתם אין ליתומי' מצוה בכך והאפטרופסין אינן נותנים משל עצמן כדי שזכותן תגין על היתומים כאות' שאמרו סלע זה לצדקה בשביל שיחיו בני אלא נותנים משל יתומים ומה תועלת בפסיקה זו. מכל מקום כל שעניים נהנים מנכסיהם זכות הוא להם כאותה שאמרו הרי שנפלה סלע מכיסו ומצאה עני ונתפרנס בה זכות הוא ועוד הרי אמרו כופין על הצדקה ואמרינן בפר' קמא דבתר' דרבא אכפיה לרב נתן בר אמי ושקיל מיניה ארבעה מאה זוזי לצדקה והיה כפיה גמורה לרבינו יצחק ולריצב"א ז"ל וכיון שהכפיה היא שיקיים מצות עשה אם לא עלתה לו מצוה למה יכופו אלא ודאי שעלתה לו אפילו שלא לרצונו ואע"פ שרבינו תם פי' שאותה כפיה דרב נתן בר אמי בדברי' היא היינו משום דקשיא ליה הא דאמרינן דכל מצות עשה שמתן שכרה בצד' אין ב"ד של מטה מוזהרים עליה מכל מקום מודה הוא שתחשב לו לצדקה אע"פ שע"כ נתנה ועוד כשנותנין צדקה לעניים אותם העניים מבקשים עליהם רחמים כהא דאמרינן בפרק קמא דבתרא גבי דריוש די להוו מצליין בחיי מלכא ובנוהי ואמרינן דבישראל כה"ג שרי דתניא סלע זו לצדקה בשביל שיחיו בני הרי זה צדיק גמור כדאמרינן בפרק קמא דפסחים וכמו שנתנו טעם התוס' שם.

ועוד מטעמא אחרינא יש לאפוטרופין רשות בכי האי גוונא משום דאומדנא דמוכח היא שאם היה היתום גדול בעת חולייו זאת היה נותן לצדקה יותר על כן דכל אשר לאיש יתן בעד נפשו ואם יגרו' החטא יחפוץ יותר שיהנו עניים מנכסיו ולא שיעזב לאחרים חילו אי נמי אמדינין דעתיה דאב שאם היה בחיים היה מבזבז יותר ויותר בשביל שיחיה בנו דומיא דמי שנשתטה דתניא בפרק נערה שנתפתתה מי שנשתטה בית דין יורדין לנכסיו וזנין ופרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר ומפרש בגמרא מאי דבר אחר רב חסדא אמר תכשיט ורב יוסף אמר צדקה ופרכינן התם מ"ש מהא דתניא מי שהלך למ"ה וכו' ומסיק דשאני לן בין יוצא לדע' ליוצא שלא לדעת שיוצא לדעת יש בידו לצוות על ביתו והואיל ולא צוה גלה דעתו שאין רצונו לפרנס ולא לספק צרכיהם אבל מי שנשתטה דיצא שלא לדעת מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו וגם שיתנו צדקה מנכסיו ואף על גב דגבי יתומים לא אמרי' האי אומדנא לפסוק עליהם צדקה ולפדות עליהם את השבויים היינו משום דבני חייובא הם לאחר זמן ויכולים לקיים מצוה זו לאחר שיגדלו אבל זה שנשתטה דלאו בר חייובא היא לעולם עד אימת נינטר וכן כתב הרמב"ם ז"ל בסוף הלכות נחלות דמי שנשתטה או נתחרש ב"ד פוסקין עליהם צדקה. וכיון דגבי נשתטה אזלינן בתר אומדנא לענין צדקה אף ביתומים אזלינן בתר אומדנא בכי האי גוונא שהיא עת צרה שאם לא עכשיו אימתי וכי היכי דרשאין לתרום ותרומתן תרום' להאכיל אבל לא להניח משום דאנן סהדי דניחא להו בכך והוי ליה שלוחייהו בכך הכי נמי בעת צרה אנן סהדי דניחא להו וזכות הוא ליתומים והוי כשלוחייהו.

ועוד יש לקיים מעשה אפטרופסין אלו מאותה ששנינו בתוספת' והביאה הר"ן ז"ל בהניזקין דבשנטלו רשות מב"ד הכל מותר דהכי תניא בתוספתא וכולן אם נטלו רשות מב"ד מותר שאין לך בדברים אלא מקומן ושעתן וכן הביאה הרב המגיד משם הרמב"ן והרשב"א ז"ל שכל הדברים שאמרו שאין אפטרופסין רשאין לעשות יכולים הם ע"פ ב"ד ואף לענין פסקי צדקה ואי קשיא מהא דאמרינן בפרק קמא דבתרא דרבא רמא צדקה איתמי דבי בר מריון ופריך ליה אביי מהא דתני רב שמואל בר יהודה אין פוסקין צדקה על היתומים אפילו לפדיון שבויים ומאי קושיא והא רבא ב"ד הוה ותניא וכולן אם נטלו רשות מב"ד מותר ואע"ג דאביי הוה יתיב ברישא ומלך בפני רבא כמה שנים מ"מ ב"ד של רבא הית' בפני עצמה כדאמרינן ההוא מדרבנן לתלמידים דאביי אדגרירתו גרמי בי אביי תא אכלו בשרא שמינא בי רבא וכן פשר ליה בר הדיא לרבא דשכיב אביי ואתי כל מתיבתיה לגבך וכן הא דאמרינן בס"פ יש נוחלין שאלוה לספרי דרבא וידעי לספרי דאביי וידעו והכי אשכחן בכמה דוכתי וגדול בחכמה היה כמו אביי אלא משום

עובדא דמייתי התם אדברוה לאביי ויתבוה ברישא וכי תימא דמ"מ ב"ד אין עושין אלא לצורך לפי מקומן ושעתן והיינו הא דקבעי אביי באי זה טעם ראה לפסוק עליהם צדקה והשיב דלאחשובינהו הוא דעבד א"כ תקשי לך היאך למדו המפרשים ז"ל משם דכל לאחשובינהו רשאין האפטרופסין לעשות דילמא רבא שאני דב"ד הוא ויש לו רשות לתת כפי ראות עיניו לפי שעה אבל אפטרופסין לא ונראה דאביי היה יודע בדבר שלא היה צורך שעה שהיתה הצדקה התדירה ונוהגת בכל יום כגון קופה ותמחוי ולא היה אביי מקשה מברייתא דאין פוסקין צדקה אם היה דבר שאינו תדיר ובאקראי שהרי אמרו אין לך בדברים אלא לפי מקומן ושעתן ולפי עשרן כי הני דבי בר מריון עשירין גדולים הוו ואין טעם ברור מזה שיתן לפי עשרן וכדאמרינן בעלמא מעלינן לך בנכסים דבי בר מריון ורבא לא השיב שנתן באקראי לפי עשרן אלא דלאחשובינהו הוא דעבד כלומר ומשום הכי שרי מדין אפטרופוס ולאו מתורת ב"ד אתי עליה והשת' כיון דב"ד רשאין בכך הרי אפטרופסין הללו ארבעתם יש להם דין ב"ד הואיל והמת צוה בפניהם כפי מה ששמעתי ומינן אפטרופן על נכסיו. וגדולה מזו אמרו בפרק יש נוחלין שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין והביא הרמב"ם ז"ל בפרק שלישי מהלכו' סנהדרין כלשונה ולא פירש בה דבר אבל הרא"ש ז"ל כתב שם וז"ל ודייק לה רב יהודה מדקרייה רחמנא חוקת משפט מה שאדם מנחיל את בניו אלמא שהעומדין שם ב"ד הם אם רצו לעשות דין כאילו צוה תחלה שיהו אלו על דבריו לכל דבר ודבר שיסתפק אדם בלשון הצואה ואין אחד מן היורשים יכול לערער ולומר לב"ד הגדול קאזילנא או לב"ד חשוב שבעיר ולהכי נקט שלשה שנכנסו לבקר את החולה דלא מבעיא אם צוה החולה שיבואו שם שלשה ויצוה בפניהם דאיכא למימר דלפיכך צוה שיבואו שם כדי שיהיו דיינים על צוואתו כההיא דפרק זה בורר לענין אודיתא דמפלגינן בין מכנפי ויתבי לכנפינהו איהו אלא אפי' נכנסו מעצמן לבקר נעשו דיינין עד כאן דבריו ואף על גב דאמרינן התם לא שנו אלא ביום אבל בלילה אפילו שלשה כותבין ואין עושין דין מ"ט דהוה ליה עדים ואין עד נעשה דיין היינו דוקא בשאין שם עדים אחרים שיעידו אלא הם עצמן דאין עד המעיד נעשה דיין אי משום דהויא עדות שאי אתה יכול להזימה או משום דגזרת הכתוב היא כדכתבו התוספות דבעי' ועמדו שני האנשי' בעדים הכתוב מדבר לפני ה' אלו הדיינין אבל עד הרואה נעשה דיין כדהוכיחו התו' מפ"ק דגיטין ובפ"ב דכתובות. ומה שכתב הרא"ש ז"ל לכל דבר שיסתפק בלשון הצוואה היינו באותם שכתבו הצוואה ולא מינן אפטרופין ואין להם יכולת לשנות ממה שכתוב בצוואה אלא לפרש מה שלא נתפרש בה או בכל ספק שיארע אבל כשמינן הם עצמן אפטרופין רשאין לדון בכל ענייני

אפטרופסו' כל מה שב"ד הגדול יכול לדון בלא נטילת רשות מהם מאחר שבידן הפקיד רוחו ועשאן אביהן של יתומים ויכולים לדון בדעתו שאילו אביהן היה קיים בשעה זו היה פוסק עליהם צדקה כזו לפדיון נפשם או אם היה היתום גדול היה פוסק על ידי עצמו וכל כיוצא בזה יכול ב"ד לעשות לפי מקומו ושעתו ואף אפטרופסין אלו כן.

ואני מסתפק בממנה שלשה אפטרופין על נכסיו אף על פי שלא היו בפניו אם יש להם תורת בית דין דאיכא למימר דכיון דמינה אותם על בניו ונכסיו לעשות ככל הנראה בעיניהם הוי ליה כקבלינהו עליה. וההיא דשלשה שנכנסו לבקר את החולה רבותא אשמועינן שאף על פי שלא נתמנו בדבר אלא שנמצאו שם באקראי יש להם תורת ב"ד כל שכן אותן שנתנן פקידים לעשות בנכסיו ככל הנראה בעיניהם והם שלשה שעשאן ב"ד כאותה שהעיד חנניה איש אונו בסוף פרק התקבל באומר לשלשה תנו גט לאשתי שיאמרו לאחרים ויכתבו ויתנו מפני שעשאן ב"ד ולא נחלק עליו רבי יוסי אלא שאפילו אמר לבית דין הגדול שבירושלים ילמדו ויכתבו ויתנו אבל כל דבר שיכולים ב"ד מומחין לעשות יכולים שלשה שקבלם עליו לעשות והני כמאן דקבלינהו עליה דמי ואף על גב דגבי אודיתא קי"ל כמר בר רב אשי דאמר זמנין כתבינן זמנין לא כתבינן מכנפי ויתבי לא כתבינן כנפינהו איהו כתבינן התם היינו דאי מכנפי ויתבי לא חשיבא הודאה בב"ד שהוא לא היה חושב שהם מזומנים לדון ואפילו ב"ד הגדול כל שלא היו בוועד המושב אין בהם תורת ב"ד לכך אבל כל שלשה שעשו דין מה שנראה להם דינן דין. ועוד דכל שלשה אפי' הדיוטות יש להם תורת ב"ד ודנין את האדם בעל כרחו כדמוכח בפרק קמא דסנהדרין דתניא דיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי ודקדקו שם התוספות דאפי' יחיד יכול לכוף את האדם בעל כרחו דאי בדקבליה עליה אפי' שאינו מומחה נמי ומכאן דסתם שלשה יכולים לדון את האדם בע"כ כשאינו רוצה לבוא לבית דין דהא שלשה במקום יחיד מומחה קיימי ואפילו שנים דנין את האדם בע"כ אלא שנקראו ב"ד חצוף וכו' עכ"ל וכן כתב הרא"ש בהלכותיו והר"ן ז"ל בחידושיו שם הביא ממה שאמרו בירושלמי מומחה שכפה ודן דינו דין וכן נראה דשלשה הדיוטות יכולים לכוף ולדון דלא אלים יחיד מהשלשה הדיוטות דכלהו דייני מתקנתא דרבנן עד כאן לשונו הרי שכל שלשה ושלשה יש להם תורת ב"ד אפילו הדיוטות כדאמרינן בריש סנהדרין מדאורייתא חד נמי כשר שנאמר בצדק תשפוט עמיתך אלא משום יושבי קרנות תקינו שלשה ופרכי' אטו בתלתא מי לא הוי יושבי קרנות אי אפשר דלית בהו חד דגמיר פירש רש"י ששמע מהחכמים ומדיינים הלכות דין מלוה. ומה שכתב בטור סימן ג' משם הרמ"ה דוקא דגמירי דיני נראה שלא כתב הרמ"ה ז"ל כן אלא לכתחילה כשממנין

אותן וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות סנהדרין ב"ד של שלשה אע"פ שאין מדקדקין בהם כל אלו הדברים צריך שיהא בכל אחד מהם ז' דברים ומנה אותם המדות ששנו בספרא אנשי חיל יראי אלהים וכולי דודאי לא אמר הרב אלא בתחילה כשממנים דיינין שיהיו היותר מובחרים שבישראל אבל לענין דינא סתם שלשה כשרים לדיני ממונות וכופין את האדם בעל כרחו כ"ש הני שנתמנו לאפטרופוסין שהם מיוחדים לבית דין יותר מבית דין אחר וכל שכן היכא שדנו בדין מה שהיה ב"ד יפה ומומחה דן לפי מקומן ושעתן שדיניהם דין ומעשה קיים.

ומיהו אין הדברים אמורים אלא בשנתנו האטרופוסים כבר המעות לעניים או לגבאי צדקה אבל אם עדיין לא נתנו דבר אלא שהתנדבו לתת ולא הפסיקו לתתם עד שמת הבן הרי אלו לא יתנו חדא דנהי דאם מסרו ביד עניים קודם מיתת הבן זכו אבל בדיבורא לבד שהקדישו המעות לאו כלום הוא דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו דומיא דהא דאמרינן התם אין אפטרופסין רשאין להוציא עבדים לחירות אבל מוכרין אותם לאחרים ואחרים מוציאין אותם לחירות ופרש"י ז"ל אעפ"י שאין היתומים מפסידין שהעבדים באים לפדות עצמן בכסף אפילו הכי אין רשאין שהרי אין גופן קנוי להם שאף הקדש אין בידם להקדיש אלא שאם מסרו לגזברים מסור ומעשיהם קיים כמו מוכרים לאחרים ואף על גב דבפרק השולח אמקדיש נכסיו וקדש בהם עבדים קתני נמי אין הגזברין רשאין להוציאן לחירות אבל מוכרים אותם לאחרים כתבו התוספות שם טעמא בהדיא והך דפרק הנזקין משום דדרך שחרור אסור דסברי דקמזלזלי בנכסי יתומים והקדש אבל דרך מכירה ידעי כולי עלמא שמוכרין אותן בשווין עד כאן לשונם. לא שהתוספות סבורין שיכולין להוציא לחירות אלא נתנו טעם אמאי לא יתן העבד דמי עצמו ויוצא כרבי דאמר הכי דהא קיימא לן דכסף גומר בהם אבל בלא כסף ודאי אין בידם לאסור וכי תימא הרי אמרו תרומתן תרומה ובדיבורא בעלמא מתקדשה וחייבין עליה מיתה הא לא דמיא להא דהתם כיון דתרומה טובלת אם לא היה חל עליה שם תרומה לא היו החולין מתוקנין לאכילת היתומים הילכך בההיא וודאי שליחותא דיתמי הוא דעבדי אבל להקדיש מעכשיו קודם נתינה לעניים אין בזה צורך שנאמר שהם שלוחים לכך.

ותו דדוקא לתרומה הוא דאתרבי שליחות מאתם גם אתם כדאמרינן בריש האיש מקדש אבל להקדש אין בו דין שליחות שנראה לי הדברים שאם אמר אדם לחבירו צא והקדיש שור אחד משוורי אין בו דין הקדש דמילי נינהו וקי"ל דמילי לא ממסרן לשליח אף במתנה דקיימא לן כשמואל בדיני דאמר מתנה הרי היא כגט כדאמרינן בפ' התקבל ומיהו תרומה חשיבא מעשה אף על גב דפרכינן בפרק האיש מקדש מה לתרומה שכן

ישנה במחשבה פירוש שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר מכל מקום מחשבת תרומה חשיבא כמעשה וכן מוכח בפרק האומר אהא דאמרינן מעשה מוציא מיד מחשבה מחשבה אינו מוציאה לא מיד מעשה ולא מיד מחשבה ופרכינן מיד מחשבה מיהת תיפוק והקשו בתוספות לפרוך נמי גבי תרומה לעיל לרבי יוחנן דאמר אם עד שלא תרם בטל אין תרומתו תרומה אבל אם משתרם בטל תרומתו תרומה אפילו תרם השליח במחשבה ויש לומר דמחשבת תרומה היה יודע דכמעשה דמי דכתיב ונחשב לכם תרומתכם והויא כאילו תרם בידים עד כאן לשונם אבל דבור של הקדש מילי נינהו ולא ממסרן לשליח.

ועוד אפי' הבעלים עצמן שהקדישום לא נתפסו בהקדש דהקדש עניים כדין הדיוט דיינינן להו דאף על גב דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט לא אמרינן הכי אלא בהקדש בדק הבית כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובת תקס"ג אבל בהקדש עניים אין באמירה אלא דין נדר מדדרשינן בפיך זו צדקה וכדמוכח מדברי הרי"ף בפרק ד' וה' גבי ההוא גברא דתקע לחבריה אמר ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא נתבינהו לעניים הדר אמר להו נתבוה ניהלי דאיזיל ואברי ביה נפשאי אמר ליה רב יוסף כבר זכו בו עניים ואף על גב דליכא עניים הכא אנן ידי עניים אנן והוי ליה מעמד שלשתן אלמא אי לא מטעם מעמד שלשתן לא קנה באמירה לחודה וכתב הרי"ף ז"ל על הגאונים שרצו ללמוד משם דמאן דיהיב מידי לעניים באמירה מצי למהדר ביה ואנן אמרינן דליכא למשמע מינה הכי דבהדיא אמרינן בפיך זו צדקה אלמא בדיבורא מחייב עד כאן וכן כתב הר"ן בתשובה על אותו שהקדיש לחברת בקור חולים ואין הספר בידי אלא שאני זכור שביאר שאין בדבריו אלא מטעם נדר דכתיב בפיך זו צדקה הילכך יכול לשנות דמי הודיעו מתן שכרן של מצות והכא שבעל הממון לא אמר כלום אלא אפטרופוס אין עליו דין נדר כלל ומכי מית היתום נפלו זוזי קמי דיורשים ואינן יכולים לתתם לצדקה.

ואם אחר מיתת הבן נתנום לעניים ישלמו האפטרופוסין משלהם דפשיעה עשו דמשמת הבן פסק כח אפטרופין כדמוכח בהגוזל עצים בעובדא דרבי אבא דאמרינן דילמא שכיב רבי אבא ונפלו זוזי קמי יתמי והתקבלתי דרבי אבא לאו כלום הוא והתם מחייבינן לנפקד לשלם דהוה ליה לאסוקי אדעתיה דילמא שכיב מפקיד כל שכן היכא דידעי דשכיב כי הכא אלא שאם בשעה שנתנו לעניים פירשו שנכסי היתום הן יש לאפטרופוסין דין עם העניים להוציא מידם כי היכי דמפקינן מלוקח כשמכר שליח ונתאנה אע"פ שאין אונאה לקרקעות כדאמרינן בפרק אלמנה נזונת טעה שליח לא קאמינא וכולי באונאה פחות משתות אמרינן בפרק האיש מקדש דאי שוי שליח אמר

לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וכשהודיעו שליח שקונה לבעל המעות יש לו עליו אונאה אפי' בפחות משתות אף כאן מאחר שהודיעו לעניים או לגזברים שמנכסי היתום הם נותנים ונמצאת המתנה בטלה חוזרים ומוציאין מהם אבל אם לא הודיעו אלא נתנו להם סתם אינם יכולים להוציאה מידם שאני אומר משל עצמן נתנו ואחר כך חזרו בהם. ובפרק גט פשוט אמרינן דמי שנמחק שטר חובו כעובדא דההיא אתתא דיהבא ליה זוזי להההוא גברא למזבן לה ארעא אזל זבן לה שלא באחריות דאמר ליה רבי נחמן מצי אמר ליה לתקוני שדרתיך וכו' זיל זבנה מיניה שלא באחריות והדר זבינה ניהלה באחריות כ' הרא"ש ז"ל משמע שאמר למוכר שהיה קונה השדה לאשה פלוני' וכו' דאם איתא שלא פי' שקנאו לאשה מה היה צריך לקנות שנית מן המוכר כיון שקנאו בסתם לעצמו קנאו והרמב"ם ז"ל בפ' שני מהלכות שלוחין כ' וז"ל השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני אע"פ שמשך או המשיך ונמצא שעבר על דעת המשלח בטל המקח ומחזיר ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו עד כאן.

ויש לברר אם האפטרופסי' עצמן הם גזברי' ארץ ישראל וירושלי' תוב"ב או גזברי העניי' או שזכו הם בעדן אם זכו העניי' ובני ארץ ישראל על ידיה' או לאו לפי שאמרו בפ' אלמנ' ניזוני' אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום משום דאמרי' לה מאן שם ליך ופירשו התוס' מי החזיקך באלו הנכסי' שאין לך אדם שיכול לזכות בקרקע חבירו אם לא שיחזיקוהו ב"ד אבל הא לא קאמר שומא ממש דאע"ג דליכא ב"ד מומחין ב"ד הדיוטות מיהא איכא ע"כ משמע דלא מפני השומא קפדי' אלא שאין אדם יכול לזכות בעצמו המקח אלא מיד המקנה לו וכן כ' הרא"ש שם בהלכות. והר"ן ז"ל למדה כן בפירוש משם שכתב וז"ל ומהא שמעינן שאין השליח יכול להקנות לעצמו אפילו באותן דמים שהורישוהו הבעלים למכרו לפי שכיון שהוא שליח הרי הוא כיד הבעלי' ולפיכך אינו יכול להקנות לעצמו שאין המכר אלא הוצאת הדבר מרשות לרשו' וזה לא יצא מרשותו שהרי במקו' בעלים עומד עכ"ל וכן הביא בטור סי' קפ"ה בשם הרשב"א אע"פ שצריך אני להתיישב כאותה שאמרו בפרק אלו מציאות פרה וחמור מטפל בהם י"ב חדש מכאן ואילך שם דמיהם ומניחן דמשמע לכאורה שהוא שם לעצמו בלא ב"ד ואפי' תימא בהדיוטות דבקיאי בשומא מכל מקום הדיוטות לא בקיאי לזכות לאחרים אם לא ב"ד מומחה וכן בההיא דפרק קמא דפסחים בעובדא דיוחנן חקוקאה דאמרינן דשמין לאחרים אבל לא לעצמן ויהיב טעמא משום והייתם נקיים מה' ומישראל אלמא אי לאו טעמא דחשדא היה רשאי למכרו לעצמו ואין להארי' כאן דמדברי הגדולי' הללו מוכח

להדיא שאי אפשר לו לאד' לזכו' על ידי עצמו אם לא שיזכוהו אחרי' וכי היכי דשליח אינו יכול לזכו' לעצמו לפי שהוא כיד הבעלי' מטע' זה עצמו אינו יכול לזכו' לאחרי' על יד עצמו כמו שהמקנה עצמו אינו יכול לזכות לאחרים על ידו כאותה שאמרו בעירובין בפרק חלון ומזכ' להם על ידי בנו ובתו הגדולי' על ידי עבדו ושפחתו העברים אבל אינו מזכה להם וכולי מפני שידן כידו וכן אמרו בפרק השולח האומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי חוששין שמא זכה לו על ידי אחר אבל על ידי עצמו אי אפשר לזכות לפי שלא יצא מרשותו עדיין וכן הדין בשלוחו שידו כיד שלוחו אינו יכול לזכות לאחרים על ידי עצמו מטעם של הר"ן ז"ל שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו ואם נפשך לומר שלא אמרו כן אלא בבעל החפץ בעצמו שאינו יכול לזכות לאחרים עד שיוציאנו מרשותו אבל אדם אחר אעפ"י שהוא שלוחו של נותן ולעצמו אינו יכול להקנות לאחרים מיהת יכול לזכות דכי היכי דנעשה שלוחו של נותן גם הוא נעשה עתה שלוחו של מקבל שיהא זוכה בשבילו כיון דהא נפקא ליה מרשות נותן הא ליתא דאכתי בשעה שהוא נעשה שלוחו של מקב' עדיין לא זכה לו כלום ולאחר מכאן פסקה שליחותו של נותן ושוב אינו יכול לזכות לזה מכח שליחות הנותן ותדע דאמרינן בסוף פרק ב' דגיטין גבי האשה עצמה מביאה את גיטה ובלבד שיהא צריכה לומר בפני נכתב ובפני נחתם ופרכינן אשה מכי מטה גיטה לידה אגרש' לה ובעי לאוקומה כגון דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית להתם וכי מטית להתם הוי שליח לקבלה וקבלי את גיטך ופרכינן והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופירש"י ז"ל שליח לא מיקרי אלא המשלח מזה לזה שראוי לחזור אצל שלוחו ולומר עשיתי שליחותך וזו אינה ראויה לחזור שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה ואחר כך נעשית היא בעל המעשה ובטל השליחו' קודם שתחזור והתוספות פירשו מטעם שנעשית היא עצמה שליח לקבלה וקודם שנעשית שליח קבלה לא נגמר שליחות הראשון שאינו יכול לומר לשולחו עשיתי שליחותך ע"כ הרי מדברי רש"י ז"ל ודברי התוספות אין דרך שליחות ולא דרך זכיה בכך.

אלא שיש לדון בנדון דידן שהם ארבעה אפטרופין שיש להם לזכות לעניים ובני ארץ ישראל על ידיהם לפי שכל אחד מהם יכול לזכות בשבילן מרשות השלשה שמקנין לו ואפילו שנאמר בממנה שלשה או ארבעה אפטרופין בעינן דעת כולם ואין יכולים לעשות זה בלא זה ואין עניינן למחלוקתן של רבי יאשיה ורבי יונתן דמייתי בהנחנקין ובכמה דוכתי דמשמע שניהם כאחד ומשמע כל אחד בפני עצמו עד שיפרוט לך הכתוב יחדיו דסברא הוא דבכל דבר שבממון ומשא מתן כל כמה דנפישי דייקי טפי וכדאמרינן

בפרק שבועת הדיינין גבי כד שיימי תלתא כד שיימי ארבעה דנחית לדעות מכל מקום זהו לענין הסכמתן בדבר שצריך שיסכימו כולם אבל בדבר שהסכימו כבר אחד מזכה מדעת כולם או רובם שלא עלתה על דעת שתהא ידי ארבעתן זוכה כאחת.
ונמצא כללן של דברים שכל שהוציאום מרשותם בחיי היתום ונתנום לעניים ולגזברים של ארץ ישראל וירושלים כבר זכו בהם עניים וגם אם לא הוציאום מרשותם אם אמרו אנו זוכין בעד העניים או שהיו הם עצמם הגזברים זכו העניים על ידיהם כל שהסכימו ארבעתן בכך אבל אם לא אמרו כן בפי' אלא דעתם היה לתתם לגבאים אחרי' או שאמרו לשלחם או לתתם לעניים ונטרפה שעה שמת הילד הרי אלו לא יתנו ואם נתנום לאחר מיתה אם הודיעום שהם נכסי היתום מוציאין מן העני' ואם נתנום סתם ואינם יכולין להוציא הקרן מידם ישלמו האפטרופין מביתם נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכח

שאלה ראובן שהיו לו ב' נשים הראשונה כתובתה מרובה ושניה כתובתה מועטת והלך לו למצרים לסחורה וקרבה שם עת פקודתו ובעת מותו קרא לאחד מאוהביו ומסר בידו הסחורו' שקנה שם וגם מקצת מעות בעין וציוהו שיתן מחצית הנכסים לאחת ומחציתם לאחרת שוה בשוה ובאו הנכסים פה והנם ביד הלה המופקדי' אצלו ובא הדבר לב"ד של הקהל ונסתפקו בדבר אם יעשו כדברי המת שאמר שיחלוקו או יתנו לראשונה שהיא קודמת הואיל וכותבין בכתובה מקרקעי ואגבן מטלטלי ואם תמצ' לומר שתיטול גם השניה אם תיטול כפי חשבון כתובתה שכתובתה של ראשונה כפלים כשניה.
תשובה סלק דברי הבעל כמי שאינם שאם נשתעבדו הנכסים לראשונה דכתב לה דקנאי ודאקני ויש בהם דין קדימה לאו כל כמיני' דבעל שיאמר שתחלוק שניה עמה שדבריו אלו משום מה אתה תופסן משום מתנה כגון שלא אמר תנו להם בכתובתה או משום פרעון כתובתה אי משום מתנה ודאי מצוה מחמת מיתה היה וקיימא לן הולך דשכיב מרע כזכי דמי וכ"ש תן ומיהו לא חיילא מתנת ש"מ אלא לאחר מיתה ולא מהני מידי לענין כתובה וב"ח כדאמרינן בפרק יש נוחלין השתא ירוש' דאורייתא אמרת אלמנתו נזונית מנכסים מתנת שכיב מרע דרבנן לכ"ש ואי משום פרעון כתובה אתה תופסן דאמרינן בסוף פרק קמא דגיטין הולך מנה לפלוני שאני חייב לו תן מנה לפלוני שאני חייב לו אם בא לחזור אינו חוזר והשליח זכה לו מאותה שעה הכא ודאי לאו כזכי מעכשיו הוא שמפורשים היה דבריו דלאחר מיתה קאמר כי הוא היה הולך בדרך כל הארץ ופשיטא שאם היה עומד היה חוזר בו ולא אמרו שזכה להם השליח בתורת

תפיסת צררי בכתובתן וכי תימא תן כזכי דלאחר מיתה קאמר מכי מיית נפלה נכסי קמי ב"ח דקדים וחזר הדבר לדין התורה ועוד אפילו תימא דכזכי מחיים הוא הא קיימא לן ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה והיכא דשעבד לי' מטלטלי דייניו להו כדין מקרקעי כמו שמפורש בפ' חזקת הבתים וכדמייתי בטור סי' ס' ואעפ"י שכתב הרא"ש בתשובה דמכר או נתן לאחרים לא מפקי' מיניה מפני תקנת השוק כתב הרב מהרי"ק ז"ל דלעניין ב"ח מאוחר שקדם וגבה לא שייך תקנת השוק ומפקי' מיניה וכל דיינא דלא דן הכי לאו דיינא הוא ואע"פ שזכורני שראיתי בתשובת הרב אבא מארי ז"ל שכתב על הדיין ההוא שדן שאין מוציאין מידו מפני תקנת השוק ושאין מניחין אותו וכמדומה לי שאותו המעשה היה על שלוה עצמו התפיס למלוה מאוחר מטלטלי' וגם הרב מהורר שמואל די מודינה ז"ל פסק כן בתשובותיו סי' ע"א ויש לי סיוע לדבריהם ז"ל אלא שאין כאן מקומו. ומיהו הם ז"ל לא העמידו ביד התופס אלא לסברת הרא"ש דסבר דבמתנה נמי עשו תקנת השוק אבל לשאר רבוותא דבמתנה לא עשו ה"ה גבי ב"ח וכ"ש הוא והם ז"ל אמרו זוזי היכא דקיימא קיימא אבל הכא בנדון דידן שהנכסים ביד אחרים ובאים למלוך לב"ד לא שבקי' הנך רבוותא דכתבו דמוציאין מידו וע"ד זה כתב הרא"ש ז"ל אבל דל מהכא דברי הבעל מן הדין נ"ל שזכה שניה במחצית הנכסים אע"ג דאמרי' בפ' חזקת דאי כתב ליה מטלטלי אגב מקרקעי קני נמי מטלטלי וכן דאי כתב ביה דאקנאי ודאנא עתיד למקני נשתעבדו אף העתידין לבא וחזרו המטלטלין להיותם כקרקעות שיהא בהם דין קדימה בגבייתם מ"מ בקרקעות עצמן שעדיין לא באו לעולם לא חל שעבודם אלא משעה שקנאם והיינו דמבעיא לן בשלהי פרק מי שמת לוה ולוה וחזר וקנה מהו לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד ואסיקנא הלכתא דיחלוקו ופי' רשב"ם הטעם דבבת א' נשתעבדו להם שהרי אחר ב' הלואו' קנאם ובאות' שעה שקנא' נשתעבדו לשניה' שאין דין קדימ' לא' מהם וכי היכי דבמקרקעי דקנה בתר הכי דייניו להו שיחלוקו אף במטלטלין שהקנ' לו אגב מקרקעי הכי דייניו שכל מטלטלין שקנה אחר שנשתעבד לשניהם שיחלוקו שבאות' שעה שקנאם שעבוד שניה' חיילא כאחת.

ושמא תאמר כשהקנ' מטלטלי אגב מקרקעי הרי כל נכסיו נשתעבדו לראשון מאות' שעה ואם מכרן או החליפן הם וחלופיה' וחלופי חלופיהן בשעבוד' דקמא קיימי שכל שקנה מחמת נכסים הראשונים הרי הם נתפסין בשעבודן ולא אמרו לוה ולוה ואח"כ קנה משתעבד לשניהם אלא בנכסים שבאו לו ממקום אחר במתנה או ירושה או שהרויחן אבל כל מה שקנה באותם הנכסים עצמן לא פקע שעבודה מינייהו אין לך לומר כן שאי אפשר שיחול שום קנין ולא שעבוד בנכסים שלא באו לעולם ואם אמר אדם לחבירו

אני מקנה לך נכסים אלו וכל מה שאקנה מהם לא חל קנינו בעתידין לבא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכי מבעיא לן התם בפרק מי שמת דאיקני וקנה מהו אמרינן אליבא דרבי מאיר לא תבעי לך דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כי תבעי לך אליבא דרבנן מאי פי' רשב"ם מי שאני שעבוד מקנין אי נמי אלמוה רבנן לשעבוד יותר מקנין ומסיקנא דאלמוה רבנן לשעבוד שישעבד דבר שלא בא לעולם ומיהו לא חל שעבודו על הנכסים שיקנה אלא לאחר שקנאם ולהכי אמרינן דבשלוה ולוה ואחר כך קנה משתעבד לשניהם מן הטעם שפירש רשב"ם דבההיא שעתא שעבוד שניהם חייל כאחת אלמא לא חל שעבודם קודם שיבואו לעולם דאי ס"ד דאלמוה רבנן לשעבוד שישתעבד לגמרי אפי' דבר שלא בא לעולם קמא ליגבי בתרא לא ליגבי אלא כי אלמוה רבנן לשעבודא היינו משעה שבאו לעולם אבל מקמי דאתו הא קי"ל דלא שייך קנין ולא שעבוד בדבר שלא בא לעולם.

וגדולה מזו כתבו שכל שעדיין לא קנה יכול לחזור בו משעבודו דכ' ליה דאקני כמו שכתב הרב המגיד בפרק עשרים מהלכות מלוה משם הרשב"א וז"ל מהכא שמעינן לשעבוד דאקני דכל שלא קנה יכול לחזור בו דודאי אי לקמא משעבד לבתרא לא משתעבד דכל שאינו יכול לחזור בו בכל כך אינו יכול לחזור במקצת וכן נמי משמע לי מדאמר רב הונא התם במוכר פירות דקל לחבירו דיכול לחזור בו עד שבא לעולם ואפילו לר' מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדאיתא בפרק איזהו נשך בסוגי' דהלוהו על שדהו עד כאן לשונו. ובטור חושן משפט סימן ק"ד הובאו בבית יוסף דברי הרשב"א בתשובה במי שהשביעוהו ב"ד שכל מה שירויח יתן לב"ח והוא מאוחר והשיב שכיון שנשבע כן גלי דעתיה שחזר בו מהראשון לבתרא משתעבד לראשון לא משתעבד וכיוצא בזה הביא בסימן ס' מתשובה שבסוף חזה התנופה וכן מוכח להדיא מדברי רשב"ם שכתב שם או דילמא יחלוקו דלא אלים דאקני לתפוס עד שיבואו לעולם וכי קנה הני נכסי אחר כך הא הדר ביה מקמא ויקנה בתרא והכי קיימא מסקנא דיחלוקו מהאי טעמא ובח"מ סימן צ"ט הביא תשובת הרא"ש ראובן השביע לשמעון שבועה זו כתקנת הגאונים ולא השביעו להבא ואח"כ תבעו לוי ששטרו מאוחר והשביעו להבא מה שירויח יותר על ההוצאה ועתה טוען ראובן כי שטרו מוקדם והוא יקח תחלה והשיב לא שייך דין קדימה בדבר שלא בא לעולם ואם לא שנשבע היו חולקים וכיון שנשבע ללוי צריך לקיים שבועתו ע"כ נראה דס"ל כדברי הרשב"א שכתבתי למעלה והיא התשובה שבסוף חזה התנופה שהביא הרב בב"י סימן ס' אבל ראיתי לו ז"ל בפסקיו באותו סי' שהביא דברי הרא"ש וכתב ולי נראה שב"ד יכופו ללוי ליתן החצי לראובן עכ"ד ודברי

תימה הם דלא מטעם חיוב שבועתו נגעו בה אלא מדינא לכך כתב שאין דין קדימה בדבר שלא בא לעולם ועוד דיהיב טעמא שאם לא שנשבע היו חולקים כלומר ואם איתא דחל שעבודיה מהשתא ואינו יכול לחזור בו אמאי חולקים קמא קדים והא דקאמר דכיון שנשבע צריך לקיים שבועתו לומר דשבועה שיתן ללוי אינה חזרה להדיא מ"מ כיון שיודע שצריך לקיים שבועתו אין לך חזרה גדולה מזו ואין שייך כאן כפיה ללוי דמן הדין זכה אך ראיתי להרמב"ן ז"ל בפ' חזקת בדף מ"א שכתב וכן הדין דכי אמר דאקני אינו יכול לחזור בו קודם שיקנה אלמא מההיא שעתא חייל שעבודא וכן כתב שם הנ"י וכתב שהרשב"א חולק ובפרק איזהו נשך אמימרא דרב נחמן במוכר פירות דקל כתב דברי הרשב"א דכי היכי דלר"ת דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור בו קודם שבא לעולם הכי נמי אקני ומאחר שהרשב"ם והרשב"א והרא"ש חלוקים על הרמב"ם כוותייהו נקיטי' כ"ש שיש לי להעמיד שאין דינו של הרמב"ן חלוק מהרשב"א ולא דינו של הרשב"א חלוק מהרמב"ן כמו שכתבתי במקום אחר והשתא כיון דלא אלים שעבודא דאקני למקני דשב"ל עד דאתי פשיטא שכל נכסים וסחורות שלא היו אז בידו באותה שעה ואחר כך קנאם ממעות שבידו לא חל עליה' שעבודם עד שיהיו בידו משום דכתב דאקני.

ואם תאמר כל שחל שעבוד על הנכסים שהם עתה בעולם ממילא חל שעבודו על דמיהם או על חילופיהן וחילופי חילופיהן שהם דמי שעבודו ואפי' לא כתיב ביה דאקני ולא אצטריך למכתביה דאקני אלא לענין הנכסים שנפלו לו ממקום אחר אבל כל שבא מחמת הנכסים ממילא חל שעבודו עליהם כשם שחל על הנמצאים עתה בעולם. אין לך לומר כן דאפי' היה מוכר לגמרי מקרקעי ומטלטלי שלו קנין גמור ומכרן לא היה חל שעבוד על דמיהם כלל ואפילו גזל ומכר נכסי אחרים דמיהם נעשו מטלטלי אצל בניו ופטורים מלשלם כדאמרינן בהגוזל בתרא גזל והניח לפניהם בזמן שגזלה קיימת חייבים להחזיר אין גזלה קיימת פטורים כגון שאכלוה או מכרוה לאחרים ואינן חייבים ליתן את דמיה וגדולה מזו אמרו אע"פ שלא הגיע דמי הגזל' לידן של יתומים זכו היתומי' בדמי' שעדיין דמי הגזלה ביד הלוקח וחייב ליתנן ליתומים ואף על פי שנתנם הלוקח לנגזל מוציאין היתומים מן הלוקח כדאמרי' בפרק מי שהיה נשוי דאמרי ליה בני הגזלן אנן מטלטלי שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משעבדי והלוקח יוציא חלק מהקרקע ומן הדמים אלמא אינו לנגזל עצמו שעבוד בדמי הקרקע עצמו שגזלו ממנו שאם היה לו שעבוד לא היה מפסיד לוקח שהיה יכול להתפיס דמיהם לנגזל ולפייסו בהם ולא היו בני ראובן יכולים לתבוע ממנו כלום ולא יהא שעבוד זה ששיעבד נכסיו יותר גדול מקנין

גמור שלא חל שיעבודו על דמיהן ותמורתן ובדין הוא שיהא בעל חוב מאוחר חולק עמו שחל שעבוד שניהם כאחת וממקומו הוא מוכרע דבפ' חזקת אהא דהמוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמיד' בפני בעל חובו ודוקא בית או שדה אבל פרה או טלית לא דסתמא לא משתעבד ליה. ופרכינן ליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי ומוקי לה כגון שלקח ומכר לאלתר. ואכתי כיון דמטלטלי באג' הקנה לו אותם נכסים או מעות שנתן בפנינו בדמי הקרקע משעובדי' היו לבעל חוב ואע"פ שקנה בהם הקרק' נכנס בשעבודן של דמים אע"ג דלא כתיב ביה דאקני שמא היו' לוה מאחר והיו אות' הנכסי' או המעו' בעין דזוזי נמי אקרו נכסי כדאמרי' בפרק מי שמת ונמצא שמעמיד הקרקע שנקנה בהם בפני בעל חוב וכי תימא אי יהיב ליה זוזי כיון דמטבע אין לו סימן תלינן שעכשיו זכה בהם במתנה או בירושה. ליתא דאפילו תימא דהויא טענה מה שאינו נר' אלא שנעמיד הנכסים בחזקתן שהיו שלו מעולם כמו שאני עתיד לפרש בס"ד מ"מ אי נחית תלמודא להכי נימא כגון דהשתא נפלה ליה פרה גופה בירושה או נתן לו במתנה.

ועוד ראיה ממה שכתב הרב בעל התרומות משם הרמב"ם בשלהי שער מ"ג בב"ח מאוחר שתפס קרקע או מטלטלי המשועבד למוקד' ומכרן לאחרים שמין לבעל חוב המוקדם על זה שמכרה כולם ואף אין לו על המעות שום שעבוד. ושוב כתב הרב בעל התרומות אבל אני נתחדש לי דין זה שאם מכרן למי שאין אדם יכול להוציא ממנו שהוא חייב בדמיהם מטעם מזיק שעבודו של חבירו והאריך בדבר וסיים ואין לו על המעות הללו שום שעבוד אלא השדה או המטלטלים הם משועבדים לו ילך ויגבה מהם עד כאן לשונו כן הביא בטור סימן ק"ד בקוצר ואם אתה אומר שהנכסים המשועבדין תופסים את דמיהם למה כת' הרמב"ן שאין לו על המעות שום שעבוד ולמה לא יהא כאילו מכרו הבעלים עצמן שנכנסו תחת השדה או המטלטלים ולא יצטרך לחזור אחר מי שקנאה ואף הרב בעל התרומות לא חייב את המוכר אלא מטעם מזיק שעבודו של חבירו דאילו לרבנן דפטרי במזי' שעבודו של חבירו כאן היה פטור ובהדיא כתב שאין לו על המעות הללו שום שעבוד הילכך אם מת נעשו מטלטלים אצל בניו אי נמי אם בעל חוב דמוכר קדם ותפסן מה שגבה גבה אי נמי אי זל ארע' שהמלוה רוצה בדמים לא מצי תבע המעות ואם חל שעבודו על דמיו ליתנהו להני דיני דאפי' למאן דפטר במזיק שעבודו הכא אכתי שעבודו אדמי' רמי וגם למאן דמחייב נפקא מינה שאין נעשים מטלטלים אצל בניו ואין בעל חוב דמוכר נוטלן בחובו ואם רוצה במעות טפי מארעא יטלם ואין המוכר יכול לעכב אלא הדבר ברור שאין נכסים המשועבדין תופסים דמיהם אלא בתנאי דאנא עתיד למקני

ושעבוד זה לא חל עד שיבואו לעולם ויכול לחזו' בו עד שלא בא לעולם ובשע' שבא עול' יד שניהם ראשון ואחרון שוה כאחת.
ושמא תאמר אע"פ שלא חל קנין על דמיהן מפני שלא באו לעולם כי כתב ליה דקנאי ודאקני מתוך שנשתעבדו הם עצמן דאיתנהו בעולם נשתעבדו נמי דמיהם אע"פ שלא באו עדיין לעולם מידי דהוי דקל לפירותיו דחל קניינו אפירות אע"פ שלא באו לעולם. גם זה אינו דהא דאמרי' דאקני על נכסים הבאים ממקום אחר קאמר שלא באו לעולם ואע"פ שדמיהם של אלו בכלל דאקני הם מ"מ כי היכי דאותם נכסים שעתיד לקנות ממקום אחר קנין בפני עצמן כך הבאים מחמת אלו קנין לעצמן ולא מבעיא למאן דאמר גבי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו והיו בהם אחיות דאמרינן בפרק האיש מקדש דהוה ליה כמו קני את וחמור דלא קנה דאע"ג דקיימא לן בפרק מי שמת דקני את וחמור קנה מחצה והקנה לנולדים עם העתידים להוולד אף על פי שאותן שלא באו לעולם לא קנו נולדים מיהת קנו חלקם. שאני התם דבתרי לישני קאמר להו את וחמור אבל הכא דאמר כולכם בחד לישנ' לא פלגינן דבוריה ולכך פסקו בעל הלכו' והרמב"ם ז"ל בפ' תשיעי מהלכות אישות שאין אחת מכולם מקודשת כמו שהוזכרה סברא זו בהלכות הרא"ש ז"ל ובמ"מ שם ולפי שיטה זו כאן דחד לישנא קאמר ודאנא עתיד למקני כי היכי דדשלב"ל לא קנה אף דמים שאתה קורא בא לעולם לא קנה אלא אפי' למ"ד דבכל ענין הראוי לקנין קנה הכא כיון שהוא רוצה להקנות נכסים הבאי' לו ממקום אחר יש הוכחה שלא נפרש דבריו דנכסי לדמיהן קאמ' והקנ' דמיהם אגב הנכסים המצויין דכי היכי דשאר נכסי לא מקנו באגב דאין מטלטלין נקנין אגב מטלטלין אלא קנין לחודיה אגב קרקע קאמר ה"נ דמי הנכסים הללו קנין לחוד הוא אגב קרקע קאמר שאם אתה מפר' ששעיבד נכסיו דקנה ודיקנה אם כן לא חל שעבוד על הנכסים הבאים לו ממקו' אחר.
ובר מן דין כל שלא כלל הפירו' אחר הגוף לא נקנו הפירות שאם אמר אדם לחבירו דקל ופירותיו אני משתעבד לך דקל נשתעבד פירות לא נשתעבדו עד שיאמר דקל לפירותיו דלא מתרצי' דבוריה לומר דקל לפירותיו קאמר כל שלא אמר כן בפירוש כדמוכח בפרק אע"פ גבי מקדיש מעשה ידי אשתו דבעי' למימר דנעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהן ופרכינן והא לא אמר הכי ובפרק השולח אמר רב המקדיש עבדו יצא לחירות מאי טעמא גופיה לא קדיש לדמי לא קאמר למהוי עם קדוש קאמר ולא מתרצינן למילתיה שהקדיש דמיו ולא דמי להא דתנן ספ"ק דנדרים קונם פי מדבר עמך ידי עושות עמך דפרכינן והא נדרים לא חיילי על דבר שאין בו ממש ואמר רב יהודה דנעשה כאומר יאסר פי לדבורי ידי למעשיהן וכו' דהתם כדמסיים דיקא נמי דקתני פי מדבר עמך ולא קתני שאני מדבר

עמך דמזכי' פה שלא היה צריך ש"מ דבנדרים אפ"ה חייל שיש בו ממש אבל הכא כי אמר דקנאי הקנה לו המצויים עתה בעולם וכי אמר דאקני הקנה לו שאינן מצויין והאי קנין לחודיה והאי קנין לחודיה.

וגם לא דמי להא דאמרינן בפרק יש נוחלין יאכל פ' פירות דקל זה וכו' לא אמר כלום עד שיאמר תנו לפלוני דקל זה ויאכ' פירותיו תנו לפלוני בית זה וידור בו ואע"פ שלא פירש ואמר דקל לפירותיו ובית לדירתו הוה ליה כמפרש דשאני התם שלא הקנה לו עצמו של דקל ולא עצמו של בית לגמרי שאם היה כן לא היה צריך לומר ויאכל פירותיו וידור בו אלא כל עצמו לא נתן לו אלא הפירות והדירה א"כ למה אמר תנו לו הדקל תנו לו הבית לא אמר כן אלא שיהא הדקל קנוי לפירות והבית לדירתו דומיא דההיא דנדרים דדייקינן מדהזכיר פי מדבר עמך אבל הכא הא דאמר ליה דקנאי הוצרך לשעבד נכסים שיש לו עתה וכשתרצ' לומר דאקני שעבד לו העתידים לבא וכל חד וחד קנין לחודיה וראיה ברורה דכי כתב ליה דקנאי ודאקני לא משתעבד דמיהן או פירותיהן כמו דקל לפירותיו מדמותבינן אשמעתין דיחלוקו מדתניא הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת השבח מנכסים בני חורין ואם איתא חצי שבח מבעי ליה ואסיקנא מאי גובה דקני חצי שבח ואם איתא דהכי קאמר דקנאי לדאקני כוליה שבח בעי לעכב שהכל נשתעבד לבעל חוב אגב הקרקע שהיה בעולם ואמאי יחלוקו.

והנה ראיתי להרשב"א ז"ל בתשובת תתקי"ד הביא בטור ח"מ סי' ק"ד ראובן שלוה משמעון מנה בע"פ בשנה ראשונה של שמיט' וחז' ולוה ממנו מנה בשטר בשנה שלישי' ולוה מלוי מנה בשט' בשנה שניה ושעב' לו נכסיו שקנה ושיקנ' מטלטלי אגב מקרקעי ומת ראובן ועמדו יתומים ופרעו לשמעון מעות ונתנו לו עוד שטרי חוב שהיו לראובן אביהם על אחרים והשיב ז"ל שאע"פ שמלו' בשט' המאוחר' קודמת למלוה על פה המוקדמת לענין לגבו' מטלטלי דלקמ' לא משתעבדי אלא מתקנת' דרבנן ולבתרא משתעבדי מדינא שהרי שעבדם לו ראובן בשטר מיהו ה"מ במטלטלים ידועי' של ראוב' אבל אלו שפרעו במעו' מה שגבה גבה וא"א לו ללוי להוציאן מיד שמעון אלא אם כן יש לו עדי' שאותן מעו' עצמן היו של ראובן דאם לא כן שמא משל יתומי' עצמן היו או שמא מכרו משל אביהן ובמעו' פרעו ולא נכנסו אלו בכלל שעבודו של לוי מעול' דהוי נכסי דקנו יתמי זו היא כללות דבריו בתשובה אע"פ שבאו בארוכה שם ומוכיח להדיא מדבריו שאע"פ שכתב ללוי שעבוד נכסים מטלטלי דעתיד למקני ונשארו מטלטלים אצל יתומי' אם מכרום היתומים לא חל שעבודם על דמיה' ולפיכ' אם נטלם מלו' ע"פ זכה שאין לבע'

השטר שעבוד על הדמי' יותר ממנו ולפי דרכינו למדנו ששעבוד דאקני לא חל מעכשיו על דמיהן או חלופיהן אלא עד שיבואו לעולם עוד כתב וזה לשונו ושטר החוב שמסרו היתומים לשמעון מחמת שטרו המאוח' אם נתחייבו אותם בעלי חוב לראובן זה קודם שלוה הוא מלוי ומשמעון א"א ללוי לזכות באותן אלא במחציתן שהרי זה כלוה ואחר כך קנה דקיימא לן דיחלוקו עד כאן לשונו ומה שכתב קודם שלוה טעו' סופר הוא וצריך לומר אחר שלוה כמו שמוכיח להדיא ואע"פ שאילו לוה מעות או מטלטלים כסף או שוה כסף שהיו משועבדים לראשון משעה שנזקפו על בעלי החו' כמלו' פקע מעליהם שעבודו של ראשון וחל' שעבוד שניהם בבת אחת וחולקים ואם קדם המאוחר זכה.

ומצאתי תשוב' להרשב' שהביא' בטו' א"ה סי' צ"א שנשא' על אלמנ' ששדכ' את בת' לשמעון ונתחיי' לו סך מעו' בנדוני' בתה וקוד' הזמן עמדה ונשא' ורוצ' לפטו' עצמ' דאמר' שכשחיי' עצמ' לשמעון לא היו לה נכסים לפי שעדיין לא נשבע' שבועת אלמנה ובשטר התנאים אין כתוב בו דאקנה והשיב איברא גובה הוא ואפילו אם תמצא לומר דלא משתעבד דאקנה אלא אם כן כתב בפירוש דאשה זו נכסים היו לה אלא שצריכה שבועה וכל זמן שלא נשבעה הוא דאינו גובה ומדרבנן משום שמא צררי אתפסה ועכשיו שנשבעה איגלאי מילתא שלא נפרעה ושלא התפיסה צררי שטר כתובה כדקאי קאי ומה שהיה לה הוא גובה עכ"ל. ולכאורה משמע דכיון דשטר כתובה כדקאי קאי והוא היה בזמן השעבוד חל על הנכסים שגבתה מכח השטר והא ליתא דהני נכסי ליתנהו בעולם ודאקני מקרו ועוד אפילו אם היתה נשבעה שבועת אלמנה כבר אין שעבוד חל על החוב דליתיה בעולם כדכתב הרשב"א ז"ל עצמו בתשובת תתקי"ד ע"ש אלא הכא אין צריך שעבוד דאפילו מלוה על פה גבי מינה ואפי' מן היורשין ואמרי' דבעל לוקח הוי מכל מקום היכא דאיכא פסידא דלקוחות שויוהו רבנן כיורש ואמרי' בפרק י"נ יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בעל חוב חוזר וגובה אותם מהם אפילו לדינא דגמרא דלא משתעבד לבעל חוב אלא קרקע והוא הדין לתקנת הגאוני' ז"ל חשיב כמטלטלי אע"פ שעיקרו היתה מלוה כדכת' הרא"ש ז"ל בפ' יש נוחלין ועוד ראיה ממה שכתב הרא"ש בר"פ מי שמת אהא דאמרינן התם יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו ואין חייבין לזון את הבנות מן הדמים ואין לתמוה מה לי דמים מה לי נכסים דמזון האשה והבנות דוקא ממקרקעי ולא ממטלטלי וכשמכרו הקרקעות נעשו הדמים מטלטלים והביא דברי רב האיי גאון ז"ל שכתב דבתר דתקינו רבנן מזוני ממטלטלי חייבין ליתן מן הדמי' וכתב הרא"ש ז"ל שדברי רב האיי תמוהים דהני זוזי לא אשתעבדו לבנות אלא שעבודיה אנכסי אביהן וכיון שמכרו ואין יכולים לטרוף הפסידו למה הדבר

דומה למלוה על פה שיצתה על היתומים ומכרו נכסי' שאין בעל חוב גובה מן הדמים שבידן דלאו הני זוזי שבק אבוהון ותדע וכו' וכלשון הזה כתב הרמב"ן ז"ל בחידושי בתרא שלו על דברי רב האיי ז"ל. וכן תמצא בתשובות המיוחסות להרמב"ן סימן מ"ט שאין האלמנה נזונית מדמי הקרקע שמכרו היתומים שהמעות האלו לא היו משל אביהם ולא נשתעבדו לה ע"ש מוכח להדיא ששעבוד הנכסים לא חל על דמיהם ואף רב האיי ז"ל לא אמר שהבנות ניזונות מן הדמים אלא לענין יתמי דבמקום אבוהון קיימי ומתקנת' דרבנן מטלטלי דידהו משתעבדו לבעל חוב ולכתובה ולמזוני וכי היכי דאם מכרן בחייו היו הבנות נזונות מהדמים אף לאחר מותו נזונות אבל מודה הוא דמדינא לא חל שעבוד בעל חוב על דמי המטלטלי' והוי ליה נכסי דקנ' בתר הכי ויחלוקו ועוד ראיה מדברי הרב אלפס בפרק אע"פ גבי יחד לה מטלטלי וליתנהו בעינייהו דבי מתא מחסיא אמרי בשבוע' והילכת' דגבה בלא שבועה כתב והוא דידיע דהני מטלטלי מחמת הנך מטלטלי קמאי נינהו ואי סלקא דעתך ממילא חייל שעבודא אדמיהם וחלופיהן היינו הך והיכי ס"ד והוה ליה כאיתנהו בעינייהו דלכולי עלמא בלא שבועה אלא ודאי דלענין שעבודא לא חייל אלא כיון דמחמת מטלטלי קמאי אתו לא מתפיס ליה אחריני. והרי"ף עצמו ז"ל בפרק נערה גבי האשה שמכרה בנ"מ הבעל מוציא מיד הלקוחות כתב אי איתנהו להנהו דמי דשקלא אתתיה מהד' להו ללוקח וכתב הר"ן משם הרשב"א ז"ל דנרא' מדבריו דאי אחלופינהו אף על גב דחלופיהן בידה אינו חייב בעל לשלומי עד כאן.

ועוד מצאתי להר' מהר"י קארו ז"ל בחושן משפט סימן ק"ד שכתב גדולה מזו שמה שאמרו כששעבד לו מקרקעי ואגבן מטלטלי אז דינן כמקרקעי ואם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו היינו דוקא במטלטלי שנתברר בעדים שהיו בידו קודם שלוה מהשני אבל אם לא נתברר כן בעדים מחזקינן להו כלוה ולוה וקנה דקיימא לן בפרק מי שמת דיחלוקו ואי קדם השני וגבה זכה עד כאן לשונו הרי מבואר מדעת הרב דאפילו בסתם מחזקי' הנכסים בחזקת שעכשיו קנאם ואין ספק שהוא סומך על שורש זה שכל הנכסים שיש לו עכשיו אע"פ שבאו מחמת נכסים הראשונים כמי שקנאם עכשיו מחזקינן להו שאם לא כן לא היה דינו מחוור לגמרי שעל הסתם נחזיק את הנכסים בחזקת שבאו לידו ממקום אחר בירושה ומתנה ואותם הנכסים שהיו מקוד' נאבדו או נתעכלו דמסתמא הן הן הראשונים והן הן האחרונים ויש ראיות על זה אלא שאין לי להאריך אבל דין זה הוא סמוך על זה העיקר שכל הנכסים שבידו עתה אע"פ שהם מחמ' הראשונים לא נשתעבדו ולא מחזקינן להו שהיו בידו כבתחילה הן עצמן ולא נתחלפו כלל.

ואף בזו יש לדון אחר דבריו ז"ל כי הוא בא ללמוד זה מדברי ספר התרומות ומשם אין ראיה שהוא לא אמר אלא כשתפס האחרון דלא מפקינן מיני' דאז יש לדון דהמוצי' מחבירו עליו הראיה דלא מקריא תפיסת ספק דומיא דתקפו כהן דריש מציעא דכל היכא דליכא לאוקומא בחזקת מרא קמא ויש ראיות על זה ואין כאן מקומן. אבל כשלא תפס אחד מהם מנין לנו להעמיד הנכסים בחזקת שקנאום אחר כך ולתת חציין לבעל חוב מאוחר ולא נעמידם בחזקת שהיו אצלו מעולם שהרי בטור סימן קי"ב הביא משם הרמב"ן והוא בספר התרומות בלוקח שקנה נכסים וטוען אחר כך קנאם שאם אין עדים שקנה הלוה נכסים אלו אלא שהיה מוחזק בהם שמעמידין אותם בחזקתו שהיתה שלו ושל אבותיו מעולם וכן הורו הגדולים בנותן נכסים מעכשיו ולאחר מיתה שכל הנכסים בחזקת שהיו באותה שעה הם וכתב הטור שיש אומרים שלעולם על המלוה להביא ראיה שהיו הנכסים ביד הלוה בשעת ההלואה שהלקוחות הם מוחזקים בנכסיהן ודאי והמלוה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל והרב מוהרי"ק ז"ל כתב שאלו י"א היא הסברא שעלתה על דעת בעל התרומו' והשיב לו הרמב"ן ואע"פ כן כתב רבינו ועשאה עיק' משום דהכי מסתבר ליה ואני רואה שהרי בעל התרומות מעולם לא עלת' על דעתו לחלוק על סברת הרמב"ן שהרי כתב סברתו שעל המלוה להביא ראיה ואמ' וע"ז הוסיף ביאור הרמב"ן ז"ל וזה אשר השיב לי שאם אין עדי' שקנאו וכו' אלמא אף הוא לא אמר אלא בקרקע שידענו שקנאו מאחרים ואין ידוע אימתי קנאו אבל קרקע שהוחז' בו נעמידנו על חזקתו שהיה שלו ושל אבותיו מעולם והביא ראיה מדאמרינן לענין חזקה שמאחר שהביא ראיה שהוא של אבותיו הוחזק כשלהם מעולם ועוד הביא ראיה מדברי הגאונים ז"ל ומה שהביא ראיה הטור משם י"א לא על בעל התרומות אמר אלא גברא רבה אחרינא אשכח דסבר הכי ואף ממנה אין ראיה לנדון דידן דדוקא לגבי הלוקחים הוא דצריך המלוה להביא ראיה לפי שהלוקחים מוחזקים בודאי והמלוה ספק אבל אצל מלוה מאוחר למה נחזיק את זה בנכסים יותר מזה ובסוף פרק מי שמת הביא נמקי יוסף דין זה בשם הרמב"ן וכתב והכי מוכח מההיא דפרק המקבל יתומי' אומרים אנו השבחנו דאמרינן ארעא לגוביינא קיימא וכו' ומיהו אין ראייתו משם מכרעת אצלי ואין להאריך וכבר היה אפש' לחלק בין קרקע למטלטלי דקרקעות אינן עשוים למוכרם ולהחליפם ומסתמא כאן נמצאו וכאן היו ושמא נחלת אבותיו הם והולך ומתפרנס מהם אי נמי קלא אית להו אם איתא שקנאם אחר כך אבל המטלטלים אדם עשוי למוכרם ולהחליפם באחרים ולית להו קלא ותדע דמקרקעי דוקא אין אדם עשוי למכרן אלא מדוחק גדול מדאמרי' בסוף פרק האיש מקדש ההוא גברא דזבין לנכסי אדעתא למיסק לא"י וכו'

ובה' הרא"ש ז"ל מייתי שפרש"י דוקא קרקעות לפי שאין אדם עשוי למכור קרקעותיו שהוא מתפרנס מהם אם לא שהיה בדעתו לעקור דירתו אבל אם מכר כל מטלטלים שלו אפילו אומר בשעת מכירה אדעתא למיסק המכר קיים אם לא שהתנה אלא שמצאתי להרשב"א בתשובה אף במטלטלים ובטור חושן משפט סוף סימן ר"ן הובאה שם בבית יוסף שאמרו משמן של גאונים כי נותן סתם מטלטלים לאח' ואחר שמת טוענים היורשי' הבא ראיה שמטלטלים אלו היו בשעת המתנה ושמא לאחר מכאן לקחם ואמר שעל היורשים להביא ראיה דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו וכל שטען דבר חדש עליו הראיה עד כאן ומיהו מצאתי תשובה למהר"ם במרדכי בסו' פרק יש נוחלי' על מתנה שנתן ראובן לחתנו שיטול חלק בכל נכסיו קרקעו' וספרים והמעות כ"א מן היורשים כתב דוקא זכה בנכסים וחפצים המסויימין וידוע לו בעדים שהיו לו בשעת המתנה ולא בנכסים דאיכא לאסתפוקי בהו דשמא לאחר מכאן באו לידו ע"כ ואפש' להעמי' שלא יחלוק מהר"ם ז"ל על דברי הגאונים והרמב"ן והרשב"א שסמכו את דבריהם דדוק' כשנתן אדם כל מטלטליו לאחר הוא שאמרו שהבא לטעון דבר חדש עליו הראיה לפי שמאותה שעה הוחזקו כל המטלטלים בחזקת מקבל המתנה והעמיד' על חזקת' שלא נתחדש בהם דבר דכל דליכ' חזקה דמעיקר' אזלינן בתר חזקה דהשתא כדמוכח בכמה דוכתי אבל במזכה לחתנו חלק בנכסיו ועדיין נשארה זכות יורשים וחזקתם במקומה לעול' מי שאינו יורש מחזיקינן ליה בבא להוציא מיד היורשים ועליו להביא ראיה דבמקום חזקה דממונא לא אזלינן בתר חזקה דגופא כדמוכח בפרק מי שמת דתנן לא כתיב ביה שכיב מרע והם אומרים בריא היה והוא אומר שכיב מרע היה ר' מאי' אומ' אם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע דאזיל רבי מאיר בתר חזקה דהשתא כמו שהוא עכשיו בריא כך היה בתחילה וחכמים אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה דאזלינן בתר חזקת ממונא ולא דמי לנותן כל המטלטלים שמההיא שעתא נעקרה חזקת היורשים מעליהם והוחזקו בחזקת מקבל המתנה שלא נשאר שום זכות ליורשים בהם אם לא שבא להם זכות אחר כך ועליהם להביא ראיה ויש ראיה לזה מההיא שמעתא דפרק חזקת דאחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמי דקיימא לן כרב דאמר עליו להביא ראיה אע"פ שהאחים באים להוציא מידו לפי שכבר הוחזקו כל הנכסים שבידו בחזק' תפוסת הבית והוא שבא להוציא מחזקה זו עליו הראיה ועוד יש ראיה משמעתא דפ' האשה שנתארמל' שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הרי זו לא תנשא וממה שכתבו התוספות שם דכיון דודאי זרק לה הקדושין ומספקא לן אם קרוב לו אי

קרוב לה לית לן למימר אוקמא בחזקת פנויה להתירה לכתחילה והכא עדיפא דבשעת המתנה לא היה בה שום ספק וכבר עמדו הנכסים בחזקת מקבל ואין להאריך. וכל שכן דלא דמי לנדון של הרמב"ן ז"ל שהמלוה בא להוציא מיד הלוקח ומחזקתו לא אמרינן שקנאם אחר כך אלא נעמידם בחזקתם. וזה לי ט"ו שנה שכתבתי על סברות הללו ועתה באקראי מצאתי בטור אבן העזר סימן פ"ו תשובות הרשב"א שהובאה בבית יוסף שם על מי שנתן לבתו או לאחותו מעות על מנת שאין לבעלה רשות בהם והיא עשת' הודאה שאין לה שום ממון בעולם משלה אלא אותן נכסים שנתן לה אביה ומתה האשה והבעל טוען שהנכסים אלו משלו הן ואותן נכסים שנתן לה האב נאבדו והשיב שהדין עם האב וכל שטוען דבר מחודש עליו להביא ראיה והביא מההיא דאונות ושטרות דפרק חזקת שהבאתי מאז בתשובה. ומעתה יש לתמוה היאך פשוט לו להרב מוהר"י קארו ז"ל שכל שלא נתברר בעדים מחזקי' להו בלו' ולוה וקנה דיחלוקו ולכתחילה יוציאו ב"ד מחזקת המוקדם ויתנו למאוחר.

ונראה שעוד יש לחלק בין נכסים לנכסים במטלטלים עצמן בין סחורות של משא ומתן ודינרים ובין מטלטלי בית ותכשיטי זהב וכס' שאין אדם עשוי כ"כ למכרן כההוא דאמרינן בהגוזל בתרא בהמכיר כליו וספריו דבאדם שאינו עשוי למכור כליו לא בעי' אותם התנאי' הנז' שם שראו מחתרת חתורה והכי מוכח באיזהו נשך דלענין הונאה אמרו לא שנו אלא בלוקח מן התגר אבל לוקח מבעל הבית אין לו עליו אונאה ומפרש טעמא דמני תשמשתייה דיקירי עליה לא מזבין להו אי לאו בדמי יתירי אלמא אין אדם עשוי למכור חפציו וכלי תשמישו ואין סברא לומר שמכר הראשונים שהיה לו ואלו הם אחרים אלא הן הן שהיו בידו בראשונ' ולא נתחדש בהם דבר אבל דברים של סחורה ומעות אדרבא אית לן חזקה אחריתי איפכא חזקה דאין אדם עושה מעותיו אנפרות שאם לא היה מהפך בעיסקא מהיכן היה מתפרנס אטו נכלינהו זוזא זוזא כדאמרי' גבי נכסי דיתמי דאיזהו נשך אלא חזקה שנתחלפו כמה פעמים ובכך יש להעמיד דברי הרב ז"ל שאמר שעל הסתם יש להחזיקן בלוה ולוה ואחר כך קנה ויחלוקו ועדיין אני צריך להתישב להכריע בסברות הללו ובנדון שלפנינו אין אנו צריכין לזה כי הסחורות שנתן ידוע ששם במצרים קנא' והזהובי' שנתן ידוע מכאן טרם לכתו עשאן שהריפ"ש להוליכם שם ובאותה שעה באו לעולם ואז חל שעבודם ועוד דאדם זה ידוע לנו שפרנסתו היתה תלויה במשא ומתן ואותם הנכסים שהיה מוחזק בהם בזמן שנשא את השני' זה עשר שנים אם היה מניחם בטלים בקרן זוית לא היו מסתפקין לו לשתי שנים אלא שנשא

ונתן ומכר והחליף וכמה פעמים היה עובר אורחו' ימים לרדת מצרימה ומוליך בידו שיריפי"ש ומביא משם יגיע מצרי' וסחר כוש למוכר' בקונשטנדינ' ושאלוניקי.
ולענין שבא בשאלה שכתובת הראשונה מרובה כפלים כשניה אם הדין נותן שתגבה לפי חשבון זו משנתינו היא דתנן בפרק מי שהיה נשוי כתובה של זו מנה ושל זו מאתים ושל זו שלש מאות וקיימא לן כרבי דאמר לעולם חולקות בשוה שכל הנכסים משועבדים לבעלת המנה כמו לבעלת המאתים ובעלת שלש מאות וכך היא שיטת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ובפרק הכותב כתב הרא"ש מדברי הרי"ף מוכח שמשוה דין לוה ולוה ואחר כך קנה לשני שטרות שזמנן ביום אחד ואע"פ שבאותה דמי שהיה נשוי יש שיטה אחרת לר"ת כבר דחו דבריו ועשו מעשה כל רבותינו האחרוני' ז"ל ואין להרהר בה כלל.
והוצרכתי להארי' בענין נכסים דאקנה לפי ששמעתי שיש חכמים אומרים כששעבד לו נכסיו שקנה ושיקנה חל שעבודו של ראשון על דמיהם ותמורתן עד סוף העולם ואין בעל חוב מאוחר חולק עמו כדין לוה ולוה ואחר כך קנה ואני כתבתי מה שנראה לי מפי סופרים ומפי ספרים כאותה שאמרו כל דבר שנתנו ב"ד לבן עלי'ה' סוף שמסכימים לדברי הראשוני' עד הלכה למעשה.
יצא מכלל דברינו שהאלמנה זו השניה זכתה במחצית הנכסים שתפרע מהם עד סכום כתובה והנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכט

שאלה ראובן ושמעון נשתתפו לזמן קצוב וכתבו שטר שותפות ביניהם וכתוב בו איך ראובן הוציא סכום כך וכך מעות לשותפות ושמעון הוציא סך ידוע ביניהם ולא נכתב הסכום בשטר השותפות ונמשך השותפות הזה יותר משנה אחר הזמן הכתוב בשטר ואחר כך התפרדו איש מעל אחיו ונשאר שטר השותפות ביד ראובן והלך לו למקום קרוב וגם כן היה הולך ובא פה קושטנדינה ועתה אחר עבור שש שנים שלח השטר ביד מורשה אחד שיתבע משמעון ושמעון טוען כבר נתתי לו כל חלקו זולתי שנשאר בידי מקצת מעות שנשתכרו ממעות השותפות וכנגד כן יש לי בידו מה שהרוי' במקצת מעות השותפות שאיני יודע כמה הם יבא פה ונעמוד בחשבון לפני ב"ד וישבע על מה שבידו וגם אני אשבע על מה שבידי והמותר נשלם איש לרעהו ועתה ילמדנו רבינו אם רשאי שמעון לטעון בכך אחר שראובן הוא במקום קרוב במוטנייאה ואין שם ב"ד ואין אתו יודע עד מה ועוד שנית ילמדנו רבינו אם נאמן שמעון בשבועתו על כל אשר יאמר כי הוא זה שנתתי ופרעתי לו קרן וריוח לפי שנתפרש חלק ראובן בשטר וחלק שמעון לא פורש בשטר כי הוא היה הנושא והנותן בנכסי השותפות הנז' ושכרו כפול מן השמים.

תשובה שותפין שנשתתפו בחלקין שוין והשכר חולקים בשוה נאמן השותף המתעסק לומר החזרתי לך חלקך משלם אע"פ שחבירו מוציא עליו שטר והיינו דבעא מינה רב עמרם מרב חסדא דמייתי לה בשלהי המוכר את הבית המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מי אמרינן דלא מהימן דמצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי ופשיט ליה רב חסדא דמהימן דכי אמר ליה נאנסו מי מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי הילכך נאמן בשבועה שהחזירו במגו דנאנסו אבל בשאין החלקין שוין כגון שזה הוציא מנה וזה הוציא שלש מאות וחולקים בשוה בהפסד ובריוח אינו נאמן בעל המנה שבידו עסק השותפות לומר החזרתי לך כל חלקך דהא כי אמר נמי נאנס הכל עדיין היה חייב לו במותר חצי נזק שהוא מנה שחייב באחריותו והיינו דאמר התם שטר כיס היוצא על היתומים דפסיק רבא הלכתא נשבע וגובה מחצה דהאי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ופלגא דמלוה דליכא טענה דנאנסו גובה אפי' מן היתומים דלא מצי אבוהון למטען החזרתים דאמר ליה שטרך בידי מאי בעי ומיהו בשטר זה שחלק שמעון שנכסי השותפות היו בידו אינו מבורר בשטר אלא שכתוב שהוציא סך ידוע ביניהם אע"פ שהוא מודה שלא הוציא כנגד חלק ראובן מ"מ יכול לטעון החזרתי לך כל חלקך ולא מצי א"ל ראובן שטרך בידי מאי בעי דכי א"ל נאנסו מי מצי אמר שטרך בידי מאי בעי הרי אין חלקו מפו' ויכול לטעון חלקי יותר מחלקך אלא שלא הוצרכתי לפרשו בשטר לפי שהיה תחת ידו השתא נמי שמודה שראובן שם בשותפות יותר נאמן לומר שהחזיר לו משלם. ברם צריך למילף היכא דידוע בעדים כמה היה חלקו של שמעון שהיו בחשבונם וידעו שראובן שם מנה ושמעון חמשים זוז מי אמרינן השתא לא מהימן לומר החזרתי כולם כיון דליכא מיגו דנאנסו כולם שהמותר נעשה עליו מחצה מלוה ומחצה פקדון או דילמא כיון דמתוך השטר אינו מתברר כמה חבירו עודף עליו לא חש להניחו בידו דהוה ליה כמפקיד בעדים שאין צריך להחזיר לו בעדים וחדא מגו חדא מבעיא אם תמצא לומר דלא מהימן במחצה מלוה אם מודה ראובן שנטל חמשים זוז ושמעון טוען החזרתי לך כל המנה מי מהימן שמעון בהני חמשים לטעון החזרתי במגו דנאנסו מאה והפסדת חמשים או דילמא אין אומרים מגו להוסיף על טענתו כדאמרינן בריש מציעא גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה נשבע שאין לו בה פחות משלש חלקים וכו' זה נוטל שלש חלקים וזה נוטל רביע והקשו בתוספות יהא נאמן ליטול חציה מגו דאי בעי אמר כולה שלי ויטול מחצה וכ' המרדכי שהשיב ר"ת לרבינו אפרי' ז"ל שאין אומרים מגו בממון זה מגו דאי בעי לתבו' ממון אחר דכל מגו תלוי באותו דבר עצמו אבל לא מממון לממון.

ומסתברא דלא דמי להההיא דריש מציעא דהתם א"א בממון זה מגו דאי בעי תבע ממון אחר דמשמע אין רצונו לתבוע הכל ויגזול הרבה וא"א מגו אלא בטענות שוות שכך יפה לו טענה זו כזו אבל הכא אם כוונתו של זה לגזול מחבירו מנה יכול הוא לגזול אותו מנה בטענה אחרת שיאמר נאנסו מאתים והפסדת מנה ועוד דמה לי אם יאמר המאתים שהיו בשותפות חלקנו ונטלת שלך ואני שלי או שיאמר הק"ק כמות שהיו נאנסו והפסדת שלך ואני הפסדת שלי. ודמבעיא לך היכא דידוע בעדים כמה חלקו של ראובן דלא מצי טעין נאנסו הכל מי מצי טעין החזרתי מסתברא דמצי טעין החזרתי אף על גב דליכא מגו וטעמא משום דטענת החזרתי טענה אלימתא היא ובלא שום מגו הוה טענה משום דסתם פקדון או שותפות לחזרה קאי. אלא דטעמא דשטרך בידי מאי בעי מרע לה להך טענה והשתא כיון שהשטר אינו מוכיח מתוכו ל"ל שטרך בידי מאי בעי דמגוף השטר כי אמר ליה נאנסו מי מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי דנהי דמשום דאיכא עדים השתא לא מצי טעין נאנסו מחייב בפלגא מלוה מ"מ חשיב כמפקיד אצל חבירו בעדים דאין צריך לפורעו בעדים וכן מלוה בעדים דמהמני' ליה בטענת פרוע אף על גב דליכא מגו וכן שואל בעדים או נפקד דקביל עליה אחריות פשיטא דמהימן לומר החזרתי בלא שום מגו כלל דליכא שטרא והשתא נמי דאיכא שטרא כיון דמתוכו אין לחייבו לא חש ליה והא למה זה דומה לשטר שכתוב בו סלעים דנרין דאין פחות מב' ומעדים שמעידים שמאה לוה והוא מודה שמאה היו אלא שפרע שאין העדאת עדים מוציאתו מידי נאמנותו שלא יטעון פרעתי והואיל ואין מלשון השטר הוכחה לא חש ליטלו מיד המפקיד.

ולענין שאלתא דשאילנא קדמכון הדבר פשוט שכל שלא נתפרש חלק שמעון בשטר נאמן שמעון לומר כבר חלקנו ונטל ראובן כל חלקו משלם ומה שהוא מודה שנשאר בידו יכול לעכבו עד שיבא ראובן פה ויעמוד עמו לחשבון ואם יתחייב לו שבועה ישבע הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קל

שאלה ראובן היו לו ד' בנות ובן אחד יונק משדי אמו ובהיותו ראובן בחיים חייתו הכניס לחופה את אחד מהן ואחר כך נפטר ראובן ואשתו אם הבנות והבן לבית עולמם הצדק וחיי לרבנן ולכל ישראל שבקו ומנהיגי הק"ק ההוא נמנו וגמרו שכל נכסי עזבון ראובן ואשתו יכתבו על שם הבן לבדו וכן עשו וסלקו מעל כל נכסי הנפטרים אם מחוט ועד שרוך נעל את הבנו' הנז' סלוק גמור ומוחלט ואחרי עבור כשלש שנים מת הבן וקמה הבת הנשואה לתבוע חלק שוה מירושת אחיה כאשר נוטלות אחותיה שעדיין לא נכנסו

לחופה ולא נעשה להם נדוניא כאשר עשה לה אביה כשהיה בחיים חייתו עתה ילמדנו רבינו הדין דין אמת אם תוכל לקחת הבת הנשואה חלק שוה עם שאר היתומות אם לאו הכל יבא בבירור ושכרו יהיה כפול מן השמים.

תשובה לא זו בלבד אמרו אלא אפילו נשאת הגדולה לאחר מיתת האב ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה קטנה ליטול עד שמת הבן חולקות בשוה וזו היא שאמרו בפרק מציאת האשה מי שמת והניח שתי בנות ובן וקדמה ראשונה ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה שניה לגבות עד שמת הבן א"ר יוחנן שניה וותרה אמר ר' חנינא גדולה מזו אמרו מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות ואת אמרת שניה וותרה ומסיק דטעמא דר' יוחנן משום רווח ביתא ופסק הרי"ף ז"ל כר' יוחנן דמוכח בגמ' דרב אשי ס"ל כוותיה וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב מההלכות כר"י אלא שהרשב"א והרא"ש ז"ל פסקו כר' חנינא משום דבירוש' פסיק כוותיה ומדברי התוס' שהביא הר"ן ז"ל מוכיח שסבורים לפסוק כר"י לפי שנסתפקו היכא שמת הבן ונשארו עשר בנות שלא נשאו דהכא ליכא ריוח ביתא שאפי' בתורת ירושה לא תטול א' יותר מעישור וכן פסק רבינו הרב מהרי"ק ז"ל הלכה למעשה. וכן בדין שאפילו המחלוק' שקול מוקמינן ממונא בחזקת היורשים והבא להוציא מחמת תנאי כתובה או חוב עליו הראיה אלא שאני או' דבהא כ"ע מודו דחולקות בשוה דאפילו ר' חנינא לא פליג עליה דרבי יוחנן אלא בשנטלה הראשונה מדין עישור נכסים שיש לשניה טענה לומר וכי מפני שקדמה ראשונה זכתה כשם שהוא נטלה מדין תנאי כתובה אף אני נוטלת מתקנתה אבל בשהשיא האב ראשונה בחייו הוה ליה כאילו לא נטלה כלום מנכסים אלו דמתנה הוא דיהיב לה אב כשהשיאה ובשעה שמת הבן שאין שם אלא בנות בההיא שעתא קפצה לפני כלם ואין שם תנאי כתובה כאילו לא נשאר בן בשעת מיתת האב דתנן בסוף פרק יש נוחלין אמרו קטנות הרי אנו נושאין כדרך שנשאתם אתם אין שומעין להם אלא מה שנתן להם אביהן נתן וכי היכי דבכולן בנות בשעת מיתת האב חולקות בשוה גם כשמת הבן אחר כך והבנות יורשות אין מחשבין לגדולה מה שנתן לה אביה בחייו תדע דלא נסתפק אדם מעולם במת הבן אחר האב אם יש לבנות דין עישור נכסים שתרויח הגדולה שתיטול ראשונה עישור ושניה במה ששיירה חברתה אלא חולקות בשוה וטעמא דאף על גב דבת בעלת חוב הויא מכל מקום לא הויא בעלת חוב דאבא שתזכה בו בשעת מיתת האב אלא בעלת חוב דאחי הויא שחייב להשיא' באותו עישור וכיון שמת ונשארו הנכסים כל אחד תשיא את עצמה דלא זכתה בהם עד שעת נישואין תדע מדאמרינן ראשונה נוטלת עישור נכסים שניה במה ששיירה וכולי ותניא באו כולן להנשא כאחת ראשונה נוטלת עישור שניה במה ששיירה

וחוזרת וחולקות בשוה וכתב הר"ן ומכאן שאין נוטלת פרנסתה אלא לזמן נשואיה ואי סלקא דעתך דמשעה שמת אביהן זכו כל אחד בשלה היה לנו לומר שהראשונה זכתה בעישור נכסים שלם ושניה לה במה ששיירה ראשונה דבפרק יש נוחלין ילפינן מבנות צלפחד דבמסיבה הלך אחר זקנה שאע"פ שמנאן הכתוב בישיבה כסדר חכמתן מ"מ בשעת נישואין מנאן כסדר גדולתן אלמא אזלינן בתר זקנה בנישואין וכמו שפי' שם רשב"ם והרא"ש ז"ל ומקרא מלא כתי' לא יעשה כן במקומינו וכו' ומתוך סברא זו רצה ר"ת לעשות מעשה לענין קידושין במקדש את בתו סתם שיש לנו לומר שלא קדש אלא הגדולה משום לא יעשה כן במקומינו כמו שכתב התוס' בפרק האיש מקדש גבי פלוגתא דקידושין שאינן מסורין לביאה אלא שחזר בו מלעשות מעשה משום חומרא דקידושין אבל הכא גבי פרנסה דשמין באב ודאי שהאב לא היה משיא את הקטנה קודם לגדולה ומשעת מיתה זכתה גדולה בחלקה אלא ודאי דלא זכו כלל ולא חשיב להו פרנסה בחוב אלא בזמן נישואין ואם באותה שעה כולן באות להנשא זוכות כאחת הילכך אם בשעת נישואין כבר מת הבן חזר' ירוש' למקומה ואין כאן תקנת' דפרנס' כלל ועוד ראיה דבפ' מי שמת גבי נכסים מועטים מבעיא ב"ח מהו שימעט בנכסי' וכת' הרא"ש דהא דלא מבעיא לן פרנסה מהו שתמעט בנכסים דפשיט' דלא ממעט' כיון שלא הגיע זמנה לגבות משמ' דלא זכתה בה אלא בשעת נישואין דאי זכתה משעת מיתת האב ואינה מחוסר' אלא זמן מ"ט לא ממעט' כמו ב"ח דלא שני לן בין ב"ח שהגי' זמנו בין ב"ח שזמנו מכאן ועד י' שנים ובעי למימר שממעט אע"פ שלא הגיע זמנו לגבות והנה ראיתי שנשאל הרב המובהק כמה"ר יוסף ן' לב ז"ל בכיוצא בזה כמו שהובא בספר השלישי מתשובותיו סימן ל"א והשיב דהיכא דנשאת הראשונה בחיי אביה לא פליג רבי חנינא אדרבי יוחנן ובסוף דבריו כתב כל זה כתבתי להלכ' אבל למעשה נכון הדבר לעשות פשרה בין האחיות וגרם לו לרב ז"ל לבא בכלל כך לפי מה שכתב בעיקר פלוגתא דרבי יוחנן ורבי חנינא דאי דייניגן בהא פלוגת' דמחצה על מחצה בכגון האי דליכא מוחזק הוה אמרי' דממון המוטל בספק חולקין. ואני תמה היאך פשוט לו לרב ז"ל דבר זה חדא דסומכוס הוא דאית ליה הך סברא אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה אע"ג דלא קיימא ברשותיה ובההיא דפרק השואל גבי המחליף פרה בחמור וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו אוקמוה בגמרא דקיימא באגם ובשמא ושמא וסומכוס היא ופסקו הרי"ף והרא"ש שעל הלוקח להביא ראיה כרבנן דאוקי פרה בחזקת בעלים עד אותה שעה שילדה אע"פ שאין המוכר מוחזק בה והא קיימא באגם אלא שהרמב"ם ז"ל כתב בפרק עשרים מה' מכירה זה אומר איני יודע

וזה אומר איני יודע יחלוקו וכבר תמהו עליו שהרי העמידו בגמרא מתניתין כסומכוס ולא קיימא לן כוותיה והוא עצמו פסק דלא כסומכוס במקומות אחרים והרב המגיד ז"ל העלה דברי הרמב"ם בצ"ע. ואני בעניי הראתי פנים מתוך ההלכה לקיים דברי הרב ז"ל ועכ"פ יחיד הוא בסברא זו. ועוד אפילו תימא התם יחלוקו כשיטת הרמב"ם ז"ל אכתי נ"ד לא דמי להההיא דהתם אנו מסופקים בעיקר הדין מי יקרא מוחזק דלא ברירא לן דנוקי פרה בחזקת מרא קמא כיון שאין לנו ספק ומההיא שעתא נפקא לה מרשותה ועל שעת לידה אנו מסופקים ואי הוה קיימא ברשות בעליה היה לנו לומר כאן נמצאת וכאן היתה דומיא דכל' בבית אביה דס"פ המדיר דתנן היו בה מומין ועודה בבית אביה האב צריך להביא ראיה וכו' ואוקמה רב יוסף משום דכאן נמצאו וכאן היו ואם היתה פרה ברשות מוכר הו"א כאן נמצאת וכאן ילדה השתא דלא קיימא לא ברשות זה ולא ברשות זה אלא באגם מספקא לן מי יקרא מוחזק אבל הכא בנדון דידן שהראשונה מוחזקת בנכסי אביה מדין ירושה של תורה ושאר הבנות באות בטענת עישור נכסים דבעל חוב נינהו הרי הן באות להוציא כשאר בעלי חובות דעלמא וכל היכא דקיימי נכסי בחזקת יורשים קיימי דהוה ליה כספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי תדע דבפרק החולץ גבי שומרת יבם שנפלו לה נכסים דאמרינן דטעמא דב"ש דהתם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי מותיב אביי ולב"ש אין ספק מוציא מידי ודאי והתנן נפל הבית עליו ועל אביו ועל מורישיו והיו עליו כתובת אשה וב"ח יורשי האב אומרים בן מת ראשון ואח"כ מת האב וב"ח אומרים האב מת ראשון ואח"כ מת הבן ב"ש אומ' יחלוקו וב"ה אומ' נכסים בחזקתם והא הכא דיורשי האב ודאי ובעלי החוב ספק וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי ומשני קסברי ב"ש שטר העומד לגבו' כגבוי דמי דתנן מתו בעליהן עד שלא שתו ב"ש אומ' נוטלות כתובה ואינן שותו' וב"ה או' לא שותות ולא נוטלות כתובה אלמא לב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי הו"ל יורשים ודאי ובעלי החו' ספק ואין ספ' מוציא מידי ודאי ולא תימא משום דלא הוחזק שטר חובן על נכסים הללו של האב אלא על נכסי הבן ואין אנו יודעים אם זכה הבן בהם שמא הוא מת תחילה ואחר כך מת האב דהא גבי מתו בעליהם הרי הוחזק שטר כתובה על נכסי בעלה ומבטלים לשטרא מספק דאימור מטעמא דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי והתוספות כתבו בסוף פרק מי שמת טעמא דבית הלל דאמרי נכסים בחזקתן דס"ל לב"ה כיון דמחוסר גובייגא אפילו מת האב תחילה הוו בחזקת היורשים וב"ש לטעמיהו דאית להו שטר העומד ליגבות כגבוי דמי ע"כ אלמא כל דמחוסר גובייגא הו"ל כספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי ובנות הללו בפרנסת' כב"ח דאחי נינהו כדאמרינן בס"פ מציאת האשה ואם באים לגבות

מנכסי אחיהן שמת גבו מזיבורית ובשבועה וכיון דאכתי מחסרי גובייא הוה ליה ספק והראשונ' שבאה מכח ירושה ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי ואין לומר שאני הכא שגם הבנות הקטנות מוחזקות בנכסים והללו באות לירש כמו הגדולה הילכך נכסי בחזקת דכלהו קיימי דמכל מקום מחמת זה לא תועיל חזקת ירושתם להחזיקם מחמת חוב פרנסתם דלגבי הא כאיניש דעלמא נינהו כמו שכתבו התוספות בריש מציעא גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי שאף על פי שהאומר כולה שלי ודאי בחציה לא תועיל חזקתו לענין חציה השנית ובפ' החולץ גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא משמע מתוך פירוש רש"י ז"ל דקרי ליה ליבם ודאי לפי שנוטל חלק בנכסים ממה נפשך והקשו עליו בתוספות מכמה מקומות וכן האריכו התוספות להוכיח בסוף פרק מי שמת משם ר"י ור"ת וריב"א ורשב"ם ז"ל דלא מהני מה שמוחזק במקצת לגבי השאר כל שכן הכא דבתורת חוב קאתו לגבו' יותר על חלקם דאכתי מחסר גובייא ולא נסתפק אדם מעולם באחד מן האחי' שהוציא שטר חוב על נכסי אביו ויש בו ספק דמפני שהוא יורש ודאי לא נדון אותו כדין בעל השטר על התחתונה.

ומה שמצינו בקצת מקומות שאמרו בהם יחלוקו כולהו טעמא אית בהו כגון בההיא שמעתא דפרק החולץ אבבא דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר אנא בר מיתנא אנא ונכסי דידי ויבם אמר את ברי דידי ולית לך מידי הוי ממון המוטל בספק וחולקים הרי כתבו התוס' והרא"ש ז"ל דאפילו רבנן דפליגי עליה דסומכוס מודו הכא שאין שייך כאן המוציא מחבירו עליו הראיה שאין זה מוחזק יותר מזה ואפילו אחד מהם מוחזק בנכסים אינה חזקה כיון דנכסי בחזקת מיתנא ותרוייהו אתו בטענת ספק ולדברי האחד אין לשני זכיה בהם הילכך הוה ליה ספק וספק וחולקין ובפרק מי שמת אפיסקא דנפל הבית עליו ועל אשתו דתנן נכסים בחזקתם ופסק הרי"ף ז"ל כבר קפרא דאמר יחלוקו היינו משום דנצ"ב הקיימין יש חזקה לאשה בהם כמו הבעל דמה שעומדין בחזקת הבעל היינו משו' דאחריותן עליו שאם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ומ"מ בחזקת אשה קיימי דאי אמרה כלי אני נוטלת קי"ל דהדין עמה ואין הבעל יכול למכרה ואם מכר מכרו בטל במטלטלים וכל שכן דאין בעל חוב נוטלן בחובו כדאמרי' בפ' אלמנה לכ"ג וכן מוכח מדברי רשב"ם ז"ל שכת' יחלוקו משו' דהללו באין לירש והללו באין ליר' ולשניה' יש טענת חזקה היא הנעל' ליה מבית אביה והוא מתוך שקבל עליו אחריות קנאו עד כאן אלמא טעמא משום דחשבינן לשניהם מוחזקים אבל היכא דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו לא אמרינן יחלוקו ובפרק המוכר את הבית גבי מצר רביעי מובלע בתוך המצרים ואיכא עליה רכבא דדיקלא דאמרינן אתמר להאי גיסא

ואיתמר להאי גיסא שודא ביארו שם התוספות מאי טעמא לא אמרו המוציא מחבירו עליו הראיה והאריכו להביא כמה דוכתי דאמרי' בהו יחלוקו וכן הרא"ש ז"ל בהלכותיו בכולהו הוי טעמ' משו' דאין לנו חזקה ברורה לומר העמד ממון על חזקתו כמו שבארתי במקום אחר ואין לי כאן להאריך. ובפרק יש נוחלין גבי בכור במלוה שעמו דאמרינן פלגי בינו ובין אחיו חלק בכורה דהו"ל ממון המוטל בספק כבר כתבו התוספות שם לאו משום דקיימא לן דממון המוטל בספק חולקין דהא לא קי"ל כסומכוס כדפי' לעיל אלא תקנ' חכמי' היא הכא ובמקום שמפורש בהדיא דחולקין עכ"ל וכן בפ' האומנין דהיו באגר' משלם פלגא כדמייתי הרי"ף ז"ל ותקנת' דרבנן היא הילכ' הכא דמספק' לן בפרנס' הבנו' דבר ברור הוא דמוקמינן נכסים בחזקת דין ירושה בשוה ואין בו בית מיחוש.

הגם הלום ראיתי אחרי רואי לרב המובהק ז"ל באותו החלק סימן ק' נתן טעם לספקותיו ואמר כי לכאורה נראה שהבת הגדולה היא מוחזקת כיון שהפרנסה הויא תקנתא דרבנן וכיון דמספקא לן אם זכתה השני' נכסי בחזק' יתמי קיימי כי היכי דכת' הרא"ש ז"ל בפסקיו גבי פלוגת' דרבוות' אי אמדינן לדעתיה דאב להוסיף על העישור דכיון דפלוגת' היא נכסי בחזקת היורשים קיימי ולא מפקינן מספקא וכתב דיש לחלק דהתם מספקא לן אי זכתה טפי מעישו' נכסי' או לא זכתה מספק' לא מפקינן אבל הכא כיון דנשאר בן מיד זכתה אלא דמספקא לן אי כשמת הבן משום ריוח ביתה וותרה והביא דברי רבי' ישעיה מטראני ז"ל דטעמ' דמילתא דאמרינן שני' וותר' משו' דטעמ' דפרנס' הוא שאנו אומדין שאינו רוצ' שתתבז' בתו והשתא דאית לה חלק בנכסיו אין רצונו שתטול פרנסתה שהרי יש לה ואינה מתבזה ע"כ. ואמר מאחר שזכתה משעת מיתת האב אלא דמספק' לן אם בשעת מיתת הבן הפסידה מספקא לא מפסדינן דומיא דההיא דהלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך חייב ואע"פ שאין משיבין את הארי לאחר מיתה תמה אני היאך נסתפק הרב ז"ל בדבר זה ודמהו לאיני יודע אם החזרתי לך ושתי תשובות בדבר חדא דאין הספק אלא בעיקר הזכיה אם זכתה אף במקום דאיכא ריוח ביתא דכי אמדינן דעתיה דאב שרוצה לתת לה היינו כל זמן שאין לה אבל בזמן שיש לה שאר נכסים אין דעתו של אב להעביר נחלה אלא חולקות בשוה וכבר הוכחתי לעיל שלא זכתה הבת בפרנסתה אלא בשעת נישואיה ממה שחולקות בשוה כשבאו להנשא כאחת וממאי דלא מספקא בפרנסה דודאי אינה ממעטת בנכסים ועיקר פרנסה משום אומדנא דאמדי' באב ואילו היינו אומדין באב שרצונו לתת לה אף בשיש לה נכסים אחרים לא היתה מפסדת כלל אלא שאנו אומדין בדעתו של אב שאין רצונו לתת לה בשעת נישואיה אלא בזמן שאין לה נכסים אחרים אבל בזמן שהיא יורשת אין רצונו להעביר נחלה וחולקות

בשוה והתימה שהוא עצמו הביא דברי רבינו ישעיה שמוכיח שהספק תלוי ברצון האב שאין רצונו שתטול פרנסתה אם כן לא זכתה כיון דכי יהיב לה אב אדעתא דהכי לא יהיב והוה ליה כאיני יודע אם הלויתני. כל שכן לפי מה שכתב הרא"ש ז"ל שם בשם רבינו האיי שפרנסה תקנת חכמים שתקנו לבנות ישראל ונתנו להם חלק בנכסים בממון אביה' להיו' נשאות עד כאן.

וכיון דתקנת חכמים כל ספק שבתקנה אנו חוזרים לירושה של תורה וכמו שכתבו המפרשים ז"ל בכמה דברים כיוצא באלו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בדינא דבר מצרא שהביא הרב עצמו שם באותה תשובה ועוד אפילו תימא שזכתה הבת תיכף במיתת האב ומספקא לן השתא אם הפסידה במיתת הבן עד כאן לא אמרו בהלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך דחייב אלא שכנגדו טוען ברי שלא החזיר לו אבל הכא אף שכנגדו טוען שמא ובכה"ג אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה. וגדולה מזו אמרי' גבי סוטה שנסתרה בפ' כשם מתו בעליהם עד שלא שתו ב"ה אומרים לא שותות ולא נוטלות כתובה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי אף על פי שהוא אומרת ברי לי שלא נטמאתי והם אינם יכולים לטעון טענת ברי שזנתה והקשו שם התוס' תיקשי מהכא למאן דאמר מנה לי בידך והלא אומר איני יודע פטור ותרצו דמאחר שהתורה עשאה ספק עד שתשתה אינה יכולה לטעון טענת ברי ופלוגתא דמתניתין דהתם הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים לא שייכה להכא דהתם אפילו בית שמאי מודו שמא אותו שטר מעולם לא עמד ליגבות שהרי הבעל טוען שמקחו היה מקח טעות עכ"ל אלמא גבי סוטה בתחילה עומד ליגבות היה אלא שאנו מסופקים אם הפסידה כתובתה כיון שגם היא אינה יכולה לטעון ברי לאו כגבוי דמי והמוציא מחבירו עליו הראיה. והנה כתב הרב ז"ל בסוף התשובה כל' הזה ולחפזון המוביל אמרתי לקצר ואני מודיע לשואל כי עדיין הדבר אין ולאו ורפיא בידי עד אמצא ראיה ברורה להכריע אם הבת הפנויה היא המוחזק' או אם הבנות הנשואות הם המוחזקות וטוב הדבר לפשר ולומר ממון המוטל בספק חולקים כיון דלא ברירא החזקה עכ"ל הרי שהרב ז"ל לא העלה שהדבר ספק אלא שלא היתה לו שעת הכושר לבקש ראיה להכריע ובענייותי הראיות שהבאתי ראויות לסמוך עליהם ומה גם כי הרב המובהק מהר"יק ז"ל פסק כר"י ואין ספיקו של מהר"י ן' לב מוציא מידי ודאי של מהרי"ק ז"ל כל שכן שהבת הראשונה נשאת בחיי אביה דאפילו רבי חנינא לא פליג בהא כמו שהוכחתי לעיל ואין מקום להכנס לבית הספק והלואי כל שמעתין הוה ברירא לן כהדא.

אלא מיהו רואה אני מצד אחר שאבדה זכות' לפי מה שהבינותי מתוך השאלה הב' שהוא הנדון הזה בעצמו שהבנות הקטנות כולן נישאו כבר ומעתה אין לראשונה דין ודברים עמהם כל זמן שהם נשואות דהא מבעיא לן בסוף פרק יש נוחלין אי בעל לוקח הוי ומלוה ע"פ לא גבי מיניה או דילמא יורש הוי ופסקו גדולי המפרשים זיל דמלוה ע"פ לא גבי מיני' או דילמ' יורש הוי ואע"ג דאמרי' התם דמשו' פסיד' דאלמנ' שוויה רבנן כיורש הני מילי לענין נ"מ דבעיין דהתם עלייהו אבל לגבות מנצ"ב ודאי הוי לוקח וכ"כ מהר"י קולון ז"ל שורש י"ח וכן מוכיח מתוך תשובת הרא"ש ואף על פי שיש לדון בזה כדין גזלה ולא כדין מלוה ע"כ דהא אמרינן התם גבי נישאו גדולות לבעל ישאו קטנות חלקן מבעל שאני פרנסה דקלא אית לה למילתא כלומר דכמלוה בשטר דמיא שהעולם יודעים שהקטנות עומדות לינשא היום או למחר משמע הא חלק ירושת הגדולה דליכא קלא ולא גביה מיניה דבעל הרי כתב שם נמוקי יוסף דדוקא בשאין הנכסי' עתה בעין מיירי אבל אם הנכסים בעין דגזלה קיימת כל היכא דאיתא הדרא לדברי הכל עכ"ל. ואפילו הם נצ"ב יש לגבותם מזה הטעם כיון שגזלה קיימת היא מ"מ אפילו תימא שאותם הנכסים שקנו לה בנדונייתא הואיל ומתפיסת הבית קנו יש לגדולה חלק בהם וכגזלה קיימת דמיא אכתי בין דשויוה רבנן כיורש בין דשויה רבנן כלוקח הא קי"ל טוענין ליורש וטוענין ללוקח והואיל ובידיעת הגדולה נישאו לבעל מאן לימא לן שלא וותרה גדולה חלקה ומתנה הוא דיהבא לאחותיה הקטנות כדי נישואיהן אלא שאם נשארו עדיין נכסים ביד האפטרופוסים או ביד אחרים שלא הכניסום לבעל בכתובתן יכולה ראשונה לגבות חלקה מהם כמו שנטלו אחיותיה שוה בשוה וכן אם נתארמלו ונתגרשו יכולה לתבוע מהם מאחר שהם יודעות שהיא לא נתנה להם במתנה כלום אלא ששתקה כשנשאת לפי שלא היתה יודעת שיש לה זכות בנכסים ולא מפני כך הפסידה זכותה הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלא

שאלה ראובן שדך את בת שמעון זה יותר משנתים ימים ונכתב ונחתם שטר שידוכין בכל תוקף בקנין ושבועה חמורה שראובן לא יוכל לקדש שום בת ישרא' זולת את בת שמעון וגם כן נשבע שמעון לתת לו את בתו לאשה והצד החוז' בו זולת היותו עובר על השבועה יתן לצד המקיים מאתים פרחי זהב אכן לא נכתב זמן קצוב לזמן הנישואין ועתה בראותו ראובן היותו מבן חמשה ועשרי' שנים והארוסה בת עשרים שנה אומר לשמעון תנה לי את בתך לאשה כי בכל יום מכריזין אותי ושמעון אומר לו שנת היובל אתננה לך כי אין זמן נישואין מפורש בשטר השידוכין עוד טוען שמעון ואומר לראובן

כשנתחייבתי בכך הייתי עשי' והיה בלבי לתת מוהר ומתן לבתי לפי כבודי וירדתי מנכסי ואין בי כח לעשות רצוני וראובן אומר לו הנני מתרצה באשר תחפוץ לתת לבתך המעט הוא אם רב ושמעון אומ' אם אתן לך נדוניא מועט' תגר' אח"כ את בתי כא' הזונות וכשמוע שמעון טענ' ראובן הנז' דוח' אותו בטענ' אחר' ואו' שבשע' השידוכין התנה עם המשדכין לוי ויאודה שנתמצעו ביניהם שרצונו היה ללכת לא"י ושמה יכנס לחופה את בתו עם ראובן וראובן או' שלא ידע ולא שמע כזאת ולא נכתב בשט' שביניהם ואו' הנה לוי א' מהמשדכין בחיים ישאלו את פיו ויאמנו דבריו ושאלו את לוי ואמר שלא היו דברי' מעול' ומשיב שמעון אני אשבע שבועה חמורה שכנים הם דברי עתה ילמדנו רבינו המור' לצדקה אם יכופו את שמעון לתת בתו לראובן ויקיים שבועתו ואם לא יחפוץ יתן הקנס שנתחייב לתת בשט' השידוכין ואע"פ שלא פורש ביניה' זמן הנשואין עד מתי ישב ראובן יחידי בלא אשה היות שבכשרותו עומד כמו בזמן השידוכין לא נשמע עליו שום פגם ח"ו וכן יורנו האם שמעון יהיה נאמן בשבועתו כיון שראובן מכחישו ולוי המשדך גם כן מכחישו ולא הוזכרו הדברי' האלה בשטר השידוכין על כל אלה הדברים יורנו הדין בבירור ושכרו כפול מהשמים וזה לשון השטר הנז' בסימן טוב ובשעת ברכה והצלחה נגמרו השידוכין המבורכים מהבחור יקר ונחמד כהר' מנח' אשכנזי יצו' עם הבחורה הנעימה דונא בת היקר כה"ר חיים פירפינייאן יצו' ורבי מנחם הנזכר ונתחייב לקדש את דונא ולהכנס עמה לחופה ב"ה כדת משה וישר' ושלא יקדש שום אשה אחרת לא על ידו ולא ע"י אחר לא בעיר הזאת ולא בעיר אחרת כי אם לדונא הנז' וכהר' חיים הנז' נתחייב להביא את בתו דונה הנז' מרצונה הגמור רצויה וחפצה ומפוייסת לקבל קידושין מרבי מנחם הנז' ולהכנס עמו לחופה ב"ה כדת משה וישראל וכמו כן הוד' רבי מנחם הנז' איך הוא חייב להר' חיים הנז' מאתים פרחי זהב תקלין וטבין מהלוא' חן וחסד שהלוה ממנו ואם ב"ה יבא הזיווג הנז' לידי גמר ולא יבא שום עכוב מהר' מנחם הנז' מעתה מחל הר' חיים הנז' להר' מנחם הנזכר הק"ק הזהובים הנז' ואם ח"ו יבא שום עכוב מר' הנחם הנז' באופן שח"ו לא יבא הזווג לידי גמר בסבתו החוב הנז' במקומו עומד וחייב רבי מנח' לפרוע החוב בשלימות וכמו כן הודה הרבי חיים הנזכר איך הוא חייב חוב גמור לרבי מנחם הנזכר ק"ק זהובים זהב טהור תקלין וטבין ואם ב"ה יבא הזווג לידי גמר ולא יבא שום עכוב מצד ר' חיים הנזכר או מבתו הנזכר מעתה מח' ר' מנחם לרבי חיים הק"ק פרחי' ואם ח"ו יבא שו' עכוב מצד ר' חיים או מבתו הנז' באופן שלא יבא הזיווג הנז' לידי גמר ח"ו החוב הנז' במקומו עומד וחייב ה"ר חיים לפרוע לר' מנחם הנז' כל החוב בשלמות בלי שום איחור ועכוב הכל באחריות גמורה מזה על זה ומזה על זה והאמין

כל אחד מהכתות הנז' המסרבת לכת שכנגדה נאמנות גמור' בפי' בב' עדים כשרים על כל הנז' שלא יפסל וכולי ומסודר וכולי דלא כאסמכת' ודלא כטופסי דשטרי אלא כהוגן וכתיקון חז"ל ולקיים כל הכתוב לעיל השני כתות הנז' נטלו קנין שלם וכו' וגם נשבעו שבועה חמורה לדעת המב"ה ולדעת הנ"ב וכל אחת מהכתות הנז' לדעת חבירו לקיים כל הכתו' לעיל והיה זה פה מגנצייא, יום ד' ח' לכסלו השס"ח ליצירה והכל שריר וברירי וקים עד כאן.

תשובה אם באנו לחייב את שמעון חמיו מצד שבועתו שנשבע הרי הוא אומר שלא נתן קצבה לנישואין אלא באשר תשיג ידו ועד עתה לא השיגה ידו לתת לבתו לפי כבודו וכבודה ולעולם לא יהיה עובר על שבועתו כיון שלא שמו זמן קצוב ביניהם איברא דאמרי' בסוף פר' מרובה מי שנדר ליקח בית ולישא אשה בארץ ישראל אין מחייבין אותו ליקח מיד אלא עד שימצא ההגונת לו ומעשה באשה אחת שהיה בנה מיצר לה וקפצה ונשבעה שכל מי שיבא עלי איני מחזירתו וכו' עד לא נתכוונה זו אלא להגון לה ומשמ' מינה דכשמצאה הגון מיהת מחייבין אותה וכן הוא שנד' לישא אשה כשמצא הוגנ' לו מחייבין אותו ומיהו אין לפרש שמאותה שעה עובר בלא יחל דהא לסוף כמה שנים אם נשא אשה מי קעבר הרי קיים נדרו שנדר לישא והיא' יתרו בו בשמצא הוגנת שלא יעבו' בלא יחל והרי אפשר לקיימו אחר כך והרי זה דומה למצו' לא תעשה שנתק לעשה שיכול לתקן הלאו אינו עובר כגון לאו דלא תקח האם על הבנים דכל ימיו בעמוד ושלח קאי דתנן בשלהי חולין הנוטל אם על הבנים חכמים אומרים משלח ואינו לוקה ולא תימא לפי שקדמו לאו לעשה כגון זה אלא אפילו קדם עשה ללאו כדאמרינן באלו הן הלוקין דהדר ביה ר' יוחנן מהך סבר' משום דקשיא ליה אונס דכתי' ולא תהיה לאשה והדר כתיב לא יוכל שלחה כל ימיו ותניא אונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה אמאי לאו שקדמו עשה הוא אלמא בכל ענין שיכול לתקן הלאו אינו עובר עד שנתבטל ואין ספק עוד בידו לקיים למאן דאמר קיימו ולא קיימו או כל שלא בטל עשה שבה למאן דאמר בטלו ולא בטלו.

אלא נראה דההיא דמרובה הוי טעמא משום דנדרים של מצוה הם ליקח בית ולישא אשה בא"י מצוה עליו לקיימם לאלתר כל שמוצא דבר הגון ואם שהה עובר לאלתר בבל יאחר דבפ"ק דר"ה אמר רבא וצדקה מחייב עליה לאלתר דהא קיימי עניים הכא נמי הא קאי בית והא קאי אשה מצוה לקיים דברו מיד להשתקע בארץ ישראל שישיבת ארץ ישראל מצוה ומייתי לה הרמב"ן ז"ל בספר המצות מוירשתם אותה וישבתם בה ובשלהי כתובות אמרינן גבי ההוא דנפלה ליה יבמה במדינ' הים וכו' אחיו נשא גויה

ברוך המקום שהרגו. וקנין בית בארץ ישראל נמי מצוה היא משום ישוב ארץ ישראל כאותה שאמרו ומייתי לה בפרק מי שהוציאוהו הולכי' ליריד של גוים ולוקחי' מהם בהמה ועבדים בתים שדות וכרמים וכותב ומעלה בערכאות שלהן מפני שהוא כמציל מידם ואם היה כהן מטמא בחוצה לארץ לדון ולערער עמהם וכו' וכתב רש"י ז"ל שמציל מידם הוא אי נמי משום ישוב ארץ ישראל אע"ג דאיכא איסורא דיריד שהיא שוק הנקבע ליו' אידם ואיסו' דלפני ערכאות שמייקר שם עבודה זרה ואיסו' טומאה דארץ העמים שרינן כלהו איסורי' משום ישוב ארץ ישראל. ובפרק קמא דגיטין התירו שבות דשבת אצלם דאמרי' הקונה שדה בסוריא כקונה בפרווהי ירושלים למאי הילכתא אמר רב ששת לומר שכותבים עליו אונו אפילו בשבת אע"ג דאמירה לגוי שבות משום ישוב ארץ ישראל לא גזרו בה רבנן ופירש רש"י ז"ל ישוב ארץ ישראל לגרש גוים ולישב ישראל בה. ועוד דהכא בנדון דידן מיירי באדם של חוצה לארץ שמבקש להתיישב בארץ ישראל ונודר ליקח בית ולישא אשה על דעת להתיישב הילכך נדרי הקדש הן ומצוה לקיימן אב' בנדרי הרשות דאין מצוה לקיימן ואדרבא אמרי' הנודר כאילו בנה במה והמקיימו כאילו הקריב עליה קרבן לא שייך ביה בל תאחר תדע דבפ"ק דר"ה דרשינן מהאי קרא דכי תדור נדר וכולי כמה מילי דהקדשות וקרבנות מיתורא דקראי אלמא אין דבר הרשות במשמע הכתוב. ואי מהך טעמא אתינא עלה הא נמי מצוה היא כדאמרינן בתך בגרה שחרר עבדך וכו' ואמרו בפרק הנשרפים איזהו רשע ערום זה המשהה בתו בוגרת ואמרי' נמי המשיאן סמוך לפרקן עליו הכתו' אומר ופקדת נוך ולא תחטא וממילא משמע דאם משהא אותן נקרא חוטא ולענין פרנסת' ונדונייתה מצוה נמי היא דאמרינן בפרק נערה שנתפתתה הא נמי דאורייתא היא דכתיב קחו נשים וכו' ואת בנותכם תתנו וכו' עד הא קמשמע לן דנלבשה ונכסה וניתיב לה מידי כי היכי דקפצי עלה ואתו נסבי לה אלמא מצוה מדאוריית' חשיבא וכנדרי הקדש הם דמצוה לקיימם מיד כשיש ספק בידו לעשות ומ"מ מצוה שמענו כופין לא שמענו.

ואם נפשך לומר כי היכי דגבי אונס שגרש דמחויב להחזיר אף על פי שאינו עובר מיד מכל מקום לאלתר כייפינן ליה דכל שעתא ושעת' בעמוד והחזר קאי וכדכתב הרמב"ם ז"ל בפרק א' מהלכות נערה וז"ל לפיכך האונס שעבר וגרש כופין אותו להחזיר ואינו לוקה מתה גרושתו קודם שיחזירנה או נתקדשה לאחר או שהיה כהן שאסור בגרושה הרי זה לוקה שהרי עבר על לא תעשה ולא קיים עשה שבה עד כאן לשונו הכא נמי נימא אף על פי שאינו עובר עד זמן שאין ספק בידו לקיים מכל מקום כשיש לו ספק כופין אותו לאלתר לקיים שבועתו. הא לא דמיא דמה שכ' הרב ז"ל דכופין אותו להחזיר אע"פ

שלא הוזכר בגמרא זה יצא לו מתוך שפסק כמאן דאמר קיימו ולא קיימו הילכך כל שאי אפשר לקיים העשה אע"פ שארעו אונס מיתה הרי זה עובר. וכן גבי שילוח הקן כתב הרב ז"ל בפרק תשיעי מהלכות שחיטה שאם לקחה ומתה קודם שישלחנה לוקה וכן גבי השב' העבוט ובחובל בגד אלמנה כל שלא קיים עשה שבהם שלא החזיר אבד או נשרף הרי זה לוקה כדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' מלוה הילכך כופין אותו לאלתר שמא יארע לו אונס ונמצא עובר למפרע כמו שמוכי' בסמוך וכ"ת הכא נמי בנשבע לכנוס כל שהיה בידו ספק לכנוס ולא כנס ומת אחד מהם נימא שהוא בלא יחל דברו וכיון שכן כופין אותו לכנוס מיד שמא ימות ונמצא עובר על שבועתו. הא לא דמי להנך דבכל הני לאוי כתיב בהו לא יוכל שלחה לא תקח האם לא תבא אל ביתו לא תחבול בגד אלמנה ומההיא שעתא עבר עליהם אלא שנתקם הכתוב לעשה לומר שהוא תקונו של לאו וכל שלא תקן אף על פי שנאנס בכך נמצא שעבר למפרע בשעה שגרש או בשעה שנטל האם על הבנים דומיא דמדביק פת בתנור בשבת אף על פי שיכול לתקן ולרדותה קודם שיקרמו פניה כל שלא סלקא נמצא עובר למפרע על האפיה כדמוכח בריש מכילתא בשבת דבעי רב ביבי הדביק פת בתנור וכו' אבל הכא בשעת שנטבע אינו עובר שבידו לקיים ואם נאנס ולא קיים הא כתיב האדם בשבועה פרט לאנוס ולא מפני שפשע ולא קיים שבועתו יהיה עובר. תדע שאם אתה אומר שכל מי שנדר או נשבע לעשות דבר פלוני והיה ספק בידו לקיים ואחר כך נאנס או מת ולא קיים יהא עובר משום בל יחל אם כן היה לנו לכופו לקיים מיד להרחיק אדם מן העבירה ומאי טעמא אמרינן בפרק קמא דר"ה גבי קרבנות דלא מחייב אלא אחר שלש רגלים דקאי בבל תאחר נכוף אותו מיד שמא תטרף לו שעה ולא יקיים דומיא דאמרינן בפרק ב' דנדרי' קונם עיני בשינה היום אם אישן למחר אל ישן היום שמא ישן למחר משום דבתנאיה לא מזדהר אינש ועוד ניחוש למיתה כאותה שאמרו בפרק כל הגט הרי זה גיטך שעה אחת קודם מיתתו אסורה לאכול בתרומה מיד ואסיק רבא דשמא ימות תנאי היא והיינו רבי יהודה ורבי יוסי ור' שמעון דחיישי שמא יבקע הנוד ונמצא שותה טבלים למפרע ובריש נדרים מייתי רבה אמילתא דבל תאחר בנזירות אמר לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר דמן ההיא שעתא הוה ליה נזיר דחיישינן שמא ימות אבל אמר אהא נזיר קודם שיעברו שתי שנים אין כופין אותו לאלתר אלא שלשים יום קודם שתי שנים. מצאתי בהריב"ש סימן קצ"ג שנראה דסבירא ליה הפך מזה.

ואם באנו לחייב את זה מחמ' החוב שהחזיק על עצמו מאתים זהובים שמאחר שזקפם עליו במלוה ניתנה להתבע בכל זמן דסתם הלואה שלשים יום ולא יהא אפשר לשמעון

ליפטר אלא שיכניס את בתו לחופה או יפרע ולא תימא הואיל והחוב תלוי בנישואין לנישואין אין זמן קצוב אף הוא אינו יכול לנוגשו על החוב דבנישואין תלה שכל שהכני' את בתו לחופה אפילו מכאן ועד עשרה שנים אין כאן חוב שהרי להוציא הדבר מידי אסמכתא הוצרכו לתקן בכך שיהיו המעות חוב וזקפום במלוה מעתה ולא שיהיו תלויים בדבר שאם כן סמכה דעתיה שיקיים התנאי ולא יתחייב כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"א מהלכות מכירה כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים קונים מזה וכו' ונראה שדעת' ז"ל משום דמה שאמרו כל דאי אסמכתא היינו משום דמהשתא לא גמר לקנות אלא כשלא יתקיים תנאו ובההיא שעתא לאו לביה עליה שלא היה סבור לבא לידי כך ואפילו בקנין יש בו דין אסמכתא כדכת' הרב המגיד ז"ל והקשה הרב מה"ר יוסף קארו ז"ל שהרי כתב הרמב"ם ז"ל באותו פ' לעיל דקנין מעכשיו אין בו אסמכת' אם כן למה הוצרכו לכל זה להתחייב ולמחול ועוד הקשה דאי קנין סודר אינו קונה עד לאחר זמן הוה ליה כאומר משוך פרה זו וכו' דאמרינן כלתה משיכתו ולי נראה מה שכתב הרב המגיד ז"ל כאן שאפילו בקנין יש בו דין אסמכתא ומה שכתב לעיל בדעת הרב ז"ל דקנין הוי בלא מעכשיו לא יתחייב מדבריו שיאמר דסת' קנין לאו מעכשיו הוי דודאי כל קנין שאדם מתנ' אפי' לאחר זמן כמי שפירש מעכשיו הוא כדמוכח בהשותפין דנדרים דמההיא שעתא הדרא סודרא למריה כמ"ש הרב שם לעיל. ועוד ראיה דבסוף פרק יש נוחלים אמתניתין דכותב נכסיו לבנו לאח' מותו מבעיא לן בהקנאה מהו ואסיקנא בין אקניה וקנינן מיניה בין קנינן מיניה ואקניה לא צריך שיכתו' מהיום ומשמ' דגם לא צריך זמן וכמו שכתב מהרי"ף והרא"ש וכן הובא בטור סימן רנ"ח אלא דלענין אסמכתא שתלוי בקיומו של תנאי אע"ג דהשתא מקנה או משעבד לו אם יהיה כך מכל מקום הקנין מתלה תלי ולא גמר ומקנה. ומיהו הא דאיתמר בגמרא דכי אמר ליה מעכשיו לא הוי אסמכתא היינו בשהקנה לו קרקע או מטלטלי ואמ' לו קנה זה מעכשיו דמההיא שעתא אית ליה ללוקח הנאה מיניה דלכי מקיים תנאיה הרי הוא שלו למפרע דלוקח אוכל פירות ואם הקנה ע"י מטלטלים קנויים וזהו טעמו של הרב ז"ל שכתב למעלה בדין זה שאילו לא גמר להקנות לו לא הקנהו מעכשיו עד כאן לשונו שהואיל ונתן לו בעין יפה שאילו רצה היה יכול להקנות מהיום ולאחר שיתקיים התנאי שהיו הבעלי' אוכלים פירות דאמרי' גופא מהיום פירא לאחר זמן והוא לא רצה אלא לזכותו מעכשיו ודאי גמר ויהיב אבל הכא דלא יהיב ליה מידי אלא דמשתעבד ליה כחוב אפי' אמר ליה מעכשיו כיון שאינו זוכה בו אלא בשעת קיומו של תנאי או ביטולו אין כאן יפוי כח במה שהקנהו מעכשיו שהרי אי אפשר לקנין שיקנה אם לא מעכשיו דאילו לאחר זמן

הוה ליה כמשוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דאמרינן כלתה משיכתו ומה הוכחה יש שנאמר שגמר להקנותו. לכך היו עושים שמתחייב לגמרי מעתה ואחר כך מוחל אם יקיים תנאו. ולפי דרכנו למדנו שאי אפשר לסלק דין אסמכתא אלא אם כן יתחייב לגמרי לא שהחיוב תלוי בתנאי כלל אלא המחילה תלויה בתנאי ומכיון שהחייוב ברור יתבענו בבית דין שיפרענו כדין כל סתם מלוה ויפרע או יקיים תנאו. אלא שאף בזו אין כח ב"ד יפה להוציא משמעון מאחר שכתוב בשטר שאם יבא הזיווג לידי גמר ולא יבא שום עכוב משמעון או מביתו מעתה מחל ראובן הק"ק ולבסוף כשיבא הזיווג לידי גמר הרי החוב מחול למפרע נמצא ששטר זה מעתה נמחל שעבודו ומקיים תנאיו ואזיל וכאותה שאמרו בפ' האומר ע"מ שאתן לך מאתים זוז הרי זו מקודשת ויתן וקי"ל כרב הונא דאמר והוא יתן דמהשת' חיילי קידושין ואיהו מקיים תנאיה ואזיל וכן לענין גיטין שנינו בפרק מי שאחזו ע"מ שתתן לי ק"ק זוז ה"ז מגורשת ותתן כלומר מהשתא מגרשא אפילו אבד הגט או נשרף ותנאה הוא מקיימה תנאה ואזלא דכל האומר על מנת כאו' מעכשיו דמי וכן האומר על מנת שירצה אבא למאן דאמר על מנת שיאמר אין קאמר אע"פ שאמר בתחילה אינו רוצה כל שחזר ואמר אין אפי' למאה שנה קיים תנאו והאומר על מנת שלא ימחה כל שמחה בסוף ביטל תנאו ואין לדבר קצבה. והכא נמי מחילה חלה מעתה כמו שמפורש בשטר וכך הם דברי הרמב"ם ז"ל שם שכתב שאחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או יעשה כך הרי החוב מחול לו מעכשיו ומשמע שהצריכו לו' כן כדי שלא תהא אסמכתא במחילה ומנא תימרא דאף במחילה וסלוק דלאו הקנאה גמורה היא שייכא אסמכתא מדאמרינן בפרק המקבל האי שתלא דאמר' אי מפסידנ' מסתלקנא בלא שבחא אסמכתא היא וכיון שמוחל לו החוב מעכשיו ליכא אסמכתא.

ונראה דודאי אם היה חיוב זה בפני עצמו שלא בשעת השידוכין או שהיה מתחייב שיכנוס את פלונית היה מקום לומר דאפי' מכאן ועד סוף העולם קאמר דמקיים תנאיה ואזיל אבל אלו ששדכו ביניהם ולקיום הדברים נתחייבו זה לזה בחייוב ממון ובחייוב שבועה יש לנו לומר שחייובין אלו תלויים בשידוכין והולכים בהם אחר כוונת המשדכין שנתחתנו זה לזה שעליהם נעשו חייובים אלו כדי שיתקיימו בכל פרטיהם ושידוכין אלו אף על פי שלא הוזכר בהם זמן סתמן כפירושן שהזמן הוא משיתבעו זה לזה עד שיכינו צורכיה' בקצבה שנתנו חז"ל כאותה ששנינו בפרק אע"פ נותנין לבתולה שנים עשר חדש משתבעה הבעל לפרנס את עצמה כשם שנותני' לאשה כך נותנים לאיש לפרנס את עצמו ואמרי' התם בוגרת הרי הוא כתבועה ונותנין לה י"ב חדש משעת הבגר ואמרינן

תו בוגרת שעברו עליה י"ב חדש ושוב נתקדשה נותנים לה משעת תביעה שלשים יום ואע"ג דהתם בארוסה שנינו דאגידא ביה בקידושין אף זו אגיד' ביה בשבועה ובקנס גדול וכיון דסתם ארוסה אף על פי שלא נתנו זמן לנישואין הכי דיינינן לה משום דמסתמא אורח ארעא בהכי כדמייתי לה מקרא דתשב הנערה אתנו ימים או עשור ובתר הכי כייפינן לדידי' לזונה וכייפינן לדיד' שתנשא אף בששדך סתם ונשבעו זה לזה ושמו עליהם קנסות כייפינן להו בהגעת זמן דהא כל זמן דאגיד בה לא יהיבי ליה אחריתי וכן לדידה וכיון שכן מסתברא דכי נשבע לקיים היינו לקיים בזמנו והוה ליה כאילו היה ביניהם זמן מפורש ונשבע סתם וכן נתחייב סתם דמסתמא אמרינן שעל זמן שביניהם נשבע ונתחייב וכאותה שאמרו הפודה מעשר שני ולא קרא שם ר' יוסי אומר דיו היה מדבר עם האשה על עסקי גיט' וקדושין ונתן לה גיטה וקידושי' רבי יוסי אומר דיו ומפרש לה בריש קידושין שעסוקין באותו ענין ופסקינן התם הלכתא כרבי יוסי ובריש בתר' נמי אמרינן השותפים שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצ' מקום שנהגו לבנות גויל וכו' ואיכא מאן דאמר מאי מחיצה גודא ואוקימנ' דקדים חד ורצייה לחבריה מהו דתימא כי אתרצאי לך באוירא פירש רש"י במחיצה דקה וכו' ומוקמינן מתניתין בשאין בה דין חלוקה שאין כופין זה את זה לחלוק אלא שהא' נתרצ' לחלוק ואינו יכול לטעון כשנתרצתי לא היה דעתי לבנות כותל גויל או גזית למעט אויר חצרי ולהרבו' ההוצא' ואפי' הכי מחייבינן ליה לבנות כמנהג שנהגו לבנות גויל וגזית וכו' למדנו שהדברים הנעשים סתם נלמדים מעניינן ואע"פ שלא פירש כמו שפיר' דמי וכן דברים שמשמען לעולם אנו למדים להם זמן מעניינן דפרק מי שאחזו אהא דהרי זה גיט' על מנת שתניקי את בני תנן כמה היא מניק' שתי שנים ורבי יהודה אומ' שמנה עשר חדש ולרבא כי אמר על מנת שתניקי סתמו שתי שני' והיינו משום דאמדינן לדעתיה דאזמן הנק' קאמ' ולא אמרינן תהא מניק' והולכ' כל זמן שתרצ' דומיא דעל מנת שתשמשי את אבא דמשמ' לעולם אף יניקה הואיל ולא נתן קצבה כל זמן שהוא ירצה קאמר דהא אמרינן בפרק אף על פי יונק תינוק והולך עד כ"ד חד' דברי ר' אליעז' רבי יהושע אומר אפי' ארבע וחמש שנים ומפרש בגמרא ארבעה לברי וחמש לכחוש ואמר רב יוסף הלכה כרבי יהושע והא דאמרינן פיר' לאחר כ"ד חד' הרי זה כיונק שרץ כלומ' פירש וחזר הא אמרינן בירושלמי במה דברי' אמורי' כשפירש מתוך בוריו אבל פירש מתוך חוליו מחזירין אותו אלמ' אפש' לתינוק שינק יותר מכ"ד חדש אלא אף על פי שלא פיר' אנו אומדין דעתו שכוונתו על זמן הרגי' בהנקה ולרב אשי דמפר' התם דאפילו הניקתו יום א' הרי זה גט מפרשי' מתניתין אליבי' דה"ק יום א' משתי שני' לאפוקי לאח' שתי שנים

דלא ומי לא עסקינן שעדיין היה יונק והול' או שהכחיש והיה צריך להניק יותר ואפילו הכי כי מניקתו לאחר עשרים וארבע חדש לא מקיימא תנאה בהכי דמסתמא על זמן יניקה דעלמא היה תנאם אף על פי שלא נתן לה קצבה כיוצא בדבר אמרו לענין נדרים בס"פ קונם היה מסרב בו חבירו שיאכל אצלו אמר קונם ביתך שאיני נכנס טפת צונן שאיני טועם לך מותר ליכנס לביתו ולשתות צונן לא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה ותנה עלה בתוספתא היה מסרב בו חבירו שיאכל אצלו במשתה ואמר קונם ביתך שאיני נכנס וכו' תוך המשתה אסור לאחר המשתה מותר והביאה הר"ן ז"ל שם והרמב"ם ז"ל בפ"ט דנדרים. הא למדת שאף על פי שלא נתן קצבה לנדרו אנו למדין מן הדבר שנדר בשבילו והכי הוא כמי שפירש אף זה אף על פי שבלשון שבועתו לא פירש ולא נתן זמן וכן בלשון חייובו שנתחייב במאתים זהובים הואיל והדבר שנשבע ונתחייב עליו שהוא הנישואין יש לו זמן ואפילו בסתמו אמרו נותני' לבתול' י"ב חדש דמסתמא אדעתא דהכי מתחתני גם השבועה והחייובים על דעת כן היו וכמי שפירשו להביא לידי גמר בזמנו ומה גם כי השבועה הגדול' לאלהים היתה לקיים כל הכתוב והאי לקיים כדינן ובזמנן משמע דאם לא כן הרי לא קיים וכן בחיוב כתו' שהודה אבי הכלה שחייב לחתן חוב גמור מאתים זהובים ואם בע"ה יבא הזיווג לידי גמר ולא יבא שם עכוב מצד אבי הכלה או מהכלה הנז' מעתה מחל החתן ואם ח"ו יבא שום עיכוב מאבי הכלה וכו' באופן שלא יבא הדבר לידי גמר החוב במקומו עומד ותחיל' הלשון מוכיח שהמחיל' תלויה בשני דברים אחד שיבא הזיווג לידי גמר ועוד שלא יבא עיכוב ממנו או מבתו שכל שסרב ועכב שלא כדין חל עליו חובת הק"ק זהובים וסוף הלשון מתפרש על דרך זה שאם חס ושלום יבא שום עיכוב מאבי הכלה או מהכלה שעל ידי כך לא יבא הדבר לידי גמר שגם החתן יפנה עליהם עורף ולא פנים הואיל ותחילת הסירוב היתה מאתם והתר' בהם ומאנו לשמוע נתחייבו בחוב דקרית חברך ולא ענך שקול גודא ושדי בתריה ויש לי בזה משא ומתן באותה שמועה דפרק השואל בשמעת' דאם בעליו עמו בפלוגתא דאביי ורבא דתליא בפלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה דמשמע שניהם כא' ומשמע כל אחד בפני עצמו כדאית' בכמ' דוכתי ומה שיש לחלק בעניינים כפי מה שמוכיח ממקומות רבות אין כאן מקום להאריך בזה שאפילו היה הלשון מסופ' כיון שהחיוב היא ברור והספ' הוא במחילה יד בעל המחילה על התחתונה שהוא נקרא אז בעל השטר שבא להפטר מהחוב שנתחייב ונגמר כבר בטענת המחילה ומספק אתה בא להפקיע השטר אל תפקיענו מספק והעמד שטר החיוב על חזקתו עד שיברר שאחר כך נמחל ועוד שתחיל' הלשון מוכיח כן להדיא וסיפא בתר רישא גריר כדאמרינן בעלמא בכל דוכתא

רישא דוקא סיפא הכי קאמר נעשה וכו' וכ"ש היכא דמתפרש כפשוטו ואין צריך לתירוץ נעשה. כ"ש שכבר הוכחתי שאפילו לא היה כתוב אלא אם לא יבא הדבר לידי גמר החו' במקומו עומד הכוונה היא שיבא לידי גמר בזמנו קאמר הילכך כל שתבעוה להנשא בדין וסרב בין היא בין אביה הרי שבא העכוב מהם שמצד עכבתו מתפרד' החבילה ורשאי החתן ליקח לו אחרת נמצא שעכב וגרמה עכבתו שלא יבא הזיווג לידי גמר דמי שומע לזה שיהא יושב ותוה' בלא אשה עד שיעל' בדעתו של זה להכניס את בתו לחופה.

ועוד נראה הואיל והחתן גדול כבן עשרים וחמשה שנים אינו רשאי ליבטל כלל שהרי אמרו עד עשרים שנה הקב"ה יושב ומצפ' לאדם שישא אשה מעשרים ומעלה אמר הקב"ה תפחנה עצמותיו והא דאמרי' בפרק קמא דקידושין אדידך על צוארי דבריך משתסר ועד עשרי' ותרתי ואמרי לה מתמניסר ועד עשרים וארבע ופירש רש"י בחד לישנא דקאי אלהשיאו אשה ולעניות דעתי קשה טובא חדא דמשתסר משמע דהויא אתחלתא דמצוה או מתמניסר ועד כ"ד חיובא וזה אינו דבפ' הנשרפין תניא והמשיאן סמוך לפרקן עליו הכתוב אומר וידעת כי שלום אהלך ופקדת נוך ולא תחטא אלמא מצוותן מבר שלש עשרה שנים לזכר ובת י"ב לנקבה ותו עד כ"ד מי מצי משהי ליה והא אמרינן התם דמבן עשרים כל ימיו בהרהורי עבירה ואמר הקדוש ברוך הוא תפחנ' עצמותיו אלא לשון שני עיקר דאתוכחת קאי כדכתב רש"י שם ובטור אבן העזר בתחילתו כתב משם הרא"ש ז"ל רווק שעברו עליו עשרים שנה ואינו רוצה לישא בית דין כופין אותו לישא לקיים מצות פריה ורבי' והם דברי הרא"ש ז"ל בהלכותיו בפרק הבא על יבמתו וכתב שם דמדברי הרי"ף מוכח דשהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה דכייפינן ליה בשוטים לגרשה ולישא אחרת וכן בדין במצות אשה כופין אותו עד שתצא נפשו וכיון שכן הואיל והחתן מחויב לישא וב"ד כופין אותו על כך ואם הלה מונע מלתת בתו כייפי' ליה ונסיב אחריתי ואז לא יוכל אבי הכלה לקיים תנאו ולקיים שבועתו ונמצא שעבר על השבועה ונתחייב בחוב של המאתים זהובים ששוב אינו יכול לקיים תנאו והוה ליה כבטלו לעשה שעבר על הלאו כמו שאמ' בשילוח הקן ששבר כנפים או שחטה דלקי וכן בנכנ' לביתו למשכנו ושרף את העבוט וכן מי שלקט את הפיא' מן הקמ' ולא נתן מן העומרי' ולא מן הגרן ושרפ' שחיי' וכי תימ' דלא דמי להנך שמבטל הלאו בקו' עש' אבל הכא מה שאינו מוסר את בתו לנישואין שב ואל תעשה הוא ועוד שאין הביטול נגמר על ידו אלא על ידי מעשה חבירו הוא שעושה מעשה להנשא הא לא אריא שכל שהיה בידו לתקן ולא תיקן קורא אני עליו שבא עיכוב ממנו תדע דבפרק המדיר אמתניתין דמדיר את אשתו שלא תטעום באחד מכל המינין מפרש בגמרא כגון

שנדרה היא וקיים לה הוא וקיימא לן כמאן דאמר הוא נתן אצבע בין שיניה פירש רש"י שקיים נתן אצבע בין שיניה והשיכה לפיכך יתן כתובה עד כאן. ולאו דוקא קיים אלא אפילו שתק לה ביום שמעו מדמייתי התם נמי האשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה ולא הפר לה. אלמא כל שגרם להיזק שיבא בשב ואל תעשה מיקרי עכוב והוא הנותן אצבע בין שיני חבירו שישכנו. ובפרק נערה שנתפתתה אהא דתניא המדיר את אשתו ונשבית רבי אליעזר או' פודה ונותן לה כתובתה ואע"פ שאין אני קורא בה ואותבינך לי לאנתו כל דאיסור שביה לא גרם לה ליאסר אלא איסור נדר בעי לאוקומי בנדרה היא וקיים לה הוא וסבר רבי אליעזר הוא נתן אצבע בין שיניה שלא הפר לה לפיכך פודה ונותן כתובתה לפי שגרם לה שלא יתקיים בו ואותבינך לי לאנתו. ואם תאמר הא אמרינן בפרק אלו הן הלוקין גבי אונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ולמאן דאמר בטלו ולא בטלו היכי משכחת לה אי דשויתי' שליח לקבל קדושיה איהי קמבטלה ליה ומאי קושיא סוף סוף גמר ביטול של עשה על ידי הבעל הוא שאלמלא לא היה מקדשה היה יכול לקיים מצות חזרה והוא סוף הגרמא כמו בנדרה היא וקיים לה הוא הא לא דמי דבנדרה היא בשעה שנדרה שוב אין בידה לתקן אלא הבעל שיפר וכששותק נותן אצבע בין שיניה שישכנו שלא בטובתה אבל הכא אף על פי שנתנה רשות לקדש את עצמה יכולה היתה לחזור בה עד שעת הקידושין וכל שאינה חוזרת שליחות דידה קעביד וידו כידה והרי היא כאלו מתקדשת על ידי אחר והכא בנדון שלפנינו כיון שהוא מחויב לישא וכופין אותו והיא ממאנת לינשא לו הרי היא נותנת אצבע בין שיניו שישכנו והרי העכבה ממנה ומאביה ועוברים על שבועתם ומתחייבים בממון.

ועל מה שבא בשאלה שאבי הכלה אומר שתנאי היה ביניהם שיעלה לארץ ישראל אמרי נואש הם שכל שבא לחדש תנאי מה שלא הוזכר בשטר אין שומעין לו ועד כאן לא נחלקו גבי תנאי היו דברינו אף בשכתב ידן יוצא ממקום אחר אלא בעדים או אפילו עד אחד מהם מטעמא דאמרינן התם בפרק שני דכתובות הני למעקר סהדותיהו קאתו אבל בעל הדבר כל שהשטר מקויים לאו כל כמיניה למעקר סהדותיהו דסהדי וכי תימא בלא תנאי כופין זה את זה לעלות כדתנן בשלהי דכתובות הכל מעלין לארץ ישראל ואין הכל מוציאין אחד אנשים ואחד נשים ה"מ אחר נישואין אבל קודם נישואין לא כל הימנה שהוא רוצה לישא במקום שאביו ואחיו שרויים שישמחו בו וישמח בהם ותו דרבינו מאיר הוכיח מן הירושלמי דאחר חרבן אין האשה כופה את האיש וכן הובא במרדכי שם ותו איכא מ"ד דבזמן הזה אפי' הבעל אינו כופה את האשה הואיל ואין אנו יכולים

לקיים מצוות התליות בארץ ותו דהיכא דאיכא ספק סכנת דרכים אין כופין כמו שכתבו האחרונים ז"ל ואין בזה מיחוש.

גם מה שטוען שבתו אינה מתרצת להכנס לחופה עמו ומה בידו לעשות אפילו בטענה זו לא יגהה ממנו מזור לבלתי תת המאתים זהובים שחייב עצמו שהרי זה לא מחל אלא כשתתרצה בתו להנשא לו ומאחר שאינה מתרצית החוב במקומו ומיהו לענין השבועה שנשבע לקיים כל הכתוב בשטר באנו לאותה שאמרו בפרק כל הגט דההוא דאמר אי לא מפייסינא לה עד תלתין יומין להוי גיטא אזל לפייס' ולא אפייסה אמר רב יוסף מי יהיב לה תרקבא דדינרי ולא אפייסה. איכא דאמרי אמר רבי יוסף מידי תרקב' דדינרי בעי למיתב לה הרי פייסה ולא אפייסה פרש"י הרי פייסה במה שבידו לעשות וללשנא קמא כיון דלא יהיב לה תרקבא דדנרי הוי גיטא משום דאין אונס בגיטין. אבל לענין שבועה יש לנו לומר שכל שפייס במה שבידו לפייס ובמה שאומדין אותו שהיה ראוי לפייס ולא נתפייסה אינו עובר על שבועתו דודאי לא עלתה על דעת שיתן לה תרקבא דדינרי אלא שיכול להקנות בה שאם לא תתרצה לזה שהוא הגון לה לא יתן לה משלו כלום ואם תנשא לו יוסיף לה כפי יכולתו ואם עכ"ז לא נתפייסה פטור מן השבועה אבל חייב ליתן הק"ק זהובים הואיל ויש עכוב בנישואין מצד בתו שלא מחל לו אלא אם תנשא לו ושם בפרק כל הגט הקשו התוספות אהא דקאמר מי יהיב לה תרקבא דדינרי וכו' ואם תאמר וכי יהיב לה תרקבא דדינרי אמאי לא הוי גיטא הא לא אפייסה ואומר ר"י דאי לא מפייסנא לה משמע אם לא אטרח לפייסה בדבר גדול ואי יהיב לה הרי טרח לפייסה ולא נתפייסה. משמע מדבריהם שאם היה אומר אם לא מתפייסה אפי' יהיב לה תרקבא דדינרי לא מקיים תנאה דהא לא אתפייסה ה"נ שכתוב במחילת הק"ק זהובים שאם לא יבא שום עכוב מאבי הכלה או מהכלה מחל החוב וכל שבא העכוב הרי החוב במקומו שלא כתב שאם יפייסנ' יפטר מהחוב שנוכל להסתפק אם קיים תנאו במה שפייסה בדבר שראוי לו לפייסה.

פסקן של דברים ראובן זה מחויב להזמין את בתו לנישואין בתוך שלשים יום משיתבענה הבעל לנישואין ואם לא תתרצה בתו מחויב בכח שבועתו לרצותה בכל מה שבידו לרצותה ודברים אלו מסורים ללב ונאמר בהם ויראת מאלהיך ואם עכ"פ לא תתרצה אנוס הוא בשבועתו אבל מכל מקום חייב לפרוע המאתים זהובים שהחזיק על עצמו כחוב גמור ואין בהם אסמכתא ומשעבר זמן שלשים יום ע"פ עדים יש רשות לראובן לקדש לו אשה אחרת ומשעה שנתפרדה חבילה נעשו עליו המאתי' זהובי' כמלוה ורשו

ויכול להוציאם ממנו בכל עת ובכ"ז בדין ובדיינ' והמקו' ברחמיו ישפות להם שלום הנלע"ד כתבתי הצעי' יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלב

שאלה ראובן היו לו חלונו' פתוחות על גג בית הכנסת של נשים של ק"ק זייתון משנים קדמוניות ועתה בשרפה אשר שרף ה' נשרף הכל ומת ראובן ואפטרופו' היתומים חזר לבנות הבית כבתחילה ובני הקהל מעכבים על ידו מטעם שאין מחזיקים בשל רבים כמ"ש הטור בסוף סי' קמ"ט ועתה הם רוצים להגביה גג ב"ה של נשי' וסותמי' חלונו' היתומי' ואפטרופוס היתומים טוען שכיון שיש דיינין וגזברי' קבועים בכל שנה היה להם למחות ומכיון שלא מחו עלתה להם החזק' לאביה' של יתומי' כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הבית יוסף שם ונתעצמו בדין זה כמה ימים ועמדו בפני החכמי' השלמים דייני החזקות וגם הם נחלקו בדבר מקצתם מזכים את היתומים ומקצתם מזכים את הקהל יצ"ו והסכימה דעת כולם לברור אותי אני הצעיר למכריע כאשר יורוני מן השמים.

תשובה אני איני כדאי ששלחתם לי אבל מה שדעתי נוטה אובין ואדון לפני מעכ"ת. תחלה יש לנו לדקדק בדברי הרב רבי יהודה ברצלוני ז"ל שהביא בטור סימן קמ"ט וז"ל והמחזיק בהקדשות כגון הקד' של עניים ושל ב"ה בזמן הזה אין להם חזקה שאין מוחה בעבור ההקדש שאם ירד בו שום אדם יאמרו העולם שירד לקבץ פירות לצרכי העניים וכולי ואם יטעון קניתיו מז' טובי העיר וכולי והלכו להם למדינת הים או שמתו נאמר לו ודאי ז' טובי העיר הוה ליה קלא וכיון שאין עכשיו מי שיעיד על זה לאו כל כמיניה עכ"ד והנה הרב ז"ל ארכבה לטענת ההקד' אתרי רכשי זאת לא זאת דודאי אם מה שכתב דאין מי שימחה בעבור ההקדש היא טענה תו לא שייך לטעון קניתיו בז' טובי העיר דהיכא דיש לו חזקה מהניא ליה טענה אבל היכא דאין לו חזקה טענה מאי מהניא שהרי כשאמרו אין מחזיקין בנכסי קטן ואין מחזיקין בנכסי בורח מפני שאינן בני מחאה מי לא עסקינן שהמחזיק בא בטענת מכר או מתנה דאם לא כן הויא לה חזקה שאין עמה טענה דאפילו בגדולה אינה חזקה ואף על פי שיש מי שאמר שאם טוען המחזיק קניתי מאפטרופוס של יתומים ומביא עדים שהחזיק בפני אפטרופוס ג' שנים ולא מחה שעלתה לו חזקה הרי הרב ברצלוני עצמו נחלק עליהם וכתב שאין דין אפטרופס כדין אביהם של יתומים לענין מחאה שהאפטרופוס שליח ויכול שולחו לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ואף כאן טובי העיר דין אפטרופא יש להם ויש להם כח לזכו' ולא לחוב אלא א"כ במעמד כול' וברצונ' מפני שלא מחו לא הפסיד ההקדש בכך ועוד

אם טענה זו שאמר דאם איתא שמכר ושבע' טובי העיר קלא הוה ליה למילת' הויא טענ' לא היה צרי' לבטל החזקה מטעם דאין מי שימחה תיפוק ליה דחזק' שאין עמה טענה היא דמיד מי קנה הרי דבר של הקדש אין לו מכירה אלא מן שבע' טובי העיר במעמד אנשי העיר ואם איתא קלא הוה לה למילת' אלא שנר' דברי הרב ז"ל דברישא מיירי שטוען שלקח מיד בעלי' הראשוני' קודם שנפלה לפני ההקד' אלא שלא שלמו לו שני חזקה כי אם בפני ההקדש בזה נתן טעם שלא עלת' לו חזקה שאין מוחה בעבור ההקדש דאע"ג דאמרי' דטפי מתלת שנין לא מזדהר אינש בשטרי עכשיו שרא' שנתחדש' רשות דנפל הקרקע לפני ההקדש שאין מי שימחה בעבורו הו"ל לאזדהורי בשטריה דומיא דמחזי' בנכסי קטן שבא בטענ' שאביה' מכרה לו דכיון דידע דנפלו זוזי קמי יתמי דלא ידעי במילי דאבוהון הוה ליה לאזדהורי בשטריה ואפי' אם החזיק בפני טובי העיר או הגזברים לאו כלו' הוא דלא מפני שהם שתקו לא יפסידו הקהל דומיא דאפטרופא שלא מיחה שאין מפסידין היתומי' בכך אבל אם יטעון שקנה מז' טובי העי' כדרך שמוכרים ההקדשות במעמ' אנשי העיר לא שייך הכא טעמא דאין מי שימחה בעבור ההקדש שהרי מכל' קנה נגד היושבי' ונגד זקני בני עמו אמאי הו"ל לאזדהורי בשטריה וכי עלתה על דעתו שכל א' מהם יכפור בו וכחש בו לא ראיתיך ולא דמי לקונה מאפטרופא אף לסברת הרב ז"ל שדנו כדין שליח שיאמרו לו לתקוני שדרנוך ולא לעוותי ואיהו נמי הו"ל לאזדהורי בשטריה עד שיגדלו היתומים כיון דידע שאפוטרופוס מוכר דבר שאינו שלו הוא ולכי גדלי יתמי אתו ומערערי ואפילו אם היה בפני היתומים כיון דקטנים נינהו כשלא בפניהם דמיא אבל כאן מכירה זו של הקדש במעמד כולם היא ובפני כולם הוא מחזיק עד אימת ליזדהיר בשטריה וליזיל אם כן אין לך אדם קונה מיד ההקדש כלום כי מי ישמור לזה שטרו לעולם מן העכברים ומן הדלקה וזו שאנו מייפין כח ההקדש אדרבא גריעו' כח היא כהא דאמרינן בהניזקין גבי הא דאמרינן דנכסי יתומים הרי הם כהקד' ולא קנו אלא בכספא ואמרי' אמשיכו להו פירי ליתמי וזול סבור מינה דלא קנו אלא בכספא אמר להו רב שישא בריה דרב אידי הא רעה היא לדידהו דזמנין דמצטרכי לפירי וליכא דיהיב להו עד כי דיהבי זוזי אף כאן רעה היא אצל ההקדש דזמנין דמצטרכי לזבוני ארעא ולא משתכח מאן דיהיב זוזי וזילי נכסי דהקדש לכך הוצרך הרב טעם אחר לומר דמכירה של הקדש מילתא דפרסום היא וקלא אית ליה למילת' ואפי' אם אבד שטרו שכיחי עדים טובא שיעידו שבתורת מכר ירד ואין צריך לשמור שטרו וזה שלא מצא לא שטר ולא עדים אין טענתו טענה ואי קשיא אהך טעמא דאמר אם איתא קלא הוה ליה למילת' דפרק לא יחפור אמתניתין דשובך דתנן לקחו אפילו בית רובע הרי הוא בחזקתו

זאת אומרת טוענין ללוקח ופרכינן תנינא לה לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתן ומצריך להו תלמודא דאי אשמועינן התם גבי רשו' הרבים אימור כנס לתוך שלו א"נ אחולי אחיל בני רשות הרבי' גביה וכתבו התוס' פי' שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר שהרשות בידם כדאמרינן בפרק בתרא דמגילה ע"כ ודברי התוספות מוכרחים דאם לא כן לא שייך מחילה גבי ר"ה כדאמרינן בסוף פרק חזקת גבי ההיא זיזא דהו' מפיק לרשו' הרבים דאמר רב אמי דידי למבואה מפיק בני מבואה מחלי גבאי דידך לרשות הרבים מפיק מאן מחול גבך משמע שזה היה בא בטענה שמחלו לו בני רשות הרבים ואמר ליה דלא שייך מחילה דמאן מחיל ומאן שביק אלא נראה דכי אמרינן הכא אימור אחולי אחיל בני רשות הרבים היינו שבעה טובי העיר במא"ה ומשום דטענינן ללוקח בהכי הוא ולא אמרינן אם איתא קלא היה ליה למילתא ולא מזקקינן ללוקח להביא עדים איברא דבגרסת הרי"ף ז"ל מייתי להיא צריכותא דאחולי אחיל ונראה דמאן דלא גריס לה היינו דקשיא ליה הא דהוקשה לתוספות היכי שייך טעמא דמחילה גבי רבים טפי מיחיד ומכל מקום כיון שלהתוספות אמת דלא אשכחן מאן דפליג עליה דטענינן ליורש שקנה משבעה טובי העיר ולא אמרינן התם טעמא דקלא ונראה לי דדוקא במחזיק עצמו הוא דאמרי' הכי שכל אדם שטוען טענה שאפשר הוא לברר אותה מחייבינן ליה לברר דבפרק גט פשוט פסקינן הלכת' כרבי דאמר גבי הבא לידון בשטר ובחזקה שאף על פי שיש לו עידי חזקה צריך לברר את השטר ולקיימו בחותמיו כל זמן שישנן לעדים בעולם אם לא שידענו שמתו או שהלכו להם למדינת הים והכא שאין עדיו מיוחדים אינו יכול לטעון הלכו להם למדינת הים או מתו דמילתא דפרהסיא כי האי ידעי ביה רבים וקלא הוה ליה למילתא ודמיא לאותה שאמרו בסוף פ' האומנין גבי חביתא דחמרא דאתבר בריסתקא דמחוזא דאמר ליה רבא ריסתקא דמחוזא שכיחי רבים זיל אייתי סהדי כדאית' אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ולאו דוקא גבי שומרים אמרינן כי האי גוונא אלא בכל מילי דהא איתא נמי התם גבי ד' מאה דני דחמרא דתקיפו דאמרי' קלא הוה לה למילת' פיר' רש"י מתי החמיצו וביד מי החמיצו שאע"פ שהרי החמיצו לפניך צריך להביא ראי' שמא קודם שמכר החמיצו. וגם הרא"ש ז"ל הביא ראיה מהלכה זו בתשובותיו על ריב רבי שלמה בן אלבלאג כלל ק"ז שאותו הפרעון היה ראוי שיהי' לו קול גדול ואינו נאמן בשבועתו עד שיביא עדים ומיהו היכא דאי אפשר לברר כגון שעברו שנים רבות ומת כל הדור ההוא לא היינו מצריכין אות להביא עדים אי נמי אם מת המוחזק שהיה יודע מי ומי נמצאו בוועד המושב ההוא להביאן ויתמי לאו בני אייתויי ראיה נינהו ופטרי וכ"ת מי איכא מידי דטענינן ליתמי מאי דלא מצי למטען

אבוהון יש לנו כיוצא בה דאיתמר א' מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם רב אמר עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחי' להבי' ראיה אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחים להביא ראיה ואף ע"ג דמתמה רב פפא מי איכא מידי דטענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען פסקו רבוותא הלכתא כרב דדוקא בחייו מחמיר רב להזקיקו להביא לפי שבידו להביא ראיה אבל אחר מותו שאין ביד היתומים להביא ראיה סמכינ' אהא דאונות ושטרות יוצאות על שמו הכא נמי אע"ג דאית למוחזק חזק' שלש כל שאפשר לו לברר קנייתו מצריכי' ליה לברר השת' דמית סמכינן אשני חזקה ומוקמינן ארעא בחזקת יתמי ותו אשכחן דחשו טפי בענין יתומים קטנים דלא ידעי במילי דאבוהון מידי שהרי אף בשטר מקויים אמרו אין נפרעים מהם אלא אם כן רבית אוכלת בהם דחיישינן דילמא צררי אתפיסנהו ומכיון שהם קטנים דלא ידעו במילי דאבוהון אינם יודעי' לברר הדבר עד שיגדלו ותו אשכחן דאמרינן בפ' המפקיד אההיא דאין מורידין קרו' לנכסי קטן דקאמר תלמודא ולא אמרן אלא דלא עבי' עיטרא אבל עבי' עיטרא קלא אית לה ובתר הכי מסקי' דלא היא ל"ש עביד עיטרא לא שנא לא עביד עיטרא לא מחתינן והקשו בתוספות דבפרק חזקת הבתים לענין חזקה אמרינן דעיטרא קלא אית לה ועלתה לו חזקה ותרצו דדוקא גבי יתמי החמירו וכן כתבה הרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא והיינו טעמא דיתמי לאו בני ראיה נינהו אף על גב דאיכא קלא. ולפי דרכינו למדנו לנדון שלפנינו דלא שייך טעמא דאין מי שימח' וגם לא טעמא דקלא דטענינן ליתמי שאביהם לקח מטובי הקהל במעמד כל הקהל ויתמי לא בני אייתויי ראיה נינהו.

ואשיבה ידי על דברי הרשב"א ז"ל שהובאו בבית יוסף שם וז"ל שאלת המחזיק בהקדש של חברים ושל קברים יש לו חזקה או לא תשובה מסתברא יש לו חזקה ואע"פ שהמחזיק בב"ה אין לו חזקה לפי מה שאני סבור דמאן מחיל ומאן שביק כדמשמע וכו' מכל מקום בנדון שלפנינו נרא' שיש לו חזקה שהרי יש כאן בעלים ידועים וגזברים ממונים ויש להם חלק באותם ההקדשות וקונים ומוכרים ומחליפים מדעת החבורה עד כאן לשונו והמובן לי מדבריו ז"ל שרוצה לחלק בין הקדש עניים או ב"ה שאין לו בעלים מיוחדים ואין לגזברים חלק בו דבית הכנסת לעלמא עביד כגון של כרכים כדאמרינן במגילה ועניים מעלמא קאתו ובין הקדש לקברים שהבעלים מיוחדים והם אותם הקברים עצמם ויש להם גזברים שיש להם חלק בהם וכשלוחייהו דמו. אלא שראיתי לרבינו הרב מהר"י קארו ז"ל שפסק כלשון הזה המחזיק בהקדש עניים או של בית הכנסת אין לו חזק' ואם יש גזברים ממונים עליו יש לו חזקה עד כאן לשונו. סבור

הרב ז"ל שחלוקו של הרשב"א ז"ל הוא מטעם שיש גזברים מיוחדים הוא ותימא לי דא"כ לא היה לו להרשב"א לחלק בין הקדש חברת קברים להקדש בית הכנסת דבתרוייהו אי איכא גזברי' הוה חזקה ליכא גזברי' לא הויא להו חזקה אטו פסקא דכל הקדש ב"ה אין לו גזברים והקדש של קברים יש לו גזברים ועוד למה הזכיר שיש בעלים ידועים ויש לגזברים חלק באותם הקדשות אם איתא דגם הקדש ב"ה ועניים מיקרי שיש לו בעלים מיוחדים. ותו הרשב"א ז"ל עצמו בתשובת תרע"ב ותשובת אלף קי"ו כ' שאם ההקדש היה קודם ששלמו שני החזקה הרי שלמו בפני מ שאינו יודע למחו' דמאן מחי אי עניים מאן מינייהו מחי הא לית להו בעלים מיוחדים וכו' ואם תאמר למחי גזבר לא היא דאטו אי לא מחי גזבר מי מפסדי עניים והא לית ליה לגזבר בהקדש כלום הגע עצמך בקטנים שיש להם אפטרופא אם לא מחה מי מפסידו קטנים עד כאן לשונו. הרי ביאר בתשובתו זאת שעיקר הטעם משום דאין בעלי' מיוחדים ואף על פי שיש גזברים הואיל שאין לגזברים חלק בו אין שתיקתם מועלת להעלות חזקה לזה. ואם תאמר ואם יש לגזברים חלק בהקדש מה בכך נהי שתועיל שתיקתו על עצמו אבל היאך תועיל לחוב לאחרים הגע עצמך קרקע של שני שותפים ואחד מהם קטן או בורח והחזיק בפני שותפו האחר שני חזקה כלום עלתה חזקה לכולה ארעא ויש לומר דלא דמי דשותף אין שתיקתו מבטלת זכות חבירו דאיכא למימר שהוא מכר או נתן לו חלקו ולכך שתק אבל מה שהוקדש לחברת קברים או לעושי מצוה אף על גב דבעלים מיוחדים קרי להו מכל מקום אין מקצתם רשאין למכור חלקם אם לא שיתרצו כולם או רובם למכור הכל הילכך שתיקתם של גזברים היא הוכחה שזה מחזיק בדין שקנה מהם בהסכמת כולם. ועוד דגזבר לא דמי לא לשותף ולא לאפטרופוס לשותף לא דמי שהרי יש לו רשות בכולו מטעם שמנוהו עליהם ולאפטרופוס לא דמי שהאפטרופוס אין לו חלק בו ואינו חושש ואי משום יתומים מימר אמר לכי גדלי יתמי הם יתבעו אבל גזבר הואיל ומינוהו ודאי לפקח על כלם הוא וגם דכיון שיש לו חלק בו קפיד ומכיון שלא מחה עלתה לזה חזקה והא דלא חש הרשב"א ז"ל לטעמא דקלא שכתב הר"י ברצלוני נראה דבכל מידי שיש לו בעלים מיוחדים ויש לגזברים חלק בו אין דינן כדין ההקדשות של עניים ושל ב"ה שנמכרים על פי שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר כלומר בפרהסיא ואוושא מילתא טובא ומעלה עשוי בהקדש או בדבר שאין לו בעלים שהוא כהקדש כדי שלא יזלזלו במכירתה אבל דבר שיש לו בעלי' מיוחדי' אי נמי כשמוכרין דבר של בני העיר על פי שבעה טובי העיר הואיל וכולם הם מוכרים ועדיהם המה כי לא יביאו עדים ממדינה אחרת להעיד עליהם כמו שהורגלו בזה כל קהלות ישראל כמו שכתבו המפרשים ז"ל

לכך רגילין לעשות הדבר בפרהסיא בפני הכל ששוב לא יערער א' מהם והויא לה למילת' קלא אבל במה שמוכרים בני קהל במקום שיש קהלות הרבה או בני חברה אחד לאחרים שאינם מהם שאין דנין להם בדייני אותו קהל ואין מביאין ראיה מבני אותו הקהל דחשבי' לכולהו כנוגעים בעדותם חזרו להיות כיחידים וכשהפרנסים שלהם מוכרים דבר מוכרים בפני שני עדים מבני קהל אחר ואין לדבר זה בפרהסיא ולא קול ובנ"ד שהמחזיק אינו מהקהל וכל הקהל הם תובעים וכולם כנוגעים בדבר דייניו לא מאחר שמוחלקים משאר הקהלות במס ובעניים דידהו ובכל מילי אפילו תימא שהיה מפורסם מי יעיד לו וגם אפשר דמקום זה שהחזיק על גג ב"ה של נשים מיקרי דבר שיש לו בעלים ידועים דלא ב"ה עצמו הוא שיהא בו קדוש' ומוכרי' אותו לצורך בדק הבית הכנסת ולא יצטרכו להטיל מס על הקהל כל גזבר שמנוהו עליהם יכול למכור מדעתם כדין שותף או מורשה ואין פרהסיא למכירה זו הילכך לא שייך טעמא דכתב הר"י ברצלוני דאם איתא קלא הוה לה למילת' דאפושי בפלוגתא לא מפשינן. ובנדון דידן יש להסתפק במקום זה שהחזיקו על גג בית הכנסת של נשים אי מיקרי יש לו בעלים מיוחדים כיון דלאו בית הכנסת עצמו הוא אלא קדש שהוקדש לב"ה דדילמא ב"ה דוקא דקדוש מיקרי שאין לו בעלים אבל שאר מקומות שאין להם קדושה יש לו בעלים מקרי וכל אחד מבני הקהל הוא בעליו כיון שמוכרים אותו לחזק בדק הבית הכנסת ולא יצטרכו להטיל מס על הקהל או דילמא לא מיקרו בעלים מיוחדים אלא כגון הקדש לחברת קברים שההקדש הוא לעצמן אי בעו למשתי בהו שיכרא. ומיהו לפי הטעם שכתבתי למעלה אפילו נאמר שאין זה קרוי בעלים מיוחדים מכל מקום טענינן ליתמי שאביהם קנה מז' טובי הקהל במעמד אנשי הקהל ואין מחייבין את היתומים לברר קניית אביה' וראיתי בהשובת הרב מהר"ר שמואל די מדינה ז"ל סימן ר"ס שנחלק על הרב מהר"ר אברהם סרלוו ז"ל בענין הקדש בתים וחצרות שהיו מוקדשי' לפרוע מהם המס של אלף פרחים והרב מהר"א סראלוו ז"ל כתב שיש עליו דין חזקה הואיל ואיכא בעלים ידועים וגזברים שיש להם חלק בו. והרב כמהר"ר חיים עובדיה והרב כמהר"ר שמואל די מדינה כתבו שאין לו חזקה דאין מחזיקין בשל הקד' ואף הרבני' הללו ז"ל לא אמרו אלא בהקדש של רבי' של כל הקהלות קדושות של שאלוניקי שהיה אותו המקום מיוחד לפרוע המס שלה אלף פרחים ולא היה אפשר למכור אם לא מדעת טובי העיר במא"ה והויא לה פרהסיא טובא אבל בקהל אחר במקום שיש קהלות רבות מישראל יוסף ה' עליהם אין דרך מכירתם אלא כיחידים ע"פ הדיינים והפרנסים ומעידין עדים מקהל אחר וליכא פרהסיא וגם אין שייך הטעם האחר שכ' הרב מהרשד"ם שם שהואיל והגזברים משתנים משנה לשנה

חזרו הגזברים להיות כשאר העם וליכא בעלים מיוחדים דהכא כל קהל וקהל בפני עצמו הרי אלו כיחידים הואיל והם לעצמן במס ושאר עולי מלכות ועניי דידהו עלייהו סמיכי מקרי בעלים מיוחדים לגבי שאר הקהלות שאין להם חלק בו ומקפידין על אחרים שאינן מקהלן ויש עליהם למחות כשראו את זה שפתח חלונות לעיניהם ובהכי לא היה אומר הרב ז"ל דלא עלתה לו חזקה דאפי' עמדו אחרים תחתיהם לא מפני כך בטלה מהם תורת מחאה דא"כ תקשי להו הא דפרק חזקת אכלה בפני האב שנה ובפני הבן שנה ובפני הלוקח שנה עלתה לו חזקה הרי שאף על פי שנשתנו הרשויות לא בטלה דין מחאה ואפשר שלא אמר הרב ז"ל אלא באותו הענין שהיה דבר נוגע לכל הקהלות קדושות וכשממני' ממוני' חדשים כפרהדרין הללו שמחליפין אותם כל שנים עשר חדש או כל ששה חדשים לסבת המס ולפקח על כל צרכי העיר ובזמן מועט כזה שמא לא נתנו לב לזה שהיה מחזיק באותו קרקע ומי מפיס אם היה מחזיק כדין ויהיה הדבר קרוב לאותה שאמרו בגמרא כל תלתין יומא בשוקאי טרידנא פי' הרי"ף ולא ידענא דאת נחית גו ביתאי אמר רבא עבדי אנשי דטרחי בשוקא כל תלתין יומין ולא קמה ליה חזקה הכא נמי הממונים המתחדשים בכל ששה חדשים עבדי דטרחי בעסקי מסי העיר וטרחם ומשאם ובהכי טרידי ולא נתנו לב למחזיק אם החזיק שלא כדין ועוד אפשר שטעמו ז"ל משום דכיון דגזברים עצמן ידעי שמחליפין אותם כל ששה חדשים סמכי אהדדי דכל אחד אומר הגזבר שהיה לפני מסתמא הבין בדבר או מחה אי נמי הגזבר שאחרי יפקח על הדבר ולאו על דידי רמיא כל מילי דמתא הילכך חזרו הגזברים להיות כיחידים דסמכי אהדדי והוה ליה קדרא דבי שותפי ולא דמי לאכלה בפני האב שנה ובפני הבן שנה דהתם כל א' בימיו הוא בעליו ביחוד ולא שביק דידיה וסמך אאחריני שהיו קודם לו וכ"ש על אותם שיהיו באחרונה. ומיהו מדברי הרשב"א ז"ל מוכח דבכל ענין שיש ממונים גזברים קאמר דודאי מנהג הוא להחליף הממונים וסתמ' קא' דכל שיש ממונים יש לו חזקה. ואף בזו שכנגדו חלוק עליו הוא הרב מהר"ר אברהם סראלוו זלה"ה ובר מן דין הכא בנדון שלפנינו עלתה לו חזקה מכיון שאין שייך טעם שכתב הטור שאין מי שימחה שסבור שירד לקבץ פירות דכשראו שפתח חלונות לרשותם היה להם למחות שאין מקום במה לטעות. ועוד שיש עדים שערערו על הדבר זה כמה שנים ושתקו הרי שידעו שהיה מחזיק בחלונות בחזקת שלו ושתיקתן הוראה שמה שערערו אז היה שלא כדין כדאמרינן גבי ערער וחזר וערער שלא מחמת הטענה הראשונה עלתה לו חזקה שבאחרונה הודה שמחאה הראשונה היתה שלא כדין הכא נמי שצווחו ולבסוף שתקו אודויי אודו להו ועלתה ליתומים חזקה וטעני' להו שקנו מהפרנסי' ומהדיינים שלהם

מדעת בני הקהל שאין במכירה זו קלא ואפילו היה לא קלא אין גורעים כח היורשים בכך ואין מזקיקין אותם להביא ראיה וכ"ש יתומים כמו שבארנו.
ועדיין יש לפקפק ולגרוע כח חזקה זו מטעם שחלונות אלו פתוחות לגג רעפים של כנסייה של נשים. ולהרא"ש ז"ל לא עלתה לו חזקה במקום שאין בו תשמיש וליכא היזק ראיה. אמנם כתב הריב"ש ז"ל שכל הפוסקים ראשונים ואחרונים פליגי בהא וסבירא להו דבכל ענין יש לו חזקה אע"פ שאין לו עכשיו נזק לא בעי למיקם עמיה בדינא ודיינא כמו שהרחיב בסי' תע"א והעלה הלכה למעשה כדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל והאחרונים ז"ל שחלון פתוח על גג רעפים עלתה לו חזקה ואם בא בעל הגג לבנות כנגדו צריך להרחיק כדינו איברא שראיתי במרדכי קמאי דקמאי כגון ראב"ן ורבני דורו דעתם נוטה לדברי הרא"ש כמו שיראה המעיין בסוף פרק חזקת יעויין שם. וראיתי לרב מהר"י ן' לב זלה"ה בספרו הראשון סי' פ"ג במי שפתח חלונות על רחבה שאחורי הבתים שפעמים מניחי' שם צמר להתייבש והשיב הרב שאם בעל החורב' רוצה לבנות ולהאפיל הרשות בידו דיכול לומר קים לי כהני רבוותא דסביר' להו דאין חזקה על החורבה אם נדון הרחבה כחורבה ואם נדון אותה כחצר יכול לומר קים לי כהני רבוותא דסבירא להו דאין חזקה להיזק ראיה. וקשה לי הרב ז"ל נקיט חבלא בתרי רישי ומזכה שטרא לבי תרי שלא נחלק אדם מעולם לומר שכל תשמיש קבוע שיכולים למחות בידו אין לו חזקה וטענה דמשנתינו היא הזיז עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות פחות מטפח אין לו חזקה ואינו יכול למחות אלא שנחלקו בפירושי שהרא"ש תלה החזקה במחאה שכל מקום שאין יכול הלה למחות לא עלתה לזה חזקה ושאר המפרשים תלו המחאה בחזקה לומר שיכו' למחו' שמא יחזי' אבל בדבר שיכו' למחו' בתחיל' ובסו' ג' לכולי עלמא עלתה לו חזקה א"כ עכשיו שדנין הדיני' בפותח חלונות לחורבה או לגג של רעפים שיכול הלה למחות בידו כדברי המפרשים ז"ל שיאמר אני מתיירא שלא תחזיק זה שפתח והחזיק עלתה לו חזקה אפי' לדברי הרא"ש דאם לא כן למה לא מחה בידו והרא"ש ז"ל לשיטתו מתוך חומר שהחמיר עליו בתחילה שלא יוכל לעכב דכופין אותו על מדת סדום הקל עליו לבסוף דלא עלתה לו חזקה. ועוד דאפי' אם היה הדבר תלוי במחלוקתו של הרא"ש אין הלכה כיחיד במקום המרובי' והרב עצמו בתשובה שאחריה סימן פ"ה כתב שדברי הרא"ש דברי יחיד היה שכל הפוסקים חולקים עליו ואמרינן בפרק זה בורר היכי דמי טוע' בשיקול הדעת כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי וסוגיא דעלמא כחד מנייהו ואזל איהו ועביד כאידך וכאן סוגיא דעלמא קמאי ובתראי דלא כהרא"ש ז"ל. והרב עצמו ז"ל רגיל להביא בכל מקום מה שכתב מהר"י קולון שאין לומר קים לי כפלוני הגאון

היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו והוא הדין שנים וג' דבטלי במיעוטין ואף שנראה לי מדברי הראשוני' ראב"ן וחביריו שנוטים לדברי הרא"ש מכל מקום הכרעת האחרוני' הכרע שאפילו היה מחלוקת שקול נראה לי דלא שייך לומר קים לי אלא היכא דזה בא להוציא ממנו על פי בית דין מוקמינן מילתא ביד המוחזק ולא מפקינן מיניה אלא בראיה אבל זה שבא להזיקו ולסתום אורו בפניו כיצד יבא לסתום בטענת קים לי וגם זה יקום ויעכב כל הבא לבנות כנגד חלונו שגם הוא בא בטענת קים לי ובטענה ודאי שלקח במכר או מתנה וגם אם הוא יורש או לוקח בא מכח מורישו או המוכ' לו וכשם שהם היו יכולים לעכב אף הבא מחמתם יכול לעכב וכדאמר' בסוף פרק המוכר פירות גבי מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו דפרכינן ולנקוט פזרא וליתבי דקי"ל בפרק המניח עביד אינש דינא לנפשיה אפי' במקום דליכא פסידא כרב נחמן דהתם וכההיא דבן בג בג דמייתי התם שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל וכן ההיא דהממל' חצר חבירו כדי יין וכדי שמן דמשבר ויוצא משבר ונכנס דלא מטרחי' ליה לסלק החביות ולסדרן זו ע"ג זו ואעפ"י שישבר ביציאתו וחוזר ומשבר בכניסתו ובמקו' דאיכא פסידא אף להכנס לרשות חבירו שרי דההיא דבן בג בג דאמר אל תכנס לרשות חבירך שלא תראה עליו כגנב פי' התוספות דלית ליה פסידא אבל אי אית ליה פסידא נכנס. וכי תימא זה בונה לתוך שלו הוא והבא לעכב עליו הראיה ליתא דכיון שהוא נזוק בגירי דיליה הרי הוא מזיקו בידים. ואף על גב דאמר רבי יוסי אף על פי שהבור קדמה לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו הא אמרינן התם מודה רבי יוסי בגירי דיליה כהנהו עצורי דדייקי שומשמי ונידא אפדנא והנהו דהוו נפצי כיתנא ואזיל רקתא ומזקא אינשי אף על גב דלא מכחו הוא הו"ל כזורה ורוח מסייעתו וכן הרחקה דסולם מן השובך כדי שלא תקפוץ הנמיה משום דאפשר דבההיא שעתא דמנחה קפצה ומקרי גירי דידיה וכן זה שבונה כותלו וסותם חלונותיו של חבירו שתכף זה מזיקו באפילה ולא תימא דמניעת האור לא מקרי גירי דילי' לפי שאינו גורם הנזק אלא מניעת התועלת דלא גרע מסמיכות כותלו לכותל חבירו דתנן בריש פרקא וכתב הרא"ש משם רבינו חננאל והרי"ף ז"ל דחשיב גירי דיליה דמיד כשסומך מונע דריסת רגל רבים שמועלת לכותל ופשיטא שאם היה סותר בניינו מטעם שמזיקו לא היינו מוחין בידו כיון שבא מחמת חזקה וטענה שקנה אם כן חזר הדין למאן דאלים גבר ואין זה משפט צדק וקורא אני עליהם המה יבנו וגו'. ונראה לי שהנדון של מהר"י ן' לב ז"ל הוא במי שהחזיק בפתיחת חלונותיו לחורבה בלי שום טענה אלא מטעם שתיקה וסבלנות הוא בא להחזיק שכן מוכיח לשון השאלה שכתב וראובן פתח לו חלונות על זאת הרחבה והחזיק בהם כראוי

ולא אמרו שבא מחמת טענה כלל ובזו ודאי נראה שאף הרשב"א וסייעתו שאמרו יש חזקה לחלון שעל גבי חורבה יודו שלא אמרו אלא חזקת ג' שנים ובא מחמ' טענ' וכן הסכימו כל האחרונים ז"ל אבל בחזקה בלא טענה לא אמרו אלא שהרב רבי' יהוסף הלוי ז"ל סבור שאף היזק ראיה יש לו חזקה לאלתר בשאר הנזיקין אצלו וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז מההלכו' ובזו יאמר קים לי כמאן דאמר אין חזקה על החורבה מטעם שתיקה וסבלנות שאע"פ שלא מחה בתחיל' מפני שלא היה לו נזק לא מפני כן תעלה לו חזקה שלא יוכל לבנות דבמאי דהחזיק ששתק ומחל מחל מה שלא החזיק באויר חבירו לא זכה זה בשתיקתו. ובדבר זה ודאי יכול לבנות בתוך שלו שיאמר אתה בא להוציא ממני ולהפקיע זכות אויר רשותי עליך להביא ראיה דבשתיקה לבד זכית והאחר אינו יכול למחות בידו מספק דכיון דמודה הוא שלא באה לו בתורת מכירה או מתנה אלא בספק חזקה הוא בא לא כל הימנו להפקיע רשותו מספק דזה שהוא בונה אומר ברי לי שלא מחלתי לך רשותי וזה אינו יכול לסתור מספק דאינו יכול לטעון בברי שמחל לו ובכה"ג אסור להזיקו ולהפקיע זכותו. וכי תימא לפי זה היה לו לרב ז"ל לעשותו ספק ספקא דמהני לדעתו ז"ל לאפוקי מיד המוחזק כמ"ש בכמה מתשובותיו והיינו ספק אם יש דין חזקה בחורבה ואת"ל יש בה ספק אי בעי חזקה וטענה וכן אם היה נדון כחצר יש לדונו בס"ס ספק אם יש חזקה להיזק ראיה ואת"ל יש לה ספק צריכה ג' שנים וטענ' אלא נרא' שהרב ז"ל אינו סומ' על טעם שכת' בקצת מקומות שכן כתב סימן צ"א מתשובותיו. ומיהו בנדון דידן שיש לחלונות אלו שני חזקה וגם באים מחמת ירושה שאינם צריכים טענה אין לחוש לסברת הרא"ש דיחידאה הוא כל שכן שכבר נהגו העם למחות. ועוד דחלונות אלו משקיפין גם על הגינה של ב"ה ואית בה היזק ראיה אי משום דמקו' תשמיש הוא אי משום דשלטה ביה עינא בישא כדתנן וכן בגנה מקום שנהגו לגדור מחייבין אותו לגדור ואסיקנא דה"פ דסתם גנה כמקום שנהגו לגדור דמי אלא שבאנו למחלוקת הראשונים אם יש להיזק ראיה חזקה או לא.

ומיהו בנדון שלפנינו אין אנו צריכין לכל זה דאפילו תימא דלא דיינינן חזקה בשל רבים וגם לא על גבי גג רעפים זכו היתומים לפי שאין לקהל ראיה שקדם רשותם לחלונות שאפשר שהחלונות קדמו וכשנפתחו החלונות לתוך שלו פתח ואחר כך קנו הקהל אותו הרשות דבכי האי גוונא ודאי טענינן ליורשים כאותה ששנינו לקחו אפילו בית רובע הרי הוא בחזקתו ותנן נמי אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרשות הרבים לקח חצר ובה זוזין וגזוטראות הרי הוא בחזקתה אע"ג דבשל רבים מיירי דמאן פייס ומאן שביק ולא עלתה לו חזקה מ"מ טענינן ללוקח דתוך שלו כנס הכא נמי טענינן ליתמי שאביהן לתוך שלו

פתח ועוד ראיה דגבי קוטרא ובית הכסא דקיימא לן דלית להו חזקה שכתב הרמב"ם ז"ל בסוף פרק י"א מההלכות שטען המזיק שקנה מידו על המזיק להביא ראיה וכתב הרב המגיד דוקא בשיודע שהנזק קדם אבל אם נחלקו איזה מהם קדם המע"ה ע"כ לשונו. ותו גבי קטן דקיימא לן אין מחזיקין בנכסי קטן כתב הטור סי' קמ"ט הא דאין מחזיקין בנכסי קטן דוקא בשידעו שהיתה של אביו הוי חזקה במגו שהיה טוען לא היתה של אביך מעולם ע"כ ומצאתי בתשובות להרמב"ן תשובת י"ז שהשיב שאפי' למ"ד שאין חזקה להזק ראיה כל שאין אנו יודעי' מי קדם או חלונו לחצר או חצר לחלון אי אתה יכול לסלקו והביא ההיא דאין מוציאין זיזין וכו' והכא תרתי איתנהו דטענינן ליתמי שאביהן לתוך שלו פתח אי נמי שקנה משבעה טובי הקהל שהיה נאמן במגו.

ומכאן קשה לי על דברי הרא"ש ז"ל דס"ל דיכול אדם לפתו' חלונו' על חורב' חבירו ואין חבירו יכול למחות בו דכל כי האי גוונא כופין אותו על מידת סדום ומתוך דאינו יכול למחות אין לו חזקה. וקשה דאמאי אינו יכול למחות שיאמר לו מתיירא אני פן יתיישן הדבר ואח"כ תטעון כנגדי שחלונך קדם לרשותי ולא אוכל למצוא עדים בדבר או שמא יפלו לפני יורשים או לפני לקוחות דטענינן להו שהחלון קדמה ואהיה אני נספה בלא משפט שהרי הרא"ש עצמו אמר גדולה מזו שחלון הפתוח לחצר חבירו במקום גבוה ובא חבירו לבנות תחתיו ולעשות על הבנין גג רעפים ואותו הבנין מונעו מלהסתכל בחצר יכול למחות בידו מלעשות הבנין כי יאמר אין לך חזקה כי היא פתוח על גני ואני לא אוכל למצוא עדים שהחזקתי בו ג' שנים בעוד שהייתי יכול להסתכל בחצרך הנלע"ד כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלג

שאלה זה ימים שעלה בלבי ספק בכמה דברים שנחלקו המפרשים ז"ל בענין חזקה כגון בחזקת היזק ראי' שרבו בו המחלוקות אי עלתה חזקה לאלתר או צריך חזקת שלש שנים וטענה או אפילו טענה לא מהני אבל ראיה אית ליה או אפי' ראי' לית ליה כדברי הרי"ף ור"ת ז"ל וכן בשאר מחלוקות שאנו בענייותינו אין בידינו להכריע מי יקרא מוחזק המחזיק או המערער מי אמרי' כיון שזה מחזיק ובא הבא לבטל חזקתו עליו להביא ראיה או דילמא הואיל ויש ספ' בחזקתו אי מהניא אוקי מילתא בחזקת מרא קמא דומיא הא דאמרי' זה אומר של אבותי ואכלתה שני חזקה וזה אומר של אבותי ואכלתה שני חזקה האי אייתי סהדי דשל אבותיו ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמרינן אוקי אכילתא בהדי אכילתא ואוקי ארעא בחזקת אבהת' אע"ג דאתכחוש באכילה דאבהתא מיהת לא אתכחוש והכי דיינינן בכל ספק חזקה מוקמינן

ארעא בחזקת מרא קמא והכי נמי מוכח מדאמרי' בר"פ חזקת גבי ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתה ואכלתה שני חזקה אמר ליה בשכוני גוואי הוה יתיבנא אתא לקמיה דר' נחמן אמר ליה זיל ברור אכילתך אמר ליה רבא הכי דינא המוציא מחבירו עליו הראיה ומסיק בגמרא דסבירא ליה לרבא דלוקח קאי בנכסי והוא המוחזק ועל המערער להביא ראיה וטעמא דרב נחמן מפרש דלא יהא אלא נקיט שטרא מי לא אמרי' ליה קיים שטרך וקים בנכסי ופירש רשב"ם שהחזקה של שלש שנים במקום שטר היא באה ומאחר שהמוכר מערער על החזקה שאינה חזקה צריך זה עדים שחזקתו גמורה שלא דר זה עמו ופסקו רבוותא כרב נחמן משום דרבא בההוא ענינא תלמיד עומד בפני רבו הוה אלמא ספק שבחזקה על המחזיק להביא ראיה. ומיהו בההיא שמעת' דלקמן בהך פרקא בההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתה והא שטרא גחין ולחיש ליה לרבא שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט בידאי כל דהו אמר רבא מה לי לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא אמר ליה ר' יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ומייתי עובדא כה"ג בההוא דאפיק שטרא דהוו מסיק זוזי אחבריה ואפליגו רבה ורב יוסף כי האי גוונ' ומסיק תלמודא הלכתא כוותיה דרבה דארעא היכא דקיימא תיקום והלכת' כרב יוסף בזוזי היכא דקיימי זוזי לוקמי ופרשב"ם דמספקא לן כמאן הלכתא ומספקא יעמוד על מקחו אף על פי שלא אכלה שני חזקה שאם היה אוכלה שני חזקה לא היה צריך לשטר וכתבו התוספות שצריך לדחוק ולפ' ולחלק בין ספקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא לא אוקמא בחזקת מרא קמא כמו בנכסי דבר שטיא דהתם תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן לא שייך למימר כולי האי אוקמי' בחזקת מרא קמא ונוצי' מיד המוחזק ודוחק הוא עד כאן לשונו וקשה בעיני דאדרב' בספקא דתרי ותרי איכא למימר טפי דלא מוקמינן ליה אחזקתיה דהא במילתא דאיסורא גבי עד אומר נתקדשה ועד אומר לא נתקדשה למאן דאמר תרי ותרי ספיקא דאורייתא הבא עלי' באשם תלוי קאי דלא מוקמי' אחזקתיה ולמאן דאמר תרי ותרי ספיקא דרבנן מדרבנן מיהת מחמירים בה שלא להעמיד על חזקתו להקל בה אף על גב דבספיקא דדינא מוקמינן אחזקתה לנכסים והיינו טעמא דבתרי ותרי מחמירים טפי שלא להעמידה על חזקתה שהרי לדברי אותם שני עדים כבר יצתה מאותה חזקה אני הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלד

שאלה ילמדנו רבינו ראובן מיושבי ארץ ישראל תוב"ב יצא לחוצה לארץ לישא אשה והתנה עם חמיו שמעון שיתעכב בח"ל ג' שנים עמו ואחר כך הרשות בידו ובעת צאתו מרוב שהוקשה בעיניו ובעיני קרוביו וחשש שיתעכב בח"ל יותר מהזמן הנז' אמר מקבל אני עלי נזירות שמשון בכל תנאיו על דעת אוהביו הבחורי' החכמי' לוי ויהודה שלא יוכלו כל חכמי העולם להתירו ולא יהיה לו פתח ולא חרטה אלא הם יוכלו להתירו ועל מנת שתהיה ההתרה בפני שלא אתעכב בח"ל יותר מהשנים הנז' אם לא באונס גדול וגם שתהיה צפת בנויה ושקטה ממסים וארנוניות ובמלאת לראובן כמו שנה תמימה לשבתו עם שמעון חמיו אבד שמעון כל נכסיו באופן שלא נתן לחתנו ראובן ממה שנדר לו בנשואי בתו כי אם מעט מזער וגם בתוך הזמן הנזכר נהרג שמעון הי"ן אשר על כן הוצרך ראובן ללכת מדחי אל דחי ולהתבטל מלימודו לבקש טרף לביתו ולחמותו אלמנת שמעון ההרוג הנזכר גם במלאת זמן השלש שנים הנז' היתה אשת ראובן מנקת ילדה קטנה והדרכים היו מסוכני' ואין יוצא ובא מחמת המציקים האג'י לאליש ובדרך ים לא נסה ללכת מאימת הטביעה והשביה ח"ו וגם בתוך זמן השלש שנים הנז' באו שמועות מרוב מסי העיר צפת תוב"ב ומרוב מציקיה וגם שבתוך הזמן הנזכר נפטר אחד מהבחורים החכמים הנז' חיים למורי ולכל ישראל שבק ועל פי הדברים האלה ילמדנו רבינו אם חל הנזירות על ראובן הנז' אם לא ואף אם חל הנזירות אם יש לו היתר אחר שנפטר אחד מן החכמים שנתן בידם בלבד הרשות להתירו וכיצד ההיה ההתרה ושכרו כפול מן השמים.

תשובה צריך להשיב על אחרון שהוא ראשון אם תמצא לומר שחל הנזירות אם יש לו היתר על פי החכם האחד שעודנו בחיי' חייתו הואיל ומת חבירו שאם אמר על דעת פלוני ופלוני יש במשמע כל אחד בפני עצמו או זה או זה לפי ששנינו ריש פרק נערה המאורסה אביה ובעלה מפירין את נדריה הפר האב ולא הפר הבעל וכולי ופרכינן בגמרא היינו רישא מהו דתימא או אביה או בעלה קא משמע לן ותנן נמי בפרק התקבל נערה המאורס' היא ואביה מקבלין את גיטה והיינו היא או אביה כדמפרש התם בגמרא ונראה דהא מילתא שייכה לפלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה בהנחנקין דתניא אין לי אלא אביו ואמו אביו שלא אמו אמו שלא אביו מנין תלמוד לומר אביו קלל אמו קלל דברי רבי יאשיה רבי יונתן אומר משמע שניהם כאחד ומשמע כל א' בפני עצמו עד שיפרוט לך הכתו' יחדיו ובפרק שבועות שתים משמע דכרבי יונתן נקטינן גבי להרע או להטיב דלא אצטריך או לחלק דכל אחד בפני עצמו משמע. אלמא כל היכא דלא פירש

משמ' כל אחד בפני עצמו עד שיפרוט יחדיו הכא נמי כיון שאמר על דעת חביריו לוי ויהודה משמ' נמי כל אחד בפני עצמו מדל' אמר שניהם יחדיו ואם מת א' מהם השני מפר ומיהו בנדון דידן יש טעם לומר דאתרי קפיד הואיל והדבר תלוי באומדן דעת סבר' הוא דאדעת' דתרי סמך אדעתא דחד לא סמך כדאמרי' בפרק שבועת הדיינים לענין אומדנא כל כמה דנפישי בקיאי טפי והכא בנדון דידן באומדן דעתיה תליא מילתא אע"פ שלא אמר שניהם סברא הוא דאאומדן דתרי סמיך אאומדן דחד לא סמיך ועוד אפילו תימא משמע שניהם כא' ומשמע כל אחד בפני עצמו מכל מקום אין הלשון מפורש ויש בלשון להתפרש שניהם כאחד תדע דהא תנן אביה ובעלה מפירין נדריה ומשמע שניהם כאחד אע"ג דלא קתני שניהם בהדיא ובפרק קמא דיבמות דף י"א גבי היא וצרתה חולצ' אמרינן ולא תירוצי מתרצת להההיא או צרתה הני נמי תריץ וכו' אלמא לפר' דאו קתני תירוץ הלשון מקרי ועיין שם בתוס' וכיון שכן גבי נדרי' כל שהנודר עצמי אינו מפרש דעתו אזלינן לחומרא דקיימא לן סתם נדרים להחמיר ואף על גב דקיימא לן גבי נזירות דלא מעייל אניש נפשיה לספקא כדמייתי בפרק שני דנדרים הא דתניא הריני נזיר אם יש בכרי זה מאה כור ונגנב רבי יהודה מתיר וקיימא לן כוותיה דסתם מתניתין דטהרות כוותיה דתנן התם בהדי ספיקי דאזלי בהו לקול' סתם נזירות להקל ואע"ג דלכאורה משמע מריהטא דסוגיא דהתם דהך מתני' דסתם נזירות להקל אתיא דלא כהלכתא כבר היא מפורשת לו במקום אחר דמסקנ' הכי איתא דשאני נזירות שמתוך שספקו חמור מודאי לא מחית אניש לספקא ולכך הביא הרמב"ם ז"ל שתיהם בפסק הלכה ומיהו ברייתא דמייתי התם דמתניא לענין נזירות שמשון דלא שייך בה שספיקא חמור מודאי וקתני רבי יהודה מתיר מוקמינן לה דהיינו רבי יהודה משום רבי טרפון דלא נתן נזירות אלא להפלאה ולא קיימא לן כוותיה ולדידן סתם נ"ש להחמיר דומיא דשאר נדרים דלא חמירי ספקן מודאן.

ובר מן דין אפילו אם היה מפרש שדעתו היה שכל אחד מהם יוכל להתירו מה טיבה של התרה זו ואלו שאמר שיתירו לו מה כחן יפה בנזירות שמשון דליתיה בשאלה ואלו היה הוא נודר לתועלת' ולבקשת' היה אפשר לומר שתלה בדעתם וברצונם יכולים להתיר לו נדרו שלא על פי חכם כאותה ששנינו סוף פרק קונם כלום נדרת אלא מפני כבודי זהו כבודי אי נמי דומיא דסיפא דהריני כאילו התקבלתי אבל זה שעיקר הנדר קבלו בשביל שהיה קשה בעיניו יציאתו מארץ ישראל גם בעיני קרוביו בהתפרדו מהם וקבל הנזירות וחל עליו היאך יכולים שני אלו להתירו מהם שאין חכם יכול להתיר וכי תימא כי קבל עליה נדר' מעיקרא על דעת כן קבל שיהיה לו התרה על פי אלו ועל מנת כן נדר אין

אומרי' בנזירות כן שהרי האומר הריני נזיר על מנת שאהיה שותה יין ומטמא למתים הרי זה נזיר ואסור בכלם כדאמרינן בפרק קמא דנזיר והוא הדין בנזירות שמשון אם אמר הריני נזיר כשמשון על מנת שיהיה לי התרה כיון דנזירות שמשון ליתיה בשאלה הוה ליה מתנה על מה שכתוב בתור' אלא שיש לי ספק בענין נזירות שמשון דגמרא גמירי לה דליתיה בשאלה ולא ממעט מקרא דמייתי בספרי או אמר הריני נזיר על מנת שאהיה שותה יין ומטמא למתים קורא אני עליו כפי נדרו אשר ידור תלמוד לומר וכן יעשה על תורת נזרו פירוש שהכתוב עשאה לנזירות תור' א' דא"א לזה בלא זה. ובנזירות שמשון לא נהגה בה תורה זו שהרי הוא מטמא למתים שאמרו בירושלמי פרק שני דנזיר מסתברא שתדחה נזירות תורה לנזירות שמשון מה טעם וכן יעשה על תורת נזרו את שנזירותו תורה יצתה נ"ש שאינה תורה שאני מפרשה שאין בה תורת נזירות המפורשת בתורה לענין טומאה כמו שפורש אצלי במקום אחר ואפילו תימא דנ"ש נמי אם קבל עליו נזירות שמשון מן היין ולא מן התגלחת או איפכא דכל דקדוקי נזירות שמשון עליו מ"מ לענין התרה אין זה כתוב בתורה דאדרבא כל נדרים ונזירו' שבתור' אחרים מוחלין לו אלא שנזירות שמשון אמרו דליתיה בשאלה ועדיין לא הגענו לפלגות ראובן לידע מה טעם הנודר כשמשון ליתיה בשאלה נהי דשמשון גופי' לא היה יכול להשאל שהיתה נזירתו על פי מלאך אבל התול' נדרו בשמשון כיון שנשאל על תלייתו חכם עוקר הנדר מעיקרו הוא גם בזה כתבתי במקום אחר ולא נתיישב אצלי טעם נכון. ומכל מקום בנודר סתם אמרו כן אבל במפרש שיהיה לו התרה אפשר שאין זה מתנ' על מה שכתב בתורה ויעשה כפירושו והדבר צריך תלמוד. ומיהו כל שנוד' זה היה סבור שאלו היה יכולים להתירו הואיל והחכ' היה קיים בשעת הנד' הרי ששוגג היה בזה ומוטעה בכך ויש להתירו מאות' שאמרו בפ' שני דנזי' יודע אני שיש נזירים אבל איני יודע שהנזיר אסור ביין הרי זה אסור יודע אני שהנזיר אסור ביין אבל סבור הייתי שחכמי' מתירי' לי שאינו יכול לחייות אלא ביין או מפני שאני קובר מתים מותר ומפרש בגמרא מטעם נדרי אונסין ופירש רש"י דלביה אנסיה שסבור שחכמים יתירו וכן פירש הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות נזירות. ורישא אסיפא לא קשיא דאיני יודע שהנזיר אסור ביין אף על גב דעל מנת שאהיה שותה יין לא מהני מטעם מתנה על מה שכתוב בתורה כשאומר איני יודע שאסור ביין הוה ליה נדרי טעות ולא גרע מסבור הייתי שחכמים מתירין לי אלא התם היינו טעמא דדייניגן ליה כנדרי שגגות משום שאין הטעות מוכיח דמי לא ידע שהנזיר אסור ביין אבל בסיפא הטעות מוכיח מענייגו שהרי אינו יכול לחיות בלא יין או שהוא קובר מתים ויש בענין הזה שמועות רבות שצריך לעמוד עליהם הרחבתי

בהם במקום אחר בתשובה מכל מקום למדנו מאותה משנה דהיכא שהטעו' מוכיח שרי ואין לך טעו' מוכיח יותר מזה שאמר פלוני ופלוני יתירו לו משמע שהיה סבור שיש בידם להתיר והרי זה נדרי טעות אלא שאני מסתפ' בדעתו של נודר זה שמא לא היתה כוונתו שיתירו לו כדרך התרת חכם דנ"ש ליתיה בשאלה אלא שאע"פ שיורוהו חכמים שהוא מותר לגמרי לא ינהוג בו מנהג היתר עד שיתירו לו גם שני אלו ולהחמיר בא ולא להקל או שמא יש בדבר להקל ולהחמיר שאם יתירו לו אלו אף שלא בהתרת חכם הוא מותר וכדין בעל דמגז גייז משו' דכל הנודרת על דעת בעלה נודרת אף אלו יבטלו נדרו הואיל ונדר לדעתם ובזה הולכים אחר פירושו של נודר.

ומעתה צריכים אנו לחקור אם האונסין שארעו לראובן שמחמתו נתעכב ללכת לא"י אם הם כדאין שלא יחול עליו חובת הנזירות ונר' שאונסין של נדרים אינן כשאר אונסין דשאר איסורין דאמרינן בהו אניס רחמנא פטריה שצריך שיהיה אונס גדול שאי אפשר לו בענין אחר אבל בענייני נדרים שהם איסור הבא מאליו אנו הולכים בהם אחר אומד דעתו ואין לנו אלא מקומן ושעתן כאותה ששנינו בפרק ד' נדרים נדרי אונסין כיצד חלה הוא או בנו או שעכבו נהר הרי אלו נדרי אונסין וכתב הר"ן ז"ל חלה בנו אע"ג דלאו אונס גמור הוא הרי אלו נדרי אונסין לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו אלא בשיוכל לבא בלא אונס כלל אבל כל שנאנס קצת כגון שחלה בנו וצריך לשומרו מותר דלאו אדעתא דהכי אדריה עד כאן לשונו וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל וזה לשונו דמעיקרא לא היה בדעתו שיחול הנדר אם יעכבנו אונס ודברים שבלב כי הני דמוכיחי וברירי הויין דברים עד כאן אף כאן זה שקבל עליו נדר חמור כזה לחיבוב ארץ ישראל וחיבוב קרוביו לא היה בדעתו שילך שם ויצטרך לבריות ושמא לא היה מוצא משען ומשענה שם וכי תימא הרי היה ספק בידו לעלות ולקיים נדרו ולחזור אם אי אפשר לו להתקיים שם הא ליתא שכל העולם אין דעתו אלא להתיישב כדאמרינן בגמרא כל דסליק אדעתא דמתדר ליה סליק ואם לא יוכל לדור מה תועלת בעליה שכל מה שאמרו בשבחה של ארץ ישראל לא אמרו אלא לענין דירה ולא לענין עליה על דעת לחזור והרמב"ן ז"ל בס' המצות הוסיף דמנה מצוה זו מן התור' שנאמר וירשת' וישבתה בה והיינו ישיבה ולא עליה ואף על פי שנמצא במדרש נמשלה כנסת ישראל ליונה מה יונה זו אע"פ שמרחקת אינו שוכחת את קינה כך ישראל אע"פ שגלו אינם שוכחין את קינהם ומפני כך היו נוהגים בזמן שהשנים כתקנן שהיו עולים בני מצרים וסוריא ובבל ברגלים לירושלים מכל מקום חיבוב ארץ ישראל היא זו כאותה שאמרו רבי אבהו הוה מנשק כיפי דעכו דכתיב כי רצו עבדיך את אבניה אבל איש ואיש יולד בה ונגדל בה אם

לא ילך להשתקע מה הנאה יש לו בעליה ולטעום אחריה טעם מיתה בצאתו ממנה וגם מפני אהבת קרוביו כיון שסופן להצטער ביציאתן אין להם נחת רוח בעלייתו וכדאמר ליה רב כהנא לרבי יוחנן אי בעית רחמי דתו לא שכיבנא אזילנ' ואי לא לא אזילנ' הואיל וחליף שעתא חליף ופשיטא שלא היתה כוונתם לבזבז כמה נכסים ולהסתכן בדרכים רחוקים לצורך עליה בלבד.

אלא שיש לפקפק בנדר זה מטעם שהנודר אמר שלא נתעכב בחוצה לארץ אם לא באונס גדול שאם באנו להתיר באונסין אלו אף על פי שאינן גמורים מטעם דאמדי' דעתיה הרי זה גלה דעתו שלא יותר אלא באונס גדול ומכל מקום נראה דלאו אונס גדול שאי אפשר לו לעלות בשום פנים קאמר אלא כל שאי אפשר לו להתקיים שם אלא בעוני ובדלות אונס גדול מיקרי ליה תדע שהרי גם תלה נדרו בתנאי שתהא צפת תוב"ב בנויה ושקטה ממסים וארנוניות וסיבה זו אינה מונעתו מלעלות ולשבת שם ימים או עשור לגלגל בעצמו בצער כשאר אנשי העיר העמוסים מני בטן אלא ע"כ לא היתה כוונתו אלא שיוכל להיות שם השוקט על שמריו ואין מחריד ובידוע שלא יוכל לשבת שם בהשקט אלא מי שיש לו להוציא בדרכים וישאר בידו כדי חייו שיוכל להתפרנס משם הוא ובני ביתו. וא"ת א"כ למה הוצרך להתנות אם לא באונ' גדול הא בלאו תנאה נדרי אונסין התירו חכמי'. אב"א לרווחא דמילתא פירש כדאשכחן גבי תאלין ודקלין דלא אצטריך למכתבינהו אלא לשופרא דשטרא כדאמרינן בהמוכר את הבית ואב"א משום דאע"ג דתנן התירו חכמים הא תניא בתוספתא אף נדרים שאמרו מותרים מנין שלא יהא אדם נודר בהם ע"מ לבטלן ת"ל לא יחל דברו לא יעשה דברו חולין ונודר זה חשש לאונסין ההוים ורצ' להוציאן מכלל נדרו כדי שלא לעשות דברו חולין ואב"א שאע"פ שיורוהו חכמים היתר ממקום אחד לא היה רוצה בהתרם אם לא יהיה אונס גדול וכן מוכיח הלשון שאמר שלא יוכלו כל חכמי ישראל להתירו אלא אותם השנים וכו' אם לא באונס גדול.

ונראה עוד לומ' שאפי' תימ' שלא הית' כוונתו של נודר להתיר נדרו אלא ע"י אונס גדול ולא כשאר אונסים שהתירו חכמים הכא הנדר מעיקרו לא חל שהרי נכרין דבריו שנדר כן מפני הזיווג שנזדמן לו וכבר אמד בדעתו שבאותן המעות שיתנו לי עם האשה היה ספק בידו לבא לדור בארץ ישראל ופשיט' שאם לא היה בא הזיווג לידי גמר ויוצרך לחזר אחר זיווג ולא היה הנדר חל דהא גלי דעתיה שעל הנחה זו היה נודר ולכך נתן זמן לנדרו באותם השלש שנים הנז' שהם השלש שהתנה עם חמיו לשבת אתו וכל היכא דאיכא גילוי דעתא מהני אפילו במקום דבעינן תנאי כפול כדמוכח בפרק האיש מקדש

בההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אבל אם היה מגלה דעתו בשעת המכר שלצורך עלית ארץ ישראל הוא מוכר אע"פ שלא התנה בפירוש כמאן דאתני דמי כדכתבו שם התוס' והרא"ש דכי בעי תנאי כפול היינו כשהתנה דכיון דלא כפל יש במשמע שאפילו לא נתקיים יהא המעשה קיים אבל גילוי הדעת בלא תנאי הו"ל כמאן דאתני וכפל הילכך אי אתיליד אונסא באורחא דלא מצי למיסק המקח בטל וכיוצא בו אמרו בפרק אלמנה נזונית זבין ולא אצטריכו ליה זוזי הדרי זביניה וכההיא עובדא דמייתי התם דבגילוי דעתא גרידא מהני וכ"ש גבי נדרים ושבועות דאדעתא דנפשיה קמשתבע דבגילוי כל דהו סגי הילכך כל שהיה דעתו אז על הזיווג ונתבטל הזיווג הנד' בטל דהו"ל כמו אתיליד אונס' באורח' והוא הדין נמי אם נגמר הזיווג וכנס את אשתו ולא קבל המעות שנדרו לתת לו שעיקר סמיכות דעתו להתיישב בארץ ישראל היה עליה' שמש' פרנסתו ופרנס' אנשי ביתו וכל שלא בא הדבר לידי גמר עדיין לא חל הנדר עליו ולא דמי לסליק ולא אתדר ליה דקיימא לן כלישנא בתרא דאמרי' התם הא סליק אף על גב דכל דסלי' אדעתא דמתדר הוא דלעול' קיו' הדבר בגמר המעש' תלי והת' גמר המעשה תלוי בעליה דעד אימת לנינטרי וליזיל שענין שיתיישב בה אינו מחוסר מעשה והכא גמר מעשה בנישואין וקבלה שאילו קבלם אף על פי שסוף אבדו או נאנסו ממנו הרי נתקיים נדרו אבל זה לא באו לידו מעולם ועדיין מחוסר עיקר המעשה ותדע שהמקח תלוי ועומד עד גמר המעשה שהביא הר"ן ז"ל משם הרשב"א בהנהו עובד' דפרק האיש מקדש דלוקח אסור לאכול פירות עד שיגמור המקח דשמא לא יוכל לעלות ונמצא מקחו בטל ומסתמא ודאי כל שהמקח תלוי ועומד אין קיומו אלא בגמר מעשה שאין מחוסר מעשה אחריו אבל הכא אכתי מחוסר עיקרו של מעשה שהוא קבל' המעות.

ואם באנו לחוש למה שאמר הנודר שלא יוכלו כל חכמי ישראל להתירו אם לא פלוני ופ' לפי המשמעות שנסתפקנו בו אם היתה כוונתו שאף על פי שימצאו לו חכמים התר שאין נדרו נדר לא ינהוג בו התר אם לא יתירו לו גם אותם שביאר אוהביו החכמים כדרך התרת חכם אולי היתה דעתו שאם לא יהיה הטעם מקובל ומספיק בעיניהם שלא יהא ניתר והרי הוא כמו שפי' לפי ראות דעתם ושמא לא היה נראה להם שזה האונס הוא כדאי ואולי שלא היתה דעתו שיתירוה בהתרת חכם אלא אף על פי שהתירו לו חכמים והורו שלא חלה נזירתו אם גם הם לא יסכימו לא יועיל ואם הדבר כן הואיל וזה נדרי אונסין הרי הותר הנדר מעיקרו ואף על פי שתלה בדעתם ואמר שלא יוכלו כל חכמי העולם להתירו אלא הם כי היכי דבשאר נדרים היה ניתר בהתרת חכם ולא היה תנאו

כלו' דחבר עוקר הנדר מעיקרו אף זה כן תדע דבנודר על דעת שנים יכול להפר נדרו על פי חכם ולא מהני מה שתלה נדרו באחרים כדאמרינן בפרק השולח לענין נדר שהודר ברבים דרבים שלשה והכי מוכח בפ' ב' נזירים תרי והך דקאי ביניהון הא תלתא הוה ליה רבים אלמא פחות משלשה לא מקרו רבים כן הכריע הר"ן ז"ל בסוף פרק שבועות שתים וכתב וטעמא דנדר על דעת רבים אלימא מילתיה אבל בציר משלשה לא נתוסף שום חומר בנדרו שלא יהא חכם יכול להתיר וההיא דפרק שבועות דאמר ליה משה לישר' לא על דעתכם אני משביע אתכם אלא על דעת המב"ה ועל דעתי ומסקנא כי היכי דלא להוי הפרה לשבועתיהו כבר פרשוה הראשונים ז"ל דעל דעת המקום שאני כמו שמבואר בטור י"ד סי' רכ"ח ושלא כדברי רש"י שכתב דע"ד וע"ד המקום היינו ע"ד רבים דמשמ' דסביר' ליה דלא בעינן שלש' וכן פסק רבינו הרב מהר"י קארו ז"ל אלא שאני חוכך בדבר להחמיר לפי שאני רואה להרשב"א ז"ל בריש פ' השולח שהעמיד דברי רש"י דטעמא לאו משום דשתף עמו שכינה דאם כן לא הוה ליה למשה למימ' ועל דעתי והא דאמרינן בשלהי פ' השולח וכמה רבים שלשה חילוק יש בין נדר שהודר ברבים לעל דעת רבים דנדר שהודר ברבים הוי טעמא משום דמילתא דמתעבדא באפי תלתא אלימא מילת' אבל שלא בפני רבים אלא שנדר על דעתם טעמ' הוי לפי שהוא מבטל דעתו לדעתם וחרטת' אינה שוה הילכך אפילו בשני' אבל באחד אף על פי שהוא תול' נדרו בו מכל מקום אינו מבטל דעתו מפני היחיד עד כאן לשונו ובחילוק זה נתבטלה גם ראיה דפרק שני נזירין שהבי' הר"ן ז"ל ובר מן דין נר' לי שאינה ענין לכאן דהתם לענין ספק טומאה בר"ה קאמר דודאי בציר מתלתא לאו רשות הרבים מקרי דהא ספק טומאה ברשות היחיד טמא מסוטה גמרינן לה ובועל ונבעלת הוה ליה שנים ועשא' הכתו' כודאי נטמאה ועוד מצאתי להר"ן ז"ל עצמו בתשובת י"ז שהביא דברי ר"ת ז"ל דכי אמרי' דעל דעת רבים לדבר מצוה יש לו הפרה ה"מ כגון ההוא מקרי דרדקי וכו' וכתב שהוא מסתפק בטעם זה הנראה מדברי ר"ת דאי משום שצרף דעת אחר לדעתו אפי' בשני' נמי ואפי' בחד נמי לא להוי ליה הפר' אלא שנדח' להעמי' דבריו כאילו פי' ע"ד א' או ב' שהוא רוצ' לשת' דעת אחר' לדעתו אנה"נ דע"ד היחיד כעל דעת רבים אלא באו' ע"ד סתם הוא דאיכא לאפלוגי שאם אמר ע"ד אחד או שנים אין פירושו אלא כאומר על מנת שלא ימח' ואין הכוונ' לשתף דעת אחרת לדעתו עד כאן דבריו ובנדון דידן שאמר על דעת פ' ופל' הרי פירש ואמר שלא יוכלו חכמי העולם להתירו אלא אין פירושו על מנת שלא ימחו דלמישר עליה שויינהו והרי צרף דעתם לדעתו שלא יתירוהו אלא מדעתם.

ומיהו גבי נדרי אונסין אפילו נודר ע"ד רבים ממש נראה לי דאין כאן נד' דלא אמרו דאין לה הפר' אלא בנדר הנת' ע"פ חכם ע"י פתח וחרט' דאכתי נדרו עליה עד שילך אצל חכם ויעקר נדרו אבל נדרים שהם מותרי' ואינן צריכין שאלה לחכם ודאי דעת הרבים מסכמת בהם שלא יתקיימו ועוד נראה לי שאם באנו לחוש לסברת רש"י ז"ל דכ' דשנים נמי מקרו רבים היינו לשיטתו ז"ל שהוא מפרש בפ' השולח שכך יאמרו הרבים אנו משביעין אותך על דעתינו וכן נמצא לרבינו האיי הילכך אפילו שנים מקרו רבים אבל לדידן דקי"ל כשאר רבוותא דע"ד פ' ופ' אלא שלא בפניה' מקרי עד"ר דוקא בשלשה אבל לא בשנים דלא משכחינן תנא דמחמיר תרי חומרי בע"ד רבים וכבר כתבתי שהנודר יפרש דעתו בזה וגם יועיל לנו פירושו שאם משמעות דבריו הוא שהם יכולים למחות בו אהני לן שאם יאמ' שהיה בדעתו על כל אחד מהם בפני עצמו יכול זה השני שהוא קיים להפר שלא על פי חכם ומכל מקום לפי הטעם שכתבנו דהוה ליה נדרי שגגו' כיון שלא קבל הממון שנדרו לו שעל סמך כן נד' בין כך ובין כך אין כאן נדר כתבתי הנלע"ד ובלבד שיסכימו כל הרבני' אשר בית ישראל נכון עליהם בהוראת' הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלה

כתב לאחד מן החכמים ולא ידענו מה שמו.

שאלה החלוקה הראשונים אי נדר בלשון שבוע' מהני והביא לשון הרמב"ן ז"ל בהלכות שבפ' שני דנדרים שהביא הירושלמי דאפליגו בה אמוראי ואמר ואפילו הכי כיון דאמרי' לא פריש הכי נקטינן לחומרא והקשה על הרמב"ן דאם כן מאי קאמר רבא הא דאמר ישיבת סוכה עלי הא דאמר שבועה שלא אשב דאפילו אמר קונם שלא אשב חל הנדר ועוד הקשה מה חדש לנו דנדר איסו' חפצא עד השתא לא ידעינן הכי ואם נפל ספק בדבר היאך הכריע רבא דנדר איסור חפצא וכו'.

תשובה אטו כי אמר קונם שלא אשב דחייל נדריה אפי' אדבר מצוה חייל להרמב"ן דאם לא כן תיקשי ליה מתניתין דפרק שבועות שתים דתנן חומר בנדרים מבשבועות וכו' ואם איתא דבלישנא תליא מילתא לפלוג בין בנדרים בין בשבועות אלא הכי קאמר רבא נדרים אפילו אמר קונם שלא אשב דמהני מדין ידות היינו משום דהכי בעי למימר ישיב' סוכה עלי ומתסר חפצא עליה אבל גבי שבועות אפילו אמר ישיבת סוכה עלי בשבועה הכי בעי למימר שבועה שלא אשב ומדין יד הוא דמהני וזהו מה שחדש רבא.

עוד כתב והרב מהר"י בן לב ז"ל כתב דהוי פלוגתא דרבוותא וכדדייקי שפיר לא אשכחן דפליג אלא יחיד שהוא הרמב"ן והביא כל לשון הר"ן.

תשובה רבותינו בעלי התוספות מסכימים לדברי הרמב"ן ז"ל כמו שמבוא' בתוספות לשני תירוצים שנאמרו שם ובפרק שבועות שתים תירץ כן רבינו אלחנן בשם ר"י ואף הרא"ש שהוא סבור שאין נדר בלשון שבועה באותה הלכה כתב בפ"ק גבי ידות שאם אמר אני נודר שלא אוכל עמך כיון דהאידנ' מרגלא בפומי' דאנשי למנדר הכי אין להקל כדי שלא ינהגו קלו' ראש בנדרים אלא יש לומר דלדבריו אין להחמיר בנ"ש כיון דליתי' בשאלה כלל והיכא דלא אפשר חשיבי דיעבד כדאמרינן בס"פ קמא דכתובות לדברי המכשיר בה וכו' אלא שהרא"ש ז"ל עצמו בפרק שבועות שתים הביא התירוץ האחר של ר"י אלמא מספקא ליה להרא"ש ז"ל בהכי ועיין בתו' ריש פ' שבועות שתים הרי עלי ככר זה שלא אוכל וכו'.

עוד כתב ובא לתרץ מה שהקשה מהר"י בן לב דספק נזירות להק' וכתב הר' ז"ל דפלוגתא דרבוותא לא דמיא לקדושה הבאה בידי אדם אלא לקדושה הבאה בידי שמים.

ונוראות נפלא מה ענין בכור שקדושתו מרחם וכו'.

תשובה חלוקו של הרב ברו' הרב ז"ל לא הביא ראיה לדבריו מבכו' אלא אמר דכי אמרינן סתם נזירות להקל לאו מילת' פסיקתא היא שהרי חלקו בגמרא בין קדושה הבאה מאליה לקדושה הבאה בידי אדם וטעמא משו' דלא מעייל אניש נפשיה לספקא ולא היתה דעתו של זה לקבל נזירות אלא בדבר הברור כגון שלא נגנב או שלא הרתיע לאחוריו אבל הכא כיון דאמר הרי אני מקבל עלי נזירות שמשון חלה עליה קדושה מאליה לדברי האומר דנדר בלשון שבועה חייל דלמאן דאמר לא חייל אין כאן נדר כלל ולא שייך לומר בזה לא עייל איניש נפשיה לספקא דאי בהאי ספקא לא עייל נפשיה אם כן היה לו לתפוס לשון שיועיל וכן מוכיחין דברי הרא"ש ז"ל שכתב לא היה בדעתו אלא על הראוי כלומר חיה או בהמה.

ועוד הביא מדברי הרמב"ם ז"ל הריני נזיר כשיהיה לפלוני בן ושמע חבירו ואמר ואני ופסק ספק נזירות להקל ועוד הביא ממה שכתב בפרק רביעי הריני נזיר ביום שבן דוד בא אם היה שבת או יום טוב אותו היום מותר שספק נזירות להקל. תשובה ההיא דשמע חבירו ואמר ואני ס"ל להרמב"ם ז"ל דשייך לומר הכא ספק נזירות להקל דחזקה לא מעייל נפשיה לספקא ואם כוונתו היה לנזירות היה לו לומר לשון מבואר דהא לא מצי לאייתויי קרבן עליה אין כוונתו לומר אלא שאוהב אותו.

וההיא דביו' שבן דוד בא דמיא ממש להריני נזיר אם יש בכרי זה ק' כור או למקדיש בהמתו וחייתו דלא נתכוון זה אלא בדבר הברור ולא בדבר הספק אף זה ביום שבן דוד בא ולא ביום שהוא ספק אם יבא בו כגון שבת ויום טוב.

עוד הביא מה שכתב הרמב"ם ז"ל שם בעיא דהריני נזיר שמשון לאחר עשרים יום ומעכשיו נזיר סתם אסור בתגלחת לעול' והך בעינ דלא איפשיטא ופסק לחומרא ואמר שהטעם הוא משום שכבר נפסקה בערובין בההיא דיום שבן דוד בא דאחר שחל הנזירות תו לא פקע דומיא דהתם ועוד תירץ דכיון שקבל נ"ש לאחר עשרים יום בין כך ובין כך א"א לגלח ואין ספקו חמור מודאי.

תשובה זו אינה ספק נזירות אלא ודאי נזירות וספק תגלחת דבין הכי ובין הכי חיילה עליה נזירות אלא מספקא לן אם תגלחתו דוחה נזירות שמשון או אינה דוחה ופסק לחומרא דלא דחייא ותמה אני ממהרי"ק ז"ל שהביא כאן ענין ספק נזירו'.

החקירה הב' דכיון דאמר שלא יוכלו חכמי העולם להתירו אלא פלוני ופ' שהיה סבור שואל יש לו התרה והביא ההיא דסבור הייתי שחכמים מתירים לו שאיני יכול לחיות אלא ביין ועוד הביא תשובת מהר"י בירב ז"ל מי שנדר נ"ש עד שתלד אשתו.

תשובה חזקה על חבר שידע שנ"ש אין לו התרה ולכך נדר כשמשון ומה שאמר שלא יוכלו חכמי העולם להתירו אלא פלוני ופלוני לא בהתרת חכם על שאלה קאמר אלא בהוראת חכם שהוא מותר כמו סבור הייתי שחכמים תתירין לי פירוש שיאמרו לי שהוא מותר וכן התירו פרושים את הדבר וכן יתיר בכורות יתיר התיר רבי כל בית שאן וכאלה רבים ואע"פ שהנד' מותר רצה לנהוג בו איסור עד שיתירו לו גם המה.

החקירה הג' דבעינן תנאי קודם למעשה והביא לשון הרמב"ן אמתניתין דלא חולין לא אוכל לך דבשלהי שבועות העדות אסיקנא כי לית ליה לומר מכלל לאו אתה שומע הן בממון אבל באיסורא אית ליה מכל מקום איסורא דאית ביה ממונא שאני ואפילו הכי פליגי רבנן עליה והלכתא כרבנן דאמרי מכלל לאו וכולי והביא ממה שכתב מהר"י קארו ז"ל באבן העזר סימן קמ"ג שהרמב"ן העלה דלא בעי הן קודם ללאו בממון וכן בגיטין וקידושין אבל תנאי קודם למעשה ודאי בעינן בכל דוכתא במתני' דסוף פרק הפועלים.

תשובה זו לא אמר' אדם מעולם דבכמה דוכתי אשכחן בנדרים מעשה קודם לתנאי ובלא תנאי כפול קונם שאני נהנה לך אם אי אתה בא ונותן לבנך וכולי קונם שאני עושה על פי אבא ועל פי אביך אם עושה אני על פיך פרק נערה אהא נזיר אם לא אגלה משהו פ' מי שאמר אמר אמרה פרה זו הריני נזירה אם עומד' וכולי ודוחק לומר דכלהו לאו דוקא ותו תנן יש דברים שהם כנולד ומפרשי' בגמרה דנעשה כתולה נדרו בדב' אחר ובכלהו מדיר את אשתו דכתובות ותו לבעל הלכו' גדולו' ולר"י שפסקו כר' מאיר דבעינן תנאי כפול וכי אם לא כפול מי נימא שהתנאי בטל והנד' קיים הא ודאי ליתא דבנדרים אף

על פי שגמר בלבו צריך להוציא בשפתיו כמאן דאמר דלא אמרינן מכלל הן וכו' כי אמר לא חולין לא מתסר אף ע"פ שיש במשמע שיהא קונם.
ועוד אפילו בגיטין וקידושין אם אמר הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חד' בתנאי שלא יהיה אונס מי אמרינן אע"פ שהיה אונס יהא גט משום דלא כפל ולא הקדים תנאי למעשה.
החקירה הד' אם האונס פוטרו אחר עבור האונס ואמר שלא פטרו.
תשובה אפילו תנוקות של בית רבן יודעים אותה.
מסקנא דמילתא דמטעם שהתנה אם לא יהא אונס איכא כמה קיוהי ותיוהי אחד שלא היה תנאי קודם למעשה גם לסברת כמה מהמפרשי' צריך כל משפטי התנאים כמו בגיטין וקידושין ועוד שבתנאי האונס צריך לברר אונס דלא שכיח דעניות או מיתה שכיח ולמה לא התנה.
תשובה הרי התנה ואמר בתנאי שלא יהא אונס וכמדומה שהו' סבור שצריך שיפרש מהו האונס וזה הבל דאטו כי רוכלא לחשוב וליזיל כל אונס' דשכיח הרי כלל ואמ' ושלא יהא אונס. עוד כת' ופשוט הוא שא"עפ הדברים מוכיחים אינו מספיק גילוי דעת קודם אלא צריך לפר' כמו שכת' המגיד פי"א מהלכו מכירה.
תשובה זו שחזר והגיה כלפי דידי וכתב כן ולא הגיה ראיתי את דבריו כי היאך כתב אינו מספיק גילוי דעת אלא צריך לפרש דאי קודם שעת מכירה אפילו פירש דמשום הכי זבין לאו כלום הוא ואי בשעת מכירה גילוי דעתא גרידי' סגי אלא כך היה לו לומ' ולא סגי גילוי דע' קוד' אלא בשע' המכר ואני כך כתבתי דהכא בשעת הנדר גלי דעתיה שע"ד אותן הנישואין היה נודר שכן אמר שלא אתעכב יותר מהשני' הנז' כלומר שפירש שהתנה עם חמיו לשבת אתו שנים שלש שזו טענת בעיקר הנדר דומיא דהא דתנן בפרק ב"ש דמי שנדר בנזיר והלך להביא בהמתו ומצאה שנגנבה אין זה נזיר לפי שהיה מוטעה בעיקר הנדר וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפרק שני מההלכו' לפי שהיה סומך בדעתו על הקרבן אף זה סמך על מה שנדרו לו ונעשה נשיאים ורוח ואע"פ שהתוס' ז"ל כתבו שם שמה ששנינו אינו נזיר כלומ' חרטה מעליית' היא עוד כתב לכך אני אומר שהדרך הישרה הטעם שהוציא הנזירות בלשון שבועה מצורף לזה הטעם הב' שאמר שלא יוכלו כל חכמי העולם להתירו אלא אלו הרי קבע' לו זמן לנזירות שמשון והוה ליה נדרי שגגות.
תשובה ברר לו דרך מן הצד ושלו לא הגיעו שאף אם היה ישרה בעיניו דרך סלולה כבר נתבאר שוברן של טעמים הללו שהטעם האחרון שעשאו כנדרי שגגות הוא טעות בלשון ולא עלתה על דעת שתהא זו כוונת הנודר שהוא כן ולכל הפחות היה לו לדונו

כספק נדרים להחמי' ופירושם להקל וכבר פירש הנודר עצמו שחס ושלום לא עלתה על דעתו התרת חכם אלא היתר איסור ממקום אחר ונפל פותא בבירא והטעם הראשון מענין נדר בלשון שבועה אע"פ שגדולים ורבנים ז"ל העלוהו על ספרם הנה לא סמכו עליו ואמרו בחומ' נדרים מי יקל ראשו נגד הרמב"ן וסייעתו בזה ואשר אני אחזק לי דנזירות בלשון שבועה חיילה שפיר אפילו לדברי האומרים אין נדר בלשון שבועה כמו שהארכתי בתשובה שנת השנ"ט ונמצא עוד בתשובות רבנן קשישי גדולי דורינו ז"ל שכך היא דעתם ועוד ביארתי שהלשון שנהגו עכשיו לומר אני מקבל עלי נ"ש שלא אעשה דבר פלוני אין זה תלוי במחלוקתן של ראשונים שאמרו דנדר בלשון שבועה שע"כ לא נחלקו אלא בנדר של' קבלו בלשון שיחול על החפץ כגון שאמר קונם עלי שלא אוכל ככר זה לפי שהקונם לא התפיסו על הככר ואגופיה נמי לא חייל הילכך אין כאן נדר אבל מי שאמר קונם עלי ככר זה שלא אעשה דבר פלוני הא שפיר חל הקונם על הככר והארכתי בזה בראיות נכוחות לפי דעתי והרוצה לעמוד עליהם ידרוש משל ספר התשובו' ויקר'.

סימן קלו

שאלה הא דשאיל מר בהא דאמרו ז"ל האוחז ספר תורה ערום נקבר ערום אי סגי ליה במטפחת כי היכי דלא ליקום בלטותא דרבנן לפי שש"ץ הקים ספר תורה מהבימה כרוך ביריע' כדי לחתלו וא' מהיודעים נתן בקולו קול עוז כי ע"ז נאמר האוחז ספר תורה ערום והש"ץ השיב הן זאת לא צדקת ומה תענה כשמגביהין ספר תורה להראות כתבו לעם. תשובה הדין עם הש"ץ שלא אמרו בפרק בני העיר באוחז ס"ת ערום אלא בלא מטפחת אבל על ידי מטפחת שפיר דמי כמו שכתב הטור סימן קמ"ז וכן פירש רש"י. ואפשר לומר לפי זה דעל ידי העמודים נמי שרי והרמ"בם ז"ל כתב בה' ס"ת לא יאחז אדם ס"ת בזרועו ויכנס לב"ה או למרחץ וכו' ולא יאחז את ס"ת כשהוא ערום ויש שהבינו מדבריו כשהוא ערום מפרש דערום קאי לאדם האוחז בו מדשינה והוסיף בלשון: והקשתי עליהם מדמייתי לה בפרק קמא דשבת הא דר' פרנך אגזרה דידים הבאות מחמת ספר תורה שמטמאות את הידים אלמא מחמת ס"ת נגעו בה שלא יאחזנו בידיו ועוד אם כן נימא ערום לא יאחז ספר תורה כדתנן ערום לא יתרום. אלא נראה לי שהרמב"ם מפרש דלא יאחז ספר תורה אפילו על ידי עמודים כשהס"ת ערום שמא יגע בו ודייק ליה מדתני האוחז ולא תני הנוגע ובהכי ניחא לי מה שהוקשה להם לתו' בס"פ בני העיר שכתבו ערום בלא אותה מצוה י"מ מצות אחיזה וק' מאי רבותא פשיטא וכו' לכך פריב"א בלא אותה מצוה כגון שקרא בו או גללי וק"ק דקריאה וגלילה מאן דכר שמיה דקתני בלא

אותה מצוה אלא דהכי קאמר ערום בלא אותה מצוה של אחיזה שאחזו להראותו או להוליכו לבימה אע"פ שלא נגע בו ולאו ידים הבאות מחמת ספר נינהו הפסיד שכר המצוה שעבר על דברי חכמים.

וראיתי המרדכי הביא מדברי ראבי"ה ז"ל דהני מילי בסתם ידים אבל נטל ולא הסיח דעתו לא קפדינן. ואי קשיא אם כן מאי קשיא ליה התם בשבת דאי הא דידים שניות גזור ברישא הא תו למה לי למגזר ידים הבאות מחמת ספר ונימא דחכמים גזרו לידים טהורות שנגעו בספק. וי"ל דמשום הא דידים טהורות לגמרי לא היה להם לגזור מאחר שאין טעם בדבר שכבר טהורות הם כמו שכתבו שם התוס' אמנם כתבו התו' שם דהשתא אפילו נוגע אחר נטילה גזרו שלא חלקו וזה נראה דלא כראבי"ה ונראה לומר דאף על גב דאותה גזירה דידים הבאות מחמת ספר הויא אף בידים טהורות דהכי משמע לישנא דמחמת ספר דלית בה רק דררא דספר ומשום שלא חלקו כדכתבו התוס' מכל מקום איסורא ליכא דידים טהורות אם כן נימא נמי דמה שגזרו על ידים הבאות מחמת ספר משמע דאפילו טהורות וכן משמע הלשון בידים הבאות מחמת ספר ולא לטותא היא אלא ערום בלא אותה מצוה קאמר כדאמרינן בשבת ובמגילה ופירשו התוספו' אם אחזו ללמוד אין לו שכר אותו לימוד וכן לגוללו או להגיהו אין לו שכר אבל אוחזו במטפחת אורך ימים בימינו.

סימן קלז

שאלה ומה שאמר אותו החכם המשכן אשר עשה משה הוקם בירושלים טרם יבנה ב"ה והביא מן הכתוב ויקץ שלמה והנה חלום ויבא ירושלים ויעמוד לפני ארון ברית ה' רואה אני שהחכם ההוא סבור שארון ה' היה בתוך המשכן וזה אינו שמשנלקח הארון כשמת עלי וחרבה שילה לא חזר הארון לאהל מועד אלא עשרים שנה ישב בקרית יערים ושלשים ושבע ישב בעיר ציון ובשנים הללו היה המשכן בנוב וגבעון והכי איתא בשלהי זבחים ימי אהל מועד שבנוב וגבעון נ"ז שנה ותנא כשמת עלי וחרבה שילה באו לנוב כשמת שמואל הרמתי חרבה נוב ובאו לגבעון וכתיב ויהי מיום שבת הארון בקרית יערים וירבו הימים ויהיו עשרים שנה וכתיב והימים אשר מלך דוד וכו' הרי מוכרח שכל אותם נ"ז שנה של אוהל מועד שבנוב וגבעון היה הארון בקרית יערים ובציון עיר דוד ויפה הוכיח כ"ת ממה שכתוב בתוך האהל אשר נטה לו דוד כי לא היה באהל מועד וכן מפורש בד"ה ומזבח הנחשת אשר עשה בצלאל לפני משכן ה' וידרשהו שלמה והקהל ויעל עליו עולות אלף בלילה ההוא נראה אלהים לשלמה וזה היה בגבעון והארון נטע לו דוד אהל בירושלי' ומה שכתב החכם כי שילה היה ירושלים לא מחכמה אמר כן דתנן בפרק

קמא דמגילה אין בין שילה לירושלים אלא שבשילה אוכלים בכל הרואה ובירושלים לפנים מן החומה קדושת שילה יש אחריה היתר וכו' ותניא בפרק פרת חטאת מנוחה זו שילה נחלה זו ירושלים ולמה חלקן לתת היתר בין זה לזה שבנ"ז שנים שהיה המשכן בנוב וגבעון הותרו הבמות ותנן באו לירושלים נאסרו הבמות ולא היה להם עוד היתר והדבר ידוע ששילה היה אצל בית אל כדכתיב מימים ימימה וכו' ומלכיות חלוקו' היו מלכות ישראל בבית אל ומלכות יהודה בירושלים ואין צריך להאריך בזה הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלח

שאלה איש יהודי היה משודך עם לאה בת יעקב וטען עליה שקדשה בפני עדים וכך אמר המשדך שאמר לארוסתו כאשר לקח הצמיד מידה ואמרה לו דאמי לה מאניליא והשיב לה דיסיבילאש פור קידושין ונתן בידה ושתקה ובא הר' אהרן כהן והעיד שרא' שהראה ר' חיים חזן המשדך הצמיד ואמרה ארוסתו דאמי לה מאניליא והשיב לה ריסיבילאש פור קידושין ושתקה ואמרה לה טומאלה פור קידו' ונתן ביד' ור' מנחם אלגראנאטי העיד שהראה לו רבי חיים הנז' הצמיד ואמרה ארוסתו דאמי לה מאניליא והשיב לה ריסיבילאש פור קידושין ונתן ואמר לה אחר כך טומאלה פור קידושין. ורבי חיים פרץ העיד שראה את ארוסתו של רבי חיים ואותו שהראה להם הצמיד שלקח מידה ואמר' לו לוקח את' הצמי' ואמר לה ח"ו שי לה טומאש פור קידושין וש לה דארי ושתק' ונתן הצמי' בידה ואמר קודם טומהאישטה מאניליא פור קידושין פארהמי וכל זה העידו ביום ששי ארבעה ועשרים יום לחודש אדר משנת הש"ע ליצירה פה אנדרינופלה כל זה הועד בפני החכמים השלמים והנה אבי הנערה והנערה צועקים לאמר שלא היו דברים מעול' שלא ראתה לא את ראובן ולא את העדים כי שקר ותרמית לבם הם אומרים ואם היה אמת כדבריהם זה היה מעשה בעודם משודכים ומדוע החרישו ממנו זה כשנה אחת משנתבטלו השידוכין ויפרדו איש מעל אחיו ומדוע לא דברו בעת ההיא. ועוד כי נודע לכל שטעם הפירוד היה עיקרו לפי שהיה ראובן רוצה לקדש את ארוסתו והאב לא היה מתרצה בכך ומפני כך באו לידי פירוד וכפי דברי העדים קודם לזה היתה מקודשת לו ולמה הוצרך לתבוע שתתקדש לו אשר מחמת כן באו לידי ריחוק. עוד טוען אבי הנערה שמשעה שנשתדך עם בתו בפעם הזאת השנית לא רצתה לשים עליה שום תכשיט מתכשיטי זהב אשר שלח לה בעודה ארוסה עמו פעם ראשונה ונתבטלו זמן רב ונשארו התכשיטין ביד אביה מעוכבין בעד המעות מדודים שנתן לחתן ואותם הצמידה שעליה היו של אחי אביה ממושכנין בידו וכשחזרו ונתרצו לא נעשה פרסום כמנהג

זולתי שהחתן נשק ידי חמיו והכל היה שלא ברצון הנערה ולא נתנה עליה שום תכשיט של החתן ואותם הצמידים שעליה היו של אחרים ממושכנים ביד אבי הנערה באופן כי לא היו הצמידים של החתן שיקדש אותה בהם. ילמדנו רבינו מה יהיה משפט קידושין אלו ומעשיהן ושכרו כפול מן השמים.

תשובה חזרנו על כל הצדדין של קידושין הללו והנה דינן מתחלקים בשלשה חלקים. החלק הראשון בלשון הקידושין. השני בכסף הקידושין. השלישי בעדי הקידושין. ובכל חלק מהן יש לחזר על כל הצדדים וצדי צדדים.

החלק האחד בלשון הקידושין יש לפקפק בהם ראשונה במה שלא הוזכר בעדות רבי אהרן כהן ורבי מנחם אלגראנטי לשון שמוכיח שקדשה לו ורובא דרבוותא פסקו דידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים כלל אף לענין קידושין וכך היא הכרעת גדולי האחרונים אשר מפיהם אנו חיים הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן והריב"ש שהכריעו הלכה למעשה שלא לחוש לקידושין שאין בהם ידים מוכיחות אבל מה שיש לחוש בנדון שלפנינו בצד זה הוא מטעם שזה האיש היה באותה שעה משודך עם הנערה הזאת. והרב המובהק מהר"ר יוסף ן' לב זלה"ה היה חוכך בזה להחמיר וכמו שבא בח"א מתשו' שכת' שיש להסתפק בשיש שידוכין ביניהם דמסתמא לעצמו קדשה משום דשארית ישראל לא יעשו עולה וכמו שכת' רבינו תם ז"ל על מי שאמר בתך מקודשת לי סתמא ולא פי' פלונית בתך דמסתמא על המשודכת קאמר וכתב וכבר נשאתי ונתתי בזה עם אחד מגדולי הדור והיה סבור לומר לא הוו קידושין כלל וכתב דלא דמי ההיא דרבינו תם לנדון דידן דהתם ודאי הקידושין חלים על אחד מהבנות הלכך כולהו בעיין גיטא מספקא וכיון דליכא אלא ספקא או הא או הא. יש לומר שלא קדש אלא אותה ששדך מעיקרא דגילוי מילתא היא דשארית ישראל וכו' אבל במקדש שלא אמר לי כיון דידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים דברים שבלב אינן דברים עכ"ל. וכתב עליו הרב ז"ל והאמת הם דברי פי חכם חן מ"מ אני לא אסמוך בעניותי על חלוקים לפטרם בלא גט עכ"ל. ובח"ג שלו סימן ח' כבר היה זה מעשה ואחד מהרבנים המובהקים אשר היה בימים ההם בקושטנדינה נחלק עליו וכתב דאפילו דאיכא שידוכין אין לנו לדון להחמיר ולחלק בין היכא דלא אמר לי אע"ג דשדיך והא דרבינו תם לאחר שקלס הרב ז"ל סברת גדול הדור ההוא וכרכש בה רישיה יש לי לומר דלא סגי לן דלא נחלק החילוק ההוא שהוא ברור ומוכרח. דהא כי פרכינן עליה דרבא דאמר קידושין שאינן מסורין לביאה לא הוו קידושין ממתניתין דתנן המקדש את בתו סתם אין הבוגרות בכלל מפרקינן לה בשאין שם אלא גדולה וקטנה וקמ"ל דאע"ג דשויתיה גדולה שליח לקבל קידושיה אמרינן לא

שביק מילתא דאית ליה הנאה מיניה כלומר דכסף קידושין שלו ועביד מידי דלית ליה הנאה מיניה ואפילו אמרה ליה גדולה שיהיו הקידושין של אביה אמרינן לא שביק אניש מצוה דרמיא עליה דכתיב את בנותיכם תתנו לאנשים ועביד מצוה דלא רמיא עליה ובהך סברא אמרי' דאין הבוגר' בכלל ולא חשו לה חכמים אע"פ שידוע שעשאתו שליח ואילו בקידושין שאמ' הרי את מקודש' ולא אמ' לי אמרי' דליכא ידים מוכיחו' שקדשה לעצמו ולא הויין ידים כלל ולא מהני האי סברא דלא שביק אניש מצוה דנפשיה ורמיא עליה ואית ליה הנאה מיניה ועביד לאחריני אף על פי שלא ידענו שנעשה שליח לשום אדם והיינו לפי שאין בעיקר הקידושין ידים מוכיחות כלל. והלא דברים ק"ו אם אותה סברא דמהני התם לכ"ע לא מהניא הכא הך סברא דשידוכין דמחו לה אמוחא כמה רבוותא ואף רבינו תם לא עשה בה מעשה התם כל שכן שאין לחוש כאן ומכל מקו' הואיל ונפק מפומיה דמר להצריכה גט אף אנו לא ננהוג בה קלות ראש.

ומיהו אפשר שאף הרב ז"ל יודה בנדון דידן שאין לחוש בה כלל ולא מהני טעמא דשידוכין דכי היכי דבעינן ידים מוכיחות שהוא מקדשה לעצמו ולא לאחרים גם בעינן ידים מוכיחות שהיא המתקדשת ולא שמתקבלת קידושין לאשה אחרת בלשון חכמים שהתקינו הרי את מקודשת לי והלשון הזה שאמר לה טומלה פור קידושין אין בו יד מוכיח לא שהוא המקדש ולא שהיא המתקדשת ויש במשמע שתטלנו לקידושין של אשה אחרת וכמו שהוזכר זה בדברי האחרונים זכרם לברכה. ותינח דהשידוכין יועילו לגלות שהוא מקדשה כגון שהיה אומר לה הרי את מקודשת אף על פי שלא אמר לי דאין סברא שהיה מקדש את משודכתו לאחר אבל אין מהשדוכין הוכחה שאין הקידושין לאשה אחרת שאפשר לו לאדם שישא כמה נשים. וכי תימא אנן סהדי דלא ניחא לה בהכי שתכניס צרתה לביתה הא אמרינן בהאיש מקדש גבי מעשה דחמש נשים ובהם שתי אחיות וליקט אחד כלכלה של פירות ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו וקבלה אחד מהם על ידי כלם וכולי שמע מינה אשה נעש' שליח לחברתה אפי' במקום שנעשית לה צרה לפי מה שפירש ר"י זכרונו לברכה דאצטריך לאשמועינן אפילו שקבלה סתם וכמו שכתב הרא"ש ז"ל שהן אמרו לה קבלי' בשביל כולנו והיא לא אמרה כן אקבל בשבילכם אלא קבל' סתם מסתמא בשביל כלם קבלה אע"פ שנעשו לה צרות הילכך אין מן השידוכין הוכחה שהיא המתקדשת כמו שיש הוכחה שהוא המקדש שהאיש ראוי לשתי נשים ואין האשה ראויה לשני אנשים. ואין לומר דאיכא הוכחה שאינה מקבלת קידושין לאשה אחרת דחזקה לא תתרצה היא לחסר ממונה לתת הצמידים אשר על ידה לצורך אשה אחרת הא ליתא דמפני שנתרצת לקבל אותה בעד קידושי חברתה לא

מפני כך תפסיד שיכילה לתבוע הצמידים או דמיו מאת המקדש כמו המקדש בטבעת שאולה דאמדי' לדעתיה שרצה לתת לו בתורת מתנה על מנת להחזיר כדכתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו. וכי תימא מודעה רבה איכא מן השידוכין שאינו מקדש אשה אחר' שהרי הוא נשבע לה בעת השידוכין שלא יקדש אשה אחרת כי אם משודכתו זאת ואינו חשוד שיעבור על השבועה הא ליתא דכיון שעל ידי משודכתו עצמה הוא מקדשה והיא נעשה שלוחה בדבר הרי היא מתרצה בדבר דאי לא ניחא לה בהכי לא תקבל הקידושין בשליחות האחרת ואם היא נתרצת להיות שליח לחבירתה אינו עובר על שבועתו אע"פ שאותה ששנינו בס"פ קונם אף זה יכול להתיר נדרו שלא על פי חכם ויאמר הריני כאלו התקבלתי כתב הר"ן בפ' ד' נדרי' משם הרשב"א דכל מידי דהוי שב ואל תעשה לא שייך לומר הריני כאלו התקבלתי וגם ההיא דתנן כלום נדרת אלא מפני כבודי זהו כבודי לא שייך הכא מ"מ הכא עדיפא שהואיל והיא נעשת שליח בדבר הוא אינו מבטל השבוע' אלא היא עצמה שנשבע בשביל' מכנס' צרתה לתוך ביתה ונותנת אצבע בין שיניה דומיא לאותה שאמרו בפ' אלו הן הלוקין גבי אונס שגרש למ"ד בטלו ולא בטלו שאינו לוקה עד שיבטל הלאו היכי משכחת לה אי דשויתי' שליח לקבל קידושיה איהי קמבטלה ליה אע"ג דגמר הביטול בא על ידי הבעל כל שכן הכא דגמר הביטול בא על ידי האשה שהיא נעשית לו שליח לקדש לו אחרת ויש להביא ראיה שכל לשון שאינו מוכיח מתוכו אע"פ שיש לו הוכחה מדבר אחר לא מיקרי ידים מוכיחות מדאמרינן בפ' קמא דנדרים כנדרי רשעים נדר בנזיר ובקרבן ובשבועה ומפרש רש"י כולהו בהדי הדדי הוו כגון דאמר על הככר הרי עלי והימנו פירוש הריני נזיר עלי קרבן הימנו שבועה ופרכינן בגמרא הימנו דלמא דאכלינה קאמר ומאי פריך הא ליכא לספוקי בהכי דמדאמר הריני נזיר ועלי קרבן מוכח דלא בעי למכליה שהרי אסרו עליו אלא כיון שזה הלשון דהאמינו לא מוכח בעצמו לא הוי יד אע"פ שדבר אחר מוכיח עליו ולא דמי לנזיר עובר לפניו דאהא לשון קצר שדרך אדם לקצר בנודע דלשון אהא מורה על שינוי גופו כדכתב שם ומפרש ובנזי' עובר לפניו מוכח דהא כזה קאמר והר"ן ז"ל בראש הפרק כתב כיוצא בזה אהא דאמר ודין די יהוי ליכי מינאי דאפי' לרבנן דלא בעי' ידים מוכיחות ה"מ בגט וכו' ע"ש. ועוד דבנדון דידן אין בלשון הקידושין ידים מוכיחות לא שהוא המקדש ולא שהיא המתקדשת וכי היכי דלגבי דידיה איכא למימר שמא לאדם אחר שנעשה שליח לו הוא מקדש הכי נמי לגבי דידה איכא למימר לאשה אחרת שמנתה אותה שליח היא מקבלת קידושין ומעת' אין הוכחה מהשידוכין וגם לא מהשבועה שנשבע שלא לקדש אשה אחרת זולתה דשמא הוא והיא שלוחים לאי' ואשה דעלמ' וכיון דליכ' ידים מוכיחו' לגמרי לא בדידיה ולא

בדיד' לא הויין ידי' כלל אבל בנדון של הרב מהר"ר יוסף ז"ל שהי' חוכך בו להחמי' שמא היינו משום דבדידה לא נסתפק הרב ז"ל שלא היה הקידושין לעצמה שהרי אמר תחילה הוו עלי עדים איך באלו הלימונ"יש אני רוצה לקדש את לאה ארוסתי משמע שלעצמה היתה המתנה ועוד נצטרפו לו מה שאמר הרי אני נותן וגם שקראה ארוסתי ולכך נטה הרב ז"ל להחמיר אבל הכא נראה לי בעניותי שאין השידוכין הוכחה כדכתבינן.

עוד איכא תיוהא בלשון קידושין הללו אפי' היו שם ידים מוכיחות שהוא הנותן והיא המקבל' ממה שהביא מהר"רי ן' לב ז"ל מאות' תשובה מרבני פירווינצייא הרב בעל המכתם והרב רבי נתן וכמה רבנים שהוזכרו שם עמהם הסכימו רבני צרפת הלכה למעשה במי שאמר לאשה אני נותן לך זה קידושין שאין שם בית מיחוש שאין שם אפילו ידים שאינם מוכיחות כל שלא אמר הרי את מקודשת או קנוי' או לקוחה ואין להצריכ' גט כלל. גם הביא הרב ז"ל בתשובתו דברי הרב רבינו ישעיה מטראני השני ז"ל בנותן כסף לאשה ואומר לה הרי זה קידושיך שאינו כלום שאין כתיב בכסף דבר של קידושין כמו בגט שכתוב בו ענין של גירושין ונותנו לה ואומר בפיו הרי זה גיטיך וכתב הרב ז"ל שדברי רבינו ישעיה מסכימים לדברי הרב רבי נתן ורבני פרווינצייא אלא שתשובת הר"יבש בסימן ר"סו על מי שאמר הריני נותנו לך בתורת קידושין שאע"פ שלא אמר לה בפי' הרי את מקודשת לי שזה דבור שלם כיון שהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קידושין ונראה מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת ולכך כת' הרב ז"ל שהואיל והר"יבש היה מחמיר יש לחוש צדבריו אע"פ שכל הגדולים הללו כתבו להתר. ובעניותי לא ראיתי בדברי הגדולים הללו סתירת דברי הר"יבש במה שאמר שלשון אני נותן לך מקרי יד מוכיח שוהא הנותן קידושין והיא המקבל' אילו היה שם ענין לשון קידושין אבל הלשון שכתבו אותם הרבנים הריני נותן לך זה לקידושין או הלשון של רבינו ישעיה הרי זה קידושיך אמרו שאין בלשונו' הללו לשון קידושין שהיא מתקדשת לו עכשו בנתינה זו דקידושין דומיא דהקדש הוא שצריך לחול על גוף האשה וכל שאינו מקדשה ממש ואומר לה הרי את לא הוו קידושין כמו במקדיש בהמה ואומר הרי זו עולה או תרומה ואומר הרי זה תרומה שההקדש חל על גוף החפץ אבל אמר הריני בורר זה לעולה או לתרומה לא חלה קדושה על החפץ דומיא דתנן בתמורה ס"פ כיצד מערימין אמר על בהמה טמאה ועל בעלת מים הרי אלו עולה לא אמר כלום הרי אלו לעולה ימכרו ויביא בדמיהם עולה אלמא שני לן בין אומר עולה לאומר לעולה. והא דאמרינן בסוף פרק קמא דנדרים לקרבן לא אוכל לך רבי מאיר אוסר התם קדושת דמים התפיס עליהם. אבל הלשון של הר"יבש הריני נותנו לך בתורת קידושין הלשון שני מבואר שנתינה זו שהוא

נותן לה תורת קידושין עליה והיא גמר קידושין שאין אחריה כלום והוי כאילו אמ' לה הרי את דומיא דאמרי' בעלמ' בתור' פקדון יהבינהו ניהלה בתורת קדושין יהבינהו ניהלה ובפ' הזורק אמרי' אמר לו בעל חוב זרוק לו חובי בדאמ' ליה זרוק לי חובי בתורת גיטין פירוש שיזכו לי ארבע אמות בזריקה זו כמו לענין גיטין ואע"פ שלא פירש כמי שפירש דמי שיזכו לו ארבע אמותיו וכן כשאמר בתורת קידושין היינו בדינן בלשון שיועיל והוה ליה כאילו פירש שתהא מקודשת. ובזה נראה לי להשוות את המחלוקת שהגדולים ההם דברו בעיקר הקידושין והר"יבש דבר בלשון היד אם מוכיח למי מתקדשת. ואי קשיא לדברי רבינו ישעיה שאמר הרי קידושיך לאו כלום הוא מהירושלמי שהביא בעיטור אהא דאמרינן והוא שעסוקי' באותו ענין אב' אין עסוקי' באותו ענין צריך לפר' ואמרי' בירוש' מהו צריך לפר' זהו גיטיך זהו קידושי' לא קשיא דהתם כיון שהי' מדבר תחיל' על עסקי קידושיה ופסקו מלדבר עכשיו שחוזר ואומר לה זכו קידושיך כלו' זו קידושין שאמרנו תחילה והשתא חשיב כאילו עכשו מדבר על עסקי קידושין דבנתינה גרידא סגי. ועוד איכא ריעותא בלשון קידושין הללו לפי שהיא שאלה לו מתחילה שנתן לה הצמיד ואמר לה ריסיבילאש פור קידושין שנראה שהוא לשון שאלה הוא כלומר האם תקבלי אותו בקידושין בלשון המוזכר בגמרא אי יהיבנא לך מתקדשת לי ולא הספיק לא מבעיא לעדות רבי שמואל אלגראנאט שהעי' שנתן לה ואחר כך אמר לה תקחי אותו לקידושין דהו"ל שתיקה דלאחר מתן מעות ואין להסתפק אם הוא לשון צווי שהוא אומר דהתקבלתי אותו בקידושין חדא שזה הלשון אם הוא צווי משתמשין בו בדבר שהוא לעתיד לבא וכאן עכשו היה רוצה לקדש ולא היה לו לצוות בלשון עתיד ועוד דיגיד עליו ריעו העד השלישי שהוזכר בעדותו שאמר שי לה טומאה פור קידושין ויש לה דארי והרי זה פירושו של טומארלאש שרצה לומר אם תקחנו ואע"פ שהמלות שונות הכוונה אחת וכל שאנו יכולים לכוין עדות שניהם שלא יכחישו זה את זה אנו עושין אפילו יהיה הפירוש רחוק כל שכן בהיותו קרוב כמו שהוכיחו הראשונים ז"ל מאותה שאמרו אחד אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה עדותן קיימת שזה יודע בעיבורו של חדש וזה אינו יודע בעיבורו של חדש וכבר ראיתי בפסק אחד מהחכמים שקבלו העדיות ותפס הלשון בלשון שאלה כנראה שכך שמעו מפי העד בדרך שאלה והשתא כיון שהוא קבלתו בשתיקה ולא אמרה דברים שניכר שאין רצונה בקידושין כגון הנהו עובדי דגמ' דאמ' לה אי יהיבנ' לך מקדש' א"ל הבה מיהב' דאמרי' כל הבה מיהב' לאו כלו' הוא וכן כל אשקויי אשקיין אפילו הב אשקי שדי לאו כלום הוא איכא לספוקי אי אמרי' דטעמא לפי שהשיבה כן אבל אם שתקה הוו קידושין. והרמב"ם ז"ל בפרק

רביעי כתב היה מוכר פירות או כלים וכיוצא בהם באה אשה ואמרה לו תן לי מעט מאלו ואמר לה אם אתן לך תהי' מקודשת לי אם אמרה הן ונתן לה מקודשת אבל אם אמרה לו תן לי מהם או השלך לי או דברי' שענינן לא תשחק עמי בדברים אלו אינה מקודשת עד כאן ולכאורה קשיא דיוקא אדיוק' דמשמ' דוקא אמר הן הא אם שתקה לא מקדשה ומסוף דבריו משמע דוקא דאמר' תן לי מהם הא שתקה מקודשת. וכתב הרב המגיד ז"ל משם הרמב"ן הטעם מפני שהוא אמר לה תחילה בלשון שאלה ואפי' חזר וא"ל בשעת נתינה התקדשי לי והיא אמרה אחד מהלשונות הללו אינה מקודשת אבל אם שתקה ודאי מקודשת עד כאן. והרב מהרי"ק ז"ל בכסף משנה כתב שיש לתמוה על הרמב"ם למה הצריך שתאמר הן אפילו שתקה וקבלה משמע נמי דמקודשת כדכתב הרב המגיד ז"ל וכו'. ומבואר ונגלה כי מה שכת' המגיד משנה בשם הר"מבן אבל אם שתקה ודאי מקודש' קאי אוחזר ואמר לה בשעת נתינה התקדשי לי הא לאו הכי עד דאמרה הן כדכתב הר"מבם ז"ל. והא דנקט אם אמרה לו תן לי מהם וכו' רבותא נקט שאף על פי שהודית בנתינה הכי קאמרה תן ולא בתורת קדושין וכל שכן אי שתקה ולא אמרה מידי שלא חששה לדבריו ובזה באו דברי הר"מבם ז"ל על נכון. וכבר ראיתי מחכמי הדור שתמהו על הרב מהר"יק ז"ל במה שנתקשה בזה. ועדין צריכין אנו לחוש לדברי הר"יף והר"אש ז"ל בהך שתיקה דלאחר מתן מעות דכיון דאסיקנא אתון דשמיע לכו הא רב הונא בריה דרב יהושע חושו לה הילכך לאפוקי צריכ' גט ולעיולה צריכה קדושין אחרים. וראיתי לרב המובהק מהר"ר שלמה הכהן ז"ל בחלק שני מתשובותיו סימן ק"לד חלק בדבר ואמר דהתם דוקא גבי צפיתא דאסא כיון שכבר נתרצת להתקדש לו בההיא צפיתא וידעי' דניחא לה בקידושין לא חיישינן שנשתנה רצונה ואם איתא דהדרה בה לשדינהו מידה אבל כשלא היה שם גילוי דעת מעיקרא מאן לימא לן דניחא לה ולכך שתקה הילכך אפי' הר"יף והר"אש ז"ל יודו בזה עד כאן דבריו. ומאן דילידה אימיה כוותיה דמר תילד ואם לא לא תילד אע"ג דאית ליה פירכא דאם איתא מאי מייתי רבא ראיה למילתיה דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום היא מההיא דכנסי סלע זה לפקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי בו לאחר מתן מעות רצתה מקודשת לא רצתה אלא דאשתיקה משתק אינה מקודשת. דמי דמי התם לא גליא דעתה דניחא לה בקידושין הכא הא גליה דעתה ונתרצת להתקדשת לו ועוד רב הונא בריה דרב יהושע אמאי לא מפליג בהכי אפילו תימא דליכא טעמא דאשדינהו וליתא לפרכא דרב אחאי אטו כולהו נשי דינא גמירי אלמא משמע דאי שייך התם גבי פיקדון טעמא דאשדינהו הוה חיישינן לה אף על גב דלא גלי דעתה דניחא לה להתקדש לו וכי תימא אתלמודא גופיה קשה

אמאי לא מפליג בהכי כיון דחלוק הוא ליתא דאין לחלק בכך דכי חיישינן הכא לאו משום דשתקה ולא מחתה הוא דהא ודאי ידעינן דשתיקה לאו כהודאה דמיא כדמוכח בכולה תלמודא בכמה דוכתי וכן כתב רש"י ז"ל והא דלא מחאי משום דלא איכפת לה אבל אהא הוא דקפדינן דאם איתא דלא ניחא לה אין לה לעכב ממון שלו תחת ידו בהעביר על דעת הבעלים והוה לה למשדינהו והוא יעשה בשלו מה שירצה ואהא לא מהני לן מה שלא גלתה דעתה מעיקרא דניחא לה בקידושין דאין לך גילוי דעת גדולה מזו לעכב הממון בידה ועל כרחך לחלק כדמחלק רב הונא דלא אפשר למישדינהו דסברא מחייבנא באחריותיה ואין חילוק בין נתרצת להתקדש ללא נתרצת. וכן מוכי' לשון הרא"ש ז"ל שכת' גבי כנסי סלע זה בפקדון וכו' דשתיק' דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא והכי מילי שבאו המעות לידה בתורת פקדון אבל אם לא באו לידה בתורת פקדון מקודשת מספק אלמא כל שלא באו בתורת פקדון דלא נתחייבה בשמירתם ומציא למשדינהו מקודשת מספק כן נראה לי ומיהו בנדון דידן מטעמא אחריתי נראה דליכא למיחש להא דרב הונא בריה דרב יהושע לפי שהצמידים הללו אפילו המשדך שהן שלו מכל מקום הוא לא נתנם בידה אלא ביד אביה מסרן ואביה נתן לו כנגדן מעות ועל אלו החפצי' הוא סומך לבטחון מעותיו והיא אינה רשאית להחזיר למשודך החפצים דמנא ידעה חשבונות שיש לו עם אביה וכשחזרה ונטלה הצמיד לא מפני שאמר לה דברי קידושין היה לה להשליך הצמיד מידה או להחזירו למשודך ותצטרך אחר כך לדון עם אביה ועדיף טפי מפקדון דידיה דלא מציא למשדינהו והא דלא מחאי משום דלא אכפת לה הוא הרי שלפי עדות הרב הר' מנחם אלגראנטי אין כאן בית מיחוש.

וגם לדברי שני העדים שהעידו שאמר לה בשעת נתינה תקחי אותם לקידושין יש מקום עיון לפי שהיא שאלה אותה מתחילה והוא בעי לה בדרך שאלה אם תקבלנה בקידושין ולא השיבה דבר אף על פי שקבלה בשתיקה יש לומר דאדבורא קמא סמכה דאמרה שתתן לה ולא בתורת קידושין וכן משמע מדברי המפרשים ז"ל וגם הרשב"א ז"ל שהביא הר"ן ז"ל דאם איתא דמרצה הוה ליה לאהדורי אין מקדישנא לך וכל שלא השיב אלא הב ושדי ה"ק בקידושין לא ניחא לי וכבר כתבתי לעיל דה"ה כי אשתיקה משתק דאדיבורא קמא קסמכה. והר"ן ז"ל כתב וזה לשונו ולי נראה כל שלא אמר בלשונו' האמורי' בגמרא איכא לספק בלשון קידושין וצריכה גט עד כאן לשונו ואף על גב דהרא"ש ז"ל כתב שכל שחזר ואמר בשעה שנתנו לה הרי את מקודשת לי וקבלה מקודשת. נראה לעניות דעתי שאף הרא"ש ז"ל לא אמ' במקודש' וגם לא הר"ן ז"ל נסתפ' אלא באומר לה בשעת נתינה לשון ברור כגון הרי את מקודשת לי אבל זה שאמ' תקחי אותו לקידושין גרע

טפי מלשון שאלה לפי שתלה הדבר בה שאמר שתקחנו לשם קידושין שהרי מעשה הקידושין אינן תלוים באשה אלא באיש דכתיב כי יקח איש אשה ולא שתלקח אשה לאיש אלא שכוונתו לומ' תתרצי ליקח הצמיד לא על דעת הראשונה ששאלה מאתו אלא לשם קידושין וזה לפי שהיא היתה תובעת ממנו שיתנה לה ולא בתורת קידושין הוצרך לפרש שתתרצה בקידושין וכגון זה שתיקה לא מהני למעקר דבורא קמייתא שאמרה ליתנהו לה שלא בתורת קידושין אלא שתתרצה בפירוש ותאמר אין דלשון תקחי דהיינו תתרצה ליקח כוונתו שתאמר אין כדאמרי' בגמרא גבי כנסי סלע זה שאני חייב רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת ומפרש בגמ' רצתה דאמר' אין לא רצתה דאשתיקה וכן מתניתין דפרק האומר על מנת שירצה אבא מפרשינא לה עד שיאמר אין ובשתיקה גרידא לא מקיים תנאה הכי נמי כי אמר אחר דבריה תקחי אותה לשם קידושין כוונתו שתתרצה בהדיא כדי שתעקור דברים הראשונים והיא שתקה כלומר בדברי הראשונים אני עומדת.

החלק השני בכסף הקידושין רואה אני שיש הכחשה בין האיש והאשה שהאיש אומר שהצמיד היא שלו ובכסף של עצמו קדשה והאשה אומרת שהם מאחי אבי שהיו ממושכנים אצל אביה כי מזמן רב לא נתנה הצמידים של המשודך על ידיה לפי שהיו צרות ובזה נאמר ששורת הדין נותנת לא כדברי זה ולא כדברי זה אלא חזקה כל מה שיש לו לאדם בידו שלו הוא והואיל והצמידים היו ביד הנערה ובפני העדים הוציא המשודך צמיד אחד מעל זרועה וכשתבעה ממנו אמר לה שתתרצה לקבלו לקידושין הנה הצמידים הם בחזקת הנערה כדמוכח גבי נסכא דרבי אבא בפרק חזק' ובפרק כל הנשבעים דאתי חד סהדא ואמר דמחטף חטפא ואמר היכי לדיינוה דייני להאי דינא לשלם ליכא תרי סהדי אלמא אם היו שנים מעידים אותו שחטפה ממנו היינו מחייבים אותו להחזיר ולא מהימן לומר דידי חטפי והכי נמי אמרינן בריש מציעא כל דתפיס בעדים דמי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה ומאי דתפיס האי דידיה הוא.

וכי תימא דוקא היכא דקא חזו ליה דמחטף חטפא אמרינן הכי אבל היכא שלקחה מידה והיא שותקת אימור שלו היתה ואע"פ שלבסוף תבעה אותו שיתננה לה הא מבעיא לן בפרק קמא דמציעא גבי טלית ששנים אוחזים בה אם תקפה אחד בפנינו והלה שותק ולבסוף צווח מי אמרי' מדשתק אודויי אודי ליה או דילמא כיון דצווח השתא איגלאי מילת' דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קחזו ליה רבנן וסלקא בתיקו והכא ליכא לספוקי בטעמא דהא קחזו ליה סהדי דהתם היינו טעמא הא קחזו ליה רבנן והם יודעים שכבר טענתי לפניהם אני מצאתיה בהיותי אדוק בה אבל הכא אין העדים יודעים שהצמידים

שלה כדי שתסמך על ראייתם ואיכא למימר מדשתקה אודויי אודית ליה שהם שלו ומהדר הוא דקהדרה בה בתר הכי אין לומר כן דאדרבה הכא לא שייך טעמא דאודויי כי התם שהיה טוען זה בתחילה שכולה שלו לא היה לו לשתוק כשלקחה כדאמרי' בההיא שמעתא דכי אתו בתר הכי וקתפיס ליה חד ואמר אידך בדמי אוגרתא ניהליה לה צייתינן ליה דאמרינן עד השתא חשדת ליה בגזלן השתא מוגרת ליה בלא סהדי ומהך סברא איכא נמי למימר דכי נקיט לה קמי עדים היה לו לצווח כדי שיכירו העדים שנשאת שלא מדעתו וכיון דשתיק אודויי אודי ליה אבל הכא לא היה לזה דין ודברים עליה בזה והעדים ראו אותה ביד האשה ומפני שיצאה מעל ידה בפניהם לא הפסידה זכותה בשביל ששתקה.

וגם אין לומר הואיל ומתוך השופי נתנת' לו ולא בחטיפה אימור מתנה יהבה ליה כי הא דאמרינן בפרק שבועת הדיינים גבי יכול למימר סיטראי נינהו.

וכתב רבי יהוסף הלוי ז"ל שאפילו שראו עדים שמנה לה מעות אין ראיה דאימור מתנה יהיב לה דלא מבעי לדברי החולקים שם לומר דלא תלינן במתנה כל דלא פריש אלא אפילו לדברי רב יהוסף ז"ל הכא שאני דחפצי זהב וכסף שהם תכשיטי' אורחא דאשה דשלפה ומחויה להו כדאמרינן בפרק במה אשה ואמרינן התם בירושלמי שהנשים שחצניות הן ומתירתו להראותה לחברתה והוה ליה כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דקיימי בחזקת מרא קמא וה"ה דברים העשוים להראות ולהתנאות בהם נגד בני אדם כ"ש היכא שאחר מתירתו מעל ידה שלא תמחה דנחת רוח הו' לה כ"ש מי שהוא משודך עמה שדרך חבה הוא ולאו אורח ארעא לממחי ותיכף תבעה ואמרה לו שיתננה לה הילכך לא הפסידה חזקתה בכך כלל. והואיל והצמידים בחזקת האשה הם עומדים כשקדשה בהם הוה ליה קדשה בגזל דידה או בחוב שהיה חייב דאמרינן בגמרא בדשדיך מקודשת ואי לא שדיך אינה מקודשת דלאו מידי קיהיב לה ודידה הוא דקשקלה וזה כבר היה משודך עמה מקדמת דנא וכתב הרמב"ם ז"ל פרק חמישי קדשה בגזל וגנבה וכולי אם קדם ביניהם שידוכין ונטלה ושתקה הרי זו מקודשת ואם לא שדך אותה מעולם אע"פ ששתקה בשנתן לה דברים אלו בתורת קידושין אינה מקודשת עכ"ל.

ומספקא לי בשידוכין הללו הנהוגים שם שקורין להם קנייניין אם טעמא דשדיך היא משום איקרוביה דעתה דאמרינן הא דשתקה משום דניחא לה הוא שהרי עומדת היא להנשא לו וכבר מושבעת היא שלא תמירנו ואף הוא נשבע לה הילכך ניחא לה להתקדש לו או טעמא דילמא שידוכין היינו שדבר עליה כדרך כל הארץ וארצו קמה שתתקדש לו ונתרצת להתקדש לו ועמד ונתן לה כסף זה בתורת קידושין ושתקה מסתמא ניחא

לה דלא חיישינן דהדרה בה ממה שנתרצה קודם הילכך שידוכין הללו שלא נתרצו בתחילה לקדש אלא בשעת החופה ואדרבה מעשיהם ניכר שבורחים מן קדושין שלא לבא לזיקת יבום ולא לידי מיאונין וכותבין בשטר שהוא מחוייבת להתקדש וליכנס עמו לחופה לזמן פלוני אם כן כי נתן לה דבר שהוא שלא בתור' קידושין והיא שתקה אין הוכח' מהשידוכין שמתרצת להתקדש לו כדי שנאמר דאחולי מחלה גביה ממון דידה שתתקדש לו שהרי מעולם לא גלתה דעתה שהיא מתרצית להתקדש לו בלא חופה ושלא בפני אביה ומשפחת' ושלא בפני עשרה כאחת הנבלות בישראל וכן מוכיח מדברי רש"י ז"ל שכת' בפ"ק דקדושין בדשדיך שדבר בה קודם לכן ונתרצת להתקדש לו דהתם כי שתקה משום דניחא לה הוא עכ"ל ובפרק האיש מקדש כתב דקתני מקודשת בדשדיך מקמי הכי ונתרצת להתקדש לו דכי קבלתיה לגזל דידה בשם קידושין אחילתיה משמע מלשונו דוקא משום שנתרצית להתקדש לו הוא דאמרי' מסתמא אחילתיה לגזל דידה אע"ג דלא אמרה אין בהדיא אבל היכא דלא נתרצית מעולם בקידושין כאילו אינן משתיקתה הוכחה דסברה דידי שקלי וכל שכן בנדון דידן לפי מה שאומרים כת האשה שכשנעשו השידוכין השניים נתעצם החתן לומר שהיה רוצה לתת קידושין למען לא יוסיפו התל בו כבראשונה ולא רצה אבי הכלה כלל אע"פ שהפצירו עד בוש וזה יתברר מפי האנשים שהיו מתווכים השלום ביניהם וחדא מגו חדא קמבעיא לי אם תמצא לומר דהא לא חשיב כמאן דשדיך הואיל ולא נתרצית מעולם להתקדש לו כן הן לו יהי כדברי האיש שהוא אומר שהצמידים הם אותם שנתן לכלה בתכשיטין כמנהג דואיל וגם אבי הכלה נתן לו מעות מדודים מסכי הנדוניא הנה לב אביה בטוח על אותם התכשיט ששלח לתפסן במשכון אע"פ שלא נתפרש הילכך איכא נמי הכא טעמא דדידי שקלי שאין רצונה לתת לו התכשיטין מאחר שאביה נתן לו כנגדן מעות ואין משתיקתה הוכחה שנתרצת להתקדש לו ודעתי נוטה שנדון בשני דברים אלו כדיני הספקות שקידושין תופסין באחותה ואם פשטה ידה וקבלה קידושין מאחר תופסין בה שלא אמרו דבשדיך הוי ודאי מקודשת אלא בשנתרצת להתקדש לו דודאי שתיקתה כהודאה דמיא דאם איתה דהדרה בה ורוח אחרת עמה היה לה למאן וכל שלא פירשה סתמ' כפירושה ולכך כתב רש"י שנתרצת להתקדש לו הא לא נתרצת להתקדש קדושי ודאי לא הוו מיהו איכא למיחש כיון דאקרובי דעתה איכא ומזומנת היא לכך דילמא כי שתקה היינו שנתרצת לפי שהרמב"ם ז"ל פסקה למילתיה וכתב ואם לא שדך אותה מעולם אינה מקודשת אבל זו הרי היה ביניהם שידוכין בקניינין הללו ומיחש חיישינן לה שנתרצת. גם בדין השני בדלא שדיך וקדשה בדבר שהוא שלו אלא שהוא משכון או תפוס בידה על ממון אחר

שחייב לו אע"ג דמציא למימר דידי שקלי מ"מ לא דיינינן לה באינה מקודשת לגמרי דדוקא כשגוף הממון שלה איכא למימר שאין בהם בית מיחוש כיון דלאו מידי קיהב לה אין לנו לבדות מעצמינו שהיא מתרצת לתתו במתנה כדי שתתקדש לו על ידי כסף זה כדכתב רש"י והר"אש ז"ל או בתורת הלואה כדברי הירושלמי שאמר רוצה היא שתהא מקודשת ויהא חייב לה סלע כל שלא ראינו מעשה מוכיח משתיקתה הוכחה דדידה קא שקלי' אבל כל שגוף הממון שלה ואין הדבר מחוסר נתינה שתתנו לו בתורת מתנה או בתורת הלואה איכא למיחש שנתרצת בקידושין ובריצוי גרידא מקודשת הילכך ספיקא הוי.

ואף על פי שנדון בעלמא בשתי דינין הללו לחומרא נראה לי דבנדון דידן יש להורו' היתר אף לכתחילה בשניהם אם בענין השידוכין דלא חשיב שדיך שהדב' ידוע שכשנעשו השידוכין לא נתפרס' הדבר כמנהג ולא נועדו שתי הכתות זולתי שנתוועדו החתן ואבי הכלה בבית אחד ונשק משדך יד אבי הכלה והנערה לא ידעה ולא גלתה דעתה שחפצה בשידוכין הנז' אדרבה אומרים קרוביה שלא נתרצת מעולם אם כן ליכא גילוי דעתה ההיה רצונ' להתק' ולא להנשא לו עד שנאמר שתהא שתיקתה חשובה שהודא' שכבר היתה מרוצה בו מעיקרא מאחר שלא היה שום פרסום וגם לא שלח החתן שום סבלונות ולא נכנס לבית חמיו כמנהג ואף על גב דלענין קידושין כתב הטור סימן ל"ו משם בעל העיטור ז"ל היכא דקדש ראובן בתו בוגרת דצריכה גט מספק שמא נתרצה הבת בקידושין התם לענין קידושין חיישינן להחמיר ועוד דקידושין בדידה תלו ואי לאו דארצו קמה ואתרצי לא הוו מקדשי לה אבל קניינין הנהוגים באב תלוי והוא מתחייב ואין דרך העולם להמלך בה. ובדין השני כיון דלא מקרי שדיך אפילו אם תמצא לומר שהצמידים שלו כיון שהם ביד אביה כבטחון על המדודים שנתן לו יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי ומה שאין להסתפק בדבר כיון שהיא שאלה הצמיד ממנו ואמר לה בדרך שאלה אי יהיבנא לך מקדשת לי אף על גב דשוב חזר ואמר התקדשי בו ושתקה אפילו הרא"ש דאמר מקודשת הני מילי היכא שהממון שלו שהמעשה שעשתה בנטילה הויא הוכחה גדולה שנתרצת אבל הכא שאין מן הקבלה הוכחה דדידה שקלה ועל כרחה היתה צריכה לקבל שלא תתחייב בה אצל אביה מנא לן דנתרצת אי משום דשתקה בתר קבלה ולא מחתה שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום היא דמאי דהוה הוה הילכך הוה ליה כקדשה בגזל דידה דלא שדיך או בשתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום הוא.

ובר מן דין עדיין יש לדון בחזקה זו שאנו אומרים שכל מה שיש לו לאדם ברשותו שלו הוא אי מהני לה לבת לגבי אביה שכל זמן שהיא בבית אביה וסמוכה על שולחנו כל

מה שעליה בחזקתו של האב הוא שאפילו מציאתה לאב כדאמרינן בפרק קמא דמציעא מציאת בנו ובתו הקטנים הרי אלו שלו ואמרינן בגמרא לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש אלא גדול וסמוך על שלחן אביו זהו קטן וכדרך שאמרו במציאה כך אמרו לענין ששנינו ומזכה להם על ידי בנו ובתו הגדולים אבל לא על ידי בנו ובתו הקטנים וכולי מפני שידן כידו וגדול הסמוך על שלחן אביו זהו קטן ודוקא גבי חבלה אמרינן דיעשה לו סגולה כיון דאית ליה צערא דגופא ומעלמא קאתי לה כדאיתא בהחובל. ובפרק חזקת תניא אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים ולא מן התנוקות וכולי קבל מן האשה יחזיר לאשה מן הקטן יעשה לו סגולה וכולן שאמרו בשעת מיתתן של פ' הם יעשה כפירושן וכולי ומדקתני אין מקבלין פקדונות מהם משמע דמה שביד האשה בחזקת בעלה הוא ומה שביד התינוק בחזק' אביו ואם עבר וקבל מן האשה יחזיר לאשה דאימור משלה שאין לנו להחזיק אותה בגנבה כדפיר' רשב"ם ז"ל ולא שאנו מחזיקים אותם בחזקתה ודאי אלא ספיקא הוי הילכך למקום שנטל יחזיר תדע דקתני סיפא וכולן שאמרו בשעת מיתתן של פלוני הם יעשה כפירושן ואם לאו יעשה פירוש לפירוש' פירש רשב"ם אי לא מהימן ההוא נפקד שהפקדון הוא של אותו פ' יעשה פירוש אחר לפירושן שיחזיר לבעליהן של אלו ולא לאותו פלוני אלמא דמה שבידה בחזקת בעלה הוא. ואף על גב דבנמצאו מעות או מטלטלין ביד האשה והיא אומרת במתנה נתנו לי נאמנת כדכתב הרמב"ם ז"ל בפרק עשרים ושנים מהלכות דוקא כשטוענת כן בברי אבל על הסתם לא אמרינן שלה הוא אלא הכל בחזקת בעלה הם.

וקרוב הדבר לומר שריבה זו בנעוריה בית אביה כל מה שבידה יהא נדון של אביה בתורת ודאי ולא בתורת ספק לפי שכתב הרא"ש בהלכותיו על האשה אם היתה נושאת ונותנת בתוך הבית אינה נאמנת לומר שלי הם ולא משל פלוני הן דהא אמרינן לקמן וכן האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ואמ' שלי הם עליה להביא ראיה ולא מהימנה במגו דאי בעיא אמרה שהיא נפקדת משל אחרים ואם אינה נושאת ונותנת בממון של בעל אלא שמפקיד בידה כל אשר לו דינה כנושאת ונותנת ועליה להביא ראיה עד כאן לשונו. ומכאן נלמוד לבת העומדת בבית אביה וזנה ומפרנסה משלו שכל התכשיטין שעליה בחזקת האב הם עומדים דלהני מילי ודאי כנושאת ונותנת דיינינן לה כיון שרגילות הוא שהאב אינו נמנע מלתת לבתו תכשיטי זהב שיש לו כדי שתתנאה בהם ולא תהא נאמנת לומר שלי הם והו"ל קדשה בשל אחרים ולא הוו קידושין.

אלא דהכא בנדון דידן אתרע לה חזקה לפי שגם אנו יודעים שזה המשודך שלח לה תכשיטי זהב שירים ונזמים וכיוצא בהם הילכך אם היתה טוענת כנגד אביה משל

המשודך הם היתה נאמנת וגם כי אמרה נמי שלי הם מהימני' לה במגו ומכל מקום לגבי המשודך עצמו מהניא לה חזקתה שיכולה לומר הני דידי הם והנך שקלתינהו ולגבי אביה נשאר הדב' בספק ואין לנו לומר בודאי שהם שלה דנהי דאם הית' תופסתן וטוענ' ברי כן הית' נאמנ' אבל כל שלא טענה כל שכן כשהיא מודה אין חזקתה חזקה וכיון שהעדים אינם יכולים להעיד על כסף הקידושין משל מי הם לא יצתה אשה זו מחזקת פנויה כמו שהיתה ולא נאסרה במעשה קידושין הללו מן התורה אלא מיהו מדרבנן מיחש חיישינן לה לחומרא שהרי התוספות בפרק שני דכתובות אהא דתניא התם שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא דתרגמה אביי בעד אחד אומר נתקדשה וכו' דתרוויהו בפנויה קמסהדי וכולי והקשו בתוס' אמאי לא תנשא לכתחילה דהוה ליה לאוקמא אחזקתה. ויש לומ' כגון שאנו יודעים שזרק לה קידושין ומספקא לן אי קרוב לו אי קרוב לה והני תרי סהדי חד אמ' קרוב לו וחד אמר קרוב לה דכיון דודאי זרק הקידושין לית לן למימר אוקמה אחזקתה להתירה לכתחילה עד כאן לשונם ואף על גב דהכא לא ידעינן שזרק לה הקידושין אלא מפיהם של עדים והם עצמם מסופקים בכך והוי כמו קול ושוברו עמו ועוד דהכא אמרה ברי לי מכל מקום נראה דאף על פי כן אין לנו לומר העמידנה על חזקתה להתירה לכתחיל' בערוה החמורה אבל היכא דאין לנו שום הוכחה שנתרצת אלא מה ששתקה היכא דאיכא אמתלאה למיתלי דאימור משום הכי שתקה לא תהא שתיקתה כהודאה תדע דהא כי אמר לה כנסי סלע זה בפקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי בו ושתקה אינה מקודשת אף על גב דאיכא הוכחה גדולה ממה שלא השליכתה משו' דאמרי' דהא דלא שדיתה סבר' מחייבנה באחריותיה אף על גב דמן הדין לא מחייבה דתימא ליה הרי שלך לפניך כדאמרינן בהאומנין אלא שכתב הר"ן ז"ל דהכי קאמר אימור דסברה דמחייבה וטועה היא בדבר וכן הא דאמרינן כי יהיב לה בתורת קידושין לאו כולי עלמא דינא גמירי וסברה מחייבה באחריותה אלמא היכא דאיכא למתלי תלינן ואין משתיקתה הוכחה הכא נמי אימור הא דשתקה משום דידעה שאין בדבריו כלו' לפי שהכסף של אביה אי נמי לפי שהוא משועבד לאביה בעד המעות שנתן למשודך ונמצא האב נטלו ולא נשאר ביד' כלום הילכך סברה שאין בדבריו ממש ולכך נטלה ולא חששה לדבריו כלל ואפילו בדשדיך לא חיישינן לה והדבר צריך תלמוד.

החלק השלישי בעדי הקידושין. איכא למידק שאין עדותן מכוונת זו עם זו דבשנים הראשונים איכא הכחשה שהראשון רבי אהרן כהן העיד שאמר ואחר כך נתן והשני רבי שמואל אלגראנטי העיד שנתן ואחר כך אמר וכן שנים הראשונים לשלישי איכא

הכחשה שהשנים העידו שאמר טומאלה פור קידושין לבד והשלישי הוסיף בעדותו שאמר טומאלה פור קידושין פארה מי. ואם נפשך לומר אמאי דאתכחוש אתכחוש אמאי דלא אתכחוש תתקיי' עדותן אם תמצא לומר דבלשון הזה אין צריך שיאמר לי דכי האי גוונא אמרינן בפרק חזקת זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רב נחמן אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא אמר לי' רבא הא עדות מוכחשת היא אמר ליה נהי דאתכחוש באכילתא באבהתא מי אתכחוש וקיימא לן כרב נחמן הכא נמי נימא דבמה שאמר פארה מי אתכחוש ותתקיים העדות במה שהעידו שניהם שאמר תקחי זה לקידושין. אין לך לומר כן דתנן בפרק היו בודקין אחד חקירות ואחד בדיקות בזמן שמכחישין זה את זה עדותם בטלה ותנן מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנה כגון שהרגו תחת התאנה ואמר להן תאנה זו עוקציה גסין או דקין ותניא נמי התם אחד אומר כליו שחורים וא' אומר כליו לבנים א' אומר סנדליו שחורי' וא' אומר סנדליו לבנים אין זה נכון. ואע"ג דרב חסדא דחי לה בסודר שחנקו בו ובסנדל שבעטן בו לא סמכינן אדחוייה וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפרק ב' מהלכות עדות. ולא דמי לזה אומר של אבותי וכו' דהתם עדות דאכילה ועדות דאבותיו תרי מילי נינהו. ואף על גב דאמרינן בפרק זה בורר עדות המכחשת זו את זו בבדיקות כשרה בדיני ממונות. מכל מקום דיני נשים כדיני נפשות דמיין אף על גב דאין בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה כדאמרינן בשלהי יבמות דכיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונו' דמיא והביא הר"ן ז"ל משם הרמב"ן דכיון דבזמן הזה ליכא דיני נפשות דמיא טפי לדיני ממונות ואפילו בארוסה דלית לה כתובה לא מפליגי' בה והוא הדין עידי קידושין אף על פי שעיקר עדותן להחזיקה בחזקת א"א מ"מ אפשר דדוקא לענין שלא להצריכם דרישה וחקירה דאיכא בהו נעילת דלת משום כתובה אבל אי אתכחוש בהו עדותן בטלה כמו בדיני נפשות דדוקא בדיני ממוכות דקילי הוא דאמרינן אף על פי שהוכחשו עדותן קיימת משום דמעיקרא לא נתנו לבם לדקדק בהם כיון שהוא עדות של ממון עבידי אינשי דטעי בהו אבל בדיני נפשות דחמירי והוא הדין ערוה דחמיר' מעיקרא מידק דייקי שיודעים חומר הדברים ועל כל פנים צריכים להעיד וסופן ליבדק בדרישה וחקירה וכי אתכחוש בהו הויא הכחשה גמורה וכן מוכח מתשובת הרא"ש בכלל מ"ו בהדיא והכי משמע דדיני נשים שוין לדיני נפשות בזה ממה שכתבו התוספות בפרק קמא דמכות אמתני' דנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה ואמר רבי יוסי במה דברי' אמורים בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר וכתבו התוספות היאך אנו מוצאים

ידינו ורגלינו כשנותנים גט שיש במעמד קרובים והאי דומיא דדיני נפשות דשרינן א"א שיש בה מיתת בית דין. ותו דהכחשה זו לאו הכחשה דבדיקות היא כגון זה אומר כליו שחורים אלא בדרישות וחקירות היא שצריכים להעיד גופה דעובדא דקידושין היכי הוה בענין ובלשון ואם זה אומר קודם מתן מעות אמר וזה אומר אחר מתן מעות אמר או זה אומר שאמר לי וזה אומר שלא אמר לי הוי הכחשה בגופה של עדות כמו זה אומר חבית של יין וזה אומר חבית של שמן שאם כשדרשנום אמרו אין אנו יודעים עדותן בטלה הני מקרי חקירות ונוהגת אף בדיני ממונות וכל שכן בדיני ערוה. ואין לומר דמה שלא הזכיר העד שאמר פארה מי לא מקריא הכחשה דאפשר שלא שמע אין לנו לומר כן דעדי קידושין שהן תלוים בלשון לקיימן ולבטלן ועיין במה שכתב הרב הכהן ז"ל בחלק שלישי סימן ל"ג דמה שלא הזכיר מלת לי הויא הכחשה שעדות קידושין מתקבלת באייומים וגזומים ודייקי שפיר. ותו עדות ר' שמואל אלגראנטי הויא הכחשה גמורה בגוף הדבר של הקידושין אם נתן לה ואחר כך אמרה היא ואף על פי ששנים מכחישין אותו לא אמרינן אין דבריו של אחד במקום שנים בטלים דומיא דנמצא אחד מהם קרוב או פסול דתנן מקיש שלשה לשנים מה שנים וכו' אפילו הן מאה וכולי וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות עדות היו העדים מרובים שנים מהם כוונו עדותן בחקירות ובדיקות והשלישי אומר איני יודע תתקיים העדות בשנים ויהרוג אבל אי הכחיש את שניהם אפילו בבדיקות עדותן בטלה עד כאן לשונו. וכיון שעדות רבי אהרן כהן שהעיד עמו נתבטלה בהכחשתו שוב אין עדותו מצטרפת עם עדות רי חיים פרץ אף על פי שהעיד ביום שלאחריו אם לא שהיו באים כת אחת בפני עצמה אז היינו אומרי' שאין דבריו של אחד במקום שנים.

אלא שיש לגמגם כיון דלפי עדות רבי שמואל הנז' אין כאן קידושין דהויא שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלו' הוא אין עדותו מצטרפ' לבטל עדות שני העדים המחזיקים אותה בחזקת מקודשת דאמרי' האי למעקר סהדותא קאתי ולא להעיד על הקידושין וכי אמרינן דעדים המכחישים זה את זה בדרישות וחקירות עדות כלם בטלה היינו דלדברי כולם קידושיו קידושין אלא זה אומר בכה וזה אמר בכה כיון שכולם עדים הכחשתו של אחד מהם פוסלת את כולם דהוה ליה כנמצא קרוב או פסול דמדין תורה עדותן בטלה אבל זה שלדבריו אינה מקודשת הוה ליה כעד אומר לא נתקדשה ושנים אומרים נתקדשה שאין דבריו של אחד במקום שנים או דילמא כיון שראה הקידושין ובא להעיד כדאמרי בעלמא גבי פסולי עדות דשיילינן להו לאסהודי אתיתו ולכאורה הוו קידושין דלאו כ"ע דינא גמירי שהרי אף בשתיקה דלאחר מתן מעות איכא מאן דאמר דהוו קידושין ועוד

שהרי אמר לה קודם מתן מעות דברי קידושין אלא שהיו בלשון שאלה הילכך לא חשיב כאומר לא נתקדשה דההוא ודאי לבטל הקידושין הוא דאתא ולהכחיש את העדים אבל זה לקיים הקידושין בא אלא שהוכחש והכי מסתברא דאם לא כן אף בעדים שהוכחשו בחקירות ודרישו' תתקיים העדות בשאר שניחוש שזה שאמר באירין הרגו לבטל דברי שאר העדים בא שיודע שעדותן מתבטל בכך אלא כל עדים שבאו להעיד על הדבר הרי הם עדות אחת להכחשה. ועל מה שבא בשאלה שיש חרם מימי עולם שלא ימצא שום עד בקידושין אם לא יהיה שם החכם מרבינ תורה בקהל והפרנסים. הנה ראיתי מה שכתב הרב המובהק כמה"ר שמואל די מדינה ז"ל שהואיל ועברו על חרם הקהל הם פסולים ונתבטלה עדות' לגמרי וגם ראיתי לרב סגן הכהנים ז"ל בתחילת הספר השלישי שאף הוא נראה בעיני חכמתו כן אלא שהוקשה בעיניו שמעשים בכל יום נעשים קידושין כאילו בפני הרבנים קדושים אשר בארץ המה ולא אחד בהם שהורה היתר מטעם זה לכך אמר דאפשר דטעמא דמילתא שאנו מקיימים עדותן לפי שלא נפסלו אלא מכאן ולהבא אחר שנתקדשה אבל בשעת הקידושין כשרים היו ומותיב הר' אנפשיה תיובתא מאותה שאמרו בפרק קמא דחולין השוחט בשבת ובי"ה אף על פי שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה ומוקי לה בגמרא אפילו במזיד והקשו התוספות אי במזיד איך שחיטתו כשירה יהא משומד לחלל שבתות ואסור לאכול משחיטתו עד כאן אלמא אף על פי שאינו נקרא משומד אלא על ידי שחיטה זו נפסלה שחיטתו ותירץ דהתם בשעת שהתחיל לשחוט כדי נטילת נשמה עבר על חילול שבת ושחיטה כשרה לא הויא עד גמר שחיטה אלו דבריו ז"ל ואיני רואה דבריו בזה אם במה שדן לומר שהם כשרים לפי שבשעה שנמצאו בעדות הקידושין כשרים היו ולא קדם להם פיסול אחר ולאחר הקידושין הוא שנפסלו גדולה מזו אמרו בפלוגתא דרבי יוסי ורבנן בשנים שהיו מעידין אותו שגנב והם מעידים אותו שטבח בעדות אח' בבת אחת תוך כדי דיבור והוזמו על הטביחה סברוה דכ"ע תוכ"ד כדיבור דמי רבנן סברי עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל וכיון דמההיא שעתא קמתזמי אטביחה דקמתזמי אתזום אגנב' דלא קמתזמי לא אתזום ור' יוסי סבר למפרע הוא נפסל וכיון דמיד כי אסהידו הוא דמפסלי כי אתזמו להו אטביחה אתזמו להו נמי אגנבה דהא תוך כדי דבור כדבור דמי והדר מוקי פלוגתייהו בתוכ"ד אי כדבור דמי או לא ודכולי עלמא למפרע הוא נפסל. אלמא למאי דאיפסיקא הלכתא כאביי דלמפרע הוא נפסל אפילו אמאי דמסהיד תחילה בתוך כדי דבור לא מהימן כל שכן בעדות עצמה. ועוד מוכיח מההיא דפרק חזקת שהבאתי למעלה האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דאמר רבא עדות מוכחשת היא זו והק'

בתוספות והא הוא דאמר עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל ותרצו וכולי משמע דאי סבירא ליה למפרע הוא נפסל ניחא דמקרי עדות מוכחשת ולא להמני אף אאבהתיה דאסהידו מקמי אכילה ולרב נחמן אף על גב דקי"ל למפרע הוא נפסל ניחא דהני לא אתכחוש לגמרי ע"י הזמה שנאמר בודאי עדים פסולים הם אלא שלא כוונו עדותם זה עם זה ובענין אכילתא מכוונת היא ועוד ראי' מההיא דמייתי בפרק חזקת אמתניתין דכל חזקה וכו' לא נחלקו ב"ש וב"ה על ב' כתי עדים שא' אומר מנה ואח' אומר מאתים שיש בכלל מאתים מנה על מה נחלקו על כת אחת אומר' מנה ואחת אומר' מאתים שב"ש אומרי' נחלקה העדות וכולי והקשה ריב"א לב"ש דבכת אחד נחלקה העדו' דחשיב להו עדות מוכחשת ואפילו בב' כתי עדים נמי תבטל עדותן דהוה ליה נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אפילו הן מאה. ותרצו דב"ש כרבי יוסי ס"ל וכו' ואם תמצא לומר שלא נפסלו העדים אלא מכאן ולהבא לאחר עדותן ובשעת העדות כשרים היו היכי מדמו ליה התוספות לנמצא אחד מהם קרוב או פסול שנפסל בכך עדות הכשרים שעמהם ותו עדיין לא הועיל הרב ז"ל במה שאמר שבשעת הקידושין כשרים היו ולא נפסלו עד אחר הקידושין שהרי בשעת העדות עכשיו פסולים גמורים הם דתחילתו וסופו בכשרות בעינן כמו היה יודע לו עדות עד שלא נעשה חתנו וכו' וכיון דהשתא מיהת רשיעי נינהו לא מקבלים סהדותיהו כלל דלא מצי משוי נפשייהו רשיעי גם בהא דפרקה להיא דהשוחט בשבת ובי"ה דטעמא משום דבשהתחיל לשחוט כדי נטילת נשמה עבר על חילול שבת ושחיטה לא הויא עד גמר שחיטה אין פירוקו נכון דבהתחלת שחיטה אף על פי שנעשית חבורה לא מחייב דמקלקל הוא ותנן בהאורג כל המקלקלים פטורים ודוקא בשחיטה חשיב תיקון כדכתבו שם התוספות שמוציאו מידי אבר מן החי ומכשירו לאכילה הילכך חילול שבת והכשר שחיטה באים כאחת. ואעיקרא דדינא פירכא דנראה לי שיש לפקפק בפיסולן של עדים אלו הואיל ואפשר היה שיעידו על הקידושין ולא ימעלו בחרם כגון שלא הוזמנו מתחילה לכך אלא שזרק לה קידושיה פתאום אי נמי שלא הוגד להם החרם שהחרימו כדאמרינן בעלמא איכא דלא ידעי באכרזתא ואף על פי שבנדון זה הדבר מוכיח מתוכו שמזידים ומכוונים ולא מכל מקום בהא מילתא פלגינן דיבורא ונאמנין הם שנתקדשה ולא נאמנין הם שעברו על החרם במתכוונים דומיא דהא דאמרינן בפרק קמא דסנהדרין פ' רבעו לרצונו דקיימא לן כרבא דס"ל הוא ואחד מצטרפין להורגו דפלגינן דבורא שנאמין אותם על האחר ולא נאמין אותם לפסול עצמו דאדם קרוב אצל עצמו ואע"ג דאמרי' בפ"ב דכתובות אהא דהעדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסי' היינו וכו' דאם אמרו אנוסי' היינו מחמ'

ממון אינם נאמני' מ"ט אין אדם משים עצמו רשע כבר הקשו התוספות קושיא זו דמשמע לכאורה דפליג אהא דפ' קמא דסנהדרין ולפי התירוצים שכתבו התוספות שם בכתובות נ"ד לא דמיא להההיא אי משום דקיימ שטרות דרבנן אי נמי דאונס נפשות לא שכיחא אי נמי דמחמת ממון ומחמת נפשות הוי פירוש דאנוסים והכא הוי דבור בפני עצמו ומיהו לפי מה שתרצו דמיד שאמרו אנוסים באו לומר שלא ראו את המלוה ומפסלי תיכף אי לאו שיעשו פירוש לדבריהם ולפי זה יש לומר כאן דמיד שהעידו שראו הקידושין עושין עצמן רשעים עד שיפרשו שלא הוזמנו לכך והך משמעות עדיף טפי מאנוסין היינו שעושין עצמן רשעים בכך אף על גב דסתם אונס לא משמע אונס ממון וגם למה שתרצו התוספות בסנהדרין דאתיא כמאן דאמר ביש כוחלין דלא פלגינן דבורא בחד גופא הילכך אנוסים היינו מחמת ממון אי פלגינן לומר דמחמת נפשות היה איכא למימר הוי כחד גופא והכא נמי אי פלגינן לומר שראו הקידושין אב' לא היה ברצונם או שוגגים היו הוה ליה כחד גופא איברא שמצאתי להרשב"א ז"ל בתשובותיו סי' תקנ"ב בענין שאמרו שמע אפי' מעוף הפור' שנטמא' יוציא ויתן כתובה אם הובא החשוד אם לא נאמינהו משום דאין אדם משים עצמו רשע. תשובה מסתברא דאמרי' ביה פלגינן דבורא ואין אנו דנין אותו כאילו העיד שהוא עצמו בא עליה אלא כאילו העיד שזנתה כההיא דפ' רבעני ע"כ ונראה דמאי חדוש דבשלמא פ' רבעני לרצוני כי פלגי' דבורא פ' רבעני ש"ד ואינו משמע לדצונו אבל אם היה אומר אני רבעתי את פ' לרצונו כי פלגינן דבורא לומר אני רבעתי את פ' הרי משים עצמו רשע דאין קישוי אלא לדעת ולא פלגינן בכה"ג פ' נרבע מאחרים איברא דאשכחן נמי דפלגי' דבורא גבי הרגתיו דפ"ב דיבמות לת"ק מהימני' ליה שנהרג ולא שהוא הרגו ובזה אפשר לומר דהא דאמרינן לא פלגינן דבורא בחד גופא היינו במעידים על דבר אחר כגון אנוסים היינו מחמת ממון שהאונס והממון באדם א' אבל כאן שאומרי' פלונית נתקדשה לפלוני עיקר עדות זה על גוף המתקדשת הוא ונאמין אותם בזה ולא נאמין אותם על עצמן במה שאומרי' שכוונו להעיד ועברו על החרם וכן פלוני רבעו שעיקר העדות הוא לחייב את הרובע שאין העדים צריכים להעיד את מי רבע ופלגינן דבורא שרבע ולא את עצמו והוא הדין הכא גבי שטר אם היו יכולים לומר לא לוה פלוני מפלוני ונאמר להם כיצד חתמתם בשטר ואמרו אנוסים היינו היה לנו להאמינם במה שאומ' לא לוה ולא במה שאו' אנוסים אלא דהתם א"א להעיד כן דאין לא ראינו ראיה והשתא שאומרי' לבטל עדותן אנוסין היינו נמצא שעל עצמן הם מעידים שחתמו את השטר באונס ממון ולא פלגינן דבורא בחד גופא זהו מה שנראה

לע"ד בזה אבל מה אעשה שהרב מהר"ר שמואל די מדינה ז"ל מורה בה להקל מטעם פיסול העדים.

וגם ראיתי לרבני הדור אשר היו מלפנינו נתחבטו בענין החרם הזה אף על פי שלא הטילו חרם על העדים אלא שהחרימו שלא לקדש דיש מי שאמר דהויא הפקעה לקידושין כמו שכ' הרב הגדול כמהר"ר יעקב בירב זלה"ה שחכמים כשהתקינו התקנה לא היתה כוונתם אלא להפקיע הקידושין דאם לא כן מה הועילו חכמי' בתקנתם. אף על פי שהריב"ש היה מצריך גט לחומרא לא מן הדין אלא מצד חומרא והרב רבי דורן כתב שהיה מסתפק אם כוונתם בזה החרם להפקיע הקדושין או להחרימ' לבד. ואין ספק בעדים הללו שעברו על החרם שהרי המקדש הזמינם לכך מתחילה כמו שנר' מדברי הר' אהרן שאמר לו שלא היה רוצה להמצא עם הר' חיים לבדם בקידושין פן תלעוז עליהם מדינה ואז הביא גם להר' שמואל אלגרנטי. וגם בשעת הקידושין אמר קודם טומרלאש פור קידושין ואז היה להם להמלט לברוח. גם ראיתי לרב המובהק מהר"ר אליהו ן' חיים ז"ל הכניס לנו ספק אחר שיש מי שאמר דהוי בכלל הא דאמרינן כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני שכן נמצא במרדכי על אדם שנשבע שלא למכור דבר פלוני ועבר ומכר איברא שזה כעשר שנים כתבתי לחכם אחד מויניציה שחשב לומר כזאת על חרם הקהל ואספתי עליו חבילות תשובות מכמה שמועות שסותרים ענין זה וישתקע הדבר ולא יאמר.

ואחר שנתבררו כל הני רעותי וכמה תייוהי שנמצאו בקידושין צריך לבאר כל ספק קידושין היכי דיינינן להו משום דאמרי' בפרק קמא דקידושין נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן וכתב הר"ן ז"ל והאי לישנא מספקא לי טובא כיון דספיק' הוי הו"ל ספיק' דאורייתא והיכי קאמר וחיישינן מדרבנן הא מדאורייתא נמי איכא למיחש וכו' עד והרמב"ם כתב נתן הוא ואמרה היא הרי זה ספק מקודשת ולא הזכיר מדרבנן ולפיכך אני מסתפ' דכל ס' קדושין אם צריכ' גט מדאורי' או לא דאפשר דמדאוריית' שרי משום דאיכ' למימ' העמד אשה על חזקתה דמ"ש מכל תיקו דממונ' דאמרי' בה העמד ממון על חזקתו וכו' הכא נמי מדינא אית לן למימר הכי שתהא מותרת להנשא אלא שמפני חומר ערוה אסרוה מדרבנן ומ"ה אמרינן הכא ספיקא הוי וחייש' מדרבנן. אבל הרי"ף כתב לקמן בפירקין דבעיא דרב מארי דסלקא בתיקו והוה ליה ספיקא דאורייתא ולחומרא וצ"ע עכ"ל. ולכאורה משמע שהר"ן ז"ל נסתפק בכל ספק קידושין אי מדאורייתא מוקמינן לה אחזקת פנויה או לא ואין זה נראה דודאי מדאורייתא אוקי מילתא אחזקתה דהא בפרק ארבעה אחין גבי ספק קרוב לו ספק קרוב לה מסקי'

דתרי ותרי ספיקא דרבנן דמדאורייתא מוקמינן לה אחזקתה אף על גב דאיכא כת אחת דאמרי נתקדשה ולא הוה ליה לאוקומיה אחזקתה כדס"ד דתלמודא דאמר אי בשני כתי עדים תתייבם ואין בכך כלום ומפרקינן קיימי עדים ואמרו קרוב לה ואת אמרת תתייבם ואין בכך כלום ומסקי' דתרי ותרי ספי' דרבנן דכיון דאיכא כת אחת דאמרי קרוב לה גבי קידושין לא מוקמינן אחזקתה וכלשון ראשון שכתב רבינו יצחק ז"ל דתוס' דלפי המסקנא בקידושין בכת אחת דמספקא לן אי קרוב לו אי קרוב לה שריא להתייבם משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה אלא שכתב ומיהו ודילמא בעלמא קאמר ושוב בלשון שני העלה דבין בכת אחת בין בשתי כתי עדים לפי המסקנא הכל הוי ספיקא דרבנן דמחמרינן בהו מדרבנן ואפילו לדברי הפוסקים דתרי ותרי ספיקא דאוריית' היינו מטעם דמפ' התם בגמרא קיימי עדים ואמרי וכו' דלא אמרינן אוקמא אחזקתא כיון דאיכא שני עדים דמפקי לה מחזקת פנויה אבל בכל ספק דעלמא מוקמינן לה אחזקה קמייתא.

גם מההיא דפרק שני דכתובות מוכח גבי ספק קידושין דאמרי' תרוייהו בפנויה קמסהדי והאי דקאמר נתקדשה הוה ליה חד ואין דבריו של א' במקום שנים ופי' התוס' כגון שאנו יודעים שזרק לה הקידושין והני תרי סהדי חד אמר קרוב לו וחד אמר קרוב לה וכיון דודאי זרק לה הקידושי' לית לן למימר אוקמה אחזקתה להתירה לכתחלה אף על גב דמדאורייתא אוקמה אחזקתה. ובפרק האומר גבי אם דינאי דאמרינן מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני דאשתבאי הק' רש"י נימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי אתתא בחזקתה. ותירץ דאם דינאי לא היתה לפנינו ובנה זה אין לו חזקה בכשרות. והתוס' תרצו דמכל מקום אסורה מדרבנן דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא. ותו הר"ן ז"ל עצמו בריש ההיא סוגיא דכתובות דאמרינן מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באש' תלוי קאי כתב איכא מאן דבעי לאוכוחי דהלכתא כההיא לישנא דאמרינן בפרק ד' אחין דתרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא אמרינן אוקי מילתא אחזקתיה ומשום הכי הבא עליה באשם תלוי קיימא וכולי עד והא ודאי ליתא דבמסקנא דשמעתא דיבמות סלקא דתרי ותרי ספיקא דרבנן משום דאוקי אתתא אחזקתה ושמעתין לא קשיא דתנא ודאי בדקיימה בחזקת א"א מיירי וכולי עכ"ל. הרי שהר"ן ז"ל לא נסתפק לו באיסור ערוה אי לא מוקמי' אחזקה מן התורה שהרי אפילו בתרי ותרי דאיכא למימר דלא מוקמינן אחזקתה משום שהוחזקה באיסור על ידי שני עדים ואפילו הכי פשוט לו כמסקנא דיבמות דמדאורייתא מוקמינן אחזקתה כל שכן בספיקא דעלמא דאזלינן בתר חזקה כדילפינן לה בפרק קמא דחולין דמן התורה אוקי מילתא אחזקתיה אפי' לקולא מויצא הכהן מן הבית והסגיר

את הבית וכו'. לכך נראה שהר"ן ז"ל לא נסתפק בדין זה אי אמרינן אוקי אתתא אחזקתה ולא הצריך עיון אלא דברי הרמב"ם ז"ל ודברי הרי"ף שנראין לכאורה דלא מוקמינן לה אחזקה מן התורה ממה שכתב הרמב"ם ז"ל הרי זו מקודשת בספ' ולא אמר וחוששין לה מדבריהם מדאמרינן בגמרא וחוששין מדרבנן. ומיהו הרמב"ם ז"ל לפי שיטתו אין דבריו כאן צריכין עיון לפי שהוא ז"ל סבור בכל דיני הספיקות שאין בהם איסור תורה כמ"ש בשלהי הלכות כלאים וכבר ביארנו בהלכות ביאות אסורות שכל איסור ספיקות מדברי סופרים ולפיכך הקלו בספק עכ"ל אף על פי שאין שם טעם להעמיד דבר על חזקתו וזו מחלוקת ישנה היא ונתלים בזה שרשים רבים ולמה היה לו לרב ז"ל לפרש כאן בספק קידושין שאיסורא מדרבנן מאחר שכבר פירש שהוא ספק דהשתא היכא דליכא לי חזקת התר שרי מדאורייתא היכא דאיכא למימר אוקמא אחזקתה דחזקה דאורייתא היא לא כל שכן הילכך סתמו של הרב ז"ל כפירושו ואין ספק כלל בדעתו אחר שכבר ביאר גדולה מזו במקום אחר גם מה שכתב הרי"ף והוה ליה ספיקא דאורייתא ולחומרא ה"נ הוה ליה ספיקא דאורייתא ומדרבנן אזלינן בה לחומרא.

ואי קשיא שההוכחה שהוכיח הר"ן ז"ל במ"ש מכל תיקו דממונא דאמרי' ביה העמד ממון על חזקתו נראה דלא הויא הוכחא דחזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף כדמוכח בפרק מי שמת דתנן לא כתב בה ש"מ הוא או' ש"מ היה והם אומרי' בריא היה ר' מאיר או' אם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה ש"מ וחכמי' אומ' המוציא מחבירו עליו הראיה אלמא רבנן לא חיישי לחזקת הגוף דבריא הוא במקום חזקת ממון. ובסוף פרק המדיר בשמעתין דכלה אמרינן לא תימא רבי יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופה כלל אלא כי לא אזיל רבי יהושע בתר חזקה דגופא היכא דאיכא חזקת הגוף וחזקת דגופה עדיפה מחזקת פנויה כדמוכח התם גבי מומין כדכתבו שם התוס' דמהני חזקת הגוף אע"פ שיש חזקה אחרת כנגדו דהיינו העמידנה בחזקת פנויה א"כ היכי מדמה הר"ן ז"ל חזקת פנויה לחזקת ממון דעדיפה טובא. נראה שעיקר ראיית הר"ן ז"ל היינו ממה שכתב שהסכימו כל גדולי האחרונים שאפילו תקפו תובע מוציאין אותה מידו והיינו משום דמוקמינן ממונא בחזקת מרא קמא ומפקינן לה מיד התוקף והיינו דומיא דחזקה קמייתא דפנויה אבל חזקת ממון דעדיף מחזק' הגוף היינו הוצאת ממון מיד בעליו הראשונים. נמצינו למדין מדברי הר"ן ומדברי הרמב"ם ומדברי התוספות דאפילו תימא בכל איסורי תורה ספיקו אסור מן תתורה בספק קידושין אין בהם איסור תורה כלל דאוקמי' לה אחזקתה ואצ"ל לדברי הרמב"ם והראב"ד וכמה מרבוותא דס"ל דכל ספק איסור תורה אינו אלא מדבריהם ובתר הכי אזלינן בהו לקולא.

ותו היכא דאיכא ספק ספיקא שרינן לכתחילה בכל איסורי תורה כדפרכי' בפשיטות בפרק קמא דכתובות גבי האו' פתח פתוח מצאתי נאמן לאסרה עליו אמאי ספק ספקא הוא ואפי' גבי ע"ז דחמירא טובא אמרי' בריש פרק כל הצלמים דטעמא דשברי צלמים מותרים משום דאימור עבדום אימור לא עבדום ואם תמצא לומר עבדום אימור בטלום. ובריש פרק כל הזבחים שנתערבו אמרינן דשמואל אסר ס"ס ולא משכח תנא דס"ל כוותיה אלא רבי יהודה אלמא רבנן ס"ל כל ס"ס אסור והרשב"א ז"ל בתשובותיו סי' ת"א הרחיב מאד לדבר בענין ס"ס וביאר דאפילו היכא דאתחזק איסורא מתירין בו ס"ס אפילו בע"ז החמורה כדמייתי מטבעת ע"ז שנפלה לרבוא ורבוא לרבוא וכו' יעויין בה כל שכן היכא דאתחזק היתרא דאשה זו בחזקת פנויה היתה. ועוד לו ז"ל בתשובה אלף רי"ו בדבר ערוה על נערה שנתקדשה ומיאנה ואנו מסופקים במספר שנותיה שיש לחוש שמא כבר הגיעה ומקודשת דבר תורה ואם נבדקה ולא מצאו לה סימנים אנו חוששין שמא נשרו וכתב אלא שיש להתיישב בזה לפי שיש לומר שיש בזה שני ספקו' ס' הגיעה ס' לא הגיעה ואם תמצא לומר הגיעה ספק הביאה סימנין ונשרו ספק לא הביאה וכל ס"ס אפילו בשל תורה לקולא ואף על פי שסיים ואמר ואפ"ה איני רואה בזה להקל כי יש עוד להתיישב בדבר לא נסתפק בכלל התפו' בידו דכל ס"ס לקולא אלא נסתפ' באותו נדון כמו שביארתי במקום אחר בתשובה שאין ראוי לקרותו ס"ס. חדא דאם תמצא לומר הגיעה לכלל שנים תו לא מספקינן אם הביאה סימנין דסמכינן אחזקה דרבא דאמר כל אשה שבאה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנין אף על גב דלא סמכינן אהך חזקה גרידתא להקל בשל תורה שלא להצריכה חליצה מכל מקום להחמיר סמכינן עלה אי נמי דשנים וסימנים חד מילתא הוא שאינה מוחזקת בגדולה אלא בשניהם ושם גדולה חד הוא ויש ראיות לכל זה אין כאן מקומן והר' המובהק מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בח"ב מתשובותיו סי' ז' נכנס להתיר לבט' הקידושין מטעם ס"ס ושוב כתב אפשר לדון להחמיר לחוש לדברי רבינו ברוך שהביא במרדכי דפרק החולץ שמצא ד' מקומות שיש בהם ס"ס והלכו בהם להחמיר והרב עצמו בח"א בתוך הכללים הביא הא דרבינו ברוך וכתב הרב הנז' דכי מעיינת כולהו הוו ס"ס שאינו מתהפך שמצא משם התוספות שכל ס"ס שאינו מתהפך דנין אותו לחומרא. ואני בעניי אף על גב דהאי כללא דמטו בה משם התוספות לא שמיעא לי כלו' לא ס"ל מכל מקום אותם הארבעה מקומות ישבתים כל חד וחד לפום דוכתיה שאין להתיר בהם מטעם ספק ספיקא כמ"ש אצלי במ"א אין לי מקום כאן להאריך אבל רואה אני ברבני הדור שלפנינו שעושים סניפים בטעמים אשר אין ראוי להתיר על אחד מהם לבדו ובהתברם ובהצמדם יחד רואים להתיר דהו"ל כתרי

ספיקי. וראיתי לרב המופלא כמהר"ר אליהו ן' חיי' זלה"ה אשר ידענוהו ירא הוראה וספיקי דגברי גריס וחייש לחומרין ובסי' ס"ח על עסקי קידושין נכנס בקצת ספיקות שנסתפק שם כפי עניינים והקדים כי מאחר דאיכא הכחשה בקידושין הוה ליה ספיקא ולא מבעיא למאן דאמר תרי ותרי ספיק' דרבנן דמדאורייתא מוקמינן אחזקתה אלא אפילו למאן דאמר ספקא דאורייתא באנו למחלוקת הראשונים באיסור הספקות של תורה אם אסורין מדאורייתא וכתב ומעתה כל ספק שנסתפק אם עדות עידי הקדושין בטלה אם לאו יש מקום להקל בענינם שאין איסורן אלא מדרבנן וכענין דמקלי' בספק ספיקא ע"כ ובחתימת הוראתו סיים בלשון הזה סוף דבר הן רבים עתה צידי הספק אשר מפניהם יצא ביטול הקידושין האלה וראוי לסמוך עליהם במעשה כזה ע"כ דבריו ז"ל.
והנני חוזר בקצרה על כל שברים ושברי שברים שנשתברו קידושין הללו להזכירם זכרון פשוט אחד לאחד למען ירוץ קורא בהם. ראשונה יש צד להתיר מטעם דהויין ידים שאינן מוכיחו' לא באיש המקדש ולא באשה המתקדשת דאפילו בשידוכין כה"ג לא הויין ידים. ואם תמצא לומר דהויין ידים איכא למימר שאין שם לשון התפסת קידושין במה שאמר טומאלה פור קידושין כמו שכתב הרב רבינו ישעיה ז"ל וכמו שכתבו כל חכמי פריונצייא ואף הריב"ש מודה בזה.
ואם תמצא לומר שיש שם לשון קידושין איכא למימר שאין שתיקותה כהודאה לפי שהיא תבעתם תחילה שלא בתורת קידושין והוא אמר לה בלשון שאלה ולא השיבה אפילו תימא דאם חזר ואמר הרי את מקודשת חיישינן לה הכא שאמר תקחי אין זה הלשון גמר קידושין מוחלט ואיכא למימר אדבורא קמא סמכה. ואם תמצא לומר ששתיקתה הודא' גמורה היא עדיין יש לספק שמא אין כסף הקידושין שלה אלא של אביה לפי שאין לה חזקה לגבי האב והוה ליה כקדשה בגזל דעלמא ומוקמינן אתתא בחזקת פנויה מן התורה. ואם תמצא לומר שהכסף שלה יש להקל בענינין אלו לומר דלא מקרי שדיך כל שכן בנדון דידן שלא היה שם פרסום ולא גילוי דעת הבת אלא שנשק החתן ידי אבי הכלה והחזיר לחתן חפציו שהיו אצלה מקדמת דנא ומטעם זה יש להקל אפילו אם הצמידים שלו כל שהיו ביד אביה בתחילה במשכון על המעות המדודים שנתן לו ועוד היום כשנתרצה לתת לו בתו לבו בטוח על החפצים. ואם תמצא לומר שלא היה שם שום ריעותא בלשון ולא בכסף אכתי איכא רעותא בעדות העדים שהיא מוכחשת בחקירות ודרישות מפני עדות הר"ש אלגראטי שהעיד שאמר לה אחר מתן מעות והעד הא' אמר קודם מתן מעות ומפני הר' אהרן שהעיד שאמר פארס מי והראשוני' לא העידו כן ואת"ל שלא היתה הכחשה ביניהם עדיין יש לומר שנפסלו העדים לפי שעברו על

ההסכמה ואת"ל שלא נפסלו מפני כן עדיין יש ספ' אם הופקעו הקידושין בכח ההסכמה משום דאפקעינהו רבנן לקידושי מיני' או משום דעבר אמימרא דרחמנא.
כל אלה חיברו לזרות ולהבר ענייני קידושין הללו דידיע פחתייהו לממחי בהו כמה עוכלי בעוכלה וכתותי מכתת שיעורייהו ואולם יש ויש בהם טעמים להתיר בבירור והשאר מידי הני ספיקי לא יצאו דאזלינן בהו לקולא. ובכן אם יסכימו בעלי תריסין היושבים על כסא ההוראה אין לחוש לקידושין הללו והאשה הזאת מותרת להנשא בלא גט ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת ויפרוש לנו עטרת שלום ואמת נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קלט

שאלה הגם הלום ראיתי אחרי רואי מה שכתב החכם השלם נר"ו בענין קידושין אלו וראתה חכמתו לספק בדבר ד' ספיקות ובכלן חוכך להחמיר הספק האחד במה ששאלה ממנו תן לי המאניליי"א ואחר כך אמר לה שי טילה דארי טומארלאש פור קידושין בלשון שאלה ושתקה שמוכח מדברי הרשב"א דלא הוו קידושין בשתיקה עד שתאמר הן והקשה לדברי הרשב"א היכי מתיישבה ההיא דאמרי' בפרק קמא דקידושין ההיא אתתא דהות מזבנה וורשכי וכולי ולמה הוצרך רב נחמן לומר מטעם דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי תיפוק לי משום דאמרה מעיקרא הב וגם שאמר לה בלשון שאלה ותירץ דכי אמר רב נחמן מטעם דדידה שקלה היינו אפילו לא אמר בלשון שאלה והוא הדין אפילו אינו גזל ואמר בלשון שאלה ושתקה אינה מקודשת. ודון מינה ואוקי באתרה בנדון דידן שאפילו אמר בלשון שאלה ושתקה בדשדיך הוו קידושין והביא ראיה מדברי רש"י שכתב בדשדיך כי שתקה משום דניחא לה הוא הכא נמי כי שידך ושתקה משום דניחא לה הוא. ומיהו הריטב"א כ' ומקניא ליה מאי דחטיף מינה וכן כתב הרא"ש אלו דבריו בספק הזה.
תשובה הא דקשיא ליה על דברי הרשב"א מההיא עובדא דהות מזבנה וורשכי דמקהי בה אקהיתא בשוקי ובברייתא אי קושייתי הקושיא פרוקיה לאו פרוקה הוא. חדא דהא מעשה שהיה בלשון שאלה הוא דקאמר לה ולמאי אצטריך רב נחמן לטעמא דדידה שקלה. ותו מאי פריך רבא לרב נחמן מההיא דקדשה בגזל וחמס וכולי דילמא שאני התם דגליה דעתה מעיקרא דקפדה על שלה שהרי אמרה לו הבה ניהלי ולהכי אמר רב נחמן דסמכא אדבורא קמא ודידה שקלה וס"ל דשתיקה לחודה במילתא דלא הוי גזל דידה הא חיישינן לה אלא דקושיא מעיקרא ליתא ותחילה אומר כי לא על הרשב"א ז"ל תלונותיו במה שהביא הר"ן ז"ל משמו דאפילו לא אמרה איהי מעיקרא מידי אינה מקודשת כיון

דאמר לה בלשון שאלה ואיהי לא מהדרא ליה אין אלא אמרה הבה מיהב בענין זה משמע לי דאי שתקה בשעת שאלה וכשחזר ואמר לה הרי את מקודשת לי בזה וקבלה בשתיקה מקודשת דליכא שום גילוי דעת לבטל מעשה קבלת הקידושין כיון דמעיקרא לא אמרה מידי ודוקא לדברי התוספות שכתבו דלשון הב לישנא מעליא הוא דהא מהני בתנהו לאבא ולאבי' אלא דשאני הכא שאמרה מעיקרא הב שלא בתורת קידושין וכששאל לה אי יהיבנא לך מקדשת לי ואמרה הב איכא למימר דאדעתא דמעיקרא קאמרה לפי זה הוא הדין אם שתקה שאין שתיקתה כהודאה שהרי גלתה דעתה מעיקרא דשלא בתורת קידושין היתה תובעת אותו ולא ראינו דבר שיורה שחזרה בה מדעתה הראשון וכן מוכח מדברי הרמב"ם ומלשון הטור כמו שכתבתי במקום אחר.

אבל לפי מה שחדש הרשב"א ז"ל דאע"ג דלא אמרה מעיקרא הב כיון שאמר לה בלשון שאלה והיא לא מהדרא אין מקדשנה אלא אמרה הב או הבה מיהב אפילו חזר ואמר הרי את מקודשת לי בזה לא מהני היינו מן הטעם דמוכח מדבריו למסתכל בהם דבמה שהשיבה הב נדרשה ללא שאלו שהוא לא שאל אם יתנו לה כדי שתצדק תשובתה לומר הב אלא שאל לכשיתנהו לה אם תתרצה להתקדש לו ואם איתא דמרצה היה לה להשיב אין מקדשנא לך מדלא מהדרא הכי אלא אמרה הב הכי קאמרה בקידושין לא ניחא לי אלא במתנה ולפיכך אפי' חזר ואמר התקדשי לי אינה מקודשת אבל אם כששאל לה שתקה וכשחזר ואמר לה התקדשה לי קבלה בשתיקה אע"פ שאין משתיקתה הוכחה שנתרצית מכל מקום מעשה קבלת הקידושין הויא הוכחה מעליא.

ומיהו לדברי הרמב"ם והטור דהיכא דאמרה מעיקרא הב אע"פ ששתק' בשעה ששאלה לא מקדשה כל דלא אמרה אין בפי' היה אפשר להקשות מה שהקשה החכם השלם נר"ו מההיא עובדא דהוה מזבנה וורשכי דהתם נמי איהי אמרה ליה מעיקרא הב וכששאל לה אי יהיבנה לך וכו' שקלתה ואשתיקה ואי לאו מטעמא דגזל דידה הוא היה לנו לומר דהוו קידושין. הגם הלום ראיתי אחרי רואי פסק לאחד מגדולי חכמי הדור ספק בנדון זה ארבעה ספקות ואע"פ שבאו דבריו בארוכה איני מקבל על עצמי להטפל זולתי בעיקר חלוקי הדין ואף גם זאת בקצרה לאפס פנאי ומה גם כי כבר הארכתי למעניתי בקונטריס שכתבתי בענין החטיפה הביא החכם השלם כמה"ר אברהם מונסון נר"ו ההוא עובדא דהות מזבני וורשכי וכו' ועלה לו מתוך פלפולו לתרץ השמועה לדברי הרשב"א דכתב דכל דאמר בלשון שאלה אע"פ שאינו גזל לא הוו קידושין בשתיקה עד שתאמר הן וכתב דכי אמר רב נחמן יכולה למימר אין שקלי וכו' היינו אפילו לא אמר בלשון שאלה והוא הדין אפי' אינו גזל אי אמר בלשון ושתק' אינה מקודש' ודון מינה ואוקי באתרה בנדון

דידן שאפילו אמר בלשון שאלה ושתקה בדשדיך הוו קידושין והביא ראיה מדברי רש"י שכתב בדשדיך כי שתקה משום דניחא לה הוא הכא נמי כי שתקה בדשדיך משום דניחא לה הוא. ומיהו הריטב"א כתב ומקניא ליה מאי דחטיף מינה וכן כתב הרא"ש.

תשובתי ההיא דרב נחמן לא להרשב"א לבד קשיא דכמה רבוותה כת' דכשאמר לה בשעת נתינה לשון שאלה לאו כלום הוא אלא יש להעמידה דלא סבירא להו כרבינא דהב אשקי שדי הוו קידושין והוא הדין שתקה אי נמי יהיבא לך בניחותה קאמ' כלומר בתנאי שתתקדש לי ומדברי הרמב"ם ז"ל מוכח דאף אם שתק' בששאל לה אינה מקודשת וכן מוכח מדברי התוס' והרשב"א ז"ל חדש דאפילו חזר ואמר בשעת נתינה התקדשי לי אינה מקודשת. ומיהו דוקא כגון שכששאל אי יהיבנא וכו' אמרה הב דמשמע שנדרשה ללא שאלו שהיה לה להשיב הן אבל היכא דמעיקרא לא אמרה לו הב וכששאל שתק' וכשחז' ואמר לה התקדשי לי קבלה בשתיקה מקודשת גמורה הויא שהרי אין כאן גילוי דעת שאינה חפצה להתקדש אבל כששאלה היא מעיקרא ואמרה הב וכששאל לא שתקה אפשר דאפי' חזר ואמר התקדשי לא מקדשה דעל דעת הראשונה קבלה ואף הרשב"א ז"ל יודה בזה ואין לזה מחלוקת ואכתי לדברי הכל קשה בההיא עובדא דוורשכי לימא טעמא משום דעל דעת הראשון הוא דאמרה. ויש לומר דאי שתק' הכי נמי אבל התם עשתה מעשה תיכף ושקלתה בשעת שא"ל מתקדשת לי ואין לך מעשה מוכיח גדול מזה והרב מהר"ר שלמה הכהן ז"ל ס"ב סי' קכ"ח פסק להתיר בטעם זה לבדו אם לא שנסתפק אח"כ בלשון שאמ' אבי הכלה ומה שהשוה דין זה לקדשה בגזל דידה דבשדיך מקודשת לא דמי דהתם אין לנו שום ספק ברצונה דודאי רצונה להתקדש כמו בשאר נשים שמקבלת קידושין שהרי לא אמרה לשון שנסתפק בכוונת' אלא שאין הכסף שלו וכי שדיך אנן סהדי דמחל' גביה אבל הכא דמעיקרא לא ידעי' אם מתרצית בקידושין ואיכא ריעותא ממה שהיא שאלה שלא בתורת קידושין ושידוכין לא מהני לגילוי שרצונה להתקדש ומה שהביא מדברי רש"י שכתב דהתם כי שתקה משום דניחא לה הוא היינו דניחא לה לתת שלה כדי שתתקדש בו כדברי הריטב"א והרא"ש וכן כתבה רש"י ז"ל בהדיא בפרק האיש מקדש וכן הר"ן והרא"ש ז"ל בענין טבעת שאולה כתב כלשון הזה וכולי ולדבריו דכל שלא אמרה לא בעינ' בפירוש כי שדיך אמרינן הא דשתקה משום דניחא לה הוא אם כן גם שתיקה דלאחר מתן מעות נימא בדשדי' דמשום דניחא לה הוא דשתקה והא ליתא כדכתב הר"ן ז"ל וכי היכי דבשתיקה לאחר מתן מעות אמרינן הא דשתקה משום דלא חששה לדבריו גם בשתיקה לאחר שאלה דאמרינן על דעת דבריו הראשונים קבלה בשתיקה ולא חיישה להשיב אע"ג דשדיך אמרינן הכי עד כאן.

הספק השני שלא אמר לי אמר כיון דלענין גזל דידה מהנו שידוכין וכן לעשות השתיקה ברצוי גמור כל שכן שמועיל במקום לי וכולי והרא"ש כתב בתשובה עד הוא הדין דאי מוכח מידי דאית ביה קצת הוכחה הוה מהני עד כאן כ"ש הא דהוי הוכחה גמורה.

תשובה לשון שיועיל שידוכין כי היכי דלהוו ידים מוכיחות נראה לי דלא מהני דבלשון הקידושין הוא דבעינן שיהיה הלשון מוכיח לפני העדים והאשה ולא שיהא מוכיח ממעשה שקדם לו ולא דמי כלל לאהא דמהני גבי נזיר בשנזיר עובר לפניו דהתם כדפרשו שם התוספות והרא"ש דלשון אהא לא יצדק על התענית אלא על הנזירות שהוא שינוי גופו והנזיר עובר לפניו הוי יד מוכיח טפי ומהמקום שהביא עזר הוא כנגדו דאי סלקא דעתיה בדשדיך לא בעי' לי כי פריך בגמ' לימא קסב' שמואל ידי' שא"מ הויין ידים לשני בדשדיך ולא הוה צריך לשבושי ולהוסיף על לשון שמואל בדאמר לי והרא"ש כתב וה"ה דאי הוה מצי לאשכוחי הוכחה קצת היה משני אלא דלא משכח עכ"ל.

ושוב האריך הרחיב לבאר החלוקת ידים מוכיחות.

תשובה עמל הוא בעיני להעתיק כל הדברי' האלו שהרי כל האחרונים ז"ל לא חשו לאותה סברא ושאלו לנתיבות עולם שכבר עשו מעש' כמה גדולים ותשובות מהרי"ק לא סתרי אהדדי. ומה שקשה אהרשב"א מדידיה אדידיה והביא תשובות הריטב"א להרב רבי אליעזר הצרפתי שהיה אומ' דידים שא"מ לא הויין ודאי קידושין אבל ספיקא מיהא הוי מהתוספתא דירושלמי פרק האומר לא הוחזק השליח בעדים הוא אומ' לעצמי קדשתיך והי אומרת לראשון נתקדשי וכו' דמשמע דכששניהם חלוקים על הכוונה דהוו קידושין וכן פרשה הראב"ד בהשגות והריטב"א ז"ל הסכים בזה וכו' ועוד הביא דברי הריב"ש סי' תשע"ה בהריני נותנו לך בתורת קידושין ואמר לא הצהיר דברי הריב"ש כי טעם דבריו שכשידוע שהוא הנותן משלו שייך טעמא דלא שביק וכו' אבל בשאו' תקחי לקידושין אין הוכחה שהוא הנותן ואפשר שאחר נתן לו לקדשה. נמצאת למד דמטעם לא שביק אינש מצוה דרמיא עליה לדבריו בכל אדם אע"ג דלא שדיך הויין ידים מטעם דלא שביק אינש כל שכן הכא דיש שידוכין ולא שביק משודכתו. ואחר כך כתב מכ"ת שאני נדון דידן מההיא דהרא"ש דאמר הריני נותנו לך וכו' תשובתך דגם כן הכא אדיבורא דידה סמיך שאמרה תן לי המנילי"א הנה סמך על משענת קנה רצוץ כי מה שאמרה תן לי המנלי"א לא בתורת קידושין אמרה כן אלא בתורת שהוא שלה ואם יש גילוי מדבריה שהצמיד הוא שלה והלא הוא בא לקדשה בשלה וכשם שיכול לקדשה לעצמו אפשר לקדשה לחבירו. ומה שכתב אי נמי הריב"ש מיירי לעשותם קידושי ודאי לא מוכיח כן מדבריו וכן כתב מהר"י ן' לב שהריב"ש לא אמר אלא שהם קידושי ספק

וכן כתב מהר"ש הכהן חלק שלישי סימן נ"ט. אי נמי דההיא דהריב"ש מיירי לעשותם קידושי ודאי והכא קידושי ספק ואין לומר דיש הפרש בין בתורת קידושין לאו' לקידושין שהרי הביא הריב"ש בסוף דבריו שאמר לשם קידושין.

תמה הוא שהרי הוא עצמו הביא תשובת חכמי פריוויניצייא דבאומר לשם קידושין מסתמא רוצה לומר כדת משה וישראל והיינו שיאמר לי וכך הוא לשם כמו בתורת קידושין אבל טומאלה פור קידושין אינו מוכיח שיהא על נתינה זו תורת קידושין ואולי רוצה לומר בעד קידושין כלו' בתמורת קידושין ואין כאן לשון שתתקדש עתה בה. ומה שהביא מחכמי פריוויניציא שחלקו להחמיר זה היה מעשה בימי אביו של מהר"ר יצחק וכבר העיד הוא שחזר ואמר טעות הם בידי ועוד בההיא לשם קידושין איכא טעמא אחרת עם הספר והוכחה מדברי הרא"ש דכשהיה מדבר עמה על עסקי קידושיה ואמר לה הרי את מקודשת ולא אמר לי לאו כלום הוא.

מה שאמר שתשובות מהר"י קארו ז"ל פליגי אהדדי השני' לאו דידי' היא אלא קיצור דברי מהר"א ן' נחמיאש ז"ל שקצרם לכתוב עליהם ולא אסתייעה ליה וכן ימצא המדקדק בה שגם הביא מדברי הקונטריס אחר למהר"י ח"ן ז"ל והרי בפסקיו בטור א"ה הביא סברא פסוקא בלא מחלוקת.

עוד הביא דברי הרב המגיד מדברי רבינו יעקב באומר אחת מבנותיך וכו' אמר ונדון דידן עדיפא טובא וכו' שוב העתיק כל תשובת מהר"י ן' לב והביא מה שכת' המרדכי בשלהי גיטין שכתב מהריב"ל שחסר מלת לי והרב מהר"י ן' זמרא חלק עליו שאין בה חסרון לי והוא הכריע מתוך התשובה שמיירי דאמר לי משתי הכרעיות ועל מה שהביא ריב"ל מחכמי פריוינצייא הביא הוא שיש חולקי' עליהם כמו הר' נתן והר' מרדכי אביו של הר' יצחק קמחי ובסוף דבריו הביא שתי תשובות ממהר"י קארו ז"ל כו' דלא חייש למאן דאמר ידי' שאינן מוכיחות הויין ידים והשני כתב שיש כמה פוסקים סוברים דהוויין ידים ותירץ דההיא דמיא לדהריב"ש ודוחק ועוד התם השני עדים אומרים שלא אמר לי עד כאן לשונו.

וחזר הדין לטענה השלישי בחילוף דברי העדים שאמר דעבידי אינשי דטעו בין קודם לאחר והביא ראיה ממה שכתבו חכמי פריוינצייא על עד א' העיד שאמר קודם שנתן אין בזה הכחש' שנפרש מה שאמר רוצ' לומר שהתחי' לדבר קודם ולא אמר אלא אחר נתינה וע"א העיד שהתחיל קודם ולא אמר אלא אחר נתינה דעבידי אינשי דלא מצמצמו ולא

מקרי עדות מוכחשת.[26] והר"ש הכהן ז"ל סי' ל"ג כתב באחד אומר אמר לי ואחד אומר לא אמר לי כתב דלא עבידי אינשי למטעי בהכי לפי שנוהגים דנדרי' ושבועו' דייקי' טפי. ואמר דאם תמצא לומר דלא בעינן לי אם הכחשה היא אפי' כנגד מאה עדות מוכחשת הויא ודברי הר"ש הכהן הם במשודך כמו נדון דידן ותפוס עדות השנית שהעידו בלא לי והביא ראיה ממה שכתב מהרשד"ם סימן נ"ד א' העיד שאמר האב תן ואחד העיד שאמר יהיה מה שיהיה דאינ' הכחשה וכן כתב סימן נ"ט אפשר שאינן מכחישים שהראשונים שמעו תיבת לי והאחרונים לא שמעו והביא דברי מהר"ם אלשקר סימן צ"ט שמקבלים מהעדים מה שהושוו מהם כמו שכתב הרשב"א שאם האחד מוסיף על דברי חבירו הוה ליה כזה אומר מנה וזה אומר מאתים שנותן מנה מתוך מאתים עד כאן לשונו.

וא"א במילת' דמקרי הכחשה לא אמרי' שמקבלים מה שהושוו מהם דהא כי הוכחשו בחקירות או בדיקות עדותן בטלה ודברי הרשב"א יהיו במילתא דלא הויא הכחשה אלא תוספת דברים אבל בתיבת לי דשייכא לדין קידושין מקרי הכחשה ולא דמי כל כך לזה אומר מנה וזה אומר מאתים משום דהמנה האחר עדות בפני עצמו הוא ולא שייך עם האח' אבל תיבת לי שייך רעיקר קידושין עד כאן.

הספק הרביעי בענין החרם והביא מ"ש מהר"י קולון שאין כח ביד הקהל להפקיע הקידושין ותמ' עליו שהרי הרשב"א אמר שרשאין בכך ועוד הביא מתשובת רב האי שהתקין רב יהודאי שלא יקדשו אלא כסדר בכתובה וחתימת עדים וברכת אירוסין וכל שאינו עושה כסדר הזה אין חוששין לקידושיו. עוד יש טעם בפיסול העדים כמו שכתב מהרשד"ם ואע"פ שכולהו רבוותא לא אמר' דטעם פיסול העדים התם מיירי שלא הוזמנו לכך או שלא כללו את העדים בכלל החרם ומטעם זה בנדון דידן לא יפסלו העדים אי נמי שכחו ועתה נזכרו.

ואני לא ידעתי כיצד צייר דשייך הכא לומר שלא הוזמנו שהרי בפי' אמר אהרן כהן שהזמינו ללכת להיות עד בקידושין וקודם דבר על ענין הקידושין שאמר רסיב"י לאס פור קידושין ולא הלכו להם.

ויש להקשות לדברי מהר"י בירב ולספק שנסתפק הרב מהר"א דוראן ז"ל מההיא דפרק השולח גבי אם בטלו מבוטל דאם לא כן מה כח בית דין יפה ופסי' רב נחמן הלכה כרבי דאמ' אם בטלו אינו מבוטל ופרכינן ולית ליה לרב נחמן מה כח ב"ד יפה והאמ'

[26] כתב הרמ"ה בטור סי' ר"ן אם קדש אשה תחלה ואמר לאחר' הפנויה תהא מקודש' חוששין לקידושיו אלמא אע"פ שקדש לו אש' אפשר לקחת לו אחרת והרב מהרי"ק רצה לתת טעם ובחנם דחק וטעמא משום דלשון דתהא קאי על גוף האדם כדכת' הרא"ש ז"ל במקבל מתנ' שאמ' לאח' שבא' במתנה לידו אי אפשי בו אמרי' דשותק ולבסוף צווח מספק' לן אי אמרי' הוכי' סופו על תחלתו שייך לחטף סלע מידה ושתקה ולבסוף תבע' לענין קידושין.

רב נחמן וכו' ומשני הת' ממונא הכא איסורא אלמא גבי איסור' לא אמרי' מה כח ב"ד יפה וגם אין לומ' מה הועילו בתקנתם דהועילו שלא יזדקק להם ב"ד ולא עדים על כך וכן לענין החרם הועילו דשרי למקרי עבריינא כדאמרינן רב מנגיד אמאן דמקדש בלא שידוכי ואמאן דמקדש בשוקא.

ומה שהביא החכם השלם כמהר"ר משה הלוי נר"ו ראיה לדבריו מדברי רש"י ז"ל בפרק האיש מקדש גבי סבלונות פירש רש"י אם שדכה תחלה אנו חוששין שמא שלחם לשם קידושין וכת' התוס' לכך נקט בלשונו שידך דאם לא כן לא הוו קידושין דמנה ידעה וקשה להר"ם נר"ו אלמא סביר' ליה לרש"י דכל ששדך ונתן לה שום דבר הוה ליה כמדבר עמה ע"ע קידושין ואע"ג דבעינן שיהיו עסוקים באותו ענין היינו לענין קידושי ודאי אבל מ"מ חשש קידושין איכא כדכתב הרא"ש לשיטת רש"י ז"ל נ"ל שאין זה כלום דא"כ לא הנחת בת לאברהם אבינו שנשתדכה באלו הקניינים הנהוגים שלא תהא צריכה גט וחליצה שהרי המנהג הוא לשדך ואחר כך שולחים כמה מתנות בשבתות ובמועדים לדבריו חשש קידושין יש בהם וח"ו שפקפק אדם בזה מעולם אלא התם משום דבההוא אהבה רובה מקדשי והדר מסבלי הילכך אותם הסבלונות סתמן כפירושן דודאי לשם קידושין שלחם שאם לא כן לא הי' שולח סבלונות אבל בכל הני דוכתי דלא חיישי' לסבלונות דנהיגי דמשדכי ומסבלי ואינן מקדשין אלא בשעת החופה אין חוששין לאותם הסבלונות והמתנו' דלשם סבלונות שדרינהו ולא לשם קידושין וכל שלא אמ' בהם לשון המועיל לא מהנו כלל הואיל והוזקקנו לכתוב בדברי' ברורים כאלה אי אפש' לפטור עצמי בלא ראיה דלדבריו ההיא דקדש בצפיתה דאסא וכו' דמסקינן דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום היא השתא נתן לה קידושין ולא פירש איכא למיחש לקידושין בדשדיך אמר לה לאחר נתינה מבעיא והתם בדשדיך מיירי שהרי קדשה בראשונה בצפיתה דאסא וכן כתבה הר"ן ז"ל דמיירי אפילו בדשדיך אלא נראה דלא קשה מידי דודאי אי שתקה הכי נמי דאדיבורא קמא סמכה אבל התם עשת' מעשה תיכף ושקלתה בשעת שאמר לה אי יהבינא לך מקדשת לי ואין לך הוכחה גדולה מקבל' הקידושין וע"כ לא דייקי' מדברי הרמב"ם והטור דשתיקה לאו כלום היא אלא בשלא עשתה מעשה שיורה על תשובת שאלתו ומה ששתק' היינו דלא חיישא להשיבו הוא וכי הדר יהיב לה בשתיק' והיא קבלת' בשתיק' אין הוכח' מקבלתה שהרי לא אמר לה שתקבלנו בתורת קידושין והיא קבלתו אדעתה דמעיקרא דיקא נמי דבכל הנהו דבריש פרקין וראיה מאותה תוספתא שהביא הרא"ש בפר' קמא זה אומר במנה וזה אומר במאתים והלך זה לביתו וזה לביתו

אם האיש תבע את האשה יעשו דברי האש' אם האשה תבעה את האיש יעשו דברי האיש נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

קל"ט

שאלה בפנינו בית דין חותמי מטה בא רבי משה אלכחיל יצ"ו ואחר האיום והגזום הגיד שהיה בא עמו מנגן בלבד שמו רפאל ושניהם נטבעו והוא יצא לאור ששט על פני המים וראה את רפאל הנז' שהיה נחנק בתוך המים ואח"כ נטבע ולא ראהו ולראיה חתמנו שמותינו פה ביום ד' ה' לאייר הש"ע בקושטנדינה וקים, אברהם מונסון, דוד המון, בפנינו ב"ד ח"מ בא ר' יצחק גיפרייאו"טי יצ"ו ואחר האיום והגזום הגיד שגוי אחד אמר לו תקנה קמיעה זאת ממני ואמרתי לו כיצד בא לידך ואמר ששני מנגנים שיצא מקושטנדינה בספינה ונטבעו בים באמ"באר הסמוך לקושטנדינה ואמר הגוי כי לא היו בספינה כי אם שני מנגנים הללו ישראלים והאח' הי הקמיע בזרועו ואחר כך ראהו כשפלטו הים הא' שנטבע והכירו שהיה אחד מהמנגנים הנז' ונטל מעליו הקמיע הנז' שהית' קשורה בזרועו ופתחו אותה והיה כתוב בה שם המנגן הנז' רפאל בן אליגריאה ולכן חתמנו שמותינו פה ביום ד' ה' לאייר הש"ע וקים אברהם מונסון יהודה ביגא בנימין אטאם:

תשובה בעדות רבי משה אלכחיל יצאתה אשה זו מחזקת אשת איש מן התורה אלא שלא ביחנו דברי העד אם שהה עליו כדי שתצא נפשו והלשון שבא במעשה בית דין שראה את רפאל כשהיה נחנק בתוך המים ואח' כן נטבע ולא ראהו אפשר שעד זמן שטבע ראהו ומשנטבע לא ראהו לפי שפנה דעתו ממנו ואפש' שהיה צופה בו ולא ראהו והיינו מסתמא כשיעור יציאת הנפש אלא שהיה להם לפרש ולא ראהו עוד שיובן שלא הית' הסבה ממנו עוד לא נתבאר בקבלת עדותו אם זה רבי משה אלכחיל היה מכירו לרפאל זה ויכול להכירו לאחרים שהרי לא הזכיר שם אביו ומתוך עדות האחת אני מבין שהיה מכירו לפי שהזכירו ששני מנגני' היו ואמרי אינשי מכתבא גלילא בזע רגלה דחבריה ידע והיא מותרת מן התור' אע"פ שלא הזכי' שם אביו ונפק' מינה שאם נסתפ' שום ספ' בשרייתא לא נעמידנ' בחזק' איסור מן התור' שהרי יצתה מחזק' איסור ומעתה צריך לבאר אם בעדות רבי יצחק גיפריוטי תהא אשה זו מותרת להנשא לכתחילה כיון שאמר הגוי מל"ת ששני מנגנים שיצאו מקושטנדינה בספינה ונטבעו בים באמ"באר ולא היו בספינה כי אם שני מנגנים הללו ישראלים ואח"כ ראהו כשפלטו הים הא' שנטבע והכירו שהיה אחד מהמנגנים הנז' נראה שמכירו היה לשעבר בחיים בתוך הספינה וידע שזה שמצא מת הוא הישראל שהיה בא בספינה ולא היו שם אלא שני ישראלים

האחד חי. ואם באנו לחוש דבמים או מלחמה איכא למיחש דאמרי בדדמי וצרי' שיאמ' קברתיו ממש הרי כתב הר"ן ז"ל הוו זהירים בדבר דלא בעינן שיאמר וקברתיו אלא כל שאמר דברים שהם ברורים שאין לספק בהם שאמר בדדמי סגי כגון דאמר אני נגעתי בו לאחר שמת או שניתיו ממקום למקום וכיוצא באלו כדאמרינן בהאשה שלום כגון דאמרי ואסקונהו קמן וחזרנוהו לאלתר וכן כתב הריב"ש ז"ל דאע"ג בהכרתיו לבד לא סגי במלחמה או במים כל שנתעסק בטלטול ולא היה נודד כנף ופוצה פה ומצפצף ליכא למיח' למידי דכיון שנתעסקו בו הכירוהו וליכא למיחש שאמר בדדמי וגם ליכא למיח' שלא מת אלא דמחו לי' בגירא ורומחא או שהמים בלבלהו שהרי נתעסקו בו וראו בטוב שמת אלו דבריו ז"ל ובנדון דידן כיון שנטל מעליו הקמיע הרי נתעסק והוה ליה כמו אסקנוהו קמן ולא חיישינן בדדמי אבל לא נתברר בקבלת עדות בפירוש אם כשראהו הגוי היה באותה שעה שפלטו הים תיכף דהא אמרינן דאם משתהי מתפח תפח ואין יכולים להעיד עליו אברא שהלשון שכתו' במעשה בית דין ואחר כך ראהו כשפלטו הים והכירו משמע שהוא ראה הפליטה עצמה מדלא כתבו ואחר כך כשפלטו הים ראהו והכירו אלא שאין סומכין על לשון זה דשמא כוונתם לומר ואחר כך ראהו ופרושי קמפרש אימתי ראהו כשפלטו הים לאפוקי שלא היתה הראיה כשהוא צף על פני המים מדלא כתבו ואחר כך ראה שפלטו הים אלא הכי קאמר ואחר כך כשפלטו ראהו כדאמרינן בפרק עשרה יוחסין דיש מוקדם שהו' מאוחר כדמייתי בברייתא דשלשים ושתים מידות שהגדה נדרשת בהם. ונר אלהי"ם טרם יכבה ושמואל שוכב בהיכל ה' דבהיכל ה' מוסב על נר אלהי"ם שהרי אין ישיבה בעזרה וכל שכן שכיבה והכי נמי אשכחן והנה איל אחר דאחר קאי אוירא כדתרגם אנקלוס וכדפירש רש"י וכמוהו במלכים הוא החדש השני למלוך שלמה על ישראל דלמלוך מוסיף על השנה הרביעי' ובתוספתא דסוטה שנינו בלכתך היום מעמדי ומצאת שני אנשים עם קבורת רחל בגבול בנימין בצלצח והלא בגבול יהודה נקברה רחל אלא בגבול בנימין מוסב על ומצאת עכשיו הם על קבורת רחל ואת מוצא אותם בגבול בנימין בצלצח. ואפשר לחזור ולברר הדבר מפי השלשה שנזדמנו בית דין על כך. וכל שלא ביאר הגוי ולא ידע אם היה זה באותה שעה שפלטו הים או אם שהה זמן ספיקא הוי ואזלינן לחומרא דלענין מה שאמרו אין מעידים לאחר שלשה ימים נחלקו הראשונים נוחי נפש שהתוספות והרא"ש ז"ל בשם רבינו תם כתבו דהיכא שאין ידוע מתי נהרג אין לתלות אלא בתוך שלשה ימים דוקא וכן פסק מהר"ם ז"ל בתשובה כסברת רבינו תם ז"ל והרב המגיד בסוף ההלכות הביא משם הרשב"א ז"ל דהיכא דאשכחנא ואשתמודע ולא ידעינן אי הוי בתוך שלשה

או אחר שלשה איכא למימר דאין מעידים עליו דהוה ליה ספיקא דאוריית' לחומרא ואיכא למימר כיון שמכירין אותו חזקה שהוא זה אלא דחשו רבנן ודוקא שנודע שעברו שלשה ימים וכל ספקא חששא דרבנן ולקולא ולישנא דמתני' מכרע' לחומרא דקתני אין מעידין אלא עד שלשה ימים ולא קתני כל שעברו עליו שלשה ימים אין מעידין עליו והניח הדבר בצריך תלמוד.

איברא שראיתי בספר המשנה מוגהת על טהרת הקדש ביד מה"רר יוסף אשכנזי זלה"ה דהכי גרסינן אין מעידין לאחר שלשה ימים ושוב מצאתיה בנסחה של הירושלמי דמשמע דבברי לאחר שלשה אין מעידין הא סתמא מעידין ושמא אילו היתה נסחה זו לפני הרשב"א ז"ל לא היה מכריע להחמיר ואפשר שהרשב"א ז"ל הוקש' לו מן המשנה דקתני אין מעידין אלא עד וכולי דמשמע דאעדות קאי והלא כל שראו אותו בתוך שלש מעידין עליו לאחר כמה ימים מכל מקום כפי נסח' זו לא סלקא דיוקא שפיר ומדברי א"ז שהביא הרא"ש ז"ל שרבינו תם כתב בתשובתו דהא דקתני אין מעידין לאחר שלש' ימים לא קאי וכו' משמע שכן היתה נסחה שלו במשנה ועוד מצאתי בויקרא רבה פ' י"ח עד ג' ימי' תוקפו של אבל קיים למה שצורת הפנים נכרת דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ואין מעידין לאחר ג' ימים ע"כ ואילו ראה הרשב"א ז"ל שהנוסחה כן לא היה מצריך הדבר תלמוד וכבר פשט המנהג להתי' בזה כמ"ש מהר"י ן' לב ז"ל בח"א סי' ז' ומיהו בנפל מן הים שיש ספק אם שהה יש להחמיר טובא. דאיכא למימר דספיקה דאוריית' היא שאף ר"ת יודה בכך כמו שכתב הר"ן בתשובה שאפילו לדברי התוס' שאמרו דתלי' בתוך שלשה ימים הני מילי לשיעור שלשה ימים דמסתמא אי לאחר שלשה היה כבר היה ניכר לעין ויותר קרוב לתלותו בתוך ג' מלאחר ג' אבל בנפלט מן הים שאין שיעורו אלא שעה א' בלבד מן הסתם אין לתלות ולומר שתוך אותה שעה ראהו שיותר מצוי ששהה שם יותר משעה א' עכ"ל והריב"ש כת' דבספק אשתהי ספקא דאורייתא הוי כמו ב' אומרים מת ושני' אומרים לא מת שאם נשאת תצא. אלא שיש כאן ספק אחר שלא נתבאר בעדות אם כשראה העכו"ם הזה מת ביבשה זה היה מעשה תוך שלשה ימים לטביעתו ואף על פי שכתב הרב המגיד משם הרמב"ן והרשב"א דבדין אשתהי אין הפרש בין תוך שלשה לאחר שלשה דכיון דנפל למים אם העלוהו ואשתהי מתפח תפח הרי הריב"ש ז"ל נסתפק בדבר וכתב שיש לחלק ולומר דהא דבעינן דחזינהו בשעתיה לא נאמר אלא במי ששהה במים אחר מותו יותר משלשה וכו' אבל מי שלא עמד שלש ימים אחר מותו אפשר דלא אמרי' ביה מתפח תפח אלא לעולם מעידים עליו עד שימלאו לו שלשת ימים מעת מותו וכתב שאף לשון הרמב"ם ז"ל אפשר לפרש

כן אלא שהרמב"ן והרשב"א כתב בפשיטות להחמיר ובזה היה ראוי לומר שאין ספיקו של הריב"ש מוציא מידי ודאי של הרמב"ן והרשב"א אלא שאני מוצא שמלשון נמוקי יוסף יש לדקדק דס"ל דתוך שלשה ימים יכולים להעיד עליו שכתב וזה לשונו והני מילי היכא דאסקוה וכולי זה הלשון מוכיח שלא שהה כלל אחר שהיה ביבשה אם שהה במים שלשה ימים ושהה אפילו שעה אחת אין מעידין עליו עד כאן ובלשון הזה כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו אם שהה במים שלשה ימים ושהה אפילו שעה אחת וכו' והרי כאן ספק אחד.

ותו איכא ספיקא אחריתי שכתב רבינו תם דהא דאמרינן אין מעידין אלא עד ג' ימים איברא דלעיל קאי דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ואההוא דיוקא קאמר אבל יש לו שפתים וסנטר מעידין אפילו לאחר כמה ימים אם מכירין אותו ועוד אמר דוקא כשאין שם אלא הפרצוף אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וסנטר ניכר הוא היטב ע"י סימני הגוף. ועוד דשמא דוקא בסימנים הוא דקאמר הכי אבל ע"י טביעות עיין ניכר היטב כיון שיש כל גופו שלם אפילו לאחר כמה ימים אלא שהאחרונים ז"ל לא נראו להם דברי ר"ת כמו שכתב הריט"בא ז"ל בחידושיו וכתבו התוספו' דנהגו האידנא להתיר נשי אנשים שטבעו על ידי הכרה בטביעות עין בלא סימנים ואפשר דמיירי הכא בשלא נמצא הגוף שלם דאכלוהו כוורי ולא נשאר מהם אלא מה ששנוי במשנה פרצוף פנים עם החוטם אבל אם גופן שלם מכירין אותו ואפילו אחר כמה ימים מהני טביע' עין וכן פירש רבינו תם לקמן גבי אין מעידים אלא לאחר שלשה ימים וגם הרא"ש ז"ל בהלכותיו כתב ככל דברי התו' האלה אלא שסיים ואמר ולמאי דפרישית שיש חלוק בין אותם שראו הטביע' לאחרים ניחא עד כאן לשונו נראה שהרא"ש ז"ל מסופק בטעם מה שנהגו להתיר על ידי טביעות עין אפילו אחר כמה ימים אי הוי מטעם שגופו שלם כדכתב התוס' או מטעם דאותם שלא ראו הטביעה יכולים להעיד אפילו לאחר כמה ימים כיון שמכירין אותו בטביעות עין שכן כתבו כמה מפרשי' ז"ל וראיתי לרבינו הרא"ם ז"ל בתשובה סימן ט"ל בספק השני שנסתפק השואל אם היום שנמצא מוטל על שפת הים יש עשרה ימים לטביעתו אם יש לחוש משום שינוי צורתו או אם יש לחוש שמא קודם שמצא אותו כבר הועלה מן הים יום או יומים והשיב הרב ז"ל בזה דאין לחוש להכי אלא אנו תולים לומר שבאותו העת הועלה ומעידים עליו והביא מה שהביא באור זרוע הגדול תשובת רבינו תם דהא דקתני אין מעידים לאח' שלשה ימי' לא קאי אאם ידוע וניכר בחייו למכירו דההיא אפילו לאחר מאה ימים נמי מהני והביא ראיה מרב יהודאי גאון שכתב דבטביעת עין גמור שישנו ראשו ורובו שלם מעידין אפילו

לזמן מרובה וכן כתב הטור שאפילו אם היה ביבשה אם אינו חבול בפניו מעידין עליו לעולם וסיים דאפילו היה ידוע שהועלה כבר זה יום או יומים מעידין עליו כ"ש בשלא ידעו מתי הועלה שאנו תולים שעתה עלה ומעידי' עליו עכ"ד ז"ל ותמה בעיני דמה ראה הרב ז"ל לסמוך על העתקת א"ז תשובת ר"ת והלא לא הודו לו לר"ת סיעת האחרוני' ז"ל כמו שכתב הריטב"א בחידושיו מכמה ראיות לא נתחוורו דברי ר"ת בעיני רבותיו ונ"י כתב שאין דברי ר"ת מחוורין בעיני הרשב"א והרא"ה והרי"טבא ועוד תימה במה שכת' בשאין ידוע אימתי הועל' מן המים מה ראה לתלו' להקל והלא בג' ימים ביבש' כת' הרמב"ן והרש"בא ושאר רבוות' דספיקא דאוריית' היא ואם נשאת תצא בשעה קלא דים לא כל שכן שנתלה להחמיר דמסתמא לא כיון באותה שעה שיצא מן הים והרי כתב הר"ן ז"ל שאפילו התוספות שכתבו בשלשה ימים שיש לתלות להקל בנפלט מן הים שאין שיעורו אלא זמן מועט תלינן להחמיר כדהבאתי דבריו לעיל אם לא שנאמר שהרא"ם ז"ל לא הקיל בדבר בהצטרפות שני הדברים שגופו שלם וניכר בטביעות עינא כדכתב רבינו תם וגם שלא ראו הטביעה דממה נפשך יצא הדב' להית' ע"כ. (הפסק שהתירו הלכה למעשה כמו שכת' התוס' והרא"ש) אמנם דבנדון דידן מוכח שזה הגוי ידע הטביעה שהרי אמר כי לא היו בספינה כי אם שני מנגנים הללו והאחד היה לו קמיע בזרועו נראה שהיה עמהם וידע שטבעו. ובזה יש להסתפק אפילו בישראל אם יועיל הכרה בטביעות עין לאלתר בלא סימנים דאמרי' בגמר' דאמרי אסקוהו קמן וחזנוהו לאלתר וקאמר סימנין דעלייהו סמכינן ופרש"י דקאמרי סימנין דאי לאו סימנין חיישינן דילמא אחרים נינהו לפי שהמים משנים צורת הפני' ואינם ניכרים כל כך ויש לחוש בה דילמא בדדמי הוא דקאמר וכת' הרא"ש משם ר"י הא דבעי' הכא סי' ולא סגי בטביעו' עין לחודי' היינו משום דראו הטביע' ואמרו בדדמי וכן כתב הרז"ה ז"ל ובטור סימן י"ז פסק כן הרא"ש דכשראהו העד שנפל לים אינו נאמן אלא אם כן ראהו מיד ומכירו על ידי סימנים. ומיהו הרא"ם ז"ל באותה תשובה הביא משם אור זרוע שרבי יצחק ורבינו מנחם ורבי אליעזר ורבי קלונימוס מפרשים ההלכה בענין אחר דהא דקאמר אסקוהו קמן וחזרנוהו לאלתר וקאמרי סימנים או או קא' דומיא דמתניתין בפרק כל הגט מצאו בחפיס' או בדלוסמקא ומכירו כשר ופירש רש"י או מכירו הכא נמי הכי קאמר או קאמרי סימנים עד כאן דבריו. ועוד לפי מה שפירש הריטב"א בשם רבו הרא"ז ז"ל לא בעינן סימנים עם טביעות עינא שהוא פירש דהכי קאמר כגון שהעלוהו לאלתר בפנינו ובאו הנשים ואמרו לנו קודם מכאן אותם התלמידי חכמים יש להם סימן פלוני ופלוני שהם

סימן מובהק ומצאנו לאנשים האלו בדבריהם דכי האי ודאי מהימני משום דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנין.

והנה ראיתי לרב המובהק כמהר"י ן' לב ז"ל בתשובתו הראשונה שהביא ענייני חששות אלו שיש לחוש אם לא ראהו בשעתו וגם אי בעינן שיכירוהו על ידי סימנין והעלה בסוף דבריו שאם היה העד הראשון לפנינו היה צריך לחקרו ולדורשו בחששות אלו אבל היכא שהוא עד מפי עד תלינן להקל שהעד הראשון הכיר היכרא מעלייתא ובאותה שעה פלטו מן הים והביא ראיה ממה שכתב תרומת הדשן סימן רל"ט דהיכא דהגוי האחרון לא באר דבריו אם הראשון ספר מעצמו או על ידי שאלה לא תלינן להחמיר ולו' ע"י שאלה ספר ע"כ. ואני בעניי איני רוא' סברא להקל בשומעים מפי עד שני מכשומעים מפי עד ראשון ולא ביאר דבריו ולא הספקנו לחקרו על זה דמה לי לא ביאר דבריו ומה לי שהוא עצמו מסופק שלא ידע אם בתוך שלשה או אחר שלשה דכי היכי דבאינו יודע הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא גם בשלא הספקנו לחקרו ולא פירוש ספיקא הוי וגם כשהעד השני לא הספיק לחקור את הראשון מידי ספיקא לא נפיק ואוקי אתתא אחזקתה ואוקי גברא בחזקת שהוא קיים ואם אתה תולה להקל בעד השומע מפי הראשון אף כשהעד הראשון בא לפנינו ולא הספקנו לחקרו ותלה שאם היינו בודקים אותו היה משיב ואם חקרנו אותו ואמר שלא ידע ותלה להקל דבתוך שלשה היה ואותה שהביא ממהר"ר אסרלן בתרומת הדשן דתלינן להקל שהגוי הראשון ספר לפי תומו ההיא אף כשהיה הגוי לפנינו ואנו מסופקים אם כוונתו למרמי אימתא או להתפארות לא תלינן להחמיר כמו שהביא מתשובת מהר"ם דבאומר הגוי הרגתי את פלוני לא אמרינן למירמי אימתא קעביד אלא אם כן מוכח מדבריו והוא הדין בשאר אמתלאות וכן הדבר כשאומר ששמע מפי גוי אחד סתמא לאו על ידי שאלה הוא ומה שכתב שאפילו הריב"ש דלא שרי בגוי מפי נכרי לאו דחיישינן שלא אמר במסיח לפי תומו אלא משום דחידוש הוא כבר הוכחתי מדברי הריב"ש דטעמא משום דחיישי שלא אמר במסיח לפי תומו מפני שאין הנכרי בקי להכיר דברי חבירו אם הם מסיח לפי תומו ומה שכתב דחידוש הוא ביארתי שם אבל בדבר שסתמו להחמיר כגון הא דאשתהי דבשלא פירש אזלינן לחומרא לא מפני שנעתקה העדות מפה אל פה יפה כחה ואכתי בספיקא קמייתא קאי כל שכן בענין חזיוה בשעתיה שכתב הר"ן ז"ל דמן הסתם אין לתלות שנזדמן שם באותה שעה שעלה וגם לענין שאנו יודעים שהגוי ידע מן הטביעה דאז לא מהמנינן ליה בלא שיתן סימנים כשבא אחר והעיד בשמו דמה כחו גדול להתירה בלא סימנין דאמרינן דאנן לאו עליה דעד אחד סמכינן אלא אסימנים סמכינן והא ליתנהו. והוא הרב ז"ל הולך לשיטתו

שפתח פתח לעצמו מאותה שכתב הרמב"ם בעד שאמר שמעתי שמת פלוני וכולי כשר לעדות אשה ומשיאין על פיו אבל אם אמר העד אני ראיתיו שואלין אותו היאך אתה יודע וממנה למד הרב בכל מקום שצריך העד לומר קברתיו כגון במלחמה או במים כשהוא עד מפי עד עדיף מגברא דאתי מחמתיה שלא יצטרך לומר קברתיו כמו שנמצא לו בספר ראשון סימן ט' וזה שנים רבות כתבתי על יסוד זה אשר מקצת המורים בנו בשמים מעלותם ועתה מקרוב מצאתי לי רב מאיר עינים הרב המופלא מהר"ר אליהו בן חיים ז"ל העמיק הרחיב בביאור הענין כמו שיראה הרואה בסימן ס"ט הילכך איני רואה לסמוך למעשה על דבר זה גם הרב מהר"ם אלשקר בסימן כ"ו העלה כן דאף השומע בעינן דידע אי לא אישתהי וע"ש.

אבל נראה להורות היתר בעזובה ועצובת רוח האשה הזאת מחמת הקמיע שמצא עליו וכתוב בה שמו ושם אמו רפאל בן אליגריא דאפילו תימא סימנין דרבנן בסימנין מובהקין אתתא שריא כדכתבו התוס' בפרק האשה שלום וכבר האריך הרב רבינו מהרי"ק ז"ל סימן י"ז לבאר דאף הרי"ף והרא"ש שפסקו כלישנא בתרא דרבא בסימנים דרבנן מכל מקום בסימנים מובהקין מנסבינן לה. והביא שם מה שכתב נמוקי יוסף בסוף יבמות והכי הלכתא שמעידין בסימן מובהק בין בגופו בין בכליו וכו' ומתני' דהכא מיירי בשאינו סימן מובהק כגון ארוך וגוץ וכליו בחיורי וסומקי עד כאן וגם הר"ן ז"ל כתב בפרק שני דמציעא יש מי שאומר דלמסקנא לא חיישינן לשאלה כלל אפילו ממשאיל לשואל דכי משנינן עליו בחוורי וסומקי הדרינן מפירוקה דחיישינן לשאלה לגמרי ולפי זה בסימנים מובהקים וכליו מעידין לכולי עלמא ורבינו הרב מהרי"ק ז"ל כתב ודברים אלו לאו דסמכא אינון כיון שהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ובעל העיטור שהם עמודי ההורא' חולקים עליהם ולא ידעתי מה ראה הרב ז"ל בדברי הראשונים שחולקים על זה כי מה שפסקו הראשונים ז"ל דסימנים דרבנן היינו למעוטי סימנים שאין מובהקים כל כך כמו שביאר הרב ז"ל שם אבל סימנים מובהקים לכולי עלמא מהנו ומה שתמה הרב מהרי"ק ז"ל על הרי"ף והרא"ש למה השמיטו ולא הביאו דסימנים מובהקים סמכינן עלייהו ודחק להביא מקומות שסמכו עליהם שהותר מכללם. ולי לאו מכללא איתמר אלא בפירוש אתמר שהם הביאו פלוגתא דרבי אלעזר בן דהבאי בשומא ואמר' דרבנן סברי שומא לא הוי סימן מובהק ורבי אלעזר סבר שומא הוי סימן מובהק אלמא לכולי עלמא אסימנין מובהקין סמכינן. ומעתה כיון דמתניתין דקתני אף על פי שיש לו סימנים בגופו או בכליו לא מתניא אסימנים מובהקי' א"כ בסימנים מובהקים בין בכליו בין בגופו מעידים והשתא אתי שפיר הא דכתב הטור שם סי' ל' אם אין מכירין אותו בטביעת עין אע"פ שיש

לו סימנים בכליו וגופו אין סומכין עליהם אם אינם מובהקים משמע דאם היו מובהקים בין בגופו בין בכליו סמכינן עלייהו. אלא שהרב מהר"י קארו ז"ל גייז ליה לדבוריה ופסיק להו בסכינא חריפא שכתב עליו דהאי אם אינם מובהקים דקאמר אסימנין דגופא קאמר אבל אסימנין דכליו אפילו מובהקים לאו כלום הוא ואזדא לטעמי' שהוא סבור כדעתם של הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דבסימני כלים אין מעידי' ואין משמעות דברי הטור כדבריו וגם אין לומר שהר"ן ונמוקי יוסף חולקים על הרי"ף והרמב"ם בלא טעם ובלא הבאת דבריהם וסתירתם ומדברי התוספות שם מוכח כן שכתבו בסוף דבריהם ומיהו למסקנא דלא חיישינן לשאלה אפילו באיסור עד כאן וכן מצאתי להריטב"א ז"ל בחידושיו שכתב כליו בחוורי וסומקי פירוש ולעולם לא חיישינן לשאלה וכן הלכתא דלשאלה לא חיישינן אלא שמצאתי להרא"ש בתשובת שאלה שכתב על שהכירו הבתי שוקיים שלו דחיישינן לשאלה.

ובר מן דין אפילו תימא חיישינן לשאלה הכא ליכא למיחש שאין דרך להשאיל קמיע שלו לאחרים כיון דנטירתי' דידיה הוא לא שביק אניש נפשיה ויהיב לאחרים ועדיפא טובא מהא דאמרינן בגמרא ופרכינן אי חיישינן לשאלה חומר בסימני אוכף היכי מהדרינן ומשנינן לא שיילי אינשי אוכפה דמסקיב לחמריה ואמרי' נמי התם טבעת חייש לזיופא כיס וארנקי מכחשי אינשי ולא מושלי כל שכן קמיע דקפדי אינשי שלא לשמטו מעליהם אפילו שעה אחד ומלשון המעשה בית דין מוכיח שהגוי ראה אותו בספינה שהיה הקמיע עליו כנראה שהוא היה עמהם בספינה ובשע' שטבע היתה עליו הקמיע וליכא למיחש לשאלה ואף על פי שהגוי ראה בתחילה הקמיע בזרוע אין זה סימן שנוכל לסמוך עליו דהא ידע ליה מכל מקום על הכתיבה שבפנים סמכינן שכתוב בה שמו ושם אמו אין לך סימן מובהק גדול מזה. ועוד נראה דלא חיישינן לשאלה משום דלא מהני ליה לאידך מידי כיון שהיא כתובה על שמו של זה. והא דאמרי' בפרק במה אשה אתמחי גברא ואתמחי קמיעא כגון דאתסי תלתא בני אדם התם שלשה קמיעין היו לשלשה בני אדם וכולם ענין אחד. אי נמי התם הוי לחש שמועיל לכל מי שישאנו אבל זה שמזכיר שמו ושם אמו אינו מועיל אלא לשם האיש ההוא כדאשכחן בכמה לחשים שצריך לזכור בהם שמו של זה כגון ההיא דפרק קמא דעבודה זרה גבי סכנת שברירי פלניא בר פלניתא אמרה לי אם אזדהר משברירי ברירי וכו' וכן בכמה עובדי דמייתי בפר' ע"פ ומדקדקין לכתוב שם אמו לפי שהיא ודאית טפי מהאב וכיצד יועיל לאחרים הילכך ליתיה בשאלה.

ואין לפקפק עוד מאותה שהביא מהר"ר אסרלן ז"ל בתרומת הדשן סי' משם רבינו שמחה ורבינו נתן דאין מסיח לפי תומו נאמן אלא כשאמר נהרג או מת משום דלא צריך טביעות עין אבל מצאתי פלוני הרוג עם סימנים היכא דאיכא למיחש דילמא אחר הוא וצריך טביעות עין וכל תביעת עין צריך עיון וטעם זה במל"ת שאין דעתו להעיד אלא שאומר אותו ממילא לא סמכינן עליה. ונסתפק הרב בעל תרומת הדשן בזה אי מיירי בסימנים שאינן מובהקים שצריך עיון או אפילו בסימנים מובהקים וכגון שהגוי הכיר אותו כבר בחייו ועכשיו שנמצא הרוג נסתפק והכירו ע"י סימנים וטביעת עין דילמא לא נתן עיניו לדקדק יפה אותם סימני' מובהקי' ומכוונים ממש אלו דבריו אלא הקמיע שמצא והוא לא היה יודע מה היה כתוב בתוכו ונמצא כתוב בה שמו ושם אמו בהא ליכא למיחש שהגוי לא דקדק דאהא סמכינן. והנני עומד על הפרק ללכת לדרכי לא אוכל לשוב לדקדק ולבדוק בספרי הפוסקים ובעלי התשובות בעניינים אלו ובדבר הסימנים לא מלאני לבי להורות למעשה אחר שבב"י הרב מהר"י קארו ז"ל כתב מה שכתב וצריך אני לחזור ולעיין בדבר לירד לסוף דעתו. אבל מה שאני סומך למעשה בהיתר עניה זו אם יסכימו הרבנים בעלי ההוראה שיחיו לפי מה שביאר עדותו הר' משה אלכחיל שזה רפאל הוא בעלה של ביינוינידה זו וגם העיד שעמד עליו כדי שתצא נפשו הרי יצאתה אשה זו מחזקת אשת איש מן התורה שאין להעמידה בחזקת איסור ודיינו שנעמוד במה שהורו היתר רבותינו הרא"ם והריב"ל ז"ל אפי' עומדת בחזקת אשת איש כל שכן בזו שאפילו המחמיר בספק אשתהי ובספק שלשה ימים ובאותם שראו הטביעה היינו משום דכל דאיכא למיחש בעדות אשה אוקמה אחזקתה אבל זו שיצאתה מחזקת אשת איש מן התורה כולי עלמא מודו דתלינן להקל. והנראה לעניות דעתי כתבתי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

זה נוסח טופס קבלת עדות ר' משה אלכחיל שניה.

במותב תלתא כחדא בבי דינא הוינא כד אתא קדמנא היקר כ"ר משה אל כחיל יצ"ו וחזרתי לחקרו על העדות שהעיד בפני ב"ד על טביעת רפאל שנטבע ביציאתו מקושטנטינה אצל האמ' באר והיה עמו זה כה"ר משה אל כחיל יצ"ו שאלנו לו אם היה מכיר את רפאל הנז' מי היה ואמ' לנו שמכירו היה לשעבר שהיה מנגן חבר עמו והוא בעלה של ביינוינידה זאת שמכיר אותה היטב ועוד שאלנו לו כשראה שנטבע רפאל זה אם שהה עליו כדי שתצא נפשו ואמר לנו שהוא עלה בקאי"ק והיה מסתכל בים אחר שנטבע לראות אם יעלה ושהה כדי שעה גדולה ולא יצא זהו מה שהעיד בפנינו היום יום

ד' שלהי סיון הש"ע פה קושטאנטינה ושריר וקיים יוסף מלכו יוסף בכמהר"ר יהודה שלום זלה"ה, יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמ

לרודיס אל הישיש גביר ונעלה כמה"ר אליעזר ויילייסיד נר"ו.

שאלה ראובן ושמעון ולוי שותפים בריגנה של גפרית שלש שנים ותנאי ביניהם שלא יכול שום אחד מהם לקחת חלקו ולשלוח למצרים אלא הכל בשותפות והלך ראובן עם סך גפרית למצרים אחר ששה קדשים הלך גם כן שמעון למצרים עם סך אחר של גפרית ולוי נשאר פה רודיס במלאכת הגפרית עם בנו של ראובן והיו עושי' כל מה שיכול לעשות ושולחים למצרים לראובן ושמעון ובזה הזמן לא שלחו ללוי לא מעות ולא סחורות אלא מעט מזער לסוף השנה נפטר ראובן במצרים חיי לרבנן שבק ושמעון היה באסכנדריה וכששמע שמעון שנפטר שותפו ראובן הלך למצרים והוליך עמו סך גפרית ששלח לוי מרודיס לפרוע לישמעאל אחד ונשמע הדבר לפייסימאלג"י ובעונות לקח כל אותו הגפרית כשבא שמעון לרודיס בקש ממנו לוי מה נעשה מכל כך גפרית אשר שלחנו מפה שראובן הוליך עמו וגם כן אתה הולכת כל כך גפרית שעולה כמו שלשת אלפים שיריפי"ש מה נעשה מכל זה השיב שמעון ואמר אני איני יודע שום דבר אני הלכתי למצרים ועשיתי חשבון עם מה שנוגע לחלקי ולקחתים וכשמת ראובן לא נשאר כלל איני יודע מה עשה ראובן מחלקך ולוי טוען מי נתן לך רשות לחלוק שהכל היה בשותפו' כל כך פלפלים איך לקחת חלקך וחלקי היכן הוא השיב שמעון אתה לא היית מאמין לי אלא לראובן והכל שקר וכזב ואפילו אם נודה לדבריך שאני לא הייתי מאמין לך עם כל זה מי אמר לך שתחלוק לא אמרתי לך שתחלוק אלא שיבא הכל פה רודיס בשותפות דמזלה דתלתא עדיפא אם יש ממשות בדברי שמעון זאת ועוד אפילו כדבריו נשאר בידו יותר משלש מאות שיריפי"ש ולוי שואל השלש מאות בידך כדבריך תנם לי ושמעון משיב אמת שנשארו בידו השלש מאות אבל ראובן משכן שני שונ' דאש ניל מאותם שהגיעו לחלקי ואני מעכב המעו' לפדות' והנשא' פרעתי חובות שהיו לו לראובן והשואל מבקש אם יש טעם בכל אלו דברי שמעון לומר שהקילי"ש שהם של שותפות שהם שלו והחוב הוא של ראובן עוד טוען לוי מאח' שאתה יודע שאני שותף ולא בא לידי שום דבר מכ"כ גפרית שמגיע לחלקי איך אתה יכול לקחת מחלקי ולפרוע חובות ראובן ואם היו תופסים לך בעבורו מזלך גרם או לפחות יהיה הכל לאמצע עוד טוען לוי שטינקי אחד של פלפלים שנשאר ביד שמעון מה נעשה ומשיב שמעון אני חלקתי אותו הטינקיעה וקרוב של ראובן שנמצא באיסכנדריה ולקחתי חלקי והשאר

נמכר מהם וניתנו להוצאות ומהם ניתנו לחובות ראובן בקצור דברים שמוציא שמעון ללוי נקי מנכסיו ואם נשאר שו' סחור' בעין אומ' שעדיין לא לק' חלקו מאותם הסחורות. יורנו מורה צדק לצדקה אם יש ממשות בדברי שמעון ושכרו כפול מן השמים.

תשובה דבר ברור הוא שאין השותף יכול לומר לקחתי חלקי כההוא דאמרינן באלו מציאות אהא דאיסור ורב ספרא עשו עסקי' אזל רב ספרא פלג בלא דעתיה דאיסור אתא לקמיה דרבה בר רב הונא אמר ליה זיל אייתי לי בי תלתא דפלגת קמייהו דהיינו שלשה שבקיאי' בשומ' וכן בפרק אלמנה ניזונית אמרי' אלמנה ששמה לעצמה וכו' דאמרינן לה מאן שם לך ואם חלק בינו לבין עצמו אין במעשיו כלום דומה לאלמנה ששמה לעצמה. וכן מוכח מדאמרינן בהאיש מקדש גבי ההוא אריסא דקדיש במוזה דשמכי אתא לקמיה דרבה אמר ליה מאן אחלך אלמא מה שעשה אינו עשוי ואינה צריכה גט כלל שאין ביד השותף לברור ולחלוק שלא מדעת חבירו.

ואם מה שלקח לעצמו היו סחורות כמו שבא בשאלה פשיטא דלאו כל כמיניה ללקחם לחלקו אבל אם היו מעות ודינרים טובים ושקולים היה יכול לחלקם דהא אמרינן בפרק איזהו נשך גבי הנהו בי תרי כותאי דעבוד עסקא בהדי הדדי זוזי כמאן דפליגי דמו וה"מ טבי וטבי תקולי ותקולי אבל טבי ותקולי לא.

ומיהו הכא בנדון דידן שהיו שותפים בסחורות והולכים לארץ אחרת למכרם ולהביא דמיהם כאן במקומם הרי כל מעות השותפות משועבדים עד שיבאו למקו' שג' השותפי' שם ובאחריות כולם היה בין בהליכ' בין בחזרה מדאמרי' בהמקבל הנהו בי תרי דעבוד עסקא אמר ליה חד לחבריה תא ונפלוג אמר ליה אידך נרויח טפי דינא הוא דמעכב וכו' והתם מיירי בשלקחו שניהם עסקא מבע' הבית לזמן ידוע וכתב הרי"ף ז"ל והיכא דידיע מילתא לפום מנהגה דעלמא דאי שבוק ליה מקמיה מתוסף אלמא אף בסתם כגון שהדבר ידוע לעולם שכך רגילים לעשות הוה ליה כמפרש זמן והוא הדין כאן דמסתמא אין להם לחלוק עד שיביאו הסחורות לרודיס מקום שלשתם דומיא דסוף כל הגט דתנן בשלשה פרקים בודקים את היין למאי נפקא מינה לשותף ופי' ר"ח ור"ת בשני שותפים שנשתתפו סתם אינם יכולים לחלוק עד הזמן הזה שהוא זמן המכר וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפ' שני מהלכות שותפים דהיכא דקבעו זמן אינן יכולים לחלוק עד סוף הזמן.

אף כאן סתמא כפירושן דמסתמא אין השותף מוסר את שלו ביד חבירו שיוליכהו למרחקים אם לא על דעת שיחזור הכל בשותפות שישגיחו שותפים עליו כמו שהם משגיחין על שלהן אבל לא שיחלוקו שם ויניחו חלקו והוה ליה כאותה שאמרו בסוף פרק הגוזל ומאכיל המלוה את חבירו או שהפקיד אצלו או שלוה הימנו בישוב לא יחזיר

לו במדבר וכו' וכ"ש שאין יכול לעשות' נכסי רטושי' להחזיר לו במדינה אחרת שאין המפקיד שם אלא כל נכסי השותפות משועבדים לכל השותפים עד שיבואו במקום שלשתם וימכרו ויחלוקו ואם אירע שום אונס בקצת הנכסים באחריות כולם הוא ואף על פי שחלקו אין מעשיהם כלום כל שלא היה מדעת השותף חבירם וכל מה שהפסיד ראובן שם במצרים במיתתו הוא לעצמו ומה שנשאר בידם יחלוקו.

וראיתי לרב מהר"י קארו ז"ל בחושן משפט סימן קע"ו שהביא דברי הרמב"ם ז"ל וכתב דמשמע מדבריו גבי הני בי תרי דקבול עסק' בהדי הדדי אם נשתתפו לזמן קצוב אבל התוספות כתבו שהמקבל יכול לחזור בו קודם הזמן וכולי וכן כתב הרא"ש וכו' וכתב הרב ז"ל ולפי זה שותפים נמי אף על גב שקבעו זמן יכולים כל אחד מהם לחזור בו קודם הזמן וכן דעת נמוקי יוסף מדמוקמינן בקבילו עיסקא אבל עבוד שותפותא אף על גב דקבעו זמן לא מעכבי אהדדי ונ"ל הטעם משום דלא גרע מפועל ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדו דטפי מכחו לא משתעבדי ע"כ. ותמה על הטור ז"ל שכתב דברי הרמב"ם סתם ולא כתב שהרא"ש חלוק עליו אלו דבריו ז"ל והם תמוהים דעל החלוקים אנו מצטערים אלא שהרב ז"ל מחלק עלינו את השוין דהתוס' והרא"ש לא אמרו על שני שותפים שנתנו מעות בכיס ונשתתפו שיכולים לחלוק דודאי מעות של שניהם משועבד לכל העיסקא עד הזמן אבל המקבל שלא הוציא מעות אלא גופו שעבד לטרוח בעסקא הוה ליה פועל דיכול לחזור בו ומה שדן ק"ו איהו אינו משתעבד נכסיו דמכחו לא כל שכן אין זה ק"ו דמה לגופו שאינו משתעבד בכל מקום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים תאמר בממונו שמשתעבד בכל מקום והיה אפשר לחלק דבשותפים שנשתתפו בממונ' ואין לזה יתר על חבירו אין שעבוד נתפס על הממון של כל א' מהם דאי משום דשעבדו לחבירו גם חבירו שעבד חלקו נמצא שיש לשניהם שעבוד בכל הנכסים בשוה וחולקים שלא יהא שעבוד נכסיהם גדול משעבוד גופם אלא דאיכא למימר דכיון שיש לחבירו תועלת בהמשך השותפות אי משום דאמרי' מזלה דבי תרי עדיף ואי משום דאמרי' כשהממון מרובה חלקת פרקמטיא רבה כדאמרי' בירושלמי דפ' מי שהיה נשוי לפיכך כל הממון משתעב' לשניה' וכבר הביא שם הב"י דברי ההגהו' בסמו' בשם התוספות דבלא הגיע זמן לא מצי פליג וכן הביא משם המרדכי להלן בסמוך וכתב המרדכי בפרק איזהו נשך תשובת רש"י ז"ל אם אדם חולק שלא מדעת חבירו לא הויא חלוקה וכל מה שמרויח המקבל השכר לאמצע אף מחלקו ואע"פ שחבירו מודה לו שחלק יפה וכולי ולא דמי להההיא דרב ספרא דפרק מי שמת דשותפים דמעיקרא אדעתה דהכי נחתי למהוי שליח לחבירו ולמטרח קמיה וכל זמן דאין חלוקתו חלוקה עודנו

בתנאו ראשון עד כאן לשונו. וכן יש ללמוד מתשובת מהר"ם שהביא המרדכי בפרק מי שהיה נשוי על שבקש ראובן משמעון להלוות לו וכו' וכללו של דבר אין השותף יכול לסלק שותף חבירו קודם הזמן בע"כ וכמה שהוא קדם להלוות שליחות דכולהו עבד ע"כ. ועל הסחורות אשר שלח ראובן ביד בנו אם היה דבר ידוע לשותפו' כמו שבא בשאלה חזקה שהוא של שלשתן כדאמרינן בריש הבית והעליה שניהם חולקים בעצים ובאבנים וכו' ופרכינן בגמרא ונחזי ברשותי דמאן ייתבן ונהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה ומשני כלשנא בתרא דשותפין בכי האי גוונא לא קפדי אהדדי ואף על גב דפנינהו חד מנייהו לרשותו לא הויא חזקה לומר שלי הם דכיון שידוע שהם מהכותל שהיה בשותפו' שניהם בחזקת שניהם היה עד שיביא הלה ראיה. והכי נמי אמרינן בריש בתרא דתנן לפיכך אם נפל הכותל העצים והאבנים והמקום של שניהם ופריך בגמרא פשיטא לא צריכא דנפל לרשותא דחד מנייהו אי נמי דפנינהו חד לרשותיה פי' שלא בעדים מהו דתימא נהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה קמ"ל וכתב הרי"ף ז"ל ושמעינן מהא דמילת' דידיעה לתרי שותפי אף על גב דאיתא השתא ברשותא דחד מנייהו לא נפק מחזק' דאידך מאי טעמא שותפים לא קפדי אהדדי ולית להו חזקה אלא בראיה או לאחר חלוקה עד כאן. והשתא כיון שראובן עצמו לא היה נאמן לומ' על דבר שהוא ידוע של שותפות שהיה שלו אף בנו הבא מחמת ראובן אביו אינו יכול לטעון כן ומיירו כשיש עדים שהוא מן השותפו' ואיכא ראיה השת' הא לאו הכי מגו שיכול לומר לא היו דברי' מעול' או החזקתי נאמן כמו שכתב ח"מ סימן קמ"ט בשם ספר התרומות וכאן שהבן טוען שאביו כתב לו שלא יתן חלק שהוא לחשבונו הואיל ואביו אין לו רשות לחלוק שם במצרים אין בדבריו כלום וכל מה ששלח כאן הרי הוא בחזקת השותפים ויחלוקו. שלום מעלתכם יגדל עד אפסי ארץ ישאו הרים שלום לעם ושר' לו מקצה הארץ אין פרץ ואין יוצאת ברחובותיכם ששון ושמחה ימצא בם משפט וצדקה בארץ כה מעתיר מזומן למצותכם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמא

ביא"ו ואזמי"ר.

שאלה ראיתי מה שכתב החכם המשיב והוא פלאי ולמד מאותה דפרק עשרה יוחסין נאמן הדיין לומ' לזה זכיתי ולזה חייבתי בד"א בזמן שבעלי דינין עומדין לפניו וכולי ופרש"י משנגמרו את דינן וכולי לא רמיא עליה למדכר ע"כ אלמא כל שיצאו מלפניהם אין יכולים לומר כך פסקנו וכך היה כוונתינו דלא מדכר ואם איתא דיכולים לאדכורי ולפרושי פסק גזרתם למה לי דפריך דלהדר ונדייניהו לימא לכתו' להו זכותייהו והביא

עוד מתשובת הרא"ש בכלל פ"ה סימן ה' שכתב שאם יש בפסק דבר ספק וסתום שישלחו לו הפסק של הדיינים ויבאר כל הצורך ומשם למד שהבית דין עצמן לא נתן להם לבאר דהוו כנוגעין בעדותן. ונוראות נפלאתי על כותב דברים הללו וכי עשאן לדיינים הללו גרועים משאר בני אדם שאם היו כאן שני עדים והיו מעידים בכך היינו שומעין להם ומפני שהן דיינין עצמן יהיו פסולים לעדות דלא מדכרי וכי שר של שכחה שלט בדיינים אחר שיצאו בעלי דינין לפניהם יותר מכל אדם ומה שכתב רש"י משאין בע"ד עומדין לפניו לא רמיא עליה למדכר לא אמר כן אלא בדיין אחד דמהימן כבי תרי כל זמן שבע"ד עומדין לפניו ולא נתנו לו אותו הנאמנות אלא באותה שעה משו' דמידק דייק טפי אבל משיצאו מלפניו הרי הוא ככל אדם ועד אחד אינו קם לממון אלא לשבועה וכן כתבו התוספות בריש מציעא אהא דפרכינן התם כששניהם אדוקים בטלית של מקח ולחזי זוזי ממאן נקיט שפרש"י ואע"פ שאין המוכר נאמן בשאין מקחו בידי ה"מ בנקיט מתרווייהו אבל נקיט מחד מדכר דכיר אפי' אין מקחו בידו וכתב התוספות דבחנם דחק לפרש דהתם שפיר פריך דאף על גב דאין מקחו בידו נאמן הוא כעד אחד לחייב שבועה את שכנגדו ולפטור מהשבועה את המסייעו והרא"ש הביא בהלכותיו שם תוספתא דקתני בהדיא אבל אין המקח יוצא מתחת ידו הרי הוא ככל אדם הרי דהתם נמי בשאין מקחו בידו הוי הטעם לרש"י משום דלא מדכר ואף על פי כן לא גרע מעד אחד אלא שאותו יפוי כח שנתנו לו להיותו נאמן כבי תרי לא נתן לו אלא באותה שעה דדייק טפי ומהאי טעמ' המנוהו רבנן לשליח הגט כבי תרי מטעמא דאמרינן בריש גיטין כיון דאמר מר בפני כמה נותנו לה מר אמר בפני שנים ומר אמר בפני שלשה מעיקרא מידק דייק אבל בכל שעה ובכל זמן אין הדיין גרוע מעד אחד ואם היו שנים פשיטא דמהמני כשני עדים דעלמא ואותו דקדוק שדקדק ממה שכתב הרא"ש שלא רצה לכתוב פסק דין על דבר שפסקו אנשים גדולי' ונכבדים אמנם אם יש בו דבר ספק וסתום שצריך פירוש או שהוסיפו בטענות אחרות יבאר הדין ככל הצורך דקדוק של הבל הוא דלא אמ' הרא"ש כן אלא לדבר התלוי בהבנת הלשון שכל חכם לב יבין מסברא ואף על פי שהדיינין עצמן יהיו חולקין מסברא אין שומעין אלא למומחה אבל אם היו הדיינין עצמן אומרים בתורת עדות באמת שכך כוונו וע"ד כן פסקו ודאי לה' שומעין שהם מרי דעובדא והנה ראה תשוב' הרא"ש שבכלל צ"ו סימן ו' דדוק' גבי דיין א' הוא דאמרי' בפרק קמ' דקידושין שאינו נאמן אבל שני הדיינין נאמנים לומר לזה זכינו וכולי ונאמנים יותר מהעדים המכחישים אותם דרמו אנפשייהו למדכרי טפי מן העדים ששמעו מפיהם ע"כ ואף על פי כן כפה עליה פסכתר ואמר שאני התם שבאים להעיד על הפסק שכתב הסופר לפניהם ואינן

באין לא להוסיף עליו ולא לגרוע והבל יפצה פיהו שלא תהא חתימתן גדולה מהעדאת פיהם ואם הם עצמן אינן נאמנין כיצד תהא חתימתן מועילה כנגד העדים ואם מטעם כתיבת יד הסופר הרי כתב' הרא"ש ז"ל לטענה זו בפני עצמה ולו חכם השכיל ממוצא דברי הרא"ש כי מה שאמרו דמשנסתלקו בעלי דינין מלפניו לא רמיא עלייהו למדכר לא שלא יהא נאמן בכך הוא דאם כן מה לי עד אחד מה לי שנים דאטו מפני שהם שנים דכירי טפי וכי היכי דאחד לא מהימן בעד אחד אף שנים לא להמנו בתרי עדים ולמה כתב הרא"ש שלא אמרו בקידושין דוקא בשבעלי דינין עומדין לפניו אלא בדיין אחד אבל בשנים נאמנין אלא ע"כ משום דבדיין אחד עד אחד לאו כלום הוא לממון אבל בשנים לא הוה תני במה דברים אמורים בשבעלי דינין עומדי' לפניו שלעול' נאמני' הם והרי הרא"ש עצמו בתשובה כלל ששי סי' י"ד כתב ששני הדייני' נאמני' לעולם דלא חשיבי נוגעי' בעדות' דעד המעי' הוא דאינו נעשה דיין אבל הדיינים שפסקו נאמנים לומר היאך פסקו ע"כ ושם אין פסק יוצא מתחת ידם כלל והריב"ש בתשובה סימן ת"ד כתב להאמין את הדיינים לפסול מחילה אחת שנכתבה ביום שנכתב שטר החיוב עצמו דמדינא ודאי המחילה מבטלת השטר אלא שאם הדיינים יעידו שכן גזרו שיכתב הש"ח ולא יהא נכלל במחילה ואע"פ שקדמה המחילה לקנין הש"ח הואיל והכל היה במעמד אחד ועסוקים באותו ענין מהני וכתב אין ספק שהדיינים עצמן נאמנים על זה אע"פ שעבר זמן מינויים דההיא דתניא נאמן הדיין וכולי היינו בדיין אח' שכל זמן שבעלי דינין לפניו האמינוהו כשנים ובזולת זה הוה ליה כעד אחד דעלמא אבל בשני דיינים לעולם נאמנים דלא גרעי מעדים דעלמא ואדרבה עדיפי מנייהו דדייקי טפי דאי לא תימא הכי אין דיינים כותבים פסק דינן אלא בזמן שבע"ד עומדין לפניהם שהרי מעתה אינן נאמנין אלא ודאי לא גריעי מעדים דעלמא עכ"ל.

ומעתה צריך לדקדק אי בשני עדים דעלמא שהיו מעידין בענין זה שכך היה החיוב של הר' אברהם וכך גזרו עליהם אם היו נאמנים שני העדים או אחד מהם כשבאים להוסיף דבר או לגרוע ממ"ש בשטר וחתומים הם בו שאם הם נאמנים בכיוצא בזה אף הדיינים כן ואמרי' בפרק שני דכתובות עדים שאמרו תנאי היה דברינו נאמנים ואסיקנא דאפילו עד אומר תנאי ועד אומר אינו תנאי נאמן האומר תנאי לפסול את השטר מ"ט אמרינן האי למעקר סהדותא קאתי ולא נשאר בשטר אלא עד א' משתבע אידך ומפטר ובזה נחלקו בה אבות העולם שכת של קודמין ורב האיי ז"ל אף עמהן פירשוה אף בשכתב ידן יוצא ממקום אחר שאפי' אחד נאמן וכת של אחרונים פירשוה בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר דוקא ואף על פי שהרמב"ן הכריע כדברי האחרונים ז"ל מכל מקום הר"ן ז"ל הראה

פנים כדברי הראשונים ואמר שאין הכרעתו של הרמב"ן ז"ל מכרעת אצלו כלל מ"מ לא יצא הדבר מידי מחלוקת ומיהו לא נחלקו אלא באומרי' תנאי היו דברינו שסותרים מה שכתוב בשטר בלא שום תנאי ושייור אבל כשמפרשים דברי השטר שאומר כן בתורת עדות ואפשר לסבול אותו הפירוש בדוחק לעדים שומעין כדמוכח מתשובת הר"ן סימן מ' שנשאל היכא שאינו סותר דבריו הראשונים אלא שהדברים סתומים וסובלים פירוש אחד משני עניינים אחד קרוב ואחד רחוק אם העדים יכולים לחזור ולהגיד לבאר משמעות הלשון או לא רק שנקבל עדותן בסתם משמעות הקרוב והשיב כל שאנו יכולים לתרץ העדות שלא תהא עדותו מוכחשת יש לנו לכוון דבריו כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים שנראין כמכחישין זה את זה כדי שתהא עדותן מכוונת בכל מה שאפשר זו היא ששנינו אחד אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה עדותן קיימת ע"כ הרי שיש לתרץ דברי השטר לדברי העדים דומיא דתני' התם גבי עדים שזה אינו יודע בעיבורו של חדש והרשב"א ז"ל בתשובה סימן אלף י"ב כתב על ראובן שמשכן בית לשמעון וכתבו העדים בשטר שלא יהא רשות ללוה לסלקו מהמשכונה ולא כתבו זמן שנאמנים לומר כך וכך היה התנאי אע"פ שכתב ידן יוצא ממקום אחר שהרי הם לא כתבו שלא יהא רשאי לכופו לעולם אלא סתם כתבו וכיון שכן הרי הם מבררים דבריהם ע"כ הרי לך שאם היינו באים לדון על לשון הכתוב בשטר לעולם משמע כדמוכח בפ' ארבעה נדרים נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין שהן של תרומה אע"פ שאינן של תרומה וכולי ומפרש בגמ' באו' יאסרו פירות שבעולם עלי אם אינן של תרומה ומוקי לה דאמר בלבו היום ואע"ג דסבירא ליה דדברים שבלב אינן דברים לגבי אונסין חשיב אפשר לפי שהאונס מוכיח עליו אלמא שלא במקום אונס כשאומר יאסרו לעולם משמע ואפילו אם אמר בלבו היה לזמן פלוני אין שומעין לו ואף על פי כן לגבי עדים שומעין להם ונתרץ לשון השטר אף על פי שנוציא ממשמעותו כל שאינו השטר סותר דבריהם להדיא ולא תימא שהרשב"א ז"ל בשיטת רבינו האיי וסייעתו אמרה דבתנאי היו דברינו נאמנים אף בשכתב ידן יוצא ממקום אחר ליכא שהרשב"א כשיטת האחרונים הוא תפוס כמו שמוכיח באותה תשובה שהובאה בבית יוסף בסוף סימן כ"ט דלא מהימני לומר תנאי אלא בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר אלמא שני ליה בין תנאי היו דברינו שבאין לעקור החיוב לגמרי מביטולו של תנאי ובין פירוש שמפרשים דבריהם אף על פי שהיה רחוק בלשון וכי היכי דבשני עדים שומעים להם בכך אף בעד אחד כשאפשר לתרץ הל' שלא יחלוק עליו בהדיא מתרצינן כאותה שהביא הר"ן ז"ל שאחד אומר בשנים בחדש דמתרצינן מילתא שלא יהא עדותן מוכחשת דאי לעד אחד אין שומעין לו כנגד השטר אף שני עדים לא

היינו שומעין להם דכמי שנחקר' עדותן בבית דין הוא ואינן חוזרים ומגידים אלא אמרינן הני למעקר סהדותייהו קאתו אחד נמי למעקר סהדותיה קאתי כדאמרינן בגמרא ולא נשאר בשטר זולתי עד אחד ואינו קם לממון וכן הדין בענין דיינים שקבלום עליהם לכל מה שיגזרו עליהם כל שאחד מהם מתרץ הלשון בענין שיתיישב אפילו בדבר הרחוק הרי עקר עצמו מדיינות ולא נשאר אלא דיין אחד ולא קבל זה עליו אלא מה שיגזרו שניהם לא מה שיגזור האחד. הילכך בנדון שלפנינו שדיין אחד אומר שכוונת מה שפסקו וחייבו את הר' אברהם כהן שיהא שותף עם הר' מאיר והר' שמואל אין און שליש דילה אישקלה לא נתכוונו אלא לריוח והפסד שיגיע לאותו שליש בלבד אבל אם יבא הפסד להר' מאיר ושמואל מחמת השני שלישים האחרים שהם של אנשי' אחרים ויפסידו הם בעד חבריהם לזה לא אמרו שיהא הר' אברהם הכהן חבר עמהן באותו הנזק שיבא לו מחמת שאר החברים איני רואה בלשון הגזרה דבר שיהא סותר משמעות זה שהרי לא חייבו להר' אברהם להשתתף עם אותם החברים אלא עם הר' מאיר ושמואל בשליש לבד וכל מה שמוזכר בגזרה שכל התועלת והנזק יהיה לחצאין לא אמרו אלא ריוח ונזק של אותו שליש שהוזכר בתחילת הגזרה ואף על פי שנכרין הדברים שבתחילה היו שותפים גמורים הר' אברהם עם הר' מאיר ושמואל ואחר כך נכנסו שותפים אחרים מכל מקום מאחר שעמדו לגזר' הברורים נתבטלו כל השעבודים הראשונים ואין לנו אלא מה שגזרו הדיינים מחדש שכן מוכיח לשון הגזרה גזרנו שהר' אברהם שיהא חבר עם הגבירים אין און שליש דילה אישקלה משמע שעכשיו נעשה שותף על פי גזרתם ואין להוציא ממנו אלא מה שנתפרש בגזירה ושמא כי אף אם לא היה הדיין האח' מפרש הלשון אלא שהר' אברהם היה טוען לא נתחייבתי אלא בנזק השליש ולא בנזק שיבא לו מצד ערבות השני שלישים היינו שומעי' כל שלא נתפרש בהדיא אף בערבות דיד בעל השטר על התחתונה והלשון מוכיח כן ממה שכתוב פסקנו שיהא הר' אברהם הכהן חבר עם הר' מאיר ושמואל בשליש אחד של האישקלה שמאחר שכתבו שיהא חבר עמהם לא היה צריך לפרש בשליש אחד שהרי כל עצמן של הר' מאיר ושמואל לא היה להם זולתי שליש ומה בא למעט בשליש אחד ועוד לא היה להם לכתוב בשליש אחד שהרי מסויים ועומ' הוא והיל"ל בשליש של האי שקלה דהיה משמ' בשליש המיוחד למאיר ושמואל אלא מוכיח דאדרבה באו למעט שלא יתחייב הר' אברהם אלא באחריות חצי שליש לבד ולא בשאר שני שלישים ולזה לא אמר בשליש סתם שהיה משמע בשליש שלהם וכשם שהם מחוייבים בעד השליש שלהם על הכל מדין ערבות ושותפות כך היה משמע שיתחייב הר' אברהם לזה אמר בשליש אחד דלא יהא אלא שכל האישקלה היה להר'

מאיר ושמואל לבדם לא נתחייב הר' אברהם אלא בשליש לתועלת ולנזק וכן אם מת אחד מחביריו או ויתר חלקו ונסתלק לא יתנו הר' מאיר ושמואל להר' אברהם ממה שנשתכר בחלק חבירו דבר.

ואיכא למידק בהא דאמרינן בסוטה פרק אלו נאמרים איכא בינייהו ערבא וערבא דערבא.

אבל מה שטוענים הר' משה והר' אברהם שאינן חייבים לשלם רק השתות גם מהנזק שבא בזמן היות להם כל האישקלה שכבר גזרו הדיינים שלא יהיו הם חברים רק בשליש בין לשעבר בין להבא בהא ודאי לאו כל כמיניהו למטען הכי מאחר שהם מחוייבים מכח השותפות הראשון לפרוע בכל הנזק הבא מחמתו מחצה ואין לשון הפסק מוכיח שנפטרו מאותו חיוב ידם על התחתונה דלהא מילתא הם נקראים בעלי השטר לפי שהם רוצים לפטור עצמן מחיובם הראשון בטענה זו והוה ליה כאיני יודע אם פרעתיך או החזרתי לך דחייב ואפילו תימא שהיו טוענים ברי שכן פסקו הדיינים ופטרום מהחיוב הראשון אין להאמינם לפי שמשמעות הלשון דקאמר שאם ח"ו יבא שום מאמר מאת המלך מעת היותם חבירים עד שיחלוקו הכל יהיה לחצאין מוכיח שמחצה יפרעו הר' אברהם ומשה ומחצה הר' מאיר ושמואל ולא הוזכר כאן השליש שנאמר שהוא חצאין של השליש דבשלמא אחר שנשתתפו עם האחרים שלעולם יתפרש הלשון של חצאין במה שהם שותפים בו בתחילה שהיו שותפים בכל האישקלה חצאי כולה ובאחרונה שהיו שותפים בשליש חצאי השליש ולא נסתפקנו אלא אם יובן חצאי השליש לגמרי אף במה שנתערבו לאחרים מצד שיתוף השליש ואמרנו בזה יד בעל השטר הבא להוציא ממון בו על התחתונה אבל בהא בזמן שותפות הראשון הרי הדבר מבואר שהוא לחצאין לגמרי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמב

להחכם כמהר"ר אליא אצייג נר"ו.

שאלה הא דקשיא ליה למר באותה ששנינו בסוף פרק מומין אלו הנושא נשים בעבירה פסול עד שידיר הנאה ופרכי' בגמרא וליחוש דילמא אזיל לגבי חכם ושרי ליה ומשני קסבר צריך לפרט את הנדר ופרכי' הניחא למאן דאמר צריך לפרט אלא למאן דאמר אין צריך לפרט מא"ל ואסיקנ' דאדרינן ליה אד"ר משמע דלמאן דאמ' צריך לפרט את הנדר אין צריך להדירו אלא כסתם נדר ולא עד"ר וקשי' ליה על הרמב"ם שכתב בפירוש המשנה וע"מ שידור על דעת רבים שאין לו הפר' אלא לדבר מצו' כמו שהתבא' בתלמוד ואין אנו חוששין שמא ילך אצל החכם ויאמר לו נדר נדרתי על דעת רבי' אבל דבר מצו'

בא לידי ואני רוצה להתיר הנדר מחמתו לפי שהחכם יאמר לו על איזה דבר נדרת לפי שהעיקר בידינו שצריך לפרט את הנדר עכ"ל וקשה דכיון שהעיקר בידינו צריך לפרט הנדר למה כתב שצריך לידור על דעת רבים וכן כתב בפ' ששי מהלכות ביאת מקדש כהן שהיה נושא נשים בעבירה אינו עובר עד שידירוהו ב"ד על דעת רבים כדי שלא יהיה לו הפרה. ובאמת שדבריו תמוהים כמו שהקשה כת"ר ועוד יש להוסיף התימה בדבריו אלו שבפירוש המשנה שכתב דבעל דעת רבים גם יש לחוש שלא יאמר דבר מצוה בא לידי אם לא מטעם שהעיקר בידינו שצריך לפרט את הנדר אם כן לפי המסקנא נמי דמדרינן ליה על דעת רבים אכתי תקשי הניחא למאן דאמר צריך לפרט אלא למאן דאמר אין צריך מאי איכא למימר. ונראה לפרש שזה שכתב שהעיקר בידינו שצריך לפרט את הנדר אין זה מה שנחלקו עליו בגמרא דהרמב"ם ז"ל סבירא ליה כמאן דאמר אין צריך לפרט את הנדר ומיהו דוקא בסתם נדרים שנתרין על ידי חרטה או על ידי פתח לומר אילו הייתי יודע שהוא כן לא הייתי נודר דבגופי' דנודר תליא מילתא ונאמן אדם על עצמו אבל בנדר שהודר על דעת רבים שאינו ניתר אלא לדבר מצוה כשיאמר דבר מצוה נזדמן לי צריך לפרט עיקר הנדר שמא עיקרו בא לידי עבירה אשר כל חפצי מצוה לא ישוו בה וזה א"א שלא לחשב שכר מצוה כנגד הפסד עבירה ולכך כתב ואין אנו חוששין שילך אצל חכם ויאמר נדר נדרתי על דעת רבים כלומר כיון דאין צריך לפרט את הנדר בתום לבבו ילך להתירו אצל חכם קסבר שלדבר מצוה זו יש להתיר אפילו נדר על דעת רבים אלא שהחכם צריך שיאמר אף על פי שיש מצוה בהתרה זו לכאורה מכל מקום צריך לפרט את הנד' שבגללו נדרת אולי יש יותר מצוה בקיומו ובהא ודאי כולי עלמא מודו דצריך לפרט ולהכי לא הדר פריך תלמודא הניחא למאן דאמ' צריך ואין לתמוה על הלשון שכת' שהעיקר בידינו דמשמע קצת שהוא פסק הלכה ומכלל דפליגי אמוראי בהכי כי שמא בא השינוי ממעתיק הדבר מלשון ללשון כי כן קרה לו בכמה מקומות ששינה הכוונה ואולי דבריו בלשון ערב אינן אלא לומר דבזה לא נחלק אדם מעולם שעיקר הוא בידינו שכאן צריך לפרט. ואכתי קשיא לי שיפסוק הרמב"ם ז"ל שאין צריך לפרט חדא דרב פפא בתרא הוא והיה לו לפסוק כמותו ועוד דבירושלמי שהביא התוספות בפרק השולח מוכח שהלכה רווחת היא דקאמר ברוך שבחר בדברי חכמים שאמרו צריך לפרט את הנדר וכן פסקו התוספות וכל המפרשים ז"ל ואף על פי שלא מצאתי להרמב"ם ז"ל דבר זה מפורש בזה הלשון שצריך לפרט מכל מקום דבריו שבפרק ששי מהלכות שבועות מטין כן שכתב כיצד מתירין יבא הנשבע לחכם המובהק או לשלשה הדיוטות אם אין שם מומחה ואומר אני נשבעתי על כך וכך ונחמתי ואילו

הייתי יודע שאני מצטער בדבר זה עד כה או שאירע לי כך וכך לא הייתי נשבע הרי שהוא מצריך לפרט עיקר הנדר שנדר וטעם החרטה שהוא מתחרט או הפתח דאדעתא דהכי והכי לא נדר. ועוד קשיא לי דבהלכות אישות כתב הרמב"ם ז"ל דין האלמנה שבאת לגבות כתובתה דתנן בפרק השולח דהתקין רבן גמליאל הזקן שתהא נודרת ליתומים כל מה שירצו וגובה כתובתה ופרכי' וליחוש דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה ופרקי' לה אליבא דרב הונא קסבר צריך לפרט את הנדר ומיהו אליבא דרב נחמן דסביר' ליה אין צריך לפרט מסקינן לבסוף דמדירינן לה על דעת רבים ואם הרב ז"ל היה פוסק כרב נחמן דאין צריך לפרט היה צריך להעמיד משנתינו בנדר על דעת רבים והוא סתם וכתב כלשון המשנה נודרת ליתומים כל מה שירצו ולא פירש שצריך להדירה על דעת רבים. לכך נראה דעת הרב ז"ל שאף על פי שצריך לפרט את הנדר מ"מ אין צריך לפרט הסיבה שבשבילה נדר ולא דמי לנדר אלמנה שכשהיא מפרטת הלשון שנדרה קונם פירות עלי אם נהנתי מכתובתי כלום אז לא יתיר לה חכם אבל בנושא אשה פסולה שהצריכוהו להדיר ממנה הנייה צריך על דעת רבים אפילו למאן דאמר צריך לפרט דאם אמר לחכם הנאת אשתי עלי לא ימנע החכם מלהתירו שלא ידע שמחמת שהיתה אסורה לו נדר וזה שחילוק יצא לו להרמב"ם ז"ל מתוך סוגי' דפרק שום היתומים דבעינן לאוקומי פלוגתא דרבי אליעזר ורבי יהושע במקדיש את נכסיו והיתה עליו כתובת אשה דרבי אליעזר אומר כשיגרשנה ידיר הנאה רבי יהושע אומר אינו צריך דנדר שהודר ברבים איכא בינייהו רבי אליעזר סבר אין לו הפרה ורבי יהושע סבר יש לו הפרה ואינו צריך דקאמר היינו דאינו מועיל וקשה דמשמע דלכולי עלמא אין צריך לפרט דאי ס"ד צריך לפרט בכל ענין מועיל ורבי אליעזר נמי ע"כ לא קאמר דמדרינן ליה אלא ברבים או על דעת רבים אבל נדר סתם לא מהני והתוספות ז"ל הוקשה להם קושיא זו שם ותירצו כך דאע"ג דצריך לפרט את הנדר מ"מ אין צריך לפרט את הסבה שבשבילה נדר שהוא מפני ההקדש אלא שהוקשה להם מההיא דבכורות דאמרינן פסול עד שידיר הנאה ואמרינן הניחא למאן דאמר צריך לפרט את הנדר משמע שצריך לפרש גם הסבה שנדר בשבילה שהיא אסורה לו ותרצו דהתם הוא נודר שלא יהנה מאשתו פסולה כשיבא לפני חכם ומפרש לו נדרו לא יתיר לו ואולי הם ז"ל סבורים שמדרינן אותו בלשון הזה שמדיר הנאה מכל אשה פסולה ומיהו רש"י ז"ל פירש עד שידור הנאה ממנה לגרשה ואין בלשון הזה במשמע שנדר מחמת שהיא פסולה ויתיר לו החכם. ועוד אפילו תימה שנודר כך הנייה מאשתו הפסולה הואיל שפרט עיקר הנדר שנדר הנייה מאשתו תו לא צריך שיאמר לפי שהיא פסולה ולא דמי לנדר דאלמנה שנודרת שלא נטלה מכתובתה ותולה בפירות אם

תפרט איסור דפירות לבד אין זה נקרא מפרט כיון שלא פרט כיצד יאסרו הפירות עליה שהיא אם נטלה מכתובתה שזה הוא עיקר הנדר שתלה בו ואי גייזה לדבורה אין זה נקרא מפרט הנדר והתוס' בפרק השולח גם שם הקשו קושיא זו ולא חשו לתרוץ זה שתרצו בערכין והוצרכו לומר ומיהו לא קיימה התם מסקנא הכי כלו' דמשום הכי לא חש התלמוד לדקדק הניחא למאן דאמ' אין צריך לפרט וגם בזו לא נתיישבה הקושיא דהתם לעיל מינה קאמר אאוקמת' דלעיל לימא רב הונא כתנאי אמרה לשמעתיה והיכי מהדר השתא תלמוד' לאוקומי פלוגתייהו בעל דעת רבים ואכתי קיימא דרב הונא כתנאי ואדרב' אתיא דלא כחד מינייהו לכך נראה לדעת הרב ז"ל דודאי ריהטא דסוגיא דערכין הכי אזלא דאין צריך לפרט למה נדר וכדכתבו התוס' שם והא דאמרינן בבכורות גבי נושא נשים בעבירה הניחא למאן דאמר צריך לפרט את הנדר ה"ק הניחא למ"ד צריך לפרט דלדידיה נצטרך לומר כי היכי דלא תקשי עליה מתניתין שצריך לפרט גם הטעם שבגללו נדר אלא למאן דאמר אין צריך ודאי קשה דאיכא למיחש דילמא אזיל לגבי החכם ושרי ליה ואסיקנא דמדרינן לה על דעת רבים והשתא לפי המסקנא לא צריך תו לאוקומי למאן דאמר צריך לפרט שיפרש גם הסבה וכדמוכחא סוגיא דערכין אלא מוקמינן מתניתין דבכורות דעל דעת רבים אף למאן דאמר צריך לפרט את הנדר דאם יאמר לחכם נדרתי הנייה מאשתי לא יהא החכם נמנע מלהתיר לו שאין בלשון שאמר משמעות שהיא פסולה ולכך כתב הרב ז"ל דמדירין אותה על דעת רבים דאל"כ ליחוש שלא יפרט לו הטעם כדאזלא סוגיא דערכין אבל לגבי אלמנה לא כתב הרב ז"ל אלא מדירין אותה בסתם נדר דכיון שצריך לפרט לשון הנדר ומה שתלתה בו נדרה שאמרה יאסרו פירות עולם עלי אם נהנתי מכתובתי כלום אז ודאי לא יתיר לה חכם. ותו הא דקשיא ליה למר הא דתנן ביומא אחת ושתים וכו' עיי' בזכרונותי, נאם הצעיר יוסף בכהה"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמג

(פרק שני דגיטין)

שאלה מפני מה תקנו זמן בגיטין רבי יוחנן אמר משום בת אחותו אמר ליה רבינא לרב אשי גיטין הבאים ממדינת הים מה הועילו חכמים בתקנתם אמר ליה קלא איתי להו והקשו בתוספות ובהנהו למה תקנו בהם זמן ותרצו דעל ידי הזמן יש לו קול לפי שרואים ע"י הזמן דיום הכתו' אינו ביום הנתינה וה"ה כל גיטין שלא נמסרו ביום הכתיבה בשנתנו ליד שליח כשר דיש לו קול ובטור סי' קכ"ז שאין נראה כן מדברי הרמב"ם שכתב הרי שאמר לשנים לכתוב ולחתום גט וליתנו לאשתו ונתאחר הדבר ימים וכו' אין כותבין לה

הזמן שאמר להם הבעל לכתוב ולא המקום וכו' והרב מהרי"ק ז"ל הרבה לתמוה עליו בספרו דמה ענין הרמב"ם דמיירי בשלא נכתב עדיין הגט לדברי ר"י דמיירי בנכתב ולא נמסר דכל שלא נכתב עדיין הגט לכולי עלמא אין צריך לכתוב יום האמירה והאריך הרבה יעוין שם עד שכתב שמה שהטעה לבעל הטורים ז"ל הוא דלא חלק בין קדימה לקדימה כמו שחלק הרשב"א ז"ל.

ואני רואה שלא נעלם מהרב ז"ל החילוק שבין קדימה לקדימה אלא דלפי הטעם שכתב ר"י ז"ל שכל ע"י שליח יש לו קול אפי' מוקד' גמור שהקדי' זמן הואיל אם בא ליתנו ע"י שליח כשר וכן למד הרשב"א ז"ל מדברי התוס' והעלה דאף גט מוקדם אם לא נתנו ע"י שלי' כשר וגם הר"ן כתב כן לפי דברי התוס' אלא שכתב וזו קולא יתירה היא בעיני והואיל ודברי הרמב"ם ז"ל במצוה ליתן הם הוה ליה מגרש על ידי שליח ואין צריך לכתוב זמן הכתיבה דאפילו זמן האמירה כשר דבלאו הכי הגט מתאחר שאינ' מתגרשת ביום הכתוב בגט ומה לי אם כתבו זמן האמיר' או הכתיב' בכל ענין על ידי שליח קלא אית ליה.

ואי קשיא אפילו לדברי ר"י שמכשיר בדיעב' לא יכשיר להקדים הזמן לכתחילה דמחזי כשקרא ולכך כתב הרמב"ם ז"ל לכתחילה יכתוב זמן הכתיבה זה אינו דלא שייך לומר מחזי כשקרא אלא במקדים במתכוון אבל אם יכתוב הזמן שאמר הבעל מאי מחזי כשקרא איכא הרי כל לשון הגט משמו של בעל שכן כותב ביום פלו' אלא פלו' שבקית ותרוכית ית אנתתי ואדרבא כשכותבין זמן דהשתא מחזי טפי כשקרא אם באותו יום היה הבע' מצוי במקום אחר ויכחישו את הדבר שיאמרו עמנו היה במקום פלוני כההיא דפרק בתרא דיבמות ההוא גיטא דכתיב ביה בסורא מתא אתא ענן בר חייא וכולי ואתו סהדי ואמרו ביומא דאכתיב ביה גיטא ענן בר חייא בנהרדעא הוה והיו סבורי' לפסלו אי לאו דאמרי' דילמא מילי מסר וכדאמר להו רב לספריה וכולי וההוא עובדא דילמא לאו על ידי שליח הוה ולכך יש לעשות לכתחילה כדאמר רב דאם לא כן הוי מוקדם ופסול אבל כשבא לגרש על ידי שליח דסוף סוף אין למדין מזמנו של שטר אלא חוקרים על יום שנמסר כי כתב לכתחילה יום שאמר לו הבעל מאי הוי דאף על גב דלגבי מוקדם סבירא ליה להרא"ש ז"ל בתשובה דגט מוקדם פסול לגמרי היינו משום דסבירא ליה כל דהוי בכלל כל המשנה ממטבע שטבעו חכמים בגיטין הגט פסול לגמרי הואיל והקדים במתכוין אבל בכותב זמן שאמ' הבעל אינו משנה ממטבע חכמי' בגיטין דכי היכי דבשטרי אקניית' אי ידעי' יומא דאקנו ביה כתבו יומא דאקנו בי' משום דמההי' שעתא גמר ויהיב כך אמירתו בגט כמסירתו בממון וע"י שליח דליכא למיחש לא משום

פירות ולא משום שמא יחפה יכול לכתוב לכתחילה ואין בדבר חשש של כלום אלא משמע דלא סבירא ליה להרמב"ם הא דר"י בעל התוספות אלא דלא הכשירו אלא בגיטין הבאים ממדינת הים משום עיגונה וסמכו אקלא כמו שכתב הר"ן ז"ל.

ודברי הרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הר' מהרי"ק ז"ל שם להקשות על הטור דלא מפליג בין קדימה לקדימה תימה בעיני ותקשי ליה לרב ז"ל הא דהרשב"א מדידיה אדידיה שהוא עצמו תפס דברי ר"י ז"ל עיקר בחידושיו ולמד מדבריו שאף מוקדם גמור אם נתנו לה על ידי שליח כשר והיאך כת' כאן בתשובה שאם כתבו זמן האמירה פסול וסיים ואמר ודברים אלו ברורים הם בעיני ואיני רואה בהם שום פקפוק והלא לדברי ר"י כשר גמור הוא ונראה לי שדברי הרשב"א באותה תשובה הוא בגט שצוה הבעל לכתבו ליתנו מידו לידה דבההיא אפילו לדברי ר"י פסול דמוקדם גמור הוא דאיכא למיחש לבת אחותו ולפירו' ומה שכתב ואל תשיבני מגיטין הבאים ממ"ה שאין ההקדמות שוות ה"ק ואל תשיבני כי היכי דבגיטין הבאים ממדינ' הים מכשרינן על ידי הזמן דקול יוצא כיון שרואים שזמן הכתיבה היא קודם זמן הנתינה כדכתב ר"י ז"ל אף בזה כתב זמן האמירה קלא אית ליה כיון שרואים שזמן הכתוב בו קודם לנתינתו על זה אמר לאו מילתא היא שאין הקדימות שוות דהקדמת כתיבה לחתימה הוי מוקדם ופסול אבל הקדמ' כתיבה לנתינה הכשירו מטעם דכל שלא ניתן ביום הכתיבה קלא אית לי' שעל ידי אחר נתגרשה ואמרי' ליה אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך אבל בהקדמת כתיבה לחתימה לא מסקי אדעתייהו אינשי ומיהו היכא דהקדים כתיבה לחתימה ושלחו על ידי שליח והוא הדין מוקדם גמור לא פירש הרב ז"ל כאן מה דינו דהא ודאי לדברי ר"י ז"ל כשר וכלשון שני שכתב שם פסול נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמד

להחכם השלם כמהר"ר אברהם מונסון נר"ו.

שאלה הא דבדיק לן מר בשטר חוב היוצא על היתומי' והוא אבק רבית שקבל ראובן אביהן מעות של יתומים עליו והוא רבית של דבריהם ומפקינן מיתמי ליתמי בעניותי נרא' דהואיל ותיקון רבנן ליתמי דנעביד להו עסקא קרוב לשכר ורחוק להפס' כי היכי דלא נכלינהו יתמי לנכסייהו זוזא זוזא אפילו אצל יתומים אחרים למה יאסר אם יצטרך אפוטרופו' חוטי' לתת לתוך פיהם של יתומים למה לא יקח מנכסי יתומים אחרים כתוספת בהמתנה עד שיהיו לאלו מעות שאם אתה אומר כן זו רעה היא לגבי יתומים כדאמרינן בהנזקין דרבי חנילאי בר אידי דנכסי יתומים הרי הן כהקדש ולא מקנו אלא בכספא ואמרינן אמשיכו להו פירי ליתמי וזול סבור מינה היינו דרבי חנילאי בר אידי

דלא קנו אלא בכספא אמר להו רב שישא בריה דרב אידי הא רעה היא לדידהו דזמנין דמצטרכי לפירי וליכא דיהב להו עד דיהיבי זוזי הכי נמי כי התירו להלות ממעות יתומים אף ליתומים אחרים התירו שאם יש ליתומים אלו תועלת בזה לא יקחו ואם בשעה שיצטרכו אתה סותם את הפתח בפניהם הרי אתה מריע כחן ולא יהא כח הדיוט יפה מכח הקדש וכיון שכן כשלוה אביהן משל יתומים באבק רבית ונתחייבו בחוב ומת למה יופקע כחו של חוב משום דנפלו קמי יתמי הרי יתומים עצמן אם יצטרכו לכך נקח להם מהם באבק רבית אם בתחילה משתעבדי משועבדים ועומדין אינו דין שלא יופקע ולענין אבק רבית נמי דאינה יוצאה בדיני' לא מפלגינן בין יתומים קטנים לגדולים אף על גב דהוה סבירא ליה לרבא גבי משכנתא באתרא דמסלקי ואכל טפי מזוני דביתמי מפקינן משום דבית דין אביהן של יתומים כמאן דסלקום בית דין מעיקרא דמי מכל מקום עבד רב אשי עובדא בקטני' כגדולי' ולא מפלגינן. ובר מן דין נראה לי דאפילו תימא דביתום' מן היתומים לא התירו רבית של דבריהם כיון שבחיי ראובן אביהם חל שעבודם וזקפן עליו במלוה בתר זקיפה אזלינן דגדולה מזו אמרו ברבית של תורה באיזה נשך ישראל שלוה מעות מן העכו"ם ברבית וזקפן עליו במלוה ונתגייר אם קודם שנתגיי' זקפן עליו במלו' גוב' את הקרן וגוב' את הרבית ואם לאח' שנתגייר זקפן עליו במלו' גוב' את הקרן ואינו גוב' את הרבי' וכן גוי שלוה מעות מישראל ברבית וזקפן עליו במלו' ונתגייר אם עד שלא נתגייר זקפן עליו במלו' גוב' את הקרן וגוב' את הרבית ואם משנתגייר גובה את הקרן ואינו גובה הרבית ואף ר' יוסי לא פליג אלא בהך סיפא דמשנתגייר שאעפ"כ גובה ישראל את הקרן ואת הרבית מתקנתא דרבנן שלא יאמרו בשביל מעותיו נתגייר אבל בשזקפן במלוה עד שלא נתגייר מדין תורה גובה את הקרן גובה את הרבית דמשעת זקיפה הו"ל כגבוי ואם תאמר אמאי דחקינן לפרושי מתניתין בריש פרק שום היתומים אליבא דרב אסי דאמר אין נזקקין לנכסי יתומים אלא אם כן רבית אוכלת בהם ולא לכתובת אשה כיון דתקינו לה מעשה ידיה דפרכינן מתניתין דתנן שום היתומים ל' יום היכי משכחת לה אלימא בב"ח נכרי מי ציית אלא בב"ח ישראל אי דקא אכל רביתא מי שבקינן לי' ודחקינן לאוקומא בב"ח עכו"ם שקבל עליו לדון בדיני ישראל ובשקבל עליו לזו ולא קבל עליו לזו ולוקמא ברבית של דבריהם במעות של יתומי' שלא גזרו בהם חכמים ומת לוה והוא נפרע מנכסי יתומי' הא לא קשי' דלא משכחת רבית אוכלת שיהיו נכסי היתומים מתמעטים והולכים בשל דבריהם דאי בקרוב לשכר ורחוק להפסד יהבי יתמי מדידהו ספינן להו ואם מכרו סחורה של יתומים בהמתנה בתוספת דמים כבר נשתעבדו ובתוספת אין כאן אגר נטר מכאן ולהבא כדי שנזדקק לנכסי יתומים ומכאן

אני מביא ראיה לדברי הרשב"א ז"ל שכתב שלא התירו אצל יתומים אלא בדבר שהרויח מחמת הממון שלהם עצמו ולא מכיס של המקבל כי ההיא דחביבי נרשאי שהלוה פורע מכיסו אותו סך שהתנה בין שכרם המשכונה עושה פירות בין שאינה עושה דאי ס"ד אפילו בכה"ג שרי נוקי מתניתין דשום היתומים שלשים יום בכה"ג דהוי רבית אוכלת בנכסי יתומים שקבל אביהם עליו מנכסי יתומים בחכירות כ"כ שנה ואינה עושה אלא ודאי בהכי לא שרי אפילו בנכסי יתומים דלא עבדי רבנן תקנתא ליתמי בקלקולא דאחריני בדבר שהוא נושך כנחש ואינו מרגיש אלא לבסוף.

וכי תימא אכתי תקשי נוקמא בשל עניים לפי מה שכתב הרשב"א בתשובה ללות נכסי עניים אף ברבית קצוצה אע"פ שלא התיר למעשה אלא בקרוב לשכר בנכסי יתומים מ"מ להלכה הראה פנים להתיר.

הא לא קשיא דקיימא לן כרבי עקיבא בפרק רביעי דשקלים אין משתכרין בשל הקדש ואף לא בשל עניים דחיישינן לפסידא ואפילו על הקרקע דילמא משתדף ונ"ל שאין מותר להשתכר בהם אלא ע"י משכונות זהב וכסף וכגון דהבא פריכא דאמרינן בגמרא דוקא בשל יתומים התירו באותו ענין שמפורש באיזהו נשך חזינן גברא וכו' לפי שיתומים צריכין פרנסה בכל יום ומכליא קרנא כדאמרינן התם ואי לא משכחינן גברא דאית ליה דהבא פריכא ניכלינהו זוזא זוזא אבל בשל עניים ודאי דאי לא משכחינן ניכלנהו הני עניי זוזא זוזא ובתר הכי אכ"ע כמו לפרנסם הילכך אין מוסרין נכסי עניים לשום אדם שיהא צריך לגבות הימנו אם לא שיהיו בטוחים במשכון ובהא לא שייך שום היתומים למכור קרקע לפדות המשכונות וגם בנכסי יתומים ליכא לאוקומי כדפי'.

ודברים שאמר מר נאמרו למשה בסיני שהרמב"ם והגאונים ז"ל אינן חלוקים על הרשב"א ז"ל אע"פ שראיתי לרב מהר"י קארו ז"ל שכת' לא שבקינן פשיטות' דגאונים והרמב"ם והרא"ש ז"ל משו' פסוק' דהרשב"א ולע"ד נראה שהגאונים לא אמרו שהוא הדין בכל ריבית דרבנן אלא בההוא דמפרש בגמרא דומיא דמקח וממכר וכגון שטרי מחוזנאי או טרשאי ספוראי שכשלוקח הסחורה בתוספת מאותה שעה מתרצ' לקנותה בסכום זה וכמכר דמיא וכן כל כיוצא בזה ממיני המשכנתות שאוכלין פירותיהן שאין בהם איסור אלא מדבריהם דכמכירה לשעתא היא ומדידהו קא אכלי ואף בזו גמגם הרשב"א ז"ל להתיר שכן כתב בתחלת התשובה דמשכנתא בענין שהיא אבק ריבית אפשר שהיא מותר דכל ריבית של דבריהם מותר לגבי יתומי' דמ"ש מקרוב לשכר וכולי הרי שהושוו דבריו לדברי הגאונים ז"ל. אבל כשהמקבל נותן מכיסו בזו הכריעה דעתו של הרשב"א ז"ל לאסו' ולא נסתפק' בה כלל והיאך אפשר לומר שהרב יחזור בתוך כדי דיבור

שבתחילה התיר כל רבית דרבנן ואמר מ"ש מקרוב לשכר ואח"כ החליט את הדבר לאסור אלא שבתחילה כלל ואמר דלאו דוקא באותו ענין שהזכירו בגמרא אלא ה"ה בכל רבית דרבנן דדמי ליה דמ"ש מקרוב לשכר ולבסוף פרט ואמר ומיהו מסתברא דלא בכל רבית של דבריהם התירו כלומר מטעם שלא העמידו דבריהם במקום נכסי יתומי' אלא כל שקרן היתומי' מיוחד ואין המקבל נותן מכיסו שרי כגון משכנתא באתרא דמסלקי דכל זמן דמשכנתא הוי שכונ' גביה דיתמ' הו"ל כמכירו ומדידהו קאכלי אבל כי ההיא דחכירי נרשאי שהלוה מקבל' עליו בדמים קצובי' בין עבדא ובין לא עבדא הא ודאי אסור דלמה להם לחכמי' לעשות זה ליתומי' כיון שכבר עשו להם תקנה שתהוי ידן על העליונה ואם המקבל אינו מוחזק לנאמן לא יהבי' ליה בכל ענין כדאמרי' התם גם מדברי הרמב"ם בספ"ה אין סתירה לדינו של הרשב"א ואדרבה קרובין דבריו להיות כדבריו שהרי לא כתב לה שנותני' מעות יתומי' בכל ענין שהיא אבק רבית אלא כך כתב נכסי יתומי' מותר ליתן אותם וכו' כיצד אומרי' לו וכו' ואח"כ נתן טעם להיתר לפי שזה אבק רבית הוא וכל אבק רבית אינה אסורה אלא מדבריה' ובנכסי יתומי' לא גזרי הלכ' שרינן בכה"ג וכל דדמי לה אבל כגון אותה שאסר הרשב"א שהמקבל פורע מכיסו לא נחלק אדם עליה ובכיוצא בזה נאמר לא תהא שתיקתן של גאוני' והרמב"ם ז"ל יפה מדבורו של הרשב"א ז"ל.

דהא דקמחסם מר לומר הואיל ומדינ' דגמרא מטלטלי דיתמי לב"ח לא משתעבדי כי תקון רבנן בתראי למגבי מטלטלי בכה"ג דהוי אבק רבית לא תקון לקלקולא דיתמא אני בעניי אין לבי נוקף בכך דודאי השתא לתקנתא דרבנן בתראי מטלטלי כמקרקעי דמי לכל מילי וכשחייב עצמו בשטר וקנין נשתעבד כל נכסיו וכ"ש למה דכתבו רבוותא האידנ' עבדינן למטלטלי וסמכינן לה למילתא דלדידן הוה ליה כגמלא דערביא דאתתא גבי' פורנא מינייהו דסמכא עלייהו דאפילו כתובת בנין דכרין אמרו מקצת רבוותא דגביא ממטלטלי דלא פליג רבנן כדמוכח מדברי הרי"ף ז"ל ואפילו לרובא דרבוותא דאמרו דלא גביא היינו טעמא משום דתקנת ב"ד לא נהגו בה בתראי דאמרי הלואי שיתן אדם לבנו כבתו. ותדע שהרי הרמב"ם ז"ל בפ' י"ט מהלכות אישות הוצרך לתת טעם למה לא תגבה ממטלטלי לפי תקנות הגאוני' ואמר לפי שלא מצינו שפשטה תקנה זו אצלם שנאמר שהיתה בכלל תקנתם ועוד השתא דכתבינן בשטרות מטלטלי אגב מקרקעי חזרו המטלטלי' להיות כקרקעות כדכתב הריב"ש בסימן ק"ו דהשתא לכ"ע כתובת בנין דכרין נגבית מן המטלטלי' מן הדין זולת תקנות הגאוני'. ואע"פ שתנאי זה אינו נכתב בכתובה ואינו מתקיים אלא בתנאי ב"ד אע"ג דלא כתוב כמאן דכתיב דמי ואפשר לומר

דכי כתבינן מטלטלי למאי דכתיב בהדי' קאי ולא קאי אתנאי ב"ד כ"ש למה שכתוב בגוף השטר דמהני שפיר דכל תנאי שבממון קיי' כן דעתי הקלושה נוטה ויפרש לי מר הכרעת דעתו הרחב' ומאי דאסי' בה וכסא תורתו לעולם יכון כאור בוקר וכשחר נכון נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמה

אזנימי'.

שאלה שאלתם זו שאמרו הכל עולי' למנין שבעה אפי' קטן אפי' אשה כמו שבא בטור סי' רפ"ב א"ח אם הוא דוקא לשביעי או אפי' לרביעי או לכהן או איזה שיהיה לפי שנפל הפרש ביניכם ובקשתם דעתי.

תשובה אם לא אמרו אלא דוקא לשביעי אין בדבר ספק דה"ה ו' וחמישי דמה הפרש יש בין ז' לו' אדרבה היה בדין להחמיר בז' לפי משנה ראשונה ששנינו במגילה הפותח והחותם בתורה מברך לפניה ולאחריה והעולי' באמצע לא היו מברכי' ויוצאים בברכה של ראשון ושביעי וא"א לגדולי' בני חיוב שיצאו בברכת קטן דלאו בר חיובא כמו שכתב הר"ן ז"ל וכתב ומיהו השתא דתיקון רבנן שיברכו כולם אשה או קטן קורין אפי' ראשון ואחרון ומכלל דבריו אתם למדים דבכל השבעה קטן עולה במניינם אלא שהרמב"ם ז"ל בפי' המשנה בפ' הקורא את המגילה עומד במה ששנינו קטן קורא בתורה כתב אמר א' מן הגאוני' האחרונים כי זה אחר השלישי ע"כ שנראה דעת הגאון דבג' הראשונים אין קטן עולה במני' ומ"מ נראה שהרמב"ם ז"ל לא סמך על סברת הגאון שהרי בפ' י"ב מה' תפלה כ' וז"ל קטן היודע לקרות ויודע למי מברכים עולה ממנין הקוראין עכ"ל ולא חלק בין ג' הראשונים לשאר.

ומיהו רבינו הרב מהרי"ק ז"ל הביא בסוף סי' קל"א משם הרוקח שכ' וז"ל ירושלמי א"ר יוחנן קטן לספר עושין אותו סניף נראה לקרות בתורה לז' כדמשמע בפ' הקורא עומד אבל לג' אין מצטרפין דמפסיק ואינו עולה וכן השיב רבינו נתן בעל הערוך ז"ל וכ' עליו הרב ז"ל דנראה מדברי הרוקח דהא דעושין אותו סניף הכונה לומר שמותר לעלות לס"ת אבל לא יעלה מהמנין ומ"ה לא התיר שיעלו ביום שאין קורין בו אלא שלשה משום דאין מוסיפין עליהם ע"כ דבריו.

והם תימא בעיני וכי אפשר לומר כן שלא יעלה למנין והלא בפירוש אתמר במגילה הכל עולי' למנין ז' אפילו קטן וכו' ומבעיא לן מפטיר מהו שיעלה למנין ז' אלמא למנין אמרו וכ"ת דלפי הירושלמי דקאמר עושין אותו סניף משמע ליה סניף לז' ולא שיעלה ממנין ז' אין לומר כן חדא דר' יוחנן לא הוה פליג אברייתא דמתניא במגילה דעולה למנין ממש

ועוד אם איתא דפליג מי שבקי' מאי דמייתי בתלמוד' דידן משום הירושלמי ודברי הרוקח אינן אלא שבא למעט שלא יעלה ממנין ג' שלא אמרו אלא לשבעה לפי שירושלמי סתם ואמר לספר עושין אותו סניף דמשמ' בכל ענין בין לג' בין לז' לכך כתב דדוקא לשבעה משום דדייק לישנא דבריית' דמגיל' דקתני למנין ז' ולא קאמר עולה למנין סתם. והרב מהרי"ק ז"ל בסי' רפ"ב כ' דלפי דברי הרוקח נראה דלשבעה נמי אינו עולה אלא לאח' שקראו ג' ע"כ וגם זה אינו נ"ל מדבריו דכל היכא דאיכא ג' גדולים ליכ' הקפדה אם יהיה הקטן מהשלשה ראשוני' ולא בא אלא למעט היכא דאין קורין אלא ג' כגון בחול דאין עולה למנין ג' משום דפחות מג' לא אשכחן אבל הנך דתוספות משום כבוד י"ט ושבת ליכא קפידא אם יהיה והכי דייק לשון הירושלמי דקאמר עושין אותו סניף וסניף היינו להשלים מנין התוספות דאי ס"ד בכל ענין עולה הול"ל עולה למנין כנ"ל וכבר כתבתי לעיל דברי הר"ן ז"ל דמשמע ליה אפילו לראשון עולה וכן משמע מדברי רבינו ירוחם שהביא בסימן קל"א דעיר שכולה כהנים שכהן קורא פעמים ושוב יקראו נשים וקטנים. ויש להסתפק אם כהן קטן יהיה עולה במקום כהן מי אמרינן כיון דטעמא דכהן פותח ראשון אע"פ שישראל גדול הדור קורא אחריו משום קדושתו הוא שאנו חולקין כבוד לכהנים וקטן לאו בר חלוקת כבוד הוא או דילמא דהא קורא ראשון אמרו לא שנא קטן לא שנא גדול ומדברי הר"ן שכתב שאשה או קטן קורין אפילו ראשון ואחרון אין ראיה דדילמא התם מיירי בקטן ישראל היכא שאין שם כהן אבל לא בכהן קטן ויש שם שבעה ישראלים גדולים. ומסתברא לי שאין חילוק בין כהן לוי לישראל דכי היכא דישראל השלישי עולה קטן במקומו אף כהן קטן ולוי קטן עולים כשאין שם כהנים ולוים גדולים ואף על פי שיש שם ז' ישראלים גדולים דלא אמרו כהן קורא ראשון ואחריו לוי ואחריו ישראל אלא מפני דרכי שלום דשבעה הוא דבעינן ואין חובה שיהא בהם כהן ולוי אלא משום דלא ליתו לאנצויי הוא דאמרו כהן קורא ראשון וכיון שכן מעלין כהן קטן מפני המחלוקת וראיה מדאמרי' בירושלמי בפרק הנזקין עיר שכולה כהנים ישראל קורא ראשון מפני דרכי שלום אלמא אין קפידא בכהן אלא כדי שלא יבואו לידי מחלוקת הילכך כיון דקטן עולה למנין ז' אף כהן קטן קורא ראשון מפני המחלוקת והיינו למאי דקי"ל דכהן קורא ראשון מדרבנן הוא ולמאי דאמרינן דכהן קורא ראשון מדאורייתא דכתיב וקדשתו לכל דבר שבקדושה לפתוח ראשון וכו' השתא נמי דאין שם כהן גדול יכול לקרא כהן קטן דכבוד הוא לזרעו של אהרן. וכ"ת דאין זה כבוד הציבור שיפתח ראשון ונראה שאין בדבר קפידא כיון דמשום שבח בית אביו הוא עולה אין זלזול לעולים אחריו בכך ויש ראיה לזה ממה שכ' הרא"ש בסוף פ"ק דקדושין אהא דאמרינן התם

במסיבה הלך אחר זקנה ובישיבה הלך אחר חכמה והיכא דלא מופלג לא האי בחכמה ולא האי בזקנה בכל מקום הלך אחר זקנה ונתן טעם לפי שחכם יותר אינו בוש אם יקדים לו החכם הזקן ממנו שיודע הוא שבשביל זקנותו חולקין לו כבוד. אף כאן הדבר ידוע שלזרעו של אהרן חולקים כבוד שהרי אפילו כהן שהוא הדיוט קודם לחכם גדול. ואם היה לוי קטן אני מסופק אם יקרא כהן במקומו דבהא ליכא טעמא דאינצויי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמו

שאלה ראובן נתן לשמעון ה' אלפים לבנים בזמן שהיא שוה כל גרוש קרוב לש' לבנים באופן שנתן לו י"ב פרחים וחצי בעד ה' אלפים לבנים והתנה עמו שיתן לו מהמטבע החדשה לערך ש' לבנים הגרוש ה' אלפים לבנים חדשים לסוף שנה אחת ואמר לו שהם קדש מקהל פ' ועכשיו שנתחדשו המטבעות רואה שמעון שהפסד גדול הוא ומה גם שידע שאינה מעות של הקדש אלא של ראובן ואינו רוצה לפרוע אלא לפי מה ששוה המטבע הראשון שהם י"ב פרחים וחצי יורינו המורה.

תשובה כל שיש תוספות יותר על חומש כמו שהוזכר בהגוזל קמא והלוהו מן הישן ע"מ לפרוע בחדש רבית קצוצה כמו הלוהו סלע בה' דינרין סאתים חיטים בג' דהיינו נשך של תורה ואינו רואה דבריו של החכם השלם נר"ו בזה שכתב דהיינו מה שהביא רבינו משם ספר התרומות דאם היה בענין שהוסיפו עליו יתר על חומש או שהוזלו הפירו' מחמת המטבע וקבלו י"א דהוי רבית קצוצה וי"א דהוי אבק רבית ואין מוציאין ממנו כמ"ש הרב בב"י וכ' דלדעת הרמב"ם הוי אבק רבית שהרי לדעתו אפי' נתן לו בעי' יותר לשם רבית כיון שלא קצץ עמו תחילה אינו אלא אבק רבית דנ"ל דע"כ לא איפליגו הני רבוותא אלא בהלוהו סתם על המטבע ונשתנה וקבלו אבל היכא דיודעים היו שישתנה המטבע שכבר הוטבע ומתנה ע"מ שאתן לך מטבע החדש הרי זו קצוצה ואף במעות של הקדש לא הותר שאין לנו עכשיו קדשי בדק הבית ובמעות של עניים היכא שאינן מיוחדים התיר הרשב"א אלא שהרא"ש סגר את הפתח ואמר לא הותר אלא בקדשי בדק הבית ואף הרשב"א אמר בתשובה להלכה אני אומר ולא למעשה מ"מ בדיעבד לא היה הדבר חוזר ולכתחילה נמי אם היה רוצה לתת לעניים מדעתו שרי דמתנ' לעניי' הוא ולא אסרה תור' אלא רבית הבא ממלוה ללוה אבל אם מעות של ראובן הם רבית של תורה הוא ויוצאה בדיינין כ"ש שלא יפרע ואפילו אם ירצה לתת לו התוספות במתנה אינו רשאי נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קמז

לווניציא.

שאלה מעשה שהיה כך היה ר' יעקב כהן שלום בחור בן כהר"ר אברהם כהן שלום זה ט"ו שנים שמש עם אביו ואחיו בכהונה היינו עלו לספר לקרא ראשון ונשאו את כפיהם וחתמו אגרותיהן בשם כהן בכל מקום שהיו עומדים שם מיום הנז'. והנה הבחור ר' יעקב כהן הנז' קדש גרושה זקנה עשירה בצינעא אחרי שהוגד לאביו שהיא גרושה ואינו יכול לקדשה ולישא אותה ואחר שקדשה ונאמר לו שאינו יכול לקיימה אמר שאינו כהן ורוצה להחזיקה מה יהא בדינו של הבחור ר' יעקב כהן הלז האם יחויב לגרשה וכופין אותו להוציא כמו שכופין למקדשי פסולות ומהן גרושה לכהן או יהיה כח בידו מדין תורה לומר אינני כהן הגם ששימש בכהונה כמה שנים.

תשובה גרסינן במסכת קידושין פרק עשרה יוחסין א' ר"י סמכינן אחזקה אפילו ליוחסין ואזדא ר"י לטעמיה דאמ' ר' חייא אר"י מלקין על החזקות סוקלין ושורפין על החזקות ופירש"י ז"ל מלקין על החזקות על דבר שאנו מחזיקין כן ואפי' אין עדות ברורה בדבר סוקלין ושורפין והרמב"ם ז"ל בפרק קמא דאיסורי ביאה פסק כר"י וז"ל מי שהחזק בשאר בשר דנין בו ע"פ החזקה ואע"פ שאין שם ראי' ברורה איש ואשה שבאו ממדינות הים הוא אומר זו אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגים עליה אבל פחות משלשים יום אין הורגין עליה משום א"א וכן פסק נמי הטור א"י סי' ט"ל וז"ל מי שהוחזק בשאר בשר וכו' מלקין ושורפין על החזקה עד סוף הסימן ואין לומר דהתם מיירי דוקא כשהאשה עומדת בדיבורה אז תועיל חזקה שלשים יום דתרתי בעינן שהיא עומדת בדבורה וגם חזקת שלשים יום אבל בנ"ד שהוא אומר שאינו כהן וחזר מדיבורו החזקה לאו כלום היא זו ליתא דא"כ בסיפא דקאמ' אבל תוך שלשים יום אין הורגין וכו' הוה ליה למימר חלוקה שניה ג"כ ולימא אבל תוך שלשים יום או אפילו לאחר שלשים יום וחזרה מדיבורה אין הורגין אלא ש"מ בלאחר ל' יום לעולם הורגין עליה אפילו בחזרה מדיבורה. והא הכא דחזקה לא הוי רק שלשים יום מלקין שורפין וחונקין וסוקלין על החזקה של ל' יום כ"ש וק"ו בנ"ד על חזקה שהוחזקה לכל הפחות ט"ו שנים שהוא הבחור רבי יעקב כהן הנז' בעצמו מודה כשנשאל ואומר שהוא אינו יכול לשקר שלא נהג כל דיני כהן הן בעלית ס"ת הן בנשיאות כפים הן לחתימת שמו לכהן תחת הכתבים כמו שנראה בפרושו אינו דין שתהא חזקה לאסור הגרושה עליו ולאו כל כמיניה לומר שאינו כהן וכה"ג נמי אמרי' גבי אשה דכל שהוחזקה נדה אינה נאמנות לומר טבלתי כן כתב הטור י"ד סימן קפ"ה וז"ל האשה שהיא בחזקת

טמאה וכו' ואם הוחזקה נדה בשכינותיה כגון שראוה לובשת בגדים מיוחדים לה בימי נדותה חשיבה בודאי טמאה. וכתב מהר"י קארו ז"ל ואם הוחזקה נדה בשכונותיה וכו' חשיבה בודאי טמאה כלומר ואסור לבא עליה וכו' והיינו דאמרי' סוף קידושין ובפ' המדיר אמר ר' יהודא הוחזקה נדה בשכונותיה בעלה לוקה עליה וכו' עד ופרש"י ז"ל הוחזקה נדה בשכונותיה שראוה לובשת בגדי נדותה בנדון דידן נמי הוחזק לכהן וראוהו ששמש בכהונה ט"ו שנים ואינו נאמן לומר אין אני כהן דומיא דהאשה שאינו נאמנת לומר טהורה אני כשהוחזקה נדה. וגם דאיתא התם גבי אשה דאם נותנת אמתלאה לדבריה נאמנת וכן גבי אשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני כל שאינו תוך כדי דבור אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת הא מיהא בעינן שתאמר אמתלא' שיהא בדבריה ממש כמו שכתב הרמב"ם ז"ל סוף פרק ט' דאישות וכן האשה שבאה ואמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנויה אני אם נתנ' אמתלא' לדבריה ויש בדבריה ממש הרי זו נאמנת. דוקא דאמרה אמתלאה ויש בדבריה ממש כגון שלא יקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים ולא אמתלאה כל דהו שאין בה ממש וגם הרב המגיד כתב שם וז"ל אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת ופי' אמתלאה טענה הניכרת שהוא כדאי לסמוך עליה וכן פי' ז"ל וכתב רבינו שאם לא נתנה אמתלאה לדבריה שיש בה ממש וכו' עכ"ל. וכן התם גבי נדה בעינן אמתלאה וטענה ניכרת שהיא כדאית שכל שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני ודרך שחוק אמרתי לך תחילה אינה נאמנת וכן כתב הרמב"ם ז"ל דאינו אמתלאה רק שאמרה לא אמרתי טמאה אני אלא מפני אחותך ואמך דיראו אותנו וכולי. הא קמן דבעינן אמתלאה חזקה וכדאית ושיהיה בדבריה ממש מה שאין כן באמתלאה שנתן הוא שרצה ליטול גדולה לעצמו להיות כהן וליקרא ראשון וכיוצא בו טענה קלה ורעועה שלא נשמע כמוהו מיום היות אדם על הארץ אמתלאה רעועה ורצוצה שאפילו הדיוט שבהדיוטי ישראל לא יטענו כמוהו ואם רצה להיות גדול בדרך לא סלולה כזו היאך נהפך כמו רגע בשקדש זה הבחור גרושה זקנה ועשירה ונתן עיניו בממון וירד מגדולתו שהוחזק כמה שנים ונשתמש בשרביטו של מלך מ"ה הקב"ה ובשביל נתינת עיניו בממון כסף נמאס מוריד עדיו מעליו ואומר אין אני כהן. וגם שהיתה אמתלאה מה שאינה רק פטפוט דברים שאין להם שחר הא כתב הרמב"ן ז"ל הביאו הטור יורה דעה סימן הנז' וז"ל הוחזקה נדה בשכונותיה ואחר כן אומרת טהורה אני אפילו נותנת אמתלאה לדבריה שאומרת לא לבשתי אלו אלא שלא תטרידני עכשיו כי לא הייתי בריאה אינה נאמנת וכתב הטור רוצה לומר כיון שראינוה לובשת בגדי נדותה הוי כאילו ראינוה שראתה שאז אינו נאמנת לומר לא ראיתי. בנדון דידן נמי כיון שראינוהו משמש בכהונה ושהוחזק

הוי חזקה טובה לכהונה ואינו נאמן לומר אין אני כהן וגם שהטור כתב ותימה הוא וכי עדיף הוחזקה נדה בשכונותיה מכשאומרת בפי' טמאה אני שנאמנת לומר טהורה אני בנתינת אמתלאה. הא כתב מהר"י קארו ז"ל שם כבר הרגיש הרשב"א ז"ל בתורת הבית בקושיא זאת ותירץ דמשום בושת או אונס מקרי ואמרה טמאה אני אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדה אינה לובשת ולפיכך כל שחזרה ואמרה לא נטמאתי הרי כמכחשת מה שאמרה ואינה נאמנת. בנ"ד נמי שעשה מעשה כולי האי ושמש בכהונה ונשא כפיו וחתם בכתביו לכהן ט"ו שנה הוחזק ודאי לכהן גמור ולאו כל כמיני' לומ' איני כהן עכשיו שזה הבחור קדש הגרושה הזקינה העשירה הנז' וגם שיטעון ויאמר דכל יסוד כהונה זו בא מזקנה שאמרה בצפת תוב"ב שהוא ממשפחת כהנים ואיהו גופיה הוא שהוציא את הקול הזה של כהונה והפה שאסור הוא הפה שהתיר ומצי לומר אין אני כהן כדתנן האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסור הוא הפה שהתיר הא ליתא דהא בעינן שתחזור בה תוך כדי דבור כמ"ש טור א"ה סי' מ"ז וז"ל אמרה היא בעצמה נתקדשתי וחזרה ואמרה פנויה אני תוך כדי דבור נאמנת לאחר כדי דבור אינה נאמנת. ועתה דון ידין כל מי שיש לו מוח בקדקדו אם מיום דהפה שאסר ואמר כהן אני שהוא לפחות ט"ו שנים עד עתה שהפה התיר ואמר אין אני כהן עתה כשקדש הבחור הגרושה הזקינה העשירה הנז' אי הוה מתקרי תוך כדי דיבור א"ל שנאמר שיש עכשיו שהוא לאחר זמן או מהרה דמארי עלמא דהוי תת"ק שנה. וגם דאיתא שם אם נתנה אמתלאה לדבריה אפילו לאחר כדי דבור כגון שלא יקפצו עליה אנשים שאינה מהוגנים נאמנת הא אמרן דבעינן אמתלאה שיש בדבריה ממש וטענה ניכרת שהיא כדאית לסמוך עליה כגון שלא יקפצו עליה וכו' אבל אמתלאה חלושה כגון זה שאומר שנטל גדולה לעצמו עכשיו שקדש הגרושה זקנה ועשירה אינה אמתלאה כלל אדרבה חטא ועון פלילי להשמט מתגא דמלכא וקרובים הדברים לומר שהמוציא דברים כאלו לאמתלאה ח"ו פרחה צרעת המינות במוחו אלא ודאי כהן הוא והוחזק לכהן דגדולה חזקה ולא מפיו אנו חיים וכנז' וגם אם היה בא מעצמו עכשיו בלי חזקה ואמר אינו כהן אינו נאמן דכבר אסר ונטל עליו כל חומרות כהונה כמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ב דאיסורי ביאה וז"ל מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן וכו' עד אבל אוסר עצמו בגרושה וכתב הרב המגיד זה פשוט משום דשוינהו לכל פסולי כהונה אנפשיה חתיכא דאיסורא וכן כתב הטור א"ה סימן ג' וכן הביא הכל להלכה פסוקה מוהר"י קארו ז"ל וכל זה הוי אפילו בלא הוחזק כ"ש וק"ו בן בנו של ק"ו בדהוחזק ט"ו שנים. וגם כתב ריב"ש סימן נ"ד א' שהביא מעשה דיומא של כהן גדול עם שמעיה ואבטליון וכ' וז"ל הנה שלא היו אלה החכמים נזהרין

מלקלל ולבזות הכהנים אף אם היו נודעים ביחס כל שלא היו נוהגים כשורה או שלא היו בני תורה כ"ש כהנים שבדורינו שאין להם כתב יחס אלא מפני חזקתם נהגו היום לקרוא ראשון בתורת כהן ואפילו הוא ע"ה בפני חכם גדול שבישראל כמ"ש זה הרמב"ם ב"פ י"ב מהלכות תפלה אע"פ שמן הדין היה זה אסור ואותו חכם חייב מיתה שקורא לפניו אפילו כ"ג ע"ה עכ"ל לענייננו. דנראה דכהנים שבדורינו אין להם כתב יחס אלא חזקה שמוחזק בכך אפי' הכי אלימא האי חזקה לעשות נגד הדין ולקראו ראשון אפי' היותו ע"ה בפני חכם גדול שבישראל וחייב מיתה אם קורא לפניו וכל שהוחזק הבחור ר' יעקב כהן שלום ואביו ואחיו לכהנים הרי כל החומרות כהנים עליהם ואסורים בגרושה. והראיה שעכ"ז שכתב הריב"ש כנז' אפ"ה כתב בתשובה סימן שמ"ח על כהן שבימיו שגם בזמנו לא היו הכהנים רק מוחזקים בלי כתב היחס כתב סוף אותו שאלה על אותו הכהן שרצה להחזיר גרושתו והוא היה מאותם שאין כתב היחס אלא מוחזקים כנז' כתב וז"ל ומ"מ בנדון שלפנינו שהיא גרושה גמורה ואסורה לו מן התורה אין צ"ל שכופין אותו להוציא וגם מייסרין אותו על מה שעבר וכו' וכתב שם מיני הכפיה וכמו שיבא עוד וכתב גם שם הריב"ש לא מבעיא גרושה גמורה דפסולה לכהן אלא אפילו ריח הגט פוסל לכהונה שהוציאו חז"ל להיות גט זה פוסל בכהונה מרבוי הכתוב ואשה גרושה מאישה לא יקחו. על אחת כמה וכמ' גרושה גמורה זקנה שבא זה הכהן הבחור בעקיפין ובהצנע לכת לקדשה לו לשום ממון. א"כ הכל מה שכתבנו ברור כשמש בצהרים שאסור אל הבחור רבי יעקב כהן שלום לקיים גרושה זקנה זו מצאתי עוד בתשובת הרב מדינה סדר טור א"ה סי' רל"ה בנדון שבויה שנשבת יתירה מבת שלש שנים ויום אחד ואשה מפי שבויה שנשבת עמה מעידה שהיא טהורה אם יכולה להנשא לכהן סוף התשובה ז"ל די לנו להחמיר במה שהוא אסור ודאי אבל בענין ספק כזה ראוי לנו לומר ספיקא דרבנן לקולא עוד דהוי ספק ספיקא מתהפך ספק כהן ספק ישראל ואם תמצא לומר כהן ספק מותר ספק אסור ויש לנו לומר גם כן שבויה זו ספק אסורה לכהן ספק מותרת ואם תמצא לומר אסורה לכהן ספק זה אינו כהן אלא ישראל ע"כ. א"כ חזינן דהתיר מכח דשבויה הוי ספק דרבנן כמו שכתב איהו גופיה שם בשם הרמב"ם פי"ח מאיסורי ביאה סעיף י"ז ונדון דידן גרושה לכהן ודאי אסורה מדאורייתא. ועוד התיר דהוי ספק ספיקא מתהפך ונדון דידן אינו ספק ספיקא ואינו מתהפך אינו ספק ספיקא דלא מצינן למימר אם תמצא לומר כהן ספק מותרת דשמא לא בעלה דנ"ד אם תמצא לומר כהן הוי ודאי אסורא דגרושה היא וגם מההפך אינו מתחיל בנ"ד דבשלמא גבי שבוי' מצינן שפיר למימר שבויה זו ספק אסורה לכהן דשמא לא נבעלה מה שאינו כן בנדון דידן דגרושה זו

ודאי אסורה לכהן באופן דבנדון דידן גם הרב מדינה יודה דאסור דלא הוי מדרבנן ואינו ספק ספיקא וקל להבין מלבד דנוסף על שהדין כך גם השעה צריכה לכך ולא אכשיר דרי ופרוץ מרובה על העומד ואם ח"ו המורים בכ"מ שהם יצ"ו יניחו עצמן ומתרשלי' בדבר זה כל כהן בפרט מאלו אנוסי הזמן בראותו גרושה יפה ועשירה ימלא את ידו שלא לכהן ויאמר אין אני כהן ולמה אגרע מהבחור יעקב כהן שלום דנסיב גרושה זקנה ועשירה ועל פני כל אחיו ישכון אתה בהיותו עמה והנה נמצא תורתנו הקדושה וש"ש מתחלל בפרהסי' ואין אומר השב ואזל לה כהונה אוי לעינים שכך רואו' אשר לזה כל בר בי רב ת"ח תופס התורה ומורה חל עליו חובת ביעור כיעור המעשה המכוער הזה כי כל עת וכל רגע וכל שעה הבחור יעקב כהן שלום הלז חוטא לאלהי מרום ונכון להיות גוזר עליו בכל עוז ובכל תוקף שיגרשנה וכל כי האי לא הוי גט מעושה דאמרינן בכתובת פ' המדיר אין מעשין אלא לפסולות כגון אלמנה לכ"ג וגרושה לכהן הדיוט ומיני כפייה דעבדינן הלא הם כתובים על ספר הישר מהר"י קארו ז"ל טור א"ה סימן ו' וז"ל כתיב בא"ח כתב רב נטרונאי כהן דנסיב גרושה או אחת מהפסולות ושמיתו יתיה תרי או תלת זמני ולא שבקה ואמר לא ניחא לי דליהוי כהן וכו' עד ובעל הרחמים ארך אפים יחזירם למוטב והריב"ש סי' שמ"ו הנז' על אותו כהן שרצה להחזיר גרושתו כתב כנז' וז"ל מ"מ בנדון שלפנינו שהיא גרושה גמורה ואסורה לו מן התורה ואין צריך לומר שכופין אותו להוציא וכו' וכתב עוד ודרך הכפייה איך היא מבואר במסכת כתובות פרק המדיר וכו' עד ומפרש בהדיא התם דכופין בשוטי' וכו' הכל שם עד סוף התשובה. אל חי חלקינו צורנו יסיר יצר הרע מקרבנו אכי"ר זהו הנראה לנו חותמי מטה בן ציון צרפתי מבורר לדיין מ"ה יעקב כהן הנז' ומקוים מהווגאדור יר"ה. ליב סרוואהל ואני כמוהו. יצחק גרשון ואני כמוהו. וזאת תשובתו על הדבר.

סימן קמט

שאלה אנשי לצון יפיחו קריה המעמקים מה' לסתור עצה ולמען חלל קדושתו של אהרן תנואות ימצאו נהפכו כקשת רמיה בשקריהם ובפחזותם ערב אל לבם לקרב את המרוחקי' מגאלי הכהונה באגרוף רשע ובזרוע נטויה ותהי להם חזות הכל כפרץ נופל נבעה בקיר נטוי גדר הדחויה כי סרבים וסלונים אתם פצע וחבורה ומכה טריה ואם לשום חיתול לחבשם מחזירין רטיה לשוא ירבו רפואות תעלה לא זורו ולא חובשו ומה יתן ומה יוסיף בם לשון רמיה זאת התורה רשפיה רשפי אש שלהבת יה. הלא זאת המחצבת רהב תפר מחשבות ערומים ולא תעשינה ידיהם תושיה.

ומעשה שהיה כך היה ר' יעקב כהן שלום בחור בן כה"ר אברהם כהן שלם זה ט"ו שנים שמש עם אביו ואחיו בכהונה היינו עלו לספר לקרוא ראשון ונשאו את כפיהם וחתמ' אגרותיהם בשם כהן בכל מקום שהיו עומדים שם מהיום הנז' והנה הבחור ר' יעקב כהן הנז' קדש גרושה זקנה עשירה בצינעא אחרי שהוגד לאביו שהיא גרושה ואינו יכול לקדשה ולישא אותה ואחר שקדשה ונאמרו לו שאינו יכול לקיימה אמר שאינו כהן ורוצה להחזיקה ונשאלה שאלה מה יהא בדינו של הבחור ר' יעקב כהן הלז האם יחוייב לגרשה וכופין אותו להוציא כמו שכופין למקדשי פסולות ומהן גרושה לכהן או יהיה כח בידו מדין תורה לומר אינו כהן הגם ששמש כמה שנים בכהונה והנה הרבנים המאירים לארץ ולדרים עליה רבני גאונים ויניצייא יצאו חלוצים לקנאות קנאת ה' באיש הזה ההולך אחר עינו ואחר שרירות לבו הזונה ודבריהם תורה הם ודברי תורה אינן צריכין חיזוק אכן במצותם שהיא חובה עלי באתי להסכים על כל דבריהם דברי אלהי' חיים.

ואיברא שעילה זו שמצא המקדש אין ופעלה מאפע כי מה שאומר שאינו כהן אלא שרצה ליטול את השם שיחזיקוהו בכהן וגם אמר שכל יסוד כהונה זו בא מזקנה שאמרה בצפת תוב"ב שהוא ממשפחת כהנים ואיהו גופיה הוא שהוציא הקול הזה של כהונה והפה שאסר הוא הפה שהתיר הנה אין באמתלאה הזו ממש ושלש תשובות בדבר חדא דאף על גב דכאותה שאמרו מעשה באשה אחת שהיתה גדולה בנוי וקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים ואמרה מקודש' אני אמרי' אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת וכן באומרת טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת התם דבור ודבור הוא אתי דבור ומבטל דבור ומקרי אינש ואמר דברים שאינן לפי מקומן ושעתן אבל כשהוחזק הדבר על ידי מעשה לא מהני אמתלאה ומה שכתב הרמב"ן ז"ל דכשהוחזקה נדה בשכונותיה ואחר כך אומרה טהורה אני אינה נאמנת אפילו נותנת אמתלאה לדבריה ואף על גב שהטור ז"ל תמה וכי עדיף הוחזקה נדה בשכונותיה מכשאומרת בפיה טמאה אני הרי שהרשב"א ז"ל נתן טעם לשבח דמשום בושת או אונס מקרי ואמרה טמאה אני אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדה אינו לובשת ולכך אינה נאמנת שתחזור בה.

ויש לי ראיה לזה מהא דאמרינן בפרק חזקת ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וכו' אמר ליה והא אית לי סהדי דאתאי אמלכי בך ואמרת לי זיל זבין אמר ליה השני נוח לי והראשון קשה הימנו כמאן כאדמון דתנן העורר על השדה והוא חתום עליה בעד אדמון אומר השני נוח לי כו' וחכמים אומרים אבד את זכותו ומסיק אפי' תימ' רבנן דבורא עביד אינש דמקרי ואמר הא קמן דאע"ג דבדבורא איכא למימר אמתלאה גדולה

דהשני נוח לי והראשון קשה הימנו היכא דעביד מעשה אבד את זכותו אף כאן אפי' היתה אמתלאה אין אחר מעשה כלום.

ועוד אילו לא היה כאן אלא מעשה שראינוהו שעלה לדוכן וקרא ראשון זהו דינו של הרמב"ן דאמר דלא מהני אמתלאה כנגד המעשה אבל הכא חזקה גדולה איכא כאן דהוחזק טפי משלשים יום ולא מהניא התם אמתלאה כלל ודבר זה מתורתו של הרמב"ן לא למדנו שתלמוד ערוך הוא בידינו סוקלין ושורפין על החזקה כדרבה בר רב הונא איש ואשה תנוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה ע"ז כדאמרינן בפרק בתרא דקידושין ומייתי מעשה באשה אחת שבאתה לירושלים ובנה מורכב על כתפה והגדילתו ובא עליה והביאום לב"ד וסקלום לא מפני שבנה ודאי אלא שכרוך אחריה ממילא עסקינן דהויא לה אמתלאה שגדלתו והיה לה לבן כדאמרינן אלה בני בתיה בת פרעה ואמרינן נמי חמשת בני מיכל וכי מיכל ילדה אלא כל המגדל יתום כאלו ילדו ואעפ"כ סקלום וכן המקלל אביו ואמו היכא קטלינן ליה אם לא בחזקה ואין אביו יכול להצילו ולומר לא עשיתיו אלא חוטרא לידי ומרא לקבורה ומדקטלינן ליה אלמא כל מילתא דאתחזק לן לא מהני בה אמתלאה ואם הביאוהו למיתה החמורה ע"י חזקה לא יביאוהו למלקות הקל.

ועוד דלא מהני אמתלאה אלא היכא שהוחזק ע"פ עצמו אבל כהונה דבעיא עד אחד והוא עצמו אינו נאמן הוי חזקה אלימתא מאי מהני אמתלאה שהוא נותן לדבריו אלא כופין אותו ונוהג מצות כהונה ואם עבר לוקה ע"י העד כאותו שאמרו בירושלמי דסוטה פ' מי שקנא אמר לו עד אחד חלב הוא זה ואכלו והתרו בו שנים לוקה עיקר עדותו לאו בע"א ואף על פי כן לוקה והואיל והוא לוקה על פיו אלמא מחזקינן ליה בדבר ברור ולא כל הימנו להוציא עצמו מחזקה ותו אין כאן מקום אמתלאה שאומר שעשה כן ליטול את השם ולהכבד בדבר אדרבא קיקלון על כבודו דלא חציף איניש לעלו' על הדוכן בפרהסיא פן מחר תגלה רעתו בקהל כדאמרי' התם בפ' ב' דכתובות דמבעיא לן אי מעלין מנשיאת כפים ליוחסין ומבעיא ליה אפילו למ"ד אין מעלין מתרומה ליוחסין משום דתרומה מתאכלה בצינעא אבל נשיאות כפים דבפרהסיא אי לאו דכהן הוא לא מחציף אינש נפשיה אלמא יש לו לדאג פן כבודו בקלון ימיר ולא כל מה שיטעון אדם על עצמו קרוי אמתלאה אלא מלתא דמסתברא וגדולה מזו אמרו בגמ' לעיל אמתני' דב' נשים שנשבו דתניא אני וחברתי טמאה נאמנת על עצמה ואינה נאמנת על חברתה ומוקי לה בגמרא דאתא ע"א ואפיך לה ואמר את וחברתך טהורות איהי שויתא נפשה חתיכה

דאיסורא חברתה טהורה ומפר' דקמ"ל מהו דתימא הני תרוייהו טהורות והא דקאמר הכי תמו' נפשי עם פלשתים הוא דקעבדי קמ"ל.

ואיכא לעיוני ולמידק במה שכ' הרמב"ם ז"ל בפרק עשרים מהלכות א"ב מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני וע"א מעיד לו שאני יודע שאביו של זה כהן אין מעלין אותו לכהונה בעדות זה שמא חללה וכו' עד שיעיד שזה כהן אבל אם הוחזק אביו כהן או שבאו שנים והעידו שאביו של זה כהן הרי הוא בחזקת אביו עד כאן. והדבר תמוה מה ראה הרב לחלק בין הוחזק אביו בעדים דאוקמיניה אחזקת אבוה ובין היכא דהעיד עליו עד אחד למה לא נעמידהו בחזקת אבותיו. והרב המגיד ז"ל כתב החילוק הזה נראה שיצא לו ממ"ש מעשר ראשון חזקה לכהונה דמשמע שנעמידנו בחזקת אבותיו אבל בעד אחד שהעיד אינו מעיד ודאי כהן זה לא אמרינן אוקי בחזקת אבהתיה ואכתי לא מחוורא טעמא מאחר שע"א נאמן בכהונת אביו למה לא יהא בנו נגרר אחריו ונראה לי טעמא של הרב ז"ל לפי שמה שהאמינו בכל מקום ע"א היינו משום דבמילתא דעבידא לאגלויי לא משקר אינש וכדאמרי' בהחולץ ואשתמודעי אפי' ע"פ ע"א וכו' וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בחתימת הלכות גירושין אל יקשה בעיניך היאך התירו ערוה החמורה על פי עד אחד וכו' אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד ואין העד יכול להשמט אם הדבר שקר וכו' ואע"פ שהראב"ד ז"ל צרף טעם דעיגונא דאתתא היינו דבאיסור ערוה תרתי בעינן הלכך היכא שהעד מעיד על זה שהוא כהן דלא אפשר ליה לאשתמוטי אי משקר מהימן דגילוי מלתא בעלמא הוא אבל היכא שמעיד על אביו שמת שהיה כהן לא מקרי עבידי לגלויי שאביו כבר נשכח זכרו והבן אם לא יחזיקו אותו העולם בכהן יכול להשמט עצמו ולומר אביו של זה גבה עיני' היה וחלל את בנו אבל בשנים שהעידו על אביו הרי הוחזק לכהן תחת אביו כן נראה לי ומעתה מאחר שהוחזק זה לכהן כמה שנים ודאי על פי עדות הוחזק ולאו כל כמיניה לאורועי נפשיה ואע"פ שהביא הרב המגיד שראה מי שהקשה על הרב ז"ל שכ' שאין מעלין בזמן הזה לכהונה ע"פ עצמו שמנהגנו להאמינו לקרא בתורה ראשון. וכבר כתב הרב המ"מ שמי שנהג כן נהג מנהג טעות ואולי כשבא א' ממקום ידוע ואומר כהן אני מעלין אותו לקרא בתור' ראשון ולישא את כפיו דהיכא דשכיחא שיירתא אין אדם עשוי לשקר בכך שלא תהא עלייתו ירידה אבל כשבא ממקום רחוק ואינו ידוע לנו כגון אלו האנוסים הבאים מארץ רחוקה ושם לא נהגו דת משה ויהודית ודאי דלא מהימנינן ליה על פי עצמו אלא ע"פ אחרים אע"פ שפסולים היו ותחילתו וסופו בכשרות בעינן מהימני כדתנן בפ' האשה שנתגרשה ואלו נאמנים להעיד בגודלן על מה שראו בקטנן וכו' ושהיה איש פ' יוצא מבית הספר לטבול לאכול

בתרומה וקיימא לן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי כאן ב' ואפילו אתא ע"א לפוסלו בתר הכי לא מצי פסיל ליה כדאמרינן בפ' ב' דכתובות אהא דמעלין לכהונה ע"פ ע"א דאמר ר"י אין ערעור פחות משנים ולא מבעיא היכא דהעלוהו מתחלה ע"פ ע"א שהרי כאן שנים אלא אפי' יצא עליו קול פיסול בתחילה ואתא ע"א להכשירו בכה"ג אמר ר' יוחנן דבעינן תרי לחזור לפוסלו שכן כתבו שם התוספות וכיון דע"א לא מפיק ליה מחזקתיה כ"ש אמתלאה דלא מהני ליה.

ומעתה איש זה שהיה ט"ו שנים בחזקת כהן לקרא בתורה ראשון ולנשיאות כפים חזקה היא לכל דיני כהונה כדאמרינן בפרק י' יוחסין אר"י גדולה חזקה וכו' א"ל הרי אתם בחזקתכם במה הייתם אוכלים בקדשי הגבול אף כאן בקדשי הגבול ופרכינן ולמ"ד מעלין מתרומ' ליוחסין אתי לאסוקי' ומשני שאני התם דריע חזקתייהו ופירש"י במה שאינן אוכלין בקדשי' וכ' התו' ולא נהירא דמ"מ איכא למיחש דאתי לאסוקינהו מתרומה לקדשי' ומקדשי' ליוחסי ותמיה לי בדברי התו' אלו חדא דודאי לא אתי אפי' לקדשי' בזמן הבית היה הוכחה במה שאינן אוכלין קדשים דתדירי בכל יום ורואין שאינן חולקין באחיהם היינו רעותייהו ויוצא להם שם פיסול דקלא אית לה למילתא וידעו שנגאלו מן הכהונה ותו דלקדשים ליכא למיחש ששם היתה סנהדרי גדולי יושבת ודנה את הכהונה וכדאמר לקמן בפרקין גבי אין בודקין מן המזבח ולמעלה דאי לאו דבדקוניה לא הוו מסקי ליה ודוק' ליוחסין איכא למיחש משום דערוה לכל מסורה וכה"ג מפלגינן בפ' ב' דיבמות גבי קורבה דברי' דלגבי נשואין גזרינן וגבי עדות לא גזרינן ומשני ערוה לכל מסורה עדות לב"ד מסורה אלמא כל מידי דמסור לב"ד לא חיישי' שיטעו כנ"ל ונמצאו דברי רש"י ז"ל קיימים מ"מ ילפינן דכיון דליכא למיחש ליוחסין מסקינן להו לתרומה דאורייתא כדמסי' ואלא מאי גדולה חזקה דמעיקרא אכול בתרומה דרבנן והשתא אכול בתרומה דאורייתא ולליכא בתרא דהשתא נמי לא אכול אלא בתרומה דרבנן היינו משום דלא ליתי לאסוקינהו מתרומה של תורה ליוחסין אבל משום תרומה של תורה עצמה לא חשו אע"פ שיש בה עון מיתה ומתרי מתנייתא דמייתי בפרק שני דכתובות מוכח להדיא דמעלין מתרומה דרבנן לחלה דאורייתא או מחלה דרבנן לתרומה דאורייתא וסמכינן אחזקה להקל בשל תורה אלא שהרמב"ם ז"ל פסק בין בחלה בין בתרומה שהם בזמן הזה דרבנן כדכתב המגיד משנה פרק עשירי מהלכות א"ב ומיהו מהתם שמעינן דאפילו למאן דאמר תרומה דאורייתא שרי למיכל ומה שכתב הרב אבל בתרומה וחלה של תורה אינו אוכל דהיינו כשיבנה מהרה ב"ה משום דפסק כלישנא בתרא דלא אכלי בתרומה דאורייתא משום דלא ליתי לאסוקינהו ליוחסין ומכל מקום עדיין צריך עיון לפי שטתו

של הרמב"ם ז"ל בכל אותה סוגי' דפרק שני דכתובת ופרק עשרה יוחסין אתיא דלא כהלכתא וכבר הארכתי בחידושי ליישב הנך שמעתא אפי' למ"ד חלה ותרומה בזמן הזה דרבנן ואין לי להאריך כאן מכל מקום שמעינן דגדולה חזקה אפילו להקל באיסור תרומה אפילו למ"ד שהיא של תורה ובעון מיתה כל שכן דמהני שלא ישא פסולה ומפקינן לה מיניה.

ואותם זחוחי הלב התוקעים עצמם בדבר הלכה וינאמו נאם שהכהנים שבזמנינו אין להם חזקה והביאו ממה שכתב הריב"ש ז"ל סימן צ"ד וחלילה לרב ז"ל שבא להפקיע חזקת כהונתם במה שהחזיקום עד עתה בכהנים דהא אפילו במשפחות שבישראל מהני בהו חזקה דהא איפסקא הלכתא בעשר' יוחסין דכל המשפחות בחזקת כשרו' עומדות וסתמן כפירושן וכל שכן כהנים שנוהגים מנהג כהונה דמדמחזקינן להו בסתמן בכהנים וראיתי שכתב הטור סי"ב בשם הרמ"ה דהא דאמרן כל המשפחות בחזקת כשרות היוינו מאן דאית ליה חזקת כשרות אין צריך לבדוק אחריו אבל מאן דלית ליה חזקת כשרות כגון שאין משפחתו ידוע צריך ראיה ליוחסין שמא עבד הוא וכתב עליו הטור ול"נ דלישנא דכל המשפחות בחזקת כשרות אינו משמע כדבריו עד כאן. וטפי הוי ליה לאקשוי מהא דאמרינן בגמר' בעובדא דרב יהודה דלא נסיב לרב יצחק בריה דאמר אי ידענא מהיכא אנסביה ומסי' עולא אלא זיל בתר שתיקותא אלמא אין לנו בדיקה אחרת אלא שתיקותא ותו הא דאמר בהחולץ זיל גלי או נסיב בת מינך אלמא אם היה גולה היו משיאין לו אשה בלא בדיקה ותו מההיא דאתא לקמיה דרב יהודה וא"ל נאמן את לפסול את עצמך ואין אתה נאמן לפסול את בניך אלמא בניו בחזקת כשרות הם ומהכא הקשו התוספות על מה שפירש רש"י בפרק שני דכתובות ואינו נאמן להשיאו אשה דמשום דמעלה ליוחסין צריך לבדוק אחר כל אדם קודם שישיאוהו. ולי נראה שלא הצריך הרמ"ה ז"ל לבדוק משפחות דודאי כל משפחה שאנו מכירין בה ואבותיה בחזקת כשרו' עומדת אלא לא בא אלא לאפוקי אדם אחד שבא לפניה' שאין משפחתו ידוע' שיש לחו' שמא עבד הוא ואין לו משפחה ולא חייס והנהו דפרק החולץ דידוע לן שהיה נכרי ואין ספק אלא אם נתגייר בב"ד ולא תקשי השתא מכל המשפחות בחזקת כשרות דמי שיש לו משפחה אין חוששין לו ואפי' אליהו אינו בא לא לרחק ולא לקרב כדאמר התם דמשפחה שנטמעה נטמעה הרי היא בחזקת כשרות.

ויש לי תימא על מה שכתב הרמב"ם ז"ל בסוף הלכות מלכים ושבטו של לוי מטהר תחילה והיינו מימרא דרבי חמא בר חנינא וקש' דרבי יהושע בן לוי משמע דפליג אהא דרבי חמא דקאמר כסף מטהר ממזרים ומאי מגישי מנחה בצדקה כדרבי יצחק משפחה

שנטמעה נטמעה וכן פירש רש"י שם דפליג אדרבי חמא ומשמע דהכי קיימא לן כר' יצחק וכריב"ל דבתר הכי אמרינן דאמר רבי יוחנן קבלה בידינו היא וכו' וסבר לה כרב יצחק ורב יצחק קרא דמגישי מנחה קדריש ונראה דהרמב"ם מודה דבכהן מוחזק אצלנו בכהן על פי עדים שאבותיו שמשו על גבי המזבח אין אליהו מיחסן על פיסול שלאח"כ דמשפחה שנטמעה נטמעה אבל כהנים שבזמן הזה שאין להם חזקה אלא בקדשי הגבול כדאמר להם עזרא הרי אתם בחזקתכם במה הייתם אוכלין בקדשי הגבול וכו' ואלו צריך ליחסן להעלותם לקדשי מקדש כגון אלו כתיב בהו וטהר את בני לוי דהיינו להעלותם ולקרבם אבל משפחה שהיא בחזקת כשרות אין נזקקין לפוסלם דמשפחה שנטמעה נטמעה אף בכהונה והיינו דכתיב מגישי מנחה בצדקה ומיהו מלשון הרמב"ם ז"ל משמע דמוקי משפחה שנטמעה נטמעה בישראל וקרא דוישב מצרף בכהני' ואין זה במשמע השמועה מ"מ למדנו שכל שהוחזקו אבותיו במשפחת כהני' הרי הוא בחזקת כהן ועל זה אמרו גדולה חזקה והרי הם בחזקה זו עד עמוד הכהן לאורים ותומי'.

ועוד הרי שאנו רואים שלכל קדשי הגבול אנו מחזיקין אותם בחזקת כהני' כגון לתרומות ומעשרות ואע"ג דליתנהו בתרומה טהורה דאסור למיכליה בטומאה איתנהו בתרומה טמאה בזמן הזה כגון בזמן שרפה ושאר הטהרות ואע"פ שהי' מותרים להדיוט ואין בהם משום גזל דהא אפי' מעשר ראשון הויא חזקה לכהונה אי לאו דאיכא למיתלי שמא לוי הוא דודאי אי לאו דקים לן שכהן הו' לא היו נותנים אלא מעשרן והם שלו דהמוציא מחבירו עליו הראי' כדאמרינן בפרק שני דבכורות גבי לוקח מן הגוי מעשרן והם שלו ומפרשינן מעשרן דאין קנין והם שלו דא"ל אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדי' אבל במעשרות תבואה הגדלה בקרקע ישראל מחוייב ליתן לכהן ולא מצי מדחי ליה בדין על הספיקות וכן בבכור אדם ובכור בהמה חייב ליתן לכהן ולא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה כדאמרינן בכל ספיקי בכורות אין כאן לכהן כלום ומדסמכינן נמי אחזקה לנשיאות כפים וברוכי נמי מברכי בחזקתייהו קיימי.

ובפרק כל כתבי אמר ר' יוסי יודע אני שאיני כהן ואם יאמרו לי חברי על' לדוכן אני עולה וכתבו התוספת לא ידע ר"י מה איסור יש בזר העולה לדוכן אם לא משום ברכה לבטלה עד כאן והוקשה לי דטובא איכא למיחש מעלייתו לדוכן דתנן אין בודקים מן הדוכן ולמעלה ויבא להכניס בניו לשמש על גבי המזבח דאיכא כרת וגם מיתת בית דין שעובד עבודה בשבת ואע"ג דרבי יוסי לאחר החרבן הוה עלה לדוכן בזמן הבית קאמר דבזמן הזה אין דוכן ואף בזמן הזה הוי חזקה לכהונה כדאמרינן בפרק האשה שנתארמלה דחזק' לכהונה נשיאות כפים בבבל מאי לאו ליוחסין ודחי לא לתרומה והיינו בתרומה

דאורייתא ויש בה עון מיתה ומה שכתבו לא ידע ר"י מה איסור יש בזר העולה לדוכן אם לא מטעם ברכה לבטלה משמע דקשיא להו הא אם לא ברך אין שום איסור בעלייתו לדוכן גרידא ומאי רבותיה דקאמר הייתי עולה כיון שהעיקר הוא משום הברכה:

ותמה אני היכי אשתמיטיה למרן ז"ל הא דאמרינן בפרק שני דכתובות ה"מ תרומה דעון מיתה אבל נשיאות כפים דאיסור עשה לא ופירש רש"י מדכתיב כה תברכו אתם ולא זרים ולאו הבא מכלל עשה עשה וסבור אני לומר שר"י ז"ל לא סבירא ליה הא דפרש"י דעשה היינו אתם ולא זרים דזר המברך מה בכך אם לא משום ברכה לבטלה דלכהנים אמרה תורה לברך את ישראל והיינו בשם המפורש אבל זה שברך אותה ברכה בשם כיון שאינו חייב הוה ליה הוגה את השם שלא במקום מצוה ואמרינן בפרק ארבע מיתות בית דין גבי ונוקב את השם דמגדף ואימא פרושי שמא הוא דכתיב אשר נקבו בשמות ואזהרתי' מהכא את ה' אלהיך תירא ומסיק דאזהרת עשה לא שמה אזהרה אלמא פרושי שם אזהרת עשה היא והיינו דאמרינן בכתו' דנשיאת כפים איסור עשה ולפי' צ"ל דאין האיסור אלא בזמן המקדש שהיו אומרים את השם ככתבו אבל לאחר חרבן בזמן ר' יוסי ליכא האי איסורא ומאי למימרא ועוד יש לומר דברכה לבטלה ממש קאמר ולא עבר משום לא תשא לשוא דדרך הודאה היא אומר אלא אזהרתיה מאת ה' אלהיך תירא דהוה ליה אזהרת עשה והיינו דאמרינן בכתובת דבהני איסו' עשה משום ברכה מכל מקום קשיא להו דיוכל לעלות ולא יברך הילכך ראיה גדולה היא מנשיאות כפים בזמן הזה שמברך וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בפרק עשרים דלענין שיאכל חלה ותרומה של סופרים ושאר קדשי הגבול מעלין מן השטרות ועל פי עד אחד ומנשיאות כפים ומקריאות בתורה ראשון.

ובר מן דין אפילו תימא שאינו מוחזק בברי לכהן אצל אחרים מכל מקו' לעצמו מוחזק הוא דשוי נפשיה חתיכה דאיסורא אצל נשים הפוסלות בכהונה דומיא דהאומר להאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני דתנן הוא אסור בקרובותיה וכן היא שאמרה קדשתני והוא אומר לא קדשתיך נאסרה בקרובותיו ובפרק קמא דכתובות אמרינן מגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני וקאמרה נאנסתי דמפסלא נפשה מכהונה אלא אדיבורא דידה מפסלא נפשה מכהונה ולכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק עשרים מהלכות איסורי ביאה מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן אבל אוסר עצמו בגרושה וחללה זונה ואינו מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה ומאחר שהוא לוקה אלמא מחזקינן ליה בתורת כהן ודאי ולא בתורת ספק וכמו שכתב המ"א הטעם דכיון שהחזיק עצמו מעיקרא כשהם מתרין בו אינו התראת ספק לגבי נפשיה שכבר הוחזק על פיו אבל האשה אינו לוקה

על פיו והנבעלת לו ספק חללה לפי שהוא אינו נאמן לגבי דידה ומשמע שאם הוחזק על פי עד אחד אף הנבעלת היתה לוקה והיא ודאי דכיון דהימנו חכמים עד אחד במילתא דעבידא לאגלויי הרי כאן שנים ולוק' הואיל והוחזק על פי עד אחד כאותה שאמרו בירושלמי לענין אכילת חלב אבל בהוראת עצמו אע"ג דשוי נפשיה חתיכה דאיסורה אין אחרים לוקין על ידו וכן כתבו התוספת בפרק החולץ גבי ההוא דאתא קמיה דרב יהודה ואמר ליה נתגיירתי ביני לבין עצמי דאע"ג דשוי נפשיה חתיכה דאיסורא אם בא על בת כהן לא פסלה ולפיכך מה שכתב הריב"ש שאין הכהן עכשיו בכתב יחס אלא בחזקה לבד לא נפקא ליה מיניה אלא לגבי אחרים כגון שזלזלו בו שעל זה היתה השאלה שם ולגבי אחרים לא ענשינן על פי' כמו שכתב הרמב"ם שאין הנבעלת לו לוקה אבל לעצמו אין כאן ספק דלא יהא שהוחזקו אבותיו בכהנים אלא מאחר שהוא החזיק עצמו בכהן נאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים.

ומה שהרב מהור"ר שמואל די מדינה ז"ל נסתייע מדברי הריב"ש לא אמר כן אלא לענין שבויה שנשבית ויש לה עד מפי עד מעידה שהיא טהורה כגון אשה מפי אשה ואמר הואיל ושבויה דרבנן ומספק' מילתא אם נאמין בה עד מפי עד עשאו בספק ספקא ואע"ג דספק זה דכהן אין ראוי לקרותו ספק בפני עצמו לענ"ד כמו שביארתי לעיל מכל מקום לא הקל בה הרב ז"ל אלא בשבויה דרבנן דספיקא לקולא וכל שכן בספק ספקא אבל בגרושה דמדאורייתא גרושה ודאית פשיטא דכייפינן ליה להוציא ועוד אפי' תימא דספיקא הוי מי לא מפקינן מספק באיסור כהונה והא אמרינן בפרק הזורק דשלחו ליה לשמואל ילמדינו רבינו יצא עליה קול איש פלוני כהן כתב גט לאשתו והרי היא יושבת תחתיו ומשמשתו שלח להו תצא והדבר צריך בדיקה ומפרש התם מאי והדבר צריך בדיקה דאי מגליא מילתא דקרו אינש' לנתינ' כתיב' דילמא נתן קאמרי ואע"ג דלכתיב' נמי קרו לה כתיב' מחמרי' למיחש לקלא ואמרי כתב ונתן מפקי' לה משני מפני חשד הקול ואע"פ שגם בקול יש ספק אי האי כתיבה דקאמרי אינשי כתיבה גרידתא היא ואת"ל נתינה היא ספק הקול אמת ספק אינו אמת ואפילו הכי מפקינן לה כל שכן הכא דלא יהא חזקתו זולתי קול כיון דמחזיקינן ביה בהכי מקמי נשואין דמפקינן לה ורואה אני שהדברים ק"ו. ותו בפרק הבא על יבמתו ההוא כהנא דאנסיב גיורת פחותה מבת שלש שנים אמר ליה רב נחמן בר יצחק מאי האי אמ"ל דאמר ר' יעקב בר אידי א"ר יהושע בן לוי הלכה כרבי שמעון בן יוחאי אמר ליה זיל אפיק ואי לא מפקינא לך ר' יעקב בר אידי מאודנך פירש רש"י משמתי' לך ותפיק בע"כ ומעובדא דרבי רומיום דהא רב ספרא מתני ליה מכללה כדאיתא התם הרי שאף על פי שנשא על פי חכם אמר לכפותו

על הגט אע"ג דלא ברירא איסורא ולא חייש לגט מעושה דספיקא דאורייתא היא וכופין לגרש והרב אבא מארי זלה"ה בתשובותיו חלק ראשון סימן רי"ט התיר לראובן שאמרו לו שהיה ממשפחה אחת שהיה נושאי' כפיה' ושהיו כהנים ואמר לו רב אחד שינהוג חומרי כהנים לענין טומאת מת וכן היה נוהג וגם בנו הבא אחריו פעמים היה נוהג שנזהר מטומאה ופעמים לא היה נזהר ובסוף נשא אשה גרושה והתיר לו אבא מארי זלה"ה שלא לגרש דמעיקרא חומרא בעלמא רצה לנהוג וכל שכן שהבן הי' מזלזל בדבר ומה שאמר לו הרב לא אמר מן הדין אלא חומרא בעלמא והת' לא אתחזק שהרי לא נשא את כפיו ולא היה עולה ראשון לספר תורה וזו ודאי ריעותא היא כההיא דאמרינן שאני התם דריע חזקתייהו אבל זה שהוחזקה לישא את כפיו ולקראה ראשון בס"ת לאו כל כמיניה להוציא עצמו מחזקת כהן והנה הרב הרא"מ ז"ל בתשובת צ"ד כתב על כהן שבזמנו שנשא גרושה שכופים אותו בשוטים עד שיגרש אע"פ שלא היה כהן מוחזק ובסימן ס"ח בתשובת כתובה וחתימה בסופה הרשב"א ולמי מקדושי' אלו שתהיה התשובה טופח' על פני המקילים באסורי' וגבה לב' בהוראה. ולו חכמו השכילו זאת שהריב"ש שהביאו ראיה מדבריו שכתב בזמנינו אין לו כתב יחס אלא בחזקה דקורא ראשון הוא עצמו בסי' שע"א כתב על אותו הכהן שרצ' להחזיר את גרושתו שכופין אותו להוציא וכייפינן ליה בשוטין וקיימא לן דמעשין לפסולות והיינו בשוטין דבדברים לא יוסר עבד ואם אין בנו כח לייסר בשוטין צריך לנדותם ולהחרימם בכל גבול ישראל ולהבדל מהם בכל מיני הבדלה כמו שמפורש בתשובה להרמב"ם ז"ל שהביא בטור אבן העזר על הכהן שנשא גרושה אותו ואת האשה החרימו בנדוי ובשמתא עליהם ועל כל הנלוים אליהם הנכנסים אתם בגילם או באבלם והמשתתף עמהם בחיים ובמות וכן ראוי לעשות באיש ובאשה האלו ככל התורה הכתובה בתשוב' ההיא והמטי' עקלקלותם לעזור לרשע לעשות חונף ולדבר אל ה' תועה אוי לנפשם כי גמלו להם רעה שמו דרכם חושך וחלקלקות והיו רק זעוה ואל שדי יתן רחמים לשום לשארית. ישוב לשוש עלינו לטוב עד ימלא שחוק פינו ושפתינו תרועה. וכמים יכסו אל ים תמלא הארץ דעה כה מעתיר קטן הלומדים והוא הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קנ

לשאלוניקי שעל הכתב תורת אלהיו על לבו חרושה ומה שעשתה חכמה עטרה לראשה אבן הראשה החכם השלם כמה"ר אברהם מוטל נרו'.

שאלה איש אל ירב ואל יוכיח איש מכאובות נתעב ונאלח למעצבה שוכב מעיף צוקה ואפלה מנודח בא עד נבכי ים הוקף במצודה ימותיו נתקו ויחנו בחרדה ואם ימלא קדים

בטנו לצרף אמרים מעט מזער לא כביר בבלי דעת מילין יגביר המלבב נמהרים אקוה למצוא דברי חפץ המאשכולות מרורותיו אטיף לך ליין ולשכר אכן עט שקר סופרים היתה לי כמו אכזב ודבר שפתי אך למחסור אכן בהלו נר דבריך עלי ראשי נתמלאת הבית כולו אורה ואמרותיך מעפר נבלתי יקימון ומסילותי ירומון והמה יניעון ידים רפות וברכים כושלות המה הפנו את לבבי הם המדברים ומלבי יוציאו מילין אני היום רפדתני בתפוחים ותחת התפוח עוררתני להשתכל בדין התפוח שנטל מעל השלחן ונתן לחבירו לקידושין בעד בתו.

וחזיתיה לדעתיה דמר שהוא מחזר לעשותו קידושי ודאי ולא קידושי ספק לומר שאם בא אחר וקדשה שאינה צריכה ממנו גט וברר ולבן בהנך טעמי שכתב שכלם נכוחים וישרים למוצאי דעת נחמדים מזהב פרוים מזוקק שבעתים ולהיות ערבי' עלי דברי דודים אמרתי לישא וליתן עם כבוד תורתיך במה שיש בלבי ספק לענין אם בא אחר וקדשה במה שזה המקדש היה אוכל בסעודה של אחרים ונטל תפוח מעל השלחן וקדש בו את האשה דאיכא למיחש משום גזל ובזה כתב כבוד תורתך דיש לומר שהחתן לכל הקרואים שקרא לאכול נתן להם במתנה גמורה כל מה שירצו לאכול ולתת כרצונם ואם כן כשלקח זה המקדש את התפוח ודאי שנתונ' היא לו במתנה גמורה מאת החתן בעל הסעודה אלו דברי כבוד תורתך בזה ומילי דמסתבר נינהו ומיהו לעשותן קידושי ודאי שלא לחוש לקידושי שני בזה אני חוכך להחמיר ומה שמספק עלי הדבר הוא מאותה שאמרו פרק בתרא דדמאי המזמין את חבירו שיאכל אצלו והוא אינו מאמינו על המעשרות אומר א' מעשר מה שאני עתיד להפריש למחר הרי הוא מעשר וכו' ובירושלמי בעי רבי זירא קמי רבי ירמיהו ואינו אסור משום גזל אמר ליה רוצה הוא שיהא לו נחת רוח פירש ר"ש רוצה בע"ה בנחת רוח דהא כן שהזמינו. ונראה שלא אמרו דרוצה בעל הבית בע"כ בהנחת רוחו של זה אלא בענין זה של הפרשת תרומה לפי שאי אפשר לו שיאכל אם לא יתרום וכל עצמו לא הזמינו אלא כדי שיאכל ואף על פי שהוא יודע שתרם מכל מקום כאן שאין לזה נחת רוח שיאכל בלי הפרשה אחולי אחיל ליה אבל שיטול מן השלחן ויקדש בו את האשה אף ע"פ שנחת רוח היא לו אין רוח בעל הבית נוחה הימנו שאין זה מצרכי הסעודה ועוד אמרו שם פועל שאינו מאמין לבעל הבית נוטל גרוגרת אחת ואומר זו ותשע הבאות וכו' וחושך גרוגרת אחת רבן שמעון בן גמליאל אומר לא יחשיך מפני שהוא ממעט במלאכתו של בעל הבית רבי יוסי אומר לא יחשיך מפני שהוא תנאי ב"ד ומדברי כולם נלמוד שיש באותה גרוגרת של תרומ' משום גזל ולהכי אמר תנא קמא שחושך גרוגרת אחת כנגדה מאכילתו. ורבן שמעון בן גמליאל דאמר לא

יחשוך יהיב טעמא מפני שהוא ממעט במלאכתו של בעל הבית כלומר ותקנתה דבעל הבית הוא שיאכל כדי שבעו ואי משום גרוגרת של תרומה שאבדה כיון דלא סגי בלאו הכי אחולי אחיל גבי כדי שיאכל ויעשה מלאכתו וכדאמרינן גבי אורח ורבי יוסי תלי טעמא בתנאי ב"ד שב"ד מתנה עליהם שתהא תרומה משל ב"ה משום תקנתא דב"ה גופיה דומיא דאמרינן בהשוכר את הפועלים וכולן אינן אוכלים אלא בשעת מלאכה אבל משום השבת אבידה לבעלים אמרו הפועלים אוכלין בהליכתן מאומן לאומן. ויש להרמב"ם ז"ל שיטה אחרת בפלוגתא דהני תנאי כמו שכתב בפירוש המשנה ומה שקשה לי על פירושו מתוך הירושלמי וגם על פסקו שבפרק תשיעי מהלכו' מעשר שני מפורש לי בהלכותיו כשתמצ' לומר לדברי הכל יש באותה גרוגרות משום גזל. ובפרק השוכר את הפועלים גבי פועל האוכל ממה שהוא עושה מבעיא לן אי משל עצמו הוא אוכל או משל שמים ונפקא מינה דאם אמר תנו לאשתי ובני דאי משל שמים הוא אוכל לא יהבינן להו וכתבו התוספת שלא זיכה לו הכתוב אלא מה שהוא לועס ואוכל ואין לו כח לתת כלום והכא ודאי הני אורחים לא מדידהו קאכלי אלא בע"ה הוא דמותר גבייהו דבשל שמים דהתם חשיב שאין להם זכיה בגווייהו להם לאחרים ואין לחלק דאורח שאני דכי יהיב ליה ב"ה בעין יפה קיהיב דאף על גב דאמרינן בפרק המוכר את הבית גבי חיצון במכר ופנימי במתנה דאיכא עין יפה במקבל מתנה טפי מלוקח וזכה בדרך מכל מקום הא קיימא לן כר' עקיב' דבמוכר נמי אמרינן בעין יפה מוכר ואי גבי פועל איכא קפידא הוא הדין גבי אורח ועוד דלא כל אפיא שוין כדאמרינן בפרק קמא דחולין ישראל קדושי' הם יש שיש לו ואינו רוצה ויש שרוצה ואין לו ואע"פ כן מזמנין מפני הבושת כדכתבו התוספות וכתב אל תלחם וכו' ואמרינן באלו נאמנים עובר בשני לאוין והיינו משום דלא גמר ויהיב וכל שכן דאיכא למיחש דלא ניחא ליה דיהיב לאחריני.

ועוד אמרינן בפרק גיד הנשה אין האורחים רשאין ליתן ממה שלפניה' לבנו ולבתו של ב"ה אלא אם כן נטלו רשות מבעל הבית מטעמא דמייתי התם דילמא אתי לידי כסופא ואצל בנו ובתו אמרו ק"ו אצל חבירו דאיכא קפידא במילתא שלא ליטול מעל השלחן ליתן לאחרים ושמא שאמר דבנו ובתו של בעל הבית שאני לפי שהם כגופו אבל לאחרים הרי היה להם נחת רוח באותה טובת הנאה. ומיהו לא משמע כן דמשום כיסופא דבעל הבית הוא כשאר מילי דמייתי התם וכל שכן שאסור לתת לאחרים דאיכא כיסופא וגזל ובתוס' בשלהי קמא תניא בן האוכל אצל אביו ועבד האוכ' אצל רבו קוצ' ונותן פרוס' לעבדו או לבנו של אוהבו שכן נהגו בעלי בתי' ומשמע דדוקא בן האוכל אצל אביו ועבד אצל רבו שכן נהגו אבל שאר כל אדם לא. אי נמי הנוטל מעל השלחן איכא טעמא דאתי

לידי כסופא אבל בן האוכל אצל אביו ליכא טעמא דכיסופא. ותדע דבפרק קמא דחולין דמייתי ההיא דאשת חבר טוחנת עם אשת ע"ה בזמן שהיא טמאה דקאמר דאשת ע"ה חשוד על הגזל ופירש רש"י שנותנת משל בעלה. והקשו התוספת דבהא אין דרכו של בעל להקפיד והעמידו בפר"ח שחברתה נותנת לתוך פיה ובהא ודאי הוי גזל. ובפרק זה בורר אמרינן דכתיב בניסן וגנב בתשרי לא שמיה גזלן ומוקי לה באריסא ודבר מועט אלמא אע"פ שהוא אריס ואפילו דבר מועט הוי גזל אלא דלא משוי ליה דאיכא גזל ומורה התירה וכ"ש בזמן אחר דידע שהוא גזל אף על פי שהוא אריס ודבר מועט. ואם היה ב"ה שם וראה ושתק איכא למימר דהוי מחילה ואיכא למימר דלא חשיבא מחילה שהרי אמרו בפ' האיש מקדש לענין קידושין דלא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא לה אבל הכא משום כסיפות' הוא דאמר הכי ואם באומר כלך אצל יפות לא התירו גם בעומד בעל הבית שם בשעת נתינה ושתק דשתיקה לאו מתנה היא ולאו מחילה היא דאמרי' בפרק יש נוחלין אהא דהכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא אבדה כתובתה ואוקמה שמואל בנותן בפניה ושותקת ואמרינן עלה מקולי כתובה שנו כאן דבעל חוב לא אבד זכותו במה ששתק ובכמה דוכתי דאין בשתיקה מחילה אלא שאין להאריך. והרמב"ם ז"ל כתב בפרק חמישי שאם קדשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק עד כאן. הרי דאע"ג דקי"ל שאין בעל הבית מקפיד בכך עשאו ספק קידושין לפי שנטל שלא ברשות בעל הבית ואף כאן באוכל בסעודה לפי מה שהוכחנו דאין לו רשות ליטול וליתן לאחרים אפילו תימא דאין בעל הבית מקפיד בכך כל שלא נטל רשות מבעל הבית בפירוש ספיקא הוי.

אלא אם היה מקבל הקידושין גם הוא מסב בסעודה ונטל פרי אחד ממה שלפניו ונתנו לחבירו אין בו משום גזל ולא אבק גזל שדרך הקרואים ליטול מנות ממה שלפניהם ושולחים ואין בזה שום חשש ואין לחוש שנאמר שכנוטל אדם ונותן לחבירו ממה שלפניהם משלו נתנו לו כדאמרינן בשלהי משילין מילא מים ונתן לחבירו פי' מילא מים לצורך חבירו מבור עולי בבל רב נחמן אמר כרגלי מי שנתמלאו לו רב ששת אמר כרגלי הממלא במאי קמפלגי מר סבר בירא דהפקר הוא ומר סבר בירא דשותפים הוא אלמא במילתא דשותפי לכ"ע כרגלי מי שנתמלאו לו. הכא נמי דשותפי נינהו והוה ליה כנותן לחבירו מחלקו ולפי מאי דמסיק נמי דכ"ע בירא דהפקרא הוא ובמגביה מציאה לחבירו קמפלגי הא קי"ל בפ"ק דמציעא מגביה מציאה לחבירו זכה חבירו על הסתם אם לא פירש ואמר אני זכיתי כמ"ש המ"מ בפ"ד מהי"ט דלא גרע מקדשה בגזל דידה

דקי"ל בדשדיך או דאמרה אין אע"ג דלא שדיך מקודשת. אי נמי הואיל ונטלו לקדש בו האשה מסתמא זכה לעצמו כדכתב הרא"ש בפ"ק דקידושין גבי מקדש בטבעת שאולה וכן הטעם בגזל דידה דמסתמא איהו מקניא לגביה כי היכי דתקדש' בה כל שכן שנאמר דאיהו זכה בתפוח לעצמו כדי שיקדש בה את האשה. ואיכא למימר נהי דבגזל דידה ממש אמרינן דהוי קידושי ודאי לפי שהכל יודעים שאי אפשר לה להתקדש בשל עצמה הילכך מסתמא הואיל ונתרצית להתקדש מקניא לגביה וכן בטבעת שאולה כיון שאי אפשר לקדש בשל אחרים מסתמא מקנה לגבי מקדש אבל הכא אבי הכלה סבור שהוא מקדש בשלו ואינו נזקק להקנות והחתן נמי סבור כיון שיש לו רשות לאכול כשלו חשיב לקדש בו דלאו כולי עלמא האי דינא גמירי כדאמרינן גבי כנסי סלע זה בפקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי בו אטו כלהו נשי דינא גמירי סברא אי שדינה מחייבנא באחריותיה הילכך כי איכא למטעי לא אמרינן מסתמא גמרי ומקנו וכשלקח החתן התפוח מעל גבי השלחן לא נטלו על דעת לזכות בו שהוא סבור שהוא שלו ועשאוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דאמרינן ביבמות פרק כ"ג דלא קני לפי שלא נתכוון לזכות בכך.

ומיהו יש לומר דידו עדיף מעודר דאשכחן דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו כדאמרי' בסוף פרק השואל אהא דתנן הזבל של בעל הבית ואוקימנא לה בתורי דאתו מעלמא דאמרינן בפרק קמא דמציעא דחצר משום ידה אתרבאי ותניא התם אין לי אלא ידו גגו חצרו וקרפיפו מנין וכו' וכיון דחצרו קונה לו שלא מדעתו כל שכן ידו והכי משמע בסוף פרק הנזקין גבי אם לקח ונתן ביד הרי זה גזל גמור שכתבו התוספות דאצטריך לאשמועינן ואף על פי שלא נתעכב בידו ולא אחז בהם אלא להפילן הוי גזל אלמא ידו זכתה לו בלא כוונת זכיה ועודר שאני דמדין חזקה הוא ולא מתורת זכיה דידיה אלא דאשכחן נמי בפרק הפרה דמבעיא לן המחזיק בשטרותיו של גר דילמא שטרא נמי לא קני דדעתיה אארעא דאטו לצור על פי צלוחית הוא צריך פירש רש"י דלהוי דעתיה אשטרות ולא אארעא ומסיק דלצור ולצור הוא צריך אלמא אם היינו אומרים שאין דעתו על השטר לא היה קונה אע"פ שבא לידו.

איברא דאי חשיב הכא דעת אחרת מקנה אותם פשיטא לי דמהני כדאשכחן לענין קטן דלית ליה זכיה כדכתבו התוס' בריש פ' בן סורר ובפרק השולח דאמרינן בפרק לולב דקטן מקני קני וכו' דדעת אחרת מקנה אותו שאני כדאמרי' בפ' מי שמת דאמר ר' יהושע לקטן אמרו דזוכין וכן לענין צבי רץ אחריו ואינו מגיע דבמתנה קנה משום דאיכא דעת אחרת וגם לענין חצר המשתמר לדעתו גבי עובדא דרבן גמליאל וזקנים בפ"ק דמציעא דאמרינן דאע"ג דחצר של ר"ג לא היה משתמרת לדעתם של זקנים דעת אחרת מקנה

אותם שאני דבמילתא דתליא בדעתא כגון קטן שאין בו דעת לזכות או בחצר שאינה משתמרת לדעתו של זוכה מהנה דעת מקנה כל שכן בחצר המשתמרת אלא שאינו יודע דמהנה ליה. אלא דבכי האי מילתא לא ברירא דעת מקנה לפי שאין בעל הסעודה מזכה לזה בשעה שלוקח הפירות מעל השלחן שהרי אינו מכיר' וכדאמרינן בהגוזל עצים וכי מי הודיעו לבעל חיטים שיקנה חיטים מבעל המעות ואף על פי שכל בני הסעודה ידועים מכל מקום אין לאחד מהם חלק מבורר ובההיא שעתא ליכא הקנאה דאין ברירה וכשהוא בא לזכות אין שם דעת אחרת מקנה אותו ביחוד. וההיא דפרק לולב דמלמדין אותם שיאמרו כל מי שבא לולבי בידו הרי הוא לו במתנה התם אף על גב דבההיא שעתא שבא לידו ליכא דעת מקנה מכל מקום דעת קונה מיהא איכא שאע"פ שסבור שהוא שלו מכל מקום כיון דמלמדין אותן שיאמרו אלמא חיישי' למילף ומכוין לזכות בו דשמא הוא לולב של חבירו. ושמא דלענין קטן לא הועילו כלום כיון דלית ליה זכיה מנפשיה וגם אין דעת אחרת מקנה אותו וכי היכי דלא אהני לקנות מן הקטן כך לא אהני להקנות לקטן. והיינו יכולים לדקדק מהא דאמרי' בפ' האיש מקדש דתנן מעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות ולקט אחד כלכלה של פירות ושלהם היתה ושל שביעית היתה וקבלה אחת מהן על ידי כולם אמרו חכמים אין אחיות מקודשות ואמר רב שמע מינה ממתני' המקדש בפירות שביעית מקודשת פירש רש"י דלא אמרי' לאו ממונו הוא לקדש בו את האשה כיון דלא בא אלא מטעם זכיה אלא כיון דזכה בו ממונו הוא לכל דבר אי נמי אע"ג דאסור לקנות מהם חפץ דכתיב לאכלה ולא לסחורה וכולי והלשון הראשון תמוה מאוד היכי תיסק אדעתין דדבר שלא בא לו אלא מטעם זכיה לא חשיב ממונו לקדש בו את האשה ואפשר שכוונת' לומר דהא קמשמע לן נטל פירות שביעית וקדש בהם שלא פירש בשעה שנטלם שזכה לעצמו דאיכא למיחש שמא לא גביה מתחילה אלא על דעת לתתו להם בתורת קידושין וכמגביה מציאה לחבירו הוא דלא קני המגביה וכסבור שיש לו זכות בפירות שביעית דרחמנא זכי ליה בעודם שם במחובר ויכול הוא לקדש בהם ולא נתכוין לזכות לעצמו ולא ממונו הוא קמשמע לן דכיון דאגביה זכה בה ונעשה ממונו לכל דבר ואפילו תימא דהכי בעי למילף התם נוטל פירות בסתם לקדש בו את האשה עדין אין ראיה לנדון דידן דודאי ליכא מאן דטעי בהכי דפירות שביעית הפקר ולית ליה זכיה בגויה אבל פירות שלפנינו כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו סבור הוא שמשהניחם לפניו זכה בהם. ועוד אפשר דהתם כשלקט לעצמו בפירוש עסקינן וקמשמע לן דלא תימא לאכלה ולא לסחורה כלשון שני דהתם. ועי"ל לשון ראשון דהתם דהא קמ"ל דלא תימה כיון דאפקעתה דמלכא הוי משלחן גבוה קזכו

חשיב כפועל שאוכל אצל בעל הבית דאמרי' התם דאי משל שמים הוא אוכל לא מצי יהיב לבניו ולאשתו שאין לו אלא מה שלועס ואוכל ולהכי כתיב לכם לאכלה אין לך בו אלא משעת אכילה ואילך ומינה נמי ילפינן דלא מצי למעבד סחורה ולא להפסד דהיינו צביעה וכיוצא בה דלאכלה כתיב קמשמע לן דכיון שזכה בה ממונו הוא לכל דבר כאדם הזוכה מן ההפקר דשביעית מדין הפקר הוא ומינה ילפינן דכתיב והשביעית תשמטנה ונטשתה יש לך נטישה אחרת שהיא כזו ואי זו זו הפקר. ונראה לי שהרמב"ם ז"ל הוציא דין זה דאפילו בדבר שאין דרכו של בעל הבית להקפיד איכא חשש גזל לכולי עלמא מהא דאמרינן באלו מציאות גבי עובדא דאמימר ורב אשי ומר זוטרא דאקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמיהו אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכל אדהכי אתי מרי בר איסק אשכחינהו אמר ליה לאריסיה מאי טעמא לא אייתת להו לרבנן מהנך שפירתא אמרו לי' אמימר ורב אשי למר זוטרא והשתא אמאי לא אכי' מר והתני' אם נמצאו יפות מהם וכו' אמר להו הכי אמר רב לא אמרו כלך אצל יפו' אלא לענין תרומה בלבד משמע מהכא דאפילו בדבר מועט לרבנן דמסתמא אין דרכו של בעל הבית להקפיד במה שאריס נותן מן האמצע כל שכן לרבנן דחשיב כמקריב ביכורים כדאמרינן בפרק שני דייני אפילו הכי חששו משום גזל. וכתבו התוספות דרב אשי שאכל קודם שבא מרי בר איסק משום דאריס מדנפשיה קיהיב כלומר דמסתמא כבר נטלן לחלקו בתחילה וכתב דאין לומר שהיה סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהא קיימא לן כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משמע מדבריהם דאפילו במידי דידעינן שבו יתרצה ולא יקפיד צריך שיתרצה להדיא שלא יהא בו משום גזל. ומצאתי בירושלמי סוף פרק לא יחפור רבי חנינא אעיל רבי יונתן בגינתיה ואכליה תאנין מדנפק חמא חד אילין דברת שובעין חוורין אמר ליה למה לא אכלתו מן אילון דאינון לברי ר' חנינא חשש משום גזל בנו ע"כ משמע דאפילו בן לגבי אביו שאין דרך הבן להקפיד כההוא דאמרי' בפרק ארבע נדרים ראה אותם אוכלים תאנים וכו' ונמצאו אביו ואחיו וכולי מ"מ יש חשש גזל בדבר להחמיר.

ועוד יש להסתפק באורחים המסובין אצל בעל הבית אם זוכים במתנותיהם משיגביהום או עד שיתנו לתוך פיהם ונפקא מינה שאם אחד מהם ברר והניח לפניו ובא אחד ונטלו אם יכול לאוסרה עליו אי נמי אם בעל הבית עצמו נטלה או שקדש בם את האשה אם היא מקודשת דמסתבר' שאינו מזכה להם אלא משיתנו לתוך פיהם דהא לגבי מקח אמרי' בפרק הספינה ברר והניח אפילו כל היום כולו לא קנה גמר בלבו לקנותו קנה ואוקמינא גמר בלבו בירא שמים כדרב ספרא הכא נמי אף על פי שברר והניח לפניו

לא מקרי קנין ולא דמי לעני המנקף בראש הזית דאמרי' בסוף פרק השולח שאם לקט ונתן ביד הרי זה גזל גמור ואע"פ שהשליכן אח"כ דאמר ליה ההוא גברא חזי מר דבידאי שדיתינהו דהתם ודאי הואיל והוא בא לזכות מן ההפקר לעצמו קודם שיזכה בו חבירו מכי אתא לידיה זכה בו לגמרי אבל הכא יד כולם שוה כאחת ומה שמותיר מותר לב"ה אין זכיה בבאו לידו עד שיתן לתוך פיו ומההוא דפרק השוכר את הפועלים שהבאתי לעיל יש ראיה דכיון דפועל אינו אוכל משלו אלא משל שמים לא זכו אלא מה שלועס ואוכל כדכתבו התוספות ואינו יכול לתת מחלקו לבניו וכן מוכח מדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' שכירות שאע"פ שכבר בא לידו של פועל לא זכה בו שכן כתב פועל שאמר תנו לאשתי ובני מה שאני אוכל או שאמר הריני נותן מעט מזה שנטלתי לאשתי ובני אין שומעין לו עד כאן והתם לא שייך טעמא דממעט במלאכתו של ב"ה אלא דלא זכי אלא מה שנוטל ונותן לתוך פיו וכך הסכים בטור חושן משפט.

וראיתי להרמב"ם ז"ל בפרק ראשון מהלכות זכיה שכתוב בלשון הזה המחזיק בשטר מנכסי הגר כדי לקנות את הקרקע הכתובה באותו שטר לא קנה אלא השטר לצור על פי צלוחיתו עד כאן. ומדקדוק לשונו משמע דאע"ג דידעינן בהדיא שלא החזיק אלא לקנות את הקרקע קנה את השטר ומתוך השמוע' לא משמע כן כדכתבתי לעיל וכן מוכיח מפרש"י. ולפי שיטת ההלכה היה לו לרב ז"ל לתפוס לשון הגמרא וכך היה לו לומר המחזיק בנכסי הגר אע"פ שלא קנה את הקרקע קנה את השטר לפי שדעתו של אדם לקנות גם את השטר לצור על פי צלוחיתו כדאמרינן בגמרא דדעתיה נמי אשטרא. ונרא' לי דהרמב"ם ז"ל הכי מפרש לה לבעיא בע"א ובהכי ניחא הא דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ועוד היכי מסתבר לומר דדעתיה לקנות את השטר לצור על פי צלוחיתו והלא היה סבור לקנות את הקרקע ומסתמא אז לא היה נהנה ממנו בכך דהאי שטרא אפסרה דארעא הוא והיה צריך לו לראיה שקנה את הקרקע על ידו והיינו דכתב רש"י וכי לצור על פי צלוחיתו הוא צריך דלהוי דעתיה אשטרא מעיקרא ולא אארעא כלומר דאי דעתיה למקניה ארעא מסתמא לא היה בדעתו לצור אם כן היכי מסיק אין לצור ולצור והא לא מסתבר כלל אלא ה"פ מי אמרינן מאן דמחזיק בשטרא דעתיה אארעא דאילו הנייר עצמו לאו מידי דזכיה הוא דלא מהני אלא לצור על פי צלוחית ובהא כמה ניירות איכא באשפה ולא חשיבי ליה כלל למזכי ביה ולהכי לא זכתה לו ידו ולא רשותו והיינו דקאמר בגמרא וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך שנאמר דחשיב ליה דתזכי ליה ידו שלא מדעתו דשמא אם לא היה בשביל הקרקע אם היה מוצאו בשוק לא היה נוטלו אמר ליה לצור ולצור כלומר מידי דחשיב הוא וחזי לזכיה ואף על פי שלא היה בדעתו

אלא על הקרקע מכל מקום זכתה לו ידו שלא מדעתו כיון דחשיב וכן לענין הוצאת שבת אמרינן בפרק המוציא יין נייר מחוק כדי לכרוך על פי צלוחית קטנה של פלייטון אלמא מידי דמצניעין כמוהו כדתנן בפרק כ"ג כל הכשר להצניע וכולי ושאינו כשר להצניע ואין מצניעין כמוהו אינו חייב אלא המצניעו וכיון דחשיב זכתה לו ידו אע"ג דלאו אדעתיה והא דאמרינן בגמרא או דילמא דעתיה נמי אשטרא בעלמא קאמר שהנאה מועטת כזאת נמי דעתיה דאינש עילוה ומידי דזכיה הוא כנ"ל שיטת ההלכה למדתיה מדברי הרמב"ם ז"ל אע"פ שאין מוכיח כן מדברי רש"י ז"ל ומתיישבה הא דקשיא לן דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

ואיכא למידק בהא דאמרינן בפרק חזקת הבונ' פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להם דלתות הראשון לא קנה לפי שיטת הרמ"ה שהביא בטור סימן קע"ה שאם הלבנים של גר אף על פי שהגביהם הראשון לא קנאם כיון שלא כיון לקנותם אלא על ידי בנין ובזה לא קנאם הילכך בתרא קנה הכל ואין לך חידוש גדול מזה שהבונה הזה ידע שהם נכסי הגר ומתעסק היה לזכות הואיל ולא היה בדעתו לזכות ביסוד בלבנים אלא על ידי הבנין לא קנה כלום. והרא"ש ז"ל חלוק בדבר שכתב לא משכחת לה שקנה השני אלא כשבנה הראשון על ידי פועלים שהם לא כוונו לזכות ובאמת שסברת הרמ"ה שם תמוה דלא דמי לעודר בנכסי הגר כסבור שהם שלו שהרי לא נתכוון לזכות לגמרי אבל זה מתעסק בזכיה הוא.

ומצאתי בסוף פרק האיש מקדש לשון ריא"ז ז"ל ונראה בעיני דבעל הבית המזמן אורחים לשולחנו ולקח אחד מהם וקדש בהם את האשה מקודשת שאין בעל הבית מקפיד עליהם אם יעשו כל חפציהם במנותיהם עד כאן לשונו ואני מסתפק אי דוקא ממנותיהם קאמר במה שהיה להם לאכול נותנים ולא קפדי אנשי בהכי וכאותה שאמרו משך גרוגרת אחת וכו'. את זה ראיתי להציג לפני חכמתך הרחבה כפי המעו' וכפי השעה ומעלת כבוד תורתו יברור אוכל מתוך פסולת וכבקר' רועה עדרו בין טוב ובין רע יבקר אשר רוח חכמתו נוחה הימנו ואשר יבחר בו עליך יראה צנה וסוחרה אמתו חסד תסובבנו ובמשרים כל מעגל טוב ה' בדד ינחנו כנפשו החכמה ונפש עמל נגש והוא נענה מוכה אלקים ומעונה. נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קנא

שאלה ראובן בחיים חייתו נתן ומסר ביד שמעון חתנו בינו לבינו סך מה בתורת פקדון שהיה לו אהבה עזה בינו לבין שמעון חתנו וגם חתנו דר בבית ראובן חמיו שנים רבות ומעולם לא עלה על דעת ראובן לתבוע ממנו שכירות כלל שהיה חתנו נושא ונותן בעסק

ראובן חמיו וגם מעולם לא שאל שמעון מחמיו פאטוריא"ש כנהוג באמרו הוא נותן לי השכירות ואני נותן לו הפטוריא"ש והיה הדבר נודע לכל ומה גם לבן ראובן שמעולם לא פרע שכירות כלל ואחר כך מת ראובן ובא בנו לתבוע משמעון גיסו ירושת אביו וקודם שיתן לו שמעון לבן ראובן ירושת אביו לקח' מידו מחילה כוללת שהוד' בן ראובן שלא נשאר לו ולב"כ נגד שמעון גיסו שום מין תביעה קלה וחמור' לא זכות ולא ממון ולא דררא דממונא ואם באולי נשאר הכל מחל לו מחיל' גמורה כהוגן וכתיקון חכמים ז"ל ככתוב באורך בשטר המחילה עתה בא בן ראובן ותובע משמעון שכירו' הבית שדר בחיי אביו וטוען שמעון שמעיקרא דדינא ראובן היה מוחל לו השכירות משום הפאטריא"ש ומה גם דאחר כך מחל לו בן ראובן כל זכות וטענה ותביעה וממונא ודררא דממונא ובודאי שהכל בכלל והגם שהמחילה נשרפה בשרפה אשר שרף ה' מ"מ יש לו לשמעון עד אחד שמעיד מענין המחילה היותה אמת כדבר שמעון ועל זה יורנו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה לכאורה נראה מלשון השאלה שטענת בן ראובן היא טענת ספק ואם כך הוא אין ספק שהדין עם שמעון הנפקד דאין לחייבו שבועה בטענת בן המפקיד שבא בטענת אביו באיזה צד שיהיה שאם הנפקד כופר בכל ומשיב אין לך בידי כלום ודאי שאין חייב לישבע כדמוכח בפרק שבועת הדיינין דקאמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת הסת מ"ט חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו אלמא בטוען טענת ברי היא בדוקא וכמו שדקדקו הפוסקים כמו שכתב הרב המגיד ז"ל פ"א מהלכות טוען ואם הנפקד טוען חמשין ידענא וחמשין לא היו דברים מעולם גם בזה הדבר פשוט שאינו חייב לישבע כמו שאמרו בפ' שבועת הדיינים אליבא דראב"י דסבירא ליה דלא שנא בו ל"ש בבנו דאינו מעיז דרישא דקתני מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא חמשים פטור מפני שהוא כמשיב אבידה מיירי בדלא אמר ברי לי סיפא דקתני אבל נשבעין לקטן וכו' בדאמר ברי לי דבלא אמר ברי הוה ליה כמשיב אבידה ופטור וכל שכן לרבנן קמאי דפסקו הלכה כחכמים דסבירא להו דאפילו בטוען טענת ברי הוה ליה משיב אבידה ופטור ומהקודם מבואר דבין לראב"י בין לרבנן הטעם משום דה"ל כמשיב אבידה ופטור אבל אם לא היה הטעם מפני שהוא כמשיב אבידה עדין היה מקום לומר דאין לפטרו מפני שבא בטענת ספק.

והוזקקתי לכתוב זה מפני שראיתי לרב המגיד ז"ל בפרק ראשון מהלכות טוען שעל מה שכתב הרמב"ם ז"ל אין משביעין הסת על טענת ספק וכו' כתב כלשון זה דבר מוסכם מכל הפוסקים ז"ל וכו' וכן הדין שהרי אף מודה במקצת ששבועתו מן התורה אינו

נשבע בטענת שמא כמו שיתבאר פרק רביעי עד כאן ואני אומר אם קבלה נקבל ואם לדין יש לנו תשובה דהתם הטעם מפני שהוא כמשיב אבידה וכמו שכתבתי גם על הרב בב"י חושן משפט סימן ע"ה תמהני שעל מה שכתב הטור ז"ל ואין חילוק בטענת ספק לתובע מעצמו לתובע מיורשין וכו' נמשך אחר דברי הרב המגיד ז"ל וכתב סוגיא דראב"י האמורה בפרק שבועת הדיינים בענין מודה במקצת ואין משם הוכחה כדכתיבנא מהרבה דחיות יש לדחות קושיות אלו אבל אינן על קו היושר והאמת גם על הטור ז"ל תמהני שכתב שם כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל ואפי' לצאת ידי שמים אינו מחוייב כיון שהתובע אומר שמא והנתבע לא הודה לו אלא אמר ברי וכו' עד כאן ונראה ברור מדבריו דמפני שהנתבע אומר ברי אינו מחוייב לצאת ידי שמים הא אם הנתבע אומר ספק מחוייב לצאת ידי שמים ואלו למטה כתב טענו שניהם ספק כגון שטענו הלויתיך ואיני יודע כמה והשיבו אמת כי הלויתני ואיני יודע כמה כיון שאינו טוענו בודאי אלא באיני יודע אין על הנתבע אפילו הסת ומשלם לו מה שברור לו ויצא אף ידי שמים שלא אמרו לצאת ידי שמים אלא בטוענו ברי אבל בטוענו שמא כיון שאומר איני יודע וכו' אין לחייבו לתובע לצאת ידי שמים וכו' ע"כ ומן הנגלה שאין לשתי ענינים אלו ישיבה אחת בעולם וזה סותר למה שנראה מדבריו למעלה דאם הנתבע טוען שמא חייב לצאת י"ש.

ונ"ל דבשלמא כשטענו סכום והוא משיב איני יודע אפילו בטוענו שמא חייב לצאת ידי שמים ולשלם לו הסכום שטוען אפילו בספק אבל בטוענו הלויתיך ואיני יודע כמה וזה טוען הלויתני ואיני יודע כמה אפי' טוען שמא איני חייב לצאת ידי שמים דכיון דאינו טוענו סכום ידוע אין לו ליפרע אלא מה שברור לו דאם לא כן מה סך יפרע לו לצאת ידי שמים כיון שאינו דבר קצוב וזהו שהטור נקט דינו בטענו שניהם ספק באומר איני יודע כמה הלויתיך ולא נקט דינו באומר כמדומה שיש לי בידך וכו' והלה אומר איני יודע וכו' ומיהו אין לשון הטור מוכיח זה וצ"ע.

ואפילו שטענת בן המפקיד היא טענת ודאי פטור מן השבועה דכל שיש עד אחד מסייע לנתבע פוטרו מן השבועה ואפי' משבועת היסת כמו שכתב הטור סימן ע"ה ופ"ז וכן דעת מתתיה גאון והתוספות והרמב"ן ומהר"ם והרא"ש והר"ן כמו שנזכר בטור במקומות הללו זולת בעל התרומות ז"ל שסובר שאינו פוטרו משבועת הסת וראייתו מהא דאיתא בפ' חזקת ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה אייתי חד סהדא דאכלה תלת שנין והיו סבורים בגמ' לדמויי לנסכא דרבי אבא והקשו ליה דהכא חד סהדא לסיועי אתי ופסק הרמב"ם ז"ל שהנתבע ישבע הסת שאינו

חייב לו בפירות ויפטור אלמא אע"ג דאיכא עד אחד המסייעו שאינו חייב לו פירות ושבדין אכלה משביעו היסת על טענתו כמו שכתב בשער כ"א והביא הרב ז"ל בח"מ סימן פ"ד ולפי זה אף הרמב"ם ז"ל חבר הוא לבעל התרומות בסברא זו וכמו שכתב הרב ז"ל בח"מ סימן ע"ה.

ואני בעניי אף כי אין דעתי מכרעת נלע"ד שראיה זו לא מכרעא מידי דשאני התם דאפי' לדברי העד עדיין איפשר שהשדה אינו שלו ואכילתו בפירות בגזל היתה שלא העיד העד אלא שאכלה שני חזקה אבל לא העיד שהוא יודע שהוא שלו וכיון דאפילו לדברי העד עדיין איפשר שהשדה אינו שלו וישבע הסת ויפטר מאכילת פירות אבל היכא דעד אחד מסייעו בעדותו פטור מן התביעה דודאי בנדון דידן פשיטא ופשיטא שפטרו מן השבועה מהטעמים שכתב מהר"ם ז"ל ומלבד שחילוק זה נאה ומתקבל מכח הסבר' אחזתיו ולא ארפנו ממה שראיתי לטור ח"מ סימן כ"ט ומ"ו וע"ה ופ"ד ופ"ז שדעתו מסכמת דעד המסייע לנתבע פטרו משבועה ולפי זה בעובדא דפרק חזקת אין הנתבע צריך לישבע כיון שהעד מסייעו ואלו בסימן קמ"ו כתב על עובדא דפרק חזקת כלשון הרמב"ם ז"ל שהנתבע ישבע הסת כדי ליפטר מאכילתו וזה הפך הסכמתו בסימן הנז' כפי האמור אלא וודאי מוכרח לומר דהחילוק מבואר כמו שכתבתי ולא פליג הטור מדידיה אדידיה גם מה שכתב הרב ז"ל בב"י סימן מ"ו שדע' הרמ"ה ז"ל כדעת בעל התרומות ז"ל אפשר לדוחה לדחו' דעד כאן לא קאמר הרמ"ה ז"ל דעד אחד המסייעו אינו פוטרו משבועה אלא בעד אחד אומר תנאי ועד אחד אומר דאין כאן תנאי דכיון דעד אחד מכחישו שלא היה שם תנאי רחמנא המניה לחיובי שבועה אף על גב דעד אחד גם כן פוטרו מן השבועה כיון דבאו כלם בבת אחת יותר סברא שנאמין למחייבו שבועה יותר מהפטרו שלהמחייבו מצינו מפורש בתורה שהוא נאמן ולא לפטרו דאם לא כן יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא אבל עד אחד המסייע לנתבע ואין עד אחר מכחישו איפשר שיודה הרמ"ה ז"ל כדעת הסוברים דעד אחד פוטרו מכל האמור נתבאר דהסוברים דפטרו מן השבועה רוב מנין ורוב בנין הם וכוותייהו נקטינין.

ולא יהיה אלא מחלוקת שקול או אפילו שהאומרים אינו פטרו הן רבים עתה כיון דאיכא רבוותא דמסייעי לנפקד מצי הנפקד לומר קים לי כהנך רבוותא דסברי דעד אחד המסייעו לנתבע פטרו משבועה דומיא דממון דהיכא דאיכא תרי רבוותא דמסייעי למוחזק מצי המוחזק לומר קים לי ולא מפקינן ממונא וכ"ת לא דמי דהא אמרינן מגו לאוקומי ממונא ולאיפטורי משבועה לא אמרינן מגו לדעת רבים וגדולים מהפוסקים כמו שבא הדבר מבואר בהרא"ש ובהר"ן ז"ל בחדושיו ובפירוש ההלכות ריש פרק כל

הנשבעין ובטור חושן משפט סימן צ"ו ורצ"ו לא היא שיש לחלק בין טענת המגו לטענת קים לי למתבונן הטב ועוד דאפילו הך דאמרינן דלא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה במחלוקת היא שנויה שהרא"ש והטור וסיעתם סוברים דמגו לאפטורי משבועה אמרינן כמו שנתבאר במקומות הנז' וכיון דבמחלוקת היא שנויה מצי הנפקד לומר קים לי כהנך רבוותא דסברי דמגו לאפטורי משבועה אמרי' ולדידהו ודאי דמצינן למימ' קים לי לאפטורי משבועה דשבועה כממון היא כיון דאם אינו רוצה לישבע הרי הוא מחוייב ממון כמו שכתב הרא"ש ז"ל שוב ראיתי לרב הגדול מהריב"ל ז"ל בחלק שני סוף סימן מ"ו כתב כלשון הזה וכי היכא דבממונא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ותיקו דממונא קולא לנתבע הכי נמי לענין שבועה לא משביעינן ליה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ומצי אמר קים לי כהני דאמרי דנאמן בלא שבועה עד כאן וכן היא הסכמת הרשד"ם חלק ח"מ סימן מ"ה וקנ"ט וזה מבואר בתכלית הביאור כמו שכתבתי סוף דבר הדין עם הנפקד ואפילו שטענת בן המפקיד תהיה טענת ודאית הנפקד פטור משבועה כיון דיש לו עד אחד המסייעו ומצי למימר קים לי כרב מתתיא גאון ז"ל וסייעתו ומה גם בהיות סברתו מוסכמת מרובא דרבוותא ואין לבן המפקיד על הנפקד זולתי חרם סתם בתקנת הגאונים המפורשת בטור חושן משפט סימן ע"א את זה ראיתי ונתון אל לבי להשיב על השאלה הזאת.

שוב חזר הגביר השואל ושאל דבן המפקיד הוא תפוס מנכסי הנפקד על ידי אחד ועתה שהוא תפוס מה הדין נותן ונראה לענ"ד דאפי' שלא יהיה לנפקד עד אחד המסייעו אין תפיסת בן המפקיד תפיסה לענין שיוכל לומר קים לי כפוסקים המסייעים לי חדא שכיון שבן המפקיד אינו יכול לטעון ולישבע בברי שהנפקד חייב לאביו השכירות אע"פ שהוא מוחזק מפקינן ממונא מיני' וכמו שכתב הרב בעל התרומות הדשן בסימן של"ג והחזיק בדבריו הרב מהריב"ל ז"ל בחלק ראשון דף קכ"ב ועוד כיון דתפיסה זאת לא באת לו מחמת הלוה אלא מחמת אחר לא מיקרי תפיסה ויכול הנפקד לתבוע ממונא ממי שמסרו לבעל ריבו והמוסר יתבע ממונא מבן המפקיד וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה סימן א' מכלל ק"ו ועוד שרוב הפוסקים הסכימו דתפיסה שלא ברשות לא מהני אלא בטוען ברי וכמו שבא הדבר מבואר בתשובה לר' מהר"ש חיון ז"ל סימן ל"ז זאת ועוד אחרת בנ"ד דיש עד אחד המסייעו צריך בן המפקיד לומר קים לי כאותם הפוסקים שסוברים דעד אחד אינו פוטרו משבועה וכיון שאינו יכול לזכות אלא בטענת קים לי הוה לי תפיסה בטענת ספק ואין תפיסתו תפיסה וכמו שכתב הרב הגדול מהריב"ל בח"ב סימן ס"ז ומאחר שנתבאר דתפיסת ספק לא הויא תפיסה וטענת קי' לי הוי' ליה טענת ספק אין

ספק דבנדון דידן מוציאין מיד בן המפקי' מה שתפ' מנכסי הנפקד וליכא למימר דכיון דבכל זה הוי פלוגתא דרבוותא חזרנו למקום הספק ומצי המוחזק לומר קים לי כאותם הסוברים דתפיסה שלא ברשות ותפיסת שמא הוי תפיסה כי היכי בעלמא דמצי המוחזק לומר קים לי היכא דתרי רבוותא מסייעי ליה דשאני התם שהוא מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה אבל הכא איך יטעון התופס קים לי דתפיס' מהני ובהא פליגי אם התופס עיקרו מוחזק או בעליו הראשונים ובהא לית לנו לילך אלא אחר הרוב וכמו שכתב הרב הגדול מהור"ר יוסף בן לב ז"ל בחלק שני מפסקיו גבי פלוגתא דהרמ"ה ושאר רבוותא לענין אם הלוקח הוא מוחזק או המצרן ועיין שם וכמו שהאריך בזה הרב מהרש חיון ז"ל בתשובת הנזכר.

ובר מן דין בנדון דידן מדברי השאלה מוכח שראובן חמיו של נפקד מחל לו דמי השכירות באומדנא דמוכח כיון שכן הוא מה זו השאלה של בן המפקיד לנפקד דמי השכירות וכבר כתב הרב בעל תרומת הדשן ז"ל סימן שי"ז על ראובן שאכל עם חמיו שמעון יותר מהשני' שקצב לו דבאומדנ' דמוכח דמחל לו המזונות פטור ראובן מלשלם ע"ש הנראה לעניות דעתי כתבתי להלכה ולמעשה היטב בעיני ריש מתא וריש מתיבתא מופלא שבסנהדרין הוא הראש לתורה ולתעודה ולכל דבר שבקדושה מורי ורבי הרב הגדול נר ישראל נר"ו עבד עבדיו אני מאז החפץ חיים כמהר"ר ישראל בנבנשת להם.

מה נמרצו אמרי יושר דברי חביבי ויקרי החכם השלם נחל נובע מקור חכמה העמיק הרחיב דן ובן בחקרי לבב פום ממלל רברבין ידיו רב לו דעבדן קריבן לכוין את ההלכה לתלמיה ולהציב הדורבן מור' דעה לפטור את שמעון מדררא דממונא ולהשבע לזה כמוה נקה יפה דן יפה זיכה קראתי עליו הזלים זהב מכיס שקלם במאזני צדק מעשהו כל אבני כיס ולהיותי חפץ להתבסם ולהשתעשע באמרותיו באשר הערה הערות מעוררות הלבבות אמרתי בחפזי אלקט' נא ואספתי בעמרים אמירי אמריו ולי מה יקרו רעיו.

והנה בטענת ספק דבר פשוט הוא שאין בדברי בן המפקיד כלום כמו שאמר החכם השלם טובינא דחכימי הפוסק נר"ו אמנם עמד על מה שאמר הרמב"ם ז"ל אין משביעין הסת על טענת סיפק וכתב הרב המגיד משנה דבר זה מוסכם מכל הפוסקים וכו' וכן בדין שהרי אף מודה במקצת אינו נשבע בטענת שמא כמו שכתב בפרק רביעי והקשה יקירנו החכם השלם הפוסק נר"ו דמה עני' זו לזו התם הטעם מפני שנראה כמשיב אבידה ובאמת בזה ראוי לעמוד דבבא בטענת אביו איכא טעמא דמשיב אבידה ויתכן שטעמו של הרב המגיד ז"ל דס"ל דמאי דקרינן ליה התם משיב אבידה משום דיורש לא ידע במילי דאבוה כלל וזה מי מודה במקצת שהיה ראוי להאמינו במיגו דאי בעי

כופר הכל אם לא מן הטעם שפירשו בגמרא מפני מה אמרו מודה במקצת הטענה ישבע פירוש למה לא יהא נאמן במגו משום דהאי בכוליה בעי דנכפריה אלא שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו כדאמרינן התם טעמא מפני דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו הא טוענו יורש בטענת שמא דיכול להעיז ולכפור הכל מה שהודה כמשיב אבידה חשיב והוא הדין והוא הטעם בבא בטענת עצמו וטוען טענת ספק והלה מודה במקצת ביה יכול לכפור דליכא העזה שבעל דבר עצמו אינו יודע ואדרבה ריע טענתיה דהוה ליה למדע ולא ידע הילכך איכא מגו וכמשיב אבידה מה שמודה והביא כמ"ע ראיה דאף במקום שבועה של תורה אין משביעין בטענת שמא אלא דחשיב כמשיב אבידה כ"ש לשבועה דרבנן שתקנוה במקום שבועה דאורייתא כדאמרינן אבל משביעין שבועת היסת דמשמע במקום שאלו היה מודה במקצת היה חייב שבועה מן התורה והיינו בטענת ברי ומטעמא דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו וזה היו רואין שתובע אע"פ שאינו יודע ולא תקינו ביה רבנן.

והקשה עוד כבוד חכמתו בדברי הטור סימן ע"ה שכתב שם כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל ואפילו לצאת ידי שמים הא אם הנתבע אומר ספק מחויב לצאת י"ש ואלו למטה כתב טענו שניהם ספק כגון שטענו הלויתיך ואיני יודע כמה כיון שאין טענו בודאי אלא באינו יודע אין על הנתבע אפילו הסת ומשלם לו מה שברור לו ויצא אף ידי שמים וזה סותר למה שנראה מדבריו למעלה דבנתבע טוען שמא חייב לצאת ידי שמים ובאמת דברי הטור ז"ל קשין להלמן ומה שרצה כ"ת לתרץ דטעמא דסיפא דאינו טוען סכום ידוע אין לו לפרוע אלא מה שברור לו דאל"כ מה סכום יפרע לו כדי לצאת ידי שמים אבל ברישא דמילתא בטוענו דבר קצוב שאומר מנה הלויתיך הנה לא נחה דעתו בזה שאין לשון הטור מוכיח זה ואיברא דודאי קשה למה כתיב הטור שאינו מחוייב לצאת ידי שמים כיון שהתובע אומר שמא והנתבע אומר ברי הא אפילו תובע אומר שמא והנתבע ברי משכחת לה דאינו מחויב לצאת ידי שמים הוה ליה למימר אפילו בטוענו שמא אם טוענו דבר שבמנין ושבמדה חייב לצאת י"ש ועוד דמה שכתב בסיפא אלא בטוענו ברי ע"כ לאו אבא לצאת ידי שמים קאי דבטוען ברי מתוך שאינו יוכל לישבע משלם אלא אדעלמא קאי בכופר הכל שטוענו ברי ובה' אפי' דבר קצוב אמרו חייב לצאת ידי שמים כיון דברי לו ולשון ראשון של הטור עצמו דאיהו גופיה מפריך שכתב שאינה חייב לצאת ידי שמים כיון שהתובע אומר שמא והנתבע לא הודה לו אלא אמר ברי משמע הא לא אמר ברי אלא ספק מחויב לצאת ידי שמים אמאי והא כי קא תבע ספיקא קא תבע ולמה יוציא זה ממונו דבהתירה אתא לידיה ויאכל הלה מספק

ולא יחוש לדיני שמים שמא אינו חייב כלום גם הלשון מגומגם דקאמר כיון שהתובע אומר שמא והנתבע וכו' אלא אמר ברי היכא אמר' הוי לי' למימר והלה טוען ברי אך יש לומר דאלא אמר ברי אתחלת הלשון קאי אינו מחויב נתבע לצאת ידי שמים אא"כ אמר התובע ברי והלכה מקופחת היא מדברי ספר התרומות ושם מתבאר יפה יפה. אמנם אם טענת התובע ברי ובא בטענת אביו בזו אנו צריכין לעד אחד שמעיד על המחילה ועל הפטור שפטרו ובזה עד אחד פטרו משבועה ויש לדקדק על מה שאמר הטור ז"ל בסוף סימן מ"ו כתב הרמ"ה ז"ל דעד אחד אומר היה תנאי ועד אחד אומר לא היה שם תנאי אם על מטלטלין מעידין נשבע נתבע שבועה דאורייתא על פי העד האחד שאומר שלא היה שם תנאי אף על פי שהעד א' מכחישו ולא אמרינן אוקי הדבר לגבי חד דרחמנא הימניה לחד לחיובי שבועה וכן מצינו שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים והאי דקאמר תנאי הוה ליה חד ואין דבריו של אחד במקום שנים וכן הדין באחד אומר פרוע ואחד אומר אינו פרוע וכתב הטור ואיני יודע למה נחשוב האומר שלא היה שם תנאי כשנים יותר מן האומר תנאי ונראין דברי רב מתתיה גאון ז"ל שכתב שאע"פ שהלכה שעד אחד יכול לומר תנאי מ"מ כיון דרב נחמן מחייב שבועה אפילו היכא דליכא דררא דממונא משתבע ההוא דתנאי הוה ובטיל לשטרא עד כאן וכתב שם הב"י ז"ל נראה לי שהרמ"ה ז"ל סובר שעד אחד המסייעו אינו פוטרו משבועה וכיון שכן הוא חייב שבועה על פי העד המכחישו ואותו העד הוה ליה כשנים ולפיכך נשבע שבועה דאורייתא כאילו אין שם עד המסייעו ורב מתתיה ז"ל סובר דכשם שעד אחד המכחישו מחייבו שבועה כך עד אחד המסייעו פוטרו משבועה דאורייתא ומכל מקום משתבע היסת מדרב נחמן לדעת רבינו כרב מתתיה וכו' גם בסימן פ"ד כתב שדעתו שעד אחד המסייעו פטרו משבוע' ושבעל התרומות חולק עליו ובסימן פ"ז כתב שדעת הרא"ש ז"ל שפטרו משבוע' והיא דעת התוספות ז"ל בריש מציעא עד כאן דבריו ועירוב פרשיות שנה הרב ז"ל כאן כי סברת התוספות והרא"ש ז"ל דעד אחד פוטרו משבועת התורה ומהר"ם ז"ל הכריח כדבריהם וכן מה שאמר הטור בסי' ע"ה ופ"ז ובעל התרומות חולק לא נחלק בזה כלל אלא בשבועת הסת שכן כתב בשער כ"א שהביא ראיה מההיא דפרק י' יוחסין נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי וכו' דאי ידע למי מכר הוה ליה כעד אחד המסייעו ונוטל בלא שבועה ואחר כך כתב ולדידן מסתבר לן שלא יפטר מהסת אע"פ שהעד המסייעו דתקנתה דרב נחמן בכל ענין נתקנה אלא שהטור נחלק בסברא זו ומדברי ר' מתתיה גאון אין סיוע לדברי הטור כמו שאפרש גם מה שכתב הרב ז"ל שהרמ"ה ז"ל סובר שעד אחד המסייעו אינו פוטרו משבועה דאורייתא ולפי דבריו ז"ל נמצא הרמ"ה חולק על

מה שיש מוחזק בידינו מדברי התוספות ז"ל ומהר"ם ז"ל קבע בה מסמרות וכן פסקו הרמב"ן והרא"ש ז"ל וכל האחרונים ונראה לי דלא מכרעא מילתא דמהך טעמא אמרה הרמ"ה ז"ל דאפי' תימא דסבירא ליה דעד אחד המסייעו פוטרו משבועה מכל מקום אמאי סמכת אעד שאמר לא היה שם תנאי כדי לחייבו שבועה הרי העד הוא מכחישו ואמר תנאי היה ואפילו במקום שהאמינה תורה עד אחד כגון בסוטה ובעגלה ערופה ובשבויה לא אמרו כשבאו שני העדים בבת אחת ומכחשי אהדדי כדאמרינן עד אחד אומר נטמאת וע"א אומר לא נטמא' היתה שותה ולא אמרו אלא כשבא העד בתחילה קבלו עדותו הרי כאן שנים אלא טעמא דהרמ"ה דחשיב לעד האומר לא היה שם תנאי כב' לפי שעד האומר לא חשיב גביה מידי דאיהו מודה דשטרא מעליא הוא אלא למעקרי סהדותיה קאתי לומר על תנאי זה חתמתי ולא מהימן לגביה עלמא אלא למעקר סהדותיה בלבד ונשאר השטר בע"א ולענין שבועה האמינתו תורה כב' עדים ואין הכחשתו של עד האח' הכחשה שהרי חתימת עצמו מכחישתו הילכך אע"ג דבטיל שטרא שאין כאן אלא עד אחד משתבע אפומיה נמצא שלא חלק הרמ"ה ז"ל על עיקר דינא שעד אחד פוטרו משבועה דאורייתא גם מה שאמר הגאון רב מתתיה דכיון דרב נחמן מחיי' שבועה משתבע ההוא דתנאי הוה ומיפטר אינו מסכים בזה עם הטור לחלוק על סברת בה"ת דע"א המסייעו לא מיפטר מתקנתא דר"נ דהכא הא דמשתבע דתנאי הוא משום דאותו עד המסייעו לא מחשבינן ליה לכלום כיון דאיכא סהדא דמכחש ליה אלא כמאן דלתנהו דמי ומשתבע בתקנתא דרב נחמן.

נמצא שעדין לא מצינו מי שיחלוק בהדיא על דין זה שעד אחד פוטרו משבועה לא הרמ"ה ולא הרב בעל התרומות ז"ל גם במה שחלק בעל התרומות דתקנתא דרב נחמן בכל ענין נתקנה בהא אפשר שיודו התוספות והרא"ש ודאזלי לשטתייהו לפיכך יש תימא על מה שנראה מדברי הרב מהרי"ק ז"ל שבעל התרומות ז"ל חולק בדין זה ובמאי מיירי אי בשבועה דאורייתא אפילו בעל התרומות מודה ואי בשבועה דרבנן לא מצינו מי שיחלוק עליו לפטרו ע"פ עד אחד זולתי הטור שכתב עליו לא נהירא דכשם שעד אחד מחייבו כך עד אחד פוטרו ונראה דאין בזה הכרח דודאי כשם שמחייבו שבועות התורה כן פוטרו משבועת התורה אבל אכתי שבועת הסת רמיא עליה שמסיתין אותו לישבע שמא יודה ולא היה לו לבעל הטורים ז"ל לומר אלא כשם שפוטרו משבועת התורה כך פוטרהו משבועת הסת וראיתי דבריו בספר בעל התרומות שער כ"א בשבועת הסת שתבעו מלוה מנה לי בידך והלא טוען פרעתיך והביא עד א' שפרעו ונמצא העד מסייעו לדבריו איכא מאן דאמר לוה לא מפטרא בלא שבועה וראיה מההיא דנאמן בעל המקח

לומר לזה זכיתי וכו' ולדידן מסתברא שלא יפטר מהסת אע"פ שהעד מסייעו דתקנתא דר"נ בכל ענין נתקנה דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו והראיה מההיא דפרק חזקת מאי בעית בהאי ארעא וכו' איברא שהראיה שהביאו מההיא דנאמן בעל מקח מכרעא מידי כמו שכתבתי במקומה גם הראיה שהביא הוא ז"ל לדבריו הא שדי בה נרגא החכם השלם המורה דלית נגר ובר נגר דיפרקינה ואם מטעם סברא שנתקנה בכל ענין משום חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו איכא למימר דמסתברא דלא תקן ר"נ אלא משום הך אומדנא ואיכא רגלים לדבר למירמי עליה שבועה מיהו היכא דאית ליה לנתבע עד אחד מסייעו שפרעו טפי איכא אומדנא לנתבע דאחזוקי סהדא בשקרא לא מחזקינן דחזקה אין אדם חוטא ולא לו ואע"ג דאינו קם לממון הא אשכחן שהאמינתו תורה בסוטה אחר סתירה לאסרה על בעלה ובעגלה ערופה שלא תערף וחכמים האמינהו למיתת הבעל שתנשא לשוק ובשבויה שתנשא לכהונה וכנגד חזקה זו חזקה ודאי דאין אדם תובע וכולי לאו כלום היא ואפשר שזהו הטעם שנחלק עליו הרב בעל הטורים לא נהירא דכשם שעד אחד מחייבו כך אחד פוטרו שאם יפה כחו של ע"א לחייבו שבועת התורה לכ"ש שיפה כחו בשבועה דרבנן שנתקנה משום חזקה בעלמא דע"א מרע לה ועלו כהוגן דברי החכם השלם שסברא זאת דספר התרומות לא נפקא מפלוגתא דרבוותא הרב בעל הטורים ואותו איכא דאמרי שהביא בספר התרומות.

ולענין פסק הלכה הנה החכם השלם המורה נר"ו חקר בזה שלש חקירות ושלשתן חקירות חכם האח' בספקו שבועה בפלוגתא דרבוותא אי מצי הנתבע לומר קים לי כמי שפוטרני מן השבועה כי היכי דמ"ל קים לי לפטרו מן הממון או דילמ' לא דמי דאשכחן דאמרינן מגו לאוקמי ממונא ולאפטורי משבועה לא אמרינן מגו לדעת מקצת מפוסקים והביא מתשובת מהר"י בן לב ז"ל בח"ב סוף סימן מ"ז שכתב בפשיטות דכי היכי דבממונא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה הכי נמי לענין שבועה לא משבעינן ליה ובהא מילתא היכא שהנתבע מוחזק בעצמו וזה טוען שישבע לו היסת לא הוה צריכנא למהר"י ן' לב ז"ל דממקומו הוא מוכר' בההיא דפרק שבועת הדיינין דאמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת מאן דמתני לה אירישא כ"ש אסיפא ומאן דמתני אסיפא אבל אירישא לא וכתבו התוספות ז"ל השתא דלא איתמר הלכתא כחד מינייהו לא משביעינן מספק היכא דליכא דרא דממונא דהמוצי' מחבירו עליו הראיה אבל היכא שהתובע מוחזק בנדון דידן שמפקיד תפוס בנכסי הנפקד ואומר השבע לי וטול בזה צריך ללמדה ממקום אחר ומנא אמינא לה מההוא דס"פ הכותב דאמר ר"ש כל זמן שהיא תובעת כתובתה יורשין משביעין אותה והרי"ף פסק כת"ק ור"ח ור"ת פסקו כר"ש

וכת' הרא"ש ז"ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייבה שבועה אע"פ שהאשה באה להוציא לא מחייבינן לה שבועה מספק.

והחקירה השנית בתופס מיד אחר אי מקרייא תפיסה מאחר שיוכל הנפקד לתבוע ממונו ממנו ורואה אני דברי החכם השלם הפוסק דלא מהניא ליה תפיסה כמו שהביא מתשובת הרא"ש ז"ל שבכלל ק"ו על נפקד שמסר פקדון של ראובן לשמעון לשמרו אחר מיתתו של ראובן ושוב עכב שמעון הפקדון בטענה שראובן בעל הפקדון חייב לו וכתב הרב ז"ל בסוף תשובתו שהנפקד פשע במה שמסר הפקדון לשמעון דהוה ליה שומר שמסר לשומר ויורשים מוציאים ממנו וחוזר הנפקד ומוציא משמעון שאינו יכול לעכב ממונו בשביל טענה שיש לו על ראובן עכ"ד אלא דקשה לי בגוה מהא דאמרינן בהכותב אבימי בריה דרבי אבהו הוי מסקי בי זוזי ביה חוזאי שדרינהו ביד חמא בריה דרבה בר אבוה אזל פרעינהו אמר להו הבו לי שטרא אמרו ליה סיטראי נינהו ואתא לקמיה דרבי אבוה אמר ליה אית לך סהדי דפרעתנהו אמר ליה לא א"ל מגו דיכולים לומר לא היו דברים מעולם יכולים לומר סטראי נינהו ולענין שלומי שליח מאי ומסקינן דשליח משלם דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי משמע דשליח בעי שלומי ואע"פ כן אינך מהימנו במגו ולא מצי שליח להוציא מידם דאמר להו דמפיקתא מיניה עלי דידי הדר אלמא מהניא ליה תפיסתו ויש לומר דלא דמי דהתם שליח לא מצי למהדר ולמיפק מן המלוה שהמעות שנתן להם הוא מעצמו נתנם ובתורת פרעון נתנם בשליחותו של לוה ועיקר תפיסתם היא שסומכים על השטר שבידם ולא מ"ל להו שליח מדידי תפסיתו שהשטר בידם היא אלא שפשע שלא נטלו מידם אבל בנדון הרא"ש ז"ל כשנתנ' הנפקד לשמעון בתורת פקדון נתנו ומחייב שמעון להחזיר לו ואינו יכול לעכבו מפני שחייב לו ראובן בעל הפקדון שזהו כתופס מן הנפקד עצמו אבל קשה דלעיל בההוא פירקא בעובדא דבקרא דיתמי דתופס תורא מיניה כתב הרא"ש ז"ל עצמו דהאידנא דמטלטלי משתעבדי לבעל חוב אי אית ליה לבעל חוב ראיה ברורה דיוכל ליפרע ההוא חובא מיתמי לא מחייב בקרא מידי אי לית ליה ראיה אלא דמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי עכ"ל משמע דאע"ג דמחייב בקרא לשלומי זוכה התופס מחמת תפיסתו והרי דבריו אלו סותרין דבריו שבתשובה וצריך לומר דהכי קאמר דמחמת תפיסה בא לזכות וטעמא הוא דקא יהיב לחיובא דבקרא דמחייבינן ליה בספק דשמא בדין תפס בעל חוב והכי קאמר הואיל ולית ליה לבעל חוב ראיה להוציא מהם בדין אלא שמחמת תפיסה בא לזכות הילכך מחייב' בקרא לשלומי ואין תפיסתו מועלת לגבי בקרא ומפיק בקרא מיני' בדינא ודיינא כמו שאמר הרא"ש ז"ל בתשובה.

וראיתי להריטב"א ז"ל בתשובה הובא בבית יוסף סימן פ"ג בראובן שהפקיד כליו לשמעון ושמעון השאילה ללוי ותפסם לו בעד חוב שחייב לו ראובן והשיב דלא דמיא להיא דאבימי דהכא כיון שבתורת שאלה קבלו משמעון נתחייב להשיב לו השבה מעליא ואילו בעובדא דאבימי ברשות בעל דבר הגיע לידו ומיהו אם לא השאילו שמעון אלא שתפס בו מרשות שמעון נראה שתפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו עד כאן ומשמע שהריטב"א ז"ל מחלק בין שקבלו בתורת שאלה שנתחייב להשיב ובין תפסו ברשותו או שלא מדעתו שלשם תפיסה לקח ולא ע"ד להשיב בזה אומר לו לאו בעל דברים דידי את ותפיסתו תפיסה אף על פי שהוא חייב מדין פושע אבל להרא"ש ז"ל לא זה הדרך שהוא בתחילה אמר שתפיסתו תפיסה בזמן שאין הנפקד פושע וחייב אבל אמר פנים אחרים יש לדין זה כי הנפקד פשע וחייב להחזיר וכולי נמצא שלא תפס מנכסי ראובן כלום ולפי זה אין חילוק בין נתנו הנפקד ע"ד להחזיר בין תפסו זה כדרך תפיסה מאחר שהנפקד חייב לשלם נמצא שאין זה תופס משל ראובן אלא מן אשר הפקיד אצלו כהאי עובדא דאבימי ומגמגם רשב"ם ז"ל היאך יכול לעכב את השטר מן השליח ויטעון סיטראי נינהו והא גלוי הדבר שלא היה נותן לו מעות כי אם בעד השטר דבשלמא אם הלוה היה נותן לו מצי למטען אבל השליח למה יפסיד ופירש דהכא קאמר מיגו דיכולים לומר להד"מ יכולים לומר סטראי אינון שהשליח נתנה לו לשם סטראי ע"כ משמע מדבריו שא' הוא מודה שלא נתן השליח לשם סטראי אינו רשאי לתפסה וצריך עוד להתיישב בדבר.

והחקירה הג' בעיקר מילתא בתפיסת ספק דאיכא פלוגתא דרבוותא אי מהני ליה תפיסה והנה הביא בזה יקירנו החכם השלם נר"ו מה שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בספרו הא' סי' ס"ב תקפו כהן מוציאין מידו דהרמב"ם ז"ל יחיד הוא שלא יוכל לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל שכל חכמי ישראל חלוקים עליו משמע שאם יהיה שקול המחלוקת לא מפקינן דהוי' תפיסה וראיתי למהר' חיון ז"ל בסוף תשובתו בענייני תפיס' סימן ל"ז דלא דייקינן בענין זה שיוכל לומר קים לי כפלוני דמהני תפיסה דבהא גופי' אפליגו אי התופס מקרי מוחזק וכ"ש מהר"י ן' לב ז"ל כתב בפסקיו גבי פלוגתא דהרמ"ה והרמב"ם ז"ל גבי מצרא אם הוא נקרא מוחזק או הלוקח וכו' ואמ' שדברי טעם הם אבל לא ידעתי איך כת' בפסקיו הראשוני' בההיא דתקפו כהן שהזכרתי דטעמ' משום דהרמב"ם ז"ל יחיד הוא הא לאו הכי יכול התופס לומר קים לי כהני וקשה ליה מדבריו אל דבריו ולדידי מדבריו אל דבריו לא קשי' דהתם גבי מצרן הלוקח עומד בשטרו והוא הקונה מן הדין והמצרן אין בידו כלום אלא דמצרן הוא ואינו בא אלא בטענה שהוא מוחזק מתקנת

חכמי' ומאחר דלהנך רבוותא לא מקרי מוחזק היאך יוציא מיד הלוקח והלא בהא פליגי אם נקרא מוחזק אע"פ שאין בידו כלום והוה ליה ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל היכא שזה התופס תפוס בחפץ מאן מימרי לי' מידיה הואיל ופלוגת' היא אבל אני הבאתי ראיה בתופס בידו הואיל והמחלוקת היא בתפיסה עצמה אי חשיבא תפיסה (אלא) דלא הוי תפוסה מדאמרי' בסוף פרק הכותב קריביה דר"י תפוס תורא מיתמי מסימטא אתי לקמיה דרשב"ל א"ל זילו אהדורו אתא לקמיה דר"י א"ל מה אעשה שכנגדו חלוק עלי ופירש רש"י ז"ל שקול כמותי ולא יהא אלא שקול כיון דפלוגתא היא יעמדו בתפיסתן אלא מאחר שעיקר פלוגתא בהכי היא אי מהני תפיסה (אי) לא מקרי תפיסה דאין לדחות דשאני התם דאפי' לר"י מטין אתמר שכן הקשו תוס' לר"י דאמר שפיר תפסתוה דהא מטין איתמר משמע דלכתחילה עבדינן כר"ע ושמא זה חשוב כמו דיעבד כיון שכבר תפסוה מ"מ אפי' נאמר שמחלוקת ר"ע ור"ט מחלוקת שקול תהני ליה תפיסה כתפיסת ספק אלא משום דבהא מלתא גופיה פליגי אי מהני ליה תפיסה או לא מפקינן מנייהו ואין לדחות עוד דהני קריביה דר"י הוה ופסול להו ר"י לדינא להכי אמר להו מה אעשה מכל מקום מאחר שכבר נחלקו בהדיא ר"י ורשב"ל בהכי כדאמרינן לעיל כי אתו לקמיה דרשב"ל אמאי אמר להו זילו אהדורו מאחר שיודע שר"י חלוק בדבר אם לא שנאמר שרשב"ל באו לפניו בתורת ב"ד ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות ומכל מקום לא משמע הכי שהלשון שאמרו ברשב"ל כאן אמרו בדרבי יוחנן אתו לקמיה דר"י ואחר כך אתו לקמיה דרשב"ל ואם איתא הוי ליה למימר אמר ליה רבי יוחנן שפיר תפסתוה אלא משמע שבדרך שאלה באו לפני שניהם וזה כמה שנים הבאתי ראיה זאת והשיבו עליה בני חבורה נרו' דמדברי הרא"ש ז"ל לא משמע הכי שהלכה כר"ע דרבי טרפון חבירו ואמרי' נמי דון דיני כרבי טרפון ואהדריה רשב"ל לעובדא מינייהו וגם ר"י אמ' מה אעשה שכנגדו חלוק עלי משמ' דבעי למימ' דר"י גופיה הדר בי' משמעתיה ואנא אמינא להו לא כמו שאתם סבורים דסבירא ליה להרא"ש דר"י הדר ביה משמעתיה דאם כן לא ה"ל למימר שכנגדי חלוק עלי כדפירש רש"י ז"ל אנוש כערכי וראוי לחלוק עלי דמשמ' דעדיין המחלוקת במקומה עומדת הוה ליה למימר הדרי בי אלא בא ללמד הרא"ש ז"ל הלכה למעשה דמפקינן מיניה דהא רשב"ל אהדר עובדא מינייהו ואף רבי יוחנן דפליג אמר מה אעשה שכנגדי חלוק עלי כלומר הואיל ויש מחלוקת שקול בעיקר התפיסה לא עלתה תפיסה דשלא ברשות תפסו וצריכין אתם להחזיר לבעליהן דהויא ליה תפיסה בספק אף אנו נאמר דלא מהניא תפיסה.

כללא דמילתא ששמעון זה פטור משבועה לגמרי ל"מ אם טענת בן ראובן מספק דודאי אין משביעין היסת בטענת ספק אלא אפי' היא בטענת ודאי שבפניו חשב אביו עמו על השכירות הרי פטרו בשטר המחילה והרי עד אחד מעיד עליה ופוטרו משבוע' ואף על גב דאיכא מאן דפליג בשבועת היסת מספיקא לא משביעי' ליה ואע"ג דתפיס ועוד שאותה תפיסה לא מהניא ליה אי משום שיש מחלוקת בעיקר התפיסה ואי משום דהויא תפיסה על ידי אחר כמו שיפה ביאר והסכים החכם השלם הפוסק מעיין המתגבר ידיד נפשי נר"ו וכן היא הסכמתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קנב

תשובה ראיתי פרנסי ק"ק ת"ת שטוענים שלא פרע אביהם את הדמים ועל היתומים להביא ראיה שאביהם פרע את הדמים והאי מילתא תליא בפלו' דרבוותא הביא דבריו מהריק"א סי' קצ"א וז"ל שאלת במה שכתב בעיטור בשם רבינו אפרים דהיכא דזבין אינש קרקע בין בשטר בין בעדים בדמים ידועים ול"ל ראיה דיהיב דמי הוא בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן וכתב הרשב"א מסתברא שכ"מ שכותבים ואח"כ נותנים דמים עליו להביא ראיה אבל מקום שנותנים מעות ואח"כ כותבים אין צריך להביא ראיה שהרי העיד על עצמו שקבל המעות ומכל מקום אין דינם עולה יפה לפי שיש לנו עליו כמה קושיות גדולות חדא בפ' מי שמת הרי שהיה אוכל שדה בחזקת שהיא שלו וקרא עליו ערער וכו' עד אם יש עדים הלך אחר עדים ואם לאו הלך אחר השטר כלומר יתקיים השטר בחותמיו וההיא ודאי בשלא החזיק שני חזקה דאל"כ אפילו כי ליכא שטר נאמן ועוד הרי שנינו בפרק קמא דבתרא מארבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ואמר בגמ' ה"ד אי דתבעו לאחר זמנו ואמר ליה פרעתיך בזמנו אמאי בחזקת שלא נתן אלמא כל שהוא חייב לו מחמת קרקע שמכר לו ובא זמנו ואמר ליה פרעתיך נאמן אלמא כל שנתרצה לקנות ממנו לפורעו ובא זמנו נאמן וטעמא דמסתבר שהקרקע נקנה לו וחזרו המעות כחוב וכמלוה ע"פ ונאמן לומר פרעתי ע"כ לשונו ונרא' לעניות דעתי לתרץ ולומר לדברי רבינו אפרים ורבינו האיי דההיא דאמרו ואם לאו הלך אחר השטר כלומר דכיון דיש שטר תו לא מהימן לומר פרעתי היינו בשטר שכתוב בו קבילית מיניה כל הדמים דאמר לא עביד איניש לכתוב ולומר שקבל את הדמים אם לא היה מקבלם מעיקרא אבל אם היה כתוב בשטר איך מכר את הקרקע ולא כתב כלל הדמים סבירא ליה לרבינו אפרים דהוי בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן וטעמא דמילתא דכיון דטוען דלא נתן לו את הדמים לדבריו לא קנה את הקרקע וכיון שעל עסק קרקע הם דנין כל ספקא דארעא אמר אוקי ארעא בחזקת מרא קמא גם מההיא דאמר מארבע

אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן עד אלמא נאמן לומר פרעתי שאני התם דדמים הוא דקא תבע ליה וכי ממטי ליה לבי דינא דמים הוא דקא בעי למשקל מיניה הילכך נאמן לומ' פרעתי אבל הכא קרקע הוא דקא טעין מיניה דכיון דלא נתן את הדמי' לא קנה את הקרקע כדא' אי נמי שאני התם דהחזיק בקרקע ומועלת לו החזקה דאמדינן דעתו שאין אדם מניח נכסיו ביד אחרים שיאכל הלה וחדי קודם שיפרע לו את מעותיו וכיון שכן אמרינן דודאי פרע לו מה דלא שייך לומר כן בנדון דידן ויש לדקדק כן מדא' הרי שהיה אוכל בחזקת שהוא שלו דמשמע דטעמא דחזקה נמי מועלת להחזיק נמי מה שבידו ואף על גב דאמ' חזקת הבתים שלשה שנים ופחות משלשה לא מהניא וטעמא דעד שלשה שתיק אניש ואין חזקתו של מחזיק מועלת ולא כלום היינו טעמא דכיון דאיכא טעמא לומר דעד שלשה שנים מזדהר בשטר' וזה המחזיק אינו מוציא את השטר ריעא טענתיה וסמכינן לומר דעד שלשה שנים איכ' אינשי דלא קפדי ומוקמי' ליה בחזקת מקח אבל הכא דהחזיק בקרקע ואוכל את פירותיו ומוציא את שטרו מהניא ליה חזקתו כלל הדברי' דהאי מילתא אי לוקח נאמן לומר פרעתי אי מוכר נאמן במחלוק' היא שנויה דלדברי רבי' אפרים ורב' האיי אינו נאמן הלוקח ולדברי הרשב"א נאמן לומר פרעתי דכמלוה על פה דמי וכיון שכן אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא ובנדון דידן צריכים היתומים להביא ראיה אם פרע אביהם וראיתי להרב הגדול זקני בעל תמ"י סימן קפ"ח דנשאלה שאלה כעין נדון דידן והשיב וז"ל כיון שבעל הקרקע מודה שמכר אלא שטוען שלא קבל המעות הוא כמלוה על פה ונאמן לומר פרעתי והביא מה שכתוב בהדיא ההיא דפרק מי שמת וכולי עוד כתב מה שכתבת שיש קצת מהאחרונים שאמרו שעל הלוקח להביא ראיה נראה לי שסמכו על ס' רבי' האיי שכתב שעל הקונ' להביא ראיה וכבר דחו סברא זו כל האחרוני' ואני חושב שרבינו האיי סובר דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת והמוכר היה מצי לטעון כל שלא החזיק הקונה שלש שנים נאמן המוכר מגו דאי בעי לומר לא מכרתי והה' דבר קפר' מוקי לה כשיש שטר מכירה דתו לא מצי טעין לא מכרתי עד כאן לשון הרב זלה"ה ואני חושב שהרב זלה"ה ראה דברי רבינו האיי מתשובת הרשב"א המיוחסין להרמב"ן הביא שם הרב דבריו בקיצור ולפיכך חילק הרב אבל מהריק"א כתב סימן קצ"א דכתב הרשב"א משם רבי' האי וז"ל דהיכא דזבין איניש קרקע בין בשטר ובין בעדים כו' איך שיהיה העיד לנו הרב ב"ע התם דסברת רבי' האיי דחו כל האחרונים ולכאורה נראה דבנדון דידן טענינן להו ליתמי דילמא פרע אביהם ונראה דאפילו לדברי הרשב"א בנדון דידן על היתומים להביא ראיה דלא א' הרשב"א דעל הלוקח להביא ראיה אלא כשנגמר דין הקנין ומעות נשארו בידו גבי קונה אבל הכא בנדון דידן דלא

הקנה לו עד שיפרע לו המעות וכשיפרע לו המעות חל הקנין למפרע דמיא למלוה ע"פ ונאמן לומר פרעתי דהכי כתוב בשטר המכיר' יען וביען אינם גומרים ומקנים כי אם בהתקי' תנאם ומאז יהיו הבתים הנז' לקונה הנז' דאין כאן שום קנין מתחיל מעכשיו עד שיגמור ויפרע הקונה למוכר הנזכר וכל כי האי על הקונה להביא ראיה ומנא אמינא לה מההיא דפסקו הפוסקים בפרק מי שאחזו כלל מסור בידינו זלה"ה המחוור שבכלם האומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו כל שכן בנדון דידן דעליו להביא ראיה איך פרע לו השכירות וקנה וזה נראה ברור ובר מן דין כיון שיש עדים רבים שלו' הנז' פורע שכירו' הבתים כל ימי היותו שם ודאי שלפרע הממון שכירות היה דר אלא שאני חוכך בזאת הטענה דניחוש דילמא פרע ומשום מעט מזער הנשארים בידו שלא פרע היה פורע לו שכירות כדי אותם המעות שלא קנה קרקע כדי אות' המעות הנשארים בידו ומנא אמינא לה מההיא דאי' בפרק שני דייני גזירית ההוא דשכב ושבק אפטרופוס אתא לקמיה דאביי אמר ליה עשאה סימן לאחר אבד את זכותו אמר ליה ודילמא אי הוה אבוהן קיים הוה טעין וא' תלם אחד ואע"ג דהוי טענה דלא שכיח כתב הרא"ש בתשובותיו דטענינן וכל שכן הכא דטענינן דילמא פרע המעות בידו ונשארו מעט מזער וחלק מאותם המעות שנשארו בידו לא קנה מהבתים ומשום אותו חלק פורע השכירות מכל ומכל על הטענת ת"א אני סומך והיתומים צריכים להביא ראיה המקום יתמלא רחמי' על תולעת ישראל שמואל לוי. מה נמלצו לחכי אמרי שפר וכתוב יושר להחכם השלם ידיד נפשי מעין המתגבר כמהר"ר שמואל הפליא עצה הגדיל תושיה ואני ידעתי כי נאמן שמואל לדלות מים חיים מבורות עמוקים ולמשוך משך חכמה מפנינים נפש עמל עמל' לו להשכיל באמיתה של תור' בנגהא ושפרפרא ביומא דסתוא תני ספרא אגמרא בסימנים ואסברא בדדמי וכתב לה עיטרא והנה בנדון זה המועט מחזיק את המרובה וירד לעומקה של הלכה ולעומק הדין אכן ראיתיו כמתירא ומסתלק לצדדין באתי להחזיק במעוזו ואשנה פסק הלכה זו כאשר היא כתובה לפני בהלכות ומשם אבא לפסוק הדין. נחלקו הראשונים נוחי נפש היכא דמכר בשטר דאיכא מ"ד שהלוקח נאמן ורבינו האיי כתב שאין הלוקח נאמן ועליו להביא ראיה ולפי שדברי ס' המשרים בזה מגומגמים הרבה אביא לשון תשובת הרשב"א הובאה בח"מ סימן קנ"ה וז"ל מ"ש בעיטו' שכתב רבינו אפרים בשם רבינו האיי דהיכא דזבין איניש קרקע בדמים ידועים בין בשטר בין בדמים ולית ליה ראיה דיהיב דמי הוא בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן וכתבת להודיעך דעתי אם כתוב בשטר המכירה וקבלית ממך כך וכך אם צריך הקונה להביא ראיה שנתן והשיב מסתברא שכל מקום

שכותבים ואח"כ נותנים דמים עליו להביא ראיה אבל מקום שנותנים וכו' דומה למ"ש בפרק שני דייני גבי המוציא ש"ח על חבירו והלה מוציא שמכר לו את השדה ומ"מ אין עיקר דינו עולה יפה ויש לנו עליו קושיות גדולו' חדא מדאמרי' בפ' מי שמת הרי שהיה אוכל שדה בחזקת שהוא שלו וקרא עליו ערער וכולי ואם אמר שטר פסים או שטר אמנה שמכרתי לך ולא נתת לי מעות הלך אחר שטר כלו' יתקיים השטר בחותמיו וההיא ודאי בשלא החזיק שני חזקה דאם (לא) כן אפילו ליכא שטר נאמן ועוד הרי שנינו בפרק קמא דבתרא מארבע אמות ולמעלה בחזקת שלא נתן ואמר עלה ה"ד אי בתבעו לאחר זמנו ואמר פרעתי אמאי בחזקת שלא נתן אלמא כל שהוא חיי' לו מחמ' קרקע ואמר ליה פרעתי נאמן שהרי מארבע אמות ולמעלה הוא בקרקע שלו וטעמא דמסתבר הוא שהקרקע הוא נקנ' וחזרו עליו המעות כחוב וכמלוה על פה ונאמן לומר פרעתי עד כאן ומתוך תשובתו זו מוכח בהדיא שעל דברי רבינו האיי שאלו ממנו ולפי דבריו השיב שרבינו האיי איירי בשאין כתוב שקבל הדמים שהרי כתב בין בשטר בין בעדים ונסתפק השואל אי אף בשכתוב בשטר שקבל צריך להביא ראיה שנתנם דשמא מודה רבינו האיי בכך והשיב מסתברא שכל מקו' שכותבים ואחר כך נותנים על הלוה להביא ראיה וכולי כלומר לדברי רבינו האיי אף על פי שכתוב שנתן את הדמים צריך להביא ראיה אבל לדידיה אין עיקר דינו נראה דאפילו אינו כתוב בשטר שקבל הדמים נאמן לומר פרעתי מדקאמר בפרק מי שמת הלך אחר השטר דקאי אמאי דקתני והוציא הלה את אונו שמכרת לי או שנתת לי במתנה דקתני מכירה דומיא דמתנה דאין שם קבלת דמים ועוד מדקאמ' שטר אמנה הוא שמכרתי לך ולא נתת לי מעות ואם היה כתוב בשטר שנתן מעו' הוה ליה למתני שכתבת ליתן ולא נתת וכן הוכיח מההיא דכותל חצר שאין כתוב שם קבלת מעות ואפי' הכי נאמן וכתב מאחר שהרשב"א חלוק על דינו שאף על פי שאין כתוב קבלת מעות נאמן מאי קאמר מסתברא לדברי רבינו האיי שאפילו כתוב שקבל אינו נאמן ואמאי מפליג לסברתו כולי האי. איברא ודאי דהכי הוא דאם איתא דבקנה בשטר או בעדים צריך להביא ראיה שנתן מעות אף אם כתוב בשטר שנתן לא מהימן דהא ע"כ כי אמרה רב' האיי לאו במקום שנותנים ואחר כך כותבים אמרה דאם כן אמאי מהימן המוכר לומר לא קבלתי הא בההיא דהמוציא שטר חוב על חבירו אמרי' באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כולי עלמא לא פליגי דמצי אמר ליה היה לו ליפרע ממני ואמאי לא מהימן לומר לא נתן לי מעות עד שכתבתי לו את השטר אלמא לא מהימן לומר דאשתני ממנהגא וכן מוכח בפרק האיש מקדש הוחזק שטר כתובה בשוק חיישינן באתרא דמקדשי והדר כתבי כתובה שהכתובה ראיה על

הקידושין הילכך דברי רב' האיי אינם אמורים אלא במקום שכותבים ואחר כך נותנים ובהא אף על גב דכתוב בשטר שנתן אין ראיה שכן נהגו לכתוב אע"פ שעדיין לא נתנו ואין למדים מדברי השטר אלא ממה שנהגו כדאמר בהמקבל מקום שנהגו לכתוב כתובה מלוה גובה מלוה לכפול גובה מחצה ולכך כתב מסתברא לדברי רבינו ומצינו לרב' האיי עצמו שאמרה כן בשערי שבועות שלו כמו שכתב המרדכי בשמו בהמקבל וז"ל שכל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה ואם אין ראיה מי שטוען כמנהג עליו שבועת הסת שלא שנה עד כאן לכך כתב הרשב"א מסתברא דהיכא דאמרה רב האיי במקום שכותבים בשטר אף בשנכתב בשטר נתינתם אמרה דכמאן דלא כתיב דמי אבל הרשב"א גופיה פליג אעיקר דינו דאפילו מוכר בעדים נאמן לומר נתתי המעות דמשעה שמכרה יצתה מחזקת המוכר דקמו ליה דמים כחוב וכמלוה על פה מיהו תמיהא לי מילתא היאך יאמר רב האיי שאינו נאמן לומר נתתי אע"פ שכתוב בשטר שנתן אם כן למה כותבים בשטר דיהיב דמי כיון דלא מהני ליה כלום בשלמא במלוה בשטר יש לו תקנה שיקרע שטר חוב אבל כאן בעל פה אתה מזקיקו לעדים זמנין דמיית או אזלי למ"ה נמצא זה צריך לשומרו שטרו מן העכברים ותו אפי' לא היה כתוב שנתן הדמים אלא שטר המכר כתוב ועשוי כהלכתו ובא עכשיו לתבוע הדמים למה לא יהא נאמן הלוקח לומר נתתי דגדולה מזו אמרו בהמקבל יתומין אומרין אנו השבחנו ובעל השטר אומר אביכם השביח ארעא כיון דלגובייא קיימא כמאן דגביא דמיא ואי משום זוזא לייתו יתומים ראיה הרי קרקע עדיין לא יצא מידם משו' דלגביינא קיימא הרי ב"ח מוחזק הכ' דלא מחוס' גובייא לכ"ש ונר' דטעמא דרב' האיי היינו דוקא במכר קרקע שאין השטר גומר בו אלא הדמים כדאמרי' בפ"ק דקדושין דשטר ל"ש אלא במתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן את הדמי' וכיון שכן דלא יצא הקרקע מרשות בעליה ע"י השטר כיון שעדיין המכר מפוקפ' עד שיתן הדמי' ואם אמר המוכר לא קבלתי את הדמי' נאמן והמק' בעצמו יכול לבטלו אם ירצה לכך אין הלוק' נאמן לומ' נתתי ונתקיימ' מכיר' בידי דאוקי ארע' בחזק' מארי' קמא אבל היכא דנתקיימה המכירה כגון שזקפן עליו במלוה או דא"ל לך חזק וקנ' דכתב הרשב"א אפי' עייל ונפיק אזוזי מהני אי נמי דפריש אי מהני לגבי לוקח דלקני בכספא וכ"ש כשהכניסו לבית והחזיקו בה כמה ימים ולא תבעו בדמים דודאי אז נאמן לומ' פרעתי ולכך נקט רב האיי כי האי לישנא דאמר והיכ' דזבין אינש קרקע בין בשטר בין בעדים וכו' ולא אמר נאמן המוכר לומ' לא קבלתי הדמים לומ' דדוקא משו' דידעי' שלא היה שם כי אם שטר או עדים בקנין שעדיין מחוסר נתינת דמים לקיים המכר וכן כתב רבי' ירוחם כתבו שטר המכירה ולוקח טוען שנתן מעות וכו' כלו' שעדיין

לא נגמר המקח ע"י דמים דאז הקרקע עדיי' ברשות מוכר ולא יצא מתחת ידו והרשב"א סובר דאפי' בכה"ג נאמן הלוקח לומר נתתי דמשעה שקנה בשטר יצא הקרקע מחזק' בעלים ונקנה ללוקח מאות' שעה אלא שאם ידענו בברי שלא קבל המעות אז נתבטל המקח משום דלא סמכא דעתיה להקנות אלא על מנת לקבל דמיו תדע שאפילו לא נתן דמים אלא לאחר זמן נקנה הקרקע למפרע מזמן הכתוב בשטר לענין שעבוד נכסים ולכל מילי ואי קשיא כיון שהמקח תלוי במעות והתנאי בקום עשה נימא עליה דלוקח להביא ראיה שקיים התנאי כי היכי דאמרינן בפרק מי שאחזו על מנת שתתני לי מאתים זוז הרי זו מגורשת והיא תתן ולאחר לא תנשא עד שתתן דאף על גב דבגירש מקשינ' בפשיטות א"ה כלהו תנאים דעלמא לא תנסוב דילמא לא מקיים תנאה אלמא אין חוששין שמא לא תקיים ופירשו רבוותא דאינו דומה תנאי שהוא בקום עש' לתנאי שהוא בשב ואל תעשה והעלה הר"ן ז"ל והמחוור שבדברי' אלו שכל תנאי שהוא בשב ואל תעשה לא חיישי' שמא תעבור עליו אבל אם הוא בקום עשה חוששין שמא לא תקיימנו ולפי זה משמע דהאומ' לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו וי"ל דשאני תנאי מפור' מהיכא שאינו מפורש דהיכא שפי' בהדיא ע"מ כך לוקח מזדהר טפי לכתוב בספר והעד עדים מתוך שיודע שהשטר שביד' מפרש שהמכ' היא בתנאי ואינו מוחזק במכר עד שידעו העולם שקיים תנאו אבל הכא אינו מפורש ולאו תנאי גמור אלא מסתמא הוא דלא סמכא דעתיה דמוכר עד שיקבל דמיו תדע דלוקח לא מצי הדר ביה שהמוכר מוציא ממנו בעל כרחו ועוד הרי מוכר שדה מפני רעתה דקנה משום דרמיא על אפיה וגמר וזבין הילכך אדם עשוי לפרוע בלא עדים שסבור הוא שכבר מוחזק בשדה משא"כ בלוקח על תנאי מפרש שאין הלוקח עשוי לפרוע אלא בעדים. ועכשיו דברי הגאון ז"ל נתבררו דלא תקשי עליה ההיא דפרק מי שמת דמודה רב האיי במוחזק ואוכל בחזקת שהוא שלו דיקא נמי דקתני הרי שהיה אוכל ולא קתני הרי שהוציא שטר שמכר לו את השדה והלה אומר שטר פסים וכולי אלא הכי קאמר הרי שהיה אוכל שדה ובא בחזקת שהיא שלו וקרא עליו אחר ערער משמע שעד עכשיו היה השדה בעיני הכל בחזקת המחזיק וקרא עליו אחר ערער משמע שיצא זה לערער וקרי ליה אחר שלא היה מוחזק ונודע בבעלים הראשונים שכבר הוחזק הקרקע בחזקת זה שהיא תחת ידו ויצתה מרשות מוכר הילכך יד המערער על התחתונה הואיל והוחזק זה לעיני הכל ואף על גב דחזקה בציר משלש שנים לא תשיבא חזקה ולעולם בחזקת מרא קמא קיימא התם אין המערער מודה שנתנה לו בתורת מכר אבל הכא דמודה המערער דבתורת מכר נתנה לו וברשות נכנס כבר הוחזק בה ואי משום

דמים לא מצי אידך לאפוקי זוזי מיניה עד שיביא ראיה שלא נתן לו דמים אי נמי הואיל שהחזיקו בקרקע והיה אוכל ובא פירותי' חזקה שכבר נתן לו את הדמים דמסתמ' אם לא נתן לו לא היה מחזיק בשדה שיאכל פירותיה בחזקת שהיא שלו וההיא דפ"ק דבתרא גבי כותל השותפים שבאמצע אם היה מקנה אותה לו בקנין כל דהו קנה והוא יתן את הדמים דלא שייך לומר כאן דלא גמר ומקני עד שיתן את הדמים דהא בעל כרחו יכול ליטלו וליתן לו את דמיה ועוד דמקום הכותל עד לרקיע בחזקת שניהם שהמקום והאבנים של שניהם ואף הבנין שמארבע אמות ולמעלה אינו יוצא לעולם מחזקת שניהם אף על פי שאינו יכול לכופו שיפרע ההוצאה דמצי אמ' לדידי סגי לי במחיצה של ארבע אמות מ"מ בשסמך לו כותל אחר דגלי דעתיה דניחא ליה דנאמן לומר נתתי לך הוצאותי. איברא שדברי המשרים כאשר הם לפנינו קשין להולמן שכתב תחילה היכא דכתב שטר המכירה ולוקח טוען שנתן מעות יש מי שכתב שהלוקח נאמן ומה שכותבי' בשט' שקבל לרווח' דמלת' וכ' הרשב"א במקו' שכותבי' ואח"כ נותני' על הלוקח להבי' ראיה שנתן אע"פ שכתו' בשטר שקבל ובמקו' שנותני' ואח"כ כותבין וכתו' בשטר שקבל על המוכר להבי' ראי' שלא קבל ורבי האיי כת' שאין הלוקח נאמן לומ' נתתי והא' עיקר וכן מוכח בפ' מי שמת ואין הדברי' מתוקני' כלל וקשו אהדדי דהאי סבר' קמיית' יש מי שכ' הוא הרשב"א שתפס דבריו עיקר ואמר שהלוק' נאמן משמ' שאין כתוב בשטר שום פרעון אלא ע"פ נאמן שכן כת' ומה שכותבי' בשטר המכיר' שקבל לרווח' דמלת' כלו' דבלאו הכי נאמן לומר שנתן דמים ואיך כת' הרשב"א אח"כ דבמקו' שכותבים ואח"כ נותנים על הלוק' להבי' ראי' ואם בע"פ הוא נאמן עכשיו שכתוב בשטר הפרעון לכ"ש שיהא נאמן לומר נתתי ומתוך תשובת הרשב"א מוכח בהדיא כי מה שחלק בין מקום שכותבים וכולי היינו לפי מה שנסתפק השואל בדברי רבינו האיי השיב דלרבינו האיי מסתבר שאף על פי שכתוב בשטר שקבל דמים במקום שכותבים תחלה אין ראיה שקבל דמים אבל הוא ז"ל חלוק על עיקר דינו דאף היכא שאין כתוב בשטר כלום אלא מכר בפני עדים נאמן הלוקח לומר נתתי ואיך הביא דברי הרשב"א כאילו היא סברא דנפשיה ואחר כך הביא עליה' דברי רבי' האיי דמשמע דקאי אמקום שנותנים תחילה וזה לא אמרה רב האיי מעולם ועוד מה שכתב והראשון עיקר וכן מוכח בריש פרק מי שמת לא יתכן דאמאי דמייתי בשם הרשב"א קאי דמפליג בין כותבים תחילה לנותנים דהא מהתם מוכח דאף על פי שאין כתוב בשטר מעות יש ללמוד מן השטר מדלא קאמר שאמרת ליתן ולא נתת כדפי' לעיל. אלא נראה שהלשון מסורס ונכתבו דברי הרשב"א שלא במקומן שאחר יש מי שכת' באו דברי הגאון ואחריה' דברי הרשב"א והם פירו'

לדברי רב האיי וראשון עיקר היינו יש מי שכתב וכן מוכח בפ' מי שמת שאעפ"י שלא נכת' בשטר קבלת המעות למדין מהשטר עצמו והולכין אחריו וכבר כתבנו דאף רב האיי לא אמרה אלא לאלתר שעדין לא החזיק ואכל אבל היכא דהוא אוכל ובא בחזקת שהוא שלו ועכשיו עמד וערער היינו דאמר הלך אחר השטר. העולה בידינו דפלוגתא דהרשב"א עם רבי' האיי ז"ל דמה שכתב הרשב"א מסתרו לדברי רבינו האיי דאף שכתוב בשטר שקבל את הדמים במקום שכותבים ואחר כך נותנים אין ראיה מן השטר והמוכר נאמן לומר לא נתת לי מעות כיון שקנין הקרקע תלוי בדמים וההיא דפר' מי שמת שאני שכבר היה מוחזק ואוכל בשדה בחזקת שהוא שלו ואע"פ שהרשב"א חולק על זה ארעא בחזקת מרא קמא קיימא וכיון דאיכא רבינו האיי ז"ל ורבינו אפרים והרב בעל העיטור שהביא דבריהם דמסייע למרה דארעא מוקמינן לה בידיה ומיהו בנדון דידן יפה כחו של לוקח במה שכבר מוחזק בבתים מכמה שנים לפי מה שפירשנו בההיא דפרק מי שמת בלשון ראשון דטעמא דמוכר עליו להביא ראיה כשנתקיים השטר משום שכבר הוחזק ושוב אינו זקוק לדמים ומ"ה על המוכר להביא ראיה אף כאן כבר הוחזק אבל ללשון שני דטעמא דחזקה אם לא היה נותן לו את הדמים לא היה מחזיקו בקרקע הכא בנדון דידן הא קא חזינן דבלא דמים החזיקוהו בבתים על דעת שיפרע דמיו לשלש שנים אם כן אין ראיה ממה שהחזיקוהו בבתים וצריך להביא ראיה שפרע ונראה דאף ללשון א' לא נתיפה כחו של לוקח בכך דלא מהני ליה מה שהוא מוחזק בפני הכל שאוכל הקרקע כמי שאוכל בשלו דהא אתרע חזקתיה בהם דהוי קול ושוברו עמו שהיודעים שנכנס לה בתור' מכר יודעים הם שהמכר על תנאי שיפרע דמיו לזמן הקצוב וזו אמתלאה לחזקה זו כאותה ששנינו בשלהי גיטין יצא שמה בעיר מקודשת היא מקודשת וכו' ובלבד שאין שם אמתלאה איזו היא אמתלאה איש פ' גרש אשתו ע"ת איש פ' נתן לה קידושין ע"ת שהתנאי שובר החזקה ה"נ לא הוחזק' הבית הזה ביד המוכר שמי שידע המכירה ידע נמי שלא נתן דמים אבל המקח תלוי עד שיתן את הדמים ואחר שנתחוורו הדברי' הללו ונתברר מחלוקתן של ראשוני' הנה הוברר כי החכם השלם ירד לעומקה של הלכ' ושם יסוד מוסד שטעמו של רבי האיי ורבינו אפרים הוא משום שהמקח תלוי בנתינת הדמים שאם לא נתן המקח מתבטל גם ביאר דההיא דפ' מי שמת לא קשה עלי' דרבי' האיי ז"ל מתרי טעמי ואחר אחרון אני בא דשאני התם שהחזיק בקרקע כבר ואמדי' דעתו שכבר קבליה המעו' והטיב לראות כמו שנתבאר ויצא הדב' בספק פלוגתא דרבוותא ואיכ' למימ' העמד קרקע בחזק' בעליו והנה ראיתי מה שכת' החכם השלם ידיד נפשי נר"ו שהרב מהר"ר תם ן' יחיא השיב בתשוב' קע"ח כיון שבעל הקרקע מוד' שמכר אלא

שטוען שלא קבל המעות הוי כמלוה ע"פ ונאמן ל' פרעתי וכבר דחו כל האחרונים סברת רבינו האיי והעמיד דברי רבי' האיי בשאין שטר מכר שנאמן במגו דאי בעי אמר לא מכרתי וההיא דבר קפרא בשיש שטר מיירי ויפה הוכיח לו החכם השלם ידיד נפשי נר"ו שנעלם ממנו לשון תשובת הר"שבא שהביא דברי רבינו האיי בין בשטר בין בעדים באופן שאין דברי הגאון ז"ל מתפרשים אלא כדברינו כי בטענה זו שלא קבל דמים בא לעקור המכר מעיקרו דלא קנה עד שיתן את הדמים וההיא דבר קפרא הלשון מסייעו דקתני הרי שהיה אוכל שדה ובא בחזק' שהיא שלו הא אם לא התחז' בחזקת שהיא שלו עליו להבי' ראיה ומה שכתב שדחו סברת רבינו האיי ז"ל כל האחרונים דינו של רבינו האיי אביהן של ישראל והסכמת של רבי' אפרים והרב בעל העיטור שהסכימו עמו אפילו כל רוחות שבעולם אין מזיזין אותו ממקומו רואה אני כי הרשב"א עצמו שהקשה על דבריו שקיל וטרי אליביה דקאמר דלדבריו מסתמא דבמקו' שכותבים ואחר כך נותנים על הלוקח להביא ראיה שנתן ואע"פ שכתב יש לנו עליו קושיות גדולות אע"ג דסלקא ליה בקושיא לא סלקא ליה בתיובתא ולמאי דסבר ז"ל דרב האיי אף כשאין המכר יכול להתבטל מיירי ודאי קושיות גדולות ובלעדי זה הסברא עצמה קשה ומההיא דהמקבל דאמר ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמיא קשה טובא כמו שכתבתי אבל לפי מה שביארנו שדבריו ז"ל הם היכא שהמכ' מתבטל טעמ' דמסתבר הוא ולא תיקשי לה מההיא דמי שמת ולא מההיא דהשותפי' ואיכא למימר שאף הרשב"א מודה היכא שגם המכ' מתבטל מדמייתי מההיא דכותל השותפין (שה"ה) שא"א למכר שיתבטל כלל וכן מוכיח לשונו שכתב וטעמא דמסתבר הוא שהקרקע הוא שנקנה וחזרו עליו המעות כחוב וכמלו' על פה משמע דוקא משום שהקרקע נקנ' אב' היכא שקנין הקרק' מתבטל אם לא נתן דמי לאו תביע' ממון הוא אלא תביע' קרק' וקרק' בחזקת בעליה הראשוני' קיימ' כ"ש כמו בנ"ד שכתו' התנאי בשט' מפור' ואינו נקנ' אלא ע"ת שיתן המעו' הנז' בזמניה היא ואמר שנקנ' הקרקע וחזרו המעו' עליו כמלוה ובר מן דין בקיום התנאי עצמו על הלוק' להביא ראיה שהרי התנה שאם לא יפרע בזמנו אין כאן מכר כמו שכתב החכם השלם שהרי כלל זה מסור בידינו מדברי הר"ן בפרק מי שאחזו שכל תנאי שהוא על מנת שיעשה כך וכך על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו הכא נמי על הלוקח להביא ראיה שפרע ונתקיים המכר בידו אמנם לפי שלא בא הכלל הזה בדברי שום פוסק נסתפקנו שם במקומו בטעמו של דבר מה בין תנאי שהוא בקום עשה לשב ואל תעשה לענין זה בשלמא לענין גיטין דלאחר לא תנשא עד שתקיים מסתברא לחלק דבמידי שהוא מעשה חוששין שמא תארענו אונס ולא תעשה אבל במידי שהוא שב ואל

תעשה איהי מזדהרה נפשה שלא לעשות שלא תאסר על שניהם אבל לענין נאמנו' דקיום התנאי מה בין זה לזה אם תאמר שכל שהוא בקום עשה טריחא ליה מילתא לקיומי זמנין דמילתא שאין בה מעשה טריחא ליה טפי כגון ע"מ שלא ישתה יין שאינו יכול לחיות אלא ביין וזה ודאי יקשה עליו טפי משאם היה מתנה עמו שישחוק לפניו או ירק' לפניו רקידה א' למה יהא נאמן לומר שקיים תנאי בזה יותר מבזה אבל היה אפשר לומ' טעם דבנותן דבר בתנאי שהוא בשב ועל תעשה מסתמא לא הטילו הראיה אלא על הנותן ולא על המקבל שהמקבל איך יוכל להביא ראיה שלא עשה שלא שתה יין וכיוצא בו אטו עדים בכפה תלו ליה שיעידו עליו כן אלא מי שטוען שבטל תנאו יביא ראיה שביטל אבל בתנאי שהוא בקיום מעשה הראיה על המקבל שיכול להביא ראיה בקיום תנאו ויש נפקות' בזה כמו שכתבתי שם. מיהו היכא דמית מקבל כמו בנדון דידן יש להסתפק כיון דמי שהיה יכול לברר מית ונפלי נכסי קמי יתמי הם אינם יכולים לברר וחזר הדין לתנאי שהוא בלא תעשה. וראיה מההיא דאמר פרק יש נוחלין אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו רב אמר עליו להביא ראיה שהם שלו שנפלו לו ממקום אחר ושמואל אמר על האחים להביא ראיה ואמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחים להביא ראיה ואע"ג דלא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען כבר כתבו שם התוספות דטעמא משום דאונות ושטרות שכתובים על שמו מפקי מידי תפוסת הבית אלא שכל זמן שהוא קיים מחייבין ליה להביא ראי' לפי שיש בידו להבי' ראי' אבל אם מת יורשיו אינן יודעים להביא ראיה הכא נמי המכר נפיק מחזקת הבעלים אלא שכל זמן שהוא קיים יכול להבי' ראיה שקיים תנאו מת אין יכולין היורשין להביא ראיה מיהו איכא למימר דהכא סוף דינא כתחלת דינא כיון שדינו של תנאי זה שהוא במעשה מוטל הראיה על המקיים כבר נסתלקה מן הנותן שעל דעת כן נעשת ההקנאה ובחזקת בעליה קיימא כל זמן שלא הוברר התנאי ואין היורשים זוכים בה מספק מה שאין כן בתנאי שהוא בשב ואל תעשה דלאלתר יצא מחזקת הבעלים כיון שאין על המקבל לברר שקיים תנאו.

ועוד נסתפקתי שם בהך כללא שאמרו לחלק בין תנאי שהוא קום עשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה לא אמרו אלא בנותן על תנאי שאין התנאי מחייב ממון אלא שקיומו מקיים המעש' וכדמוכח בפ' מצו' חליצה דמטעינן לחולץ חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז ולא מחייבה ליה מחמת התנאי והואיל ואינו מחוייב בדבר מי יימר שעשאו שמא לא רצה לקיים ונתבטל המתנה אבל גבי מכר שמשנתקיים המקח נתחייב הלוקח בדמים ויכול המוכר להוציא ממנו בעל כרחו נעשית עליו כמלוה זקופה וכחוב בעלמא

דמיא ויכול לומר פרעתי דומיא דכותל השותפי' דכיון דידע שחייב לפרוע חצי הוצאה בחזקת שנתן וכי היכי דהתם מוחזק בכותל הכא נמי מוחזק במקח שקנאו בקנין ובשטר כסברת הרשב"א שכל שנקנה המקח נעשה עליו חוב אף על פי שמסתמ' הדמי' מעכבין את המק' אם לא נתנה הכי נמי כשהתנ' בפירוש שיתבטל המכר אם לא יתן נאמן לומר שנתן שאין בין פירש ללא פירש ולא כלום ומיהו לדברי רב האיי וסייעתו המקח רפוף בידו ועליה להביא ראיה. ומלבד זה איכא ריעותא לקונה שלא עלת' לו חזקה אעפ"י שעברו עליו כמה שנים דפלוגתא דרבוותא היא בנכנס ברשות שלא עלתה לו חזקה לעולם. ותו מאחר שהיה פורע עשרי' לבנים בכל שבוע שהם שמונים לבנים לחדש לת"ת לא עלתה לו חזקה כי שכיר הוא בא בשכרו. ועוד שהרי אמרו אין מחזיקין בשל רבים דמאן פייס ומאן מחיל ויש בזה מחלוקות חלוקות כתובים אצלי בארוכה הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

תם ונשלם חלק ראשון שבח לאל אחרון וראשון.

חלק ב

אורח חיים

סימן א

שאלה ששאל כ"ת בענין איסור משהו בפסח אם נתערב קודם הפסח דאיפליגו רבוותא אי חוזר וניעור אי לא לפי שאירע מעשה באפונים שקלו קודם פסח ואח"כ בתוך הפסח מצאו בתוכם ב' או ג' גרגירי חטים ונראה בעיני כ"ת להתירם מאחר שנתבטל החמץ קודם הפסח ממה שכתב הרב מוהרי"ק ז"ל אינו חוזר וניעור ויש חולקים משמע שתופס כסברא הראשונה.

תשובה נראין לי דברי כ"ת יפה דנת יפה הורית. ותחלה צריך אני לבאר איסור משהו בפסח לעמוד על עיקרו והיינו דאמרי' בפ' כל שעה אמר רבא הלכת' חמץ בזמנו בין במינו בין שלא במינו אסור וכתב הרי"ף ז"ל ומדלא יהיב רבא שיעורא למלתיה ש"מ במשהו כרב. וטעמא משום דהוה ליה דבר שיש לו מתירין אפי' באלף לא בטיל כמ"ש הרמב"ם בפ' ט"ו מה' מאכלות אסורות וכ"כ הרמב"ן ז"ל ומקצת רבוותא אמרי דלדידן מסתמא ככל איסורין שבתורה קאמר שהוא בנ"ט וכן פסקו בשאלתות וזהו דעת ר"ת והרז"ה ז"ל וכן הסכים רבי' ישעי' מטראני ז"ל וכ' רבי' ישעי' ז"ל דאע"ג דהוי דבר שיש לו מתירין לא אמרי' דלא בטיל אלא ביבש שממשו של איסור עומד אבל בזה שהוא נמוח ואין שם ממשו ולא טעמו הרי בטיל ועומד הוא. ורבי' נסים ז"ל הוקשה לו דברי

הרי"ף ז"ל ושאר רבוותא דסברי במשהו מטעם דדבר שיש לו מתירין הוא דע"כ מדרבנן הוא וליתיה אלא במינו ושלא במינו בנ"ט אלא דגזרינן שאינו מינו אטו מינו וכיון דהיא גופא מדרבנן היכי גזרי תו ואסרי שאינו מינו אטו מינו. ועוד אמר שלא החמירו בדבר שיש לו מתירין אלא כשהמין בעצמו עתיד להיות ניתר אבל כאן חמץ בעיניה אסור ואע"פ שבעלי סברא זו אמרו דכיון דמדאורייתא לכ"ע דבר שיש לו מתירין הוא כשאסרו משום קנסא לא בא להקל עליו לא נהירא דאלו היה מה שאנו אומרי' אפילו באלף לא בטיל מדאורייתא יפה הם אומרים אבל ודאי מדרבנן הוא דמחמרינן לפי שעתיד להיות ניתר וכיון שהם אסרוהו לאחר זמנו אין ראוי להחמיר עליו אלו דבריו ז"ל. ויש פנים לדברי הראשונים ז"ל וטעמם דכיון דמדאורייתא דבר שיש לו מתירין הוא לא בא ר"ש להקל אלא להחמיר ואם היינו אוסרים תערובתו מדרבנן אחר הפסח ודאי לא נקטינן חבלא בתרין רישין אבל סוף סוף כמו שהוא מעורב עכשיו סופו להיות ניתר דלא קניס ר"ש אלא בעיני' ומתוך קולא שהקלת עליו בסופו החמרת עליו בתחילתו ומוקמינן ליה אדאורייתא דה"ל דבר שיש לו מתירין וכשאסרו לא אסרו תערובתו והרי זה עתיד להיות ניתר. ומה שהקשה הואיל ודבר שיש לו מתירין עקרו דרבנן אמאי החמירו למגזר ביה שאינו מינו אטו מינו. איכא למימר כיון דאין טעם זה דדבר שיש לו מתירין ידוע לכל שהרי העולם רואים שחמץ אין היתר לאיסורו ולא מסקי אדעתייהו משום דמדאורייתא שרי אלא אומרים חמץ בפסח במ"ש ובין מינו לשאינו מינו לא קפדי אינשי דבכל ימות השנה שוין הם אצלם בכל האיסורין לא בדילי טפי במינו מבשאינו מינו לפיכך בפסח אסרו הכל דאי לא הא לא קיימא הא ומזה הטעם לא חלקו בין דבר שממשו קיים לדבר שנתבטל ממשו כמ"ש רבי' ישעיה ז"ל שהואיל ואין הטעם גלוי לכל העולם סרכייהו דכל השנה נקטי ואזלי. וכבר כתב הרשב"א ז"ל שהלכה זו רווחת ופושטת בכל ישראל בחמץ בכל שהוא.

והיכא דנתערב קודם הפסח ונתבטל בס' שרי אף בפסח כמ"ש הרא"ש ז"ל שאינו חוזר וניעור וכן כתבו הרבה מן האחרונים ז"ל אלא שהרמב"ם בפ"ד כ' דבר שנתערב בו חמץ ואינו מאכל אדם וכו' ומשמע פשיטות לשונו דבנתערב קודם הפסח כגון הטרייקה וכיוצא בה. וכתב הרב המ"מ שכך היה דעתו ודעת הרבה מהגאונים שחוזר ונעור ואמר וכדברי הגאונים ראוי לנהוג ולהחמיר. ולע"ד נראה מאחר שאפי' לדברי האוסרים במה שהוא מודים הם שאין איסורו אלא מדבריהם וכעין גזרה לגזרה כמו שנתבאר יש לסמוך על רובא דרבוותא דפסקו דאינו חוזר ונעור חדא דבתראי נינהו ועוד דבשל סופרים הלך אחר המקל וכ"כ הרי"ף ז"ל בסוף פרקין גבי חטים שנמצאו בתבשיל דלמכלינהו בעיניהו

אסור כיון דלא אמור הלכתא לא כמר עוקבא ולא כשמואל דספיקא דאורייתא לחומרא. אבל אי משתכחי בהדי בשולא לא אסרינן להההוא בשולא דה"ל ספקא דרבנן לקולא אלא שדברי הרמב"ם ז"ל בזה בפ"ה מגומגמי' אצלי אין כאן מקומו. והרב מוהר"י קארו ז"ל בפסקיו סי' תמ"ז כתב אם נתבטל קוד' הפסח אינו חוז' וניעור ויש חולקי' משמע שרוצ' לפסוק כדברי המתירין ממה שהבי' דבריה' בסתם ובסי' תס"ו דין נפלו מים על גבי קמח או שנתלחלח השק אוחז בידו כ"מ המלוחלח עד שיריק כל הקמח וירקד הקמח והשאר מותר ודוקא כל זמן שהוא מלוחלח אבל אם נתייבש לא מהני ריקוד דמפריך ומתערב עם השאר אלא ירקדנו ויניחנו עד אחר הפסח ואם נתייבש בפסח אסור לשהותו. דין זה הבי' המרדכי שבא מעשה לפני ה"ר יצחק מויינה והורה כן. וקשה שהמרדכי עצמו הביא לעיל מינה משם הר"י מויינה עצמו שכתב בסי' אח' שהתיר לכתחילה בחבית של שכר וכו' שאינו חוזר וניעור ומורי הרב ז"ל תירץ דהך עובדא דשק שנפל לטיט שאסר מפני החמץ המעורב בנתייבש קודם פסח טעמא לפי שרגילות הוא להם לאפות המצה בפסח דבר יום ביומו בבית ואז חוזר ונותן טעם בליש' ובאפיה דומיא דמה שכתבו ההגהו' בחטה שנמצאת בתרנגולת שנתבשלה קודם הפסח אם חזרו וחממו אותה בפסח וכן בחטה שנמצאת במצה וחזרו וחממוה אז נותנת החטה טעם וחמץ חוזר ונעור. ואל תשיבני מסי' אחר שהביא ב"י בסימן תס"ז דגן שנפל עליו מים כתב הרשב"א שאפילו נגבום ואח"כ נתערבו אסור לקיימן דהרשב"א ז"ל לשיטתיה אזיל דס"ל חוזר ונעור כמ"ש המ"מ משמו. ונ"ל דלא היה צריך מורי ז"ל לפרש מטעם שרגילות דבר יום ביומו בפסח דא"כ עד שאמר וצריך ליקח קמח אחר לצורך פסח טפי הי"ל וצריך שיאפה אותה קודם הפסח שיתבטל החמץ. ועוד בתחלת לשון המרד' כתב מעשה בא לפני הר"י מויינה על שק של קמח שנפל לטיט בפסח אלמא בתוך הפסח קאמר אם לא שנאמר שבתוך הפסח קאי אבא מעשה לפניו כדתניא בל"ב מדות שהתורה נדרשת בהם ממאוחר שהוא מוקדם ונר אלהים טרם יכבה ושמואל שוכב בהיכל ה' ובהיכל ה' קאי אנר אלהים והכי מפרש בנתייבש קודם הפסח יכול לשמרו לאחר הפסח אבל ללוש ממנו בפסח אסור מפני שאז בשעת לישה נותן את הטעם. והיה אפשר לחלק עוד וליישב דברי הר"י מויינה ז"ל דיש חלוק בין קמח הבלול לבלילה דמשקין דאמרינן בירושלמי במס' תרומות לענין להוציא תרומה מדבר המעורב לכל אין בלילה חוץ מיין ושמן ואע"ג דכתב בת"ה דקמח מתערב יפה מ"מ בילה דמשקין עדיף ועוד שנראה שאין ממשו קיים דחבית של שכר שנתן משקין לתוכה זהו טעמו ולא ממשו אבל גבי קמח הבלול ממשו שלו אסור עומד שם וכה"ג מפלגינן בענין דבר שיש לו מתירין דלא אסרינן אלא בדבר שממשו שלו אסור

עומד כדמוכח בפ"ק דביצה. אלא שקשה על זה הא דמייתי באור זרוע טעמא דהיתרא שאינו חוזר ונעור מההיא דצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן זה בזה דהתם ממשו של צמר רחלים עומד ואיכא למימר דההיא דצמר רחלים לא חשיב ממשו של אסור עומד לפי שאינו אסור בפני עצמו אלא ע"י חבור דפשתן דומיא דבשר בחלב דכל חד וחד באנפיה נפשיה היתרא הוא שחבורן גורם ומקלינן טפי דהתרא קבלע כדאמרי' בסוף ע"ז אבל חמץ כתב הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל דחשיב איסורא כיון ששמו עליו וסופו ליאסר ולפיכך משוי הר"י מויינה ההיא דצמר גמלים וכו' לבליעת החבית דליתיה בעיניה אבל בשממשו קיים אית ליה דחוזר ונעור.

ויש לתמוה על מה שכתב הטור בסי' תמ"ז תשובת הרא"ש ז"ל שאסר לאכול דגים מלוחים השרוין במים בפסח וקשה שהרי הוא ז"ל סובר חמץ אינו חוזר ונעור ושם הביא הטור תשובת רש"י שהתיר בשר יבש וגבינה שנמלחו קודם דאז אינו אוסר אלא בס'. ובסימן תמ"ב תמה על דברי רב נטרונאי בחטים שנמצאו ביין צמוקים למה אסרן והלא כבר נתבטלו קודם הפסח בס' דמשמע דלא קים ליה דאיכא מאן דאמר חוזר ונעור כדכתב הרב הב"י שם. וכבר נתקשה כאן הרב מהרי"ק ז"ל בזה ופי' דברי הרא"ש לפי שבלעו מחמץ הבלוע בכלי ואין בהם ס' כדי לבטל פליטת הכלי דבכלי משערינן. ואינו נ"ל לאסור מחמת הכלים דסתם כלים אינן בני יומן וכנט"ל הו' והא דהביאו בהגהות מימון פ"א בשומן מהותך שאם הותך בהיתר אף על פי שאומר עתה ברי לי שלא היתה המחבת בת יומא אסור דכל מילתא דלא רמי עליה דאיניש לאו אדעתיה התם ודאי לא החמירו אלא מפני שדרכן בכך כל השנה שמקבצים את השומן המהותך מן התבשיל לימות החורף וכמ"ש שפעמים אחר הטיגון שמטגנים אותו נשאר שומן במחבת ומחזירין אותו לשאר השומן ולפי שדרכן בכך לתת מכלי בת יומא אעפ"י שאומר עכשיו ברי לי כיון דבההיא שעתא לא רמיא עליה לפקפק בהכי אבל בסתם כלים ודאי אמרינן שאינן בני יומן ושרו ואפילו למ"ד בטל בפסח היכא דנתן טעם בשעת התרו נתבטל למ"ד אינו חוזר ונעור. ועוד פירש דמה שאסר הרא"ש מדרך חומרא בעלמא ולא מן הדין וגם זה אינו נרא' מדבריו ולא מדברי הטור וגם מה שפירש דבשר ויין בכלי חמץ בתוך הפסח מיירי שבפסח הם בולעים מפליטת הכלי האסור וכן כתב בפסקיו ששראן במי' בכלי חמץ בפסח תימ' הוא מנין ולא הזכיר הרא"ש ז"ל אלא ששראן סתם. ונ"ל שטעם הרא"ש ז"ל משו' שחשו למלח שלא נבדק מפני חמץ שבה והם נמלחו קודם הפסח ואלולי שראום בפסח עד שנבדקו יפה והוסר מהם מלחן היו מותרים אבל אלו ששראום בתוך הפסח אם איתא שיש בתוך המלח חמץ ואיתיה בעיניה עכשיו הוא חוזר ונותן טעם בפסח.

לפיכך נראה לי באלו המרקחות הנעשות כל השנה ואין יודעים בכלים שנעשו אם הם בני יומן דייניגן להו ולא יהא אלא ספק נפישי ספקי טובא דאפילו למ"ד חמץ בפסח במשהו דילמא נט"ל ושרי. ואת"ל אסור הא נתבטל ואינו חוזר ונעור. ואת"ל כמ"ד חוזר דילמא בדבר שאין שם ממשו של אסור אלא טעמו אינו אוסר בנ"ט כמ"ד הכי. ועוד דאיכא מ"ד דמין בשאינו מינו בנ"ט בפסח וכ"ש כיון דעיקר מ"ש במשהו אינו אלא מדרבנן כדכתיבנא לכך ראוי שכבשים ושלקות ושמן שאדם לוקח מן השוק יקחם קודם הפסח ויניחם בכלי כשר שאם יניחם לקנות עד הפסח יש לחוש שמא היו בכלי חמץ ועכשיו בפסח בלעו מן הכלי אגב מלחייהו ואסירי ואגב חורפייהו מחליא להו כדכתב בס' התרומות והוי נ"ט לשבח אבל לקחם קודם פסח אין בהם בית מיחוש יוסף במהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ב

וששאלת החכם אם מותר ללוש את העיסה בדבש שעושים בצמוקים ששורין את הצמוקים במים וסוחטים אותם ומבשלים אותם דהוי כמי פירות עם מים דאסרי רבוות' שממהר להחמיץ. זו לא שמעתי אבל שמעתי ביין צמוקים שמותר ללוש שכן כתב הרב אבא מארי זלה"ה בתשובותיו סי' ר"ח שמצא בתשובה משם הרב"ד דודאן ז"ל על יין צמוקים שהוא כיין ענבים לענין מי פירות שאין מחמיצים כי המים ששרו בהם הצמוקים נשתנו מברייתן אח"כ כמו המים של גשמים שנשתנו בתוך הענבים ע"כ. ובאגדת חמץ שחבר הרב ר' דודאן הנז' כ' כן יין צמוקים הוא כיין של ענבים ע"כ ואבא מארי ז"ל הסכים כן הלכ' למעשה והביא ראי' מדאמרי' בפרק המוכר פירות יין צמוקים לא יביא ואם הביא כשר יין מזוג לא יביא אם הביא פסול משמע דיין צמוקים אינו מזוג ע"כ ורואה אני שהדברים ק"ו בזה הדבש שהמים שבו נשתנו ע"י האור שנוי רב טפי משינוי שע"י היין. ובסמ"ג כתב ואפילו לכתחילה נוהגים לתת מים בשעת הבציר כדי להתיר נצוק בכלי העכו"ם אעפ"כ אין לחוש למים הואיל וכבר נתבטלו המים קודם שלשו העיסה והאי דקאמר הואיל וכבר נתבטלו המים שנתבטלו מתורת מים לא מפני מיעוטן אלא מפני שנתיישנו עם התירוש ונשתנו מברייתן ונעשה הכל יין. והא דקאמר שנתבטלו קודם שלשו את העיסה ולא קאמר שנתבטלו סתם דהיינו קודם שנעשה יין שהרי בשעת הבציר נתערב משום דקשיא ליה דהא קיטומא פי' דבר מועט משמע דכל שיש בו תערובות בלישה לא אמרי' שיתבטל להכי אמר דקיטומא בשעת לישה לא מתבטל אלא לחודיה קאי ומפעפע בה וממהר להחמיץ אבל כגון זה שנתבטלו קודם לכן אע"ג דהוי טפי מנ"ט הואיל ונשתנו מברייתן כיין דמו.

סימן ג

שאלה מה שנהגו בקצת ק"ק שכל גבאי וגבאי אשר באותו כנס' כדי להדר ולרומם את בית אלקינו והוא לנו מקדש מעט כל אחד ואחד כפי יכולתו מקשט את בית הכנסת בבגדים נאים ומרבדים בשלש רגלים ובפרט בר"ה וביה"כ לפאר את בית ה' ולעורר את הלבבות ולשוב בתשובה נהגו לכתוב בחתיכות נייר פסוקים מעניינא דיומא כגון ביום הכפורים כי קדוש היום לאדונינו וכמו כי ביום הזה יכפר עליכם וגו' וכגון שמע ישראל וכיוצא בזה ותולין אותן הפתקות סביב סביב למעלה מן התיבה או בפתחי ב"ה ולפעמים מוזהבים הניירי' בשפתותיהם לכבוד וכו' ויש מי שרינן על זה באמרו לנו טעמו שיש איסור לתלותן וצריך למנוע על ידן בשתולין את השם וראייתו ממה שאמרו חז"ל התולה תפיליו יתלו לו חייו ומעתה מי נימא דהתם דוקא שיש בהם קדושת תפילין דחמירי טובא ולא דמי לנדון דידן שיש פסוק אחד בלבד ושרי להו כיון שעושים לרומם את בית אלהינו וכו' ולתת לב לכל אחד ואחד בבואו אל הקודש צופה ומבי' את הפסוקים ושב בתשובה בכל לבו ובכל נפשו שפיר עביד ולית לן לשנויי את המנהג משום אל תטוש תורת אמך או לא. יורנו המורה צדק ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה ראיתי כל מה שהאריך מר להוכיח ההתר דלא דמי להתול' תפיליו דפרק מי שמתו ולא להההיא דההופכו על הכתב דפ' המוציא תפילין דהתם איכא בזיון משום דבעי הנחה וזה שהוא תולן דרך זלזול הוא אבל הכא מעיקרא להכי עבידא לתלות אותם בגובה בית הכנסת שיהיו ישראל מסתכלים כלפי מעלה ומכוונים את לבם לאביהם שבשמים ואין בתליית' שום נדנוד עבירה ולא זלזול וכל דברי מעכ"ת סובבים על קוטב זה להכרעת הדברים ורואה אני אותם טובים ונכוחים.

ומיהו אי קשיא לי הא קשיא שיש נדנוד איסור מצד אחר מהא דאמרי' בשלהי דהניזקין דאין כותבין מגילה לתינוק להתלמד בה ופרכינן ממתניתין דיומא אף הי' עשתה טבלא של זהב שפרשת סוטה כתובה עליה ומוקי לה בסירוגין ובאלף בית פי' תחלת המקרא היה כתוב בה תיבה שלמה ולבסוף ראשי תיבות וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ' ז' מהלכ' ספר תורה שאין כותבין מגילה בפני עצמה שיהיה בה פרשיות ואין כותבין מגילה לתינוק להתלמד בה והרב האלפסי ז"ל לא הביא כל זה אלא כתב כותבין מגילה לתינוק להתלמד בה וכן הלכתא וכבר תמה עליו הר"ן ז"ל דהא מוכח התם בהדיא דהלכה כמ"ד אין כותבין וגם הרא"ש ז"ל כתב על דברי הרי"ף וז"ל ותימא הוא כיון דרבא השיב לאביי אין כותבין וליכא מאן דפליג עליה ועוד ראוי לפסוק הלכה כתנא קמא דר' יהודה דאמר תורה כותבין ואם דעתו להשלים מותר ואפשר דסבר הלכה כר' יוחנן דאמר תורה מגילה

ניתנה ולא חייש להא דאמר כיון דאדביק אדביק דא"כ אפילו חומש לא נכתוב כיון דאדביק ועוד ראה להקל משום דלא אפשר לכל עני בישראל לכתוב תורה שלימה לבנו ע"כ. ומה שנתן טעם להרי"ף משום דסבר דהלכה כרבי יוחנן לא נהירא לי כיון דאפילו לרבי יוחנן דאמר תורה מגילה ניתנה מבעיא ליה לאביי דדילמא כיון דאידבק אידבק. וכי משני ליה רבה אין כותבין אמרינן ומה טעם לפי שאין כותבי' כלו' לאו משום דסבירא ליה דתורה חתומה ניתנה אלא אפילו למ"ד מגילה מגילה ניתנ' אין כותבין דכיון דאידבק אידבק וכן פירש"י שם והוא מוכרח דאל"כ מאי קאמר אין כותבין מ"ט לפי שאין כותבין ותו אי טעמא דרבה דפשיט לאיסורא משום דסבר כמאן דאמר תורה חתומה ניתנה אלמא לא סבירא ליה כרבי יוחנן בהא ומ"ט פסק הרי"ף כרבי יוחנן ולא חשש לפסקו של רבה. ועוד יש לי להביא ראיה דאפילו לר' יוחנן דאמר מגילה מגילה ניתנה אין כותבין דאיקרי ספר כדפרכי' לר' יוחנן והא כתיב לקוח את ספר התורה הזאת ומשני לבתר דאידבק תדע מדאמרי' בשלהי פ' כ"ג דסנהדרין אע"פ שהניחו לו אבותיו לאדם ס"ת מצוה לכתוב משלו שנא' ועתה כתבו לכם את השירה הזאת ואי ס"ד כותבין מגלה בפני עצמה אימא שירה גרידתא אלא היינו טעמא לפי שאין כותבין פרשה אחת וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפ' ז' מהל' ס"ת וז"ל מצוה על כל איש מישראל לכתוב ס"ת לעצמו שנא' ועתה כתבו לכם את השירה הזאת כלומר כתבו לכם תורה שיש בה שירה זו לפי שאין כותבין את התורה פרשיות פרשיות ע"כ. ומה שאמר ועוד ראיה להקל משום דלא אפשר לכל אדם עני מישראל לכתוב תורה שלימה לבנו והיינו טעמא שהוזכר בגמ' כיון דלא אפשר וכמ"ש מוהרי"ק ז"ל בטור י"ד סי' רפ"ג דכיון דאסיקנא דשרי למקרי בס' דאפטרת' משום דלא אפשר הכי נמי שרי למיכתב מגילה לתינוק כיון דלא אפשר. ומ"מ טעמו של הרי"ף ז"ל לא נתברר ולא שבקינן מה שפסקו הרמב"ם והרא"ש והר"ן ז"ל דאין כותבין דאי טעמיה דהרי"ף משום דלא אפשר וראה להקל היכא דאפשר אין כותבין והרמב"ם ז"ל כתב בתשובה הביאה בב"י שם שאסור לכתוב פסוקים מן התורה וגם כתב שאסור לרקם פסוקים בטלית מהטעם הנזכר. ולי הוקשה מה טעם החמיר בריקום דמשמע דלא מיקרי כתב מדאמרינן בפ"ב דגיטין עבד שיצא בכתב שעל גבי טבלא לפנקס יצא לחרות אבל בכתב שעל גבי כיפה ואנדוכתי ופירש"י שרוקמים במחט אינו כתב לפי שאינו כתוב וקבוע אלא מוטל על הבגד ושני ראשיו קבועים וכיון דלא מקרי כתב אין בו קדושה כלל מ"מ למדנו מדבריו שאסור לכתוב פסוקים נפרדים מן הטעם שאמרנו וכן ראוי להחמיר ולהורות ומ"מ אם הדבר מנהג קבוע מאבותיהם נוחי

נפש לא הייתי מוחה בידם מאחר שיש להם יתד להתלו' מדברי הרי"ף ז"ל שמא הרבנים הראשונים הורו להם כפשוט דבריו.

סימן ד

אשר עוד בקשה נפשו לדעת מה טעם כשאירע כמו שנה זו מעוברת שחל ז' של פסח בשבת שבני א"י קראו פר' אחרי מות בו ביום ובח"ל לשבת הבאה ונמצינו נפרדים מבני א"י בכל השבתות עד פ' מטות ומסעי ולמה לא נתחבר יחד תיכף בשבת שאחרי הפסח ונקרא אחרי מות וקדושים כמו שאנו מחברים אותם בכל שנה פשוטה:

תשובה הרבה טרחו הראשונים לחבר כמה פרשיות הסמוכות זו לזו בשנה פשוטה כמו תזריע מצורע אחרי מות קדושים בהר בחוקותי וכל עצמן לא טרחו אלא שיהיו קורים במדבר סיני קודם לעצרת ומסרו סי' מנו ועצרו וטעמא משום דאמרינן בפ' בני העיר עזרא תיקן להם לישראל שיהיו קורין קללות שבת"כ קודם עצרת ומפרש טעמא כדי שתכלה שנה וקללותיה שעצרת נמי ר"ה לאילן הוא מד' פרקים שהעולם נדון בהם כדתנן ובעצרת על פירות האילן וכתבו התוס' שנהגו העולם להפסיק בפרש' אחת בין קללות לעצרת והוא פ' במדבר סיני וכשם שאמרו שלא לאחר כך אמרו שלא להקדים שיהיו קורין אותם שתי שבתות שלפני עצרת דלא מינכרא מילתא שכלו קללותיה אא"כ נקראים בסמוך לאחרית השנה ודוגמא לדבר הא דאמרי' בפ' במה מדליקין גבי הדלקת נר שבת סבר לאקדומי תנא ליה ההוא סבא ובלבד שלא יקדים פרש"י דלא מנכרא הכא נמי עבדינן היכר שכלו שאנו מפסיקין בשבת אחת ולכך קבעו מנו ועצרו. ובא"י שקראו אחרי מות בז' לעומר הוצרך הדבר שיהיה להם שתי שבתות של הפסק בין קללות לעצרת אבל בח"ל ראוי לעשות כסדר השנים מנו ועצרו. ומיהו יש לשאול למה לא יחברו חוקת ובלק שהם קודם למטות ומסעי כמו שאנו מחברים אותם בחוצה לארץ כשחל פסח בחמישי שאז יפול יום שני של עצרת ביום השבת ובחוצה לארץ אינן קורין פרשת הסדר ומתחברים עם בני ארץ ישר' בחוקת ובלק. כבר ראיתי בספר תיקון ישששכר שבסוריא נוהגין לעשות כן לחבר חוקת ובלק גם בשנה זו אבל ברוב מקומות ישראל לא נהגו אלא במטות ומסעי. ונראה לי שטעמם הוא דכיון שנדחו שלא יכלו להתחבר בכל אות' השבתות מפני עצרת המתינו לאחרונה ואע"פ שהיו יכולים להקדים שבת אחת בחוקת ובבלק לא רצו לשנות מסדר כל השנים שאין פסח חל בשבת ומחברין מטות ומסעי שהחיבור מוכיח והדבר צריך מפני תשעה באב הבא אחריהם שקורין בשבוע שחל בו ואתחנן וסימניך צימו וצלו. והטעם הוא משום פרשת כי תוליד בנים ובני בנים ונושנתם בארץ וגומר ואמרינן צדקה עשה עמנו הקב"ה שהקדים שתי שנים לונושנתם כמו שאו' בחיבורם. ויש לי

סמך לזה דומיא דערבה כדאמרינן בפרק לולב וערבה דלהכי לא קבעי' למצות ערבה ביום ראשון ולידחי שבת משום דלא מוכחא מילתא דאמרי' לולב הוא דדחי ולידחו בחד מהנך יומי אמרי כיון דמפקת ליה מראשון אוקמה בשביעי ה"נ כיון שא"א להתחבר באותם פרשיות הסמוכות אוקמא אבתרייתא שלא תחלוק בסדר השנים. שנות חיים לך יוסיפו וברכות שמים מעל סביב לאהליך ירעפו כנפשך נפש ברכה וכנפש שש ושמח בשלותך ובישועתך מה יגל מאד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ה

מאי דבעי מר למימר דמה שקורע על אביו ועל אמו בשמועה רחוקה בלא אבלות ז' הוא משום כבוד ולא משום חיוב ולזה אמר שאין קורעין בחול המועד אלא בשמועה קרובה שהיא חיוב. אני איני אומר כן אלא קריעה בלא ז' אצל אביו ואמו הרי היא כמו קריעה בשעת חימום אצל כל המתים ואם לא קרע גוערין בו כעובר על מ"ע דרבנן ומעשין אותו שיקרע ומה שהביא מלשון הרי"ף דליכא קריעה בלא שבעה אלא בכבוד אביו ואמו נותן טעם הוא מה בין אביו ואמו לשאר כל המתים שאעפ"י שהושוו במקרא באיבול לא הושוו לענין הכבוד שמחויב לנהוג בהם והלא כל מצות האב על הבן משום כבוד הם והם חיוב גמור וכופין עליה אי לאו משום דמתן שכרה בצדה. וממאי דאצטריך למיתני אין קורעין אלא קרוביו של מת לאפוקי הקורעין לכבוד בעלמא משמע דכל קריעה שחייבין בה בחול קורעין בח"ה והרי אמרו יום שמועה כבפניו דמי ופי' הרמב"ם ז"ל בפי"א וסופדין אותו אע"פ שהיא רחוקה. והרב ז"ל לא הזכיר ענין הקריעה בחש"מ כי גם בחול לא נתבררה דעתו אם הוא מחויב על אביו ועל אמו שיקרע בשמוע' רחוקה. איברא דשמעתא דגמ' הכי סלקא וכן כתב הרי"ף ז"ל והרא"ש. והראב"ד שכת' שאינו קורע סוגיא משובשת נזדמנה לו כמ"ש הרמב"ן. ומ"ש הרב בעל ב"י והוכיח מדברי הרמב"ם ז"ל שדעתו לומ' שאינו קורע ממה שכתב דמי שלא היה לו חלוק בשעה שמתו אביו ואמו ואח"כ נזדמן לו אינו קורע אלא עד שלשים יום. נלע"ד שאין משם ראיה דהתם כיון שנהג ז' י"ל אין מחייבין אותו לקרוע דלאו שעת חימום הוא אבל היכא שבאת לו שמועה אפי' רחוק' כשעת חימום דמי וחייב לקרוע ופשטא דשמעתא משמע דעל אביו ואמו חייב לקרוע אפי' בשמועה רחוקה דהיא עיקר בעיא דהתם ואסיק כי תניא ההיא לכבוד אביו ואמו דמשמע דבהנהו קורע אפי' בלא ז'. ומה שהביא מדברי הנמקי יוסף שכתב שם לכבוד אביו ואמו קריעה של כבוד היא ואנן מקריעה של חיוב אמרי' דאינו קורע ע"כ. אין דעתו לומר שקריעת של אביו ואמו אינו חובה עליו שאם ירצה לא יקרע דודאי כל מילתא דבא"ו מצוה מחייבין אותו עליה אלא אינה מדין חיוב איבול קאמר

כמו בשאר המתי' שאף על פי שאינו חייב בכבודן חייב להתאבל ולקרוע עליהם והתם הוא דאמרי' דאין קריעה בלא איבול ז' אבל קריעה זו שהיא מפני הכבוד שחייב על אביו ואמו אין לה שייכות עם איבול ז' והרי היא כקריעה שקורע על חכם ועל נשיא שחייב לקרוע מפני כבודן יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ו

בענין הנוסחאות שלכם בברכת זכרונות ועקידת יצחק לזרע יעקב היום ברחמים תזכור. ראיתי מה שהקשה מר על מה שכתב הרי"בש בסי' ל"ח שהמדקדק להוסיף לזרע יעקב לא מחכמה דקדק שהרי שנינו בפ"ד נדרים קונם שאיני נהנה לזרע אברהם אסור בישראל ומותר בא"ה משמע ליה למר דנהי דזרע אברהם לא מקרי אלא יעקב דכתי' כי ביצחק ודרשי' ולא כל יצחק אבל האומר זרע יצחק יעקב ועשו קאמר אלו דבריו וישר אלא שאני לא באתי למדה זו שסבור אני דהאי לזרעו דקאמרי אאברהם קאי שהוזכר בתחלה את השבועה שנשבעת לא"א בהר המוריה ואת העקידה שעקד את יצחק בנו על גבי המזבח והיינו דאמרי' ועקידת יצחק לזרעו תזכור כלומר לזרעו של אברהם תזכור וסעד לזה מ"ש תתן אמת ליעקב חסד לאברהם ותרג' יונתן תיהב קושטא דיעקב לבנוהי כמא דקיימתא בבית אל טבות אברהם לזרעיה בתרוהי כמה דקיימת ליה בין בתריה תדכר לנא עקידת יצחק והביאו רש"י ז"ל בפירושיו ופי' אשר נשבעת בעקידתו של יצחק בי נשבעתי נאם ה' כי יען אשר עשית את הדבר הזה הרי שתלה הכתוב באברהם ולא הוזכר יצחק בכתוב כלל. ואי קשיא לך אמאי תלינן מילתא דעקידה באברהם ולא ביצחק אדרבה עיקר קידוש ה' קדש יצחק בעצמו כדאמרי' בס"פ הנחנק' גבי הא דאמרי דהוחזק לגביה שאני דאי לא תימא אברהם בהר המוריה היכי שמע ליה יצחק אלמא ביצחק תליא ששמע וקבל מאברהם לפי שהיה מוחזק לגביה ועוד אמרו התם ר' לוי אחר הדברים האלה אחר דבריו של ישמעאל וכו' עד באבר א' אתה מגרה בי וכו' מ"מ עיקר נסיון באברהם כתיב והאלהים נסה את אברהם. ונ"ל הטעם לפי שיצחק אפשר לו ליעקד עד שלא יראה לו חרב שעל צוארו ואז א"א לו לעכב אבל אברהם היה צריך לכבוש רחמיו מתחלה ועד סוף לעשות בשמחה ובזריזות מצות קונו ולהכי אמרי' ועקידת יצחק כלו' שהוא עקד את יצחק בנו יחידו כאלו הוא אינו צריך לכלום זה תזכור לזרעו שאף הקב"ה יכבשו רחמיו את כעסו כשם שאברהם כבש רחמיו לעשות רצון קונו בלבב שלם. ומעיקרא דדינא רואה אני שישראל נקראו על שמו של יצחק דכתיב ולא תטיף על בית ישחק ועוד ביצחק כתיב כי לך ולזרעך אתן את כל הארצות האל והקימותי את השבועה אשר נשבעתי לאברהם אביך ובאברהם כתיב כי ביצחק ולא כל יצחק אלמא אותו מקצת שהוא עשו

אינו קרוי זרעו של יצחק וכתיב נמי אשר כרת את אברהם ושבועתו ליצחק ויעמידה ליעקב לחק לישראל ברית עולם לאמר לך אתן ארץ כנען חבל נחלתכם מוכיח ששבועת אברהם ויצחק שיתן לזרעם את הארץ לא נתקיימה אלא ביעקב דכתיב ויעמידה ליעקב לחק אלמא אותם שלא נטלו חלק בארץ לא מקריא זרע. ועוד אמר בפ' ד' מיתות גבי מילה דכתיב אתה וזרעך אחריך פריך אלא מעתה בני ישמעאל לחייבו כי ביצחק יקרא לך זרע בני עשו לחייבו ביצחק ולא כל יצחק ואי זרעו של יצחק מיקרי כיון דיצחק בן ברית הוא ונתחייב למול את עשו נעשה ג"כ הוא בן ברית וחייב למול את בניו אלא עשו לאו זרע מיקרי כלל. וזה שכתב כ"ת ומאן לימא לן שאותו מקצת אינו עשו ירושת הארץ תוכיח ומה שהביא באחרונה מדברי הרב מהר"ר לוי בן חביב ז"ל אתמהה כי לא כתב כן הרב ז"ל אלא לומר שהוצרך הרמב"ם להביא כתוב ויתן לך את ברכת אברהם שלא הוזכר בפי' ללמוד על אותו מקצת של יצחק שהוא יעקב ולמדנו מתוך ב' כתובים הללו שלא נקרא זרע יורש אלא יעקב. ומה שנתקשה עוד בדברי הריב"ש מה שהקשה על עצמו למה נכניס עצמינו בלשון סתום דלדבריו לשון מבואר הוא כן הוא שהלשון מבואר ואין צריך פלפולים ודרשות דהא ילפינן מנדרים ובנדרים הלך אחר לשון בני אדם וכיון דבלשון ההמון אין בני ישמעאל ועשו קרויים זרע הרי שהלשון מבואר אלא שאותו הלשון אינו מהרי"בש אלא מהרב מה"רר שמואל הלוי ן' חני ז"ל שעמד על הדפוס וקשיא ליה וכי מפני שהוא מבאר מפסיד ותירץ יפה דודאי מפסיד דמברכותיו של אדם נכר אם ת"ח והביא ראיה נכוחה מברכת המוציא ועל ביעור חמץ כדאמרי' בפ' כיצד מברכין במוציא כ"ע לא פליגי דמהני ואפ"ה פסקו המוציא ואמרי' התם אמאן דבירך המוציא זהו שאומר עליו אדם גדול הוא אי אשמעי' במוציא שפיר אלא השתא מק"מל בהמוציא כ"ע ל"פ אלמא צריך להודיע חדוש ולא לתפוס לשון המפורש הואיל ולא מיקרי זרע אלא יעקב. ואי קשיא מהא דאמרי' בפ"ק דקידושין גוי יורש את אביו דבר תורה ומייתי לה ר' יוחנן מדכתי' כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר ודחי ודילמא ישראל מומר שאני אלמא עשו זרע מקרי וישראל מומר הוא ונוחל ומנחיל וי"ל דעשו בן יצחק דוקא קארי ליה ישראל מומר משום דבן ברית הוא אלא שפקר דאפי' בגר שנתגייר אמרי' בהחולץ טבל ועלה הרי הוא כישראל לכל דבריו למאי נ"מ דאי הדר ביה וקדיש אתתא ישראל משומד קרינן ליה אבל זרעיה גוים גמורים חשבינן להו לפי שנשאו גויות עובדות ע"ז כדכתי' ותהיין מורת רוח וכו' וכן כל בניו אחריו נטמאו באומות וזהו הטעם בישמעאל דלא קרינן ליה משומד שהרי חזר בתשובה וזרעו של אברהם איקרו דכתיב וגם את בן האמה לגוי אשימנו כי זרעך הוא ובפ' חלק מייתי עובדא דגביהא בן פסיסא דבימי אלכסנדרו' שבאו

בני ישמעאל ובני קטורה לערער על א"י והביא להם מן הכתוב בתורה ויתן אברהם את אשר לו ליצחק וכתי' ולבני הפלגשים נתן אברהם מתנות וכו' ולא מייתי מהא דכתיב כי ביצחק יקרא לך זרע דמ"מ אותם בני אברהם מקרו שהרי בני ברית היו וראוים לירושה טפי מעשו ונוחלין ומנחילין וכן כתיב כי זרעך הוא אלא הא דכתיב כי ביצחק יקרא לך זרע לדורות הבאים קאמר שצפה הקב"ה שישמעאל ובני קטורה ועשו הרשע סוף שנושאים גויות ונעשו בניהם גוים גמורים דבנך הבא מן הגויה אינו קרוי בנך אלא בנה וא"ת והא מקמי מתן תורה הוא וקי"ל בס"פ האומר באומות הלך אחר הזכר וי"ל דבימי אברהם כיון שהיה לו תורה כדכתי' ואת הנפש אשר עשו בחרן כל הגרים שנתגיירו עמו לא היו בכלל האומות אם לא שנטמאו אח"כ דהא בפ"ק דע"ז קא חשיב ב' אלפים תוהו מואת הנפש אשר עשו בחרן וגמירי דאברהם בההיא שעתא מ"ח שנים היה שאז כלו ב' אלפים תוהו ומאז נבדלו אברה' וזרעו מקיימי ברית מבין האומות דהא קרינן לעשו ישראל מומר אלמא בני ברי' גמורים חשיבי וכל שאר אומות לגבייהו כגוים חשיבי ובנים הבאי' מהם כבנך הבא מן הגויה חשבינן להו ויעקב ובניו לא היו נושאים אשה אא"כ מגיירי' אותה תחלה וחשובה כישראלית וידע מר הא דכתב הרא"ש ז"ל שם בקידושין אהא דדחי בגמ' ודילמ' ישראל מומר שאני כת' מכאן פוסקים דישראל מומר יורש את אביו וכת' ז"ל ואע"ג דעשו לא ירש מאביו אלא לבניו הוריש הארץ שנתנה לו מ"מ כיון שיש לו דין ישראל להוריש את בניו ה"ה נמי דיורש את אביו ואני דעתי כתבתי שם בחידושי דלפי זה אי ס"ד דמומר אינו יורש את אביו ישראל לפי שיצא מכלל הדת אמר' להחמיר לענין גטין וקידושין כישראל משוינן ליה להנאתם לא משווינן ליה כישראל מאחר שהוא פרק עול מהכא לא נילף דאי שמענו שמומר מוריש את בניו המומרי' כיוצא בו כלום שמענו שירש את אביו שהוא בתורת ישראל וימעט בנחלת בנים התוריי' אלא כל הני רבוותא שפסקו מכאן דמומר יורש את אביו ישראל משמע להו דעשו מהורו ירש דהר שעי' ניתן לא"א בין הבתרים דכתיב את הקיני ואת הקניזי ואת הקדמוני ואמרי' בפ' חזקת רבי יהוד' אומר הר שעיר עמון ומואב ובירושלמי מייתי לה דרבי הכי ס"ל דהר שעיר עמון ומואב היינו קיני וקניזי וקדמוני ועתיד הקב"ה להחזירם לנו כדכתיב כי ירחיב ה' אלהיך וכו' ואמרו בספרי שם ארץ עשרה עממים שאמר הקב"ה לא"א והם לא ירשו אלא ז' ובירושלמי דשביעית ובפרק' קמא דקידושין אמרינן והטיבך והרבך מאבותיך אבותיך לא ירשו אלא ארץ ז' עממין ואתם עתידים לירש ארץ עשרה עממין מ"מ בין כך וב"כ נטלה עשו מכח אברהם זקנו וכן הוא אומר ובשעיר ישבו האמים לפנים ובני עשו ירשום וכו' כאשר עשה ישראל לארץ ירושתו אלמ' כשם שישראל ירשו

ארץ ז' והיא ירוש' מהאבות אף שעיר נתנה בירושה לעשו עד ימות המשיח דכתיב כי לא אתן לך מארצו ירושה עד מדרך כף רגל ודרשו עד שידרוס רגלו של משיח דכתיב ועלו מושיעים בהר ציון וכו' והשתא ילפינן שפיר דמומר יורש אביו ישראל דבר תורה ואינם צריכים לידחק ולומר דהואיל ומנחיל נוחל והואיל וזכה עשו בירוש' שהי' בן ברית וזכ' בה והחזיק בה בחייו דכתיב וישב עשו בהר שעיר לא הופקעה מזרעו עד לעתיד לבא והשתא דאתי' להכי מתישב' שפיר ההיא דכי ביצחק ולא כל יצחק דמשמע דעשו מקצת זרע יצחק איקרי דודאי עשו גופיה זרע יצחק וזרע אברהם איקרי אלא שלא נתקיים בו זה השם לאחר זמן לא בעשו ולא בישמעאל כי בנים זרים ילדו אך במקצת זרעו שהוא יעקב יקרא לך לעולם זרע ומיהו בפ"ד מיתות משמע דזרע עשו וזרע ישמעאל לא חשיבי זרע כלל אף לענין מילה דכתיב את בריתי תשמור אתה וזרעך אחריך לדורותם דפריך אלא מעתה בני ישמעאל ליחייבו כי ביצחק יקרא לך זרע בני עשו ליחייבו ביצחק ולא כל יצחק. מתקיף ליה רב הושעיא אלא מעתה בני קטורה לא ליחייבו וא"ר יוסי בר אבין את בריתי הפר לרבות בני קטורה משמע דבנים שנולדו לעשו וישמעאל לא נתחייבו במילה דלאו זרע מיקרו כלל רק הם עצמן עשו וישמעאל והא דקאמר לרבות בני קטורה פרש"י אותם ששה שנולדו לא"א ולא זרעו וקשה דהנך ודאי חייב היה אברהם למולם דלא גריעי מיליד בית ומקנת כסף אבל הרמב"ם ז"ל כתב בפ"ט מהל' מלכים דבני קטורה הם וזרעם חייבים וצ"ע בדבריו ז"ל ויצא לנו מכלל דבריו שכל בניו של עשו אינן נקראין זרע יצחק לא לענין מילה ולא לענין ליטול חלק בארץ והנודר מבית יצחק אין בית עשו בכלל וכיון שכן למדנו שהנסחא המעולה והמשובחת היא לומר לזרעו תזכור להורות לנו הלכ' וחידוש שאין זרע עשו קרוי זרע נאם הצעיר יוסף במהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ז

מורי הרב נר"ו נשאלתי על ענין הנחת תפילין למה אנו מברכין להניח תפילין ואין אנו מברכין לקשור תפילין או על קשירת תפילין כי היכי דלא לימרו מי סני לך לשניה דקרא דכתיב וקשרתם לאות על ידך וכתיב וקשרתם אותם לאות על ידכם ועוד למה כשסח בין תפל' לתפל' מבר' על של ראש על מצות ולא על הנחת כי בראש יצדק הנחה ממאמר מצות תפילין או קשיר'.

ואני עני בלתי ספרים עניתי העולה על רוחי והנאחז במזלג דעתי לפום ריהיטא כי אנחנו חייבים לברך ברכותינו כפי שקבעו לנו עזרא הסופר ואנשי כנסת הגדולה וכל המשנה ממטבע שטבעו לנו חכמי' אינו אלא טועה וכבר נאמר לנו מפיו ית' ועשית ככל אשר יורוך ונאמר אשר תקראו אתם. ועוד כי אנחנו יכולים לפרש כי מה שנאמר וקשרתם לאו'

על ידך לא נאמר על קשירתם על היד כי אם על הקשיר' הראשונ' שאנחנו קושרים אותם ברצועותיהם כדי שאחר קשירתם והיו לאות על היד כי בלתי הקשירה לא יהיו לאות והרצון בו תעשה הקשירה בהם כפי מה שנצטווינו בתורה שבע"פ כדי שאח"כ יהיו לאות על ידינו. והעד ע"ז מה שנאמר אח"כ בפרש' והיה אם שמוע וקשרתם אותם לאות על ידכם כי הלא שתי תפלות אינן נקשרות בזרוע וכן והיו לטוטפת בין עיניכם אשר על כן תקנו וסדרו רבנן קשישי וסבוראי להניח ולא לקשור. ועוד עניתי ואמרתי כי לפי שבהנחת תפילין יש משפטים ישרים ותורות אמת והאחד מהם שראוי לו לאדם שמניח התפילין שלא יסיח דעתו מהם כלל יען שאם יסיח דעתו מהם ויזוזו ממקומם צריך לחזור ולברך ולהחזירם ולשומם במקום' הראשון וכן יש מקומות קבועים ומסומנים להניח אותם בהם בין בתפלה של יד בין בתפלה של ראש כנודע ועל כן רבותינו נוחי נפש נתנו לנו הער' עליה' כי על כן סדרו לנו סדר ומטבע להניח וכו' אתה מורי הרב ברוך ה' חותם תכנית מלא חכמ' הוריני אם יש טעם בדברי כי מפי מעכ"ת אנו חיים ושלו' אדוני יגדל העבד ישראל קאטאלאני.

דברי כ"ת טובים ונכוחים שקשירה האמורה בתורה על קשר של תפלין הוא וכבר רצה הרב רבינו אליהו ז"ל לומר שצריך אדם לקשור תפילין בכל יום מההיא דאמרינן בר"פ הקומץ מאימתי מברך משעת הנחה ועד שעת קשירה משמע דקשירה דלאחר הנחה קאמר ורבינו תם חלק עליו ואמר דאין צריך והביא כמה ראיות הנם בתוספת בשלהי הקומץ ופירש דוקשרתם דקרא היינו קשר של תפילין שאמרו עליו בפ"ק דחולין שת"ח צריך שילמוד ענין קשירתו דלא שכיחי טובא שלא כל אדם בקיאים בו ומכיון שפשט מנהג העולם כדברי רבינו תם שאין אנו קושרים קשר של תפלין בכל יום משמע שאין מצות וקשרתם אלא בתחלה בשעת עשיה. וכן מוכח ממתניתין דמקואות דקא חשיב קשרים שיבאו בהם המים תפילין של ראש בזמן שהיא חוצה ושל יד בזמן שאינה עולה ויורדת כדכתבו התוספת שם ולכך אנו מברכים להניח לאפוקי שאין מצותה לקשרם עכשיו אלא הנחתה מצוה וקשירה שנאמר בגמרא עד שעת קשירה היינו הידוק וכריכה בזרוע שלא תשמט כדפירש ר"ת כמו שליא קשורה בולד דהיינו כריכה ואנו מברכים על ההנחה שהיא עיקר המצו' תדע שהרי מקרא אחד כתוב והיו לאות על ידך ולזכרון בין עיניך ולא הזכיר בהם קשירה ומכאן למדו ששניהם נחשבים כמצוה אחד ואין להפסיק ביניהם. וא"ת א"כ היאך אמרו דמברך משעת הנחה עד שעת קשירה והאי לאו עובר לעשייתן היא. וי"ל דכל זמן דלא מהדק אין זו הנחה שסופן לנדוד ממקומן אלא עד שעה שיהדק יפה שלא ימוטו אז הוי קיום המצוה ומברך להניח להורות שעיקר המצוה

הנחתם וכריכתם שיירי מצוה והכשר מצוה. ואם תשאל למה כשסח בנתים אינו חוזר ומברך על של ראש להניח יש לומר שהברכ' הראשונה אנו אומרים על שתיהם לפי שהם כמצוה אחת כמו שלמדו מוהיה לאות על ידך ולזכרון בין עיניך ואם סח בנתים מברך על מצות שהיא חוזרת גם על של יד שגמר מצותה ע"י הנחת של ראש ולכך אנו מברכים בלשון על דמשמע להבא ומשמע לשעבר אבל בלמ"ד להבא משמע ועל מצות ר"ל על השלמ' מצות תפילין ואע"ג דדברי ר"ת עיקר שוקשרתם דקרא אקשירה קמייתא קאי מ"מ למדנו שצריך להדק' יפ' בכריכ' חזקה שיהיו מהודקים באות' כריכה לבדה ולא ע"י הכריכות שעושין על הזרוע ואני לומד כן מאותה שאמרו בשיעור הרצועה כדי לפשוט על היד עד אצבע צרידא בלא שום כריכ' שעל גבי היד צריך שיהא קשיר' חזקה וכן משמע מאותה שהביאו התוספ' מפרק אין מעמידין מעשה באשת חבר שהיתה קושרת תפלין בזרועו ושוב כשנשאת למוכס והית' קושרת קשר מוכסים על זרועו משמע מדהצריך קשיר' ע"י אשתו דקשיר' יפה בעינן לפיכך אני נוהג לכרוך סביב התפל' של יד כעין עניב' דהויא כעין קשירה שלא תמוט ובין כך ובין כך קשירה דקרא אקשר של תפילין קאי.

סימן ח

שאלה ראובן מוחזק בעירו מיום היותו לכשר וכל מעשהו באמונ' ובא לפני ב"ד עירו ובקש מהם שיראו לו איזה דרך ישכון אור התשובה כדי שיחזור למוטב ויתכפרו עונותיו ושאלו ממנו הב"ד הגד לנו מה פשעך מה חטאתך כי כפי החטא כן היא התשוב' מיוחדת לו ואמר שחטאתיו עצמו מספר וגדלו עונותיו מנשוא ואלו דבריו. ראשון לחטאתיו אמר ששנה תמימה היה לסטים עומד בפרש' דרכים בחברת פועלי און הורג נפשו' ולוקח ממונם. ועוד שנה אחרת צד נשים ישראלית בעולות בעל והיה משמש ב' פתילות בנר א' זה עשה שנה תמימה שנה שלישית כפר בעיקר ולא הניח ע"ז שלא עבדה. והנה ב"ד של המקו' ההוא נתקשו בענין תשובתו אם בעריות והוליד ממזר שע"ז אמרו מעוות לא יוכל לתקון ואם על שפיכות דמים שלא נתנו להשבון וכתיב ולארץ לא יכופר לדם וכו' כי אם בדם שופכו. ובמה שהמיר ועבד ע"ז הו"ל מין וכתיב כל באיה לא ישובון ולא ישיגו ארחות חיים על כן באו לשאול מאת רבינו שיחיה מה תשובת האיש הזה שיתכפרו בה עונותיו העצומים והרבים הללו מאחר שבא הוא עצמו בב"ד לבקש תשובה בלי שום עדות משום נברא עליו על שום דבר מהדברים שהודה בפיו. ושואל ראובן ג"כ שכל ימיו היה מכבד שבתו' ומועדי' טובי' בכל האפשר אם יהיה ענשו שלא ינוח גם בשבתות וימים טובי' וכן שאלו הב"ד של מקום ראובן מהאדון מאחר שהוא בן תורה אם תהיה

תשובתו בביטול תורה על הכל תבא תשובתו הרמתה כי באורו נראה אור ושכר האדון כפול מן השמים ולך האדון חסד לכתוב תשובת כל חטא בפני עצמו ושלום האדון יגדל.
תשובה איברא ששלש עברות חמורות הללו שנשתרש בהן תשובתן קשה אם בא"א שאמרו בפ"ק דחגיגה איזהו מעוות שלא יוכל לתקון זה הבא על הערוה והוליד ממנה ממזר ואמרו בגמר' מאי איריא הוליד אפילו לא הוליד דתניא הבא על א"א ואסרה על בעלה נטרד מן העולם והלך לו פרש"י אין לו עוד תשובה לפי שעשה דבר שאין לו רפואה ע"כ. ובשפיכו' דמים רבי' אשר שפך גדול עונו מנשוא שהרי שנינו בפרק אחד דיני ממונות כל המאבד נפש א' מישראל כאילו אבד עולם מלא ודמו ודם זרעיותיו תלויים בו דכתיב קול דמי אחיך דם לא נאמר אלא דמי ואמרי' בפ' איזהו נשך הוקשו מלוי רבית לשופכי דמים ששופכי דמים לא נתנו להשבון אע"ג דאדמים קאי דא"א להחיותו מ"מ אתשובה נמי קאמר שלא נתן זדונן לכפרה כדכתב רש"י גבי א"א דמאחר שעשה דבר שאין לו רפואה אין לו תשובה. וכתיב אדם עשוק בדם נפש עד בור ינוס אל יתמכו בו. וכתיב ולא תחניפו את הארץ ולא תטמא הארץ ואמרו בספרי מגיד ששפיכות דמים מטמא את הארץ וגורם לשכינה שמסתלק מישראל. והאחרון הכביד שכפר בעיקר ועבד ע"ז כמכיר בכבודו ומתכוין למרוד בו ואמרו בפרק אין דורשין בעובדא דאחר ששמע מאחורי הפרגוד שובו בנים שובבים חוץ מאחר ובפרק אין מעמידין אמרו אי זהו מין זה העובד ע"ז לענין דמורידין לבור אע"ג דעכו"ם כלם עובדי ע"ז לא מיקרו מינין ולא מורידין ולא מעלין והכי משמע בפרק בתרא דהוריות דישראל עובד ע"ז נקרא מין ולא גוי וגבי מינות כתי' כל באיה לא ישובון ולא ישיגו ארחות חיים.
אמנם כי אחרי שובו ניחם על רעתו ואחרי הודעו והכיר מרדו ספק על ירך אין לך דבר שעומד בפני התשובה שהוא ית' נותן יד לפושעי' וימינו פשוטה לקבל שבים ואפי' הרבה לפשוע ושב בתשובה שלמה לפניו ית' הק"בה מקבלו דכתיב רשעת הרשע לא יכשל בה ביום שובו מרשעו. וזה שאמרו מעוות לא יוכל לתקון בבא על הערוה והוליד ממנה ממזר אי נמי אם היה ברצון שאסרה על בעלה אין לומר כי מפני שא"א לתקן את אשר עוותו לא יהא לא תשובה כלל שאם כן יקשה למה לא אמרו בשופך דמים שא"א לו לתקן כדאמרי' בפ' איזהו נשך שופכי דמים לא נתנו להשבון והרי זה מעוות שא"א לתקון ובפ"ק דע"ז בההיא איתתא דאתיא קמיה דרב חסדא וא"ל קלה שבקלות בנה הקטן מבנה הגדול ועלתה לה תשובה אע"פי שהולידה ממזר וא"כ לתקן ובתוס' כתבו שם בחגיג' במשנתינו זה הבא על הערוה דטפי בשתו ניכר שהממזר נראה לעולם אבל שאר עברות רוצח וגזל אין עדיו לפניו ע"כ. משמע שרוצים לפרש לא לענין תשובה

קאמר אלא שבשתו ניכר ועדיו לפניו מה שאין כן ברציחה וגזל אע"פי שא"א לתקן מ"מ אין עדיו לפניו וא"ת היכי פריך בגמ' מאי אירי' הולי' אפי' לא הוליד ומשמע מתני' כשלא אסרה הא אם אסרה אפילו לא הוליד מקרי מעוות לא יוכל לתקון והרי זה אין בשתו ניכר ואין עדיו לפניו ונראה שלא אמרו מעוות על גוף העבירה שאין לה תקון וכפרה שא"כ הו"ל לדמותו לאיש שכב ולא יקום ולמים הנגרים ארצה אשר לא יאספו אלא ודאי יש לו תקון בתשובה אבל על העון שהוא נמשך קאמר שחטאתו נגדו תמיד זה שהוליד ממזר בעולם ונדבק בישראל וכל שעה ושעה הרי הוא בלא יבא ממזר וכן כשאסרה על בעלה הרי היא בכל שעה באיסור טומאה לבעלה שאע"פ שיש לו תשובה מכל מקום בשתו ניכר ועדיו לפניו שמעשיו עושי' פירות וא"א בידו לתקנו מה שאין כן ברוצח וגזלן אף על פי שאין בידו להשיב תשובה מכפרת ואין מעשיו עושים פירות. וראיתי בפסקי התוס' שם בחגיגה הבא על א"א אפשר בתשובה אך קלונו ניכר ומתכפר ביסורין ותשובה גדולה. ולענין שפיכות דמים הא דאמרי' באיזהו נשך הוקשו מלוי רבית לשופכי דמים שלא ניתנו להשבון לאו לענין תשובה קאמר דתרוייהו יש להם תשובה אע"פ שא"א לתקן אלא שאף על פי שהשיב לא נתקן איסור הלאו בכך דומיא דגזל שנתק לעשה ונתקו הלאו בתשובה משום דרבית מדעתיה יהיב ואע"פ כן אסריה רחמנא הילכך כי יהיב לי' מדידיה קא יהיב כיון דלא ניתן להשבון דומיא דשופכי דמים שלא נתנו להשבון. אבל מ"מ תשובה מועלת לו כמו שמועלת בכל איסורין ועברות שבתור' שלא לתקן מה שעשה למפרע אלא שהתשובה אין דבר עומד לפניה והא דכתיב אדם עשוק בדם נפש וכו' דרשוהו בפ' בתרא במחטיא את האדם שהוא יותר מן ההורגו כדילפינן לה מאדום דכתיב קרך בדרך וכתיב דור שלישי יבא להם וכו' ובעמון ומואב כתיב עד עולם שקדמו בעבירה והמחטיא את אחרים אין מספיקים בידו לעשות תשובה שלא יהא הוא בג"ע ותלמידיו בגהינם אבל ההורגו לא טרדו אלא מן העולם הזה ויש לו תשוב' לכך לא העמידו הכתוב כפשטו בהורג ממש ומה שכתב ולארץ לא יכופר לדם כי אם בדם שופכו זו הזהרה לב"ד שלא יעמעמו על הרוצח בעדים והתראה להצילו שאין מתכפר להם אלא בדם של רוצח כמו שכתוב ולא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות זה שיצא מב"ד חייב אבל אין שם עדים והתראה שאין דמו מסור בידינו הרי ענשו בידי שמים וכתיב ונקי וצדיק אל תהרוג ואמרו הרי שיצא מב"ד זכאי וראו לו חובה מנין שאין מחזירין אותו לב"ד ת"ל וצדיק אל תהרוג וכתיב בתריה כי לא אצדיק רשע כלומר דינו מסו' לשמים שמא גלוי לפניו שיעשה תשובה ואם לאו אעפ"י שד' מיתות בטלו דין ד' מיתות לא בטלו ומה שבאחרונה מרד וכפר בעיקר ועבד ע"ז בשאט בנפש כמה עונו

אמנם יש תקוה לישראל על זאת בהכיר חטאו גדול הרבה לפשוע בהכנעו לפני אלהיו ושב בתשובה שלימה אין הפרגוד ננעל לפניו דכתי' קול על שפאים נשמע בכי תחנוני בני ישראל כי העוו את דרכם שכחו את ה' אלהיהם שובו בנים ארפא משובותיכם וגו' ומה שאמרו באחר שובו בנים שובבים חוץ מאחר מונעים היו לו מן השמים דרכי התשובה והחליקוהו בדברים לטורדו מן העולם על כמה מרדים שעשה והחטיא את הרבים כדמייתי בירושלמי ותנן כל המחטי' את הרבים אין מספיקין בידו לעשות תשוב' ואני שמעתי משמא דגמ' דבהא טעה אחר שלא היה לו להשגיח בבת קול ששמע שובו בנים שובבים חוץ מאחר דקי"ל כל מה שאמר לך בעל הבית עשה חוץ מצא כדאמרי' בס"פ מי שהיה טמא והיה לו לשים פניו כחלמיש לשוב בתשובה שאם היה שב בתשובה שלמה היו מקבלים אותו והרי אמרו בירושלמי כשאמר לו ר' מאיר בשעת מיתתו אף אתה חזור בך א"ל וע"כ מקבלין אמר תשב אנוש עד דכא עד דכדוכה של מות באותה שעה בכה ומת אמר כמדומה שמתוך תשובה מת והועילה תשובתו למדיניה ולאתוייה לעלמא דאתי ואמרו בפ' בתרא דיומ' ובפ"ק דשבועות ובספרי והנפש אשר תעשה ביד רמה זה העושה עברות ביד רמה כיהויקים וגו' את ה' הוא מגדף זה המברך את ה' כי דבר ה' בזה זה האומר אין תורה מן השמים ואת מצותו וגו' הכרת תכרת הנפש ההיא עונה בה לא אמרתי אלא בזמן שעונה בה שלא עשה תשובה הא אם עשה תשובה מתכפר. ואיפליגו התם בפ"ק דשבועו' רבי ורבנן בפורק עול ומגלה פנים דר' סבר הכרת לפני י"ה תכרת לאחר י"ה יכול אפי' עשה תשובה ת"ל עונה בה. ורבנן סברי הכרת בעה"ז תכרת לעה"ב שאם עשה תשובה ומת מיתה ממרקת למדנו שפורק עול אין כח בתשובה וי"ה לכפר ביסורין למרק עד יום המיתה. וא"ת אמאי לא חשיב בד' חלוקי כפרה הפורק עול דאינו מתכפר עד יום המיתה וי"ל רבותא קמ"ל דאפי' בעשה ולא תעשה אם היה בה חילול ה' אין כח בתשובה ולא בי"ה ולא ביסורין אלא עד יום המיתה ומייתי לה מדכתי' אם יכופר העון הזה לכם וגו' ופרש"י דיליף מהתם שיש עברה שאין לה כפרה אלא במיתה. וא"ת והאיכא פורק עול לרבנן ומנ"ל דאחילול ה' קאי ונ"ל מדכתיב לכם דייק דמשמע לכם אינו מתכפר הא לאחרים היה לו כפרה ואי זה עון חילול ה' דלגבי דידהו חשיב עבירה כדאמרי' היכי דמי חילול ה' כגון אנא וכו' ובפ"ק דע"ז אמרו כל באיה לא ישובון ואם ישובו אל ישיגו ארחות חיים פרש"י אחר שנאבקו במינו' אינם שבים ואם שבים ממהרי' הם למות מתוך צרה וכפיית יצרם וזו גזרת מלך עליהם למות למימרא דכל הפורש ממינות מת והא ההיא דאתאי לגבי דר' חסדאי א"ל חסדא טרחו לה בזווגא ולא מתה ומשני ההיא דלא הדרא בה שפיר ומשום הכי לא מתה ומסיק התם

דמעבירה נמי היכא דאבק בה טובא כמינות דמיא. ויש לחקור בנדון זה הואיל ונמשך למינות וכפר ועבד ע"ז וגם עבירות אחרות דאביק בהו טובא אם איתא שעשה תשובה בשנים הללו היאך לא מת ונצטרך לומר דלא הדר ביה שפיר כדאמרינן התם אלא כפי מה שאני מבין מתוך השאלה שאדם זה היו נסתרין מעשיו ואין שום אדם שיעיד עליו על שום דבר מהדברים שהודה יראה שהיה במחשך מעשיו והלך לעיירות של עכו"ם והראה עצמו כאחד מהם ועשה כמעשיהם. ואפשר נמי דמה שהמיר דת ועבד ע"ז לא שהודה בו ולא שקבלה עליו לאלוה אלא מומר לתאבון היה לעשות מה שלבו חפץ כאותה שאמרו יודעים היו ישראל שע"ז אין בה ממש ולא עבדו אלא להתיר להם עריות בפרהסיא. וגם לא מיקרי אביק מיבק כההוא דאלעזר בן דורדיא שרוב ימיו היו בעביר' אלא איסור' קטעים ולהנאת עצמו קא עבד. ויש ללמוד דלא מקרי עובד ע"ז והנ"ל מאותה סוגיא דפרק ד' מיתות אפסקא דהעובד ע"ז דאמר ר' אלעזר מנין לזובח למרקוליס שהוא חייב כלו' דאין עבודתה בכך אלא בבזיון דכתיב ולא יזבחו עוד את זבחיהם לשעירים וגו' אם אינו ענין וכו' ופריך דאי ס"ד השתחואה יצתה ללמד מהשתחואה נפקא שלא כדרכה ומשני התם בזובח להכעיס פרש"י שאינו מקבלו עליו לאלוה וקמ"ל דעובר בלאו אלמא אפי' להכעיס לא מקרי עובד ע"ז ואת"ל דקרא להכי אתיא אין בו אלא לאו גרידא ולפי המסקנא דהשתחואה לא יצתה אלא לידון בעצמה אצטריך קרא לשלא כדרכה דהיינו זובח למרקוליס ובזובח להכעיס אפי' לאו ליכא דהא לא קבליה לאלוה אפי' עשה להכעיס כ"ש אם לא עשה אלא להתיר לעצמו עריות בפרהסיא ואפשר לו בתשובה ומן השמים ירחמו עליו.

וכפרת של זה תלויה בשלשה דברים. בתשובה ביסורין במעשה התשוב' בג' דרכים בעזיבה בחרטה בהכנעה. עזיבה כיצד שנאמר יעזוב רשע דרכו ואיש און מחשבותיו. ופי' הרמ"בם ז"ל בפ"ב שיסירהו ממחשבתו ויגמור בלבו שלא יעשהו עוד וכן כתב להלן כל המתודה בדברים ולא גמר בלבו לעזוב הרי זה כמי שטובל ושרץ בידו וכו' עד שכ"כ ומודה ועוזב ירוחם אבל רבינו יונה ז"ל כתב יש טועים בחשבם שעזיבת החטא הוא שיגמור לבלתי שוב אליו עוד וא"כ לא נגמרה תשובת האיש הזה כל ימי חייו עד שנודע שלא שב על קיאו וכיצד הקדים העזיבה לתשוב' דכתיב יעזוב רשע דרכו כו' וישוב אל ה' ואם אתה אומר לא כי אלא תכף נמחל עדיין לא עזב אלא פתרון המקרא כך הוא יעזוב רשע דרכו הרעה אשר הורגל בה שהיא שגרמה לו לחטא ואיש און מחשבות גילוליו שהם הרהיבוהו לדבר עברה כמ"ש עינא וליבא תרי סרסורי דחטאה לפיכך יעזוב דרכו הרע שהיה גבה עניים וימנע מלהסתכל הדבר המביא לידי כך כמו שאז"ל אפי' בבגדי

צבע השטוחים בכותל ויתרחק מן הכיעור ומן הדומה לו ויסיר מחשבות לבו הזונה ואז כי אמיד נפשי' והרגיל עצמו זמן וידע ששלט במרא' עיניו ובדרכי לבו אז בשובו אל ה' יהיה בטוח שתתקבל תשובתו אבל כל זמן שלא אמד עצמו בכך ונפתה אחר גילולי עיניו ומחשבות לבו טמא הוא עוד טמאתו בו וזש"ה פתח חרצובות רשע התר אגודות מוטה וכו' וכן הוא אומר כה אמר ה' לאיש יהודה וליושבי ירושל' נירו לכם ניר ואל תזרעו אל קוצים המולו לכם ערל' לבבכ' פי' התוס' בפ' ערבי פסחי' שהתשוב' מבלי שישרש אחר דרכים המביאים לדבר עבירה דומה לאדם שזורע בקרקע בורה שהיא מעלה סירים וזריעתו לריק אלא המולו לכם ערלת לבבכם כדי שאח"כ תכון בידכם התשובה כ"ש באדם כזה שנשתרש בעבירות גדולות אלו שצריכים חרטה והכנעה רבה וטורח מרובה לשרש אחר אגודות מוטה ולעוקרן.

החרטה כיצד שיכיר וידע כמה הרבה לפשוע נגד קונו וכמה הכעיס את בוראו בהבליו ובתרמית לבו הזונה ויהא בוש ונכלם ממעשיו הרעים כדכתיב כי אחרי שובי נחמתי כו' בשתי וגם נכלמתי כי נשאתי חרפת נעורי ואז"ל כל העושה דבר ומתבייש ממנה נמחל לו ומייתי לה משאול לפיכך מחוייב השב שיהיו כל הפשעים ומרדי' ומעילות שמעל לנגד עיניו ויתבייש מהם כמו שנאמר בדור המדבר זכור אל תשכח את אשר הקצפת את ה' אלהיך במדבר מנאה הרמב"ם ז"ל במנין המצות להיות החוטא חטאיו לנגד עיניו ויזכרם בפיו ולא ישכחם בלב כמ"ש במקום אחר זכור בפה ואל תשכח בלב ויהיה דוה ודואג ירא וחרד שח ושפל לפני קונו כמ"ש אדאג מחטאתי ואם בחטא' שבשוגג אמרו במזידין ובפשע עאכ"ו ואמרו בגמ' ג' מתישין כחו של אדם וחד מנייהו עון שנאמר כשל בעוני כחי ופירשו התו' עון דאגת העון כי בהכירו חטאו וידאג ויהיה לבו דוה ונעצב ונכנע עד שיתיש כחו.

ההכנעה כיצד לא תכון ההכנעה אלא במעשה ובמחשבה במעשה ירגיל עצמו בשפלות ובנמיכות רוח וירגיל עצמו במענה רך וקול נמוך דכתיב ושפלת מארץ תדברי נעלב ואינו עולב שומע חרפתו ואינו משיב כפוף ונכנע יושב בשפל ונעשה שירים לכל כמ"ש נושא עון ועובר על פשע לשארית נחלתו ודרשו מי שמשים עצמו כשירים. ויש לו ללמוד מהא דתנן בשלהי שביעית רוצח שגלה לעיר מקלטו ורצו בני העיר לכבדו אומר להם רוצח אני אמרו לו אעפ"כ יקבל מהם שנא' וזה דבר הרוצח ואמרו שם בירושלמי אמר ר' יוסי הדא אמרה בר נש דתני חדא מכילא והוה אזיל לאתר דמוקרין ליה בגין תרתי צריך למימר להון חדא מכילא אנא חכם מכאן לבעל תשובה שמכבדין אותו לפי שאין מכירין אותו צריך שיאמר להם חוטא אני דמשמע דלאו דוקא רוצח לפי שהוא חטא

מפורסם דא"כ היכי יליף מיניה בירושל' למאן דמוקרין ליה בגין תרין מכילין דילמא שני רוצח דכתיב מכסה פשעיו לא יצליח אלא דלאו לענין תשובה קאמר דאם כן מאי אריא משום דרצו בני העיר לכבדו אלא משום גנבת דעת הוא אלא דקשיא לי בה דהא בפ' ג"ה מוכח דכל היכא דאינהו מטעו נפשייהו לא שייך גנבת דעת לא מבעיא לרש"י ז"ל שפירש דליכא גנבת דעת אלא במוכר טריפה בחזקת שחיטה אלא אפי' למ"ד שחלקו עליו ואמרו אף בסתם שייך גנבת דעת היכא דלא הוה ליה להכירו לאסוקי אדעתיה הו"ל לאסוקי אדעתייהו דלא גמיר אלא חדא מכיל' שהרי הוא לא אמר להם שהיה יודע שתים. וי"ל שמקלסים אותו בפניו ושותק דמשתיקתו טועים בכך. וכן נ"ל בבעל תשובה שצריך להנהיג עצמו בשפלות ונמיכות רוח ושברון הלב כי יותר מדאי בני אדם מכבדים אותו בחסידות וענווה צריך שיאמר להם שכך היא חובתו לפי שחטא והכעיס את בוראו. ולענין אם צריך לפרסם את חטאיו בפ' בתרא דיומא אמר רב יהודה רב רמי כתיב מכסה פשעיו לא יצליח וכתיב אשרי נשוי פשע לא קשיא כאן בחטא מפורסם כאן בחטא שאינו מפורסם רב זוטרא בר טורנא אמר רב נחמן כאן בעבירות שבין אדם לחבירו כאן בעברות שבין אדם למקום והרמב"ם ז"ל בפ' ב' כתב בד"א בעבירות שבין אדם לחבירו וכתב עליו הראב"ד ז"ל וכן עבירות המפורסמות והמגולות אע"פ שאינם עם חבירו צריך לפרסם התשוב' כמו שנתפרסם החטא. והרב מהרי"ק ז"ל בכסף משנה כתב שהמדקדק בדברי רבינו ימצא דבשאינן מפורסמות קאמר בעבירות שבין אדם למקום שהן כתב ועזות פנים הוא לו אם גילם וכן כתב וטובה היא לו שלא נתגלה עונו. וקשה דלמה לא כתב דבמפורס' צריך לגלות ותירץ בנ"מ שאין חובה לפרסם אם לא ידעו וגם אין לו להעלימם א"כ יאמרו לו עברת עבירה. וקשה דמנ"ל הא קרא דכתיב מכסה פשעיו לא יצליח אוקמינן ליה במפורסם משמע שמחויב לגלות. ונראה שהרמב"ם פסק כלישנא בתרא שכן הרא"ש והרי"ף ז"ל לא הביאו לישנא קמא דכאן בחטא מפורסם ומשמע להו דרב יהודה ורב נחמן כלהו אליבא דרב אמרו וכלישנא בתרא נקטינן. ומה שכת' ועזות פנים הוא אם גילה דמשמע דתרתי בעינן שיהא בינו למקום ובסתר משכחת לה שעשה בגלוי במקום אחר אבל במקום הזה אינם יודעים בדבר דללישנא קמא אפילו שבינו למקום היה צריך להודיע שכמו שנתפרס' בחט' יתפרסם בתשובה כמ"ש הראב"ד ז"ל אלא שהרמב"ם פסק כלישנא בתרא. ואי קשיא ללישנא בתרא דלא מפליג אלא בין אדם למקום לבין אדם לחברו מנ"ל דבחבירו צריך לפרסם לאחרים שלא ידעו שכן משמע מדברי הרמב"ם ז"ל ומגלה עברות שבין אדם לחבירו לאחרים ואומר להם וכו' משמע שאותם אחרים לא ידעו בדבר ולמה לו לגלות להם הא מתוקמא קרא דמכסה פשעיו לא

יצליח שצריך לגלות היינו לחבירו שימחול לו ויש לומר דלא מוקמינן קרא בחברו לבד דלו לא צריך קרא דפשיטא דלא יצליח דהיאך ימחול לו הא ידעינן דאפילו הביא כל אילי נביות שבעולם לא עלתה לו עד שיבקש מחבירו וימחול לו ותנן מכל חטאתיכם לפני ה' עבירות שבין אדם למקום י"ה מכפר וכו' וכ"ת הא קמ"ל דאע"ג דחברו מוחל לו סתם בלא הודעה סגי ליתא דודאי אין זו מחילה דמי ידע דמחיל כדאמרינן גבי אונאה בפ' הזהב דבעי למימר ליה כך וכך הונאה יש בו כדי שימחול אלא הכי קאמר שיודיע לרבים שישמעו שמכיר הוא שחטא באותם הדברים שעשה לחבירו וזהו הגילוי שכתב הרמב"ם כנ"ל. ובפ' זה בורר גבי סוחרי שביעי' קתני ואימתי חזרתה משתגיע שביעית אחרת ויבדלו ר' נחמיא או' לא חזרת דברים בלבד אלא אף חזרת ממון כיצד אני פלוני בן פלוני אנסתיו מאתים זוזים וכו' ומדקאמר אני פלוני בן פלוני אנסתי משמע דצריך לפרסם עצמו. והשתא בנ"ד אם במקום שעשאם היו מפורסמים אעפ"י שבמקום הזה אינו ידוע ללישנא קמא צריך לפרסם מאחר דפלוגתא דרבוותא היא לא יפרסם מעשיו אלא לפני קונו יפרט מעשיו ויתודה עליהם. ולכ"ע נ"ל שאסור לו לגלות ענין איסור אשת איש אפילו בסתם שלא להוציא לעז על בנות ישראל ולא על בניהם.

היסורין בג' פנים ע"י שמים ע"י אדם ע"י עצמו. ע"י שמים כיצד ופקדתי בשבט פשעם ובנגעים עונם ובד' חלוקי כפרה שהיה ר' מתיא בן חרש או' עבר אדם על כריתות ומיתות ב"ד תשובה וי"ה תולה ויסורין ממרקין ואמרינן התם אבל מי שיש בידו חילול ה' אין כח בתשובה וי"ה לתלות ולא ביסורין למרק אלא תשובה וי"ה ויסורין תולין ומית' ממרקת דכתיב אם יכופר העון הזה לכם עד תמותון והא דקאמר אבל מי שיש בידו חילול ה' ולא חשיב לה מילתא באנפי נפשה דאפילו אותם עבירות קלות כגון עשה ולא תעשה שאמר תשובה וי"ה מכפר' אם היה בידו חילול ה' בעשותם עונשו חמור והכל לפי מה שהוא אדם כדאמר היכי דמי חילול ה' כגון אנא דמסגינא ד' אמות בלא תורה ובלא תפילין וכו' ומכאן אתה דן לשאר איסורין חמורים לאדם חשוב. ע"י אדם כיצד דכתיב אשר בהעוותו והוכחתיו בשבט אנשים ובנגעי בני אדם וזו קשה מן הראשונה כדכתיב נפלה נא ביד ה' וביד אדם אל אפולה וכתיב ורדו בכם שונאיכם שאהיה מעמיד עליכם מכם ובכם ובבעל תשובה כתיב טוב לגבר כי ישא עול בנעוריו יתן בעפר פיהו ישבע בחרפה ונ"ל מ"ש ישבע בחרפה לפי שאמרו בפ"ב דתעניות חזן הכנסת נותן אפר מקלה בראש הנשיא ובראש אב ב"ד שאינו דומה מתבייש מעצמו למתבייש מאחרים לזה אמר ההכנעה המובחרת שיכנע לפני מכניעו שאז ודאי ישבע בחרפה שאילו היה עושה זה מעצמו לא היתה הכנעה ואפשר שזו היא שאמרו הנעלבים ואינם עולבים שומעים

חרפתם וכו' עושים מאהבה שמחים בייסורים דשמחים בייסורים לאו מילתא אחריתי היא אלא שמחים בחרפה זו בייסורים למרק עון שאילו היה מתבייש מעצמו אינה כפרה דכתיב ונקלה אחיך לעיניך משנקלה לעיניך הרי הוא אחיך. ודמי למ"ש באותו חסיד ששכח עומר בתוך שדהו ושמח שמחה גדולה על ישבאת מצוה לידו שאינה מתקיימת במתכוין אף כאן הקב"ה המציא לו ייסורין שאילו היה מביאן על עצמו לא היתה לו כפרה כ"כ כמ"ש לכן אמרו ואם קבלם מאהבה מה שכרו וכו' שנ' אם תשים אשם נפשו וגו' ומאחר שהייסורין צריכים אל השב למר' עונותיו אם באו עליו יסורי' ישיש וישמח בהם. לא באו עליו יסורין צריך לקבלם על עצמו. וכ"ת לסגף עצמו מי שרי והתנן בס"פ החובל החובל בעצמו אע"פ שאינו רשאי פטור ומייתי לה מבל תשחית דמיירי בממון וכ"ש בל תשחית דגופא. והא דאמר רבי אלעזר הקפר וכפר עליו מאשר חטא על הנפש וכי באיזו נפש חטא אלא זה שציער עצמו מן היין והלא דברים ק"ו ומה זה שלא ציער עצמו אלא מן היין נקרא חוטא המצער עצמו מכל דבר שאכ"ו מיהו הא לא הויא איסורא אלא במצער עצמו דרך אבל ודרך עגמת נפש אבל במקבל עליו לשם מצוה השכר מרובה על העונש כמ"ש התוספות בפ' החובל ובפ"ק דנזיר דומיא דמתענ' בשבת דאמרי' ליתב תענית לתעניתא וכ"ש אם העינוי צריך למר' עון שאין שם עונש כלל כמו שמצאנו לראשונים על דברים קלים אמרו כל ימיו הושחרו שיניו מפני תעניותיו כ"ש מפני עבירות חמורות כאלו. ראשונה יגלה ממקומו שהגלות מכפר' עון וילבש בלויי הסחבות וילך למקום שאין מכירים אותו שלא יכבדוהו. הגלות מכפר על שפיכות דמים אעפ"י שאינו מכפר אלא על השוגג מצינו שהוא מועיל אף על המזיד כדאמרי' בפ' א' דיני ממונות גלות מכפרת מחצה דכתיב נע ונד תהיה בארץ ובתר דגלי כתיב וישב בארץ נוד. ותו אמרינן התם גלות מכפר על הכל דכתיב היושב בעיר הזאת ימות בחרב וברעב ובדבר והיוצא אל הכשדים וחי והיתה לו נפשו לשלל. וגם על שאר העבירות ע"ז וג"ע הגלות מכפרת לפי מה שאמרו בפ' ד' דע"א דבעון ע"ז וג"ע גלות בא לעולם ומייתי לה מקראי והיא ששנינו באבות גלות בא לעולם על עע"ז ועל ג"ע ועל ש"ד וכתיב והבאתי אותם בארץ אויביהם או אז יכנע לבבם הערל ואז ירצו את עונם ובגלותו במסתרים תבכה נפשו נכח פני ה' כמו שנ' קומי רוני בלילה וגו' שפכי כמים לבך וגו' וכתיב פלגי מים ירדו עיני על לא שמרו תורתך ראוי שיתכפר בהם הואיל והלך אחריהם וכדאי היה שינקרו את עיניו כמו שאמרו שמשון הלך אחר עיניו לפי' נקרו פלשתים את עיניו לפיכך יכלה בדמעות עיניו כמ"ש רבינו יונה בזאת יכופר עון הסרסורי' בשבר אשר הם שוברי' את עצמם בדמעות שליש. ולענין מה ששאל השואל אם גם יתענה ויצטער בשבתות

וימים טובים הואיל והוא היה מכבדם לעולם מסתברא שלא יתענה ולא יצטער בהם ואדרבה צערו כפול בימות החול כשהוא מפסיק בנתים כפי מה שאמרו בתעניות לא היו מתענים ביום ראשון כדי שלא יצאו ממנוחה ותענוג ליגיעה ותענית וימותו ונ"ל שזהו שאמרו שכל האוכל ושות' בתשיעי כאלו התענה תשיעי ועשירי לפי שישראל מתענים כל אותם ימי תשובה ויש נוהגים להתענו' אף בשבת בנתים ואומרי' ששמחה היא לו שמכין עצמו לכפר' י"ה מ"מ צרי' לאכול ולשבוע בתשיעי כדי שירגיש בצער העינוי' לפי שהגוף קובע וסת לעצמו בפרקים שמרגיל עצמו בהם כך נ"ל אבל הראשונים אמרו בו טעם אחר.

ועל מה ששאלו הב"ד מאחר שהוא בן תורה אם יהיה תשובתו בביטול תורה יש בדבר להקל ולהחמיר דלכאורה משמע דתורה ותפלה עדיפא ליה דאמרינן בברכו' אלו הן יסורין של אהב' שאין בהם ביטול תורה וביטול תפלה דכתיב ברוך ה' אשר לא הסיר תפלתי וחסדו מאתי משמע דכשיש בהם ביטול תורה ייסורי' מכוערים מקרו ויצא שכרן בהפסדן ואשכחן בר' אלעזר בן ר' שמעון בן יוחאי דקביל עליה ייסורים והוה אמר באו אחי באו רעי וביום היה פורקן מעליו מפני ביטול תורה ובירושלמי דמס' דמאי מייתי עובדא ברבי יוחנן דאזל להההוא אתרא ואשכח להההוא דהוה מלמד תורה תנא ליה לא יחרוך מפני שהו' ממעט במלאכתו של בעל הבית מלאכת שמים עא"כו. ומיהו מאחר שהייסורין חובה על השב בתשובה אעפ"י שיהיה בהם ביטול תורה צריך לקבלם ואין ראיה מרא"בש דאות' ייסורין לא היו על חטא ח"ו והת' בברכות אסיקנא דאלו ואלו ייסורי' של אהבה פי' אפי' אותם שיש בהם ביטול תורה וביטול תפלה דכתיב כי את אשר יאהב ה' יוכיח וכאב את בן ירצה ותניא נאמר ברית במלח ונאמר ברית בייסורין וכו' ומאחר שכן אעפ"י שיהיה בהם ביטול תורה ייסורין של אהב' הם שהב"ה מייסרו באותו ענין שיהיו עונותיו מתמרקין ואין לחוש על ביטול תורה. ואדרבא נ"ל דבתחלת תשובתו ראוי לו שינהוג נזיפה ונדוי בעצמו שלשים יום בתענית שק ואפר וה' עינויים ויאסור עצמו מד"ת שלא ילמוד אלא דברי תוכחו' שבנביאים וקינות ויבוש ויכלם מלהתעסק בד"ת כדכתיב למה זה מחיר ביד כסיל לקנו' חכמה ולב אין וכתיב כדמו עמי מבלי הדעת כי אתה הדעת מאסת וכו' וכשם שהאבל אסור בד"ת לפי שמשמחים לבו של אדם כך לא יתעסק הוא בד"ת. ועוד שאמרו בפ' אלו מגלחי' מוחרם אסור בד"ת לא שונה ולא שונין לו אבל שונה הוא לעצמו כדי שלא ישכח תלמודו והמנודה שונה ושונין לו ובטור י"ד י"מ דדוקא כשנידוהו על ממונא או אפקירות' אבל על מילי דשמיא אסו' בד"ת. ומ"מ איני רואה להחמיר שיהא בנדוי ושמתא אלא שלשים יום כסדר הזה ואח"כ ינהוג

גלות בעצמו ושם יקבל עליו ייסורין לכל הפחות כימים שהכעיס את בוראו שלש שנים שנה אחר שנה כדכתיב כל ימי השמה תשבות את אשר לא שבתה וכו' וכתיב כמספר הימים אשר תרתם את הארץ ארבעים יום. ומייתי לה בספ"ק דסוטה והקשו בתוס' אהא דאמרינן מרים שהמתינה למשה שעה א' קשה דבמרגלי' נפרע להם יום לשנה והלא מדה טובה מרובּ ממדת פורעניות וכו' והרב אבא מארי ז"להה תיר' דלא היו ימי העונש אלא כימי החטא בלב' לפי שאמרו בפי"נ דבכל יום של תשעה באב היו חופרים להם קברות וכו' והיו מתים י"ד אלף (ופרוטות) בכל שנה נמצא שלא היו נפקדי' לדונם אלא יום א' בכל שנה שהוא יום ט' באב קבעו בכיה לדורות והכי דייק דהי"לל שנה ליום תשאו את עונותיכ' אלא הכי קא' כמספר הימים ארבעים יום יום בכל שנה תשאו את עונותיכם. והנה האיש הזה שלש שנים שנה אחר שנה הכעיס תמרורים יגלה ג' גליות לג' מקומות שנה אחר שנה גלות על ש"ד גלות על ע"ז גלות על ג"ע ובצום ובכי ובמספד שק ואפר. שנה ראשונה יתמרר על דמי' אשר שפך וילך וישתטח על קברם אם מכירם דאפי' הקניט' בדברי' צריך לבקש מטו על קברם ובפ' אין דורשי' גבי יהודה בן טבאי שהרג עד זומם וטעה וכל לילה ולילה היה משתטח על קברו כדאיתא התם והממון ישלם ליורשיו בכל מקום שהם. שנייה יתמרר על ג"ע ויסגף עצמו בשק שעל בשרו וחרולים תחת כבודו יקוד כיקוד אש לפי שאמרו בדור המבול ברותחין קלקלו וברותחין נידונו ועברות אלו קשין לעולם מדור המבול ודמים בדמים נגעו וכתיב על כן תאבל הארץ. שלישית יתמרר על ע"ז יבכה ישוח ויכוף כאגמון ראשו כי היכי דליהוי ליה אימתא דשמיא דכתיב ושפלת וגו' לאחר מכאן יקל מעליו הסגופי' ויעשה תורתו קבע ולא יתענה ענויין כעורין אלא ימעט באכילה ושתיה ולא יאכל אלא לקיים גופו פת במלח ומים במשור' ובשר לא יבא אל פיו וסיכה של תענוג לא יסוך כמ"ש בדניאל ואיקרי עינוי דכתיב למן היום אשר נתת אל לבך להבין ולהתענות וירגיל עצמו במיעוט מאכל במיעוט שינה במיעוט שחוק במיעוט תענוג במיעוט דרך ארץ ואף בשבתות וימים טובים שיאכל בשר וישתה יין לא יאכל למלא בטנו ולא ישתה וישתכר ולא ימלא תאותו באכילה ושתיה שמשם בא לידי גאוה כמ"ש ואותי השלכת אחרי גוך אחרי שנתגאה זה וכן הוא אומר פן תאכל ושבעת וגו' ורם לבבך ושכחת את ה' אלהיך כ"ש השב שצריך שיהא לעולם תאותו נשברת כדכתיב תאוה נהיה תערב לנפש ולא יאכל בחבורת אנשים שלא יבא לידי שחוק וקלות ראש וכתיב גם בשחוק יכאב לב וכתיב לשחוק אמרת מהולל וכתיב בכל עצב יהיה מותר.

המעשים דכתיב בחסד ואמת יכופר עון ובגזר דין שיש עמו שבועה אמר יכופר העון הזה לבית עלי בזבח ומנחה עד עולם בזבח ומנחה אינו מתכפר אבל מתכפר הוא בתורה ובג"ח ואמרו במדרש צרור עון אפרים משל לאדם שיש לו צרורות מעות רעים מה יעשה יחליפם בטובים ואז"ל אם עשית חבילות של עבירות עשה כנגדם חבילות של מצות. ולפי שאמרו עבירה מכבה מצוה הנה בגודל העבירות שעשה נתכבו המצות שבידו ומהו הכיבוי ששכרן הוא לעה"ב דשכר מצות בהאי עלמא ליכא וכשנתכבו ע"י העבירות אוכלן בעה"ז דעבדי ליה יו"ט בעה"ז ויום ביש לע"הב כדכתיב ומשלם לשונאיו אל פניו להאבידו לפיכך צריך השב שיזדרז בחבילות של מצות שיהיו מזומנות לעה"ב ויקבל יסורין בעה"ז כדי שיהיה חלק שכרו למועד שמור לעה"ב ולפי שאדם זה עשה חמורות הללו שא"א לתקון ומעשיו עושים פירות תדיר כמ"ש בפ"ק דקדושין עבירה יש לה קרן ויש לה פירות והכתיב פרי מחשבותם כאן בעבירה שיש לה פירות צריך האדם הזה לעשות כנגדן מצות שעושים פירות תמיד לרדוף פעולות החסד ולכתת רגליו בג"ח ובהבאת שלום בין אדם לחבירו ואמרו עושה צדקה בכל עת זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו והקונה ס"ת נביאים וכתובי' ומשאילן לאחרים ועכשיו שנתנה תורה שבע"פ ליכתב ספרי הגמ' וספרי הפוסקים שכרן מרובה כשישאילם לאחרים. ולפי שאמרו הצדיקים באותו דבר שחוטאים בו מתרצים צריך לדקדק להתרצות בכל אבר ואבר שהכעיס בו פה דובר נבלה יתרצה בד"ת ובהבאת שלום ופיוס לעני בדברים כדכתיב ותפק לרעב נפשך. ידים שופכות דם נקי יתרצו בזה שכף יפרוש לעני יד ישלח לאביון וכן הוא אומר וחטאך בצדקה פרוק ועוייתך במיחן עניין רגלים ממהרות לרוץ לרעה יכתת אותם לדבר מצוה ולג"ח ולד"ת מעיר לעיר לשמוע שריקות עדרים כדכתיב והם תוכו לרגליך. עינים רמות על יתום ישגיחו ועל דל ישכילו כמ"ש עינים הייתי לעור וכו' ויבכה לקשה יום ויוריד דמעות על אדם כשר שהקב"ה סופרן ומניחין בבית גנזיו וישתמש מהם לדבר מצוה כמו הגהת ספרים ותפלין ומזוזות לזכות בהם את הרבים ולמצות ראיית ציצית דכתיב וראיתם אותו וזכרתם אז"ל ראיה מביאה לידי זכירה זכירה מביאה לידי עשיה. לב חורש מחשבות און יהגה אימה ומורא מלכות שמים לקיים מצות היראה כדכתיב מי לא יראך מלך הגוים וכו' ולפני זעמו מי יעמוד. ונורא הוא ומי יכילנו. וגם ישים בלבו עול המצות כדכתיב ושמתם את דברי אלה על לבבכם ושנינו בברכות שיקבל עליו עול מלכות שמים תחלה ואח"כ יקבל עליו עול מצות. וישוב אל ה' וירחמהו ואל אלהינו כי ירבה לסלוח נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

יורה דעה

סימן א

באתי להתלמד בדיני הספקות דכל יומא ויומא שמעתתיהו בפומן בבי מדרשא ואיכא בהו כמה הלכתא גברוותא דתלו באשלי רברבי. ראשונה צריך לברר בעיקר אסורן של ספקות אם אסורן מדברי תורה או מדברי סופרים ומצינו להרמב"ם ז"ל בכמה מקומות בחבורו ביאר שאי בהם אסור מן התורה ואחד מהם בפ"ט מה' טומאת מת כת' בלשון הזה דבר ידוע שכל אלו הטומאות וכיוצא בהם משום ספק הרי הם מדבריהם ואין טמא מן התורה אלא מי שנטמא טומאת ודאי אבל כל הספקות בין בטומאות בין במלאכות אסורות בין בעריות ושבתות אין להם אלא מד"ס עכ"ל. והראב"ד ז"ל הגיה עליו שם וכתב וזה שבוש גדול שהרי אמרו בכמה מקומות ספקא דאורייתא לחומרא וספק דרבנן לקולא וזו ספקא דאורייתא היא אבל הי"לל משום דהוי ס"ס ולקולא עכ"ל. ולכאורה משמע שהראב"ד חלוק על דינו של הרמב"ם בעיקרי הספקות אם איסורן מד"ת אלא שמצינו לו ז"ל שמסכים עם הרמב"ם בזה בסוף הל' כלאים שכתב הרב שם וכבר ביארנו בהל' ביאות אסורות שכל איסור ספקות מד"ס ולפיכך הקלו בספק. וכתב הראב"ד אמת הוא זה שכל הספקות אינן של תורה מיהו קי"ל איסור של תורה לחומרא דרבנן לקולא ע"כ וכבר תמה על זה הרב מהררי"ק ז"ל בכ"מ שם בה' טומאת מת.

ולי הדבר ברור שלא פקפק הראב"ד ז"ל בכלל זה שעיקר איסורו אינו אלא מד"ס ודעת שפתיו ברור מללו שם בה' כלאים אבל השיגו להרמב"ם ז"ל שבא ליתן טעם למה טהרו חז"ל באותה שהטילה נפל לבור דאכתי כיון דס' דאורייתא היא מחמרי בה רבנן בכל דוכתא ומה ראו כאן לטהר אם לא מטעם ס"ס ולמה שכתב מהררי"ק ז"ל דלא חשיב ס"ס דרוב מפילות דבר טמא הם מפילות קשה דהא רובא דאורייתא הוא אפי' ברובא דליתיה קמן כדאמרי' בפ"ק דחולין ואכתי תקשי דהו"ל ספק ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי כדאמרינן בגמרא. אלא משמע לי שהרב ז"ל הוצרך לטעם זה משום דס"ל דודאי הכא לא מיירי ברה"ר דא"כ ל"ל טעמא משום שחולדה וברדליס מצוין שם תיפוק לי' דכיון דספק נפל הפילה ספק רוח הפילה הו"ל ספק טומאה ברה"ר טהור אלא ודאי ברה"י מיירי ובהא אפי' ס"ס יש לטמא כדתנן במ' טהרות כל שאתה יכול להרבות ספקות וספקי ספקות ברה"ר טהור ברה"י טמא לכך נתן טעם לומר שהואיל והספקות איסורן מד"ס יכולים לטהר לפי מקומן וכאן ראו להקל לפי שלא הוחזקה טומאה ובדברי התוספות איכא למידק טובא אין כאן מקומן מ"מ למדנו שאעפ"י שהרא"בד והרמ"בם חלוקים בטעמן אינן חלוקין בעיקר הדין שאיסור הספקו' לדברי שניה' מד"ס הם.

ואי קשיא דבפ' בתרא דיומא מייתי בריתא דדריש כל חלב לרבות חלב כוי דספיקא הוא אעפ"י שאינו בעונש ישנו באזהרה ופרכי' אי ס"ד דאוריתא אצטריך קרא לאייתויי ספיקא אלא קרא אסמכתא ומאי פריך הא אי לאו קרא לא היה איסור בחלבו מן התורה כדין הספיקות להכי רבייה קרא דאסור הא לא קשיא שהרי הק' התוס' שם מהא דאמרי' בבכורות עשירי ודאי לא עשירי ספק ובשלהי נזיר דיליף מקרא דספק שער לבן קודם לבהרת טהור ולא פרכי' אצטריך קרא למעוטי ספיקא. ותרצו דהכא הכי פרכי' אצטריך קרא לרבויי ספיקא דקמי שמיא גליא שהוא שוה בכל שעה וה"מ למימר לן אי חיה היא או בהמה וכן בפ"ק דחולין גבי תחלת הציהוב שבזה ושבז' דקמי שמיא גליא אם הם קטני' או גדולים.

ויש לי לדקדק מדברי התוספות ז"ל דס"ל כדברי הרמב"ם ז"ל שאל"כ היה להם לתרץ דלא דמי הכא להההיא דספק עשירי ולא לספק שער לבן קודם דהכא אי לאו קרא כיון דספקא דאוריתא ממילא אזלינן לחומרא שלא לאכול חלבו וכן בההיא דחולין דתחילת הציהוב דכי אמר הרי עלי מן התורים לא הוה מפטר נפשיה במלתא דספיקא אבל ההיא דבכורות אי לאו קרא הוי בכור מספק וכן בספק בהרת קודמת לשער לבן היה טמא מספק דספיקא דאוריתא לחומרא ואתא קרא להקל אלא נראה דלא משמע להו לתוספות לאוקומי בהכי דאע"ג דספיקא דאוריתא לחומרא מ"מ מן התורה ליכא איסור ואפשר דאתא קרא לרבויי לאסור חלב כו' ומאי פריך אצטריך קרא לרבויי ספקא לכך הוצרכו לתת טעם משום דכיון שהוא שוה בכל שעה קמי שמיא גליא. וא"ת דאמר' בפ"ק דחגיגה זכורך ולא טומטום ופריך אצטריך קרא למעוטי ספיקא וכתב התוספות דהתם פריך משום דבלאו האי קרא הוה ידעינן דמספיקא לא ליתי דהיכי לעביד לסמוך שמא אשה הוא וקעביד עבודה בקדשים לא לסמוך מבטלת מצות סמיכה. ואי סבירא ליה שאין איסור הספקות דבר תורה יסמוך ומה בכך. ואי נמי לא סמוך מבטלת מצות סמיכה מספק מה בכך. ויש לומר דלא דמי דהכא כל עצמו אינו בא אלא לצאת ידי מצות קרבן ראיה מספק שמא הוא חייב בה והיכי מייתי באיסור דה"לל מצוה הבאה בעבירה אדרבה נוח לו שלא להביא מספק וכן ביטול מצות סמיכה עדיף ממצות הבאה כמו שהוכיחו התוס' מז' שנתערבו עורות פסחיה' דמפטרי מלעשות פסח שני משום ביטול סמיכה אבל בעלמא באיסורי הספקות נפש היפה תאכל' ואין בהם איסור של תור' לזה נראה שנוטין רבותינו בעלי התו' ז"ל.

קשיא לי מהא דאמרינן בפרק עשרה יוחסין אמר רבה דבר תורה שתוקי כשר. וכתיב לא יבא ממזר בקהל ה' ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ספק ממזר יבא בקהל ודאי הוא דלא

יבא הא בקהל ה' יבא ואי סלקא דעתך אין בספקות איסור תורה אצטריך קרא להתיר ספק ממזר.

והר"ן ז"ל בסוף פרק קמא דקדושין הביא משמו של הרמב"ן ז"ל דמאי דאמרי' ס' דאוריית' לחומר' הוא מדבריה' ואדרב' נסתייע מהלכ' זו מדשרי רחמנא ס' ממזר אלמא ספיקא דרבנן היא בכל האיסורין וכתב עליו הר"ן דאין זה מחוור דאדרבא דוק מינה דבעלמא ספקא דאורייתא אסור דאל"כ למה ליה לרבה לאורוכי בלישניה כולי האי נימא משום דהוי ספיקה וספיקה שרייא ומ"ש ממזר דנקט אלא ודאי ס' ממזר דוקא קאמר.

ואני בעניי נפלאתי הפלא ופלא היאך עלה על דעת הרמב"ן ז"ל ללמוד מכאן לבעלמא דס' שריא הא מדאצטריך קרא למעט את הספק אלמא בעלמא ספיקא אסורה דהא לעיל מינה דרשי' דה' קהלי כתיבי וחד מנייהו להתיר ממזר בשתוקי וחד מנייהו להתיר שתוקי בישראל לר' יוסף ולר"י תרוייהו מחד קרא נפקי אלמא קראי אצטריכו למישרי ספיקא. ועוד קשה אפילו תימא דגמרינן מינה לכל ספיקי בעלמא שאין בהם איסור תורה מ"מ איסורא דרבנן אית בה וא"כ מאי האי דקאמר דבר תורה שתוקי כשר ומפני מה אמרו שתוקי פסול ומסיק דמעלה עשו ביוחסין. והא בכל איסורי תורה אע"ג דלאו יוחסין נינהו החמירו חכמים לאסור בספיקין מפני שהם ספק איסור תורה ומדקאמר משום מעלה ביוחסין משמע דוקא ביוחסין עשו כן ולא בשאר איסורין והא ליתא כלל.

ועתה בדעתי לומר דמשמע לי' להרמב"ן ז"ל מדקאמר רבה דבר תורה שתוקי כשר וטרח טובא למצא טעם מפני מה אמרו שתוקי פסול והא מדקאמר דבר תורה שתוקי מותר משמע דאיסורו מד"ס דבכל התורה מצינו שחכמים עשו גדר וסייג לתורה מ"ט תלה הדבר במעלה ביוחסין דוקא אלא דמשמע ליה דכי שרי רחמנא ספק ממזר לגמרי שרייה מתורת ודאי ולא מתורת ספק ונ"מ שיהא מותר בבת ישראל ובממזר' דאי מחמת ספיקא הוו תרתי דסתרן אהדדי ואי נסיב ישראלית תו לא מצי נסיב ממזרת אפילו מתה ישראלית או נתגרשה כמו שכתבו הראשוני' נוחי נפש גבי פלג המנחה דאמרינן בפרק תפלת השחר מאן דעבד כר"י עבד מ"מ אין לו להתפלל מנחה בההיא שעתא כיון שהתחיל להתפלל בו ערבית. ודמי לשתי חתיכות אחת של חלב וא' של שומן שאסור לאכול את שתיהן ואעפ"כ התורה התירתו וגזרת הכתוב היא דקהל ה' לא משמע אלא קהל ודאי כדאמרינן בעלמא שאין השכינה שורה אלא על משפחות מיוחסות שבישראל דכתיב להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך בזמן שזרעו מיוחס אחריו אבל כשהאחד ספק מותרים לבא זו בזו ואפילו תרתי דסתרן בהדי הדדי רחמנא שריינהו דאלו לספק גרידא לא אתא קרא לשריא דבלאו קרא אין בו איסור תורה ולהכי קשיא ליה ומפני מה אמרו שתוקי

פסול כלו' כיון דמותרת ודאי רחמנא שריה ולא מתורת ספק מה ראו חכמים להחמיר בספיקן הרי אין כאן איסור תורה דאפילו מגליה מילתא דממזר הוא רחמנא שריא כך נ"ל לפרש לשיטתו של הרמב"ן ז"ל ולקמן בסמוך הוספתי עוד טעמא אחרינ' בהך מילתא. והטעם שכתב הר"ן ז"ל דספיקא דאורייתא הוא דאל"כ אשם תלוי למה וכי תימא שאני התם דאתחזק איסורא הניחא למאן דבעי חתיכה משתי חתי' אלא למאן דלא בעי מאי איכא למימר. איכא למימר דאכתי בהא פליגי לר"א דלא בעי חתיכה משתי חתיכות איסורא דאורייתא הוא אבל לרבנן דאמרי' היכא דלא אתחזק איסורא ליכא אשם תלוי היינו משום דספק איסורא רחמנא שריא דאחזוקי איסורא לא מחזקינן וכיון דקי"ל לגבי אשם דאתחזק איסורא ממילא ידעינן דכל דלא אתחזק איסורא לא חיישינן ליה מדאורייתא. ואין דוחק לומר מי לימא דבהא פליגי דודאי במשמעות קראי תליה הלמד דדריש מקרא דקרינן מצות ובעי' חתיכה מב' חתיכות דוקא אין אסור מן התורה בספקות אלא כשהוקבע האיסור אבל למאן דדריש מסורת במצות כתיב ומחייב אשם תלוי אף בחתיכה א' ס' של חלב ס' של שומן משמע דאפילו בכה"ג קפיד רחמנא אספיקא. וראיתי לרב מהרי"ק ז"ל שכתב בס"פ ט' מה' טומאת מת שמצא כתוב בס' ישן בס"פ זה כלשון הזה ואעפ"כ דבר שחייבים על זדונו כרת ספיקו אסור מן התורה שהרי העושה אותו חייב אשם תלוי ע"כ ונראה לי שזו הגהת תלמיד שהוקשה לו על דברי הרב הא באשם תלוי קאי וחלק בין איסור כרת לאיסור לאו ולגרמיה הוא דעבד ובודאי דלא מתוקמא מילתיה כלל דמלבד דבאיסורי תורה היכא דלא אתחזק איסורא אין לחלק בין איסור חמור לאיסור קל כדאמרינן ביבמות פרק בתרא מאחר שהתרת מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת בר מן דין הרב עצמו הזכיר בדבריו דין בעריות ושבתות והנך איסורי כרת נינהו ובאשם תלוי קאי כדתנן בכריתות אשתו ואחותו בבית שוגג באח' מהם וכו' שבת ויום חול ועשה מלאכה בא' מהם מביא אשם תלוי.

וההיא דמייתי תו הר"ן ז"ל מדאמרי' בפ"ק דחולין מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא ובעי' לאייתויי משבירת עצם בפסח דרחמנ' אמר ועצם לא תשברו בו וליחוש דלמא נקב קרום של מוח וטובא מייתי התם ואי ס"ד דאין בספיקו' איסו' תור' מנ"ל דאזלי' בתר רובא דלמ' הא דלא חיישי' שמא ניקב קרו' של מוח משו' דספיק' רחמנ' שריא. וי"ל דכי אמרי' שאין הספק אסור מ"ה היינו היכא דא"א להתברר אבל היכא דאפשר לעמוד על בוריו של דבר ודאי אסור לאכלו שהרי חייבו תורה קרבן דאוכל חלב דהו"ל למידק וכתיב והוא לא ידע ואשם ונשא עונו והתם מייתי מפסח שהיה אפשר להתברר ואמר רחמנא ועצם לא תשברו בו ומהך טעמא דחי גמ' בסוף הסוגיא ילפותא דרב אשי דיליף

לה משחיטה עצמה וליחוש שמא במקום נקב קשחיט ודי ודילמא היכא דלא אפשר לא אפשר אלמא הנך ילפותא דלעיל ניחא דאע"ג דאפשר לא אצרכא רחמנא בדיקה וכי תימא הא לא אפשר כיון דאסר שבירת עצם רחמנא בפסח היכי ליעביד. האי דייק כיון דאי איגלאי מילתא דטרפה היא אין כאן פסח כלל ולא מיפטר נפשיה מכרת ואין כאן איסור שבירה ולעמוד על בירור הכשרו של קרבן כיון דלא סגי בלאו הכי ובתר דאתחזק בתורת פסח יהא מוזהר בשבירת עצם דכל שלא נבדק עדיין לא הוחזק בתורת פסח אלא ע"כ משום דאזלינן בתר רובא. ועי"ל דאפילו תימא דהא הוכחה בשבירת עצם בפסח הוא אדחי לה שפיר ואע"ג דה"מ למדחי לה אלא משום דספיקא רחמנא שריא מ"מ היינו למ"ד לא בעינן חתיכה מב' חתיכות הוה מצי למגמר מינה משום הכי דחי לה גמרא בדחויה דאתיא אליבא דכולי עלמא ולפי המסקנא אתיא מפרה אדומה דאזלינן בתר רובא ודאי ולא מחמת ספיקא היא דאי מחמת ספיקא היכי מטהרין גברא בהכי אימא העמד טמא על חזקתו ומהאי טעמא כתבו התוספו' משם רבינו חיים כהן ז"ל דמהכא נפקא לן דרובא וחזקה רובא עדיף וכן מייתי מבן סורר ומורה ומהורג את הנפש דמפקינן גברא לקטלא ומשעיר המשתלח דכפרת כל ישראל תלויה בו דודאי בהנך מתורת ודאי סמכינן ולא מתורת ספק.

וצריך להתבונן במה שכתב הרב ז"ל בפ"יו מהל' אבות הטומאות מפני מה טהרו חז"ל ספק טומאה בר"הר שהרי צבור עושין פסח בטומאה בזמן שהטמאים מרובים אם טומאה ודאית נדחית מפניהם ק"ו לטומאת ספק שכל הספקות מדבריהם כמו שביארנו בהלכות ביאות אסורות והא מייתי לה בטהרות ובירושלמי דסוטה שאלו את בן זומא מפני מה אמ' ספק רה"י טמא א"ל סוטה מה היא לבעלה וכו' ומפני מה ספק ר"הר טהור א"ל מצינו שהצבור עושין פסח בטומאה. ויש לתמוה ממה שנתן הרב טעם לדבר שאיסור כל הספקות מדבריהם והלא מקרא יליף לה לטהר ולא משום שהספיקות מדבריהם ואדרבא מהכא תקשי אהך כללא דאי ס"ד דכלהו הספיקות מדבריהם למה לי לאתויי פסח בטומאה. ועוד מצינו בגמרא דידן בפרק קמא דחולין ובפרק אין מעמידין שאמר ספק ר"הר הלכתא גמירי לה מסוטה דעשא' הכתוב ספק כודאי וממקו' שבאת מה סוטה רה"י וכו' וכדאמרי' בפרק כשם ומשמע דכולה מסוטה גמרינן לטמא ברה"י ולטהר בר"הר והשתא טהרה בר"הר למה לי הלכתא ות"ל דכל ספיקא דעלמא רחמנא שריא. ועוד דלכאורה משמע דגמר' דידן פליגי אדרשה דבן זומא דהכא ילפינן מגופה דסוטה ובן זומא יליף מפסח והרב ז"ל היה לו להביא מה שהובא בגמרא שלנו שהוא עיקר. ומיהו דרשא דבן זומא גופא קשיא לי דהך ק"ו פריכא הוא דיליף מפסח הבא

בטומאה מה להתם שכן הותרה בו טומאה ודאית. לכך נראה דלא אצטריכי' למילף מסוטה אלא ספק רה"י דטמא דאילו ר"הר ממילא מטהרינן ליה ומיהו כיון דגלי רחמנא בטומאה דספיקא טמא לא הוה שני לן בין ר"הר לרה"י אע"ג דסוטה ודאי רה"י היא דכתיב גבה ונסתרה היינו משום דלא שייך בה ספיקא אלא בנכנסה לבית הסתר אבל לענין טומאה כל היכא דאירעה בין בר"הר בין ברה"י ספיקא טמא דאין סבר' לחלק בין רה"ר לרה"י להכי אמר גמרא וממקום שבאתה מה סוטה רה"י אף שרץ ר"הי וטעמא מה דיהיב טעמא בן זומא שמצינו חילוק לענין טומאה בין יחיד לרבים שכן צבור עושין את הפסח בטומאה הרי מצינו שדוחה אפי' טומאה ודאית א"כ היכי מצית ילפת ספק רה"ר מספק רה"י שאם טומאה ודאית הותר' ק"ו לספק טומאה ולאו משום דיליף מיניה אלא דמייתי שיש חילוק לענין טומאה בין יחיד לרבי' והא דאמרי' בגמרא דידן ספק רה"ר הלכתא גמירי לה מסוטה ה"ק כי גמיר הלכתא לטמא ספק טומאה דוקא ברה"י גמרינן דומיא דסוטה ולא ברה"ר וסמכינן אטעמא דבן זומא ואין זה דוחק הא דקאמר הלכתא גמירי לה מסוטה דכ"הג אשכחן בפ' עשרה יוחסין גבי גר עמוני דקאמר ושניהם לא למדנו אלא מאלמנה לכ"ג וה"ק בתוספו' מאי קאמר דלמדוה מ"כג והא עיקר דרשא נפק בפרק אלמנה לכ"ג דמצינו למילף מיניה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה. וכן צ"ל בריש נדה גבי שניהם לא למדוה אלא מסוטה עכ"ל והיינו פלוגתא דר"ש ורבנן גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר והקשו שם התוספו' דהא רבנן מטמאין אף ברה"ר משום דהוו תרתי לריעותא ולא שייך זה לסוטה וכ"ש נמי דגמרי' חבית מטומאה לא שייך מידי לסוטה ואומ' ר"ת דלא קאמר הכי אלא דלא תיקש' להו מסוטה מעתה אין תימה דמאי דקאמר בחולין ובע"ז דספק רה"ר הלכתא גמירי לה מסוטה דהיינו דלא ילפינן אלא דומיא דסוטה שהוא רה"י ומכח חילוקו של בן זומא כדפרישי' והשתא א"ש האי דיהיב טעמיה הרב ז"ל שכל הספיקות מדבריהם דא"לכ מהיכא תית' לטהר בר"הר אי מקרא דבן זומא גרידא ק"ו פריכא הוא אלא ע"כ אהא סמכינן שכל הספיקות מדבריהם ולא מהניא לו דרשא דבן זומא אלא דלא נילף מסוט' לטמא אף בר"הר. ואי קשיא אפי' תימא שהספקות דבר תורה הם לא קשה מידי מ"ט מטהרינן ספק טומא' בר"הר משום דמדאוריית' מוקמינן גברא אחזקתי' בחזקת טהרה. וי"ל דהא לא קשיא דבר"הר מטהרינן אפילו היכא דאתרע ליה חזקה שהרי הי' השרץ אצל הטהרות מעיקרא וה"ל דומיא דסוטה שהואיל והיה הבועל אצל האשה אתרע ליה חזקה דרגלים לדבר וכן כתבו התוספ' בפרק כשם בר"ה אינו כן שעשה לו ספק כודאי דמקרי רעותא דהוי השרץ והבועל קמן אצל הטהרו' והאשה. אלא שצריך עיון שהתוספו' לקמן הק' למאי איצטריך

הלכת' למילף רה"ר מסוטה נימא העמד טהור על חזקתו והיה להם לתרץ משום דאתרע לה חזקה כדכתבו הם עצמן שם ושם כתבתי ולא באתי כאן אלא לפרש שיטתו של הרמ"בם שם.

ובהלכות שגגות כתב הרמ"בם ז"ל אינו חייב באשם תלוי עד שיהא שם איסור קבוע אבל חלב וכו' אבל אם היתה לפניו חתיכה אחת ספק שהיה חלב ספק שהיה שומן ואכלה פטור וכן הבא על האשה ספק נדה והנוש' את יבמתו וילדה ואין ידוע אם בן ט' לראשון וכו' וכתב הרב בכ"מ ויש לתמוה על זה דהא תנן בפרק החולץ ס' בן ט' לראשון ס' בן ז' לאחרון חייבים אשם תלוי וצ"ל דההיא מתני' אתיא כהנהו דסברי דאפילו בחתיכה א' ס' חלב ס' שומן ואע"ג דסתם לן תנא הכי מאחר שרוב בנין ורוב מנין סברו בכריתות דהוא דוכתא דפטור הכי נקטו עכ"ל. ולקמן בסמוך כתב הרמ"בם ז"ל היו לפניו ב' חתיכות א' של חלב וא' של שומן ואכל עכ"ום או כלב את הראשונה ובא ישראל ואכל את השניה מביא אשם תלוי ותמה שם הרב בכ"מ שהרי שם בברייתא קתני פטור ור' מחייב ואמאי פסק כטעמיה דרב נחמן דאתי כרבי דיחידאה הוא והניחה בצ"ע. וקשה בדבריו שאם אף בהיו' ב' חתיכות לפניו דאיקב' איסורא ה"ול ר' יחידאה ורבים פליגי עליה ומפטרי כ"ש בב' חתיכות ואתיא כר' בסתם מתני' ויראה דמ"ש דרוב בנין ורוב מנין דסברי בכריתות שהוא דוכתא דפטור על האמוראים הוא דקאמר דרב אסי הוא דאמר חתיכ' א' שנינו וחייא בר רב אמר ב' חתיכות שנינו ובתר הכי אומרים משמיה דרב דחתיכה א' פטור וכמה אמוראי יהיבי טעמא למילתיה כדאיתא התם. ולא היה צריך הרב לזה דבההדיא מייתי בגמ' ההיא דכוי ר' אליעזר או' כוי חייבים עליו אשם תלוי ואמרי' ר' אליעזר סבר יש אם למסורת ולא בעי חתיכה מב' חתיכות ולקמן אמרינן חתיכה אחת ס' חלב ס' שומן באנו למחלוקת ר' אליעזר וחכמים ותניא השוחט אשם תלוי בחוץ ר' מאיר מחייב וחכמים פוטרים ואמרינן דר' מאיר בשיטת רבי אלעזר אמרה וידוע דרבי אליעזר דב"ש הוא דלית הלכתא כותיה אלא כחכמים דבעינן חתיכה מב' חתיכות וההיא דספק בן ט' לראשון בן ז' לאחרון דמייתי הרב בכ"מ הא פריך מינה בב"מ ואמר הא מני רבי אליעזר היא וכיון דבגמרא אוקמה כיחידאה ובהדיא רבנן פליגי עליה מאי קשה ליה לרב ז"ל מינה ואפילו רב אסי דאמר חתיכה אחת שנינו ברישא דמתני' דכריתות מודה הוא דמתניתין רבי אליעזר היא ולא קיימא לן כוותיה אבל בההיא דב' חתיכות ובא ע"כום ואכל את הראשונה דקתני פטור ור' מחייב ה"ק מצי אתי שפיר כרבנן דרבי אליעזר דהא איקבע איסורא מעיקרא ומה ראה הרמ"בם ז"ל לפסוק כר'. ויראה לי שהרב ז"ל סמך לו על סוגיא דפ"ב דכתובות עד אומר מת ועד אומר לא מת וכו' ה"ז לא תנשא דאמרינן

הבא עליה באשם תלוי קאי ומשני כשנשאת לאחד מעידיה ופרכינן איהו גופא באשם תלוי קיימא באומרת ברי לי הא קמשמע לן דאע"ג דהשתא ליכא קביעותא ולא הויא כחתיכה מב' חתיכות כיון דמעיקרא איקבע איסורא באשת איש הוי באשם תלוי וכן העמידוה התוספו' שם וכן כתבה הרמ"בם ז"ל בהלכות שגגות וכתב וה"ה לס' מגורשת שהרי נקבע האיסור אבל ס' מקודשת לא נקבע האיסור ולא משמע ליה להרמ"בם ז"ל לדחוק ולומר כאידך תירוצא דתוספו' דבאיסור אשם תלוי קאמר דלהא טפי ה"ול בס' חנק קיימא אלא ה"ק כיון דבאשם תלוי קיימא היאך לא תצא ולפי דרכנו למדנו שאיסור הספקות בחיוב אשם תלוי מתלא תלי דכל שהאיסור קבוע שחייבה בו תורה אשם תלוי נקיט איסור ספקו של תורה וכל שלא הוקבע האיסור ולא חייבה בו תורה אשם תלוי אין בו איסור תורה ולהכי פריך גמ' באשם תלוי קיימא ולהכי דין הוא שתצא כיון דאיסור תורה הוא.

והא דכתב הרמ"בם ז"ל שם האוכל חתיכה א' ועד או' זה שאכלת חלב הוא ועד או' לא אכלת חלב הואיל והוא א"י אם חטא אם לא חטא הרי זה מביא אשם תלוי ותמה עליו הרא"בד ז"ל ואמר לא ידעתי היאך נקבע האיסור אא"כ יאמר העד חתיכת של חלב שהיתה עם השומן אכלת וכת' הר"מ דשפיר מקרי הקב' איסורא על פי עד אחד אעפ"י שאין שם אלא חתיכה א'. ואנ"ל רובא לאו כלום הוא אפי' בלא הכחשת העד האח' אם לא מחמת שתיקותו של בעל הדבר דחשיב כהודאה כדמוכח בר"פ אמרו לו דקאמר או הודע אליו חטאתו ולא שיודיעוהו אחרים וכן כתבו התוספות בריש פרקא עד אומ' אכל כו' דמיירי כשבאו שניהם כאחת דאי בזה אחר זה כל מקום שהאמינה תורה עד א' הרי כאן שנים ומיירי כשהאיש שמעידין בו שותק דאי אמר איני יודע פטור וכן הוכיחו התוס' בפ' האומר א"כ השתא דע"א אומר אכל ועד או' לא אכל והוא שותק אוקי חד לגבי חד וכמאן דליתנהו דמי וכן מוכח להדי' בפ"ב דכתובות תרגמא בעד אח' ואוקי חד לגבי חד ומוקמי לה אחזקא קמייתא והכא בחזק' שלא אכל שום איסור קאי. אבל מדברי הרמב"ם ז"ל מוכח דבהוקב' האיסור מפר' לה מדשני מלישני' דמתנית' שכ' ועד או' זה שאכלת חלב הוא ולא כ' ע"א או' אכלת חלב כדקתני במתני' משמע כשיוד' הוא שהי' חלב ושומן לפניו ואכל ואמר ליה ע"א זה שאכלת לא השומן היה אלא החלב וכן פי' אח"כ ואמר הואיל והוקבע האיסור והוא אינו יודע הרי זה מביא אשם תלוי ובדין הוא דבלא עדים כלל היה לו להביא אשם תלוי כיון דהוקבע לפניו חלב ושומן ואכל ודאי ואין ידוע אם חלב ואם שומן אלא דס"ד ע"א האומר לא אכלת יועיל הוא לפוטרו קמ"ל.

ותו יש להוכיח מדאמרינן בפ"ק דביצה כוי אין שוחטין אותה ביו"ט ואם שחטו אין מכסי' את דמו ומפ' רבה דאפר כירה דעתו על הודאי ואין דעתו על הספק הילכך מוקצה הוא ואי ס"ד ספיקא דאורייתא הוא אמאי אין דעתו על הספק הרי חייב לכסות דודאי הוא. ועוד מפרש התם טעמא דאסור לכסות דמו גזרה משום התרת חלבו ומסיק דבחול מספקא אמרי ליה רבנן זיל טרח בי"ט אי מספקא מי אמרי' ליה זיל טרח ואי ס"ד מדאורייתא חייב לכסות מי לא אמרי ליה זיל טרח וכיון דמדאורייתא חייב היכי אתי להתיר לפי שרואין שטרח בי"ט האי טירחא לצורך הוא. וא"ת דתניא בת"כ ומייתי לה הרי"ף בהלכות טומאה לה יטמא מטמא הוא על הודאי אבל אינו מטמא על הספק אטו איצטריך קרא למעוטי ספיקא. ומיהו למ"ד אין בספיקות איסור תורה ניחא דאע"ג דבשאר ספיקות ליכא איסורא הכא אשמעינן קרא דאסור מן התורה ולמ"ד ספיקא דעלמא איסורא דאורייתא הוא הכא אשמועינן דלקי הואיל ולא הותר אלא אצל ודאי ואצל ספק הרי הוא בלא יטמא אי נמי ס"ד כיון דלה יטמא מצוה סד"א מספק נמי נחמיר עליה דנטמי לה קמ"ל. וכ"ת דבפר' ר' אליעזר דמילה תניא ערלתו ודאי דוחה את השבת ערלתו ספק אינו דוחה אצטריך קרא למעוטי ספיקא בלאו קרא נמי לא דחי ושם כתבו התוס' נראה לר"י דאסמכתא בעלמא הוא ולא אצטריך קרא להכי ואין לדקדק מדבריהם דמדאורייתא אסור דאי מדרבנן נימא דאתא קרא לחייבו מן התורה דכיון דמצי למדרשיה באנדרוגנוס שהוא בריה מנ"ל למדרשיה בספיק' ולעבור עליו בדין ודאי. הנלע"ד יוסף. זה שנים רבות שכתבתי בהך פלוגתא דספיקא דאורייתא כאשר השיגה ידי יד כהה והנה עתה ראיתי בס' שנדפס מחדש דברי החכם השלם כמה"רר שמואל חאיון ז"ל אשר אזן וחקר בענין זה כיד ה' הטובה עליו. ותחלה דקדק כמו שהביא הרמב"ן ז"ל ראיה מההיא דפרק י' יוחסין דאמר רבא דבר תורה שתוקי כשר מ"ט רוב כשרים אצל' וכו' דהיאך נעלם מהרמ"בן דמשם אין ראיה כמו שדחה הר"ן ועוד מאי קאמר רבא ומ"ט אמרו שתוקי פסול וכו' דהא מטעם שהחמירו בכל הספיקות החמירו בזה. וכתב ומיהו בשתוקי איכא לתרוצי קצת משום דהוי ס"ס ולהכי בעי טעמא מ"ט בו החמירו כיון דהוי ס"ס. ואינו מחוור דמאי איכפת ליה לרבה למימר והתור' אמר' ממזר ודאי הוא דלא יבא וכו' הא ודאי האי קרא לא איצטריך אלא לכי ידעינן דאזלא איהי לגבייהו דה"ל חד ספיקא לא הל"ל אלא מאי אמרת דלמא אזלא איהי לגבייהו הו"ל ס"ס ומ"ט אמ' פסול אלמא משמ' דמאי דבעי מ"ט אמרו פסול היינו מאחר שהתור' אמרה כשר וזה שלא כדברי הרמב"ן ז"ל נמצא שבלשון הזה אמ' רבה לענין שתוקי אמ' דליכא אלא חד ספיקא.

ועל מה שהוכיח משם הר"ן ז"ל מדאצטריך קרא למעוטי ס' ממזר אלמא ספיקא דאוריית' כבר כתבתי דהא דאצטריך קרא למעוטי מתורת ודאי הוא ולא מתורת ספק אלא שיהא השתוקי מותר בב' המינין בישראלית ובממזרת כא' כמו שביארנו למעלה. ועוד אני מוסיף לו' דכי שריא רחמנא לספיק' בענין פסולים לגמרי שרינהו כדמוכח בפ' עשרה יוחסין דאמרינן משפחה שנטמעה נטמעה כלו' שמי שיודע פיסולה אינו רשאי לגלותו כדאמר ר' יוחנן היכלא בידינו הוא אבל מה אעשה שהרי נטמעו בה גדולי הדור סבר לה כר' יצחק דאמר משפחה שנטמעה נטמע' וביאר שם דאע"ג דנפ"ל מוישב מצרף ומטהר כסף דמשמע דאליהו לעתיד לבא מטהרן מ"מ ילפינן מינה לנ"ד דאין בין העה"ז לימות המשיח לענין מצות כלום וכי היכי דחזינן דאליהו לא יגלה ממשפחות אעפ"י שכולן גלויות לפניו אף אנו אין עלינו לגלות ולא רשאין לכך והביא עוד דברי הרמב"ם בסוף ספר שופטים ומלך המשיח אינו מיחס את ישראל לשבטיו אבל אינו אומר זה ממזר וזה עבד שמשפחה שנטמעה נטמעה ע"כ. וכמו שאין אליהו עתיד לגלותן אף עכשיו היודעי' בהם אין מגלין אותם עכ"ל. והא ודאי נ"ל מדשרי רחמנא ספק ממזר לא אצטריך אלא למשרי אלא אף היודעו דאינו רשאי לגלותו דומיא דס' ערלה דהותרה אעפ"י שהיא ודאי אצל אחרים כדאמרינן ספק לי אנא איכול.

ומה שדקדק שם למה לא הביאו ראיה מראש הענין דקאמר רובא דאיתיה קמן כגון ט' חנויות וסנהדרין לא קמבעיא לן דודאי מקרא דאחרי רבים להטות אית לן דאזלינן בתר רובא ולמה לן קרא לא יהא אלא ספק שקול התורה התירו במקום אחר ומלבד שמבואר הוא מה שבטל הוא עצמו ז"ל דקדוק זה דודאי סנהדרין וחניות אתחזק איסורא הוא ומצינו למימר דמ"ה אי לאו מטעם רובא היה אסור מן התורה ובר מן דין קרא דאחרי רבים איצטריך למימר דאזלינן בתר רובא בין להקל בין להחמיר ובט' חניות לקי עלה משום נבלה כיון דרובא דאורייתא הוא.

עוד כתב דאיכא למידק במ"ש הר"ן וכ"ת שאני התם דאיתחזק איסור' וכו' שהרי מוכרח דלא שני להו בין איתחזק ללא איתחז' שהרי הראיה שמביאין מההיא דשתוקי התם קביעי ממזרי' ועכ"ז התור' התירו משום ספק וזה ממה שיקל תירוצו שהרי כבר אידחיי אותה ראיה דשתוקי אבל רוצה להביא ראיה מכרחת דאפילו לדידן כי היכי דלמאן דלא בעי חתיכה מב' חתיכות אנו צריכין לומר דספיקא איסור תורה הוא כך נאמר למאן דבעי חתיכה מב' חתיכות דלא מסתבר לאוקומי דבהכי פליגי ומיהו קשטא דמילתא דהא לא מקרי איתחזק איסורא דנהי דכי אזלא איהי לגבייהו לענין איסורא מקרי איתחזק

איסורא לחייבה קרבן אם היה ס' כרת אבל השתוקי' עצמה בשעה שבא עליה כחתיכה אחת דמיא ס' חלב ס' שומן שחתיכה זו לא הוקבע עליה שם איסור כלל.
עוד כ' דאיכ' למידק דהכי הל"ל ולחלק בין אתחזק ללא אתחזק והבי' דהרמב"ם בהל' כלאים בההיא דבגד צמר שאבד בו חוט של פשתן וכו' וכיצד תקנת דבר זה צובעו שאין הצמר והפשתן עול' בצבע א' ומיד הוא ניכר ושומטו ואם לא ניכר ה"ז מותר שמא נשמט והלך לו שהרי בדק ולא מצאו שעליה כתב וכבר ביארנו בה' ביאה שכל איסור ספקות מד"ס ולפי' הקילו בספק הרי התם דאיתחזק האיסור ובס' כה"ג איסורו מן התורה אלא משמע דלא שני לן בין איתחזק ללא אתחזק.
ואיברא דהא לא דמיא לחתיכה מב' חתיכות שהאיסור קבוע עכשיו בשעה שאוכלו דכל שיש לתלות שכבר נשמט והלך לו אין כאן עכשיו איסור קבוע ואע"פ שהיה קבוע מעיקרא והא לא דמיא אלא להא דתניא ב' חתיכות א' של חלב ואח' של שומן ובא עכו"ם ואכל את הראשונה בא ישראל ואכל את השניה פטור ור' מחייב אלמא לרבנן בעינן שיהיו ב' חתיכות לפניו בשעת אכילה אלא שהרמב"ם ז"ל בפ"ח מהלכות שגגות פסק שכל שהוקבע האיסור בתחילה אע"פ שאין עכשיו ב' חתיכות חייב. וכבר כתבתי לעיל סמיכתו של הרמב"ם ז"ל בזה אבל הכא שאני דבדיקתו ראי' שכבר נשמט והלך לו דאל"כ תיקשי כיון דודאי היה שם כלאים ס' נשמ' ס' לא נשמט הו"ל ספק וודאי ואין ס' מוציא מידי ודאי דומיא דאמרי' בפרק כל הצלמים כיון דודאי עבדום ספק בטלום אין ספק מוציא מידי ודאי. ונ"ל כיון דמסתמא ניכר הוא בצביעתו אם עדיין איתיה לחוט היה ניכר אלא מסתמא נשמט והלך לו והכי דייק לשון הרמב"ם ז"ל שכ' ומיד הוא ניכר וכו' ואח"כ נתן טעם להתיר שהרי בדק ולא מצאו וכה"ג משני התם בפ' כל הצלמים כיון שחולדה וברדלס מצוין שם ודאי גררוהו ה"נ כיון שצבעוהו מסתמא היה ניכר וזה שלא ניכר נשמט והלך והכי מוכח התם בנדה בפ' האשה דאמ' רב חסדא בגד שאבד בו כלאים צובעו ומותר א"ל רבה לרפרם בר פפא מנ"ל לסבא הא א"ל מתני' היא דתנן בודק עד שמגיע לפלגו ואי ליכא אימור עורב נטלה הכא נמי עמרא וכיתנא לא סלקי אהדדי וכיון דלא ידיע אימור מותר נתר הרי כאן שהשוה בדיק' שע"י צביעה כבדיק' שעד שמגיע לסלע או לבתולה דמסתמא דייניו ליה שאין כאן טומאה.
ומ"ש וכן נראה ג"כ מדבריו בפי"ו מהל' שאר אבות הטומאות כבר נשאתי ונתתי בדבריו לפי הנראה לע"ד.
עוד כ' שיש לדקדק אמאי לא הקשו מחטאת העוף הבאה על הספק שחייבה התור' על הס' זיבה ויולד' כדמשמ' בפ"ד דנזיר ואע"ג דלא אתחזק איסור'. ותיקשי לדידיה דהא

קי"ל דלענין קרבן בעי' חתיכה מב' חתיכות דהיינו איתחזק איסור'. והא גבי זבה ויולדת מייתי על הס' אע"ג דלא אתחזק. אלא דהך קרבן דזבה ויולדת לאו על חטא הם באים אלא להכשירה בקדשים ואנן איסורא מאיסורא ילפי' איסור מהכשר לא ילפינן. ומ"ש בההיא דהלכות טומאת מת דבר ידוע שכל אלו הטומאות ס' של דבריהם וכו' וכתב הראב"ד זהו שבוש גדול וכו' ובהלכו' כלאים הודה לדברי הרמ"בם ואמר והן אמת שהיה אפשר לתרץ דהראב"ד בה' כלאים לסברתו של הרמב' מקשה לו אפי' יהא אמת דאיסורו מדברי סופרים הא הכא דספיקא דאורייתא היא. והנה אמת שאין זה נכון שהרא"בד י"ל אומר בפה מלא אמת הוא זה שכל הספיקות אינן של תורה מיהו קי"ל כל ספק איסור תורה לחומרא ואיך יאמר דלדבריו דהרמ"בם קאמר ועל החלוקי' בכל מקום אנו מצטערים אלא שבא לחלק עלינו את השוין.

ומה שהקש' עוד ממתני' דפ"ב דבכורי' דכוי שוה לבהמה חלבו אסור כחלב בהמה ואין חייבין עליו כרת וכו' ומדשוי ליה לחלב בהמה נר' דהוי מן התורה כחלב בהמה אלא שאין חייבין עליו כרת ועוד דאם איתא דאפי' איסור מן התורה ליכא כרת מבעיא. והא לא קשיא דהא בכריתות פרכי' אהא דבעי' חתיכה מב' חתיכות מהא דתניא כוי חייבים על חלבו אשם תלוי ומשני ר' אליעזר לא בעי קביעותא לאיסור אלמא לרבנן דבעי קביעותא אין חייבים עליו אשם תלוי אלמא הא דקתני הכא חלבו אסור כחלב בהמה מספקא קאמר דאורייתא לחומרא ומשום דקתני התם יש בו דברים שוה לחיה ויש בו דברי' שוה לבהמה קחשיב כולהו לחומרא לומר שנותני' עליו חומרי חיה וחומרי בהמה ומתני נמי התם חלבו מטמא כטומאת נבלה כחיה ולא כחיה ממש קאמר דהא קתני וטומאתו בספק וכן כתב הרמ"בם ז"ל בפירו' המשנה שלו וכל זה מוסב על עיקר אחד והוא ספקא דאיסורא לחומרא ספקא דממונא לקולא ואדרבה מרישא דקתני דמו טעון כיסוי כדם חיה הוכחתי דאין ספקו איסור תור'.

סימן ב

החלק השלישי בספק ספקא דאפי' בשל תורה אזלינן לקולא כדפרכינן בפשיטו' בפ"ק דכתובו' גבי האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו אמאי ספק ספקא הוא ואוקמא באשת כהן דחדא ספקא הוא ובריש פרק התערובות אמרי' דשמואל אסר ס"ס ולא משכח תנא דס"ל כוותיה אלא ר' יהודה אלמא רבנן ס"ל דכל ס"ס מותר. והרשב"א בתשובה ת"א העמיק הרחיב בענין זה וביאר דאפילו היכא דאתחזק איסורא מתירין בו ס"ס ואפילו בע"א החמורה כדמייתי מטבעת ע"א שנפל לרבוא ורבוא לרבוא וכו' יעויין בדבריו בארוכה.

ואיכא למידק דאשכחן בהנשרפין המקדש נפל הקידוש וכו' מחט שהית' נתונה על החרס והזה עליה ספק על המחט הזה ספק על החרס והזה עליו הזאתו פסולה ומפרש בגמרא מצא איתמר פירש רש"י לשון מציאה כלומר דאיכא ספק ספיקא שאין ידוע אם בתחילה הזה וכו' וצ"ל דפרה שאני דבעי קידוש ודאי ולא ס' וכן מסורת מרבותינו בידנו ראשונים ואחרוני' ז"ל אלא שהמרדכי הביא בהחולץ שרבי' ברוך כתב על מעשה שהיה שנהרג יהודי א' והניח אשה ובן של קיימא וביום שנהרג מת וכו' איזה מהם מת תחלה ועמד האח וחלץ את האשה מספק הנה אותו האח רוצה ליקח אחות ס' חלוצתו ואחות חלוצתו היא מדרבנן וס' דרבנן לקולא והשיב ז"ל דבכמה מקומות אשכחן ס"ס לחומרא וכן בחד ס' דרבנן לחומרא. והרב הגדול מוהר"י ן' לב ז"ל הביא דברי המרדכי בתשובותיו בכמה מקומות פעם מוכיח' פעם חושש להם ואין ולאו ורפיה בידיה וכללי' אלו היו מחוששים בידינו ונתפקפקו.

אני בעניותי בא לדון לפניהם בקרקע שאין מכל המקומות הללו ראיה לסתור כלל התפוס בידינו יתד היא שלא תמוט.

המקום הא' הביא מההיא דאמרינן סוף פרק אלו מומין אשת טומטום חולצת ולא מתייבמת ומוקמי' לה כר' יוסי בר' יהודה דאמר טומטום לא יחלוץ שמא יקרע ונמצא סריס ומשום הכי אינה מתייבמת אע"ג דהוי ס"ס ספק זכר ספק נקבה ואת"ל זכר שמא לא ימצא סריס ושפיר מתייבמה ובענין זה היה יכול הרב ז"ל לדקדק מהא דקתני חולצת דמשמ' דלא שריא לעלמא בלא חליצה ואמאי נימא דשריא לשוק מטעם ס"ס ספק אם הוא אשה ואת"ל איש שמא הוא סריס וכי תימא לסריס לא חיישינן דאזלינן בתר רובא כדמייתי בר"פ בן סורר דבדיני נפשות אזלינן בתר רובא מדתניא בת ג' שנים ויום א' מתקדשת בביאה וכו' ואם בא עליה אח' מכל העריות שבתורה מומתין עליה והיא פטורה ואמאי אימא איילונית היא ואדעת' דהכי לא קדיש אלא לאו דאזלינן בתר רובא ורוב נשי' לאו איילונית נינהו הא ליתא דהא אמרינן הכא הואיל ואשתני אשתני ותדע דהא ר' יהודה ס"ל שאע"פ שנמצא זכר לא יחלוץ מפני שנראה כסריס ומשוי ליה ודאי סריס ולא פסל בחליצה במקום אחין ורבי יוסי בנו מחזיק ליה בספק ופוסל במקום אחין וכיון שכן יכולה היא לינשא ליה דהויא ליה ספק ספקא.

והמקום השני בסוף פרק בהמה המקשה דאמרינן התם המפלת מין בהמ' חיה ועוף ושליא עמהן בזמן שקשורה בהם אין חוששין לו אינה קשורה עמהן הריני מטיל עליה חומרי שני ולדות והא התם איכא ס"ס ספק היה ולד אחר בשליא ספק לא היה ואת"ל היה ספק זכר הוא ואמאי מטילין עליה חומר דנקבה.

תשובה שני מקומות האלו דרך אח' להם וסגנון אחת עולה לשתיהן וזו משנה שלמה היא במקומה בפ' המפלת ואין ידוע מהו תשב לזכר ולנקבה אין ידוע אם ולד היה אם לאו תשב לזכר ולנקבה ולנד' והא התם ס"ס הוא ספק אין שם ולד כלל ואת"ל היה שם ולד שמא זכר הוא ואמאי תשב לנקבה ושם ישבו התוספות קושיא זו וכתבו וז"ל אע"ג דהוי ס"ס תשב לנקבה שאי מטהרת לה מטומאת נקבה משום ס"ס הכי נמי נטהרנה אם ראתה בל"ד ומ"א מס"ס ולא ניחוש לזכר והוו תרי קולי דסתרן אהדדי ולעיל אהא דהריני מטיל עליה חומר ב' ולדו' פירשוהו שאם ראתה ביום ל"ד וביום מ"א איכא למימר נמי אימור לא ילדה כלל והוי במ"א שומרת יום ואפילו איכא ולד אימור נקבה ושתי ראיות דם טוהר הוא וא"א בתרוייהו למיזל לקולא דהוו תרתי דסתרן אהדדי ואזלינן בתרווייהו לחומרא עכ"ד. וכ"ת הא לא הוו תרתי דסתרן דאימור לא היה שם ולד ולאחר ז' טהורה ובראתה בל"ד ומ"א מטהרין לה כדין שומרת יום כנגד יום הא ליתא דבחד ספיקא לא אזלינן לקולא אם לא שנסתפק עוד ספק אחר וכשנטהרנה לאחר ז' מטעם דאם ולד הוא שמא זכר תו לא מצי למעבדה שומרת יום בספק שמא נקבה דהוו תרתי דסתרן. והשתא נמי בהכי מתרצה שפיר ההיא דבכורות דאשת טומטום דלא מתייבמה שאם אתה אומר מתייבמת מס"ס לומר שאם איש הוא אף אני אומר תנשא לשוק מטעם ס"ס שמא נקבה ואת"ל לזכר שמא סריס הוא וה"ל תרתי דסתרן דאין לומר ניזיל הכא והכא לקולא דאימור אשה הוא דבחד ספיקא לא מקילי' אם לא מכח הספק וסתרי אהדדי דומיא דהא דכתבו התו' גבי נדה ולא תימא שאני התם דבחדא איתתא הול"ל תרתי דסתרן שאותה אשה עצמה שטיהרת לאחר ז' משום דאימור זכר אתה מטהר בראייתה לאחר מ"א דאימור נקבה וממ"נ שימשה באיסור אבל באיש אחד לא משכחת לה דסתרן דאפי' טומטום זה יש לו שתי נשים וא' נשאת וא' נתייבמ' לא ביאתה של זו פוטרת את זו ובשני אנשים לא הוו תרתי דסתרן דאימור זה היה זכר וזה נקבה ואפי' תימא באיש א' ונשאת אחד מהם תחלה לשוק קודם שתתייבם צרתה מ"מ בב' גופין אזלינן הכא לקולא והכא לקולא בזו אחר זו דהא דאמרינן בפ"ק דפסחים שני שבילין א' טמא וא' טהור והלך זה בא' מהם ועשה טהרות והלך זה בשני ועשה טהרות דבבאו לישאל זה אח"ז שניהם טהורים אע"ג דממ"נ א' מהם טהורות וא' מהם טמאות אין לחלק בכך דאפי' בשתי נשים קפדינן התם כגון אם אשה זו רוצה להקל על עצמה לאחר ז' על סמך שלא יארע לה בל"ד ובמ"א ואם יארע ינהוג לחומרא אפ"ה אסרו וגזרו לילך הכא לחומרא והכא לחומרא וכי תימ' דהתם גזרו שמא יבואו להתיר באשה אחת הכא נמי איכא לגזר משום אשה אחת שמא תנשא לשוק ותתאלמן או תתגרש ותנשא ליבם.

המקום השלישי בפרק אלו טרפות ההוא שרקפא דספק דרוסות דאת' לקמיה דרב שדרינהו לקמיה דשמואל חנקינהו ושדינהו בנהרא ופרכינן ונזבנינהו לעכו"ם ומשני דילמא אתי לזבונינהו לישראל והא התם דאיכא ס"ס שמא נדרסו שמא לא נדרסו ואם תמצא לומר נדרסו שמא לא ימכרם העכו"ם לישראל.

תשובה זו אינה תורה כיון דהשתא דאיתנהו קמן אסירי משום ס' דרוסה ליכא גבן אלא חד ספיקא וספיקא דאורייתא לחומרא לא שרינן להו לכתחלה לזבונינהו לנכרים דילמא מזביני להו לישראל וספקי' להו ספק דרוסה וגבייהו נמי ליכא אלא חד ספיקא דכי מקלינן בס"ס היינו כשאצל זה האוכלן איכא תרי ספיקי דהתירא קאכיל דס"ס רחמנא שריא וטעמ' דבחדא ספקא הויא כמו פלגא ופלגא ובתרי ספקי הויא ליה רובא ומדאוריית' אזלינן בתר רובא לקולא אבל השתא ישראל האוכלן ספק איסורא קאכיל הילכך לא מזבינן לנכרים דלמא ספינן איסורא לישראל בידים ולא מבעיא לרבוותא דאמרו ספק איסורא מדאורייתא אסירא אלא אפילו להרמב"ם וסייעתו דאמרי ספק איסורא רבנן הוא דאסרוה לא ספינן להו איסורא בידים ועוד אפילו אי לגבי האוכלן היה ס"ס כיון דהשתא דאיתיה קמן ליכא אלא חד ספיקא לא עבדינן בידים דלהוו תרי ספיקי דהא רובא נמי רחמנא שריא ואפילו הכי אמרו אין מבטלין איסור לכתחלה ע"י רובא הכי נמי אסור לגרום היתר ע"י ספק ספיקא וכהאי גוונא אמרינן בפסחים ההוא ארבא דטבע בחישתא סבר רבא לזבוני לעכו"ם הקשו ליה דילמא הדרי זבין ליה לישראל אף על גב דחיטין שנבללו איסורא דרבנן גרידתא אית בהו כמ"ש הרמב"ם בפרק ה' מה' חמץ וכי זבין ליה לעכו"ם הוי ספק אם ימכרנו לישראל ואימא ספקא דרבנן לקולא אלא לכתחלה שאני ועוד ראיה מדאמרי' בריש כתובות בתולה נשאת ליום הד' שאם הי"ל טענת בתולים משכים לב"ד ומוכח התם דעיקר תקנה משום אשת כהן א"נ אשת ישראל פחותה מבת ג' שנים ויום אחד דהו"ל חד ספקא מ"ה תקינו רבנן לכולהו שינשאו בד' ואימא ינשאו בכל יום דהו"ל ס"ס אם תנשא בתולה ואת"ל לא תנשא אכתי איכא ספקא אחרינא אלא הא מילתא ליכא.

המקום הרביעי בפרק עשרה יוחסין אמר רבה דבר תורה שתוקי כשר מ"ט רוב כשרים אצלה ואי אזיל איהו לגבה כל דפריש מרובא פריש מאי אמרת דילמא אזלת איהי לגבייהו דהו"ל קבוע והתורה אמרה לא יבא ממזר ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ממזר ספק יבא בקהל ודאי הוא דלא יבא אבל בקהל ס' יבא וכו' והתם נמי איכא ס"ס דילמא אזיל איהו לגבה ואת"ל דאזל איהי לגבייהו אימור לגבי כשרים אזלא ולמה לי לאתויי מקרא.

תשובה אף זו של כת קודמין היא שהריטב' בחדושי קידושין שלו הקשה למה לי קרא ת"ל דתרי ספיקי לקולא אפילו בדאורייתא ולא למד ממנה דלא סמכינן ס"ס לקולא אלא בלשון קושיא אמרו והניחה בצ"ע וראיתי מי שרצה לרפאות שבר קושיא זו על נקלה שכתב דכולה חדא ספיקא היא דאת"ל לפסול נבעלה תו לא מהני אי אזלי אינהו לגבה וזה נוטה למ"ש דס"ס שאינו מתהפך לא מקרי ס"ס וליתא הכא דכיון דרוב כשרים אצלה ליכא לספוקי כלל דילמא לפסול נבעלה דרובא דאורייתא הוא ולא נכנסנו לספק בה אלא אימור אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע וה"ל חד ספיקא דדילמא אזל איהו לגבה ומרובא פריש. ואת"ל אזלא איהי לגבייהו אימור לכשר נבעלה. ולי הוקשה עוד בהדא שמעתא דכיון דרבה לא אתא לאוכוחי אלא דשתוקי כשר מן התורה דספק ממזר הוא למה לי' לאתויי דרשה דבקהל ודאי הוא דלא יבא בקהל ספק יבא לכך נראה דעיקר מאי דאתא רבה לאשמועינן היינו שמותר אף בממזר ודאי וה"ק דבר תורה שתוקי כשר אפילו ספיקן בודאן ואע"ג דאיכא תרי ספקי להכשיר מ"מ לאו ממזר ודאי מיקרי וכי היכי דשרי חד ספיקא אע"ג דבעלמא דיינין ליה לחומרא הכי נמי שרינן להאי דאית ליה תרי ספיקי להכשירו עם ממזר אף ע"ג דמסברא היינו מעמידים אותו בחזקת כשר מ"מ ספק מיקרי דכל ספ' דרחמנא שריא אין לחלק בה בין חד לתרי ספיקי כדאשכחן בס' ר"ה דטהור וס' רה"י טמא ותנן כשאתה יכול להרבות ספיקות וספקי ספיקות ברה"י טמא בר"ה טהור ודרשא דודאי ממזר הוא דלא יבא וכו' לא איצטריך אלא היכא דהוי חד ספקא להכשירו בבת ישראל כגון דידעינן דאזיל איהו לגבה כי היכי דשרינן בסמוך מהאי קרא אסופי אע"ג דליכא אלא חד ספיקא ואתא לאשמועינן בתרי ספיקי דמותר בממזרת מדרש' דבקהל ודאי וכו' ורבינו ברוך ז"ל שהביא מקומות אלו שהלכו בהם להחמיר לא הביאם ללמוד מהם לבעלמא שלא נתיר בס"ס שהרי הוא עצמו כתב שכל ס"ס דאורייתא הוי כמו חד ספיקא דרבנן דאזלינן ביה לקולא אלא הראה שיש מקומות שהלכו בס"ס לחומרא וכן בספיקא דרבנן וכל חד וחד מטעמיה מתפרש בדוכתיה הילכך צריך לעיין בכל מילתא שלא יהא בחד מהנך דוכתי ואותה שהביא מפ"ב דביצה דכלי שנטמא בערב י"ט אין מטבילין אותו בין השמשות אף על גב דענין מתקן מנא ודאי דרבנן הוא לא ידעתי מה הוצרך להביא מברייתא דביצה ולאו משנתינו היא בסוף פרק במה מדליקין שנינו ספק חשכה אין מעשרין את הודאי משום דמחזי כמתקן ויראה לי דהתם גבי טבילה איצטריכא ליה משום דבעי הערב שמש ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו מיירי כדמשמ' התם א"נ משום פלוגת' דר"ש שזורי מייתי לה התם וכ' רש"י ז"ל שם קסבר גזרו על השבות אפילו בין השמשות ומדכתב רש"י קסב' משמע דלא קי"ל

הכי ותימא הוא דודאי סתם מתניתין היא והכי נקטינן ונר' משום דבפ' בכל מערבין אמר ר' כל שהוא משום שבות לא גזרו ואמרינן נמי התם דמערבי' עירובי תחומין בין השמשות גם אהא דמייתי בגמרא אמר רבא מפני מה אמרו דאין טומנין בדבר המוסיף הבל גזירה שמא ירתיח א"ל אביי אי הכי בין השמשות נמי ניגזור א"ל סתם קדרות רותחו' הן דמשמע דבלא טעמא דרותחות הו"ל למיגזר בין השמשות וכתב רש"י שבות היא ותנא דמתני' דגזרו על השבות בין השמשות משמע דאיכא מאן דסבר דלא גזרו והיינו ודאי רבא דפ' בכל מערבין ומיהו הרמב"ם ז"ל בפרק כ"ב מה' שבת העמיד הא דלא גזרו על השבות היינו לדבר מצוה אבל לדבר רשות גזרו אף בין השמשות ורש"י ז"ל ס"ל דאדרבא פליגא ומ"מ ק"ק דמאי מייתי רש"י ממתניתין דמעשרין שאני הכא דאיכא למימר דכיון דגזיר' הוי איכא למיגזר שמא ירתיח בזמן שהוא ספק של תורה בין הכי ובין הכי שבות דרבנן עשו לו חיזוק כשל תורה אף בין השמשות שהוא ספק ובפ"ק דפסחים גבי תשעה צבורין של מצה ואחד של חמץ ואמר כל קבוע כמחצה על מחצה כתב הרא"ה ז"ל טעמ' דמחמרינן בספיקא דרבנן לפי שבדיקת חמץ תחילתה על הספק וכן דעתו של הרמב"ם בפ' ב' שפסק להחמיר אלא שצריך לחלק מה בין זו לב' צבורין אחד של חמץ וא' של מצה דמדמינן לה לב' קופות שאני אומר דקאמר אטו בדיקת חמץ דרבנן היא ומדמה להו לספק תרומה דרבנן ולא מחלקינן בבדיקה משום דתחילתה על הספק נעש' והראב"ד ז"ל שם חלק ואמר לא אתמרא הא מילתא אלא לענין ביטול אבל לענין בדיקה ספיקא דרבנן היא וראיתי בפ' בנות כותים דמייתי על ו' ספיקות שורפים את התרומה שכתבו התוספות ומכאן קשה על מ"ש רש"י בפ"ק דשבת על הך ברייתא דו' ספיקות על ספק מי רגלים שפרש"י שם שהוא ס"ס דהכא משמע דעל ס"ס אין שורפין ומיהו אין להשוות גזרות חכמים דפעמים נראה להחמיר אפילו בס"ס ור"ת פי' דליכא אלא חד ספיקא דליכא לספוקי בישראל ולמדנו לפרש"י דפעמים נר' להם להחמיר אפילו בס"ס ולר"ת לא הוי אלא חד ספיק' וגם לרש"י גבי גזרות חכמים דוקא קאמר שאינן למידות זו מזו אבל היכא דליכ' גזרה מדין ס"ס לקולא. וצריך לעיי' במה שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ק מהלכות שבת דאיבעיא לן בגמ' לא התנו מעיקר' מאי ופסקה הרמב"ם ז"ל לחומר' אמנם הרא"ש ז"ל פסק לקול' דמילתא דרבנן היא והכי קי"ל בחלוצה דתניא בשלהי גיטין אין חוששין לה כדמייתי בהלכות וכן פסק הרמב"ם בפ"יז מהלכות א"ב משום דחלוצה לכהן דרבנן והרא"ש כתב דאין הפרש בקולות בין גרושה לחלוצה חזרנו על כל הכתוב לעיל שמוכח ממה שאמר רש"י ז"ל בפ' בנות כותים שלא כל הגזרות שוות ומשם אני אומר שלא הזכיר אותם המקומות רבינו ברוך ז"ל אלא להעיד שלא

כל הדברים שוין שהרי במקצת מקומות החמירו בהם וצריך לדקדק בכיוצא בהם וכל שאינו דומה להם הרי אנו חוזרים לכללים שמסרו בידינו רבותינו וקבעו בהם מסמרות אמרות ה' אמרות טהורות.

וצריך להתיישב בזו שהביא בספר הליכו' עולם ומטו בה משם הריב"ש בשם התוספות דכל ס"ס שאינו מתהפך דנין אותו לחומרא ואמר כגון ס' נכנס שרץ ס' לא נכנס ואת"ל נכנס ס' לא נגע שאם תאמר בהיפך לא יש שתי ספקו' שאת"ל ס' נגע ס' לא נגע תו ליכא למימ' ס' לא נכנס והך כללא לא בדיק לן ולא קבלנו אותו מרבותינו בעלי התוס' אשר מימיהם אנו שותים ומפיהם אנו חיים אלא איפכא שמעינן להו בכמה דוכתי חדא בההיא דס"פ בהמה המקשה גבי שליא שיצתה עמהם הקשו אמאי אמרי דשליא אסורה באכילה כיון דאפשר בלא ולד דשמא נימוח והא ס"ס שמא אין כאן ולד אחר ואת"ל יש כאן שמא אין בתוכו מקצת רוב ולד ובספ"ק דבבא קמא משמע דבס"ס שרי דדייקי' מיניה טעמ' דאין מקצת שליא בלא ולד הא יש מקצת שליא בלא ולד הו"ל למשרי מטעם ס"ס ותירצו דבברייתא דקתני שמא נמוח היינו בשליא הבאה אחר הולד וההיא שריא באכילה מטעם ס"ס ולעיל דאסרינן שליא באכילה איירי בשליא הבאה קודם ולד דאיכא למימר התם אין שליא בלא ולד וליכא אלא חד ספיקא ועוד תירצו דאסרי' באכילה משום דגזרינן מקצתה אטו כולה אלו דבריהם ז"ל והא ההוא ס"ס לא מתהפך כלל באת"ל דאי מספקא לך שמא יצא רוב ולד תו לא שייך לספוקי אם יש שליא בלא ולד.

ותו בפ"ק דכתובות דאמר רב יהודה אמר רב האומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובתה והקש' בתוס' והא ס"ס ספק אם הוא בקי בפ"פ ואת"ל בקי ס' ברצון וחשיב להו ס"ס אע"פ שאינו מתהפך ובפ' כל הצלמים תנן המוצא שברי צלמים הרי אלו מותרים ומפרש בגמרא משום דאימור עבדום אימור לא עבדום ואת"ל עבדום אימור בטלום. ומיהו הא איכא למדחי דהכי קמספקא ליה ס' נשתברה מאליה ס' שברוה בידים ואת"ל נשתברה מאליה אימור לא נעבדה מתחלה וההיא דבכורות ונדה דמטילין עליה חומר שני ולדות אע"ג דלא מתהפך כתבו התוס' דקרינן ליה ס"ס והי' ראוי להקל אי לאו משום דהוי תרתי דסתרן.

ותו אשכחן בשלהי פ' הנשרפין גבי ולד נוגחת שנתערב באחרו' ואחרו' באחרו' כונסין אותם לכיפה וכו' כתב התוס' הכא אין לחוש אי גרסי' הכי ואחרו' באחרות דאסר ס"ס דהך ברייתא כר' יהודה אתיא ובפ' התערובו' מסקי' דר' יהודה אסר ס"ס וכתב שיש מפרשים דמיירי שנתערבו כל האחרים באחרים דליכא אלא חדא ספיקא הרי שם דאלו

אמרת ספק זה עצמו ולד נוגחת תו ליכא לספוקי מידי ואיכא למימר כי אי אתה יכול לומר שזה ולד נוגחת כיון שהיו שם ב' תערובות.
עיין במהריב"ל ח"ב בסי' ס"ח בענין סתם כלי עכו"ם שכ' התוס' בפ' אין מעמידין בסוף ד"ה אי משום גיעולי עכו"ם נט"ל הוא שפסקו רש"י ור"ת ור"י להתיר והיינו טעמא לפי שהוא ס"ס ספק נשתמשו בו היום או אתמול וא"ת היום שמא הוא דבר שפוגם ומהריב"ל כתב שהוא ס"ס שאינו מתהפך והרמב"ם בפי"ז מה' מ"א אסר פולין ועדשין שלהם משום גיעולי עכו"ם וע"ש. ועיין בפ"ק דקידושין גבי ס' ערלה בא"י דאסור ככרם נטוע ירק וירק נמכר חוצה לו שכ' הר"ן שעל פתח הגן ליכא אלא חדא ספיקא ואסור משמע דברחוק שרי מטעם ס"ס ועיין במהרשד"ם קצ"ג.
ותו אשכחן בס"פ השולח גבי ס"ת שנמצא ביד עכו"ם אמרי' לא יגנז ואמרי לה קורין בו וטעמא דמ"ד קורין בו פרש"י משום דס"ס הוא שמא ישראל כתבו ואת"ל עכו"ם כתבו שמא למכור לישראל כתבו ולא לשם עכו"ם והתם את"ל דנכתב לשם עכו"ם תו לא מצית לספוקי ס' ישראל כתבו וקי"ל כלישנא בתרא דקורין בו וכן פסק הרמב"ם בפ"א מה' תפילין וא"ת כיון דלא חיישינן אלא שאם נכתב לשם עכו"ם מה לנו להסתפק במי שכתבו דמה לי כתבו עכו"ם מה לי ישראל הא כיון דנמצא ביד עכו"ם יש לחוש שמא נכתב לשם עכו"ם וליכא אלא חדא ספיקא וי"ל כיון דשכיח שהעכו"ם לוקח מישראל או שמצאו מישראל שנאבד ואפשר נמי שעכו"ם אחר כתב לו או הוא עצמו כתבו ה"ל כותב תורה ישראל ועכו"ם כפלגא ופלגא וכיון דבעכו"ם גופייהו יש מקום שאינם כותבים לשם עכו"ם אלא להתלמד בו הוי השתא כותבי' לשם עכו"ם מיעוט' ולא חיישי' ליה והיינו טעמא דמקילי בתרי ספיקי' דה"ל כמיעוט' אע"ג דלא מתהפכי ההיא דשליא דכיון דספק דיש שליא בלא ולד א"כ כשיצתה כולה איכא חדא ספיקא וה"ל כפלגא ופלגא בשיש ספק אם יצתה רובה ה"ל מעוטא. ועוד נמצא בפ' המגרש להריטב"א אם נתן עליה קלא דאקדשה קידושי ספק כגון ס' קרוב לו ס' קרוב לה שכ' ואע"ג דאי הוה איכא סהדי דהכי הוא אסרי' לה לעלמא השתא דלא אתחזקה מילתא אלא בקלא לא אסרי' לה מ"ט תרי ספיקי נינהו דלמא קלא לאו קושטא הוא ואת"ל קושטא אימור קרוב לו ותרי ספיקי דאורייתא לקולא עכ"ל. והרי אלו אינן מתהפכים ובכפ' דחק נגרא בגויה נשרוף חרדלא שהנדון עצמו שהביאו בו דוגמא בעל הליכות עולם כגון ס' נכנס שרץ ס' לא נכנס ואת"ל נכנס ס' לא נגע ואמר שלא יקרא ס"ס לפי שאינו מתהפך הא אשכחן בפ"ק דפסחים דאמרי' ס' על ס' לא על היינו בקעה ובפלוגתא דר' אליעזר ורבנן דתנן הנכנס לבקעה וכו' עד שהיה ר' אליעזר אומר ס' ביאה טהור וכת' התו' פר"י דבס"ס

פליגי וכן פי' ר"ת בעכו"ם פ"ב ונראה לר"י דטעמא דר' אליעזר דמטהר התם משום דלא גמרינן מסוטה לטמא ברה"י אלא בספיקא אחת כי סוטה אבל בתרי ספיקי לא ורבנן סברי כיון דמן הדין אפי' בספיק' אחת היה לנו לטהר דאוקמה אחזקת טהרה וא"ה טמא ה"ה אפי' בתרי ספיקי הרי בנדון עצמו שאמר דלא מקרי ס"ס בין לרבנן בין לר"א חשיב שפיר תרי ספיקי אלא דרבנן מטמאים מטעם דס' טומאה ברה"י גז"ה היא הנלע"ד יוסף בכמה"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ג

על אודות גבינות העכו"ם הבאים ממרחק ראינו שערוריה שמו אותות שוא ודבר כזב שמה ושאיה ומכתבי עמל כתבו היה להם לזרא דידיעי פחתיהו ועבודתם נכריה ולבנו כחלילים יהמה על ש"ש המחולל בעכו"ם רשפיה רשפי אש שלהבת יה ופרח בראש רשעה הקימו בחוציה לתלפי' בראש מרומים עלי קרת הרימה תרומיה ונמצא ש"ש מתחלל ונעשה העולם אירמיה.

ותחלה יש לברר מלבד מה שנגלה מהזיוף והשקר אין למתיר על מה שיסמוך להתיר הגבינות שמביאים העכו"ם ע"י כתב שאינה ניכרת בחותמיה שהרי כתב הרא"ה במקום שמצויים מומרים ועכו"ם שיודעים לכתוב אין לכתוב סימן אלא למי שמכיר הכתב ואין מי שיחלוק בזה כמ"ש הרב המובהק מהר"י ן' לב ז"ל בח"ג ס' מ' וגם הביא תשובת הרשב"א בדפוסי הגבינות יש לאסור ואין שומעים למי שמתיר ואפי' לסמוך על מקצת ישראלים שעושים אותו אנו חוששי' לפי שאינן נזהרין כהוגן כ"ש לסמוך בהם על החותמו' הנמצאו' ביד עכו"ם וכמה פעמים גונבים חותמות וכו' עד ושומר נפשו ירחק מהם. והנה הרב ז"ל כתב שר"י ז"ל חלוק על הרשב"א ז"ל במה שהביא המרדכי בשמו שהשיב על הגבינות שעשה ישראל בבית העכו"ם והיו חתומים בחותם דפוס עץ ושכח הדפוס בבית העכו"ם ויראים פן זייף העכו"ם וחתם אחרים באותו דפוס שמאחר שאיסור הגבינה משום גילוי יש לנו להקל ולומר שירא לזייף שיחוש שהיהודי רגיל לעשות חותמו במקום מיוחד ועוד ירא שמא ירגיש הישראל מחמת שהגבינות נעשות אח"כ לחות והאריך כמ"ש שם.

ואיברא דאיכא למימר דהני רבוותא לא פליגי כי מה שכ' הרשב"א ז"ל דאיכא למיחש לזייופא היינו היכא שמשלח הגבינות בסימנן אינו חוזר ורואה אותם וכמו שמוכיח מתחלת תשובתו על חותם היין שאינו ידוע מי כתבו וע"ז כתב אבל בדפוסי הגבינות יש לאסור וכו' אבל מה שכתב ר"י ז"ל להתיר ע"י סימן היינו כשישראל עומד שם וחוזר ורואהו לפיכך כתב שירא לזייף שיחוש שהיהודי יהא רגיל לעשות חותמו במקום

מיוחד ועוד שמא ירגיש שהגבינות יהיו לחות יותר. ומנא תימרא דאיכא לפלוגי בהכי שהרי כתבו התוס' בריש אין מעמידים בשם רבינו תם ז"ל דהא דאמר רב הלכה כרבי אליעזר שמתיר בחותם אחד ובכמה דוכתי מוכח דרב גופיה סבר שצריך חותם בתוך חותם והעמיד רבינו תם זו שפסק רב כרבי אליעזר דחוזר ורואה חותמו דמירתת ובחותם אחד סגי אבל בשולח לחברו לא מירתת דסבור שלא יכיר להכי בעי חותם בתוך חותם ושמא דמשמע ליה לרב ז"ל שאף הרשב"א ז"ל מתיר כשהם ברשות הישראל ממש וכמה פעמים גונבים הדפוסים מתחת רשות הישראל הישן בבתיהן דמשמע שהוא שרוי אצלם ויכול לראות החותמות ואעפ"י כן חיישׁ לזיופא ולא דמי לחותם של הכשר דכתב לעיל מינה דמיירי כשאין המשלח חוזר ורואהו וה"ק אבל בדפוסי הגבינו' יש לאסור אפי' טפי מהני שאפי' שיש לחוש שיראהו אסור אבל יש לתמוה שהנדון של הרב מהר"י ן' לב ז"ל כשאין ישראל השולחן חוזר ורואה אותם ומאי שייך האי מילתא דר"י והרשב"א ז"ל לאותו ענין ועוד יש לתמוה איך למד הרב ז"ל מדברי ר"י דיש לחלק דאף ר"י ז"ל לא אמר שירא לזייף אלא בשל ישראל שקנה לעצמו דמרתת אבל בממון של עכו"ם עצמו לא מרתת כלל שאם יתגל' זייופו מאי איכפת ליה וכה"ג מפלגינן במטהר יינו של נכרי ברשותו דאפי' מפתח וחותם ביד ישראל אסור עד שיהא יושב ומשמר כדכתבו התוס' והרא"ש ז"ל ואילו כשהיין של ישראל במפתח וחותם ביד ישראל סגי והרב מוהר"י קולון ז"ל בשרש ל"ב כתב אין להתיר בלא הכרת חותם אפילו לר"ת שפסק דאין צריך הכרת חותם אלא דוקא היכא דאתחזק היתרא כגון השולח לחבירו יין וכו' ואז איכא למימר לא טרח ומזייף דמה תועלת לעכו"ם בזיופו זה אבל בכה"ג שאין אנו יודעי' שיש ליהודים גבינות בבית עכו"ם זה ואפי' היינו יודעי' שיש לו גבינות ואין אנו יודעים חשבונן איכא למיחש דילמא טרח ומזייף כדי למכרם ביוקר ישראל דהא לא אשכחן היתרא כי אם בשולח לחבירו ולא משתמיט גמ' דידן בחד דוכתא לומר דהמוצא ביד עכו"ם שהוא מותר בחותם א' או בחותם בתוך חותם ע"כ.

ועוד יש לעמוד על מה שהעלה הרב ז"ל לסמוך על הכתב אם היתה ניכרת בחותמיה לא חיישינן שמכר מהם במקום אחר שהדין נותן שיקחו הב"ד הכתבים מיד התוגר ולא חיישי' לבית דין טועין בכה"ג דקשה אמאי לא ניחוש שמא יחלוף בגבינות האסורות משלו או שמא במקום אחר מכר הכשרים לעכו"ם לפי שנזדמנו לו יותר שהיו למעלה והכשרים מכר והאחרות היו בירכתי הספינה ולא רצה לטרוח ואעפ"י שאין לו הנאה יש לחוש לחלופי כאותה ששנינו בפ"ו דדמאי המוליך חטין לטוחן נכרי דמאי דחיישינן שיחליף בשל ע"ה או בשלו למ"ד מירוח העכו"ם חייב מדרבנן וכן המפקי' אצל נכרי

הרי הן כפירותיו שאם הי' מתוקן חיישינן שיחליף בשלו ואע"ג דלית ליה הנאה כלל. איברא שהתוס' בפ"ק דע"ז גבי ישראל ועכ"ום ששופתים ב' קדרות בכירה אחת ולא חשו להם חכמים שכתבו שם דלהחליף בחנם כדי להכשיל את ישראל לא חיישינן כדמוכח בפ"ב גבי ההוא ארבא דמורייסא דלא חשו לתערובת לפי שהיין הוא ביוקר על המורייס. וקשה מהא דאמרינן אצל הנכרי כפירותיו אע"פ שאין לו ריוח. ועוד מדברי התוס' לעיל איכא למידק שכתבו דהא דחיישינן דילמ' מהדר ישראל אפיה כגון שיכול לתחוב הכף של נבל' בקדרה ויאמר להגיס את תבשילך נתכוונתי ע"כ וקש' דמאי מייתי מדלא חשו שאני התם דמה הנאה יש לו בזה להכשיל אלמא אף להכשיל גרידא איכא למיחש והרא"ש כמדומה שהוק' לו זה ופי' ולא חיישי' שמא יערב בו מעט יין להכשילו כלו' דבדבר מועט אין שם הפסד ולא נהיר' לי דיין במורייס מין בשאינו מינו הוא ולא מתסר אלא בנ"ט ואיכא פסיד'. ועוד דבס"פ אין מעמידי' פת למאי ניחוש לה חטי בדשערי מידע ידיע קרירי בחמימי מידע ידיע אי כי הדדי כיון דאיכ' חותם א' לא טרח ומזייף פרש"י לא טרח ומזייף במידי דלית ליה רווחא משמ' טעמ' דאיכ' חותם א' לא טרח הא לאו הכי חיישי' שיחליף אע"ג דלית ליה הנאה. והכי נמי מוכח מדאמרי' בהך פירקא לעיל אמתני' דחלב שחלבו עכ"ום ואין ישר' רואהו דאמרי' חלב למאי ניחוש לה אי משו' אחלופי טהור חיור טמא ירוק ומשני כיון דאיכא נסיובי ליכ' למיקם עלה דמילת'. וכן נמי בגבינ' אמרו איכ' דקאי ביני איטפי משמ' דחיישי' שער' דבר מוע' דהאי ביני איטפי אע"ג דלית ליה רווחא בההוא פורת' ובפ' השוכר אמרי' גר תושב מיחדי' אצלו יין ואין מפקידין לו יין פי' מייחדין לצורך שעה פחות מכדי מיל דלחלופי בזמן מועט לא חיישי' ואין מפקידין ביותר על כדי מיל דחיישי' שיחלי' ואם יחליף רע בטוב מידע ידיע כדאמרי' בפ"ב גבי פת אלא אפי' בכיוצא בו חיישי' לכך נראה דהא דחיישי' הכא וגבי דמאי לחלופי אעפ"י שאין לו שום הנאה לא שהוא טורח לזייף להכשיל את ישראל אלא דאי מתרמי ליה בנקל כגון גבי טוחן שנותן לו חטין אחרי' במקומם. והיינו דאמרי' התם בירוש' דפרי' הכא את אמ' דמאי והכא את אמ' כפירותיו ומשני כאן קופה בקופו' כאן פירות בפירו' פי' הראב"ד ז"ל קופה בקופות מכיון שהוא צריך לכוין במילואה חושש שלא להחלי' וגם לא טרח לכתחלה לכוין במילוא' כך כדי להכשיל אבל פירות בפירות שאין צריך לכוין חיישי' וכן גבי חלב דליכא טירחא חיישי' שיערב והיינו דאמרי' בפ' אין מעמידין אי כי הדדי כי איכא סי' א' לא טרח ומזייף ומה שכתבו התוס' גבי קדרה דלא חיישינן לחלופי לא לפי שצריך לכוין חתיכות בחתיכות שיהיו דומ' ולא ירגיש ישרא' לכולי האי לא חיישי' שיטרח להכשי' והשתא ניחא דלא תיקשי התוס' מדידהו

לדידהו דמ"ש לעיל דיכול לתחום כף בתוך הקדר' התם ליכא טירח' לזייף דבהרף עין כי מהדר אפיה יכול לתחוב ואם יראהו יאמ' להגיס תבשילך נתכוונתי וכל כה"ג עביד להכשיל דליכ' טירח' ובהא דכתבו ניחא הא דמייתי ראיה מקיסטא דמורייסא ולא תימא שאני התם דמפסיד אבל לעולם אי כי הדדי נינהו חיישי' שיערב להכשיל דודאי לא אמרי התוס' דלא חיישי' אלא היכא דאיכא טירחא לזייף דלא טרח ומה"ט נמי לא טרח להפסיד ממון כדי להכשיל ומייתי מההיא דארבא דמורייסא דאין סברא שיפסיד שיערב יין שהוא ביוקר רק כדי להכשיל הכא נמי לא טרח ושמעינן מהכא דכל היכא שיש לחוש שיחליף לפי דרכו ואין צריך לכוין שום סי' חיישי' והכא נמי שמא מכר הכשרו' במקום אחר לעכו"ם לפי שנזדמנו לו יותר או שהיו למעלה ואותם האחרות היו בירכתי הספינה ומאי איכפת ליה.

אלא ניכרין דברי הרב שבאותו הנדון סמך על הדפוס החקוק בתוכו ועל המנין והמשקל שאעפ"י שהן עצמן לא חשיבא סימן החותם משום דחיישינן לגנבה והמשקל לפי שיכול לכוין משקלותיו במנינם והחליף לה באחרות שחקק בהם אותו הדפוס שגנב או מצא כדכת' הרשב"א ז"ל שאין לסמו' על אותם חותמו' הנמצאו' ביד עכ"ום. וכמו שהוכחנו שאף ר"י ז"ל מודה היכא שהעכ"ום מביאם ואין ישראל חוזר ורואה אותם. ומיהו כל זה הוא דאיכא למיחש שזייף להנאתו אבל כשאין לו הנאה של כלום לא חיישי' דטרח לזייף רק להכשיל וכיון דהשתא אין לחוש שמכר לישראל במקום אחר שאם כן היו לוקחי' הכתב מידו או היו כותבי' על גבו מה שלקחו ממנו לא חיישי' שמכר' לעכ"ום לפי שהיא מזומנת יותר ואלו הם גבינות שלו אשר עמל בהם לחותמם בדפוס שגנב או מצא וכוון במנין ובמשקל שכתוב בכתב כולי האי לא חיישי' אבל היכא דאין שום חותם עליו וגם המשקל אין בו סימן לפי שבא מארץ מרחקי' ואף אם יבא חסר המשקל יש אמתלא לו' שחסר הילכך איכא למיחש לאחלופי שמכר הכשרות לעכו"ם במקום אחר ואלו הם הטרפות שלו.

ובר מן דין הכתב הזאת מאחר שאין חתימותיה מאנשים ידועים וניכרים כמאן דליתיה הוי כמ"ש הרא"ה שהרי הוחזקו כאן מומרים ועכו"ם שיודעי' לכתוב. והרב מוהר"י ן' לב ז"ל לא התיר אלא כשאין מכירים החתימות מהעדים החתימות בכתב פירוש שהאנשים ידועים אצלנו אלא שאין חתימתן ניכרת דכה"ג ראוי לומר דמסתמא לא מרע איניש נפשיה לזייף חתימות אנשים ניכרים פן תגלה רעתו בקהל דמילתא דעבידא לגלויי היא וכי היכי דסמכינן אטעימ' בקפיל' ארמאה משום דלא מרע חזקתיה ולכך כתב הרב אם יביא התוגר כתב בידו וחתומים בה אנשים מאותו הקהל איך נעשו אותם הגבינות

בכשרות וכך וכך מניינם אע"פ שלא יהא ניכר כתב ידם אני מסכים להקל במקום שלא יש מנהג וכו' עכ"ל וטעמו ז"ל משום דכיון דאנשים ידועים מהקהל הם דמילתא דעבידא לגלויי לא משקר דמשתכח שיקרא ולא מרע נפשיה אבל אנשים שאינם ידועים וניכרים שהם מהעיר לא עבידא לגלויי לעולם שיאמרו אנשים דקאתו מעלמא נינהו ולא מרע חזקתיה בהכי כלל. ועוד דטעמא דלא מרע חזקתיה לא נאמר אלא בשל אחרים שלא לזייף בהם אבל בשלו לא מכסיף ולא מרע חזקתיה דהא אדרבה משתבח בנפשיה דמפלי ביהודאי כאשר ראינו רשעים שבאו ונשתבחו בעיר אשר כן עשו נמצ' שבגבינ' זו שהיו מביאים העכו"ם לא היו שם היתר על מה שנסמוך אם הכתב אינה ניכרת בחותמיה ואין אנשיה ניכרים שנאמר שמרתת דלא יתגלה ומרע נפשיה וכיון דשכיחי מומרים עכו"ם שיודעים לכתו' לא סמכי' בכתב כלל. וגם מהמנין ומשקל אין ראיה חדא כיון דאינהו כתבו ליה ואינהו שקלי מאן דעבד הא עבד הא. ועוד אפי' היה הכתב אמת לא אמרו אלא בבא ממקום קרוב אבל הבא ממרחק אפי' אם יחסר משקלו אית ליה למתלי שחס' ואינו נתפס בכך וכן עושי' שלא מוני' ולא שוקלי' אלא על הכתב סומכים שהגבינות בחזקת' שאם היו מוכרי' במקו' אחר היו לוקחים הכתב כמ"ש הרב מהר"י בן לב ז"ל והמה לא ידעו דרך הרב ז"ל ולא הבינו עצתו שלא אמר אלא במקום שיש להם חותם של דפוס שלא חשו שגנבו הדפוס במקום שאין להם הנאה של כלו' ולא טרח ומזייף ללא הועיל וכאן אין להם לא חות' וסימן ולא משקל לראיה והקנים שנותנים בהם אינם בתוך החריצים בשעת עשייתה אלא חורצין הגבינה ונותנים הקני' לתוכן ולעיני השמש נותני' אותם כאן נמצא שאין להם סמך אלא כתב זו שבידם שביררנו כי היא הבל ופעלם מאפע. וכבר נתברר בבית הועד ובאו אנשי' מאות' המקומות והזכירו כל הדרי' שם ולא נמצא בהם שום א' מאלו החתומי' בשמונה כתבים משמנ' פעמי' זולתי א' אברהם הכהן ואומרו שמת אשתקד. עוד ניכר זיופם שדקדקנו בחתימות הכתבים וראינו חתימת כל איש א' מג' כתיבות מתחלפות. עוד דקדקנו בכתבים והנה שפה אחת לכלם ומתנבאי' בסיגנון א' ולא עוד אלא שהטעייות הרבות הנופלות בלשון כמו' זה כן זה וזה מורה שכלן נסקרין בסקירה א' ומכתב א' שלפניהם מעתיקי' ומדקדקי' בטעיותיה שלא יחליפו והכתב חזותה מוכיח עליה כי מעשה עכ"ום או מומרי' היא וכן כלם. וכבר נתברר ביום הקהל שקבצו כל היהודים העומדים על הספינה בגאלטה לחקור מפיהם הדבר הרע הזה ובכח החומרא שהטלנו עליהם ענו ואמר אל אלהים הוא יודע וישראל גם הוא ידע שהגבינה הנמכרת לישראל היא עצמה אותה שמוכרי' לעכו"ם ומה שאין העכו"ם לוקחים מפני רעתה מוכרים ליש' ועוד אמרו יודעי' אנחנו באמ' שהכתבי'

שמוציאי' בכאן הם נכתבי' אבל לא ידענו מי היא המזייף אבל רואי' אנו שיוצאי' מתחת יד הב"אזאר באש"י שהוא הלוקח מתגרי הספינו' כדי למכו' ליש' כמדומה שיש תחת ידו עכו"ם או מומרי' שכותבי' אות' וכשנתברר כל זה הסכמנו ואסרנו כל הגבינו' הבאו' מאות' המקומו' אם לא שיבא כתב ניכר בחותמיו ועדיו נאמנו מאוד ובסי' הראויי' לסמו' עליהם שאפי' אם היה כתב חתום בחותמן של עדי' מי שיודעין מאותו המקו' והיה בדין לסמו' עליה' מן הסת' ולא היינו חוששי' לזיוף עכשיו שנתגל' כי שקר בימינ' מעת' אין ראוי לסמו' על הסת' שלה' וכאות' ששנינו בפ"ב דר"ה בראשונ' היו מקבלי' עדות החדש מכל אדם משקלקלו המיני' התקינו שלא יהיו מקב' אלא מן המכירי'. ומתפר' התם מה קלקלו שבקשו בייתוסים לשכור עדי שקר להעיד ולא עלת' בידם התקינו שלא יהיו מקבלים אלא עד שיבאו עדים אחרים ויעידו עליהם שמכירים אותם בנאמנות וכשרות וכן שנינו בראשונה היו משיאין משואות משקלקלו המינים התקינו שיהיו שלוחים יוצאים אלמא כל דאית ליה ריעותא לא סמכינן אסתמא ולא עוד אלא שאף בהכרת החתימה יש לחוש כי הא דאמרינן בפ' אלו נערות האי שטרא ריע' לא מגבי' ביה היכי דמי כגון דאתו בי תרי ואמרו לדידהו א"ל זייפו לי דכיון דקא מהדר אזיופא אימור זיופי זייף וכתב פי' שיכוין כתב הדומה לכתב ידי העדים. ואע"פ שהר"ן ז"ל כ' שם ואפשר דאפי' אתו עדים ואמרי זה כתב ידינו כל שאינן זכורים על ההלואה אינן נאמני' דעביד אינשי דטעו בהכי דומיא דעובדא דמייתי בגט פשוט דאמר רבא אין חתימת ידי וכו' הכא ודאי לא מחמרי' בכה"ג באיסור של דבריהם שהתיר בחותם אחד ועד מפי עד וכו' ואין לומר ג"כ דלא חיישינן בכל הכתבים הבאים לאחר מכאן דהתם מדברי הרי"ף מוכח דלא חיישינן אלא בכעין ההוא שטרא וכ"כ הרא"ש ז"ל דלישנא דגמ' דקא' האי שטרא ריע' לא מגבי' ביה משמע דוקא האי שטרא דאית ביה רעותא אותו שטר של מנה של פלוני ולא שאר שטרות היוצאות שלא הוחזק לזייף שטרות של כל אדם אלא דוקא על אותו פ' דתלי שמא מנה היה אצלו בע"פ וירא שמא יכפור לו דון מינה ואוקי באתרא דהיכא שאין טעם לחלק דמשום דמנה היה אצלו בע"פ אלא שרוצה לזייף כדי להשתכר כל הכתבים שיוצאים מתחת ידו כענין הכשר הגבינות מחזקינן בהו רעותא ולא מקבלינן מנייהו לכן הסכמנו לאוסרם לעתיד עד שיתקיימו בחותמם כראוי להם והסכימו כל החכמים באיסור ופורץ גדר של חכמים ישכנו נחש.

ולענין מה שזלזלו באיסור גבינות העכו"ם לפני העם לומר שאינן אלא כמים המגולים עתידים ליתן עליהם את הדין שהרי גבינת העכו"ם נאסר במנין ובגמ' נאמרו בה כמה טעמים רי"בל אמר משום ניקור ושמואל אמר משום שמעמיד אותו בקיבה של נבלה

והקשה רבינו יוסף הלוי ז"ל אמאי נקט משום נבלה אף של שחיטה תאסר משום בשר בחלב ותירץ דנקט נבלה משום דאיסורא דידה כיון דאוקומי קמוקים חשיב ליה כאלו בעיניה ושאר מפרשים פירשו שאינן הולכים באיסורים אלו של עכו"ם אחר נ"ט כמו שהביא הרשב"א ז"ל כמה ראיות על זה וזה דעת הרמב"ן והראב"ד ז"ל וכתב המ"מ ולדבריהם הטעמים האחרים קיימים ע"כ אלמא לכל הני רבוותא הטעמים שנאמרו בה קיימים ויש לחוש להם. ולכך הרי"ף ז"ל הביא טעמו של שמואל משום דבמקו' שמעמידי' אות' בעור של קיב' חיישי' להו.

ור"ת תפס טעם האיסור משום ניקור כריב"ל דקי"ל הלכתא כותיה לגבי ר' יוחנן וכ"ש לגבי שמואל דהא שמואל ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן והרמב"ם ז"ל פסק כשמואל דטעמא משום שמעמידי' אותה בעור של קיב' נבלה. וקשה לומר דהרמב"ם פליג אהך כללא דהלכתא כרי"בל לגבי ר' יוחנן כמו שכת' ר"ת ובס' תנאי' ואמוראי' ותו שהתוספו' בסוף פ' אין בין המודר גבי הפקר ב"ג פסקן כרי"בל והוכיחו מדלא פסקי' בפר' תפלת השחר דלית הלכתא כוותיה דרי"בל אלא בתרי דמפרש התם אלמא באחריתי הלכתא כוותיה וכן פסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהל' נדרים. וקשה מהא דאמרי' בפ"ב דגטין גבי אמר לעשרה כתבו אמ' ר' יוחנן שנים משום עדים וכלם משום תנאי ור"ל אמר כלם משום עדים ואמרינן בגמרא דרי"בל ס"ל כריש לקיש ופסק הרי"ף כר"י וכן פסק הרמב"ם ז"ל אע"ג דכי פליג ארי"בל לחודיה לית הלכתא כותיה כ"ש השתא דמסייע ליה ריש לקיש.

וי"ל דהך כללא לא תני אלא באותם מקומות שנחלקו רי"בל ור' יוחנן וכמו שנחלקו ר' יוחנן וריש לקיש והתם עיקר פלוגתייהו ר"י ור"ל הוא דאילו רי"בל בביתו דבר ולא פליגי מיהו זו שלמד ר"ת דכיון דקי"ל כריב"ל לגבי ר' יוחנן כ"ש לגבי שמואל קשיא לי דמנ"ל הא דכי פסקי' כר' יוחנן לגבי רב ושמואל לאו משום דעדיף בתורה מנייהו שהרי ר' יוחנן אמר על רב נהירנא כד הוה יתיבנ' י"ז שורי' אחורי' דרב קמי דר' ונפקי זיקוקי דנורא מפומי' דרב לפומי דר' ומפומי דר' לפומי' ולית אנא ידע מה הן אמרי' וכי הוי כת' ליה ר' יוחנן לרב הוי כת' ליה לקדם רבינו שבבבל וכי שכיב רב הוי סבר למכתב לשמואל לקדם חבירנו וכשראה חכמתו בטרפות אמר אית לי רב בבבל אלמא גדולים בחכמה היה ולא פסקו הלכה כר' יוחנן לגבייהו אלא שר' יוחנן האריך ימים הרב' אחריה' ושמע דברי רב ושמואל שבבבל ובמה שנר' לחלו' חלק אבל רב ושמואל שבבבל לא ראו ולא שמעו דברי ר' יוחנן שבא"י שקטן מהם היה ומה שפסקו כרי"בל לגבי ר' יוחנן משו' דתרוייהו בא"י הוו ור' יוחנן קטן היה לגבי רי"בל ולכך פסק כאן הרמב"ם כשמואל. וכן מצינו בפ' ראשית הגז גבי ד' רחלות גוזזות מנה ופרס כת' הרא"ש והלכתא כר' יוחנן

וכן מסתב' דהלכת' כר' ינאי כנגד ר' יוחנן תלמידו וכ"ש כנגד רב ושמואל דלית הלכתא כותייהו לגבי ר' יוחנן ואף שם לא מכרע' מלתיה דכנגד ר' יוחנן שאני דתלמידו הוה ואין הלכה כתלמיד במקום הרב ששמע הרב דבריו ולא נראו לו אבל לגבי רב ושמואל מנלן דילמא הם שמעו את דבריו ולא קבלום והרמב"ם ז"ל בפ"י מה' בכורים פסק דהלכ' כשמואל דמוקי לה בישר' שיש לו גיזים הרבה ולשיטתיה אזיל. ומיהו בפרק אלו נאמרי' גבי עם שאחורי הכהני' מבעיא לן מחיצה מהו ת"ש דאריב"ל אפי' מחיצה של ברזל אינה מפסקת בין ישר' לאביהם שבשמים וכת' התוס' דהפסק מחיצה לאו כלום היא כדאמרי' בסוף מס' ר"ה ובפ' כיצד צולין דתנן אבר שיצא מקצתו מן האגף ולחוץ כלחוץ אמר רב וכן לתפל' ופליגא דריב"ל דאמ' אפי' מחיצ' של ברזל וכו' ומדפשי' גמ' בסוט' מדריב"ל ש"מ דקי"ל כוותיה ע"כ אלמא הלכתא כריב"ל אפי' לגבי רב ומיהו משם אין ראי' דבכל מילי פסקינן כוותיה דכי אתמ' כללא לא נאמ' אלא לגבי ר' יוחנן אבל לגבי רב מהא דפשיט גמר' מדרי"בל שמעי' דס"ל כותיה אבל במידי אחריני יראה דלא.

והך טעמ' דשמואל מפני שמעמי' אות' בעור של קיב' נבלה מקשו עלה מ"ש דנקט קיבת נבל' אפילו שחוטה נמי אסורה משום בשר בחלב ותי' התוס' דדוק' נקט נבלה דאז אית ביה איסור' דאוריית' אבל בשחוט' משו' בשר בחלב ליכא איסורא דאוריית' דצונן בצונן הוא ואע"ג דאוקומי קמוקי' מ"מ אינו אלא איסור' דרבנן ע"כ נמצא לפי זה שאם נמלח' הקיב' בעור' או שנשתהה יתר על יום א' דחשיב ככבוש וכבוש הוא כמליח ומליח ה"ה כרותח הו"ל איסורא דאוריית' ואסו' וזה דוק' במליח אבל צונן בצונן אע"ג דאוקומי קמוקים איסור' דרבנן הוא ולא חיישי' ליה דס' דרבנן לקול' מיהו ק"ק מתני' דס"פ כל הבשר המעמי' בעור של קיבת כשר' אם יש בו בנ"ט אסו' ומסתמ' בשלא נמלח' דאי בנמלח איסור' דאורייתא איכ' ובהעמי' בה סגי אעפ"י שאין בה בנ"ט ובלא נמלח' נמי אמאי לא מתסר' מדרבנן כיון דאוקומי קמוקי' דהא לאו ס' היא דודאי העמי' בה. והר"ן ז"ל בפ' כל הבשר כת' הק' רבי' יהוסף ן' מיגש ז"ל מ"ש נבל' דנקט וכו' ועוד היכי מתסר' כבוש לבעי נ"ט וכדתנן בחולין המעמי' בעור של קיבה אם יש בה בנ"ט אסור וניחא ליה דאי משום בשר בחלב לא הוה מתסר' אלא בנ"ט אבל נבל' דאיסור' משום דאוקומי קמוקי' חשיב ליה כאילו בעיניה ולא בטיל וכן הביא הרש"בא ז"ל בת"ה וניכר מדבריו דבעי למימ' דכיון דאיסור בב"ח התירא בהתיר' אינו אוסר אלא ע"י נ"ט דאפי' אם מעמיד לא חשיב כאילו איסור' בעיניה שמי שגורם ההעמד' לאו מילת' דאיסור' הוא אבל נבל' האיסו' גורם ההעמדה וכמאן דאיתיה לאיסור בעיניה הוא הילכך אפי' נמלח

הקיבה בעורה או שהיה רותח כיון שאין בו בנ"ט שרי ולא אזלינן בתר מעמיד אלא היכא שהמעמיד הוא איסור בפני עצמו.

ומדברי התוס' משמע לכאור' דטעמ' משום ניקור ולא חיישי' לי' שכתב ואו' ר"ת דעכשיו לא מצינו טע' פשו' לאסו' גבינו' העכ"ום דהא טע' האיסו' משו' ניקור כרי"בל דק"יל כותי' לגבי ר' יוחנן וכ"ש לגבי שמואל וכו' ואנו שאין נחשים מצויי' אצלנו אין לחוש משום גילוי כי לא אסרו במקו' זה. וגם בהרב' מקומו' יש שאוכלי' אותם מפני שמעמי' אות' בפרחי' וגם גאוני' אחרי' התירו אות' במקומו' מטע' שמעמי' אות' בפרחי' מיהו במקומותינו שמעמידי' אות' בקיב' או' הר"י ן' ה"ר חיים שיש קצת לאסו' מפני שמולחי' הקיבה בעורה ואיכא איסו' בשר בחלב דמלוח הרי הוא כרותח ואני ראיתי מקומו' שמעמידי' אותם בנבלת ד"א עכ"ל. והמתירים הביאו ראיה מדברי התוס' ז"ל שכתבו שאו' ר"ת כי עכשיו לא מצינו טע' פשו' לאסו' גבינו' העכו' כו' דמשמע להו שאף במקו' שמעמי' אות' בעור של קיבה קאמ' והא ודאי ליתא כלל דאמאי לא ניחוש לה הא טעמ' דאוקומי קמוקי' לא בטיל ואין מי שיחלוק עליו. והתוס' עצמם כתב למעלה דשמואל לעור נבל' חיישי אבל לאיסור בשר בחלב לא חיישי אע"ג דאוקומ' קמוקים אינו אסור אלא מדרבנן דצונן הוא אלמא באיסו' נבל' דאיסור' דאוריית' הוא הלך אחר המעמיד ולא בטיל. ורי"בל לא פליג אהך טעמא דהכא דמעמי' בעור של קיבה חיישי' לה אלא אתא לאוסופי דאף במקום שאין מעמי' בעור של קיב' מ"מ אסור משו' ניקור.

ואי ס"ד דר"ת מיירי באתר' דמעמי' בעור הקיב' מאי אהני ליה מאי דמוכח דבאות' המקומו' שאין נחשי' מצויי' ליכ' טעמ' דגילוי דקי"ל דהלכ' כרי"בל דאפי' אם פסקו כרי"בל לגבי שמואל אכתי כל היכא דאיכא למיחש לעור קיבה חיישינן ועוד היכי מייתו התו' סייעת' למילתיה של ר"ת שכת' וגם בהרבה מקומות יש שאוכלי' אות' מפנו שמעמי' אות' בפרחי' וגם גאוני' אחרי' התירו אות' דמשמ' דבשיט' ר"ת קיימי אדרב' הני גאוני' פליגי אר"ת דלא פסקו כרי"בל דאטעמ' דמעמי' בעור של קיב' סמכי' ואי משום דגם לדבריה' האיסור הותר מכללו במקצת מקומות הול"ל וגאוני נרבונא אע"ג דאינהו חיישי לטעמ' דשמואל מ"מ התירו במקומות שמעמי' בעשבי' ובפרחים. ועוד ממ"ש התו' דמסיים שיט' ר"ת מיהו במקומות שמעמי' בקיבה יש קצת טעם לאסור לפי שמולחי' אותה ומליח כרותח משמע דאכתי שאר טעמים המוזכרים שם לא נדחו לגמרי. ואילו היה חשש שמעמידי' בעור של קיבת נבלה אפילו לא נמלח היה אסור משו' נבלה ולא היה צריך לטעמ' דמליח הרי הוא כרותח ותו איכא למידק דאי עכשיו לא מצינו טעם פשוט לאסור גבינות העכו"ם והלא לדבריו טעמא דריב"ל טעם פשוט

הוא ועיקר ולדידיה ההיתר פשוט אם כן הול"ל כיון שעיקר הטעם משום גילוי במקומות אלו שאין נחשים מצויים ההיתר פשוט. ונראה שדברי רבינו תם כך הם לא מצינו טעם שפשט איסורו בישראל לאסור גבינות העכו"ם אף על פי שבטל הטעם משום דהוי דברים שבמנין דהא טעם האיסור הוי משום ניקור ולא פשט איסורו מתחילה במקומות שאין נחשים מצויים ואילו היה טעם האיסור כשמואל מפני שמעמידים אותם בעור קיבת נבלה או מפני שמחליקין פניה בשומן ד"א היה לנו לאסור אף במקום של ר"ת שהיו העכו"ם מקפידים ונזהרי' שלא לעשות כן מפני תענית' כדכתב הרשב"א ואף על פי שבטל הטעם דבר שבמנין הוא וצריך מנין אחר להתירו אבל כיון שהטעם משום גילוי נאמר שכשאסרו מתחלה לא אסרו במקומות שאין נחשי' כדמוכ' לקמן גבי יין נסך דשרי רב בשיכר' ארמאה וכת' ראיה לזה בהרב' מקומות יש שאוכלי' אותם מפני שמעמידים אותם בפרחי' דטעמייהו דהנך גאונים לפי שאותם המקומות לא היו בכלל גזירה. ומיהו במקומינו שמעמידי' בקיב' אע"פ שאין מעמי' בעור יש טעם קצת לאסור מפני שמולחי' הקיב' בעור' ומליח הרי הוא כרותח ומ"ש קצת משום דספק הוא אם מולחים אותה ומינה שגם אם יהיו מעמידים בעור היה הטעם בו לאסור אפילו לא נמלח.

והמתירים הביאו עלה תשובת ר"ת שהביא המרדכי וז"ל כל עצמי אני מתיר גבינות העכו"ם בחלב שחלבו לעשות גבינה אבל לא בחלב שחלבו לחלב או לכותח שזה אני אוסר שאין גזירת גבינה אלא משו' גזירת ניקור וגזירת ניקור כבר בטלה כדשרי רב בשכרא ארמאה ולניקור נחש לא חיישינן וגם קיבת נבלה שריא עכ"ל ואדרב' מצדה תברא דקאמר וגם קיבת נבלה שריא משמע שלא היה חושש במקומו לעור אלא לקיבת נבלה וקיבת נבלה פירש' בעלמא הוא דאלו היו מעמידים בעור ודאי הי' ראוי לחוש והרי כאן הדבר מפורס' שמעמידים בעור הקיבה ממש לפי שמועט מן העור מעמיד יותר מהרבה מן הקיבה שבתוכו וכששומ' הקיב' להעמיד חותכים את העור לחתיכות דקות ומערבים אותם בחלב שבתוכ' בין בצלול בין בקרוש והיו להם למשמרת להעמיד הגבינות. וכתב עוד המרדכי ז"ל בשם ר"ת וכ"כ שאין לחוש שהעמידה בעור קיבת נבלה והו"ל ס"ס שמא נתערבו נסיובי דחלבא ואפילו אם נתער' שמא לא הועמד בעור הקיבה ואם כונתו לומר דהיכא דאפשר שמעמידים הגבינות בעור הקיבה שרי משום ס"ס מאי שמא נתערב נסיובי דחלבא דקאמר והרי העור עצמו נבלה היא ועוד דהתם לא היו מעמיד' בעור כנר' בדברי התוס' שלא חשו אלא לקיבה עצמה שסיים ר"ת בתשובה קאי וכתב וגם קיבת נבלה שריא דפירשא בעלמא הוא ועלה קאמר דאין לחוש שמא העמיד' בעור קיבת נבלה שאם הועמד זמן שם הו"ל כבוש כמליח ומליח כרותח משום דהו"ל

ס"ס שמא לא היו שם נסיובי דחלב' דאיקרי חלב והקיבה עצמה אפילו אם נמלחה עם העור והועמדה בתוכה ימים רבים אין בכך כלום ולא מיקרי בשר בחלב דפירש' בעלמא הוא ואת"ל דהיו בם נסיובי דחלבא שמא לא הועמד הקיבה בתוך העור אלא הוציאו הקיבה לחוץ שאולי כשם שמקפידי' שלא להקפיא בעור מפני תענית כך מקפידים שלא להקפי' בקיבה שהועמד' ושהתה בתוך העור ולקחה את הטעם שהרי אנו רואים שחוששים לפליטת כלים שכל ימות השנה בימי תעניתם מפני שנותנים טעם וכיון דס"ס הוי אין לחוש. והא דנקט בלשונו שמא העמיד בעור קיבת נבלה דלפי מה שיש לחוש משום בשר בחלב אפילו בבשרה שייך איכא למימר דלרבותא דהתירא נקטיה לומר דאם ליכא נסיובי דחלבא אע"פ שהיה נבלה שרי' ולא נחוש שנתן טעם של נבל' בתוך הקיבה ע"י שהועמד' בתוך העו' ואע"פ דפירש' בעלמא היא כבר לקחה טעם האיסור וכיון דאוקומי קמוקים לא בטיל דאכתי אותו מועט שנתן טעם העור בקיבה אין בו לבדו כדי להעמיד אם לא מכח הקיבה עצמה וקי"ל אין המחומץ מחמץ אלא לפי חשבון. וכאן במקומות אלו גלוי וידוע שהישמעאלי' והנכרי' מעמידי' בעור ממש ואף הנכרים אין מקפידי' בכך כי הנוצרים הללו בני היונים אינם אוכלי' אפי' גבינ' בימי תענית' לא כאותם אשר בצרפת שכתב הרשב"א ז"ל שאוכלים גבינה וצריכי' ליזהר מטעם בשר וכיון דיש לחוש לעור ס' דאורייתא הוא ולחומרא ועוד אפי' היו מעמידי' בקיב' עצמ' הא דעשאה ר"ת ס"ס היינו לטעמיה דמחלק בס"פ כל הבשר בקיבה עצמה בין צלול שבה לקרוש שבה וקרוש פירש' בעלמא היא ולא מיקרי חלב אצל רש"י ז"ל דאפי' הקרוש חלב מיקרי ונאסר משו' בשר בחלב. וכן העלו הרא"ש והר"ן ז"ל שם וכתב רש"י ז"ל שמתחלה היה נוהג היתר בחלב הקיבה שנמלח בה דפרש' בעלמ' הוא וטועה הייתי בה דחלב גמור הוא דתנן כשרה שינקה מן הטריפה וכו' ולפי זה אין כאן ס"ס אלא ודאי איסורא בין שמעמידי' בעור בין בקיבה עצמה. ומ"ש התו' משם הר"י ן' חיים שיש טעם קצת לאסו' מפני שמולחים הקיבה בעורה כלו' שאפי' אם הוא ס"ס לדברי ר"ת מצוי הוא דאיכא נסיובי דחלבא כ"ש לדברי רש"י דקרוש נמי חלב איקרי אבל במקום שמעמידים בעור ממש הטעם ברור לאסור ולא התיר ר"ת אלא במקום שנזהרים מלהעמיד בעור ומטעם דלא מיקרי דבר שבמנין לו' שאעפ"י שבטל הטעם צריך מנין אחר להתירו משו' דמעיקר' לא גזרו באות' מקומו' שאין נחשי' מצוייי' ואף בזה יש להחמיר מן הטע' שכתב הסמ"ק בשם הר"ר יעקב דאע"ג דאנו נוהגי' היתר במים המגולי' היינו משו' דלא שייך בהו טעם של איסור אלא משו' נחשי' הלכך כי שרינן להו במקום שאין נחשי' מצויים לא יבאו להתיר במקום שמצויים. אבל גבי גבינות דשייך בהו טעמי' טובא אי שרית במקו'

שאין נחשי' אתי להתי' אף במקום שהם מצויי' הילכך לפי טעמו של ריב"ל יש לאסו' גבינו' העכו"ם אף במקום שמעמידי' בפרחים והלכה כריב"ל כמ"ש ר"ת ע"כ. וה"ה דרבוותא דפסקו כשמואל משום שמעמידי' בעור הקיבה שאף במקום שאין מעמידי' אלא בקיב' עצמ' או בפרחי' דאסור דהו"ל דבר שבמנין אעפ"י שבטל הטעם צריך מנין אחר להתירו משו' דשייך בהו טעמי' טוב' ואי שרית במקו' זה אתי למשרי במקום אחר הואיל ואין הטעם ברור. ונ"ל דלא ס"ל הך טעמ' דתוס' דכשאסרו תחל' לא אסרו אלא במקום שנחשי' מצויי' שהרי בתחל' לא גלו טעמ' אפי' כששאל ר' ישמעאל את ר' יהושע הפליגו בדברים שלא לגלות עיקר הטע' עד שיתפש' איסור' וכיון שנתפשט האיסו' בלא טעם מסתמ' נתפש' אפי' באות' המקומות דלא שייך בהו חשש גילוי ולא חשש עור נבילה וחזר להיות דבר שבמנין שצריך מנין אחר להתירו.

כללן של דברים דלא מבעי' לכלהו הני רבוותא דפסקו כשמואל דהיא גופא גזרה דגבינות העכ"ום במקומות אלו מעמידים בעור הקיבה אלא אפי' לר"ת שפסקו התוספות שפסק כרי"בל דטעמא משום גילוי לא עלה על דעתו להתיר במקום שמעמידי' בעור שאפי' אם לא היה זה טעם הגזרה מ"מ אנן ניחוש לה דספקא דאורייתא היא אלא דהא פליג אשאר רבוותא דפסקו כשמואל שאם עיקר הטעם היה מפני שמעמידין אותה בעור אעפ"י שעכשיו נהגו הנוצרי' שלא להעמיד בעור הגזרה במקומה עומדת אע"פ שבטל הטעם בזה כיון שמתחלה נתפשט איסורו במקומות אלו צריך מנין אחר להתירו ולא דמי למקומות שמעמידים אותם בפרחים א"נ למקומות שאין נחשים מצויים דליכא למיחש לגילוי דאיכא למימר שמתחלה לא היו מקומות אלו בכלל הגזרה ואף בזו הסמ"ק מחמיר דצריך מנין אחר להתירו כיון דבגבינה איכא טעמי טובא וטעו אינשי ולא נשאר למתיר יתד להתלות בו כי נטה לארץ מנלו ופעלו אין ידים לו. והאיש הזה לא די לו שהתיר את האסור אלא שזלזל באיסור גבינות העכו"ם נגד העם וקם בקהל ושוע כי אכילת גבינת העכו"ם הוא כשתיית המים המגולים שאין אנו חוששים להם וכבר ביארנו שדבריו טעות ושגיאה. ואפי' לטעמא דגילוי אין הדמיון שוה שאם אין חוששים למים המגולים לפי שבארצותינו ובזמנינו אין הנחשים להוטים אחר זה ואולי לפי שמצויין להם מים בארצות הלחות הללו כדרך שמצוי להם העפר כי לחמו הוא אבל להוטים הם אחר החלב וחמירא סכנתא כ"ש דדבר שנאסר במנין הוא ואע"פ שבטל הטעם א"א להתירו כדמוכח בפ"ק דביצה. ומה ימריצהו כי יענה ויזלזל את האיסור באזני השומעי' שיקלו ראשם לאכול גבינות העכ"ום שהרי אמרו בפרק מקום שנהגו דברי' המותרים ואחרים נהגו בהם איסור אי אתה רשאי להתירם בפניהם ורוחצין ב' אחים כא' ואין רוחצין ב'

אחים כאחד בכבול ומעשה ביהודה והלל בניו של ר' שרחצו כא' בכבול לעזה עליהם מדינה מימינו לא ראינו כך ונשמט הלל בבית החיצון ולא רצה לומר מותרים אתם אלא שנהגתם בו איסור ומכאן דקדק הר"ן ז"ל דאין לומר טעמא דמפרסמא מלתא להתירא ועוד ראיה מדאמרי' בפרק שני דנדרים נדר בחרם ואמר לא נדרתי אלא בחרמו של ים וכו' דתנן ועל כלם אין פותחים להם פתח ממקום אחר שלא ינהגו קלות ראש בנדרים וחכם שהתירן בלא פתח והורה לו שמותרים משמתינן לו אעפ"י שמן הדין אין כאן נדר כלל כ"ש כשיש איסור בדבר ואע"ג דהאי איסורא דרבנן הוא מ"מ חיישינן ביה טפי כדאמרי' גבי י"ט שני של גליות דמשמתינין עליה שלא יזלזלו בו ובפ' אין מעמידין אהא דאמר רב נחמן לא תשתעו מיניה דאיכא דאכל נהמא דארמאי כתב הר"ן ז"ל מהא שמעי' שאיסורו של פת כיון שלא פשט איסורן ברוב ישראל והיא גזירה שאין רוב הצבור יכולים לעמוד בה אין מלקין ולא משמתין עליה מי שעבר עליה אלא מוכיחין אותו ואסור לומר שמועה מפיו בבית המדרש עכ"ל למדנו מדבריו כי בדברים שפשט איסורן ברוב ישראל ורוב צבור יכולים לעמוד בה ראוי להלקות ולשמת את העובר ואת המפקפק ומזלזל את האיסור בפני העם ואמ' במס' עדיות שנדו את אלעזר בן חנוך שפקפק בטהרת ידים ודקילא ליה וטבא ליה עבדי' ליה שגזרנו שלא יאמרו שמועה מפיו שאם אינו דומה למלאך ה' צבאות אל יבקשו תורה מפיהו וצור ישראל יצילנו משגיאות שלא נכשל בדבר הלכה. הצעיר יוסף בכמה"רר משה מטראני זלה"ה.

סימן ד

שאלה בית הכנסת שהיו לו בתים בנויים תחתיים שניים לדירה לרוח מזרחית זה שנים רבות וברוח צפונית ומערבית עזרות וכאשר ירד האש בעונות היו כולם למאכולת אש ובחמלת ה' ית' החזיק ידי אנשי הקהל והציב גבול אלמנה ונבנה הבית הכנסת עם העזרות על תלם רק הבתים לא נבנו כי קצרה יד אנשי הקהל ועשו שם במקום אשר היו שם הבתים בנוים גן ופרדס ונטעו שם עץ עושה פרי למינהו גם יש שם בתוך הפרדס בקרן דרומית מזרחית רחוק מהכותל המזרחית של בית הכנסת רחוק כעשרים אמה מקום כמין אצטבא לשבת שם אנשי הקהל לאכול ולשתות ולשמוח לכשירצו כדרך כל הגנות והפרדסי' שאצל הבתי כנסיו' שאינם בכלל העזרות שמשתמשין בהם דרך חול כה משפט גם פרדס הקהל הזה זה שנים. ויהי היום שמה ישבו שנים שלשה מנכבדי וטובי הקהל ומאציליה יודעי דעת ומביני מדע וישענו תחת העץ לאכול ולשמוח ולהשתעשע שם כאשר עשו אנשי הקהל הנז' ואחד מזקני הקהל שלא קנה חכמה אשר גם הוא קבע שם סעודה פעמים רבות בשנאתו אותם מחמת קנאה אמר שאנשי הקהל חללו את בית

הכנס' שעשוהו בית יין של עכו"ם ערלי בשר מארק"ו מיאנא"ס ושתו ולעו וקלקלו נגד היכל ה' ושבשבילם נתבטלה מב"ה תפלת מנחה וערבית מה שלא היתה ידם במעל כלל ח"ו חלילה וביום הושענא רבה בהיות האנשים בתפלתם עם אנשי הקהל הגיד המגיד את כל הדבה הרעה הנז' המוצאות על יחידי הקהל ושאלו אנשי הקהל בפרסום למגיד לאמר מי הוא זה ואיזה הוא המוציא דבה זו ויען ויאמר אינו מאנשי הקהל אבל באמת כאשר הגדתי לכם כן אמר עליכם ויהי כשמוע כל הקהל הנמצאים שם עמדו על נפשם לכבוד הקהל והחרימו על כל המוציא דבה על אנשי הקהל ויתן אותם כמחללי שם שמים ברבים ומחללי כבוד קדושת ב"ה ושהחטיאו את הרבים ומנעו רבים מעשות מצוה אשר אלה כלם מהדברים שמנדין עליהם ויהי כשמוע הזקן את אשר עשו אנשי הקהל הנמצאים ביום ההיא הוסיף על חטאתו פשע ועמד ואמר אני הוא המדבר ויפה דברתי כי האנשים ההם הם מנודין יורנו המורה לצדקה מה יהיה משפט האיש הזה ושכרו יהיה כפול מן השמים אוי"ר.

תשובה בדברים האלה ראוי לכל חכמי לב לאגוד את דבריהם והצנועים מושכין את ידיהן. לבלתי השיב בדברים של טרוניא וקנתור שלא כשורה פן תהיה סבה להגדיל עוד האש ולהרבות המדור' ולסיבה זו מנעתי עצמי ואחזתי פלך השתיקה לכן עתה כי ראיתי שיש בדבור קבול שכר לאהבת האמת והשלום נעניתי לדורשים על פי התור' אשר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום ושורת הדין שהפרדס הזה והאצטבא אשר בתוכו אין בה שום קדושה כלל לא כקדושת בית הכנסת ולא כקדושת החצר של ב"ה מאחר שהמקום ההוא חול גמור הוא ואעפ"י שהיא במילוא' של עזר' מאחר שיש הפסק במחיצ' של פצימים הואיל ואינה פרוצ' במילוא' למקום קדוש חולקת רשות לעצמ' כשם שחולקת לענין שבת וכן לתפלה דבפ' כיצד צולין משוינן אכילת הפסח בבית א' לענין מן האגף ולפנים כלפנים שכן מצינו בחיל שהוא מקודש מהר הבית ולא היה מפסיק ביניהם אלא סורג של עצים גבוה עשר' טפחים ותנן בספ"ק דכלים החיל מקודש ממנו שאין עכו"ם וטמאי מתים נכנסים לשם ואמרי' וכן לתפלה ובפר' כל גגות העיר לענין חצר גדולה שנפרצ' לקטנ' משוינן מחיצת שב' לענין כלאים ולגיטין ולתפל' ואעפ"י שאמרו המפרשים דלענין צירוף עשר' לתפל' אפי' אם הרא' פניו מחלון א' מצטר' אע"ג שרשות לעצמו הוא כדתנן אפי' חלון ד' על ד' בתוך עשרה מערבין ב' ואם רצה מערבים א' מ"מ מראה את פניו שאני שדומה כמצטרף להם אבל היושב בתוך הבית שאם היה רשות א' היה מצטרף בין ער בין ישן כשיש שם מחיצה המועלת לכלאים ולשבת אינו מצטרף.

ונהי שאם הי' המקום הזה שקבעוהו לאכיל' ושתיי' במערב נגד ההיכל כדברי הזקן ודאי שראוי להחמיר שלא לנהוג בו קלות ראש אעפ"י שהמקום חול הואיל והוא מכוון כנגד הקדש איכא זילותא דב"ה אבל מאחר שהוא במזרח אחורי ב"ה שאין פתח ב"ה פתוח כנגדו אין כאן בית מיחוש שע"כ לא שנינו אלא לא יקל אדם את ראשו כנגד שער המזרח מפני שהוא מכוון כנגד בית קדשי הקדשים אבל בשאר שערים שבצפון ושבדרום לא אסרו ואף בזו לא אסרו אלא מן הצופים ולפנים וברואה ובמקום שאין גדר ובזמן שהשכינ' שור' פי' שבית המקדש קיים כדאיתא בשלהי מכילתין.

ועדיין יש לבעל הדין לחלוק ולומר הואיל ומקום זה לפנים מן העזרה הוא ומן העזרה נכנסין להיכל כל שפתוח לעזרה כעזרה חשיב לענין קדושה כדתנן במס' מעשר שני ומייתי לה בפר' כיצד צולין הלשכות הבנויות בקדש ופתוחות לחול תוכן חול וגגותיהם קדש בנויות בחול ופתוחות לקדש תוכן קדש וגגותיהם חול ופי' ר"ש ז"ל כולה מתני' לענין אכילת ק"ק ושחיטת קדשים קלים ולהתחיי' עליהם כדתני' בתוס' וחייבים עליהם משום טומאה ולענין קדושת ב"ה מדמו לה רבוותא לקדושת המקדש דלענין עליה שע"ג ב"ה אית דמדמי לעלית שע"ג דקי"ל גגין ועליות לא נתקדשו ואית דמדמו לה לעלית ההיכל מדכתיב ואהי להם למקדש מעט כ"כ המרדכי משם מהר"ם בפ"ק דבתרא. ומיהו הא תמיהא לי מה ראה מהר"ם לדמותו לעלית ההיכל חדא דעלית ההיכל שאני שהכל נקרא היכל כדתנן ההיכל מאה אמה על מאה על רום מאה ובמקרא שבדברי הימים כתיב והתבה מאה ועשרים וקחשיב עשרים אמה של יסוד וכתיב הכל בכתב מיד ה' עלי השכיל אלמא שיעור גובהו של היכל ברוח הקדש נמסר שיהיה מאה אמה והכל נקרא היכל ואילו לא היתה שם עליה היה כל הגובה הזה קדושה אחד ואפי' לענין אמה כליה עורב אמר' בגמ' הכל בכתב וכו' הילכך לפי שנחלק במחיצה בין בית לעליה לא ירד מקדושת ההיכל אבל ב"ה מנ"ל שתופס את אוירו כנגדו עד לרקיע שתאסר עליה שעל גביהן ועוד דקדושת ב"ה למטה מקדושת ההיכל הוא שהרי קדושת הר הבית למטה מקדושת העזרה ותנן בשלהי ברכות לא יכנס אדם להר הבית במקלו ובנעלו ובאבק שעל רגליו ורקיקה מק"ו וגם בהיכל הני מילי שנו ולא נאסר אלא כל מה שאדם מקפיד בחצירו א"כ מסתייה שנדמהו לקדושת עזרה ולא לקדושת ההיכל.

עוד מצאתי למהר"ם ז"ל בתשובותיו סימן קמ"ה מעשה ונשבר ארון הקדש וצוה ה"ר אליעזר לגנוז כל העפר אל גומא א' והביא מדתניא בספרי הקוצץ אבן מן ההיכל אסור ליהנות ממנה. ונוראות נפלאתי מאי מייתי מאבני היכל דאית בהו מעילה ואפי' אבני מזבח והעזרות והלשכות דתניא בפרק שני דייני גזרות שבאים מקדשי בדק הבית ובפרק

האיש מקדש תניא אבני ירושלם שנשארו מועלים בהם לפי שבאים משירי הלשכה ומוקי לה כמ"ד מועלים בשירים אבל בית הכנסת שנבנה מממון של חולין לאחר שנשארו חזרו לחולין כבתחילה ודוקא במקום בית הכנסת הוא שאמרו שנוהגין קדושה בחרבנן אבל אבניו ועציו ועפרו מאי איסור הנאה שייך בהם.

ושוב מצאתי במרדכי בפ' בני העיר תשובת הר"ר יצחק מויינא על היכל ב"ה שהוא רעוע אם מותר להרסו ולגנוז את אבניו כדין תשמישי קדושה והשיב נראה בעיני שאין בו משום תשמישי קדושה והאריך ע"ש הרי שלא אמר אסור בהנא' לא כאבני היכל ולא כאבני העזרות ודברי התשובה בעיני אינן אלא מן התמיהין. מ"מ אנו רואים שבעוד ב"ה קיים מדמינן לה לקדושת מקדש ועזרה וכן הביא מהר"י קולון בשרש קס"א לענין נותן דבר מב"ה שכתב במרדכי דאסור ויליף לה מנותץ אבן מן ההיכל ולענין שלא יהיו גגות העיר גבוהים מב"ה דילפי' לה מלרומם את בית אלהינו דמיירי במקדש הילכך יש ללמוד נמי שיהא כל הפתוח לב"ה כקדושת ב"ה כמו הלשכות הבנויות בחול ופתוחות לקדש.

והיה אפשר לומר דההוא דלשכות בנויות בחול ופתוחות לקדש תוכן קדש כפי' רבינו שמשון לענין אכילת ק"ק ושחיטת קדשים קלים ולהתחייב עליהם משום טומאה כדתניא בתו' מ"מ בפ' איזהו מקומן מייתי לה גמרא ומסיק התם דהא דתנן תוכן קדש מדרבנן וגרסי' התם בבריית' ואין שוחטין שם קדשים קלים והא דתניא ואוכלים שם קדשים קלי' אכילה שאני דגזרת הכתו' היא דכתי' בחצר אהל מועד יאכלוה התורה רבתה חצרות הרבה אצל אכילה אחת וכן הביאה הרמ"בם ז"ל בה' בית הבחירה הילכך ליכא למילף מינה לשאר קדושה של ב"ה או בית המדרש בבית הפתוח לתוכן שלא יהא נדון כמותן לענין קדושה מיהו אשכחן ביומא פ' בראשונה שאמרו גבי לישכת הגזית ש"מ חציה בקדש וחציה בחול וש"מ ב' פתחים היו לה א' פתוח לקדש וא' לחול דאי ס"ד פתח א' היה לה לקדש זקן יושב במערבה והתנן בנויות בחול ופתוחות לקדש תוכן קדש וכת' שם התוס' שכל הלשכו' הפתוחות לקדש אסור לישב בהם כדמשמע הכא ומעתה יש ללמוד מהכא שלא לנהוג קלות ראש בכל מקו' הפתוח לקודש.

ונראה דהכא בנ"ד הואיל ומקום זה לא היה מכלל העזרה וגם עתה אין בו צורך לעזרה חול גמור הוא ולא חל עליו שום קדושה ולא דמו ללשכות שהן לצורך העזרה ואוכלים בהם ק"ק הילכך נוהגים בהם קדוש' עזרה שהרי הוא כמי שהוסיפו על העזרו' לענין קדושה זו אבל מקום זה לכך נעשה מתחילה לצורך חול ותדע דמהני הך טעמא שהרי אמרו כל הפתחי' שהיו שם נתקדשו חוץ משער ניקנור מפני שהמצורעים עומדים שם

ופושטים ידיהם לבהונות כדאמ' בפ' כיצד צולין אלמא אמאי שפתוח לעזרה היו מתני' שלא יתקדש הואיל ויש בו צורך חול.

ובר מן דין בחצר העזרה של ב"ה עצמה אין לנו איסור ברור שלא ינהגו בה קלות ראש שאעפ"י שמתפללין בתוכה המאחרים לבא לב"ה מ"מ אקראי בעלמא הוא כדאמרי' בפ' בני העיר הרחוב אין בו משום קדושה ואעפ"י שמתפללין בו בתעניות ומעמדות משום דאקראי בעלמא הוא וכתב הטור סי' קנ"ד וכן בתים וחצרות שמתקבצים בהם להתפלל באקראי אין בהם שום קדושה ועזרות אלו לא עדיפי מנייהו שאינן מתפללין בהם אלא כשהן נדחקי' והיא הנקראת פת עצלנית. וראיתי לרב מהר"ר יעקב ן' חביב ז"ל שמתוך זה רצה לומר שבתי כנסיות שאנו מתפללים בהם תוך החצרות במלכות תוגרמה הם דומים לזה שאקראי בעלמא הוא וכל דירתינו בבתיה' בחצריה' ובטירותם הכל דרך עראי בשכירות חדש או שנה ואין בהם קדושה ע"כד. וחוכך אני להחמיר בזה דנהי דמהני לן זה הטעם שלא יהא בו קדושה אחר שבטל או שחרב אבל בזמן שמתפללין בהם יש בה קדושה וכענין שאמרו שם בבתי כנסיות שבבבל שעל תנאי הם עשויי' פר"שי ע"מ שישתמשו בהם וכתב הר"אש והטור ולא מהני הנאה אלא למשתמש בו בחרבנו אבל בישובו לו מהני בו הנאה. ומ"מ בחצרות אלו של ב"ה קרוב הדבר לדמותו לרחוב דאקראי בעלמא הוא ושמא הואיל ומתפללי' שם תדיר כל זמן שנדחקים אע"פ שהוא אקראי לגבי זה המתפלל המקו' נעש' קבע לעצלנים אלא שכבר ביארנו שהמקו' הזה של הפרדס אינו נכלל בקדושת העזרה דפרדס לצורך חול נעשה.

לפיכך הזקן ההוא הפריז על המדה וחטא בשפתיו להוציא שם רע על אנשי הקהל לשמצה בקמיהם לאמר עליהם שחללו המקדש המעוז בפת בגם ובין משתיהם ושתו ולעו וקלקלו נגד היכל ה' חדא שאם יחידי' חטאו לפי דעתו צבור מה חטאו והיחידי ההמ' גם הם לא חטאו ולא החטיאו כמו שנתבאר. והנ' החכם השלם צבי ישראל הוא היודע למי מדנים למי שיח למראה עיניו ישפוט ולמשמע אזניו יוכיח ישית ידו על שתי הכתות בדעתו יצדיק צדיק. יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"להה.

סימן ה

וששאל עוד ס"ת שהקדישו בעליו בלשון הז' אני מקדיש ס"ת זה ע"מ שאם אלך מהעיר הזאת עם ביתי שיהיה לי רשות להוליכו עמי לכל מקום שאלך ואח"כ הלך וקבע דירתו בעיר אחרת והוליך ס"ת עמו ומת שם וחדא מגו חדא קמבעיא ליה למר חדא אם נשאר זכות ליורשיו אחריו להוליכו למקום שירצו או דילמא לא שייר אלא לעצמו ועוד את"ל

שנשאר אותו זכות ליורשיו אם יכול ב"ח לגבות אותו זכות בחובו והוא יתפשר עם הקהל בעד זכותו.

תשובה בספק הראשון נראה דכ"ת נגע בפלוגתא דר"שבג ורבנן בפ' מי שאחזו בע"מ שתתני לי מאתים זוז דרבנן סברי לי ולא ליורשי ורשב"ג סבר לי ואפי' ליורשי והביאה הרמ"בם ז"ל בפ' י"ח מהלכות כרבנן ואע"פ שכתב ולא בטל הגט מפני שלא קבע זמן לא משום ספק כתב כן אלא מן הטעם שביאר הרב המגיד שם ולעולם אין בדבר ספק דלי ולא ליורשי קאמר. אלא שיש להסתפק דילמא שאני גט דלצעורא קמכוון הילכך קפידא היא לי ולא ליורשי אבל הכא להרוחה קמכוין לי אפי' ליורשי קאמר דכי משייר גבי דידיה בעין יפה קמשייר ותדע דכ"הג מפליג גמרא באידך פלוגתא דאבדה אצטליתו דרבנן סברי דוקא קאמר ור"שבג ס' תתן לו את דמיה ופרכי' מההוא גברא דאמר לאריסיה וכו' לסוף אתא מיטרא דאמר רבה הא לא אצטריכה לימא רבה כרשב"ג ומשני אנא דאמרי אפי' כרבנן ע"כ לא אמרי רבנן התם אלא דלצעור' קמכוין אבל הכא משום הרוח' והא והא לא אצט' ומזה יש ללמוד לאידך דלי ולא ליורשי דלא אמרו רבנן אלא דוקא בגט משום דלצעורא קמכוין אבל בשאר תנאי דעלמא אפשר דניחא ליה בהרוחה דבריה והדבר צריך הכרע. ובהמוכר את הבית אהא דע"מ דדיוטא העליונה שלי דמייתי הא דתניא בן לוי שמכ' שדה לישראל וא"ל ע"מ שמעשר ראשון שלי מעשר שלו ואם אמר לי ולבני מת נותנו לבנו משמע טע' דפרי' הא סתמא אין בנו זוכה ופי' רשב"ם הטע' דכיון דמשום יתור לשון הוא דאמרי שייר מקום המעשה דיו אי אהני יתורו למה שפי' והיינו לעצמו וכן הטעם בע"מ דדיוטא העליונ' שלי דמחמת יתור דייני' לה. והרמב"ן בחידו' נחלק עליו וכת' שאין טעמו משום לשון מיותר אלא משום מאן דמשייר בעין יפה משייר ופי' הו' ז"ל שלא אמר לי ולא ליורשי אלא במשייר לעצמו פירות מה שמכ' ונתן כגון דקל ופירו' שלי דדמי למעשר שלי דהא זבין שדה ודקל ולא שייר אלא פירות בשל אחרים הגוף ודאי דלוקח הו' אבל בע"מ שדיוטא העליונה שלי וכן במשייר אילנו לפניו דשייר קרקע כיון דדבר מסוי' שייר לעצמו הרי יורשיו כמוהו והרי"בש סי' רנ"ז תפס שיטה של הרמב"ן וכן היא שיטת נמוק' יוסף דגבי דיוטא אף היורש זכה וכתב הרב מהרי"ק בחשן משפט סי' רי"ד שכן דעת כל הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חלקו בינו ליורשיו ע"כ. ולי נראה דלפי שיטתו של רשב"ם בפי' ההיא שמעתא דדיוטא וההולכים בסיעתו רבינו יונה והר"אש ז"ל אף הר"מבן יודה דלא זכו יורשיו ואין להאריך כאן ומעתה לדברי ר"שבם כל היכא דאתני בהדיא ולא אתיא מיתור לשון לא אמרי' שלא זכה בה. ולהר"מבן נמי כשיש לו זכות בגוף הדבר מחמת תנאו לא אמרו ובנ"ד תנאי זה עוקר זכות בני העיר

לגמרי ולא דמי למעשר ופירות דקל שלא נשאר לו זכות בקרקע כלום ומיהו אין ללמוד מדבריהם לנ"ד דלי וליורשיו קא' משום דאתני בהדיא לר"שבם ומשום דאית ליה זכות בגוף הדבר להר"מבן דשאני התם דשיורא הוי וכל ששייר חלק מהדבר בגוף השיור לו ולבאים אחריו אבל הכא תנאה הוי תנאי לאו שיורא הוא אלא מעתה זכה הלוקח בגוף בלא שום שיור אלא שמחמת תנאו הוא זוכה כמו שמוכיח משמועה קמייתא דפי' המגי' דע"מ לאו שייורא הוא ולפי זה יש כאן מקום לו' כל שהמתנ' או ההקדש גמור מבלי שיור ומחמת תנאי בא לזכות אין באותה זכות תפיסה שיהא יורש יורשו דדילמא לו ולא ליורשי החנ' לרבנן דרש"בג ופ' מי שאחזו אם לא שנאמר שאני התם דלצעורא קמכוין כדפי' והדבר צריך תלמוד. ועוד יש להסתפק בנ"ד שאם לעצמו לא שייר בגוף הס"ת אלא מצות קריאה בלבד מי אמרי' דכי קפיד אדידיה דוקא משום מצוה דידיה שחייב להיות לו ס"ת לעצמו ואם יניחנו ויצא לעיר אחרת לא מקיים מצוה בהכי לכך התנה להוליכו עמו אבל בנו שאינו יוצא בשל אביו כדאמרי' בפ"ב דסנהד' אעפ"י שהניחו לו לאדם ס"ת מצוה לכתוב משלו שנא' ועתה כתבו לכם וכו' הילכך לא קפיד שיוליכנו בנו עמו ואפשר נמי שלא היתה כוונתו למצות ס"ת אלא שכל זמן שהוא עמו ישגיחו עליו שלא יארענו אונס וכן בניו יזהירו בו כיוצא בו.

ומיהו בנ"ד אין אנו צריכין להכנס בספק זה שאילו מת ראובן באותה העיר שהקדיש הס"ת והיו באים היורשים להוציאו מחמת תנאי זה איכ' לאסתפוקי בה לומר מאחר שבני העיר זכו בהקדש זה ע"ת כך דמסתמא אם לא היה התנאי היו הם זוכים לגמרי כאותה שאמרו בתוס' הביאה הר"אש בפ' חזקת תנו ק"ק זוז או ס"ת לב"ה ונתנו לב"ה שהוא רגיל בה ומחמת התנאי היו באים יורשים לתבוע שהתנאי מבטל זכות המתנה ואיכא לאסתפוקי דילמא לי ולא ליורשי קאמר ומאותה שעה זכו בני העיר בו דאית להו לבני העיר זכות בס"ת כדאמרי' דאין דנין להם בדייני אותה העיר ואין צריך להביא ראיה מאנשי אותה העיר דכלהו חשיבי נוגעים בדבר אבל מאחר שנעתק ראובן מאותה העיר בחייו והלך לעיר אחרת לא זכו בני העיר בס"ת זה יותר מכל ערי ישראל הואיל ולא היה באותה העיר בשעה שהקדישו ובמאי זכו ליה דמסתמא לשום כך הוקדש שיהיה עמו וקרא בו כל ימי חייו ומסתמא בניו אחריו כיוצא בו ואין בני העיר זו יכולין למחות על ידיהן ואל מקום אשר יהיה שמה הרוח ללכת ילכו וספר תורה עמם.

ובספק השני נראה שנגע כ"ת בפלוגתא דטובת הנאה אי הויא ממון או אינה ממון דבס"פ האיש מקדש סלקא שמעתא כוותיה דעולא דטובת הנאה אינה ממון אלא דבפ' בתרא דנדרים אמתני' דתנן קונם כהנים ולוים נהני' לי יטלו ע"כ כהנים אלו ולוים אלו יטלו

אחרים ואסיק רבא למתני' דטובת הנאה היא הילכך יטלו אחרים וכתב רבינו חננאל דאנן אדרבא סמכי' לפסק הלכה וכן עיקר. ומיהו נ"ל דלענין שעבוד והקנאה לא מהני הא דחשיב ממון דההיא הנאה לא מתפסא שיחול עליה שעבוד ולא הקנאה ומנא אמינא לה מדאשכחן דרב גופיה בפ"ק דמציעא גבי עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף ומקומו מושכר לו דבעי למימר דר"ג מטלטלי אגב מקרקעי הקנה דפריך רבה וכי לא היה להם סודר לקנות ממנו בחליפין אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות ממנו בחליפין הכא נמי טובת הנאה אינה ממון לקנות ע"ג קרקע והא רבה הוא דאסיק בנדרים דטובת הנאה ממון. אלא מוכח דאע"ג דטובת הנאה חשובה ממון לענין נדרים ולענין קדושין דאהנאה קפדינן והאי נמי הנאה היא מ"מ אינה חשובה ממון להקנותה בקנין סודר ולא באגב דלית בה מששא ואע"ג דדחי לה בגמרא להא דרבה דאמרי' ולא היא מתנות כהונה נתינה כתיב בהו לא דחי אלא סברא דרבה המשוה חליפין לאגב דטובא איכא ביניהו וכן מוכח מדברי רש"י אבל עיקר טעמו של רבה דטובת הנאה לא חשיבה ממון להקנותה לא אדחיה וכה"ג אשכחן בפ"ב דכתובות גבי הא דרב פפי דאמר האי אשרתא דדייני וכו' ובפ' הכותב וכן בפ' כל הגט אמרי' וליתא לדרב פפי מדרב נחמן ופי' התוס' והרא"ש דודאי איתא לדרב פפי והתם ה"ק ליתא להך פירכא דפריך מדרב פפי דמיירי בקיום ב"ד והתם מיירי בשאר שטרות הכא נמי ולא היא לפירכא דרבה קאמר וכן מוכיח להדיא מדברי רש"י שם. ומיהו הא ניחא להרא"ש ז"ל דנקט אוקימת' דרב פפי עיקר דדעת אחרת מקנה אותן שאני אבל להרי"ף שלא הביא דברי רב פפי משמע דבעי לאוקומי כשנויא קמא דמטלטלי אגב מקרקעי הקנה לפי זה משמע דטובת הנאה ממון להיות נקנת באגב.

ואי קשיא דבפ' דו"ה אמרי' גבי ההוא גברא דתקע לחבריה דאמר רב יוסף אנן ידי עניים אנן וזכה מדין מעמד שלשתן אע"ג דליכא למימר הא ר"ג ובית דינו אביהן של יתומים אלמא זכו בו עניים אע"ג דלית ליה לרב יוסף זכיה בגויה אלא טובת הנאה בלבד דומיא דעקיבא בן יוסף תריץ דהתם לאו מדין טובת הנאה הוא דזכי רב יוסף אלא מדין שליח דמ"ש איתיה נמי בשליח המקבל כדכתב הרא"ש בספ"ק דגיטין וכיון דר"ג וב"ד אביהן של יתומים הו"ל כאפוטרופוס דאפוטרופוס פי' בערוך שבלשון יוני אבי ילדים ואפוטרו' חשיב כשליח מדתנן בהנזקי' יתומי' שסמכו אצל בע"ה או שמינה להם אביהם אפוטרופוס חייב לעשר פירותיה' ולענין מעשר בעינן שליחות כדאמרי' ברישׁ האיש מקדש אתם גם אתם לרבות שלוחכם אלמא אותו שיתומי' סמוכים חשיב שליח לענין תרומה וה"ה לענין מעשר והא דתנן בעירכין בפ' המקדיש שדהו מחרים אדם את קדשיו

בין ק"ק בין קדשים קלים אם כבר נתן את הדמים וכו' עד כמה אדם רוצה ליתן בבכור זה ליתנו לבן בתו או לבן אחותו אלמא טובת הנאה חל הקדש עליה התם מפיק לה מקראי דכתיב כל חרם קדש קדשים הוא לה' לומר שהם חלין על הקדשי' ורבי ישמעאל דרש כתוב א' אומר תקדיש וכו' מקדישו אתה הקדש עילוי ואדרבה דוק מינה דאי לאו קרא לא היה ההקדש חל עליהם אע"פ שהיה לו בהם טובת הנאה וכ"ת נילף מינה הקדש שאני ואי קשיא תו מדאמרי' בס"פ חלק בשמעתא דעיר הנדחת דתנן תרומות ירקבו אמר רב חסדא ל"ש אלא תרומה ביד כהן אבל תרומה ביד ישראל תנתן לכהן שבעיר אחרת וכיון דטובת הנאה ממון הול"ל בכלל חירום דנכסי עיר הנדחת וירקבו שם בסנהדרין ישבתיה ואין לי כאן להארי' ולפי שלא ראיתי לרבותינו בטלי התוס' המגלים לנו כל סתום שדברו בישוב שמועות הללו צריך אני עוד להתיישב בהם לענין הלכה.

ואיכא למידק הקדש ס"ת זה מהו דלקדושת ס"ת לא קאמר דקדוש ועומד הוא ולהקדש בדק הבית לא דמי שהרי נהנים בו וכהקדש עניים דהוי כעין נדר מבפיך זו צדקה לא דמי שהרי לא סלק זכותו ממנו אלא נראה לי שזה כמי שהקצהו למצותו לו ולכל מבקשיו ולפי שהתירו למכור ס"ת לצורך גדול כגון לישא אשה וללמוד תורה הוזקק להקדישו שלא יהנה ממנו אפי' לדברים שהתירו בהם ולפי ששנינו בשלהי בכורים שהן נכסי כהן וב"ח נוטלן בחובו ואשה בכתובתה כספר תורה וכתב בס' התרומת שער א' בשם הרב ר' יהודה ברצלוני ז"ל קבלנו פירוש דבר זה וכן ס"ת ר"ל שגובה אותו ב"ח בחובו ואשה בכתובתה ע"כ ואעפ"י שמצאתי במרדכי בפ' מי שמת אבעיא דס"ת מי איקרי נכסי שמצא ב"ה דינין דוקא ס"ת מבעיא אבל שאר ספרים מקנו כדאמרי' בפ' השולח דקבילה מכתובת' גלופקרא וס' תלים וכו' ורבינו ברוך דחק דהתם נתרצה הבעל ונתנו לה משמע דס"ל לתרויהו דס"ת אין בעל חוב גובה אותו וק' ממתני' דביכורים ובמא' א"פ וזהו בסתם ס"ת שלא הקדישו בעליו אבל זה שהקדישו כבר הוקצה למצותו שהבעלים סלקו הנאת דמים ממנו הילכך הוא עצמו אם רצה ללכת אל עיר לא היה רשאי למכור זכותו ולהניחו מפני שהוא כמוכרו אלא מוליכו עמו וקורא בו ובניו אחריו לא עדיפי מגבי' ואתו מחמתיה שאינן רשאין למכור את זכותם ואצ"ל לגבי ב"ח דלית לית זכות בגויה כלום גם היום מרי שיחי כשל בעוני כחי מזעם ה' אלכה מר בחמת רוחי ני עלה מות בביתי ובחומותי בחירי רצתה נפשי נלכד בשחתותי עליו גדלה אנחתי ויתכו כמים שאגותי נאמן עלי הדיין בתוכחות על עון יסור יסרני מפני ידו בדד אשב ומגערתו אדום ואחשה ה' הוא הטוב בעיניו יעשה ואולם שאלותיך האח כן קרבו אלי בטרם יבאו ימי הרעה ובחפזי להשיב ע"י שלוחך פניתי אני מכל עסקי למודי. ותשובות שהייתי צריך

להשיב ושמתי פנאי שלי בהם להשלימם ושגרתים אל אלופינו ציץ נזר הקדש החכם השלם כמה"ר דוד הכהן נר"ו יישר לכת למהר לשלחם ואחר ימים בבואי העירה הגיד לי עודם בידו כי נחפז המובילם ללכת והנה עתה צויתי להעתיקם לשלחם ישלח עזרך מקדש ומציון ישיב שבותך כאפיקים בנגב וכפלגי מים בציון ועל כל שכיות החמדה יתנך אלהים עליון כנפשך החכמ' וכנפש אביון נגש ונענה יוסף בכמהור"ר משה מטראני ז"להה נחל נובע מקור חכמה ולא יבצר ממנו מזמה החכם השלם כמה"ר יעקב נר"ו.

סימן ו

שנינו בפי"ב דאהלות עמוד שהוא מוטל באויר אם בהקפו עשרים וארבעה טפחים מביא את הטומא' תחת דפנו ואם לאו טומאה בוקעת ויורדת וקשיא לי בעשרים וא' טפחים סגי שיהא תחת דפנו טפח על טפח מרובע להביא את הטומאה שהרי אמרו בריש ערובין כל שיש בהקפו ג' טפחים יש בו רוחב טפח למדנו שכשיש בהיקף כ"א יש ברחבו שבעה ואם היה מרובע היה ז' על ז' וכמה אלכסון מרובה על המרובע שני חומשין נמצא שאלכסונו נוסף י"ד חומשין תן מהן ז' לכל זוית באלכסון הם חמשה ברבוע הרי שיש בקרן זוית טפח על טפח מרובע להביא את הטומאה וא"ת אותה שאמרו כל אמתא בריבועה אמתא ותרי חומשי באלכסונא הוא בקירוב ואין החשבון מדוקדק אלא יותר משני חומשין מעט וכשבאת לפרנס אלכסונו של מרובע ז' על ז' לא נשארו בקרן זוית באלכסון אלא אמתא ותרי חומשי מצומצמי' ואין בהם להשלים טפח על טפח אין זו תשובה שכל שאתה מוסיף באלכסונו של קרן זוית יותר אתה צריך להוסיף באלכסונו הגדול של כל המרובע לפי חשבון וצריך אתה לומר שיש באלכסונו תוספות יותר מי"ד חומשין והמדה המסורה מחכמי המדות לשער אלכסונו של המרובע בין שיהיה המרובע שוה הצלעות בין שיהי' אורכו יתר על רחבו הוא להכות רוחב המרובע על עצמו ולהכות אורך המרובע על עצמו ולצרפם יחד ונותרו של חשבון הוא אלכסונו של מרובע וכבר למדונו חכמי התוס' ז"ל בפ' כיצד מעברין והראו לעין תוס' זה שיש באלכסון יותר על אמתא ותרי חומשי שאם תחתוך טבלא שהיא עשר על עשר שתי וערב יהיו בה ד' טבלאות של חמש על חמש וכשתעשה רבוע בפני' שלך באלכסון של ד' טבלאות תמצא ברבוע הפנימית חמשים אמות בתשבורת שהרי הוא חציו של מרובע הגדול שהוא מאה אמה בתשבורת ולפי חשבון אמתא ותרי חומשי היה ראוי שיהיה ז' על ז' שהם מ"ט בתשבור' ואמה זו הנוספת ברבוע גורמת להיות באלכסון יותר מעט מתרי חומשי אלא שחכמים בכל מקום תפסו מדה קצובה לומר אמתא ותרי חומשי ולא נעלם מעיניהם אותו התוספות שהרי הם אמרו בתשבורת של בית סאתים שהוא חצר המשכן למדו

משם שבעים אמה ושירי' שהוא המרובע שלו ושיריים אלו אע"פ שאין להם שיעור מדוקדק יש להם שיעור על צד הקירוב והוא מה ששנינו וכן כפרים המשולשים אם יש בין שתים החיצונות מאה וארבעי' וא' ושליש עשה אמצעית את שלשתם להיות א' כדאיתא התם נמצא ששיעור השיריים הם שני שלישי אמה והוא התוספת שיש בתרי חומשי באלכסונא ומכאן נלמוד שמרובע ז' על ז' שהם מ"ט טפחים בתשבורת יהי' אלכסונו ברוחב מרובע שיהיה בתשבורת שלו כפלים שהם צ"ח טפחים מרובע י' על י' הם מאה טפחים טול ממנו רצועה שרחבה עישורו של טפח על פני ארכו ועל פני רחבו נשאר במרובע צ"ח טפחים ועישורו של עישור טול לך תשיעי ונאמר שיש במרובע עשר פחות תשיע והוא אלכסונו של מרובע ז' על ז' חלקת התוספות לשתי הקרנות נשארו בידך טפח ומחצ' פחות חצי תשיע לקרן זוית חלקהו לחומשים הם שבעה חומשי טפח ושני חומשי חומש ומשהו בתשבורת טפח על טפח הם כ"ה חומשי והכפל חמשים יעלה מהם ז' על ז' וא' מט"ו בחומש והוא אלכסונו של טפח נמצא שעדיין יש תוספת באלכסון חומשו של טפח ושני שלישי חומש ומשהו עלה בידינו שבריבועו ז' על ז' יש באלכסונו של קרן זוית כדי לרבע טפח על טפח והותר אם באנו לומר שאות' שאמרו בפ"ק דעירובין כל שיש בהקפו ג' טפחי' יש בו רוחב טפח גם הוא בקירוב ואין החשבון מדוקדק כמו שכ' התוס' שם באותה שמועה והמדה המסורה מחכמי המדות לכפול הקוטר על שליש ושביע אכתי בכ"ב טפחים סגי שעמוד שיש בהקפו כ"ב יש ברחבו ז' על ז' והרי הוכחנו שכל שיש בריבועו ז' יש בצלע אלכסונו כדי לרבע טפח על טפח גם באותה הלכה דפ"ק דעירובין גבי ים שעשה שלמה חשבתי מחשבות ליישב מה שמפורש במקראות במדת הים ובשיעור אלפים בת יכיל לכוין עם מה שביארו חכמי המדות ולהוציא מן החשבון טפח של עובי הים סביב סביב ואעפ"י כן לא עלה בידי חשבון מכוון עם הכתובים ועם מה שנתבאר באותה שמועה ואין לי שלחני להרצות ספקותי זולתי האדון אשר בגודל חכמתך תאיר עיני בהלכה זו וכסא תורתך לעולם יכון כנפשך החכמה ונפש נאמן למצותך יוסף מטראני.

טפחי' ג טפח ה ו טפחים ו ב טפח ובו ו ב עודף על אמה ג בו טפח להיותה לרחבה של עגולה צריך שיהיו בהקפה וכו' אם רחב העגולה מל ז' אמות יהיה אלכסון המרובע ומכאן ו ב טפח שהם שברים דביאיכות מוקרי חומש והקף העגולה כ"ב מ"א כ"א.

ואם העגולה מ ל רחבה שמנה יהיה אלכסון א ב טפחים ומכאן ו ב טפח שהם שברים דביאיכות מקרי חומשי שהם רביעי טפח ולא חומש כדפי' רבינו שמשון ז"ל ונמצא צלע המרובע ו ג בזוית טפח שברים ראשונים שברים שניים כי ממה שכתב בטולומיוס בספר

ראשון על הקשת ומיתריו נפקא לן מיתר ה"ו טפחי' שברים ראשו' שנים שכלם עולים לסך ארבעה טפחים של האלכסון ועתה שפיר מקשה בעשרים ושנים ובעשרים ושלשה סגי דבכ"ב יהיה צלע ו' ג' טפחי' ו' שברים ראשונים שניים כי אז מיתר הו' טפחי' שברים ראשונים שניים ושניהם עולים לסך ג' טפחים של חצי האלכסון ז' ובעשרים ושלשה יהיה צלע וג' טפ' שברים ראשונים שניים שאז מיתר ה' ו' טפחים שברים ראשונים שנים ושניהם עולים לסך ג' טפחים וה שברים ראשונים שניים ובכלהו איכא לרבע אמה על אמה להביא את הטומאה זולת עגולה שהקפה כ"א כדהקשה בתחלה דאז רחבה ו' טפחים שברים ראשונים מ' שניים נ"ד וחציה טפ' שברים ראשונים שניים וצלע וג' ט' עם שברים ראשונים שניים כי המיתר ה' ו' טפ' שברים ראשונים שניים ובפחות מאמה על אמה אין ריבוע להביא את הטומאה ומחזי למימר דלא שנו עמוד שהוא מוטל באויר אם יש בהקפו עשרים ושתים עשרי' ושלשה אלא עשרים וארבעה משום דעד כאן לא היה רחבו גדור מעין מה דאמרי' כל שיש בהקפו ג' טפחים יש בו רוחב טפח שהוא השליש מה שאין כן בכ"ב וכ"ג דלא חביב לאו שנוי סגנון דתפשו בכל דוכתין אי נמי עד שיהיה הצלע וג' א' טפ' שברים ראשונים שניים קים להו ז"ל דלא מצינו לרבע טפח על טפח להביא את הטומאה כדאמר רבינו שמשון ז"ל ועוד דא"א שלא תהא הארץ אוכלת מעט מן העמוד ע"כ והביא תניא בתוספתא סאה שהיא מוטה על צידה וכו' עמוד שהוא מוטל לאויר אינו מביא טומאה תחת דופנו עד שיהיה בהקפו כ"ד טפחים ר' יוסי אומר כ"ה שהיה ר' יוסי אומר אין לך כ"ה שאין הארץ אוכלת בהן טפח וכן הוא אומר וכו' ושמיע לן מהכא טעמייהו ז"ל כדאמרן ואיכא לפרושי אכילה הנז' ולאוקומא בעקלקלות השטח דלא נמצא ישר כעין מופת ההוראה או בכובד העמוד שמחמתו נכנס מעט בעובי הקרקע ומיהו קשיא קצת ר' יוסי אומר כ"ה וכו' דמחזי דאתי לחלוק ולא נהירא הכי מן החשבון דעמוד שרחבו הקפו כ"ה דת"ק כ"ד לטעם כל שיש בהקפו ג' טפחים יש בו רוחב טפח א' כדאמרן ונראה שבא לפרש ור"ל שכ"ה טפחים הנז' לא נראו מהם על הארץ אלא כ"ד והיינו אין לך כ"ה שאין הארץ אוכלת בהם טפח ובעבור שזאת האכילה מסימן ל' שבעגולה מתחלת להכנס בעובי הקרקע ימין ושמאל בשוה אינה מעמיקה אלא טפחים שברים ראשונים שניים ד' אשר אם תרבה מטפ' ו' שברים ראשונים ו' שניים מצלע וג' של עגולה דכ"ב בהקפה ישאר ו' טפחים שברים ראשונים שניים ומשום דפחתו מאמה אין בהם ריבוע להביא את הטומאה אבל מכ"ג ואילך דצלע וג' אע"ג דתנכה ממנו האכילה הנזכר ישאר טפח והותר איכא לרבעו. טעם ראשון עיקר משום דנמקא בתרא לא שויא בכלהו ובזה אלא בהשתחויה כדת מה לעשות מלפני

בנן של קדושים מאושר שבחכמים ועמו הסליחה דלכובד טרדותי לא פניתי להעתקת שגגותי אלה והנני מזומן למצותו מאירת עינים. הצעיר יעקב ן' יעיש.

הא דאמר מר אם רוחב העגולה שמנה יהיה האלכסון אחד עשר טפחים שהוא שליש ומשהו ועלה לו מתוך החשבון שאלכסון הקרן שתחת דופנו הוא טפח ושברים שיש יותר מתרי חומשי שהוא רביע ועוד ותפס על רבינו שמשון שאמר שיש חומש שהרי נוסף רביע ואין בין חומש לרביעי אלא אחד מכ' בטפח.

ואני אין דרכי לדקדק בפרוטות ואם אמצא נימא לא אקפי' אלא שאני מוצא הפרש גדול שאלכסון הקרן שאנו צריכים לרבע בו טפח על טפח יעלה שני טפחים וחצי שתות וזה דבר מופלג ושיעור רב וזה מתבאר כפי החשבון שכתבתי בראשו' שהמדה המסורה מחכמי המדות להכות אורך המרובע על עצמו ורוחב המרובע על עצמו ולצרפם יחד ועקרו של חשבון זה הוא אלכסון המרובע והוא אם רחב המרובע הוא שמנה על שמנה הם ס"ד והכפל קכ"ח ועיקר קכ"ח הוא י"ב טפחים ושתות על י"ב בקירוב נמצא תוספת האלכסון ארבעה ושתות חלקהו לב' הקרנות נמצא ב' טפחים וחצי שתות לכל קרן וזו דבר מתמיה דודאי כדי לרבע טפח אין צריך שיעור יותר מכפלים באלכסונו וזו היא שאמרתי אימור דאמרי' לא דק פורתא טובא מי אמרי' לא דק ומדה זו זכרה רבי' שמשון עצמו בפ' חמישי בה' כלאים בהלכות הנוטע ירק בכרם משם חכמי המדות וכמדומה לי שכך ראיתיה בפרקי משוחות לרבותי' ז"ל לא ידעתי אם בטלמיוס שזכר מעכ"ת יחלוק על זה וכדי לבאר חשבון זה שהוא מכוון לצרף מדת האלכסון מתוך עיקר צירוף חשבון שני הצלעו' הבאתי מופת חיתוך הטבלה דאמר מר עלה אין צריך חיתוך זה ואני הוצרכתי לו להוכיח בחוש העין שהריבוע הפנימי ההולך באלכסון הארבע' טבלאות הוא חמשים בתשבורת שהוא חציו של המרובע הגדול שהוא מאה בתשבורת ומכאן אנו למדין שהמדת הצלע החיצון כן מדת אלכסונו של פנימי ומן המופת הזה יצא לנו להכות שתי הצלעות על עצמן ולחברן יחד להוציא מדת האלכסון ועל דרך זה יצא לי ברוחב שמנה והאלכסון י"ב טפחים ושתות ועל פי דרכו יצא לו אחד עשר טפחים ושליש והנה מופת החיתוך אשר מאסת בו צא נא עתה והלחם בו ומי יתן ויאמן נא דבריך שברחב שמנה יהיה האלכסון שלו אחד עשר ושליש בקירוב שבזה היה כ"ח מרויח תוספת החומש שכתב רבינו שמשון ז"ל או הרביע ואחד ממאה שמצא כת"ר דלפי דקדוק החשבון אם יש בהקפו כ"ד טפחים אין הרוחב מגיע לשמנה שלמים דלרוחב שמנה היה צריך הקף כ"ה ושביע וצריך לחסר מהשמנה כנגד טפח ושביע שליש וטפח וא' מכ"ד בטפ' ואלכסון תשעה הם י"ב ושלשה חומשי' וכשנחלק החסרון לשתי הקרנות

יהיה לכל קרן ששה וחומש ומחצה שהוא רביע טפח וא' מס"ו בטפח וזה החסרון כנגד הרביע הא' ממאה שמצא כת"ר נוסף אעפ"י שהחשבון מיוסד על אמתא ותרי חומשי ונתננו השיריים ונמצאו דברי חכמים קיימים ואפריין נמטייה למר כי יבחנו דבריו.

ומה שירצה ליישב משנתינו שתפסו גבול שאפשר להשתלש תמה בעיני דלתפוס חשבון משולש יותר היה להם לתפוס כ"א שהוא קרוב אל האמת אמה אחת ולא כ"ד שהוא מופלג משתי אמות ועוד שאם היו שונין כ"א לא היה לנו שום קושיא כלל שהוא מיוסד על החשבונות שתפסו בכל מקום שמסרו כללים בקירוב כל שיש בהקפו ג' יש בו רוחב טפח וכל אמתא בריבעא אמתא ותרי חומשי באלכסונא ונחשב שרוחב העמוד שבעה כ"ש בכמה מקומות ואלכסון י"ד חומשים ז' לכל קרן שהם אמתא ותרי חומשי מצומצמים אבל עכשיו סתרו כל הכללים ההם ולא הועלנו כלום שהפליגו שיעור רב.

ועל מה שהקשיתי אימור דאמרי' לא דק לחומרא לקולא מי אמרי' שלח לי דחומרא היא שתהא טומאה בוקעת ועולה בוקעת ויורדת אבל בקמייתא קולא גדולה היא כשאינה בוקעת מביא את הטומא' תחת דופנו ומטמאה כל כלים שתחתיו על פני ארכו וכששנינו שטומאה בוקעת אינו מטמא אלא כנגד זוית הטומאה בלבד ומתני' אהבאת הטומאה תחת דופנו נחית ובתוס' מפרש יותר אינו מביא את הטומא' עד שיה' בהקפו כ"ד טפחים אלמא כחה דהתרא אתא לאשמועי' ומ"מ אם היו שונים כ"א לא הוה קשיא לי אע"ג דבציר מטפח פורתא שסמכו על הכלל המסור בידינו ואותו השביע יתרבה בטפחים שיהיו שוחקים ולא עצבים מן שידענו שיש בו קירוב וכן בתוספתא ששנינו סאה שהיא מוטה על צדה באויר אינה מביאה טומאה תחת כולה עד שיהא בהקף ג' טפחים הרי שסמכנו על הכלל המסור שכל שיש בהקפו שלשה טפחים יש בו רוחב טפח הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ז

גרסינן בפ' אלו טרפות אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן ריא' שניקבה ודופן סותמתה כשרה אמר רבינא והוא דסביך בבשרא א"ל רב יוסף לרבינא ואם לא סביך מאי טרפה אלמא נקובה היא א"ה כי סביך נמי דהא תניא ניקב פסול וכו' בהך שמעתא רבו הפירושים לראשונים ז"ל והמה בכתובי' וגם יש לשונות מהפוסקים ז"ל שצריך לעמוד על דבריהם לענין דינא ראשונה צריך לעמוד על דברי התוס' והרא"ש ז"ל שהביאו תשובת רב שר שלום גאון ז"ל ומשמע לכאור' שלא כוונו שמועותיהם זה עם זה בדברי הגאון ז"ל לפי שהתוס' ז"ל כתב' משמע דבין סריך וסביך ובין לא סריך וסביך כשרה ולית הלכתא כרב הונא אלא כרב נחמן דאמר ריאה שנקבה ודופן סותמתה כשרה ומשמע

מתוך דבריו דרבינא לא בא לפרש דברי רב נחמן אלא סברא דנפשיה קאמר וכן נראה מדפריך עלה דהעלתה צמחי' חוששי' לה ומי אמר רב נחמן הכי והא אמר רב נחמן ריאה שניקבה ודופן סותמתה כשרה ולא משני הא דסביך הא דלא סביך ועוד מדפריך רב יוסף לרבינא ולא לרב נחמן משמע לרב נחמן לא בעי לא סריך ולא סביך ואין נקב פוסל שם שדופן סותמתו עכ"ל והרא"ש ז"ל כתב משם רב שר שלום שבין סביך ובין סריך כשרה וכן כתב הטור בסי' ט"ל וז"ל ורב שר שלום התיר אפי' אינו מסובך הרבה אלא סרוך בו מעט אלמא הרא"ש והטור הבינו בדברי הגאון ז"ל דסריך מיהת ביענן שלא כדברי התוס' ולא עוד אלא שהרא"ש ז"ל דבריו סותרים את עצמן דבסמוך כתב דלרב נחמן בלא רבינא לא פריך דרב נחמן לא בעי לא סירוך ולא סיבוך משמע דמכשר נקב בלא סתימה כלל וכבר העירני הרב המובהק מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בח"ב מתשובותיו שיש לעמוד על דבריהם ומיהו מדברי התוס' אין לנו הוכחה ברורה שרב שר שלום מתיר נקב בלא סתימה כלל שאם מהלשון שכתב דבין סריך וסביך ובין לא סביך וסריך כשרה אדרבא מדלא כתב ובין לא סביך ולא סריך איכא למשמע דסריך מיהת בעינן ואם ממה שכתבו להלן דלא סריך משמע דלא בעי' לא סביך ולא סריך גם הרא"ש ז"ל הביא הכרע זה ככתבם וכלשונם ודבריו ברור מללו דרב שר שלום בין סריך ובין סביך מכשר אלמא בעי סריך וכן הביא הטור בנו וצריכין אנו ליישב שלא יהיו דברי הרא"ש סותרים את עצמן. ואיברא דנ"ל דבלא רבינא אין להבין כלל מדברי רב נחמן שנקב מפולש פתוח לרוחה אינו פוסל במצר החזה מדקאמר ודופן סותמתו אלמא סתימה מעליא בעי דלא מפקא זיקא דאל"כ לתני במקום חתכא דאוני כשרה בכל ענין לפי שהדופן מגין עליה ועוד ממאי דס"ד דמקשה דפריך מאידך דר' נחמן ולא שני ליה בין דופן לדופן מאי ודופן סותמתו הא בכל מקום שכנגד הדופן כשר ליתנו ניקב כנגד הדופן כשרה וגם א"א לומר דאסיק אדעתיה דבלא שום סתימה יכשיר אפי' במקום הרחב דהא ודאי שם הדופן רחוק וא"א לסתום אלא ע"כ כשהדופן סותמת' דלא מפק' זיקא דוקא קאמר וכגון שדבוקה יפה לדופן וכההיא דרב נחמן לעיל דריאה הסמוכה לדופן והעלתה צמחין חוששין לה ולא מפליג גמרא בינייהו אלא בההיא שלא במקום רביתייהו והא במקום רביתיה אבל לעולם הכא והתם בסמוכה מיירי דהיינו דבוקה בצלעות וכסברת המקשה ויש ראיה לדברי שזה הלשון אמרו גבי מרה בריש פרקא מרא שנקבה וכבד סותמתה כשרה ופרש"י שנקובה במקום דבוקה בכבד' וחיבור הכבד סותם את הנקב והיינו באותו מקום שמקצ' המרה דבוקה ונאחזת בכבד ולא מפקא זיקא ואינה נשפכת כלל וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו שאם לא נסתם הנקב אעפ"י שהוא סמוך טרפה וכיוצא בזה אמרו גבי חולחלת

שניקבה כשרה הואיל וירכותיה מגינות אותה ומפ' לה דוקא במקום הדבק אבל שלא במקום הדבק במשהו וכתב המרדכי גבי בועה בשיפולי אונה שהוא מכשיר לפי שהיא במצר החזה והאי רביתה וקי"ל ריאה שניקבה ודופן סותמתה כשרה ודוקא בנפיחה ע"כ וממה שכתב ודוקא בנפיחה משמע כדברי רב נחמן קאמר דאי כרבינא הול"ל ודוק' בסביך בבשרא דהא סריך בגרמא אעפ"י דעולה בנפיח' אסורה וכ"ש אם נקיבה וסרוכה ואינה דבוקה לדופן כלל דקי"ל קרום שעלה מחמת מכה וכיון דאמר ודוקא בנפיחה משמע דאף רב נחמן לא מכשר אלא בסתימ' מעלייתא דלא מפקא זיקא הכא נמי ודופן סותמתה בדבוקה וסמוכה קאמר וכי פריך רב יוסף מההיא דתניא זהו פיסול שחוזר להכשרו לרב נחמן לא פריך דדופן סותמתה לאו בקרום שעל' עליה מחמת מכה היא דומיא דההיא דפצוע דכא אלא שדופן סותמתה היינו שדבוקה בדופן ולכך אין הנקב פוסל שם ואין לומר ניחוש דילמא נקב בתחלה ואח"כ נדבקה והו"ל פיסול שחוזר להכשרו דכיון שאנו רואים אותה עכשיו דבוקה איכא למתלי דכך היתה בתחלה בשעה שנקבה כי היכא דתלי בהיכא דממשמשא ידה דטבחה ובשאר מילי דמאחר שנשחטה בחזקת התר עומדת כ"ש הכא שהרי סתומה לפנינו ואוקמה אחזקה דהשתא כדתנן כל הטומאות כשעת מציאתן דכל היכא דליכא חזקה קמייתא אזלינן בתר חזק' דהשתא אבל לרבינא פריך דאמר והוא דסביך דהיינו שהוסבך פי הנקב בסרכה א"כ הו"ל פיסול שחוזר להכשרו ולכך כתב הרא"ש ז"ל דאע"ג דפסקי' כרב נחמן מ"מ בעי' שיהא דבוקה בענין דלא מפקא זיקה ואפי' סריך סגי לפי המסקנא דידהו למעוטי קרום שעלה מחמת מכה הוא דאילו דבוקה או סריך לדופן סתימה מעליא הוי ואכתי בדברי התוס' עצמן קשה טובא איך רוצים להכריע דרבינא סברא דנפשיה קאמר מדפריך לרבינא ולא לרב נחמן הא ודאי אי לאו רבינא הוה מפרשי' מילתיה דרב נחמן דלא בעי לא סביך ולא סריך אבל לרבינ' דפירש דבריו דדוקא בסביך הוא דשרי פריך כי סריך מאי הוי ונראה לי שכל עצמן של התוס' אינם באים אלא להכריע פירושם שפירשו והוא דסביך פי' נאחז ומסובך בבשר ולהכי נקט סריך ולא נקט סביך ודלא כדפרש"י דלאפוקי גרמא קאמר דלדידיה אפשר דלרב נחמן דופן סותמתה ממש קאמר בדסביך או בדסריך בענין דלא מפקא זיקה ולא בא רבינא לחדש אלא דבעינן שיהא מסובך בבשר ולא בצלע ולכך הביאו התוס' תשובת רב שר שלום דאמר דבין סביך וסריך ובין לא סביך וסריך כשרה כרב נחמן דמשמע ליה דרבינא בא לחלוק ואמר והוא דסביך מכלל דרב נחמן לא בעי סביך ואי ס"ד לאפוקי גרמא אתי אכתי מנ"ל דרב נחמן לא מיירי בדסביך דהא דופן סותמתה סתימה מעלית' משמע כדפרשתי. ואהא קאמר וכן נראה מדפריך עלה

דהעלתה צמחים וכו' ולא משני הא דסביך אלמא דרב נחמן לא בעי סביך ועוד מדפריך רב יוסף לרבינא ולא לרב נחמן אלמא רב נחמן גופיה מצי סבר דאפילו סביך לא בעי כי היכי דלא תיקשי ליה מההוא דזהו פסול וכו' ולא פריך אלא לרבינא שחדש והוא דסביך ואלו לפי' רש"י לא חידש רבינא סביך אלא דסתימת עצם אינה סתימה הא משמע דרב נחמן נמי דסתימה הוא דמכשר ותקשי ליה ואי לא סביך מאי ובהכי משמע דמדתניא כל מילתייהו דתוספות ז"ל שהביאו דברי רב שר שלום לקיים פירושם ושוב הביאו דברי רבינו גרשון ז"ל שכתב סבוכה בבשר שבין הצלעות או בצלעות עצמן אלמא רבינא סביך לאפוקי סריך קאמר ואח"כ כתב ובקונט' כתב דסביך בבשר היינו דוקא בבשר שבין הצלעות אבל בצלעות עצמן לא ולפי זה אין לנו הכרע לומר דרב נחמן לא בעי סביך דאפילו תימא דרבינא לאפלוגי אתא הך לא חידש אלא דבעינן בבשרא אבל שסביך בגמרא מיהת בעי והשתא הרא"ש ז"ל אפי' לדברי הרב שר שלום דמפרש דרבינא טעמא דנפשיה קאמר והוא דסביך ופוסק הלכה כרב נחמן מ"מ לא פסיקא לן לרב נחמן מכשר בלא שום סירכא דהא דופן סותמתה קאמר נהי דכי היכי דלא תקשי ליה מההיא ברייתא היינו יכולים להעמיד דבריו ולא בעי סביך ולא סריך אבל השתא לפי המסקנא דלא אתא אלא למעוטי קרום שעלה מחמת מכה נהי דסביך לא בעי מדפליג עליה רבינא בהא אבל סריך מיהת מנ"ל דלא בעי שהרי הוכחתי בסתמא דגמרא הכי אסתברא ליה מקמי דמשני התם במקום ריעות' דדופן סותמתה לאפוקי היכא דלא סריך כלל הוא ובנקב מפולש שהרי ברור הוא דמה יתן ומה יוסיף דופן שבצדה אם אין שליט ברוח לכלא את הרוח הא ודאי כל היכא דמפקא זיקא טרפה ובזה לא נתנו שיעור אלא נקב כל שהוא מטריף כל שכן דלא אמרינן שלא יעבור הרוח דרך המקום הצר ההוא וכמ"ש הרא"ש והטור בנו דסריך מיהת בעיא ועוד יש להוכיח שלא עלה על דעת הגאון ז"ל לומר דר' נחמן מכשר בנקב בלא שום סתימה ופסק כותיה משום דרבינא קדמון הוא כדכתב התוספת דהא רבא דבתרא הוא ואיהו אמר לעיל הני תרי אוני דסריכן להדדי לית להו בדיקותא ואי ס"ד אין נקב פוסל שם לא יהא אלא נקב הרי דופן סותמו וכתב רש"י לעיל דאומה ואונה דסריכי אהדדי במקום חבורן כשרה ורבא נקט אוני משום דעיקר מלתיה דאורי לן כשלא כסדרן טרפה אע"ג דאי הוו סריכי בדופן והויא כשרה כדאמרינן לקמן דהתם הוי טעמא דכיון שהם שוכבות תמיד אצל הדופן אינן מתפרקות ממנו אבל זו מזו מתפרקות. והתוספת כתבו על דברי רש"י שפירש שהסרכא מחמת נקב היא קשה לר"י דאמאי כסדרן כשרה לא יהא אלא קרום שעלה מחמת מכה בריאה שאינו קרום ולבסוף דחקו להעמיד דברי רש"י ז"ל לומר שהיכא שהיא סרוכה במקום

שאינה עומדת להתפרק סותמה ומגינה יותר מהקרום והולך ומתחזק ועדיף טפי מקרום שעלה מחמת מכה הרי מבואר משם דקרום שעלה מחמת מכה בדופן צר טרפה וכל שכן בנקב בלא סתימה ולא היה אדם שנחלק בזה מעולם וסלקא לן שמעתתא דגאון ז"ל אליבא דהלכתא.

וצריך לעמוד על דברי המרדכי שהביא משם רבינו חננאל והגאונים ז"ל דהא דאמרינן במקום רביתה כשרה ובלבד שלא יהא שחין אבעבועות במקום שכבת האונות שאם יש שם טרפה ע"כ ותמהו עליו רבותי' הרב מוהר"ר יוסף קארו ז"ל שם בב"י והרב מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל דמי עדיף שחין מנקב ממש הא אמרי' ריאה שניקבה ודופן סותמתה כשרה ובאמת שהוא תימה וגדולה מזו יש פלא דלא קיימא מילתיה כלל דע"כ אהעלתה צמחים קאי גמרא דאמר בה רב נחמן דחוששין לה הואיל וחזינן בה ריעותא ודאי מחמת ריאה ולא מפליג גמרא אלא התם במקום רביתה אלמא במקום רביתה אפי' העלתה צמחים דאיכא ריעות' כשרה ומטעם זה נחלק ראב"ן עליהם והרי זו תשובה נצחת. ונ"ל דדוקא נקט במקום סרכת האונות דס"ל להני רבוותא כסברת הראב"ד ז"ל דבנקב ממש לא סגי בסריך אפי' לבשרא אלא שיהא מסובך יפה הילכך בשהעלתה צמחים במקום הסירכא איכא למיחש לנקב ואין הסירכא מגינה עליו וכי משני גמ' התם במקום רביתא דמשמע אפי' בהעלתה צמחים היינו כדמפרש רבינא והוא דסביך ולא בעי לשנויי הא דסביך הא דלא סביך משום דשלא במקום רביתה אפי' אי סביך לא מהני וראב"ן אביו של ראבי"ה דפליג עליה וקאמר דאפילו בהעלתה צמחים בעי גמרא להכשיר במקום רביתה ס"ל דאפי' בנקב ממש מהניא סרכא כמ"ד דלא אתא אלא למעוטי גרמא והרב מהר"ר יעקב ן' חביב ז"ל הסכים בחילוק זה כמ"ש הרב בב"י ז"ל וז"ל ויש חילוק גדול בין ניקבה ודופן סותמתה לנסרכה בלבד כי בניקבה שיראה הנקב בעין צריך שתה' הסרכ' אחוזה ומסתבכת בבשר וכו' אמנם בנסרכה לבד כפי דעתי כשרה כשהוא כנגד הבשר אפי' לדעת הרא"ש עכ"ל והרב מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל העיד על העיר הזאת קושט' רבתי שנהגו להחמיר כדברי המרדכי בשם ר"ח והגאונים ז"ל שדבריהם דברי קבלה ואעפ"י שיש חולקים על סברת' אינן רשאין עתה לנהוג בה היתר דלא גרע מדברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור מ"מ נ"ל דאי סביך בבשר או אפי' מיעוט בבשרא ורובא בגרמא אין למחות ביד המקילים הבו דלא להוסיף עלה. והא דאמרינן והוא דסביך בבשרא נחלקו המפרשים ז"ל בפירושה שרש"י ז"ל פירש דאתא לאפוקי דאי נסרכה בצלעות עצמן אין זו סירכא קיימת והתוס' פירשו והוא דסביך פירו' נאחז ומסובך היטב בבשר כמו צמר מסובך ולהכי נקט סביך ולא נקט סריך וכתב הרב מהרי"ק ז"ל שרש"י ז"ל

מדייק תיבת בשרא לאפוקי גרמא והתוספות דייקו תיבת סביך לאפוקי סריך ואפשר לנו לומר דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ותרוייהו דוקא דנקט סביך לאפוקי סריך ונקט בשרא לאפוקי גרמא וכן משמע מדברי הרא"ש שהביא דברי שניהם כמסכימים ולא כחולקים והיכא דסביך בבשרא ובגרמא יש אוסרים ויש מתירים וכתב הרמב"ם ז"ל אבא מארי מן האוסרים ואני מן המתירים ויש להראות פני' לדברי הרמב"ם ז"ל שהוא תופס בשיט' רש"י ז"ל ונ"ל דדייק מדלא קתני והוא דלא סביך בגרמא שהוא עיקר ההיתר דמאי דסביך אבשר' לא מהניא לן אי סביך נמי בגרמא אלא משמע דאי סביך בבשרא אע"ג דסביך נמי בגרמ' שפיר דמי והרא"ש ז"ל כתב רואה אני את דברי האוסרי' דכיון דבגרמ' לחוד לא חשיב סתימה ה"ה נמי בגרמא ובשרא נהי שהבשר סותם כנגדה לא מהני אותה סתימ' כיון שכננד העצם אינו סותם ויש לו פנים דלא דייק מדלא קאמר והוא דלא סביך בגרמ' לפי מה שכתבתי לעיל דרבינ' אתא לאממועינן דתרתי לטיבותא בעי' סביך ובבשרא ואי הוה אמר והוא דלא סביך ובגרמא לא הוה שמעי' דסרכה אפי' בבשרא לא מהני. ומיהו זו שהקשה מסברא דמאי מהני הואיל וכנגד העצם אינו סותם יש ליישב לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דאע"ג כי סביך בגרמא לא מהני דלא קאי מ"מ בגרמא ובשרא אגב הא דסביך בבשרא קיימא נמי הא דסביך בגרמא ולא מפרק. ומקשו הכא קמאי ז"ל על הרא"ש ז"ל מדדיה לדידי' דאיהו אסר הכא אפי' אי סריך רוב' לבשרא ואילו בהנך תלת מילי דבעל העיטור דאזיל בהו בתר רובא הסכי' הרא"ש לדבריו וכמו שכתב הטור ז"ל משמו וכן עמא דבר למיזל בהו בתר רובא. ותירץ מה"רר דוד ן' יחייא ז"ל דבאונות חשש הרב ז"ל למיעוטה מפני ששם נקב בפועל באונו' ולא ידעי אי כנגד הבשר אי כנגד הצלעות אבל באלו הסירכות אין שם נקב בפועל ויש שם קולא דלא חיישי' למיעוטא וכיוצ' בזה הביא הרב מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בשם הרב מהר"ר יעקב ן' חבי' ז"ל בח"ג סי' פ"ז וכת' דקושיותיה קושיא ופירוקיה לאו פירוקא הוא ואולי לא ראה פסקי הרא"ש שהרי בסרוכות יחד האונ' והאומה כתב הרא"ש משם העיטור שאם רוב הסירכא מהאונה ומיעוט מן האומה תלינן שעיקר הנקב היה באונה וסרכה סריך באומה וכשרה הרי שאעפ"י שיש שם נקב בפועל אזיל בתר רובה וכן בריא' הסמוכ' לחזה ולדופן צדד הרא"ש להחמי' ולו' שאף אם יועיל הדופן לסתום הרוב הסרוך מ"מ כיון שלא נסתם המיעוט הסרוך לחזה טרפה אלא שמ"מ כתב שעשה מעשה והלך אחר הרוב והכשיר הרי שמקו' נקב ממש ביטל דעתו מפני דעת הרב בעל העיטו' להכשיר. איברא דמהיכא דסריכה למכה וחוץ למכה דאזלינן בתר רובא לא קשיא דכיון דסרכא מחמת חשש נקב חיישי' לה היכא דאיכא למתלי בריעות' דריא' תלינן דמשום מכה הוא

דאסתריך ואשתרבובי אישתרבבה לה לחוץ אבל מכי סריכה האומה והאונה בהדי הדדי וכן בדופן ובחזה דודאי מחמת נקב הוא וכדכתב הרא"ש בהדיא הא ודאי קשיא. ומיהו איכא למימר דהיכא דסריכה אונה לדופן ולחזה דכיון דכל אותו המקום שכנגד האונה דהיינו רבותן היינו רבותיה וסתים שפיר כי נמי אשתרבבה לה סרכא לצד הרחב מ"ה לא גרע אדרבה אלים טפי ואפי' את"ל דההוא דנפיק לברא מפרק אפרוקי אכתי עדיין נשאר לו סתימ' ממה שלדופן ולפנים שכל אותו דופן שכנגד האונו' רביתיה הוי כדאמרי' התם והיכא מקום רביתא חתוכה דאוני וכדפרש"י ז"ל שם דכי אמר רב נחמן חוששי' היינו כנגד האומה הגדולה אלמא כל שנגד האונות רביתה הוי ומתדבק יפה שם ואם עוד מתפשט' הסרכ' חוץ לדופן אדרבה מחלמה טפי ולפי זה אין מקום לתמיה' הרא"ש ז"ל שכתב על בעל העטור שאף אם יועיל הדופן לסתום הרוב הסרוך לו מ"מ כל זמן שלא נסת' המיעוט הסרוך מחזה טרפה ע"כ שהרי אפי' יתפרק מה שסריך בחזה הרי נשאר בדופן שכנגדו לסתום. ומיהו קשה שהטור הבי' בסי' ט"ל משם העיטור בלשון הזה אם נקב באונה וסרכא עולה מן האונה לדופן שבצד האומה כשרה והשתא אי סרוכה כלה לחוץ כשרה מקצתה מבעיא. איברא דהרא"ש ז"ל חלוק על זה שכתב בהלכותיו אם גב האונה נסרכה בדופן חוץ למצר החזה אין הדופן סותמתה וטרפה ולדידיה משכחת לה דאזיל בה בתר רובא אבל לדברי בעל העיטור עצמו לא מתוקמה וצריך לומר דלבעל העיטור אין כל הדופן שכנגד האונות קרוי רביתא אלא גבול יש לו וכ"כ העיטור עצמו איכא דאמרי ב' צלעות בריאה הניתן לכהנים וא"ד מן החוט ולמטה דינו כחזה וכו' והא דנקט התם שסרכא עולה מן האונה לדופן שבצד האומה ה"ה דקי"ל מן החוט ולחוץ אלא רבותא אשמועינן שאעפ"י שנתפשט' בריחוק מקום כשרה ומעתה יש לדחות אותו ההכרח שהביא הרב מאר"י קארו ז"ל מלשון העיטור דכל שכנגד האונו' הוי רביתיהו והדרא קושיא לדוכתא גם בסרוכ' באומ' ובאונה היה אפשר לומר טעם להתיר שמאחר שסרכה א' הוא אין לנו לו ב' נקבים ניקבה אח' באונ' ואח' באומ' דא"כ לא מחזקינן נקב אלא מחמת ריעותא דסרכא וכל שאפשר לתלות במקום א' לא תלינן בשתי מקומות כדאמרי' בפ"ק דפסחים בב' שבילין א' טמא וא' טהור וכו' אלא שהרב בעל העיטור עצמו הוא מן הסוברים שהשלם שע"ג שכנגד האונ' כאונ' כנגד האומה כאומה והשתא משכחת לה שהסרכא בשלם שע"ג ואפשר שהנקב בשלם שכנגד האומ' הו' ולאו היינו רביתה ונ"ל לחלק בין סריך לגרמא להיכא דסביך למקום דלא הוי רביתה דכי סריך למקום דלא הוי רבית' כל שהוא מסובך יפה בבשר סתימא מעלייתא היא אלא דחיישינן שמא תתפרק לאחר זמן ובהא ודאי כיון דסריכה נמי במקום רביתה שוב אינה מתפרקת

וזה וזה מתקיים אבל סתימה דגרמא לא סתימה היא כלל לפי שאין הסירכא נאחזת יפה בעצם הקשה וכמאן דלא מסבך דמי ובזה כתב הרא"ש נהי שהבשר סותם בגרמא לא מהני אותה סתימה כיון שכנגד העצם אינו סותם אבל חוץ לעצם יש להעמיד דברי בעל העטור דסתימה מעלייתא היא בבשרא ואי משום אפרוק' לא מפרק כיון דסריכא נמי במקום רביתה. ואחר שנשאנו ונתננו בדברי הגאוני' ז"ל במה שראוי להתלמד בדבריה' באנו לכתו' למה שהוזקקנו הלכה למעשה יען שראיתי כשגג' היוצאת מאת העם מאת זובחי הזבח מקצ' השוחטי' שבעי' אשר נגד פניהם נבונים אומרים אמור שנקב מפולש בלי שום סתימת סירכ' אינו פוסל במצר החזה ולא במקום החיתו' שבין אונה לחברת' ודבר זה שרש פורה ראש ולענה להאכיל כמה נבלות בישראל שלפי דבריהם צריכים הם להתיר כשסרוכה האונה לצד הרחב או לשומן הלב ולכל מקום אשר תפנה וגם לדבריהם תרי אוני דסריכי מגב לגב וכ"ש מחידוד לחידוד מותר דלא יהא אלא נקב ממש הרי דופן סותמתו וכן הוא להם בנקב שבין חיתוך לחיתוך בלא שום סירכא. ועוד כמה דיות נשתפכו וכמה קולמוסים נשתברו לכתו' החילוקים שנאמרו בהלכה זו ובמה שנחלקו הפוסקים ז"ל בכמה מחלוקות אי סביך בעינן או סריך גרידא ואי בבשרא דוקא או כי סבי' נמי בגרמא מהני וגם היכא דסריכא לבשרא ולגרמא ואי אזלי' בהו בתר רובא וגם היכא שיש נקב ממש מהני סריך אפי' לבשר' ואת"ל דמהני היכא דסרי' נמי לגרמא לא. אכן לדבריה' שקר עשה עט שקר סופרי' וכל הדיני' והחילוקים המפורשי' בכל פוסקי הל' בטלו ונתחדשה הלכה שאפי' נקב ממש כשר' ואחר אשר החרדתי עליה' במלין הרגתים באמרי פי באו אמרו לי שיש ביד' כמה ראיו' להתיר והנני מבאר פה אחד לאחד שלא ליתן פתחון פה לבעל הדין לחלוק.

ראשונה הביאו ממה שהביא הרב בב"י מצאתי כתו' בשם הרא"בד ז"ל אי סירכ' תלויה ויצאה מן הבוע' אסור' ואפי' באונ' לא אמרי' דדופן מגי' עליה וכת' רבי' ז"ל שם ואיני יודע טעם לדבר דלא יהא אלא ניקב' הא אמרו ריא' שניקב' ודופן סותמת' כשר' עכ"ד וכמ' טפשאי אינש' שבאי' ללמו' ממה שרבי' מסתפק בדברי הראב"ד ז"ל והם לא ידעו דבריו ולא עמדו על דעת הרב ז"ל דודאי אין הרב סבור דנקב מפולש בלא שום סתימא סרכא שריא שלא יסתור דברי עצמו שכת' בפסק הלכה והוא שיהא סתום בסרכ' וכו' אלא דהכא מתמו' קמתמה ז"ל דאין כאן נק' ממש אלא חשש נק' מחמ' סרכ' תלוי' שבמקו' הרח' אנו מכשירי אות' שלא במקו' בועה השת' דאיכ' בוע' יש להכשיר כשם שהכשירו בסרוכ' למצר כך נכשיר סרכה תלויה בבועה שהרי יש לה סתימ' באות' סרכה שעל פי הנקב אעפ"י שאם היתה במקום הרחב היינו מטריפין אותה לפי שאינ' מגינה

יפה מ"מ הכא מגינה ומגין' ולא מיקרי קרום שעלה מחמת מכה שאינו קרום שהרי דופן מגין עליה ותו מה שנתקשה לו בדברי הרא"בד איברא שדברי הראב"ד ז"ל מיושבי' מעצמ' שכל שאינו סרוך או סביך ע"ג הדופן עצמו אעפ"י שהנק' סתום מאות' הסרכ' התלויה ע"ג הו"ל קרום שעלה מחמ' מכ' שאינו קרום וכמאן דפתוח דמי וכך הם פי' דבריו של הרא"בד ז"ל הביאם רבינו ז"ל להלן בסי' ט"ל וז"ל ולא אמרי' שהדופן מגין עליה שהרי אמ' ריא' שנקבה ודופן סותמת' ואמרי' והו' דסבי' בבשר' והא לא סבי' ולא סריך הילכך איכ' למיחש לה שהבוע' תמיד עליה בנקב עכ"ל הרי שהרא"בד ז"ל ביא' דבריו באופן דלא ק' עלייהו מידי ובההי' שעת' כי קאי רב"ה בסימ' ל"ז לא סיימוה קמי' עד כי אתא בסי' ט"ל וב"כ מעול' לא עלת' על דעתו של הרב ז"ל להק' על הרא"בד שיכשי' נק' מפול' בלי שום סתימ' שהרי הרא"בד בפ"ז החמי' בשיש נק' ממש דבעי' סביך דוק' ובבשר' דוק' והיאך יקש' עליו שיכשיר בנקב ובלא שום סתימה.

עוד הביאו ראיה לדבריה' מהלשו' שהבאתי לעיל שכת' המרדכי בשם רבי' חננאל ז"ל הא דאמרינן במקום רביתה כשרה ובלבד שלא יהא שחין אבעבועו' במקום סרכת האונו' שאם יש שם טרפ' וכת' שם רבי' ז"ל ק"ל בזה דהא דר"נ בריא' שנקב' מכשי' ואפש' שהוא מפרש דה"ק ריא' שנקב' בזמן עבר ודופן סותמת' עכשו בענין דלא מפק' זיק' כשר' דאותו אינו עשוי ליסת' אבל בנקוב' עכשיו לא הכשי' וכת' המרדכי דאביו של ראבי"ה ור"שבם חולקי' על דברי רבי' חננאל וכן דעת כל הפוסקי' להכשי' אפי' בנקב ממש כפשט מימר' דרב נחמן עכ"ל ומביאין ראי' הרי שהמרד' בשם ר"ת סוב' דנקוב' עכשיו לא הכשיר ונחלקו עליו וכן דעת כל הפוסקי' להכשיר ולו חכמו היו נותני' לב היאך אפש' לו' שכל הפוסק' דעת' להכשיר בנקב שהוא עכשיו מפולש כפשט מימרא דרב נחמן והלא סגנון א' עולה לכמה נביאי' להטרי' אי לאו ע"י סתימא ובסתימ' זו רבו המחלוקו' כמ"ש אלא שלא עמדו על דעתו של רבי' ז"ל כי מ"ש ודופן סותמתו עכשיו בענין דלא מפקא זיקא היינו כשאנו מפרקי' את הסירכ' מע"ג הנקב כי מייתי' סכינא דחריפא פומיה שאע"פ שאין בדיק' זו ודאית דהא איפליגו עלה בגמ' ומבו' פי' דשמא נקב היה אלא שניסתם מ"מ הואיל ונסת' בענין זה דאפי' נטלה הסרכא לא מפקה זיקא אותו קרום אינו עשוי ליסתם והו"ל סתימ' שרירא טובא מסרכא דכי מפרקינן לה מפקא זיקא דההיא לאו קרו' הוא ועל זה כת' שאביו של ראבי"ה ורשב"ם ז"ל חלקו וכן דעת כל הפוסקים להכשיר אפילו בנקב ממש והיינו בסריך כעין הנדון של ר"ח וכבר כתבתי לעיל דעתי בשיטתו של ר"ח שאינו פוסל במקום אלא דסריך לבד וה"ה במקום אבעבועות אבל אי סביך לבשרא ודאי מהני כדפי' לעיל. ועוד הביא' ראיה ממ"ש בסוף הסי' על מה שהסכים הר"אש

לדברי בעל העיטור ז"ל למיזל בתר רוב' שהביא משם מה"רר דוד ן' יחיא ז"ל דבאונות חשש הרב למיעוטי מפני שאם נקב בפועל באונו' כו' וגם זו בענין רע שטועי' לו' שיש נק' עכשו בפועל בלא שום סתימ' קא' וזה אינו דאמילתא דהרא"ש סבוך בבשר' ובגרמ' קאי. עוד נסתייעו מדברי התוס' שהביאו בשם רב שר שלו' ז"ל כמ"ש לעיל אמרתי להם גם עתה כדבריכ' אם יהיה רב שר שלו' מלאך מליץ א' מני אלף באותו מלאך עצמו רבי' אשר אתנו שאמרו משמו דסריך מיהת בעי ואפי' תימה אמרה לית דחש להך סבר' ונשתקע הדבר ולא נאמר כ"ש שכבר כתבתי דעתי בהבנ' דברי התוס' ולאסוקי מילתיה אליבא דהלכתא ונפשי בחלה בי לטרוח במילי דכדי ודברי' הללו לא ניתנו ליכתב וכבר כתבנו דעת שהיא ראוי לישא וליתן והאל י"ת יאיר עיננו במאור תורתו ומלאה הארץ דעה יוסף מטראני.

סימן ח

כתב הטור בסי' מ"א בשם בה"ג אי אינקוב טרפשא דכבדא טרפ' ומקשי ע"ז דרש"בא משמע דלא ס"ל הא דב"הג ממה שכת' בתשובה סי' ר"א ריאה הסרוכ' לכבד דרך הטרפשא והשי' דטרפה מחמת סרכת הריא' ואם איתה ת"ל משו' נקיב' הטרפש ונר' דלא פליג אהא דב"הג שדברי' דברי קבל' אלא לפי שהשואל אמ' שסרכ' זו הסרוכה לכב' חומר' היא ואין להוסי' על הטרפיו' שמנו חכמי' לזה השיב שאין זו מדרך החומר' אלא מן הדין ואין כאן תוספת על הטרפיו' שמנו דמאחר שאמרו שהסרכה אוסרת בכל מקום דלא הוי רביתייהו אף זו בכלל וה"ה דבלא כן אסירא משום נקב' הטרפש אלא שזו חומרא היא שהחמיר בה"ג לא מחמת נקיבה עצמה אלא מחמת הכבד שסופו לינטל ואסרו תחלתו משום סופו והיה פתחון פה לשואל לשאול שיאמר שזו תוספת על הטרפיות שמנו חכמים ועפ"י דבריו השיבו שזה ככל סרוכה היא אי נמי משכחת לה שהסרכה נכנסה דרך הטרפש המפסיק בין אברי הנשימה לאברי המאכל דבההיא לא מטריף כדכת' הרב בב"י לפי שאין שם מקום הכבד שהוא דבוק לצד ימין כאותה ששנינו בפ"ה דתמיד אלא על ימין קורין גדולה שהכבד תלויה בה ואם נקב אותו הטרפ' שעליו מיטרף בהכי שיש לחוש מפני הכבד שתחתיו ודבר זה בידי מאת זובחי הזבח בטרפסא דכבדא וטרפשה המפסיק בין איברי המאכל הכל א' אלא שהשמות מוחלקין לפי מקומן שעל הכבד נקרא טרפשא דכבדא ובהכי מתוקמ' תשוב' הרש"בא ז"ל דאפשר לה ליסרך דרך טרפש המפסיק מן הצד ולא ינקב הטרפ' שעליו ודברי הגאוני' יתד הוא שלא תמוט.

ומה שאמרתם הואיל ונסרכה הטרפשא בצלע אין אתם חוששים למה שנקבה לפי שאותה סרכא מחזיקה שלא תקרע עוד שיצא הכבד וינטל והבאת מלשון המרדכי בשם הגאוני' טרפשא דכבדא שניקבה נקב מפולש מצד הכבד טרפה אבל אם נסרכה בצלע לא היו מטריפין וכיוצא בזה כת' הגהות אש"ר' ודבר זה טעות הוא בידכם והחלפתם הכונה בדבריהם כי טעם הגאונים לא מפני שהכבד נוקב ויוצא דרך הנקב דאי יצא מה בכך אם נחתך ממש כל שנשאר ממנו כזית במקו' מכה וכזית במקו' חייות' כשר ולמה ניחוש שינטל לגמרי אלא כך אמרו שכל שניקב הטרפש שעליו סימן לקותא וסופה של הכבד שתלקה ותנטל לגמרי כמו שאמרנו בכבד שהוריק' כנגד בני מעים שאסרו תחלתו משום סופו ומעתה מה יושיענו זה שהיא סרוכ' ודבוק' בצלע הא איכא רעותא קמן שאנו רואין אותה נקובה וביאור דברי המרדכי שכתב אבל אם נסרכא בצלע לא היו מטריפין מחמת הסרכ' לומר אין סירכה בלא נקב וכמאן דאינקיב דמי שלא אמרו אלא בנקב מפולש וכבר תמה המרדכי ואמ' דאי ס"ל דדינו כריא' למה לי מפולש אפי' נסרכה נמי ולפי דרכך אתה למד שכשהתירו לא התירו אלא בשאין שם נקב מפול' ומ"מ תמיהת המרדכי אינה תמיהא דלא חשיבא ריעות' אלא בנקב מפולש אבל סירכא לאו ריעותא היא לומ' שסופו של כבד לינטל וכ"ש הרא"ש לסברת האומרת דלא חשו לסירכ' משום נקב אלא בריאה אבל בשאר האיברי' אעפ"י שהנקב אוס' בהם אין סירכא אוסרת ואתם הפנו מדעת סברא זו ורחמנ' ליצלן מהאי דעתא אלא כל שנקב הטרפ' כנגד הכב' נקב מפולש טרפה הנלע"ד יוסף מטראני.

סימן ט

שאלתם ממני על מה שאמרו מקצת השוחטים שנוהגים להכשיר בסרוכה לצלע שנשבר וחזר ונקשר דחשיב מכה אעפ"י שהשבר במקום א' והסירכא להלאה ממנו שכל אותו הצלע בחזק' ריעותא היא ונותני' טעם שכששוברי' קנה א' מתפשטת שבירתו באורך הקנה וגם אומרי' שניכר הדבר מחמת המוח שבפני' שהוא מבולבל מחמ' השבר וכל מקו' שמתפשט אותו השנוי מבפני' ניכר שהית' שם ריעותא והנני מפרש השמוע' ומה שנאמר עליה בדרך קצרה. גרסינן התם ריאה הסמוכה לדופן אין חוששין לה. העלתה צמחי' חוששין לה מר יהודה משמיה דאבימי אמ' אחד זה וא' זה חוששי' לה היכי עבדי' אמר רבא רבי בר שבא אסבר' לי מייתינן סכינא דחליש פומיה וכו' ויש בזה ה' דברי' שהם שיטו' חלוקו' למפרשי' ז"ל הא' דחוששין לה ומייתינן סכינ' וכולי ואי איכא מכה בדופן תלינן במכה י"א דוקא כשלא העלת' ריא' צמחי' דליכא ריעותא נמי בריאה אבל אי איכא ריעות' בריא' אע"ג דאיכא מכה בדופן תלינן בריא' לפי שהסרכי' מצייו' בה

וזו היא שיטת רש"י והתוס' וכן הכרעת הרא"ש ז"ל ואיכ' מרבוות' דאמרי דהא דאמרי' דתלי' במכ' שבדופן אפי' העלת' ריא' צמחי קאמ' דכי אמרי היכי עבדי' אבל מאי דאיתמ' חוששין לה קאי אפי' בהעלת' צמח' ובשט' זו קאי הרמב"ם ז"ל והשני שיש שאמרו הא דאמרי' דכי איכא מכה בדופן תלינן במכה היינו להצריכ' בדיקה ואפי' אין ריעותא בריאה והיינו דקאמ' מייתינן סכינא דחליש פומי' דאילו כשאין מכה בדופן אפי' ליכ' ריעות' בריא' אסור' ולא מהניא בדיק' זו היא דעת הרי"ף ז"ל כמ"ש הרא"ש והטור וכך הם דברי התוס' ז"ל אבל איכא מרבוות' שאמרו דאין בדיק' אלא כשאין שם מכה אבל אי איכא מכ' בדופן תלינן בדופן ולא צרי' בדיק' כלל ולא עוד אלא אפי' הפרידוה ונמצאת בה נקב אומרים אחר שחיט' היא וזו היא דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ז והרא"ש ז"ל בשיט' ראשונ' דעתו דצריכא בדיקה. והרש"בא כת' שכן נוהגי' ברוב המקומות וכן ראוי להורות וגם הר"ן כתב שראוי לחוש לדברי האומ' שצרי' בדיק'. והשלישי' יש מהגדולים שאמרו דוק' ריאה הסמוכ' היא דשרי' ע"י מכה לדופן לא בסרוכ' דסמוכ' רגלים לדבר שמחמ' מכה שהיתה בדופן קלטה הריא' אצל' דאילו מחמת הריא' היתה הי"ל להיות נסרכ' לדופן ולא נסמכ'. וכן נר' דברי הרמב"ם שיש חילוק בין סרוכ' לסמוכ' לפי שבסרוכ' כתב אם נמצ' חוט יוצ' מן האום של ריאה לכל מקו' שימשך וכו' ובדבוק' כת' האום של ריא' שנמצא' סמוכ' לדופן חוששי' לה והר"שבא ז"ל אעפ"י שהוא סבור כדברי המפרשי' דסמוכ' ה"ה סרוכה כת' אין אנו נוהגי' להתיר אלא הדבוקה. והרא"ש ז"ל כך היא דעתו דדוק' סמוכ' נמצ' שהו' הולך לחומר' בשלשתן. והרביעית בסרוכ' במכ' וחוצה לה בעל העטור אזיל בה בתר רוב' והר"ן ז"ל הביא משם רבי' האי דבשיצת' קצת חוץ למכה טרפ'. והרשב"א כת' כן בשם גדולי המורי' וכן רבי' ירוחם ז"ל הביא בשם הרמב"ן ז"ל ה"ה היכא דנשב' הצלע ונקשר יפה ונחלם מצאתי בס' תשובו' להרש"בא כ"י סי' נ' כשנשאל ולא רצה להורו' להקל דאפש' שאחר שנחלמה הצל' ונרפ' השבר יצתה סירכ' זו מן האומ' שלא אמרו לתצו' במכ' אלא היכ' דאיכ' מכה דמוכח מדקאמר בדאיכ' מכה ולא אמר כדהוה מכה בדופן והשיב שנית כבר ראית' שלא רציתי להקל בזה ועדיין אני במקומי עומ' שלא להקל ועוד אני מוסיף טעם בזה כו' ע"כ אלא שהרא"ש ז"ל ראינו שהקל והביאו מהר"יק ז"ל בפסקיו וכמדומ' לי שלא ראה דברי הרש"בא ז"ל והרי זה מחלוקת חמישי.

ויש לעמוד על דברי הרמ"בם ז"ל שכתב האום של ריא' וכולי הרי שאף בהעלה צמחי' ואיכא רעותא וראיתי שתמה הרב מהר"יק ז"ל על הטור במ"ש בשם הרמב"ם אי איכא מכה בדופן אפי' יש רעותא בריאה כגון שהעלתה צמחי' כשירה דמשמ' דוקא שהעלת'

צמחי' הא אם יש בה רעותא יותר מהעלתה צמח' טרפ' והא ליתא דאפי' בשיש בה נקב ממש מכשיר שהרי כ' אם נמצאת נקובה ונמצאת במקום הנקב תולין במכה ע"כ. ול"נ דודאי העלתה צמחי' רבותא טפי מנמצאת נקובה דבהא איכא למתלי בסכינא ואימור לאחר שחיטה ניקבה אבל העלתה צמחים איצטריכא ליה דאיכא רעותא בריאה ואעפ"כ מכשיר ומ"ש ואם אין מכה בדופן בידוע שנקב זה בריאה היה קודם השחיטה וטרפה משמע מדבריו שאם אין שם נקב אפי' אין מכה כשרה ולא אסר אצא כשיש נקב שהנקב מוכיח והויא ריעותא ודלא כהרי"ף ז"ל שכ' ואם ליכא מכה טרפה ואע"ג דלא מפקא זיקא ולכך כ' ונזהרין בה שלא תנקב אע"ג דביש מכה אפי' נקובה כשרה אלא לפי שהכשרה שלא במקום מכה תלוי במה שלא ימצא נקב והר' כמהר"ר ן' יחייא ז"ל כתב על דבריו דהיכא דאין נקב בפועל ואין מכה מהו לדעת הרב שלא הזכירו הענין בפי"א שכתב ריאה שהעלתה צמחים או שנמצאו סרכות כמו חוטים תלויי' ממנה ולדופן וכו' שנופחים אותה וכו' ע"כ ורוצה הרב ז"ל לומר דמה שסתם הרמב"ם ז"ל בפ"ז פי' בפי"א וק' שמדבריו כאן מוכח דהיכא דליכא נקב אפי' אין מכה מכשרי' לה לגמרי ולמה לא הצריך בדיקה בפושרין כדר' נחמי' כמו שהביא בפי"א דהא עלה מייתי לה בגמ' להא דרב נחמי'. ועו' שאף בבדיקה זו כתב הרב שם שלא ראינו מי שהור' להקל בנפיחה א"כ ראוי הוה לו לכתוב כאן דאם אין מכה טרפה לגמרי אע"ג דלא מפקא זיקא.

ונ"ל שדבריו כאן חלוקים הם מדבריו שבפ' י"א שהרי כאן ברור מלל בידוע שנקב זה קודם שחיטה היה הא אם לא היה שם נקב כשר לגמרי בלא שום בדיק' בפושר' כלל והיינו משו' דסמוכ' חלוק' מסרוכ' דסמוכה לא הויא סימן נקב כמו הסירכא אלא הויא רעותא לענין דמצרכי' לה בדיקה אי משכחת בה נקב אמרי' קוד' שחיט' נקבו ולא קימ"ל כרב נחמי' דבדי' לה בפשורי ולכך הרי"ף ז"ל השמיט' מהלכ' אבל בסירכא שבריא' שהיא הורא' שנקב בזו כ' בפ' י"א שבדין היה לעשו' בדיק' יפה כההי' דרב נחמי' ולהכשיר' מאחר שלא נמצא נקובה דאימור קרום העליון ניקב ולא התחתון ומ"מ לא סמכו להורות כן הלכה למעשה הואיל וסרכא גמור' היא שמא נקב היה ונסתם וקרום שעלה מחמת מכה אינו קרום.

ומה שנתקש' הרב מהרי"ק ז"ל במ"ש בפי"א ריאה שהעלת' צמחי' או שנמצאו סרכו' כו' דבצמחים גרידי כשרה היא כדאיפשיט' בגמ' והרב עצמו הביאה בפ"ז ורצה הרב ז"ל לפר' דצמחי' תלוי' בדופן קאמ' אנ"ל דהיינו חוטי' דקא' ועוד צמחי' אינן דבוקי' לדופן שהרי שאלו בגמ' העלת' צמחי' מהו ואיפשיטא להכשר אלא נרא' שמה שמנה הרב צמחי' בכלל דברי' הצריכים בדיקה דהוא ריעות' היינו לפי שצריך לבדוק בהם אם יש

בהם מים סרוחים או אם הם מלאים רוח או מים זכים. ולמדנו מדברי הרב שאע"פ שהוא מיקל בשני דברים דתלינן במכה אף היכא דאיכא רעותא בריאה כגון שהעלתה צמחים וגם דאין בדיקה אלא לקולא להתיר אף בשאין מכה כשאין שם נקב זהו דוקא בסמוכ' לבד אבל בסרוכ' לא יתיר שלא במקום מכה. וגם לא היכא דאיכא רעותא בריאה אפי' במקו' מכה בלא בדיק' וגם למדנו מדבריו שלא התירו במכה אלא כנגדה אבל שלא כנגד המכה לא אמ' שכן כת' ונמצא בדופן מכה במקום הנקב תולין במכה. והטעם דע"כ לא תלינן להקל ולומ' אחר שחיטה ניקבה ע"י הסכין אלא כשהיה הנקב כנגד המכה שאין אותו הדבק ריעותא דמחמת מכה היא ורגלים לדבר אבל כשהנק' שלא כנגד המכ' כיון דאיכא נקב ריעות' הוא וכ"ת אימור לאחר שחיט' הוא הא איכא רעותא דדבוקה ואין שם מכה שנתלה הדבוק בה.

ולענין הלכה נראה דבסרוכה ועלתה צמחים אין להתירה בלא בדיקה כלל חדא דאיכא תלתא ס' להחמיר חדא שמא לא התירו אלא בסמוכה ואת"ל אף בסרוכה דוקא כשלא העלתה צמחים ואת"ל אף כשהעלת' צמחים שמא לא התירו אלא ע"י בדיקה דלא משכחת תנא דמיקל בתרי קולי שהרמב"ם אע"פ שהיתר גם בהעלתה צמחים היינו בסמוכה אבל בסרוכ' לא וכן אותם המפרשים שהביא הרא"ש ז"ל דס"ל דבלא בדיקה שריא גם בהעלתה ריאה צמחים דוקא בסמוכ' קאמר דיש סברא שלא נקבה שאם נקבה היתה נסרכ' כדכת' הרא"ש אלא מחמת לחות מכת הדופן א"נ מחמת לחות צמחים הריאה נדבקה עם הדופן אבל בסרוכה דהויא סי' נקב אין להתי' כלל דמאי חזי' דאזל' בתר ריעות' דדופן אדרב' זיל בתר ריעות' דריא' דאוקי ריעותא להדי ריעותא ואוקי סרכא אחזקת' הילכך אין להתיר אלא בא' משני דרכי' או בדלא סרוכה אלא סמוכה לבד או דבדקי' לה ולא מפקא זיקא דאמאן ניקום ונסמו' להתירא בלא בדיקה הרי הרי"ף וגדולי האחרונים הרא"ש והרשב"א והר"ן הצריכו בדיקה ואם נסמוך על הרמב"ם שמתיר אפי' מפקא זיקא הבו דלא לוסיף עלה שהוא לא אמר אלא בסמוכ' ולא בסרוכה כ"ש כשבאנו לספק אחר שהסרכ' יוצאת חוץ למכה שרבינו האיי והרמב"ן ז"ל אוסרים. וכיון דבכה"ג כל הפוסקים המפורסמים הללו מורו בה לאיסורא לא אזלינן בתר קולי דמר וקולי דמר דא"כ סלקא היתרא דלא כחד וקי"ל דשני' משני טעמים מצטרפים וכמ"ש מהרי"ק ז"ל בשרש צ"א דף ק"א שאע"פ שהטעמים מחולפים מצטרפים לרוב והביא מההיא דפרק ב' דחולין מאחר שרבי אומר הוכשר ור' חייא אומר תולין באו ונסמוך על ר' שמעון שאמר שחיטה מכשרת וכו' מכאן משמע שנעשו רבי שמעון ור' חייא רבים כנגד רבי ואין דבריו של אחד במקום שנים. ואע"פ שכתבתי במקום אחר מה שיש

לדחות בראיה זו מ"מ פשיטא דהכי משמע כדברי מהר"י קולון ז"ל והרב מהר"ר אליהו ז"ל כתב בתשובותיו כי מהר"ר איסרלן ז"ל מחמיר לפי שחלוק בדבר זה על מהרי"ק בדין בכור שלא רצה לצרף טעם חולבת לטעם מכירת עכו"ם משום דלא שייכי אהדדי. ונ"ל להוכיח דמצטרפין מדאמרי' בפרק א' דיני ממונות מ"ט כותבים דברי המחייבים ודברי המזכים כדי שלא יאמרו טעם א' משני מקראות דאין מונין להם אלא א'. מנה"מ דכתיב אחת דבר אלהים שתים זו שמעתי מקרא א' יוצא לכמה טעמים ואין טעם אחד יוצא משני מקראות משמע דוקא משני מקראות דע"כ חד מנייהו שקורי משקר דחד מהנך קראי ע"כ לאו להכי אתא הא אמרו שנים משני טעמים כיון דאפשר דתרווייהו איתנהו שהרי מקרא א' יוצא לכמה טעמים מונה להם שנים ואין להקשות מאותה הנדה שאמרה עד שאתה משוה אותנו לך והשוה את בניך דמשמע הואיל ואינן שוים בדעת א' לא מקרו רבים דהתם כל א' עובד ליראה א' בפני עצמה וע"כ אי האי לאו האי לכך לא חשיבי רובא ונראה שאף מהר"ר איסרלן מצרפן בתשובה ק"ל אלא שלא רצה להתיר באתרא דלאו דידיה אם לא שימלך בת"ח אשר שם כי היכי דנמטייה שיבא מכשורא. הילכך היכא דאיכא רעותא בריאה או שיש בהן צמחים אין להתיר כלל. וראיתי לסדר טריפות של שאלוניקי וחתומים בה הרב מהר"ר אברהם סאראלוו והרב מהר"ר שמואל די מדינה ז"ל כתוב שם סרכא היוצאת מהאומה או מהאונ' ונסרכת אל הצלעות אל מקום הרחב או לטרפש וכו' אם יש מכה בריאה או צמחים במקום שהסרכא יוצאה משם טרפה אפילו תעלה בנפיח' ואפילו תהיה מכה במקום האח' ה"נ ע"כ הרי במקום שנהגו נפיחה לא התירו ברעותא בדופן ובריאה אפילו ע"י נפיחה ומיהו בשיש מכה באותם המקומות ולא בריאה כת' דאפילו נפיחה לא צריך. ואני בעניי היה ק' בעיני להתיר סרוכ' בלא בדיקה אע"ג דליכא רעותא בריאה דאמאן ניקום ונסמוך הרי הרי"ף וגדולי האחרונים הרשב"א והרא"ש והר"ן מצריכים בדיקה ואם נסמוך על הרמב"ם שמתיר אף על גב דבדקינן ומפקא זיקא שנאמר מכח עקירתה בסכין ניקב' הבו דלא לוסיף עלה שהוא ז"ל אינו מתיר אלא בסמוכה לבד וכן הבין הרשב"א ז"ל בדבריו שהוא מחלק בין סמוכה לסרוכה כ"ש בהתחדש לנו ספק אחר כשהסרכא יוצאה חוץ למכה אפילו מעוט שרבינו האיי אסרה והרמב"ן והרשב"א ז"ל מסכימים עמו ובאנו לסמוך על קולתו של בעל העיטור שלא נראת בעיני גדולי האחרונים שיש לנו לחוש דלא למנקט קולי דמר וקולי דמר ולא עוד אלא שהמתחכמים מהבודקים הוסיפו על בעל העיטור שאם המכה היה באמצע מהסרכ' אע"פ שהיא מתפשטה חוצה לה מכל הצדדין ומה שבצדדים יש רוב כשרה מפני שידיה מוכיחות שמקום הסרכא היא המכה דברי' אלו לשטת ב"ה הגם

כי לא מופלגים מן הסברא ולא רחוקים הם מאחר שאין במה שחוץ למכה רוב במקום אחד הואיל ואפשר לסירכא תתפשט מקצת חוץ למכה כשם שנתפשטה מצד זה כך נתפשטה מכל צד זיל להכא ליכא מכה וזיל להכא ליכא רובא ומ"מ הייתי חוכך בדבר שהוא סברא בלי ראיה ודברי ב"ה חידוש והבו דלא לוסיף עלה. ושוב מצאתי בתשוב' לרב אבא מארי ז"ל (שהכיר) שהתיר בכיוצ' בזה כשהסרכ' יוצא' מב' צדדי' ובכל צד הוי מיעו' וכבר הור' זקן ז"ל.

ומעתה באנו לדברי שוחטים הללו שאומרים שיש להכשיר כשהסרכא ע"ג הצלע והצלע יש בו שבר אף על פי שהסרכא יוצאה רובה חוץ לשבר ואפילו כלה חוץ לשבר שאומר כשנשבר הצלע כלו נשבר וחזר ונקשר יפה ואינו ניכר הס כי לא להזכיר ומילתא כדיב' ושחית' היא אשר בדו מלבם לא שערו' אנשי לבב ולא עלתה על לב אנוש לא דיין כי בספיקות הללו רובם ככלם בעצם ישאלו ובמקלם רק כי עוד יוסיפו סרה אשר לא כתוב בספר ואין זכרון לראשונים וגם לאחרונים וחדוש הוא שחדש לנו הרא"ש בנשבר הצלע ונקשר קרינן ביה שפיר מכה שתולין כשהיתה המכה לחה ירדה הלחה מהמכה וזה הוא לפי שאנו רואים לעין שיוצא מהמכה שנשבר הצלע ונקשר גם הריב"ש ז"ל כתב כל שנרא' להדיא שהיתה בו מכה אף על פי שנחלמה תולין בתחלה אלמא נראה להדיא בעין שהסרכא היא רעותא ואין מוציא מידה אלא רעותא אחרת כיוצא בה ואיך נבדה מעצמנו לומר השבר היה מגיע בכל מקום הסרכא אלא שחיתה דאין ספק מוציא מידי ודאי דכל זמן דלא אשכחן רעותא במקום הסרכא חיישינן לרעותא דריאה הנראית לעין כ"ש היכא דאנו רואים שבמקום השבר אין שם סירכא היאך נתלה בסירכא במקום הבריא שהגיע המכה עד לשם ונפרק מן העקר ונשארה על התוספ' ולשון הרא"ש ז"ל בתשוב' מוכח דברובא שיוצא מן השבר ע"ג הצלע עצמו שכן כתב שהיה ע"ג השבר ויוצאת חוץ לשבר דמשמע חוץ לשבר בצלע עצמו ואם הרוב כלפי בה טרפה ולא הכשיר אלא במקצת מטעם דאין אומרי' בסרכא אח' חציה באה מן המכה וחציה מן הריא' אבל אם היתה רוב' לחוץ יש לנו לו' כולה מן הריא' ונתפשטה ע"ג המכה ויש מי שהבין בדברי הרא"ש בתשוב' שהתיר כשיצאה חוץ לשבר אפי' רובא יוצא לחוץ והוא טעות מבוא' ואפי' ברוב היה ק' בעיני הרא"ש להתי' כמו שמוכח בדבריו בהלכות שכתב על ב"ה מ"מ כתב שעשה מעשה והכשיר. וזה שנים שהיה השוחט ה"ר יצחק נאפרוט דן לפני מסברא לומר דבכה"ג היה אפש' להתיר ומביא ראיה מקנה שנשבר' כי מתפשט' שבירתו באורך הקנה והייתי קורא עליו בטחת לך על משענ' הקנ' הרצו' כי מי הגיד לך שטבע העצם הקשה כטבע הקנה הרך. ועוד הקנה רך וחלול בתוכו והצלע קשה ואינו

חלול. ועוד הקנה לארכו נסדק לרחבו אינו נסדק אא"כ ישבר אבל העצם בין לארכו בין לרחבו אינו נסדק אא"כ נשבר. ועוד אם ת"ל שעשוי ליסדק וכי כלו עשוי לישבר שלא יהיה בו מקום שלם עד שתחזיק את כל הצלע בחזקת שבור. ועוד הרי אנו רואים לעין שאין תחת הסרכ' לא שבר ולא שום רושם שבר ושבר שנקשר ונחלם רישומו ניכר דנהי שבבשר אפשר שהית' בו מכה וחיתה לגמרי שלא תהא ניכרת אבל בעצם שנשבר אי אפשר שלא יהא רישומו ניכר. ואם העצם היינו יכולים לומר מעצמנו נשבר ונחלם לגמרי כ"ש שהיינו אומרים כן במכה שבבשר ואפילו הסירכא חוץ למכה שמא כל מקום הסירכא היתה מכה וחיתה ונתמעטה ונשארה הסירכה בחוץ דהא שכיחא טפי שעשויה להתרפאות ולא תהא ניכרת אלא הא מילתא ליתא ולא די לנו במשכוני נפשותינו להשיב על פי מדותיו בכל הזוית הללו אלא שיש שנתחכמו להוסיף הבל על הבליו מדאמרי' בפ' כיצד צולין למה לי דקולף עד שמגיע לפרק וחתך ונקלוף ביה פורתא ונתברי' ומשני אדם עשוי פקע פי' שמא יפקע וישבר תחת הבשר ומה זו ראיה ודאי כשמכין על דבר קשה אפשר שישבר שלא במקום המכה וזהו הנקרא פקע והשבר בכל מקום שהוא ניכר מקומו אע"ג שחזר ונקשר אבל לא אמרו שדרכו ליסדק לארכו ולא יהא ניכר סוף דבר מעולם לא נעש' מעשה כזה והשוחט ההוא עצמו היה אומר בפני ובפני החברים יצ"ו לא למעשה ח"ו אני אומר אלא מלתא דסברא ולאו דגמיר לה מרביה ולא ששמע מגדולים שאם היה כן בהיותי מכהו בלשון והורגו באמרי פי היה אומר לי שכך קבל ע"ד מ"ש אם רצית ליחנק התלה באילן גדול וכן העיד חתנו החכם ה"ר יהודה לירמא שמעולם לא הוציא מפיו שהי' מכשיר למעשה ומעולם לא נעשה מעשה אם לא עכשיו שנתפשו ב' שוחטים אלו כגנב במחתרת לא מצאו מענה כי אם דמיון הקנה אשר עלה בפיהם כמשל בפי כסילים וגרם העון שהלכו לפני מקצת חכמים והאמינו לשמועתם שכן היה המנהג בקושטאנדינה וכבר העידו כמה זקנים ואנשים חכמים וידועי' שמעולם לא נשמע כדבר הזה בקושטנדינה בזמן הרבנים הראשונים ז"ל ולא בזמן השוחטים והבודקים אשר היו בימים ההם כאשר כתוב עדותן על ספר והנה זו רעה חולה כי מכח הסברא הנפסדת הזו באים להתיר אף כשאין במקום הסרכא שום רושם מכה אלא כל שיש רושם באותו הצלע והסרכא מתפשטת בכולה מחזיקים כל הצלע בחזקת שבורה וכיש מכה תחת הסרכא דמי ולא זו בלבד אלא אפי' מתפשטת חוץ לסלע או ע"ג צלע אחר משערים ברוב כנגד כל הסרכא שבצלע ולא זו בלבד אלא אפי' מתפשטת בצד השני כיוצא בו הואיל ואין רוב בכל צד כנגד הסרכא שבאמצע מכשירים עם ההיתר האחר שיש בידם שכשהמכה באמצע הסרכא ומתפשטת לצדדין ואין בכל צד מהם רוב אין הסביבות מצטרפין באופן

שפעמים שמקום המכה אחד משש בסרכא וצריכין להכשיר עפ"י דרכם ואלו דברים אין להם שיעור. גם במה שאומר' מכה היא זו נחלה מכתם כי די לנו מה שחדשו סופרים בנשבר הצלע ונקשר קרינן ביה שפיר מכה אעפ"י שחיתה המכה כבר האמנם צריכין אנו שנראה הקשר לעין שיהא אות ומופת שנשבר שכן כתב הריב"ש כל שנראה להדיא שהיה בו מכה אלא שנחלמה ותשובת הרא"ש כך לשונה רואה אני את דברי הכת הא' דאין צריך מכה טריה דגמרא קאמר אי איכא ריעותא בדופן תלינן ואין ריעותא גדולה מזו כיון שיש שבר בצלע ובמקום השבר יש קשר גדול והסרכא שם וכו' משמע דאין נקרא ריעותא אלא הקשר אשר הוא נראה לעינינו שהוא מוכיח על השבר שהיה בתחלה.

והנה שלח אלי הר' יצחק נאמרוט השוחט אגרת מירושלים כמתנצל על שהייתי מאשימו כי הוא היה סבה לקלקול זה ואמר כי השוחטים שלפניו היו נוהגים להתיר אעפ"י שהיתה הסירכא יוצאה חוץ לעצם וחוץ לבשר הרבה והוא עש' פשרה שיהיו דברי בעל העיטור קיימים שכל מכה שתמצא בצלע יקרא כל הצלע מכה שכן מצא מחכמי הנתוח וראה בספריה' שכל מכה שימצא באיזה עצם כל העצם ההוא עלול וכו' ועל דבר זה ידוו כל הדווים לא תהא תורה שלמה שלנו כשיחה בטלה שלהם שבאים להתיר איסורי תורה במילי ממולייתא ודמיונים מונים ושעפים הרפים האם אין אלהים בישראל לדרוש תורה מפי סופרים ומפי ספרים כי ילכו אחרי הזיות קסם ואליל לבם שכן כתב ואני לא קבלתי לא מפי סופרים ולא מפי ספרים כי אם בסברא ומפי אומנים. ועוד שלח לי לשון א' בעדות ה"ר יואל הלוי ואמר כי הנה כתוב במנהג ק"ק פאס וז"ל כתב בעל העטור שאם האומה והאונה נסרכו וכו' עד בכלהו אזלינן בתר רובא ולזה הסכים הרא"ש. ומנהגינו בזה דבכלהו אזלינן בתר רובא חוץ ממכה בדופן שבכל ענין שתמצא האומ' סרוכ' לדופן ויש מכה במקום הסרכא כשרה בין שהיה הרוב במכה או חוצ' לה בכל ענין כשר' והטעם לפי שלא היה מכ' אלא בשבירת עצם וא"א שישב' העצ' ולא יכאיבו כל סביביו וכשהמכה קולטת הריאה אליה ונסרכת תסתבך ג"כ אל כל סביבותיה הנכאבים ואמרי' שכל הסרכא היא מחמת המכה וכשרה ע"כ ואעפ"י שמצד אחד היקל זה יותר מן השוחט הראשון שאפי' רובה חוץ למכה ולעצם אפי' שלא באותו הצלע מ"מ משמעות דבריו כשעקר הסרכא היא במקו' השבר אלא שהוא אומר שהלחה נתפשט' ויצאה רובה לחוץ והרי זה שלא כדברי ב"ה שהיקל בזה יותר מכל הפוסקים ויש לתמוה בעדותו על מנהג פאס הפלא ופל' כי ידעתי ששם בפאס עושים נפיחה כמו בשאלוניקי וכמו שהיו נהוגים המה ואבותיהם במלכות קאשטיליא ומי דחקם בכך מאחר שסמיה בידיהו שעושי' נפיחה להקל למה היו מתירים לעצמם מה שאסרו כל

הפוסקים ברובה חוץ למכה בלא נפיחה וכי עשאוה כספק ערלה בח"ל דאמרו ספק לי ואנא איכול זו ספק תורה היא ואדרבה יש בה כמה ספקי להחמיר ובסדר הבדיקות לרבני שאלוניקי כת' במכה וחוץ למכה נדון אחר הרוב דמינכר ואם הטבח בשיקול צריכה נפיחה וכ"ש ברובא דמינכר לחוץ ומה גם במקום שאין עושים נפיחה כלל והרי אמרו אפי' במקום דאיכא חזקת היתרא אין סומכין על החזקות היכא דאפשר להתברר כדמוכח בפ"ק דחולין דלא סמכינן אחזקה דרוב מצויין אצל שחיטה וכו' אלא היכא דליתיה קמן דנשייליה אבל אם היה קמן לא וכן בכמה דוכתי' כ"ש כאן דרובא מוכח' לאיסור אי עבדי בדיקה להתיר לאו כ"ש דלעביד בדיק' להחמיר הנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"להה.

סימן י

וששאלתם שנהגו להכשיר באונא שנסרכ' לעצם לבדו ואמרו לכם שכן המנהג בשאלוניקי כי יפלא בעיניכם גם בעיני יפלא להתיר סרוכה בעצם לבדו בלא בדיקה שהיא קולא רבה כי לא נעלם מעיניכם שהראשונים נחלקו יש שאמרו והוא דסביך בבשר' דוקא סביך שנסבכה ונאחזה הריאה בבשר שבין הצלעות דהויא סתימה שרירא דלא מפרקא אבל בצלעות עצמן אין זו סרכא קיימא אלו דברי רש"י ז"ל והתוס' כתבו דוקא והוא דסביך פי' נאחז ומסובך היטב כמו צמר מסובך ולהכי נקט סביך ולא נקט סריך ולדידהו אפי' מדובק' בעצם כשר כל שהיא מסובכת היטב כקוצים קצרים וחזקים ונ"ל לדבריה' דהא דאמרו בבשרא לאו לאפוקי גרמא אלא הגוף קרוי בשר לגבי הריאה שהיא מכלל בני מעים דלאו בשר מקרי כדאמרי' הנודר מן הירק הנודר מן הבשר מותר בראש וברגלים ובקנ' ובכבד וכן היה רשב"ג אומר קרבים לאו בשר הוא ואוכליהון לאו בר אניש אלא הא דאמר והוא דסביך בבשרא לאפוקי סריך לבד וכתבו האחרונים שכפרש"י פי' רבי' האיי ז"ל וכן תפסו עיקר גדולי האחרונים ז"ל ומדברי הרמב"ם בפי' משמע דס"ל דתרוייהו דוקא סביך לאפוקי סריך בשרא לאפוקי גרמא דכתב בד"א שסתם מקום הנקב מקום בשר אבל אם נסמך הנקב לעצם אינו מגין משמע דבעינן שתהא הסתימ' בבשר שתהא סבוכה ומדובקת בה היטב אבל סירכא לבד לא סתים דהו"ל כקרו' שעלה מחמת מכה והראב"ד ז"ל כתב על דברי הרמב"ם ז"ל שהנה הוא סובר דוקא סביך אבל סריך לא ודוקא בבשרא אבל בגרמא לחודיה לא ויש מן הגאונים שאמרו בין סריך בין לא סריך בין בבשרא בין בגרמא ואני אומר כשנקבה ודאי בעינן סריך דוקא ובבשרא דוקא שאין סרכא סותמת ואין עצם סותם אבל כל סרכא מאונא לדופן כשירה שמפני דוחק רביצתה עליו נעשו הסרכות ולא משום נקב עכ"ל והלשון שכתוב בין סריך בין לא

סריך בין בבשרא בין בגרמא א"א להולמו דאע"ג דלא סריך בשל בשר למה למימר בין בבשרא בין בגרמא אלא מוכיח מתוכו שט"ס יש שם בכ"מ שכתוב סריך וצ"ל בין סביך בין לא סביך כלומ' אינו מסובך אבל מ"מ סריך ואהא קאמר בין בבשרא בין בגרמא וכן מה שכתוב משם הרמב"ם הנה הוא סובר דוקא סריך צ"ל דוקא סבוך וכן מ"ש כשנקבה ודאי בעינן סביך דוקא כך צ"ל וכמו שסיים שאין סרכא סותמת ואין עצם סותם. והנה הרב בעל העיטור כתב ואיכא מ"ד דלא אתא למעוטי אלא נקב מפולש אבל סירכא בין בבשרא בין בגרמא כשרה עכ"ל ונראה שזו היא סברת הראב"ד דמאן שמעת ליה דאמר כשאין נקב אפי' סירכ' בעצם מהני אלא הראב"ד ז"ל וכשנדבקה לבשר ולעצם כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א אבא מארי מן האוסרין ואני מן המתירין וכתב ומיעוט מקומות מתירין אפילו נדבקה לעצם לבדו ואני אוסר. וש"מ גם אותם המקומות שמתירין היינו בדבוקה לעצם לבדו דדייקי והוא דסביך אבל סריך לבד בעצם לא מצינו מקום שנהגו בו היתר ואם באנו לסמוך על דברי הראב"ד ז"ל דהיכא דלא נקבה ממש שריא אפי' סרוכה בעצם אין להם סמך בזה לפי שהרב ז"ל הוא סביר דיש סירכא בלא נקב שכן כתב כל סרכא מאונה לדופן כשרה שמפני דוחק רביצתה נעשו הסרכות ולא משום נקב וכן כתב הר"ן ז"ל משמו שהוא ז"ל סבור דשלא במקום רביצת' ודאי מחמת נקב הוא אבל במקום רביצתה לא הויא סירכא מחמת נקב ע"כ ואנן קי"ל כדברי רש"י שכל סירכא מחמת נקב היא באה אלא דכסדרן הויא סתימא מעלייתא והקרום לעולם הולך וחזק והרא"ש וגדולי האחרונים תפשו כדברי רש"י הילכך אין לנו לסמוך להתיר כדברי הראב"ד להתיר בלא בדיקה ואיכא מרבוותא נמי דאמרו דלא שרי היכא דסביך בבשרא או בגרמא אלא ע"י בדיקה וכן הביאו התוס' משם רבינו גרשום ז"ל דבדקינן להו בנפיחה עם הצלעות או גוררן הבשר עם הסרכא ומנפחים אותה אם עולה בנפיחה כשרה.

ויש סרכא אחרת הביאוה התוס' והרא"ש ז"ל משם תשובת רב שר שלום דבין סביך ובין לא סביך וסריך כשר' דלית הלכתא כרבינא אלא כרב נחמן דאמר ריאה שנקבה ודופן סותמת' כשירה אלא שיש הפרש בסברת רב שר שלום בין מה שמשמע מדברי התוס' למה שמשמע מדברי הרא"ש כי מדברי התוספות משמע דרב שר שלום אפילו סריך לא בעי וכן משמע מדברי הסמ"ג שהביא בדבריהם דאפילו לא סביך ולא סריך הלכתא כרב נחמן ואילו מדברי הרא"ש משמע דסריך מיהת בעינן שכתב משם רב שר שלום דבין סביך ובין סריך כשירה וכן הביא הטור בסי' ט"ל ורב שר שלום התיר אפילו אין מסובך הרבה בבשר אלא סריך בו מעט וכן הבי' רבינו ירוחם משמו דבין סביך ובין סריך כשירה וכבר כתבתי בתשובה אחרת זה שנים שאף לדברי התוספות בספ'

הגאון לא מכשר נקב מפולש אלא בענין דלא מפקא זיקא דהא רב נחמן גופיה ודופן סותמתה קאמר כלו' שסותם בפני הרוח שלא יצא בשעת שנופחים אותה נמצאו ה' שיטות חלוקות למפרשי' ז"ל חדא איכא מאן דמוקים לדרב נחמן בריאה שנקב' ודופן סותמתה אפילו לא סביך או לא סריך כל דלא מפקא זיקא ואידך דאיכא מאן דאמר דבעינן סביך דוקא ובבשרא דוקא ואידך או סביך אפילו בגרמא או סריך בבשרא אבל סריך בגרמא לא ואידך דבגרמא ובשר' מהני ואידך דבגרמא לחודי' מהני היכא דאין שם נקב ממש ואידך דבכל ענין אפילו סביך בבשרא לא שרינן לה אלא בנפיחה וכבר כתבתי דלדידן דקי"ל כרש"י דסרכא מחמת נקב היא אין לנו לסמוך כדברי הראב"ד להתיר בעצם לבדו והשתא אית לן כמה ספקי להחמיר דילמא סריך לא מהני ואם תמצא לומר דמהני דילמא דוקא בבשרא ואם תמצא לומר אף בגרמא דלמא רובא בגרמא לא ואת"ל בכל ענין בתרווייהו שרי בגרמא לחודיה לא ואת"ל דבכל ענין מהני דילמא בעיא נפיחה ואף על גב דכל הני ספקי דדינא נינהו דלגבי הבהמה חד ספקא הוא אי הך סתימא מהניא או לא מהניא ואדרבא איכא ספק ספקא להתיר דכיון שהסרכא עצמה ספק נקב היא השתא דמספקא לן אי בכה"ג מגין או לא מגין הוה ליה ספק ספקא ומ"מ מאחר שאנו רואים כל השטו' וכל הפירושים הללו לפוסקים ז"ל וכולן להחמיר אף על פי שדבריהם שונים זה מזה מ"מ מצטרפים האוסרים להיות רוב וכמ"ש מהר"י קולון ז"להה דאפי' מב' טעמים מצטרפים וכה"ג אמרינן בפ' א' דיני ממונות מקרא א' משני טעמים מונין להם שנים. הילכך רובא דרובא דרבות' לאיסור ומיעוטא דמיעוטא להיתר ואין לסמוך עליו כלל. אבל הלכה למעשה יש לעשות כהכרע' הרב מהר"ר יעקב ן' חביב ז"להה דבנקבה ממש צריך שתהא סרוכה לבשר לבד ולא לעצם אפי' מיעוטו. ובנסרכה לבד אם רובה סירכה כנגד הבשר כשרה והטעם דבנקבה ממש איכא תרי ספיקי להחמי' דילמא סריך לא מהני ודילמא עצם לא מגין אפילו מיעוטו בעצם אבל כשאין נקב ממש אלא שסמוך כיון דאיכא למימר שמא אין שם נקב אפי' לעצם ולבשר מיקלנן ומיהו לעצם לבדו לא. ומה שאמרתם ממנהג שאלוניקי ראיתי במנהגם כתוב מיסוד מהרר"א סראלו ומהרר"ש די מדינה שאינם מכשירים בעצם לבד אלא ע"י בדיקה שעול' בנפיחה ואף זה מיסודו של מהרר"י ן' חביב וישר ושוב אנה ה' לידי כל מנהגי קוסטאנטי' בדפוס וכתוב שם הסרכות הכשרות ה' הם. האחד נסרכה האונא לדופן שכנגדה דהיינו למצר החזה לעצם ולבשר אפי' רוב בעצם ומיעוט בבשר כשרה ע"כ הא למדת שבעצם לבדו מנהג קוסטנטינה לאסור אלא שבאו טבחים משאלוניקי ואמרו שבשאלוניקי נוהגים בעצם לבדו ונגררו אחר דבריה' ולא ידעו כי בשאלוניקי סמיא בידייהו שעושים נפיח' ואל

תתמ' שהרי מי לנו גדול מר' יוסי ואמר על פי בקשו להעלות עבד לכהונ' כיצד ראה במקומו של ר' יהודה וכו' והרי אלו דברים שאינם כדאים לשמען יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"להה.

סימן יא

וששאלתם בבועה בשיפולי האומה ולא הספיק למעכ' ולנפח' לבדוק אם יהיה בה בשר מקיף עד שנקרע' וא"א לבדק' ואמרתם כי דבר זה שהביא בה"ג דבר חדש הוא ולא ידעו המפר' מה שרש דבר נמצא בו לפיכ' ראוי להתיר.

איברא שהגאון בעל ההלכו' אמר' ולא היה גאון שפרכס בדבר ונודע לנו שכל דבריו דברי קבלה הם שכן קבל מהגאונים ומרבנן סבוראי ומרבנן דסוף הוראה ואעפ"י שכתב הרשב"א ז"ל שאין דברי בה"ג מתקבלים אל הדעת נרא' בעיני טעם הדבר שכל בועה שהיא מליחה בהיות' בשיפולי הבשר כל המשקה והמוגלא יתמצה וירד עליה ואין לה תקנה להרפא כמ"ש כשעשתה המכה גרגותני שהיא כמין גומא עשויה כסל או קופה שהליח' מתקבצת שם ואין לה רפוא' וסופ' לינקב כדי שתרד כל הליחה ההיא מה שאין כן בהיות הבועה בשאר מקומות הריא' שאפשר שתתרפ' והליח' תתפשט' ותבלע בריא'. ואני ראיתי בעיני בוע' אחת בשיפולי האומה מליאה משקה ולחה ונתרבה הרבה מאד מכובד הליחה ואין ספק שסופה להתבקע לפיכך אם יש שם בשר מקיף אפילו כחוט השער' כשר' שאותו בשר מחזיקו שלא תרד הבוע' וזהו שכת' התוס' לדברי בה"ג שכשעומד' בסו' סופה להפסק ולהנקב והטע' שנתן בה"ג עצמו לדבריו משום דכל יתר כנטול דמי ותמהו עליו דמה ענין זה לזה ודוגמא הביא שהטע' שאמרו ביתר שהיא טרפה מטעם שסופה להנטל אף כאן אעפ"י שהיא עכשיו שלמה אסרו' משו' סופה. ואפשר עוד שכת' כן דלא תימא מ"ש הא מריאה שנשפכה כקיתון דכשרה לכך נתן טעם ואמ' הרי הוא כיותרת וכל יתר כנטול דמי כלו' שזו שנשתנית ובאותו מקום הבועה עודפת על הריא' כנטולה דמי דסופה להפסק אבל כשנתמסמס מקצתה בתוך גופה של ריאה כשרה שאפשר לה שתעמוד בין כך ובין כך אמרו שכל דבריהם דברי קבלה. ומ"ש הרב בב"י שמעתי שאם נפחוה ואין בשר מקי' ממשמשי' בה מצד פני' לצד הבוע' וע"י כך נמצ' בשר מקיף ומכשירי' אות' אין טע' בשמועה זו שנקיף בידים ונעשה בענין שתקיפנה הבשר מאחר שבידי שמים כבר ניטל היקפה דאין לנו לשער אלא כמות שהיתה הבהמה בחיי'. אלא נראה משמוש הזה מועיל היכא דכשהיתה בלא נפוחה נראית כבשר מקיפה וכשנפחוה נתגלית הבועה ונשמט הבשר בזו אמרו ממשמשי' בה ביד אם תחזור הבשר להקפה ונשאר כך בידוע שכך היתה בחייה ובענין זה מעליא הך שמעתא אבל אם בלא

נפיחה אין בשר מקיפתה לא נקיף בידים כלל וכן מוכיח הלשון שאמר שאם נפחוה ואין בשר מקיף ולא אמר שאם אין בשר מקיף ממשמש לפיכך זו שכמותה שלא הספיקו למשמשה ולנפחה אם הריאה שקודם נפיחה למראית העין נראית שאין בשר מקיף אלא שהיו צריכים למשמש ביד ולנפחה אפי' משמשו והקיפוה אין להקל בכך כמו שכתבתי כ"ש שנתל' לקולא ונאמ' שאם לא נחתכה היינו ממשמשי' והית' מקפ' ואפי' אם ראו הבוע' לעין בשפולו ולא ביחנו אבל אם מתחל' נר' להם קודם נפיח' שהבשר מקי' אלא אעפ"כ צרי' לנפח' ולבדו' אם תקי' אח"כ כשהיא נפוחה בזו אני או' העמידנה על חזקת' דבחזקת היתר עומדה ונתלה להקל ולומר שגם אם היו נופחים אותם היתה מוקפת בשר. וששאלתם סירכא יוצאה מהאונה אל הדופן שכנגד האומה ומכה בדופן במקום הסירכא מהו. מסתברא דכשירה ותלינן שהסרכא יצתה מהמכה דאיתיליד ריעותא בדופן מאחר שהכירו באומא שאם נסרכת בלא מכה טרפה כ"ש באונה ומשמע דפשיטא להו היכא שהמכה בדופן הצר ויוצאת הסירכא אל האומה או נדבק' בחתו' האונות דכשירה וכן מצאתי בה' בדיקה לאיש בקי בטרפות הר' עזרא אלא דמספקא לכו בהא דשמא אין לנו לתלות שיצתה מהמכ' שהיא במקום הרחב ונכנסה למקו' הצר שבאונה אלא מהאונה יצתה לחוץ איכ' למימר שדרכה בכך שדרך הבהמ' כשהיא רובצת נמצא' האומ' למעלה אצל דופן הבהמ' והאונו' למטה אצל החזה הסמוך לארץ ואפשר שיצת' הסירכ' מהמכה ונכנס' בין האונה ומצד החזה ונדבק' באונ' וכל היכ' דאיכ' ריעות' בדופן תלינן להקל בכל ענין והראב"ד ז"ל רצה לומ' שבכל מקום שנסרכה אפי' לטרפסא לוורדא תלי' במכה וגדולי האחרונים לא הסכימו לדבריו אלא דוק' בדופן.

סימן יב

באומה ואונה דנסרכו יחד בסירכא א' אל הדופן כ' בעל העטור ז"ל אם רוב הסירכ' מן האונ' ומיעוט מן האומה תלינן דעיקר הנקב היה באונה וסרוכי סריך באומה וכשרה ואם רוב מהאונה טירפה כך הביאה הטור סוף סי' ט"ל. ויש להקשות בזה וניחוש שמא סירכא היתה שנסרכו אהדדי האומה או האונה ושוב נדבקה בדופן וטרפה כהא דתרי אוני דסרכי מגבן לדופן וראשי סרכות דבוקים זה לזה ואין ניכר שם ראשי סרכות שכתב הרמב"ן ז"ל שהיא טרפה דאמרינן סרכא היא שעלתה מגב האומה לגב האונה ואח"כ נדבקה לדופן כך הביאה בב"י בתחלת הסי' שכן כתב ארחות חיים בשם הרמב"ן ז"ל ולא ראינו מי שיחלוק על זה ודברים נכוחים בטעמים הם אין להרהר בהם איברא שהרמב"ן ז"ל נראה שהוא חולק על דברי הרב בעל העיטור כמ"ש הרשב"א ז"ל בבקשה מכם לא תתלו בוקי סריקי ברבינו שכל מקום שהסרכא יוצאה מן האומה יש לחוש שמא

תתפרק משם. וכתב רבי' ירוחם שכן דעת הרמב"ם לאסור מיהו נראה שאין טעמו שם אלא מטעם שנוגע באומה דלאו היינו רבית' אבל אם היתה בתרי אוני דאי אסריך האי לדופן כשרה ואי אסריך האי כשרה היה מקום להכשיר כסברת בעל העיטור ואכתי יש לחוש דילמא סריך אהדדי. ועוד דתימה עלינו דאנו תופסי' זו וזו בידינו הא דהרמב"ן והא דעיטור ומשמע דהוי כתרתי דסתרן. ואין לחלוק ולומר שאני הכא שאנו רואים שהדבוק הוא על גבי האונה בדופן שכנגדו שהדבר מוכיח ששם היתה הריעותא באונא שאילו היתה באומה למה לא נסרכה בדופן שכנגדה אבל הכא בתרי אוני סריך הדבוק באמצע. ומתוך זה נבא להתיר אם יהיה הדבוק כנגד א' מהנה שנאמר זו היא שנסרכה לדופן וממנה נמשכה לאונה שבצד' ולא היא דהתם נמי איכא למימר מגב לגב היא ולא נדבקה אלא במקום רביתא שהמקום צר והכא נמי אין חילוק בין נבדקה באמצע לנדבקה מן הצד דאתרמי אתרמי בהכי ובכל ענין יש לחוש דמגב לגב נסרכו אבל נ"ל דהא דעיטו' בתרי גווני אית' ותרווייהו איתנהו חדא שהסרכות כעין חוטים הם נפרדות ארכן מרחבן וכשהאומה והאונו נסרכא בסרכא א' אל הדופן נכר הדבר שהיא סרכא כלפי הדופן ולא מגב לגב שאנו רואים שאורך הסרכ' נמשכ' כלפי הדופן ומשתמחל' נמשך מע"ג אומה ואונה עד הדופן אחת היא ואין הפרש בעקרה אלא נסרכה ודבוקה בשתיהם כאחת. אבל ההיא דהרמב"ן האונות אינן דבוקות ואין הדבוק אלא אצל הדופן שכן כתב תרי אוני דסרכ' מגבן לדופן וראשי סרכו' דבוקי' זה בזה אעפ"י שנראת כשתים חוששנו להם שמא אחת היא שנסרכה מגב לגב ואח"כ נדבקה לדופן באמצעה וכשנאחזה בדופן נתארכה הסירכא שעליהם ונראות כשתים דבוקים לדופן ולא הלכו אחר הרוב אלא בסרכא אחת יוצאה מן האונה והאומה כאחת ומתארכת עד הדופן. אי נמי אם אין הדבר ניכר שארכה מן הריאה לדופן רואים אם עביה של סרכה באונה שוה לעובי שע"ג האומה אפשר שסרכא אחת היא שעלתה מגב לגב ואע"פ שרוב ארכה באונה לא אזלינן בתר רוב ארכה אבל אזלינן בתר רוב עביה כגון שמה שע"ג האונה עב ומה שע"ג האומה דק ודאי אינה סירכא אחת אלא שמהאונה יצאה הסירכא אל הדופן ואשתרבובי אשתרבב כלפי האומה אבל אם אנו רואים שעובי שע"ג אונה כעובי שע"ג האומה אע"פ שמתנכרת יותר ע"ג האונה ואע"פ שמתחלת באומה כחוט של שתי ומשלמת באונה כחוט של ערב כל שהולכת ומתעבי' כשעור אין מזה הוכחה דאימור סירכא אחת היא שיצאתה מהאונה לאומה וכל מה שמסרכה אקלושי מקלשא. ובתרי אוני דסריכן אהדדי אל הדופן שכתב הרמב"ן לאסור ואם אנו רואים שהסירכא העולה מכאן עבה וסרכא העולה מחברת' דקה

ואין להם יחס זו עם זו הדבר ידוע שהם שתי סירכות שעלו מגבן לדופן כשרה ולא אסר הרמב"ן ז"ל אלא כששתיהן שוות בעיקרן ובראשן שיש לחוש שסירכא אחת הן.
ובספר רבי' ירוחם הועתק מס' האשכול אם האומה והאונה נדבקות זו בזו בלא שום פילוש וכנגד הדבוק עולה סרכא א' היא שקורין אותה סרכא כפולה ע"כ ולא פירש בה מה דינה. והרב מהרי"ק ז"ל פירש בה כמה חילוקים ודקדק שמה שאמר בלא שום פילוש דס"ל כב"ה דלא מכשר אונה הסרוכה לאומ' אלא בלא פילוש. ומשמע דמחתוך קאמר דלא מכשר ר"ח אלא בלא פילוש דאי מגב לגב אנן פסלינן לה בכל ענין. וכתב הרב ז"ל ואם סרוכה לדופן שכנגד האונות נראה שאם ראשה שיוצא מהריא' נוטה לאונה יותר כשרה ואם נוטה לאומה יותר טרפה דומה לג' דינין של בעל העיטור ע"כ ויש תימה בדבריו שאם נוטה לאונה יותר מה בכך ה"ל מחתוך אונה לדופן דטרפה דלא התירו אלא מגב לדופן דהויא רביתא כמ"ש הטור בסי' זה ומאחר שאלו סרוכות בחתוכן בין שיצתה מחתוך אונה בין מחתוך אומה טרפה ואין לומר דמ"ש נדבקות זו בזו היינו מגבן דת"ל מגב לגב טריפה ואת"ל דס"ל לספר האשכול כאותה סברא שהביא הר"ן ז"ל דהא דשלא כסדרן טרפ' דוקא בסרוכות לבד אבל סמוכות לגמרי כשרה לא הו"ל לרב ז"ל לומר דלא מכשר אלא בלא פילוש איפכא הו"ל דמכשר היכא דאיכ' פילוש דאילו כלהו רבוותא אסרי בכל ענין ותו אכפל הרב להתיר אליבא דמ"ד דמגבן בעי' פילוש דהויא דלא כהלכתא שהרי הוא עצמו פסק דמגבן בכל ענין טרפה אלא ודאי אין דברי בעל הספר אלא בסרוכות מחתוך לחתוך ולשון נדבקות זו לזו לא משמע אלא במקום חתוכן.
עוד כתב הרב ז"ל בסרכא כפולה אם היא תלויה פשיטא דכשרה ואם נסרכה באונה אחרת פשיטא דטרפה ואפי' נסרכה באונה או באומה עצמה שכתבנו דדין סרכא תלויה יש לה הכא איכא למימר דפסול' דדילמא סרכא זו באה מהאומה וראשה השני נסרך באונה והו"ל שלא כסדרן ואיכא למימר דכשרה היא משום דדילמא לא מהאונה ולא מהאומה באה אלא מהלחות שבשניהם והו"ל ס"ס ספק מחמת הריאה ספק מחמת הלחות ואת"ל מחמת הריאה בא שמא האחד ממקום שנסרכ' אליו ראשה השני ולזה דעתי נוטה עכ"ל. ולי דבריו הראשונים נראים יותר שאיני רואה בזה ס"ס מאחר שאנו יכולים לומר שמא האומות לגב באה וטרפה ואין אחריו ספק אחר להתיר וספק שאינו מתהפך כגון זה לאו ס"ס הוא. ועוד דכל סרכא בחזקת נקב דיינינן לה אם לא בסרכא תלויה שהדבר מוכיח דלאו מחמת נקב היא הואיל ולא נסרכה בשום מקום ודילמא נקב החיצון ולא הפנימי וכן הוא במינה ובה אצל הרב שמשוה אותם מדלא נסרכה כנגדה ריר בעלמ' הוא וכאן אין הוכחה לומר שהיא תלויה ומינה ובה שהרי דבוק' גם לאומ'

ומי מוציאנו מידי חשש נקב דהא קי"ל אין סרכא בלא נקב ועוד אפי' את"ל דאיכא תרי ספקי להקל ספק מינה ובה ספק מהלחות הא איכא תרי ספקי להחמיר שמא מן הגב יצת' הסירכא אל החתוך שמא מן החתוך יצתה אל הגב ובתרוייהו טרפה וה"ל תרי ותרי. ומיהו כיון דמינה ובה לאו סירכא היא אלא ריר בעלמא היינו כמי שיצת' מהלחות ודא ודא חדא היא הילכך אין לנו לומר אלא ספק ריר וחד ספקא הוא. ואפשר שדברי בעל הספר הם כשהאונ' והאומ' נדבקות זו דבוק יפה בשוה שנראית כאחת וסירכא עול' מנגד הדבוק לדופן דמצינן למימר שהדופן מגין כיון ששוכב עליה והוי רביתי' כל שאינה נוגעת באומה כמ"ש הר"ר דודאן ולכך כתב נדבקות בלא פילוש לא שסובר דאין כשר אלא פילוש דבכל ענין כשר אלא כדי שיהא נכר שאינה סרכא שנאחזת בחתוכין ובדופן אלא שהדבוק לעצמו מתחלת האונה ועד סופ' וסרכא זו לעצמ' שעולה כלפי הדופן וכל שלא נגעה בסרכא הוי רביתא ומגין ונ"מ שאם היתה סרכא בפילוש יש לחוש שמא מחתוך לדופן היא ואח"כ נדבקה מחתוך לחתוך. וכן נמי בתרי אוני דסריכי מחתוך לחתוך וסרכא יוצאת מביניהם אל שומן הלב שאנו חוששין שמא מהחתוך יצתה אל שומן ואח"כ נדבקו זו בזו או שמא תרוייהו אנקיבו ונעשו סירכא א' וירדה אל שומן הלב. ויש עוד בודקים שאמרו ללכת בזה אחר הרוב אם הרוב מחתוך לחתוך כשרה וטעות הוא בידם שכל שהיא סרוכה אל מקום אחר דלאו רביתא מפריק ולא מהני לה הגנה. ומת שהלכו בה אחר הרוב היינו אם שנדבקו האונות זו לזו ולמצר החזה שאם הרוב מגבן כשר ואם הרוב בחתוך חוששין שהסרכא מחתוך לדופן ואסור אבל כשסרוכה למקום אחר אסורה בכל ענין והרב מהר"ר שמואל די מדינה בפסקיו הביא לפי מנהג שאלוניקי מכשירין בנפיחה כל שנסרכ' חוץ מהריאה גם זו תבדק אלמא לדידן דלית לן בדיקותא אסור.

סימן יג

שאלה שוחט א' שלא היה שיחט קבוע והיה שוחט בבית המטבחים וכשהי' בודק הבהמה לפעמים היה אומר טרפה ואח"כ היה אומר כשרה ואמרו לו קצת יחידים למה אתה עושה זה הדבר והיה נותן אמתלאה לדבריו פעם א' שחט בהמ' אחת ואמר לבודק א' שהיה שם בדוק אתה זאת הבהמ' שאני הולך למלאכתי. ובדק אות' הבודק הבהמ' ויצאה כשרה וקנו מאותו הבשר קצת יהודים ואחר עבור כמו שעה בא השוחט ושאל מה נעשה הבשר ואמרו לו יצא כשר וקנו אותו היהודי' שהיה ערב שבת והלך השוחט ומצא ליהודי א' שקנה מאותו הבשר ואמר לו אותו הבשר שקנית היא טרפה באותו שעה צעק השוחט בקול מר ואמר רבותי אותה הבהמ' היתה נבילה ולכך לא בדקתי'

והיא נבלה וכשמע א' מאותם שקנו זה הבשר זה הדבר הלך והשליך הבשר לכלבים ונשארה חתיכה אחרת ביד יהודי אחר והלך השוחט הנז' בביתו של אותו יהודי ואמר לאשתו בשל הבשר שהוא כשר וכשר ובשל אותו ואכלו אחר ימים נודע המעשה שעשה השוחט הנז' ושלחו הב"ד וקראו אותו ואמרו לו מה הדבר הרע הזה שאתה עושה שפעם א' אתה אומר טרפה ואח"כ כשרה למי אתה מטריף הבשר ולמי אתה מכשירו ונהי לעג וקלס בעמים והתרו לו הב"ד ואמרו לו הזהר והשמר שלא תכשול עוד בדבר הזה לאמר טרפה ואח"כ כשרה ולא עברו ימים רבים וחזר לסורו הראשון ששחט בהמה א' ואמר טרפה ואח"כ אמר כשרה וחזרו הב"ד וקראו אותו ואמרו לו לא התרינו בך שלא תכשל עוד בדבר הזה וכפר ואמר לא היו דברים מעולם אני לא אמרתי טרפה ואח"כ כשרה ובאו עדים והעידו בפניו שכן הוא האמת שבראשונה אמר טרפה ואח"כ כשרה ילמדנו רבינו אם הוא ראוי להיות שוחט ואם מעבירין אותו כל ימיו ואל יכשלו בו רבים מאחר ששנה ושלש בדבר ונעשה לו כהיתר. יורנו מורנו ורבינו איזה דרך ישכון אור ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה טבח שאסר אינו יכול לחזור ולהתיר אם לא שיהא שם שום אמתלאה ראויה כאותה שאמרו מעשה באשה שהיתה גדולה בנוי וקפצו עליה אנשים שאינן מהוגנים אמרה אשת איש אני וכו' וכן באשה שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני בכלן אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת לפיכך שוחט זה בפעמים שאמר טרפה וחזר ואמר כשרה ונתן אמתלאה לדבריו בזה נאמן אך הפעם ששחט ואמר לבודק שיבדוק ושוב אמר נבלה היא כלום' שנתנבלה בשחיטת' ושוב אמר לאיש אחר שהיא כשרה ואכלה לא נתן אמתלא ואעפ"י כן אין להענישו בזה שהאכילה לפי שמה שאמר בתחילה נבילה היא אין בדבריו כלום חדא דהיכא דאתחזק התירא לא מהימן עד א' לאסור טהרות שעשיתי עמך ביום פלו' נטמאו אינו נאמן דהא איתחזק התירא ואמרו התם אע"ג דכל שבידו נאמן אפי' לכשיצא מתחת ידו אי אשכחיה בזימנ' קמיית' ולא א"ל מידי תו לא מהימן אח"כ לאוסרם והכא אעג"ב דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת נשחט' בחזקת היתר עומדת וקי"ל רוב מצויין אצל שחיטה מומחים הם אעג"ב דליתיה קמן דלשייליה כדאמרי' בריש חולין כ"ש במומחין ומוחזקים דאפי' איתיה קמן לא צריך למשייליה שאם איתא שנתנבלה היה ראוה שיאמר הוא מעצמו ועוד מאחר שצוה לבודק אחר לבדקה והלך לו ודאי דשחיטה ראויה היתה דאל"כ האיך מסרה לאחר שיבדקנה ויכשירנה ויאכילנה לרבים אלא ודאי כמאן דאמר ששחיטה כשרה שחט דמי ולא כל הימנו לומר עכשיו

נבילה היא הילכך במה שאמר אח"כ כשרה היא אין בכך כלום דודאי לא נאסרה וכדבריו הראשונים.

איברא דבאחרונה הרבה לפשוע שאחר שהתרו בו לבלתי עשות עוד כדבר הזה שחט בהמה ואמר טרפה וחזר ואמר כשרה וכשבא לפני ב"ד והוכיחו עליו חרפתו כפר ואמר להד"מ אני לא אמרתי טרפה ואח"כ כשרה ובאו עדים והעידו עליו. ולשון כפירתו זאת מסופק היא אם רצה לומר לא אמרתי מעולם טרפה אלא כשירה אמרתי מתחלה ועד סוף או ר"ל לא אמרתי מעולם כשרה אלא טרפה אמרתי ואה כך היא כוונתו כלשון הב' הרי יוצתה טרפה מתחת ידו ולדבריו טריפה היא והעידו עדים שהאכילה ואם כוונתו כלשון א' שכן מוכיח מלשון השאלה אם מעבירין אותו מאחר ששנה ושלש בדבר ונעשה לו כהתר אלמא על מה שהתרו הוא שפשע שלא יטרוף את הבשר והנה עתה אחר שאמר כשרה האכילה. ובהא איכא למימר דודאי לא מהימן להאכילה אח"כ אעפ"י שנתן אמתלאה לדבריו מאיזה טעם אסר בתחלה. חדא דכיון שכפר בב"ד ואח"כ באו עדים הרי הוחזק כפרן ושוב לא מהימן לתת אמתלאה דאין אמתלאה כשאמרה בשעה שקראו לו ב"ד. ואעג"ב דאמרי' בפ' חזקת גבי זה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דפליגי התם אי האי דאייתי סהדי דאכלה שני חזקה חזר אמר אין דאבהתיך וזבינתה מינך והאי דאמרי דאבהתי דסמיכי עלה בדאבהתי דאיפסיק' הלכתא התם דטוען וחוזר וטוען משמע דמהני לתת אמתלא' לדבריו בתר דאתו סהדי דלאו דאבהתיה היא לא דמי דהתם בזה שנותן אמתלאה לדבריו מתרץ דבריו הראשונים ונמצאו כלם קיימים אבל הכא מה שאמר בפני ב"ד להד"ם אינו יכול לתרץ כלל שהאומר להד"ם כמאן דאמר לא היה שם אמתלאה דמי דאם איתה למה כפר היה לו לומר מפני כך וכך אמרתי וכיון שכן הוחזק כפרן ולא מהימן תו אח"כ לתת אמתלאה לדבריו. ועוד דמאחר שהתרו בו ב"ד שלא יעשה עוד כדבר הזה מסתמא אפי' במקו' שיש לו אמתלאה אמרו לו שבשום סבה ועילה לא יזכיר על הכשרה שם טריפה הילכך עתה שאמר טריפה חזקה שאם לא שהיתה טריפה בודאי לא היה אומר שהרי יודע שהתרו בו ושוב לא מהימן להכשיר דבעלמא מקרי ואמר לפי שיודע שאח"כ יתן אמתלאה לדבריו הראשונים ויקבלו דבריו האחרונים אבל עתה הרי התרו בו ואין נכון לומר שאז היה בדעתו להטריף לגמרי ואח"כ נמלך דחזקה לא היה בדעתו להפסידה לגמרי הילכך נראה שאין מקבלים ממנו עוד אמתלאה אלא בחזקת טריפה היא.

ומיהו מ"ה אין לפוסלו אע"פ שהאכילה לרבים אחר שאמר טריפה שתהא שחיטתו פסולה כמי שיצתה טריפה מתחת ידו אע"ג דאותה בהמ' אסורה היא מ"מ מאחר שאומר

ברי לי שהיא כשרה ולכך האכלתיה לא פסלינן ליה בהכי חדא דלא אסריניה אלא מספק דהכופר ואומר להד"ם לאו כאומר שאם יבאו עדים ודאי טריפה היא אלא כאומר שאין שם אמתלא' לפיכך אין מקבלים ממנו אמתלאה אבל סוף סוף הוא אומר כך עלה בדעתי להטריף את הכשרה וכי מפני ששוטה זה עשה שלא כהוגן נאמר דטריפה ודאי הוא ועוד יש עילה לדבריו שאפילו לא היה שם אמתלאה היה ירא לאומרה פן יאנפו הב"ד שהתרו בו וחשב לכפור בכל לפיכך אינו נ"ל שמן הדין אסור לאכול משחיטתו אבל הדבר מסור ביד ב"ד והם רשאין להעבירו וראוי והגון להם לקנסו ולהעבירו כי הרבה לפשוע ועבר על התראתם ואמרי' בפרק לא יחפור ובפ' המקבל שחלא טבחא מקרי דרדקי וסיפר מתא כמותרים ועומדים הם אף על גב דהתם במילי דהוי פסידא דלא הדר קאמר מכל מקום מדקאמר כמותרים ועומדים שמעינן דכמותרה ועומד אע"ג דליכא פסידא מסלקין ליה כ"ש דהשתא דאיכא פסידא הואיל ואין אנו מאמינים לדבריו האחרונים אפילו ע"י אמתלאה נמצא שהוא גרם להפסיד הבשר הכשר ממון של ישראל. אי נמי איכא פסידא במה שאומר טרפה כאשר קרה לו במעשה ראשון ששמע מי שקנה הבשר והשליכו לכלבים והיינו פסידא דלא הדר דבדין לא מתחייב לשלם דגרמא בעלמא הוא והא דאמרי' בפ' עד כמה דן את הדין וכו' טמא את הטהור וכו' ישלם מביתו אוקימנא כשנשא ונתן ביד דאם לא כן גרמא בעלמא הוא לפיכך ראוי לב"ד לקונסו ולהעבירו אי אשתכח מאן דדייק כותיה.

סימן יד

גברא רבא דלביש מדא והמניכה דדהבא ויתיב בתוונא דלבא גלי עמיקתא ומסתרתא מסיקא שמעתתא אליבא דהלכת' מנרתא טהורתא ובוצינא דנהורא עמוק התורה ומרבה המשרה נהורא דאורייתא שריא עמיה רבא דאומתיה וחד בעמיה יוסף הוא השליט ומשביר בר יחיד ובר אוריין ובר אבהן הדיין המצויין הרב כמהר"ר יוסף מטראני נטרי' רחמנא ויסייעיה וכסא כבוד ינחילהו וירוממהו על גבי מרומי ההצלחות האמתיות אנס"ו. זה היום עשה ה' אגילה ואשמחה בחסדך כי מצאתי חן בעיניך אדוני להכירני לאחד מקטני עבדיו להשיב על שאלתי דבר דבור על אופני הפלפול והסברא הישרה דברי פי חכם חן אל עבר פניו ילכו כמראה הבזק מאירות ומזהירות לפקוח עינים עורות מחכימות פתי כמוני היום אשר זיכני ה' לראות באור פני מלך ולדלות מים מתוקים מבאר מים חיים עמוק עמוק מי ימצאנו אף כי אנכי אעננו וכונתי רצויה למען דעת צדק אמרי פיו לקוצר לבי ודעתי הטרוד וזה חזיתי העולה מדברי מעכ"ת כונתי לדעת גאון דאם ראינוהו דואג וכו' דכתב הרשב"א ז"ל לא קאי למיקל ופושע אלא פרושי קא

מפרש דאם ראינוהו וכו' גלי דעתיה דלא הוי פושע אלא כעין שגגה. אלא דמר חלק בזה דוקא אם ראינוהו בשעה שנודע לו דמנכרא מלתא וכו' אמנם אחר שהעבירום לא מהני לי' מידי דאיכא למיחש ודמי להערמה כדי שיחזירו' וכו' ולדידי קשה לי דא"כ לא קשיא מידי להרשב"ם ז"ל מההיא דז"ד דדילמא איערומי וכו' ולא קא מחלקי לפי מש"א ובמאי דקשיא ליה למהר"י ן' לב זלה"ה ותירץ בדוחק דשאני התם דלא רבי מזייה וכו' אלא בתר דפסליה ר"ג ועברי וא"כ תי' לא מהני ליה מידי למש"א אף אני לכך באתי לתרץ קושית מהריב"ל ז"ל שהצריך לכתוב שיש לתרץ בדוחק ומה שכתב מהריב"ל ז"ל שיחזירוהו זה הוא כפי מה שהבין הוא י"ל בדברי הרשב"א אבל לשון הרשב"א לא דייק הכי שכתב ולא מפני שדואג שיעבירוהו אלמא עדיין לא העבירוהו אלא שדואג לעתיד ומה שדקדק' מלשון אלא שצריך לדקדק אחריו דאם קודם שיעבירו מיירי לא שייך לומר אחריו אין זה דקדוק דלאו אחרי קאמר אלא דצריך בדיק' אחריו אם רמאי הוא או אם אינו רמאי וזה הלשון מורגל צרי' בדיקה אחריו ואין צריך לבדו' אחריה' והכין איכא למידק מלשון מהר"י ן' לב שכת' ואפ"ה הכשירו הרשב"א אם היה ניכר בו שהוא דואג וכו' ולא כדי שיחזירוהו וקודם שיעבירוהו לא שייך לומר שיחזירוהו ולישניה דהרשב"א ז"ל נראה לקוצר דעתי דדייק הכי כמ"ש ולא עוד אלא שצריך לדקדק אם ראינוהו דואג ואם קודם שיעבירוהו מיירי לא שייך לומר אחריו והכי הל"ל ולא עוד אלא שצריך לדקדק אם ראוי וכו' אם ראינוהו כו' והכרח לפרש כן דההוא טבחא דשאיל עליה מתוך דברי השואל משמע דהטבח היה מתנצל עצמו שלא חטא אלא שוגג היה וכמדומה לי שהרגיש בזה מכת"ר.

ומתוך דברי מר למדתי יישוב א' לשתי התשובות אף אם נפרש ההי' דסימ' ב' כפשטה דאם ראינוהו וכו' קאי למקיל ופושע ואפ"ה הורצו לו דרך תשובה משא"כ בההיא דסי' תקצ"ד דהתם לא שייך למימר שהוא דואג ומתאנח על חטאתו ועל האיסו' שעש' שהרי לא יצתה טרפה מתחת ידו וגם ההיא דיד איכא למימ' דשאני התם שעשה יותר מדאי ובפרהסיא דרבי' וכו' ולכך איכא למיחש שהוא צבוע וערומי קא מערים.

ועל מאי דכתב מר אבל מה שהקשית וכו' הא נמי לא קשיא דודאי בההוא טבחא דאיכ' ח"מ וכו' לא ירדתי לדעת הגאון כי לכאורה נר' דעדין הקושיא במקומה עומדת דלעולם א"ל דאיכא ח"מ אינו נאמן לו' שוגג הייתי דתלינן הדבר בח"מ ואם נאמ' דכיון דמצד הדין הוא נאמן על עצמו אין לחלק כמדומ' לי שגם בזה כוונתי לדעת גאון איברא לא אכחד מאדוני שהעתקה לא נשאר בידי כי לא הספיק הזמן ומה מאד נפלו פני בראו' התנצלו' כי מה אני ומה חיי כי הביאותני עד הלו' ברם לפי גדולתו כך היא ענותנותו

והוסיף בזה על השמועה ואשרי אנשיך ועבדיך העומדים לפניך תמיד השומעים את חכמתך יהי ה' אלהיך ברוך וכו' וישימך למלך לעשות משפט וצדקה.
והואיל וזיכני ה' להושיט לי המלך את שרביט זהבו לבחור בי לשכון בחצרי משכנות תורתו התמימה ולהיותי מאוכלי שלחנו אמרתי בלבי טוב הדבר לגלות אזן הגאון ולהוציא דברי אלה מן הכח אל הפועל כי הנה ידוע הוא אצל מכ"ת את כל תוקף הכת' מכתב אלהים הוא אשר שלחו לנו מכ"ת על ענין אותם הפריצים אשר פרשו עצמ' מן הצבור ואת כל התועבו' הגדולו' אשר עשו מסירו' והלשנו' עצמו מספ' וגזרו' מכ"ת שיבאו במסורת הברית ולהכנס תחת כנפי ההסכמה והמה ברשעת' וקשיות ערפ' עומדי' במרדם כפלים בכל חטאתם ושמעה אזננו ותבן לה איך טפלו דברי' בעיני מכ"ת באמרם שהם רוצים לבא בהסכמתנו אלא שאנו בלתי רוצים לקבלם ומבקשי' מהם קנס הרבה להדיח' מעלינו לזה באתי לגלו' אזן הגאון כי אין בפיה' נכונה קרבם הוות ומרמות ותוך וקושט' דמילתא דא היא שהם מבקשים לפטור את עצמם שלא להיותם תחת כנפי ההסכמה איש כל הישר בעיניו יעשה ולית דימחה בידיהון כאשר הם עושי' היום נאצות נמרצו' ופורעניו' רבות ומעשה הלולבי' אשר עש' דוד קלקי' יוכיח כאשר ירא' האדון כי לא שת לבו לחומר' נח"ש ולחומר' גזר' מכ"ת הכל כאין נגדו אמ' נבל בלבו אין אלהי' אשר בזה ידעתי נאמנה יתבע עלבו' של תורה מכ"ת ליסרו בסילא דלא מבע דמא והנשארי' ישמעו ויראו ולמכ"ת יחשוב לצדק' וכלן הם מבקשי' תואנות וטענו לפטור את עצמם והם מתקדשי' ומטהרי' בדברי שקרי' ובפרט חוטא ומחטיא ומכשיל את הרבי' שבתי דיספינ"ה הוא הראש לשועלים קטני' מחבלי' כרמי' המחזיק בידם ולא עליו תלונותינו כי אם על המחזיק' בידו בפסקי' והוראות להחזיק ידיו להוסיף על חטאתו פשע ורשע כי בזה גבה רוחו וזחה דעתו עליו באמו' מי הוא לידי יתקע כי הנה בידי פסקי' והוראו' וידיע להוי לגאון נר"ו כי לולי אלו הפס' וההוראו' כבר היו כלם באים וכבר באו קצת מהם הלי"ה וכל' היו רוצים לבא אלא שהפסקי' הנז' החזירו אות' לאחוריה' ח' מסעו' ואני תמה מאד בזה כי לא היה מן הראוי להחזיק בידי עובר' עבר' אלא אדרב' לכופו לבא במסורת הברית כי הנה לענין תקנ' אינו מגיע לת"ק לבני כי אין כונתנו ע"צ הנקמה ח"ו כי אם להעמיד המשפ' והיושר וידעו כי יש אלהים שופטים ולא לכבודנו ח"ו כי אם לתקון הקק"י איברא שהסכמנו כלנו שאותם שלא באו לכתו' ולחתום בהסכמותנו לזמן ידוע שלא יוכלו עוד להכנס בשו' מנוי בק"ק והטעם בזה לפי שראינו את כל תוקף המסירות וההלשנות שעשו והביאו אותנו במצור ובמצוק ופזרנו ממון הרבה אמרנו אינו מן הראוי לאנשי' כאלה למנותם עוד בשום מנוי בק"ק כיון שהוחזקו

למלשיני' ולמוסרי' בפרהסיא עתה הם רוצים שנבטול הסכמתנו ולמנותם במנוי הקק"י ועתה אדוננו המלך ראה והביטה אם הוא מן הראוי לעשותו לבטל הסכמתנו בעבורם כי הנה בזה נתפרדה החביל' ונתננו יד לכל עושי רשעה לעורר מריבו' שגם אלה בזה שגו וטעו באמור להם עשינו גם יכולנו לבטל הסכמתם והרי זה פתח פתוח לפריצים ומכאן והלאה לפרוץ גדר ואנו כל עצמנו אינו אלא לחזק לתקן ולהחזיק הסכמת' ולנעול דלת בפני הפריצי' כל זה כתבתי למכ"ת להודיע קושט דברי אמת כי כן הוא מהראוי והחיו' המוטל עלינו ועינינו תלויות צופיות לתבוע עלבוננו ועליה דמר קא סמיכנא מצורף לזה ג"כ שמעתי שבא בקרב מחנהו קדוש ר' אברהם נאג"י היבם ונתרע' עלינו שלא היינו רוצי' למסור בידו הנכסים מה שלא עלה על לבנו ומ"ט יש בדבר לעכב הנכסים בידינו ואדרב' אנו היינו מעוררי' אותו שיקח הנכסי' וילך לקיים מצותו אח"כ נתבר' לנו שאחרי' יעצוהו בזה כדי להאשי' אותנו וקראנו אותו בפני ב"ד ובפני שליח' דרבנן החכם הנעל' כמהר"ר מאי' ארוך נר"ו וא"ל מתי בקש' ממנו הנכסי' ולא מסרנו בידך שהלכת להתרע' בפני הגאון נר"ו והשי' שלא היו דברי' מעולם וגערנו בו באמור אליו שאדרבה אנחנו היינו מעוררי' אותו שילך לדרכו והוא לא היה רוצה לקחת הנכסים כאשר יגלה אזן מעכ"ת החכם הנז' ותכף מסרנו בידו הנכסים שילך לדרכו ולענין השאלה אשר הביא ביד הגאון הגביר נבון ונעלה כהר"ר דוד די שיגורה נר"ו לא ידעתי בזה כלום ולא ממני יצאו הדברים להטריח למעכ"ת כפעם בפעם הן אלה קצות דברי העומד בתפלה תמיד ערב ובוקר וצהרים אשפוך שחי בשמשי ורמשי לאל עליו' מרו' חביון עוזו ישגיח ישפיע שפע שבע שמחות וגיל על ראש צדיק צדקות אהב וכבוד והדר יעטרהו וינשאהו למעלה ראשון לכל דבר שבקדושה יברכהו ברכות טוב בבני חיי ומזוני כנפשו הרמה והנשאה המלאה לה חכמה ודעת ויראת ה' וכנפש וחפץ נרצ' לעבודתו שותה בצמ' דברי תורתו וחכמתו הצעיר כלב קלפו הכותב ביום ה' י"ב אלול שע"ט ר"ל מה שכתו' באגר' שלקחנו מהר"ר שלמה חילי יצ"ו לבני ת' אינם רק שכ"ה מאת עטרת ראשי אדו' אבי נר"ו שלמ' רבא למר והנני מוכן לעבוד עבוד' הקד' באהב' וחבה. על הכתב קצין הדור וגבירו מופת הזמן והדרו יחיד ומופל' בדורו היושב על כסא ההוראו' למופת ולאות בישר' גדול שמו הדיין המצויין הרב כמוהר"ר יוסף טראני נר"ו בקושטנדינא.

סימן טו

כל רז לא אניס ליה וצפוני טמוני תעלומות לב ארי' דבי עילאה במלחמתה של תורה ולעדור בלא לב ולב החכם השלם כמהר"ר כלב נר"ו מה נכבד היום האירו ברקיו אל עבר

פני שמעתי אמריו כי נעמו ששתי ואעלוז בהם כעל כל הון ואף כי אין הפנאי מסכים אשיב בקצרה.

אהא דאמר מר בראובן שהיה שוחט ובודק לרבים זמן רב והיה בדוק ומנוס' שכמה חכימי תקיפי תהו ליה אקנקניה ואשתכח בקי ומובהק באומנותו וירא חטא עתה אירע מעש' ששחט בהמה והכשיר' אח"כ בדקו אחריו ונמצאת בריאה סירכא המטרפת אותה והראו אותה לבודק הנז' ואמרו לו ראה זאת הריא' ואמ' מילתא דפשיט' שהוא טרפ' אמרו לו זאת הריא' מהכבש שהכשרת אותו אז קם הבודק ובא לפני חכמי העיר וספר להם המאורע ואמר שהוא רוצה לקבל עונשו.

ומייתי מר שתי תשובות להרשב"א ז"ל דצריך ליישבן הא' בסי' כ' כל טבח שיצתה טרפ' מתחת ידו אסור לאכול משחיטתו עד והכל לפי מה שהוא אדם ובסי' תקנ"ד ראובן ושמעון היו מושכרי' מהקהל וכו' וכת' אם נר' בעיניכ' שהיה כעין שגגה ושהו' אדם כשר מחזירין אותו בקבלת דברי חברות ואם ירא' בעיניכם שהוא כמקיל ופושע ראוי שלא להחזירו אף בקבל' דברי חברות וקשיא ליה לכ"ת דבהא משמע דבפושע דאין לו תקנה ואילו בתשובתו הא' משמע שיש לו תקנה אם ראינוהו דואג ומתאנח ולמה לא חלק כן באחרונ' והא לא קשיא דהא דקאמר אם ראינוהו דואג ומתאנח לאו אפושע קאי אחר שהעבירוהו דאז ודאי אימור אערומי מערים אלא מקמי העברה כשנודע לו ידאג מחטאתו זו הוראה שלא היה פושע עליה ומקבלים אותו בדברי חברו' אם יראה שהוא כמקיל ופושע אנחה דלבסוף לא מעלה ולא מורדת ועוד הביא דברי הרב מהר"י ן' לב ז"ל דתי' בדוחק דוקא בההוא טבחא דחמיר דאיכא חימוד ממון וכו' ובודאי דכיון דמחזקינן ליה כמזיד לפי ראות עינינו אין לחלק בהכנעתו מזו לזו אבל מה שהק' כ"ת דאם איתא דההוא טבחא חמיר טפי דאיכ' חימוד ממון א"כ מאי ראיה מייתי הרשב"א מינה שלא כל הימנו לומר שוגג הייתי דא"כ טבח נמי וכו' שאני התם דאיכא חימו' ממון וחמי' טפי כי היכי דמחל' בחזרתו בין קל' לחמור' והא נמי לא קשיא דודאי בההוא טבח' דאיכ' חימוד ממון איכא לאחמורי טפי אבל מייתי ראיה דלא תלי' להקל ולו' שוגג היה דא"כ בההוא טבחא אמאי מחמי' כולי האי אימור שוגג הוא אלא ודאי בשוגג לא תלי' דהו"ל למידק אלא או מזיד או פושע התם דאית ליה דררא דממונא כמזיד דייניגן ליה הכא דליכא דררא דממונא ליכא למיחש למזיד אבל חיישינן דפושע ומזלזל באיסורים הוא ומר כתב אפשר לו' הכל לפי מה שהוא אדם קאי לתחלת דבריו שאמר הרי הוא פושע וכו' עד ונר' בעיני שהוא מוכרח לפרש דהכל מ"ש אדם קאי לתחלת דבריו ואין לפרשה כפשוטה שיקש' עלינו כיון שהוא פושע וכו' רשע גמו' הוא ואיך נקבלהו ולא

היה צרי' כ"ת לו' שהלשון מסורס ואין לפרש כפשוטו דשפי' מתפר' כפשוטו וקאי אמאי דסליק מינה אם ראינוהו דואג על מה שאירע ומתאנח על כך וכו' והכל לפי מה שהוא אדם דהאי אם ראינוהו לאו אחר שהעבירוהו קאמר דבהא ודאי איכא למיחש להערמה כדי שיחזירוהו ובההיא דפ' האש' גבי אשה שאמרה מת בעלי א"ר יהודה לעולם אינה נאמנת אא"כ בוכ' ובגדיה קרועי' אמרו לו לדבריך פקחת תנשא שוטה לא תנשא כלו' אם אין אתה מאמינ' אלא בשביל כן גם היא תערי' אלא הך אם ראינוהו בשעת שנודע לו קאמ' דמנכר' מלת' להדיא ומבין ריסי עיניו ניכר וכחשו בפניו יענה ואהא קאי דהכל לפי מ"ש אדם שידרש אם רמאי הוא ואנחתו אינה על האיסו' אלא שדואג פן יעבירוהו או אם תמים וצדיק הוא ומכירין במדותיו וברמיותיו וגם מ"ש ולא עוד אלא שצריך לדקדק אחריו אם ראוי לסמוך אף בקבלת דברי חברות מעיקר' הוא וה"ק אדרב' האו' שוגג הייתי חמיר טפי על אומ' לא חטא מאי דברי חברות יקבל אבל האומ' חטאתי ונאנח על המאורע מהני ליה ונ"ל שהרב מהר"י לב והרא"ם ז"ל לא ירדו לחילוק טעם חימוד ממון משו' דהכא אנחתו גורמת להחזירו על ידה והתם אין מחזירין דהא ודאי כי היכי דהתם דחשבינן ליה כמזיד משום דררא דממונא חיישינן דאערומי קא מערים ה"ה הכא דחשבינן ליה כפושע ומזלזל באיסורי' אערומי קא מערים אלא אעיקרא דדינא קשיא להו מה טעם אמרי' הכא דהכל לפי מה שהו' אדם שאם ראינוהו דואג בתחלה על המאורע דייני' ליה בשוגג והתם בכל ענין מעיקר' לא דיינינן ליה אלא במזי' לכן כ' דהתם דאיכא חימוד ממון לא דיינינן לי' אלא במזיד ומהך טעמ' נמי אנחתו אינה מעלה ולא מורדת ולא אמרי' הכל לפי מ"ש אדם כי האדם יראה לעינים וכל היכ' דאיכא למיחש לפיכך מעבירין אותו לגמרי ושוב אינו חוזר אבל היכ' דליכא למדייניה כמזיד אלא כפושע הולכי' אחר אומדן דעתייהו בהם להקריבו או להרחיקו. ומה שהביא כ"ת מדברי הר"ן וכל הדברים האלו נדונים לפי מה שהם לפי כונת האנשים ולפי פשיעותם ואנסם. וכתב דלא ס"ל הא דהרא"ם דהיכא דאיכא חימוד ממון לית ליה תקנתא דאיהו סבר דאף בזה מחלקים לפי מה שהוא אדם כגון בההיא דחלב דאיכא חימוד ממון איכא למימר דבההוא דחלב ליכא חימוד ממון שאם בא להניח הרבה הדבר ניכר ואין אנו חושדים אותו אלא שאינו מחטט אחריו כראוי אפילו על השעורה הוא נפסל ושעורה זו של חלב מה טיבה ואפילו בכזית לא קפדי אינשי ולא חשיבי ממון של חימוד אלא דיינינן ליה כמזלזל באיסורין דמשום דלא חייש להו לא טרח.

ומיהו מאותה תשובה להרא"ש שהביא מהר"י ן' לב זלה"ה משמ' לכאורה דתלינן בשגגה ולא אמרינן פושע הוי שהוא השיב על ריאה שנמצאת סרוכה ונולד ספק בכל הכבשים

דאיכא למיחש בבודק שלא הרגיש בסרכא א"נ בקצבין שלא דקדקו או ששגג' היתה ונתערבה הטריפה בין הכשירות ואמר ז"ל דתליא לקולא דהעמד בהמות בחזקתן והעמד הבודק בחזקת צדיק והעמד הקצבים בחזקת כשרים ותלה הדבר בשוגג אם כן כל טבח שיצתה טרפה מתחת ידו נתלה בשגגה ולמה החמיר בתשובות כולי האי וכדכתב הרשב"א דלא כל הימנו לומר שוגג הייתי והרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב שם דבנדון של הרא"ש ז"ל עדיין לא יצתה טריפה מתחת ידו שלא נמכרה הריאה הטרפ' שמא בשעת המכירה היה חוזר ומדקדק. ותימה הוא אם לא ביחנו בשע' החלו' היאך יבחנו בשעת המכיר' ומי לחשו לקצב שיבדוק צדדי הריאה לראות אם יש לו טריפות וכי כל ריאה שהוא מוכר בודק ומוכר. ונר' דלא חשו לפשיעה היכא דלית ליה הנאה אלא בבוד' דלא טרח לבדו' יפה יפה כסבו' שבדקה כלה ולא מרתת כולי האי כיון דבהמה בחזקת כשרות ורוב' כשרו' לא חייש למיעו' לבדוק ביישו' הדעת אבל הקצב לא נחשד לפושע בלא הנא' ומרתת דילמא מחלפי אהדדי ומינכר' מילתא בסרכות הנר' לעין ומרע חזקתיה.

ואידך תשובה דהרא"ש בטבח שיצתה טרפ' מתחת ידו ב' ג' פעמים ודאי כדברי כ"ת כן הוא דאי הוה כמקל ופושע אף בפעם הא' ליט ליה תקנת' אפילו בקבלת חברו' שהרי ביאר הרא"ש דלא שייך קבלת חברות אלא בדבר של פרישות שלא היו נוהגים בו רוב המון העם אבל מזלזל בטרפו' שהו' מעקרי הדת רשע גמור הוא ומסתברא דשגג' בחטא פושע מיקרי כדאשכחן גבי עירו' תבשילי' בההוא סמיא דהוה מסדר מתניית' קמי דמר שמואל וכו' לזמנא אחריתי א"ל פושע אח ובס"פ הנשרפין אמרו מי שלקה ושנ' בב"ד מכניסים אותו לכפה ומאכילים אותו וכו' ובתרי זמני הויא חזקה דאמרינן נישואין ומלקיות כר' ווסתות ושור המועד כרשב"ג וטעמא דווסתות ושור המועד שהוא דבר טבעי בעי' ג' זמני אבל לגילוי מילתא בתרי סגי ונישואין אע"ג דגרמא טבעית היא סכנתא דחמיר' שאני ואע"ג דבשני מלקיות לא סגי להכניסו לכפה לאו משום דלא הוחזק דהא ודאי להכי הויא חזקה אלא נהי דהוחזק לרשע מ"מ התיר עצמו למית' בעי' שעל כריתות ועל מלקיות אינו נהרג אלא דכיון דלקה ושנה מעתה אם יוסיף פשע דייני ליה דינא דקטלא מכאן ולהבא לפי שכבר היתר עצמו למיתה ועוד דמילתא דשוגג בהתראה תליא ואחר התראה לא מצי לומר שוגג הייתי דהו"ל למידק וכן משמע מלשון הרשב"א שכתב א"כ טבח דמעבירין אותו לא משכחת לה אלא בהתרו בו משמע דפשיטא ליה דבהתרא' בזמנא קמייתא פושע הוא וא"כ מה שהעבירוהו בפעם ראשונ' סלקא ליה בהתראה שאין מחזירין אותו אא"כ מקבל דברי חברות שלא ישוב עוד לכסלה הילכך בפעם שניה מזיד מיקרי והרא"ה בתשובתו כתב דאם הוציא טרפה מתחת ידו שנים או שלשה פעמים

שלא חשש לבדוק כל הצורך רשע הו' בעיני והרב מהר"י ן' לב ז"ל כתב שהרא"ש לא פסיקא לי' מילתא שכתב שנים או שלשה ואם בב' סגי כ"ש בשלשה אלא דמספקא ליה אי סגי בשתי פעמים או דילמא לא מחמרי' על העד ג' פעמים ולא מתיישבא מילתא שיהא הרא"ש מסופק בכך דהו"ל לספוקי בשנים בהדיא ולא לומר לאסור בב' ויסמוך על מ"ש או בג' דבכל מקום שאמרו ב' או ג' לא למעט שנים אתא אלא לדרש' כדאמרינן בעל פי שנים עדים או שלשה עדים אם מתקיימת העדות בב' למה נאמר ג' אלא מקיש ב' לג' ובר"פ אלמנה נזונית אלמנה ששהתה שתים ושלש שנים ולא תבעה מזונות אבדה מזונות השתא ב' אבדה ג' מבעיא ל"ק כאן בעניה כאן בעשירה א"נ כאן בפרוצ' כאן בצנועה וכה"ג איכא לשנויי בהא פעמים בב' פעמים בג' הא כיצד בענין טרפות אסר בב' שהרי ידע שהוא אסור וחזר הו"ל כמותרה ועומד אבל אם השניה בטרפות אסר לא הוי מותרה להכי אבל בג' בכל ענין מחזיקין אותו שמיקל באיסורים ופושע ומיהו מ"ש הרשב"א שצריך לדקדק אחריו אם ראוי לסמוך לא קאי לאחר שיצתה טרפה מתחת ידו פעם ושתים אלא ה"ק ולא עוד אלא שצריך לדקדק אחריו בענין שאפילו בפעם א' אין מקבלין אותו אם נר' כפושע אלא שלא יעבירוהו אבל אח' ב' פעמים כבר הוחזק כדמשמע מדברי הרא"ש וליכא מידי בין דברי הרא"ש לדברי הרשב"א ובין כך ובין כך בתלתא הויא חזקה הנלע"ד כתבתי יוסף בכמוה"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן טז

וששאלתם על אותו ראובן שקרא תגר על ממוני הקהלות שנתנו כמה יחידים ספרדים לק"ק רומניא שיכתבם בברג"א שלהם בפנקס המלך והם צועקים למה מסרת אותנו ביד קהלות שאין אנחנו מהם ולא מתפללים שלהם שלא ירחמו עלינו וקרא עליהם המקר' הזה ואת בני יהודה מכרתם לבני היונים למען הרחיקם מעל גבולם ונועצו מקצת יחידי הקהלות לומר שיש להעניש את האיש הזה יען וביען קראם יונים ולא כל הימנו שיאמר משחק אני והוא מתלהלה מורה חצים כמ"ש הרב קולון בתשובה עתה יורנו רבינו מה דינו.

תשובה מאחר שדרך צחות נאמרה אין בזה גנאי שדרך שיתוף הלשון אמרה ששנינו בפרק המגרש ב' גיטין שכתבם זה בצד זה ושני עדים עברי' באים מתחת זה לתחת זה וב' עדים יונים באים מתחת זה לתחת זה ולא קתני ב' עדים חתומים יונית ונקראים כן ע"ש לשונם וע"ש כתיבתה וכן אמרינן בגמרא דואג האדומי דאתי מאדו' איתי הגתי דאתי מגת ועוד מצינו ל' בני לאו בני ממש אלא יושבי עירם כמ"ש בן עיר ובן כרך בני בבל ובני א"י וכן מתפרש לשון בעל כמו בן המצר פנו מקום לבן מנה בן מאתים בני תרבות בר

מלחך פנקי בר מיחם תנורי אי בר הכי הוא אי בר אוריין הוא וכאן יתפר' יושבי היונים או בעלי היוני' ואע"פ שיש לפקפק בלשון הזה שהזכיר את הספרדים דבני יהודה ואותם בני יונים דמשמע דהני דלאו בני יהודה אינון אין בזה קפידא כיון שלשון המקר' הוא אע"פ שלא יצדק כל הכתוב בדקדוק דרך צחות ומליצה אמרה לפי שא"א בע"א.

ולא דמי להוא עובדא דההיא אתתא שאמרה לרב יהודה על מר שמואל אנן ידענא ליה אוכם ורבה כריסיה גוצא ורבה שיניה שהאש' ההוא פושעת היתה וכי לא מצאה סי' אחר אלא אלו שהם של גנאי ועוד מי בקש זאת מידה לתת במר שמואל סי' אבל כאן שרצה לדבר צחות לא סגי ליה אלא בקריאת כל הכתוב וכלל גדול אמרו היכא דאמר בגמרא גבי פלוגתא דכ"ע הכי ס"ל הלכתא הכי הוא אבל היכא דלא מ"ל איפכא אין ללמוד דהלכתא היא ה"נ לא סגי בלאו הכי.

ואמרו על הרב מהר"י אבואב שהיתה עינו א' סמוייה שהיה מלך פורטוגל או' ב' עינים יש לי במלכותי שאין בכל העולם ערוך להם עין נשר פורטוגאל ועינו של רבי. פעם א' היה מהלך בדרך בשדה וישב לו הרב על שן סלע א' וב' נכבדים ישבו א' מימין וא' משמאל והיה בחור אחד תלמידו עומד לפניהם והרב ז"ל בדיחא דעתיה והיו מדברי' בדברי צחות ופנה הרב אל התלמוד וא"ל אמור אתה א"ל תן לי רשות שאשב א"ל שב ישב על האבן ואמר על אבן אחת שבעה עינים אמר הרב תהני ליה צחותיה שאל"כ אפקרותא היא כההיא אתת' דאמרה קמיה דרב יהודה שמואל רבך הכי דיין אמר לה ידע' ליה א"ל ידענא ליה גוצא ורבה כריסיה אוכם ורבה שיניה א"ל רב יהודה לבזויי ליה קא אתית תהוי ההיא אתתא בשמתא.

ובגמרא ערובין מצינו שאמר ריש גלותא על ר' קרי עלייהו חכמים המה להרע ולהטיב לא ידעו כלו' שידעו לאסור שלא ילך לאכול בפרדס שלא הוקף לדירה ולא ידעו לעשות תיקון לדבר ודרך צחות אמרה.

וזכוריני על גדול א' מחכמי ק"ק רומאניא כשהיה מתרעם על דייני ק"ק ספרד בפני זקני עמו היה קור' על עצמ' הגר אשר בקרבך יעלה עליך מעלה מעלה כלו' שבני ספרד שבאו גרים בארץ לא להם גדלו ויעשירו ורוצים להשתרר עליהם וזו קשה מן הראשונה שזה הכתוב בעכו"ם הוא דכתיב וכן תרגם אנקלוס תותב ערל די בניכון אלא דרך צחות נאמרה ואף זו כיוצא בה.

הנלע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן יז

לאמאסייא אל החכם הנעלה בנן של קדושים כמהורר משה סאגיש נר"ו וזה לשון שאלותיו.

שאלה ילמדנו רבינו בדין הכשר מקוה שעושין בעיר אחת והוא כך שעל הנהר יש גלגל גדול הנקרא נעורה שמכח המים מתגלגל ובו קבועים כלי עץ קטנים ובגלגל מתגלגל ודולה מן הנהר בדליו ושופכם בתוך סילון עץ ארוך שאין לו בית קיבול ומהסילון הולכין דרך מרזבות למרחצאות ולהכשיר המקוה עושין שנוקבין לכלי העץ הקבועים בגלגל בכונס משקה וכן כל הסילונות והמרזבות שהולכים בהם המים אין להם בית קיבול בהשקתות שעוברים בהם המים כלם הם נקובות והמקוה הוא מבנין לבנים ובו טובלים זה זמן רב להם על פי חכמי העיר ראיתי בי"ד סוף סימן ר"א שהביא הרב הגדול מהרי"ק ז"ל תשובת המרדכי בשם הרוקח ז"ל ומה שתמה מאוד על ס' האגור שכתב להיתר דין זה וכו' כאשר יעויין שם ובראותי זה תמהתי על המקוה ולא אדע מה אעשה יורוני רבותינו אם נבטל הדבר או נסמוך על המקילין אע"פ שאינו מקום הדחק שיש להם מקוה אחר ממי הגשמים עשוי על פי הדין אלא שאינו כמרחץ ונאמר שיש לחל' אע"פ שהחילוק הוא רחוק מדעתי ותשובתם מהר' תצמח ושכרם כפול מן השמים.

עוד ילמדנו רבינו על ס"ת שנמצא קרוע באמצע דף א' והקרע הוא מתחילת כתיבתו והוא יותר מחמש שיטין והסופר כתב חצי שטה מימין הקרע וחצי שטה משמאל הקרע ותפר הקרע בגידין ונמצא קרוע התפר וכפי מה שהביאו הפוסקים נראה דטעה הסופר שהרי בטור יורה דעה הביא הרב הגדול מהרי"ק ז"ל תשובת הריב"ש בקיצור והלא היא כתובה בספרו בסי' ל"א והעולה מהם דבחדש ביותר משליש לא יתפור וגם אינו אומר לדבק טוב כאשר יעויין שם ואף כי הביא שם סמך לזה שמהר"י קולון ז"ל בשרש קכ"ב כתב שהיו נוהגים אצלם לטלות קלף על חסרון שביריעה ולכתוב ופלפל והאריך בדבר כדי לקיים המנהג עכ"ל ס' תשובת קולון אינו נמצא בעיר הזאת אך מדברי מהר"י קארו ז"ל נר' שיותר סומך על דברי הריב"ש ז"ל מדמביא סולת דברי הריב"ש בראיותיהם ולא חש לכתוב דברי מהרי"ק ועוד דלכאורה הריב"ש ז"ל הוא רב גדול ממהררי"ק ז"ל ומנעתי מלקרא בס"ת עד שיתקנוהו יורנו רבינו אם המעשה כדין וצריך לתקן או אין צרי' תיקון ושכרם הרבה מן השמים.

עוד ילמדנו רבינו ראובן הקדיש ס"ת אחד וכה דבריו אני מקדיש ס"ת זה על מנת שאם אלך מן העיר הזאת עם ביתי שיהיה לי רשות להוליכו עמי לעיר שאלך לדור או לכל מקום שאלך לדור. ואחר ימים עקר דירתו מהעיר ההיא וקבע דירתו בעיר אחרת והולך

הספר תורה עמו כפי תנאו ואחר זמן מה בזמן הגילאליש היה הספר תורה בבית' שמור עם נכסיהם ונפטר ראובן לבית עולמו חיי לרבנן ולכל ישראל שבק ולא צוה דבר על ענין הספר תורה ואחר מותו בא שמעון בעל חובו ותבע מאלמנתו שתפרע לו חוב מנכסיו והיא בבושתה ממנו או בשהיה תקיף ממנה כי לא היה שופט שוטר ומושל בעיר נתנה הספר תורה בידו בפרעון חובו ואחר ימים ידעו יחידי קהל קדוש יצ"ו מהעיר שנפטר בה את המעשה הזה וכפו את שמעון הבעל חוב להוציא את הספר תורה מידו וחייבו החכם שלהם והוציאו מידו ושמו אותו בבית הכנסת ועכשיו טוען שמעון הבעל חוב שאף על פי שהדין הוא עם הקהל קדוש יצ"ו לזכות בספר תורה ותפיסתו לא הועילה מ"מ אותו הזכות שהיה לראובן בספר תורה להוליכו למקום שידור השאירו אחריו להורישו ליורשיו ואם יורשין יורשיו בזכות זו הנה אותו הזכות תפס בחובו וא"כ יתנו לו מה ששוה אותו הזכות והקהל טוענים שלא נשאר זכות להורישו ליורשיו שהתנאי שהתנ' ושיי' לא שייר אלא לעצמו בלבד. יורנו רבינו הדין עם מי ואם הדין עם שמעון או עם הק"ק יצ"ו יפייסו את שמעון היוכל יורש ראובן לומר איני רוצה למכור זכותי אם מפני שאפשר שכפי הדין אין בו דין מכירה ואף אם יהיה בו דין מכירה איני רוצה למוכרו ותהי משכורתם שלמה מעם ה' אלהי ישראל.

וזאת תשובתי מאחר פני כסא כבוד מרום מראשון יורש עשר חכמו' רמות לא יערכום גביש וראמות חוג שמים יתהלך כאשר ידאה הנשר ולדרוש ולתור בחכמה עשה יעשה לו כנפי רננים יפרוש כנפיו לתימן למשום משך חכמה מפנינים יעמק שאלה ברוחב בינתו לעמקו של הלכה דולה מן המעיין שואב מן הבריכ' האח האח החכם המעולה בכתם טהור לא יסולה כמה"ר משה ן' לאדונינו ציץ נזרנו צבי תפארתינו הרב המופלא מורנו ורבינו כמה"ר שלמה סאגיש זלה"ה. מה נכבד היום האירו אל עבר פני אמריך כי נעמו מה יקרו רעיך מה טובו דודיך חיים הם למוצאיהם מה גדלו חקרי לבך לב חכם ומה עצמו ראשיהם עפעפיך יישירו נגדך בארץ נכוחות ליישר האורים תעוז ידך תרום ימינך לסקל המסילה וצור מכשול להרי' אחריך ינהו מבקשי' להשביע בצחצחות נפשם אל מקום נהרי' יאורים לשונך לשון חכמים את עצומים יחלק שלל ומשך אבירי' הגדלתי לי השמחה אף גילת ורנן בדבר שפתיך משרים ואמריך אמרות טהורות בהלם אור עלי אהלי כבודי חדש עמדי ורבו יתירא הוספת לי. ואני לעשות רצונך חפצתי ככל מצותך אשר ציותני היא שמחת גילי וזה החלי.

על המקוה שבאים לו המים מן הנהר ע"י גלגל שמתגלגל מכח המים ודולה בכלי עץ שבו והכלים נקובים בכונס משקה איני רואה בו צד פיסול דלמאי ניחוש לה אי משום

שאיבה ע"י כלי כיון דנקיבי בכונס משקה בטלי מתורת כלי ואם משום שנעקרו ממקו' חיבורן אפי' תימא דניצוק לא הוי חיבו' נהי דבנתלשו בידי אדם איכ' למימ' דחשיבי שאובין כדמוכח ממתניתין דפ"ב דמקואות המסנק את הטיט לצדדיו ומשכו שלש לוגין כשר. היה תולש ומשכו ממנו שלש לוגין פסול. ופירש רבינו שמשון הואיל ותלשו מן המים נחשב כתלוש. ועוד שהביא תוספת' דתניא היה בראשו ג' לוגין מים שאובים סחטן לתוכו פסול פי' שהיו במקוה מ' סאה מכוונות וכשעלה מן הטבילה סחט שערו לתוך המקוה להשלימו למ' סאה פסול והא דתניא בתוספת' ומייתי לה לקמן בהך פרקא לגיון העובר ממקום למקום וכן בהמה העוברת ממקום למקום וזלפו בידהם ורגליהם שלשה לוגין למקוה כשר ולא עוד אלא עשו מקוה בתחל' כשר פירשה רבינו שמשון דבנמשכין עם הקרקע קאמר שלא נתלשו אלא שהראב"ד ז"ל רוח אחרת עמו כמ"ש בס' בעל הנפש שכל שלא נתקבלו בכלי אעפ"י שבאו מתוך ידיו למקוה לא פסלוהו היכא דיש במקוה רוב הכשר לא מפסל' משום ג' לוגין אבל לעשות מקוה בתחלה לא מהני אא"כ נמשכין עם הקרקע. אבל בנ"ד שהם נתלשים מאליהם שהגלגל מתגלגל מכח המים ומעלה ממנו מן הנמוך לגבוה הא לא חשיב שאיבה וראי' מהא דתנן ומייתי לה בפ"ב דחולי' ובס"פ אין דורשי' גל שנתלש ובו ארבעים סאה ונפל על האדם ועל הכלים טהורים ואמרי' התם דאת"ל דחולין בעו כונה מתוקמא ביושב ומצפה אימתי יתלש הגל ופריך מאי למימרא פשיטא ומשני סלקא דעתך אמינא לגזור דלמא אתי למטבל בחרדלית של גשמים א"נ לגזור ראשין אטו כיפין קמ"ל דלא גזרינן אלמא אעפ"י שנתלשו ממקום חיבורן פשיטא לן דלא חשיבי שאובין הואיל ונתלשו מאליהן ודרשינן בת"כ מה מעיין בידי שמים והאי נמי הואיל ומכח המים מתגלגל ומעלה את המים בידי שמים חשוב דתניא התם אימא מעיין שאין בו תפיסת ידי אדם אף וכו' ת"ל ובור ובור יש בו תפיסת ידי אדם ואפשר רחמנא מעין נמי אע"פ שיש בו תפיסת ידי אדם כגון שהמשיכוהו למקומות שאי אפשר לעלות כדרכו כגון מקוה שעל שער המים דהוו מהדרי ליה מיא מעין עיטם כדאמרינן ביומא דגבוה מקרקע העזרה כג' אמות וכן טבילה של כ"ג ביום הכפורים שהיתה על גבי לשכת בית הפרוה אע"פ שעולין ע"י תפיסת ידי אדם שפיר דמי. וכי תימא התם מיא כי אורחייהו אזלי ומגרר הוא דקא גרר באפייהו כדי שיעלו כנגד מקום נביעתם אבל שעולין שלא כטבען הנמוך לגבוה ע"י אדם מקרי לית' דהא נמי לאו בידי אדם מיקרי תדע דלענין שחיטה דבעינן כח גברא אמרי' בפ"ק דחולין השוחט במוכני שחיטתו כשרה והתני' שחיטתו פסולה ומשני הא בסרנא דפזרא פ' גלגל של יוצרים דמכח אדם מתגלגל הא בסרנא דמיא ואב"א בסרנא דמיא הא מכח ראשון הא מכח שני הרי שאע"פ שהגלגל

עשוי בידי אדם והאדם הוא הקובעו ופוטר מים כדי שתתגלגל מ"מ מכח ראשון ואילך אין שם כח גברא וכן לענין קטל' אמרי' בהנשרפי' האי מאן דכפתי' לחבר' ואישקיל עליה בידקא דמיא בכח ראשון חייב בכח שני גרמא בעלמא הוא אף כאן לענין מקוה כל שהגלגל מתגלגל מכח המים לא חשיב בידי אדם להיות כשאוב. ועוד ראיה מההיא דמחט שהיא נתונ' על מעלות המער' היה מוליך ומביא במים כיון שעבר עליה הגל טהורה ופי' הרא"ש ובלבד שלא יתלש הגל דאז לא היה מטהר אלא אם יש בו ארבעים סאה משמע דביש בו ארבעים סאה מיהת היה מטהר אע"פ שבא מכח אדם הואיל ולא תלשו האדם בידיו ממש אלא דחה את המים ונתלש רואה אני כאן שהדברים קל וחומר. ובהא ניחא לי הא דאמרי' בפרק במה מדליקין אם מעין המטלטל טהור וזהו בארה של מרים ופירש"י טהור מלקבל טומאה וטובלים בו דלאו ככלי דמי להיות המים הנובעין בו כשאובין וכשלמדנו שבת תמהתי על דברי רש"י ז"ל דמהיכא תיתי שהיה מקבל טומאה אותו סלע אע"פ שיהי' כלי דהא כלי גללים כלי אבנים אינם מקבלים טומאה ועוד לענין פיסול מקוה אע"ג דאפי' כלי אבנים פוסלי' היינו כשנעשו מתחלה לקבלה שלא עלתה על דעת שאבני השדה התלושים שיש להם בית קיבול יקבלו טומאה אם לא שחקקן לקבלה ולאו שם כלי עליהם. ונ"ל דטהור דקאמר היינו דלאו שאוב מקרי דהכי אשכחן לשון טהר' בהכשר מקוה דתנן מטהרין את המקואות התחתון מן העליון ותנן נמי שלש מקואות בזה עשרים סאה וכי' ירדו שלשה וטבלו המקואות טהורים והטובלים טהורים ואיצטריך לאשמועינן משום הא דתניא מה מעיין בידי שמים ס"ד בסתם מעיין שאינו מטלטל קמ"ל דכל שאין טילטולו בידי אדם אע"פ שמטלטל ונעקר ממקומו נקרא טהור. ומעתה אין לנו עסק בנצוק וקטפרס אי הוי חיבור אי לא הוי חיבור שהרי יש במקוה ארבעים סאה מים כשרים שלא נפסלו בשאיבתן מן הנהר מאליהן והרב ר' אליעזר מוורדונא שהביא בתשובתו ההיא דמילף לייפי ולמד שכשם שמטבילין בהם הידים ה"ה טבילת אדם וכלים מטעם ניצוק חיבור לא בא אלא להכשיר כשאין למעלה שיעור מקוה שכן כתב והא דקאמר מילף לייפי ליה לומר אפי' אין באריתא שיעור מקוה מי נהר משלימין לפי שמחוברים וכן כתב למטה והמים שבתוך הכלי כשרים להטביל בהם כי אין צורך כאן נקב גדול והוצרך הרב להכשיר מטעם ניצוק ללמד על השאל' שנשאל עליה שאפי' אין באותה קובה שבמרחץ מ' סאה יש לצרפם למי הנהר א"נ אפי' היה אותו הגלגל מתגלגל ע"י אדם או בהמה דמיקרי שאוב הואיל והוא מחובר לנהר ע"י ניצוק הוי חיבור ועל זה נתעצם מהר"י קארו ז"ל וכתב שזו שהשוה טבילת אדם וכלים

לנטיל' גדולי המפרשים והפוסקים חלוקים בו שלא התירו שם אלא לענין נטילה אבל לענין מקוה ניצוק לא הוי חיבור וזה אין לנו עסק בו בנדון זה.

אך גדולה מזו אודיע לכ"ת כי זה י"ג שנה בעוברי חמת רבה ראיתי שכל המים שמספקי' בעיר ובמרחצאות ובמקואות הם באים ע"י אלו הגלגלים הגדולי' והה עשויין בתוכן כמין תיבות קטנות בגופן של גלגלים שהן מתמלאין מים בשקיעתן בנהר ועולין ושופכין למעלה מן הסילון המקלח בתוך העיר וחששתי על המקואות ושאלתי את פי יושבי הארץ אם נעשה הדבר על פי הוראת חכם ונמצא ביד א' מגדוליהם פסק לרב כמהר"ר יוסף ן' סייח ז"ל להכשיר ועליו חתימה מאבא מארי ז"ל לקיי' את דבריו כמדומה שהיה מי שערער על מנהג הראשונים שהיו נוהגים כן משנים קדמוניות ובאו לקיים את מנהגם לומ' שנכון עשו וזכורני שהיה קשה בעיני להיות השאיבה ע"י כלי קבול דמאן לימא לן שאותם התיבו' הם נקובו' בכונס משקה אעפ"י שאותן התיבות אינן מטלטלות בפני עצמן אלא כל הגלגל עצמו עשוי חלונות חלונות שיכנסו בהם המים ונהי דלענין טומאה ודאי לא מקבל טומא' לפי שאינו בא במד' ולא הוי דומי' דשק דמטלטל מלא וריקן כדאמרי' בס"פ במה מדליקין ובפר' חומר בקדש השדה והתיבה והמגדל כוורת הקש וכו' שהם מחזיקי' מ' בלח שהם כורים ביבש טהורי' מ"מ לענין מקוה כל שהם מקבלי' פוסלי' אעפ"י שהם טהורים דתנן פ"ד דמקואות המניח כלי' תחת הצנור א' גדולים וא' קטנים אפי' כלי גללים כלי אבנים כלי אדמ' פוסלי' את המקוה וכתבו התוס' בפ"ק דשבת דגדולים דקתני היינו שאינן באים במדה דלא מקבלי טומאה דומיא דכלי גללים וקטנים כגון הדקין שבכלי חרס פחות מלוג דטהורין דאילו בסתם כלים טמאים מאי שנא גדולים ומ"ש קטנים ועוד ראי' מדאמרי' בירושל' בפ' אמר להם הממונ' ים שעשה שלמה בית טבילה לכהני היה דכתי' והיה לרחצ' ופריך ולאו כלי הוא ומשני אמת המים מושכת לו מעיטם והיו רגלי' שבדרום פחותים כרמוני' ע"כ. והרי ים שלמה אמרו בפ"ק דערובין שהיה מחזיק ק"נ מקוה טהרה ואעפ"כ חשיב כלי לשאיבה ולא ראיתי לרבנים שנגעו בדבר זה.

ואחזה אנכי אשית לבי לתשוב' זו של הרב ר' אליעזר מוורדונא שהביא הרב מהרי"ק ז"ל לגלג עליה והעלה אותה דלא כהלכתא לומר שרש"י והתוספו' וגדולי המפרשים חולקי' על התר זה לפי שרש"י והתוס' כתבו דדוק' לענין טהרת ידים אמרו ולא לענין טבילת כל גופו דניצוק אינו חבור ובעי' כשפופרת הנוד וגם הביא דברי הריב"ש ז"ל שכתב מעולם לא שמענו מי שיאמר שהניצוק הוי חיבור למקוה.

ויש לתמוה אטו הר' בעל התשובה אמר שניצוק אינו חיבור עד אשר יקרא עליו מלא רועים והלא הוא עצמו אמר אף על גב דאין ניצוק חיבור היכא שתמיד עולים המים הוי חיבור וכתב בסמוך והמים שבתוך הכלי כשרים כי אין צורך כאן נקב גדול כשיעור עירוב מקואות שהמים צפין על פיו מכאן היינו חיבור כיון דבזיע דולה ונראה דלענין דינא לא פליג על רש"י והתוספו' אלא בפירושא דשמעתתא פליגי והיינו שהרב ז"ל לא חשיב ניצוק המקלח מתוך הנקב חיבור כמו שמפרשי' התוספו' כי האי דודאי ניצוק לא הוי חיבור שמטעם זה הצורכו הם ז"ל לפרש דדוק' לטבילת ידים הוא דלא החמירו כל כך אלא הא דקאמר מילף לייפי היינו המים הצפים על פי הכלי מכאן ומכאן תמיד חשיבי חיבור עם הנהר להטביל ידיו בתוך הכלי עצמו ולא אמרו דבזיע דולה אלא כדי לבטלו מתורת כלי והחיבור היינו על ידי המים הצפים ועולים ויורדים ומחוברים תמיד לנהר וידוע דעירוב מקואות למעלה במקום הנראה איכא פלוגתא דרבוותא כמו שהאריכו התוספ' בפ"ב דגיטין ובחגיגה ורש"י בפ"ח דטהרות והרב מהרי"ק ז"ל בב"י הביא דבריהם פסקי פסקי והביא לשון הריב"ש שכתב הסברות בקיצור ורבינו תם סובר אע"ג דבנקב בעינן כשפופרת מ"מ למעלה סגי בטופח להטפיח וס"ל דטופח להטפיח וקליפת השום חד שיעורא הוא ורבי' שמשון ורוב המחברים ז"ל שנתנו חילוק בין טופח להטפיח ובין קליפת השום מ"מ מודו דלמעלה שלא ע"י פרצה סגי בטופח להטפיח והרמ"ה וס' המצות כתב דלעולם בעי' למעלה כקליפת השום ולא חילקו בין ע"י פרצה לכותל שלם וכן הרמב"ם ז"ל לא חילק עכ"ל הכא אפי' לדברי המחמירים דבעינ' קליפת השום כשלא נפרצו זה לזה יש להכשיר שמים צפין ממה ששופכו' הצנורות מכאן ומכאן יותר כקליפת השום ולכך כתב מים צפין ולא טופח להטפיח אלא דהכ' דהוי כעין קטפרס יש לפקפק דאיכ' מ"ד דקטפרס לא הוי חיבור לענין מקואות לכך כתב דמ"מ הוי חיבור היכא דתמיד עולין המים מן הנהר ויורדין לאריתא וסברת חילוק זה לא נפלאת היא ולא רחוק' והמרדכי עצמו כתבה משם התוס' מרבי' תם שכן כתב הא דתנן הניצוק והקטפרס אינו חיבור וכו' פר"ת דהיינו דוקא מי גשמים דעתידין לפסוק אבל מי נהר שאין עתידין לפסוק הוי חבור טופח ע"מ להטפיח וכתב שר"י אומר דטופח להטפיח לא הוי חיבור אלא מים צפין כקליפת השום ועוד הביא בב"י בסוף הסי' לשון הרשב"א בשער המים כתב המים העולים מאליה' בגלגל פוסלין את המקוה אבל העולים בגדולים שאין נתלשין מהנהר אלא מחוברים אל המים יראה לי שאין אלו שאובים שבכל עת מחוברים אל מי הנהר ויש להחמיר ולאסור ע"כ הנה דברי הרשב"א אלו מסכימי' לדברי הר' אליעזר ז"ל אע"ג שהרשב"א עצמו כתב בעירוב דבעי בנקב כשפופרת הנוד ולמעלה

כקליפת השו' מ"מ הכשי' כאן לפי שהם מחוברים בכל עת אל הנהר אלא שלמעשה היה חוכך להחמיר.

ויש לדון במקואות הללו שבארצכם ושבחמת להכשיר למעשה ואעפ"י שאין הכלים כמו שהם בחמת דכל שיש מי מקוה מכונסי' ע"י שאיבה ומשיכה כשרים וטעמא משום דלטהר מקוה שאובי' שלא ע"י השקאה כל דהוא סגי דתנן בפ"ו דמקואות והביאה הרמב"ם בפ"א מטהרים את המקואות התחתון מן העליון והרחוק מן הקרוב כיצד מביא סילון של חרס או סילון של אבר ומניח ידיו תחתיו עד שהוא מתמלא מושכו ומשיקו' אפי' כשערו ודיו והקשה שם רבינו שמשון היאך מתחברין ע"י כחוט השער' והא לכל הפחות אפי' לר' יהוד' המקיל בפ"ב דגיטין טופח להטפיח בעי ונראה לפר' דלא איירי הכא בחסר אלא הוא בשאוב ומשיקו לכשר להכשירו וסגי כחוט השערה דהקלו בשאיבה דרבנן כדאמרי' בפ' המוכר את הבית ושמא מטעם זה לא חיישינן בסילון אפי' יהא קטפרס עכ"ל ובב"י הובא משם הרשב"א בת"ה בשער המים וז"ל הא דבעינן כשפופרת הנוד היינו דוקא להכשיר מקוה חסר מן השלם אבל להכשיר מקו' שאוב ממקוה שאינו שאוב אעפ"י שאינו משיקו אלא כשערו כשר לפי ששאוב אינו פוסל אלא מדבריה' הם הקלו בכך אעפ"י שמי ההשקאה אינן רואין פני האויר ואפי' שאינו משיקו אלא כשערה ואעפ"י שהרא"ש ז"ל פירש ההיא דעירוב מקואות כשר גם במקוה שאוב בצד מקוה כשר ואחריו נמשך בנו ז"ל בטור נראה דבשאוב מעיקרו קאמר דס"ל דשאוב כלו מן התורה כמו שהביא הוא ז"ל הכרעת רבינו שמשון ז"ל בזה אבל בשאובה ע"י כלים ונמשכה דלכ"ע הוי דרבנן ודאי מקלי' כמ"ש רבי' שמשון עצמו ותדע דקתני סיפא ספק שהיא כשפופר' הנוד ס' שאינ' פסולה מפני שהיא מן התורה אלמא בשאוב מעיקרו מתפרשה ליה אבל בשאובה שהמשיכוה דלכ"ע דרבנן בהשקאה דחוט השערה סגי ולא פליגי רבי' שמשון והרא"ש אלא בפירו' דמתניתין אבל בדינא זה וזה שוין הילכך שאובין אלו שהמשיכום למקוה לכ"ע בהשקאה כל דהו אפי' ע"י קטפרס מהני.

ועוד אפי' תימא דאיכא מאן דפליג בהא דלא הוי קטפרס חיבור דבשאובה שהמשיכוה כולה איכא כמה רבוותא דמכשר כהורא' חכמי המערב שהביא הרמב"ם ז"ל שזו היא סברת הרי"ף וסברת רבינו שמשון ז"ל והשת' דאיכא נמי ספק אי הוי קטפרס חיבור הו"ל ס"ס דאפי' בדאוריית' לקולא ואצ"ל לאותם הסוברי' דכולה שאוב מדרבנן אלא אפי' את"ל כלו שאוב דאוריית' מכשירינן הכא בתרי ספיקי.

סימן יח

באהבת ה' את העדה עם בחר ה' לשכנו וכנה אשר נטעה ימינו שלחך אלהים למחיה לפניהם לנחותם הדרך והיית להם לעינים שמח לבי ויגל כבודי בשבתך לכסא כבוד על התורה ועבוד' והודעת להם את הדרך ילכו בה אף אמנם כי נמצאו דבריך לי ואוכלם הגדלת השמח' כי ברית אהבתי אותך גם מתמול גם משלש' ערוכ' בכל ושמור' מאז ידעתיך בשם כרתי אתך ברית אהבה רבה ומ"ד אהבת עולם לא משתבש ולי מה יקרו אמירי אמריך ומה עצמו ראשיהם ופניתי אני מכל עסקי למודי ונתתי פני להשיב לשאלותיך כאשר יסכים הפנאי אתי.

א' שאל כ"ת על דבר הכעבין המשוחין באליה אם יש לאסרן מההיא דפ' כל שעה אין לשין את העיסה בחלב ואם לש כל הפת כולה אסורה ואסיקנא דכי עבדינהו כעין תורא ש"ד פרש"י מעט כעין של שור מותר ללוש דאכיל ליה מיד בבת א' ולא משהי ליה דלינשי שנילוש בחלב ובטור סי' צ"ו הביא משם הרי"ף פי' שעשה בהם שינוי כעין פי' צורות כעין השור וכיוצ' בו שמתוך כן יזכור שיש בו חלב והרשב"א כתב שאם שינה בצורת הפת ועשה כעבין קטנים כעין השור מותרת שהרואה יודע שלא שינו צורתו אלא להכיר בעלמא וישאל ויאמרו לו וכתב מר לרש"י פשיטא שאסור כי קמבעי' להרשב"א דמשמע דבעינן שיהיה באופן שכישאל למה שינו זה הפת יאמר בשביל שלשו אותו בחלב וכאן לא שייך זה הטעם ורואה אני את דבריך שאין כאן שינוי שבגללו יזכור וגם שלא יהא כאן שואל ונשאל. ואפשר כי מה שנתפשט' המנהג להיתר היינו לפי שכל העיר נהגו ללוש כן לפי שהשמן ביוקר ואין צריך שינוי שהכל יודעים שהכעבין והגלוסקאות של אלתש"ו בשומן האליה לשין אותם ולא אמר שיהא צריך שישנה כדי שישאלו וישיבו אלא בדבר שאין דרכו בכך אבל בדבר שכן דרכו אין שואלין ואין משיבין אלא שיש להסתפק בזה אם יש לחוש מפני תקלת האנשים הבאים מחוץ לעיר שאין יודעים במנהגם של בני העיר כמ"ש כ"ת שכמה עניים שבאו מחוץ שלא היו יודעים במנהג המדינה אכלו אותם בגבינ' איברא דמלשון שהביא הטור משם הרי"ף משמע שאין ההיכר אלא לעצמו שלא ישכח שכן כתב שעושה בהם שינוי שמתוך כן יזכור שיש בה חלב וכן משמע קצת לשון הרמב"ם ז"ל עד שתהא נכרת שלא יאכל בה בשר משמע דלעצמו קאמר מדלא נקט שלא יאכלו לשון רבים אבל מלשון הרשב"א לא משמע כן שכתב שהרואה יודע שלא שינו צורתו אלא להכר בעלמא וישאל ויאמרו לו ועדין יש לומר דלא אמר אלא להכ' בני ביתו שמצויין לאכול וברשו' קעבידי וכשרואין שינוי ישאלו אבל לאורחים דאתו מעלמא לא חיישינן שהמזמין אותם מודיעם ולחוש שמא יתן להם שיוליכו בידם חששא רחוקה

היא ואין סברא שנאסור על ב"ה שתהא הפת אסורה לו שמא יתן להנך דאתו מעלמא ומסתברא דאי לאינשי דאתו מעלמא חיישינן אין הכר במה שעשוי כעבין קטנים כעין של שור שאין זה שינוי אצלו ומנא ידע שאין דרך בני העיר בכך ועוד אין דרכן של אכסנאו' לשאול אלא לבני ביתו הוא דחיישינן שמא ישכחו ויאכלו ואע"ג דלפרש"י לא הותר אפילו בשינוי אלא דבר מועט דאכיל ליה מיד בבת אחת הרי כתב בהגה' שערי דורא דהני תרי פי' אליבא דהלכתא סליקו דתרווייהו סברות יפות הן ע"כ משמע דבחד מהני שרי אי בדבר מועט משום דאכיל ליה תכף ואי במרוב' ע"י שינוי שהרי התי' בלחמי' שעושים לכבוד שבת לחם משנה משום דנאכל מהם בשב' ובדבר מועט הו'.

ומ"מ לבי נקפי מאחר שאירע תקלה לאחרים ואכלום עם גבינה ולא ידעתי אם היו נמכרו' בחנות דאז ודאי יש לחוש לאינשי דאתו מעלמא ואם נפשך לומר דמאחר שמנהג ידוע בעיר לא אתו אחרים למטעי דקל' אית ליה למילתא מהא דאמרינן בפ' משוח מלחמה ילדה הפחותה מטפח אסור' משום ערלה לעולם מפני מראית העין ואסיקנא דלא חיישינן דקלא אית לה למילתא איכא למימר דשאני התם דמילתא דתווה' היא בנטיעה ננסת זו שפחותה מטפח וטוען' פירות כזקנה זו ודאי קול יש לה שהיא גדולה ועוד דהתם ליכא חששת איסור אלא לחששא בעלמא להכי סמכינן אקלא דאיכא למילתא אבל במידי דאתי לידי תקלה דאכילת איסור מנ"ל דסמכינן לכתחילה אקלא הילכך בנמכרות בחנות ודאי יש לחוש לבאים מחוץ וא"ת יודיעם כדאמר' בהמוכר פירות במי שנתערב מים ביינו לא ימכרנו בחנות אא"כ הודיעו ובחיטי' שנפלו עליהם מים קודם הפסח שרי ליה למזבן קבא קבא לישראל וסגי בהודעה הכא אין תקנתא בהודעה שמא ישכח ויאכל כיון שאינו רגיל בכך וכ"ת ימכור לכל א' דבר מועט ויודיענו שיאכלנו לאלתר דומיא דלחם משנה דעביד ליה בשערי דורא כדבר מועט שנאכל מיד מ"מ איכא למיחש שהחנוני לא יכיר אם הוא מחוץ לעיר כדי שיודיענו ואת"ל מכיר שמא ישכח מלהזכירו כיון שהוא רגיל למכור בסתם לכל בני העיר לא רמי עליה וזבין ולאו אדעתיה.

אמנם מתוך דברי כ"ת שאין באותו שומן בנ"ט שכתב וז"ל ועוד צריך לראות אם יש לחלק ולומר ע"כ לא אסרו אלא שיש לה חלב הרבה אמנם בנ"ד שאין משימים לתוכו אלא דבר מועט יהא מותר לאכלו בגבינ' בשביל שנתבטל השומן בקמח או אם יש לדמותו להא דתניא אין טשין את התנור באליה ואם טש כל הפת כלה אסורה דהתם אין כ"כ שומן בתנור שידבק בפת עכ"ד ואם אין בו בנ"ט כמו שנראה מדכתב שיהא מותר לאוכלו בגבינה עצמה מה ספק יש בדבר לאוסרו בפני עצמו דודאי טעם האליה בא לה בתוך הקמח ושרי ומההיא דאין טשין את התנור באליה אין ראיה דהתם האיסור עומד במקומו

ולא מתבטל שהרי הוא במקום דביקת הפת לתנור לכך אמר כל הפת כולה אסורה אבל היכא שנתבטל בתוך הקמח שרי והא לא דמי לאין מבטלין איסור לכתחלה דכשנתערב היתר בהתר הוא.

ועל הגלוסקאות של אלחש"ו בכל ענין איני רואה בהם בית מיחוש אפי' היה בנ"ט לפי שאין דרך לאכלן עם גבינה מאחר שממולאי' במיני מתיקה ואם באנו לחוש שלא יאכל אחריהם גבינה ולפסקו של מהרי"ק ז"ל שפסק שמותר לאכול גבינה אחר תבשיל של בשר איכא למיחש שיאכלנה בלא קינוח ואיברא שאפי' בקינוח אסור שאין טעם איסור אכילת גבינה אחר הבשר משום בשר שבין השינים אלא טעמא מפני שטעם הבשר נמשך בתוך הפה כמ"ש הר"ן ז"ל וכן פסק הרשב"א בתשובותיו ולגלג על האומ' מטעם אחר וכן עיקר אלא דאיכא למימר שלא חשו אלא שלא יאכלנו יחד עם הגבינ' אבל במידי שאינו נאכל עמה לא חיישי' שלא יאכלנ' אחריו דמילתא דלא שכיחא הוא ועוד דהאליה אעפ"י שיהא בה בנ"ט כשמתערבת בקמח אין טעם הבשר נמשך בפה כטעמו של הרשב"א שלא אמר אלא בתבשיל שממשו של שומן עומד ועוד שאפי' תימא שיש בנ"ט בכיסוי שלמעלה מ"מ מה שבתוכו רבה עליו ומבטלו ועוד שבאכיל' גבינ' אחר הבשר יש סברות להקל כמ"ש מדברי המפ' ודיינו במה שאסרו ואין לנו לגזור גזירה אחרת עליה כך נ"ל יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

ועל דברי המקו' שכתב כ"ת שיש לחוש כשמתרוקן המקוה עד חציו שנופלים לתוכו ג' לוגים מים שאובים מתוך הכלים שמזלפים מים מתוכו וכת' ואעפ"י שכתב הטור ספק מים שאובים כשר יש לחלק כשאני רוא' מקוה שלם מלא אמנם הרי מקוה חסר לפנינו וכו' ואעפ"י שגם במקוה שלם כתב הטור בשם הרא"ש במקוה העומד בבית העכו"ם ומשכירו לישראל דחיישי' שמא יחס' וימלאנו ה"מ במקוה של מי גשמי' אמנם זה המקוה שהצנור יורד לתוכו בכל שעה לא יש זה החשש ודבריך טובים ונכוחים אלא שתמהתי על מ"ש מהרר"י קארו שם על דברי הטור סתומי' דמשמע מדבריו שאעפ"י שאנו רואין אותו כשהוא מלא סובר הרא"ש דחיישי' שמא יחסר ואין הדבר כן שאפי' אין בו כ"א סאה סובר הרא"ש להכשיר שהרי דברי תשוב' זו כך ששאלת מקוה שהמים נמשכין לו מן הגגין והמקוה נעול במפתח והמפתח ביד ישראל וכו' מי חיישי' שמא העכו"ם ישליך מים מהגג למקוה והשיב כל זמן שיש במקו' כ"א סאה אינו נפסל אם שפך מים על גגו ונמשכו למקוה דשאיבה מטהרת ברביה והמשכה עכ"ד ותימה לי מה ענין זה לזה מה שהכשיר שם הרא"ש כשאין מקום לשאוב בכתף לתוך המקוה שיקרא שאוב שהרי המפתח ביד ישראל אא"כ שפך מן הגגין והמשיך למקוה וזו אפי' המשיכו

בפנינו כשר דשאיבה מטהרת ברביה והמשכ' אבל דברי הטור שהביא בשם הרא"ש כשהמקוה ברשות העכו"ם שיכול למלאות בכתף לתוך המקוה שאז נפסל בג' לוגין ועוד היאך אפשר שהרא"ש ז"ל אינו חושש במקוה שלם שביד העכו"ם וכ"ש אם אין בו אלא כ"א סאה שהרי שנינו בתוספתא והביא הרב ז"ל בסמוך מעשה בית ענת שקוו יותר מאלפים כור ובאו ושאלו את ר' חנינא בן תרדיון ופסל שאני אומר עכו"ם נכנסו וזלפוה בלילה וחזרו ומלאו אותה בקילון לצרכם ותניא נמי התם מרחץ שבלניה עכו"ם וישראל נכנס שחרית ומשיקה אע"פ שזה נכנס וזה יוצא טהורה נעלה או שיחדה לרשותו טמאה נמצאת או' בימים טהורה בלילות טמאה מרחץ שבלניה עכו"ם בזמן שמטהרת שלה פתוח' לר"ה טהורה לרה"י טמאה עד כאן הרי מפורש בהדיא שכל שהוא ברשות העכו"ם אפילו מקוה שלם טמאה שאני אומר העכו"ם זלפה ומלא בכתף ונתן לתוכה.

אבל במקוה זו שבמרחץ שהצנור מקלח לעולם בתוכו אין לחוש שהעכו"ם ימלא בכתף להכשיל כאשר אמר כ"ת ולחוש שיפלו לתוכו ג' לוגין מתוך הכלים שמזלפים בהם בעודה חסרה אע"פ שהדבר מצוי כאשר אמר כ"ת מ"מ לא שכיחא שיפלו ממנו ג' לוגין מג' כלים ולא יהא הפסק בנתים כדתנן במקואות פ"ג מכלי א' מב' מג' מצטרפין מד' אין מצטרפין בד"א בזמן שהתחיל השני עד שלא יפסיק הא' והו"ל כ"ש בשאובה דהוי דרבנן דאפילו בשאובה כול' בכתף סברי מקצת רבוותא דמדאורייתא כשר כמ"ש התוספות בפרק קמא דפסחים בשם ר"י וזו היא סברת הרב ן' מיגאש ז"ל והרמב"ם בפ"ד דין תורה שכל מים מכונסים טובלים בהם שנאמר מקוה בין שאובין בין שאינן שאובין ומד"ס שהמים השאובים פסולים לטבילה ולא עוד אלא אפילו מקוה מים שאינן שאובין שנפל לתוכן ג' לוגים מים שאובין פסלו הכל אלא שרש"י פי' במרובה שאובה מה שמקוה נפסל בג' לוגין מים שאובין מדרבנן הוא דמשמע דס"ל דכולהו שאוב מן התורה פסול וזו היא סברת כמה רבוותא ולדברי כלם שאובה זו מדרבנן היא וספיק' לקולא אבל הביא הטור משם רבינו שמשון דכולו שאוב בכלי שמקבל טומאה פסול מן התורה עד שיהא רובו בהכשר אבל לאחר שיהא רובו בהכשר משם ואילך אין שאיבה פוסלת בו אלא מדרבנן הילכך כל ספיקא שיארע בו קודם שיהיה רוב בלא שאיבה אזלי ביה לחומרא אבל משידוע שנעשה רובו בהכשר מקילינן בספיקא שיארע בו ע"כ ואפילו לדבריו ז"ל היכא דידענו שנעשה רובו בהכשר וכ"ש אם נעשה כלו בהכשר לא מחזקינן איסורא לומר שנתחסר ונפסל במי' שאובין דאיכא כמה ספיקי כדכתבינן והרב מהרי"ק ז"ל באותו סי' דף רמ"א הביא תשובת הרשב"א שהתיר מטעם ס"ס ומטעם דאמר דשאיבה כולה מדרבנן ע"ש.

ובר מן דין מקוה זה כמדומה שהוא מעין שאינו נפסל במים שאובין דמעין מטהר בכל שהוא דתנן למעלה מהם מעין שמימיו מועטי' שרבו עליו מים שאובין שוה למקוה לטהר באשבורן ולמעין לטהר בכל שהוא וכת' הרא"ש ז"ל בתשובה כשלמדתי מס' מקואות לפני רבי' מאיר ז"ל אמרתי לו תמהני ששמעתי שכמה גדולים נצטערו לנקות מקוה שמימיו נובעים כי נראה לי שהשומעים מפי הגדולים טעו כי הגדולים דקדקו איך יטהרו מקוה שמימיו מכונסים והשומעים טעו אף במקוה נובע ולא כן הוא במקוה שהוא נובע ואין בו כי אם רביעית ממלא בכתף לכתחיל' וטובל בו ואינו נפסל מפני השאיב' והוד' מורי ע"כ ובמרדכי דפ"ב דשבועות דמעין מטהר בכ"ש ואינו נפסל במים שאובין כלל ואח"כ כתב מעשה היה בריגשפרק שהיה מנקים המקוה וכשנחסר ממ' סאה נשפך מן הכלי למקוה ופסלו הר' משה בר חסדאי ולא נודע הראיה מנין שהרי מקוה שבריגשפרק מעין הוא ע"כ ושוב הביא המרדכי מדברי השאלתות דרגילין כשמנקין המקוה לפקוק כל נקבי הנביעה לאחר שהוציאו כל המים וליבשו שיש לחוש שמא חזרו מן הכלים ששאבו בהם ג' לוגין מים שאובים ושוב לא יטהר עד שיוציאם ע"כ והרב מהר"י קולון ז"ל בשרש נ"ה ושרש נ"ו האריך הרבה ונתן טעם לאותם גדולים שפוסלים שאובים במעין דס"ל כרבי' יצחק בעל התוס' שסובר דלטבילת אדם בעינן מ' סאה. ומה ששנינו מעין מטהר בכל שהוא זהו לטבילת כלי וכיון דלאדם אין שם מקוה עליו הרי הוא נפסל כשאיבה לענין טבילת אדם כמו שנפסל מקוה חסר הג' לוגין וע"ז היה חוכך והיה מהחמיר לעשות כמו שנהגו הראשונים לפקוק נקבי הנביעה דמהיות טוב אל תקרי רע אבל אם יש בדבר שום דוחק עד שיבוא הדבר לידי דיחוי טבילה אין ראוי שתתעכב משום חששא רחוקה אשר יש בו כמה ספקות. והרב מהר"י קארו ז"ל כתב עליו דעיקר דינא חומרא יתירתא היא כיון שהפוסקי' המפורסמים כתבו דמעין מטהר בכל שהוא ואינו נפסל בשאיבה כלל עליהו סמכינן אפי' לכתחלה. ואפשר שמהרי"ק גם היא זאת עמו אלא שלהוציא מלב המתמיהין ההם שרצו לפוסלו בדיעבד להוכיח דאפי' יהבי' להו כל טענותיהו אין לפוסלו בדיעבד ע"כ. ותמה אני בזה מאחר שביארו הרב מהר"יק ז"ל והרב בעל תרומת הדשן ותלו טעמן של כל אותם הגדולים שהיו טורחים לנקות מי המקוה הנובע בטעמא דס"ל כרבוותא דאמרי שאין מעין מטהר בכל שהוא לענין טבילת אדם בהא ודאי איכא למיחש טובא שהפוסקים המפורסמים רבינו יצחק ורבינו שמשון ז"ל הכי ס"ל והרא"ש הכריע כדבריהם בהלכותיו וכן הסכי' הרשב' בספר תור' הבית דהאי לטהר בכ"ש לא לאדם קאמר אלא לכלים זו היא הסכמתו של ר"ת ורבי שמשון ולדברי רבותינו הצרפתי' שומעים להחמיר בשל תורה ע"כ הילכך כי היכי דלא

מקלינן להטביל אדם במעין פחות ממ' סאה הכי נמי לא מקילי' בג' לוגי' שנפלו לתוכו כיון דהא בהא תליא. ולכך אותם הגדולים שלפני הרא"ש ומה"רם היו טורחי' הרבה לנקות המקואות הנובעים וזו היא טעמו של המרדכי והר' משה בר חסדאי. וגם מהר"יק והרב כתב הלכה למעשה החמירו ואילו נודע הדבר שנפלו ג' לוגי' אפי' בדיעבד לא היו מקילין הרא"ש למהר"ם בדברי הראשוני' ז"ל ולא התירו בדיעבד במקום בטול מצוה אלא לפי שהיא חשש' רחוקה שיש בה כמה ספקות כמ"ש שם.

ומיהו בנ"ד דלכ"ע אין כאן בית מיחוש הואיל והמקוה הזה ממי מעיין ומחובר למעין כל שיש ממקום נביעתו עד המקוה מ' סאה אפי' לרבינו יצחק ז"ל מודה שהוא כשר לטביל' אדם אם יש בו מקום שאפשר לטבול בו אעפ"י שאין המים מכונסין מ' סאה במקום אחד דמעין מטהר בזוחלין והואיל והן כשרין להטביל בהם אדם הרי נעשו המי' שבמקוה חיבור למי המעיין שיש בו מ' סאה דלא יהא אלא מקוה מ' סאה כדתנן בר"פ ששי כל המעורב למקוה כמקוה חורי המערה וסדקי המערה מטביל בהם כמו שהם ופשיטא שאם נפלו ג' לוגין באותם חורין הואיל והם מחוברין למקוה לא נפסלו שאין מקוה של מ' סאה נפסל במים שאובים ומה שחשו אותם הגדולים לא חשו אלא במקוה שנובע מן הקרקע שאם נפלו שם ג' לוגין מים שאובים פוסלים אותו לפי שאין שם מים מכונסים מ' סאה כהא דאמרי' בפ' חומר בקדש מקוה שחלקו בסל וגרגותני הטובל שם לא עלתה לו טבילה דהא ארע' כלה חלחולי מחלחלא ובעינן דאיכא מ' סאה במקום אחד ומכאן הוכיח רבי' יצחק ז"ל דלטבילת אדם אין מי מעין מכשירים בפחות ממ' סאה דלא שייך לומר חלחולי מחלחלא במי גשמים אלא במים נובעי' אבל כל שמחובר למעין שיש בו מ' סאה ממקום מוצא המים שאין צריך לחבר אותם המחולחלים בקרקע הא ודאי מקוה שלם הוא לטבילת אדם ומטהר את המים שבמקוה כדתנן בפ"ו דמקואות ג' מקואות בזה עשרים ובזה עשרים ובזה עשרים מים שאובין והיו השאובין מן הצדדי' וירדו ג' וטבלו ונתערבו המקואות טהורים והטובלי' טהורי' והיינו משום כשמתערבים שני הטהורים יחד הו"ל מ' סאה וכשנתחבר השאוב להם הוכשרו מימי השאוב לטבילה אף כאן הואיל ויש שם מ' סאה מהני להכשיר את המים. ובפ"ק דמקואות מפרש רבי' שמשון הך תוספת' דקתני מעין היוצא לתלמי ומן התלמי לבריכה ראשונים ראשונים נשאבים ופסולים כגון שאין מ' סאה ממקום מוצא המים עד התלמי אבל עד הבריכה יש מ' סאה משמע דאם היו מ' סאה עד התלמי אעפ"י שהו' כלי ומים שבתוכו שאובין עלתה להם הכשר וצ"ע בהא דקשיא ליה לרש"י ז"ל מהא דתנן בפ"ג בור שהוא מלא מים שאובין והאמה נכנסת בו ויוצאה ממנו ותי' דאיכא למימר כשאין מ' סאה באמה

דאמה היינו חרדלית של גשמים מוקי לה אפי' יש בה מ' סאה לא מכשר משום דזוחלין הוו ואין מי גשמי' מטהרתן אלא באשבורן וחרדלית מקולי ב"ש ומחומרי ב"ה היא מטעם שאינן מטהרי' בזוחלין בין כך ובין כך למדנו שכל שיש מ' סאה מטהרין את השאובין שלמטה. ובנ"ד אעפ"י שהצנור המקלח לתוך המקוה מעין ניצוק הוא ותנן בטהרו' פ"ק ומייתי לה בפ"ב דגיטין הניצוק והקטפרס ומשקה טופח אינו חיבור לא לטומאה ולא לטהר' ופרש"י שאינו חיבור לענין ב' מקואות שאין בא' מהם מ' סאה והניצוק והקטפרס מחברן דאינו חיבור הרי הוכיחו התוס' דלא לענין חבור מקואות מיירי אלא לענין השקאה וביארו הניצוק וקטפרס לענין מקוה הוי חבור הילכך ג' לוגין שנפלו שם אינם פוסלים. ואפי' תימא שבשעת שנפלו ג' לוגין מים שאובים לא היה הצינור מושך מן המעין שהפסיקוהו ואז ודאי נפסלי' מי המקוה במים שאובים כיון שחזר והמשיכן נעשו הכל חבור א' וחזרו והוכשרו. ואע"ג דלענין השקאה לא הוי ניצוק חיבור השקאה שאני דלטהר מים טמאים בעינן שיהא שוה למקוה דטבילת מים שוה לטבילת כלי' ואדם בעי' שיבאו לתוך המים ולא שיהיו חוצה לה כאותה ששנינו מקל שהיא מלאה משקין כיון שהשיקוה למקוה טהורה דברי ר' יהושע וחכמים אומרים עד שיטבילנה כולה תנן הניצוק וכו' אבל היכא שאין המים טמאים אלא שהם שאובים דכתבי' כל שהם מחוברים למי המעין ע"י ניצוק וקטפרס נעשו הכל חיבור א' והוכשרו. וראיה מהא דתנן בפ' ששי מטהרין את המקואות העליון מן התחתון והרחוק מן הקרוב כיצד מביא סלון של חרס או של אבר ומניח ידיו תחתיו עד שהוא מתמלא מים ומושכו ומשיקה הרי שאעפ"י שהעליון שאוב מטהרו מן התחתון ע"י קטפרס וק"ו הדברים אם העליון יטהר מן התחתון דאמרי' גוד אסיק כ"ש דאמרי' גוד אחית לטהר התחתון ועוד ק"ו אם אותו קטפרס שאין סופו לעמוד משיסלק ידו שסוף המים להפסק הוי חבור היכא שהן מושכין לעולם לא כ"ש.

ואי קשיא על מה שכתבתי שאעפ"י שקדמו מים שאובין כגון שלא היה הצנור מושך כיון שחזר והמשיכו חזר להכשירו מהא דכתב הרשב"א בתשובה הלא היא במיוחסו' להרמב"ן ז"ל סי' רל"א שטוב להזהר שלא יסתמו הנקבים הנובעים שא"כ היו המים שבמקוה נפסקים מן המעין ונפסלי' אז במים שאובים אעפ"י שהמעין אינו נפסל בשאיבה אפשר שיש הפרש בין קדמו שאובין למעין בין קדם מעין לשאובי' ואח"כ חזר וסיים שנראה יותר שאין הפרש. וקשה דמאי מספקא ליה הא ודאי במקואות תנן דמטהרי' העליון מן התחתון כדהבאתי לעיל. וגבי מעין לא גרע ממקוה. ונ"ל שלא נסתפק הרשב"א אלא במקוה שנובע מתחתיו ונסתמו הנקבים שאם קדמו השאובים

מה שחזרו המים לבא אח"כ קמא קמא בטיל שלא היה רביעית במקו' אחד בפני עצמו כדי שיטהרו את השאובים אבל אם היה המעין כל שהוא חוצה למים השאובים ונמשך לתוכן כיון דמעין באפי' נפשיה קאי ומטהר בכל שהוא פשיטא ליה שמטהר את השאובים לגמרי אעפ"י שקדמו השאובים לו עיין כמו שהוכחתי לעיל ואצ"ל דמעיין שיש בו ארבעים סאה דחשיב טפי ממקוה שלם ומטהר את השאובים לגמרי והרי זה ברור.

איברא דאעיקרא דדינא איכא לעיוני ומידק היכי ניחא להו להנך רבוותא הרמב"ם והראב"ד ז"ל לומר דמעין כל שהוא מטהר לאדם מאחר שגמרא ערוכה הוא בפ' חומר בקדש דאע"ג דארעא חלחולי מחלחלא בעינן מ' סאה במקום א' והיינו ודאי מים נובעים דאילו מי גשמים לא מחלחלי והיא ראייתו של רבי יצחק ז"ל וכתב הרא"ש דכותיה נקטינן שאין להשיב על ראייתו ובעניותי יש לי להשיב דמשכחת לה במי תמציות שלא פסקו דקתני בפ"ק דמקואות למעלה מהם מי תמציות מקואו' שלא פסקו ומפר' בתוס' אלו הן מי תמציות שלא פסקו כל זמן שהגשמי' יורדין וההרי' בוצצין ומפר' רבי' שמשון כל זמן שיתמצו המי' מבוצבצין ומבעבעין ותניא אין מטבילים בהם אדם וכלים לפי שאין בהם מ' סאה ומינה מוכח דכל עירוב דומיא דסל וגרגותני אעפ"י שהמים בוצצין ויוצאים אינו חבור דהא ארע' כלה חלחולי מחלחלא בשעה שהגשמי' יורדי' וההרים בוצצין ולא הוי חבור למ' סאה דרך אותה בציצה דלעירוב מקואות בעינן נקב כשפופרת הנוד אבל מעיין שמטהר בכל שהוא כשם שהוא טבילה לכלי' כך הוא טבילה לאדם ותניא התם בתוספתא גבי מי תמציות זה הכלל כל מקום שאדם טובל בו ידים וכלים טובלין בו אין אדם טובל בו אין ידים וכלים טובלים בו והך תניא מסייעא להו בהדיא להראב"ד והרמב"ם ז"ל ולא ידענא היאך מתרץ לה רבי' יצחק ז"ל.

והשתא דאתינא להכי אשכחן טעמא רבה לאותם הגדולים שהיו טורחים טובא לנקות את המקואות כי הטעם שכתבו מהר"י קולון ומהר"י איסרלן ז"ל דס"ל כמ"ד דלא מהני לאד' מעיין כל שהיא עד שיה' בו מ' סאה אכתי אינו מספיק דנהי דלטבילי' אדם לא מהני לטהרת המים מידי שאובים אמאי לא מהני הא ודאי לא גרע מעיין שאין בו מ' סאה ממי תמציות שלא פסקו דתנן שתה טמא ושתה טהור טהור נפלו מים טמאים ושתה טהור טהור שאע"פ שאין בהם מ' סאה מטהרים הם את המים הטמאים וק"ו הדברים אם במקום שלא טהרו ידים וכלים טהרו את המים מטומאת' מקום שטהרו ידים וכלים לא כ"ש שיטהרו את המים ואם העלו את המים הטמאים מטומאה לטהרה כ"ש שיעלו את המים הנמשכים להכשירן במי גשמים אבל יש לומר שאותם גדולים

חששו לכמה מקואות שבקרקע שהם מי תמציות שחופרים בעומק ומי גשמים הנבלעים בקרקע מתמצי' לתוך אותה גומא ועל הרוב הם מלוחים מעפריתי הארץ ורובם פוסקי' מימיהם בימות הקיץ כשיבשה לחלוחית הארץ והני ודאי אין להם דין מעין שמטהר בכל שהוא אפי' בזמן שבוצצים דהיינו דאמרי' בחגיג' אע"ג דארעא חלחולי מחלחלא אין המי' הנבלעי' בקרקע חבור אעפ"י שעתידין להתמצות אלא בעינן מ' סאה במקום אחד והראיה שתקע בה מסמרות הרב מהר"י קולון ז"ל באותה תשובה שיש בין מעין לבורות היינו מההיא דפ"ח דפרה באר שנפל לתוכה חרסית או אדמה ימתין עד שתציל וכו' ואם כשרים למי חטאת דבעינן מים חיים כ"ש שכשרים למי מקוה ותמיה לי איך יסבור הרב ז"ל שכל הבארות כשרים למי חטאת א"כ למה הוזכרה באר אחאב שכשרה למי חטאת ועוד אפי' המעינות אין כלם שוים דתנן המים המכזבים פסולים ואלו הם המים המכזבים המכזבים אחת בשבוע ואם המעינות המכזבים אחת לשבוע שנים לא מקרו מים חיים היאך יכשיר כל מי בורות המכזבי' בשעתן מים לא נאמנו אלא ודאי ההיא דבאר שנפל לתוכה חרסית וכו' בבאר מים חיים מיירי דומיא דבאר אחאב ומערת פמייס שהוזכרה שם שהיא כשרה לא נצרכה אלא משו' דמי הירדן עצמו פסולין דתנן מי ירדן ומי ירמוך פסולין מפני שהם מי תערובות ואמרי' בעלמ' ירדן יוצא ממערת פמייס ונכנס לתוך ימה של טבריא וכו' ולפי שמתערבי' בה מימות אחרי' תיכף כשיצא ממערת פמייס ונפסלו להכי תנן מערת פמייס כשרה כלומר בעוד המים בתוכה ולא חיישינן שמא חוזרין לתוכה מי תערובות וגם מטעם זה רוב הבארות פסולין למי חטאת שאעפ"י שיהיה באר מים חיים יש בו תערובת מי תמציות שמי גשמים מתמצים לתוכם מתוך שהם בעומק הארץ ולא אמרו אלא באר אחאב וכיוצא בה שהיא כרויה בתוך הסלע שאין שם מי תמציות כלל ולענין טהרת מקוה במי כל באר שאינה מושכת ומוציאה מים חיים אלא שהכותלים בוצצי' מעט מכאן ומעט מכאן אין להם דין מעין שיהא מטהר אלא דין מי תמציו' ותניא בתוספת' דפ"ק החופר בצד הים בצד הנהר בצד הביצין הרי הם כמי תמציות החופר בצד המעין כל זמן שהם באים מחמת המעין אעפ"י שפוסקים וחוזרין ומושכין הרי הם כמעין פסקו מלהיות מושכין הרי אלו כמי תמציות הרי לך שאעפ"י שמתמצה מן הים ומן הנהר נקראים מי תמציות וצריך שיהיה בהם מ' סאה אם לא כשמושך מן המעין שהדבר נרא' שהוא המעין עצמו לכך סובר אני להחמיר בבורו' הללו שבבתי' שרובן פוסקים בימות הקיץ שלא להטביל בהם כלים אלא א"כ ידוע שיש שם מ' סאה דלא דייניגן להו כדין מעין אלא כדין תמציות דטבילת כלי עכו"ם דאורייתא היא מכלי מדין וראוי להחמיר בשל תורה ודאתינן עלה במקוה זה שמעין גמור הוא אין

שם בית מיחוש ולא נחלק אדם בו מעולם דודאי מטהר בכל שהוא ואם נפסק המעין בשעה שנפלו בו מים שאובין כשחוזר המעין ונמשך חזר ונטהר.

סימן יט

ידיו רב לו במלחמתה של תורה הוא זיוה הוא הודה הוא הדרה ה"ה הרב הכולל נר"ו על יום טוב באתי להסתפח בנחלת ה' שלמך ישגא לחדא אנס"ו. שורותי' אלו בקצרה שלא כשורה להגיד למעכ"ת לאשר שאלוני והשב רוחי לא נתנוני על ענין הטבילה אשר יש בכפר אורטה קיואי ה"י מימי עולם ומשנים קדמוניות אשר נכנסו חכמים שלמים וכן רבים בשיעור מ' סאה ושיעורם אמה על אמה על רום ג' אצבעות במרובע בת ששה טפחים וחצי אצבע ובא בכפר חכם א' אשר לא ידעתיו גם מתמול גם משלשום זולת לשמע אזן שמעתיו אשר קרא ושנה ולא שמש תלמידי חכמים כאשר ראיתי בעיני אשר פסל הטבילה אשר לא כדת כי עשיר יענה עזות ובפרט אשר בא בבית הכנסת מעוטף בסודר על צוארו ומה איכפת לו בדוחקא דצבור' לאיש כמוהו שיש לו מרחץ בביתו או בבית חמיו או בבית שאר אשתו ואני בעונותי כאשר טלטלני ה' טלטולא דגבר' מכפר לעיר ומעיר לכפר ואין לי פנאי לעסוק בתורה מכמה מיני דרופנקי בוקי סריקי ובפרט מצרת היתומ' שהיא ארוסה לאיש וכבר עברה מפרקה והיא מתגוררת ובביתי אין לחם ושמלה להשיאה וראיתי בני עליה והנם מועטים אשר על כן מן הראוי היה אשר בשם חכם לא יזכר שמי אבל מה אעשה כי בשת הקנאה לבשתי ועל רגלי קמתי ואמרתי מי זה הוא ואי ה הוא אשר מלאו לבו לפרוץ פרץ במרץ בגדר אשר גדרו חכמים ראשונים אשר לסברתו פסל כל הנשי' אשר טבלו מכמה ימים שהם בני נדה ואני הצעיר ודל הלכתי וראיתי שיעור מקום כנוס המים שהם אמה על אמה כדין וכהלכה ומה שחרה לי ונלאתי נשוא על אשר ראיתי שער הטבילה שוממים וקראתי לאשה העזובה היושבת על דלתי הטבילה ואמרתי לה למה שעריה שוממים אף היא השיבה אמריה ואמרה לי מה איכפת לך מאחר שמימי הטבילה בשעורם הם עומדים ועוד שבכל יום ויום יורדים מי גשמים אף אני השבתי החכמי' לא נתנו דבריהם לשעורים שמא יפחתו המים ויבא העכו"ם וישליך עליהם מים אשר לא כדת כמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה על מקוה העומד בבי' העכו"ם ומשכירו לישראל שיתן לו כל הטובל בו דבר ידוע בכל פעם שאין להאמינו לעכו' דחיישינן שמא יחסר וימלאנו זאת היתה לי אשר לא כשר בעיני ומהרי"ק ז"ל כתב על דברי הרא"ש דברי רבינו סתומים בזה דמשמע מדבריו שאעפ"י שאנו רואי' אותו שהוא מלא סובר הרא"ש דחיישי' שמא יחסר וימלאנו ואין הדבר כן דאפי' אין בו אלא כ"א סאה סובר הרא"ש להכשיר ויעויין שם לכן נראה לע"ד שהטבילה היתה כשרה

באות' שעה מכמה סבות ואע"פ ששערי הטבילה היו שבורים חדא שבאותה שעה היו שיעור המים במקומם ועוד שהשנה גשומה ובכל יום ויום יורדים גשמים ועוד שבפתע פתאום נשבר הדלת והלכתי וראיתי פתח הטבילה שנשברה מאליה מפני שהיא ישנה ובעצלתים ימך המקרה לאו כל כמיניה לפסול הטבילה ולהוציאה מחזקתה שמא בא העכו"ם והשליך מים על המקוה כי מה איכפ' לו אחר שהטבילה היתה מלאה על כל גדותיה ועל האמת אפשר שיש קצת חששא שמא יחליף העכו"ם מים אלו במים שאובים מפני שיחוש שאם לא יחליפם יסרחו המים ולא ירצו הנשים לטבול גם בזאת החששא לית תברא שאם לא היו הגשמים תמיד יורדים הייתי חושש שמא יחליפם העכו"ם ומה שנפלאתי הפלא ופלא על החכם אשר פסל את הטבילה שבא ומדד אותה בלילה ואמר שבצמצום היה כשרה למה צוה להריק אותה למה לא צוה שישליכו המים בהמשכה אחר שהיה רובה בהכשר שאפי' שהיו כ"א סאה יכולים להמשיך י"ט סאה כדעת הרא"ש ולכן שמעתי ותרגז בטני לקול החכם הנז' אשר חרף וגדף אותי בתוך קהל ועדה ושאל אותי בתוך קהל ועדה בגאוה ובגודל לבב אם אתה חכם למה אינך יודע בחכמת התשבורת ועל האמת מאן דלא ידע האי לאו בר בי רב יקרא אפשר שזאת החכמה אין אדם יכול ללמוד אותה מפי ספרי' אלא מפי סופרי' ועל האמ' נבהלתי משמו' דבריו ששאל אותי דין שיעו' הטבילה כמה גודלים והדין פשוט כביעתא בכותחא כאשר הביא הרב מהרי"ק ז"ל בשלחנו אשר לפני ה' סי' ר"א בשלהי הדין וצריך שיעלה בתשבורת מ"ד אלף וקי"ח אצבעות כגודל ועוד חצי אצבע ומי לא ידע בכל אלה כי זיל קרי בי רב הוא ולכן מורי הרב בבעו במטו מכ"ת שתאיר עיני בהלכה שאין לי ספרים זולת מה דדכירנא שדומה לי שהרב מהרי"ק ז"ל כתב משם רבי' ירוחם על שיעור האמה על אמה ברום ג' אמות דהוא הדין אם יהיה רחב ולא יהיה גבוה כל כך יועיל אם יתכסה במים בפעם א' מה הפרש יש בין הרב רבי' ירוחם להא דהביאו בגמ' בפ' עושי' פסין דתני אמה על אמה ברום ג' אמות במרובע הוא ולא בעיגול מה הפרש יש לדברי הרב ז"ל לדברי הגמר' עוד מורי הרב אחלה פני מעכ"ת שהרב מהרי"ק ז"ל הביא בשלחנו אשר לפני ה' שיעור מ' סאה מ"ד אלף וקי"ח אצבעות כגודל ועוד חצי אצבע ומהרי"ק כמדומה לי שכתב שצריך שיעלה בתשבורת מא' אלף ותמ"ב אצבעות שכך עולה אמה על אמה ברום ג' אמות מרובעות ועל האמת לא הבנתי דברי הרב כי דבריו נראה לע"ד שסותרין זה שבשלחנו אשר לפני ה' כתב ששיעור מי הטבילה הן בתשבורת מ"ד אלף וקי"ח וכו' ובספרו הגדול בספר יורה דעה כתב שהשיעור מא' אלף ותע"ב אצבעות לכן מורי הרב חוס וחמול בעין חמלה וחניני' כי עת לחנן' ולא תהיה עדת ה' כצאן אשר אין להם רועה

והשיבני בתשובה שלמה ואם שגיתי ה' יצילני משגיאות ולא תהא חכמת המסכן בזויה ובכן אחלה פני יה יעלך גם עלה על גפי מרומי ההצלחות כתאות נפשך וכתאו' נפש וחפץ הצעיר ודל המדולדל המטולטל אחר טרדות הזמן פי המדבר בנפש כלענ' מרה העבד כאמן לשרת משה בכמ"הר אליעזר מאנגאר"ה זלה"ה.

יקבל החכם נר"ו את תשובתו מלתא דפשיטא היא דכל שהמקוה שלם או שיש בו כ"א סאה והמפתח ביד ישראל אע"פ שיש מקום שישליך העכו"ם מבחוץ מים שאובין מפני סרחון המים אין לחוש ואפי' בזמן הקיץ שאין גשמים יורדים ואינך צריך לזה הטעם דבכל ענין כשר ואיברא שיש לתמוה על הלשון שהביא כ"ת במה שכתב הרב מהרי"ק ז"ל בב"י על דברי הטור שכתב משם הרא"ש במקוה שהוא בבית העכו"ם ונוטל שכר פרוטה מכל א' וא' שיש לחוש וכו' וכתב הרב ז"ל עליו שדבריו סתומים דמשמע דבכל ענין כת' הרא"ש לחוש וזה אינו דאם הניחו שלם או אפי' לא היו בו אלא כ"א סאה אין לחוש כלל והביא תשובת הרא"ש ז"ל וכו' שנראה שאינה ענין למה שכתב הטור כי אותה תשו' מיירי בשאין המפתח ביד ישראל ואין לחוש אלא אם המשיך העכו"ם דרך הנקב למקוה ובזו אעפ"י שאין שם אלא כ"א סאה סגי דשאובה מטהרת ברביה והמשכה וכאן א"א אלא אם כן המשיך שהרי הדלת נעול וצריך להשליך המים מבחוץ שיכנסו לפנים למקוה. אבל מקוה שבביתו של עכו"ם וברשותו ממש דאיכא למיחש שמלא בכתף ונתן לתוכו ואפי' הניחו שלם שמא יחסר וימלא בכתף ונתן לתוכו להשלימו. ובזה כתב הטור משם הרא"ש שיש לחוש מאחר דאית ליה לעכו"ם הנאה מיניה וראיתי שקבעה במתניתיה וכתבה בש"ח וז"ל מקוה שהוא של העכו"ם ומקבל שכר אין להאמין לעכו"ם עליו אא"כ יש למקוה כ"א סאה ע"כ. וזה תימא דאפי' לא היה העכו"ם נוגע בדבר היאך נחזיק מקוה לטבול בו אם לא שידענו שנעשה בהכשר וכי תימא דהו"ל ספק מים שאובים שטהרו חכמים הא לית' דלא אמרו ספק מים שאובים למקוה כגון שהיו בו מ' סאה מי גשמים אז לא נחוש שחסרו כ"כ עד שלא היו בו כ"א סאין ומלא בכתף דהעמד מקוה על חזקתו ואימור לא חסר כולי האי אבל אם לא היו בו אלא כ"א סאין אין להאמין לעכו"ם ולומר שנעשה בהכשר אח"כ כי הא דתנן בפ"ב דטהרות ספק נפלו ספק לא נפלו אפי' נפלו ספק יש בו מ' סאה ספק אין בו ב' מקואות א' יש בו מ' סאה ואחד אין בו נפל לא' מהם ואין ידוע לאיזה מהם נפל ספקו טהור מפני שיש לו במה יתלה ע"כ דהתם ספק נפילת מים שאובים היה העמד מקוה על חזקתו אימור לא נפלו ואפי' נפלו אימור למקוה שיש בו מ' סאה נפלו ולא פסלו וזה שלא הי' בו מ' סאה לא נפלו בו ונשל' אותו בהכש' אבל אם אין בו אלא כ"א סאה האי לאו בחזקת מקוה שלם

הוא ושמ' סאה חסר קרט' אינו יכול לטבול ואם אנו רואי' שהוא מלא עכשו מספק' לא משוינן לה מקוה טהרה דאימור בכתף מלאוהו וכהא דתנן בפ"א דטהרו' ארץ ישראל טהור' ומקואותיה טהורים שבח"ל כשרים לבעלי קריין אפי' נתמלאו בקילון אלמא סתם המקואות עשייתן ע"י טהרה בעינן אלא דבארץ ישראל אמרי' מסתמ' ע"י ישראל הם ובהכשר נעשו ובח"ל סתמן שנתמלאו בכתף בין שלא היו בו כלום בין שהיו בו כ"א סאה כיון דרביה והמשכה בעינן ואם נאמר מסתמא שע"י המשכה נשלמה אף במקוה מתחלה נאמר בהמשכה נעשה ותקשי למ"ד דשאובה שהמשיכוה כולה כשרה דאף זו ספקא דרבנן היא אלא לא אמרו ספק מים שאובין לקולא אלא כשיש לו חזקת הכשר. וראיתי לרב בעל המפה שכתב שם אם כל המקוה היה שאובין פסול מן התורה וספקא לחומרא אבל אם רוב המקוה כשר והמיעוט הם שאובים אינו אלא מדרבנן. ועל מ"ש אם יש במקוה מ' סאה נאמן כתב דמאחר שרובו כשר ספקו לקולא. וכמדומ' שרצה לחלק ולומר דלרבינו שמשון והרא"ש דאמ' דשאוב כלו דאורייתא אבל היכא דאיכא רוב לא מפסיל שאוב אלא מדרבנן ומ"ש הטור דאין להאמינו לעכו' היינו דאין שם רוב והו"ל ס' שאוב כלו ולחומר' אבל אם היה המקו' שלם או שהיו בו כ"א סאה כיון דס' דרבנן היא תלינן להקל. וגם זה לא יתכן דהא משמע מדברי הטור כשהי' המקוה שלם הם ממ"ש חיישי' שמא יחסר וימלאנו וכ"ת שמא יחסר מאליו בפחות מכ"א הרי כתב הרא"ש בתשו' מקוה שטובלין בו תדיר בקל יכול להיות בו מ"ס כי לא יחסר חציו בפעם א' ועוד בלא היו כי אם כ"א סאה ונמצ' מלא אע"ג דספ' דרבנן היא לא תלינן להקל שנעשה מאליו כי היכי דאמרי' כי חזקת המקואות בח"ל טמאות ואפי' הוי ס' דרבנן למ"ד שאוב כלו מדרבנן כשר כדכתבי' וכ"ש היכא שיש לעכו' הנאה בדבר שאעפ"י שהיה בחזק' שלם יש לחוש שמא יחלי' המים פן יסרחו דאז לא יועיל חזקת המקוה דאית ביה רעות' ועבידי' לבטולי אלא ודאי שאין דברי הרא"ש בתשו' אמור' אלא כשהמפתח ביד ישר' דליכא למיחי' לעירוי בכתף מן הכלי אלא שימשי' מן הגג. ודברי הטור הם כשהמקוה ביד העכו' לגמרי דיש לחוש שאם יחסר ימלא בכתף וגם שיחלי' את המים אם יסרחו וימל' את המקוה בתחל' בכת' שהרי כת' הרא"ש דודאי יעש' מה שיוכל כדי שלא יפסיד שכרו וראיה עוד מדברי התוס' שהרב עצמו הביא שם בסמוך בפ"ח דמקואו' מעש' בכור בית פגת שקוו יותר מאלפי' כור ובאו ושאלו את רח חניני' ן' תרדיון ופסל שאני אומר עכו"ם נכנסו וזלפוה בלילה וחזרו ומילו אות' בקילון ופי' הרב בב"י דשמא זלפוה להריקה מן המים המלוכלכי' ומלאוה מים נקיים כדי לרחוץ בו ע"כ. וכ"ש כאן שהעכו"ם משתכר בה דכל טצדקי דמצי למעב' שלא יסרחו המי' ושלא יחסרו מימיו עבד

וממל' בכתף ואיך כת' שאם היו שם כ"א סאה לא חיישי'. ועוד ראיה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא שם במקוה שיש לו ב' מפתחו' ויש חוששי' לאיסו' שמא יחליף העכו"ם מים אלו במים שאובי' שלא יסרחו המים ולא ירצו הנשים לטבול והשיב אין לחוש לטענ' הפוסל בשאוב' כולה דנר' דכשר' מן התור' וגם אנו בעירנו יש לנו כיוצא בו ובלא שתי מפתחו' אלא שהיהודית שוכרת מהעכו' לשנ' ובזה נסתלק טעו' החוש' שמא יחליפהו העכו' כדי שלא יסריחו מימיו ע"כ. אלמא משמ' דמשו' שהיהודית שוכר' מהעכו' לשנ' ליכ' למיחש דלית ליה לעכו"ם הנא' מינה אבל אם היה העכו"ם משתכר היה מקום לחוש אא"כ יש מפתחו' שא"א לפסוק מים לתו' המקו' אלא ע"י המשכ' בהא ודאי שרי ובנ"ד מאחר שלעול' היה מפתח ביד האשה אלא שבאותו היום בפתע פתאו' נשבר הדלת והוא היה שלם מתחלתו כמו שהוא עכשיו אין חוששין שביום זילף את המקו' ומלאו דמרתת וכהא דתני' בתוס' מרחץ שבלניה עכו"ם וישראל נכנ' שחרי' ומשיקה אעפ"י שזה נכנס וזה יוצ' טהור' נעלה או שנתיחד' לרשות העכו"ם טמאה נמצאת אומר בימי' טהור' בלילו' טמאה. מרחץ שבלניה עכו' בזמן שמטהר' שלה פתוח' לר"ה טהורה לרה"י טמאה ע"כ אלמא בימי' ובמקו' דרואין לא חיישי' אעפ"י שזה נכנס וזה יוצא ועמד' יחידית בלא ישר' אא"כ נתיחדה ביד העכו"ם בלילו' או שפתח' מבחוץ לרה"י שאפשר להכנס ולא יראהו אדם אבל כאן פתחה לתוך המרח' וחשיב כפתוח' לר"ה ואין כאן בית מיחוש אך צריך להזהר שיהיה שיעור המשכה מבחוץ.

ומה שהוק' לכ"ת מ"ש פ' עושי' פסי' דאמה על אמ' ברום ג' אמו' דמרוב' הוי ולא בעיגול והרי כת' רבי' ירוח' דה"ה אם יהיה רחב ולא יהיה גבוה כ"כ הא ודאי פשיט' ששיעו' אמה על אמה ברו' ג' הוא דבעי' יהיה המקוה בכל תמונ' שיהיה בין בריבוע בין בעיגו' ובלבד שיתכס' גופה בריוח ובנקל ולא אמרו שם אלא לפי שאמר' בים שעשה שלמה שיש בו ק"ן מקוה טהרה ובג' אמו' העליונו' י' על י' היו עגולות ולחלקם בתשבורת כמה מקו' טהר' של אמה על אמה ברום ג' מרובעו' צריך להסיר רביע מלגאו כ"ש כמה רבוע יתר על העיגול רביע שאם הב' אמות העליונות היו מרובעות היו שם ס"ז מקוה טהרה. וכן אם הי' שיעור המקוה אמה על אמ' בעיגול אעפ"י שהי' הים עגול יש בו ס"ז מקואות אבל מפני שהיה עגול ומקוה טהרה רבוע צריך להסיר מהם רביע נמצא שיש בהם חמשים מקוה טהורה.

והא דקשיא לך על הרב מהרי"ק ז"ל דידיה אדידיה בחשבון תשבורת המקוה שבב"י הביא בשם רבי' ירוחם השיעור מ"א אלף תע"ב אצבעות ובשלחן ערוך הביא מ"ד אלף קי"ח אצבעות ושאלת איזהו חשבון המכוון ועל מה נסמוך. תשובה האמה אמת הבנין

היא בת ששה טפחים הטפח ארבע אצבעות בגודל כדאמרינן בפרק שתי הלחם ושית בזוטרתי דהיינו קטן שבאצבעות שהוא הזרת וחמש באמצע וכמ"ש הרא"ש בה' מקואות ואמרינן בפרק ראוהו ב"ד דשעורא דשופר טפח כדי שיאחזנו בד' אצבעותיו ויראה מכאן ומכאן. ומצינו במסכת מקואות חבור מקואות כשפופרת הנוד בב' אצבעות חוזרות למקומן ומדקתני חוזרות ולא קתני ב' אצבעות בעיגול אלמא באצבעות האמצעיות משערינן שנכנסי' לתוך השפופרת וחוזרות למקומן כדפי' הר"ש והרא"ש שם. והרב אבא מארי זלה"ה הביא בתשובת קמ"ה בהל' ס"ת שכתב הרמב"ם ז"ל שדקדק בשעור האצבע והוא רוחב שבעה שעורות זו בצד זו אבל יש לידע באיזה שעורות שיערן שהרי אמרו בפי"ז דכלים דשעורה שאמרו לא גדולה ולא קטנה אלא בינונית זו מדברית ומסתברא דההיא לענין עצם כשעורה היא והרמב"ם ז"ל באלו המצויות שיער בבינוניות שבהם. ועוד הביא שם מ"ש בב"י בה' ציצית סי' י"א משם מהר"י ן' חביב ששמע על טעם שעור כמלא קשר גודל כי יש באור' קשר גודל יותר מב' אצבעות ואינו עולה לג' אצבעות. וכת' הרב א"מ ז"ל שזה ששמע הרב ז"ל הוא נלמד מדברי רבינו יונה ז"ל שכת' באגרת התשובה שצריך שירחיק החוטין משפת הטלית קשר גודל ויזהר שיהיה בתוך ג' אצבעות נראה שאורך קשר הגודל הוא יותר משתי אצבעות ואינו עולה לשלש כמעט ולזה צריך להזהר ואמר ז"ל כי המציאות אינו מסכים לזה כי אין אורך קשר גודל עולה לב' גודלים וכ"ש אם נמדדים במקום רוחב הגודל כמו שכתב במרדכי וגם לא יסכים לרוחב ז' שעורות שכתב הרמב"ם ז"ל ומלא קשר גודל הוא מעט יותר מאצבע וחצי כשנמדוד הגודל ז' שעורות עכ"ד ז"ל. ואיברא שהמציאות מכחיש הדבר אם לא שיאמר דקשר גודל על קשר העליון מהגודל שאפשר שיהיה רוחב ב' אצבעות מהאמצעית ונ"ל דודאי אותו ששמע הרב מהר"י ן' חביב ז"ל מדברי רבינו יונה למדו מנוסח הלשון כמ"ש הרב א"מ ז"ל אבל ההלכה מקופחת דסתם אצבעות האמורות אצל שיעורים בגודל מיירי וההיא דר"ה בד' אצבעות קאמר וההיא דמקואות חוזרות למקומן קאמר. וכיון שהג' אצבעות הם שיעור בגד דחזי לעניים ג' על ג' בגודל הוא שיעור' ואם אורך גודל הוא יותר על ב' אצבעות נמצא שהוא יותר מב' שלישי בגד ולמה יקרא כנף לפסול אם תלאו שם. ועוד שהחו' מכחיש את הדבר אלא מ"ש רבינו יונה ז"ל ויזהר לא שהשעור קרוב אלא מלא קשר גודל הוא גודל וחצי שהוא שיעור חצי בגד דיותר על כן מקרי שפיר על כנף שא"א שיקרא כנף מחציו ולמעלה ויזהר שיהיה בתוך ג' שאם לא כן הוה ליה בגד ולא כנף כלל. ולפי שזה מעכב יותר כתב לשון אזהרה כאן כנ"ל ונחזור לענינינו שכאן משערין באצבע בגודל אדם בינוני לא מצומצמות אלא מרווחות מעט כדאמרינן

בפרק קמא דערובין דשוחקות ולא עצבו' בעינן ונכון לשער במה ששער הרמב"ם ז"ל ז' שעורות לרחבן זו בצד זו. ודקדוק החשבון של אמה על אמה ברום ג' הוא מ"ש רבינו ירוחם בחשבונו כל אמה כד' גודלים כיצד כשתכה האורך על הרוחב כד' יעלה בידך אלף ושבע מאות כ"ח וכשתכה אותם על שנים ועשרים יעלו מ"א אלף תע"ב. ומה שכתב בש"ע הוא שהוסיף על כל אמה חצי אצבע הוא חשבון מ"ד אלפים קי"ח אבל חשבון זה הוא כשימדוד האדם הגודלים עצבים שדינן שיהיו שוחקות. ולזה כתב הרשב"א מה בין עצבות לשוחקות חצי אצבע לאמה ממה ששנינו במסכת כלים שתי אמות היו במקדש אחת יתירה על של משה חצי אצבע והשניה יתירה עליה חצי אצבע שהאומנים נוטלים בקטנה ומחזרים בגדולה שלא יבואו לידי מעילה אלמא בתוספות חצי אצבע יצאו מידי ספק ואם תמצא בתשובת הר"ם ז"ל בסופה שכתוב מ"ה אלף טעות סופר היא ואינה אלא מ"א ונתחלף ה"א באלף. נמצא למי שימדוד אצבעות שוחקות פי' מרווחות כדינן יעלה מ"א תע"ב ואם אינו יכול לעמוד על שיעור שוחקות וימדוד עצבות יוסיף חצי אצבע ויעלה מ"ד אלף קי"ח וסימניך בין דם לד"ם אם לא תדע לשער יפה תחשוב ד"ם לטהר' להוציא מד"ם טומא' אבל אם ימדוד כהוגן שוחקות יחשוב מ"א וסימן יש א"ם למסורת והיא המסורת שקבלו חכמים מים שכל גופו עולה בהם ושלום כת"ר יגדל נפש נאמנך הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כ

שאלה ראובן היה משודך עם לאה על ידי סבלונות הכהוגים פה ויהי היום והנה עתו עת דודים לכנוס את ארוסתו לשבעת הימים ולפי שהיה שהכעיסו חבירו על שהיה אומר לו שיעשה לעצמו קאפה אחת חדשה קפץ ואמר בלשון הזה בלעז שיר"י נזיר בנזירות שמשון דינו טומאה אם איסטה מוגיר פור האזירווס פלאזיר וכפי הנראה מדבריך שענין זה לא היה נוגע ולא פוגע לענין הנישואין ולא לארוסתו רק כי אותו החבר הוא היה הסרסור ביניהם בשידוכין ולא היה מדבר כי אם לכבודו של חתן אלא מתוך שדבר אליו בטרוניא וקנטור בא ראובן לכלל כעס ובא לכלל טעות שאומר לו עכשיו תן טעם לדבריך ומה ראית לקבל נזירות זה מפני קנטור חבירך אם חבירך חטא אשתך מה חטאה ואומר שאינו רואה שום טעם רק מתוך כעסו ורוגזו על דברי חבירו להקניטו אמר מה שאמר. וקרוב היה הדבר לומר שנדר כזה אין צריך התרת חכם כל שהוא אומר שאפילו באותה שעה לא גמר בלבו שלא לישא או להיות נזיר אלא להכעיס את חבירו מפני שקנטרו שכן אמר לעשות לך נחת רוח כאדם שמקלל עצמו מתוך הכעס או כמי שחובל בעצמו או משבר כליו בחמתו כדי להראות כעסו לחבירו בעבור הרעימו דבנדרים ושבועות

בעינן פיו ולבו שוין שהיה אז בדעתו לקיים את היוצא מפיו אבל אם באות' שעה לא היה בדעתו לעשותו רק כדרך הכסילים בוטים כמדקרות חרב לעשות נחת רוח ליצרם שהרי מד' נדרים שהתירו חכמים נדרי זירוזין כיצד היה מוכר לו חפץ ואמר קונם שאיני פוחת לו מן הסלע וכו' ואף על פי שאמרו אין למדים משם למקום אחר הא עדיפא שהדברים שאמר שמעולם לא גמר בלבו רק להקני' את חבירו ועוד התם אין אנו מבטלים דבריו לגמרי דמ"מ אנו מקיימים אותה לענין שלא ימכרנו בשקל כדברי הקונה כמו שכתב המפרש ז"ל מ"מ הא עדיפא דגבי נדרי זירוזין הנאה היה לו שיוסיף על הסכום ולהשביח מקחו הוא עושה ואלמלא שהשביח מקצת לא נעשית מחשבתו אבל כאן מעולם לא היה בלבו לגרש לארוסתו כי מה חטאה לו לא נתכון אלא להקניט את חבירו ולהקהות את שיניו. וכבר אתעבידא מחשבתו בנדר זה אשר דבר לעשות. ומה שאמרת שיש שאמרו להתיר לו מחמת שכבר הוא מושבע ועומד לארוסתו שלא יקדש שום אשה זולתה ושיכניסנה לחופ' לזמן הקצוב ואמרת שדבריהם טעות שנדרים חלי' על השבועה ועוד יקיים שבועתו ויהא נזיר יפה אמרת שכן אמרו בהמגרש ע"מ שתאכלי בשר חזיר דלא מקרי מתנה על מה שכתוב בתורה לא תיכול ולא תתגרש. ומיהו יש לי לדון בה שאם היה יודע שיש לו שבועה לישא את אשתו ומחויב לישאנה מחמת שבועתו ולהיות נזיר לא היה נודר שלא היתה סוף כונתו להיות נזיר אלא שלא לישא ואם ע"כ לישא אין כונתו להיות נזיר הו"ל כנדרי שגגות דתנן כיצד קונם אם אכלתי ואם שתיתי ונזכר שאכל ושתה לפי שלא היה בדעתו לאסור עליו הככר אלא כונתו היתה לאמת את דבריו שלא אכל ושלא שתה וכשנזכר שאכל ושתה הו"ל נדרי טעות אף כאן לא היתה כונתו להזיר אלא שלא לישא ונזכר שכבר מושבע ועומד לישא ומוכרח הוא לישאנה ויש בזה פתח מענינים אחרים שדרכו בהם מקצת מהאחרונים ז"ל אלא שאני חוכך בהם להחמיר ולחפזון השעה לא אוכל להאריך. וכפי הנראה מדבריך שעכשיו הוא מוכן לחופה וטבחו טבוח ויינו מזוג אני דעתי להתיר לו משני הטעמים האלו וישמח באשת נעורים: הנלע"ד יוסף בכמה"ר ר' משה מטראני זלה"ה.

סימן כא

פאטראס להחכם כמה"ר משה צנוע נר"ו.

שאלה ראובן נתן לשמעון הדר בעיר פ' מעות דרך עסקא להלבישם במשי שם בעירו למחצית שכר כנהוג ובלכת שמעון לדרכו הלך בכפרים והלביש המשי בחברת גיסו וחזר לביתו עם ההלבשה ואחר זמן גנבים באו לשמעון וגנבו נכסיו מתוך הארגז ושמעון הוציא קול וגם כתב לראובן שמעותיו שנתן לו להלבישם נגנבו בכלל נכסיו מתוך הארגז

וראובן כאשר צר לו על נכסיו חקר על הדבר על פי יהודים הבאים מעיר שמעון ומצא מי שהעיד יאמר שסבת הגנבה היתה לפי שאשת שמעון בעת לדתה יעצו אותה הנשים שתניח הארגזים פתוחים כי כן תורת הנשים כדי שתהיה רחם היולדת פתוח ללדת מהרה ושלסיבה זו מצאו הגנבים הארגזים פתוחים היינו בלי מסגר במפתח וגנבו מה שגנבו. ואיש אחר העיד שאחר הגנבה כשהיה רוצה ראובן הנזכר להטיל חרם על קצת אנשים שבאו ממקום מושב שמעון להגיד מה שיודעים מענין אבידת המעות והוא מנע להטיל החרם יען ידע שההלבשה ניצולה וחשב בודאי שבכלל אות' ההלבש' היו גם המעו' של ראובן ואיש אחר העי' ששמעו את שמעון מתנחם לאמר שת"ל ההלבשה ניצולה להיותה בבית גיסו. וראובן הנזכר בהיות בידו כל העדיו' האלו היה קצת נכון לבו בטוח שלא הפסיד מעותיו כי אמר שאפי' את"ל שנגנבו מעותיו הרי נגנבו בפשיעתו של שמעון ועליו לשלם יען הניח הארגזים פתוחים לניחוש הנשים ואין זה דרך שמירה אפילו לשומר חנם ובפרט לשמירת המעות וכ"ש שהוא טוען שודאי היו מעותיו מלובשים כי להלבישם נתנם ואיך יצויר שהלך להלביש והלביש המשי ובא ואלו המעות לא הלבישם אלא ודאי שהלבישם והם תוך ההלבשה שלא נגנבה. ואולם בהיות שמעון אל מקום רחוק דרך חמשה ימים לפחות לא יכול ראובן ללכת אחריו אלא בשמעו שבאו קרובי שמעון והיו קרובים לראובן דרך יום א' ושהביאו הלבשת שמעון עמהם לשלחם לויניזיא"ה כי שם הנמל קם ראובן הנזכר והלך אחריהם בחשבו אולי בא שמעון עמהם כמו שכן דרך המתעסקים להביא העסק באותו מקום לבעליהם או אולי שלח אליו הלבשתו ולא זה ולא אותו מצא ועל זה בקש ויחפש למצוא נכסי שמעון לעכבם בדין עד שיבא שמעון לראות על דבר אמת מה בפיו ולהתדיין עמו. ומה גם שהיה חושב כי בכלל הלבשה הנז' היו מעותיו ושאם היה מתברר כן היה רוצה לקחת חלקו. וקרובי שמעון כאשר העלימו הלבשתו וראובן לא מצא אמר להטיל חרם שיודו על האמת כדי שיתברר הדבר והם בראותם שראובן היה רוצה להטיל החרם לגלות ההלבש' יראו לנפשם אם לא יגידו קודם הטלת החרם נכנסו למפשרים עם ראובן שבדבור הקול היו נותנים אליו מאה זהובים החוב כלו היה מאה ושש ושש זהובים שאם היה אמת שנגנבו היה לפרוע חצים שהיו מלוה על שמעון והיה ראוי לתת שמונים ושלשה זהובים והם נתנו מאה חשב בלבו והאמין לודאי שמעותיו לא נגנבו. האמנם ראובן הנזכר מחמת כמה אונסין שראה ששמעון כתב לו שנגנבו מעותיו ומצד אחר היה רואה שההלב' לא נאבדה והיה חושד לשמעון שהיה משקר ביען שאחר שהלך שמעון בכפרים והלביש ובא והביא ההלבשה מה היה לו שלא הלביש מעותיו כלל אלא ודאי שהלבישם ומשקר במה שכתב

שלא הלבישם וגם שאפילו בדבריו פשע כאשר הניח הארגזים פתוחים ואם גנבו' חייב לשלם וגם שהסתיר פניו ולא בא לתת חשבון לבעל המעות כנהוג וגם שהעלים הלבשתו וכתב' בשם אחר וגם שלא היה יכול ראובן לסכן עצמו דרך ה' ימים וה' ימים חזרה לעלות הרים גבוהי' ולרדת בקעות ולהוציא מנה על מנה ללכת אחרי שמעון גם כי חשב שאולי העדיו' שבידו לא הספיקו לזכותו לכן הוכרח מחמת כל אונסים אלו לעשות כל אשר בקשו מאתו למכור השטר במאה זהובים ולהתחייב בנזירות על שמעון האמנם ראובן הנז' מפני כל האונסים הנז"ל ומה גם שנתברר אליו שקונה השטר לא לעצמו הוא קונה אלא בעד שמעון כדי להועילו לכן חשב ראובן לתקן כל מה שיכול ויערער על שמעון ושלא יתפס בנזירות ולהיותו בן תורה עשה בערמה שיחתי' עדים פסולים בשטר הנזירות בהזמנה ובכונה להעיד ולכן טועה ראובן שאפי' שהעדים מעידים בשטר בתוכו שקבל הנזירות ואמר הריני נזיר ולא ביטא בשפתים עכ"ז אלא הביאו לו השטר כתוב ואמרו לו תרצה שנחתום והוא מחמ' אונסו הנז"ל אמר להם תחתמו ואפי' באותה שעה היה אומר בינו לבינו בשפתים נעות שהוא אינו מקבל עליו נזירות כלל. ועוד זאת שהו' התל בם לענין הנזירות לפי שהזמין עדים פסולים בכלל הכשרי' כדי לבטל הנזירות והשטר ראיה יען החתים ה' עדי' בשטר הנזירות כשרים ופסולים שכלם כאחד ישבו מוכנים ומזומנים ומכוונים להעיד והיו בתחלה חתומים שני עדי' כשרי' ואחריהם באותה שטה עצמה עד א' פסול ואחריו באותה שיטה עצמה עד א' כשר ואחריו בסוף השיטה עצמה עד א' פסול באופן שהעדים היו כלם בשיטה א' באמצע ובסוף עדים פסולי' ומפסיקי' ביניהם עדים כשרים ועשה כל זה ראובן הנזכר להטעותם הן במה שלא ביטא בשפתיו הנזירות הן במה שהזמין עדים פסולים והחתימם באותו הדף ובתחבולה שיהא הכל בטל ולחזור ולערער וכן עשה שאחר קצת זמן ברשות הב"ד הקבוע בעיר כי ראו הנבל' שהמעות לא נגנבו שכן היה הדעת נותן מכמה אמתלאו' ואומדנות נתנו הב"ד רשו' לתבוע לשמעון בדיני ישר' לראו' את דבר הדין וכאש' לא רצה נתנו הב"ד רשות לתובעו בעש"ג ולהכריחו עד שיתרצה להתדיין בד"י וכן עשה ראובן שחזר וערער על שמעון. ועתה קצת אנשי' אחרי' שאינ' לא שמעון ולא קרוביו דקונה השטר אלא אחרים המתכוונים להכעיס ולהקניט אומרים שראובן הנזכ' חייב בנזירות כיון שחזר וערער וראובן הנזכר אומר שהוא פטור מכל הטענות והאונסים הנזכרים לעיל ואפי' העדים הכשרים אינם בחיים להעיד על הנזירות בפני עצמם אם ביטא בשפתיו והעד הכשר הקיים אינו זוכר להעיד אם ראובן ביטא בשפתיו או אם חתם בפיוסו של ראובן בלבד שאמר לו לחתום. ולכן אנא גאונינו ילמדנו רבינו אם יש ממש בדברי המחייב

לראובן על הנזירו' הנז' או אם כל טענו' ראובן בריאות וטובות לפטרו ובפרט אם יש איזה פוסקים שעפ"י הטענות האל פוטרים אותו אם יוכל לומר קים לי כהנהו רברבי דפטרי אותי ופטור הוא על הכל יבא דבר אדוננו כמלקוש יורה ארץ כי לדברו יחלנו באשר ידענו כי דבר ה' בפיו אמת.

תשובה הנה עופלה לא ישוה נפשי כי מאז יצאה בי יד ה' ותצת בסבכי יערי עם דבשי מנפש ועד בשר תאכל אל הלקח ממני מחמד עיני וטובי בחירי רצתה נפשי אבד ממני מנחם משיב נפשי זכור אזכרנו עוד תמיד תהלתך בפיו ימתיק ובכל פונו' שהיה פונה ער ועונה להשתבח בתהלתך בצדק כל אמרי פיו על עוני כי רב הוא ואדע כי דבר ה' הוא עתה אתה האדון ברוך ה' אליך לא יגש ובשבע לא יגע בך רע ואת מלכים לכסא כארי תתנשא על התורה ועל העבודה ולימי' ראשוני' הגעתני מכתב טפחה ימינו דגול מרבבה תוכו רצוף אהבה שמתיו חותם על יד ימיני ולטוטפות בין עיני כי כבודו חדש עמדי בברית האהבה רבה ומ"ד אהבת עולם לא משתבש ואני לעשות רצון מצותו חפצתי להשיב בדבר הלכה אשר נשאול נשאל מעמדי גם כי לא אוכל מלט משא שקידת חכמי הישיבה אשר מאריות גברו וקביעות החברים אשר עמם אמתיק סוד בגופי הלכות שונות ואיני בודל מהם כל בין השמשות רק כי לעתים מזומנים אלי דבר יגונב בהלכה למעשה יום יום ידרושון ואני בחפזי למצותו שמתי פנאי שלי בשאלותיו וכתבתי עליה בשני קונטריסין יען ענין פיסול העדים יש בו דברים צריך לעמוד עליהם ורצתה חכמתו אברר ענין מחלוקת של הגדולים נוחי נפש לכן שמתיו קונטריס א' בפני עצמו ומאז כתבתים עוד לא השלמתי חתימתן נקבצו באו לי ענינ' אחרים אשר יש להם תובעי' לא ירפו ממני עד אשלי' תשובת' והאיש אשר נתן אלה השאלות של כת"ר אשר בטחתי בא יבא אלי להעירנו לא יסף עוד לדעתי. עברו ימים רבי' שלא ראיתיו ולא הכרתיו זולתי אנכי הולך בשוק אצל פנה כתמונ' לנגד עיני לקחתי הקונטריסי' עד כי נתיאשתי ממנו וצויתי' להעתיק' אם ארא' את מי אשלח ומי ילך לנו והשאלה האחרת אשר שלח אלי כת"ר לא השיבותי עליה יען כי ערך החכם ההוא אינו ידוע אצלי ולא קים לן בגויה ואין כבודו של חכם תלוי בהיותו חכם קהל אם יהיה מקרי דרדקי או ישב בראש ובפרט בזמן הרע הזה אשר רבו הקופצים בראש לפסוע על ראשי עם קדש וכל רוח אין בקרבם רק הדבר תלוי כפי גודל חכמתו ויראת חטאו ובמופלא ממני איני רשאי לדרוש פן יקראני עון. לדבר הזה יסלח כי נתכוונתי לשם שמים: שטר עיסקא זה פלגא מלוה ופלגא פקדון כדמוכח בסוף פרק המוכר את הבית ובאיזה נשך וכשמכרו בכתיבה ומסירה לא מהני אלא לפלגא דהויא מלוה אבל פלגא דפקדון אין שעבוד בשטר שיהא עליו דין מכירה

ופקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה ואין השטר ענין לו כלל. ואף על גב דבשטר של קנייה אמרינן בשלהי בתרא שהוא נקנה לרבן שמעון בן גמליאל במסירה ולרבנן בכתיבה ומסירה הרי כת' שם הרא"ש בהלכותיו דדוקא בשטר קנייה שכת' שדי קנויה לך שהקרקע נקנה על ידו אם מסרו לוקח ראשון ללוקח שני קנה אבל אם נקנה השדה בכסף או בחזקה או בקנין סודר וכתבו השטר לראיה אם מכר אותו השטר לאחר וכתב ליה קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה לא קנה השד' ואעפ"י שכתו' הקנין והאחריו' ובטור סי' ס"ו הביא משם הר' ישעיה ששטר שכתוב בו קנין נקנה במסיר' אעפ"י שעיקר החיוב לא היה בשטר אלא בקנין כי היכי דש"ח נקנה במסירה אעפ"י שעיקר החיוב לא היה ע"י השטר וכתב אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב שאין שטר של קנייה וכו' ובשט' זה של עיסק' לדברי הכל אין בו דין מכירה שהרי אפי' קנין ושעבוד אין שם דפקדון ברשות בעליו הוא ולא מהני ליה שטרא אפי' לראיה דמצי למימר החזרתי כדאמרי' בס"פ המוכר את הבית אטו כי אמר נאנסו מי מצי אמ' ליה שטרך בידי מאי בעי השתא נמי מצי אמר החזרתי ולא מבעיא דלא נקנה הפקדון ע"י מסירת השטר וכתיבה אלא אפי' אם היה מקנה אותם בקנין ואגב לא מקנו הואיל וכפ' בהם ואמ' שנגנבו וקי"ל כר' יוחנן דאמ' גנב ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו כדאמרי' בפ"ק דמציע' בההוא מסותא דהוו מנצי' על' בי תרי האי אמר דידי היא והאי אמ' דידי היא קם חד מיניה ואקדשה ופשטי' מהא דאמ' רב כל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים והקדישו אינו קדוש ופרכי' הא יכול להוציאו בדיינים קדוש והא אמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלי' שניה' אינם יכולים להקדיש וכו' ומסיק מי סברת במסותא מטלטלים עסיקי' במסותא מקרקעי עסיקי' וכי יכול להוציאו בדיינים ברשותא דמריה קיימא וכתב הרב האלפסי ז"ל ומטלטלי נמי דאמרי' אעפ"י שיכול להוציאו בדיינים והקדישו אינו קדוש ה"מ היכא דכפריה דצריך להוציאו בדיינים אבל היכא דאית ליה פקדון גבי חבריה ברשותא דמריה איתיה וכ"ש הכא דאיכ' ביה תרתי דהוו מטלטלי דכפריה ואינו יכול להוציאו בדייני' שנאמן הוא בשבועתו שנגנבו וכל שאינו יכול להקדיש אינו יכול להקנות ולא למכור כדמוכח בפ' מרובה אהא דאמרי נהרדעי לא כתבו אורכתא אמטלטלי דגזליה משום דר"י דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים ומדשוי' להו משמע דכל מידי דאינו יכול להקדי' א"י להקנו' והרא"ש ז"ל דקדק שם דמורש' לא צרי' שיקנה קנין גמור אלא תקנתא בעלמא הוא שהרי במטלטלים דגזליה מתוך שאינו יכול להקדיש אינו יכול להקנות וצ"ל דכתבינן אורכת' עלייהו ושמעי' מינה שאינן נקני' בקנין.

ועכשיו יש לומר הואיל ונתבטל המכר נתבטלה הנזירות שהרי לא היה הנזירות אלא לתועלת הקונה שקנה את השטר בממונו אבל עכשיו שהקנין בטל לא עלתה על דעתו שיאכל הלה וחדי וכי היכי דקונה השטר יכול לחזור ולתבוע מעותיו שנתן בעד חצי העיסקא לפי שהמקח בטל ולא נשתעבד לו בעל העסקא ואז פטור מן הנזירות דאדעתא דהאי לא נדר גם המוכר נמי יכול לחזור בו ויתבע ממי שהפקיד בידו ואין עליה חשש נזירות שלא קבל אלא כל זמן שהמכר קיים ולתועלת הקונה נדר ולא לתועלת בעל העיסקא ואפי' תימא שדבר זה לא נעשה אלא לתועלת שמעון בעל העיסק' שכן מוכיחים הדברים שקרובי שמעון נכנסו בביצוע זה להשקיט מעל שמעון ריב ומדון מפחדם פן יתגלו נכסי שמעון שבידם כשיטילו חרם ויעכבום ב"ד על תביעתו כמו שבא בשאלה וכן מוכיח במה שהדירוהו בנ"ש שלא יערער כלום על שמעון ומה להם בזה אם יערער ויוציא שלהם הוא שקנו זכותו והיה להם להדירו שלא יערער על המכירה כיון שכן אפי' תימא שהמכר בטל הואיל ונעשה הדבר בתורת מכר מ"מ הרי נתנו זמם לתוך פיו שלא יערער על שמעון בכח נ"ש שקבל.

אכתי איכא למימר הואיל ונתבטלה המכירה נתבטלה הנזירות שלא קבל עליו הנזירות אלא בקיומה של מכירה ומכירה אין כאן נזירות אין כאן כאותה שכתב מהר"י קולון בשרש פ"א על חיוב שנתחייי' אדם לתת לבתו כך וכך אחר הנישואין ונשבע על כך והראה פנים הרב הנז' שם שהוא פטור מאותו חיוב מן הדין וכתב וכיון שמן הדין אינו חייב ליתן גם מן השבוע' נפטר שאין השבועה אלא לזרז הפרעון ואם פרעון אין כאן שבוע' אין כאן והביא ראיה מדברי הרשב"א ז"ל בתשובתו על מי שנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פלו' והגיעה זמן שנת השמיט' בתוך הזמן והשיב שהוא פטור מן השבועה שזה לא נשבע לפרוע אלא כל זמן שהוא חייב לו וכו' וכ"ת שאני התם שהשבועה באה לזרז הפרעון שלא יתאחר ושלא ידחהו בלך ושוב מיום אל יום אבל הכא נזירות זה אם לא בא לקיומו של דבר מאי זירוז איכא הרי שכנגדו מזורז ועומד שלא לתת לו כלום אם לא יתחייב בדין הכא נמי צריך זירוז שלא יתבענו בפני ערכאו' שלהם מדיניה' אחר שפרע מקצת מה שכפר חייב בכלו דלשון ערעור אפילו שלא כדין במשמע כדאמרי' בריש גטין דאצריכו לומ' בפני נכתב ובפני נחת' כי היכי דלא אתי בעל ומערער אע"ג דמסתמ' כשיערער שלא כדין יערער כדכתבו התוס' שם אי נמי חשו שלא יערער בדינינו לומר אנוס הייתי מוטע' הייתי או שמא מסר מודעה על הדבר ויחזור ויערער על ידה ועל דעת שהמכר קיים הדירוהו על כל ערעור הבא מחמתו שלא יבא עליו בעקיפין לתבוע

בטענות אבל השתא שהמכר בטל מעיקרו ע"ד כן לא נדר ומכר אין כאן נדר אין כאן כדברי הרשב"א ז"ל ומהרי"ק ז"ל.

אלא מיהו צריך עיון בדברי הרא"ש והריב"ש ז"ל דמשמע לכאורה דלא ס"ל הך סברא במה שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה שמ"ח והביא משם הרא"ש ז"ל דמי שהקנה לחברו דשלב"ל ונשבע עליו שחייב לקיים שבועתו ומזה למד הריב"ש ז"ל דקנין שנעשה באסמכתא שחייב ליתן כדי לקיים את שבועתו ולא אמרו קנין אין כאן שבועה אין כאן וכבר השויתי דבריהם דלא פליגי הני רבוותא אהדדי דודאי כל שהמקח היה בטל מעיקרו כגון אסמכתא ודשלב"ל השבועה באה לקיים כל דבר שהיה זקוק לקיים מכח שבועתו אבל כל שהקנין היה אז נעשה כדין ושוב אתיליד בו ריעות' הואיל והופקע הקנין הופקעה השבוע' ובכך הם דברי מהרי"ק ז"ל שם שפטרו מן החיוב מחמת אותו שם רע שהוציאו על בתו ודברי הרשב"א אע"ג דידוע הוא שתגיע שנת השמיטה בתוך הזמן לא אמרינן שלכך השביעו שיהא מוכרח לפרוע מכח שבועתו דודאי לא אסיקו אדעתיה להכי דלהא סמיא בידיה שיכתוב פרוזבול כדאמרי' בהשולח נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ונאבד ממני חזקה לא שביק התרה ואכיל איסור' אלמא פרוזבול לא טריחא ליה מלתא ועדיף ליה טפי משבועה שאם מת אין היורשים חייבים לפרוע מחמת שבועת מורישם אלא שלא היתה השבועה אלא לזרז הפרעון כל זמן שהוא חייב בו והכא נמי בנ"ד אין לו' דהנך אינשי דינא גמירי וידעו שאין דין מכירה לפלגא דפקדון וסמכו על קבלת הנזירות דאנן סהדי דאינהו גופייהו מטעי קטעו בהכי שאם היו יודעי' כן היה להם לעשותו בלשון מחילה וסילוק מעל שמעון מאחר שלצרכו עשו ולא לסמוך על הנזירות שאע"פ שהוא לא יתבע משום דאריא רביעא עילויה בניו אחריו יכולים לתבוע עד סוף העולם וכן ב"ח דידיה בחייו יכולים לתבוע מזה אם לא ישבע כאותה שאמרו בס"פ הגוזל עצים בגוזל את אביו ונשבע לו ומת וכן האומ' לבנו קונם שאי אתה נהנה משלי בחייו ובמותו יחזיר לבניו אם אין לו או שאינו רוצה לווה וב"ח באים ונפרעים אלא נראי' הדברים שהיו חושבים שהמכר מכר ומעשיה' קיים ולא הוזקקו שיקבל עליו נזירות אלא שלא יערער שלא כדין בערכאותיהם או שלא יעמוד בפני ישראל לומר אנוס הייתי מוטעה הייתי שזה נקרא ערעור שבא לבטל את הדבר מחמת ערעורו אבל כל שאין בו דין מכירה אין צריך ערעור שהרי מעשיה' בטל ולא היתי' קבל' הנזירות על כך דכי היכי דאינהו טעו ממה שלא עשו את הדבר מחילה גמורה איהו נמי טעי ולא קבל ע"ד שהמכר בטל כדאמרי' גבי עובדא דרב גידל בפ' חזקת כי היכי דמר טעי איהו נמי טעי וכל שלא היה הנזירות מחמת שהיו מסתפקים במכר לא בא אלא לאלומי מילתא כמ"ש

מהרי"ק גבי שבועה דשבועה ונזירו' אחת היא וכל זה אני כותב לפי הדרך שדרכתי זה כמה שנים ביישוב שתי תשובות אלו מהרשב"א והרא"ש ז"ל ושוב ראיתי לרב המובהק כמהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בח"א מתשובותיו סוף כלל י"ב שמחלק בין כשהפטור ידוע לכשאינו ידוע שאעפ"י שכתב הרא"ש והריב"ש דאע"ג דמן הדין לא מתחייב מטעם אסמכתא או דבר שלא בא לעולם חייב לקיים מכח שבועתו התם משום שהם ברורים וידועים לכל דודאי כשנשבע היינו לחייב עצמו מחמת השבוע' אבל באותו נדון דדבר שאין לו קצבה אפשר לו' שטעה בדין זה והשתא דאגלאי מילתא גם השבועה היתה בטעו' ולדבריו ז"ל בנ"ד שהדין נעלם יותר דאפי' צורבא מדרבנן עביד דטעי בהכי שהרי הורגלו העולם להקנות כל השטרו' בכתיב' ומסירה וכ"ש שהענין מוכיח מתוכו שהיו סבורים שהדבר מתקיים בהקנאת השטר ולא היו סומכי' על הנזירו' שאין בו סמך כלל ומאחר שהופקעה ההקנאה הופקע גם הנזירות.

ובר מן דין אפי' היתה ההקנאה ראויה והנזירות שעליה קיימת כל שראובן טוען שלא בטא בשפתיו רק שאמרו לו העדים תרצה שנחתום ואמר להם חתומו נאמן בהכי מכמה טעמים חדא דכשהעדים בפנינו ואומרי' לו בטיתה בשפתיך והוא מכחישם באנו למחלוקת ר"מ ורבנן דבפ' אמרו לו דתנן אמרו שנים אכלת חלב והוא אומ' לא אכלתי ר"מ מחייב וחכמים פוטרים א"ר מאיר אם הביאוהו שנים למיתה חמור' לא יביאוהו לקרבן הקל א"ל מה אם ירצה לו' מזיד הייתי ומייתי התם ברייתא דקתני א"ר יהודה נאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש ואמר רב נחמן הלכה כר' יהודה ומה שיש לדקדק בסוגיא זו עם סוגיא דפ"ק דמציע' אהא דפרכי' מה לפיו שכן מחייבו קרבן לענין פסק ההלכה כתבתי במ"א ואין לי כאן להאריך לכשת"ל לדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפי"א מה' שגגות נרא' שהוא תופס טעמא דמה אם ירצה לומר מזיד הייתי אבל בטומאה לא מהימן כנגד העדים וצ"ע דהיינו הפך פסקו על רב נחמן וגם משמעת' דפ"ק דמציע' ומדקדוק הסוגיא לא מוכחו וכבר שפסו בזה הראב"ד דז"ל דהא פסק רב נחמן הלכה כר' יהודה דאמר נאמן תדם על עצמו יותר ממאה איש ואמר רב יוסף לא אמרה ר' יהודה אלא בשל אצמו ולעצמו פי' שלא יאכל קדש בפני העדי' שמעידין עליו ולא יגע בטהרות של אחרים עכ"ד והשתא להראב"ד אף לענין טהרות דליכא מגו נאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש הכא נמי נאמן לומר לא בטיתי בשפתי כנגד השטר וכיון דעדים ליתנהו קמיה שיכחישוהו יכול לגלח ולשתות יין ואינו חושש ולהרמב"ם ז"ל פותחין לו פתח ממקום אחר ממה שכתב הוא עצמו ז"ל שעדות שבשטר אין אנו מקיימי' אותו אלא מתקנת' דרבנן שלא תנעול דלת בפני לווין כמו שביאר בפ"ג מה' עדות דין תורה

שאין מקבלי' עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדי' שנא' על פי שנים עדי' יקום דבר אבל מדברי סופרי' שחותכי' דיני ממונו' בעדו' שבשט' אעפ"י שאין העדי' קיימי' שלא תנעול דלת בפני לווין ואין דנין בעדות שבשט' כדיני קנסות ואצ"ל במכות ובגלות אלא מפיהם ולא מפי כתב' עכ"ל ואעפ"י שחלוקי' עליו חביריו על הרב לו' דעדות שבשטר מדאורייתא הוא ובדברי קבלה מוכח דכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדי' והרמב"ן ז"ל בהשגותיו הקש' על הרב ז"ל כמה קושיות ואני בעניי שם בספר המצות הראתי פנים לדברי הרמב"ם ז"ל בעיקר השני לתרץ כל הקושיו' ולבא' מהיכן למד הרב ז"ל דבר זה ומ"מ לדברי הכל למכות ולעונשין לא סמכינן כלל בעדות שבשטר אלא מפיהם בעינן והשתא אפי' אי הא מילתא לדיני ממונות דמיא לא היה לנו לחוש דאיכ' תרי ספיקי ספק אם נאמן על עצמו יותר ממא' איש ספק אם לא מהימן ואת"ל לא מהימן כנגד העדים הכא דליתנהו עדים לא חיישינן לכתב' וכל ס"ס אפי' בדאורייתא שריא כ"ש שאין דבר זה נוגע לממון כלל אלא למכות ולעונשין שייכא דלכ"ע מפיהם ולא מפי כתבם בעינן והואיל והוא אומר ברי לי שלא הוצאתי בשפתי ענין נזירות אין אנו חוששין לעדות שבשטר כלל.

וכל זה שאנו דנין הוא בשטר שעדיו כשרים ובנ"ד שטרא ריעה הוא כיון דעדים פסולים חתומים בהדי כשרים דלא אמרו תתקיים העדות בשאר אלא כשנמצאו שנים הראשונים פסולים ושנים האחרונים כשרים דתלינן שחתמו ראשונים לכבוד או למלוי אבל חתמו לבסוף ודאי לשם עדות חתמו וזו היא שיטת רובא דרבוותא קמאי וכן תפסו גדולי האחרונים הרשב"א והרא"ש והר"ן ז"ל ולפי שרצה החכם השואל נר"ו לעמוד על הדבר בדקדוק כתבתי בקונטריס בפני עצמו בכל מה שיש לישא וליתן בדבר זה בדברי הפוסקים ומה שראוי לסמוך הלכה למעשה הנה צויתי להעתיקו אליכם והרואה ישכיל ממוצא דבר ששטר בחזקת פיסול דייני' ליה הילכך עכשיו שטוען ראובן שלא ביטה בשפתיו וא"א לנו להכחישו מתוך השטר מפני שהעדים הפסולי' שחתומי' בו לא מזדקיקים ליה והוא יחוש לעצמו.

עוד מטעם אחר אין להוכיח מן השטר להכחיש את ראובן שאומר שלא בטה בשפתיו דעבידי עדים למטעי בכה"ג דכמה פעמים אין העדים טורחי' לדקדק בכל דברי השטר רק ששואלי' את בעל הדין המתחייב אתה מודה בכל מה שכתוב כאן ואומר הן וחותמי' ואינן נותני' את לבם למה שיש בשטר שצריך לבטא בשפתיו כי אין דבר זה מוטל עליהם אלא על בעלי הדבר מוטל ואם היו העדים הכשרים באים לפנינו והיו אומרי' שלא בטא בשפתיו אלא שחתמו על הודאתו כדברי ראובן נאמנים הם בכך ולא מקרי משהגיד שוב

אינו חוזר ומגיד. וגדולה מזו יש ללמוד מדברי הירושלמי שהביא רבי' זרחיה ז"ל עלה בשטרי חוב המוקדמי' פסולים ששאלו מי מודיע ר' שמעון בר אבא משמיה דר' יוחנן הן הן עדיו ופרכי' והא אמר ריש לקיש עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרו עדותן בב"ד ומשני תמן כשאמרו לא חתמנו כל עיקר ברם הכא או' ע"ז חתמנו ועל זה לא חתמנו וכתב עליו רבי' זרחיה ז"ל ומכאן למדים שכל טעות שהעדים מצויים לטעות נאמני' הם בעצמם על זה ואין בזה משום חוזר ומגיד וצריך ב"ד גדול להחמיץ הדין ובגמרא דילן מצינו כיוצא בזה בההיא תברא דהוי חתים עליה ר' ירמיה בר אבא וכו' כדאיתא בגט פשוט עכ"ד והביאה רבי' נסים ז"ל בתשובה סי' מ' לפסק הלכה. ואני מקשה על הירושלמי הזה מהא דפ"ב דכתובות דאיכא למ"ד התם מעלין משטרות ליוחסין מאי טעמא עדים אכולא מילתא קמסהדי ואם נאמר שהירושלמי כמ"ד אין מעלין דיכולי' לומר ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו א"כ אינה הלכה דאנן קי"ל דמעלין ומדילפי רבוותא מהירושלמי אלמא ס"ל דהלכה הוא וי"ל דבשמות האנשים מדקדקי' העדים יפה לפי שחוששי' שלא יעשו קנוני' ויחליפו גברי ואם אין מכירי' שזה האיש כהן חוקרין בדבר ואומ' והלא אין אנו יודעי' שזה כהן דחיישי' לזייופה ולחובה דאחריני אבל בכל עניני השטר דשייכי למלוה ולוה מאחר שלוה או מוכר מודה בכל דברי השטר קונין ממנו וחותמי' וסומכין על מה שהלוה קורא השטר ומדקדק בו ואם יש בשטר דבר שאינו נגמר בהודאתו מה להם בכך אינהו דאפסידי אנפשייהו שהקונה היה צריך לומר אמרו לו שיקבל נ"ש ומעשים בכל יום בכך. וא"ת והא בפ' שני דייני דתנן העורר על השדה והוא חתום עליה בעד אבד זכותו אמרו בירושלמי לא סוף דבר עשאה המערער סי' לאחר אלא אפי' עשאה אחר והוא חתום עליה אבד זכותו ולא מצי למימר ע"ז לא חתמתי וי"ל דבמלתא דשייך העד בגוה אורחיה למידק טפי. כסאו כימי שמים בחכמה יבנה ובתבונה יתכונן. מרוח סועה מסער סלע ישכון ויתלונן. כזית רענן בבית אלהים שקט ושאנן. לצבי ולכבוד על ישראל ועל רבנן. כנפש עמל מעוף צוקה ואפלה כי שכן עליו הענן. בחמת רוחו למעצבה שוכב ובעמק הבכה לן. כמר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה שעל הכתב לתורה ולתעודה ידו החזקה וזרועו הנטויה מפליא עצה מגדיל תושיה החכם השלם הדר הוא לכל חסידיו כמהר"ר משה צנוע נר"ו.

סימן כב

שאלה ראובן היה נשוי עם אשתו שרה והיתה יושבת עמם בביתם נערה בתולה קרובת אשתו מפיתם תאכל ומימה' תשתה ופעם אחת בתוך האכילה בקש ראובן מהנערה הנז' ואמר לה השקיני נא מעט מים והיא הביאה לו את המים ובתת הנערה המים לראובן

הנז' קבל המים מידה ונגע בידה שלא בכוונה מכוונת וכראות אשתו שרה הנז' שנגע בידה קנאתה בה ואמר' מה זאת אשר עשית ויהי כשמוע ראובן את דברי אשתו ובקנאת' ובהקפדתה להפיס דעתה קבל ונדר עליו נזירות שמשון בכל תנאיו ואמר בלשון הזה אהיה נזיר כשמשון בר מנוח וכו' שי לה טוקארי מאס או שי טוביירי מאש משא ומתן קון אילייה ועתה מתה אשת ראובן הנז' ורוצה ראובן הנז' לקחת לו את הנערה הנ"ז לאשה. תשובה יש לדון בזה מהא דקי"ל הכל לפי הנודר כדאמרי' בפרק הנודר מן הירק טען והזיע והיה ריחו קשה ואמר קונם צמר ופשתים עולים עלי מותר להתכסות ואסור להפשיל לאחוריו ותנן בשלהי פרק קונם היו מסרבין בו לישא את בת אחותו ואמר קונם שהיא נהנת לי מותרת ליהנות לו שלא נתכוון זה אלא לשום אישו' היה מסרב בו שיאכל אצלו ואמר קונם ביתך שאיני נכנס טפת צונן שאיני טועם לך מותר ליכנס לביתו ולשתו' ממנו צונן שלא נתכוון זה אלא לשם אכיל' ושתי' הילכך נלמוד מן הדברים שעליו היה הנדר שהקפידה אשתו וקנאת' בבעלה מסתמ' לא נתכוון אלא בחייה אבל לאחר מותה גם שנאתה גם קנאתה כבר אבדה אדרבא מאחר שסופו לישא אשה מוטב לו בזו שהיא קרובתה שתרחם על בניה מאשה זרה ומנכריה ולא אמר זה אלא בזמן הקפדתה ומיהו מאן דרמא לה קלא לא חש לקמחיה דלא אמרו הכל לפי ענינו של נודר אלא במה שמוכיח לאלתר שמעכשיו לא אסר עצמו בכך שלא נדר על הנאה זו אלא רשאי להתכסות בבגדי צמר וכן רשאי ליהנות לו שלא לשם אישות אבל הכא דמהשתא ודאי לגמרי נאסר בה בין בנגיעה בין בנשואין דכ"ש דתתוסף הקנאה ורבה המשטמה נהי דלאחר מיתה אין שם קנאה מ"מ איהו סתם נדר ולעולם משמע וכ"ת אדעתא דהכי לא נדר פתח נולד הוא זה דמיתה לא שכיחה ואפי' בשאר נדרים הניתרים ע"י פתח אין פותחים בכיוצא בזה כדתנן פרק ר' אליעזר קונם בית זה שאיני נכנס ונעשה ב"ה וחכמים אוסרים פיר' הרא"ש דטעמא דחרט' שע"י חרטה נעקר הנדר מעיקרו ובדבר שאינו מצוי אינו נעשה נדר טעות מעקרו כי בשביל זה לא יניח מלידור כי סבור שלא יבא לעולם וכיון דע"י פתח וחרט' לא פתחינן בהני כ"ש דלא שרינן ליה בלא פתח דהא לא מוכחא מילתא דעל זה נדר דשמא לא היה מניח מלידור בשביל כן. ועוד אפשר דאיכא הקפדה וקנאה אפי' לאחר מיתה לא מפני שתהא צרתה לאחר מיתה שאם היתה אחרת מאי אכפת לה בהכי כדאמרינן אלא משום דכיון דחזיא דפייסא ביה ושושבינתיה היא עכשיו סבורה היא שהיא מצפה למיתתה כדי שתכנס לביתה וכאותה שאמרו באלו הגולין לפיכך אמותיהם של כהנים גדולים מספקות להם מזון ומחיה שלא יתפללו על בניהם שימותו וכיון דאיהי סניא לדידה איהי נמי סניא לה כדאמרי' בפ' האשה שלום

גבי כלה דסניא לחמות' משום דכמים הפנים לפנים כן לב האדם לאדם כ"ש זו שמקנאה בחברתה שסבורה להכנס במקומה והויא לה צרה מחיים אע"ג דבפ"ק דיומא אמרי' גבי אירע פיסול לכ"ג ומינו אחר תחתיו ר' יוסי אומר ראשון חוזר לעבודתו שני אינו ראוי לא לכ"ג ולא לכהן הדיוט ואמרי' ומודה ר' יוסי שאם מת ראשון שחוזר לעבודתו פשיט' סד"א הויא צרות מחיי' קמ"ל משמ' דבמידי דלאחר מיתה לא חיישינן דהויא ליה צרות מחיים. התם מאי דהוה הוה אבל הכא מאי דסבר' להיו' צרה לאחר מכאן גורם להיות צרה מחיים. ועוד התם אין לו איבה עם השני דמפני האונס נכנס לשמש תחתיו אבל הכא הויא לה איבה עמה מפני הקנאה וכיון דסני' לה אינה חפצה בטובתה אפי' לאחר מיתתה כדאמרי' בחמש נשים שמפני שנאתן מכוונות לקלקלה אף כאן כיון דסניא לה אינה רוצה שתכנס לביתה ורוצה הוא שידירנה בעלה לעולם.

איברא שאם יאמר הוא שלא היה בלבו אלא מה שלפניו אבל אם היה זקוק לנשואין לא היה בכלל נדרו דלא אסיק אדעתיה אלא מאי דאסיק אדעתין ולא היה זה בכלל נדרו דהא לא איכפת לה בהכי ואדרבא תנוח דעתה בכך שומעין לו. וכ"ת מאחר שהלשון כולל לעולם היאך יכול לפרשו בפרטות שיאמר כך היה בלבי הא קי"ל דדברים שבלב אינן דברים ואע"ג דתניא בפ' שבועות שתים בשפתים ולא בלב גמר בלבו מנין ת"ל לכל אשר יבטא האדם ומפר' דה"ק בשפתי' ולא שגמר בלבו להוצי' פת חטה והוציא פת שעורים גמר בלבו להוציא פת חטין והוציא פת סתם מנין ת"ל לכל אשר יבטא וכו' פי' דמרבינן מקרא דאזלינן בתר דברים שבלב היכא שאין הפה מכחיש הא מוכח בפ' ד' נדרים דלא אזלינן בתר דברים שבלב אלא לגבי אונסין דתנן התם נודרין להרגין ולחרמין שהן של תרומה אעפ"י שאינן של תרומה ומפרש בגמ' באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי אם אינן של תרומה וכו' ומסיק שאומר בלבו היום אע"ג דס"ל דברים שבלב אינן דברים לגבי אונסין שאני. נהי דלתירוץ קמא שתירצו התוס' בפ' שבועות שתים ניחא דהתם בנדרים מיירי בע"ה לא התירו לא אלא לגבי אונסין שלא ינהגו קלו' ראש בנדרי' לת"ח שרי דאפי' שלא במקום אונס הכא נמי בשאומר לא כוונתי לידור אלא בזמן שלא אשאנה אעפ"י שהלשון כולל מ"מ אינו סותר ועדיף טפי מאומר בלבי היום. גם למה שאמרו דגבי אונסין אפי' מדירו על דעתו שרי א"ש דבלא אונס אסור אבל היכא דלא נשבע אלא על דעת עצמו אזלינן בתר דעתו וכוונתו אבל לתירוץ האחר שכתבו התוס' דסת' פת הוי פת חטים ולהכי שרי אפי' שלא במקום אונס הכא ודאי סתם נדרו בכל ענין משמע. גם לתירוץ הרמב"ן ז"ל דשאני התם בנדרים שאין טעות בדבריו אבל הכא דהוצאת פיו הוא בטעות דבלבו היה להוציא פת חטין הילכך הוצאת פיו אינה כלום הכא ודאי אין טעות

בדבריו ולא נכשל בלשונו. והרא"ש שהביא בהלכותיו דברי הרמב"ן לבד והשמיט כל דברי התוס' ותירוצן בדבר זה נראה שלא סמך עליהם ותפס דברי הרמב"ן עיקר וכן תפס הר"ן בשבועות ובנדרים.

מיהו איכא למימר דכי היכי דגבי נדרי אונסין אמרי' דלא חשיבי דברים שבלב לפי שלא היה יכול לפרש בפיו מפני האונס הכא נמי הואיל והיה הנדר בפני אשתו ולהפיס דעתה נדר אנן סהדי דלא היה יכול לפר' מה שהיה בלבו דלשם נישואין לא תאסר דכ"ש דהויא לה איבה ואיבה שנותן עיניו במיתתה לקחתה לו לאשה ולא תימא דוקא אונס כעין הורגין וחרמין חשיב אונס כה"ג לא דכל היכא דאיכא טעמא דמוכח מפני מה לא פיר' בפיו מה שבלבו חשיב דברי' שבלבו דברים לפי שלא היה מפרש כמו שפירש הר"ן דאונסא מפרש ליה לדבוריה ומהיום קאמר כיון שלא אמר בפי' בהפך. והרא"ש כתב ודברים שבלב המוכיחים הויין דברים והאי מוכיחין היינו לאחר שפירש לנו דבריו אנו אומרים מה שאמר סתם ולא פירש היום לפי שלא היה יכול לפרש. ועוד אונס דהתם ממונא בעלמא הוא כדי מכס אותם הפירות ואונס דהכא עדיף. ועוד מההוא עובדא דר' עקיבא שאותו שהיה עז פנים וכו' והיה נשבע בפיו ומבטל בלבו כתבו התוס' בפ' ד' נדרים דהוה אונס שהיה צורך גדול לידע ולברר על אותו עז פנים שהיה ממזר. ומסתמא אין כוונתם לומר שהותר לו לישבע מפני אותו האונס אלא דחשיב אונס מה שהיה צורך גדול לברר הדבר ולא היה אפשר לפרש מה שבלבו הילכך הוו דברים וכי קמשתבע בקושטא קמשתבע הכא נמי אנן סהדי שלא היה יכול לפרש דוקא בחייה דהוי לה איבה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן כג

שאלה ראובן קפץ בכעסו ואמ' שיהיה נזיר כשמשון בכל תנאיו אם ישב בבית א' עם חמותו ובתוך כך בא ת"ח אחד והיה חוסמו ואומר לא תחטא ולא תנדור והוא בסוף דבריו בתוך כדי דבור אמר נחמתי וחוזרני בי. יורנו רבינו מה דינו.

תשובה בשלהי נדרי' אמרי' תוך כדי דבור כדבור דמי חוץ ממגדף ועע"א ומקדש ומגרש וכתב הר"ן ולא ידענא מ"ש הני. ונראה בעיני דבשאר מילי לא החמירו כולי האי שכשאדם עושה אותם לא בגמר דעתו הוא עושה אלא דעתו לחזור בתוך כ"ד אבל הני כיון דחמירי אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה. וראיתי להרמב"ן ז"ל בפי"ז כתב משם ר"ת דתקנתא היא דתקינו רבנן משו' תלמיד הלוקח מקח ופוגע בו רבו שיכול ליתן לו שלום והשוו מדותיהן בכל מילי בר מהני ולא ניחא לי וכי ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה בקום עשה אלא ודאי כדאמרן. ואיברא דטעמא של רבינו תם תמוה כמ"ש

הר"ן ועוד לא ראו לעשות תקנה אלא בדברים אלו ועוד למ"ד בפרק מרובה כדי שאלת רב לתלמיד אטו תקנת' לתלמיד עבוד. והתוס' הביאו דר"ת שם במרובה והקשו דאין מתישב טעם זה לענין קריעה ששמ' שמת וקרע ואח"כ מת בתוך כדי דבור יצא מידי קריעה ואם לאו לא יצא דמה שייך שיעור זה לענין קריעה ושמא לענין קריעה הקלו. ואפשר שטעם ר"ת בתקנתא דרבנן היינו השעור שנתנו חכמים לחזרה דאם סמוך לגמר דבריו חזר בו ודאי מהני אלא עכשו ששהה דילמ' נמלך הוא ועכשו רוצה לחזור בו אלא שפעמים בני אדם חוזרים בם ושוהים מעט ואינו חושש לפרש מיד. ואילו ראינו שהיה מתעסק וראה רבו ונתן לו שלו' הוי כמתוך דבור אלא ששהה שהוזקק לתת שלום לרבו ועכשו באדם אחר שלא חזר בו בגמר דבריו איכא למיתלי שנתעצל בדבר עד כמה עד כדי שאלת תלמיד לרב דאורחא דאינשי כשיעור הזה אבל טפי מהכי לא שהי איניש שמעולם לא ראינו מי שעשה בכך. ובכך יש טעם לדברים האלו החמורים דלא אמרי' בהו דתוך כדי דבור כדבור דמי דאם איתא שחזר בו לא היה לו להשהות כלל ולא עביד איניש למשהי בכי האי מילתא והאי דשתק נתרצה והשתא נמלך כנ"ל. מיהו לענין קריעה לא שייך האי טעמא דהא ליתיה בחזרה אלא בקריעה הקלו כדכתבו התוס' ולענין נדרים יש ללמוד בהדיא מדמייתי בפ' מרובה מתני' דתמורה תמורת עולה ותמורת שלמי' ה"ז כתמורת עולה דברי ר"מ ר' יוסי אומר אם לכך נתכוון מתחלה דבריו קיימים אם משאמר תמורת עולה נמלך ואמר תמורת שלמים הר"ז תמורת עולה. והוינן בה נמלך פשיטא ואמר רב פפא נמלך בתוך כדי דבור קאמרי' והרי פסקינן דלכתחלה דתוך כדי דבור כדבור דמי והיינו כמ"ד כדי שאלת שלום תלמיד לרב. ומאחר שזה חזר בו כדי שאלת תלמיד לרב הרי בטל את נדרו.

סימן כד

שאלה ראובן היו מסרבין בו שיקח בת אחיו יום אחר יום ולמחרתו הלך בפני שנים ואמר שי טומארי לה הי' גה די מי אירמאנו פ' פור מוגיר הריני מקבל בפניהם נ"ש בר מנוח בעל דלולה כמי שעקר דלתות עזה כמי שנקרו פלשתים את עיניו בכל משפטיו ובכל תנאיו והעדים מעידים שלא אמר אלא בזה הלשון הריני מקבל עלי נ"ש וכו' שלא אקח את בת אחי פ'. והנה עתה גלה דעתו ראובן ואמר כי הוא לא קבל עליו נ"ש אלא מפני שידע שלא היה רצון אביו שיקח אותה וכי ראה שהיו מסרבין באביו אמר אין טוב אלא שאדור בנ"ש כדי להשקיט מעליו ההפצרו' שהיו מפצירין בו להצילו בשפת לשון ודבת עם. אכן עתה נתברר לו כי עד שלא קבל הנ"ש כבר נשתנית דעת אביו והיה רוצה שיקחנה וכיון שכן אומר אילו הייתי יודע שכן היה רצונו של אבא לא הייתי מעביר על

דעתו אדרבא בחשבי שהייתי מקיים רצונו קבלתיו עלי למען יהיה לו כסות עינים את כל ונהפוך הוא כי עתה נתברר שהדבר קשה בעיני אביו מר ממות יורנו מורנו מורה צדק דין נזירות שמשון זה אם יש לו התרה אם לאו ושכרו כפול מן השמים.

תשובה ראיתי ללישא וליתן בארבעה דברים שצריכין חקירת חכם לדעת איזה מהם יכשר להקל בנ"ש זה.

החקירה הא' בעיקר נ"ש וחומר שלו שאין לו שאלה. לפי שראיתי לרב כמהר"ר אברהם ירושלמי ז"ל בתשובה א' בענין נ"ש שהקל בה כפי ענינה וכתב וכ"ש גבי נ"ש שהיא מדרבנן כדמוכח בירושלמי ע"כ. וכמדומה שכיון למה שהביאו בירושלמי פ"ק דנזיר הריני נזיר לאחר ל' יום נזיר שמשון נזיר מנדר א"ר חנינא מסתברא שתדחה נזירות תורה לנזירות שמשון מה טעמא כן יעשה על תורת נזרו את שנזירותו תורה יצאה נ"ש שאינה תורה ע"כ. והרבה יש לתמוה כבוד הרב במקומו מונח היאך היו נוחין אצלו דברי הירושלמי לפי מה שהבין הוא ז"ל בהם ומשנה שלימה שנינו מה בין נזיר שמשון לנזיר עולם. ואי נ"ש דרבנן מה שייך לומר מה בין ועוד דבגמרא אמרינן מתניתין דלא כר"ש דאמר לא אמר כלום דבעינן שידור בדבר הנדור ושמשון לא יצאת נזירות מפיו ואימא אפילו כר"ש ואע"ג דמדאורייתא לא חיילא מתני' מדרבנן אלא דמוקי גמ' מתני' כרבי יהודה דלא בעינן שידור בדבר הנדור א"כ מדאורייתא חיילא שפיר ובירושלמי עצמו שם מוקי מתני' כר"י דלא כר"ש בגמרא דידן. ועוד אי נ"ש מדרבנן ודאי דלא חיילא איין מצוה דמפקיה מקרא דמיין ושכר יזיר לאסור יין מצוה כיין הרשות וכן אם אמר שבועה שאשתה ונזר דאילו בנזירות תורה חיילא והכא בנ"ש מדרבנן ודאי דלא חיילא אשבועה דאורייתא. וכ"ת ה"נ א"כ ליתני נמי במתניתין דמה בין נ"ש לנזיר עולם שנזיר עולם חל על יין מצוה ועל שבועה מה שאין כן בנ"ש. ועוד דבפ"ב דנדרים מייתי הא דתניא הריני נזיר אם יש בכרי הזה מאה כור ונגנב דר' יהודה מתיר ור"ש אוסר ורמינן דר' יהודה דנזיר אדרבי יהודה דסתם נדרים להחמיר ומשני גבי נזירות מתוך שספקו חמור מודאי לא מעייל איניש נפשיה לספקא ופרכינן והתניא בההיא ברייתא מנ"ש ונ"ש לא חמיר ספקו מודאי וסלקא בקושי' ואי נ"ש דרבנן אתי שפיר טפי דאע"ג דסתם נדרים להחמיר נ"ש דרבנן לקולא ואדרבא לר"ש שאוסר קשה הא ספקא דרבנן הוא. ועוד דבפ"ב דנזיר בעי גמרא בההיא דירושלמי הריני נזיר לאחר ל' יום נזיר שמשון ומעכשיו נזיר סתם מהו הכא כיון דלא אפשר לאתשולי עליה חיילא או לא. ואי נ"ש עיקרה דרבנן אמאי לא חיילא שניה עליה כיון דמדאורייתא לא יש כאן נזירות ומה לי אי לא אפשר לאתשולי עליה כיון שהכל הוא מדרבנן ורבנן היא דאמרו דלא אפשר לאתשולי עלי' והיכי אתי

דרבנן ועקר לדאורייתא וכי הא דאמרינן בנדה פ' יוצא דופן על הא דתניא יתומה שנדרה בעלה מפר לה ואי סלקא דעתך מופלא סמוך לאיש דאורייתא אתו נשואין דרבנן ומבטלי נדרה דאורייתא. וכן לענין תרומה פרכינן התם אתי גברא דרבנן ומתקן טבלא דאורייתא. וכן לענין דמוע אתי דמוע דרבנן ומפקע חלה דאורייתא. וההוא עובדא דר"א שנכנס לב"ה ולא מצא עשרה שחרר עבדו והשלימו לעשרה ומשם הק' התוס' בפ' ג' שאכלו לבה"ג שכ' דמי שמת לו מת בי"ט האחרון דאבילות נוהג דלא אתי י"ט האחרון ודחי אבילות יום א' דאורייתא דכתיב ואחריתה כיום מר יש לי בה להשיב כמ"ש במ"א. ועוד מוכח להדיא משמעתא דמכות פ' אלו הן הלוקין אמתני' דיש חורש תלם א' וחייב עליה ה' חטאות וחד מינייהו נזיר ומוקי לה בגמרא בנזיר שמשון אלמא נ"ש דאורייתא וחייב עליה. והדבר מעצמו קשה דהיכי אשכחן מידי מדאורייתא לא הוי נדר כלל ואתו רבנן ואמרו דחייל שהרי כמה נדרים שאינם בלשון המועיל ולא חשו להו רבנן כלל ואי בנזירות בעינן דבר הנדור אמאי חייל הא גבי נדרים לא חייל כלל דתנן פרק אלו מותרין כע"ז כעורות לבובין מותר ולא החמירו אלא בע"ה לגבי אשתו שאמר הרי את עלי כאימא לפתוח לו פתח ממקום אחר שלא יקל ראשו בנדרים כ"ש שיאמרו שלא יהא יכול לשאול על נדרו זה לא ראינו מעולם שחכמים עושים משמרת וסייג לדברי תורה לא שיהא חמור משל תורה. ויותר קשה להלום דברי הירושלמי עצמו דבעי לאיתויי שנ"ש אינה תורה מדכתיב וכן יעשה על תורת נזרו את שנזירותו תורה יצאת נ"ש שאינה תור' והא היא גופא אתינא למילף שנ"ש נמי תורה ולא ממעט מעל תורת ודברים רחוקים מן השכל ומן הסברא הם לפרש הירושלמי כשיטה זו אין דעתינו להאריך בהם.

והנראה לע"ד דהך דירושלמי מתפרש כהך דתניא בספרי או אמר הריני נזיר ע"מ שאהיה שותה יין ומטמא למתים קורא אני עליו כפי אשר ידור ת"ל וכן יעשה על תורת נזרו פי' דכיון דכתב בה רחמנ' תור' משמע שיהא בה כל התורה שכתוב בו ואם אמר הריני נזיר מן החרצנים וכו' הרי זה נזיר וכל דקדוקי נזירות עליו אפי' אמר ע"מ שאהיה מטמא למתים והיינו דאמר ר' חנינא מסתברא שתדחה נזירות תורה פי' שנאמר בה תורה שכל הדברים האלו בה שאין נזירות מן היין ולא מן הטומאה אלא תורה היא שכל דקדוקי נזירות עליו ומסתברא שתדחה לנ"ש שאינה תורה שהרי הוא מטמא למתים ואין כל תורת נזירות עליו. מה טעמא אנזירות סתם קאי כלו' היכא אשכחן דקפיד רחמנא אתורה שכל הדברים האלו בה דכתיב על תורת נזרו שנזירותו תורה אחת יצתה נזירות שמשון כלומר דין הוא שתדחה נז"ש שאינו תורה שהרי הוא מטמא למתים. והא דלא קאמר בהדיא מסתברא שתדחה לנ"ש שכן היא בטומאה היינו משום דאי מחמת קולה

הוא דאתינ' עלה אף אנו נאמר שתדחה נ"ש לנזירו' סתם שכן נזיר סתם מקל בתער ואיתיה בשאלה אמטו להכי קאמר מסתברא שתדחה נזירות סתם דקרייה רחמנה תורה מה שנוהגת ביין ובגידול שער ותגלחת וטומאה לנ"ש שאין בה תורת נזירות בטומא' ובתגלח' ועוד נראה שאינה תורה דקאמר היינו דהויא הלכה למשה מסיני דומיא דמדיר את בנו בנזיר שהלכה היא וכן רביעית דם הלכה היא בנזיר כדאמ' בשלהי נזיר והך נ"ש שיה' מטמא למתים ושהיא ע"פ מלאך לא כתוב בתורה אלא בדברי קבלה כדאמ' בגמ' וזה מקמי דאתא יחזקאל לא ידעי' אלא הלכתא הוא ואתיא יחזקאל סמכה אקראי וכה"ג אשכחן בדוכתא אחריתי בירושלמי בפ' כ"ג ונזיר דמייתי ב' טמאי' כמת וכו' ג' טמאי' כמת א"ר יוחנן בשם ר' ינאי וכלהון תורה הם אצל תרומ' והרמב' בפ"א מה' טומאת מת כתב אעפ"י שהלכה למשה מסיני הם אינן דין תורה ואיכא נפקותא בכמה מילי בדבר שהוא הל"מ לדבר שהוא מן התורה ממש ולעולם נ"ש דבר תורה היא דקי"ל כר"י וכסתם מתני' דלא בעינן דבר הנידור דמלהזיר לה' מרבינן אפי' דבר הנידור ואע"ג דגבי נדרים כתיב נמי לה' ולא חיילי אלא על דבר הנידור כדתנן פ' אלו מותרים משום דאיכא לאוקומיה לרבות חטאת ואשם כדאמ' בפ"ק דנזיר זהו מה שנרא' לי בזה ואחרי כמה שנים ראיתי ביד חכם א' תשובה לרב מהר"ב שמואל חכם הלוי ז"ל שנחלק על רב מהרר"א ירושלמי ז"ל בדבר זה וברו' ראיותיו כוונתי לדעתו ז"ל אמנם בפי' דברי הירושלמי הפליג לדרך אחרת ואני כתבתי הנלע"ד.

איברא דבההיא דפרק אלו הן הלוקין דיש חורש תלם א' וחייב עליה ה' חטאות דמוקי לה בנ"ש פי' ריב"ן ז"ל תלמידו של רש"י ז"ל דנ"ש ע"י מלאך קבל נזירותו עליו וההו' אין לו שאלה דצווי של מעלה וכשהק' נ"ש בר אטמויי למתים הוא פירש כלום הוא אסור להטמא למתים אדם שקבל עליו נזירות על פי מלאך הא אמר במס' נזיר שמשון הותר להטמא למתים וכו' ואית דמפרשי נ"ש אסור מן הבטן וקשיא לן ההיא נמי בשאל' איתיה שהיה אביו יכול לשאול עליו וקשה מאי פריך התם נ"ש בר אטמויי למתים שמא יבא מלאך לאיש א' וידירנו בנזיר ויזהירנו אף על הטומאה ועוד היכ' חשיב ליה התם בהדי מלקיות דמתני' אטו מאן דאכיל תמרי בארבל' לקי מי שקבל נזירו' על פי מלאך ולא יצתה נזירו' מפיו אזהרתיה מהיכא אפילו אם הוחזק לנביא העובר על דברי נביא ונביא שעבר על דברי עצמו מיתתו בידי שמי' דכתיב אנכי אדרוש מעמו אבל מלקיות ליכא ועוד הדבר קשה דכי אמרינן ליתי' בשאלה היינו נ"ש דמתניתין דתנן האומר הריני כשמשון וכו' דא"כ הוה ליה לגמרא לפרושי וכן בההיא ברייתא דמייתי פ"ב דנדרים הריני נזיר אם יש בכרי זה מאה כור אוקמה בגמרא בנ"ש דלא חמירא ספקו מודאי

ולאו ע"פ מלאך הוא ועוד דמוכח בהדיא דהתולה בשמשון ליתיה בשאלה מההיא דפ"ב דנזיר דבעי הריני נזיר לאחר עשרי' יום נזיר שמשון ומעתה נזיר סתם מהו כיון דלא אפשר לאתשולי עליה מי חיילא או לא אלמא דאף במתפיס עליו נ"ש שלא ע"פ מלאך ליתיה בשאלה ושם פי' רש"י ז"ל לא אפשר לאתשולה עליה לפי ששמשון לא היה נדור ותימה הוא שאם רבו ז"ל לא שנאה איהו מנין ליה ונראה שהוקשה בעיניו קושיא גדולה היא בעיני מה טעם נ"ש ליתיה בשאלה נהי דשמשון עצמו לא היה יכול לישאל שעל פי מלאך קבל אבל אדם שהתפיס בו ואמר הריני כשמשון כבן מנוח כלום נאסר אלא ע"פ עצמו ואיהו קאמר דאדעתא דהכי לא נדר אטו מי שאמר הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני דתנן הותר הראשון הותרו כלם הותר האחרון הוא מותר והאחרים אסורים מי נימא הואיל והראשון שתלה בו לא מצא פתח לנדרו יאסר זה שמצא פתח לפי שנתלה עליו אלא כיון שזה האחרון אומר דאדעתא דהכי לא תלה בו חכם עוקר הנדר מעיקרו והרמב"ם בפ"ט כתב ומי שנדר נזיר כשמשון אינו יכול לשאל עליו שנ"ש לעולם היתה ודבר תימה הוא ונזיר עולם מי לית ליה הפרה ויהא נזיר לעולם והרב מהרי"ק ז"ל נדחק בפירושו אלא נרא' לי דלזה בא הרב המפרש ז"ל לתת טעם אמאי ליתי' בשאלה לימא אדעתא דהכי לא נדר לכך כתב אדם שיקבל נזירות ע"י מלאך כלומר כאלו קבל נזירותו ע"י מלאך דהא קי"ל דבנזירות אפילו בדבר האסור יכול להתפיס דנפקא לן מלה' וכיון שהתפ' אותו כאילו נאסר ע"פ מלאך שאסר לשמשון הרי זה כמי שתולה דעתו ומוסר למלאך שא"א לו לישאל עליו לומר אדעתא דהכי לא נדרי וכי היכי דאמרינן דנודר ע"ד רבים לית ליה הפרה לפי שתלה נדרו בהם אף זה כן והתוס' כתבו בפר' השולח וא"ת ע"ד יחיד נמי לא יהא לו הפרה כיון שתולה בו נדרו וי"ל דמבטל דעתו משום רבים ולא משום יחיד ע"כ נמצא שתולה על פי אסור המלאך כיון דחשיב כרבים דמי ומבטל דעתו אצלו לגמרי והרשב"א והר"ן כתבו טעמא דע"ד רבים אין לו הפרה שאין חרטתם שוה ופתחו של זה אינו כפתחו של זה הילכך העוקר דעתו לגמרי דלא מצי למימר אדעת' דהכי לא נדרתי שמא אין דעת הרבים מסכמת בכך ובחרטה נמי הוא הדין והוא הטע' וכת' עוד הר"ן בתשו' דלדעתו של ר"ת אם שתף דעת אחרת לדעתו בהדי' אפי' ע"ד היחיד הוי כע"ד רבים אבל באומר ע"ד סתם מפלגי' שאם אמר ע"ד א' או ב' אין פרושו אלא באומר ע"מ שלא ימחה ואין הכונה לשתף דעת אחרת לדעתו אבל בשנודר ע"ד רבים מתוך שאין הרבים רגילים להתאסף ולמחו' אנו מפרשי' דבריו שכיון לשתף דעת אחרת לדעתו ע"כ והנה אף לפי טעם זה בתולה נזירות שמשון שהוא ע"פ מלאך לא הוי כאומר ע"מ שלא ימחה שאין דרכו לבא ולמחות אלא כמי שמצרף דעת המלאך לדעתו ולא דמי

לע"ד המב"ה דאיתי' בשאל' דהת' אין כוונתו אלא שלא תהא הערמ' בדבר דומי' דקני' דרבא דמייתי התם בפ' שבועות שתים ובהכי שייך להזכיר דעת המב"ה כדאמרי' בהזהב דברים המסורים ללב נאמר בהם אני ה' אבל בנ"ש שע"פ מלאך צרף דעתו נתכוון שלא יהא הדבר תלוי בדעת עצמו ומ"ש הרמב"ם ז"ל שנ"ש לעולם היתה בכל גוונא קאמר דלא אפשר ליה לומר אדעת' דהכי נדרי ואדעתא דהכי לא נדרי אלא לעולם בכל ענין היתה דעת המלאך וזה תלה בדעתו ומיהו בנדרים ושבועת דעלמא הנודר או הנשבע ע"ד מלאך לאו כלום הוא דמה ענינו של מלאך בהם לא אמרו אלא בנזירות כעין נזירות שמשון שהוא מקבלה כמפי המלאך שצוה עליה ועל דעתו ואם הדבר כן דמי לתולה נדרו בדעת אחרים כי היכי דאמר בנודר ע"ד רבים דלדבר מצוה יש לו הפרה כדאמרי' בהשולח בההוא מקרי דרדקי דודאי דעת הרבים מסכמת להתרו אף בנ"ש מסתמא דעת המלאך מסכמת בכך ומן הטעם הזה אפשר ג"כ שלא אמרו נ"ש ליתיה בשאלה אלא במקבל עליו נ"ש בהדיא שאין לו לישאל מצד הנזירו' לומר ע"ד כן לא נזרתי אבל בתולה נזירתו בדבר א' שהוא קשה עליו ופותחין לו פתח מצד אותו דבר כדי שלא יחול הנזירות בהא ודאי לא תלה בדעת המלאך שאין עסק למלאך בזה שהמלאך מזהיר על הנזירות בלבד ואע"ג דבע"ד רבים בכל ענין ליתיה בשאלה התם הכל תלה בדעתם של רבים אבל כאן אין במשמע תלייתו במלאך אלא בגוף הנזירות עצמו בלבד כך נראים הדברים בטעמם ולא מפני שאנו מדמין נעשה מעש' ומה גם כי לא ראינו לא' מרבותינו הראשונים שיפרשו דלדבר מצוה איתיה בשאלה אי נמי ע"י תלייה ואם איתה לא הוי שתקי מינה ומה גם כי כל הנהוג עכשיו לידור בנ"ש ע"י תליה הוא ואעפ"כ החמירו עליו אלא שבקשו לו פתח ממקום אחר ובמקומו כתבתי טעם אחר אמאי כשתולה בשמשון אין לו הפרה ולא נתקררה דעתי לא בזה ולא בזה מ"מ מה שכתבתי כאן נכון הוא לעשותו סניף לדבר אחר.

סימן כה

החקירה הב' אם יש לדון בנדרי' ונדבו' דין אסמכתא לפי שמצאתי כתוב ממהר"ר יחיאל אשכנזי ז"ל מעשה שהיה באיש אחד שנדר בנ"ש אם יכנס לבית הכנסת פ' והותר לו ע"פ הרב מהר"ר יוסף טיטצק ז"ל וקצת חכמים ועיקר ראייתם מהגהת מרדכי בסוף מציעה זה נסחה ואותם בני אדם שנודרים כך וכך לצדקה אם יצחקו ועוברים על נדרם פטורי' מליתן אע"ג דצדק' מקניא בדבור כדתניא בפיך זו צדקה מ"מ לא חשיבא אמירתו לגבוה כמסי' להדיוט והכי נמי מוכח בסמוך דקאמר ההוא ר' יהודה משום ר' טרפון היא דאמר אין א' מהם נזיר אע"ג דנזירות הוי כאמירה ואפי' הכי קאמר דאין נזיר משום דהוי אסמכתא דהא מלתיה דר"ט איירי בב' שתלו נדר' בא' אם פ' הריני נזיר וכו' והא

דלא חשבינן אסמכתא ההיא דהילנו המלכה שנדרה אם יבא בנה מן המלחמה אהא נזירה ז' שנים שאני התם דגמרה ואמרה כדי שיועיל הזכו' לבנה ע"כ וכתב ז"ל דאע"ג דר"ט יחידאה הוא ע"כ לא פליג בה' עליו אלא כי התם שנתכוון לנזירות ונתקיימו דבריו אבל בלשון אסמכת' גמורה כ"ע מודו שאין כאן נזירות ואף מהר"ם ז"ל שם במרדכי לא אמר אלא בנודר דרך בקשה דגמר ומקנה רק שיבאו בקשותיו כי הא דאם יהיה אלהים עמדי ואם נתן תתן את העיר הזה בידי וכו' עכ"ל.

ואיברא שדברי המרדכי מוכיחין מהך שמעתא דפי' זה בורר דפריך לרב ששת דלא חשיב משחק בקוביא אסמכתא אלא למי שאינו עוסק בישובו של עולם שאין לו אומנות אלא הוא ופרכינן עליה והתניא בין יש לו אומנות שלא הוא בין שאין לו אומנות פסול וקאמר ההוא ר' משום ר"ט הוא דאמר אין א' מהם נזיר שלא נתנה נזירות אלא להפלאה וכתבו בתוס' שהקשה ריב"ן מאי מדמה קנין לנזירות שאני נזירות דגלי קרא כי יפליא וי"ל דמ"מ נילף מינה בעלמא ור"י תירץ דמוכח דאי בכה"ג לא הוי אסמכתא א"כ חשיב נמי הפלאה אע"ג דלא ידע אלא בעלמא חשיב אסמכתא והכא גבי נדרים ס"ד דאתרבי משום ידות להכי אצטריך כי יפליא משמע דגמר' מדמה קנין לנזירות דמידי דלא הוי אסמכת' גבי קנין לא הוי לענין נזירות ולא מתרבי מכי יפליא ומינה דמאי דחשיב אסמכתא לענין קנין חשיב לענין נזירות מכי יפליא אפי' לרבנן ואי קשיא דלמא לרבנן אפי' אסמכת' גמורה מהני בנזירות ונדרים מדין ידות כדכתבו התוס' וצדקה נמי איבעיא לן בריש מכילתין ובאת"ל איפשיטא דיש יד לצדקה כמ"ש הר"ן שם ומיהו למאן דס"ל דלא איפשיטא באת"ל ספיקא הוי ויש שדנו אותה לקולא לנתבע דהמע"ה ויש שדנו לחומרא לצאת ידי חובת נדרו והכא קרא דכי יפליא הא דרשינן מיניה בספ"ק דחגיגה התר נדרים שאמרו יש להם על מה שיסמוכו דכתיב כי יפליא ודחי דילמא לנדרים משום דר"ט דלא נתנה נזירות אלא להפלאה אלמא לרבנן להתר נדרים דרשי' ליה ועוד אס"ד דרבנן נמי אית להו כי יפליא לדבר שהוא אסמכת' גמורה אמאי קאמר לנדרי' משום ר"ט לימא סתמא להא דדרשי' לא נתנה נזירות אלא להפלאה וי"ל דהתם בעי למימר דלכולהו אית ליה פירכא בר מדשמואל דמייתי מדכתי' לא יחל הוא אינו מוחל וכו' דאי מכי יפליא דילמא לדרשא דר"ט אתא אבל רבנן לא קים לן דאית להו הך דרשא אבל לבתר דקים לן קרא דשמואל דהוא אינו מוחל ע"כ רבנן אייתר ליה כי יפליא לענין אסמכת' דלא נרבייה מדין יד וראיתי להרמב' ז"ל בפ"ב מה' נזיר דאייתי הך מתניתי' דפלוגת' דר"י משם ר"ט בשנים שהיו מהלכין בדרך ובא א' כנגדן כתב בלשון הזה ואמר א' מהשנים זה ההולך כנגדנו שמעון הוא ואמר חברו ראובן הוא ואמר זה הריני נזיר אם יהיה ראובן ואמר האחר הריני

נזיר אם יהיה שמעון הגיע אליהם והרי הוא ראובן הרי זה נזיר ואם היה שמעון הרי חברו נזיר כמו שנדרו וכן כל כיוצ' בזה וכן האומר הריני נזיר אם יהיה בכרי זה מאה כור וכו' ע"כ משמע מדבריו שמפרש שהאומר הראשון שאמר זה שמעון נזר להעמיד דבריו שיהא נזיר אם יהיה ראובן שאין בדעתו אלא שהוא שמעון וכן חברו ואין לך אסמכת' גדולה מזו דלעולם לא אסיק אדעתיה שיהא ראובן משמע דס"ל דרבנן לא משמע להו כי יפלי' כלל ואפי' באסמכתא כזו חייל נזירותיה ודבריו אלו תמוהי' אצלי מאד חדא דבגמר' פרכינן אמתני' דקתני וב"ה אומרי' אין נזיר אלא מי שלא נתקיימו דבריו מי שלא נתקיימו דבריו אמאי יהא נזיר ואמר רב יהודה אימא מי שנתקיימו דבריו משמע דהאומר זה שמעון הוא שנזר ואמר הריני נזיר שזה שמעון שאם נתקיימו דבריו חל עליו הנזירות כדברי רש"י והתוס' דלדברי הרמב"ם אדרב' עדיף טפי לומר מי שלא נתקיימו דבריו שאמר שהוא שמעון ונזר אם יהיה ראובן ואשתכח שהוא ראובן ולא נתקיימו דבריו שאמר שהוא שמעון ובפי' המשנה פי' ז"ל דר"ט אומר אין א' מהם נזיר שכל א' וא' לא פסק הדבר ולא אמרו אלא לפי כח המחשב' ולא חייב עצמו בזה חיוב גמור וב"ה אומרי' כל מי שלא נתקיי' מדבריו דבר שיצילהו מהנזירות הוא המחייבו בנזירו' לפיכך אם אמר הריני נזיר שזה פ' אם נתקיימו דבריו והרי הוא פ' חל עליו הנזירות וכו' ואח"כ כתב והכונה בודאי ממאמר מי שלא נתקיימו דבריו הוא מה שאמרנו ע"כ משמע שרוצה לפרש שאין הגמר' מגיה המשנה אלא מפרש מתני' דמעיקרא דס"ד דמי שלא נתקיימו דבריו אמאי דקאמר שזה פ' אם נמצא שאינו הרי לא נתקיימו ומשני מי שלא נתקיימו דבריו הראשונים שזה פ' הרי הוא נזיר לפי שלא נתקיימו דבריו הראשונים שאמר שאין זה פ' ולאמת דבריו הראשונים קבל הנזירות והפי' הזה דחוק מאד בדברי הגמ' דהול"ל מאי מי שלא נתקיימו דבריו דבריו הראשונים ועוד קשה טובא דלא מתוקמא מתני' בכה"ג בלא נתכוין לנזירות אלא לאמת דבריו הראשוני' דא"כ מאי טעמיה דר"ש דאמר כלם נזירים דמשמע אף מי שנתאמתו דבריו דע"כ לא אמרי ב"ש דהקדש טעות הקד' וכן נדר בטעו' אלא כשנתכון לידו' כגון שור שחור שיצא מביתי ראשון הרי הוא הקדש ויצא לבן וכן אם אמר הריני נזיר שזה פ' שנתכוון להזיר בהיותו פ' אף אם לא נמצא כדבריו לנזירות מיהא נתכוון אבל זה שלא נתכוון אלא לאמת דבריו ולא יהיה נזיר הרי נתאמתו ועוד מי שלא נתקיימו דבריו לב"ה אמאי הוי נזיר האי נדרי שגגות הוא דתנן קונם אם אכלתי ואם שתיתי ונזכר שאכל ושתה דאדעתא דנפשיה קא נדר קסבור היה שלא אכל וכגון ההיא דרב כהנא ורב אסי הדין אמר שבועתא דהכי אמר רב והדין אמר שבועתא דהכי אמר רב כל חד וחד אדעתא דנפשיה שפיר משתבע ובפ' שבועות שתים

אמרו דהכי אמר ליה רב את לבך אנסך ותניא האדם בשבועה פרט לאנוס הכא נמי לביה אנסיה שסבור שהיה שמעון ותו אי פלוגתא דר"ט בהכי איתא מאי מייתי מינה רב ששת בפרק זה בורר דמוקי ברייתא דמשחק אף ביש לו אומנות שלא הוא דחשיב אסמכת' לר"ט דילמא שאני הכא דאדעתא דנפשיה קאמר והויא אסמכתא גמורה טפי ממשחק בקוביא ולאו בידו וגמר ומקני. ותו בפ"ב דנדרים אהא דתניא הריני נזיר אם יש בכרי זה מאה כור ומצאו שנגנב דר"י מתיר רמינן דר"י דכרי אדר"י דסתם תרומה במקום שמכירין תרומת הלשכ' אסו' וסוף סוף דחיק לשנויי דהך דר' יהוד' דברי ר"י משום ר"ט היא דלא נתנה נזירות אלא להפלאה וצריך לאוקומי ההיא דכרי ע"ד אסמכתא לאמת דבריו דומיא דההי' דר"י משום ר"ט ודלא כהלכתא והשתא דאתי להכי נוקמא אליבא דהלכת' וכרבנן ושניא ההיא דכרי דלאמ' דבריו נזר ולא נתכוון לנזירו הילכך אם יתברר שאינו כדבריו קאמר דכל זמן שלא נתברר על דעתי' קאי ואינו נזיר אבל האומר הרי עלי כתרומה סתם ובאותו מקום מכירים תרומ' הלשכה סתמא לחומר' דספקא דאוריית' לחומרא. ותו דבפ' ד' נדרים בעי' למימר דנדרי זירוזין שהתירו חכמים כר"י משו' ר"ט דהכא דלא נתנה נזירות אלא להפלאה ולהכי ס"ל ר' דכששניהם רוצים אח"כ בג' דינרין מותר ומי דמי התם אדעתא דנפשיה קא נדר ואף כר"ט לא מתוקמ' וע"כ בשניה' רוצים מעיקר' קאמר דלא נתכוון אנא לזרז חברו. מכל הני מוכח בהדי' שהמשנ' והגמ' מתפרשי' כפשט' דמי שאומ' הריני נזיר שזה שמעו כך הוא סבור שהוא שמעון אלא לפי שעדיין אין הדבר ברור לו לא קרי ליה ר"ט הפלא' ולרבנן אי מייתר ליה כי יפליא דריש ליה לכי הויא אסמכתא דגבי קנין לא קניא גבי נדרי' ונזירו' נמי לא מתפיס כן היא הצע' של שמוע' בדברי המרדכי ונראי' הדברי' מדברי התוס' אלא שדברי הרמב"ם ז"ל צ"ע ותמהתי שלא ראיתי לא הרב בעל כסף משנ' ולא בעל לחם משנה מפרשי דבריו שעוררו על זה.

ומיהו קשה דאשכחן בפ"ב דנזיר דתנן אמר אמר' פרה זו הריני נזירה אם עומדת אני ומפרש בגמ' דה"ק ואני אומר הריני נזיר אם לא עמדה ועמדה מאליה ב"ש אומרי' תורפיה דהאי גברא משום אוקמא בידים הוא והא לא אוקמא ומפרש התם דאין רצונו להיו' נזיר דטריח' ליה מלת' אלא אומר הריני נזיר אם לא אעמידנ' ועמדה מאליה ב"ש סברי אם לא יעמידנה קאמר והא לא אוקמה וב"ה סברי תורפיה דהאי גברא משום דרביעא והא קמת ומשמע דלכ"ע אם לא נתקיימו דבריו חל עליה הנזירות אע"פ דאסמכתא היא דסבר דאיהו יעמידנה לב"ש או שתעמוד מ"מ לב"ה וחל עליו נזירות. ותו דתנן בפ"ד נדרים הרי נטיעות האלו קרבן אם אינן נקצצות טלית זו קרבן אם אינה נשרפת ומפרש בגמר' דאיכא זיקא נפישא וס"ד דמסיק אדעתיה דלא מתנצלן ומשום

הכי קנדר קמ"ל. ומצאתי להרשב"א ז"ל בתשובותיו המיוחסות להרמב"ן ז"ל סימן קנ"ג דהקדש בלשון אסמכתא קניא והביא ראיה מהך דהבאתי אמר אמרה פרה זו הריני נזירה אם עומדת אני ע"כ. ואי ס"ד דאסמכתא בנזיר ליכא משום דכתיב כי יפליא ה"ה בנדרים שאין טעם לחלק ביניהם דבנדרים נמי כתיב כי יפליא גבי ערכין ומינה דרשינן בספ"ק דחגיגה דהיתר נדרים יש להם על מה שיסמוכו דכתיב כי יפליא תרי זימני חד בערכין וחד בנזיר אחת הפלאה לאיסור וחד הפלאה להתר משמע דערכין ונדרים ונזירות אחת היא ודחי בתר הכי דילמא לכדר"י משום ר"ט אתא משמע דכי היכי דדרשינן לא נתנה נזירות אלא להפלאה הכי נמי בנדרים וכן משמע בההיא דר"פ ד' דנדרים דמייתי הא דר"י משום ר"ט לענין ד' נדרים שהתירו חכמים. ומיהו איכא למימר דלא תיקשי ממתני' דנטיעות עליה דמרדכי ז"ל דאע"ג דחזא זיקא נפישא לא אקדיש משום דלא מתנצלן שזו גנבת דעת היא ואין אדם עושה קנוני' ורמאות בהקדש אלא כך היה בדעתו אם הקב"ה מצילן הריני מקדיש אותם לשמים וכללא דאסמכתא כל היכא דגזים והאי לא גזים ולא עביד מלתא יתירת' אלא כבד את ה' ממה שחנכו והיטיב לו שלא נעקרו אבל בני אדם הנודרים כך וכך לצדק' אם יצחקו דרך קנס הוא ומילתא יתירתא עבדי כדי שמחמתו יגדרו עצמן מן הצחוק ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי. אי נמי לא קשיא דנטיעות אלו קרבן לבדק הבית קאמר מדלא קתני בלשון קונם ובקדשי ב"ה ודאי דכיון דחשיבא אמירתו לגבוה כמסיר' אפי' ע"י אסמכתא מתפיס כמ"ש המרדכי עצמו דאע"ג דבצדקה מקניא בדבור מבפיך זו צדקה מ"מ לא חשיבא אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא מדין נדר אתרבי ולדידיה נדרים ונזירות באסמכתא לא מקנו דבעינן הפלאה. ומיהו כמה רבוות' אשכחן דס"ל דאסמכתא בצדקה קניא כמ"ש המרדכי שם בשם מהר"ם דכיון דבאמירה בעלמ' מתחייב ליכא אסמכתא ומ"ש מהר"ר יחיאל ז"ל שאף מהר"ם ז"ל לא אמר אלא בנודר ע"י בקש' דגמר ומקני רק שיבאו בקשותיו כי הא דאם יהיה אלהים עמדי וכו' ואם נתון תתן את העם הזה בידי אינו מחוור שעל אותה ההגהה הביא דברי מהר"ם כחולק עליהן. ובתשוב' אחריתי למהר"ם הביאה המרדכי בפר' דו"ה דכייל התם שאמירה לגבוה כמסיר' המועל' להדיוט היא וכן הביא ראיה מדברי רבינו שמשון תנן גבי ההוא גברא דתקע לחבריה דאמר הואיל ופלגא דזוז' הוא להוי לצדק' שאם היה אומ' אם יבא לידי אתננו לצדק' היה מחוייב ליתן אע"ג דלא נדר לשום בקש' כלל ואסמכת' חשיבא. והרא"ש בתשו' כלל י"ג כתב על קנס של הקדש שאם לא יעשה כך שיתן כך וכך לצדק' שמחוייב ליתן ואין בו אסמכתא וכתב שכן פסק רבינו ברוך וכן כתב המרדכי בשם הרמב' כמ"ש מהר"ר איסרלן במכתביו ושכן נראה מתשובת הר' יעקב כהן צדק

וכיון דפלוגתא' דרבוותא היא אזלינן לחומרא אלא דאכתי איכא למימר דכל הני רבוות' דפליגי עליה דמרדכי בצדק' לא פליגי עליה בנדרי' ונזירות דמוכח מהתם בפ' זה בורר דשייך בהו אסמכתא דצדקה שאני שיש בקיומה מצוה ושלא ע"י נדר חייב לקיי' דבריו כיון דמצוה היא נדר גדול נדר לאלהי ישראל דנפקא לן מבפיך דכיון דיצא מפיו לצדקה לא ישוב וכה"ג אשכחן דקפיד רב ואמר לשמעיה כי אמינא לך הב מידי לפלני' אי גבר מסכן הוא לא תמלך בי תנינות אעפ"י שלא הוצי' בפיו לומר אתן אלא לשמעיה אמר שיתן ועדין לא זכה ולא הגיע ליד שמעי' שיזכה לו הואיל שיצא מפיו דבר של מצוה בכל ענין צריך לקיים אבל נדרים ונזירות שאין בקיומו מצוה אלא שאוסר' על עצמו ואם לא אמר לשון המועיל לא מתפיס גם באסמכת' לא מחייב בה דלא גמר ומתפי' נפשי' דפיו ולבו שוין בעינן.

ואיכא למידק בהא מילתא דלפי"ז כל נדר ואיסור שאינו בא לעצמו של איסור אלא כדי לחייב עצמו לעשות דבר או למנוע עצמו מלעשות דבר כגון שאומר פירות שבעולם עלי אם אעשה דבר פ' או אם לא אעשה וכן כל נודר בנ"ש לא לעצמו של נזירו' עושה שאין בנ"ש מצו' אלא חטאים גדולי' אלא למנוע עצמו מדבר עושה ואי ס"ד דכל הני ס"ל למרדכי דלאו כלום הוא תיקשי ליה מכמה נדרי' דאיתנהו בכה"ג דבפ' בתר' דנדרים אם ארחץ אם לא ארחץ אם אתקשט אם לא אתקשט הרי אלו נדרי ענוי נפש ומפרש בגמ' דהכי קאמר קונם הנא' רחיצ' לעולם עלי אם ארחץ היום וכן לענין קשוט ובהך פרק' קונ' שאיני עושה על פי אבא ועל פי אביך אם עושה אני על פיך שאיני נהנ' לך אם עושה אני על פי אבא וע"פ אביך הרי זה יפר. ונדרי אונסין שהתירו חכמים מפר' בר"פ ד' דנדרי' דזמינא הוא דאדריה למזמניה דא"ל מזמנת לי לסעודתך א"ל אין נדר זה עליך ונד' שיאסר בקונ' אם לא יבא אצלו וטעמ' דחלה הא לא חלה נדרו קיי' אע"ג דאסמכתא היא ובההו' פרק' מעשה באחד שהדיר את אשתו מלעלו' לרגל. ובגטין ס"פ השולח מעשה בציידן באחד שאמ' לאשתו קונם אם איני מגרשך ומפ' בגמרא קונם פירות עול' עלי אם איני מגרשך ובפ' עשרה יוחסין אהא נזיר אם לא אגלה משפחו' יהא נזיר ולא יגלה משפחו'. אלא משמע דלא שייך לומר טעם אסמכתא אפי' היכא דגזים ונדר ואמר מילתא יתירתא אם יעשה שדעתו שלא לעשותו וכסבור שלא יבא כלל לידי כך לפיכך אם נתפתה מיצרו ובא לידי כך יכול הוא לומר סבור הייתי בשעת האיסור שלא באתי לידי מדה זו כגון אסר עליו בקונם אם יאכל ככר זה ונצטע' עליה ואכלה וכגון נדר כך וכך לצדקה אם יצחוק דאנן סהדי שהיתה דעתו לנדור עצמו שלא לצחוק ונתפתה מיצרו ועבר וצחק אבל לא יעלה על דעת שנתיר לו לצחוק לכתחלה ולא יתחייב שהרי כל עצמו

לא נתחיי' אלא למנוע עצמו וכשהוא עומד וצוחק בקום עשה בההיא שעתא קיימיה לנדריה וכן נדר לחברו בקונם אם לא יאכל אצלו ובלא שום אונס נתעסק בדבר אחר ולא בא כיון שהיה אפשר לו לבא ולא בא בההי' שעת' חל עליה נדריה שחיילו' הנד' בשעת קיום התנאי או ביטולו הוא ובההיא שעת' מזיד הוא וע"ד כן נדר שימנע עצמו מלעשותו ואם לאו שיחול האיסור עליו לפיכך ק' עלי שנאמ' דמשום דלא סמכא דעתיה שיעבור נתיר לו לכתחלה שיעבור ומדבריהם משמע שאותו שנדר בנ"ש אם יכנס לב"ה הותר לו ליכנס בב"ה לכתחלה. גם ראיתי בשם הרב מהר"ר שמואל חכם הלוי ז"ל שכת' על כיוצא בזה שיש לסמוך על דברי אותה הגה"ה מהמרדכי בסוף מציעא.

סימן כו

החקירה הג' אם זו שאמר בנ"ש דליתיה בשאלה אם מילתא פסיקת' היא לפי שראיתי תשו' לרב אבא מארי ז"ל שהיה מורה התר בנ"ש שיש לו פתח לומר דאדעת' דהכי לא נדר לפי שהיה מוכיח שנדר הניתר ע"י פתח משוי ליה לנדריה כעין נדרי טעו' ואין צריך התרה מן התורה מהא דאמר' בפ"ד דנדרים אמר רב יהודה אמר רב אסי אין חכם רשאי להתי' אלא כעין ד' נדרי' הללו קסבר אין פותחים בחרטה וכתב הר"ן ז"ל והיינו טעמ' דעדי' פת' מחרט' לפי שכל נדר הניתר ע"י פתח הרי הנוד' אומ' שאפי' כשנדר בתחל' אם היה נותן אל לבו אותו פתח לא היה נודר ונמצ' נדרו טעות וכן פי' הרא"ש ז"ל עד שיאמר אדעת' דהכי לא נדרתי ונמצ' שלא היה מעולם נדר ומ"מ צריך התרה מדרבנן לפי שאין הטעו' ברור וגלוי כעין אות' ד' נדרים שלא הצריכו בהם התרה כלל דמילי מוכחי ובירירו לכל הם וכיון דרבנן הוא דאצרוך היכא דאפשר ע"י התרת חכם מתקני' היכא דלא אפשר כגון בנ"ש דליתיה בשאלה מוקמי' לי' אדיניה דמאוריתא לא צרי' התרה. ונראה שיש לדקדק כן בדבריו ז"ל מדברי הרמב"ן ז"ל שהביאה הר"ן בההי' דנדר שהותר מקצתו הותר כלו דדוקא קאמר בנדר שהות' ע"י פתח שדומה קצת לנדרי טעות וכיון שיש טעות בנדר בטל כלו אבל הותר בחרטה אין כל הנדר נית' אלא מה שהוא מתחרט בו בלבד משמ' דבעי למימר דדוק' אמרי' נד' שלא חל במקצתו לא חל בכלו ואם אית' דבלא התרה לא מעקר אלא שחכם הוא שעוקר הנדר מעיקרו מה בין פתח לחרטה אף הניתר ע"י פתח השתא הוא דמעקר למפרע משו' שהתירו חכם ובלא התרת חכם חל שפי' ואי משו' שהתירו חכם ונעקר מקצתו נעקר כלו בחרטה נמי סוף סוף חכם עוקר הנדר מעיקרו וכיון דאתעקר אתעקר אלא משמע דע"י פתח דוקא דאדעת' דהכי לא נדר ולא חל במקצתו לא חל בכלו. והרי מצינו אף לענין הקדש ואף לענין קדושין בס"פ הגוזל עצים אהא דתנן נתן הכסף לאנשי משמר אין היורשי' יכולים להוציא מידן אמ' אביי

ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא מכפר נהדר ליורשי' דאדעתא דמת לא יהיב ופריך אלא מעתה אשם שמתו בעליו תיפוק לחולין אדעתא דהכי לא אפרשא ומשני חטאת שמתו בעליה הלכתא גמירי לה דלמיתה אזלא וכן באשם שמתו בעליו והדר פריך אלא מעתה יבמה שנפלה לפני יבם מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעת' דהכי לא קדשה עצמה ופי' התוס' דבנפלה מן האירוסין מיירי דאי מן הנשואין ודאי מקדשה עצמה דמשום מה שיהיה אחר מיתת בעלה לא מסקי אדעתא מלהיות נשואה אלא מן האירוסין מיירי ומכאן למד רש"י ז"ל ליבמה שנפל' לפני מומר דאדעת' דהכי לא קדשה נפשה דבשלמ' גבי מוכה שחין דחי גמ' כדר"ל טב למיתב טן דו. וכבר הקשו התוס' א"כ אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל יתבטל המקח וכו' ותיר' דהתם לאו בלוקח לחודיה תלי' מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר אבל בקדושי' בדיד' תלי' מילת' וכן במקדיש בדידיה תלי' מילת' ובפ' נער' שנתפתת' נמי אמרי' נתארמלה או נתגרש' מן הנשואין גובה את הכל מן האירוסין בתולה גובה ק"ק ואלמנה מאה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וכתבו התוס' אין לתמוה בסברא זו דבכמה מקומות בגמ' מצינו כן וא"ת א"כ כל אדם דלוקח פרה מחברו ונטרפה או מתה אנן סהדי דע"מ כן לא לקחה וי"ל דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה להכנס וכו' וכן ההיא דזבין ולא איצט' ליה זוזי ופי' שם ההיא דיבמה דנפלה לפני מוכה שחין דאדעת' דהכי לא קדשה נפשה משום דבדעת' תליא מילת' שברור לנו שהו' לא יעכב בשביל שום דבר שיארע אחר מיתתו ולהכי לא פריך אשה שנעשה בעלה בעל מום תיפוק בלא גט כיון דתלוי נמי בדעת המקדש ומהך טעמא נמי יש לחלק במומר דודאי איהו מקפיד בהכי ולכך חלקו עליו על רש"י ז"ל בזה אבל כל שהדבר תלוי בו איכא למימר דאדעת' דהכי לא עבד המעשה בטל ואין לך מעשה גדול כקדושין והקדש וה"ה לענין נדרים שהנדר בטל דהו"ל נדרי טעות ולא אמרו צריכין שאלה אלא מדרבנן. ואי קשיא לפי זה מאן דסבר בגמר' אין פותחין בחרטה והיינו אפי' בחרטה דמעיקרא דהא אפי' מאן דאמר פותחין בחרטה היינו בחרטה דמעקר' דוקא כדפי' הרא"ש והר"ן א"כ למאן דאמר אין פותחין התר נדרים דהוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו במאי מוקמי' ליה אי בחרטה אפי' דמעיקרא אמרת אין פותחין ואי ע"י פתח הא לא בעי התרה מן התורה כלל. איכא למימר דהא דאמרי' אין פותחין היינו דאין חכם רשאי לפתוח לו ולומר נתחרטת מעיקרא דחיישינן שמא מתוך דבריו ילמוד לשקר אלא שאם הוא מעצמו אמר כן שומעין לו וכיוצא בזה פרש"י לענין פתח אעפ"י שאין כן דעת הרא"ש והר"ן שם הנה נצטרך לפרש כן לפי שיטתם. ותו איכא למידק דהא פתח ליה רחמנא למשה כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך והוצרך להתרה

כדדרשינן במדין נדרת במדין לך והתיר נדרך. ויש לומר דהך פתח לא מהני לגבי יתרו שהשביעו לשבת אתו בכל ענין להכי אמר ליה במדין לך והתיר דבעי' מדעתו ואע"פ כן צריך התרה כדכתב הרשב"א ז"ל דכל נדרים שהם בשב ואל תעשה לא מצי להתירו שלא עפ"י חכם דלא שייך לומר הריני כאילו התקבלתי לפיכך צריך להתירו בפניו ומדעתו ואכתי קשיא לי הא דאמרי' בר"פ פותחין אהא דתנן יפתחו לו בכבוד המקום א"כ אין נדרים וקא מתמה בגמ' מאי אין נדרים ואמר אביי א"כ אין נדרים נתרים יפה ורבא אמר א"כ אין נדרים נשאלים לחכם ואם איתי' דע"י פתח אין צריך התרה מאי קא מתמה גמרא הא שפיר קאמר אין נדרים שכל הנדרים יש לעוקרן מעיקרא בלא התרה מטעם זה ובהא דמשני רבא אין נדרים נשאלים לחכם פרש"י והרא"ש שאם יפתחו לו בכבוד המקום כשידו' פעם אחרת לא יבא לחכם להתיר אלא יפתח פתח זה לעצמו והוא אינו יודע דהוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו אלמא משמע להו דאף בנדר הניתר ע"י פתח בעי שאחרים ימחלו לו מן התורה ויש לי לפרשה לשיטתו ז"ל דהא דקמתמה גמרא מאי אין נדרים כלומר וכי אחריות נדרים עלינו כדאמרי' במס' זבים דא"ל לר' עקיבא א"כ אין זבים מעתה אמר להם אין אחריו' זבים עליכם הכא נמי מאי פריך א"כ אין נדרים ונוקי התרה דקרא באומר דאדעתא דהכי נמי נדר ומשני רבא אין נדרים נשאלים לחכם כלומ' שאם יפתחו לו בכבוד המקום כשירצ' לידור פעם אחרת לא יבא לחכם להתיר אלא יפתח זה הפתח לעצמו ואתי למטעי אף כשנד' על דעתו שהוא אסור. וכי תימא ומה בכך ולא יהא אלא חרטה הא אינו רוצה עכשיו לקיים נדרו לכך כתבו דהוא אינו יודע דהוא אינו מוחל אבל אחרים מוחלין לו ומ"ש רש"י יפתח פתח זה לעצמו לאו בפתח מעקר' מיירי דאדעת' דהכי לא נדר דבההוה' לא בעי שאחרים יתירו לו אלא ה"ק יבא לטעות ואף היכא דבתחלה אדעת' דהכי נדר ועכשיו הוא מתחרט יפתח פתח זה לעצמו לו' אם היה לי רצון של עכשיו שהוא מתחרט לא הייתי נודר והוא אינו יודע דבחרטה דהשתא הוא דאינו מוחל. וקשיא לי עוד מהא דתנן בפ' המדיר ובפ' האיש מקדש המקד' את האש' ע"מ שאין עלי' נדרי' ונמצאו עלי' נדרים אינה מקודש' ואמרי' התם בברייתא הלכה אצל חכם והתירה מקודש' שחכ' עוקר הנדר מעיקרו והא דתני' אינה מקודש' ר"מ היא דאמ' אין אדם רוצה שתתבז' אשתו בב"ד ומדקתני סתמא אינה מקודשת משמ' דשרי' תכף לאנסובי ואמאי ניחוש שמא תמצ' פתח לנדרה ונמצא נדרי' טעו' וחיילי קדושין שפיר ונהי דלהתרת חכם לא חיישינן שאם תנש' לאח' איהי חיישא אנפש' ולא תלך אצל חכם להתיר לה דלא מקלקלא נפש' אבל אכתי ניחוש לפתח דממילא אתעקר נדרה וי"ל דכיון דאפי' היכא דאיכא פתח אצרכוה רבנן להתרת חכם

איהו נמי אנדרי' דרבנן חייש דאמר אי אפשי באשה נדרנית ולא תקשי אתי נדרא דרבנן ומבטל קדושין דאורייתא כדאמר' בפ' יוצא דופן אי ס"ד מופלא סמוך לאיש דאורייתא אתי דרבנן וכו' דהכא בקפיד' דבעל תלי' מלת' דכיון דלא סגיא לה בלא התר' חכם איהו קפיד וזילא ביה מלתא וכה"ג אמרי' בהמקדש בחמץ בשעות דרבנן דאשה אינה מקודשת אע"ג דמדאוריית' ליכא איסור הנאה כיון דסוף סוף אינה נהנת ממנו לא מקדשא נפשה במידי דלית לה הנאה. אי נמי דבההיא שעתא דנמצאו עליה נדרים ונודעו לבעל והקפיד נתבטלו הקדושין אע"פ ששוב תמצא פתח לנדר' שהרי בהלכה אצל חכם והתירה כתבו התוס' והרא"ש ז"ל דדוקא כשהתיר קודם ידיעת הבעל אבל אחר ידיעת הבעל לא מהני להו התר כדקתני מתני' סתמא אינה מקודשת דמיד רוצה שיהיו מבוטלי' דשמא לא יהא להם התר הילכך אפילו אם שוב מצאה פתח לנדרה דלא בעי התר' מן התורה לא חיישינן שהרי נתעקרו הקדושין דתמ' שנודע לו ואינו רוצה בקיומן. ותו איכא למידק בהא דאמרינן בפרק המגרש בתשובתו של ר' שמעון בן אלעזר היכן מצינו שזה אוסר וזה מתיר ופרכינן ולא והרי נדרים נודר אוסר וחכם מתיר הא אמר ר' יוחנן אין חכם מתיר כלום אלא בחרטה ופי' רש"י ז"ל שפותח פתח לנודר בדברים הבאים לו ע"י נדר זה שאילו ידע מתחילה שכן עתיד לא היה נודר נמצא שמתחלתו אינו נדר ע"כ ומדבריו ז"ל משמע דאפילו ע"י פתח צריך התרת חכם מן התורה וה"פ לא תקשי לך מנדר הניתר ע"י פתח דנודר אוסר וחכם מתיר דהא אמר רבי יוחנן אין חכם מתיר כלום אלא בחרטה כלומר עד שיתחרט עכשיו לאפוקי היכא דאינו מתחרט עכשיו ורוצה הוא בקיומו של נדר אף על פי שמצא פתח לנדרו אלא שמפני שמרבים עליו ריעים שיתיר הוא נשאל ולא בחכם תליא מלתא אלא בחרטתו אלמא אפי' ע"י פתח בעי התרה מן התורה מדמייתי מר' יוחנן דצריך שיהא שם חרטה דאם לא כן בלא ר' יוחנן לא קשה מידי דבנדר הניתר ע"י פתח בלא התרה הוא ניתר וע"י חרטה לא מקרי זה אוסר וזה מתיר שחרטת עצמו גרמה לו אלמא מנדר הניתר ע"י פתח פריך וס"ד לא בעי חרטה דידיה והו"ל איהו אוסר וחכם מתיר מן התורה. ומיהו בלא כן קשיא דודאי הא דר"י לכתחלה היא דאילו אם התירו ע"י חכם ע"י פתח בלא חרטה דהשתא מותר הואיל וכבר נשאל עליו שחכם עוקר הנד' מעיקרו ואכתי הדר' קושיא לדוכתיה הרי נדר הותר ע"י פתח שחכ' מתיר ונודר גופיה לא שייך בהתרה כלל אלא י"ל דה"ק אין חכם מתיר כלו' אלא בחרט' פי' אין כח בהתר' חכם לעקו' את הנד' מעקרו אלא בסיוע חרט' עצמו חרט' דמעיקר' שלא היה רוצה לידור לאפוקי היכא שאינו רוצה בקיומו עכשיו שזה אינו מסייע להת' חכ' דמה שאינו רוצ' עכשיו בקיומו מכאן ולהבא הוא ואילו חכם לעקו' הנדר מעיקרא בא אלא בחרטה

דמעיקרא איירי וזה שכתב רש"י שפותח פתח לנודר היינו פתיחה בחרטה וכן משמע דאם פתח ממש אדרבא הול"ל אין חכם מתיר בחרטה אלא בפתח דפתח עדיף מחרטה אלא בפתח דחרטה מיירי וה"ק אין כח בחכם להתי' ולעקו' הנדר אלא במסייע חרטה דידיה והשתא לא מיקרי זה אוסר וזה מתיר אלא כשחכם מתיר בלא שום סיוע מהאוסר אבל הכא בין בפתח בין בחרטה אין המתיר מתיר אלא מפני שהאוסר לא אסר לגמרי שאם היה האוסר אוסר בכל תנאיו ואדעתא דהכי ודהכי נדר לא היה אחר יכול להתיר. ובפרק הספינה דאגדתא דרבה בר בר חנה ועכשיו שנשבעתי מי מפר לי הקשו התוספות דאמאי אין הקב"ה מפר לעצמו דהא מסקינן בחגיגה דנדרים יש להם הפרה מדכתיב אשר נשבעתי באפי ודרשינן באפי נשבעתי וחזרתי בי אלמא הוא מיפר בעצמו. וההיא קשה האיך מפר בעצמו והא אמרינן הוא אינו מוחל וכו' ונראה דהתם ודאי ע"י חרטה קאמר דכלפי מעלה לא שייך פתח לומר אדעתא דהכי לא נדרי אלא בחרטה כדמשתעי קרא וינחם. ולא ידענא מאי קשיא להו לתוס' דהא דאמרינן באפי נשבעתי וחוזרני כלו' ואהיה נשאל עליו כדאמרי' הכא בהספינה ועכשו שנשבעתי מי מפר לי דאי אמר רבה הותר הנדר היה מותר ובפ"ק דנזיר מייתי עובדא דשמעון הצדיק דאמר מימי לא אכלתי אשם נזיר טמא ומפרש בירוש' סבר שמעון בני אדם מתוך הקפדן הם נודר' ומכיון שהם נודרים מתוך הקפדן סופן לתהות ומכיון שהוא תוהה עושה קרבנותיו כשוחט חולין בעזרה ואי התרה בעי מדאורייתא האיך מביא חולין לעזר' כל שלא הותר עפ"י חכם. אלא דמייתי לה להך עובדא בפ"ק דנדרים נמי ומפרש טעמא הכי כשהם תוהי' הם נוזרי' וכשהם מטמאים ורבין עליהם ימי נזירות מתחרטים בהם ונמצאו מביאים חולין לעזרה וכתבו שם הרא"ש הר"ן דמביאין חולין לאו דוקא דכל זמן שלא התירם חכם נזירותם קיימת אלא כעין חולין קאמר דמתוך שאין כונתם רצויה אף קרבנותיהם אינם רצויים ואין להוכיח מדבריה' ז"ל איפכא דהתם אחרטה מיירי כדקאמר כשרבין עליהם ימי טומאה מתחרטין דלא שייך בהא לפתוח אדעתא דהכי לא נדרי דמדין הנזיר הוא זה דכתיב וכי ימות מת עליו בפתע פתאום וכו' והימים הראשונים יפלו ואדעתא דהכי נזר אלא שסופו מתחרט מתוך הצער ובהא לא שייך לומר חולין ממש אלא כחולין אבל לפי הטעם שאמר בירושלמי שמתוך הקפדן הם נוזרים ומתוך כעס לא מסקי אדעתייהו מילי דנזיר וסתירת כל ימיו ובזה אפשר שהוא נעשה כנדרי טעות ואין להכריח דמאי דנקט בירושלמי טעמא דמתוך הקפדן הם נודרים כיון דטעמא משום חרטה בלא הקפדה נמי אפשר להתחרט דיש לומר אי לאו דמשום הקפדה הם נוזרים אם היו נוזרים לשם שמים אמדינן נפשיהו ואדעתא דהכי נוזרים שאם יבואו לידי טומאה היו סותרים אבל אותם

מתוך שאין כונתם לשמים תוהין ונעשה כחולין בעזרה הילכך מהכא לא פירכא איכא ולא סייעתא. ואף הרב אבא מארי ז"ל חוכך היה בזה הטעם אבל היה עושה אותו סניף לטעם אחר לעשותו ס"ס.

ומיהו מסתברא לי דאפילו אם נאמר דבכל פתח הבא לאחר מכאן צריך התרה מן התורה אעפ"י שמצוי הוא כגון הא דפתח ליה רחמנא למשה כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך שירדו מנכסיהם ועניות שכיחא ואדעתא דהכי לא נדר מכל מקום אין הטעות בשעת הנדר שעדין לא הענו ואפשר שלא היה חושש לספק אם יענו וחל הנדר שפיר מ"מ בפתח דמעיקרא כגון שאמר קונם שאיני נושא את פלונית סתם ואחר כך אמר לא נדרתי אלא לפי שאמרו לי שהוא כעורה והרי נמצאת נאה או לפי שאביה רע וכבר מת וכבר עשה תשובה מאחר שהוא מעיד על עצמו שלא נדר אלא על אותה המחשבה ונמצא מוטעה אין צריך לזה התרת חכם מן התורה אעפ"י שלא פירש הטעם דכל שאילו גליה דעתיה והזכיר הטעם שנדר לא בעי התרה אף אם לא גילה ונאמן אדם על עצמו יותר ממאה עדים וקמי שמיא גליא שעל מחשבה זו נדר והרי זה טעות משעה שנדר דאילו בפתח הבא לאחר מכאן אעפ"י שהוא מצוי לא אמרינן הוברר הדבר למפרע שהנדר טעות כי היכי דאמרינן במלתא דבריר' בפ"ק דביצה דבדאורייתא לא אמרי בריר' אבל כשנמצא מוטעה באותה שעה לא בעינן טעמא דברירה כדאמרינן בפ' בכל מערבין גבי אם בא חכם מן המזרח וכו' דמוקמי' ליה בשכבר בא חכם אף כאן מאותה שעה שנדר הוברר שהנדר טעות אלא שלא היה ידוע לו. ומכל מקום הזקיקוהו חכמים להתרה משום דמסרכי ומדמי מילתא למילתא אבל בנזירות שמשון דליתיה בשאלה אוקמוהו אדאורייתא על פי דרכו זכרונו לברכה.

עוד הביא ז"ל תשובה להרשב"א סי' תנ"ה בדפוס הא' והיא במיוחסות להרמב"ן סימן רנ"ה שכתב על מי שאסר על עצמו בשר ויין אם יעבור עבירה פי' שכל דבר שאוסר על עצמו שלא מחמת עצמו של דבר הנדור אלא קנס בעלמא כי האי קיל טפי משאר נדרים לפי שאין כונתו בנדר מחמת עצמו ואפילו בחרטה דהשתא סגי וראיה מנדרו של משה וצדקיהו ונדרי אלמנה וכו' שמכלל נדרים אלו נראה שכל נדרים שאינם מחמת עצמם אלא מחמת קנס אינם נדרים חזקים ואפי' בחרטה דהשתא סגי להו ע"כ והשתא לפי זה מצינן למימר שפיר דכי אמרו דנזירות שמשון ליתיה בשאלה היינו שנזר מחמת עצמו של נזירות דבעלמא לא שרינן ליה בלא שאלה שישאל על נדרו אדעתא דהכי והכי לא נדרי והו"ל פתח או חרטה דמעיקרא גבי נזירות שמשון אלים טפי ולא מצי למשלפיה בהכי אבל כל נדר דקי"ל בענין דאפי' בחרט' דהשתא סגי ליה דבהא כל הרוצה לבטל

נדרו מתחרט ומבטלו אפילו אם הוא נזיר שמשון יכולים להתירו שלא היתה כונתו מעולם להנזר כשמשון אלא למנוע עצמו מדבר אחר נתכוון ובהא יש להקל בה טובא.

סימן כז

החקירה הד' בדין נדרי שגגות שיש שהתירו חכמים לגמרי ויש שהצריכו התרת חכם ואיכא למידק בהא דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב דה' שבועות אינו חייב עד שיהא פיו ולבו שוים לפיכך אם נשבע א' בפנינו שלא יאכל היום ואכל והתרו בו ואמר שלא אצא היו' וטעה לשונו והוציא אכילה שלא היה בלבו הרי זה אינו לוקה וכו' וכן אם התרו בו ואמר מעולם לא נשבעתי או לא נדרתי עד"ז ואחר שהעידו עליו שנשבע או נדר אמר כן היה אבל לא הי' פיו ולבו שוים או תנאי היה בלבי על הנדר אין שומעין לו ולוקה ובתוספתא דטהרות איתא הכי נאמן אדם ע"י עצמו כיצד אמרו לו נדרת ואמר תנאי היה בלבי שומעין לו נדרת ואמר לא נדרתי משהגיעו אמר תנאי היה בלבי אין שומעין לו וכתב הרב בעל כסף משנה ומצאתי כתוב דאיתא בתורת כהנים כיוצא בו אמר רבי מאיר אמרו לו נזיר אתה אמר תנאי היה בלבי שומעין לו ופירש הראב"ד ז"ל תנאי היה בלבי כלומר ונשאלתי לחכם והתירני על ידי אותו תנאי כדאמרינן בענין שאלת חכם אדעתא דהכי מי נדרת ואמר לא ושרי ליה דאילו שלא על פי חכם מה יועיל התנאי שבלבו והלא דברים שבלב אינם דברים ע"כ כדברי הראב"ד ז"ל איתא בפ' אמרו לו מודה ר' מאיר באומרים לו נדרת והוא אומר נשאלתי על נדרי שהוא נאמן לכך פי' הא דתניא בת"כ נמי בכה"ג וצ"ע דהא דתניא בתוספתא נאמן אדם על ידי עצמו שהותר לו עפ"י חכם קאמר דומיא דאשתך נדרה דקתני התם בלבי היה להפר והפר לה קאמר ואם תאמר הא מצי למימ' הותר לי עפ"י חכם לאחר מכאן שאינו מכחיש בזה דבריו הראשונים בשלמא גבי נדרי אשתו ביום שמעו בעינן וכבר עבר היום ויש לומר דמכל מקום הרי הוחזק כפרן לאותו נדר כדאמרינן גבי ממון דתו לא מצי למיטען טענה אחרת הפוטרתו אפילו לאחר מכאן שכבר הוחזק כפרן לאותו ממון אי נמי דמשהגיעו קתני דמשמע דתיכף משהוכחש מהעדים אמר כן שלא בא לכלל ספק אם הותר לו לאחר מכאן ולהרמב"ם קשה דטעמא דפיו ולבו שוים כגון שנתכוון לומר שלא אצא וטעה בלשונו ואמר שלא אוכל דומיא דהמתכוין לומר עולה ואמר שלמים שלמים ואמר עולה שאיני נהנה לראוב' ואמר לשמעון דלישנ' אתקילא ליה ואמר מה שלא נתכוון לאומרו ולא קרינן ביה האדם בשבועה אבל תנאי היה בלבי מהו אם לענין דברים שאמר בכוונ' אמרן וקרינן בהו שפיר האד' בשבוע' ואם למה שלא הזכיר תנאי שבלבו דברים שבלב אינם דברים ומ"ש הרב מהר"י קארו ז"ל דתניא היה בלבי היינו שהוציאו בשפתיו בלחש לא משמע כן דבלבי

משמע שלא הוציא בשפתיו אבל נראה דתנאי היה בלבי הוי כעין ההוא דנודרין להרגין וכו' ומפרש בגמרא באומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם אף על גב דהתם מטעם אונסין הוא דשרי כדאמרינן לגבי אונסין שאני פירוש דאונסין מפר' לדבוריה דהיום קאמר משמע דשלא במקום אונס לעולם משמע ודברים שבלב אינם קרוים דברים התם אם לא היה האונס הענין מוכיח כשהוא נודר להבטיח או לקיים כל דבר אינו נודר אלא בדברים שמצטער עליהם הדבר שיהא לבו בטוח שיקיים דברו ולא יעבור ואם היה לשעה אין זה צער ואין זו הבטחה ואילו היה מעצמו או' קונם שלא אוכל היה אפשר לפרש שלא אוכל היום קאמינא. אי נמי כמו שאמרו התוס' בפ' שבועות שתים דהנודר לבקשת חברו אינו יכול לומר על דעתי נדרתי דעל דעת חברו נדר דאם איתא הוה ליה לפרושי אלא גבי אונסין כיון דמענשין אותו שלא כדין ולא היה יכול לפר' על דעת עצמו הוא נשבע. ולהראב"ד ז"ל קשה אמאי פירש כי ההי' דהרוצ' שלא יתקיימו נדריו של כל השנה אומר כל נדר שאני עתיד לידור הרי הוא בטל ובלבד שיהא זכור בשעת הנדר שיש מי שמורה כן כדכתב הרמב"ם בפ"ב מה' נדרים והראב"ד ז"ל הסכי' עמו ואמר יפה הורה והצריך שיאמר בלבו על התנאי אני סומך. וי"ל דלא משמע ליה הלשון דתנאי היה בלבי בכה"ג דהתם התנאי צריך שיוציא בשפתיו תחלה כדי שנאמר אתי דבור ומבטל דבור והול"ל תנאי היה לי וסמכתי עליו. ומהא דכתב הראב"ד ז"ל דשלא על פי חכם מה יועיל תנאי שבלבו אין להוכיח דסבירא ליה דלא מהני היכא דנדר על דעת דבר אחר ונמצא הפכו דהתם ודאי נדר בטעות הוא ולא מיקרי דברים שבלב שלא היה לו לפרש אבל היכא דאומר תנאי הוה בלבי לא היה מוטעה וכל שהיה לו לפרש ולא פירש אדבורו סמכינן ודברים שבלבו לא הוו דברים.

וגבי נדרי שגגות שהתירו חכמים שנינו קונם אשתי נהנית לי שגנבה את כיסי ושהכת' את בני ונודע שלא הכת' ושלא גנב' ראה אותם אוכלים תאנים ואמר הרי עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו והיו עמהם אחרים ב"ה אומרים אלו ואלו מותרים ומרישא דמתניתי' משמע דוקא לפי שאמר שגנבה את כיסי וכו' הא אם לא אמר כלום אעפ"י שאח"כ אמר לא אמרתי אלא על דעת שגנבה את כיסי חל הנדר שפיר וכן משמע מדברי התוס' שכתבו אין לפרש אם גנבה דהא פשיטא שלא חל הנדר וכן מוכח מדברי הר"ן ז"ל שכתב וז"ל וטעמא דמילתא דכיון שאילו היה יודע שאביו ואחיו היו עמהן היה מוציאן מן הכלל הרי זה מוטעה בעיקר הנדר שלא היה מעולם על אביו וכל שיש בעיקר הנדר טעות אין פיו ולבו שוי' ובטל מעצמו ומשום הכי בקונם אשתי נהנית לי בעינן שיאמר בפי' שגנבה את כיסי דאי לא אף על פי שהיה בדעתו בשביל כך מ"מ כיון דלהדיר את אשתו נתכוין

ליכא טעות בעיקר הנדר ע"כ ויש לתמוה אם כונתו לומר מאי איכא בין רישא לסיפא הא טובא איכא בינייהו דברישא אם לא פירש לא היינו יודעים הטעם ובסיפא אין צריך לפרש שהדבר ידוע שלא היה מקפיד על אביו ואחיו שאוכלים תאנים שלו דברשות קא עבדי ועוד אם הוא קורא טעות בעיקר הנדר מה שלא נתכוון להדיר את זה מעולם אם כן מאי איריא אביו דקתני אפילו אמר לא הייתי יודע שהוא ראובן שאם הייתי יודע לא הייתי נודר הרי לא נתכוון להדיר את ראובן מעולם ועוד אם קרינן טעות בעיקר הנדר זה שהדיר את האוכל כסבור שהוא שמעון ונמצ' ראובן אף המדיר את זה הגונב כיסו כסבור שהי' גנבו ונמצ' שאחר גנבו טעו' בעיקר הנדר מיקרי ועוד כל מידי דהוי טעות שחשב שגנבה ולא גנבה אדעתא דהכי לא נדר דכה"ג גבי ממון אמרינן קנין בטעות חוזר אפילו בסתמא כההיא דרב ענן בפרק חזקת וכהנהו גינאי דסוף פ"ק דגטי' ובטור סוף סי' כ"ה בעושה פשרה עד שהיה חייב שבועה וקנו מידו ואחר כך ידע שלא היה חייב שבועה קנין בטעות הוא והרמב"ם ז"ל בפ"ח דנדרים הביא דין זה דגנבה את כיסי ואח"כ כתב ולא עוד אלא מי שראה אנשי' מרחוק וכו' אעפ"י שלא פי' הסבה שבגללה נדר מותר שהדבר מוכיח שלא אסר עליהם אלא שהיה בדעתו שהם זרים וכן כל כיוצא בזה משמע דברישא שאין הדבר מוכיח כ"כ בעינן שיפרש הסבה.

ומיהו אשכחן בנזיר דתנן בפרק ב"ש מי שנדר בנזיר והלך להביא את בהמתו ומצאה שנגנבה אם משנגנבה בהמה נדר אינו נזיר משמע שלא חלה עליו הנזירות שיאמר אילו הייתי יודע שנגנבה הבהמה לא הייתי נודר אעפ"י שאין הדבר מוכיח כל כך דמי ליכא מי שנודר על מנת לקנו' בהמה מן השוק והרמב"ם ז"ל בפר' ב' כתב אם אחר שנגנבה נדר אינו נזיר שזה נדר בטעות וכן משמע מדברי רש"י ז"ל ומסתמא דלא אמר הרי זו לנזירות' דהא הפריש את בהמתו סתמא קתני ומיהו התוספו' שם פי' אינו נזיר כלומר הויא חרטה מעליא ומתיר לו החכם וקשה קצת דאטו אם עד שלא נגנבה אמאי נזיר אמאי אין מתירין לו הא גניבה מילתא דשכיח' היא טפי מעניות דאמרינן דשכיחא ובגמרא אמרינן שטפוה רבנן לרבי אליעזר ואוקמוה בשטתיה ותנן פותחין בנולד איכא למימר דאסיפא קאי דתנן וזו טעות טעה נחום המדי כשעלו נזירים מן הגולה ומצאו בית המקדש שהוא חרב אמר להם נחום המדי אילו הייתם יודעים שחרב בית המקדש הייתם נוזרים אמרו לאו והתירן נחום המדי וכשבא הדבר אצל חכמים אמרו כל שנזר עד שלא חרב ב"ה הרי זה נזיר דהא ודאי נולד היא דלא סבירא דעתיה שיחרב ב"ה בזמן זה ואי קשיא נוקמה כר' אליעזר ומאי נזיר דקאמר שצריך התרת חכם וי"ל דמשמע ליה דטעותו של נחום המדי היה שלא היה להם התרה כלל דאי בהתרת חכם סגי דילמא הוא התירן אי נמי היה

אפשר להתירן ומדקאמר וכשבא הדבר לפני חכמים וכו' שלא היה להם תיקון ובסיפא דמשחרב ב"ה אינו נזיר פירשו שם התוספות דנזירות בטעות הוא ולא חל מעיקרו נדר זה. והשתא קשה לטעמו של הר"ן שתלה בין טועה בעיקר הנדר שלא היה דעתו מעולם על אביו ובין כשנתכוון להדיר את אשתו וטעה שהרי זה נתכוון להזיר אלא שלא ידע שחרב ב"ה וא"א לו להביא קרבנותיו וכן כשמצאה שנגנבה ועוד שנינו בפ"ב דנזיר יודע אני שהנזיר אסור ביין אבל סבור הייתי שחכמים מתירי' לי שאיני יכול לחיות אלא ביין או מפני שאני קובר מתים מותר ומפרש בגמרא מטעם נדרי אונסין. אבל הרמב"ם ז"ל הביאה בפרק א' דנזיר וכתב הרי זה אינו נזיר שאילו בכלל נדרי שגגות הם שאינם צריכים שאלה לחכם והראב"ד ז"ל כתב בגמ' אמרו שהם נדרי אונסין וכן עיקר ע"כ נראה שדעתו כדעת מי שפירש שם דחשיב אונס מה שאי אפשר לו לחיות אלא ביין או שקובר מתים וכבר הקשו התוספו' שם על פירוש זה אבל הרמב' מפרש בלשון א' שפירש רש"י שם דלביה אנסיה שסבור שיתירו לו חכמים מטעם זה וכלשון הזה אמרו בגמרא אהא דתלמידי דרב חד אמר שבועתא דהכי אמר רב וכו' אמר ליה אידך אנא בשקר' אשתבעי אמר ליה את לבך אנסך ובפרק ד' דנדרים קרי ליה שבועות שגגות והכי נמי קחשיב קונם אם אכלתי ואם שתיתי ונזכר שאכל ושתה דהיינו נדרי שגגות וכה"ג מפקינן ליה בפרק שבועות שתים האדם בשבועה פרט לאונס והשתא קשה להרמב"ם מדידיה אדידיה דזה ודאי אין הדבר מוכיח כל כך שהיה בדעתו שחכמים יתירו לו מאותו הטעם שאינו יכול לחיות אלא ביין ולהר"ן נמי אין זה טעות בעיקר הנדר ואין לומר שהוא מפרש דאנוס הוא בכך שאינו יכול לחיות אלא ביין דהא גבי נדרי אונסין דתנן חלה הוא או בנו כתב הר"ן ז"ל עצמו שם אע"ג דלאו אונס גמור מותר לפי שלא עלה על דעתו לאסור נכסיו על חבירו אם לא יאכל עמו אלא שיוכל לבא בלא אונס כלל וכו' עכ"ל טעמא דלא עלה על דעתו ואילו הכא האונס ידוע היה אצלו שמצטער על היין ואעפ"כ נדר איך יהא מותר ולא יחול עליו איסור היין כלל.

ונראה לי דהא דנקט במתניתין שגנב' את כיסי ושהכת' את בני ה"ה שאם לא פי' הטע' אלא שידוע לנו שאמרו לו שגנב' ושהכת' וע"ז היה קטטה ביניה' ועכשו שנוד' לו שלא גנב' ושלא הכת' הרי זה ידוע לנו שמוטע' הו' בכך אלא רבותא קמ"ל אפי' אין זה ידוע לנו כלל אלא משיחתו אנו למדים ממ"ש שגנבה את כיסי ואפשר דלא הכי הוא אלא שרוצ' להדיר' ובא עליה בעלילה והשתא מהדר קהדר ביה קמ"ל דהואיל והוא אמר כן בשעה שנדר או בתוך כדי דבור הדבר מוכיח מההיא שעתא מפיו אעפ"י שאין ידוע לנו ואין צריך התרת חכם אי נמי רבותא אשמועינן דאפי' שפיר' הטעם שבשבילו נדר

טעמא דנודע שלא גנבה ושלא הכתה שהנדר מתחלה טעות אבל אם החזירה לו כיסו אח"כ או שפייס' את בנו לא ולא תימא דהוי זה כתולה נדרו בדבר כגון קונם שאיני נושא את פלונית שאביה רע שאם מת או עשה תשובה מותר וכן מוכיח מדברי הרמב"ם ז"ל שהביא תחלה מי שנדר ופי' משעת נדרו דבר שנדר בגללו כגון שאביה רע וכו' אבל הנודר או הנשבע שאינו נושא את פ' הכעורה ונמצאת נאה שאין אשתי נהנית לי שגנבה את כיסי ונודע וכו' ואם איתא שגם בזה צריך לפרש הטע' שבגללו נדר הול"ל וכן מאי אבל דקאמר אלא ה"ק אע"ג דתרוייהו כמפרש דבר בגללו מ"מ טובא איכא בינייהו דהתם ממה שפיר' חשיב כתולה נדרו בדבר כאילו אמר כל זמן שאביה רע אבל זה לא חשיב תולה בה דפי' הכעורה קאמר ולבזויה קאתי אי נמי אין דרך הכעורה להיו' נאה כדי שיתלה נדרו בכך כמ"ש הר"ן ז"ל שם ואידך דקונם אשתי נהנית לי שגנבה ושהכתה לשעבר משמע ולא חשיב תולה נדרו בכך וכתב אח"כ ולא עוד אלא שמי שראה אנשים מרחוק אוכלים תאני וכו' הרי אלו מותרים אעפ"י שלא פירש הסבה שהדירן בגללה הרי זה כמי שפיר' שהדבר מוכיח שלא אסר עליה' אלא שהיה בדעתו שהם זרים ומדקאמר ולא עוד משמע דאם בההיא דשגנבה והכתה טעמא משום דאלמלא שפיר' לא היינו יודעים כלל הסבה ואילו היה הדב' ידוע לנו שאמרו לו שגנבה את כיסו ושהכתה את בנו ועל דבר זה הרגיל קטטה עליה ומתוך כך הדיר' אעפ"י שלא פיר' הרי זה כמי שפיר' דכל שיש רגלים לדבר הסבה שעליה נדר אין צריך לפרש וההיא דסבור הייתי שחכמים מתירין לי הדבר מוכרח במה שאנו יודעים שקשה עליו לפרוש מן היין הילכך כשנותן אמתלאה לדבריו שהיה סבור שמפני שכך לא יאסרוהו עליו חשבינן לי' נדרי טעות וכן זה שהפריש את בהמתו ואח"כ נזר גלי דעתיה דלא בעי לקבל הקרבן כנדר עליו אלא בתורת נדבה הפרישה וכשהלך להביאה מצאה שנגנבה רגלים לדבר דע"ד שתהא בהמתו מזומנת לו נדר בנזיר וכן ההוא דמשחרב ב"ה שאילו הודיעוהו שחרב לא היה נוזר ובכה"ג אין צריך התרת חכם דדוקא בשאר פתחי' דלא מוכחי לכל הוא דצריך התרה הני לא ונראה דמה שהזכיר הר"ן ז"ל טעות בעיקר הנדר לא שהוקש' לו רישא לסיפא דלזה שפיר הוה מצי לשנויא דבסיפא ברור לנו הדבר אעפ"י שלא פיר' הטעם ובריש לא היינו יודעי' הטע' אם לא שהוא עצמו פירש בלשונו או בתוך כדי דבור לנדרו וטעמא דמלתא דקאמר אהא דאין צריכין התרה לחכם קאי דמ"ש מההיא דמייתי עלה פותחין בשבתות ובי"ט דצריכין שאלה לחכם לכך פיר' דהתם לא שנעלם ממנו שהיו בכלל שבתו' וי"ט שמי שאסר על עצמו בשר ויין שנה וכו' יודע הוא שיעברו עליו שבתות וי"ט אלא שאילו היה יודע שאסור להתענות בהם לא היה נודר כגון זה פותחין לו אילו

הייתי יודע וכו' ומ"ש ומ"ה בקונם אשתי נהנית לי בעינן שיאמר בפירוש שגנבה כדי שיהא ברור אצל השומעים שהוא טעות בעיקר הנדר שאל"כ מנא ידעי שאפי' אם הוא יאמר שכך היה בדעתו אכתי כיון שלהדיר את אשתו נתכוון והדבר זה אצל השומעים כמו אביו ואמו מ"מ הרי הדירה ולשום סבה עשה אלא שלא ידענו' ואעפ"י שהוא אומר' אח"כ הואיל ולא היתי' גלויה אליו בשעה שנדר צריך התרת חכם אבל אם היה ידוע לנו שהקטטה היתה לפי שהיה סבור שגנבה את כיסו טעות בעיקר הנדר מקרי וטעותו ניכרת ואין צריך התרת חכם.

ואפשר עוד דבמדיר את אשתו לפי שגנב' את כיסו לא שייך כ"כ לומר דמפני שגנבה את כיסו או שהכת' בנו מדיר' מנכסיו שיהיה מוכרח להוציא ולתת כתובה וע"כ בדרך כעס ורגזנו' עשהו אפי' אם ידענו שבתחלה אמרו לו שגנבה את כיסו אפשר שהקפדה אחר' נתגלגלה באמצ' הקטט' שעליה הדירה מנכסיו לכך בעינן שיזכיר בדבריו הסבה שעליה נדר אי נמי בתוך כדי דבור לנדרו כדי שיהא מוכיח תדע דאמרי' לעיל אין נזקקין לאלקי דישראל חוץ מקונם אשתי נהנית לי שגנב' את כיסי ונודע שלא גנבה למאן דגריס הכי פיר' הרשב"א דצריך התרה ובמעמיד דבריו ואומר אעפ"כ היה בדעתו להדירה והיינו משום שאין הנדר שייך אל ההקפדה ולא תקונו עד שנאמר שע"ד כן נדר אבל אם היה נודר שאינו משליטה ואינו מאמינה אפי' על פלכה ועל עיסתה לא היה צריך לפרט דאנן ידעינן ממילא דאינה נאמנת אצלו לפי שאמר לו שגנבה את כיסו ואם אשתכח שקרא הנדר בטל מאליו דומיא דראה אותם אוכלים תאנים ואסרם עליהם כקרבן דממילא ידעינן שאינו מכיר שאביו עמהם שאם היה מכיר לא היה מונען מלאכול והנה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"ב סי' נ"ב על הנשבע שלא ימכרנו לאחר ולא שני ליה לומר שאין זה טעות בעיקר הנדר שכל שדעתו מבוארת אצלנו שהדבר כן טעות בעיקר הנדר מקרי.

ומצאתי להרא"ש ז"ל שכתב בתשובה על מי שנשבע לחברו לתת לו כ"כ מעות לפי שאמר לו שהשר כלל אותו בפשרתו דגריעא הא מלתא משבועות שגגות ואעפ"י שלא פירש וגם רבי' ירוח' כתב על מי שנשבע על דבר אחד שלא יעשנו בחשבו שהו' איסור גדול ונודע לו שאינו איסור כ"כ שלא חלה עליו שבוע' כלל. וגם הרשב"א ז"ל כתב בתשובה הובא בב"י נראין לי הדברי' שכל שנדר ואמר על דעת כן נדרתי אעפ"י שהוציא מפיו דברים שהיתה כונת השומעים בהפך מותר והביא מההיא דסבור הייתי שחכמים מתירין לי שאיני יכול לחיות אלא ביין וכו' הרי שהגדולים הללו לא הצריכו שיוציא בפיו הסבה שעליה נדר אלא כל שהוא אומר על דעת כן נדרתי ורגלים לדבר הרי אלו כנדר טעות. וכבר כתבתי למעלה דאפי' תימא שיהא צריך התרת חכם היינו מדרבנן

שלא יהיו נוהגים קלות ראש בנדרים דמדאורייתא אין הפרש בין גלה הטעם שעליה נדר ללא גלה דנאמן אדם על עצמו יותר ממאה עדים.
ומעתה בנ"ד הדבר ידוע שנשואי הבן מצוה דרמיא עליה דאבוה היא כדאמרי' בפ"ק דקדושין מדכתיב קחו לבניכם נשים וכשדרך בני העיר לתת החתן תכשיטין לכלה מצוה על האב ליתן כי היכי דמצוה עליה לתת נדוניא לבתו כי היכי דנקפצי עלה מהאי קרא גופיה דכתיב ואת בנותיכם תנו לאנשים כדאמרי' בפרק נערה שנתפתתה וכיון דרמיא עליה לקיומי מצוה בגופיה ובממוניה עליה דידיה רמיא לבקש לו מנוח אשר ייטב לו והוא יחריש וזהו כבודו ואפי' באשה שבחר האב לאו אורח ארעא שיאמר הבן אותה קח לי כדאמרי' בהאיש מקדש לא חציף אינש לשוויי לאבוה שליח בהדיא אלא ארצויי מרצי אבוה קמיה ושתיק. וכ"ש דלא חציף למאן ולסרב ולקפוץ לאסור איסר על נפשו למרות עיני כבודו ומה גם למי שיש בו תורה שמלבשתו ענוה ויראת חטא אלא מאחר שידוע שבתחלה לא היה רצון אביו כלל שיקח את בת בנו הגדול וגלה דעתו אל זה הבן פעמים הרבה הדבר מוכיח שע"ד שעוש' רצון אביו בזה עשה וכסבור להציל אביו מהעלותו על שפת לשון ודבת עם ומה גם כי אנשים גדולים היו מסרבין בו ומגנים אותו שהיה מונע את בנו מליקח את בת אחיו ולכך בטא בשפתיו להודיע כי ממנו המניעה ולא מאביו ונאמן הוא על עצמו במה שאמר שאם ידע אז באמת שנשתני' דעתו של אביו לקרב ולא לרחק לא היה נודר וכחוט השערה לא יחטא מכוונת אביו ורצונו והרי זה טעות גמורה וניכרת לכל כ"ש בנדר כי הא דקיל טפי דבחרטה כל דהו הוה סגי ליה וכ"ש כי הוי אסמכתא וכ"ש לדבר מצוה רבה דמזקקינן למשרי ליה בהסכמת רבוותא מורי הוראה נר"ו והנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כח
אנדרונופלא.
שאול שאל האיש הלזה זה שמו אשר יקראו לו הר' יצחק יצ"ו כי זה שנתים בטא בשפתים ונדר אם תלד אשתו זכר ללכת לארץ ישראל וילדה אשתו זכר ובשנה שעברה לא אסתייעא ליה מלתא ועתה עזב את ביתו ואת ילדיו בעירו אנדרינופלה ובא מדאגה מדבר מעון נדרו ולרש אין כל מאומ' בידו ובא לשאול את פינו אם יוכל לישאל על נדרו כי אין ידו משגת די הפזור ויצטרך לדפוק על פתחי שערים נדיבי עמים וגם כי רעדה אחזתהו מגאון הים ומשאון גליו אשר ע"כ בקשה נפשו לשון חכמים מרפא.
איברא אעפ"י שאמרו נדרי הקדש אין נשאלין עליהם אלא מדוחק הרי כתב הרא"ש בתשובה סוף כלל י"ב וז"ל ששאלת בענין שנדר ללכת לא"י דע שיש לאותו נדר התרה

כמו לשאר נדרים ואם נדר ונתחרט ילך לפני ג' יודעים בטיב נדרים ויתירו לו ומורי הרב מהר"ר שלמה סאגיש ז"ל היה אומר שטעמו של הרא"ש משום דאזיל לשיטת הר' חיים שהובא בתשובה בשלהי כתובות דעכשיו אין מצוה לדור בא"י כי יש כמה מצות התלויות בארץ וכמה עונשי' שאין אנו יכולים ליזהר בהם ולפי' אמר שיש לנדר הזה התרה כשאר נדרים ולא יתכן דעלה סמך הרא"ש ונ"ל שאינה מיסוד התוס' שהרי הרא"ש ז"ל לא הביאה בתוספותיו וגם לא בהלכות ואדרבה הביא ההוא דירושלמי דאין כופין את האיש לעלות אחר האשה שפיר' רבי' מאיר דאיירי בזמן הזה ומשנתינו דהאשה נמי כופה את האיש בזמן הבית ומסתמא דאף בזמן הזה האיש כופה את האשה ועוד דעיקר הטעם משום קדושת ארץ ישראל ומצות ישיבתה הוא אפי' בזמן הזה בחרבנה כמ"ש הרמב"ן ז"ל בפ' המצות מקרא דוירשתם אותה וישבתם בה ומייתי עובדא דספרי עד שישיבת א"י שקול' כנגד כל המצו' ואי משום קיום המצות התלויו' בה אשה מאי עבידתה במצות אלו שתהא כופה את האיש לעלות הרי אמרו בפ"ק דקידושין לענין כבוד אב ואם איש יש ספק בידו לעשות אשה אין ספק בידו לעשו' מפני שרשות אחרים עליה וכ"ש לשאר מצות וכ"ש מצות התלויות בארץ דכל מה שקנתה אשה קנה בעלה ואיהו הוא דמחייב במצות התלויות בקרקע ולא היא ולמה תכוף את בעל' לעלות לא"י. ותו עבד מה שייך במצות התלויות בארץ דאמרי' לאיתויי עבד שברח מח"ל לארץ דאמרי' ליה זבניה הכא וזיל משום ישיבת ארץ ישראל ואמרי' נמי הכל מעלין לאיתויי עבדים ופרשו הרמב"ם ז"ל בפ' ח' מה' עבדי' בעבד כנעני שאמר לעלות לא"י שכופ' את רבו לעלות עמו וכן כתבו בשם הראב"ד ז"ל. ומה שאמר שיש כמה מצות התליות וכמה עונשין שאין אנו יכולי' להזהר בהם דברי תימה הם שמי שירצ' לקנות לו קרקע בא"י יכול לקיי' כל מ"ע כגון לקט שכחה ופא' וכיוצ' בהם ומצו' ל"ת נמי יזהר בהם ומי מעכב על ידו ועוד דכלאים וערלה איתנהו נמי בח"ל כדתנן הערלה הלכה והכלאים מד"ס. ואי איתניהו להני מילי דהר' חיים לא הוו שתקי מינה כל הפוסקים ראשונים ואחרונים ז"ל ומצאתי בתשובות למהר"ם סי' קצ"ט שכתב בלשון הזה ועל כי ראיתי שיש בני אדם באים לחלק בין בזמן הזה בין בזמן הבית צריך אני לבאר דאין לחלק בזה דהא אמרי' בירושלמי בשלהי כתובו' וכו' עד נ"ל דבריי' דכתובות בזמן שישראל שרויין על אדמתן וההיא דירושלמי בזמן הזה ואפ"ה כופין את האשה לעלות ע"כ ומכאן אתה למד שדברי הר' חיים אינן מיסוד התוס' כי מי לנו בקי בדברי התוס' ממהר"ם והרא"ש ז"ל והאיר את עיני שמצאתי בהגהות מרדכי כלשון הזה כת' רבינו חיים כהן בתשובה דה"מ בימיהם שהיה שלום אבל עכשיו שהדרכים משובשים אינו יכול לכופה דהו"ל כמו

חפץ להוליכה למקום גדודי חיה ולסטים ואפי' אם יעמיד לה ערבים מגוף לממון ערביך ערבא צריך ע"כ הרי שתשובת הר' חיים כהן ז"ל לא באה אלא מטעם סכנת הדרכי' ומ"ש בתו' דאין מצוה לדור בא"י הגהת תלמיד היא ולאו דסמכא היא כלל.

ומשמע לי שטעמו של הרא"ש בתשובה זו שהשוה נדר זה כשאר נדרי הרשות היינו משום דנדר זה שנדר לעלות אין בו מצוה שאין עיקר המצוה בעליה אלא בישיבה והדיר' שמה כמו שהביא הרמב"ן ז"ל אבל מי שעולה לראותה ע"ד לחזור לא מצינו בזה מצוה מפורסמת. ואפי' תימא שזכות הוא לו ממה שאמרו כל המהלך ד' אמות בא"י מובטח לו שהוא בן העולם הבא דכתי' ורוח להולכים בה מ"מ מצות עשה ליכא ועוד ההיא מתפרשה בנקבר שם אלא שלא הספיק לדור ולישב בה דהכי משמע רישיה דקרא נותן נשמה לעם עליה אפי' שפחה שבא"י מובטחת לה שהיא בת העה"ב והיינו שמתה ונקברה שם ואי קשיא לך הא דאמרי' בהאיש מקדש גבי ההוא גברא דזבניהו לנכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל סליק ולא אתדר ליה אמר רבה כל דסליק אדעתא דמידר הוא והא לא אתדר איכא דאמרי אדעתא למיסק והא סליק וקי"ל כלישנא בתרא ותידוק מינה לכאורה דתורפיה דההוא גברא אדעת' דמיסק הוא אלמא בהכי מקיימי מצוה ולכי מעיינת בה לאו כלום דודאי אין קיום המצוה אלא בישיבתה ולא בעליה כדפרישית אלא דלענין ביטול המקח דבעינן לבטולי ליה משום דגלה דעתו בשעת מכירה שהוא מוכר מפני שרוצה לעלות וסמכינן אגילוי דעת כמאן דאתני ודוקא היכא דאיתילד אונסא דלא מצי סליק הוא דאמרינן אדעתא דהכי לא זבין אבל סליק לא אמרי' אדעת' דמתדר ליה קאמר אעפ"י שהיא עיקר המצוה דעד אימת יהא המקח תלוי ועומד הא ודאי להאי לישנא מסתברא שלא תלו הדב' אלא בעליה לבד ולפי שהנודר לעלות אפי' אם יקיים דברו אין בו מצוה לכך כתב הרא"ש ז"ל שנדר זה הוא כשאר נדרי הרשות ואיתיה בשאלה והוא הטעם בנדון שלפנינו.

וקרוב אני לומר בנ"ד שאפי' שאלת חכם לא היה צריך וטעמא לפי שאין כאן נדר ולא יד של נדר שיחול על איזה ספק דנדרים איסור חפצא נינהו כגון דאמר קונם פירות שבעולם עלי אם לא אלך לא"י אבל האומר אני נודר לעלו' אין כאן מקו' חלו' נדר אלא קייומן של דברי' אלא שנהגו בהם העו' לידו' בדברי' של מצוה תלוי במה שאמרו בפיך זו צדקה ומזה הטעם אמרו בההיא דשמואל דלווה אדם תעניתו ופורע שאין בקבלת התענית נדר שיחול על החפץ אם לא שיאמר קונ' פירות שבעול' עלי היום אלא לפי שהם דברים של מצוה מתקיימי' בדבור לבד ואם אירעו היום דבר עיכוב יתענה למחר ומתקיימה מצוה בהכי ואילו היה אומר קונם פת עלי היום לא מצי לאוזפי ולמפרע עד"ז מתקיימים

כל נדרי צדקות והקדשות שבני אדם נודרין אע"ג דליתנהו לזוזי בעינייהו מטעם בפיך זו צדקה ובנ"ד האיש הזה אשר שם ערבה ביתו ומשכנותיו מלחה שאדם בעל מלאכה הוא וממנה פרנסתו ופרנסת בניו ואשתו שטורח בכל יום ונותן לתוך פיהם ועכשיו הוא מניחם בערום ובחוסר כל כמו שמוכיח מכתב שבידו מחכמי שלומי אנדרינופולה נתנו בידו איזו מצוה קודמת לזון אשתו ובניו או לגלות לא"י ולהניחם ברעב ובצמא הרי אמרו בפרק נערה שנתפתתה מצוה לזון את הבנות ק"ו לבנים דעסקי באורייתא דברי ר' מאיר ר"י אומר מצוה לזון את הבנים ק"ו לבנות משום זילותא ואמרינן התם עושה צדקה בכל עת זה הזן את בניו ובנותיו כשהם קטנים ועוד אשתו דמחייב במזונותיה וכתבו המפרשים ז"ל שחייב להשכיר עצמו כדי לזונ' מה שאין כן בשאר בע"ח דמספר כתובתה למדו שהוא כותב אנא אפלח ואוקיר ואזון והיאך יניחנה וילך ובפ"ק דגיטין אמרינן דשלח ליה רבי אביתר לרב יהודה בני אדם העולים משם לכאן הם קיימו בעצמן ויתנו את הילד בזונה והילדה מכרו ביין וכתבו התוס' שהיו משתהי' בא"י והיו בניהם ובנותי' משתעבדים בשביל מזונות והיינו בזונה בשביל מזונות ומדשלח ליה הכי אלמא לאו שפיר עבדי אע"פ שהיו עולים ללמוד תורה בא"י כ"ש מי שאינו עולה ללמוד ואדרבה מניח מצו' לימוד בניו שהיא מצו' הבן על האב להוליכו בעצמו לבית הספר כי הא דאמר סוף פרק קמא דקידושין דר' יהושע בן לוי שדי ריסנא ארישיה וקממטי ליה לינוקא לבי מדרשא אמר מי זוטר מאי דכתיב ביה והודעתם לבניך וגו' יום אשר עמדת שכל המלמד תורה את בנו מעלה עליו הכתוב כאילו קבלה מסיני הילכך כשאתה יושב ומפלס חייובן של מצות אתה מוצא שיותר מחוייב לישב עם אשתו ובניו ולספק צורכן ולהדריכן בדרך ישרה ולגדלן לת"ת ממה שיבא בגופו לא"י ולא מצי למיקם והוא יצא בגפו ואין אדם נתפס מקול דבורו אלא כשדבורו מצוה וביטולו ביטול מצוה אבל הכא אדרבא הא עדיפא וכיוצא בזה יש ללמוד מתוך תשובת הר"ן הראשונ' במה שאמר שמחצית מה שידור יהיה לחברת חולים ואמר שאם מתנה זה נתכון שכשידור מנה לת"ת יתן מקצת אותו המנה להקדש חללים איזה מצוה יש בנדרו שיחול וכי מי הודיעך מתן שכרן של מצות שתהא מצות צדקה גדולה מת"ת ע"כ ומתוך תשובה אחד לרב הרא"ם ז"ל סי' ן' במצחק בקוביא הביא מהמרדכי דפ"ק דשבועות והכי משמע בהגהות מיימנית ז"ל אהובי ידידי הר' מנחם לענין נדרך שנדרת לעלות לא"י אפי' עד"ר יש לו התרה אחרי שאשתך היא שאין לך דבר עומד בפני פיקוח נפש וכו' ואל תשיבנו שתוכל ללכת בלא אשתך זה הבל דאסור לעגנה ומצוה מרובה יש לה התרה עכ"ל ומשמע דהתם כשנדר לעלות לדור בא"י בקבע מדיהיב טעמ' באשתו ואם יאמר שילך בלא אשתו ואחר שתלד ותגמול הילד היא

תלך אחריו ע"ז אמר דאסור לעגנה וכתב הרא"ם ז"ל עלה הרי משמע מהכא דכיון דהוי נדר על מצוה אין לה התרה אלא משום דהוי סכנתא או עיגונא והוי מצוה גוררת עביר' כדמשמע בתשב"ץ דלפעמים הוי מצוה גוררת עבירה וטוב לפרוש הימנה הנה שאמרו שעיגון האשה עבירה היא בידו וראי' לפרוש הימנה אפי' נדר על דעת רבי' מכל אילין טעמי סברוה רבנן דמתיבת' והתרנו' ילך וישו' לביתו כי כב' רצה האלהי' ית' מעשיו והנה הנוד' הנז' הטריח עלי לכתו' לו זכותו להיות לו כסות עינים שהדין עמו משום חשדא פן יחשדהו שומע כעובר על נדרו וכדאמרינן במדין נדרת לך והתיר נדרך וכל כי הא בעי לאודיעו והנראה לענייות דעתי כתבתי וחתמתי שמי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כט

להחכם השלם כמהר"ר אברהם אלגזי נר"ו לשיא"ו: ראיתי כל מאי דכתב מר והעמיק הרחיב לבאר דלא אמרו במבזה שליחא דרבנן דמחייב נדוי או נגיד אלא כשנגע גם בכבוד הרב עצמו וההוא עובדא דההיא טבחא עם שמעיה דרב יהודה דפר' עשרה יוחסין דקאמר משום דציער שליחא דרבנן דמשמע דלא תלה הנדוי לרב יהודה עצמו אלא משום דציער שליחא דרבנן ואעפ"י שלא הזמינו לדין אלא המריבה היתה על לקיחת הבשר ואמר שכבר האיר עינינו הרב מהר"ר דוד הכהן סי' כ"ב שכתב וז"ל אין לנו לטעות ולומר לאו משו' כבודו נידהו רב יהודה אלא משום דציער לשלוחו כמו שהשיב לרב נחמן וחתם דבריו ואמר וא"כ יאמר האומר דההיא דהתם לאו משום כבוד החכם הוא הא ליתא דהא טעמא דמצער שליחא דרבנן דמנגיד ליה רב לא הוי אלא משום כבוד הרב דלכבוד הרב מנדין נמי עכ"ל ומשמע ליה למר שהרב בא למעט שלא היה הנדוי על מה שבזה השליח דמשום הא לא מחייב מידי אלא על מה שבזה את רב יהודה עצמו.

ומטיבותיה דמר אמינא דאי רב יהודה גופיה השיב לרב נחמן אמאי שמתיה מר להוא גברא ואמר משום דציער שליח' דבי דינא האיך נאמר דמשום דציער שליחא גופיה לא מחייב מידי א"כ הול"ל משום דאתפקר ביה ועוד האיך נותן הרב ז"ל טעם לדבריו דהא טעמא דמצער שליחא דרבנן דמנגיד ליה רב לא הוי אלא משום כבוד הרב ולשיטתיה דמר צ"ל דהיינו משו' שהתפקר בכבוד הרב ומי לחשך בכך אדרבא משמעות דמאן דמצער שליחא דרבנן היינו שבזה את השליח לא שבזה את שולחו ותו מתפקר בכבוד הרב בר נגידא הוא בר נדוי הוא כדאמרינן באלו מגלחין ולאפקרותא לאלתר פרש"י שהעיז פניו לחרף תלמיד חכם וכי אמר ליה רב נחמן ולנגדיה מר מנגד כלומר ולמה נידהו למה לא השיבו דמנדין על כבוד הרב אלא שהוצרך להשיב דחמירה מיניה עבדי

ליה דמשמע שהחמיר עליו יותר מהראוי לו כדפרש"י והלא המבזה את החכם דינו בכך לנדותו ולא בדרך חומרא ואין לומר דכשבזה שלא בפניו אין מנדין עליה שהרי אמרו בעובדא דעקביא בן מהללאל דאמר דוגמא השקוה כל שכן בחייו אם כן אמאי אצטריך לן הא דרב מנגיד אמאן דמצער שליחא דרבנן אי מיירי דוקא מבזה את החכם השולחו ות"ל משום כבודו של חכם ואפילו שמתא חייב דחמיר טפי מנגידא ועוד שהרב עצמו כתב שרש"י פירש שמתיה רב יהודה כדאשכחן דמנדין על כבוד הרב אע"ג דרב יהודה קאמר משום דציער שליחא דרבנן שמתיה רש"י ז"ל הודיענו דטעמא דמאן דמצער שליחא דרבנן לא הוי אלא לכבוד הרב וכאן שנגע בכבוד הרב בעצמו אע"פ דלא הוי בזיון ממש מיהו הואיל וציער שלוחו שחייב מלקות משום כבוד שולחו ברשות החכם הוא להחמיר עליו לפי תוקף המעשה והיכא שנצטרף כבוד החכם קצת החמיר עליו וכן כתבו התו' בפ' כ"ג ע"כ ומאחר שהוכיח מדברי התו' הרי מבואר מדבריהם שם דמשום דציער שליחא דרבנן גרידא לא היה חייב זולת מכת מרדות והוקש' להם דהא שמתא חמירה מנגידא ותירצו שמא החמיר עליו משום שבזה את רב יהודה עצמו ומשמע דמשום דציער שלוחא לבד היה חייב מכת מרדות מיהת אע"פ שלא היה מבזה את רב יהודה ועוד מוכח מדבריה' שאמרו דבכל הספרי' גרסי' שליחא דרבנן רש"י גריס שליחא דבי דינא ועל זה כתבו ונראה דבכל שליחא דרבנן יש ללקות אע"ג דלא הוי שליח בית דין כדאשכחן בעובדא דרב יהודה דציער שלוחו ע"כ הרי שעשו שליח דרבנן אעפ"י שלא היה מזמינו לדין כשלוחא דבי דינא שמזמינו לדין והתם פשיטא שאעפ"י שלא בזה את הב"ד כי אם את השליח בלבד חייב ואי ס"ד דשלוחא דרבנן עד שיבזה את הרב האיך השוו אותם וכתבו ה"ה לכל שליחא דרבנן כלומר ולאו דוקא נקט שלוחא דב"ד דאם אית' דוקא הוא דנקט מאן דמצער שליחא דבי דינא שעל צער דשליח לבד מחייב דאי שליחא דרבנן שלא להזמנת בית דין לא חיישינן אצערא דשליח עד דמזלזל בכבוד הרב אלא דבריהם מפורשים דדא ודא חדא הוא. וכן כתב הר"ן בפ"ק דקדושין ולאו שליח ב"ד בלחוד קאמר אלא אפי' שליחא דרבנן כדמייתי בעובדא דרב יהודה וכו' ואע"ג שהשמתא חמורה מנגידא התם לפי שהיה מגנה את רב יהודה עצמו ע"כ. הרי ממ"ש ולאו שליח ב"ד בלבד אלא אפי' שליחא דרבנן משמע שדין שניהם שוה ואין צריך שיבזה את הרב ומה שהחמיר לנדותו לפי שבזה את הרב. אלא שכונ' הר' הר"ד היא מבואר' יפה מתוך דבריו שהוא בא להוכיח דלא תימא דההיא דזקן שנד' לצור' עצמו שפי' אבי העזרי להשתכ' בהתרו דגם להנק' ממנו מקרי להשתכר דמתקן הוא אצל יצרו דהא עובדא דרב יהודה משמ' דנידהו משום כבודו דלא שביק שמעיה למשקל

בשרא ועל זה כתב שאין לטעות דהתם לאו משום כבודו נדהו אלא משום דמצער שלוחו כלומר ולכבוד השליח עשה דהא מסתברא שכל עצמם לא אמרו עונש במצער שליחא דרבנן אלא משום כבוד הרב כלומר לכבוד שולחיו ששלוחו של אדם כמותו והביא מדברי רש"י ז"ל שפירש שם טעמא דשמתיה משום שמנדין על כבוד הרב אע"ג דרב יהודה קאמר משום דציער שליחא דרבנן הודיענו רש"י דדא ודא חדא היא דמאן דמצער השליח מצער שולחו ורואה אני שמלה מוטעת בדפוס הביאו לכ"ת לפרש כן בדברי הרב שכתוב שם וכאן שנגע בכבוד הרב עצמו סבור מינה וכאן בעובדא דרב יהודה שנגע בכבוד הרב עצמו כלומר שבזה את רב יהודה והא לא מתיישב כלל דהיכי מסיים אע"ג דלא הוי בזיון ממש והלא מה שאמר מנו יהודה בר שויסקאל אין לך בזיון קשה מזה גם מלת וכאן לא שייכא דעלה קמיירי אלא היה כתוב וכמאן דנגע בכבוד הרב עצמו כלומר נוגע בכבוד השליח כמי שנוגע בכבוד הרב עצמו אעפ"י שלא יבזה את הר' עצמו שלוחו כיוצא בו. ויסתכל כ"ת עוד להלן באותה תשובה בשני עלין כתב הר"ב בלשון הזה שכל מה שאמרו שהחציף בשלוחא דבי דינא נוהג נמי בשלוחו של תלמיד חכם מעובדא דרב יהודה אע"ג דהם ז"ל לא אמרוהו אלא בבי דינא ע"כ משמע דשלוחו של ת"ח שוה לשלוחא דבי דינא וכי היכי דבשלוחא דבי דינא אעפ"י שלא בזה את הבית דין חייב אף בשלוחו של תלמיד חכם אעפ"י שלא בזה את התלמיד חכם. ומאי דבעי מר להוכיח דמאן דמצער שלוחא דרבנן ס"ל הרב מהרד"ך ז"ל דלאו משום כבוד שולחו הוא ולאו מטעמיה מכח ראיה אחרת וגדולה היא אליו איך פה קדוש רב יהודה הוציא דבר שקר מפיו שאמר שציער שלוחא דרבנן והוא לא דבר עם השליח מטוב ועד רע ואמר דלית נגר ובר נגר דיפרקינה לקושיא זאת אם לא דבכל דוכתא דאיתמר שציער שלוחא דרבנן מיירי שנגע בכבוד הרב וההוא גברא בדבר א' דאמר מנו יהודה וכו' ביזה את שניהם את רב יהודה שולחו ואת שלוחו כלומר מאחר שמי ששלחך נבזה בזוי אתה מאד ואעפ"י שלא היה מדבר עמו כיון שהיה שם באותו מעמד הו"ל כמדב' עמו ואמר שלזה כיון רש"י במ"ש שציער שלוחא דרבנן שבזה את שלוחו בפניו ולעיל בתחלת המעשה דקאמר נטר עד דשקיל שמעיה דרב יהודה בס' שעומד כאן ליטול כלומר דע"ה הוא כבפניו זה כלל דבריו. והנה בא כ"ת ליישב קושי' א' שקשה הימנו דאי קשיא ליה האיך יאמר רב יהודה דציער שלוחא דרבנן והנה לא ביזהו כלל כ"ש דקש' בכל דוכתא שיאמרו על מאן דמצער שלוח' דרבנן היינו שבזה את הרב אעפ"י שלא בזה את השליח כלל דטפי ניחא שיאמרו דמבזה רבנן באפי שלוחייהו. ועוד זה שאומר שגם השליח מתבזה בהבזות בעליו בעיניו דבר תימה הוא כלום אנו חוששין לשליח אלא מפני כבוד

שולחו וכאן נעשה הטפל עיקר ויאמרו מאן דמצער שליחא דרבנן לפי שמתבזה בביזויו של רב ואיכפל רש"י על זה לומר שהבזוי שלשליח היו בפניו וכן על כבוד הרב לא חשו ולא הזכירוהו על כבו' הדיוט נחוש וגם שהיו בפניו. ועל עיקר קושיתו אשר עליה הרים ירעיש היאך רב יהודה הוציא דבר שקר מפיו שאמר שציער שליחא דרבנן יש לומר שר' יהודה לא היה רוצה לתלות הנדוי בכבוד עצמו כמ"ש הרמב"ם ז"ל שגדולי החכמים היו משתבחים שלא נדו לכבודם אבל זה לא יהא אלא שהזלזול הוא חוזר כלפי השליח דאמר מנו שמעיה דרב יהודה בר יחזקאל דשקיל קמי דידי הו"ל מצער שליחא דרבנן דבשלחותייהו קיימי שכל המבזה אותם על עסק השליחות כמבזה את החכמים עצמם כ"ש כשאומר מנו שמעיה דפלו'. אי נמי דציער שליחא דרבנן משום דלא שביק לי' למשקל בשרא וכן מוכיח מדברי הר"ד הכהן ז"ל ומה שהקשה כ"ת דהא אפי' הי' עושה זה לרב יהודה עצמו לא היה מתחייב נדוי מההיא דהגהת מיימון דמפני דאינו עושה קימה והידור לא מחייב מ"מ כשהוא עושה דרך זלזול אפקירות' הוי כדאשכחן באלו מגלחין בההיא איתתא דחליף צורבא מרבנן ולא אתכנע' מקמיה שמעה שמתא מפיו נהגא נזיפותא ומההיא דסוף מרובה בעובדא דיהודה כו' ובמקום אחר הארכתי בזה דשאני עושה דרך זלזול מן העושה לפי תומו. ומה שכתב רש"י שבזה את שלוחו לפניו הוצרך הדבר לאומרו לפר' לשון צער היינו שביזהו לפניו ומצטער בכך ואי הוה נקיט מבזה היה משמע אפי' שלא בפניו ושמא דעל זה לא יתחיי' מ"מ אלא על המצערו שמבזהו בפניו ול' זה הוא שהוקש' לרש"י בפ"ק דמכילתין עד שהוצרך לפרש שצערו בהכאה ומר נסתייע הרבה מלשון זה של רש"י שכתב שהזמינו לדין וקם עליו והכהו דמשמע ליה דלא מחייב אלא שהכהו ודוקא בהזמנה לדין. ומה ראה לתפוס דבריו אלה כאן בפ"ק הרי בפרק עשרה יוחסין פירש שבזהו והתם בעובדא דרב יהודא לא היתה שם הזמנה לדין ורש"י ז"ל הביא שם הא דרב מנגיד אמאן דמצער שליח' דבי דינא וגם בפרק רבן גמליאל פירש רש"י ז"ל בביזויו גרידא אלמא מה שכתב בפרקא קמא שקם עליו והכהו לאו למעוטי ביזוי דברים אלא לשון צער אתא לפרושי וכאן פיר' כשביזהו לפניו דהיינו צערא.

וההיא דאייתי מר מדאמרי' בפרק אלו מגלחין דמאן דאתפקר בשליחא דבי דינא ואתי ואמר ליה ביה משום לישנא בישא ומייתי לה מהעיני האנשים ההם תנקר והתם זילותא דבי דינא הוא וקרי ליה אתפקר בשלוחא אלמא זלזול הרב ציער שליחא הוי התם לענין דשרי ליה לשליחא להגיד קאמר ובין על זלזול השליח בין על זלזול הב"ד שרי ולית ביה משום לישנא בישא והאי דנקט כי האי לישנא מאן דאתפקר בשליחא דבי דינא כלומר

שלא היתה האפקירותא אלא בינו לבין השליח שאם היה בפני אנשים אחרים פשיטא דלית ביה משום לישנא בישא.

ומה שהביא בסוף דבריו שמצא און לו בדברי הריב"ש בסי' ל"ג למבזה שלא בפניו מעובד' דרב יהודה אלמא ס"ל שלא היה הנדוי מחמת שציער שליחא דרבנן דההוא בפניו הוא אלא לפי שבזה את רב יהודה עצמו וזה היה שלא בפניו אין משם ראיה דהריב"ש שפיר גמר מינה דאי ס"ד מבזה את החכם שלא בפניו לא מחייב היאך נתחייב נדוי ההוא טבחא על שצער שלוחו והלא אין צער שלוחו אלא שנוגע בכבוד משלחו ואם היה מבזה משלחו מ"מ לא מתחייב מבזה שליח מבעיא ועוד מדברי התוס' בפרק ר"ג מוכח דמה שהחמיר עליו לנדותו היה לפי שבזה את רב יהודה עצמו דלאו משום דציער בנגידא סגי ליה ואי ס"ד דוקא בפניו למה ניידהו.

ועל דברי הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ה מהלכות סנהדרין שכתב אסור לנהוג קלות ראש בשליח ב"ד והרי השליח נאמן כשנים לענין הנדוי שאם אמר פלוני הקלני או הקלה את הדיין או לא רצה לבא משמתין אותו על פיו שהקשה הרב דכיון דפלו' הקלני משמתין אותו מאי רבותיה דרב מנגיד אמאן דמצער שליחא דבי דינא דהא שמתא חמירה פירש בו הרב ב' לשונות ותרוייהו פרכי חדא דמלבד השמתא הוה מנגיד ליה רב. ולכך כתב הרמב"ם אח"כ וכל המצער שליח ב"ד יש לב"ד רשות להכותו מ"מ כלומר יש לו רשות להכותו נוסף על הנדוי. וזה לא יתכן חדא דאמאי מחמרינן במבזה שליחא יותר מהמבזה ב"ד עצמו דבנדוי סגי ליה. ועוד א"כ במה בא רב נחמן לתפוס את רב יהוד' במה שנידהו דאמר ליה ולנגיד ליה מר מנגד הרי הנגידא תוספ' על הנדוי הוא ורב יהודה פחת מענשו ועד שהשיבו דחמירה מניה עביד ליה והלא הקל עליו ונגרע מערכו. ולשון שני דמשמע ליה למר עיקר שפלוני הקלני לא נקט ליה בהדי הנך לענין השמתא אלא לענין שהוא נאמן כשנים גם זה לא יתכן חדא שלא הניח מקום ללשון שנוכיח ממנו דהא משמתין אותו קאמר ועל כלם קאי. ועוד דבפרק ו' מהלכות תלמוד תורה מנה הרב בהדיא המבזה שליח בית דין מכלל הכ"ד דברים שמנדין את האדם עליהם ומה שרצה כבוד תורתו לומר דהא דמנגיד רב אמאן דמבזה שליח' דרבנן מקל היה רב לדונו במלקו' וע"ז כת' הרמב"ם ז"ל יש רשות לב"ד להכותו כלומר רשות להקל עליו לא נהירא דאמאן קאי יש רשות אם לאותו חכם שנגעו בכבוד שלוחו פשיטא אפי' לגמרי מצי למחול ואם לאחרים קאמר שיש רשות להקל במי שבזה שליח של ב"ד מי התיר לנו לוותר על כבוד הרב הואיל דחייב נדוי ושמא הרב לא ימחול עד שיעשו לו כדינו. ועוד כלהו דקחשיב התם בפ"ק דקדושין דרב מנגיד עלייהו לחומרא קאמר ולא לקולא כדאמרי' התם נהרדעי

אמרי בכלהו לא מנגיד רב אלא אמאן דמקדש בביאה בלא שידוכי דאילו מעיקרא אמרי' דרב מנגיד על המקדש בביאה ועל המקדש בלא שידוכי והשתא לא מנגיד אכל חדא מנייהו באפי נפשיה אלא אמאן דעביד תרוייהו שמע דמימרא דרב לחומרא איתמר. ועוד שכתבו התוס' דעל זה סמכו האידנא חתני' הדרי' בבית חמות' כנהרדעי דאמרי בכלהו לא מנגיד רב וכו' ובפ' ר"ג נתנו התוס' טעם למנהג דבשל סופרי' הלך אחר המקל אלמא הא דרב מנגיד לחומרא קאמר. ועוד כי מדברי הרמב"ם שכתב יש רשות לבית דין להכותו מ"מ משמע דאתא לאפוקי דלא תס"ד שאין רשות להכותו דאם איתא יש רשות להקל מעליו לפטרו מן הנדוי מבעי ליה.

ונראה בעיני לתמיה' הרב מהר"י קארו ז"ל דשליחא דבי דינא דאתא רב לאשמועינן דמנגדינן ליה היינו שלא ע"י הזמנה לדין אלא שהולך בשליחות הרב כעובד' דשמעיה דרב יהודה ואמ' דטעמ' דשמתיה משו' דציער שליחא דב"ד אעפ"י שלא היתה הזמנ' לדין אלא שהולד בשליחות הרב לקנות לו בשר כמו שמוכיח מדברי התוס' בפ' ר"ג דאף לרש"י דגריס שליחא דבי דינא כתבו ונראה דבכל שליחא דרבנן יש ללקות' אע"ג דלא הוי שליח ב"ד כלומר שלא היתה הזמנה ולזה אחר שכתב הרמב"ם ז"ל דין ההזמנה לדין שמתחייב המזומן נדוי על שהקל בין בכבוד הב"ד בין בכבוד השליח בין שלא רצה לבא כתב וכל המצער שליח בית דין כלומר אפי' אינש בעלמא דלא אזמניה לדינא שציער השליח בענין שליחותו או כשהלך להזמין לדין לזה בא אחר לסייעו וציער את השליח יש רשות לב"ד להכותו מכת מרדות אבל אין רשות לנדותו אלא לאותו שהזמינוהו לדין בלבד ומה שנדה רב יהודה להההוא טבח' היינו לפי שבזה את רב יהודה כדברי התוס' שם ואף למאי דגרסי' התם דאמר רב נחמן ולנגיד ליה מר מנגד והשיב דחמירא מיניה עבדיה ליה נראה שהתוס' מפר' דטעמיה דרב יהודה לפי האמת היה לפי שבזהו אלא שלא רצה לומר שעל זלזולו נדהו ובמילתא בעלמא אוקמיה שאילו היה רב נחמן משיבו שאינו רשאי למושכו להחמיר עליו היה משיבו שבדין נדהו על זלזול עצמו. והא דקשיא לן מהיכן למד הרמב"ם ז"ל דמבזה שליח ב"ד אפי' ע"י הזמנה חייב נידוי דילמ' דוק' במבזה בית דין נראה דגמר לה משלחו לו ולא בא דכתיב אשר לא יבא לשלשת הימי' וכו' והוא יבדל וכו' דמזלזל בשליח שהולך להזמינו הוי אפקירות' טפי מלא בא ועוד שאם על זלזולו של שליח לא היה חייב לא היה לנו להאמינו שלא רצה לבא או שזלזל בכבו' הרב שנאמ' לפי שהקניטו הוא אומר ונוגע בעדותו הוא אבל כשאנו אומרים שאף על צערו חייב לא חשיב נוגע בעדו' שאף בזה הוא נאמן ומנדין אותו על כך שכבודו הוא כבוד שולחיו ויש לדקדק כן מלשונו שכתב שם אסור לנהוג קלות ראש בשליח ב"ד והרי

השליח נאמן כשנים וכו' דמאי אסור דקאמר דמשמ' פטור אבל אסור הרי חייב נדוי ולמה סמך ענין לו והרי שליח נאמן כשנים אלא משום דבזלזל שליח ב"ד איכא איסורא טפי דאילו לא בא דלא עבד איסורא מנדין עליה כ"ש בזלזול שלוחם דהוי אפקרות' דבי דינא טפי ולפי' נאמן השליח כשנים לענין הנדוי בין שאמר הקלני או הקלה את הדיין או לא רצה לבא דכיון דעל עצמו נאמן ומנדין עליה לאו נוגע בעדותו הוא.

ואהא דכתב מר שכיון ששלוחו של החכם הרים יד תחלה אעפ"י שאח"כ הכהו זה וחבל בו ליט לן בה דפוטר מים ראשית מדון שלא נתכוון אלא להציל עצמו משום כי יחם לבבו עביד ליה מר למרים יד כמכה הואיל שאעפ"י שלא הכהו נקרא רשע וזו לא שמענו אבל שמענו שני אנשים שחבלו זה את זה משלמין במותר נזק שלם כמו ששנינו בפר' המניח. וכתב הרא"ש מיירי שהתחילו כא' או אחר זמן אבל אם התחיל האח' השני פטור אע"ג דלא שייך באדם כל המשנה ובא אחר ושנה בו פטור דהא אפי' על עסקי ממון אמרינן לעיל מאה פנדי בפנדי דמרה למחיה והכי נמי אוקימנה לעיל וקצותה את כפה ביכולה להציל ע"י דבר אחר וכו' משמע דמטעם הצלה פטרינן ליה לשני שרשאי הוא להציל עצמו אפי' ע"י הכאה כיון שקדם האחר והכהו. ועוד כת' שם ומיהו צ"ל אם היה יכול להציל עצמו בהצל' מועטת חבל בו הרבה חייב מידי דהוה איכול להציל באחד מאיבריו. ובטור סי' תכ"א כ' הלשון הזה משם אביו הרא"ש ז"ל ודוקא התחילו שניהם כאחד או לאחר שחבל זה בחבירו חזר גם הוא מיד וחבל בו ואם רבי לא שנאה אלא לאחר זמן מנין לו לומר דמיד פטור. וראיתי מי ששיבש לשון זה של הטור ואמר שטעו' סופר הוא. ונ"ל שכל שחזר בו מלהכות אפי' מיד לאחר זמן קרינן לה כגון הכהו וחזר לאחוריו ונהפך המוכה מיד והכה למכה לאחר זמן קרינן ליה ומשלם במותר נזק שלם. וכדאמרי' בפ' כל הגט גבי המביא גט ונאבד ממנו מצאו לאלתר כשר איזהו לאלתר כל שעומ' ורואה שלא שהה אדם שם ולא עבר אדם שם הוי לאלתר שהוא לאחר זמן ובנ"ד אם כשהרים יד להכותו קדם זה והכהו להציל עצמו איכא למפטריה אבל אם תחלה כשבא ליקח הבשר היה בהרמת יד ואח"כ עברו ביניהם דברים עד שהכה זה את זה אם באחרונה השני קדם להכות איך הרמת יד של שליח דקוד' לכן פוטרתו שהרי עכשיו לא הוצרך להציל עצמו ומה שהביא מר בכלל דבריו משום כי יחם לבבו טעם זה מהני שפיר לפטרו מעונש דברים כמו שבא בתשובת מהר"ם ומהרי"ו ז"ל דאם פתח בדברי זלזול אעפ"י שזה זלזל בו בזיון קשה הימנו כל שהיה בשעת חימום פטור מיהו דוקא לענין בזוי דברים הוא דאזלינן בתר פוטר מים שהוא ראשית מדון אבל לא לענין חבלא וטעמא משום דענין ביוש דברים אגב צעריה אמר להו ולא חשיב כדמכוין לבייש כדתנן ופטור

על הבשת עד שיהא מתכוין אבל ענין חבלה תנן אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד ואע"ג דלא דיינינן דיני קנסית בבבל מכל מקום מנהג שתי ישיבות דמנדין עד דמפייס לבעל דיניה ומיהו ודאי דכל הני דאמרי' בהחובל התוקע לחברו וכו' מנה סטרו וכו' לאו חבלה דממון ממש הוא אלא הכל לפי מה שמתרבה בשתו ובשת דבעינן עד שיתכוין בשעת חימום פטור ולא יתחייב אלא על הנזק אבל אם לא היתה כאן אלא שהרים ידו להכות והניחה ושוב חזר זה והכהו ממש חייב על כבודו ועל כבוד שולחיו.

וההיא דאייתי מר דאמרו בירושלמי זקן שנדה לצורך עצמו אפי' כהלכה אין נידויו נדוי שהבי' בת"ה בהגהה בשם ראבי"ה לצורך עצמו כדי להשתכר בהתרתו ולכך אין נדויו נדוי אין ללמוד משם למי שמתכוין שלא יוסיפו לעשות עוד כדבר הזה שכן דרכן של ת"ח שאינן עושים להתנקם על מה שעבר אלא לתקן לעתיד שלא יהיו פוגמי' בכבודו ולא בכבוד שלוחו ולא יוסיפו בני עולה לענותו והיכי מדמה לה מר למי שמתכוין להשתכר בהתרתו בבצע כסף דההוא דיניו בטלים כדתנן בפרק עד כמה הנוטל שכר לדון דיניו בטלים להזות ולקדש מימיו מי מערה ואפרו אפר מקלה וה"ה שאין נדויו נדוי ואין חרמו אלא כחורמו של ים ואפי' גבי שודא דדייני פי' התוס' שוחדא דדיינא כלום' שכל מה שירצה הדיין יעשה ומקשי' אם כן יפסוק הדין לכל מי שיתן לו ממון ותירצו כל דיינא דנקיט ממונא לאו דיינא הרי שאעפ"י שהדין עושה מאחר שמשתכר בו אין מעשיו כלום וכן אם עושה להנקם ממנו על מלוה ישנה שיש לו עליו ההוא רשע מיקרי דקעבר על לא תקום ולא תטור אבל כשמתכוין שיהיו זהירין להבא בכבודו ובכבוד שלוחו אין רע אדרבא חושך אותם מרעה לבלתי יחטאו. וב"מ דין הך דירושלמי מחו לה מאה עוכלי בעוכלא שהרשב"א ז"ל בתשובותיו בסימן תכ"ט דחאה מהלכה ואמ' אם אית' לא הוה שתיק גמר' מינה. ובהגה המיימוני' פירש' לכבו' עצמו דוקא שלא היה מכבדו בקימ' ובהדו' ועוד ראיות בכרך תשובו' גאונים שבידי סימן תכ"ב כי המנדה אחרים לצורך עצמו על עסקי ממון אין נדויו נידוי אם ממון נתחייב לו נדוי לא נתחייב לו אבל אם נדהו לכבודו שביזהו ודאי נדויו נדוי משמע דמפרש לצורך עצמו לממון של עצמו אפי' כהלכה כההיא דרשב"ל אע"ג דתלמיד חכם אחר היה יכול לנדו' עליה איהו לא עביד דינא לנפשיה בדבר שבממון אפי' במילתא דפסיקא ליה כל מילתא דמחוסר גובייגא כדכתב הרא"ש ואפילו במידי דלא מחוסר גובייגא דומיא דעובדא דר' שמעון בן לוי דהוה מצי למעבד דינא לנפשיה לענין נדוי חשיב כנוגע בדבר ומיהו לכבודו שאני דכבוד תורה היא וכי תימא תורה נמי דיליה היא ההיא לענין למחול עליה כשהוא בצנעא אבל לתבוע עלבונה לא חשיב נוגע בדבר ושוב מצאתי להרא"ש בתשובותיו כלל י"ח שפירש

כן לצורך עצמו אפי' כהלכה דעל ממונו אין נדויו נדוי דממון נתחייב לו ולא נדוי ואותו השואל ששאל להרשב"א בתשובה שכתבתי היה מפרשה שנדה לכבודו במקום רבו דאפילו כהלכה אין נדויו נדוי ומשמע דהוה גריס תלמיד שנידה והרשב"א ז"ל השיבו שאפילו הכי אינה כהלכה דבגמרא דידן מוכח דתלמיד יכול לנדות בין בפני רבו בין שלא בפני רבו וקשיא לי מההיא דאמרינן בפרק הדר רבינא הוה קאי קמיה דרב אשי חזייה להההוא גברא דקטר חמרא בציניתא ארמ' ביה קלא ולא אשגח ביה אמר להוי ההוא גברא בשמתא אמר ליה כי האי גוונא מי מחזי אפקירותא אמר ליה אין חכמה ואין תבונה ואין עצה וכו' כל מקום שיש חילול ה' אין חולקין כבוד לרב אלמא משום דהוי כבוד שמים דוקא הא לכבודו מחזי אפקירותא ושמא אדרבא כבוד שמים שאני דכיון דמנודה אפילו לרב הוה ליה כמורה הלכה בפני רבו דחייב מיתה שהרי רבו היה יכול לעשות דבר זה ולהכי בעי אי מחזי כאפקירותא ומשני אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה' דאפילו רשות לא בעי למשקל אבל כשהוא מנדה לכבודו לא מחזי כאפקירותא וכי תימא הא אמרינן בפרק חלק דמבזה חברו בפני תלמיד חכם הוי אפקירותא כל שכן לנדות לכבודו בפני רבו ויש לומר דרבו נמי ניחא ליה בכבוד התלמיד דחביב עליו כשלו ותו דבין כך ובין כך קשה דברי הירושלמי דאפילו תימא דמחזי כאפקירותא אכתי לא אשכחן דאין נדויו נידוי. ולהרא"ש ז"ל מצאתי דקשיא מדידיה אדידיה דבפרק אלו מגלחין כתב מנודה לתלמיד אינו מנודה לרב דוקא שלא בפני הרב אבל בפני הרב אפקירותא היא והוא עצמו צריך נדוי אם לאו דפליג ליה רביה יקרא. ואילו בתשובה כתב תלמיד יכול לנדות במקום גדול שאין זה כפוגם בכבודו שהרי הרב לא ניחא ליה שמביישים תלמידיו כי כבודם הוא כבודו ואינו מקפיד אם התלמיד לוקח נקמתו ממנו הרי דקשי' דידיה אדידיה וכי תימא דמה שכתב בהלכות לבתר דשמעה מהראב"ד ז"ל והתשובה מקמי דשמעה ויש ליישב עוד דבפניו היינו בעירו או תוך שלש פרסאות דאסור לו להורו' דכבפניו דמי מכל מקום לא הוי אפקירותא דנאמר שאם היה רבו מצוי היה הוא עושהו. אבל בפניו כיון שלא נדהו רבו ולא נטל רשות ממנו אפקירותא איהו טפי המבזה את חברו בפני תלמיד חכם וכדמשמע מההיא דפרק הדר ומצאתי להרב מהר"י קולון זלה"ה בשרש חמשה ועשרים שהביא שמצא כתוב משם מהר"ם זכרונו לברכה וזה לשונו ובירושלמי קאמר כשנדה לצורך עצמו אין נדויו נדוי. וצריך לומר דהתם איירי לפני רבו דהוי כמורה הלכה בפני רבו כדי שלא יקשה מן הגמרא דידן דקאמר תלמיד חכם שנידה לכבוד עצמו נידויו נידו לכ"ע בר מרבו. ומהר"ם תירץ וז"ל נ"ל לתרץ דבירוש' מיירי שברבו לממונא שנדה את מי שמעכב לו ממון שלא כדין אעפ"י שכהלכה נדהו אין נדויו נידוי אלא לאפקירותא

שעמד זה וחרפו. ובכי ה"ג מפליג טובא בין ממונא לאפקירותא עכ"ל. הרי לדברי השואל להרשב"א הם דברי בעל הספר הזה ודברי התשובה שהבאתי למעלה כי היא כדברי מהר"ם ז"ל. ובהגהת אשירי פ' אלו מגלחין כתב ת"ח שנדה לצורך עצמו ע"ע ממון ואין חברו מסרב לפרוע אבל אם מסרב לפרוע לו והלך שמעון ונדהו לראובן לא מבעיא אם שמעון זה ת"ח הוא שנדויו נדוי אלא אפי' כל אדם שאין ת"ח בכה"ג הוי נדוי ע"כ ונראה דהגהת אשירי פליגא אאשירי עצמו בתשובה שהבאתי לעי' דאפילו גזל ממונו אין נידויו נידוי דממון נתחיי' לו ולא נדוי ומיהו יש לחלק דגזל מאי דהוה הוה ואין לו לנדותו על מה שעבר אבל אם אינו רוצה לפרוע אפילו בהלואה דבהתרא אתא לידיה יכול לנדותו כדאמרי' השתא דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר לא בעינא למעבד מצוה מא"ל תנא ליה בד"א במצות ל"ת אבל במצות עשה כגון שאמר ליה עשה סוכה ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו וכל שכן דמשמתינן ליה וכה"ג אפי' בעל דבר עצמו יכול לנדותו הבאתי כל זה ללמוד שלא עלתה לו לרב בת"ה שום הוכחה למי שמנדה בדבר שחייב נידוי כעין אותו נדון. את זה ראיתי להשיב מפני הכבוד לפי העת ולפי השעה ושלום חכמתך עתה יגדל עד אפסי ארץ כחפצו וכחפץ מזומן למצותך הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ל

שאלה אשה שבדקה עצמה ומצאה בעד שלה דם סמוך לתשמיש שנים או שלשה ימים אחר התשמיש והיתה פורשת מחמת כן עד שנודע שבעלה היה שותת דם מפי האמה וכן לאחר תשמיש בדקו וראו דם יוצא עם של זרע ושאלו הרופאים על הענין ובקשו לעשות לו תרופות. ועתה יש להסתפק אם ניחוש לדם הנמצא בעד שלה לומר שמא רואה דם מחמת תשמיש ואם תמצא לומר שלא נחוש הואיל וידענו שהדם בא מהבעל אם אחר שלשה ימים שהיתה פולטת ש"ז מוצאה כתם גדול אדום ונראה לה שהיא הפליטה שהיתה רגילה לפלוט והראיה שעכשו אין לה פליטה אחרת חוץ מזו ומה שהוא אדום הדבר ניכר שהוא מהדם שהבעל מוציא עם ש"ז בעת שהוא נזקק לה.

תשובה מצינו להרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב בב"י סוף סימן ק"ץ מי שיצא ממנו דם דרך פי האמה בהרגל פעם ופעמים בחדש בין ער בין ישן בלא הרגשה ובשעת תשמיש נמצאו בעדי האיש והאשה טפות דמים גם לאחר כשהאיש מקנח חוזר ומקנח מוציא טפות דם דרך פי האמה אם יש לחוש בספק נדה וכו' והשיב מסתברא דתולה היא זו כיון דאיכא ודאי מכה בבעל שהוא מוציא דם וכו' כדתניא הרואה דם מחמת תשמיש משמשת פעם אחת ושתים וכו' ואם יש לה מכה תולה במכתה וכיון שכן אף בנדון דידן

תולה בזה שאין לך תלייה גדולה מזו לתלות בה ע"כ לשונו. וכן הביאה הרב מהר"י קארו ז"ל בפסק הלכה מי שרגיל לצאת ממנו דם דרך פי האמה ובשעת תשמיש נמצא בעד האשה דם תולה בבעלה עד כאן וממנה יש ללמוד למה שמצאה בשעת תשמיש ואף למה שמצאה לאחר שני ימים או שלשה שיש לתלות בבעלה מאחר שהזמן מופלג משעת תשמיש שאין לנו אלא מה שאמר באותם הימים שהיה מקום לומר שהואיל וזמן ראייתה מופלג מזמן שאנו תולין בו שהוא בשעת תשמיש לא תלו בכהאי גונא שאין לנו אלא מה שאמרו חכמים תולה במכה דלאלתר וכן אמרו אין מחזיקים לתלות ממקום למקום הכי נמי אין להחזיק מזמן לזמן הנה ידים מוכיחות מאחר שהוחזק האיש שמוציא ש"ז אדום כדם ועכשו אני אומר דם שנבלע הוא דם שנפלט כיון שיצא בזמן שהוא רגילה לפלוט יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לא

וששאלת על הספר תורה שנמצאת היריעה שלו קרועה ותפורה ביותר מחמש שטין. תשובה הואיל ויצא הדבר בהיתר יצא על פי תשוב' הריב"ש ז"ל ומה שגמגם בדברי מהרי"ק ז"ל שהביא בבית יוסף שנראה שחלוק על דברי הריב"ש נראה דלא פליגי שלא הכשיר מהרי"ק ז"ל ביותר משלש שיטין כלל אלא בא ללמד על חסרון שביריעה אם יועיל לטלות קלף על החסרון ולכתב עליו לפי שזה לא הוזכר בגמרא נקב שיש בו חסרון וצריך לכתוב על המטלית ואפשר שאפילו בשיטה אחת יפסל. והרב ז"ל כתב כן להעמיד את המנהג להכשיר בזה אבל ביותר משנים בישן ושלשה בחדש לכולי עלמא פסול וזה ברור מאד בלשונו.

אבל ראיתי למהר"ם אלשקר ז"ל בסימן צ' הביא משם הרב רבי' דוראן ז"ל שהכשיר ביותר משלש שיטין ושלח לו הרב הריב"ש ז"ל מנין לו ראיה להכשיר ושלח לו דהא אסיקנא אפי' בתוך שלש לא יתפור לאו דוקא שלש שכן דרך הגמרא כשאומר מספר מועט ומוסיפין עליו לאו דוק' אותו התוס' והביא מההיא דפרק הבע"י מל האחד ומת השני ומת שלישי לא תימול וכו' ואף מהר"ם אלשקאר ז"ל הביא מפרק שני דגיטין רבי יוחנן אמר אפילו מכאן ועד עשרה ימים ופשיטא דעשרה לאו דוקא אלא אפילו טובא ואמר מהר"ד ז"ל שהסכים הריב"ש עמו בהכשרו ונראה דמשתק קשתיק ליה דאי אודויי קמודי ליה הי"ל לכתוב חזרתו בתשובה ועוד תמ' אני אם קבלה מיניה שהרי אין לנו כן דאף הריב"ש ז"ל כתב שאפילו תימא שהלשון שבגמרא לאו דוקא כתב דאפשר לפרושי דבחדתא לית לן בה כלל ואפילו ביותר משלש אין ס' לומר כן וכתב וכן נראה מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב אבל אם נכר הגויל שהוא מעופץ תופר אפילו קרע הבא בתוך שלש

דמדהוסיף הרמב"ם ז"ל על לשון הגמרא ולא אמר אבל בעפיץ תופר בכל ענין משמע דס"ל דדוקא שלש קאמר גם דקדק מלשון רש"י שכתב אמאי דבעי בגמר' בין דף לדף מהו פירוש שאילו היה בכתב היה יותר מג' שיטין הרי שלא הוכיח הרב ז"ל מלשון הגמר' דהוי דוקא דהא לית לן קאמר אלא מן הלשון שהוסיף הרמב"ם ז"ל אלא אפי' קרע הבא בתוך שלש והביא מההיא דפ' היה קורא אבל לאחריו אפי' מיל אינו חוזר ומוכח דפחות ממיל חוזר. ומההיא דפ' מי שמת אכל שם סעודת חתן אפי' בדינר וכו' בזו חלוקי' עליו הרב דוראן ז"ל לומר דבכל דוכתא דקאמר אפי' לאו דוקא ואני רואה שהרמב"ן ז"ל מסכי' לדברי הריב"ש ז"ל ממ"ש הר"ן ז"ל בפ' אלמנה נזונית בההיא דאם עשו אגרת בקורת ביניהם אפי' מכרו שוה מאה במאתי' וכו' דוקא הוא אבל יותר על זה מכרן בטל והביא ראיה מההיא דפ' מי שמת דפריך פשיטא ביום תנן ש"מ כל כי האי לישנא דוקא היא אע"ג דתני אפי' הרי כל הני רבוותא סברי כהריב"ש וליתיה להא כללא דכייל הרב מהר"ר דוראן ז"ל והר"ם אלשקאר ז"ל שדרך הגמר' כשמזכיר מנין ומוסיף עליו לאו דוקא אותו התוספת והביא ראיה מההיא דפרק הבע"י מל א' ומת הב' ומת ג' לא תמול ולאו דוקא שלישי אלא ה"ה רביעי וחמישי. ותמהני על ראיתו זו דהיכי שייך לומר הרביעי וחמישי תמול ומי מוציאה מידי ספק ואם מל השלישי ונתקיים אפשר שנתבטלה חזקתא קמייתא ותמול מכאן ולהבא ולא דמי לווסתות ולשור המועד דבעינן שיחזר בו ג' פעמים בחזרה דהתם בקביעות ווסת תליא מלתא. וההיא דפ"ב דגיטין דמייתי מהר"ם אלשקאר איכא למימר דודאי אפי' עד עשרה דקאמ' ר' יוחנן לאו דוקא אלא דקאי אמאי דמעיקרא בעי למימר ל"ש אלא לאלתר אבל מכאן ועד עשרה ימים לא קאמר ר' יוחנן אפי' עד עשרה והנה דברי הרמב"ן ז"ל מסייעי' לדברי הריב"ש אבל הרב מהר"ם אלשקאר הביא מתשובת רבינו שמשון שנ"ץ ז"ל דכיון דשרינן בשלש ה"ה בארבע מ"מ נראה שרש"י והרמב"ם ז"ל חלוקי' בדבר ומאחר שאנו רואים שרבותינו לא ס"ל האי כללא דאפי' כדמוכח מההיא דפי' מי שמת דקאמ' גמרא פשיטא דינר תנן יש ללמוד זכות על ס"ת זה שלא לפוסלו.

סימן לב

שאלה ילמדנו רבינו שליח צבור היה קורא בתורה ומצא בספר התורה גמגום מאות אחת בשטה אחת למטה שהיתה נכנסת באות שלמעלה הימנה כעין זה: ויסורו ויאכלו הלמד בחללה של ריש וזולת זה רובו ככולו בכל שאר האותיות כגון חית ודלת וכף פשוטה ובדומה להם גג הלמד היתה נכנס בכולן אשר על כן רצה השליח צבור הנז' לפסול הס"ת ההוא דאפשר להו להוציא אחר תחתיו מהא דכתב הרמב"ם בהל' ס"ת בדברים

הפוסלים שכל שנשתנית האות מאיזה מין שיהיה טשטוש וכו' ואחריו כל ישרי לב ימשוך הפוסקים נוחי נפש כלם כאחד כתבו כן והנה בתיבה זו שנכנס גג הלמד בחלל הריש נראית כקוף ואין לך שנוי אות גדול מזה אעפ"י שלא נמצא לפוסקים שכתבו כעין זה אלא שנוי לבד. אך בחור מעם בן תורה חלק על הש"ץ ואמר שאין ראוי לפוסלו ומאחר דיניק לא חכים ולא טפש קורא התיבה כהלכתה הגם הלום שאין גג הלמד נוגעת בגוף הרי"ש ויש בו חלל כחוט השערה ותו לא מידי ואין ראוי לפסלו אפי' בדאפשר להו. והש"ץ השיב כי מה שמביאין תינוק דלא חכי' ולא טפש הוא כשהשינוי הוא באות אחת כגון דלת וריש וכיוצא מהאותיות שמראין לתנוק ההוא האות ההיא לבדה שמפסיקין באצבעות בינה לבין האחרות אבל בנדון זה לא עשו כן אלא שקראו לנער ואמרו לו שיתחיל לקרות מראש השטה וקרא גם התיבה ההוא והלך על הרגל לשונו כי אילו היו משימין האות בין שתי הגודלי' ודאי הגמור שהיה קורא אותו ק' אשר מעכ"ת יוכל להבחין הדבר ממה שכתוב כי הש"ץ הנז' אעפ"י שהוא מורגל בסדר הקריאה ומה גם כי הוא ספר דתא די אלהי שמיא מעודו עד היום הזה בהיותו קורא כשהגיע לתיבה זו נתעכב בקריאתה כי לא ידע מה היא. יורינו המורה לצדקה כי הש"ץ הוא איש זקן וריח תורה יש בו ואם מעט ולפי שאמר נגד הבחור החכם לו יש בינינו מוכיח כי הלואי היה הרב פ' או הרב פ' הלא הם יורונו יאמר לנו אשרו על זה נמלא חמה החכם ההוא ואמר כי מי כמוהו מורה כי מנעוריו נתגדל בין החכמים ועל ברכיהם יולד והזקן המסכן מאפס ותוהו נחשב לו וחרף את הזקן הנז' והוא שמע ושתק כי נכרי היה וגם גולה למקומו גם אחרים חזקו בידו באופן שנשאר בוש וחפר ולא זו בלבד אלא שבמנחה קראו בו לכתחילה אעפ"י שהיה להם ספרים אחרים. על כן יחשש האדון עין כל הארץ לזילותא של הזקן הנז' ותשובתו הרמתה יבא לו להשיב חורפו דבר ואף גם שהזקן טעה כבר מצינו גדול הוא יואב שר הצבא שטעה ב' טעיות ותורה היא וללמוד הוא צריך ושכרו כפול מן השמים.

תשובה אפריון נמטייה לזקן שקנה חכמה והסכים להלכה שפסול גמור הוא שהרי נפסדת צורת הריש לגמרי והרי היא דומה לקוף וגדולה מזו אמרו שאם נכנסה הלמד לתוך אוירה של חית או ה"א אפי' בלא נגיעה פסול כדכתב הריב"ש בסימן קמ"ו אהא דאמרי' בפ"ב דגיטין לא צריכא דמעורה שיש סבורין שדבוק פוסלת בגט כמו בס"ת ולזה פירשו דמעורה ר"ל שנכנס ראש הלמד לתוך ה"א או חית של מעלה והרמב"ן השיב עליהם שאם דבוק היתה פוסלת בגט כמו בס"ת זה היה יותר קרוב לפיסול ומכלל דבריו אתה רואה דבס"ת שדבוקה פוסלת בו גם אם נכנס ראש הלמד באויר הה"א או החית

אפי' בלא נגיעה פסול אעפ"י שלא תתחלף בזה אות אחרת אלא שמפסיד צורת האות עכ"ל. וכן כתב הר"ן בגיטין מכאן דקדקו התוס' וכו' ואחרים אומרי' שהוא יותר קרוב לפסול. ובתוספו' שפירשו הא דאמרי' דמעורה בהכי שנכנסה ראש הלמד בחלל הה"א והחית לא יחוייב מדבריהם דבהכי לא מפסיל דיש לומר לא לתוך חללה ממש קאמרי אלא כל נוגע בחלל מעורה מיקרי כיון שאין אויר מפסיק בין שיטה לשיטה ספר אחד מקרי ומיירי שלא נכנסה לתוך חללה בענין שיפסיד צורת האות אלא שנוגע כל שהוא והדברים ק"ו אם כשנכנס לתוך החלל פסול אע"פ שאין צורת האות משתנ' לאות אחרת זו שנכנסה לתוך חללה ועשאה כקוף לא כ"ש שהוא פסול מוסכם.

ולא שייך כאן לאתויי ינוקא דלא חכים ולא טיפש לקרותו שאם האות מתחלפ' צורתה ונדמית לקוף לכל מראה עיני הגדול מה יושיענו זה התינוק בקריאתו ולמה אמרו דלא חכים דאי חכים יקראנה כתקונה ומאן חכים כזקן הקורא ולבלר ואסתגר בקמייתא ואם היתה שתיקה לחכמים ק"ו לטפשים ובהדיא כתב הריב"ש ז"ל בסי' ק"ך שכשאמרו להבי' ינוק' דלא חכי' ולא טפש זהו להחמי' שאם אין התינוק יכול לקרותה כתקונה פסולה ולא אמרו זה להקל ע"כ.

ועוד שלא אמרו ינוקא אלא היכא דלא נפסדה צורת האות כגון באורך הואו אם יש בה כדי האורך הראוי שלא תקרא יוד ואעפ"י שלעין כל יצת' מכלל יוד באנו להבחין אם יטעה הנער בקריאת' וז"ל הרב מהר"י קולון ז"ל ופשיטא שאין להכשירו בקריא' התינוק שלא נאמרו דברים אלו אלא היכא שנפסקה האות ובצר לה שיעורא כגון ואו קטיעא שאנו מסופקים אם הגיעה לאורך ואו או כשיעור יוד ולכך תועיל קריאת התינוק דגילוי מילתא בעלמא הוא דאורך ואו יש לה מדלא קראה יוד אבל היכא דפשיטא לן שאין האות כצורתה מה תועיל ראיית התינוק ועינינו הרואות שאין האות כצורתה עכ"ד. וכבר הוכחנו שאפי' בנכנסה לתוך החלל האות שהוא קרוב לפיסולו יותר מן הדבוק כ"ש כשנעש' לה זנב שהיא נדמית לקוף וס"ת זה הא והא איתניהו ביה. וגם אם היה דבר שראוי להראותו לתינוק כבר נהגו העם לכסות לו שאר האותיות כדי שלא יסתכל מה למעלה מה למטה ואע"פ שרבינו הרב מהר"י קארו ז"ל הביא בסי' ל"ב משם הקונטריס של סדר הגט אשכנזיות דמדכתבו התוס' גבי איפסיק ליה ואו דויהרוג בנוקבא דאי חכים מבין שגידוף הוא כלפי מעלה יש ללמוד מכאן שיכול להראות לתינוק כל השורה ואין צריך לכסות שאר האותיות ע"כ נהי דמהא שמענו דאין צריך לכסות שאר דלקמיה דמאן חכים להבחין מן המאוחר אל הקודם ולהגיד האותיות לאחור אבל מ"מ צריך לכסות מה שקודם לו שיתחיל ללמוד מאותה תיבה עצמה שאם יתחיל מתחלת המקר' סירכיה

נקט ואזיל כדאמרינן בפ' היה קורא גבי טעה בין כתיבה לכתיב' ומ"ש שאין צריך לכסות שאר האותיות באחרונות קאמר ולא בראשונות. כ"ש בתינוק הזה שכל שבעת הימים קורין לפניו בסדר היום ועדיין שפתותיו דובבות בפרשה שלמד אין ספק שיקרא פסו' כצורתו שלא מן הכתב ועוד היה להם לכסות לכל הפחות שיטה התחתונה דאז בלי ספק היתה נקראת קוף לכל מבין עם תלמיד.

והואיל שהוא פסול בס"ת כמו שמוכיח מדברי הריב"ש והר"ן אין ספק שהיה ראוי להביא ספר תורה אחר ועבירה היא בידם לקרות בו בצבור ולברך עליו בשחרית ובמנחה והרבו בו ברכות לבטלה כמ"ש כל הפוסקים ז"ל והאל הטוב יכפר בעד כי לכל העם בשגגה. נאם יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לג

על הענין הנזכר לעיל.

החכם השלם אח וגביר ישמרך השומר רגלי חסידיו דבריך ראיתי. ומה שאמרת אי איתא שאפשר דמעורה בנוגע בחלל ואינו נכנס לתוכו כמו שפירשתי אני מנ"ל להרמב"ן ז"ל להוציא דבגט אין דבוק פוסל בו מדמכשרינן במעורה נוקמה בהכי. הא ליתא כי לא הוציא הרמב"ן הכשר הדבוק מדיוק זה אלא מסברא אית ליה הכי כמ"ש התו' בשם ר"י שאין צריך ראיה להכשיר דגבי גט לא בעי' לא ספר ולא דיו ול"ל כתיבה תמה והר"ן ז"ל הביא דבריהם וכתב וכן דעת הרמב"ם דכיון דבכל כתב ובכל לשון כשר אין לדקדק שיהיו אותיות מוקפות גויל. הרי שלא דנו הרמב"ן אלא מסברא ומ"מ השיב לדברי המפר' דמעורה היינו שנכנס ראש הלמד לתוך אוירה של חית משמע לתוך אויר של האו' ממש דזה קרוב לפסול יותר מהדבוק שנפסדה צורת האות ואנו מפרשים דברי התוספות שכוונתם לומר שנכנס בענין שלא יפסיד צורת האות כדי שלא יקשה עליהם קושית הרמב"ן ז"ל דודאי אם נפסדה צורת האות יותר ראוי לפסול מן הדבוק שצורת האות ניכר.

ומה שאמרת דהיכא שהדבר מחלוקת אין לפסול ס"ת בכך והבאת ראיה ממה שכתב הריב"ש באותה תשובה אם היה שמצאתם מחלוקת לראשונים אף אם היו דברי הפוסלים יותר נכונים יש לסמוך על המכשיר ואני תמה לדברי כ"ת שכניס' הלמד לתוך חלל החית של מעלה במחלוקת היא שנויה האיך הבי' ראיה הריב"ש שאע"פ שלא תתחלף באחרות אלא שמפסיד צורת האות פסול ואדפריך מהרמב"ן תסייעיה מהר"י דמכשר אלא ע"כ לומר חדא מתרי או שגם ר' יהודה מודה בזה שהוא פסול היכא שנכנס לתוך החלל ממש כמו שכתבתי או לכל הפחות דאפילו אם ר' יהודה פליג הולכים

אחר המחמיר והרי מכאן סתירת דבריך אבל מה שהבאת ראיה ממ"ש למטה שאם היה הדבר מחלוקת היה סומך על המכשירים אינה ראיה דהתם לפי שכל אותם המקומות היו כל ספריהם כתובים כך ולא היה זה טעות סופר אלא בכוונה מכוונת מה' שלא היו מחשבים זה לפיסול לדבק רגל הקוף בגג של מעלה ועוד היום בכל ארצות אשכנז עושים כן ועל זה אמר שאילו היה נמצא מחלוקת לראשונים היינו אומרים שסמכו על דברי המכשירים לעשות כן לכתחלה ואף אנו לא היינו מוחים בידם כאותה שאמרו בפר' ר' אליעזר דמילה במקומו של ר' אליעזר היו כורתין עצים לעשות פחמין וכו' במקומו של ר' יוסי הגלילי היו אוכלים בשר עוף בחלב ואמרי' לוי אקלע לבי יוסף רישבא קריבו ליה רישא דאווזא בחלבא וכו' וא"ל אמאי לא תשמתינהו א"ל אתריה דר' יהודה בן בתירה הוא ודילמא דרש להו כר' יוסי הגלילי אף כאן הואיל וכל הסופרים היו עושים כן ודאי בהוראת חכם עשו ואין בנו כח למחות בידם ועוד כתב שהיה אפשר לומר כדאין הם המכשירים לסמוך עליהם בשעת הדחק ומה היא שעת הדחק שכל הספרי' שבאותה הארץ מראשם ועד סופם כתובים בסגנון הזה אבל במקומות האלו שכל הספרים עשויים כתקנן באמת וישר ובא סופר רע שטעה והפסיד צורת האות נעמיד טעותו מפני שימצא פוסק מכשיר וכי מפני ששוטה זה עשה שלא כהוגן אנו נניח מללמוד בס"ת הכשר ונלמוד בזה ולברך עליו כמה ברכות.

ומ"ש שיש להתיר כאן מס"ס ספק אם כניסת הלמד פוסלת ואת"ל פוסלת ספ' אם מברכין על ספר פסול שהרי הרמב"ם ז"ל בתשוב' כת' שמברכי' ושכך נהגו בפני גאוני עולם מעיילתא נפשך בקופא דמחטא שהרי כל הפוסקים ראשונים ואחרונים אסרו לברך עליו ואמרו שהקורא בספר תורה פסול לא יצא י"ח וישראל קדושים נהגו בו איסור ואין לקרותו ספק שהרי אמרו בירושלמי לא סוף דבר הלכה זו אלא כל מקום שהלכה זו רופפת בידך ראה מה צבור נוהגים ונהוג כן והביאו הפוסקים מכאן ראיה לכל דבר שהוא ספק שמנהג ישראל תורה היא כל שכן שאין הלכה רופפת דלא בעינן היא שהתורה אמרה אחרי רבים להטות וכותלי בית המדרש לא הוכיחו ובבת קול שיצתה לא השגיחו וזהו יסוד ושורש תורתינו הלזה תקרא ספק כל שכן במקום שיש כשר וגם בפסול עצמו לא נכנס לבית הספק שלא מצאנו מי שיחלוק בפירו' על הרמב"ן שאף התוס' יודו בכניסה לתוך החלל מעט שהוא פסול ואפי' תימא שמכשירים באותו ענין לפי שאינה נדמית לאות אחרת שזהו החידוש שבא הריב"ש להשמיענו מכל מקום היכא שנדמת לאות אחרת כגון שנכנס לתוך חלל הרי"ש שהיא נדמת כקוף כ"ע מודו וזו ודאי כל העם קורין אותה קוף יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לד

נשאלתי הלכה למעשה בוורדין הללו אם יש בהם דין ערלה לפי שמנהגם שכל שנתים ימים או שלש עוקרים אותם ושותלים אותם כל נצה ונצה בפני עצמה נמצא שכל ימיהם אסורים משום ערלה ואפי' תימא דעכו"ם שרו דחשיב ספק ערלה בח"ל מה שגדל בשל ישראל מהו.

והשבתי להם מתוך משנתנו דפ"ו דשביעי' הוורד והקטף והלוטם יש להם שביעי' וכו' ואמרתי דבגמ' נדה משוי' שביעי' לערל' ומ"מ אמרתי דהא מלתא תליא בפלוגת' דרבוותא דאיפליגו לענין ברכה שהרמב"ם ז"ל כתב מברך עליהם בור' עצי בשמים אלמא לאו למאכל עבידא וגבי ערלה כל עץ מאכל כתיב וכן מדברי רבינו האיי גאון ז"ל כמ"ש הרשב"א ז"ל בפרק כיצד מברכי' בחדושיו ולהראב"ד דמברך הנותן ריח טוב בפירות חשיב פרי כיון דאוכלי' אותו במרקחת ועץ מאכל קרינן ביה וכן לענין ברכה באכילתם שהרא"ש כתב בורא פרי האדמה משמע ליה דלאו פרי הוא אבל הכל בו הביא דהאוכל ורד ושותה מי ורד מברך בורא פרי העץ ובפר' כיצד מברכי' משמ' דענין ברכה וענין ערלה שוין מדאמרי' גבי צלף של ערלה זורק את האביונו' ואוכל את הקפרסי' ודייקי' מדלגבי ערלה לאו פרי נינהו לא מברכינן עליה בורא פרי העץ וכיון שכן הו"ל ספק ערלה בחוצה לארץ דשרי וראיתי לרב מהר"ר שמואל די מדינה זלה"ה סי' קצ"א שהחמיר לנהוג בהם דין ערל' וכתב דמדברי הגאוני' שכת' בפלפלי' דביבשת' לא מבר' עלייהו כל עיק' וברטיבתא מברכין עלייהו ב"פ האדמ' ועכ"ז יש דין ערל' בפלפלין ה"ה בוורדין שאפי' דלענין ברכה מברכין ב"פ האדמה ערלה נוהגת בהם ואני תמיה דמה ענין זה לזה שהפלפלין ודאי עץ מאכל הוא והגרגרין הם הפרי אלא שטעם עצו ופריו שוין ומיהו לא מברכי' עלייהו כשהם יבשים כל עיקר דלא חזו למאכל באנפי נפשייהו ולא מתהני איניש מינייהו דאפי' לענין אכילה בי"ה פטור כדאמרי' כס פלפלי ביומא דכפורי פטור וכן זנגבילא יבשה וכיוצ' בה דלא חזו לאכילה כלל לא מברכי' עלייהו כל עיקר וכשמתבלי' בה' את התבשיל תבשיל עיק' ומבר' על העיקר ופוטר את הטפלה וברטיבת' דעבדיה כעין הומלתא שעושי' מעשה רוקח דחזי לא מברך עלייהו ב"פ העץ משום דלא נטעי להו אינשי להכי אלא ליבשן לצורך תבלין ומברך ב"פ האדמה כשם שמברך על השקדים המתוקים הרכים אבל בוורדי' אם אית' דחשיבי פרי היכי מברכי' עלייהו ב"פ האדמה הרי פרי עץ הם אלא לדבריהם אין זה עיקר הפרי אלא כשאר פרחי אילנות הנושרים ולא נבראו אלא לשמור הזרע שבתוכו ולדידהו אין בהם דין ערלה עיין ברבינו שמשון בשביעית.

עוד כתב שמצא אחר כך תשובת הרשב"א ז"ל שהשיב שהוורדין דין ערלה יש בהם מדתנן בפ"ו דשביעית הוורד והקטף והלוטם יש להם שביעית ולדמיהן שביעית ובפ' בא סימן אמרי' מאן תנ' קטפא פירא ר' אליעזר דתנן במסכת ערלה המעמיד בשרף הערלה אסור דברי ר' אליעזר ר' יהושע אומר בשרף עלין בשרף העיקרין מותר בשרף הפגין אסו' מפני שהוא פרי אלמא ערלה ושביעית שוין ומה שנוהג' בו שביעית נוהגת בו ערלה והרי זה חוזר ומתגלגל עלינו דא"כ תקשי לרבוותא דאמרי מברך על ריחם בורא עצי בשמים ועל אכילתם ב"פ האדמה מאחר שהם פרי יברך עליהם ב"פ העץ ועל ריחם ברוך שנתן ריח טוב בפירות אלא יש לחלק דגבי שביעית אפי' מידי דלאו פרי הוא נוהג בו שביעית הואיל ונאכל בכל ענין בין חיים בין כבושים בין מבושלים אחד מאכל אדם ואחד מאכל בהמה אבל גבי ערלה כתי' וערלת' ערלתו את פריו במה שהוא פריו תלה רחמנא וקליפי ערלה אסורים מרבוייא דאת פריו הטפל לפריו שהוא שומר לפרי אבל מידי דלאו פרי ולא שומ' אעפ"י שנאכל אין בו משום ערלה כדתנן לולבי גפנים מותרי' משום ערלה ואילו גבי שביעית תנן לולבי זרדין והחרובין יש להם שביעית ולדמיהן שביעית יש להם ביעור ולדמיהן ביעור לולבי האלה והבטנה והאטדים יש להם שביעית וכו' וכל הני נאכלים בעודן לחין ואינן פרי של האילן ואעפ"כ שביעית נוהגת בהם וה"ה לוורד למאן דאמר דלא פרי הם אלא לצורך הזרע שבתוכו כיון שנאכלין ע"י מרקחת ונכבשים בשמן יש להם שביעית וביעור אבל לענין ערלה לאו פרי הוא ולא שומר לפרי נינהו ושרו ואולי הרשב"א ס"ל כמ"ד שהוורדין הם פרי ומברכי' עלייהו בורא פרי העץ ועל ריחם הנותן ריח טוב בפירות ובפלוגת' דרבוות' תלייא והכי משמע מדבריו בפ' כיצד מברכין שהביא דברי הראב"ד שכ' מברך הנותן ריח טוב ובתר הכי הביא דברי רב האי על משחא כבישא שפירש שמן שומשמין שכובשין אותם עם הוורד שקולט הריח מהם מברך עצי בשמים אבל ראיתי בתשובותיו סימן שצ"ז שכתב הראב"ד ז"ל או' ריח טוב בפירות וכן דעתי נוטה לפי שנאכל במרקחו' והרי הם כאתרוגי' וחבושי' ומצאתי שמביא בכל בו משם הראב"ד ז"ל ולענין ערלה כתב הראב"ד שאין חוששי' לפי שאינן הפרי ממש ואין להם דין שומר לפרי דלא ידעינן אי שקלינן להו סמדר אי לקוט פירא או לא ולא ראינו אדם נזהר בזה ואפשר כי מפני ספק ערלה בחוצה לארץ מותר וא"ת מאי ספקא איכא לגבי הראב"ד הרי הוא עצמו כתב דמברכין עלייהו שנתן ריח טוב בפירות אלמא פרי חשיבי וי"ל דהא דמברך עלייהו שנתן ריח טוב בפירות לא עיקרו על פרי האילן הוא אלא משום שנאכל מברך עלייהו ב"פ האדמה כמ"ש הרא"ש בקנה דלאו פרי עץ הוא והוא מאכל דמברך הנותן ריח טוב בפרי האדמה ושם פירות

כולל לכל דבר הנאכל בין לפרי העץ ולפרי האדמה לכך נראה לי לענין הלכה אפי' אם תליא בפלוגתא דרבוותא אם הוא פרי העץ אם לאו הלכה כדברי המיקל בערלה בחוצה לארץ דספק ערלה מותר ומאחר שהראב"ד ז"ל אע"ג דלענין ברכה חשיב ליה פרי כתב שאין חוששים משום ערלה ושלא ראה אדם נזהר בהם על זה יש לסמוך כל שכן שאנו ראינו אבותינו מברכין על הוורדין ועל מי וורדין בורא עצי בשמים בזמן שיש שמחה מביאין מי וורדין והקבלה והמעשה עמודי ההוראה ואף בא"י שספק ערלה אסור בה לא ראיתי מי שנזהר בזה מעולם ואעפ"י שהוורדי' קנויים מן העכו"ם כבר כתבנו שרגילות הוא בכל שנה לעקרן ממקום חיבורן ולשתלן מפוזרות ואעפ"כ לא חשו ושוב מצאתי בתשובה להרשב"א מב"י סימ' שנ"ז שהשיב כבר כתבתי אליך עיקר מה שאני נשען עליו לאסור ובסוף כתב והנה חקרתי ודרשתי ומצאתי לראב"ד ז"ל אלא שלא נזכר בהם משום ערלה דס"ל מות' הנה הרב הגדול שיכול לטהר את השרץ מן התורה ואעפ"י שאין דעתי סומכת להלכה אליו שומעין שהוא רב מובהק וכל המחמיר עליו הראיה הנלע"ד כתבתי הצעי' יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לה

נשאלתי באלו המנורות שמציירים בהם פרצופי אדם ויש מהם פרצוף שלם מהו לקיימן כמות שהם בבית או בבית הכנסת.

ונראה לי שיש לחוש בהם לשיטתו של הרי"ף ז"ל דלא מייתי שינוי' דאחרים עשו לו וכל הני שנויי דמני גמרא בכל הצלמי' אדמות צורות לבנות שהיו לו לר"ג בטבלה בכותל דפרכינן ומי שרי והכתיב לא תעשון אתי לא תעשון דמות שמשי וכו' ומשני התם אחר שינויא שאני ר"ג שאחרים עשו לו ולא מתסר אלא משום חשדא ור"ג כיון דנשיא הוא שכיחי גביה רבים וליכא חשדא ולבסוף מסיק ואב"א להתלמד שאני דתני' לא תלמד לעשו' אבל אתה למד להבין ולהורות והרי"ף ז"ל לא הביא כל הנהו שינויי אלא זה בלבד מוכח מדבריו דכל שאינו להתלמד אפי' דאחרים עשו לו אסור לקיימן מן התורה וגם הרמב"ם ז"ל לא הזכיר התם דאחרים עשו לו כלל וכתב הר"ן ז"ל שטעמן דכיון דלקושטא דמילתא היא דלהבין ולהורות שרי מעתה לית לן למימר ברבן גמליאל דאחרים עשו לו ומדחיין הני אוקמתא דאחרים עשו לו ודפרקין לפיכך לא הזכירן הרי"ף בהלכותיו.

ותו בפי' לדברי האומר דלא מדחיין כל הני שינויי כתבו התוס' אומר ר"י דכל אלו תירוצים של אביי אמת הם מדלא קאמר בכל אחד ואחד אלא והתוספ' ביומא דפר' הוציאו לו האריכו לפר' שמוע' זו וכן הבי' דבריה' הר"ן ז"ל בשם רבינו מאי' מרוטנבור' וכתב ומשני שאני ר"ג דאחרי' עשו ולא קאמר אלא דמימר' קמיית' דאביי אכתי איתא

וה"ק לא אסר' תורה לקיימן כשאחרי' עשו אלא שבמדור העליון אבל שבמדור התחתון כל שאחרים עשו לו מותר לקיימן אלמ' אף לפום הך שינוייא שמש' שבמדור העליון לא שרו לקיימן בכל ענין והר"ן ז"ל הביא שתי לשונות ללישנא קמא כל צורות שאסרה תורה שבמדור העליון בין בולטות בין שוקעות אסורות ושבמדור התחתון בולטת אסור לקיימן משום חשדא שוקעות מותרות דליכא חשדא ולשון אחר אמרו שכל הצורות שאסרה תורה דוקא בולטת אסורות שוקעות מותרו' והר"ן ז"ל הכריע כלשון ראשון וכן תפס עיקר. מ"מ לכלהו לישני שמשי' שבמדור העליון אסורות לקיימן אף באחרים עשו.

ופרצוף אדם דומיא דשמשי מרום הוא ומלא תעשון אתי נפקא כדכת' התו' בפר' הוציאו לו ואסור בכל ענין אפי' אחרים עשו לו דלא תעשו לכם לגמרי משמע לא ימצא לכם דכה"ג דרשינן בת"כ בפ' קדושים תהיו ואלהי מסכה לא תעשו יכול יעשו אחרים ת"ל לכם ומשמע דלאו דוקא דאחרים עשו לו כלומ' לצורך ישראל אלא אפי' עשו לצורך עצמן אסור ישראל לקיימן מדכת' התוס' דמשמע לא ימצא לכם ועוד דההיא דספרא דאלהי מסכה בע"ז ממש מיירי ומרבה עשו אחרים מדכתי' לכם והתם ודאי אעפ"י שעכו' עשה ע"א לעצמו אסור לקיימה אלמא לכם משמע איסור קיום לגמרי וכן מוכיח לשון הר"ן שכתב ושאר כל הצורות כולן בולטו' אסורו' בין לעשותן בין לקיימן והרא"ש כתב בפ' כל הצלמי' שאני ר"ג דאחרים עשו לו קנאם מן העכו"ם ומיהו מדברי התוס' בפי' ראוהו ב"ד משמע דאחרים עשו לצרכו קאמר שכתבו ואע"ג דבכל מילי אמירה לעכו"ם שבות הכא לא גזרינן משום מצוה ע"כ. מ"מ זהו לענין התרה בשאר שמשי שבמדור התחתון דשרו אף בעשו לצרכו משום מצוה אבל לענין איסורא דשמשי' מעלה אסירי אף בלקוח מאחרים דאילו לעצמו אף בשאר שמשי' אסור שלא לצורך מצוה אלמא כי אתסר דשמשי' מעלה אף בלקוח באחרי' כדמוכח בתוס' דיומא שהבאתי ומדברי הר"ן אלא דנקט אחרים עשו לו גבי ר"ג לאשמועי' רבותא דשרי במקום מצוה אף בעשו לצרכו אי נמי נקט אחרים עשו לו לענין איסורא דשמשי מרום ואדם לעבור עליהם בשעת עשיה אפי' שלא לעובדה כדכת' התוס' בפ' הוציאו לו בסוף דבריהם ובהא ודאי לא מחייב אא"כ עשו לצרכו ועל פיו וקשיא לי בהא דאמרי' בריש מציעא דאין שליח לדבר עבירה דלא מצינו זה חוטא וזה מתחייב ובר"פ האיש מקדש אמרי' מעילה וטביחה ומכירה שני כתובים הבאים כאחד ופרכי' למאן דאמר ב' כתובים מלמדים מאי איכא למימר ואם איתא הא איכא הך דהכא דמחייב שולחיו.

והנה הרמב"ם ז"ל בענייניים אלו לא השוה מדותיו דבשמשי מרום אסר אפילו אינן בולטות אלא מצויירות על הלוח אבל בצורות אדם כתב אסור לעשות צורות לנוי אף

על פי שאינן ע"א שנאמר לא תעשון אתי וכו' לפיכך אין מציירין לא בעץ ולא בסיד ולא באבן צורת אדם והוא שתהיה הצורה בולטת וכבר השיגו הראב"ד ז"ל דמנין לו לחלק בין צורת אדם לשמשי מרום ואף הר"ן ז"ל תמה עליו בכך וכת' אולי סובר הרב דמלאכי השרת מפני שאינן בעלי גוף וכן חמה ולבנה מפני שאינן נראין בולטין אף בגלגלן אלא משוקעי' בתוכו ליכא לאפלוגי בהו. והרב בכ"מ כת' איני יודע למה כתב' כמסופק שהרי בעלי התוס' סוברי' כן דבחמה ולבנה ככבים ומזלו' אין חילוק בין בולטי' לשוקעי' ומן הטעם שכתב הר"ן ז"ל וכן כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו עכ"ל. אבל ראה מה למדנו הרב רבינו ניסים ז"ל שאילו התוס' לא כתבו אלא בשמשים שבמדור התחתון כחמה ולבנה ככבים ומזלות לפי שאף ברקיע שוקעים הם וכן כתב הרא"ש בחמ' ולבנ' אין חילוק בהם בין בולטי' לשוקעי' כי נראים בעינינו כשקועים ברקיע. ומוסיף אני על דברי רבינו דבחמה ולבנה אינן מצויירי' צורת גופן אלא דמות אורם הנראה שהרי דמות צורות לבנות שהיו לו לר"ג דמות לבנה בחידושה היו ולא היו מצויירות אלא דמות אור המאיר על עבר פניה בתחלת החדש ואילו היתה הצורה בולטת היו משנים צורתה שגוף הירח לעולם ככדור הוא ואינה מאירה אלא מה שכנגד חמה ואותו האור אינו בולט בה אלא מתפשט בשטח הכדור מצדה וזה ברור. אבל במשמשים שבמדור העליון חיות ואופנים ומלאכי השרת לא דברו התוס' בהם ואדרבה לפי דבריהם שהולכים בהם אחר הנראה הרי הנביאי' נותני' דמות ושיעור בחיו' הקדש ובאופני' ומלאכי השרת מדמי' אותם הצורת אדם בקומתן ובצביונן ובדמו' בולטי' הם ואינן נראין שוקעי' כחמה ולבנה וכשמציירים אותם על הלוח שוקעים הרי זה שנוי צורתם אלא שהר"ן ז"ל נסתפק בדעתו של הרמב"ם ז"ל אולי טעמו ז"ל מפני שלפי האמת אינן בעלי גוף וגשמות אלא רוחניים בלתי מוגבלים ושיעור קומה הנראה לנביאים אינו אלא כעין דמות המתדמה להם במצות בוראם הילכך בין בולטי' בין שוקעי' אסירי והטעם דכיון דאי אפשר לעשות כמותן כדאמרי' בגמר' ואעפ"כ אסרן הכתוב אלמא לאו כתבניתם ממש בעי' אלא כעין דמותם ואפי' על הלוח ואעפ"י שלענין שמשי' שבמדור התחתון אנו הולכים אחר הנראה לענין שמשי' שבמדור העליון הולכים בו אחר העיקר זהו מה שחדש לנו הר"ן ז"ל בדעתו של הרב ז"ל.

ואכתי קשיא לי בטעם זה דלפי זה אף בדמות אדם יש לאסור אפי' שוקעות דהא מלא תעשון אתי נפקא קרי ביה לא תעשון אותם והרי אינן גוף למעלה אעפ"י שגדול כוחן של נביאים שמדמים את הצורה ליוצרה זהו הנראה להם במראות הנבואה כמ"ש וביד הנביאים אדמ' והואיל ולא נאסרה צורת אדם אלא מפני שהוא כעין דמות של מעלה א"כ אף היא יאסר בכל ענין בין בולטות בין שוקעות.

ומה שנראה לי בדעתו של הרמב"ם שיצא לו שיטה זו מתוך סוגית השמועה דבדמות שמשי מרום לא מפלגי' בין שוקעי' לבולטי' מדלא משני בגמרא ההיא דר"ג דמיירי בצורה שוקעת אלמא בכל ענין אסור כיון דמשמשי' שבמדור התחתון דהיינו חמה ולבנה אסירי בכל ענין כ"ש שמשי' שבמדור העליון דחמירי טפי לענין קיום דאפי' למאן דמשני שאני ר"ג דאחרים עשו לו אכתי מתוקמא מימרא דאביי דאמר לא אסרה תורה אלא שמשי שבמדור העליון כלומר אפי' באחרי' עשו אסור לקיים כמ"ש רבי' מאיר ז"ל וכיון דבחמה ולבנה אסירי אפי' שוקעות כ"ש שמשי מדור העליון ולא ס"ל מה שחלקו התוס' דשאני חמה ולבנה לפי שנראים ברקיע שוקעי' אלא ס"ל דיש להחמיר טפי בשמשי מעלה מבשמשי מטה אבל בצורת אדם אשכחן בהדי' דמפלגי' בין שוקע לבולט מעובדא דרב יהודה דאמר ליה רב שמואל שיננא סמי עיניה דדין ומוקי לה בחותמו בולט וההיא בצורת אדם משתמע ולא במשמשי שבמדור התחתון דלא שייך לומר בהו סמי עיניה דדין וכבר נדחק הר"ן ז"ל בזה אמילתא אחריתי דקשיא ליה מאי פריך מרב יהוד' שאני צורת אדם דדומי' דשמשי מעלה הוי ואסור אף באחרים עשו ומשכן נפשיה לומר דסמי עיניה לאו דוקא אלא פיחות צורתו קאמר ומיירי בככבים ומזלות ואין לך דוחק גדול מזה. ועוד דבככבים ומזלות אין חילוק בין שוקעות לבולטות ומדלא משני דר"ג לאו בולטות היא ועוד ברייתא דטבעת שחותמו בולט דקתני חותמו סתם לא משמע סתמא דככבים ומזלות כדכת' התוס' אבל הרמב"ם ז"ל משמע ליה כפשטיה דבצורת אדם מיירי ובשוקע שרי. ועוד משמע ליה מדאצטרך למרבי מדרשה דלא תעשון אתי דמו' שמשי' המשמשין לפני במרום כעין חיות ואופנים ואמרי' דלא אסרה תורה אלא דמות ד' פנים בהדי הדדי והא למה לי תיפוק לי משו' צורת אדם דאית בהו דנפקא לן מלא תעשון אתי וכבר הקשו התוס' זה ותירצו לעבור עליו בב' לאוין וע"ז קשה דאמאי קעבר עליו בתרתי והלא תרוייהו מחד קרא נפקי ועשה א' הם ודברי התוס' פי' במקו' דה"ק דקעבר בב' לאוין בב' מעשים כגון שעשה צורת אדם תחילה ואח"כ השלים עליו ד' פנים דבהא ודאי ס"ל להרמב"ם דכיון דחד מנייהו אדם וכבר עבר עליו תו לא מחייב אחריתי עד שיחזור ויעשה כל ד' פנים וצור' אדם ובהכי ניחא דאצטריך לאסור ד' פנים בהדי הדדי אף בשוקעות דאילו צורת אדם לחודיה לא מתסרא אלא בבולטת. וכי תימא מאי שנא צורת אדם משאר שמשי מדור העליון דכלהו מלא תעשון אתי נפק' ואמאי שרי בשוקעת באדם טפי משאר שמשי'. יש לומר דשנא ושנא דשמשי מרום דאסר' תורה לעשות' אפי' לנוי שלא לעבדן היינו משו' שהם צורות מיוחדות לחיות ואופני קדש או חמה ולבנה ככבים ומזלות ואין למטה דוגמתם לכך החמירה תורה בהם לאסור בכל ענין דאתו

למטעי אבתרייהו. אבל פרצוף אדם אעפ"י שהוא דוגמא של מעלה כמו שנראה לנביאים במראה הנבואה מ"מ גם היא צורת כל הנבראים של מטה ורגילין לעשות דוגמתן לנוי וכיון שאין הצורה מיוחדת לגבוה בלבד לא אסורא אלא בבולטת שלא יטעו אחריה אבל בשוקעת או מציירת על הלוח מוכחא מילתא דצורת ילוד אשה היא ולנוי בעלמא עבידא. והשתא ניחא מה שהקשה הר"ן אמאי לא משני בההיא דרב יהודה שאני צורת אדם דכמשמשי מרום דמי ואפי' בעשו לו אחרים אסור דפשיטא ליה לגמרא דצורת אדם קילא טפי מדמפלגי' בה בין שוקעת לבולטת וכיון דבחמה ולבנה שצורתן דוגמא שלהן ממש שרינן באחרים עשו לו כ"ש בצורת אדם שאינה מיוחדת דוקא כדוגמא של מעלה ולפי המסקנא בין צורת אדם בין שאר שמשי' אף דאחרים עשו לו אסור לקיימן וכשיטתו של הרב האלפסי ז"ל.

ומסתייעא נמי הך סברא שיש צד להקל בצורת אדם טפי מבשאר שמשי מרום אף משמשים שבמדור התחתון מדאמרינן במוצא כלים ועליהם צורת חמה צורת לבנה צורת דרקון יולך הנאה לים המלח הני אין פרצוף אדם לא אעפ"י שעושי' פרצופות לשם ע"א כדתנן כל הצלמים אסורים וכו' אלא משום דבצורת חמה ולבנה איכא למיחש טפי שאין דוגמתן למטה מה שאין כן בפרצוף אדם כדפירשנו. וראיתי שהבי' בכ"מ לשון הרמ"ך שה"ה להרמב"ם שהתיר צורת חיות ובהמות דהא דמות ד' פנים בהדי הדדי אסור וד' פנים כדמות חיות ובהמות הם וא"ת תקשי ליה משום צורת אדם י"ל שאם עשה אדם ושור בצורת א' גרוע מאדם לבדו דלא חזינן ליה מקרא דלא תעשון אתי. ותימה למה לא פסק כאביי דהא ליכא מאן דפליג עליה עכ"ל ודבריו תמוהים במה שהקשה לרמב"ם דהא ד' פנים כדמות בהמות וחיות הם מ"מ דמות שור בפני עצמו ונשר בפני עצמו לא אשכחן והשתא ומה היכא דהוסיף על צורת אדם אמרת אם עשה אדם ושור פטור אף מאדם אם חסר מד' פנים לא כ"ש ואפשר שכוונת הרמ"ך להקשות לדבריו שלא הביא דברי אביי משמע דס"ל דלאו הלכתא היא א"כ למה התיר צורות בהמות והא ישנן למעלה והדר תמה למה לא פסק כוותי' דהא ליכא דפליג עליה. ונ"ל שהרי כתב הרמב"ם בהדיא ואין איסור לצור לנו אלא צורת אדם בלבד והיינו ברייתא דמייתי בפ' כל הצלמים כל הפרצופי' מותרים חוץ מצורת אדם והיינו דאביי דאמר לא אסרה תורה אלא ד' פנים בהדי הדדי לפיכך צורות בהמות וחיות מותר ובהדי הדדי בכלל מלאכים הם שכתב הרב ז"ל דאסור ואכתי קשה בדברי הרמב"ם למה לא הזכיר בפי' בצור' אדם שאסור לקיימה אפי' אחרים עשו לו שאין במשמע אסור לעשות צורות לנוי אלא עשיה ולא קיום והו"ל לכתוב אפי' לא עשאה בידו כמ"ש למעלה בעושה ע"א וי"ל שישנו

במשמע דבריו במ"ש שנאמ' לא תעשון אתי כלומר צורות של כסף ושל זהב לנוי שלא יטעה בהם הטועים וידמו שהם לע"א והיינו דדריש קרא וקרי להו אלהי כסף ואלהי זהב כלומר יטעו אחריה' לשם ע"א וכיון שכן מ"ל עושה מ"ל מקיים וע"ק מה שהק' בכ"מ למה לא הזכיר דלהתלמד שרי וי"ל דמ"ש אסו' לעשו' צורות לנוי הי"ל אפי' לא עשאן אלא לנוי בעלמא אלא ה"ק אסור לעשות צורה לנוי דהיינו דבר קבוע שיטעו לומר שיש בהם ממש לאפוקי דרך עראי לפי שעה כגון משחק בהם או להתלמד דשרי דלא אתו למטעי ולפי דרכנו למדנו באותם הפרצופות שעושין לתינוקות לשחק בהם וכן אותם שעושים המשחקים לשחק בהם הואיל ולאו בדרך קבע עבידא שרי.

והיוצא מכלל דברינו שמדברי כלם נלמוד דבפרצוף אדם בולטת אף בלקוחה מאחרים אסור לקיי' לא מבעיא לדברי הרי"ף ז"ל דאדחי' לגמרי ההיא שנויא אחרים עשו לו אלא אפי' לדברי האומרי' דלא אדחיה מ"מ מתוקמא מילתא בשמשי' שבמדור התחתון כמ"ש הרב ר' מאיר ז"ל אבל שמשי' שבמדור העליון ואדם בכללן אסור ואף להרמב"ם דמחלק בין צורת אדם לשאר שמשים זהו בצורה שוקעת אבל בבולטת אסור.

והוי יודע שבמרדכי בהגהת אשרי הביא בשם רבינו אליקים ז"ל שאסר בדמות אריו' נחשים ועופות שבחלונות ב"ה וצוה להסירם והרב מהרי"ק ז"ל בטור י"ד ס' קמ"א נתקשה בדבריו ודחאן מהלכה וכתב שכדברי רבינו אפרים נקיטינן דכלהו רבוותא סברי כותיה וליתא לדרבי' אליקים מקמי רבוותא דהו"ל יחיד לגבי רבים. ונ"ל שדברי רבינו אליקים הולכים על לשון א' שהביא הר"ן ז"ל והכריע כן דבשאר צורו' יש לאסו' בבולטות ובריית דמכילתא בהכי מתני' אפי' חיות ועופות ודגים וגם לקיימן אסור משום חשדא כדכתב הר"ן ובהכי ניחא כל מה שהקשה עליו. וכן הביאו התוס' מיומא שהם ממהר"ם ז"ל וכתב דתניא במכילתא דאפי' אטומה אסור פי' אטומה הוא שוקעת ואמר דוקא שוקעת שהם פרצו' חקוקי' אבל ממין הצבעי' שרי ואמר אבל על כסא שלמה אני תמוה דכתיב י"ב אריות וכו' ותירץ דלמגדר מילתא לאיים על העדי' ש"ד ומיהו י"ב בקרים שעשה בעזרה ג' פונים צפונה וכו' והים עליהם מלמעלה וללא לצורך היה בין כך ובין כך אין רבינו אליקים יחיד ומצאנו לו חברים מקשיבים לקולו לאסור.

מיהו קשיא לי כיון דליכא איסורא במקיים אלא משום חשדא הא אמרי' דבבה"כ דשכיחי רבים ליכא חשדא ושמא דההוא אנדרטי דהוה בבי כנישתא דשף ויתיב לא היה במקום שהעם מתפללים כנגדו וליכא חשדא אלא מפני הרואים אותו שם בב"ה וגבי רבי' ליכא חשדא אבל צורו' הללו כנגד המשתחוים היו ויש לאסור דנראה כמשתחוה להם דהכי אשכחן שאמרו פרצופין המקלחים מים בדרכים דאסור לשתות מהם משום חשדא אע"ג

דברשות הרבים הם דשכיחי רבי' וכן אמרו נפלה מידו סלע לא ישוח ויטלנו שלא יהא נראה כמשתחוה. ומיהו בצורות שאין מנהג העכו"ם לעבדן הורה היתר הר"ן לקיימן דהא ליכא חשדא אבל רבינו אליקים לא ס"ל הכי ושמא בההוא עובד' החמיר משום דישראל עשו אותם צורות של נחשים ואריו' ואיכ' חשש איסור דאורייתא. ולא התיר הר"ן אלא בעשו אחרים דליכא חשש איסור דאורייתא וכן מוכח בדברי הר"ן ז"ל ובנ"ד בצורת אדם עם כנפי' וכיוצא בהם דמות מלאכים שמשים של מעלה הם ואסור בבולטי' להרמב"ם ולדברי התוספו' ושאר מפרשים אסורים אפילו הם משוקעים.

וכשאין כל הצורה שלמה כתב הרא"ש שם בהצלמי' והא דאמרי' צורת אדרקון דוקא בגול' שלם אבל צורת הראש בלא גוף שלם מות' ולא תעשון אתי דרשינן וגם ליכא חשדא אם אין כל הדמו' שלם עכ"ל וקשיא לי דהא תנן מצא תבנית יד תבנית רגל אסורים מפני שכיוצא בהם נעבד וכשעומ' על בסיסן פיר' שמושבן רחב שניכר שנעש' לכך בתחלה שאל"כ שברי צלמים הם אלמא עובדים לאברי' כל שכן עיקר הכרת פנים דהיינו פרצוף פנים עם החוטם ותו אי בעינן גולם שלם לא היה לנו לאסור בצור' בולט' שאינו גולם שלם ומדאסרינן בחותמה בולט אלמא לאו גולם שלם בעינן ועוד פרצופו' המקלחות מים בדרכי' מסתמא פרצוף פנים לבד היא שעושים על פי הצינור שמקלח מפיו ומדברי התוספו' בפ' הוציאו לו שהן דברי רבינו מאיר מרוטנבורק ז"ל מוכח דלא סביר' ליה הך דהרא"ש שכת' דפרצוף אדם לחודיה אסור וד' פרצופי' נמי אסור ולעבור עליו בשתים משום פרצוף אדם ומשום ד' פרצופין בהדי הדדי ואם איתא להא דהרא"ש משום פרצוף אדם לא מחייב בפרצוף לחודיה אם לא יהא גוף האדם שלם וגוף החיה לא היתה תמונת האדם שהרי להן ד' כנפים וכף רגליהם ככף רגל עגל והר"ן תירץ בע"א דארבעה פנים בהדי הדדי לא מחייב אלא תעשון אתי לפי שאין זה צורת אדם שהרי יש לו ד' פנים ואעפ"י שלדברי הרא"ש א"ש דאצטריך למיסר דמות ד' פנים בהדי הדדי לפי שאין שם גולם תבנית האדם שלם מ"מ למדנו שמהר"ם רבו ורבינו נסים ז"ל חלוקים עליו בדין זה ובאיסור ע"א דאורייתא אזלינן לחומרא הנראה לעניות דעתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לו

מאי דבעי מר למימר דמה שקורע על אביו ועל אמו בשמועה רחוקה בלא אבלו' ז' הוא משום כבוד ולא משו' חיוב ולזה אמר שאין קורעין בחול המועד אלא בשמועה קרובה שהיא חיוב אני איני אומר כן אלא קריעה בלא ז' אצל אביו ואמו הרי היא כמו קריעה בשעת חימום אצל כל המתים ואם לא קרע גוערין בו כעובר על מ"ע דרבנן ומעשין אותו

שיקרע ומה שהביא מלשון הרי"ף דליכא קריעה בלא ז' אלא בכבוד אביו ואמו נותן טעם הוא מה בין אביו ואמו לשאר כל המתים שאעפ"י שהושוו במקר' באיבול לא הושוו לענין הכבוד שמחוייב לנהוג בהם והלא כל מצות האב על הבן משום כבוד הם והם חיוב גמור וכופין עליה אי לאו משום שמתן שכרן בצדה וממאי דאצטרי' למתני אין קורעין אלא קרוביו של מת לאפוקי הקורעין לכבוד בעלמא משמע דכל קריעו' שחייבין בה בחול קורעין בח"ה. והרי אמרו יום שמועה כבפניו דמי ופי' הרמב"ם ז"ל בפי"א וסופדין אותו אעפ"י שהיא רחוקה והרב ז"ל לא הזכיר ענין הקריעה בחש"מ כי גם בחול לא נתבררה דעתו אם הוא מחויב על אביו ועל אמו שיקרע בשמועה רחוקה איבא דשמעתא דגמרא הכי סלקי וכן כתב הרי"ף ז"ל והרא"ש והראב"ד שכתב שאינו קורע סוגיא משובשת נזדמנה לו כמ"ש הרמב"ן ומ"ש הרב בעל ב"י והוכיח מדברי הרמב"ם ז"ל שדעתו לומר שאינו קורע ממה שכתב דמי שלא היה לו חלוק בשעת שמת אביו או אמו ואח"כ נזדמן לו אינו קורע אלא שלשים יום נלע"ד שאין משם ראיה דהתם כיון שנהג ז' ושלשי' אין מחייבין אותו לקרוע דלאו שעת חימו' הוא אבל היכא שבאת לו שמועה אפי' רחוקה כשעת חימום דמי וחייב לקרוע ופשיטא דשמעתא משמע דעל אביו ואמו חייב לקרוע אפי' בשמועה רחוקה דהיא עיקר בעיא דהתם ואסיק כי תניא ההיא לכבוד אביו ואמו דמשמע בהנהו קורע ואפי' בלא ז' ומה שהביא מדברי הנ"י שכתב שם לכבוד אביו ואמו קריעה של כבוד היא ואנן מקריעה של חיוב הוא דאמרינן אינו קורע. אין דעתו לומר שקריעה של אביו ואמו אינה חובה עליו שאם ירצ' לא יקרע דודאי כל מילתא דבא"ו מצוה ומחייב אותו עליה אלא אינה מדין חיוב איבול קאמר כמו בשאר המתים שאעפ"י שאינו חייב בכבודן חייב להתאבל ולקרוע עליהם והתם הוא דאמרי' דאין קריעה בלא איבול ז' אבל קריעה זו שהיא מפני הכבוד שחייב על אביו ועל אמו אין לה שייכות עם איבול ז' והרי הוא כקריעה שקורע על חכם ועל נשיא שחייב לקרוע מפני כבודן יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לז

ומאי דקשיא ליה למר בקבר חולדה שאמרו שהיתה בתוך ירושל' שהוא עכשיו בראש ההר וא"א שהיתה ירושלים עד לשם שהרי עמק יהושפט מפסיק ביניהם.

תשובה היא גופא קשיא היאך קברוה שם בימות הנביאים הראשוני' והלא מעשרה דברים שנאמרו מירושלים זה אחד מהם שאין מלינין בה את המת כדאיתא בס"פ מרובה ואמרינן התם דהכי גמיר לה. ובספרי אמרו בפסוק ושלחתי דבר בתוככם ונתתם ביד אויב הלכה אין מליני' המת בירושלים ומתוך שיש דבר בעיר מוציאין את המת לקברו

ומתו' כך ונתתם וכו' לכך נראה דהיינו הא דמייתי בפ' ידיעות הטומאה שתי בצעין בהר המשחה תחתונה ועליונה תחתונה נתקדשה בכל אלו פי' במלך ונביא וב"ד של שבעים ואחד וכלהו דקחשיב התם במתני' ופרש"י שבימי בית ראשון הכניסוה וחברוה לעיר ע"י חומה אחרת עליונה לא נתקדשה בכל אלו אלא בעולי גולה ולא במלך ואורים ותומים. תחתונה שהיתה קדושתה קדושה גמורה עמי הארץ נכנסי' לשם ואוכלים קדשים קלים אבל לא מעשר שני וחברי' אוכלי' שם קדשי' קלים ומ"ש עליונה שלא היתה קדושתה קדושה גמורה ע"ה נכנסים לשם ואוכלים קדשים קלים אבל לא מעשר שני וחברים אינם אוכלים שם לא קדשי' קלי' ולא מ"ש שע"ה שאינן נותנין הפרש בין תחתונה לעליונה שאומרים זו חומה וזו חומה ומפרש הת' למה הכניסוהו לעליונה מפני שתורפה של ירושלים היתה נוחה ליכבש משם הרי שבהר המשחה עשו חומה עליונה לחיזוק ולשמירה מפני האויב הילכך צריך לעשות' בראש ההר ונמצא קבר חולדה לפני' ממנה בתוך הבצעה העליונה כי שם ביתה כמו שכתוב בסוף מלכים והיא יושב' בירושלים במשנה פי' בבצעה העליונה שלא נתקדשה אעפ"י שתרגם בית אולפנא נ"ל מדברי מהר"י אברבנאל שפיר' שג' חומות היו בירושלים ואפשר שהיא היתה בבצעה התחתונה והיא שניה לירושלים ואפשר נמי דלעליונ' קורין שניה והיא שניה לתחתונה שהיא התו' הראשון וזו שניה לה לענין קדושתה שהעליונה קדושה משל תורה וזו מדרבנן וכן מוכיח מהכתוב שבצפני' קול צעקה משער הדגים ויללה מן המשנה ושם תרגם יונתן ויללה מן עופלא והיא החומה החזקה כדכתיב ובחומת העופל בנה לרוב וכמו שאמ' מפני שתורפה של ירושלים היתה ואני מסתפק אם בבית ראשון היתה חומה זו השלישית דקאמר עליונה לא נתקדשה בכל אלו אלא בעולי גולה ואפשר שבתחלה היה שם שכונת בתים ולא היה להם חומה ולכך קברוה שם ובבית שני עשו לה חומה ונשאר הקבר בפנים ובהכי ניחא שקרויה משנה לירושלים ושם היה חומת העופל ואפשר נמי שגם בבית ראשון היו שתי חומו' לשמיר' לצורך שעה ואינה קדוש' כלל ובבי' שני שחזרו וקדשו אעפ"י שהיו שם נביאים וב"ד של ע"א וב' תודות וכו' מ"מ זו שניה לפי שלא היה במלך ואורים ותומים ומפני מה הכניסוה בתוך קדושת ירושלים דנפיק מינה חורבה לענין אכילת קדשים מפני שתורפה של ירושלים היתה ואעפ"כ לא היו קוברים שם שום קבר מחדש כדמוזכ' בהגדה דנזקין בעובדא דרבן יוחנן בן זכאי יאמרו רבן דקרו ואם היו יכולים לקבור באותו הבצע' השניה לא היו נזקקין לכך וטעמא שאעפ"י שלא נתקדשה לענין קדשים ומ"ש היינו משו' דלענין זה בעינן מלך ונביא וכל הנך דקחשיב במתני' אבל מ"מ לענין עשר מעלות שבירושל' דקחשיב בסוף מרובה ההוא תוספת חשיב תוספת

ונדון כיוצא בו ועוד דלא גרע מקדושת בתי ערי חומה דתנן בפ"ק דכלי' א"י מקודשת מכל הארצות עיירות מוקפות חומה מקודשות הימנה שמשלחים מתוכן את המצורעים ומסבבין בה את המת עד שירצו יצא משם אין מחזירין אותו וכ"ש שאין קוברין בתוכה וירושלים קחשיב לה בפ' בתרא דערכי' בהדי עיירות מוקפות חומה מימות יהושע בן נון ובימי עזרא חזרו וקדשו בתי ערי חומה כדאמרי' התם בערכין מקיש ביאתן בימי עזרא לביאתן בימי יהושע מה ביאתן בימי יהושע מנו שמטין ויובלות וקדשו ערי חומה אף ביאתן בימי עזרא וכו' וכן הביאה הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהלכות שמטה ויובל אלא שיש מקום עיון בדבריו ז"ל כתבתי עליהם במקום אחר בס"ד אלמא לענין קדוש ערי חומה קדוש דעזרא חשיב קדוש ולא בעיא מלך ונביא אלא לענין אכילת קדשים ומאחר שנתוספה חומה זו ע"י עזרא קדש' לענין זה אך קשה הא דפריך התם בפ' בתרא דערכין אמתניתין דחשיב ירושלים כבתי ערי חומה וירוש' הבית חלוט בה והתניא י' דברי' נאמרו בירושלים וחד מנייהו שאין הבית חלוט בה כמ"ד ירושלים לא נתחלקה לשבטים ודחיק לשנויי כגון ירושלים שמוקפת חומה מימו' יהושע בן נון ולא כירוש' שאין הבית חלוט בה אי נמי דתרי ירושלים הוו ולוקמה באותו תוספת שהוסיפו דודאי מה שהיה חוץ לעיר נתחלקה לשבטים וכשהוסיפוהו על העיר נעשה כיוצא בה לענין בתי ערי חומה ונראה דלענין בתי ערי חומה שתי בצעין אלו שנתוספו אינן כבתי ערי חומה משום דבעינן בית מושב ערי חומה כדאמרי' בפ"ק דמגלה כרך שישב ולבסוף הוקף נדון ככפר והיינו לענין בתי ערי חומה וירושלים עצמה כיון שבשעת כיבוש יהושע היתה מוקפת חומה ואח"כ נתיישבה הוקף ואח"כ פתח קרינן ביה אבל חומות אלו שנתוספו ולא הוכללו בתוך העיר שהרי חומת ירושלם לפנים משתיהן היתה דהכי מוכח באותה שמועה דשבועות שתים אלו שבחוץ אעפ"י שהוקפו בחומה אחר' הו"ל ישב ולבסוף הוקף ואע"פ שלא היה שם ישוב בשעה שבנו החומה בתר עיקר העיר אזלינן שכבר נתישבה בתחלה וכל חומה דפתוחה לה ישב ולבסוף הוקף קרינן ביה. ועוד נראה דבימי עזרא לא חדשו ערי חומה חוץ מאותם שהיו מוקפות מימות יהושע בן נון כמו שאני מוכיח בראיו' אלא שאין לי כאן להאריך. ומ"מ לענין מעלות דירושלים המנויו' במרובה תוספת כעיקר העיר היא הואיל ונעשה ע"י עולי גולה ואין מלינין בה את המת כ"ש שאין קוברים שם חוץ מקבר חולדה שהיתה קודם. ומצאתי בתוספת בפרק קמא דבבא בתרא קבר שהקיפתו העיר בין מד' רוחות בין מג' רוחות בין מב' רוחות זו כנגד זו רחוק יותר מחמשים אמה לכאן וחמשים אמה לכאן אין מפנין אותו פחו' מכאן מפנין אותו כל הקברו' מפנין חוץ מקבר המלך וקבר נביא ר"ע אומר אף קבר המלך וקבר הנביא מפניו

אמר לו והלא קברי בית דוד וקבר חולדה היו בירושלים ולא נגע אדם בהם מעולם אמר להם משם ראיה מחילה היתה להם והיתה מוציאה טומאה לנחל קדרון עכ"ל ולמדנו משם שקבר חולדה בתחלה לא היתה בתוך העיר אלא שהקיפו העיר אחר שנקבר' וכן קברי בית דוד בתחלה היו חוץ לחומה שכן היו קורין לה ציון עיר דוד ושוב הקיפוה והכניסוה תוך לחומה ומפני כבוד' לא פנום ולא נגע בהם אדם מעולם אלא מחילה היתה מוציאה את הטומאה לנחל קדרון.

סימן לח

שאלה ראובן סוחר טורקי"א שלח לווניצי"א ליד שמעון פאטו"ר שלו קצת קורדוב"אניש וכתב ראובן הנז' לשמעון הפאטור הנז' שימכור הקור' הנז' בכל אופן שיהיה או במעות מדודי' או יחליפם בשום סחורה אחרת וישלח מיד לראובן הריטירנו מהקורדובאניש הנזכר ושמעון הפ"אטור הנזכר לא השיב תשובה לראובן כלל בשום אופן ובזמן שהלך ראובן לויניציא"ה למכור הקורדובאני' הוציא עליו שמעון הנז' חשבון שהיה חייב ראובן לשמעון שלש מאות דוקאדוס וזה החיוב לא היה שהלוה שמעון הנז' לראובן הנז' לא כלו ולא מקצתו אלא מהוצאות ופא"טוריא' שלקח שלא כדין. ואמר ראובן לשמעון עכשיו הספינה היא מוכנת לילך ורצוני לילך בה הנה לך כל כך קורדובאאניש שלי באוצר שלך מכור אותם וקבלה תחת ידיך כל מה שאתה אומר שאני חייב לך וראובן היה מוכרח לומר כן לפי שהיו נכסיו תחת יד שמעון והחזיק בהם ואין לאל ידו לעשות ד"א ושמעון לא רצה אלא ששלח ידו ולקח ד' בגדים מראובן הנז' שהיו באוצר של שמעון ושלח אותם לטורקייאה ליד שותפו של שמעון שהיה שם וכתב לו שיקבל שלש מאות וארבעים דוקאדוש ארבעים דוקאדוש יותר מרבית על השלש מאות שאמר לפי חשבונו וכשבא ראובן לטורקייאה הוכרח לתת לשותפו של שמעון שלש מאות וארבעים דוקאדוש כדי להוציא מידו הארבעה בגדים ששלח לו שמעון יורינו מורינו מורה צדק ומה' יהיה שכרו כפול ומכופל.

תשובה באלו הקאמביוש הנהוגים בין סוחרי פראנקייאה כבר כתבנו במ"א שרובם רבית קצוצה אם לא יהא בענין שקונין הסחורה בעלי המעות כאן ומוכרים אותה לסוחרים במקום המכר בתוספות כך למאה ואחריות הסחורה עד הגיעה למחוז חפצה על המוכר כגון זה מות' ובלבד שלא יערים אבל שאר הקאמבייוס הנהוגים קרוב בעיני להיות רבית קצוצה וכבר כתבתי במקום אחר על דברי הרב מהר"ר יוסף ן' לב זלה"ה מה שנראה לע"ד ואם יודה שמעון הפ"אטור שזה היה בענין שהו' רבית אין לו ליקח כלום ואם יאמר שנעשה בענין שהוא היתר אם ראובן היא תפוס בענין שיכול לטעון על מה שיש תחת ידו

לא היו דברים מעולם או החזרתי או נאנסו נאמן הוא לומר שלא נתחייב כלום לשמעון ואלו הארבעים דוקאדי' הם תוספות שהוסיפן שמעון מעצמו ואפילו אם נתחייב בדבר שהוא רבית ישבע על זה ויפטר.

סימן לט

ועל אותם המלוים מעות לממוני העיר ירושלים ופרנסיה בריוח קצוב כך למאה כי יפלא מעיני מעכ"ת גם בעיני יפלא ורע עלי המעשה כי מה שכתב מעכ"ת שרצו לדמות להההיא דאמרי שרי ליה לאינש למימר לחבריה הילך ד' זוזי ואוזפיה לפלניא הא ודאי התם אין שום חשש שהלוה אינו נותן כלום אלא אדם אחר הוא שנתנם שלא מדעת הלוה כמ"ש כת"ר ואולי עילה מצאו לומר שהפרנסים לוקחים לצורך הקהל והעניים ות"ח בכללות ורוצים ללמוד היתר מאותה שכתב הרשב"א בתשוב' על מעות של עניים שהתיר להלוותן בקרוב לשכר ורחו' להפסד כדין נכסי יתומים ושוב אמר שקרוב הוא לומר שאין רבית אף להקדש עניים לפי שמעות אלו אין להם בעלים ידועים וגזבר לא בשל עצמו הוא מלוה וכו' והובאה בי"ד סימן ק"ס ורצו ללמוד דבר מדבר כשם שמותר ללות משל עניים לפי שאין שם בעלים ידועים כך מותר להלוות לצרכן הואיל ואין להם בעלים דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה מיוחד ואין להם מזה סעד כלל חדא שהרא"ש בתשובותיו חולק בדבר שאוסר לגמרי להלוות מעות של עניים ברבית דאורייתא אלא בנכסי יתומים קרוב לשכר ובשל תורה הלך אחר המחמיר ועוד שהרשב"א עצמו לא הורה למעשה אלא להלכה והרי אמרו בפ' יש נוחלין אין אומרים הלכה לא מפי תלמיד ולא מפי מעש' עד שיאמרו הלכה למעשה ואמרו שם דאמר ליה ר' אסי לר' יוחנן כי אמר לן מר הלכה נעביד מעשה א"ל לא תעבידו עד דאמינא לכו הלכה למעשה והיאך נלמוד היתר ברבית של תורה מדברי הרשב"א אחר שהוא עצמו אמ' להלכ' ולא למעש' ואע"פ שבתשוב' א' תלה הטע' פן יפרצו גדר במקו' אחר הנה בתשובותיו המיוחסות להרמב"ן כתב כך שורת הדין להלכה וסיים בה ולהלכה אמרי ולא למעשה ורשב"ם פירש הטעם שם בפ"ק היכא דאמר הלכה סתם איכא למימר שאם בא מעשה לידו היה מדקדק יותר כ"ש היכא דהוא עצמו כות' לא למעש' אני אומר כי ידע שצריך להתיישב ובאמת שהדבר צריך תלמוד דמאן לימא לן דבריבית בעלים ידועים בעינן ועוד דבפ' שום היתומים דחיק גמ' לפרושי מתני' אליבא דרב אסי דאמר אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם א"כ שום היתומים ל' יום היכי משכחת לה אם בב"ח עכו"ם מי ציית לן אי בב"ח ישראל אי קאכיל רבית מי שבקינן ליה ודחיק לאוקומי בב"ח עכו"ם וכשקבל עליו לדון בדיני ישראל וכשקבל עליו לזו ולא קבל עליו לזו כלומר לענין רבית

ואם איתא לוקמא במעות של עניים אם מותר להלוותם ברבית קצוצה הוי רבית אוכל' בהם דאילו קרוב לשכר ורחוק מן ההפס' שהותר בשל יתומים אף בשל עניים לא מיקרי רבית אוכלת בהם שאין נוטלים אלא מה שהנכסים משתכרי' ומדידהו ספינן להו ואין נכסי יתומים מפסידים בכך אבל אם רבית קצוצה הוא שרי בשל ענייי' משכחת לה שפיר רבית אוכלת בהם בישראל ועוד דבפרק איזהו נשך דייקינן למה לי דכתב רחמנא לאו ברבית לאו בגזל לאו בהונאה ועביד צריכותא לכלהו ומסיק דלאו בגזל לא אצטרי' דבמה הצד ברבית והונאה אתי ודחיק דלכובש שכר שכיר ולעבור עליו בשני לאוין ואי ס"ד דלא אסרה תורה רבית אלא בבעלים ידועים ומיוחדים הא אצטרי' לאו בגזל לחייב אף בשאינן ידועים דגזל דרבים גזל הוי וחייב להחזי' ורבים דגזלו נמי גזלנים איקרו כדאמרי' בסוף פרק המוכר פירות גבי רבים שבררו דרך לעצמם אטו רבים גזלנים נינהו ומוקי לה במצר שהחזיקו רבי' בשתיקת הבעלים דחשיב כמוחל לרבים ואמאי מוקי לה בכובש ש"ש לעבור עליו בשני לאוין דכל היכא דאיכא למדרש לא מוקמינן בלאוי יתירי כדאמרי' בפ' כל שעה ובשלהי החובל תניא לשמור ולא לחלק לעניים דאם פשע בה מפטר ואי ס"ד דבעינן בעלים ידועים וגבי רבית בעינן אחיך דוקא גבי פקדון נמי למה לי דרשא דלשמור נימא רעהו דוקא וכי יהיב ליה לחלק לעניים תו לא הוי כמפקיד כדפי' רש"י שכבר זכה נפקד לעניים אין כאן בעלים ידועים ורש"י לטעמיה דבספ"ק דגטין דאמרי' דכ"ע הילך כזכי דמי פרש"י דבמתנה דליכא אחריות מודה שמואל דאינו חוזר וכ"ש דתן כזכי דמי ואף לרבינו תם שהוכיח דבמתנה תן לאו כזכי כגון שאינו חייב לו כלום הכא גבי צדקה מכי אמר לעניים נעשה נדר וחוב עליו דאמרינן בפיך זו צדקה ועדיף טפי משחרור דעבד דאמרי' דתן כזכי דמי ויהיב טעמא רבינו תם דשאני שחרור דאי לאו דעביד ליה ניחא לנפשיה לא הוה משחרר ליה וכחוב חשיב כל שכן צדקה לעניים אחר שכבר נעשה נדר עליו דתן כזכי והכי מוכח בהא דאמרינן בירושלמי אמר ליה רב לשמעיה כי אמינא לך הב מידי לפלניא אי גבר מסכן הוא לא תהדר לאמלוכי בי תניינות כלומר דלא מצי הדר ביה ולכך כתב רש"י תו לאו דמפקי' נינהו ומדאצטריך למידק מדכתיב לשמור משמע דבעלמא לא בעינן בעלים ידועים לא ילפינן מינה דשאני התם דכתיב לשמור ופטריה רחמנא לשומר כי היכי דפטר פשיעה בבעלים דכתיב אם בעליו עמו לא ישלם וכמה מילי ונראה דלא אמרה הרשב"א ז"ל אלא בעניים דלא זכי ולא קיץ להו דממון שאין לו תובעים הוי כגון ההיא דלשמור ולא לחלק לעניים דיכול לחלק לכל עניים שירצה וכדפרש"י שם דעניים לא מצו תבעי ולכל חד וחד מצי אמר לאו לדידך יהיבנא אלא לאחריני אבל בעניי' דקיץ להו כגון ההוא ארנק' דצדקה דאתא לפומבדית'

דההוא גברא פשע בה וחייביה רב יוסף משום דעניי דפומבדיתא מיקץ קייץ להו ופרש"י נותנין להם ממון כך וכך לשבת לכל אחד והוה ליה ממון שיש לו תובעים וקרינן ביה לשמור אבל היכא דעדיין לא זכו בהם עניי' ויכול לדחותם לא אתן לך אלא לעני אחר כיון דממון שאין לו תובעים הוא לא חשיב ממון לענין רבית ואף לא לענין גזל כדמוכח בפרק הזרוע דאמרי' המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור ומפרשי' מאי טעמ' אב"א משום דכתיב וזה אב"א משום דהוה ליה ממון שאין לו תובעים וכתבו התוס' דלישנ' בתר' לא אצטרי' למדרש מקרא דוזה אלא לכדרשינן לקמן מלמד שהמתנות דין ובהכי ניחא דליכא צריכותא בין גזל לרבית דממון שאין לו תובעי' לא חשיב ממון לא לענין רבית ולא לענין גזל. והא דאצטריך קרא דלשמור לפטור שומר מפשיעה ודאי במידי דאין לו בעלים כלל כגון פאה ומתנות עניים דפשע בה לא צריך קרא למפטריה כאדם שנותן משלו לחלק לעניים ומפקידו ביד ב"ד דאי לאו דמיעטיה קרא בהדיא ה"א כיון דמפקיד מיוחד הוא איהו חשיב בעל דבר לתובעו דכל דלא עביד שליח שליחותי' אכתי ברשותא דמריה איתיה דאין כאן שום בעל מיוחד דלזכי קמ"ל לשמור ולא לחלק ואם היו עניים מיוחדים דמצו לתובעו כיון דקייץ להו אינהו בעלי דבר נינהו ולשמור קרינן ביה וא"ת והא ההוא ארנקא דאפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא ופשע בה ממון שיש לו תובעים הוא דרב יוסף עצמו גבאי הוא כדמוכח בפ' ארבעה וחמשה גבי מקדיש דאמר רב יוסף אנן ידי עניים אנן וי"ל דמכל מקום לא עדיף האי שומר מגברא דאתי מחמתיה שאילו רב יוסף עצמו שפשע בה מפטר אף שומר שבא מכחו פטור והשתא לא תקשי להרשב"א ז"ל אמאי לא מוקמינן ההיא דשום היתומים שלשים יום בשרבית אוכלת בהם כגון זה דממון שאין לו תובעים הוא היכי מפקינן מיתמי לא קרן ולא רבית השת' בממון שיש לו תובעי' אין נזקקין ממון שאין לו תובעים דלאו ממון מיקרי נזקקין לא יזדקקו להם כלל ולכי גזלי אם באו לפרוע הקרן לצאת ידי שמים מוטב אבל רבית שנמשך באותו זמן לא יהבינן להו כלל דיתמי לאו בני פרעון נינהו ואין כאן אגר נטר להו כלל הילכך לא מתוקמ' בהכי כלל וילפינן מינה דהיכא דאיכ' ענייי' דקייץ להו כגון ת"ח שלוקחי' פרס מדי שב' בשבתו וכן התלמידי' שבת"ת והמלמדי' והענייי' אשר ארוחת תמיד נתנה להם קרינן ליה ממון שיש לו תובעים ובעלים מיוחדי' וידועי' הם ובר מן דין בנ"ד כל בני העיר מקרו בעלי' שהממון הבא מח"ל ניתן לצרכי העיר ולהוצאות שנותנין לא"ה שאלמלא כן היו צריכין לפרוע הכל משלהם ואף מה שנותנים לענייי' ולת"ח אפי' אי לא קייץ להו הם נותנים מה שיצטרך להם והשאר לצרכי העיר נמצא שהריוח הזה שנותנים

החסרון הוא לבני העיר והם עצמם הלוים ע"י טובי העיר שהם שלוחיהם וכיוצא בהם והם הפורעים ה"ז רבית קצוצה שבאה מלוה למלוה.
ועל הצד השני שכתב חכמתך אם היו אלו המלוי' קונים המעות הבאים מח"ל ממקום ידוע אם היה האחריות עליהם אם יארעם אונס בדרך היה אפשר להתיר להם אבל הם נוגשים אצים אל הממונים לפרוע להם הרבי' מדי חדש בחדשו ופעמי' שהם לוקחי' ממקום אחר ברבית כדי לפרוע להם הרבית הא ודאי אסור כמו שיפה כתב כת"ר ומוסיף אני על דברי כת"ר שאפי' בקבלו אחריות אסור להתנות בכך דאין כאן מכר דדבר שלא בא לעולם הוא ועדיין לא זכו הקהל באותם המעות שרגילי' לבא מדי שנה בשנה ולכי אתא לידייהו דבני הקהל הוא דזכו וחשיב הלואה ואסור ולא התירו בירושל' אלא ליקח אדם שטרו של חברו ומלוהו בפחות ולקיחה של שטרות בכתיבה ומסירה ולקיחה של מלוה כמ"ש דהשתא ברשותא דלוקח קיימי וכן כתב בהגהת אש"ר כמ"ש הרב בב"י שם בסימן קע"ג ומטעם מכר התירו אבל בדבר דלא שייך בה קנין אין זה מכר אלא מלוה ובענין זה שמתנים לתת לערך עשרי' למאה מידי חדש בחדשו הא ודאי אגר נטר הוא ותניא ההולך לחלוב את עזיו ולגזוז את רחליו ולרדות כוורתו מצאו חבירו וא"ל מה שעזי חולבות מכו' לך מה שרחלי גוזזות מכור לך מות' אבל אם א"ל מה שעזי חולבות כך וכך מכור לך פי' שאמר לו כך וכך סאין ואוזיל גביה אסור כ"ש בנ"ד שמחשבין כך למאה לשנה ורגילי' לממני יומי ולממני שבועי.
וראיתי בתשובות הרב המובהק מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בח"ג סי' ס' כתב שנמצא בידו חדוש מא' מרבני פרוינצאה שכתבו בירושל' שאמרו לוקח אדם שטרותיו של חברו ומלוהו בפחות ואפילו מקבל עליו המוכר אחריות מותר וכתב הראב"ד דוקא שאינו מקבל עליו אחריות אלא ממה שנתן לו אבל אם מקבל עליו אחריות כל החוב אסור וכתב עליו הר' דוד ן' שאול ז"ל דהא מכירה היא דמה לנו אם יקבל עליו אחריו' כל החוב לכך כתב בשם רבותינו דאפי' קבל עליו אחריות כל החוב מותר דהא בקרקע כה"ג שרי ולי נראה דדברי הראב"ד עיקר דהיכי נימא שאם לא יוכל לגבות כל החוב מן הלוה שיתן לו המוכר יותר ממה שקבל ממנו כו' ובמוכר קרק' כה"ג אסור שאם מכר לו קרקע במנה וקבל עליו אחריות ונמצאת שאינה שלו והוקרה ועמד' על ק"ק ולקחה נגזל ממנו שישלם לו כמה ששוה עכשיו אסו' עכ"ל והרב מהריב"ל כתב דלפי מ"ש בס' התרומו' והמ"מ בשם הרמב"ן לדברי הראב"ד והוסי' עליו כלו' שאף אם לא קבל עליו אחריות החוב אסו' וכת' שיש חלוף נסחאות בלשון הירוש' שכתוב באותה שיטה מסיים ואפי' אם מקבל עליו המוכר אחריות מותר ולענין הלכה כת' דלא עבדי' כאותו

הרב הר' דוד ן' שאול ולא כסברת הראב"ד דלא מצינו מי שהור' להקל אלא ההיא סברא הראב"ד הכתוב' באות' החדושי' ולגבי היתומי' מילת' דפשיט' דמות' לקבל עליו המוכ' אחריות מהמעות שקבל דאינו אסור אלא מטעם דקרוב לשכר ורחוק מן ההפס' הוא וביתומי' כה"ג מותר אלו דבריו ז"ל ואני בעניי הוקש' לי גברא רבה כהראב"ד ז"ל לימ' כהא מילתא היכא שמתנה שאם לא יוכל לגבו' מן הלוה יפר' מן המוכר ומותר והלא אין זה מוכר אלא הלואה דמה מכר לו ובמאי קיימא ברשו' לוקח והא אמרי' גבי חמרא כיון דלענין יוקרא וזול ברשותי' דמוכר הוא קרוב לזה ולזה הוא והכא כיון שאם לא יוכל לגבו' חוז' ולוקח מזה אין כאן מכר כלל והיינו דתנן אין מקבלי' צאן ברזל מיש' מפני שהו' רבי' ואפי' למחצי' שכר תנן אין מושיבין חנוני למחצי' שכר משום דמקבל עליו פלגא דהפס' והוי מחצה מלוה אלמא כיון דמקבל אחריו' אף בנכסי חבירו חשיב מלוה כ"ש חוב של עצמו שקבל עליו אחריו' דחשיב שהוא עצמו לוה והראב"ד החמיר בה טובא במקבל אחריות שאעפ"י שיתן כל מה שעלה הריוח בין מועט בין הרבה ואין למקבל הנאה בה אסור כמ"ש ספ' התרומות עצמו משמו והיאך יעלה על הדעת להקל בדבר זה ומה גם כי הרב הר"ד בן שאול הוסיף עליו דאפי' קבל עליו אחריות כל החוב כלו' לפרוע לו תוס' על הדמי' שנתן מותר וזה אין הדעת סובלתו ומ"ש דהא דקרקע כה"ג שרי היכא אשכחן בכה"ג דשרי דגבי משכנתא באחריות הממשכן בכל ענין אסור והרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הטור בסימן קע"ב בראובן שממשכן ביתו לשמעון ולוי שוכרו משמעון וראובן נשאר בביתו ופורע השכירו' ע"י לוי השוכר שהרא"ש ז"ל כתב דאסור אלא דרבית קצוצה לא הוי כיון שלא פסק לו רבית על ההלואה וגם אם יפול הבית או ישרף יפסיד שמעון מעותיו וכתב הטור מדברי הרמ"ה יראה שהוא רבית קצוצה ואף מדברי הרא"ש מוכח להדיא שאם היה אחריות נפילה ושריפה על ראובן הוי רבית קצוצה וגם שם הובא תשובת הרשב"א בראובן שמשכן כרם לשמעון ע"מ שיהיה הכרם תחת יד ראוב' והוא יביא בפריו מאה כסף והשיב דהא לכ"ע רבית קצוצה ואע"ג דהתם אין אחריות גוף הכרם עליו אם נחרב או נאנס אלא כיון דקבל עליה אחריות הפירות הוי רבית קצוצה כ"ש אם קבל עליו אחריות גוף ופירות גם מה שכתב הרב בעל השיטה ההיא דאסור לקבל עליו אחריות אלא ממה שנותן בו ובמכר קרקע כה"ג נמי אסור שאם מכר לו קרקע במנה וקבל עליו אחריות שאם נמצאת שאינה שלו והוקרה ועמדה על ק"ק ולקחה נגזל ממנו שישלם לו כמו ששוה עכשיו אסור לא ידענא מאי קאמר דאי נדון דידן דמיא להא לא היה בו איסור כלל דהא בפרק קמא דמציעא אמרינן נמצאת שדה שאינה שלו רב אמר יש לו מעות ויש לו שבח ושמואל אמר מעות יש לו שבח אין

לו ואמר רבא הלכתא יש לו מעות ויש לו שבח ואע"פ שלא פי' את השבח הכיר בה שאינה שלו מעו' יש לו שבח אין לו ופירש הרי"ף ז"ל שבח אין לו לאו שבחא דאתי מחמת הוצאה כגון שלקח שדה באלף זוז והוציא עליה מאתים ושוה אלף ומאתי' אלא בשבח דאתי ממילא כגון שלקח שדה באלף זוז והוקרה ועמדה באלף ומאתים בכה"ג הוא דאמר רב שבח אין לו דכיון דהכיר בה שאינה שלו ולקחה הו"ל זוזי גבי מוכר כי מלוה ואי שקיל מיניה שבחא השתא הוא כנוטל שכר מעותיו דהיינו רבית ע"כ משמע דבשלא הכיר בה אפילו שבח' דאתי ממילא שקיל מגזלן וכן כתבה להלן שכן הוא כותב ללוקח אנא איקו' ואישפי וכו' אינון ועמלהון ושבחיהון וכן כתבה הרמב"ם בפ"ט דתנן גזל שדה ומכרה והשביח בה הלוקח אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצא' מבעל השדה והקרן עם שאר השבח נוטל מן הגזלן וכן לענין פירות שאכל כתב להלן שהגזלן לוקחו מלוקח וחוזר לוקח וגובה אותם מן הגזלן והראב"ד ז"ל הגי' על דבריו כשקבל עליו אחריות ופירש המ"מ בסתם אע"ג דאחריו' טעות סופר אין השבח בכלל עד שיפרש לו אחריות השבח הרי שלדברי הראב"ד עצמו מ"מ אחריות השבח גובה ממנו ולא חשיב רבית ולמ' הקפיד כאן שאם קבל עליו אחריות הכל אסור ונראה לי כי מה שאמר אפילו אם מקבל עליו המוכר אחריות מותר אם הוא לשון ירושל' או תוספות בשום מקום שנחלקו בו אם הוא אחריות מה שנתן או אחריות כל החוב היינו בסתם אחריות כל מוכר בעלמא כל דאתי מחמתיה כגון טענת מזוייף או פרוע או רבית או מחילה אבל היה השטר קיים באותה שעה וארעו אונס ולא נפרע אין המוכר חייב באחריותו דהאי אונסא דבתר הכי ולא מחמתי' ועל זה כתב הר"ר דוד בן שאול בשם רבותינו ז"ל דאפילו אם קבל עליו האחריות כל החוב בכי האי גוונא בתורת מכירה קאתי עלה מעיקרא ובקרקע בכי האי גוונא שרי כדאמרן אלא שהראב"ד ז"ל ראה להחמיר במלו' טפי ממכר דבשלמא במכר אע"פ שסוף יוצאה מתחת ידו מאחר שהפירות כשאוכלן בהיתר אכלן והשבח קרקעו השביח כשטורפ' בעל השדה ממנו היא ושבחיה ועמליה וחוזר ותובען מן הגזלן לא מחזי כרבית אבל במלוה דאגלאי מילתא דליתא מעיקרא ולא זכה במותר כלל אם היה נפרע ממנו יתר על כדי מעותיו מיחזי כרבית אבל הרב בעל השיטה ההיא לפי מה שהבין בדבריה' שקבל עליו שאם לא יוכל לגבות כל החוב שיתן לו המוכר לזה הכריע שהוא אסור לגמרי ואמר דבמכר קרקע בכי האי גוונא אסור כלומר שמכר על דעת כן דהוי כהכיר בה שאינה שלו דעל דעת כן לקח שאם לא יוכל לגבות מן הלוה יפרע ממנו אין כאן מכר כלל וכמלוה דמיא ואני אומר דבכי האי גוונא רבית קצוצה היא טפי מהכיר בה שאינו שלו דהת' כשאכל הפירות בהיתר אכלן וכשהשביח בתורת

מכר השביח ואם חזר גזלן ולקחה מהבעלים הראשונים זכה בשבח ובפירות כדאמרינן התם ניחא ליה דליקום בהימנותיה אבל הכא אכתי לא אתא לידיה כלום ומלוה ליתא בעיניה דליקני ואפילו אם פרע לו הלוה כל שהיה עד עכשיו באחריות המלוה אכתי לא נפקא מלוה מרשותיה דמלוה נמצא שהוא עכשיו פורע חובו יתר על מה שלוה ממנו והוי רבית גמור ובכה"ג אצל יתומים אסור דלא הותר אצלם אלא דרך מקח וממכר קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד וזו הלואה גמור' היא וחמיר טפי ממשכנתא באחריות הנראה לעניות דעתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מ

שאלה שטר שכתוב בו שחייב פלוני לפלוני כך גרושוש לזמן פלוני בין יעלו ובין ירדו וכו' ונשבע הלוה ועלו הגרושוש נשאלתי מה יפרע הלוה.

תשובה הנה נא ערכתי משפט זה התשובה שלמה לעד עתה מקרוב פעמים שלש בארוכ' ועתה אבא בקצרה דלע"ד וכפי מה שראיתי מרבותי ז"ל דדבר זה היינו סאה בסאה ואסור להרמב"ם ז"ל אפילו יש לו כיון שקבע זמן ואע"פ ששאר הפוסקים ז"ל חולקים כבר כתב רבינו ירוחם ז"ל שכן כתב הרי"ף ז"ל כהרמב"ם ואף על פי שלא נכתב בהלכו' אולי כתב כן בתשובה ואם כן אין מוציאין מיד הלוה דיכול לומר קים לי כהרי"ף והרמב"ם ז"ל.

אמנם בנ"ד צריך תלמוד גדול על דברת שבועת האלהים שנשבע הלוה שכתבו המפרשים שהשבועה חלה על ביטול מצוה דרבנן והר"ן בתשובה סי' פ' והביאה הרב בב"י בטור י"ד סימן רל"ט כתב וז"ל אם לענין שיהא חייב לעבור על האיסור כדי לקיים שבועתו כיון שנשבע בכולל זו לא אמרה אדם מעולם או שנשבע לאכול נבלות ושחוטות אין ספק שאין מאכילין הנבילות לקיים שבועתו ואף כאן אף על פי שהרבית מדבריהם אין מחייבין אותו לפרוע שחכמים העמידו דבריהם בשל תורה בשב אל תעש' עכ"ל ושמעינן מינה דמה שאמרו שבועה חלה על דברי סופרים אינו אלא כשנשבע שלא לקיים מצוה מדרבנן בשב ואל תעשה כגון שלא להדליק נר חנוכה וכיוצא אבל הנשבע לעבור בקום עשה מיד כשנשבע הרי עבר ומותר לקרותו עבריינא ואפשר דבנ"ד עבריינא ממש לא הוי על השבועה דלביה אנסיה שחשב שלא יעלו הגרושוש ויקיים שבועתו ואין זה מיקרי עבריין כמו הנשבע ברבית דרבנן כמו משכנת' בענין שהוא אבק רבית או הנדון דהר"ן וכיוצא בה שהרבית אינו מפני הספק שמא יבא לידי רבית אלא ודאי הוא אבל היה מותר מן התורה מפני שהוא דרך מקח וממכר וחז"ל אסרוהו בהא הוא דקאמרינן דהוא בשבועת שוא אבל סאה בסאה וכיוצא בו לא ואפילו החולקים על רש"י ז"ל דס"ל דבשבועת ביטוי דלהבא נמי מיקרי חשוד אפשר דהכא מודו דבשעת השבועה חשב

לקיים כאמור ובשעת הפרעון ארי' דאיסורא דרבנן הוא דרבצה עליו ואונסא הוי ואין כאן אלא איסור שהכניס עצמו לידי ספק שבועה ובטא בשפתיו בין יעלו.
אך כיון שביארנו שהאיסור הוא פלוגת' דרבוותא בנ"ד א"כ יכולים אנו לומר שאין כאן איסורא כלל דהא ספקא דרבנן הוא ולקולא ואם הוא היה רוצה לפרוע כמו שהתנה לא היה עליו עון אשר חטא אלא שלענין הממון יכול לומר קים לי כהרמב"ם ואין כח בידינו להוציא ממון מיד המוחזק בפלוגתא דרבוותא אבל בשבועה כיון שהדבר ספקא דרבנן חייב לקיים שבועתו שאין כאן איסור כאמור ואי קשיא דחזינן להר"ן בתשובה שזכרנו שכתב שאם כל הריוח לבעל הפקדון אעפ"י שכל האחריות על הנפקד מותר כי כן כתבו חכמי לוניל ואעפ"י שהרשב"א מחמי' בזה לא ישרו דבריו בעיניה' וכו' ודברי חכמי לוניל מחוורים וקרוב אני לעשות מעשה כדבריה' עכ"ל ולפי דברינו כיון דנדון דהר"ן בשבועה הוה אפילו היו הסברות שקולות הא אמרן דחייב לקיים שבועתו כיון שנחלקו הפוסקים באיסור דרבנן הא ודאי לאו קושיא היא ויש לדחות דהר"ן אתא לאשמועינן רבותא דאין אנו צריכים מכח השבועה דאפילו בלא שבועה לית' לסבר' הרשב"א.
ועוד יש טעם אחר בנ"ד לחייב הלוה לקיים שבועתו שכתב הרשב"א ז"ל בתשוב' הביאה הרב בב"י בטור י"ד סוף סי' ק"ס וז"ל דאבק רבית אינו עובר אלא המלוה ולא הלוה כדאמרי' רב עילית גברא רבה הוא וכו' וכיון שזה נשבע ליתן חייב ליתן לו ואין זה כנשבע לבטל אפי' מצוה דרבנן דאעפ"י שהמקבל עובר וזה הנותן מושיט לו איסורא דרבנן מוטב שיעשה איסורא זוטא משיעשה איסורא רבה עכ"ל ויש לדקדק בדבריו חדא דהא עבר אלפני עור דרבנן שהוא א' מהלאוין שעובר הלוה בדאורייתא ותו מעיקרא קאמר שאינו כנשבע לבטל מצוה דרבנן דמשמע שאין כאן איסו' כלל ובתר הכי קאמר דאיסורא זוטא מיהא איכא.
ונראה דהרשב"א ז"ל ס"ל דלא החמירו חז"ל על הלוה אפילו בלאו דלפני עור שאינו עובר בו כמו שאינו בלאו דלא תשיך בדרבנן כן אינו עובר בלאו דלפני עור בדרבנן ודייק לה הרשב"א מדלא קאמר רב עילית וכו' ואיסורא לא הוה עביד והוה במשמע נמי איסורא דלפני עור או הוה ליה לומר ולא עבר אלפני עור ולמה ליה לומר לשון זה דאיסורא לאינשי לא הוה ספי דאין נראה להרשב"א ז"ל לו' דאיסורא לאינשי לא הוה ספי הוא הלאו עצמו דלפני עור כדמשמע קצת מדברי הרא"ש ז"ל שם בפסקיו אבל הרשב"א משמע ליה דאם כן מי שאני ליה לישנא דקרא וכדאמרן בכוליה גמרא ולפני עור וכו' לכך פירש דלא שמו עליו לאו דלפני עור ממש אלא איסורא זוטא כמו מסייע ידי עוברי עבירה וכן כתבו התוספות בפרקא קמא דע"א לגבי ענין אחר שאין בו איסור דלפני עור

דאורייתא אלא איסורא דרבנן דמסייע ידי עוברי עברה שאדם מצווה אדרבה להפרישם ובזה יבאו דברי הרשב"א ז"ל על נכון ובהדיא יראה הרואה שהר"ן ז"ל באותה תשובה שזכרנו חולק על הרשב"א בכל זה אבל נמוקי יוסף הביא דברי הרשב"א גבי עובדא דרב עיליש בלי חולק איברא לא הזכיר שם ענין שבועה ואני מקצר במקום שיש לי אריכות דברים אך השואל נחוץ לא יתנני השיב תשובה ארוכה כאשר עם לבבי.

והכלל אומר כיון שהדבר פלוגתא דרבוותא בענין השבועה עצמה וגם בענין הרבית מיראי הוראה אני ואין אני סומך על מה שכתבתי להוציא כל הממון בספק רבית אפילו שהוא דרבנן וגם לא מלאני לבי למעשה להעביר הלוה על שבועתו עם שגם זה להרשב"א כבר עבר על השבועה והוא מעוות שאינו יכול לתקון ואין כופין אותו עליה כמו שכתב בסוף התשובה הנז' ודבר זה הרא"ש נחלק עליו וס"ל דכופין לכן אמרתי הטוב והישר בעיני אלהים ואדם שיכופו ב"ד את שניהם שיעשו ככל אשר אנחנו עושים פה היום ע"י תקנת הרב כמהר"ר אליהו ן' חיים ז"ל שיחלוקו ההפרש לחצאין וכן תעשה והיה זה שלום על דייני ישראל זה הנלע"ד הצעיר יחיאל באסן.

תשובה אם באנו לדון נדון שלפנינו בדין לוה סאה בסאה כמו שבא בשאלה באנו למחלוקת הגדולים שהרמב"ם ז"ל בפרק י' מהלכות לוה כתב דהא דשרי ללות סאה בסאה כשיצא השער או כשיש לו דוקא כשלא כתב זמן הפרעון שהוא ז"ל מפרש לווין סתם ופורעין סתם דהיינו בלא קביעות זמן וכתוב בספר התרומות שכן פירשו הגאונים ז"ל אבל רש"י והראב"ד ז"ל ושאר רבוותא לא פירשו כן אלא לווין סתם היינו בלא עשיית דמים וכן תפסו הרשב"א והרא"ש ז"ל וכיון דספקא הוי בענין אבק רבית של דבריהם אזלינן לקולא וכתב אדרבה כיון דספקא הוא ניזול בתר קולא לנתבע ולא נוציא מתחת ידו מספק נ"ל דלא אמרינן הכי דכיון דחיובו של לוה ודאי הוא שנתחייב לתת גרושו"ש בגרושו"ש בין יעלו בין ירדו שאדם מתחייב במה שאינו חייב ואין מי שמונעו מלפרוע אלא איסורא דרבנן דאיכא גבי מלוה ולוה נמי לית ליה למספי איסורא למילתא דקא עבר משום לפני עור לא תתן מכשול השתא דקליש איסוריה שהותר הלוה לקבלו אף המלוה אין עליו חשש איסור כלל דאמרינן בפרק בתרא דע"א גבי כותאי דקסרין מותר להלוותן ברבית מאחר שקלקלו מעשיהם לאו עושה מעשה עמך הוא ואסור ללוות מהם ברבית דקעבר אלפני עור וכו' אבל שנותני' הם לישראל רבית אינם עוברים על לא תשיך כיון שמותר להלוותן ברבית כדברי התוספות והרא"ש ז"ל הכא נמי כיון דמטעם ספקא דרבנן לקולא הות' אבל מלוה מי פטרו ללוה מחיובו ודמי להא דאומר רבינו תם במה שנהגו האידנא היתר ברבית העכו"ם ומשום דבשל סופרים הלך אחר המיקל וקי"ל כהנך לישנ'

דמתני' דרב הונא אברייתא ולא אסר רבית דעכו"ם. ומטעם זה הותר לנו להוציא הרבית מיד העכ"ום דבדיניהם לא מפקי מיניה ואף בדיניה' ספק' הוי מפקי' מיניה ואי מדין גזל אתינא עלה אין לחל' בין העכו"ם לישׂ' כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מה' גנבה אחד הגונב ממון ישראל ואחד הגונב ממון עכו"ם וכו' ובפרק הגוזל ומאכיל נפקא לן מוחשב עם קונהו דקדק עם קונהו אלא מאחר שכבר נתחייב מצותו נפיק מתורת גזל וכיוצא בזה שמענו במלו' את חברו לי' שני' בפ"ק דמכות ואיכ' ב' לישני ללישנא קמא שביעי' משמטת וללישנ' בתר' אין משמט' דאיפליגו רבוות' כמאן פסקי' וכתב הרא"ש דהלכה כלישנ' בתר' דפשט' דמתני' מסייע' ליה ועוד דשביעי' בזמן הזה דרבנן ואזלינן לקול' ע"כ ובה' שמיטה בח"מ סי' ס"ז הביא דבריו הרב מהרי"ק ז"ל וכתב וא"ת והא בספקא דממונא נקטינן קולא לנתבע והכא הוי קולא לתובע ונ"ל דטעמיה משו' דשמטה דרבנן ומקלינן דלא תנהוג כיון דרבנן היא בזמן הזה ונהי דנפקא מינה לענין ממונא כיון דמעיקרא דדינא לא אתינא למבעי אי מפקינין מינה לענין איסורא אי כהנה שביעית אזלא לקולא נקטינן כנ"ל וכתיב במישרים וכו' והרי"ף לא הביא א' מהלשונות נראה דפסק כלישנא קמא דשביעית משמטתו דאיסור הוא ומצאתי למהר"ר שמואל חיון ז"ל בספרו סי' מ"ו נסתייע מדברי הרא"ש אלה ודח' דברי רבינו ירוחם דהא ללישנא דשביעית משמטתו מתני' דכמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז וכו' צריך לאוקומה במלוה על המשכון או מוסר שטרותיו לב"ד ומדהביא הרי"ף ז"ל למתני' ולא הזכי' דמיירי במלוה על המשכון נראה דמיירי כולל ולזה כתב דטעמא דרבינו ירוחם דחזי מעיקרו ולא הוי דיחוי דתירוצא דגמרא לאו אוקמתא היא דמתני' לאו לענין שמיטה מתניא אלא לענין עדי זוממין היאך הם נעשים זוממין בדבר זה והלא בין היום בין למחר סופו לפרוע אלא אומדים כמה אדם רוצה וכו' בין נותנין מכאן ועד שלשים יום ובין נותנים מכאן ועד עשר שנים הרי שנים בהדיא שסוף צריך ליתנם לעשר שני' ומשכחת לה במלוה על המשכון ובמוסר שטרותיו לבית דין אי נמי דעביד פרוזבול כדאמרינן בעלמא לא שביק התירא ואכיל איסור' והא לא מיקרי אוקמת' דבידו לעשותו בכל עת ואף משכון ומוסר שטרותיו לאו אוקמתא היא דהא לאו בדיני שמטה אירי' שיהא צריך לפרש אלא לענין עדות ומשכחת לה במילי טובא ועדיין לא נתברר טעמו של הרי"ף ז"ל בהשמטתו זאת ושוב מצא מה שכת' הרמב"ם ז"ל שהבי' האי דפרק השולח המוכר עבדו לעכו"ם או לחוצה לארץ יצא לחרות ומבעיא לן מכרו לשלשים יום חוץ ממלאכתו חוץ משבתות וימים טובים מהו וסלקא בתיקו וכתב בפרק י"א מהלכות עבדים הרי זה ספק לפיכך אם תפס העבד כדי דמיו לרבו כדי שיצא בהם לחירות אין מוציאין מידו אלמא מהניא תפיסה במלתא דהויא

איסור דרבנן ואף הראב"ד ז"ל נראה שכן דעתו ממה שכתב שם דכיון דקנס הוא אין תפיסה מועלת בו הא מודה הרב במילי דרבנן דלאו קנסא נינהו שתפיסה מועלת בהם. ונראה בעיני שאין ענין שמיטה ועבד אצל רבית של דבריהם דשאני הכא שחיובו ברור ומדעתו נתחייב ואמרי' בריש פ' איזהו נשך מ"ט דכתב רחמנא לאו בגזל לאו ברבית ואמרינן רבית דמדעתיה יהיב אצטריך למכתב ומכיון שנתחייב לו בקנין ובשעבוד נכסי מההיא שעתא קם ליה ברשותיה דמלוה דאדם מתחייב במה שאינו חייב כדאמרי' בפרק אלו מציאות דמוקי ההיא דמצא שטר חוב בשטר אקנייתא דמההיא שעתא נתחייב אעפ"י שכתב ללוות ולא לוה אף כאן מההיא שעתא נתחייב לו הלוה ואין מוציא מידי חובו אלא איסור הרבית דלא מצי למגבי מיניה דבי דינא לא מזדקיק ליה דלא שבקינן דנספי איסורא ולא שייך לומר בכה"ג קים לי כמ"ד שיש איסור בדבר דאפי' למ"ד דיש איסור מ"מ אין חיובו נפקע שם אלא שאין ב"ד מנכין לו כי היכי נעביד מלוה איסורא השתא דליכא איסורא מגבינן ליה שפיר שהרי נתחייב ובדבר המותר נתחייב שאם אצל המלוה הותר אכל הלוה לא כל שכן ואצ"ל היכא דליכא איסורא כלל לגבי לוה באיסור רבית של דבריה' כמו שאפר' וכ"ת דהא אמרינן דאי שקיל מלוה אבק רבית שלא מדעתו של לוה גזל הוא בידו כמו שכתב הרשב"א באותה תשובה שהביא הרב מהר"י קארו בסי' קס"ד כן כתבו הריב"ש בתשובה סימן ש"ח אלמא ליכא שעבודא גבי לוה כלל התם היינו טעמא שאעפ"י שנתחייב ליתן הרבית מכל מקום מגב' בעי ונכסי בחזקת לוה קיימי דאי בעי מסלק להו בזוזי מסלק ואם בא בעל חוב לתפסן כל שאין לו רשות לתפסן שאינו בדין להגבותם לו אין גבייתו כלום וכל היכא דאיתנהו ברשותיה דמרייהו איתנהו ולאו כגבוי דמי ומפקינן מיניה ולא מיקרי יוצא בדיינים דנכסי דלוה נינהו אבל ספק אבק רבית שאין איסור אצל מלוה ליקח בספקא דרבנן שרי אפי' לכתחילה הואיל והלוה חייב מי פטרו מחיובו וכי מטי לבית דין מגבינן מיניה בע"כ מאחר שנשתעבדו נכסיו בדבר של היתר אי נמי טעמא דבאבק רבית לא מפיק מיניה אעפ"י שמדעתו נתחייב משום דכיון דאיסורא דרבית רביעא עילויה כארי' ואין המלוה רשאי ליהנות ממנו מן הדין זכה הלוה במה שבידו מדין הפקר כמו שאמרו בפרק בתרא דנדרים קונם כהנים ולוים נהנים לי יטלו על כרחו ולמד משם הרשב"א דאדם שאסר נכסיו על עצמו כל הקודם בהם זכה בהם אף כאן לוה גופיה קודם בשלו הוא ואפילו אם מת מלוה ונפלו הנכסי' לפני בניו דליכא איסורא גבייהו מכל מקום מההיא שעתא קמייתא הופקר חוב זה וזכה בו הלוה דומיא דאוסר נכסיו על עצמו שאם מת מותרי' הם לבניו אלא שקדמה זכותו של זוכה ושוב לא פקע אבל כל שבתחלת שעבודו נעשה בהיתר גמור דכיון דשרינן למלוה ללוות

בכי האי גוונא כיון דספק איסורא דרבנן הוא כל שכן דשריא למלוה להתחיי' שאין שייך כאן לפני עור וכולי וגם לא מחזיק ידי עוברי עבירה הרי נתחייב ושוב אינו יוצא מידי חיובו לעולם הילכך ההיא דעבד שמכרו רבו לשלשים יום לא דמי כלל דספקא הוא אם יצא לחירות ואם כופין אותו ומספקא אין בית דין כופין אבל אם תפס אין כח להוציא מאומה מידו וההיא דהמלוה את חבירו לעשר שנים נמי לדברי רבינו ירוחם בדעתו של הרי"ף כיון דספקא הוא הרי אנו מסופקי' אם נשמט כבר חוב זה בשביעית דשביעית אפקעתא דמלכא היא ושל דבריה' כעין אפקעה של תורה היא דהפקר ב"ד הפקר וכיון דספק הוא אם הופקע המע"ה.

איברא שבדברי הרא"ש קשה לי דמאי איריא משום דשביעית בזמן הזה דרבנן אי אמרת ניזל גבי איסור לקולא דרב' ניזיל גבי ממונא לקול' ולא מפקינן ולא נתברר לי טעמו של מהרי"ק ז"ל דמעיקרא דדינא לא אתינא למבעי אלא לענין איסורא ומה בכך נ"מ נמי לענין ממון ועוד דאי שביעית משמטתו או אין שביעית משמטתו לענין ממונא הוא לידע אם הופקע בשביעית וכן ההוא דפ' השולח דמכרו חוץ למלאכה חוץ לשבתות וכו' דסלקא בתיקו שהרא"ש כתב שם דכיון דלא אפשיטא לא יצא לחירות והתם ליכא ספק איסורא השתא דאיסורא דעבד עבד ולא מבעיא לן אלא אם יצא לחירות וכיון דס' הוא הרי העבד מוחזק בגופו ואין רבו יכול לשעבדו כדמוכח בפרק קמא דקדושין דעבד לגבי עצמו מקרי מוחזק בגופו והרא"ש עצמו כתבה כן ונ"ל דטעמא דהרא"ש כיון דשביעית בזמן הזה דרבנן וחיובו דאורייתא נהי דאיסור שביעית דרבנן מפקיע חיוב של תורה בזמן שהוא ודאי אבל בזמן שהוא ספק אינו מפקי' דומיא דמאי דאמרינן גבי דינא דבר מצרא שאם היה הדבר ספק אם מכר למזוני ולקבורה דלית בהו משום דד"מ כתב הרמב"ם ז"ל דכל ספיקא מעמידים ביד הלוקח לפי שהוא לוקח מן הדין והמצרן בא מכח תקנת חכמים ועדיפא מינה כתב הרא"ש היכא דאיכא ספיקא אי לכ"ע מוזיל בכה"ג ואיכא דינא דבר מצרא או לדידיה דוקא הוא דאוזיל דעל המצרן להביא ראיה אף על גב דאיכא למימר התם ארעי כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמי מ"מ כיון דמכח תקנתא דרבנן אתי מספק לא מפקינן מיד הזוכה מן התורה ואין לומר דהתם משום דחשבי' ללוקח כמוחזק שהוא זכה בה תחלה ולוקח בא להוציאה מידו דהא לוקח שלוחי של מצרן כדאמרינן גבי זבן במאתן ושוה מאה וכו' ועדים עצמם שקנו ללוקח כותבים שטר למצרן שקנה מיד הבעלים אלא טעמא שהלוקח בא מכח קנין של תורה והמצרן מכח ספק של דבריהם איברא דבמה שכתב הרא"ש בספק' דלכולי עלמא מוזיל טעמא אחרינא איכא דכיון דטעמא דתקנתא היינו משום ועשית הישר והטוב וכיון שיש ספק בדבר

שמא הוא מאבד זכותו דדילמא לדידיה דוקא הוא דאוזיל אין זה ישר וטוב להפקיע זכות הלוקח מספק ולהכי מהני אע"ג דאיכא טעמא דארעא לגובייניה קיימא אעפ"י שהרב מוהר"י קארו ז"ל שם השוה דברי הרא"ש לדברי הרמב"ם ז"ל מ"מ טעמיהם חלוקים מקצת ושניין דא מן דא מ"מ הדין דין אמת דלא אתי ספק דרבנן ומפקיע חיוב ודאי מן התור' וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בענין תקנת ירושת האשה שכל ספק שאירע בו יד התקנה על התחתונה שהיא באה להוציא מידי ירושה של תורה ומסתמא שאפי' תפסו היורשים מוציאים מידם ואפי' אם היורשין היו חייבין לה מעות הבעל מוציאם מידו דיד התקנה על התחתונה וכן בתקנה שיחתמו ג' עדים בשטר כתב כיון שיש ספק אם נהגו לגבות בדיעבד בב' אין למנוע לגבות מפני ספק תקנתכם ולכך כתב הרא"ש ז"ל לענין שמטה כיון דשביעית בזמן הזה דרבנן אזלינן ביה לקולא דלא אתי ספק דרבנן ומפקע חיובא דאורייתא וכן לענין מוכר עבדו לעכו"ם כיון דהא דאמרי יצא לחירות תקנתא דרבנן היא ודחייא שעבודא בזמן שהוא ודאי בזמן שהוא ספק אינו דוחה ומיהו להרמב"ם ז"ל צריך טעמא אמאי כתב שאם תפס העבד לא מפקינן מיניה כיון שהוא מכח תקנת חכמים ועוד דהיכא דלית ליה דררא דממונא אלא מדין קנסא מה כח תפיסה יפה כמו שהקשה הראב"ד ז"ל ואיכא למימר דלענין דאסור למכרו לא איבעיא לן בגמרא דפשיטא דאסור אפי' לפי שעה דבההיא שעתא מפקיעו מן המצות וכן חוץ ממלאכה חוץ משבתות וימים טובים משום דמפקיעו ממצות אחרות ולא איבעיא לן אלא שמא לא קנסו חכמים שיוציא עד עשרה בדמיו ויצא לחרות אלא כשמכרו ממכר עולם דמפקיעו לגמרי אבל מכרו לשלשים יום או חוץ ממל' נהי דאיסורא עבד מי קנס ליה או לא ולהכי נקט לשון מכרו דמשמע דיעבד וכיון דלא איפשיט' נהי דעד עשרה בדמיו לא קנסינן ליה אפילו אם תפס אבל כדי דמיו שנטל כיון דלכולי עלמא איסורא עבד באותה מכירה הנהו דמי באיסורא אתו לידיה לא חשיב מוחזק בהם ואם תפס לא מפקינן מיניה לפיכך כתב אם תפס העבד כדי דמיו משמע דוקא כדי דמים שקבל ותו לא ומה שכתב כדי שיצא בהם לחרות לאפוקי שלא יתפסם לעצמו אי נמי שאם יכול לצאת בפחות מזה יחזיר לו את השאר ולא הזכיר הרב ז"ל ענין יציאתו לחירות מרבו ראשון דודאי יצא לחירות ואינו יכול לשעבדו לפי שהעבד מוחזק הוא בגופו ואשכחן בפרק נגמר הדין בההיא דהאומר אם מת לא תקברוהו מנכסיו דהוי בעיא דלא אפשיטא וכתב הרמב"ן דאזלינן לחומרא ואפילו רצו יורשים שלא לקברו מפקינן מנייהו בע"כ כמו שאמרו במשרים בנ"ח. אלמ' סוף דינא כתחלת דינא כיון דאזלינן להחמיר משום כפרה דידיה מפקינן מיורשים זהו מה שכתבתי בעניינים אלו ועוד צריך אני לדקדק עליהם ממקו' אחר אבל לענין ספק

רבית של דבריהם דבר ברור הוא אצלי שכל שהתנו מתחלה על כך חל חיובו הואיל ואין איסור בדבר כיון דלכתח' מקלינן בספק אבק רבית מי פטרו מידי חייובו הרי בדבר המותר נתחייב בתחלה.

ובר מן דין אפילו לא היה חיוב קנין בדבר מאחר שנשב' לפרוע חייב לקיים שבועתו דחלה עליו שפיר חדא דאפילו בודאי אבק רבית אין המלוה עובר בכך כמו שכתב הרשב"א בתשובה הובאה בבית יוסף סוף סי' ק"ס שאבק רבית אינו עובר לא המלוה ולא הלוה והוכיח מדאמרינן בעובד' דרב עיליש דגברא רבה הוא ואיסורא לאינשי לא הוה ספי ואילו היה האיסור אף על הנותן הול"ל דגברא רבה כרב עיליש לא הוה עביד איסורא ולא עבר אדרבנן לכך דכיון שנשבע ליתן חייב ליתן ואין כנשבע לבטל אפי' מצוה דרבנן ומיהו מצינו תשובה להר"ן הובאה בי"ד סי' רל"ט והיא בתשובותיו סי' פ' וז"ל אם לענין שיהא חייב לעבור על האיסור כדי לקיים שבועתו כיון שנשבע בכולל זו לא אמרה אדם מעולם שהנשבע לאכול נבלות ושחוטות אין מאכילין לו הנבלות כדי לקיים שבועתו ואף כאן אע"פ שהרבי' מדבריהם אין מחייבין אותו לפרוע שחכמים העמידו דבריהם בשל תורה בשב ואל תעשה עכ"ל שוב מצאתי מתשובות הרב א"מ ז"ל סימן ע"ג הרחיב בזה ע"ש ועיין בזכרונות אלף שצ"ג ודברי תשובה זו קשי' חדא דמשמע שהוא סבור שיש איסור אבק רבית אצל לוה דלא מוכחא הכי מההיא דרב עיליש כמו שדקדק הרשב"א ז"ל ועוד דאפילו היה אצל המלוה איסור כיון דאיסור' דרבנן הוא חיילא עליה שבועה כמ"ש בטור סי' רל"ט תשובת הרא"ש כלל י"א מהא דאמרינן יזיר לאסור יין מצוה כיין רשות ופריך מושבע ועומד מהר סיני הוא פר"ת מושבע הוא לשתות יין קדוש דאיצטריך קרא לאיתויי מהא שמעינן דשבוע' חלה על דבר מצוה דרבנן ואסור לעשות' וכן נמי עביר' דרבנן ע"כ והרשב"א ז"ל הכי ס"ל כמו שכתב בתשובה והבי' הא דכתב הרמב"ם שהנשבע להתענות בשבת לוקה משום שבועת שוא דמשמ' שהוא סבור שאין שבוע' חלה על דברי סופרים שהרי תענית מדברי סופרים הוא ואפשר שהוא ז"ל סבור דתענית בשבת דאורייתא והר"ן ז"ל עצמו (בהלכות) פ' שבועות שתים משמע מדבריו שהנשבע לחבול בעצמו כיון דלא אתי אלא מדרשא חיילא עליו וכן בתשובותיו סי' ל"ב כתב שהדין כך הוא שכל מצוה שהיא מפורשת מן התורה אין שבועה חלה עליה לבטלה אבל מה שהוא מדרש חכמים שאינו מפורש בתורה שבועה חלה עליה וזה ימי' חדשתי דבר זה ע"כ הרי שדברי' סותרים זה את זה אם לא שנאמר כאן קודם חזרה כאן לאחר חזרה דמשמ' שהוא אומר זה ימים חדשתי דבר זה משמע ימים ולא שנים שנרא' שלא היה סבור כן בתחלה עד שנתחדשה לו הלכה ואולי שבאו לידו אח"כ חדושי התוספות

וראה דבריו של רבינו תם וקבען להלכה שכן הוא כותב בתשו ו' שכשחבר פירוש נדרים לא היו לו חידושי התוספות ואח"כ היה בדעתו לחזור עליה ולהוסיף מדברי התוספות וכאן בנידון דידן דספקא דרבנן היא כיון דאזלינן בה לקולא חל עליה שבועתו שפיר ואפי' איסורא דרבנן ליכא וחייב לקיים מכח שבועתו כל זה כתבתי לפי הנחת השואל ויש כאן איסור לוה סאה בסאה.

הרי לפי הטעם של הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות מלוה וכת של קודמין מן הגאונים ז"ל דכל שקבע זמן לפרעון אפי' ביש לו או יצא השער אסו' וכל מעות שהם נחשבים כפרי כך הוא דינן אבל נראה בעיני דאעקרא דמילתא דהרמב"ם דבקביעו' זמן אסיר טעמא כדפירש הרב המגיד ז"ל שכיון שדרכן של פירות להתיקר לפרקים לכך קבע זמן שדעתם שאז יתיקרו בחזקה שלא יפרענו תוך הזמן נמצא שהוא קובע זמן לתועלתו שיהיו הפירות באחריות הלוה עד שעת היוקר שאילו היו בביתו היה חושש לפסיד' דפירי ולאונסא עכשיו מעמידן ברשות מלוה עד שיתייקרו וכן מוכיח מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בלוה סתם חייב לפרוע עשר סאין אעפ"י שהוקרו החטין שהרי כשלוה ממנו היה השער ידוע ואילו רצה היה קונה ומחזיר לו שהרי לא קבע לו זמן משמע שקביעות הזמן מעכבו עכשיו שאף על פי שהוא רוצה לקנות ולהחזיר אינו רשאי שרוצה המלוה שיהיו באחריותו עד הזמן שיתיקרו שהוא צריך להם והך טעמא לא שייך אלא בפירות דוקא שדרכן להתייקר לזמן ואית בהו פסידא אבל מעות בעין כשמתנה להחזירם לו כמו שנתנם דינר בדינר האי קביעות זמן אין בו תועלת למלוה חדא שאין דרכן של מעות להתייקר לעתים מזומנות ואם אירע שנתייקרו לו הזמן גרמא ועוד שקביעות הזמן רווחא דלוה היא ולא רווחא דמלוה שאם היה נותנם לו קודם זמן כל שכן דניחא ליה שיהיו הגרושוש צרורים ומונחים אצלו ורווחא דידהו ממילא אתיא ואי רמי ליה זבינא זבין מה שאין כן בפירו' דמאחר שאינו צריך להם לאכילה עד הזמן רוצה הוא שיהיו באחריות הלוה ועל דעת כן התנה שיחוייב לתת לו פירות מובחרים באותו הזמן שצריך להם וזהו משמעות דברי המ"מ שכתב והטעם אפשר שכל שזה קובע זמן למה שהוא מתייקר ומוזיל נראה שדעתו של אותו זמן יתייקר וחזקה שלא יפרענו הלו' תוך זמנו ומפני כך אסור פירוש כיון שדעתו של אותו זמן יתייק' חזקה שעל דעת כן הלוה שלא יפרענו תוך זמנו שאין לפרש הך חזקה דומיא דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו דהכא שיודע שיתייקר לאותו זמן למה יעכבם בידו אדרבה עשוי הוא להחזיר תיכף כשבא' לידו לצאת מאחריות אלא חזקה דקאמר משום דדיינינן בדעתא דמלוה דאדעתא דהכי יהיב שאין לו שום הנאה בהלואה זו אלא לצאת מאחריותו הוא ומילתא הוא דעביד גבי לוה שהוא

צריך להם עכשיו וכן מוכיח להדי' מדברי הרשב"א זכרונו לברכה שהביא המ"מ ז"ל שכן הבין בדעתו של הרמב"ם שכתב וי"מ לווין סתם בלא עשית דמים שלא קבע לו זמן הפרעון מפני שיכול הוא לפרוע בכל עת שירצה אבל אם קבע לו זמן אינו יכול לפרוע תוך זמנו וחוששין שישתנה השער בנתים ואין דינם מחוור בעיני שקביעות זמן פרעון לתועלת הלוה הוא שאין המלוה יכול לכופו בנתים אבל אם בא לוה לפרוע תוך זמנו פורע וכו' הרי שביאר שטעמן של בעלי סברא זאת הוא שהם דנין בנדון זה שלא יוכל לפרוע תוך הזמן כיון דאיכא פסידא למלוה. והרשב"א ז"ל חלוק עליהם בדינן מטעם שקביעות זמן פרעון בעלמא לתועל' הלוה הוא ליכא גילוי ממה שקבעו זמן שיאמר לתועלתי קבעתי שלא תכופני קודם הזמן עד שיפרשו בהדיא שלא יוכל לפרוע קודם הזמן. והרב המ"מ כתב וכבר הראתי פנים וכתבתי טענה אחרת לדברי רבינו כלומר דשאני הכא שדעתו של לוה שלאותו זמן יתייקר וע"ד כן קבע זמן ואילו היה משמעו' דברי המ"מ דחזק' לא יפרע תוך הזמן כדאמרי' בעלמא לא היה אומר וכתבתי טענה אחרת שעל זה דלעיל הרשב"א ז"ל כתב אין אדם עשוי לפרוע תוך זמנו אמרו אין אדם רשאי לא אמרו אלא שנתן טע' דב"ד אינו רשאי. גם הרא"ש ז"ל בתשובתו כלל ק"ח כתב על דברי הרמב"ם ז"ל לקביעות זמן לא ידענו מאין הרגלים לאסור גם לא ידענו לחפש אחריו טעם לדבריו זולתי ע"ד אמת אם קבע לו זמן וא"ל לא אקבל קודם בכה"ג היה ראוי לאסור דמאיזה טעם שרינן ללוות על שער שבשוק משום שבידו לקנות בכל עת שירצה אבל כשלא יוכל לפרוע לו עד זמן קבוע דמי להלויני כור חטים עד הגורן דאסור. הרי שגם הרא"ש ז"ל לא מצא מקום לדברי הרמב"ם אם לא כשלא יוכל לפרוע תוך הזמן. וכבר ביארנו דלטעמו של המ"מ ז"ל כך הוא הדין דבסתם אין יכול לפרוע לפי שדעתו שאז עשוי להתייקר מה שאין לומר כן במלוה דינר בדינר.

ועוד נראה דהך מלתא דסאה בסאה חומרא דרבנן היא ולכך התירו דאם יש לו טיפת יין לוה עליה כמ"ש המפרשים ולא אמרו הדבר להחמיר אלא להקל הילכך מסתברא שלא החמיר בקביעות זמן בהלואה דאיכ' דררא דאיסורא דאורייתא יש להחמיר בכל ענין שיש לחוש שיתייקרו אבל בזביני כעין נ"ד שמכר לו סחורה ופסקו ליתן מטבע ידוע לזמן פ' כיון דליכא דררא דרבית דאוריית' כלל דמתחלה ע"ד כן מסר דהא גבי פוסקים על הפירות אפי' בקציצת זמן איתיה כי הא דאמרי' בגמר' הני דבי רב דיהבי זוזי אחמרא בתשרי ומבחרי להו בטבת א"ל אחמרא יהבי אחלא לא יהבי ואע"ג דהשתא היין ביוקר. וכן משמע מלשון הרמב"ם שכתב כשם שמותר לפסוק על שער שבשוק כך מותר ללוות סתם ופורעים סתם בלא קביעות זמן מכלל דפסיקת הפירות אפי' בקביעות

זמן שריא. וכן מוכח נמי מלשון ס' התרומות שכתב היכא דבעי ללות סאה בסאה לא תמצא שיהא מותר לדעת כלם דרך הלואה אלא על שני דרכים אחד שילוה בלא קביעו' זמן וכו' ומדקאמר דרך הלואה אי אתה מוצא מכלל דבדר' מקח אתה מוצא וראיה נמי ממלו' את אריסיו חטי' בחטי' לזרע קודם שירד אע"ג דאגר נטר איכא שאם הי"ל לפרוע עכשיו היה מוצא חטים בזול משום דדמיא לזביני דמעיקרא כי נחית לבצור מהכי קנחית שם הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מא

שאלה ראובן ושמעון נשתתפו שניהם וכל א' מהם שם קרן קיים בשותפות כך וכך ובעבור שראובן חפץ ללכת לעיר אחרת וכל דמי החברה נשארים ביד שמעון שהוא ישא ויתן ויתעסק בכל השותפות הנז' הנה ע"כ התנו ביניה' שמהריוח יקח שמעון שני חלקים וראובן חלק א' אך בזאת שאחריות מהקרן אשר שם ראובן הריוח המגיע לו יהיה על שמעון. גם התנו ביניהם שאפי' אם ח"ו לא יהיה ריוח קבל עליו שמעון אחריות מהקרן אשר שם ראובן: ילמדנו מורנו המורה לצדקה אם יש איזה רבית בדבר זה אם לאו ושכרו כפול מן השמים א' נס"ו.

תשובה הא אפליגו רבוותא אם מותר ליתן עיסקא למחצית שכר ולהתנות שיהיה כל אחריות האונסים על המקבל רק שיהיה אחריות הזול על הנותן שרי"בן התיר ור"י אוסר אם לא שיהיה גם אחריות אונסים על הנותן כמ"ש בטור פי' קע"ז. ועוד התוס' כת' שמותר להלוו' למחצי' שכר ואו' לו הזהר שתשמרם בקרקע כדין כספים ואם הלוה אותם הותירו לאמצע. וזהו כשהמתעסק משתכר למחצה לשליש ולרביע אבל אם המתעסק אינו משתכר כלל התירו חכמי לוניל דלא מקריא הלואה כלל אלא שליחותי' דקא עביד והו"ל כשומ' חנם שהתנ' להיו' כשואל ואע"פ שהרא"בד אסר לא ישרו דבריו בעיניה' כמ"ש בס' התרומ' בח"ב גם הר"ן בתשובה סי' פ' כתב שדברי חכמי לוניל מחוורים וקרוב הוא לעשות מעשה כדבריהם כיון שאין זה אלא רבית דרבנן וכ"ש שנראה שהראב"ד ז"ל חזר בו ממה שכתב בפירושיו שה ע"כ. ושמא דאף לטעמו של הראב"ד דהוה ס"ל מעיקרא דהיינו מתני' דאין מקבלין צאן ברזל מישראל אעפ"י שאין המתעסק נוטל כלו' היינו אחריות דיוקרא וזולא על המתעסק דאז מחזי כמלוה גמור ומחזי כרבית אבל היכא דאי זול עבידתא על בעל המעו' לאו צאן ברזל נינהו ולאו הויא כמלוה ולא מחזי כרבית וכל זה הוא כשאין המתעסק נוטל בשכר אבל כשיש לו חלק בשכר לאותו חלק חשיב כמלוה ואסור. אך אם יקצץ לו הריוח שיתן למתעסק כך וכך שעכשיו כל הריוח במעות הנותן יהיו שלו אז אין פקפוק דהוי ליה כנותן כל הריוח דלא מקרי הלואה

אלא שליחות' קעביד והנותן נותן לו דבר קצוב לשנה בשכר טרחו ובעד האחריות שהוא מקבל עליו. ואף הראב"ד ז"ל מודה בה שהרי קבל שכר האחריות והטורח במה שנוטלים דבר קצוב לשנה. הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מב

שאלה ראובן נתן לשמעון ה' אלפים לבנים בזמן שהיה שו' כל גרו"ש קרוב לש' לבנים באופן שנתן לו י"ב פרחי' וחצי בעד ה' אלפים לבנים והתנה עמו שיתן לו מן המטבע החדש לערך פ' לבנים הגרוש חמשת אלפים לבנים חדשים לסוף שנה אחת ואמ' לו שה' קדש מהקהל פלו' ועכשיו שנתחדשו המטבעות רואה שמעון שהפסד הוא ומה גם שידע שאינ' מעות של הקדש אלא משל ראובן ואינו רוצה לפרוע אלא לפי מה ששוה המטבע הראשון שהם י"ב פרחים וחצי יורינו המורה.

תשובה כל שיש תוספת יותר על חומש כמו שהזכיר בהגוזל קמא והלוהו מן הישן ע"מ לפרוע בחדש רבית קצוצה כמו הלוהו סלע בה' דנרים חטים בשלש דהיינו נשך של תורה. ואיני רואה דבריו של החכם השלם נר"ו בזה שכתב דהיינו מה שהביא הב"י משם ספר התרומות בס"ו בענין שהוסיפו עליו יתר על חומש או שהוזלו הפירות מחמת המטבע וקבלו י"א דהוי רבית קצוצה וי"א דהוי אבק רבית ואין מוציאין מידו. והרב בב"י כתב דלדעת הרמב"ם ז"ל הוי אבק רבית שהרי לדעתו אפילו נתן בפי' יותר לשם רבי' כגון שלא קצץ עמו תחל' אינו אלא אבק רבית. דנ"ל דע"כ לא איפליגו הני רבוות' אלא בהלוהו סתם על המטבע ונשתנה וקבלו אבל היכא דיודעים היו שישתנה המטבע שכבר הוטבע ומתנה ע"מ שאתן לך מטבע החדש הרי זו רבית קצוצה. ואף במעות של הקדש לא הותר שאין לנו עכשיו קדשי בדק הבית ובמעות של עניים היכא שאינן מיוחדים התיר הרשב"א אלא שהרא"ש סגר את הפתח ואמר לא הותר אלא בקדשי בדק הבית. ואף הרשב"א אמר בתשובה להלכ' אני אומר ולא למעשה מ"מ בדיעבד לא היה הדבר חוזר. וכן נמי אם היה רוצה לתת לעניים מדעתו שרי דמתנה לעניים הוא ולא אסרה תורה אלא רבית הבאה ממלוה ללוה. אבל אם מעות של ראובן הם רבית של תורה היא ויוצאה בדייני' כ"ש שלא יפרע ואפי' אם ירצה לתת לו התוספות במתנה אינו רשאי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מג

שאלה ראובן היה לו עסק עם שמעון נוש' ונותן באמונה ונוטל משמעון עשרים במאה הנאה מהסחורות שהיה מוכר לו כמנהג הסוחרים לימים היה לו סחורה ממעות יתומים ואמר ראובן לשמעון לא אקח ממך ריוח בסחורה זו כי אם בדמים שקניתיה ובלבד שתפרע ליתומים מהמעות שיעברו בזמן הפרעון ושמעון נתרצה על זה ונעשה על זה

שטר בקנין גמור ובשעת המקח היה נאמר בפי הכל שהיו המעות מוכנים להתחדש בקרוב וקודם זמן הפרעון נתחדשו המעות וראובן מבקש משמעון שיפרע לו במעות חדשים כפי תנאם בשטר ושמעון ממאן באומרו שהוא רבית קצוצה. ילמדנו רבינו אם יכול ראובן להתפרע ממעו' חדשים כפי התנאי ומה גם שהם נכסי יתומים יורה יורה ידין ידין כי מפיו אנו חיים וכסא כת"ר יכון לעד אנס"ו.

תשובה כבר אמרו בהגוזל קמא המלוה את חברו על המטבע והוסיפו עליה דנפק עובדא עד עשרה בתמניא דקשבח לענין נסכא כ"ש כשהוזלו הפירות נמי דקשבח לענין פירות וכתב שם בשם ס' התרומות די"א דהוי רבית קצוצה וי"א דהוי אבק רבית וע"כ לא איפליגו אלא היכא דהוי בתורת הלואה אבל היכא דהויא זביני כעין נדון דידן שמכר לו סחורה בהקפה אין בו רבית מן התורה כלל אבל איסורא דרבנן מיהת איכא שהרי זה כמי שפוסק לתת לו פירות לזמן פלו' בין שיהיו ביוקר בין בזול וידוע שאם יתייקרו הפירות אסור וכמו מוכר סחורה בהמתנה בתוספות דנ"ל ענין של רבית של תורה אין בהם. והמעות של יתומים היינו רבית של דבריהם כמ"ש הרא"ש ז"ל בפסקיו בשם הגאונים דכל רבית דרבנן שרו לגבי יתומים וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה"מ וכן בטור סי' ק"ח אלא שהרשב"א ז"ל חוכך להחמיר כשאר איסורי רבית דרבנן דדוקא קרוב לשכר מקיל טפי מפני שקרן היתומי' מיוחד וכבר הוא נפקד לו ואין מקבלי' ריוח אלא ממנו ולא מכיס המקבל אבל רבית דרבנן כחכירי נרשאי הרי הלוה פורע מכיסו אעפ"י שהמשכונה אינה עושה פירות וכתב עליו הרב מהר"י קארו ז"ל דלא שבקינן מאי דפשיטא להו לגאונים והרמב"ם והרא"ש משום ספקא דהרשב"א דיתמי לאו בני מחילה נינהו. ומה שהביאו הרבנים האחרונים בתשובותיהם בעליית הגרשו"ש וירידתו לא דברו כשנשתנה המטבע שהוסיפו עליו טפי מעשר' בתמניא אלא שהוזלו שעלו הגרושו"ש או שהוקרו אבל אותם הם המטבעות שהיו בתחלה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מד

שאלה ראובן השכיר ביתו לשמעון בכך לבני' בחדש בזמן שהיה שוה הגרי"ש קק"מ לבנים ואחר שלשה חדשים נתחלף מטבע חדש לערך שמנים כל גרו"ש והלך לו שמעון מחוץ לעיר והניח אשתו ובני ביתו בבית ועתה כשבא תובע ראובן השכירות יורינו רבינו אם יפרע לו כמו שהיה שוה הגרושו"ש בשעת השכירות או לערך כמו שיצא מטבע הראשון. עוד יורנו כי ראובן היה לו ארגז מלא חפצים שנתנה לו אשת שמעון לבטחון השכירות יום ראשון הלכה ברמאות ורקנה הארגז ונטלה החפצים וכראות כן אשת ראובן עשתה גם היא בערמה והלכ' לבית אשת שמעון ותפסה מטלטלין כשיעור חובה

והלכה לה יורינו רבינו אם נדון את ראובן כמוחזק בתפיסה או אם לאו ושכרו כפול מן השמים.

תשובה דין חיוב שכירות הבתים משונה הוא מדין חיוב חוב או מלוה שדין חוב או מלוה שיפרע כפי מה שהיה שוה בשעת ההלואה או בשעת החיוב כאותה שאמרו בפרק הגוזל עצים המלוה את חברו על המטבע והוסיפו עליו מסקנא דשמעתא דאי זילי פירות מחמת טיבעא אעפ"י שהתוספות דבר מועט מנכה לו לפי חשבון ועד עשרה בתמניא אע"ג דלא זילי פירות מנכה לו לפי המשקל משום דקשבח לענין נסכא. וכל שכן השתא דתרוייהו איתנהו הילכך כל מה שנתחייב בזמן שהיה הגרושו"ש ר"ן לבנים לא יפרע אלא לפי חשבון מה שהיה שוה אז הגרוש ואין לחלק ולומר דטעמא דהתם משום רבית דוקא כדפרש"י והכא דלא שייך רבית כגון בשכירות וכיוצא בה יכול להוציא ממנו ממטבע החדש הא ליתא שהרי כת' הרי"ף דהוא הדין אם פחתו מן המטבע הכל ענין אחד הוא. אלמא טעמא משום גזל הוא. ואין לומר דרש"י ז"ל לא סבירא ליה הא דהרי"ף ובשיטת הראב"ד קאי שכתב דוקא בהוסיפו לו על המטבע משום דמחזי כרבית אבל בפיחתו לא שהרי הרא"ש ז"ל פי' הטעם כדברי רש"י והוא עצמו פסק כדברי הרי"ף דהוא הדין בפחתו אלא נראה שרש"י ז"ל פי' כן על פי הלשון דקאמר הגמרא והא קשבח לענין נסכא ולא פריך והא קמפסיד ליה לענין פירי ולענין נסכא דמשמע דמטעם רבית הוא דפריך והא דלא פריך גמרא מטעם גזל היינו טעמא משום דבמנין בין בסתם בין במפרש איתא ובמפרש אע"ג דגזל ליכא דמחילה היא מ"מ רבית איכא ולפי המסקנא דמוקי לה דליכא שבח כלל לא לענין נסכא ולא לענין פרי ודאי דאי איכא שבחא איכא רבית ואיכא גזל ונ"ל דע"כ לא פליג הראב"ד ז"ל על הרי"ף לומר דוקא כשהוסיפו עליו משום דמחזי כרבית אלא משום דבשמעתא מוכח דהיכא דזיילי פירי אע"ג דאין הפרש לעני' נסכא אסור וכן אי קשבח לענין נסכא אע"ג דלא זילי פירי אסור אע"ג דמלוה מצי למימר אני מפסיד בפרעון זה שאין נותנין לי פירות בשמנה מאלו בעשרה מהראשונים שהלויתיך אעפ"כ אומרים לו כיון שיש תוספת לענין נסכא מחזי כרבית וכן היכא דאין תוס' לענין נסכא שיכול לומר שיאמר אין בשמנה אלו כסף כשיעור עשרה שהלויתיך אם אתיכם לעשות מהם כלים ונמצאת מפסיד אומר לו הא קשבח לענין פירי ולהכי נקט הראב"ד בלשונו משום דמחזי כרבית דאי קשבח לענין נסכא וגם זיילי פירי רבית גמורה היא וכן כשפיחתו שיש למלוה חסרון בכסף ובפירות גזל גמור הוא ומדינא צריך לפרו' לו כפי שויין אותו המטבע שהלוהו והכא נמי בנ"ד שכירות החדשים הראשונים נותן לו גרוש' כפי מה שהיה שוה בזמן ההוא.

אמנם מה שדר בבית לאחר שיצא מטבע חדש צריך לפרוע לו ממטבע היוצא ואם יטעון שהוא לא שכר אלא על דעת לפרוע המטבע הגרוע ההו' שהיה שוה קק"מ הגרו"ש וכשנתחדש המטבע אילו היה נמצ' בעיר היה מפרש לו שלא יפרע לו ממטבע החדש או היה יוצא מן הבית זו היתה טענה אם שאר בתי העיר הורידו שכירותם בעילוי המטבע הנתחדש אבל אם שאר בתי העיר לא הורידו השכירות שהיו פורעי' בראשונ' אלא נותנים מאלו הלבנים החדשים כמנין מה שהיו נותנים מאותם הגרועים כמו שהיה הדבר כן פה קושטאנד' צריך לפרוע לו ממטבע היוצ' שהדבר ידוע שכל הבתים לא הוסיפו על השכירו' בעילוי הגרוש' אלא כמנין המעות שהיו פורעים בכל יום בזמן שהיה הגרוש' בשמנים כך היו פורעי' בזמן שהיה שוה הגרוש' קק"צ עתה שחזר המטבע למקומו שבו דמי השכירות לקדמותן ומסתמא חייב לפרוע השכירות ממטבע היוצא דלא יהא אלא שדר בחצר חברו שלא מדעתו הא אמרינן בפרק כיצד הרגל ובחצר דקיימא לאגרא צריך לעלות שכר כ"ש זה דגברא דעביד למיגר שצריך להעלות לו כדרך שמעלין שכר בכל העיר ממטבע החדש מיהו אם יטעון השוכר שהוא העלה דמי השכירות יתר על הראוי לא מפני עילוי הגרוש' כי בזמן שהיה שוה הגרוש' שמנים לבנים לא היו פורעים שכירות כ"כ לא יתחיי' לפרוע אלא כשיעור שישומו כמה שוה עכשיו השכירות.

ולענין התפיס' ששאל השוא' אם נדון את ראובן כמוחזק תשוב' אם לענין שיש שום הכחש' ביניה' כגון על מה ששעבד' אשת שמעון המטלטלין שבארגז לדמי השכירו' ותכפו ותאמ' לפקדון שמתי' אם אש' ראוב' התופס' תטעון בברי בפני שיעבדת אותם על השכירות מהניא לה תפיסה אבל אם אינה יכולה לטעון בברי אעפ"י שראובן יטעון בברי לא מהניא תפיסת אשתו לגבי דידיה כלום ואם מה שתפסה הם חפצי נדוניית אשת שמעון תשבע אשת שמעון שלא שיעבדה כלום בראשונה ותטול אבל אם הם חפצי הבעל שמעון בכל ענין יכול ראובן לעכבם עד שיפרע לו השכירות על פי הדין כמו שהיה ערך המטבעו' מדי חדש בחדשו כמ"ש למעלה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מה

להחכם הרא"ש בן מובח' נר"ו.

על דבר ההקדשות שמקדישים אותם בעליהם שיהיה הקרן קיים לעולם והפירות יתחלקו לעניים או לתלמידים ולומדי תורה או לת"ח שבעיר שיפרעו מהם פרס התלמידים והמלמדים והנה בהקדש עניים מצינו מחלוקת בין גדולי האחרונים הרשב"א והרא"ש ז"ל שהרשב"א ז"ל התיר אף ברבית קצוצה כל שאין שם בעלים מיוחדים שלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלו' למלוה והרא"ש לא התיר אלא באבק רבית של

דבריהם אבל ברבית קצוצה אסר כי אמר איני מוצא שום הקדש בזמן הזה שיהיה מותר ברבית קצוצה זולתי הקדש בדק הבית בתשובתו שם הביא משם מהר"ם ז"ל שהביא ראיה מההיא דס"פ החובל ההוא ארנקי של צדקה דאתיא לפומבדיתא אפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא פשע ואגנוב חייבי' רב יוסף א"ל אבייי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים א"ל שאני עניי דפומבדיתא דמקיץ קייץ להו ודקדק רבינו מאיר ז"ל מדאיצטריך למדרש לשמור ולא לחלק אלמא רעהו מקרי וכתב עליו הרא"ש ומלתא דפשיטא הוא ואף ראיה אינו צריך ותמיהא לי דטובא קמ"ל ומאוד אנו צריכין לראיה זו דאף בעניי דלא קיץ לו והו"ל ממון שאין לו תובעים רעהו מקרי ולאפוקי מדברי הרשב"א דכל שאין בעלים מיוחדים שרי רבית לגבייהו דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה והני לאו אחיך מיקרי והרי עניי דפומבדית' דלא קייצו להו ואפי' הכי אי לאו דמיעטינהו קרא מפשיעה הו"א רעהו מקרי אבל יראה דהרשב"א ז"ל אמר לך היא גופיה שמעינן מהתם דקתני לשמור ולא לחלק לעניים ובהני עניים לא קרינן בהו לשמור כדפרש"י דמאן קתבע עניים לא מצו תבעי דכל חד וחד מצי א"ל לאו לדידך יהבי אלא לאחריני ואי לאו קרא כי היכי דבדאיתיה לארנקי בעיניה חייב לחלק כי פשע ביה נמי חייב לפרוע ולחלק קמ"ל קרא דלא מחייב כלל הואיל ואין לו תובעים וצריך אתה לחלקה להם אע"ג דפשע בה פטור אלמא לאו ממון דידהו מיקרי אף לענין רבית לאו ממון בעלים מיקרי ולא הוי רבית הבאה מלוה למלוה אי נמי אצטריך קרא דאם באו בהרשאה כל עניי העיר היו יכולים לתבוע מ"מ כל חד באנפי נפשיה לא מצי תבע אע"פ שעכשיו שבאו בהרשאה כיון דבשעתא דאפקדיה לא קרינן ביה לשמור אלא לחלק לא מחייב בפשיעה ופטור לגמרי ומיהו אף הרשב"א ז"ל לא הורה למעשה ובפ' יש נוחלין אמרו אין למדין הלכה לא מפי תלמיד ולא מפי מעשה עד שיאמרו לו הלכה למעשה והואיל והרשב"א ז"ל עצמו כתב להלכה אמרתי ולא למעשה אנן היכי נעבד עובדא ואעפ"י שבתשובה זו תלה טעם פן יפרצו גדר במ"א ובתשובה אחרת כתב ולא למעשה אני אומר שילוו ברבית קצוצה בתשובותיו המיוחסות כך כת' שורת הדין להלכה נ"ל שמותר וכו' וסיים בה ולהלכה אמרתי ולא למעשה ובין כך ובין כך כיון שלא הורה הלכה למעשה אעפ"י שיהיה מטעם פריצות גדר אין למדין ממנה דלא גרע מהלכה סתם שהטעם כדפי' רשב"ם שם דאיכא למימר שאם היה בא מעשה לידו היה מדקדק יותר ואיכא למימר נמי שכל שתלה הטעם פן יפרצו גדר במקום אחר משמע להדיא שאין לו ספק במקום הזה ומאחר שהלכה למעשה שאלו ממנו אם מותר להלוות ברבית קצוצה ומשורת הדין מותר יתירו לעצמן לעשו' בצינעא ולא יפרצו גדר והרי בא מעשה לידו ודקדק כל הצורך ואמר אין

כאן אלא פריצות גדר במקום אחר ועוד למדנו מדבריו שאם בדיעבד הלוו גובין שלא יפסידו העניים את זכותם מפני פריצות גדר במקום אחר דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי ממונא דעניים הוא בין הכי ובין הכי כיון דפלוגתא דרבוותא הוא בשל תורה הלך אחר המחמיר ואם בשום מקום נהגו להלוות ברבית כה"ג ודאי טעות הוא דספקא דאורייתא היא ולחומרא.

איברא דבמעות שהוקדשו ע"מ שיהא הקרן קיים לעולם ומהפירות יעשו מה' צדקה או יתחלקו לעניים או לת"ת או לבקור חולים בזה ראיתי שנהגו היתר בארץ ישראל בפני רבותינו זכרם לחיי עד ולא מטעם דממון עניים הוא אלא דהני עניים לאו בעלי הממון מקרו כיון שאין להם בגוף הקרן כלום ואינן זוכים אלא בפירות העתידים לבא אחר שיבאו לעולם והפקיד שהופקד להשגיח בזה לאו שלוחו של בעל המעות אלא לזכות העניים הוא משגיח ואילו אמר ללוה אני אתן לך מנה של פ' שילוה לך ותתן לי עשרי' דינרים היה מותר כי הא דאמרי' בגמ' גבי בריה דרב פפא דאמר רב פפא כל כי הא נשקול לא אסרה אלא רבית הבאה מלוה למלוה אף כשאמר תנהו לענייי' שפיר דמי דהני עניים לאו בעלי' מקרו ואף הרא"ש ז"ל יודה בזה שהוא ז"ל לא מצא ממון עניים שיהא מותר אלא ממון בדק הבית וכן הדבר דהקדש עניים כהדיוט דמי אבל זו אפי' בהדיוט כה"ג שרי שהמעות לא' והפירות לאחר נהי דאי הוה אמר בעל המעות אני אלוה לך ותן לעניים כך וכך אסור כיון דעל פיו הוא נותן להם כנתן בידו דמי דומיא דתן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דאמרי' בפ"ק דקדושין מקודשת מדין ערב אבל פקיד זה לא שליח דבעל המעות הוא אלא שלוחא דעניים הוא וזוכה להם ועל ידו מותר דומיא דמה שהורה ר"י בתשובה בישראל שאמר לעכו"ם לוה לי מישראל משמך ומאי דיהבת ליה קרנא ורווח' עלי דידי הדר והמלוה אינו יודע שבשביל ישראל לוה אותם דאפי' לרש"י דס"ל יש שליחות לעכו"ם לחומרא היכא דשויה שליח הכא לא מחזקינן אינשי ברשיעא דנימא שוייה שליח אלא דעתו היה שילוה העכו"ם מישראל וילוה ויחזור וילום לו כ"כ הרא"ש ז"ל בפ' איזהו נשך ומשם רש"י עצמו כתב המרדכי הנמנע מלוקח רבית מישראל כענין זה הרי זה חסיד שוטה הכא נמי לא אמרי דזה שהוא משגיח נעשה שלוחו של בעל המעות ואיכא איסורא אלא זוכה בעד העניים הוא ושרי.

ומיהו אם היו עניים מיוחדים וקיץ להו מה שהם לוקחים יש לחוש להההיא פלוגתא דפי"ג אי קנין פירות כקנין הגוף דמי למ"ד דלא איפסיקא הלכתא כר"ל דלא כקנין הגוף דמי אלא התם דוקא משום דאבא לגבי בריה אחולי אחיל אבל בעלמא כקנין הגוף דמי כלו' שיש להם קנין בגוף הנכסים לענין הפירות מ"מ היכא דאין העניים מיוחדים דזה

זוכה היום וזה זוכה למחר וכ"ש היכא דלא קייץ להו מידי אלא מחלקים להם לפי העת ולפי השעה לפי העניים ולפי רוב הענוה אין כאן אדם מיוחד שיזכה בגוף המעות לפירותן ואין להם אלא לשעתן מה שנוטלין ונותנים לתוך פיהם ולאו בעלים מיקרו וגם אין לומר שאם מתו אותם הבעלים שהקדישום ומסרום לגזברים כבר סלקו הבעלים זכותם מהם ואעפ"י שהתנו ואמרו שלא יתנו לעניים אלא מהפירו' מ"מ אם אין הפירו' מספיקי' נותנין להם מהקרן כאותה שאמרו בפ' מציאת האשה האומר תנו שקל לבני בשבת וראויי' לתת להם סלע נותני' להם סלע כדמסיק דליזרזינהו הוא דעבד הכא נמי רצה לזרז את הגזברים שישתכרו בנכסים ולא יכלו את הקרן הא ליתא דמאחר שאין עניים אלו מיוחדים ולא קייץ להו ליכא למימר דדעתו קרוב' אצלם ולדידהו יהיב אלא רוצה היא שיעשו בממונו מצוות ותהא צדקתו עומדת לעד כהא דאמרי' עושה צדקה בכל עת זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו וכן המספיק לעניי עולם או ללומדי תורה צדקתו עומדת לעד היא וצריך שקרנו תרום בכבוד ולא יתמוטט וה"ל כאותם שאמרו שם ואם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם אין נותנים שהוא רוצה שיזכו הבאים אחריהם עד עולם ואעפ"י שלא פי' כיון דידעינן דניחא ליה דלא מכלי קרנא כמאן דפריש דמי ועוד לא אמרו שם לזרוזינהו הוא דעבד אלא בממון של בניו שאין באותו תנאי כלום שאמר שלא יתנו אלא שקל דסוף סוף ממונא כוליה דידהו הוי אלא דמשום מצוה לקיי' דברי המת הוא דאמרינן הכי דלא אמר דברים בהקפדה אלא לזרזם אבל מי שלא זיכה להם מתחלה אלא פירות היאך נתן להם מהקרן שלא זכה להם מעולם ומעיד אני עלי שמים וארץ שבא"י בעיר צפת בהיותה יושבת על תלה בפני הרבנים זכרם לחיי עד היו נוהגים כן לתת מעות שהוקדשו ללומדי תורה בישיבה ומעות שהוקדשו לת"ת בריוח כ"כ למאה ומהר"ר אברהם גבריאל זלה"ה היה בידו ממון רב כסף קדשים אלו והיה מלוה אותם בענין זה וקובע שנים ומחשב חדשים והרי אמרו בגמר' רב עיליש גברא רבא הוה ואיסורא לאינשי לא קספי כ"ש דאיהו לא עביד בידים אלא שזו אף לדברי הרא"ש שרי לא מטעם ממון עניים אלא מטעם שאין הקרן שלהם ולא נחלק אדם בזה מעולם.

והנדון שלפנינו בממון שהקדישוהו בעליו ע"מ שיהיה הקרן קיים ומהפירות יהיה סיוע לעניים מהקהל בשעת גביית הבראגיש להקל מעליה' כפי ראות דייני הקהל ואין כאן עניים מיוחדים שמי שהשעה דחוקה לו שנה זו אפשר שתשיג ידו לשנה האחרת וגם מיקץ לא קייץ להו אלא הכל לפי צורך השע' ולפי רוב העניי' ולפי רוב הענוה ובתחיל' היו להם קרקעו' ידועי' שהיו נוטלי' פירותיהם שנה למצוה אח"כ מפני אחריות השריפה מכרום ועשאום כספים להרויח בהם ומי שהיה פקיד עליהם הלוה אותם לאיש

מנסיכי הארץ ומאציליה נר"ו ונתן לו סלע בה' דינרים וזקפן עליו במלו' לזמן ששה חדשי' על משכנות ועכבן הלוה שנה אחר שנה זה חמש שנים הללו מתרעמים שעכב מעות של הקדש כ"כ שנים ועשאן אנפירות והלוה אומר שגם הם גרמו העכוב שפעם אמר להם שיקחו שני ארגזים של בגדאדיש וימכרום על יד ויתפרעו ופעם אמר להם שימכרו המשכונות שבידם ויתפרעו ובני הק"ק אומרים כי תנואות המה וכמה פעמים היו צועקים ואינם נענים ופעם היה אומר אתן הנאה ט"ו למאה ופעם אומר אתן עשרה למאה ולא היו יכולים למכור המשכונות שהיו חפצים כמרגניתא ואבני חפץ שאין להם שיעור מוגבל והלוה קרוב למלכות הוא ואין מי שישים פניו נגדו. אבל בעכיבת המעות האלו ידענו שהלוה בטוב השקפתו חפצו ורצונו לתת הנאה לעניים אלא שחושש על איסור רבית ודואג על עונש העכוב פן יקראנו עון בדבר הזה. והנה לפי מה שביארנו אפילו בתחילה בקצוצה אין כאן איסור לתת כך למאה לעניים מאחר שאין הקרן שלהם אבל כאן אין אנו צריכים לכך שהרי כל מה שעכב המעות אחר הזמן לא היה שם קצוצה ואעפ"י שמעצמו היה אומר אח"כ לתת הנאה מ"מ לא הקנה ולא נתחייב ואם מרצונו יתן מה שירצה כפי אם היה ממון עניים עצמם ואפי' בעניים מיוחדים וקיי"ל להו אפילו להרא"ש דאסר רבית קצוצה הרי התיר אבק רבית אעפ"י שנעשה בתחילה כ"ש זו דלצדקה יהיב דאפילו בהדיוט רבית מאוחר' מהיכן היא ואיברא שחוששני ללוה מחטא' עכוב המעות הללו דקעבר משו' לא תעשוק את רעך כדאמרי' בסוף פ' המקבל והביאו הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' גזלה ואבד' וקעבר נמי משו' אל תמנע טוב מבעליו שעיניהם של עניים נשואות לפירות הבאים ממעות אלו שנה שנה דבפ' האומנין אמרי' בגדולה מזו שליח שא"ל ב"ה בד' וא"ל איהו בתלתא אעפ"י שקבלו עליהם יש בו משום אל תמנע טוב מבעליו ואפילו כשלא אמרו ובפ' המרובה אמרו הרי שכלו פירותיו מן השדה ואינו מניח בני אדם להכנס בתוך שדהו מה הבריו' אומרי' מה הנאה לפ' ומה הבריות מזיקות אותו ועליו הכתוב אומר אל תמנע טוב וכו' כ"ש מי שמוציא פת מפיה' ובפ"ה דפאה אמרו כל מי שאינו מניח את העניים ללקוט או שהוא מסייע את אחד מהם ה"ז גוזל את העניים על זה נאמר אל תסיג גבול עול' ופירשו בירושלמי עולים קורים לאות' שירדו מנכסיה' דרך כבוד דלסמיא צווחין סגיא נהור וא"ת דבפרק ארוסה אמרינן אל ישא אדם מעובר' חבירו ומינקת חבירו דכתיב אל תסג גבול עולם ובשדה יתומים אל תבא יש לומר דהתם מסיפי' דקרא מדריש אבל רישיה דקרא אהא דפיאה מדריש ועוד אמרו בשלהי קמא אל תגזול דל כי דל הוא ואל תדכא עני בשער אל תדכהו במתנותיו מעשר שני ולקט שכחה ופאה המתחלקים בשעריך וכן אמרו בספרא בפרשת קדושים

לעני ולגר תעזוב אותם אני ה' אלהיכם הוא יריב ריבם דכתיב אל תגזול דל כי דל הוא ואל תדכא עני בשער כי ה' יריב ריבם וכו' ונראה דאצטריכו תרי קראי חד ללקט שכחה ופאה הנעזבים בשדה בהנהו כתיב אל תסג ובמ"ש ולקט שכחה ופא' המתחלקים בתוך הבית כגון שנאבדים בשדה וצריך להביאן לתוך הבית לחלקם כתיב אל תדכא. ואם במתנות שלו שמונע את העניים מהם שמניח את אחד ואחד לא או שמסייע את אחד מהם נאמר בו כך מי שגורם לעניים שלא ילקטו בשדה אחר או מפירות המעות שזוכים בהם אשר ילקטו יום יום עאכ"ו יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מו

שאלה ראובן לוה משמעון סך גרושו"ש על משכונו' וכתב שטר חוב ז"ל בפנינו עדים ח"מ הודה ראובן כמודה בפני ב"ד חשוב איך הוא חייב לשמעון כך וכך גרושו"ש טבי ותקולי דיאלי' דוקמיש פוליט נפרעים כלם לערב הב"ה וכו' ולהבטחת החוב נתן ראובן לשמעון בתורת משכון כך וכך זהב בתנאי שאם בתוך הזמן יצטרך שמעון למעותיו יוכל שמעון למשכן המשכונות וליקח המעות ברבית אמנם הרבי' יפרע שמעון עד סוף הזמן ומר"ה ואילך אם לא יפדה ראובן הנז' המשכונו' נתחייב ראובן לפרוע הרבית משם ואילך וכו' וקנינא וכו' והיה זה בסופיא' יום ד' עשרים לאדר השפ"ו ועבר הזמן וקבע שמעון לראובן שיפדה משכונותיו והיה דוחה אותו מיום ליום ומחדש לחדש ונמשך התביעה עד ה' לחדש כסליו השפ"ז ונחה שקטה הסכמתם ועשה ראובן שליח לשמעון שימשכן משכונו וילוה ברבית ויפרע חובו עד סוף פרוט' אחרונה ועל זה נעשה כתב ומכתב מחדש בפני עדים והודאת בעל דין וז"ל כהויי' וכו' עתה בפנינו עדים ח"מ ראובן מינה לשמעון שליח גמור ושם ידו כידו וכחו ככחו להוליך המשכונות כמו שהם בידו ולמשכנ' לכל איזה נברא שיצוייר ולקחת עליהם הס"ך גרושוש שהוא חייב ומעתה המשכונו' הם באחריות ראובן וכמו כן מינה ראובן ושמעון שליח להוליך ריוח המעות לבעל המעו' בכל עת וזמן שיתבע הריוח ועליו לתת כל הריוח וכמו כן עשאו שליח לזמן שירצה לפרוע החוב להוליך המעות לבעלים ולהביא המשכונות בידו וכו' ושמעון עשה שליחותו ולוה ברבית ונתפרע ונמשך הזמן מר"ח כסליו השפ"ז עד י"ד לתשרי השפ"ח וראובן לא פרע הרבית כלל ועיקר וכיון שרא' שמעון שבעל המעות היה דוחק אותו על הרבית ועל הקרן הזמין את ראובן לדין וחייבו את ראובן וזכו את שמעון וזה לשון הגזירה בהיות כי זה ימים ראובן היה חייב לשמעון סך גרושו"ש על משכונות זהב וכי עבר זמן הפרעון החוב ולא פרעו החייב הנז' נתן רשות ראובן לשמעון למשכ' המשכונות שבידו ביד מי שימצא מעות ברבית ולקחת עליהם כדי פרעון כל חובו משלם ועל ראובן לפרוע

הרבית והמעות לבעל המעות כל משך זמן שיהיו המשכונות ממושכנות וברצונו ורשותו הלך שמעון ומשכן המשכונו' ולקח המעות ברבית מיד יהודי והם ממעות חבורות הקדושות אלמנות ויתומים לזמן מה והנה הזמן בא וראובן הנז' טוען שאין בידו יכולת לפרוע המעות הנז' גם אינו רוצה לפרוע הרבית אשר על כן בפנינו נתנו ב"ד ואנשי מעמד ק"ק ספרדים הבאים על החתום באו לדין ראובן ושמעון להיות' שניהם מתפללים בק"ק הנזכ' ואחר ששמענו טענות שניהם גזרנו אומר וגם ראובן הנז' סבר וקבל עליו גזרתינו ונתחייב לפרוע כל הרבית מר"ח כסלו השפ"ז עד כל זמן שיהיו ממושכנות ובמשך הזמן עד היום כ"ג לאד' שני השפ"ח ואם יעבור ראובן ולא יפרע מעות הרבית משל' גזרנו עליו וגם הוא סבר וקבל מרצון נפשו כן אם בעל המעות שהמשכונות בידו ימכור המשכונו' או שיכוף לשמעון שימכר' על ידו אם יוליכהו לפני עש"ג ויצטרך להוצי' איזה הוצאה אחריות הכל על ראובן ואין קול ואין עונה ואין כסף לא רבית ולא קרן והנושא בא לדחוק את שמעון ושאל השואל אם יוכל שמעון למכור את המשכונות לפרוע לבעל המעות קרן ורבית גם שאל השואל אם יש ממש בדבר ראובן שטוען שאינו חייב לפרוע רבית וגם טוען ראובן שהבי' לו מעות בחוק וזמן הפרעון ולא רצה שמעון לקבלן ושמעון כחש לו שמעול' לא ראה מעות ואפילו היה מביא מעות לא היה מקבלן כי התנאי היה לפרוע לו גרושו"ש כמו לעיל.

תשובה מאחר שעשאו שליח שילוה בעדו ממי שמותר ללות ממנו ברבית נעשה שלוחו וכאילו ראובן עצמו לוה מבעלי המעות ובלבד שיהא אחריות המלוה על המשכן לא על שמעון כדאמרינן גבי ערב דעכו"ם כיון דעכו"ם בתר ערבא אזיל אסור ומה שכתב המרדכי וכן בתשוב' הרא"ש כלל ק"ח בראובן שאומר לשמעון לוה לי מעות מעכו"ם פ' בריבית וכן עשה מותר לשמעון ליקח רבית מראובן וליתן לעכו"ם לפי ששמעון זה שליח של ראובן הוא דבר ברור הוא דמיירי התם כשלוה על משכנו של ראובן ואחריות העכו"ם על המשכון דאי לאו הכי לא הוה שרי ללות מן העכו"ם ברבית על אמונת' ולחזור ולתבוע מישראל חברו אי נמי תהא במאמינו העכו"ם לישראל שאומר לו השליח ראובן אומר לך שתלוהו כך וכך מעות ברבית אז ודאי מותר לקבל הרבית מיד ראובן וליתנו לעכו"ם לפי שאין העכו"ם רשאי לתבוע מן השליח דאמר ליה אני משמו של ראובן אמרתי לך והאמנתי ומאי אית לך בהדי דידי והכי דייק הלשון שכתב לוה לי מעכו"ם פ' ולא אמר לוה לי מעכו"ם סתם אלא מעכו"ם פ' כלו' מאת מכירו שכן על אמונתו הלוהו ולא על השליח ובמוסר לו משכונות שיעבדם לכך והתנה עמו שאם לא יפרע לו לזמן פ' שילוה מאשר ימצא ברבית ומשוי שליח לכך כל כה"ג שרי כיון שאחריות

החוב על המשכונות אלא שמצאתי בתשוב' למהר"ם בסי' ע"ד מן הקובץ הקטן דבכה"ג כאסמכתא הוי ואין לו רשות ללות עליו ואם לוה אין לו להוציא הרבית מן הלוה והביא ראיה מדאמרינן בפ' איזהו נשך היכא דאמר לי' אי לאו פרענ' עד יום פ' גבי מהאי חמרא אע"ג דלא גזים כולי האי אלא שעושהו למכור היין קודם זמן מכירתו אסמכתא הוי ע"כ אעפ"י שבתשובת הרשב"א שהובא בטור סי' קס"ט משמע דס"ל דלאו אסמכתא היא ויש לי דקדוקי דברים בדברי שניה' כתבת במקום אחר אלא שבנ"ד לא נ"מ מידי דהכא לאחר שהגיע זמן הפרעון חזר ועשאו שליח ללות עליו ברבית וסבר וקבל וע"פ הדברים האלה הלך ולוה על המשכונות אם אחריות המלוה על המשכונות אין על שמעון שום חיוב כלל.

סימן מז

נשאלתי על מי שארס בת קטנה אחת בסבלונות כמנהג העיר וכתוב בשטר האירוסין שנשבע הבחור לחותנו על כל הכתוב לעיל וגם שבועת הבחור היתה שלא לארס ושלא לקדש את שום בת ישראל עליה בחייה ושלא יגרשנה אם חלה עליו שבועה זו לפי שהבחור הרי הוא כבן שלשי' שנה והנערה כבת חמש כב' שש והו"ל כנשבע לבטל את המצו' שצריך להמתין לה עד שתגיע לפירקה שתהא ראויה להריון.

איברא דודאי ביטול מצוה איכא משעברו עליו עשרים שנה כדאמרינן בפ"ק דקדושין עד עשרים שנה הקב"ה יושב ומצפה וכו' וכתב הרמב"ם ז"ל בפ' ט"ו מה' אישות כיון שעברו עשרים שנה ולא נשא אש' הרי זה עובר ומבטל מצות עשה ויש לפקפק שמא לא אמרו שאין שבועה חלה על ביטול מצוה אלא כשהמצוה מתבטל' לגמרי כאותה ששנינו באלו מותרין סוכה שאיני עושה לולב שאיני נוטל וכו' בשבועות מותר שאין נשבעין לעבור על המצות אבל זה הואיל ולבסוף הוא נושא ומקיים מצות פריה ורביה לא מיקרי ביטול וכי תימא הא אמרי' בפ' שבועות שתים בתרא אהא דאמרי' דבעינן דאיתיה לשבועה בלהבא ולשעבר מתיב רב המנונא אם לא אכלתי היום אם לא הנחתי תפילין היום מי איתיה בלא אניח אלמא אם אמר שלא אניח תפילין היום מיקרי ביטול מצוה אע"ג דלא מבטל לה למצות תפלין לגמרי איכא למימר דהתם ביטול מצוה איקרי דלכל יומא ויומא איתא למצוה ואפי' אם יניח היום חייב להניח למחר ולא מקיימא מצוה דיום זה במה שיניח למחר אבל מצות פריה ורביה א' היא כל ימי חייו ומשקיימ' נפטר הימנה הילכך כל שמתעצל בה שיהוי מצו' היא ולא ביטול שהרי אם עשאה לבסוף קיים את המצוה ומיהו מאחר שהוא מצווה מעתה הרי הוא מבטל קיום מצוה כמו שהוכיח מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב הרי זה עובר ומבטל מצות עשה.

ואם נפשך לומר הואיל ולא נשבע שלא לישא אשה כלל אלא לזמן ידוע לא מיקרי ביטול לגמרי דהשתא אם לא מצא אשה שתתרצה לינשא לו מי קא עבר הילכך לא אלימא מצוה זו כדי שתדחה את שבועתו דומיא דהא דאמרינן בס"פ אלו נערות אנמצא בה דבר ערוה או שאין ראויה לבא בישראל אינו רשאי לקיימה ופרכינן וניתי עשה ונדחי לא תעשה ומשני כי אמרינן אתי עשה ודחי לא תעשה כגון מילה בצרעת דלא אפשר לקיומי לעשה אבל הכא אם אמרה דלא בעינה מי אתיא לעשה כלל וזו תשובת הרב ר' יוסף ן' פלט להראב"ד ז"ל הובאה בתשובת הרשב"א ז"ל סי' י"ח מפני מה אין מברכין על כמה מצות כגון מתנות עניים והלואה וצדקה והענקה וכיוצא בהם מפני שאין המצות תלויה כולה ביד העושה שאפשר שלא יתרצה בה חבירו וכתב וז"ל ומנ"ל דכל מצוה שאפשר למעקרא אף ע"ג דהשתא לא מעקרא כמאן דמעקרא דמיא מדאמרינן באלו נערות וכו' ע"ד אי אמרה לא בעינא מי איתיה לעשה כלל אע"ג דאכתי לא עקר' לה כמאן דליתא דהא לא קביעא וכו' וגמרי מינה למורא וכיבוד אב ואם ועמידה בפני רבו הואיל ואפשר למעקרינהו שהאב שמחל על כבודו כבודו מחל וזה הטעם בהלואה וצדקה ע"כ דבריו ואני בעניי ראיה זו איני מכיר דע"כ לא אמרו אלא לענין הא דאמרינן דאתי עשה ודחי את לא תעשה ממילה בצרעת דמה מצינו דלא מצינן למילף מינה אלא כיוצא בה דלא אפשר למעקרא אבל הני דאפשר למעקר ינהו כגון אם אמרה איהו לא בעינא לא אלימא עשה למיעקר לא תעשה ולא דמיא למילה שלא הותר מכללא בשום ענין אבל לענין ברוכי כי איתיה השתא לעשה אמאי לא מברכינן כל שכן לפי מה שפירש רש"י ז"ל שם מי איתיה לעשה כלל והשת' נמי מלמדין אותה לו' איני רוצ' וטעמא משום דכל היכא דאיהו מפקד שלא לישא אותה איהו נמי מיפקדא כדאמרינן בפ' עשרה יוחסין הילכך מלמדין אות' לו' איני רוצה וליתיה למצוה כלל אבל בשאר מצות אע"ג דאפשר למעקרינהו כיון דהשת' מיהת חייב לקיימן מצוה היא ומברכין עלה וה"ה נמי שהנשבע לבטלן מקרי נשבע לבטל את המצוה שהרי מושבע ועומד הוא לקיימן עכשיו תדע דהא צדקה לעני קחשיב התם באותה תשובה שאין המעשה תלוי בו ואם אמר עני לא בעינא ליתא למצוה ומהאי טעמ' אמרי' דלא מברכי' עלה ובהדיא אמר' בפ' שבועות שתים מהו שאתן לאיש פלו' אי לימא צדקה לעני מושבע ועומד מהר סיני הוא אלמא בכל ענין אמרינן שאין נשבעין על המצוה וזו ודאי מצוה היא לחזר אחריה לקיים המצוה ואי אפשר לו ליבטל שהרי כופין אותו על כך כמ"ש הרא"ש בפ' הבא על יבמתו דמשמע מלשון הרי"ף ז"ל דכופין אותו בשוטין לישא אשה לקיים פריה ורביה והוה ליה כמו שאר מצו' עשה שכופין אותו עד שתצא נפשו או יקיימנה וכת' וכן היה נכון ברווק

שעבר עליו עשרים שנה ואינו רוצה לישא שיכפוהו ב"ד לישא לקיים פרי' ורביה הרי שמשעברו עשרים כופין בשוטין והשוה אותה הרא"ש לשאר מ"ע שאמרו סוכה שאיני עושה לולב שאיני נוטל מכין אותו עד שתצא נפשו ומינה דדמי להו בהא שאם נשבע שלא לישא אפי' שנה אחר עשרים הו"ל נשבע לבטל את המצוה ולא חיילא.

אלא שיש להסתפק אי הכא בנ"ד חיילא מגו דחיילא אשאר מילי שהשביעוהו בשטר לכתוב לה שטר כתובה ושלא יגרשנה וכדאמרי' בירושלמי הביאה הרי"ף ז"ל בהלכות שלהי פסחים ובפ' שבועות שתים שבועה שלא אוכל מצה אסור לאכול מצה בלילי הפסח שבועה שלא אוכל מצה בלילי הפסח מותר לאכול מצה בלילי הפסח ורבינו זרחי' ז"ל דחאה להא מהלכה מפני מה שאמרו בגמר' דידן בשלמא לאו משכחת לה אלא הן היכי משכחת לה דלא משכחת לה אפי' ע"י כולל דאו' דנבלות ושחוטו' ובתוס' בשם ר"י ז"ל חלקו בין מילתא דהויא קום עשה לאכול נבלות לא חיילא אפי' ע"י כולל אבל בשב ואל תעשה חיילא והכא נמי שב ואל תעשה הוא ובשם הריצב"א תירצו בענין אחר דדוקא לא חיילא התם משום שהזכיר נבילה ונשבע עלה אבל הכא דלא מדכר פסח חיילא על השבוע' ולפי תירוץ זה הכא נמי הזכיר ביטול המצוה בפי' גם שלא לישא ולא חיילא אבל נראה שבתרוצו של ר"י תפסו האחרונים ומ"מ אכתי לא פסיקא לן מילתא דניחול ע"י כולל לפי שבאנו למחלוקת דבפ' שבועת הפקדון דתנן שבועה שאין לך בידי ולא לך ולא לך וכו' חייב על כל א' וא' ר' אליעזר אומ' עד שיאמר שבועה באחרונה ר' שמעון אומר עד שיאמר לכל א' וא' דלת"ק החטאות חלוקות כמנין הפרטים שפרט ולר"ש עד שיאמר שבועה לכל א' וא' ובהא איפליגו רבוותא שיש גדולי' שפסקו כר"ש וכסתם מתני' דבפ' פותחין לזה קרבן ולזה קרבן צריכין פתח לכל א' וא' וכסתם מתני' דריש האיש מקדש התקדש לי בתמר' זו התקדש לי בזו כמ"ש הר"ן שם בנדרים משם רבי' חננאל והרמב"ן ז"ל אבל הרמב"ם ז"ל בפ"ד דנדרים פסק כת"ק דאיכא סתמי אחריני כוותיה דכל פרט ופרט חשוב שבועה בפני עצמה תדע דלענין הא דאמרי' נדר שהותר מקצתו הותר כולו כתב הריב"ש בתשובה סימן רצ"א בראובן שנדר או נשבע שלא יאכל ענבי' ולא ילבש בגדי משי ונשאל לחכם על א' מהם והשיב שלא הותר בשני דשתי שבועות הן שהרי אם עשא' שתיה' בהעלם א' חייב שתים וכיון שהן שתי שבועות מוחלקות צריך היתר לכל א' וא' וכמ"ש הרמב"ם כר"ש וכ"ש כשהן פעולות מוחלקות לגמרי כמו אכילה ולבישה ואם לענין נדר שהותר מקצתו אע"ג דחכם עוקר הנדר מעיקרו אמרו דלא מפני שהותר בזו הותר בזו הואיל והם חלוקות לחטאות כ"ש שלא נאמר מתוך שחל לדבר זה של רשות חל לדבר זה של מצוה כיון דחשיבי ב' שבועות באנפי

נפשיהו ותמיהא מילתא למה לא הזכיר הריב"ש ז"ל סברת אותם הגדולי' שפסקו כר"ש דשבועות מחלקות לחטאות אלא נר' דהתם דחומרא הוא פסק הריב"ש דלא הותר כולו על פי פסקו של הרמב"ם ולא הכיר מחלקותן של גדולים שנחלקו בזה אבל הכא בנ"ד יש לפנינו חומר ב' דברים חומר השבועה שמא חלה אף על דבר מצוה בכולל לרבוות' דפסקו כר' שמעון דשבועה א' היא וחומר ביטול פריה ורביה דשמא לא חלה שבועה עליה ע"י כולל כיון דשתי שבועות הן לדעת הרמב"ן ובהא איכ' למימ' דשב ואל תעשה עדיף כדאמר' בפ' כל הזבחים שנתערבו דאמר לי' ר' יהוש' לר' אליעזר כשנתת עברת על בל תוסיף ועשית מעש' בידך וכשלא נתת עברת על לא תגרע ולא עשית מעשה בידך ועוד אפי' תימא כר"ש ואינה אלא שבועה א' עדיין יש להסתפק שלא אמרו דחלה שבועה על דבר מצו' בכולל אלא בדבר א' ופעולה א' כגון שבועה שלא אוכל מצה שכשם שחל' באכילת מצה של רשות חלה באכילת מצה של מצוה אבל בשני דברים חלוקים ושתי פעולות כגון זה שנשבע לכתוב לה כתובה ושלא לגרשה ושלא לקדש אשה אחרת כל א' וא' פעולה בפני עצמה ואם חלה על אותם שהם רשות לא חלה על פעולה שהיא ביטול מצוה שבשעה שהוציאה מפיו יצתה שבועה לשקר שהרי מושבע עליה מהר סיני היא וחלה על שאר הפעולות שאין בהם ביטול מצוה ותו איכא למימר שמא כולה שבועה ביטול מצוה היא דהיינו להכניס אותה לחופה כיון דתינוקת היא ושלא לגרשה אלא אדרבא מצוה וכופין על כך דכל זמן דאגידא ביה לא יהיבי ליה אחריתי כדאמרינן בפ' הבא על יבמתו וכי תימא מצוה דרבנן היא לכוף לגרשה וחלה שבועה כמו שדקדק הרא"ש מדאמרי' בריש נזיר מיין ושכר יזיר לאסור יין מצוה כיין הרשות יין מצוה מאי היא קידושא ואבדלתא מושבע ועומד מהר סיני הוא ופר"ת בתמיהה וכי מושבע ועומד לשתות יין קדוש זו ודאי יש בה קיום מצוה פריה ורביה דכתיב בהדיא דאי לא הא לא קיימא הא תדע דבביטול מצוה דרבנן לא כייפין אלא דשרי למקרי' עבריינ' אבל זו כופין עליה וכשכופין אותו לגרש כמו שכופין אותו לישא אשה בת בנים דמי ואפי' תימא שאם נשבע שלא לגרש חלה עליו שבוע' כיון דיכול להקדים ולישא אשה אחרת השת' דנשבע על שתיהן כא' תרוייהו ביטול המצו' נינהו.

אך אפשר לה לשבועה שתחול מצד אחר מטעם כולל הואיל שיש בכלל שבועתו אף נשי' שאין בהם קיום מצו' כגון עקרה וקטנה ואילונית וכמ"ש בריב"ש בתשובה סי' צ"ח דמיגו דחיילא שבועתו על אותן הנשי' שאין בהם מצוה חלה נמי אף על הנשים שיש בהם קיום מצוה איברא יש לי בסברא זו דקדוקי דברים דאיכא למידק דע"כ לא אמרו בירושלמי אלא דוקא שבועה שלא אוכל מצה משום דמשכחת רווחא למיחל קודם

הפסח ומגו דחיילא אשאר ימות השנה חיילא נמי אלילי הפסח מדלא מפליג באומר שבועה שלא אוכל בלילי הפסח דמגו דחיילא אשאר אוכלים חיילא נמי אמצת מצוה דהא לא משכח רווחא למיחל דמשעה שאמר לא אוכל יצתה לה שבועה לשקר שהרי חייב לאכול ואיכא למימר דלא משמע ליה לחלק בהכי מדלא אפליגי רבוותא בין הא דשבועה שאוכל נבלות ושחוטות דמההיא שעתא יצתה שבועה לשקר והא דלא נקט בלילי הפסח שבועה שלא אוכל רבותא קמ"ל דאע"ג שהזכיר מצה בפירוש דמשמע דמבטל לה למצות מצה לגמרי קמ"ל דחיילא ע"י כולל של שאר ימים וא"ת אם איתא דאמרי' מגו דחיילא אזקנה ואיילונית חייל נמי אשאר נשים בשבועה שלא אוכל מצה בלילי הפסח נימא מגו דחייל אמצה שאינה של מצוה כגון שנילושה במי פירות ודברים שאינן באים לידי חימוץ ואפשר דלא מיקרי מצה סתם אלא אותם דברי' שאפשר להם לבא לידי חימוץ אלא שנעשו לכתחילה מצה אבל שאינו בא כלל לידי חימוץ לאו מצה איקרי אך קשה נימא מגו דחיילא אמצה עשירה חיילא נמי אלחם עוני וכ"ת מצה עשירה אינה בכלל מצה סתם שהרי יש לה שם לווי כאות' ששנינו הנוד' מן היין מות' ביין תפוחי' מן השמן מות' בשמן שומשמין הת' יינות חלוקים ושמנים חלוקים הם אבל מצה ומצה עשירה מין א' הוא אלא מתוך תבלין שיש בה מצה עשירה קרו לה ועוד כי היכי דבפת חמץ פת שעורים ופת כוסמין יש להם שם לווי והוו בכלל פת סתם דהכי מוכח מדאמרי' בפ' שבועות שתים גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם מנין ת"ל לכל אשר יבטא וכו' טעמא משום דגמר בלבו לפת חיטים דוקא הא סתמא בכלל פת הוי אע"ג דסתם פת של חטים הוא כדכתבו שם התוס' וי"ל דבשאר ימות השנה כל פת שהוא מחמשת המיני' קרי פת נמי סתם וכן בלילי הפסח כל שעושין מהם מצה למצוה אבל מצה עשירה אין מזכירין אותה אז מצה סתם אלא בשם לווי וא"ת בנשבע שלא אשב בצל סוכה נימא מגו דחיילא בישיבת עראי שלא באכילה ושינה חלה נמי אישיבה דאכילה ושינה וי"ל כיון דא"א לישיבת קבע בלא כניסה כולה חדא מילתא היא שהרי אותה ישיבה עצמה של עראי אפשר לו לעשותה קבע וקרויה מצוה וא"ת נימא מגו דחיילא אצל סכך סוכה שחוצה לה חיילא נמי אצל שלפנים הימנה דתנן בפ' כל הצלמים גבי אשירה לא ישב בצילה ואם ישב טהור לא יעבור תחתיה ואם עבר טמא אלמא צלה שאינו תחתיה צלה מקרי וי"ל דשאני סוכה דלתוכה עשוי' שאין קרוי צלה אלא בתוכה אבל אילן לצלו עשוי וא"ת אעיקרא דדינא פירכא דעקרה זקנה ואיילונית אסירן נמי לסבא שאין לו אשה ובנים כאותה ששנינו בפר' ארוסה לא שותות ולא נוטלות כתובה שאסורות לקיימן שהרי נצטוו ישראל על פריה ורביה הילכך מושבע ועומ' מהר

סיני הוא ולא חיילא נמי שבועה עלייהו והו"ל כנשבע שלא לאכול מצת מצוה ובשר חזיר וכאו' שלא ישב בצל סוכ' ואשירה ואין לומר מגו דחיילא אלאחר שישא בת בנים שאין בדבר איסור חלה נמי קודם דכיון דמ"מ צריך לישא בת בנים הרי נעקרה שבועתו ותו לא חיילא אף לאחר מכאן דא"ל דנימא מגו דחיילא לאחר שאכל כזית מצה ולאחר שאכל סעודת סוכה אלא ודאי הא ליתא כלל י"ל דהא לאו על דבר מצוה מפורשת היא אלא דאיסורא בעלמא איכא שלא לקיימה משום פריה ורביה וחיילא שבועה עלה כדמוכח התוס' בפ' שבועות שתים אהא דבעי רב אשי נזיר שאמר שבועה שלא אוכל חרצן בכמה כיון דכזית איסורא דאורייתא הוא כי משתבע אהיתרא קמשתבע וכתבו התוס' לחד לישנא דאפי' לר' יוחנן דאמר חצי שיעור אסור מן התורה כיון דליכא אלא איסורא בעלמא לא חשיב ליה מושבע ועומד וכן כתבו לקמן אשבועה שלא אוכל ואכל נבלות וטרפות וכו'.

ועדיין קשה לדבריו ז"ל כי אמר בלילי הפסח שבועה שלא אוכל מצה נימא מגו דחיילא אמצה שאינה משומרת לשם מצוה כגון בצקו' של עכו"ם דתניא אדם ממלא כריסו מהם ובלבד שיאכל כזית מצה באחרונה דאע"ג דאין בהם חשש חימוץ אינו יוצא בו י"ח לפי שלא שמרה לכך וכן מצות ורקיקי נזיר שעשאן לחובתו דתנן אין יוצאין בהם אי נמי מצת ביכורים לפי שאינה בכל מושבות חיילא נמי אמצת מצוה אלא משמע דכיון דעיקר מצה של מצוה משתמ' ביטול מצוה מיקרי אף עיקר אשה הראויה לפריה ורביה היא. מ"מ אחר שהרב היה חוכך בזה להחמיר אנן מה נענה בתריה. ושוב מצאתי בתשובה אחרת להריב"ש ז"ל סי' שצ"ח על ענין זה שנחלק עליו הרב ר' חסדאי בר שלמה ז"ל בסברא זו מטעם דגם בשבועה שלא אוכל מצה כולל כמה מיני מצה שאין אדם יוצא בה י"ח כגון דברים שאינם באים לידי חמוץ ומצה עשירה וחלוט ואשישה אעפ"י שהוא אסור בכולם וכתב הרב ז"ל אני אומר באלה שאינו אסור בכולם. ואין כאן כולל שהאומר שלא אוכל מצה בלילי הפסח לא נתכוון אלא למצה הראויה לצאת בה י"ח בלילי פסח ודמיא למאי דאמר ר' יהודא בפ' קונם אמר קונם יין שאיני טועם עד שיהא הפסח אינו אסור אלא עד לילי הפסח שלא נתכוון זה אלא עד שעה שדרך בני אדם לשתות יין הכא נמי כיון שהזכיר בלילי הפסח לא נתכוון אלא למצה של מצוה. ודבר תימה הוא זה אטו האי גברא על ביטול מצוה קאזיל דנימא במצה שאינו יוצא בה י"ח לא אסר עצמו בה זה תימה. והראיה שהביא פליאה היא בעיני דאדרבה התם אמרינן אין דעתו על ביטול מצוה וכי אמר יין שאיני טועם עד שיהא הפסח אעפ"י שלשון עד שיהא בעלמא עד שיצא הוא הכא איכא סברא לומר שלא נתכוון זה אלא עד שעה שדרך בני אדם

לשתות יין דאז ישתה דמסתמא רוצה לקיים מצות ד' כוסות והאיך נאמר כאן דשלא אוכל מצה סתם כונתו לביטול מצוה לבד ולהכעיס הוא מתכוון. וטפי מסתבר לומר שאין הקפדתו אלא על עוגות מצות כי לא חמץ בין אותם שיוצא בהם י"ח בין אותם שאינו יוצא בהם ידי חובתו ע"כ. וכ"ש במצה עשירה שיש לה שם לווי כדאמרי' בהנודר מן הירק מותר בירקות שדה מפני שיש להם שם לווי ולא דמי לחמרא מבושל וקונדיטון שכתבו המפרשים בהנודר מן היין אסור בהם מפני דהנהו תחלתו יין ובשביל שבישלו או שערבו בו דבש ופלפלין לא הפסיד שמו. והמסתכל בתשובת הרא"ש כלל ל"ג יראה דלית ליה להרא"ש הא דהריב"ש ז"ל לפי שכתב על מה שנוהגים לכתו' בכתובה על מנת שלא ישא אשה אחרת עליה. תשובה דע דלא הוי כמתנה ע"מ ש"ב דאף אם שהתה ולא ילדה והוא רוצה לישא אחרת צריך לגרש הראשונה וליתן לה כתובתה וכולי משמע שאם נשבע שלא ישא אחרת כלל הו"ל מתנה על מה שכתוב בתור' ולא חיילא ע"י הכולל שכת' הריב"ש ז"ל אלמא דכדרב חסדאי ס"ל.

ומטעם אחר אני חוכך בזה להחמיר דשמא אין בשבועה זו ביטול מצוה שנשבע שלא לקד' לא לישא שום אש' אחר' עליה שאפשר לו ליקח פילגש ולפרות ולרבות הימנה ממ"ש הרא"ש ז"ל בפ"ק דכתובות על נוסח ברכת אירוסין שהקשה ולמה אין מברכים אקב"ו לקדש אשה וכו' עד ונ"ל כי ברכה זו אינה ברכה לעשות המצוה כי פריה ורביה היינו קיום המצוה ואם לקח פילגש וקיים פריה ורביה אינו מחויב לקדש. ודבר זה גם הוא תלוי במחלוקת דאית ספרים דגרסי פילגשים בלא כתובה ובלא קדושין וזו היא גרסתו של הרמב"ם ז"ל כמ"ש בפרק ד' מהלכות מלכים. ואית ספרים דגרסי פילגשים בקדושין בלא כתובה ואיסור קדשה ליכא אלא במיוחדת לזנות. ועוד נחלקו הגדולים ז"ל אם ההדיוט מותר בפילגש שהרמב"ם ז"ל בהלכות מלכים אסר פילגש להדיוט והרמב"ן ז"ל וכמה רבוותא התירו. ואפשר דאפילו למאן דאסר במקום ביטול מצות פריה ורביה היכא דאי אפשר בענין אחר יהא מותר לחסר מצות קידושין כי היכי דמבטלין עשה דלעולם בהם תעבודו משום קיום מצוה דלא תהו בראה דעבד חייב בה דתנן בפר' השולח כופין את רבו ועושה אותו ב"ח אע"ג דעבד אין לו חייס מ"מ עשה דלא תהו אית ביה כ"ש בישראל דאיכא עשה דפרו ורבו דחמיר טפי ואת"ל דאסור וכ"ש למאן דגריס פלגשים בקדושין בלא כתוב' אזלינן הכא לחומר' והכא לחומרא דלא ישא פלגש ושיאסר בנשים אחרות מחמת שבועתו דשמא חלה עליו את"ל דמותר בפלגש בלא קדושין.

ויש לעיין בזה הלשון שאמר שלא ישא שום בת ישראל אחרת עליה אם מותר בגיורת דבפרק מצות חליצה פסלינן בן גרים לחליצה מונקרא שמו בישראל ואפשר דבלשון בני

אדם גר נמי ישראל מיקרי דתניא בתוס' ומייתי לה הרא"ש בהלכותיו פ"ד דנדרים הנודר מישראל אסור בגרים הנודר מן הגרים מותר בישראל מכל מקום נהי דגרים ישראל מיקרו בת ישראל מיהת לא מקריא דבפרק נערה שנתפתתה אמר בהורתה ולידתה בקדושה ישראלית מעלייתא הוא אבל הורתה שלא בקדושה ולידת' בקדוש' נפ"ל מדתני אמי בתולת ישראל ולא בתולת גרים. ובפ' עשרה יוחסין בענין גיורת איפליגו תנאי דכתיב כי אם בתולות מזרע בית ישראל רבי אליעזר בן יעקב סבר מזרע ואפילו מקצת זרע לאפוקי בת גר זכר רבי יוסי סבר מי שנזרעו בישראל רבי שמעון בן יוחאי סבר מי שנזרעו בתוליה בישראל. ומכל מקום נראה דמציא למקריא בת ישראל אפילו גיורת דבפרקא קמא דבכורים תנן הגר מביא ואינו קורא לפי שאינו יכול לומר אשר נשבעת לאבותינו לתת לנו ואמרו בירושלמי שם תני בשם רבי יהודה גר עצמו מביא וקורא מאי טעמא שנאמר כי אב המון גוים נתתיך לשעבר היית אב לארם מכאן ואילך אב לכל הגוים אריב"ל הלכה כרבי יהודה ופירש רש"י ז"ל לענין תפלה דמצי למימר אלהינו ואלהי אבותינו אלהי אברהם וכו' וכיון דמקריא בת אברהם מקריא נמי בת ישראל דהא אלהינו ואלהי אבותינו קאמר. ועוד נראה דבת ישראל בת ברית משתמע ובכמה דוכתי קרינן הכי ולאו דוקא אלא לאפוקי נכרית כדתנן בת ישראל לא תילד את הנכרי' וכן נכרי ועבד הבא על בת ישראל.

ואם לחשך אדם לומר שאין בכלל מה שנשבע שלא ישא ולא יקדש אשה אחר' עליה בחייה אלא לאחר שישא את זו אבל קודם שישאנה לא ממה שכתב הרשב"א ז"ל והביאה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בחלק א' מתשובותיו על ראובן שנשבע ליש' אשה בזמן וכלל בשבועתו שלא ישא אשה עליה בחייה ושוב נפלה לפניו אשת אחיו ליבום ושאלו ממנו אם הוא מוכרח מכח השבועה שלא לייבם וחלה השבועה אפי' על היבמה באיסור כולל. תשובה לדעתי לא נשבע זה אלא שלא ישא אשה אחרת עליה כלו' לאחר שישאנה אפי' שיגרשנה לא ישא אשה אחרת עליה בחייה אבל שלא ישא אשה אחרת קודם שישא זו בזה אינה חוששת שהרי היא אינה אגיד' אצלו ואם ישא אחרת ולא תיישר בעיני' ולא תנשא לו ע"כ. והיא בדפוס סי' תתי"ב. ואינה ענין לנ"ד חדא דהתם מיירי במשודכ' לו בלבד כדמוכח הלשון שהאומר שהוא אינה אגודה אצלו ואם לא תיישר בעיניה לא תנש' לו הילכך לא מיקרי עליה אלא לאחר נישואי' דומי' דאחות אשה דכתיב לצרור לגלות ערותה עליה בחייה וה"ה בקידושין כגון בנ"ד שהו' במקום שחוששין בסבלונו' במקום קידושין הרי היא אגודה אצלו ושייך שפי' לומ' עליה. ועוד דאפי' תימא דלא מיקרי שלא לישא אחרת אעפ"י שזו הוא מקודשת לו כל שאינה נשואה דדומיא דידה

קאמר כאן שכתב לה שלא יקדש אחרת עליה שפיר משמע עליה דומיא דידה שהיא מקודשת. ומה שיש להקשות על תשובה זו מתשובה אחרת כיוצא בה שהביא הרב בב"י בי"ד סי' רכ"ח וגם מה שקשה על מה שכתב שאפי' לאחר שיגרשנה אינו יכול לישא אשה אחרת בתשובה אחרת הרחבתי בכל מה שיש לדקדק בדבר אין כאן מקומו.

ולענין מה שכתב הרשב"א באותה תשובה שהובא' בסימן רכ"ח שאם לא נשבע ע"ד רבים טוב שיתיר שבועתו בפני המשודכת ומדעתה אם היא מתרצה אם לאו יתיר בפניה או לאחר שיודיענה הנה כתבתי בתשובה כל מה שיש להקשות על דבריו אלו והקפנוה בהלכות מרובות כאשר יראה כל הבא ועמד עליה. ולענין זה שכתב להתיר בפניה שלא מדעתה דודאי קשה דהא דקי"ל המודר הנאה מחבירו אין מתירין לו אלא בפניו היינו מדעתו והרשב"א ז"ל עצמו כתבה כן בפר' השולח ואפילו התירו אינו מותר כדמוכח בתשובה שהביא הרב בב"י מהרשב"א ז"ל ושם כתבתי להעמיד דבריו בב' פנים או מטעם דסמך אהא דכתב ר"ת דלא אמרו אלא בנודר מחמת טובה שעשה לו דומיא דמשה שנתן לו את צפורה וכצדקיהו שהיה מסור ביד נבוכדנצר והרשב"א ז"ל הביא דבריו בפרק השולח כמסכים עמו ושם לא יקבל שום הנאה ממשודכתו אם ממה שנתרצית להנשא לו אין זו הנאה דיותר ממה שהאיש רוצה לישא האשה רוצה להנשא כדאמרי' בריש הנזקין דמהך טעמא כתובת אשה בזיבורית דלא שייך נעילת דלת. אי נמי שכיון שלא נשבע שישאנ' ואם בא לחזור חוזר בו מעתה אין שבועה זו לתועלתה כמו שהוכחתי מדאמרינן בפרק השולח דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה וכדמשמע מדברי הרשב"א ז"ל שם בחידושיו. ובנדון דידן לא שייכי הני טעמי דהכא כיון שיש לו עליה כעין קדושין ונתנו לה המעות המדודים שנושא ונותן בהם הוה ליה כמקבל טובה ממנו. ותו נהי שהרשב"א ז"ל סמך על ר"ת ונראו לו דבריו אנן מי סמכינן ושבקי' כמה רבוות' דאמרו דבכל ענין אין מתירין לו אעפ"י שלא קבל הנאה ממנו. והטעם השני לא שייך כאן דודאי כיון שאי אפשר לו לגרשה מכח שבועתו הרי שבועה זו שלא לקדש אשה אחרת לטובתה היא. ועוד יש לומר שלא כתב הרשב"א ז"ל שם שיתירו לו אלא על צד היותר טוב לפי שהוא ז"ל העלה שאין בכלל שבועתו שנשבע אלא לאחר שישאנה אבל קודם בהיותה משודכת לא נשבע ואעפ"כ כתב שיתירו לו לרווחא דמילתא ויודיעוהו שלא תחשבנו כעובר על השבועה אבל היכא דמדינא נאסר מחמת שבועתו לא היה מודה הרשב"א ז"ל להתי' שבועתו שלא ברצונה. ואע"ג שכתבתי זה לענין אותה שבועה של הרשב"א ז"ל מ"מ איני מחליט התורה לפי מקומה ושעתה אלא שאיני מאריך במה שלא נשאלתי:

כללן של דברים שאין בנו כח לעקור שבועה זו שלא תחול עליו מן הטעמי' שביאר' וחתמתי שמי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מח

לבריסה.

שאלה מקום א' שמנו י' ממוני' וחכם אחד מחכמי הק"ק ונתנו להם כל כח ורשות לפקח על עניני העברו' ומזונות להקרי' תועל' העיר וקבלו טובי העי' להיות מונהגי' ע"פ עם עצ' החכ' עמה' לבל יעברו מכל מה שיתקנו. ויהי היום היו במקו' ההו' ב' שוחטים שעל ידם היו אוכלי' כל בני העיר ומקדם היו נפרדים איש מעל אחיו וכל א' היה שוחט ומביא בשר לשובע לכל העיר אח"כ בסבת תועלת' נשתתפו יחד הב' שוחטים ולא היו שוחטים ומביאים רק ע"י אחד וכראות זה הענין הממונים והחכם שבהיותם נפרדים איש מעל חברו היה תועלת לאנשי העיר כי כל אחד יעדיף להביא לשובע וכמדומה כמה דברי' אחרי' שהיה תועל' לאנשי העיר שלחו בעד א' מהם ואמרו לו שיפרד מעל חברו יען שהוא תועלת לאנשי העיר ולא אבה לשמוע להם אח"כ חלפו עברו קצת ימים ושלחו לקרא לו בפעם שנית ואמרו לו שיטול שבוע' לזמן י"ב חדש ליפר' מחברו ואם לא ירצה שהם יראו מה שיעשו שהם רוצים לפקח תועלת אנשי העיר ואז נתרצה השוחט והחכם שהיה במעמ' ממוני העי' השביע לו בתקיע' כף ע"ד המקב"ה ועל דעתו וע"ד כל הממוני' וע"ד כל חכמי העיר בטובת הנאה שהיה לו וגם לכל אנשי העיר יש תועלת להיותם נפרדים והשבועה היתה בין שיתנהגו הממונים לפקח בעניני העיר כל הי"ב חדש בין לא יתנהגו נשבע שבועה חמורה בפני רבים ועל דעת רבים מפורשים כאמור ויהי מאז קצת ימים נפל הפרש בין הממוני' ולא רצו קצו קצת מהם להתחב' לפקח בעניני העיר עד ישקיף ה' ויטיל אהבה ביניהם וכראות השוחט המושבע שהיה הפרש בין הממונים גלה חרפתו שהיה שותף עם חברו מקדם ולא נפרד ממנו כמו שפירש דבריו בפני החכם ששלח בעדו ואמר לו על מה ועל מה נשתתפת עם חברך ואיך מצאת היתר לשבועתך שהיה על דעתי ועל דעת רבים ובפני רבים ובטובת הנאה במעמד עשרה בני אדם אז השיב השוחט אלו הטענות כי בכל אח' מהם נראה לו שאינו עובר על השבועה א' כי מקדמת דנא היה לו שבועה עם חבירו לבל יפרד איש מעל אחיו בענין השחיטה ואין שבועה אחרונה חלה על הראשונה ב' כי אחר שלא התחברו הממוני' לפקח בענייני העיר אמרו לו קצת מהם מכאן ואילך אוכל להשתתף עם חבירך ג' שהשבועה היה על תנאי שיסכי' החכם ויחתום ויתן בידו שחזק' שחיט' בהמות היהודי' שהיה לו ולא לשוחט אחר ותבע פעם א' החתימה ולא נתנה לו ד' שהשבועה שנשב' היא כוללת בלתי

להיות שוחט בשתוף כל י"ב חדש ואח"כ נטל רשות מהחכם שהיו ימים טובים ותועלת העיר היה להיות שותף בימים טובים לבד כי בהיות שוחט אחד ואחד מוכר כדי להביא בשר לשובע ואז נתן לו החכם רשות לימים טובים לבד יען היה תועלת העיר ונראה לו שמאחר שנתן לו רשות לימים טובים הותר כלו אז אמר לו החכם הוי דכיר אם יש לך טענה אחרת כי אלו כלם ישא רוח יען למחר ילמדו אותך טענה אחרת והשיב דאינו זוכר טענה אחרת והשיב לו החכם לטענה שאמרת שהיה השבועה על תנאי שיתן לך חזקת שחיטת בהמות היהודים שהשבועה לא היה על תנאי רק אחר שנשבע בלתי שום תנאי תבע בתור' חסד שיחתום גם הוא החזקה כמו שחתמו שאר החכמי' ומה גם שלא תבע ממנו ועתה שתובע שיביא עדים שנתנו לו החזקה שאר החכמים וגם הוא יסכים עמהם ועל שאר הטענות איני רואה ממשות לענין הדין להציל נפשו משבועה ואז כתב החכם וחתם הטענות בעדי' לראות בענין הדין והתרה לו לבל ישחוט ויבדוק עד יראו בדינו ואם יהיה צריך תשובה למכתו שיעשה ואח"כ יוכל להיות שוחט ובודק וקבל עליו. אח"כ נתן כתף סוררת והלך לשחוט בפשע ונתן לאכול וכשמוע החכם שעשה בפשע היה רוצה להכריז הענין אז בא השוחט ואמר שהוא היה רוצה לקבל תשובתו להיות מוכשר מכאן והלאה בעיני כל אנשי העיר אף שבעיני קצת חכמי העיר היה כשר לשחוט עכ"ז היה רוצה לעשות תשובה אז השיב לו החכם דע כי התשובה יהיה למה שעבר בחזור לכשרותך אבל מכאן ולהלאה השבועה במקומה עומדת ואין אתה יכול להיות שוחט בשותפות כל משך השנים עשר חדש כמו שנשבעת או שיתחברו טובי העיר עם החכמים והממוני' שהשבועה היה על דעת כלם ויתירו לך השבועה אם יראה בעיניהם ויהי כי לא הוכשר בעיניו הענין והלך ושחט עופות לעיני הכל וכפי הנשמע ג"כ בהמות ותלה הענין כי ברשות שחט והקול נשמע כי נתנו לו היתר לא נודע מי ומי וגם איזה כתב נתנו בידו כי היה כשר וראוי על כן היות הדבר חמור לאפרושי איסורא והדבר מכוער שיצא קול היתר ואינם רוצי' לפרש מי היה המתיר כי ידוע כי עונו ישא לתת מכשול להתיר שבועה הנעשה על דעת רבי' ובפני רבים ובטובת הנאה וע"ד המקום תחילה כמו שאומר החכם עם עדים מקצת הממונים שהיו שם וידוע דאין לו התרה אפי' בדיעבד על דעת כל הפוסקים כאשר נראה בספרים במקומותם וגם לא יהיה כשתי תורות ע"כ יורנו משפט האיש השוח' בפשע וטענותיו משולבו' סותרות זו את זו אם הוא מוכשר בטענותיו לשעבר ולעתיד בלתי תשובתו הראויה לעשות ומי שמחזיק בידו ביד רמה אם טוב בעיני אלהים ואדם בענין איסור מפורסם להיות מיקל באיסורין כאשר נראה בשבועתו אם מוכשר להיות שוחט מכאן והלאה בלתי תשובה ובלתי התרה מהחכמים

ומטובי העיר יורינו דרך ישכון האור הטוב להסיר מכשול והפרש במהירות והשכר כפול מן השמים.

תשובה האיש הזה השוחט חייב לקיי' שבועתו אשר נשבע על דעת החכם השלם נר"ו והממונים יצ"ו והטענות שטען לפטור את עצמו בטלות ותשובותיו נשאר מעל.

אם הראשונה שטען שהיה מושבע עם חבירו לבל יפרד איש מעל אחיו ולפיכ' אין שבוע' אחרונ' חלה עליו אין זו הדרך מוציאתו מידי עבירה. חדא דלדבריו בשעה שנשבע אל הממונים עבר על שבועת שוא כדתנן בפרק שבועות שתים שבועה שאוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה אכלה עבר על שבועת שוא לא אכלה עבר על שבועת ביטוי ומפרש בגמרא אף על שבועת ביטוי דבין כך ובין כך עובר על שבועת שוא והדבר מוכיח שזכר את שבועתו שהרי כמה ימים היו מפצירים הממונים בו להפרד והיאך אפשר כי בימים הרבים האלו לא זכר את השבועה שיהיה פתחון פה לפניהם שלא היה רשאי להפרד ממנו וגם עכשיו כשנתן אמתלא' לדבריו לא אמר שבועתו האחרונ' היתה בשוגג שלא נזכר מהראשונה כי זאת היתה טענה יפה הימנה אלא אמר כי מקדמת דנא היה לו שבועה שלא להפרד דאין שבועה חלה על שבועה דנראה דבמתכוין נשבע בשנייה ועוד דלא כל הימנו לומר כן דמאחר שנשבע בפני עדים על הדבר שאין אדם משים עצמו רשע לומר מושבע הייתי מתחלה שלא להפרי' ושוב נשב' להפר' אינו נאמן בכך כדאמרי' בפ' שני דכתובו' גבי העד' שאמרו כת' ידי' הוא זה אבל אנוסי' היינו כשאין כתב ידן יוצא ממקו' אחר נאמני' ואמרינן לא שנו אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אם אמרו מחמ' ממון אינם נאמני' מאי טעמא אין אדם משים עצמו רשע ומיהו איכא למימר דדוקא בבא להעיד על אחרים לא מקבלינן דבריו כגון אלו שבאים לפסול את השטר שחתומים בו דכמי שנחקרה עדותם בב"ד דמי אבל לעצמו יהא נאמן ואעפ"י שלא יפסל על פיו דקרוב הוא אצל עצמו מ"מ יכול להפטר משבועה בתרייתא בטענה זו ותדע דתנן בכריתות ריש פרק אמרו לו ומייתי לה בר"פ האשה רבה אמרו לו שנים אכלת חלבו הוא אומר לא אכלתי פטור ר"מ מחייב אמר ר' מאיר ק"ו אם הביאו שנים למיתה החמורה לא יביאוהו לקרבן הקל א"ל מה אם ירצה לומר מזיד הייתי ובתוספות בכריתות דהיאך יאמר מזיד הייתי הו"ל מגו במקום עדים ועוד דמשוי נפשיה רשיעא ותירצו דהא דנאמן הכא משום דמתרץ דבורי' לא אכלתי שוגג אלא מזיד משמע דכי אמר הכי נאמן אף על גב דמשים עצמו רשע ומה שהקשו בתוספות דהא משים עצמו רשע היינו אי הוי טעמא דנאמן במיגו דאין זה מגו טוב דנימא מה לו לשקר לאמר מזיד הייתי שלא רצה לעשות עצמו רשע ואין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות אבל לטעמא

דמתרצינן דבוריה ניחא שהוא עצמו טוען כך ומקבלין דבריו ונראה דגם אין ראיה מההיא דכריתות דנהי שמקבלים דבריו שלא יביא קרבן דלדידיה הוי חולין בעזרה וגם העדים אינם יכולים לידע שלא היה מזיד אלא שוגג לפיכך הוא יחוש לעצמו וכן בנ"ד יועילו דבריו שלא להענישו לשעבר שמא עבר על שבועתו שהרי זה מסור לשמים אבל לעשותו לכתחלה בשאט בנפש בטענה שמשים בה את עצמו רשע אין שומעין לו ושמא דאפילו אם ניכר בדבריו שהיה יודע בשבועה הראשונה מ"מ פלגינן דבוריה ונאמר שלא היה מזיד אלא שוגג כהא דאמרינן בפ"ק דסנהדרין פ' רבעני לרצוני דקי"ל כרבא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע אלא פלגי' דבוריה איבר' דבההיא דכתובות אנוסין היינו מחמת ממון לא פלגינן דבוריה וכמה תירוצים כתבו התוספות בדבר זה ולכל התירוצים שכתבו שם בכתובות נ"ד לא דמיא לההיא אלא להך דסנהדרין אבל לתירוץ שכתבו בסנהדרין דלא פלגינן דבורא בחד גופא והתם פלגינן דבוריה שפלו' רבע אדם אחר ולא לו הכא נמי בחד גופא הוא לומר לא היה מזיד אלא שוגג ועוד שהדבר מוכיח דלא מצי למימר אשתלאי כי לא יום ולא יומים היה ההפצר כי אם ימים רבים ועוד דבכל כה"ג שבא להוציא עצמו מידי חיוב שבועה שנשב' ע"ד רבים ובפני רבים לא כל הימנו שיאמר שבועה היתה לי שמבטלת לזו דאמרינן שקורי משקר תדע דבפרק האיש מקדש גבי ע"מ שאני כהן וכו' בעי לאוכוחי גמרא דדברים שבלב אינם דברים לבסוף מייתי מהא דהאומר לשלוחו הבא לי מן החלון ומדלוסקמא הלך והביא לו אעפ"י שאמר בה"ב לא היה בלבי אלא ע"ז בעל הבית מעל ואמאי והא אמר בלבי אלא משום דדברים שבלב אינם דברים ודחי דילמא שאני התם דלמפט' נפשיה מקרבן קאתי אלמא אפילו תימא דברים שבלב הוו דברים אין מקבלים דבריו דלפטר נפשיה מקרבן קאמר ושקורי משקר כדפרש"י וטעמא דאם איתא הו"ל לפרושי מלתיה וה"ה נמי הכי דלא כל הימנו לומר שבועה כנגד היה לי מקודם שמבטלים לזו מאחר שלא פירש לפני החכם והממונים את שבועתו הא' והיו רואים כדת מה לעשות.

ועוד נראה שאפילו לדבריו שנשבע עם חבירו שלא להפרד אפש' לישב' שנית שתחול ע"י כולל שהרי כשהשביעוהו הממונים להיותם נפרדי' הכוונה שלא יהיה לו חברה ואח' חברו וא' כל אדם במשמע שהרי פירש את הדבר שבהיות השוחטי' נפרדים איש מעל חברו יש תועל' לבני העיר שכל א' יעדיף להביא בשר לשובע הילכך מתו' שחלה שבועתו על אדם אחר שלא ישתת' עמו חלה גם על זה כהא דאמרינן בפ' שבועות שתים שבועה שלא אוכל ואכל נבילות וטריפות דמוקי לה בכולל דברים המותרי' עם דברים האסורים וחיילא שבועתו ע"י כולל ובסמוך פרכינן בשלמא לאו משכחת לה אלא הן

היכי משכחת לה וכתב התוספות ואפילו ע"י כולל לא אמרינן דתיחו' השבועה לבטל את המצוה והוק' להם לתוספ' מהא דתני' בירוש' שבועה שלא אוכל מצה ואכל מצה בלילי הפסח חייב אלמ' דבאיסור כולל חיילא שבועה לבטל את המצוה והעלה משם רבינו יצחק דודאי שב ואל תעשה כי הכא דקאמר שבועה שאוכל לא חיילא על דברים האסורים ואסור לאכול בשב ועל תעשה הוא אבל בנשב' שלא לאכול מצה ואכל דהוי בקום עשה ודאי חיילא והכא נמי כשמשתתף עמו קום עשה הוא ונמצא עובר ובתי' זה תמהו האחרונים ז"ל ואין לומר דמאחר שכבר היה לו שותפות עם חברו לשעבר דשלא יפרש ממנו שב ואל תעשה הוא דבשלמא אם היה להם עסק שותפות בנתים שמשועבד לשניהם ודאי חלוקה מחוסר מעשה הוא אבל כאן אין שותפות' אלא בדבר שלא בא לעולם של זכות שיבא להם בבשר הבהמו' אשר הם לוקחים יום יום יהיה לחצאין ואין קנין ולא זכו' בדשלב"ל ואפילו קבע זמן לשותפות יכולים לחזור בהם מכאן ולהבא דכפועל חשיב וכמי ששכרו ללקט מציאות וקי"ל פועל חוזר בו אפילו בחצי היום למדנו שאין חברו זוכה אלא לאחר שיקנה זה הבשר דאז בא לעולם נמצא דבכל בהמה שהוא קונה לכתחלה ע"ד השותפות הרי זה עובר בקום עשה וחל עליה שבועה שכשיקנ' לא יקנה לדעת השותפות אלא לעצמו ועוד דמשעת שנשבע בפני הממוני' והחכם שלא יהיה לו שותפות הרי חזר בו ואם לקח סת' אין לחבירו זכות בו ודמי הא מילת' לשעבוד דאקני דקי"ל לוה ולוה ואח"כ קנה משתעב' לשניה' כדפי' רשב"ם דבההיא שעת' שקנאם חל שעבוד שניה' דקודם שיבאו לעולם לא חל שעבודם וכתב הרשב"א בתשו' על מי שנשב' לב"ח מאוחר שכל מה שירויח יתן לו מחויב ליתן ואין ב"ח המוקד' יכול לגבות הימנו דכיון שנשב' גלי דעתיה שחזר בו משעבוד הראשון ולבתר' משתעב' לקמ' לא משתעב' והוב' בח"מ סי' ק"ד ה"נ משעה שנשבע חזר בו מהשותפות ונסתלק זכו' חבירו מעליו לגמרי.

ובר מן כל דין אין שבועות הללו מבטלות זו את זו שאפש' לקיים את שתיהן תחלה נשב' לבל יפרדו איש מעל אחיו לשחו' לעצמו ושוב נשב' שלא ישחו' בשותפ' נמצ' קרח מכאן ומכאן ולא ישחוט כלל כי הוא לא נשב' לחבירו שישחו' עמו עכ"פ אלא שלא יפרדו איש מעל אחיו ואינו עובר אלא כשישחו' לעצמו שזה נקר' פירוד אבל אם לא ישחו' כלל יהא יושב ובטל מהשחיטה לא מקרי פירוד.

ועוד נראה דבכל ענין חלה שנייה שלא היתה שבוע' הראשונה אלא תנאי שבינו לבין חברו שלא יתפר' מעמו והיינו מרצונו אבל מאחר שבני העיר כופין אותם שלא יהיו באגודה אחת מחויבי' הם לעשות דבריהם דשלוחי דידהו נינהו ואם רצו מסלקי' אותם

אם פשעו כדאמרי' שתלא טבחא וסופר מתא כמותרים ועומדים הם ואין לך התראה גדולה מזו שמקפידים שלא יהיו בקשר א' ואם רצו מסלקים אותם וממנים אחרים תחתיהם נמצא עכשיו שנפרד זה אין המניעה ממנו שאם היו מסלקים את חבירו לא היה יכול חבירו למנעו לזה מכח שבועתו שלא ישחוט שהשבועה לא היתה אלא כל זמן שבני העיר רוצים במינויים ובחברתם.

והשנית שטען שאחר שלא נתחברו הממוני' ולא באו לפקח בעניני העיר אמרו לו קצת מהם מכאן והלאה תוכל להשתתף עם חבירך. טענה של הבל היא זו שאם מטעם נתינת רשות הוא בא לומר שכבר הותר לא מבעיא אמרו מקצתם אלא אפי' אמרו לו כלם לא הותר בכך ולא יצא מידי שבועתו שזו זכות של כל בני העיר היא שלא יהיו בקשר אחד ואגוד' אחת ליקר הבשר וזכין להם שלא בפניהם ואין חבין להם אלא בפניהם ומדעתם כהא דאמרי' בר"פ האיש מקדש מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר נשיא א' נשיא א' ממטה תקחו ולחוב ע"מ לזכות אבל במה שכבר זכו לבני העיר אינן יכולים עכשיו לחוב ואעפ"י שהיתה השבועה לדעת כל הממונים אשר שם מאחר שזכות בני העיר היא דעת הממוני' עבדא לה כדעת רבים מפורשי' דלית לה הפרה ואפי' אם אותם הרבים יתרצו להתירה לאו כל כמינהו דלמיסר עלייהו שוינהו שליח למשרי ליה לא שוינהו שליח כ"ש בדבר שיש בו הנאה לאחרים דלא מצי למשרי ליה אלא מדעתם ואם בא מטעם שנסתלקו הממונים מלבא לבית הועד הואיל ונתבטל מנויים נתבטלה גזרתם הא נמי ליתא דאפי' אם נסתלקו ובטלו בני העיר את מנויים לא נתבטלה גזרתם אלא כל שגזרו ותקנו בזמן מנויים קיים כ"ש מה שהשביעו את אחרים ועוד דלא מצו לאסתלוקי מאחר שקבלו עליהם המינוי קולר תלוי עליהם להתועד ולפקח על בקיעי העיר ומתפסו אכולא כרכא דאמרינן בפ' במ"מ מי שיש בידו למחות על אנשי ביתו ואינו מוחה נתפס עליהם על בני עירו נתפס עליהם וכתיב ואתה בן אדם צופה נתתיך וכו' הא למדת שקולר הרבים תלוי בהם ומכשול עונם אינו מתבקש אלא מהם כ"ש אם מקצתם הם המעכבים שגדול עונם מנשוא והמכשלה תחת ידם וכתיב וחוטא אחד יאבד טובה הרבה לפיכך הממונים מחוייבים לפקח ולשאת כל הצבור עליהם ולא ישגיחו אם לא יבאו מקצתם הירא בהם את דבר ה' ואם לא ירצו השאר לבא יעשו המה לפקח ולהשגיח וכל מעשיהם קיימים ואין הנמנעי' מלבא מבטלים ועד המושב הואיל ושלחו אחריהם ולא באו והם יחושו לעצמם מעונשי שמים.

והטענה השלישית שהשבועה היתה על תנאי שיחתו' החכם ויתן בידו שחזקת השחיטה היא שלו ותבע פעם אחת החתימה לא נתנה לו אף בזו לא אמר כלום מאחר שהחכם נר"ו

וחד דעמיה אמר כי לא היה תנאי בשעת השבועה כלל רק בקשה היא ובקש אחר שנשבע אין בדבריו כלום והך מלתא תליא בפלוגתא דר' יהודה ורבנן בפ' אמרו לו דאמר ר' יהודה נאמן אדם על עצמו יותר ממאה עדים ואמרינן מודים חכמים לר' יהודה בחלבים וביאת מקדש דמצי לתרץ דבוריה אבל בטומאה דלא מצי לתרץ דבוריה לא מהימן כנגד העדים. ומיהו סוגיא דפ"ק דמציעא לא אתיא כהך סוגיא דכריתו' דמשמע הת' דאזלא כהך לישנא דמפרש טעמייהו דרבנן משום שאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים כמו שכתבו שם התוס' דמציעא וגם הרמב"ם והראב"ד חלוקים בדבר זה כמ"ש בפ' י"א מה' שגגות ומה שיש לדקדק בדבריהם ובשמועות כתבתי במקום אחר ואין כאן מקום להאריך. ובכל ענין אף ר' יהודה דאמר נאמן אדם על עצמו לא אמ' אלא בינו לבין עצמו ולעצמו אבל בפני אחרים אסור. ואפי' לפי דבריו שאומר שתנאי היו דבריו שנשבע ע"מ שיחתום החכם בכתב החזק' שלו לא מפני שתבע פעם אחת או שתי פעמים החתימה ולא נתן הותרה שבועתו דתנן בפ' האומר הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ק"ק זוז הרי זו מקודשת ויתן וקי"ל כרב הונא דאמר הוא יתן לכשירצה ואפי' אמר שאינו רוצה ליתן ואפי' פשטה ידה וקבל' קדושין מאחר כשיתן חלין הקדושין הראשוני' למפרע דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי.

והטענה הרביעית שמאחר שהותר מקצת בימי' טובי' מרשו' החכ' הות' כולו אף זו הבל ורעות רוח שאין אומרים נדר שהותר מקצתו הותר כלו אלא בהתרת חכם דחכם עוקר את הנדר מעיקרו והרמב"ן ז"ל הוסיף לומ' דדוקא נדר הותר ע"י פתח דאדעתא דהכי לא נדר דדמיא קצת לנדרי טעות אבל לכ"ע שלא בהתרת חכם השבועה במקומה עומדת כי מה שהור' לו החכם השלם שבאותם הימים של המועדים רשאים היו לפי שראה שהיה תועלת לבני העיר כי באות' הימים צריכין להצטרף ואיש את אחיהו יעזורו דמאחר שהשבועה היתה לתקנת אנשי העיר זו היא תקנת' ויכול להתיר נדרו שלא על פי חכם ואומר הריני כאלו התקבלתי ועכשיו החכם דן כדעת בני העיר שבאותם הימים צירופן זו היא פירודן ולפי מה שהביא הר"ן ז"ל בפ' ד' נדרים דמייתי הא מלתא דראב"י שאומר הריני כאלו התקבלתי שהרשב"א ז"ל כתב דדוקא בקיום מעשה שייך לומר הריני כאלו התקבלתי כיון דאפילו היה מקבל ממנו היה יכול להחזיר אף מעכשיו יכול לומר הריני כאלו התקבלתי והחזרתי דאפוכי מטרתא למה לי אבל בביטול מעשה כגון קונם אם תלך למקום פ' לא שייך לומר הריני כאילו התקבלתי ואיכא מאן דפליג שאפי' בענין זה יכול לומר עכ"ד ומיהו אף לדברי הרשב"א ז"ל דוקא כשהוא מתרצה לבקשתו למחול ומתפייס דצריך לטעם דהריני כאילו התקבלתי אבל כשהמדיר עצמו רואה שיות' הנא'

לו בביטול הדבר במקומו לא בעי' טעמא דהתקבלתי אלא דיות' נוח לו בכך אלא כההיא דתנן התם בפ' קונם כלום נדרת אלא מפני כבודי זה כבודי אף כאן כל עצמה של שבועה לא היתה אלא לתקנת בני העיר ועכשיו בימים אלו זו תקנתם ולכך התיר לו החכם נר"ו אבל בשאר ימות השנה לקבעיה הדר הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מט

שאלה ראובן ת"ח דברו עליו על אודות אשה אלמנה להנשא לו ואמרו לו שאבי' פ' הכי נכבד אחד מעשירי העיר והוא יושב היום בצפת תוב"ב והשדכנין שביניהם כשגמרו הדבר נטלו קנין ושבועה מראובן שלא לקדש אשה אחרת זולתי את פלונית לזמן ידוע ביניהם ויהי בהפנותו שכמו שמע דבת רבים אומרים שהאשה הזאת יצא עליה שם רע וממקצת הבחורי' שנחשדה בדבר יסרום ממוני העבירו' וגם אליה שלחו הממונים לבדקה כי אמרו שהיתה הרה לזנונים וראובן בשמעו זאת אמר חליל' לי מקחת דבה רעה כזאת פן אשחי' את נחלתי ואוצי' שם רע על זרעי זאת ועוד אחרת כי נתגלה שהאיש ההוא שאמרו שהיה אביה העומד היום בצפת המיר ברומה ונשא זרה ושהה עמה כמה שנים ומתה בזרותה וזאת הבת אשר נולדה לו בזרותה מן הזרה ההיא באופן שאינה בתו אלא בת הזרה ההיא ועל כן הגביר ההוא אחי הר' אברהם במסתר פנים ממנה כי חרפה היא לו וכשנשבע אמרו לו כלשון הזה שלא לקדש שום אשה אחרת זולתי את פלו' בת הר' אברהם הנז' וזו אינה בתו כ"ש שלא ידע שהומר אביה להכעיס ושהה עשרים שנים נשוי עם זרה שזה פגם גדול ואדעתא דהכי לא נשבע יורינו מורינו אם יש לו שום חשש עון מחמת' הואיל ומוטע' גמור היה ושכרו כפול מ"ה.

תשובה הדין עם ראובן שזה הדבר נעשה בטעות כדאמרינן בפ"ק דכתובות כנסה בחזקת בתולה ונמצאת מוכת עץ יש לה כתובת מנה כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ולא כלום והיינו לישנ' בתר' ומייתי מדתנן היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך והיה מקחי מקח טעות ומקח טעות לגמרי משמע וכן פסק הרמב' ז"ל בפי"א מה' אישו' ובא"ה סי' ס"ח ואף לענין התוס' היכא דהוברר שנבעל' מעיקרא לכ"ע איבדה גם התוס' דהוי מ"ט ואם בכנסה בחזקה בתול' ונמצא' בעולה אפי' היא באונס מפסדת כתובתה ותוס' כ"ש כנסה בחזקת צנועה ונמצאת פרוצה מיהו איכא למידק בנ"ד אם יש לחוש ללעז ולשם רע בעלמא שהרי אמרו בפ' המגרש יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין לה מ"ט פריצותא הוא דקחזו לה ואע"ג דלקלא דמקמי אירוסין חוששין היינו דוק' קלא דאתחזק בבי דינ' ונרא' דזהו לענין איסור' דוק' אבל לענין קפיד'

שמקפיד האד' בצניעו' אשתו הואיל ויצא עליה שם רע קפדי אינשי כדאשכחן בפ' השולח המוציא את אשתו משום שם רע לא יחזיר פרש"י שיצ' עליה שם לעז זנו' ואעפ"י שלא נתברר ואמרו שם תרי לישני חדא משום קלקולא שאם נמצאו הדברי' בדאים יאמר אילו הייתי יודע כן לא הייתי מגרשה ואידך קנסו חכמי' שלא יהיו בנו' ישראל פרוצות בעריו' אלמא אפי' בלעז בעלמא קפדי אינשי וכתבו התוס' דלישנ' קמא ס"ל דאין שייך פריצו' דמה לה לעשו' אם מוציאין שם רע עליו ולישנא בתרא סבר דמשום ש"ר לא מצי מקלקלה כיון דמשו' ש"ר מגרש' דעתו בכל ענין לגרשה אפי' יהא בטל אלא טעמא שלא יהיו בנות ישראל פרוצות דמסתמא אם לא היתה פרוצה לא יצא עליה ש"ר ואע"ג דאנן כלישנא קמא קי"ל היינו לענין קנס דלא יחזיר מ"מ אמרי' דפריצות' מיהא איכא כדאמרי' בהמגרש פריצות הוא דקחזו לה וקפדי בה אינשי ופריצות' בנשוא' כבר יוצאה שאינה נשואה אינו דין שלא תנשא שהרי אמרו בשלהי גטין יוצאה וראשה פרוע ורוחצת במקום בני אדם זו מצוה מן התורה לגרשה שנא' כי מצא בה ערות דבר ועוד מאחר שיצא עליה שם רע למחר הבריו' מליזות עליה ועל בניה ופוג' את עצמו ומאחר שעדיין לא קדש מצי לחוש ולעכב מפני ערעור בעלמא כדאמרי' פ' מי שהי' נשוי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריו' ויצאו עליה עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה דהיינו מכי דייש אמצרי אינו יכול לחזור בו אבל קודם לכן אעפ"י שכבר קנה בתחלה בקנין או בחזק' ואעפ"י שלא נתברר הערעור כלל הואיל ומעכשיו יצאו עליה עסיקין לערער למקח טעות דמי וש"ר דפנוי' שם רע מיקרי כדאמרי' בפ' אלו נערות את שיצא עליה ש"ר בילדותה אין לה קנס ומנא תימרא דש"ר דפנויה פגם מיקרי מההיא דס"פ בן סורר מעש' בא' שנתן עיניו באשה ועלתה בלבו טינא שאלו לרופאים ואמרו אין לו תקנ' עד שתבעל לו וכו' יספר עמה אחורי הגדר אמרו חכמים ימות ואל יספר עמה אחורי הגדר ומסיק פנויה היתה רב פפא אמר פגם משפחה רב אחר בריה דרב איקא אמר כדי שלא יהיו בנות ישראל פרוצות בעריות אלמא אפי' דבור דפנויה אחורי הגדר מיקרי פגם משפח' ואיכא משום פריצות ערוה כ"ש דהוי פגם לנוש' אותה ופגם לבניה הנולדי' ממנה ואיכא למידק בההיא דסוטה ס"פ ארוסה דאמר שמואל ישא אדם דומה ואל ישא בת דומה שזו באה מטפת כשרה וזו באה מטפת פסולה ור' יוחנן אמר ישא אדם בת דומה ואל ישא וכו' וכת' שם התוס' דלא מיירי כגון ההיא דאמרי' דומי מתא יומא ופלגא אלא בקלא דפסיק ומדברי רש"י ז"ל שכתב וזו באה מטפה פסולה שמא מעכו' או ממזר משמע דבפנוי' מיירי דאולי בא"א מישראל ריע טפי דלכ"ע הוי ממזר ובזר ועבד הבא על בת ישראל קי"ל בהחולץ דבין פנויה בין א"א הולד כשר וקש' דבגמר' מוכח דמיירי

בא"א דקאמר בת דומה רוב בעילו' אחר הבעל וצריך לפרש דבכל ענין מיירי בין בפנויה בין בא"א דשמואל דאמר אל ישא בת דומה אפי' בפנויה קאמר מדנקט טעמא שבאה מטפה פסולה ולא קאמר משום ס' ממזרו' ולר' יוחנן דאמר ישא בת דומה אפי' מא"א ואל ישא דומ' אפי' מפנויה שמא תזנה תחתיו ומקלקלתו לשמש עמה אחר שנתארסה והכי פסיק התם הילכתא בהדיא ומה שקשה בשמוע' ובדברי התוס' פירשתי שם מ"מ שמעינן דמכוער הדבר ושומר נפשו ירחק מהם אפי' בקלא ולעז בעלמא קפדי אינשי ופרשי מינה כ"ש ת"ח.

והיכא דנשבע לישא אותה והוא לא ידע פגם זה איכא למימר דאדעתא דהכי לא נשבע כדכתב הרא"ש בתשובה הביאה בא"ה סי' ן' בראובן ששדך בתו וקבע זמן וסכום ידוע לקנס ושוב הומרה אחות המשודכת והשיב כיון שאירע אונס כזה אנן סהדי אם היה יודע שדבר זה עתיד ליעשו' לא היה משדך והוי כאילו פירש מעיקרא ואם החזיקו שטרות עליו ביד שליש יחזיר והסבלונות יחזירו וגם שם הובא בב"י תשובת הרשב"א ז"ל במשודך שתוך הזמן קלקל מעשיו דמשחק בקוביא ועשה דברים שבגללן נתנדה והשיב דאזלינן בתר אומדנ' ואפילו במקו' שבועה ונדרי' וכדאמרי' לא נתכוונה זו אלא להגון לה ויש לתמוה היכי מהני מה שנתחדש אח"כ שמומרה אחות הכלה או שהחתן קלקל מעשיו להפקיע החיובי שנתחייבו בתחיל' ומה גם במקום שבועה ליכא למימר אדעתא דהכי לא נתחייב ולא נשבע דברים שתחת האפשר הם שיארעו אח"כ וקי"ל אין פותחין בנולד כגון ההיא דתנן בפ' פותחין קונם שאיני נהנה לאיש פ' ונעשה סופר או שהיה משי' את בנו וכל דלא שכיח טפי מיקרי נולד טפי מדאהדרו ליה רבנן לר' אליעזר דההיא דכי מתו כל האנשי' לא מיתה ממש היא דמיתה לא שכיחא כ"כ אלא שירדו מנכסיהם דעניות שכיחא ושמדא וקלקול לא שכיח טפי ממיתה וי"ל דשאני הכא שהבשת והפגם בשעת נשואין הוא והיאך ישא אשה שאחותה מומרת והיאך ימסור את בתו למי שמעשיו מקולקלי' מוטב שתתעגן כל ימיה ולא ימסרנה לו וכן הוא מוטב שיתן כל הון ביתו ולא יעשה פגם בעצמו ובמשפחתו הילכך כל שבא האונס קודם המעשה אמדי' לדעתיה דאדעת' דהכ' לא נתחייב שיעש' דבר שאין ראוי לעשותו נהי דאם אחר שנשא היה המאורע הזה לא היה לו שום טענה שכבר נעשה מעשה אבל כשאירע הדבר קודם המעשה אמרי' אדעתא דהכי לא נשבע שישא אשה שאינ' הוגנת לו ודמי להא דאמרי' בפ' מעשה באשה שהיתה גדולה בנוי ונשבעה שכל מי שיתבעני' אינה מחזירתו וקפצו עליה אנשי' שאינ' מהוגנין אמרו חכמי' לא נתכוונ' זו אלא להגון לה אף כאן לא נתכוון אלא להגונה בשעת נישואין וכ"ש דנ"ד שהנדר טעות מעיקרו דאיגלאי מילתא

למפרע כדתנן בנזיר בפ' ב"ש מי שנדר בנזיר והלך להביא את בהמתו ומצאה שנגנבה אם עד שלא נגנבה נזר הרי זה נזיר ואם משנגנבה נזר אינו נזיר וזו טעות טעה נחום המדי וכו' וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב דנזיר שהנדר טעות לגמרי וכן משמע מדברי רש"י ז"ל שם אבל התוס' כתבו שם פירוש אינו נזיר כלומר הויא חרטה מעלי' ומתיר לו החכם מה שיש לדקדק בדבריהם כתבתי במקום אחר.

גם בטענה השנית שאמרו לו זו בת פלוני אחיו של פלוני ועכשיו ידע שאותו פלוני הומר ונשא זרה וזאת בתה ההיא ודאי בתך הבא מן הזר' אינו קרוי בתך אלא בתה כדאמרי' בס"פ האומר ובעשרת השבטים אמרי' לא זזו משם עד שעשאום עכו"ם גמורים שנא' בה' בגדו כי בנים זרים ילדו ואפי' אם נתגיירה לא מיקרי זרעו ואינה פוטר' מן היבום ופגומה מקריא דגר פגו' מממזר ומנתין כדתנן בשלהי הוריות ממזר קודם לנתין נתין קודם לגר ומפרש בירושלמי שזה בא מטפה כשירה וזה בא מטפה פסולה כ"ש זו שתחילתה מביאה אסורה ועוד מפני פגם אביה שהקדיח תבשילו ברבי' ופרק עול הפר ברית אין לך פגם גדול מזה אעפ"י שעכשיו חזר בתשובה מ"מ פגם משפחה הוא וכי תימא הא אמרי' בפרק ר' אליעזר דנדרים שהם בתולה נדרו בדבר קונם שאיני נושא את פלוני' שאביה רע אמרו לו מת או שעשה תשובה אלמא עשה תשוב' כמי שנעקר נדרו הוא ופנים חדשות באו לכאן שתי תשובות בדבר חדא דלשון שאביה רע כל זמן שאבי' רע משמע מדלא קאמר שהיא בת איש רע דהיא משמע שהוא פגומה ומחולל כבודה אלא כל זמן שאביה רע קאמר ובאומרי' לו מת או שעשה תשובה אומר לא לכך נתכוונתי אי נמי דשאביה רע לאו בעושה עבירות הוא אלא שסורו רע והיה ראוי להתרח' ממנו שלא יערב עמו ושלא יזיקנו וכיון שעשה תשובה ושב מדרכו הרעה בטלה הסבה אשר נשבע עליה ועוד פושט ידו בעיקר שאני שתשובתו קשה וחרפתו לא תמח' כדאמרי' בפ"ק דע"ז כל באיה לא ישובון זו מינות ואם ישובו לא ישיגו אורחות חיים ובפ"ק דשבועו' אמרי' והנפש אשר תעשה ביד רמה זה העושה עבירות כיהויקים וכו' כי דבר ה' בזה זה האומר אין תורה מן השמי' ואת מצותו הפר הפורק עול ומגלה פנים בתורה הכרת לפני י"ה תכרת לאחר י"ה יכול אפי' עשה תשוב' ת"ל עונה בה דברי רבי וחכמי' אומרי' הכרת בעה"ז תכרת לעה"ב שאם עשה תשובה ומת מיתה ממרק' אלמא בחמורו' אלו אין כח בתשובה וי"ה לכפר ולא ביסורין למרק עד כי יבא יומו וכפר אדמתו עמו וכל זמן שלא נתכפר פגם למשפחתו הוי כדאשכחן בהרוגי ב"ד דאמרי' בפרק נגמר הדין דלא היו קוברים אותם בקברי אבותי' אע"ג דכיון דאיקטול הויא להו כפרה ופרכינן לא היו מתאבלים לא אוננים ואי ס"ד כיון דאיקבור הו"ל כפרה לאבלו עלייהו ומשני בעי עיכול

בשר כדתנן נתעכל הבשר מלקטין את העצמו' ובאים וקוברי' אותן במקומן אלמא כל זמן שלא נתגמרה כפרתו פגם משפחה היא לפיכך נראה דבכה"ג אפי' התרת חכם לא בעי חדא שהנדר טעות שלא ידע מה טיבה של ריבה זו ומולדותיה ביום הולדת אותה ומה טיבו של אברהם זה שנתנכרו מעשיו ואילו ידע לא היה נשבע ועוד מאחר שאמרו לו בלשון השבועה שלא יקדש אלא את פלוני' בת הר' אברהם הידוע להם וזו אינה בתו עדיף טפי מתולה נדרו בדבר ונשתנה הדבר כגון שמת או עשה תשוב' כדברי הירושל' שאמר אף הוא אינו צריך התרת חכם וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ' ח' וכן כתבו הרא"ש והר"ן ז"ל אלא שהר"ן ז"ל הביא לשון שני שם דמשמע דיש הפרש בין אומר שאביה רע או לבית שהנחש בתוכו דמשמע לשון תנאי כל זמן שהוא רע לאומ' קונם שאיני נושא בת פלוני הרע ומיהו זה יתכן לדברים שנתחדשו אח"כ אבל היכא שנמצאו הדברים בדאים הוי כנדר טעות אע"פ שלא הוזכרו דרך תנאי ונ"ל ראיה מהא דאמרי' בפ' השולח מ"ט דר' יהודה דאמר כל נדר שלא ידעו בו רבים אין לו הפרה דכתיב ולא הכום בני ישראל כי נשבעו להם וכולי ורבנן התם מי חיילא שבועה עלייהו כלל כיון דאמרו מארץ רחוקה באנו ולא באו לא חיילא שבועה עלייהו כלל וכן מצאתי בשטת המפרשים ז"ל מהכא שמעינן דכל דמשתבע לחבריה סתם אעפ"י שלא הזכיר בשעת שבועה כלום אדעתא דמאי דאמר ליה חבריה הוא והעולה מדברינו שרשאי ת"ח זה לישא אשה ההוגנ' לו ואפי' התרה לשבועתו אינו צריך לרווחא דמלתא יהיה נשאל בפני ג' ויתירו לו ושלום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נ

שאלה ראובן לקחוהו והתנו לו פרס חברים מקשיבים ללמוד תורה מקרא משנה הלכות לזמן שתי שנים ולדרוש להם עפ"י ה' בדברי הגדה בשבתות ובחדשים ונחה דעתם עמו בלמודו ובאומרו להם מוסר השכל יום יום היו שותים בצמא את דבריו ויהי היום בני חבר' אחרת היו מבקשים להם מלמד באו ופתוהו ברצי כסף בכפלי' ממה שהיו נותני' לו בני חברה זו והוא לא היה מתרצה לחלל בריתו עם החברים מקשיבים לקולו וגם לסבות אחרות עד כי העמידו לגברא רבה ראש קהלת' שיפש' עם ראובן זה בכל ענין שיבא אליהם והחכם הנזכ' עשה השתדלות רב עם ראובן הוא ות"ח אחוזת מרעיו והפצירו בו עד בש עד כי נתרצה ונשבע בתקיעת כף לקיים את הדבר והנה כששב לביתו תיכף היה כאשם על הדבר הזה פן יתחלל שם שמים לומר שחלל בריתו עם אלו המבקשים תורה מפיו בבצע כסף ונתמרמר על הדבר גם המה הוכיחו על פניו ברבים ואמרו לו מאחר שהוא שכיר להם בא בשכרו עד שתי שנים מי התיר לו לבגוד בהם ולהזניחם וכן

לא יעשה שאין המלמד נחשב כפועל שחוזר בו כמו שאמרו המפרשים ועתה ראובן זה אעפ"י שאלו נותנים לו כפלים ממ' שהיו נותנים הראשונים אומר שלא יחלל את בריתו עמהם או' שיש בדבר חילול ה' ועל השבועה טוען שתי טענות הא' כי החכם כבר נתרצה שיבא לאחר זמן שהיה לו עם הראשונים וכשנשבע לבא לא היה אלא ע"ד כן אעפ"י שלא פירש כמי שפירש והשנית דאפי' היה נשבע בפי' לבא תוך הזמן היה ע"ד שהוא מחויב מן הדין עם הראשונים שכן אמר לו החכם בפירוש שהיה יכול לבא שפועל חוזר בו אפי' בחצי היום יורינו רבינו אם יש היתר לשבועה זאת.

תשובה המרדכי הביא שנשאל רבי' מאיר על מלמד שהתחיל ללמוד ואמר לו בע"ה לך מעמדי ונתרצה המלמד ושוב חזר בו בע"ה ורוצה לעכבו והמלמד אמר מחלת שעבודי והשיב דלא נמחל שעבודו באמיר' בעלמ' כדאמרי' בע"ע שגופו קנוי וכתב וכן הוא לדברי רבינו יואל וראבי"ה בנו שפסקו שמלמד לא חשיב כפועל דאפי' בחצי היום חוזר אלא חשיב כדבר האבד ולא יוכל לחזור בו ומשמע דכיון דאיכ' פסידא חשיב גופו קנוי ואינו נמחל שעבודו בדברים ולא אמרי' כיון דפועל חוזר בו בחצי היום אלא דהיכא דאיכא פסידא שוכר עליו עד כדי שכירותו והוא יכול למחול אותה פסידא ולו' א"א בתקנת חכמים שתקנו לתועלתי וכי אמרי' גבי ע"ע שגופו קנוי ובמילי דעלמ' דא"ל זיל לא מפקע מניה היינו במפקיע שיעבודו לגמרי בלא גרעון כסף אלא ס"ל למהר"ם דכל דאיכא פסידא חל השעבוד על גופיה כדין ע"ע ובדברי' בעלמ' לא מפקע ושמא דלפי הטעם שכתב באחרונ' דלא כל כמיני' דאב למחול זכות בנו אהא קאמ' דאי משום דפועל חוזר בו בחצי היום לדברי רבינו יואל וראבי"ה מלמד אינו יכול לחזור בו וקשה דהכא אמר משמיה דרבינו יואל דמלמד לא חשיב כפוע' ואילו לעיל מיניה הביא המרדכי כתב רבינו יואל המשכיר עצמו ללמוד נערים כל שעה שירצה כדין פועל שיכול לחזור בו לשנה פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום ואין דינו כקבלן שאינו יכול לחזור דפסקינן כר' דוסא דאינו קורא קבלנו' אלא קמה לקצור הן לזמן מרובה הן לזמן מועט ונר' דלא קשי' דידיה אדידיה דהכא כשאין שם פסיד' מיירי דס"ד דקבלן הוי ואפי' שלא במקום פסידא אינו יכול לחזור בו לכך כתב דלא חשיב קבלנות אלא כגון קמה לקצור וכו' אבל זה שהשכיר עצמו לזמן קצוב כפועל דמי והיכא דליכ' פסיד' יכול לחזור בו ומשכחת לה דאשתכח לאלתר דייק כותיה לא מצי מעכב שכרו אבל אי איכא פסידא ודאי אפילו פועל אינו חוזר בו וזהו שכתב כאן משם רבינו יואל וראבי"ה דחשיב דבר האבד אי לא אשתכח לאלתר דדייק כותיה ומיהו לעיל מינה הביא המרדכי עצמו בשם ס' צפנת פענח מלמד החוזר בו שוכ' עליו או מטעהו וכו' וכן פירש ראבי"ה דלימוד דבר האבד הוא ואין

יכול לחזור בו כדאמרינן לקמן בפ' המקבל ובפ' לא יחפור האי מקרי דרדקי פסידא דלא הדר הוא ופי' ר"י ורבינו שמשון דדבר האבד הוא ואינו יכול לחזור בו אבל רבינו יואל פסק דמלמד כפועל ויכול לחזור בו בחצי היום ורבינו מאיר אומר הלכה למעשה דדבר האבד הוא ע"כ ותימא איך כתב דרבינו יואל פסק דמלמד כפועל וראבי"ה בריה פליג עליה הרי רבינו מאיר אמר דתרווייהו כנפש האב וכנפש הבן דמלמד לא חשיב כפועל ומה שכתב שאין דינו כקבלן שאין יכול לחזור בו מהך טעמא דקבלן ודאי אינו יכול לחזור בו דא"כ אפילו שאר שכירי דעלמא כגון שכיר חדש שכי' שנה הוא חשיב קבלן דלא מצי הדר אלא אין קבלנו' אלא כגון קמה לקצור ולא פליג אשאר רבוותא דאמרינן דלימוד דבר האבד ופסידא דלא הדר דהגע עצמך דא"ל הריני יושב עד שתביא א' דדייק כותי אין כאן פסידא ובהא כ"ע מודו דמצי הדר וקבלנות לא הוי.

ועוד נראה לי שהטעם שהזכירו הגדולים הללו דאינו יכול לחזור בו מטע' דאיכא פסידא כדאמרינן בהמקבל ובפרק לא יחפור דהוי פסידא דלא הדר אפילו תימא שרבינו יואל חולק בזו מ"מ בהא לומר דהא לא מקרי פסידא כי אמר טרחנא ויתיבנא עד דאתי גברא דדייק כוותי שפיר דמי וטעמא לפי שאין כאן מי שיקפיד אלא אביהן של תינוקת ואין להם על מה שיקפידו אלא בענין זה אבל הרב שהשכיר עצמו ללמוד תלמידים גדולים וגם הם עצמם מעכבין לומר אין חפצנו ללמוד אלא עמך ואף על גב דאיכא דדייק טפי מיניה ואפילו כיהושע בן נון לא צייתינן ליה הדין עמהם דהא קיימא לן אין אדם לומד תורה אלא במקום שלבו חפץ דכתיב כי אם בתור' ה' חפצו כדאמרינן בגמרא ועוד איכא בגמרא דבני מערבא בעירובין פ' מי שהוציאוהו מעשה ביוסי הכהן שהיה מטמא אחר רבו לצידן הדא אמרי' לא מן הכל אדם זוכה ללמוד תורה שהרי בארץ ישראל כמה חכמים היו ללמוד מהם וכן משמע מההיא דפ' אלו הן הגולין תלמיד שגלה מגלין רבו עמו שנאמר וחי עביד ליה מידי דתהוי ליה חיותא ומדלא קאמר מושיבין שם רב ומעמידין שם ישיבה כדאמר' דאין מושיבין אותם אלא במקום שווקי' ובמקום אוכלוסין מדכתיב וחי והכא אמר מגלין רבו עמו היינו טעמא שאף ע"פ שיש שם רב לא מן הכל אדם זוכה ללמוד תורה.

והואיל והוא כן לא חיילא עליה שבועה כלל דהו"ל כנשבע להרע לאחרים דלא חיילא עליה כדתניא שבועה שאכה את איש פלוני שאפצע את מוחו לאו כלום היא וכן לענין ממון הו"ל נשבע על דבר שאינו בידו שבועה שלא אפרע לאיש פלוני שאני חייב לו שהרי כופין אותו ופורע וכן כופין אותו ולומד עמהם ומההיא שעתא יצתה שבועה לשוא ואפילו מקיי' לא מקיימא בהכי כדאמרינן בפרק שבועות שתים שבועה שלא אוכל ככר

זו שבוע' שאוכלנ' לא אכל' עבר על ש"ש אכלה עבר על ש"ש ועל שבועת בטוי ואין לומר דהא לא מיקרי נשבע על דבר שאינו בידו דיכול להתר פסת יד להשכיר אחר ברצי כסף וחיילא שבועה שפיר דהא דע"כ שעבודא אית ליה לב"ה על גופו מדלא מהניא ליה מחילה דומיא דע"ע אלמא אין עליו תביעת ממון אלא תביעת גוף ולא אמרו שוכר עליהם או מטען אלא לפי שאינו יכול לכופו שאם היה מוצא ב"ד היו כופין אותו בע"כ וכיון דשעבודא דגופיה איכא עליה כשנשבע לחזור בו יצאה שבועה לשקר ולא חיילא כלל. ועוד איכא הכא טעמא אחריתי דאפילו תימא דאיכא מאן דפליג בהא דיכול לחזור בו כיון דרובא דרבוותא סברי דאין יכול לחזור בו לא אמרינן ספק ממונא לקולא ואין הולכים בממון אחר הרוב דספק איסור שבועה לחומרא דהא כיון שאמרו מעיקרא בהדיא שמאחר שלא היתה שבוע' ביניהם יכול הוא לחזור כדין פועל עכשיו שהוא רואה דכמה מרבוותא אמרי דאינו יכול לחזור בו לא בעי לשוויה נפשיה הדרנא ומחוסר אמנה שיאמרו שחלל בריתו עמהם בבצע כסף שהוסיפו לו כאן כפלים ויש בדבר חילול ה'. ואדעתא דהכי לא נשבע אלא שהיה סבור שאין אומר ואין דברים שיהיה מחויב להם ועתה הוא רואה דרובא דרבוותא ס"ל שהוא חייב ולפי דבריהם חשיב לוה רשע ולא ישלם ושבועה בטעות היא זו דאדעת' דהכי לא נשבע. וכן כתבו בא' שאמר לו הדיין שהיה חייב שבועה ונתפשר עם בעל דינו ונשבע לתת לו כך וכך ושוב ידע שלא היה חייב אלא חרם סתם דהו"ל קנין בטעות. אי נמי בפועל דחשיב גופו קנוי כדין ע"ע כדכ' מהר"ם לא מחוורא מלתא לומר המע"ה דהא לא הוי ספק ממונא דמחוסר גובייא דהאי לא מחוסר גובייא אלא משועבד גופו לשוכר וכדין עבדים וקרקעות והעמד שעבוד על חזקתו עד שיודע בברי שנפטר כ"ש היכא דרובא דרבוותא ס"ל דלא נפטר דרובא וחזקה מסייעי לשוכר. גם מן הטענה שהוזכר בשאלה שבתחלה נתרצה לו שיבא לאחר עבור הזמן הקצוב לו עם אלה ועברו כמה דברים ביניהם שלא היה מתרצה ראובן לבא וגם לא ליקח שבועה כלל ואח"כ כשהפציר בו לוי נתרצה ונשבע לבא לא הי' אלא ע"ד שיבא אחר הזמן כמו שנתרצה לוי בראשונה הדין עמו. ואין טענת לוי טענה כמ"ש שכבר עבר זמן רב שנאמרו אותם דברים ואח"כ נשבע סתם לבא לאלתר משמע דמפני שעבר זמן אין בכך כלום כדאמרינן בתוספתא הביאה הרי"ף ז"ל בפרק קמא דקדושין זה אומר במנה וזה אומ' במאתים והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"כ תבעו זה לזה אם הלוקח תבע את המוכר יעשו דברי המוכר אם המוכר תבע את הלוקח יעשו דברי הלוק' וכאן לוי תבע את ראובן והוא עצמו נתרצה שיבא אחר הזמן מסתמא מה שנשבע ראובן ע"ד מה שא' לוי אף על פי שלא פירש כמי שפירש ואף על פי שעבר כמה זמן ע"ד הראשונה נשבע.

כ"ש שלא נעתקו מאותו ענין לגמרי וחשיב כמו מענין לענין ובאותו ענין דחשיב כמפרש לענין קדושין ולענין פדיון מעשר שני.

ויש לברר דאי בשעה שהשכירו ת"ח זה לא היו מוצאים גברא דדייק כותיה ומה שהיו מוצאין אז אפשר למצא עכשיו כיוצא בו אין המלמד זקוק להם דבפועל נמי כתב הטור בשם הרשב"א דהאי דינא דגמרינן בפועל מיירי כשהוא מוצא אז פועלים אחרים לשכור בשעה ששכר את אלו ועכשיו שאינו מוצא נמצא שמפסידין אבל אם לא היה מוצא אחרים פטורים והרב המ"מ הביא כן בשם הרשב"א ז"ל וגבי מלמד נמי כתוב בהגה' א"שרי וכן מלמד שנשכר בעת שהיו מלמדים מצויים יותר מעכשיו מ"מ לא יצטרך התינוק להתבטל בכך רק דבר מועט כגון שידוע שימצא מלמד בקרוב לא הוי דבר אבד כי אם לפי אותו זמן וכו' וכונתו שידוע שיבא זמן שיהיו מצויין מלמדים כמו באותו זמן הראשון דאז כיון שהזמנים שוין תו לא מצי מעכב ליה ומדקאמר שנשכר בעת שיהיו מצויים יותר מעכשיו משמע שאם לא היו אז מצויין מצי אמר ליה אנא מאי הפסדתיך גם אז לא היית מוצא אחר כרצונך.

ולפי הטעם שכתב בהגהות מרדכי שרבינו יחיאל כתב שאין המלמד יכול לחזור בו דלא דמי לפועל שחוזר שהרי אין שוכר עצמו כי אם לשכר בטלה כדאמרינן מה אני בחנם אף אתה בחנם ע"כ. אם כן אף ע"ג דלא הוי דבר האבד לא מצי מהדר דמידי הוי טעמא אלא משום כי לי בני ישראל עבדים אין כאן עבדות אלא שכר בטלה הוא נוטל וכבר הוא שכור עד הזמן ולא מצי מיהדר.

ועוד טעמא אחרינא איכא הכא דכיון דמלמד זה לא חזר בו כדי לנוח אלא אדרבה הלך וקנה אדון לעצמו בבצע כסף בכה"ג לא שייך לומר ולא עבדים לעבדים. תדע שהרי כתב הטור סימן של"ד בשם ר"י דוקא כשחוזר בו סתם אבל אם חוזר בו מחמת היוקר אין שומעין לו משמ' דסבירא ליה שלא פטרתו תורה אלא לנוח לא להשתכר שרואה שנתייקר' המלאכה ורוצה שיוסיפו לו על שכרו אע"פ שהוא אומר שרוצה לנוח בגין שאם היו מוסיפין לו שכר היה מתרצה לאו כל כמיניה. וה"ה לזה שהלך והשכיר עצמו לאחרים ברצי כסף שהוסיפו לו דאין שומעין לו יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נא

טובייגא דחכימי. מהטובים שבבני עליה. מפליא עצה מגדיל תושיה בחירי רצתה נפשי. החכם הנעלה כמהר"ר זרחי'.

מה שאמרת מתשובת המיימוני בס' קנין סימן ל' דמשמע דפליג אהני רבוותא דאם ימצא מלמד אע"ג דלא דייק כוותיה לא מיקרי פסידא שהביא וז"ל לענין המלמד החוזר בו

שמדמין אותו לדבר האבד משום דמקרי דרדקי חשיב פסידא דלא הדר אלמא חשיב דבר האבד כשאינו לומד בדין גם זה דבר האבד כשחוזר בו ואין הנער מוצא מלמד אחר ומתבטל ואין ראיה מהתם דלא חשיב דבר האבד אלא כשלומד בשבוש מטעם דשבשתא כיון דעאל עאל ואפילו מאן דלית ליה מיהו בההיא שעתא מתבטל והוי פסידא דלא הדר אבל חוזר בו אין נראה דהוי פסידא דלא הדר שיהא בו דין דבר האבד אך נראה דחשיב דבר האבד מהא דאם יום תעזבני יומים אעזבך וכו' נמצא מאבד ושוכח מה שלמד בביטול זה אך אם ימצא מלמד אחר בפחות יכול להכניס תחתיו וב"ה יתן לו שכירותו לבד מה שצריך להוציא ליתן למלמד שני הנכנס תחתיו עכ"ל רשב"א ז"ל ומשמע ליה לכ"ת מדברי תשובה זו דלא מיקרי דבר האבד אלא בדבר שהוא מפסיד ומאבד מה שלמד כבר אבל אם ימצא מלמד אחר אע"ג דלא דייק כוותיה מ"מ כיון דמועיל לו שלא יהא יושב ובטל ושוכח תלמודו תו לא הוי פסידא דלא מיקרי פסיד' אלא כשמפסי' מה שבידו אבל מה שאינו מרוי' ומוסי' בלימודו לא מקרי דבר האבד. ולא נהירא כלל לומר שיקח מלמד גרוע דלא דייק לבנו שילמד אותו בשבוש דלמ"ד שבשתא כיון דעאל עאל אין לך הפסד גדול מזה ולמ"ד ממילא נפקא הפסד הזמן וחסרונו לא יוכל להמנו' דמ"ה קרו לי' פסיד' דלא הדר לענין דלא בעי התראה ולא בא רשב"א לחדש אלא דמשום עצמו של זמן המועט שאינו מוצא מלמד ומתבטל דבההיא שעתא לא מקרי דבר האבד אע"ג דאשכחן דאותו הזמן המועד שלמדהו בשבוש אע"ג דממילא נפקא קרי ליה פסידא דלא הדר שאני התם דהוי בתוך זמן הלמוד שעליו ללמד שא"א להתבטל ממנו אפילו שעה א' אבל זה שחוזר בו אין לו לחוש על ביטול הזמן אלא אפסד' דלא הדר כגון פועלים להעלות פשתנו מן המשרה דקפסדי עסק' דיליה אבל תלמיד זה בזמן מועט כזה עד שימצא דדייק כותי' לא יפסיד אלא שלא ירויח. ועל זה חזר לומר דמ"מ פסידא מיקרי שיפסיד מה שבידו דאם יום תעזבני וכו' אבל אי לא משכח אלא מאן דלא דייק האי הוי פסידא גמורה שיהא התינוק מפסיד והולך אי משום שבשת' דעאל אי משום ביטול הזמן תדיר אי משום הפסד הממון שנותן חנם למי שילמדהו בשבוש ותדע לך דמה שכתב אך אם ימצא מלמד דמיירי בדדיי' דקא' שאע"פ שימצ' בפחות משכרו יכול המלמד הראשון להכניסו תחתיו וב"ה יתן לו שכירותו כלו לבד מה שצריך ליתן למלמד השני נמצא זה עושה סחורתו בפרתו של חברו שיבא לו מלמד גרוע בזול וישתכר הוא במותר זה לא עלה ע"ד אדם מעולם אבל היכא דדייק כוותיה מצי אמר ליה אם לא הייתי מוצאו אלא ביוקר לא הייתי שוכרו עלי ואני הייתי מפסיד את המותר גם עתה רווחא דידי היא. ואפשר דמיירי דאינו מוצאו בקבע אלא לפי שעה וב"ה אינו פוטרו כל הזמן שקצב יכול

לומר או התרצה במלמד זה ואפטר או עלי להשכיר לך מלמד ראוי בין בפחות בין ביותר עד הזמן.

ומ"ש א"כ איפה לענין ממונ' דשוכר עליהם או מטען פטור הוא המלמד כיון דפלוגתא דרבוות' היא אין הולכין בממון אחר הרוב אעפ"י שצרף דעתו של רשב"א עם רבי' יואל ובקש להלום את לשונו ולא הולמתו מ"מ מאחר שמהר"ם כתב וכן אנו דנין דמלמד אינו יכול לחזור בו הו"ל סוגי' דעלמא הכי וכל דלא דאין הכי טועה בשיקו' הדעת הוא. ומהרי"ק בשרש קי"ב כתב ועוד דמהר"ם בתרא' טוב' מרבי' יואל וידע במילתא טפי מינן ואפי' הכי לא חש לה גם אנו לא ניחוש דמתוך סברא זו פסקו כל הפוסקים הלכה כבתראי וכו' וזה בדבר שחולק על דברי רבינו יואל כ"ש כאן דכמה מרבוותא פליגי עליה ומהר"ם כתב דהכי דייניגן. ותו לטעמא דכתב המרדכי בהגהות בשם רבינו יחיאל מפרי"ש דכיון דשכר בטלה שקיל לאו פועל הוא שיחזור בו וכיון שכן איכא תרי ספקא דמסייעי להו שלא יוכל לחזור. וכבר כתבו מקצת הרבנים האחרונים דבס"ס מפקינן מיד המוחזק. ותו כיון שהפועל גופו קנוי לב"ה ויש לו בגויה מספקא לא מפקע מיניה.

ומ"ש ואם כה יאמר כי עלה בדעתו דמה שאמר לו החכם דפועל חוזר בו בחצי היום הלכה רווחת היא וע"ד כן נשבע לאו כ"כ ליפטר בכך דדברים שבלב הוא ואין כאן נדרי שגגות גם בזה יש לדון דאילו היה אומר דמלמד יכול לחזור בו הו"א דאורו ליה כמ"ד יכול לחזור אבל הוא לא ירד לדין המלמד ולא לפלוגת' דידיה אלא אמר לו פועל יכול לחזור בו וזו הלכה פסוקה מכי לי בני ישראל עבדים ועפ"כ נשבע אבל אם ידע דרובא דרבוותא קמאי ובתראי סברי דאינו יכול לחזור בו לא הוי שוי נפשיה עבריינא והדרא לגבייהו וכיון דעפ"י דברים אלו נשבע דמי לקונם אשתי נהנית לי שגנבה את כיסי ושהכתה את בני ונודע שלא הכתהו ושלא גנבתו ואם אמרו שגנב' את כיסו ומתוך הדברי' הדיר' פשיטא שע"ד כן נדר דבעסוקים באותו ענין כמאן דמפר' דמי לענין קדושין ולענין מעשר שני ובכל דוכתי וכבר כתב הרא"ש וכו'.

ומ"ש דכיון דבאיסורא אתא שלא התנה ליטול שכר בטלה א"כ הרי מעתה יכול לומר טול מה שנתת ואיני עוש' אלא בחנם וחוזרני בי וכונתו בזה דשפי' חיילא שבועה עליה יחזיר מה שנטל ויחזור בו. וב' תשובות בדבר חדא דע"ד להחזיר מה שנטל לא נשבע ועוד דלאו באיסורא אתא לידיה דחזקה לא שביק התירא ואכיל איסורא וכיון שידוע שאין זה יותר משכר בטלה אין צריך להתנות דממילא הכי הוי. ולא דמי לשותפות דנכרי לענין שבת שצרי' להתנו' בפ' טול אתה בשבת ואני בחול דהתם כל שלא פי' בכל יום ויום יש לשניהם חלק בו.

ומ"ש דאפי' בדבר האבד מצי פועל חוזר בו בדאניס וכאן אנוס הוא מחמת השבוע' ולא חשי' כאונס שהוא הביא על עצמו דכיון דבשנשבע כבר דבדין היה עושה דפועל חוזר בו אפי' בחצי היום ועתה נתגלה לו חומרא יתירא או ספק שבועה ואעפ"י שלא יועיל לו טענה זו לפטרו משבועתו מ"מ טענה מועלת הוא שלא יקרא פושע ומביא האונס על עצמו זו מדה שאינה מדה והשבת המסובב סבה שכל שאין שם אונס אינו בדין שיחזור בו וכשנשבע לחזור בו הו"ל כנשב' לעבור דברי תורה ולא חיילא ושבועה אין כאן אונס אין כאן. ואם אתה קורא ספק שבועה משום דיכול לחזו' בו אם נחוש לדבריהם וחיילא השבועה שפיר אין אנו צריכים לטעם האונס. ואם לא נחוש לדבריו שבטלו במיעוטן לענין ממונא כל שכן שלא נחוש לענין שבועה דבמילתא דאיסורין אזלינן בתר רובא ולא כל הימנו לומר לנהוג מילי דחסידותא להפסיד זכות אחרים.

ומ"ש עוד דבדין הפועל אפי' בדבר האבד לאו עבד מיקרי מ"ה דאם ממון נתחייב לו גופו לא נשתעבד בו לעולם. ואי משום פסידא דלאו בר תשלומין הוא כגון הלימוד אשר לא יערכנו זהב לא מפני כך נאמ' שנשתעב' גופו כע"ע שהרי בדב' שבממון נמי כשאין בידו לשלם אם רב ואם מעט מ"ה אינו גופו עד שיפרע ע"כ איברא דפועל גופו קנוי כע"ע דשכיר ותושב קרייה רחמנ' ומן הדין היכא דאיכא פסידא אינו יכול לחזור בו דגופו משועבד וכל שמוצא גברא דקאי בחריקיה ומוסיף על שכרו אז נפטר מידי שעבודו ועבד נמי אינו יוצא מידי שעבודו אלא בגרעון כסף שאם אי אתה אומר כן כל ע"ע יפקיע עצמו מידי רבו ויאמר ממון אני חייב לך מחר אתן והא ליתא דאין יציאתו מעמו אלא בכסף כדתנן וקונה את עצמו ביובל ובשנים ובגרעון כסף: הילכך כשפועל זה נשבע לצאת לא חיילא שבועה שגופו משועבד לא מבעי היכא דלא אשכח דדייק כוותיה ואיכא פסידא דלא הדר אלא אפי' את"ל שימצא בשעת שבועה נשבע על שקר דאין בידו ואין לומר דהוי כמי שנשבע לפרוע ממון שנצטרך לשום אחר במקומו דגופו משועבד תדע מדלא מהני ביה מחילה לא בע"ע ולא בפועל כדכתב מהר"ם ואי אית' לימ' דמחל לו הממון שהיה צריך לתת ולהשכיר פועל אחר או בע"ע שמחל הכסף שצריך לתת אלא גופו קנוי ונפטר בכסף ולא דמי לממון דעלמא שאין בידו לשלם דאין גופו קנוי ומהני ביה מחילה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נב

זה חזיתי זה סיני ועוקר הרים בגבורה ולא בעצלתים בנוות בדיעה עוסק בנויו של עולם צופה מהר אפרים צועה כחו ברבים הנחמדים מזהב ומזהב פרווים כרוכים בשיירו הלשון טוב הכלך והשיריים ומקושרים בעדי עדיים החכם השלם מפליא עצה כמה"ר

אפרים מדבר בצדק' בגופי הלכות התלויות בארץ מתפשטים והולכים אל מקום נהרים יאורים רחבי ידים ואנכי היום בנסיעת הספינ' עיני ולבי דרך השכוני באהלים יושבי על מדין דעסקי באורייתא די בארעא דישראל עושי מלאכ' על האבנים ואגב טירדא מהתעסק בצרכי לא מצאתי לי בב"ה ידים ורגלים ע"כ יהי' דבר' מעטים בשורות שתים ובאותות שתים והנה ע"ד שביעית בזמן הזה היותה מדרבנן הלא בספרתי יש רב אם בתרומות ומעשרות שהם בזמן הזה מדרבנן כמ"ש הרמב"ם ז"ל דכי תבאו ביאת כולכם משמע וכי סליק בימי עזרא לאו כלהו סלוק והראיו' שיש ממקומות המפוזרים בגמרא וכמה תשובות כנגדן ונמוקן עמן את הכל בארתי במקומן ושביעית מק"ו דהויא דרבנן דמלבד דביאת עזרא לא נתקדשה לפי שלא היתה ביאת כולם כמו שלא נתקדשה לענין תרומות ומעשרו' למטה מהן שביעית שאף בכבוש ראשון ירדה מקדושתה משגלו עשרת השבטים דתניא יובל היא לכל יושביה בזמן שכל יושבי' עליה וכתיב וזה דבר השמיט' שמוט בב' שמטות הכתוב מדבר אחת שמטת יובל ואחת שמטת שביעית בזמן שאתה משמט יובל אתה משמט שביעי' ומהך טעמא איישר חיליה דהלל דהתקין פרוזבול כדאמרי' בפ' השולח משום דשביעית בזמן הזה דרבנן בין שמטת קרקע בין שמטת כספים אעפ"י שמהר"י קורקוש ז"ל כתב שמשמע מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ד ובפ"ט שסבר דשביעית דאורייתא וכבר הוכחתי דליתא והוא עצמו ז"ל כתב שמצא בספר הרמב"ם כתיבת יד בלשון הזה בזמן שאין היובל נוהג אין שביעי' נוהג עכ"ד ונוהגת שביעי' בארץ מדבריה' וכן השמטת כספי' מדבריהם וכן הביא בס' התרומות שער מ"ה בשם הרמב"ם פ"ט דשביעי' בזמן הזה דרבנן.

והואיל ושביעית בזה"ז דרבנן משום הפסד ארנונא שרי כדאמרי' בפ' זה בורר מכריז ר' ינאי פוקי וזרעו בשביעית משום ארנונא וכן כתבו התוס' בפ"ק דחולין כמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו שכתב ושמא סכנת נפשות איתא אם לא יפרעו המס אי נמי קסבר יש קנין לעכו"ם להפקיע מידי מעשר א"נ שביעית בזמן הזה דרבנן שהאמת הגמור כדבריהם כמ"ש החכם השלם נר"ו דלתירוץ זה דמדרבנן אעפ"י שלא יהא שם סכנה שרי משום טעמא דארנונא ותמה אני ממה שרצה לפרש דאי נמי יש קנין ואי נמי שביעית דרבנן קאי אסכנת נפשות דהלשון אי נמי ודאי הכי הוא דאפי' אי ליכא סכנת נפשות שרי מטעם יש קנין וכן מטעם דאיסורא דרבנן הוא כדמוכח בהדיא בפרקא קמא דכתובו' דאמרי' חדא דהא קמודה ועוד דהא אמר ר"י הלכה כר"ג ופרכינן ובהא אי לא מודה מי מכשיר ר"ג אלמא כדאמרינן ועוד כשתמצא לומר דליתא לתירוצ' קמא הוא ובההיא דפ' הכות' חדא דידענא בי בר' יאשיה דלא אמיד ועוד הא יהיב סמני' שכתבו התוספו' שם דתרוייהו

איתנהו שם נתתי טוב טעם ודעת על דברי התוספו' האלה אבל יש ללמו' מדבריהם במקום אחר ממה שאמר בפרק זה בורר בההיא דמשיכו האנשים ואם תאמר ומשום ארנונא לא התירו לחרוש ולזרוע דהוי איסורא דאורייתא ויש לומר דמיירי בשביעית בזמן הזה דרבנן אי נמי יש לומר שפיקוח נפש הוא ששואל המלך מהם מס ואין להם מה שיפרעו הרי מפורש בהדיא דלתירו' דשביעית דרבנן אף בלא פיקוח נפש שרי וגם מלשון הקושיא מוכח שלא הוקשה להם איך התירו משום ארנונא אלא משום דהוי איסורא דאורייתא הוא ועוד יש להביא ראיה מדבריהם ז"ל דלא חשו בשביעית דרבנן במקום פסידא דממונא בריש מועד קטן גבי משקין בית השלחין במועד ובשביעית כתב הטעם משום דשביעית דרבנן ומילתא דפסידא כגון בית השלחין שרו רבנן.

ולענין שכירות דבהמות לעכו"ם כי יחרוש בבקרי' בשביעית לא תבעי לן דשרי שאין אדם מצווה על שביתת בהמתו בשביעית כדרך שהוא מצוה בשבת ועכו"ם נמי אינו מצווה על שביתת הארץ בשביעית שיהא אסור משום מחזיק ידי ע"ע כמו שאסו' למכור לישראל החשוד דעכו"ם לאו בר חיובא ושרי כי תבעי לך אם מותר להשכיר לעכו"ם שדהו בלא טעמא דארנונא ונראה דבהבלעה שרי ואף על פי שבשנת שביעית עצמה לא שייך הבלעה כדכת' החכם השלם נר"ו מ"מ כשהשכיר לו לשבע שנים בשבע מאות זוז שרי ולא דמי למשכי' תנור וריחים שלוקח ריוח יום יום דהכא כיון שהשכיר לו לשני' מרובות אם יוביר ולא יעביד בחד שתא מינייהו משלם במטבא דאורחא דמילתא הוא שאינה זורעה שנה אחר שנה שמא תכחיש אלא כאותה ששנינו הופך שער שתי שורות לכאן וזורע את הבור נמצא שכשהוא נוטל שכר שדהו לאו שכר שביעית הוא נוטל אלא שכר שאר שנים והא דאמרינן בפר' המקבל המקבל שדהו מחבירו לשבע שנים בשבע מאות זוז אין השביעית מן המנין התם בישראל קתני דמידע ידע שאין דרך ישראל לעבוד בשנת השמיט' והוה ליה לשש שנים אבל גבי העכו"ם השביעית מן המנין ודרך הבלעה שרי וכן מצאתי לרב אבא מארי זכר צדיק לברכה בתשובה שהתיר להשכיר שדהו לעכו"ם בהבלעה על ידי שנים אחרות.

ולענין צידן אם היא ארץ ישראל נשמעינה מן הדא דאמ' בפ' מי שהוציאוהו מעש' ברבי יוסי הכהן שהיה מטמא והולך אחר רבו לצידן ללמוד תורה ומייתי לה נמי בפ"ו דשמחות ועוד מדתנן בריש גיטין מעכו לצפון ועכו כצפון וכ"ש צידן דמרחקא טובא לצד צפון דהכי פרכי' בגמר' לענין בבל והתנן מעכו לצפון וכו' וכ"ש בבל דמרחקא טובא ומשני לבר מבבל פי' בר מבבל דאיכא טעמא אחריתי דאע"ג דלאו א"י היא בקיאים הם לשמה.

ומה שנסתפקו בסביבות צידון אם יש להסתפ' באיזו רצועה מכיבוש שני אם יוצאה לשם וכבר כתבתי שנה השס"ב בהיותי בא"י והוכחתי מההיא שמעת' דפ"ק דגיטין היה מהלך מעכו לכזיב מימינו למזרח הדרך טמאה משום ארץ העמים ופטורה מן המעשר עד שיודע לך שהיא חייבת משמאלו למערב וכו' ומסיק התם רצועה נפקא פרש"י ז"ל לעולם עכו ברבועה דא"י הוא אלא שרצועה קטנה מעכו לצד צפון שהיא מא"י ודע דכזיב זו בין עכו ובין צור קיימא מדאמרי' בפ' הדר מעשה בר"ג שהיה מהלך מעכו לכזיב ובא א' ושאל על נדרו אמר לזה שעמו כלו' שתינו רביעית יין האטלקי א"ל הן א"כ יטייל אחרינו עד שיפוג יינינו טייל אחריהם ג' מילין עד שהגיעו לסולמא דצור הרי כשהולכים מעכו לכזיב עדיין צור מכזיב ולהלן וכי חשיב תנא עכו לגבול צפוני של א"י דקתני ומעכו לצפון ועכו כצפון לענין רבועה של א"י קאמר אבל במקצוע מערבי צפוני רצועה נפקא מעכו עד כזיב משמאלו למערב הדרך היא א"י ולא חשיב לה תנא משמע דלרבועה של א"י לצד צפון ליכא למיחש לשום רצועה אלא מיהו איכא למידק בהא דתניא מימינו למזרח הדרך טמאה משום ארץ העמים ופטורה מן המעשר עד שיודע לך שהיא חייבת משמע שיש מקומות עדיין במזרח הדרך שיש להם ספק בהם בא"י בר מההיא רצועה דמעכו לכזיב א"כ היכי קתני במתני' מעכו לצפון וכו' וי"ל דודאי למזרח הדרך ליכא לספוקי בשום רצועה מא"י אלא ה"ק עד שיודע לך שזה למערב הדרך לפי שמסלולה של דרך עשוי להשתנות היא בשעת חירום ומיהו לעולם הוא בחזקת פטור עד שיודע שהמקום ההוא חייב ונשתנה גבול הדרך אבל מה שמספק עלי דברי הרמב"ם ז"ל בפ' י"ג מה' מעשר שהביא ההיא דירו' הלוקח מן החמרת בצור וכו' כתב הלוקח מבעלי אוצר בצידון חייב בדמאי מפני שקרובה היא יותר מצור שחזקתן שאוצרים מפירות הארץ ותימה הוא דהא ודאי צור קרוב' לעכו שהיא תחלת א"י יותר מצידון כמו שהוכחנו מההיא דפ' הדר והיאך איפשר לומר שקרובה יותר מצור וזה דבר שהחוש מכחישו ואין לומר דאיכא רצוע' דמפקא לצד צידון חדא דמשמעתא דגיטין מוכח שאין שום רצועה זולתי אותה דמעכו לכזיב למערב ועוד היכי פסקה ליה להרמב"ם שכתב כן הול"ל דאיכא רצועה דמקרבה לצידון טפי מצור ולא הול"ל שצידון קרובה מצור דמשמע קרובה לא"י טפי מצור וזה אינו ותו כיון דבתר קורבה אזלינין אמאי קתני שהלוקח מן החמרת בצידון פטור נימא מא"י דמקרב' הביאו והלשון מוכיח שטעו' נפל בספרי הרמב"ם וכך צ"ל לא מפני שקרוב' היא יותר מצור אלא שחזקתן שאוצרים מפירות הארץ אלא נראה דבחמרת שחששו בצור דמקרבה לא חשו בצידן דמרחק' טובא אבל באוצרים בצידון חשו לפי שדרכן היה שלא לאצור אלא מפירות א"י לפי שהם מתקיימים יותר

מפירות שבצידן אבל פירות שבצור ידעו בהם שמתקיימים יפה ורגילין לאצור מפירות הארץ כך נ"ל לפרש הירושלמי ודברי הרמב"ם צריך לתרצן על פי הדרך הזה.
וא"ת להך לישנא דשביעית דרבנן ומשום אונס ממון גברא התירו האיך הזכירו בירוש' אונס נפשות שהקשו דבדרבנן יהרג ואל יעבור כיון דאיסורא דרבנן התירו במקום פסידא כדאמרי' שהתירו השקאת דבית השלחין משום פסידא וזו היא שכת' התו' סיוע ללשון שאמר מפני פקוח נפש דהכי אמרי' בירושלמי מפני חיי נפש ונ"ל שאעפ"י שמסתייעים התו' להך לישנא מהירוש' מ"מ לא קשה ללישנא דשביעית דרבנן דמעיקרא דס"ד בירוש' שהיו מתכוני' העכו"ם להעבירם על דת ובהא ודאי אפי' על מצוה קלה ואפי' של דבריהם כדאמרי' בס"פ בן סורר אפי' לשנויי ערקתא דמסאנא דאפי' בדבר הרשות כי ההוא דפפוס ולולייני דמייתי בירושלמי שהביא להם מים בזכוכית צבועה ומסיק שלא היתה כוונתם אלא למגבי ארנונין והנאת עצמן שאני. וא"ת ויפרעו להם דמים ולא יחרושו אותם שיש ספק בידם לפרוע ממון ואמאי מכריז ר' ינאי פוקו וזרעו ולדרוש להו למאן דאפשר ליה לרצות בממון דאסור וכי תימא שלא היתה המלכות מתרצ' בממון א"כ כוונתם להעביר ובפרהסיא יהרג ואל יעבור וי"ל שלא היו רוצים שתהא הארץ שממה שהיו רוב השדות לישראל וכן ראיתי בדברי הר"ן בפ' בן סורר שכתב להנאת עצמן היו עושין לגבות הארנונות שאין רצון המלכים לקופו' השדות והוא ז"ל הביא מהירושלמי הזה הנלע"ד כתבתי יוסף מטראני.

סימן נג

על השוחט ההוא ששובר מפרקת האווז קודם שיפרכס כדי שתצא נפשו ואומר שלא אסרו בענין זה אלא כשהוא מוכר לאחרים במשקל וגם אין בדבר איסור אלא לאכול ממנו כשהוא חי וזה אינו מצוי אבל בצליה ובשול ע"י מליחה מותר השוחט הזה מכניס ראשו בין הרים גדולים שהרי לגרסת רש"י ז"ל דלענין איסור דם איבעיא לן התם וסלקא בתיקו וכן הביא הטור סי' ס"ז בשם הרב בעל העיטור דכרש"י ס"ל ותמה הר"ן ז"ל לגרסת רש"י דאם איתא דאין תקנה בו כי היכי דאמרי' גוזל את הבריות הול"ל מאכיל דם את הבריות דחמיר טפי ונ"ל שאין לתמוה מזה דכלהו קאמ' גוזל את הבריות ומבליע דם באברי' והיינו דמבעי לן אי טעמ' קאמר מ"ט גוזל משום דמבליע דם באברים או מלתא באנפי נפשיה קאמר איסור גזל ואיסור דם והא דנקט כי האי לישנא ולא קאמר בהדיא ומאכיל דם את הבריות טעמא דמלתא קאמר דלא תימא מאי חשש דם איכא הו"ל דם האברי' שלא פירש להכי קאמר שזה מבליע דם באברי' לאחר שנעקר הדם ממקומו ומתוך צערו חוזר ונבלע דמו מן הווריד‍ין לתוך האברים שפי' מהם ומהאי טעמא אסור

באומצא לדעת שאר המפרשים שבשאר בשר שרי למיכל באומצ' ובזה אסור לפי שכבר נתעורר הדם לצאת וחוזר ונבלע בבשר כדכתב הרשב"א ז"ל והרמב"ם ז"ל בפ"י מה' מאכלות אסורות כתב אסור לאכול ממנה בשר חי אפי' חלטו בחומץ אלא כיצד יעש' יחתוך החתיכ' וימלחנה יפה יפה ואח"כ יבשל או יצלה ומשמע דאע"ג דכגרסת הרב אלפסי ז"ל גריס מ"מ אינו מתיר בלא חתיכה וגם אינו מתיר לצלי בלא מליחה.

אך צ"ע אי הוי דומיא דבשר' דאסמיק דצלי לא בעי חתוך אבל המ"מ דימה אותה לחותך כזית בשר חי מבית טביחתה דאמרי מולחו יפה יפה. ובה' שחיטה כתב הרב מהרי"ק ז"ל דאפי' לצלי בעי חתיכה. ועוד נ"ל שכיון שאמרו שמבליע הדם באברים מחמת שלא חתכו הווירידין כל צרכם הו"ל כמי שלא נשחטו הווירידין שלא התירו אלא בבהמה אבל לא בעוף לפי שצולהו כלו כאחת. והא דלא פרשו בגמר' הך איסורא משום דהתם בבהמה מיירי שרגילו' הוא למכרה במקולין ולהיות נשקלת בליטרא ומשום הכי אמר שגוזל את הבריות אבל עוף אין דרך למכרו במשקל. ונ"ל שאף המפרשי' שהתירו בבהמה מודים דבעוף אסור לצלותו כלו כאחד כאילו לא נשחטו הווירידין. ועוד נראה שאף לדברי המתירין צלי ומבושל לא התירו אלא א"כ נצלה כל צרכו דאם לא נצלה כל צרכו הו"ל כאומצא שכן כתב הרשב"א בת"ה ועוד כתב המ"מ משמו שצריך להוציא חוטי דם שבו שהדם כנוס לתוכם הרי שהשוחט שעושה כן מאכיל דם את הבריות שלא ידעו ולא יזהרו בכך לא לצלותו כל צרכו ולא לנקר את החוטין ולא לנתחו. כ"ש לדברי רש"י ז"ל ובעל העיטור שאין לו תקנה.

סימן נד

שאלה ראובן חייב לשמעון מאה וחמשי' פרחים בשטר מקויים ופשט לו ראובן את רגלו וילך לו מארצו ונח נפשיה בארץ מרחקים וטרם מותו בהיותו שכיב מרע הקדיש כל נכסיו לעניי עולם ישיבות או מלמדי תינוקות שואל שמעון דאע"ג דקי"ל דהקדש והפקר מפקיעין מידי שעבוד מה בהקדש בדק הבית דהוי לגבוה לא בהקדש עניי' ומקבלי מתנה אומרי' אפי' הקדש עניים מפקיע מידי שעבוד. ילמדנו רבינו הדין עם מי וגמולו ישלם לו אבינו שבשמים.

תשובה לא מן השם הוא זה דאף בקדשי בדק הבית לא אמרו שמפקיע מידי שעבוד אלא בקדשי מזבח דקדושת הגוף נינהו דאילו בהקדש בדק הבית דקדושת דמים היא ולא מפקע מידי שעבוד כדאמרי' בפ' שום היתומי' המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה וב"ח אין אשה יכולה לגבות כתובת' מן ההקדש ולא ב"ח את חובו אלא הפודה פודה ע"מ ליתן לאשה כתובתה ולב"ח את חובו ומפ' בג"מ דבדין היה שתטול האשה וב"ח בלא

פדיון אלא משום דר' אבהו דאמר שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ועוד אפי' במידי דקדושת הגוף אלמוה רבנן לשעבודיה דב"ח. ובפ' אע"פ אמרי' קונמות קאמרת שאכי קונמות דקדושת הגוף נינהו וכרבא דאמר הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד ואמרי' התם ותקדיש מהשתא ומשני אלמוה רבנן לשעבודיה דבעל וכת' התו' דלאו דוקא שעבוד דבעל אלא ה"ה דאלמוה לשעבודיה דב"ח כדמוכח בר"פ המדיר דקאמר דכיון דמשעבד לה היכי מצי מדיר לה.

ומיהו היינו דוקא במקרקעי דאית בהו שעבוד אבל במטלטלי' שהקדיש אין ב"ח גובה משם דאפי' בהקדש ענייי' דגריע מקדשי בדק הבית מ"מ לא גרע מב"ח הדיוט שאם מכר או נתן מטלטלי' לאחר אין ב"ח גובה ממנו ובח"מ סי' קי"א כתב רבינו בשם הרשב"א בתשו' אלף וק"י שהקדשו' כמשועבדי' דמו ומיהו התם בפרק שום היתומים כתבו התוספות וספק ביד מורי אם הלוה אין לו מטלטלין והקדישן הלוה אם יחול ההקדש דודאי אם מכר ממכרו ממכר לפי שאין שעבודו של מלוה על המטלטלין אבל הקדש ספק הוא אם יחול עליהם ואין להוכיח מהא דפרש"י אהא דאמר רבה עשה שורו אפותיקי וכו' דאיפשר להעמיד כגון שהקנה מטלטלי אגב מקרקעי דחייל שעבוד וכו' והשתא לדידן אפי' כתב מטלטלין באגב לא גבי משום תקנת השוק כמ"ש הרא"ש בתשובותיו והביאה הטור בסי' ס' ואעפ"י שהרב ה"פ כתב שם שאין כן דעת הרשב"א שהביא בסי' שנ"ו כבר ביארתי במקומו דההיא דהרשב"א בלוקח מגזלן דוקא ובהא אפי' הרא"ש מודה דמאי תקנתיה דהתם ישבע כמה הוציא ויטול ובמתנה מה נתן כדי שיטול. אבל בלוקח מטלטלים אם עשו בו תקנת השוק אחד הלוקח ואחד שנתן לו במתנה במשמע דמתנה נמי אי לאו דעבד נייחא נפשיה לא הוה יהיב. איברא דבהקדש יש להסתפק במקדיש מטלטלים ידועי' אי את ב"ח וטריף מנייהו דאי טעמא דמתנה משום דאי לאו דעביד נייחא נפשיה לא היה יהיב ליה גבי הקדש לא שייך האי טעמא דודאי למצוו' קמכוין ולא שייך בה תקנת השוק אלא דמשמע לי מתוך דברי הרא"ש בתשובתו שם דטעמא משום דנהגו שלא להוציא מלוקח אלמא לא כתבו שהקנה לו המטלטלים באגב אלא היכא דאיתנהו לשיהיה בהן דין קדימה למאוחר וכן שלא יהיו נעשים מטלטלי' אצל בניו שלא יהיו צריכין לסמוך על תקנת הגאוני' כדכתב הרמב"ם ז"ל אי נמי אפי' לתקנת הגאוני' היו יכולים היורשי' לסלקם בקרקע בדינייהו. אבל השתא דכת' ליה מטלטלי לא מצי לסלוקיה בקרקע אבל לענין להוציא מיד הלוקח לא כתבו דמנהג כזה מבטל הלכה כדאמרי' בפ' המקבל מקום שנהגו לכפול גובה מחצה אלמא לא סמכינן מנהגא לבטולי מאי דכתי' בשטרא ל"ש מכר ול"ש מתנה ול"ש הקדש לא

מפקינן מידייהו וצריך תלמוד בזה וגם לענין אמירתו לגבוה לא אמרי בהקדש ענייי כמו שהזכיר הרי"ף ז"ל בפ' ד' וה' גבי ההיא עובדא דההוא גברא דתקע לחבריה וכו' ובמקום אחר הארכתי גם במה שיש לתמוה על תשובת הרשב"א סימן תקס"ג אין כאן מקומו.
אמנם בנ"ד לא מן השם הוא זה אלא משום דהוי מתנת ש"מ דכירוש' שוייה רבנן כדאמרי' בפ' י"נ השתא ומה ירושה דאוריית' אמרת אלמנתו נזונית מנכסיו מתנ' ש"מ דרבנן לא כ"ש ואע"ג דאין אנו מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדי' דוקא כשנתעבדו מחיים אבל מתנת ש"מ דאינה קונה אלא לאחר מיתה לא מקרי משועבדים וה"ה דמלוה גובה מהם אפי' מלוה על פה כדכת' הרא"ש שם וכן בטור סי' רנ"ב.

סימן נה

שאלה ראובן קנה משמעון סחורה א' בסכום ידוע כל כך אלף לבנים לזמן ג' חדשים וכתבו בשטר שיפרע ראובן לשמעון בגרושו"ש או זהובים כפי מה שיהיו שוין במטבע היוצא בשעת הפרעון ובאותו זמן היה הזהוב במאה וששים והגרו"ש במאה ועשר ויהי מקץ הג' חדשי' בפתע פתאום ויצא דבר מלכות לפסול הלבנים הראשונים קצוצי הפאות והרעים והחטאים ויצא מטבע חדש אשר כל מאה ועשרי' מהם כזהוב א' ושמנים מהם בגרוש עתה תובע שמעון שיתן לו מהמטבע החדש או בגרושיש כמו ששוין עתה וראובן טוען כי מעולם לא עלתה על דעתו שיפרע זולתי מהמטבע הראשון הפחות אלא שהקדימו שרי המלכות להוציא החדש פתאום והוא לא ידע יורנו רבינו ויאיר עינינו אי זה דרך יחלק אור וכסא תורתו לעד יכון.
תשובה הלכה רווחת היא מ"ש בהגוזל קמא המלוה את חבירו על המטבע והוסיפו עליו אם התוספת היא יתר על חומש מנכה לו לפי חשבון אע"פ שלא הוזלו הפירות משום דקסבר לענין נסכא אם בא לחתוך לעשות מהם גרוטאות ימצא יותר מבראשונה ואם הוזלו הפירות מחמת טיבעא אעפ"י שאין התוס' אלא כל שהוא מנכה לו לפי חשבון וכאן תרווייהו איתנהו שההוספה שהוסיפו במטבע החדש מה שלא היה במטבע הראשון הוא יותר הרבה מחומש שאותם הלבנים הראשוני' היו רעים וחטאים וקצוצי הפאה אשר קרוב לעשרי' היה משקלים בדראמ' א' ומהמטבע החדש תשעה או עשרה וכן הוזלו הפירות התבואה והקטניות ובגדי יקר תכלת וארגמן הבאים ממדינת הים ומשי ורקמה ובשמים הבאים ממזרח ובבל טייעי מצרים וסוחר כוש אין כסף נחשב בלבנים זולתי בזהובים וגרושו' וכן הכסף והזהב זל טובא כפי ערך הגרוש' והזהובים ואין להתעקש ולומר דגם עתה עוברים לסוחר מהלבני' הראשונים השלמים אשר לא נלקטו במלקט ורהיטני נמצא שלא נתחדשו המטבעות עכשיו הא ליתא כי אותם הלבנים השלמים

והטובים לא היו מוצאין אותם כי אותם היו באי' במשקל ט' בדראמה ואיך יתנום בק"ן לבנים הזהוב אלא מי שהיה לו מהם היה מצריפן ותדע כי אז ג"כ היו עושים מטבע חדש והיו נלקח בק"ן לבנים הזהוב מפני חשיבותו של מטבע ולא היו מוציאין אותו בהוצאה אלא מצניעין ואם לפעמים היו מתערבים מקצת הטובים בתוך הלבנים אקראי בעלמא הוא ובטלה דעתו אצל כל אדם מאחר שהעילוי הוא יותר על חומש וא' מן הטעמים שנתן הרשב"א ז"ל לשיעור זה דחומש משום דקים להו לרבנן דאפי' בטיבעא קמא איכא זוזי דתקילי טפי עד חומש ע"כ אלמא דטפי מחומש לא שכיח ואם איתיה מי שהיה מוציאן הראשונים בטלה דעתו אצל כל אדם כ"ש כי אלו המטבעות שנתחדשו כי היכי דחשיבי השתא חשיבי מעיקרא קודם שפסלו המטבעות הראשונות ואם היה מתנה המלוה מאותם הגרועים לתת לו מאותם השלמים רבית קצוצה הוי ועתה שנתחדש מטבע לש' ובנ"ד שהתנו בפי' שיפרע ראובן במטבע היוצא בשע' הפרעון רבית גמור אע"ג דמדעתיה מתחייב שהרי אם לא היה מתחדש המטבע היה פורעו במטבע הישן הגרוע כי כך היה ערך הסחור' ההיא ושומה ושוויה. עתה שנתחדשה גזרה יש כאן איסור רבית אע"ג דמדעת' יהיב ועוד דאסמכתא היא כי סמכה דעתו שלא יצאו המטבעות חדשי' כ"כ במהרה וגם אם היו יוצאים היה הוא מקדים לפרוע תוך הזמן במטבע הא' היכא דלית ליה פסידא למלוה שהיה יכול גם הוא לתתם לאחרים או לשלחם למקום שיוציא' אי אית ליה אורחא להתם או לפרוע בגרוש' וזהובים כמו שהיו שוין בעת ההלואה והמלוה לא היה יכול לעכב בהא דלית פסיד' דהא אמרי' בפ' האומנים דפרעון זוזא זוזא הוי פרעון ויכול לפרוע לו בתו' הזמן ואין לו עליו אלא תרעומת דודאי לא ניחא ליה לאיניש לקבולי זוזא שעושה מעותי' אנפרות ואעפ"כ לא מצי מעכב אא"כ הגיע זמנו כדכת' המרדכי שם ובס' התרומות שער ל' כתב אע"פ שטוען המלוה שאינו רוצה לקבל קודם זמנו שלא יעמוד באחריותו יכול הלוה לכופו שקביעו' הזמן להנאתו של לוהו אם אי אתה או' כן נמצאת תקנתו קלקלתו וכן הביא מדברי הרא"בד בפ' מי שמת ד' דברים נאמרו בשושבינות הא' מהם שחוזרת בעונתה דלא הויא כמלוה שיכול לכופו לקבל תוך הזמן וכן הביא מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא מההיא דמשכנתא באתרא דמסלקי שפירשו הראשונים זמן מלוה הוא דקבע ללוה הא אם רצה לוה לפרעו קוד' רשאי ומקצ' דבריו בזה הביא הטור בס' קע"ב ולא דמי לחוב דמשכון' דאכיל מלוה פירי בתוך הזמן התם ודאי זמן תרוויהו קבעי ליה ואין הלוה יכול לכופו קודם הזמן דמפסיד ליה פירות דקאכיל אבל הכא אין לו הפסד כלל.

חושן משפט

סימן א

לאנגורה.

שאלה ראובן ושמעון אחים ושותפים בממונם והיה להם בתים בשותפות וחלה שמעון את חליו אשר מת בו וצוה מחמת מיתה והוא שפוי בדעתו וחלק נכסיו לאשר ישר בעיניו ואמר עוד שכל שאר נכסיו אשר ישארו מכל מה שחלק ישאו ויתנו בהם כדי שהפירות יקבעו ישיבה אחת בצפת תוב"ב שיהגו בתורת ה' לילה ויום והנה בשארית הנמצאה נשארו הבתים אשר היו לו בחברת ראובן אחיו הנ"ל ושמעון אחיו הנ"ל מינה אפטרופוס לאחיו ראובן הנז' להיותו שותף בבתים הנז' ואפטרופוס הוציא הוצאו' לחזק את בדק הבתים הנז' ולתקן כותלי' רעועי' ודלף טורד כמנהג הבתים שצריך לתקנם ולחזקם כי אם יניחו אותם בעצלתים ימך המקרה ומי יחוש חוץ ממנו כי חציים שלו וחציים שהם של הקד' ראובן הנז' היה אפטרופו' עליה' ועתה ראובן הנז' רוצה להפר' מהוצאותיו הנז' אשר עשה לתועלת הבתים הנז' וכן מה שפרע למסים כמו אווריזי"ש נוזולי"ש ולבנין החומה כי כל המסים האלה הוטלו על החני"ש בדינא דמלכותא ועתה רוצה ראובן הנז' להפרע מכל הוצאותיו הנז' ואין יד הקדש משגת כי כל הפירות לא היו מספיקים לפרוע המסים והחיזוקים הנז' וגם אינו רוצה להמתין לגבות חובו מהפירות אשר יעשו בשנים הבאות. יורנו המורה לצדקה אם יש כח ביד ראובן הנז' למכור מקצת הבתים להפרע ויקוב הדין את ההר או אם יכריחו אותו להמתין להפרע מן הפירות מאחר שהפירות אינם דבר קבוע כי מי ידע מה ילד יום ואם יהיה ההוצאה הבאה יתרה על השבח גם יורנו מורנו אם ראובן זה האפטרופוס היה לו אח אחר ושמו לוי ולו בנים והשכיר הבתים הנז' לבני לוי אחיו הנז' והתנה עמהם שהבתים הנז' יהיו מושכרים להם כל זמן שירצו מבלי שיוכל להוציאם מהבתים ושכר השכירות יהיה לפי ראות ג' אנשים ומזה ימשך נזק להקדש כי לעת הזאת נמצא מי שיתן יותר ויותר ממה שהעריכו הג' אנשים ומי נתן לו רשות לשעבד הבתים הנז' לשום נברא ומה גם בהיותם בני אחיו יורנו מורנו אם מעשה זה קיים או אם יוכל ב"ד או אפטרופוס אחר שיבא אחריו להוציאם מן הבתים בהמצא זולתם שירבה שכר השכירות או אם זה האפטרופוס עצמו נתחרט ממה שעשה ומצא אחרים שיוסיפו לו על דמי השכירות אם יוכל להוציאם ותנאו עמו בטל כי מעלין בקדש ואין מורידין או אם התנאי קיים ואין כל אדם יכול להוציאם ולבטל תנאם אף שימצא מי שיתן כפלים ממה שהם פורעי' על פרטי השאלה הזאת יורנו מורה צדק ושכרו כפול מהשמים.

תשובה רשאי הוא הגזבר או האפטרופוס להוציא הוצאות על נכסי ההקדש להנאתו ולתועלת ההקדש הכל לפי צורך השעה ואעפ"י שיצטרך למכור מקצת ולקיים מקצת ואע"ג דתניא בהניזקין אין האפטרופסין רשאין למכור ברחוק ולגאול בקרוב היינו מטעמא דמפרש דילמא משתדפן ואמרי' ההוא אפטרופסא דהוה בשבבותי' דר' יהושע ן' לוי דהוה קמזבין ארעא וזבין תורי ולא א"ל ולא מידי סבר לה כר' יוסי מימי לא קריתי אלא לשורי שדי כ"ש לתועלת הבתים עצמן שצריכין תיקון לחזק את בדקן לפרוע עליהם מנת המלך שרשאי הוא למכור מקצתן להעמיד את השאר ואם האפטרופוס הזה לא מכר באותה שעה והלוה המעות משלו כסבור שיתפרע אחר כן משכירות או מדמיהם לא מפני שהלוה משלו יפסיד אלא מוכר מקצתן להתפרע מדמיהן שאם אי אתה אומר כן נמצאת מכשילן לעתיד לבא שלא ירצו להלוות לצורך כדאמרי' בפ' הניזקין גבי משוך פירי מיתמי וזול דאמרי' הא רעה לדידהו דזימנין דמצטרכי לפירי וליכא דיהיב להו וכן אמרי' זימנין דמצטרכי לזוזי וכו' וגבי יתומים קטנים דלא מזדקקי' לנכסייהו כתב הרא"ש בפ' אלמנה נזונית משם הרמב"ן שאם לוו ב"ד או אפוטרופוס של יתומים לצורך דיתמי נזקקים לנכסי ומוכרי' שלא בהכרזה וכן אמרו בפ' שום היתומים לענין כתובת אשה דכי תבעה כתובתה מזדקקים להו וכי היכי דמזדקקי' בתחל' מזדקקי' לה באחרונ' למכור ולהגבות' כתובת' הכא נמי כמו שהדין בתחילה למכור אם האפוטרופוס הלוה משלו מוכרין לפרוע לו ונאמן הוא בדבורו לומר כך וכך הוצאות הוצאתי ולהתפרע מתחת ידי דלא גרע מגבאי של צדקה שכתב מהר"ם ז"ל בתשובה הביאה המרדכי ז"ל בפ"ק דבתרא שבעודו גבאי ואמר כך וכך הלויתי נאמן בלא שבועה שכך דרך הגבאי שמלוה עד שיהא מעות בכיס אף זה שהוא גבאי על של אחיו ויש לו חלק בבתי' עצמן אורחיה הוא לפרוע משלו כשיצטרך עד שיכנסו לו מהפירות הילכך נאמן בלא שבועה ומוכר כדי הלואתו ונפרע מתחת ידו.

ועל השאלה השנית שהאפטרו' השכיר הבתים לבני לוי אחיו שכירות עולם במה שישומו ג' אנשים.

מסתברא לא צריך למעבד כה"ג חדא דתנן בערכין שום היתומי' ל' יום וכו' ומכריזין בבוקר ובערב ולא נכסי יתומי' בלבד אלא אף נכסי הדיוט שומא והכרזה בעינן כדאמרי' בפ' המפקיד מאימתי אכיל פירי מכי שלימו יומי דאכרזתא ושומא לבד' לא סגיא אלא שיודיעו לרבים דשכירות קרקע נמי רגילות הוא להכריז כדי שיקפצו עלייהו שוכרי' ומעלין זה על זה ומתוך כך מתעלין בדמים אבל זה האפטרופוס שהשכיר הבתים לבני אחיו היאך יבואו בני אדם ויקפצו עליהם מאחר שהם יודעים שלא יקחום ולא יועילו

אלא שתכנס בלבם טינא על כך ומשום הכי פרשי אנשי מינייהו ונמצא שהוא חב להקדש בשכירות כזה ונגרע מערכו ולא כל הימנו של האפטרופוס לעשות כן ומה גם עתה הם קרובים שלא יוכל לטעון דבר לחובתם שלא ירגילו קטט' ביניהם וכי היכי דאינו רשאי לעצמו כדאמרי' אין הגזברים רשאין לפרוע לעצמן וכן אמר בפ"ק דפסחי' גבי יוחנן חקוק' צא ומכרו לאחרים אבל לא לעצמו ומשום והיית' נקיי' מה' ומישראל והכי אמרי' בפ' המפקיד גבי פקדון דבש והדבישׁ יין החמיץ מוכרן לאחרי' אבל לא לעצמו וכיון דטעמא משום והייתם נקיים ה"ה שאינו רשאי למכו' לקרוביו שפסולין לדון ולהעיד עליהם דלא חזי להו חוב' וגם לא יוכל להתגרו' בהם כי אנשים אחי' הם.

ועוד מטעמא אחרינא דכיון דקרובים אלו הם יורשי המקדישׁ בני אחיו וא' מהם נשוי עם בתו בת יורש' תחילה אין ראוי להשליטם ולהחזיקם בבתים דכי היכי דאמרי' בפ' המפקיד אין מורידין קרוב לנכסי קטן שלא יחזיק בהם ויאמר לחלקי נפלו ולא קרוב מחמת קרוב וכו' ולא אמרו מורידין קרוב לנכסי שבוי אלא מדוחק לפי שאין מי שירצ' להיות אפטרופוס עליה' דאפטרופו' לדקנני לא מוקמי' ואמרו הניח קמה לקצור ענבי לבצור מעמידין אפטרופוס לקצור ולבצור ואח"כ מורידין קרוב לנכסי' וביוצא לדעת אין מורידין קרו' לנכסיו שאם היה חפץ מוכרו הילכך אין ראוי להוריד קרוביו אלו לנכסי הקדש אחי אביהם ואפי' בשטר כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ' ט' מה' נחלו' שמא יאבדו השטרו' ויאריכו הימי' ויטעון מחלק ירושתי באו לי ואעפ"י שדודיהן הוא אפטרופו' איכא למיחש למיתה כדאמרי' בההיא סבתא דילמ' שכיבה סבתא אין מורידין קרוב לנכסי קטן ומאחר שמתחזקי' אלו בשכירו' זה שהו' ממכר עולם הרי מוחזקי' הם בבתי' ואין מי שיוציא מידם לכך נראה לי ששכירו' זה בטל מכח שתי טענו' אלה וישכיר' האפטרופ' לכל מי שירצ' הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ב

לבילוגראדו.

מה נמרצו אמרי יושר דברי פי חכם חן וכבוד יתמוכו ופום ממללי רברבן כל מן דן ומן דן סמוכו החכם השלם בחירי רצתה נפשי להשתעשע עמו בדברי הלכ' לולי כי אין הפנאי מסכי' רק להסכי' עמו על הדין ועל האמת שהמכירה שמכרו הקהל הבתי' של היתומי' לראובן כדי שיפרע לב"ח קיימ' כמ"ש החכם הפוסק נר"ו מתשובת הרשב"א שהכל תלוי בב"ד אם ראו שאילו לא מכרו עכשיו יש הפסד ליתומים רשאין למכו' והא חשיב כשטר שיש בו רבית וככתוב' אשה משום מזוני ואיבר' דאם לא אמר הרב ז"ל היה נרא' דלא דמי רבית ומזונות דהוי הרחקת הנזק למי שרוצה לעשות הנא' בחובו

שהוא בקשת התועלת שהרי מצינו שהתירו במי שהחשיך לו בדרך לתת כיסו לנכרי שאד' בהול על ממונו ולא התירו במוצ' מציא' אעפ"י שכבר באת לידו וכן הדין דבכל מידי שיש נזק ליתומי' יש לנו ליזקק שלא יפסידו אבל אין לנו להזקק שישתכרו כענין שאמרו גבי הקדש ועניי' שידן על העליונ' בכמ' מילי ולענין הנאה אמרו אין משתכרין בשל הקדש אף לא בשל עניי' כדתנן בשקלי' וגבי יתמי משום דצריכי' מזונו' וקכלי' קרנא אמרי' באיז' נשך חזינן גברא דמשפו נכסי וכו' ובב"ח שרוצה לעשות הנחה משלו ליתומי' יש לנו לחוש יותר לערמה ואין לנו להזדקק ולכי מטי זמני' יטול על פי הדין ועוד כול' שמעת' דערכין לא אזלא הכי דפרכי' ממתנית' דשום היתומים היכי משכח' להאי בעכו"ם מי ציית לך ואי בישראל מי שבקינן ליה דאכיל רבית וכן פרכינן ממתניתי' דאין נפרעים מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית ודחקינן לאוקמי בעכו"ם שקבל עליו לדון בדיני ישראל ופרכינן אי הכי רבית נמי לא לשקול ומוקי לה בשקבל לזו ולא קבל לזו ואדדחקינן לאוקומי בהך מילתא דלא שכיחא כלל אמאי לא אוקמ' בכל ב"ח שרוצה לעשות הנחה דחשיב כרבית אוכלת בהם דבין לרב אסי ובין לרב יוחנן מזקקינן דע"כ לא פליג רב אסי אלא במזונות דהא תקינו לה רבנן מעשה ידיה אבל בענין זה דאיכא רווחא ליתמי כ"ע מודו והנה ראיתי להחכם הפוס' נרו' שהקשה זה אליבא דרב יוחנן דמשמע דלרב אסי לא קשיא והא הרשב"א משטר שיש בו רבית למדה דלכ"ע נזקקין ולרב אסי הקשה נוקי מתניתי' בגו זימני ותירץ שהגמרא רצה לאוקומ' בין לרב אסי בין לרב יוחנן במאי דנקטו הם בפי' בדבריהם ואמר דבהאי תירץ נסתלקה השגת הראב"ד בפי"ב מה' לוה ואיברא דבהא סלקא תירוצא רווחא בין לרב אסי בין לרב יוחנן ולא יצטרך הגמרא להדחק אם קבל עליו לזה ולא קבל לזה וזו שהקשה הראב"ד לדברי הרי"ף והרמב"ם זכרונו לברכה אמאי לא אוקמה בשטר שיש בו נאמנות אמר הרב המ"מ שיש לדחות דכי היכי דלא אמרינן שמתוה ומת בשמתיה לפי שאינו מצוי כך לא אמר נאמנות ויש לתמוה היאך העלי' עיניו ממ"ש שלחו מתם שמתו' ומת ופרש"י בהכי מתיקמ' כל הני מתניתא וש"מ דעתו ז"ל לומר דמ"ט לא מתרץ הכי גמרא דידן מעיקרא אי לאו דשלחו מתם אלא משום שאינו מצוי ולמאי דשלחו מתם ה"ה נאמנות אבל קשה לי דלמאי דמתרץ תלמודא תמוה טפי דמוקי מתנייתא בעכו"ם שקבל עליו לדון בדיני ישראל דטפי לא שכיח וכשקבל לזו ולא קבל לזו ונראה לי להעמידה וממילא מתרצא הא שהקשה החכם נרו' אמאי לא אוקמוה בתוך זמנו דכלהו לחד טעמא סלקי דלא חיישינן לפרעון והיינו משום דאכתי לא אסיק אדעתיה גמרא טעמא דרב הונא בריה דרב יהושע משום צררי אלא טעמיה כדרב פפא דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו והיינו דאמר

רב נחמן מריש לא הוה מזדקקינן לנכסי דיתמי משום דהוה ס"ל דלא בני מעבד מצוה נינהו ולהכי נמי לא אוקי גמרא הני מתנייתא דשום היתומים ודזבורי' כשחייב מודה דאפילו אם הודה בשעת מיתתו קטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו. אבל בסוף דפרכינן ממתניתן דע"מ ליתן לאשה כתובתה דלא מתוקמא לה כשנויא קמייתא אתיא אליבא דרב פפא הוצרכו להעמיד כשחייב מודה ואליבא דרב הונא דטעמא משו' צררי והיינו דאמר התם השתא דאתית להכי כלהו נמי כשחייב מודה כלומר דמעיקרא לא העמידוה בהכי משום דמהדר לתרוצי מילתייהו אפילו לרב פפא דטעמא משום דלאו בני מעבד מצוה נינהו השתא דאתית להכי והוצרכנו לטעמ' דצררי כלהו נמי מתרצי בהכי וה"ה דמתרצי כשיש בו נאמנו' ובתוך זמנו דכלהו חד טעמא נינהו. אבל לדברי הרשב"א בין לרב אשי בין לר' יוחנן מתוקמא שפיר בכל ב"ח דעלמא אף לרב פפא ואפשר לפרש להעמיד דברי הרשב"א ז"ל דלא בעי לאוקומי מתניית' בהכי דכיון שאנו נזקקי' לתועלת היתומים שהוא מוותר מחובו אם תעלה הנאה זו כנגד השו' וההכרזה יהבינן ליה לאלת' וכן אם יש תועלת ליתומים בזה אפילו מן הבינונים מגבינ' ליה. ומיהו אכתי הא דצריך הדבר לאומרו שאם הוא עושה הנחה כדי להפרע לאלתר לא מזלזלי בנכסי היתומים כולי האי ומגבינן בינוני' ובלא הכרזה דלא שבקינן זיבורית קמי יתמי דלית להו מאן דטרח קמייהו. ומפשיטות דברי הרמב"ם ז"ל שהביא הוראת הגאונים כשהנכסים כנגד הכתובה או פחות וכולי שלא אמרו נזקקין אלא כדי שיפחתו הנכסים מחמת המזונות ולא היה צריך להביא עובדא דידהו אלא אמילתיה דאמר דאף בגרושה שאין לה מזונות נזקקי' משום חן האשה היה יכול לכתוב ויש גאונים שהורו שלא לחוש לחן האשה אלא שהביא דבריהם ללמוד שכשהנכסים כנגד הכתובה דליכא הפסד מזונות אז אין דרך להזקק כלל אפי' אם תרצה לעשות הנחה מכתובתה שלא אמרו כדי שירויחו אלא כדי שלא יפחתו והוא ז"ל לא נחלק עליהם אלא במאי שלא חשו לחן האשה. והר"ן ז"ל בתשו' סי' ל"ו כתב וכבר הורה זקן הרשב"א ז"ל שאם הב"ח רוצה לעשות הנח' מחובו אפילו מעט נזקקי' ומוכח לה מההיא דשט' שיש בו רבית ואעפ"י שיש לדון אחר סברתו ז"ל אם הדבר כן ויר' לב"ד שכן הוא נזקקי' ע"כ. ואעפ"י שלא זכינו לטעמו' הר"ן מ"מ יר' שיש להרהר אחרי דינו אלא שכב' יצא הדב' מפה קדו' וכן ראוי להורו', יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ג

שאלה שטר שכתוב וז"ל בהיות שה"ר יחזקאל ן' גבאי יצו היה חייב משנת אשתקד סך י"ג אלף לבני' קרן ונדבה ונעשה אפותיקי הבית אשר דר בו היו' גיסו ה"ר יעקב קאליפה

יצ"ו שהיא לצד הבית של אמו אלמנ' ה"ר מאיר ן' גבאי נ"ע ולצד מזרח איביט בזאר ועתה בפנינו עדי' נתחייבה אמו מרת ששבונה מב"ת ואשתו מרת ריינה בעד החוב הנזכ' ועשו ג"כ אפותיקי הבית הנז' בק"ג שקנינו מהם וליותר יפוי כח נכנס ערב פרעון ה"ר יעקב ן' דייסים יצ"ו על הבית הנז' וגם נתחייב ה"ר יחזקאל ן' גבאי יצ"ו הנז' בעד החוב הנז' כל זמן ששטר זה יוצא קיים בק"ג על הכל וקיים, ע"כ נוסח השטר ועדיו יעקב פלילו אליה זאבי. כעת תובעי' פרנסי ההקדש את מרת ששבונה הנז' החוב הנז' והיא תשיב אמריה להם שהיא לא נתחיי' כי אם להסיר ולסלק איזה מערע' שיקו' על הבתי' והעדים מסייעים אות' כי כן נר' לה' ויעקב פלילו שהוא א' מהעדי' או' שעוד היום לשון השטר סובל זאת ההבנ'. והפרנסים טוענ' שכיון שהגידו שוב אין ביד' להגי' ומ"ש אותו העד שעדיין לשון השט' סובל כדבריו לאו כל כמיני' ובטל' דעתו אצל כל אד' ובפר' שהו' דב' של הקד' שלא מן הדין להקל בדב' לכן יורנו מור' לצדק' ושכרו כומ"ה.

תשובה לשון זה מגומגם שכתו' עתה נתחיי' אמו ואשתו בעד החוב הנז' ועשו ג"כ אפותיקי הבית הנז' שאפשר לעדים לפרש שהחיוב הוא במה שעשו אפותיקי שהופקע שעבודן ממנו ואם יטרפוה במה נתחייבו לסלקן ומ"ש ועשו ג"כ אינו מוסב על חיוב שלהם אלא מוסב על ה"ר יחזקאל שעשאה לבית זו אפותיקי לכך כתבו שהם ג"כ עשאוה אפותיקי ואעפ"י שכתוב ועשו בו"או לאו אוסופי קמוסי' אלא פרושי קמפר' במה נתחייבו במה שעשו אפותיקי ואשכחן דמפר' גמ' בענין זה דבפ"ק דקדושין בעי בחזק' מנ"ל ותנא דבי ר' ישמעאל וירשתם אותה וישבתם בה במה ירשת' בישיב' אע"ג דכתיב בו"או ובל"ב מדות של ר' אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי תניא מכלל שאחריו מעשה ואינו אלא פירושו של ראשון אף כאן מ"ש ג"כ אפותיקי הוא פירושו של החיוב שכתב שנתחייבו וכן מוכיח קצת מדלא כתבו שיצאו ערבניות פרעניות כמו שנתחייב הרב רבי יעקב והוצרכו לכתוב ונתחייבו שאלמלא כן לא היה לה אחריות בשעבוד הבית שעשאוה אפותיקי לחוב הנזכר ואולי כי אף האפותיקי לא היה עולה בדין לגבי אשת הר' יחזקאל דמצי אמרה נחת רוח עשיתי לבעלי ותנן בהניזקין לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל אבל השתא דכתיב ביה חיוב דקאי אאחריות אינה יכולה לטעון נחת רוח עשיתי כדאמרי' התם דכולי האי לא עבדא משום נחת רוח וכל היכא שהעדים מפרש' דברי השטר אפי' במשמעות רחוק שומעין כדכת' הר"ן ז"ל סי' מ' מתשובותיו והביא ראיה מהא דתנן בפ"א דיני ממונו' א' אומר בשנים בחדש וא' אומר בשלשה עדותן קיימת שזה יודע בעיבורו של חדש וזה אינו יודע בעבורו של חדש וכשם שיש לנו לתרץ דברי העדי' בענין שלא יהיו מכחישים זה לזה כך יש לנו לתרץ דברי העדו'

שלא יהא עדותן מוכחשת מפי כתבם ולהעמיד אפילו במשמעות רחוק. והרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף י"ב במשכונא שכתב בה שלא יהא ללוה לסלקו מהמשכונא ולא כתבו לזמן כלל שנאמנים לומר כך וכך היה התנאי כמו שכת' שם ואף על גב דכשאין כתוב זמן לעולם משמע כדמוכח בפרק ד' דנדרים גבי נודרים להרגין וכולי דמוקי לה בגמרא באומר בלבו היום. ואף על גב דדברים שבלב אינם דברים לגבי אונסין חשיב אפשר אלמא שלא במקום אונס לא מהימן לומר בלבו היה היום וכמו שאמרו התוספות בפרק שבועות שתים ואף על פי כן לגבי עדים שומעין להם לתרץ הלשון וכל שכן בנדון דידן שסובל הפירוש. ולא תימא שהרשב"א בשטת רבינו האיי וסיעתו אמרה דסבירא ליה דבתנאי היו דברינו נאמנים אף כשכתב ידן יוצא ממקום אחר דהא איהו ז"ל בשטת האחרונים הוא כמ"ש בתשובה שהבי' הרב בב"י סי' כ"ט,

סימן ד

לאנגורה.

שאלה ראובן נפטר ובא שמעון ואיים וגזם בכח ערכאות של עכו"ם באמרו שגם הוא יורש כפי נמוס הערכאות עד שהוכרחו יורשי ראובן לרצותו ברצי כסף בעול וחמס אח"כ מת שמעון ונמצאו נכסיו ביד יורשי ראובן ורוצי' לתפס' בעד מה שלקח שמעון בעול וחמס יורנו מורה צדק.

תשובה דבר ברור הוא שלא זכה שמעון במה שנתנו לו מחמת יראה דודאי אין לך אונס גדו' מזה ואפי' לדברי מהר"י קולון ז"ל בשר' קפ"ו שרצ' להוכיח דאמרי' עביד איניש דגזים ולא עביד שניא היא שהגזים עליו במילתא אחריתי למסור ממונו או גופו דלית ליה הנאה בגויה ואימור לא עביד אבל הכא על טענת הירושה היה מגזים להוציא בדיניה' ולא השיב ידו מבלע עד עשותו ועד הקימו מזימו' לבו דומיא דעובדא דפרדיס' בהא ודאי לא שייך טעמא דגזים ולא עביד ועוד אפי' היא מגזים עליו מחמת אונס אחר דאיכא למימר עביד איניש דגזים ולא עביד לדעת הרב ז"ל אף הוא לא אמר שאין ספק במתנ' כלל דאכתי שמא הנותן היה ירא ורך הלבב ולא נתן אלא מחמת יראה כמה שכתב הוא עצמו אצא הואיל והוא מוחזק במתנתו אין ס' מוציא מידי ודאי וכאן שתפסו יורשי ראובן ובאי' בטענ' ודאי שלא תנו אלא מחמת יראה ולא גמרי ויהבי לא מפקי' מינייהו. וגם מה שכתב מהר"י קולון באות' תשוב' דמי יוציא מיד המוחזק בטענ' אונס דלא מוכח כיון דלא מסר מודעא. בזה כל רבותינו שוין בדבר דמתנה וגיטא כיון דידעי עדים באונסים בטלי אעפ"י שלא מסר מודעא. ואין ראיה מתשובת הרא"ש שכתב ועוד שאין האונס ידוע דלא מסרה מודעא מעיקר' שאם כן תקשי דידיה אדידיה שהרא"ש עצמו

כתב בפ' חזקת דבתלויה ויהיב לא הוי מתנה אע"ג דלא מסר מודעא כל דידעי עדים באונסיה ואף מהרי"ק ז"ל לא אמר אלא שלא להוציא ממון מיד המוחזק וגם אונסא דלא מוכח אבל הכא שהטוען מוחזק והאונס מוכח פשיטא דלא בעי מסירת מודעא ולא שאנו משוים עם הרב מהרי"ק ז"ל בב' דברים הללו שכתב באותה תשובה שדין ודברים יש לנו עליהם כמו שביארתי במ"א ולא הוזקקנו כאן לזה שבכל ענין הדין ברור שיתפרעו יורשי ראובן ממה שביד מנכסי שמעון כל מה שלקח מהם שמעון שלא כדין מחמת האונס ההוא.

סימן ה

בצפת תובב שנת השס"ב.

היתה עלי מצותך הגביר להשגיח בדין ש"מ שכת' והעל' בערכאו' בהיותו ש"מ ואמר כל הקרקעו' אשר לו יהיו אוולד ואקוף כפי הדין והנימו' הנהוג בשירע"י מתולדותיו לתולדות תולדותיו עד דור ודור ובתום כל הדור ההו' אז יהיה לעניי קהלו ואם לא יהיו עניים בקהלו יהיו לעניי עכו"ם והי"ל בן ובנו' ובנו' בניו לכלם הקנה כפי הנימוס שלהם חלק כחלק. והנה ראיתי העתק הפסקים החתומים ששלחו מתם מהמורים לבטל זכו' הבנו' ובהיו' שלוחך נחוץ אמרתי בחפזי אלקט נא ואספתי בעמרי' אגלה אזנך בלחישה דרך האתרים במה שלבי נוקף ויחיל מהמורי' הלא בספרתך כתוב לאמור שיש שכתבו שהבן העומ' היום יכול לבטל דבריו אעפ"י שהיה ש"מ וכתוב' כן בצואתו מכח כמה טענת. הא' שענין זה דומה לידור פ' בבית זה שלא נתן לבנותיו אלא זכות הדיר' ולא קרן גוף הבתי'. הא מילתא ליתא דלשון אוולד ואקו' שאמ' על הקרקעו' הוי ממש כאו' בית זה לפ' שידור בו שעל גוף הבתי' הוא אומ' שיהיו מוקצי' ועומדי' לבניו ולבני בניו ולא עוד אלא אפי' לא אמר יהיו אלא אני עושה אותם ואקוף אוולד שתלה המעש' בבתי' גוף הקרקע הקנה כמי שאומ' דקל לפירו'. וראיה מדאמרי' בספ"ק דנדרים קונם פי מדבר עמך ידי עושות עמך רגלי הולכו' עמ' אסור ופרכי' דהא דב' שאין בו ממש הוא דתני' שאני ישן וכו' ואמרי' מדקאמ' פי מדבר עמך ולא אמ' שאיני מדב' ה"ק יאסר פי לדבורו ידי למעשיהן הכא נמי מדקא' אני עוש' הבתי' גוף הבתי' עש' שאל"כ היל"ל שידור בניו ובנותיו בבתים שלי ואקוף אוולדי.

ומה שטענו עוד דהוי כמי שצוה לעבו' עביר' מנכסיו במה שעשאן ואקוף שאם יכלה זרעו וגם יכלו עניי קהלו יהיו לעניי עכו"ם כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט דמי שצוה לתת לעכו"ם מנכסיו אין שומעים לו. גם זה הטעם מהבל ימעט. חדא דאין זה דבר עבירה אם השוה עניי ע"א לעניי ישראל דתנן מפרנסים עניי ע"א עם עניי ישראל מפני דרכי

שלום. ומאחר שהדבר נעשה בפני הערכאות שפיר דמי לזכות לענייהם מפני ד"ש כ"ש אם לא נתן לעניי ע"א אלא בזמן שאין עניי ישראל מצויים. ועוד שהדבר ידוע שא"א לו אקוף שיתקיים ושיטפלו ערכאות שלהם בדבר כדי שתתקיים אם לא יהיה זכות לעניים שלהם וכיון שכן אין בדבר איסור שאין כונתו לתת מתנת חנם אלא לאסוקי מלתיה הוא דבעי לקיים מתנות בניו ובנותיו וכדאמר בפ' גיד הנשה גבי שולח אדם ירך לנכרי וכו' דתני' בתוספות אם היה שכנו מותר מפני שהוא כמוכרו לו כדכתב התוספות בפ' כל הבשר. ועוד שלא נתן להם משלו כלום כפי חק המלכות בכלו' זרעו הנכסים למלך והו' הציל ממנת המלך לעניים שלהם וכדאמר בפ"ק דבתרא דמקבלי מנייהו ויהיבי לעניים דידהו גבי איפרא הורמיז דשדר ת' דינרי לרבא וכו' ועוד אפילו תימא שהיה בדבר איסור אותה המתנה של ע"א היתה מתבטלת כשתחול אבל עכשיו לא הורע כחה של מתנה שנת' לבניו ולבנותיו מפני כך.

ויש שאמרו עוד לבטל כל המתנה כיון שיש בכלל מתנה זו הבאים אחריה בנים יולדו דהנהו ודאי לא זכו במתנה דהו"ל מקנה למי שלב"ל אף בנות אלו שהם עכשיו בעולם לא יקנו דהו"ל כמו קנה את וחמור והביאו מהא דכתב המרדכי בפרק מי שמתו מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות וכו'. ותמהני איכפול כ"ע וקיימו בהאי סברא דחויה לאפקועי זכות הבנות חדא הרי ביטל רבינו שמחה ז"ל את דבריהם כדמוכח משם ותו לא מבעי לרובא דרבוותא שפסקו בההיא דקני את וחמור דקנה מחצה ולא פליג מידי אלא אפילו למאן דפסקו כי ההיא דפ' האיש מקדש דהרי כלכם מקודשות לי והיו בהם שתי אחיו' וכו' הא מחו לה כמה עוכלי בעוכלא שהמ"מ והרא"ש חלקו בין אומר כלכם דמפיק להו בחד מלה ובין מפיק להו בתרי מלה וכן היא שיטת הרשב"א ז"ל בחדושיו והראב"ד ז"ל העמידה דוקא בידוע שהוא חמור ולא קני ותלה זה בזה והר"ן ז"ל חלק בין מקדש למקנה שדעתו שיקנה מי שיוכל לקנו' וכמו שבאו דבריהם בהרחבה כשתמצא לומר לדברי כלם לא נתבטלה זכות בנותיו בשביל זכות הנולדים ובר מן דין הכא לא שייך לומר כלל שלא יזכה הזוכה עכשיו מפני שאין זוכה אחריך דליתיה בעולם דאין שתי ידים זוכות כאח' יד בנותיו זוכות לאלתר ויד אחריך לאחר מיתת בנותיו ומכח זכייתן בא אחריך לזכות דהא אמרינן מת שני בחיי ראשון אין לשלישי כלו' שאין אחריך קונה אלא ע"י ראשון ולמה נבטל קנייתו של ראשון מפני שא"א להתקיים קניית השני שבאה על ידו. ועוד קניית הראשון ודאי וקניית השני ספק דהא אמרינן מכר הראשון לאחר אין לאחריך במקום לוקח כלום הילכך אין הקנאה ראשונה תלויה בשניה. וגם לא דמי למ"ש בת"ה במכתביו קע"ג דהתם נמי ב' הדברים

קיומם בשעה א' דבשעה שלא יגרש חל עליו חובת הקנס אבל כאן בנותיו זוכות מעכשיו ואחריהם אינן זוכים אלא לאחר מותם תדע דהא בעי רב אשי למפשט בעיין מההיא דכתב בין בתחלה בין בסוף משום מתנה דבריו קיימים דאפילו בב' שדות וב' בני אדם מהני מהא דנכסיו לך ואחריך ירש פ' וכו' וכדכתב רשב"ם דכב' שדות דמי דאין לאחר בחיי הראשון כלום הרי מתנות מוחלקים ע"כ.

ויש שטענו עוד שכל שאנו יכולים לפרש דבריו דלא להוי אעבורי אחסנתא נפרש ונאמר שמה שכתב שיהיו לזרעו וזרע זרעו כפי הדין והנמוס הנהו' בשירע"י מתולדותיו לתולדותיו לא אמר כן אלא לתולדות הנוגעים בנחלה עפ"י התורה והכונה שלא ימכרו לעולם ועד וע"ז אמר כפי הדין והנימוס שלהם. הא נמי ליתא שאין במתנה זו שום מכירה ולא עבורי אחסנתא כי מה שנתן לבנותיו שעדיין לא נשאו מצוה נמי היא כדאמרינן בפרק נערה ומייתי מדכתיב ואת בנותיהם תנו לאנשים וכפי הנשמע חלק הבנות בקרקעות אלו לא יהיה עישור מכל נכסיו משאר מטלטלין ולא מבעיא למ"ד שמין באב אפילו להוסיף ע"פ שוה נכסיו אלא אפילו למ"ד לפחות ולא להוסיף האב עצמו ראוי לו לתת כמנהג המדינה שידוע הו' שעכשיו אדם מתרושש להשיא את בתו כראוי לו ואפילו היו בנותיו נשואות לא היה בדבר נדנוד עבירה כשאדם נותן חלק מועט מנכסיו לבנותיו כברכת ה' אשר נתן לו. וידוע דלגבי דידיה דבר מועט הוא כדקאמר רבא בשלהי קמא האי לבני מחוזא דבר מועט הוא. ולדבריו כל מתנות שאדם נותן במתנת ש"מ חוץ מבניו אעבורי אחסנת' מיקרו הא ודאי ליתא. ועוד שלא נתן לבנותיו גוף הקרקע אלא לעולם הוא קיים לבנים ההם ונחת רוח הוא לו שידורו בהם יוצאי ירכו בנים ובנות יחדיו והלשון שאמר כפי הדין והנמו' הנהוג בשרע"י הוא כולל לענין דין זכייתם ואין לפרשו לענין המנהג שלא יוכלו למכרו דדין ונמו' לא נאמר אלא לענין חלוקה דאיקרי דין ושלהם נקרא דין נמי דינא דמלכותא דינא. וכן לענין ריבית אמרו כל שבדיניהם מוציאין וכו' וכן אמרו כל מקום שאתה מוצא אוגריו' שלה' אע"פ שדנין כדיננו וכו' ואם לא היתה הכונ' על משפ' הירו' כפי הדין והנמוס שלהם אלא לענין שלא יוכלו למכור הי"ל כמנהג הנהוג בשרע"י שלהם ועוד דמאי דאינה יכולים למכור אין זה מנהג חקוק לה' שאף בדיננו כל שאחריהם זכה להקדש עניים לא מצי מפקיע ליה במכירה. ואם לענין שלא ימכרו לפירו' דבדיננו יכולים למכור כדתנן בפ' יש נוחלין מכר הבן אין ללוקח בהם עד שימות האב ובלבד שיתרצו כלן דאל"כ האחרים מוחים הרי שנינו הניחן לעצמו הרי העשיר אומר לעני וכו' וכאן בתים אלו הניחן לדירת עצמן א"נ בית לדירתו יהיב ואין א'

מהם רשאי להבי' דיורים אחרים ואם נתרצו כלן מאן לימא לן דאפי' בדיניה' לא יוכלו לתת זכות' זה לזה לשון כפי דין ונמו' נהוג בשרע"י כולל הכל.
ומה שטענו עוד שיש לפרש לשון אוולדי בני ולא בנות אעפ"י שאוולדי לשון רבים וכאן לא יש כי אם בן א' וכההוא דאמר נכסי לבני ולא הו"ל אלא חד ברא דאשכחן דכתיב ובני פלוא אליאב אף אנו נאמר אולד בנים אינו נראה דהתם משום דלשון בנים על הזכרים הוא מורה ולא על הנקבות הילכך כשאין לו אלא בן א' משכני' נפשין לומר לחד ברא קרי ברי דומיא דבני פלוא וההוא דשדר פסקא דשיראי אמרי' דלבנות' שלח הואיל ולא חזו לבנים אלא לבנות והכי כתב הרמב"ם בפ"ו מהל' זכיה ראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים אבל כאן עיקר לשון אולדי ולדו' הוא שהכל בכלל כמו האשה וילדיה ויצאו ילדיה וראיה דתנן בפ"ג דנזיר הריני נזיר כשיהיה לי בן נולדה לו בת טומטום או אנדרוגינו' אינו נזיר כשאראה שיהיה לי ולד נולדה לו בת טומטום או אנדרוגינו' וכו' הרי זה נזיר.
ומה שטענו עוד מאחר שלשון זה שאמר יהיו כשאמר על מי שראוי לירושה אין לשני במקום ראשון כלום דלשון ירושה אין לה הפסק א"כ כשכלל הבנות בלשון זה הו"ל כנותן בתורת ירושה למי שאינו ראוי לירושה וכאו' בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום ורשב"ם כתב שאם אמר נכסי לפ' יש בו לשון מתנה לרחו' ואינו ממעט שם ירושה מן הראוי לירש ועוד כי היכי דכתב רשב"ם דבא' יש לפרש לשון מתנה הכא נמי תפרש ומה שטענו דלא הוי כאן מוציא דבריו לבטלה משום בנים מ"מ לענין בנות מוציא דבריו לבטלה הוא שהרי אנו רואים שכונתו לזכותן ואם לבנו דבריו לבטלה הם דממיל' קא ירית ואין דבריו מתקיימים אם לא שנפרשהו לשון מתנה ועוד דלשון יהיה לשון מתנה הוא דכתיב והיה לאהרן ולבניו ובשרם יהיה לך וכלהו מתנות מיקרי דכתיב ואני הנה נתתי לך את משמרת תרומותי ותני' כ"ד מתנות של כהונה ושבמקדש ושבגבולין ואפקינן בלשון יהיה ובסוף פרק האיש מקדש אמרינן הני כהני משלחן גבוה קא זכו ועוד בההוא דאמר נכסי לך ולבניך אמרינן דקנתה מחצה ומייתינן לה מדכתיב והיתה לאהרן ולבניו ותניא מחצה לאהרן ומחצה לבניו אלמא לשון מתנה דייניגן להו. והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ו

שאלה ראובן בחליו אשר מת בו קרא לעדים וצוה לכתו' בלשון הזה בפנינו ח"מ בא ראובן ואמר לנו להיותנו עליו עדים ולקנות ממנו כראוי ולכתוב בכל לשון המועיל ושל זכות ויפוי כח מחמת שברצון וכו' מאשר ומקיים עליו ועל זרעו וכל הדורו' הבאים

אחריו וואקוף זה אשר עשה בזמן חוס"יאין איפינדי אחיזאדי"י בירח מחר' שנת אלף ט"ו למניינם וואקוף אוולאדי ככל דיני וחוקי ונמוסי הוואקופי' העשויי' על פי השארע"י של הישמאלים וע"פ כל פוסקי הישמאלי' המקיימי' אותם על קיום והעמד' הדין והאמת כדרך כל הוואקופיש העשוי' ככל תוקף וכו' ואלו הן פרטי המקומות אשר עשה מאז ועתה מוסיף שנית ידו ומבארו תחלה הואקוף האי וכו' ופרט שם כל המקום במקומות' בחצריהם ובטירות' ומצריהם בכל גבולם סביב וכתוב שם כל המקומות הללו עשאן ואקו' קיי' מזמן הדיין הנזכר בשנה הנז' ואקוף גמור לכל ימי חייו יחיה שנים רבות ואחריו לבנו הגביר פ' ואחרי בנו הנז' לבניו ולבנותיו של בנו הנז' שוה בשוה חלק כחלק לכל א' מהם בין זכרים בין נקבות ופי' וביאר כי בזמן שעשה זה עשה שלתרצה בת בנו הנזכר שהיתה נשואה עם שמעון אם תהי' בחייה אחר אביה תהיה לה חלק בואקו' זה כל ימי חייה אך אחר מותה לא יהיה לפרי בטנה לא זכרים ולא נקבות חלק בואקוף הנז' אפי' כמלא נימא כ"ש עתה שנפטרה תרצה הנ"ז בחיי אביה שלא זכתה כלל גם פרי בטנה לא יהיה להם חלק ונחלה כלל וכו' ועל מלכ' בת בנו הנזכר שהיא נשואה כהיו' עם שמעון הנז' לה בלב' כל ימי חייה יהיה לה חלק בואקוף הנז' שוה לשאר יוצאי ירך בנו הנז' אך אחרי מותה תפסק ותחת' כח' ורשותה וכל יכלתה בואקוף הנז' לבלתי היות לפרי בטנה שום חלק ונחלה וזכיה בואקוף זה אפי' כמלא נימא שכן פיר' וביאר מאד וכן מאש' ומקיים תנאי זה לעולם אשר על שאר יוצאי ירך בנו הנזכר לא כן יהיה רק כלם בין זכרים בין נקבות יזכו שוה בשוה ואחריהם לבניהם ולבנותיהם זה אחר זה עד כי יבא שילה חוץ ממלכה הנזכ' וחזר וכתב באופן כי חוץ מפרי בטנה של תרצה ושל מלכ' שלא יהא להם חלק רק הכל יהיה לשאר יוצאי ירך בנו הנז' וליוצאי' מה' עד סוף כל הדורו' ושוב הארי' באופן מה שיתנהגו בדירתם ובמושבותם ובתקוני הבתים ואמר הנה ואקוף זה עשאו עפ"י דעת כל הפוסקים ודייני הישמעאלים שלא יכול שום נברא לשנותו בין בד"י בין בדיני האומות ומי שיבטלהו או ישנהו תקולל חלקתו בארץ וכהנה רבות מקללות ונדויים למבטל וברכות לראש המקיים.

תשובה מתנה זאת מבוטל' היא תבטל כדאמ' בפ' יש נוחלין נכסי לך ואחריך לפ' אם היה הראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפס' והא אפסקה הוא סבר יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק פרשב"ם אפי' אמר שיטול שני אחריו הוי מתנ' על מה שכתוב בתורה ומעש' קיים והתנאי בטל והביא' הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' זכייה וכתב ש"מ שאמר נכסי לך ואחריך לפ' והא' ראוי ליורשו ופי' ואמר לא משום ירוש' אני נותן אלא משום מתנה

והרי הפסקתיה השני קונה וכתב המ"מ ז"ל שכתב כן לתרץ הקושיא שהוקשו רבים מן הבריית' דס"פ מציאת האשה תנו שקל לבני בשב' וכו' ואם אמר אם מתו ירשו אחרי' תחתיהם אין נותנים לה' אלא שקל והק' איך יורשי' והלא ירוש' אין לה הפסק ותי' הרמב"ם ז"ל שכשעק' בפי' ואמר לא משום ירושה וכו' יש הפסק וה"ז כמתנת ברי ותי' אחרים נאמרו בזה ע"כ ורשב"ם פי' דוקא בנכסי לך סתם הוא דאמר דהו' לשון ירושה אבל כי אמר לשון מתנה בפי' מתנה היא והרמב"ן ז"ל בחידושיו הביא דברי רבינו יוסף הלוי ז"ל דמשום הכי מהני התם משום שלא נתן הנכסים לבניו ולא זכה להם כי אם שקל בשבת ועוד הביא דיש מפרשים דההיא דתנו שקל לבני דוקא בדשוינהו לנכסי ביד שליש דהא אמר תנו ולאו ירושה היא ויעשה השליש מה שהושלש בידו ולהני תרי לישני משמ' דאפי' אי פריש לא מהני וכן דע' הראב"ד והרשב"א ז"ל ומה שיש לדקד' בכל א' מהתירוצים הללו כתו' לי במ"א בהרחב' מ"מ בנ"ד שש"מ היה דלהני לישני בתראי אפי' אם פי' שאינו נותן לשום ירושה אינו מועיל ולהרמב"ם ז"ל קרי לא פי' ולא עקר אבל לרשב"ם ז"ל אפשר דחשיב' מתנ' לפי שהקנה עליה דמשמע דבמתנת בריא בעי למיהב להו א"נ משום דזמנו של שטר מוכיח עליו כדאמרי' בפ' י"נ הכותב נכסיו לבניו ולאחר מותו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה ר' יוסי אומר אינו צריך דמזמנו של שטר נלמוד ואמרי' התם נמי דבהקנאה אפי' רבנן מודו דאי כתיב ביה הקנאה תו לא צריך דמסתמא דמעכשיו הוא דקנין לטפויי מילתא אתא. ואיכא למימר נמי דידע שא"א להקנות לאותם בנות בנו אם ירשנו בנו ולכ' הקנה המתנה לבנו ואיברא דאפי' אם למקצת המפרשי' היו מקבלי המתנ' זוכין מ"מ יד היורשים כי הדרי מיקרו מוחזקים והבא לזכו' יותר על חלקו אפי' הוא יור' מקרי מוציא ולא מפיק משאר יורשים מספק ומ"מ הרחבנו בזה לרווח' דמילת' לומר דאפשר דאליבא דכלהו רבוות' המתנה בטלה.

ואין לומר שכאן לא זיכה לבנו בגוף הבתים ממש אלא הקנה אותם לו לדירתו ולדירת בניו וזרעו עד סוף כל הדורות דלא שייך לו' דירושה אין לה הפסק כתירוצו של רבינו יוסף ז"ל בההיא דתנו שקל לבני שלא נתן לבניו אלא השקל בכל שב' הא ליתא דגוף למאן יהיב אי לאחרוני' אחרונים הא ליתנהו בעולם דלזכו ועדיין לא יצא הגוף מרשות הנותן ואם לא נתן לבנו אלא הדירה כשמת הזקן ירשה הבן בתורת ירושה וקמו בידי' גוף ופירו' וכשימות ירשוהו יורשיו כדין דירושה אין לה הפסק.

ואיברא נמי דיש מקום לומר שאפי' אם נתנה במתנת בריא הואיל והוא בנו ואין שם יורש אלא הוא מאחר שזכה בשעת מיתת האב שוב אין ירושה פוסקת מזרעו ע"י שום תנאי דמתנה על מה שכתו' בתור' הוא ולא אמר רשב"ם דמהני כשנתן בלשון מתנה אלא

כשנתן לבן בין הבנים יתר על חלקו דאותו יתרון אי לאו דיהבה ניהליה היה שוה לאחיו עכשיו נותנו לו במתנה ועוקרו מסתם ירושה אבל בנותן לבנו שהוא יורש גמור אעפ"י שנתן בלשון מתנה מ"מ עדיין כח ירושתו בה' קיימ' וכשימו' ממשמשת ובאה לו וזוכה בה משום ירושה שהרי לבן בין הבנים אע"ג דבבריא אפי' להרמב"ם ז"ל לא בעי עקירה משום דלאו בר אורותי הוא יתר על חלקו מ"מ בש"מ לפי שישנו בירושה סמוך למיתה כי יהיב ליה בתורת מתנה לא נפסק ממנו כח ירושה שאפשר לו לזכות מכחה אם היה או' איש פ' ירשני עד שיפר' ויעקו' שאינו רוצה להורישו יתר על מה שהורישתו תורה וכבן יחידי דממילא יורש הכל ואין לשון מתנה עוקר' כח ירושתו וכי עקר' בהדי' לירוש' של תור' מי מעקרה ע"כ נחלה ממשמשת ובאה ואין תנאי מועיל בה ויש לדקדק כן מההוא עובדא דאיסור גיורא דאמר רבא היכי ניקניהו רב מרי להני נכסי במתנת ש"מ כירושה שויוה רבנן וכל דליתא בירושה ליתיה במתנה ותלאה הרי"ף ז"ל בההיא דרב אחא בר אויא דלשון מתנה ליורש ירושה היא וכן היא שיטת הרמב"ם בפ"ט מה' זכיה גר שיש לו בן אינו יכול ליתן לו במתנת ש"מ לא כל נכסיו ולא מקצתן שלשון ירושה ומתנה ליורש אחד הוא ואם אתה אומר יקנ' נמצא זה יורש את אביו ע"כ ואם איתא משכחת לה לשון מתנה דמהני כשעקר ולא נמצא יורש את אביו אלא כשאין שם יורש אלא הוא לא שיי' עקירה שיהא תנאי מועיל בה ושם רב ביבי יורש גמור היה ואם אתה אומר יקנ' נמצא זה יורש את אביו ובר מן דין בדינא דבריא כתב הרב המ"מ טעמ' דכיון שהעלינו שאין הבריא יכול להעביר נחלה בלשון ירוש' אלא בלשון מתנ' ואם היה בלשון ירושה אינה כלום א"כ ודאי מתנה יש לה הפסק והך מלת' דברי' בעיא דלא איפשיטא בגמר' היא כמ"ש הרב המ"מ דלא עבדינן בה עובדא ומשמע דלר"ח דבעיין איפשיטא אין חילוק בין ש"מ לבריא ואפי' לדידן דלא איפשיטא נהי דלא מפקינן משאר יורשים מספק אבל עכשיו שהספק בין היורשי' לאחריך פשיטא דלא אמרי' שיזוכו אחריך מספ' ואין לומר דלא מספקא לן אלא בלשון ירושה אבל בלשון מתנה לא דהא ע"כ רב אחא פשיטא ליה שכל דמהני ביה לשון ירושה כי אמר לשון מתנה אינו זז מתורת ירושה ולכך הר' המ"מ תלאן זו בזו אלא שאין דברי הרמב"ם ז"ל אלא בבן בין הבנים שאם היה בריא אינו זוכ' במתנ' מספק כלל ומוקמינן לה בחזק' כל היורשים והיאך יזכו בו אחריך אבל אם אין שם יורש אלא הוא אפי' בריא במתנת בריא אין לאחריך כלו' כיון דספקא אמרי' ביה אין לשון מתנ' אלא ירושה ואין אחריה הפסק וזה ברור. ועוד יש ראי' אחריתי במתנה זו שהוא הקנה לכל בנו' בנו שימצאו לו בעת פטירת בנו אחד זכרי' ואחד נקבות שוה בשוה ונכללו בזה בנים יולדו אחר המתנה שלא זכו בה כגון בת אחת שנולדה אחר מיתת הזקן

זו ודאי לא זכתה במתנה זו לפי שלא היתה באותה שעה בעולם וכש' שהיא לא זכתה אף אחיותיה שהיה לה' לזכות באותה שעה לא זכו כההיא דפרק האיש מקדש מעשה בה' נשים ובהם ב' אחיות ולקט א' כלכלה של פירות וכו' ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו דאמרינן התם דכי אמר כולכם קנה את וחמור הוא ואפילו נכריות אינן מקודשו' ומי שעדיין לא בא לעולם כחמור חשיב דלית ליה קניה כדאמרי' בפ' מי שמת וכתב הרא"ש והרי"ף ז"ל לא הביא כל זה וכו' ומיהו בה"ג מוק' מתניתין באומר דוקא הראויה מכם לביאה תתקדש לי ויש מחלקים דהתם מפיק להו בתרי מילי אבל הכא כי אמר כלכם בחד מלה אין שום אחת מקודשת ודברי הריטב"א ז"ל בחדושי' שם כך עולים למדקדק בהם וזו הוא שיטתו של הרמב"ם ז"ל בפ' מ"ה אישות וכתב המ"מ החילוק שבין מפיק להו בחדא מלה או בתרי מילי וכאן בבת אחת זיכה את כל הבנות שכן כתב ואחר בנו הגביר הנז' לבניו ולבנותיו שוה בשוה חלק כחלק וכי היכי שלא זכתה הבת הקטנה שלא היתה אז בעולם כך לא זכו השאר ובתוספות רבינו ישעי' ז"ל בהאיש מקדש כתב שהמקנה הפירות שבאו לעולם והפירות שלא באו לעולם לא קנה כלל דומיא דאת וחמור וכל כי האי מילתא בעי' לאודועי דאיברא שהיום כ"ה שנים בהיותי על אדמת הקדש שלחו אלי פסקים שנכתבו על הואקוף אוולדי שעשה הגביר כמה"ר ר' אליעזר כלב שעשה וזיכה לבניו ולבנותיו ולתולדותם אחריהם ורצו לבטל זכות הבנות מטענות מחולפות וא' מן החכמים כתב שכיון שכלל במתנה הבאים אחריהם בנים יולדו שלא באו לעולם אף הבנות הנמצאות עכשיו לא קנו דהו"ל קנה את וחמור ואני בטלתי טענה זו מב' דרכים חדא דאפילו למאן דפסק דלא קנה כלל הרי חלקו בין מפיק בתרי מילי למפיק בחד מילא והתם בתרי מלה הוה ועוד התם שתולדותיו כלם בעולם היו אלא שתולדות תולדותיו אינם בעולם וב' הקנאו' נינהו הזוכין עכשיו כלם זוכין כאחת דכלהו איתנהו בעולם והבאים אח"כ שזוכים אחריהם אפשר לומר בהם שלא יזכו מפני אותם שלא באו לעולם אבל בנ"ד חד דבור' וחדא זכיה היא שזיכה את בנות בניו כאח' וביהיא שעתא אחת מהם לא היתה בעולם ולא זכתה. ועוד נראה דמטעמא אחרינא מתנה זו מבוטלת היא דבטעות הויא מאתו שהיא גילה דעתו במעשה זה שרצונו שיהיו קרקעות אלו קיימים ועומדים לדור בהם יצאי ירכו וכל דורותיו עד אלף דור כסבור שבידו לעשות כן לזכות את הבאים אחריו בנים יולדו ובהא הוה מוטעה שהדבר ידוע כי דור שלישי הנולדים אינן זוכים במתנה זו ובנות בניו אשר תהיינה לאנשים כמותם כל אחת הבעל יורש זכותה ואם ישאו להם נשים יאכלו זרים כחו והוא לא ידע וגם בני בנותיו אשר סלקן מהדירה כיודעו כי ת"ל היה להם בית והון ולא יחפצו בדירה זה המשותפת לרבים

הנה עתה איגלאי מילתא שעל חנם גרשן מהסתפח בנחלתו ונכרים באו שעריו ונחלתו נהפכה לזרים ודאי אדעתא דהכי לא עבד.

וכי תימא נהי שלא זכו הה' בנות בבתים הללו מדינא מכל מקום יתקיים דברי המת דקי"ל מצוה לקיים דברי המת ואיתיה בין בבריא בין בש"מ והוי מצוה וכופין עליה כהא דאמרינן בפ' השולח פ' שפחתי עשתה לי קורת רוח וכו' הא תרגמה רבינו תם דלא אמרי' הכי אלא במשליש הדבר ביד שליש ושפחה שניא היא דמוחזקה בגופה היא ולהרמב"ן ז"ל דוקא במצוה ליורשים תנו או עשו כך ולהריט"בא ז"ל בעינן שיצוה היורשי' בפניהם וכאן בא מחמת הקנאה שעשה ואקוף אוולדי ולא מחמת צואה שצוה להם לעשות אבל בכתב גזר וקלל למי שיבטל את דבריו ודבריו בטלים הם מעצמם אין צריך אחר לבטלה ועוד נרא' דכיון דזכ' בנו מדין ירושה אע"פ שאמר ואחריך בטלה קנינם מטעם דרחמנא אמר אין לה הפסק והו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה היאך אפשר לומר עוד שמצוה לקיים דבריו ולבטל ד"ת השתא מיהת מתנתו נפקעת מפני ד"ת אין דבריו מצוה לקיימן במקום ביטול ד"ת וכ"ש דאיכא איסור' בעבורי אחסנתא מן הקרקעו' לגמרי דלא מתקיימת נחלה דאורייתא אלא בהו כדמוכח בפ' מי שהיה נשוי גבי כתובת בנין דכרין דהיכא דאין שם מות' דינר דמעקרא נחלה דאורייתא לא תקון ודוקא בקרקעות כדתנן עד שיהיו שם נכסים שיש להם אחריות יתר על שתי הכתובות דינר ועוד אין פרי בטנם של שתי בנות אלו מצווין לקיים דברי הזקן שכבר נתן נכסיו לבנו וזכה בהם וכשמת קפצה נחלה לזרעו וזרע זרעו ומצי אמרו אנא מכח אבוה דאמא קאתינא ומשל הזקן לא שקילנא מידי.

ואין לפקפק כלל מחמת שתלה הדבר שיועיל בכל משפטי הכותים ובכל דיניה' ומסתמ' בדיניה' זוכים אחריך אפי' במקו' יור' ואפי' אם הוא דשלב"ל במקו' שנוהגים לדון בדיני הערכאות שלהם שכתב הריב"ש בתשובה סי' נ"ב מה שכתבתי שאחריך לאשה אחר מיתת הבנות אינו כלו' כיון שהראשון ראוי ליורשו דירוש' אין לה הפסק זה היה אמת אם היה נעשה בין יהודים במקו' שדנין דייניהם בדיני ישראל אבל המצוה הזה הוה דר במיורקא בחזקת עכו"ם וכן האשה הבאה לירש מכח הצואה והללו הבאים לירש מחמת קורבה דרים שם בחזקת עכו"ם וגם ביהדות' היה להם לדון בדיני הכותי' כי כן נהגו מעולם קהל מיורקה מרצונ' וא"כ איך ילך ויסע ממקומו אחד מב' הכתו' וילך אל ארץ מרחקים שידינו לו בדיני ישראל יבאו במיורק' לפני הדיין שלה' שהוא הגזבר ומי שיזכהו ויחזיקהו הגזבר הוא היורש עכ"ד ולכאורה משמע מדברי' שבמקו' שנוהגים לדון בדיני הכותים כמו קהל מיורקה מלפני' צריכים על כל פנים לדין בפני דייניהם

והם יודונו בדינים שירוש' יש לה הפסק ומכאן למד מהר"ם אסרלן ז"ל וקבע' בהגהותיו לש"ע וכתב אם עשה הצוא' במקו' שנהגו לדון בעש"ג ובא אח"כ למקו' אחר לדון בדיני ישראל לא אמרי' דירוש' אין לה הפסק ע"כ ונ"ל כי הלכה זו מקופחת שהאיך יתכן שיעזבו מקור מים חיים את ה' ליקר שם פליליה' בשביל שנהגו והרי הרשב"א ז"ל כתב בתשוב' הביא' הרב בב"י ז"ל בח"מ סי' כ"ו על מי שמת' בתו ותבע את חתנו בערכאות שיחזיר לו הנדוניא בטענה שהכל יודעים שהם הולכים בדיניהם וכל הנושא שם כאילו התנה כן וכו' והשיב כל תנאי שבממון תנאו קיים ובאמת אמרו שמתנין כבענין זה אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט העכו"ם באמת אסור מפני שהוא מיקר שם ע"ז והחמיר בזה עד שכתב הסומך על משענת הקנ' הרצוץ הזה ועוש' אלה מפיל חומת התור' ועוקר שרש וענף וכו' ועוד האריך למעניתו ועוד בסוף סי' שס"ט כתב דנר' מדברי הרשב"א דלא אמרי דד"ד אלא במס שהוא מדיני המלוכה אבל דינים שדנין בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכ' אלא מה שמצאו בסיפרי דייניהם שאם אתה אומר כן בטלת ח"ו דיני ישראל וכתב ז"ל דר"ל דאפי' אם גזר המלך בהדיא ללכת בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכ' ולדברי הכל אין עלינו לקיי' זה א"כ היאך יכתוב הריב"ש מפני שקהל מיורקה כן נהגו מעולם מרצונם נתיר להם לעשות נגד הדין ולהרים יד בתורת משה להוציא ממון ממי שזכתה לו תורה ואיש נכרי יאכלנו אשר לא כדת ועוד כי בענין חזרת הנדוניא תנאי ממון כדאמרי' בירושלמי בפ"ק דכתובות אלין דכתבין לנשיהון אי מיתת בלא בני כל מאי דאית לך תהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים וע"י מנהג קבוע איפשר שיהיה כמי שהתנ' ואע"פ כן כתב הרשב"א דלנהוג בו על הסתם מפני שכך דינן של כותים אין לו שחר עא"כו בדין שאינו תלוי במנהג ואין תנאי מועיל בו ואפשר לומר על דעתו של מהר"ם איסרלן דטעמו של הריב"ש שם משום דהך דינא דלשון מתנה ליורש ירושה הוא עיקר טעמא דלא עקרה מתורת ירושה לגמרי ואוקמה אדין דמתנה דאי עביד הכי מהני אלא רוצה הוא להפסיק נחלה מיורשיו ורחמנא אמר שאין לה הפסק דאל"כ הו"ל לשוויה בתורת מתנה גמורה הילכך באותם העומדים בחזקת עכו"ם וא"א להם לזוז מנימוסיהם כי אפסקיה למתנה אמרי' בתורת מתנה הוא דיהיב וכ"ת נעקריה בהדיא ונשוייה מתנה הא לא מצי דנמוסיהם נקנו ואזיל וכן אותם בני מיורקה שנהגו מעולם ברצונם לדון בדיני העכו"ם דכל מילי דתלוי ברצונם דמצי למימר דאדעתא דהכי נחית מעיקר' בכל דבר שאפשר להתקיים בדיננו אע"ג דלא פי' כמאן דפירש דמי ולא צריך למעקריה בהדיא דסתמן כפירושן אבל זה שהיה יכול לפרש בדיננו דלא בא לעקור ירושה אלא משום מתנה והלך לדרוש בבעל זבוב לעקור הנחלה לגמרי בנימוסיה'

ולהפסיק' מעשיו בטלים דרחמנא אמר אין לה הפסק וזהו על פי דרכו של מהר"ם אסרלס ז"ל דאגב שטפיה נקט דברי הריב"ש ז"ל כפשטן והעתיקן.

ומיהו לכי מעיינת בדברי הריב"ש תשכח דלא מדינא קאמר שזכתה האשה במתנה דבדיניהם עבידנא להו שא"כ למה כתב יבאו במיורקה לפני הדיין שלהם שהוא הגזבר ומי שיזכהו ויחזיקהו הגזבר הוא היורש יאמר שכבר זכתה האשה במתנה מפי המצוה כי מאחר שנהגו שם לדון בדיניהם דעת הנותן היה לזכות לאשה במקום יורשיו ועוד שכתב אבל המצוה הזה היה דר במיורקה בחזקת עכו"ם וכן האש' הבאה לירש מכח הצואה והללו הבאי' לירש מחמת קורבה דרים שם בחזקת עכו"ם וסיים יבאו במיורקה וכו' למה הוצרך לטעם שהאשה והקרובים דרים שם לא יהא אלא שמעולם דרים כאן במקום ישראל וכדת משה ויהודה מאחר שהמצוה היה דר שם בחזקת עכו"ם ובנימוסיהם עשה הצואה דיניהם עבידנא להו ואף ביהדותם אם נהגו כן לדון בדיני העכו"ם אזלינן בתר נימוסייהו ואין לומר שהוצרך לומר כן שגם התובעים היו דרים שם מטעמא דקבילו עלייהו הא ליתא דאי לאו טעמא דביהדותן נמי נהגו כן מה שנהגו בזמן ההמרה לאו כלום הוא דאונס הוא ולא מיקרי דקבילו עלייהו ועוד כי נמי קבל עליה ומחיל לגבה דאשה מי אית בה מששא הו"ל מה שאיר' מאבא מכור לך או נתון לך דלאו כלום הוא ועוד למה לי שהם דרים עכשיו במיורקה דמה שהיו דרי' בזמן המתנ' סגי אעפ"י שאינ' דרים עכשיו אלא שעיקר הדבר כמו שמבוא' שם שהנפק' קבל הפקדון מיד אשת המת וכת' הרב בתחיל' שאעפ"י שהיא נושא' ונותנת בתו' הבית יחזיר לאש' ואעפ"י שיש טענ' ליורשי' שהמתנ' בטל' אין לנו לעכב הנכסי' בשביל כך מאחר שהתובע והנתב' דרי' שם במיורק' בחזק' עכו"ם תחת רשו' המלך והגזבר שלו שהוא שופט כל הארץ והו' שלח מכת' כולל אל קונסולי העכו"ם קאדיש הישמעאלי' רבני היהודי' מטעם המלך אדו' שבכל מקו' שימצאו נכסי האיש ההוא המצוה שישלחו' שם כי הם זכי' אשתו עפ"י צואת הנפטר ומאחר שנכסי' אלו מיד האש' נתקבלו שם במיורק' והיורשי' והבאי' מכח המתנ' והבאי' מכח הירוש' דרי' שם היאך אנו נעכב הממון שביד המופקדי' אצלו בטענ' שיש לזה דין בד"י הרי ב' הכתות תחת רשותו הם ומשועבדים אליו הם ונכסיהם וישלחו הנכסים ליד האשה שנתנם ויעמדו לפני הגזבר השופט ומי שיחזיקהו הגזבר הוא היורש ואמר כי ביהדות' היה לו לתובע לדון בע"כ בדיני עכו"ם כי כן נהגו מעולם קהל מיורקה מרצונם. ופוק חזי מאי סלקא בהו ואז אם היה הדיין שלהם תובע ממון איש אחד שביד ישראל כאן לא היינו יכולי' לעכב מאחר שאין ב' בעלי הריב עומדים לפנינו לדין אלא ישלחוהו לב"ד שלהם והם יעשו הנראה בעיניהם.

ופשיטא שבכל מקום הלוקחים ממון שלא זכתה להו תורה בחקי העכו"ם הנה אלה רשעים ובכלל פושעי ישראל בגופם הם אבל מאן ציין לן לנדון ליושבי בעיר אחרת ולעכב הממון נודיע להם פשע' וחטאת' אם ישמעו ואם יחדלו ולסתו' פיהם של החולקי' מצאתי תשו' להריב"ש עצמו סי' ק"ז בענין מזונו' האלמנה שכתב שהלכה באנשי גליל שתהא נזונית כל זמן שתרצ' ומן הסת' יש לנהוג כן בכל מקום אבל אם מקו' שנהגו ביהודה עד שירצו יורשי' הולכי' אחר מנהג' כדמשמע מההי' דבת מחוז' דהו' נסיבא לנהרדע' דכיון שנהגו כן הולכים אחר המנה' וכת' ואנחנו בבאנו בזאת הארץ לא ראינו מנה' כזה כי תושבי הארץ לא היו נוהגי' כתורתנו כי אם לפני שופט ישמעאל יובא כל דין גם קהל מיורקה אשר רוב קהלנו מהם לא היו נוהגי' כי אם בעש"ג ולזה אין להם במנהג כי אין להם מנהג לפי דין תורתנו ולזה נהגנו כאנשי גליל ע"כ הר' שכת' שאעפ"י שבאלגזייר כל דיניה' לפני שופ' הישמע' יובא ולא היו נוהגי' כתורתנו וגם במיורקה לא היו נוהגי' כי אם בעש"ג אין לה' דין מנה' ולא נאמ' בהם כל הכות' ע"ד המנה' הוא כות'. ומנהג' שלא לתת מזוני לאלמנה כל ימי ארמלותה שכל מנהג שאינו ע"פ דין התורה אין לו מנהג. ובס' תמים דעי' בהגהו' הרי"ף בתר' גבי ארסא דפרסאי עד מ' שנין הביא לשון רבי' יונה בעליותיו וז"ל אבל אין לפרש דישראל המחזיק מנכסי חבירו בארץ פרס אין לו חזקה עד מ' שנין והתם חקי המלך על בני אומתו הם ואפי' אם פי' והטיל הנהגותיו על ישר' כיון שיכול יש' לכוף חבירו בד"י אין מלך כופה אותו לדון באותם הדינים והמנהגי' נמצא שלא קע זכותו של ישר' מחמ' אותו דינא דמלכות' אא"כ הלך חבירו לדון בפני ערכאותיהם ולא קבע המלך אות' הדיני' על ישראל אלא לענין שידונו אות' בערכאותיהם כך ומשמתי' ליה לבר ישראל שכופה חבירו לדון בערכאותיהם כך נראה בעיני עכ"ל.

ומצאתי לרב רשב"ץ ז"ל בתשובותיו שנחלק על הריב"ש בתשובה זו ועל מ"ש כיון שב' הצדדים הם יושבי מיורקה ובחזק' עכו"ם הם יבואו למיורקה לפני דייניהם ומי שיחזיקהו הגזבר בנכסי המוריש הוא היורש כתב הרשב"ץ בזה ואלו דברים בלא ראיה ואין הדעת סובלתן כלל שהנכסים הללו כאן נמצאו וכאן היו ומה שברשות יש' ח"ו שנוציא אותו להפקיע זכות יש' וכו' ומ"ש אלו ואלו בחזקת עכו"ם לכן ראוי להחזירו ביד האומות לדונו בדיניהם אינה טענה מפני שמדותם אינו משתנה דין ירוש' כלל ועל מ"ש ועוד אם יתן הנפק' הפקדון אליו הוא לירש הנה האש' תוצי' ממנו בעש"ג ואין מן הדין שיהא הנפק' לוק' בעד הפקדון והבי' מהרמב"ם בפ"ב דלוה שאין האשה נאמנת על מעו' שבידה שהם שלה ובפר' ה' מה' שאלה כתב קבל מן האשה יחזיר לאשה כתב הרשב"ץ היאך אפשר לומר שאם לקחה עבדים ושפחות וקרקעות ואונות ושטרו' יוצאים

על שמה אנו מחזיקים אותם בחזק' הבעל ואם הפקיד' ביד אחרים יהיו בחזקת אדם ומה שהביא מדברי הרמב"ם ז"ל אין הנדון דומה לראיה וכו' אבל בנושאת ונותנת בתוך הבית שהם שלו לגמרי יחזיר לבעל וכן כתב הרמב"ן בחידושיו הרי מוכיח שלא נחלק אלא מטעם דאיהו סבור דהיינו בלקח מן האשה הנושאת ונותנ' בתוך הבית יחזרו לבעל או ליורשיו ולא לה ואילו לריב"ש ס"ל יחזרו לאשה ונ"ל דטעמו ז"ל דאע"ג דנושאת ונותנ' בתוך הבית היא מ"מ יכול' להביא ראיה שהי"ל מעות או שמתה אמה ואפשר שהי"ל כשיעור הני זוזי ואינה צריכה להביא ראיה על אלו המעות או על כספי' שבידה שהרי יש שם אמתלא' ותהיה שלה הילכך יחזיר לאשה שקבל ממנה והתובעי' יטענו כנגדה ולזה כתב הריב"ש שאין מחייבי' את הנפקדת לתת הנכסים אלא למי שנתנת' ביד' והי' תטוען עליה' וגם כי יש לחוש שאע"פ שיתברר שהנכסים של בעלה והמתנ' שנתן לה הבעל בטלה כפי דיננו דירוש' אין לה הפס' והם ידונו בדיניה' שהמתנ' קיימת אנו מאי איכפת לנו.

וכבר כתבתי זה ימים לקאנדיה על מעשה רע ומר שעשה א' מחשוביהם לגבות בחובו בתים שלא היו ראויי' לבעל חובו מדין התורה ואמר דבדיניהם דידהו עביד כי כן המנהג הרע הזה ביניהם והשבתי וביארתי מקצת לשונות הפוסקים אשר מצאו בהם חכמי קנדיה מקום להתפיס בהם להחזיק מלתייהו לקיים מנהגן שנהגו להוציא ממון שלא כדין עפ"י העש"ג ודרשו אותם הלשונות לעצמן והמה און ופעלם מאפע עוקרים דבר תורה לחבק חיק נכרי' לא תקום ולא תהיה ולא תעשינ' ידיהן תושיה ועושה אלה משפיל הדרה של תורה והוריד לארץ נזרה כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה כללן של דברים שמתנה זו בטלה היא מן הדין ואין לה על מה שתסמוך וחזרה ירושה לסיני ויירשו שתי הבנות ויוצאי ירכן חלק כחלק כמשפט שאר בנותיו והנלע"ד כתבתי הצעיר יוס' בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ז

ברושה.

תשובה לא נתבאר בשאלה אם שטר זה נתקיים בחיי הלוה או אחר מותו וראיתי לישא וליתן בתשובה א' להרא"ש בכלל פ"ה הביא בטור סי' ק"י וז"ל יורש שנתן נכסי מורישו לקטן ויצא ש"ח על המורישׁ מי מחתי' לנכסי קטן או לא אם השטר מקויים מורידין ש"ח לנכסיו ואם אינו מקויים אין מקיימי' שלא בפני ב"ד עכ"ל ותמהו עליה רבים וגדולי' דהא איפסיקא הלכתא בהגוזל בתרא מקיימי' עדים שלא בפני בעל דין והה"ר יהודה בנו של הרא"ש ז"ל נשאל על זה והשיב כשאני רואה פסקיו עם תשובותיו סותרין אני הולך

אחרי הפסקי' שהיו אחרוני' ותימה הוא שהדברים הללו לא נתן ליכתב שאפי' לא נכתבו בפסקיו גמרא ערוכה בפיו והלכות קבועות והיאך אפשר להתקיים דבריו שבתשוב' והך כללא דכייל נמי ואי כללא הוא דאטו כל אותם השנים שהיה עוסק בפסקי ההלכות העמיד שומר על פתח בית המדרש שלא ישאלו ממנו דבר הלכה והלא בדין משכון של עכו"ם ביד ישראל ברבי' הביא הטור בי"ד סי' קס"ט דברי הרא"ש בתשובו' לעיקר אעפ"י שבפסקיו כתב להפך וכתב שם הרב מהרי"ק ז"ל דמשמע שהוא תופס דבריו בתשובה יותר מדבריו בפסקיו אעפ"י שבח"מ סי' מ"ג כתב אעפ"י שהרא"ש בתשובה כתב שהמלוה על המשכון ע"ש בפסקיו כתב שהוא ש"ח ובאחרונה היה עכ"ל וכן כתב בי"ד על אונן אם נפטר מהבדלה לגמרי סי' שמ"א יש לומר דלאו כללא כייל ובאות' תשובה בלבד הוא דקאמר דהוה קי"ל דדבריו בפסקיו היו אחר התשובה ואין למדין משם למקומות אחרים ובכמה תשובות כתב שכתב בפסקיו שבכלל ס"ח תשובה י"ו כתב על חזרת השטר כתבתי בפסקי בתרא וכו' ובכלל פ"ו סי' ח' הביא ההיא דעשאה סימן לאחר בפ' בתרא דכתובות דאמר אביי האי מאן דמוקי אפטרופא לוקי כי האי ואמאי לא טעין איהו ואמר ודוחק לומר שלא נזכר אלא למדו משם שאין לדיין לטעון מילתא דלא שכיח כ"כ ובפסקיו כתב אותו התירץ דאביי לא נזכר אלא בתשובה חזר בו אלא מיהו מסתברא דבכל רב יפוסק שעשה חיבור כולל בין שעשאו בתחילת ימיו בין בסוף יש לתפוס דברי החיבור עיקר מדברי התשו' דאם איתא דהדר ביה הי"ל לתקן הדברים במקומן בחיבורו בשעה שהוא מעיין בתשובה דמסתמא אינו משיב אא"כ עמד על שרשן של דברים מתוך חבורו אפילו אם נזדקנו דברי תורה בפיו חוזר ומסתכל בהם בשעת מעש' וכן בהרמב"ם כשאנו מוצאין לו תשובה הפך מ"ש בחיבורו אנו אומרי' שחזר בו מאותה תשובה וכמ"ש הרשב"א ז"ל על דין ס"ת פסול שחסר בו אותיות שמצינו תשוב' להרמב"ם שאין בו משום ברכה לבטלה הפך ממ"ש בחיבור ואמר הרשב"א דמסתמא הדר ביה מההיא לכך נ"ל שאין לדברים אלא מקומן ושעתן והרב מהר"ר לוי ן' חביב כתב לישב דברי הרא"ש שקשה ממנו אמר שדין זה יצא לו ממ"ש בנמצא' שדה שאינ' שלו נזקקין וזה יהיה בשני פני' בעדי' או בשטר וכמו שהעדים צריך שיקובל עדותם בחיי האב גם בשטר צריך שיתקיים בחיי האב דן ג"ש מעצמו והוסיף תימה שאף בנמצאת שדה שאינה שלו שרוב' דרבוותא סברי דאפי' בע"פ מקבלים את העדי' לאחר מיתה יסבור הרא"ש ז"ל שאפי' בשטר אין מקיימי' וכבר תמה הרב מהר"י קארו ז"ל על דברי שניהם ופירש הוא ז"ל דאע"ג דקי"ל דמקיימי' את השטר שלא בב"ד יתום שאני דכיון דאיכא למיחש לפרעון אפי' יש בשטר כל תנאי שבעולם כמ"ש הטור שם

הילכך אין מקיימי' עכ"ד ולי אין ראיה ממה שאמרו שאין נפרעי' אפי' יש בשטר כל תנאי שבעולם אפי' נאמנות מפורש עליו ועל יורשיו דאכתי איכא למיחש שמא פרעו או צררי אתפיסה ואי היה הלוה בחיים היה מדבר אבל בהא לענין קיום שאפי' היה בחיים היה מקיימו שלא בפניו היכי נימא דמשמת נתוסף כחו זו היא שאמרו כשהוא חי קולו א' כשהוא מת קולו שבעה. ומה שמצא עוד ז"ל ליישב דברי הרא"ש ממ"ש רבינו ירוחם בשם הראב"ד בשטר צואה אין מקיימי' אותה אלא בפני ב"ד לא עמדתי בסודו ז"ל שהרי מפורש שם הטעם שנשתנית שטר צואה משאר שטרות דאמר' בהו עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ששטר צוואה לא נכתבה אלא לזכרון דברים ותשובת הרא"ש בשט' מלוה הוא דכתיב בהו וכתוב בספ' וחתו' ואמרי' בהו דמדאוריית' לא בעו קיו' דעדים החתומים שם כמו שנחקרה עדותן בב"ד כדאמרי' בהאשה שנתארמלה. וראיתי עוד לו ז"ל למעלה על דברי הטור שכתב ודוקא שצוה בשטר שכתב בכתב ידו וניכר שהוא כתב ידו כתב הרב ז"ל יש לדקדק איך כתב שאם ניכר שהוא כתב ידו שנזקקי' הא בעי' שיהיה מקויים בחיי אביו לפי מה שכתב הרא"ש בתשובה ודחק לפרש יע"ש וזו הקושי יצא כפי המובן מתשובה זו של הרא"ש כפשטה ומתוך כך יצאו דברים מלפניו שלא כהלכה שראיתי לו ז"ל בפסקיו ב"ח שהביא דברי תשובה זו להרא"ש ולא חלק בין נתקיים בחייו לנתקיים לאחר מיתה דלעולם מורידין ב"ח לנכסים.

ובעניותינו אדרבה תמיה לן מילתא לאידך גיסא דכי נתקיים השטר מקמי הכי מאי הוי ואמאי מורידין והא אין נפרעין מנכסי קטנים אי משום צררי ואי משום שובר שאם היו גדולים היו מבררים הדבר ואפי' אם השטר מקויי' ועומד איכא למיחש להכי והרא"ש ז"ל האריך בתשובתו להוכיח דבר זה וחלק לטעמא דרב הונא בריה דרב יהוש' דמשום צררי דהתם אית ליה ליורש הקטן חזקת אבהתא אבל קטן זה אין לו חזקת אבהתא דמקבל מתנה הוא מבנו של מורישו ושוב הביא שמעתין דהגוזל בתר' וכתב שעיקר מסקנ' לאו משום דקי"ל כסומכוס אלא משום דקיימ' ארעא בחזקת אבוה ואכתי מ"ט לא אמרי' בקטן זה שקבל מתנה דאי' ליה חזקת אבוה דנותן והו"ל כמי שבא מכחו של מורישו ולא דמי לנמצא' שדה שאי' שלו דעלה מסיק גמרא התם דטעמא דאין נזקקין משום דקיימא בחזק' אבוה לאפוקי שדה שאינה שלו דלא קיימא בחזק' אבוה והדרא ארעא והדרי פירי ולא מצי לסלוקי בזוזי ואילו הכא נכסי בחזק' אבוה דנותן קיימי וב"ח בא להפרע מהם בחובו וזה הקטן אוכל פירות דב"ח אינו גובה את השבח ולכי גדיל נמי אי בעי מסלק לב"ח בזוזי ועוד התם ליכא שום טענ' ליתומי' שלא להחזיר אם לא שיפסלו את העדים

ואחזוקו סהדי בשקרי לא מחזקינן אבל הכא דאיכא חשש דצררי דילמא לכי גדל זה הקטן יביא ראיה שאביו של נותן התפיסו צררי והיורש הנותן אעפ"י שהוא גדול מאחר שכב' נסתל' שוב אינו חושש לטרו' בדבר.

אלא נראה שעיקר טעמו של הרא"ש ז"ל דמדמה לה לנמצאת שדה שאינה שלו היינו משום שנתקיים השטר קודם שנתן הנכסי' לקטן דנמצא שלא היה לו ליורש זכות באותם הנכסי' הואיל ולא היה לו שום טענה ופתחון פה כנגד השטר ומההיא שעתא שנתקיי' בב"ד הרי הוא כמי שעמדו בדין להורידו לב"ח בנכסי' ומאחר שכבר נתברר זכותו של ב"ח אין בידו ליתן זכותו לאחרים ולא מפני שהוא קטן יפה כחו בזה שאין אנו באים להוציא ממנו אלא אנו אומרי' שלא להפקיע זכותו של ב"ח במתנה זו דהו"ל כמי שבא לב"ד והורידו לנכסי' ולא עדיף קטן זה מגברא דאתי מחמתיה שהוציאו הנכסי' ממנו ומי איכא מידי דמוכר לא מצי למטען ולוקח טעני' ליה טענת צררי או פרעון אבל היכא שאין השט' מקויים אע"ג דמקיימי' את השטר שלא בב"ד מ"מ עד השתא נכסי בחזקת היורש קיימי דלא מצינן לאחותי אנכסי דאמרי' ליה קיימי שטרך וחות לדינא כדאמרי' בפ"ב דכתובו' דכי אעל קמיה דרב נחמן א"ל הכי ואף קטן זה הבא מכחו עמדו הנכסים באותה שעה בחזקתו וכמאן דאית ליה חזקת אבוה דמי וחיישי' שאם היה גדול היה יכול לברר שהתפיסו צררי ולא מפקי' להו מחזקתיה וכי תימא כי נתקיים בתחילה נמי הא לא מצי' למיחת אנכסי מקמי דאזמניה לדינא כדאמרי' בשלהי בתרא דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה ואין נפרעין מן הערב תחילה יש לומר דה"מ מלוה גופיה לפי שגופו נשתעבד ונכסיו הם ערבין לו אבל יורש אין חיוב על גופו כלל אלא שנכסי אביו הם המשועבדין וכיון דאתקיי' שטר מיד נחתינן לנכסי והו"ל כגבוי הילכך לא נכנסו לחזקת קטן זה המקבל מתנה שנדין אותו כדין בא ליפרע מנכסי יתומים אלא כי היכי דבא ליפרע מנכסים משועבדים או הנפרע שלא בפניו שנפרע בשבועה כך זה יפרע בשבועה שלא התפיסו צררי ולעולם ס"ל להרא"ש ז"ל אף ביתומים קטנים כשנזקקין לנכסיהם ע"י שטר שמקיימים את השטר שלא בפניהם כנ"ל.

ומעתה אתאן לנ"ד דבין נתקיים השטר מחיים בין לאחר מית' איכא למיחש לצררי ואין נזקקין לנכסי' עד שיגדלו אם לא מטעם שהודה בשעת מיתה וצוה על כך ובזה אעפ"י שלא נכתבה הודאה זו בחייו יש לקבל העדות לאחר מיתה לרובא דרבוותא דסברי בנמצאת שדה שאינה שלו ובעידי צואה דמקבלי' להו לאחר מיתה אלא דאיכא מאן דפליג בהא כמו שאכתוב דאפי' בהני בעינ' שתתקבל העדות בחייו. ומה שבא בשאלה דמאחר שהיה בפני ג' שהם ב"ד תו לא צריך לקבלת עדות בפניו שכן נראה מדברי

הפוסקי' שג' שנכנסו לבקר את החולה חשיבי ב"ד לא נהירא לי שלא נאמר כן אלא באב המחלק נכסיו לבניו בר"פ יש נוחלין דכתי' והיה ביום הנחילו את בניו ביום אתה מפיל דין נחלות וכו' ותניא נמי והיתה לבני ישראל לחוקת משפט אורעה כל הפרשה כולה להיות דין. ואיכא מרבוותא דאמרי דאף לאחרי' שאינם בניו כשנותן במתנ' ש"מ עושין דין משום דמתנת ש"מ כירושה שויוה רבנן כדכתב הרא"ש. שם בהלכותיו בשם רבינו יונה ורבי' חלוקים עליו ואפילו לדידיה היינו משום דירושה מיקרי ואסמכוה אקר' דביו' הנחילו את בניו התור' נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה אבל במתנת בריא דכתי' ליה מהיו' לכ"ע אין עושין דין וכ"ש לענין מלוה שאין להם תורת דיינים ואי מטעם הודאה בב"ד אין להם תורת ב"ד אלא בדכנפינהו אינהו ואמר הוו עלי דייני וקבעי דוכתי' ושלחי ומזמני ליה לבי דינא דפסקי הלכתא בס"פ זה בורר כמר ברי' דרב אשי הא לאו הכי לא כתבי' ואין להם תורת ב"ד ושמא דאפי' בכל הני תנאי אם לא כתבו הודאה זו מחיים אין לכתב' לאחר מיתה דכיון דנפלי זוזי קמי יתמי מצי למימר לב"ד הגדול אזלינ' והם אינן יכולי' להעיד שלא בפני בעל דין. ומה שנמצא לפרש"י ז"ל דהיכא דצוה בפני ג' נזקקי' לא אמרו אלא בצואת ש"מ כמ"ש בח"מ סי' ק"י מתשובת הרשב"א בשם הראב"ד א"נ במוסר דבריו לב"ד שהם יתנו המעות למלוה דכיון שעשאן ב"ד על ממונו שקלי אינהו ויהבי אבל כל שלא מסר לב"ד אין עושין כן מעצמן.

והנראה לע"ד כיון דלרובא מרבוותא קמאי ובתראי הדין נותן לגבות מהם כמ"ש הרב מוהר"ר שמואל די מדינה ז"ל שראוי לפסוק הלכה למעשה ואין אנו באין לדון אלא לסברת הראב"ד והרא"ש ז"ל דס"ל דנמצאת שדה שאינה שלו ובעידי צואה דבעי' שנתקבל בחיי המוכרים נראה דבמלוה בשטר מקויים היכא דהודה בשעת מיתתו מודה בה הראב"ד והרא"ש ז"ל דמקבלין עדותן לאחר מיתה ונזקקין דדוקא בנמצאת שדה שאינה שלו או במתנת ש"מ להוציא דבר שהוא בחזקת המוריש ע"פ עדותן הוא דאמרו דאין מקבלין עדים להוציא מחזקתן שלא בפני ב"ד דקטן כשלא בפניו דמי אבל היכא דאיכא שטר מקויים ביד המלוה לא ע"פ העדים אנו מוציאין מחזקת היתומים אלא עפ"י השטר ששורת הדין שיגבה מנכסיו ולפרעון ולצררי לא חיישינן ומחתי' לנכסיה אפילו שלא בפניו כיון שהלך לו למ"ה או שמת ומפקי' מלקוחות ולא טעני' להו דילמא צררי אתפס' לענין שלא יגבה אלא נפרע בשבועה וזו שחשו לצררי אצל יתומים קטנים חששא רחוק' היא וחשו למיעוטא בנכסי יתומים קטנים. אבל היכא שהדבר ברור כגון שהודה בשעת מיתתו וצוה לפרוע לו מנכסיו כבר נסתלק חשד זה מלבו דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן כדאמרי' בגמרא גבי נמצאת שדה שאינה שלו וכיון דתו ליכא למיחש לצררי

השתא גבי ב"ח ע"י השטר שנפרעין על ידו אפי' שלא בפניו ולא חיישי' אקבלת עדות שלא בפני עדים דאנן לאו אפומייהו דהנך סהדי סמכינן לגבות אלא אשטרא סמכינן והנך עדים גילוי מילתא בעלמא הוא שלא התפיסו צררי וכי היכי דמקבלי' עדו' על היתו' בדבר שלא היה בחזקתם כגון תנוק שתקף בעבדו וירד לשדה חברו דמוציאין מידו ע"פ עדים הכא נמי כיון דאיכא שטרא איגלאי מילתא עפ"י עדים אלו דשעבודא דמלוה קיימא אנכסי לוה ונזקקי' להם.

ונ"ל ראיה דלא מיקרי אפוקי ממונא אפומא דהנך סהדי אלא מכח שטרא מהא דהוכיחו התוס' בפ' חזקת ובכמה דוכתי דמגו להוציא לא אמרי' גבי ההוא דגחין ולחיש לרבה דשטרא זייפא הוא והקשו מהא דאמ' בפ' הכותב מגו דיכלי למימר וכו' יכול למימר סיטראי נינהו דהו"ל מגו להוציא ולגבות ממון. ותירצו שאני התם דאיכא שטרא כלומר לא דמי להההוא דגחין ולחיש דכיון דמ"מ השטר מזוייף אינו יכול לגבות אלא בטענ' ע"פ ומגו להוציא לא אמרי' אבל התם המגו היא להעמיד השטר על חזקתו שלא נפרע ושבקיה לשטרא דאיהו דידיה עביד ומגבי הכא נמי אין העדים אלא להעמיד השטר על חזקתו דלא ניחוש לאותה חששא רחוק' דאתפסי' צררי.

ומסתייעא נמי הך סברא מההוא עובדא דמייתי בפ' חזקת דרבא בר שרשום דאמר אכבשיה לשטר ואכלה כשיעור זוזי וביתומים קטנים מיירי התם והקשה שם הרא"ש וא"ת והיאך יכול לומר לקוחה היא בידי והלא היתומים קטני' וידוע שהיה הקרקע מתחלה של אביהן והיאך יביא עדים שאכלה שני חזקה והא אין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין כדאמרי' בריש הגוזל הכא נמי האיך יביא עידי חזקה להוציא מחזקת היתומים וי"ל דשאני הכא שכבר אכלה ג' שנים בחיי אביהם. וגם אין ידוע לנו שבתורת משכנתא באה לידו וכבר היה מוחזק בחיי אביהם ולהחזי' מה שבידו מקבלי עדות בפני יתומים קטנים עכ"ל ואכתי מאי משני שכבר היה מוחזק בחיי אביהם מי מעיד על דבר שהיה מוחזק בתורת מכר אימ' לפירי נחית ואכלה ג' שנים פחות יום א' או דלא אכלה כדאכלי אינשי כגון הא דאמר בפ' חזק' אכלה שחת תפתיח' אפי' כורא ועייל כורא וכמה מילי דלא הוו חזקה דהדר' ארעא והדרי פירי דלעולם קרקע בחזקת בעליה עומדת ועדי חזקה אלו באים להוציאה מחזקת' והיכי מקבלי' לסהדותייהו שלא בפני בעל דין אלא דהכי קאמר הואיל ואכלה בחיי אביהם והיתה מוחזקת בידו בפני כל העולם אעפ"י שאפשר דלא אחזוק כדמחזקי אינשי מ"מ הני סהדי מגלו מילתא דמה שהיה מוחזק רבה בפני העולם כדין חזקה היתה וכדמחזקי אינשי ומקבלי' עדותן דגילוי מילתא בעלמא והשתא פי' חזק' אלימתא ברורה אצלו לא עדיפא משטר כדאמרי' בר"פ חזקת גבי ההוא דאתא

קמי' דרב נחמן וא"ל זיל ברור אכילתך ומפרש תלמוד' בסמוך טעמא דרב נחמן דלא יהא אלא דנקיט שטרא מי אמרי' ליה קיים שטרך וכן פרשב"ם שחזקה של ג' שנים במקום שטר היא עומדת ואם מקבלים עדים להעמיד החזקה ולאפוקיה ארעא מחזקת מרה כ"ש דמקבלים עדי' להעמי' שטר מקויים שבידו ועוד יש ללמוד מדברי הרא"ש ז"ל עצמו בתשובה כלל פ"ה וז"ל הילכך כל כה"ג דליכא למיחש לפרעון כגון שהודה החייב בשעת מיתתו שהוא חייב או דשמתוה ומת בשמתיה או שלא הגיע הזמן בחיי הלוה אפי' מלוה ע"פ העדים מעמידים אפוטרופוס לקטנים ומגבינן לב"ח וכו' וכתב עוד ומה שכתבתי למעלה דמלוה ע"פ גובה מיתמי היינו כשנתקבל העדות בחיי אביהן וכו' עכ"ל והאי דמלוה ע"פ גובה מיתמי היינו כשחייב מודה או דמית בשמתיה ואם איתא מאי איריא מלוה ע"פ אפי' בשטר שצריך שיתקבל העדות שהודה או דשמתוה בחייו ומלשון זה דקדק מהריב"ל ז"ל דס"ל להרא"ש דבמלוה בשטר מקיימם לאחר מיתה מדנקט מלוה ע"פ וכ"ש שיש לדקדק לענין הודאה דבהכי מיירי דבמלוה ע"פ גובה דאם היתה מלוה בשטר מקבלי לאחר מיתה עדי הודאה.

עוד יש ללמוד הדבר ממה שמצינו שהרא"ש עצמו מודה בתוך זמן שנפרעים מן היתומים מטעם חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ואנן סהדי דלא פרע דהלואי יפרע אדם בזמנו ועדים אלו שמעידין בהודאת האב לא גריע מחזקה. תדע דבההיא חזקה מבעיא לן בפ"ק דבתרא אמר לו פרעתיך בתוך זמני אי מהימן במגו דפרעתיך בזמני ולא אפשיט' ועבדינן לחומרא דמצי למטען הכי אע"ג דהוי מגו במקום חזקה ואילו מגו במקום עדים לאו כלום הוא כדאמרינן בפ' חזקת גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דאמרינן מה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן ולא מבעיא עדים ממש אלא היכא שהדבר גלוי וידוע לנו כעדים מקרי כדמוכח בההוא עובדא דנהר פקוד דפ' השוכר את האומנין דכיון דאורחא דנהר פקיד תדיר איכא מיא הו"ל כעדים ומגו במקום עדים לא אמרי' ואילו מגו במקום חזקה אמרינן. והא דהקשה בתוספות בפ"ק דבתרא מהא דאמרינן בס"פ ב"ש היבמה שאמרה אחר ל' יום לא נבעלתי אין כופין אותו אע"ג דאית לה מגו אלמא לא אמרי' מגו במקום חזקה נ"ל דלא אמרו מגו אלא להעמיד מה שביד האדם אבל לא לכוף שכנגדו והא דמי למגו להוציא שנכוף את הבעל שיחלוץ לה. ובפ"ק דכתובות גבי הא דקטעין טענת דמי' הק' התוס' ולהימנה במגו דמוכת עץ ותרצו דאיכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה. והא דמבע' לן בפ"ק דבתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא שמא הך חזקה עדיף עכ"ל אלמ' אין כל החזקות שוות. והשתא הואיל והרא"ש מודה דבמקום הך חזקה דלא פרע גו זימני' נזקקין לנכסי יתמי כ"ש במקום עדים כי האי דאפי' אם אינן

מעידין בפני בעל דין אחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקי' ואנן סהדי שכך הוא האמת ואין לחוש לצררי כלל.

ועל מה שיפו כאן כחה של אשה משל ב"ח שאמרו אין נפרעין מנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם ולכתובת אשה משום חינא ואילו לענין גביה אמרי' בהנזקין ב"ח בבנונית וכתובת אשה בזיבורית ומפרש התם בב"ח משום נעילת דלת ובאשה יותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא ולענין גביה נמי היכא דליכא אלא ארעא דחזיא לחד אמרינן בפ' הכותב לב"ח יהבי' ליה לאשה לא יהבי' לה דיותר ממה שהאיש רוצה לישא וכו' כבר כתבו התוס' בפ' הכותב בהנך תרי שמעתא ועוד יש לדקדק בה' אלא שאין כאן מקומן והנלע"ד כתבתי יוס' בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ח

שאלה ראובן ושמעון חברים היו חייבים ללוי סך מעו' שלקחום לצורך השותפות בערבות זה לזה וקצת החוב נתפרע לוי מראובן ובראותו לוי כי מטה יד שמעון ואין לאל ידו לצאת ידי חובתו בקש השארית ג"כ מראובן בפני ב"ד וראובן טען בפני ב"ד שאין לו מעות בעין לתת אבל יש לו פנקס מחובות שחייבים לו ישמעאלים בכפרים וכשיקבל מהם יתן לו חובו ממה שיקבל ועל זה נטל ראובן קנין ושבועת בפני ב"ד ואחר קצת ימים הניח ראובן פנקס החובות ביד אשתו והלך לו חוץ לעיר למעשהו ולא זכה לשוב אל ביתו כי בחזרתו איתרע מזליה ופגעו בו לסטים והרגוהו וקם לוי ותבע מאלמנתו לאה לתת לו הפנקס לגבות חובו מהישמעאלי' כמו שנשאר בפני ב"ד והאלמנה טוענת שאין במה שהניח בעלה עזבון אחריו אפילו כדי פרעון חצי כתובתה וגם יש לה יתומים לפרנס ואין לה במה. גם בהיותו ראובן בחיים חייתו שלחו אותו עכו"ם ממקום אחד למקום אחר ונתנו לו מעות להלביש להם בסחורות ועשה שליחותו הלך לאותו מקום והלביש בסחורות והניח שם ביד עכו"ם א' סכום ארבעה אלפים לבנים מעלה ומטה בכל כך סחורות בתורת פקדון גמור שיביאם אל ביתו ובחזרה נהרג ואח"כ בא העכו"ם הפקיד והביא אותו הפקדון לאלמנת ראובן והעכו"ם בעלי הממון בחמלתם על האשה וילדיה מחלו לה ממונ' שהיה להם ביד בעלה וקמו קצת יהודים אנשי המקום ואומרים לאלמנה שתתן ללוי סך מה מאותו פקדון לחשבון מה שנשאר חייב לו בעלה ילמדנו רבינו אם יכול לוי להוציא הפנקס מידה כיון שאין בעזבון בעלה אפילו כדי חצי כתובתה ויש לה יתומים לפרנס ואין לה במה. גם בענין הפקדון שהביא לה העכו"ם אם יכול לוי להוציא מידה דבר מה מהטעם הנז' וגם שאינה ערבות ללוי בעד בעלה עד שידרוש ממנה לוי

דבר. יורנו המורה לצדקה דין אמת לאמיתו כי מפיו אנו חיים וכסא כבוד תורתו יכון לעד אמן.

תשובה השתא דכתבי' שעבודא דמטלטלי אגב מקרקעי חזרו המטלטלים להיות כקרקעות ואית בהו שעבודא ודין קדימה כדאמרינן בפ' חזקת גבי מכר לו פרה מכר לו טלית וליחוש דילמא מטלטלי אגב מקרקעי אקני ליה ולקמא משתעבד לבתרא לא משתעבד ואי קנו להו הנך מטלטלי דמי שעבודא דתרווייהו הו"ל לוה ולוה ואח"כ קנה דאמרינן בפ' מי שמת דמשעבד לשניהם ויחלוקו. אלא שצריך לדקדק בחובות אלו אם חל שעבודו של ראשון עליהם שיהיו לו דין קדימה או דילמא כיון דליתנהו בעולם לא חל שעבוד עליהם ואין דרך להקנותם אלא כמ"ש ודוקא בישראל ולא באחר ואי מלוה בשטר נינהו בכתובה ומכירה ובלא כן לא משעבדי כלל לב"ח ואיכא למימר דכיון דמשעבדי להם ומשתעבדי למלו' נמי מדר' נתן חל שעבודו מההיא שעתא כדאמרינן בפ' יש נוחלין יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן ב"ח חוזר וגובה אותה מהם ומפרש טעמא בפ' כל שעה משום דאמר ליה כי היכי דמשתעבדנא לאבוכון משתעבדנא לדידיה ומטעם זה כתב הרא"ש בפר' יש נוחלין שמלוה לא מקרי ראוי לגבי אשה והשתא דתקינו גאונים דב"ח וכתובה גבי ממטלטלי דיתמי אם גבו מטלטלי בחוב אביהן הרי הם כקרקע. ותדע שאע"פ שהמלוה אין גופה ממון משתעבדא שפיר לב"ח ממ"ש הרא"ש בתשובות שאלה כלל ע"ט סימן ה' וז"ל ראובן שנתחזק לו שטר על שמעון ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה ובא נפתלי בשטר שנתחזק לו על ראובן מוקדם לשטר שנתחזק לראובן על שמעון ואומר כי זה השטר שנתן ללוי הוא ממונו של ב"ח וזכה בו מדין קדימה ולוי משיב כי השטר שנתן לו הוא מטלטלי שאין גופן ממון ואין בו דין קדימה. תשובה נ"ל שהדין עם נפתלי כיון ששטרו מוקדם ושעבד לו ראובן נכסיו מקרקעי ואגבן מטלטלי ואע"ג דלא מפקינן מלוקח היינו משום תקנת השוק שאל"כ לא היה אדם רשאי לקנות חפץ מחבירו מפני שעבוד נושיו אבל בנתינת ש"ח לא שייך תקנת השוק דמילתא דלא שכיחא היא ועוד שלא יצא השטר מרשות ראובן לגמרי שעדיין נשאר בידו כח למחול הילכך חשיב שפיר ממונו לגבות ממנו ב"ח זהו לשונו ויש בדפוס חסרון הניכר ולמדנו שאע"פ שהשטרות אינן גופן ממון ואע"פ שנתנו בכתיבה ומסירה מפקינן מלוקח לב"ח דקדים בהו שעבודיה ואין לחלק בין מלוה בשטר למלוה בע"פ דכל שלא נשתעבד בכתיבה ובמסירה שוה היא למלוה ע"פ והכא עדיפא שאע"פ שנתן ללוקח בכתיבה ומסירה מפקינן מיניה ועוד דאכתי מלוה לא נפקא מרשותיה לענין דאי בעי מחיל כ"ש במלוה

ע"פ דלא נפקא מרשותיה כלל ואית לן למימר דשעבודא דאית ליה גביה משתעבד למלוה ואית בהו דין קדימה.

ומצאתי בזה שתי תשובות להרשב"א נראות כסותרות זו לזו האחת הובאת בב"י א"ה סימן ר"א אלמנה ששדכה את בתו לשמעון ונתחייב' לתת לו לזמן הנישואים כך מעות לנדוניא וקודם זמן נשואי בתה עמדה האלמנה ונשאת לבעל ורוצה להפטר משמעון באמר' שכשחייבה את עצמה לשמעון לא היו לה נכסים לפי שעדיין לא נשבעה שבועת אלמנה ובשטר התנאים אין כתוב דאקנ' והשיב איברא גובה הוא אצ"ל למאן דאמר אחריות ט"ס אפילו בדאקני דלא כתב כמי שכתב אלא אפילו את"ל דלא משתעבד דאקני אא"כ כתב בפי' דאשה זו נכסים היו לה אלא שצריכה שבועה וכתב ועכשיו שנשבעה איגלאי מילתא שלא נפרעה ושטר כתובה כדקאי קאי עכ"ד. מתשובה זו מוכח כדברי הרא"ש הרי כאן אע"פ שלא הספיקה לגבות עד שנכנסה לרשות הבעל דכלוקח הוי מפיק מבעל משום דחל שעבודו של בעל על כתובתה ויהיב טעמא דלא מיקרי עתיד למקני משום דאיגלאי מילתא למפרע דכדקיימא קיימא ומפיק מבעל ובתשובה אחרת שהובאה בח"מ סי' ק"ד והיא בדפוס תתקי"ד בראובן שלוה מנה מלוי בשטר וחזר ולוה משמעון בשטר ואחר מות ראובן פרעו היתומים לשמעון מעות ונתנו לו עוד ש"ח שהי לו לראובן על אחרים ובא לוי לתבוע משמעון לפי שעבודו קודם ובתוך תשובתו כת' ועוד שטענתו של לוי בטלה מעיקרא שאותן הש"ח אינן בכלל נכסיו ואפילו שעבדם בפי' לא עשה כלום שהש"ח אין גופן ממון ולא משתעבדי אגב קרקע עכ"ד ודברים אלו סותרים דברי הרא"ש ז"ל שכתב שיש בש"ח דין שעבוד וקדימה וסותרים דברי עצמו שכתב שאע"פ שלא כתב דאקני נשתעבד' שטר כתובתה לב"ח ומפיק מבעל.

ונראה דדידיה אדידיה לא קשיא דאפילו תימא שלא נשתעבד שטר כתובתה שאין גופה ממון מ"מ אשה זו נכסים היו לה קודם שנשאת אלא למחסרי גובייא וכשגבאתן ב"ח גובה ממה שגבה כדאמרינן לענין קרקע יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בעל חוב חוזר וגובה מהם ולא מיקרו מטלטלי דיתמי אע"פ שכשמת אביהם מחוסר גובייא וה"ה אם גבו מטלטלים בחוב אביהם לתקנת הגאונים דמטלטלי משתעבדי לבעל חוב דמטלטלי דאבוהון מקרו. וכ"ת אכתי היכי גובה מבעל הא מטלטלי דשעבודא נמי לא מצי מפיק מלוקח כדכתב הרא"ש כ"ש הני דלא גופן ממון ובעל לוקח הוי. הא אמרי' בשלהי יש נוחלין דבעל שוינהו רבנן כיורש ושוינהו כלוקח ומשום פסידא דאלמנה שויוה רבנן כיורש וגבי מאתתא דיתבה תותי בעלה ובמלוה ע"פ נמי שויוה רבנן כלוקח דלא אבעי

למלוה לאזופי בלא שטר לאתתא דקיימא לאנסובי והכא בשטר הוא וכבר יש לה נכסים וכי היכי דאם מתה גבי מיורשים הכי נמי כשנשאת גבי מבעל.

והשתא לפי זה לכשתמצא לומר לדברי הרשב"א ז"ל לא נכנסו החובות הללו בכלל השעבוד ואין בהם דין קדימה אלא יד שניהם שוה כאחת ולא עוד אלא שיפה כחו של ב"ח לגבי האשה משני צדדים חדא דכל שאין קדימת שעבוד לא' יותר מהאחר לב"ח יהבינן ליה משום נעילת דלת כדאמרי' בהכותב היכא דליכא אלא לחד מינייהו דלאשה לא יהבינן לה דיותר ממה שהאיש רוצה לישא וכו' וה"ה בלוה ולוה ואח"כ קנה כדכת' הרא"ש שם. ועוד מטעמא אחרינא לא תטול האש' כלו' הואיל ונשבע בב"ד לתת כל מה שיקבל מהחובו' הללו ללוי בעל חובו אפקעוה לשעבודא דשאר חובו' וינתן לב"ח זה שכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בח"מ סי' ק"ד ראובן שלוה משמעון וחזר ולוה מלוי ונתרע' מראובן בב"ד והשביעוהו ב"ד שכל מה שירויח יתר על מזונותיו שיפרע ללוי כיון שנשבע כן גלי בדעתיה שחזר בו מהראשון וללוי משתעבד לשמעון לא משתעבד וכן מוכח בתשובה שבסוף חזה התנופה שהביא בב"י סי' ס' וז"ל ואם קודם שבא זה הב"ח בעולם נשבע לתת אותו לבעל חוב המאוחר צריך לקיים שבועתו ולתתו לו כי מאותה שעה שנשבע לתת לו קדם וזכה בכח ההוא מעכשיו ולכשיבא וכן מוכיח מתשובת הרא"ש שהביא הטור סימן צ"ט והיא היא תשובת שבסוף חזה התנופה ולא תימא דשאני התם שהוא בחיים והוא עצמו חייב לקיים שבועתו אבל הכא כיון שמת נעשה חפשי משבוע' ונפלו נכסים לפני שניהם הא ליתא דאם איתא אמאי לא יגבוהו ב"ד לב"ח הקוד' מן הדין ויהי' זה פטו' משבועתו דשבועה מעיקרא ליתא דהו"ל נשבע להרע לאחרים דתניא בפ' שבועת שתים מה הטב' רשות אף הרעה רשות אוציא נשבע להרע לאחרים ותנן נמי נשבע לבטל את המצוה פטור אמר לעדים משביע אני עליכם שתבואו ותעידוני שבועה שלא נעידך הכא נמי לפריע' ב"ח מצוה ולא חיילה עלה שבועה. אלא ע"כ עיקר טעמא משום דהדר ביה משעבודא דקמא דכל שעדיין לא חל השעבוד יכול לחזור בו כדכת' המ"מ בפ' עשרים מה' לוה בשם הרשב"א עצמו וכן מוכ' בדברי רשב"ם שם בפ' מי שמת גבי לוה ולוה ואח"כ קנה דמשעבד לשניה' וכיון שנשבע לזה הו"ל כמאן דהדר ביה בהדיא משעבוד' דקמא וכשיבואו לעולם נכנסו בשעבודו של שני ואין חלק בהם לראשון כלל אף כאן מאחר שנשבע לתת כל מה שיקבל מחובות אלו לב"ח הדר ביה משעבודא דאשה ולב"ח משתעבדי כי אתו לאשה לא משתעבדי.

ואשר אני אחזה לי שבאותו הנדון של הרא"ש אף הרשב"א ז"ל מודה והוא הנדון שלפנינו דהיכא דבתר דאשתעבד לקמא נעשה זה החוב מגו דחייל שעבודיה על אותם

המטלטלים או המעות שנתן לבעל חובו חל שעבודו על גוף החייב ועל נכסיו דהא מדינא דגמר' היה ב"ח מוציא מטלטלים מיד הלוקח כמו שמוציא קרקע אלא משום תקנת השוק נהגו שלא להוציא ועכשיו שזה הלוקח נתחייב ונשתעבד לבעל המטלטלי' אותו השעבוד בעצמו הוא משתעבד למלוה שחל שעבודו על המטלטלים או על המעות שלקח שמחמתן נתחייב ובזה אף הרשב"א ז"ל מודה לא מקרי אין גופן ממון שקודם שנתחייב היה גופו ממון וחל חייובו עליהם ואין דבריו של הרשב"א אלא כשהיתה כבר המלוה בשעה שלוה דאע"ג דאקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי לא נשתעבדו החובות ולא השטרות שאין גופן ממון.

ואע"ג דהרשב"א לא מפיק מדהרא"ש כדכתיב הכא נ"ל דהרא"ש מפיק מדהרשב"א דהא דס"ל להרשב"א ז"ל שכל שאין בו קנין משתעבד לב"ח באגב הרא"ש ז"ל חלוק עליו בטעמיה ובהלכתא שהוא ז"ל כתב בתשובה כלל ע"ט סי' י"ב דעבדי' משתעבדי אגב קרקע אע"ג דאינן נקנין אגב קרק' דשעבוד וקניה תרי עניני נינהו ושעבוד לאו מטעם קניה הוא אלא מטעם דקלא להו כמו מקרקעי וכל טריפ' ב"ח בקלא תליא דהו"ל ללקוחו' לאזדהורי הילכך אף חובות כיוצא בהם שאעפ"י שאין בהם דין קנין יש בהם דין שעבוד והרשב"א ז"ל אזיל לטעמיה שכתב באותה תשובה של סי' תתקי"ד דלא שייכא גביית ב"ד בשטרות הואיל ואין גופן ממון והרב ז"ל לא סמך על דעתו בענין זה כמו שנרא' בתשובת תתקנ"ט שכתב שיש לו מקום עיון שנ"ל מן הדין שאין גביית ב"ד בשטרי מלו' שאין גופן ממון אלא מילי בעלמ' וסיים ויש לי בזה לפי דעתי ראיות מוכיחות אלא שאני רואה שאפי' בזמן שהיו בארץ גדולי המורי' היו מגבים אפי' משטר הלואת ע"כ וכן תמצא בתשובותיו המיוחסות להרמב"ן סי' נ"ב כבר ראיתי שאני חוכך לומר שאין שטרות נגבים בב"ד וכו' אבל מה אעשה ואני רואה שפשט זה בכל המקומו' שב"ד שמין ומגבין אותם וכופף אני ראשי למנהגן של ישראל ע"כ הואיל ופשט המנהג לגבות מהם משמע דגופן ממון אקרי וכדאמרי' בפ' מי שמת דשטרו' נמי אקרי נכסי אף אנו נאמר דמשעבדי שפיר ושייך בהו דין קדימ':

אלא מיהו בחובות או מטלטלי שבאו אחר שלוה מראובן דהו"ל לוה ולוה ואח"כ קנה או בחובות שהיו קודם שנשאת האשה לדברי הרשב"א שכתבתי לעיל בזה באנו לההיא דפ' הכותב דלב"ח יהבינ' ולאשה לא יהבינ'.

ואיכא למידק בנדוניא אי דייני' לה כדין כתובה או לא ואע"פ שבטור א"ה סימן כ"ב אהא דאמרינן לאשה לא יהבינן לה כתב הרב בב"י אצל האשה וכו' אם האשה תפוסה במטלטלים שנשתעבדו לב"ח אי מהניא לה תפיסה ואם האשה תפוסה במקצת נכסים

היא אומרת בעד כתובתי תפסתי ונצ"ב אני תובעת וב"ח אומר לא כי אלא נצ"ב כבר נתפרעת כתובה לית לך. ומשמע שאין זה אלא בעיקר הכתובה אבל נדוניא דינה כחוב והיכא דשעבודו ושעבוד החוב שוין חולקין וכן מתבאר מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב רבינו בסמוך וכן כתוב בס' התרומות סי' מ"ג וכתב שכן כתב' חכמי לוניל עכ"ל ולי הא מלתא באשלי רברבי תליא שאע"פ שהרמב"ם ז"ל כתבה בפי' בפ"ח מה' אישות שנצ"ב חולקת עם ב"ח שהרב ז"ל לשיטתיה אזיל שביאר בפי"ו מה' אישות שנצ"ב אינן נקראים כתובה אלא נדוניא שמן וסתם כתובה אינו אלא מנה ומאתים עם התוספת ורבים וגדולי' חלוקי' בזה והרב המגיד הביא שם דברי הרמב"ן ז"ל שכת' בפ' אעפ"י שכל דיני כתובה אנו נותנים על נצ"ב כשבאת לגבות' מנכסיו והוכיח מכמה מקומות שנדוניא בכלל כתובה כמו שהעמיק הרחיב שם וכת' המ"מ שהרשב"א ז"ל הכריע בדברים ואמר דכל מילתא דתליא בלישנא כגון מוכרת ומוחלת אף נדוניא בכלל שאף היא נקרא' כתובה אבל מה שכתובה חלוקה בדינא משאר ב"ח אין הנדוניא בכלל ומצאתי לו ז"ל בר"פ הניזקין גבי כתובת אש' בזיבורי' שנסתפק אם כתוב' אשה נמי בזיבורי' כיון דלא שייך בה נעילת דלת וע"ש והספק הזה בעצמו שייך כאן לענין גביה דטעמא דאלימינן כחו של ב"ח היינו מטעם נעילת דלת כמ"ש התו' ובאשה לא שייך נעילת דלת דיותר ממה שהאיש רוצה לישא האשה רוצה לינשא ואף רש"י ז"ל נראה שהוא הולך בשיטת הרמב"ן ז"ל ממה שכתב אהא דאמרי' לעיל שם בהכותב לב"ח מסלקי' בזוזי ולאשה מסלקי' בארעא האי כדיניה והאי כדיניה פרש"י ז"ל שזו סמכה על שעבוד הקרקע והיא לא נתנה כלום ואם בשביל נצ"ב הנשומי' בכתובת' הרי זכה בהם מיד וזו צרפתן עם הכתובה על שעבוד הקרקע ע"כ וכלשון הזה כת' הר"ן ז"ל בהל' ובטור אחר דברי הרמב"ם ז"ל שכתב שדין נצ"ב כדין ב"ח כת' ורש"י לא פי' כן אלא דין נצ"ב כדין הכתוב' והר' מהר"י קארו ז"ל אפשר שלא השוה אותם אלא לענין סילו' היכא דאיכא זוזי וארע' דשקלי האי כדיניה והאי כדיניה אבל היכא דליכא אלא לחד מינייהו אפשר דאף לרש"י דין נצ"ב כדין החוב ונר' דמשמ' ליה להטור מדברי רש"י דפסיק' ליה דנצ"ב בכלל כתובה ממ"ש ואי משום נצ"ב דצרפתן וכו' דאת"ל דאינן בכלל כתוב' וכן צריך לפרש בסיפא היכא דליכא אלא חד ארעא מאי קשיא ליה ברישא ואי משום נצ"ב הם לא הוו בכלל כתו' אלא הכי הול"ל ונצ"ב נמי הרי זכה בהם מיד ומה שלא פי' בסיפא היכא דליכא אלא חד ארעא לא הוצרך לפרש כיון דטעמא משום דיותר ממה שהאיש רוצה וכו' הא נמי שייך בנצ"ב דכיון דרוצה לינש' ממיל' מכנסת נדוניית' וכל תכשיטי להתנאות בה' ולא שייך טעמא דנעילת דלת כמו גבי ב"ח ואע"ג דלענין זבורי' ולכל מילי דקולי כתוב' לגבי בעל השתא

אנו נותני' לנצ"ב כח היפה שבחובות היינו משום דרגילי השתא למכתב כמה לישני דיפוי כח כגון להתפרעא מכל שפר ארג נכסין ומהני לגבי בעל דכל תנאי שבממון קיים אבל לא לגרוע כחו של ב"ח להא מלתא והשתא איכא למימר כיון דפלוגתא דרבוותא הוא הו"ל כממון המוטל בספק וחולקים באותו מחצה דכל היכא דאין זה מוחז' יות' מזה מודו רבנן לסומכוס דחולקין כדאמרי' בהחולץ גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דאפילו רבנן דסומכוס מודו התם דחולקים דאין זה מוחזק יותר מזה ובסוף פרק מי שמת גבי נפל הבית עליו ועל אשתו בנצ"ב קי"ל כבר קפר' דיחלוקו לפי שיש חזקה לאשה בהם כמו הבעל וכדפירש שם רשב"א וכן בכמה דוכתי אמור רבנן דחולקי' היכא דאיכא ספיקא אין לזה חזקה יותר מזה והכא נמי כי היכי דפלגי במטלטלי דקנה ב"ח מאוחר וב"ח מוקדם הכי נמי אשה בנצ"ב תחלוק באותו מחצה ויטול ב"ח ג' חלקים ואשה רביע ומ"מ רואה אני שבתי דיני' דני' ובאי' נצ"ב כדין החו' לכל דבריו ואמרו בירושלמ' כל מקום שהלכה רופפות בידך ראה מה צבור נוהגים ונהוג כן.

ולענין התוס' אם דינו כנצ"ב לכאורה הא מילתא לא צריכה רבה שהרי כת' שהרמב"ם שם שאין נקראים כתובה עם התוס' אלא מה שמספק עלי הדבר היא מ"ש מהר"י קולון ז"ל בשרש פ"א שהתוס' שליש שלנו אינו התוספות הנז' בכל מקום בגמ' אלא הוא מעיקרא הדין ומנהג אבותינו שהנהיגו אות' בכל גלילותינו תור' היא וע"פ הגמ' ויש לה דין נצ"ב שהיא הנדוניא והרב מהר"י קארו ז"ל הביא בסי' ק"ו וכתב עליו ואין דבריו נראין לי ובאמת גם בעיני יפלא כי ירצה הרב ז"ל להשוו' מנהגנו לדינא דמתני' דתנן פסקה להכניס לו אלף זוז הו' פוסק כנגדן ט"ו מנה וכו' שהרי אנו נוהגים להוסיף אף כנגד מטלטלים שהכניסה שליש ואילו במתניתין תנן וכנגד השום עושין אחת ומחצה ועוד שאין אנו מוסיפין תוס' זה אלא לבתול' אבל לאלמנה דינה חלוק יש מקומו' שמוסיפין לה רביע ויש מקומות שאין מוסיפין לה כלום ואילו התוס' השנוי במשנה בכספים אחת ומחצה אחד בתולות ואחד אלמנות שוין ובהא יש לומר שאעפ"י שהמנהג חלוק לא נשתנה דינו וכדפי' רי"ף דאמ' הכל כמנהג המדינה ואכולי מתני' קאי.

ומיהו בירושלמ' מייתי מה ראו לומר בכספים א' ומחצה ובשום פחות חומש אר"י בר חנינא שמו דעת האשה שרוצה לבלות כליה ולפחות חומש ושמו דעת האיש שרוצה לישא וליתן בכספים ולעשותו אח' ומחצה ואם איתא שמה שאנו מוסיפין הוא על הנדוניא כדרך שמוסיפין בכספי' הי' עכשיו הבעל רשאי למכור מטלטלי שהכניס' לו לישא וליתן בהם הואיל והוא מוסיף בהם אחת ומחצה כמו במעות והא ודאי ליתא ומעשים בכל יום דלא דייני' הכי ואין כח של בעל יכול ליפרע מהם ולא מצו יתמי

מסלקי ליה בדמים כדאמרינן ביבמות הדין עמה משום שבח בית אביה כ"ש שלא יטלם הבעל אלא נראה שמה שאנו מוסיפין אין זה אותו תוספת הנז' במשנה שם אלא תוספת על הכתוב' כאותה ששנינו אעפ"י שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה יוסיף ועוד מספר כתובה נלמוד שכותב לה ויהיבנא ליכי מהר בתוליכי כסף זוזי מאתן דחזו ליכי וכו' וצבי חתנא דנא ואוסי' לה מדיליה תוס' על עיקר כתובתה כך וכך והוא השליש שנתוסף לה ואח"כ כותב ודא נדונייא דהנעלת ליה וכו' ומאחר שכולל התוס' עם העיקר דינו כעיקר עוד מצאתי להר"ש בר צמח ז"ל בפי' הכתובה שכת' שזה התוספות שאנו כותבים הוא כעין אותו המוזכר שם במשנה ולא ידענ' מאי אידון ביה ובסוריא וארץ הצבי כל המוסת ערביים יושבי הארץ כותבים בשטר הכתובה כל חפץ וחפץ לבדו כמו ששמוהו והתוס' שעליו והתם ודאי נכלל התוס' עם הנדוניא אבל אנו מאחר שאנו כוללים אותו עם עיקר הכתובה בא ליתן לו טעם בעיקר ואף בזה אנו צריכין למנהגן של ישראל שהיא תורה וכן ראיתי לרבותי בתוס' דנין כדין העיקר לכל קולי כתובה. ועדין צריך לברר המטלטלים או חובות שאינן ידועי' אם היו קודם שלוה ולא חל שעבודא של ב"ח עליהם או אם באו אח"כ וחל שעבוד שניהם כאחת גם זאת לא נפלאת היא ולא רחוקה מה שכתב הרב מהר"י קארו ז"ל בח"מ סימן ק"ד בענין אם קדם המאוחר וגבה מעות וכו' שהביא דברי בעל התרומות ז"ל וכתב בלשון הזה ומתוך זה יתבאר שמ"ש רבי' שעבד לו מטלטלי אגב מקרקע אז דינם כמקרקעי ואם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו היינו דוקא במטלטלים שנתברר בעדים שהיו בידו קודם שלוה מהשני אבל לא נתברר כן בעדים מחזקינן בהו בלוה ולוה וקנה דיחלוקו ואם קדם השני וגבה זכה וכמו שיתבאר בסמוך ושים עינך ולבך בזה שכמה גדולים ראיתי שטעו בו עכ"ל ועל כל האמירות וכל הצוויים שהרב ז"ל מזהירנו עדין איני יכול לקבל היאך נדון סתמן בלוה ולוה ואח"כ קנה שזה יטול מחצה וזה מחצה חדא דלגבי שעבוד נכסים אלו ראשון שעבדו ודאי ושני ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי כדאמרי' בהחולץ גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא בתר דמית סבא דיבם בא בטענת ודאי יורש וספק בא בטענת ספק אע"ג שאת"ל דזה בנו של מת אין לו ליבם בנכסים כלום מ"מ יבם מיהת ודאי יורש הו' והלה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי והכי אמרי' בפ' חזקת גבי קריביה דרב אידי בר אבין לסו' אייתי סהדי דאיהו קריביה שהיו מעידי' שרב אידי קרובו וההוא גברא לא היה לו עדים דהו"ל רב אידי ודאי וההוא גברא ספק אעפ"י דההוא גברא אמר אנא מקריבנא טפי אוקמה רב חסדא בידי דרב אידי שהוא ודאי קרוב כ"ש הכא שממה נפשך אית לקמיה מלוה ובתרא הוי ספק ועוד לימא העמד נכסים אלו בחזקת מה שהן

עכשיו תחת ידו של זה כן היו קודם שלוה מן המלוה השני דהיכ' דליכא חזקה דמעיקרא אזלי' בתר חזקה דהשתא כדאמרי' בפ' מי שמת גבי ההוא מתנתא דהוה כתיב בה כד קציר ורמי בערסיה ולא כתב ומגו מרעיה איתפטר לעלמא ומוקי לה בפלוגתא דר' יעקב א"ר נתן דתניא מי מוציא מיד מי וכו' ר' נתן אומר אם בריא הוא עליו להבי' ראיה שהיה ש"מ לא מבעיא לרבוותא דפסקו כרבה דאמ' הרי מת והרי קברו מוכיח עליו משום דאזלא מילתי' כר' נתן דדינא הוא ונחית לעומקא דדינא דאזלינן בתר חזקה דהשתא אלא אפי' לרבוותא דפסקו כאביי דאמר איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי אוקי ממונא בחזק' מרי' היינו משום דחזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף אבל היכא דליכ' חזקת ממון כי היכ' דמספק' לן אי משעבדי להאי או להאי אית לן לאוקומי נכסי כשעת מציאתן והרב ז"ל בא ללמוד זה מדברי ספ' התרומות ומשם אין ראיה שנחלוק את סתמן שהוא לא אמר אלא כשתפס האחרון דלא מפקי' מיני' והו"ל אידך מוציא ולא מקריא תפיסת ספק למ"ד ברישׁ מציע' תקפו כהן מוציאי' מידו דשאני התם דאיכא לאוקומה בחזקת מרא קמא אבל היכא דליכא לאוקומה בחזקת מרא מוקמי' לה בחזקת מאן דתפיס אבל בשלא תפס א' מהם מנין לנו להעמיד הנכסים בחזקת שקנאן אח"כ לתת חציין לב"ח מאוחר ולא נעמידם בחזקה שהיו אצלו מתחילה וראיה ממה שמצאתי בטור סי' קי"ב שהביא משם הרמב"ן ז"ל והוא בס' התרומות בלוקח שקנה נכסים וטוען אח"כ קנאם שאם אין עדים שקנה הלוה נכסים אלו אלא שהיה מוחזק בהם שמעמידין אותו בחזקתו שהיתה שלו ושל אבותיו מעולם וכן הורו הגאונים בנותן נכסיו מעכשיו ולאחר מיתה שכל הנכסים בחזקת שהיו באותה שעה הם וכן מצאתי להרשב"א בתשובה הובאה בח"מ סי' ר"ן זו שאמ' בשם הגאונים בנותן נכסיו סתם מטלטלי' ואמר שעל היורשים להביא ראיה דמסתמא מטלטלים אלו כאן נמצאו וכאן היו וכל שטען דבר חדש עליו הראיה ע"כ ובמקום אחר הבאתי תשובה למהר"ם שנראית כחולקת על תשובת הגאוני' וישבתיה ויתר על שקריתי לפניכם כתוב שם ואין הפנאי מסכים כעת להאריך בכל שיש לדקדק ולהוכיח אולי אצוה בדברים אלו להעתיקו אליכם ושם חלקתי בין נכסים לנכסים שיש דברים שנעמידם שכך היו מעולם כגון חפצים ותכשיטים ויש שנעמידם בחזקת עכשיו כגון סחורות ומעות דחזקה אין אדם עושה מעותיו אנפרות ועביד איניש להפוכי בעיסקא ולית להו חזקה ודל כל זה מהכא אפי' אי דיינת להו כל מטלטלים בסתם בלוה ולוה ואח"כ קנה לענין שיחלוקו דספקא הוא מ"מ לענין זה שנתן לב"ח חלקו ותצא האש' שלא תטול כלום א"א לומר כן שלכל הפחות נדון אותם כספק שאם קדמ' למלו' אין כאן לב"ח כלום ואם המלוה קדמה אין לאש' כלום הו"ל ממון המוטל בספק

דחולקי' דע"כ לא פליגי רבנן עליה דסומכוס אלא היכא דאיכא למימר המע"ה והכא למר אית ליה דררא דממונ' ולמר אית ליה דררא דממונא כדכתיבנא לעיל אבל שנאמר מספק לב"ח יהבינן ליה לאשה לא יהבינן לה זו אינה תורה כנ"ל. ועדיין צריך לברר אם תפסה האשה מטלטלי' שבאו אחר שלוה אי מהניא לה תפיסה וזו הנה היא כתובה על ס' הישר בטור סי' ק"ד באין אומר ואין דברי' והם דברי הרא"ש ז"ל בפ' הכות' אם קדמה האש' ותפסה זכתה אלא שרוא' אני שמהר"ם רבו ז"ל חלוק בזה שמצאתי סי' קצ"ה וז"ל דכל היכא דכי הדדי נינהו כתוב' וב"ח לב"ח יהבי' לאשה לא יהבי' משמע דאפי' תפסה מוציאין מידה תדע מדדיקי' בפ' מי שהיה מדקתני הראשונה קודמת לשניה ולא קתני הראשונה יש לה והשנייה אין לה ש"מ דאם קדמה שניה ותפסה לא מפקי' מינה משמ' בהדיא דאי קתני הכי דאי קדמה שנייה ותפסה מפקינן מינה דלית לה כלל ושלום מאיר בר ברוך. ואע"ג דאיכא למדחי דהכא נמי לא קתני לית לה אלא לא יהבי' כלו' היכא דאיתיה בידן הא אם תפסה משקל נמי לא שקלי' מ"מ הול"ל ב"ח קודם כדקתני התם קודמת ומן הסבר' יש להקשות כיון דהך אתתא לית לה זכותא במטלטלי אלא מתקנתא דרבנן בתראי מסתמ' לא תקינו לה אלא היכא דאיכא למשקל ממקרקעי אבל היכא דאין במה למשקל כגון הכא דאיכא ב"ח בהדה דאמרינן לב"ח יהבי' ליה מטעם נעיל' דלת לא תקינו לה ושבקוה אדינא דמטלטלי לא משעבדי לה וכי תפסינהו מאי הוי הא קי"ל כר' עקיבא דלא מהניא אא"כ תפס מחיים ונהי דאי כתב לה שעבודא דמטלטלי מדינא משתעבדה לה אלא היכא דלא כתב לה נמי משמע מדברי הרא"ש דמהני לה תפיסה וי"ל דבתר דתקון רבנן דתהא אשה גובה מטלטלי דיתמי חזרו המטלטלי' להיו' כקרק' דסמיכא עלייהו דומיא דגמלי דערביא דאמרי' בפרק מציאת האשה דאתת' גביא פורנא מינייהו כדכתבו שם התו' אע"ג דאין נר' לר"ת דהנהו כקרקעי דמי ואם מכרם הבע' מוציא' אש' מיד הלקוחו' מ"מ לא הוו ממ' לגמרי כגמל' דערביא אלא הכי קאמינ' בתר דתקון רבנן דגבי אתת' סמכ' עלייהו למאי דתקון לה ומדינא גביה להו מיתמי וכך נוטין דברי הרא"ש שכת' בפ' הדר וז"ל ויר' דהאידנא דתקון רבנן בתראי לגבות מטלטלי שעבוד וסמך המלוה אמטלטלי כמו אמקרקעי כופין אף במטלטלי ומספקא לי כמאן עבדינן עובדא דהרא"ש בההוא מילתא תלמיד בפני רבו הוא דמסתמא לא ראה דברי רבו מדלא הביאם וחלק עליהם ובפרט שנתן טעם לדבריו ואיכא למימר דאי שמיע ליה הא דרביה הוה הדר ביה כדאמרינן בפ"ק דחגיגה גבי רב הונא ובפר' מציאת האשה גבי ר' יוחנן והרב בעל התרומות בשער מ"ג כתב ואיכא מאן דאמר דדוקא אנן לא יהבי' דיות' ממה שהאי' וכו' אבל אם תפס' קרקע או מטלטלין זכת' ואיכ' מ"ד דמפקי' מינ' דלא

מהני' תפיסת' ומקולי כתובה שאנו כאן דיותר ממה שהאיש וכו' ומה עדיפא לן ע"כ וזה הלשון מסופ' אם הוא דברי הרב להכריע בין הב' לשונות ולומ' דהשני נוח לי או שהוא סיומא דמלתייהו דבעלי סברא בתרא לומר דנהי דמהני תפיסה במידי דתרוייהו אתו מחמת טענה אבל הכא הך טענה עדיפא לן לאלומי כח דב"ח משל אשה דיותר ממה שהאיש וכו' ומדברי הר"ן ז"ל בהכותב משמע דס"ל כהרא"ש מדהקש' היאך גוזלין את האשה ונותנין לב"ח ותירץ דמדינ' לוה ולו' ואח"כ קנה אם קדם הא' וגבה מה שגבה גבה הילכ' מן הדין אנו מגבין לב"ח תחלה מטעמא דיותר וכו' ולאחר גבייתו זוכה בהם מן הדין משמע שאם קדמה האשה ותפסה מן הדין לא היינו גוזלים אותה ומפקיעין בזה. שוב מצאתי להרא"ש בתשובה כלל מ"ט שהביא דברי רבו מהר"ם לפסק הלכה והא דידי' הא דרבי' ומ"מ נראה שכפף ראשו למעש' לדברי רבו מ"מ מידי ספקא לא נפיק ובזו יש לדון דלא מהניא לה תפיס' כל שיש ספק בעיקר התפיסה אי מהניא תפיסה מדינא הו"ל תפיסת ספק דקי"ל בריש מציעא תקפו כהן מוציאין מידו דכיון דמקמי דתפיסה בחזקת ב"ח קיימי' ולדידיה יהבי' ליה השתא דתפסה ואיכא ספקא באות' תפיס' אי מהניא ליה הויא כמאן דליתא ויש הוכח' לזה מההיא דפ' הכותב קריביה דר' יוחנן תפיס תורא מיתמי מסימט' אתו לקמיה דר' יוחנן א"ל שפיר תפסתיה אתו לקמיה דרשב"ל א"ל זילי אהדור אתו לקמיה דר' יוחנן א"ל מה אעשה שכנגדי חלוק עלי והשתא מאחר דרבי יוחנן חלוק עליו על ריש לקיש אפי' אם ר"ל שקול כמותו הוא מ"מ ר"ל הי"ל להעמיד הנכסים בחזקת מאן דתפיס ואמאי קאמר זילו אהדור ואי לא מפקינא לכו ר' יוחנן מאוניכו אלא כיון דתפיסה בס' היא אחר שנולד הספק לא מהניא ומוקמי' לנכסי בחזקתיהו דהוו מקמי תפיסה והדבר צריך תלמוד ומיהו נרא' דלא דמי דהתם נכסי בחזק' יתמי קיימי דמטלטלי דידהו לא משתעבדי לב"ח אא"כ תפס בדין וכיון דהתפיס' אינה ברור' אוקמי' נכסי בחזקתן וכן בתקפו כהן מפקינן מיניה ומוקמי נכסי בחזקתן אבל הכא מדינא כי היכי דמשתעבדי לב"ח משתעבדי לכתובה השתא דמספקינן בהך טעמא דיות' ממה שהאיש וכו' אי שייך אף בשתפסה אין בנו כח להוציא מידה. א"נ י"ל דשאני התם דכיון דקריבי' דר' יוחנן הוו פסל להו ר' יוחנן לדינא וכי אתא לקמיה דר"ל דן להו כשמעתי' כדאמ' להו רבא לתלמידי' כי אתא פסקא דידי קמייכו וכו' לאחר מיתה לא מקרע תקר' ולא מיל' תלפו מיני' שאין לדיין אלא מה שעיני' רואות. וברם צריכים אנו למילף אם האשה תפוסה במקצת נכסים היא אומר' בעד עיקר כתובה ותוס' הם בידי ונדוניא אני תובעת וב"ח או' כבר יש בידך שיעור נדוניא ואי עיקר כתובה ותוס' אני קודם לגבות משו' נעיל' דלת מי אמרינן כי היכי דמלוה מצי למימר סיטראי

נינהו נהי דהתם איכא מגו דהא לא יהיב ליה בפני עדים מ"מ יד המלוה על העליונה לומר מצד חוב זה קבלתים אעפ"י שהלוה אינו נותנו אלא משום חוב זה כדמוכח מעובדא דאבימי בפ' הכותב וכמ"ש הר"ן ז"ל שם ועוד ממה שכת' הטו' סי' מ"ג והוא מס' התרומות דכשהלוה מודה בשתי ההלואו' ונתן לו מנ' בסת' ומלוה רוצה לחשוב בפרעון חוב פירוש שאין לו בה ערב והלו' אומ' לא כי אלא לאותה שיש בה ערב נתתי אין שומעין ללוה הכא נמי נכסוהו דאינש אינון ערבין ליה ובנצ"ב יש לה ערבין ובעיקר כתובה ותו' אין לה.

ונראה דנהי דלגבי לוה יפה כחו של מלוה לתפוס בחוב שהוא רוצ' דלא גרע מאילו תפס נכסיו ואף זה אין הערב יכול לומר לו זה שתפסת בעד מה שנתערבתי לו הוא לפי שיש ביד המלוה למשכנו בכל ענין שאם בא לב"ד שיתפסו לו בעד חובו תופסין לו לכתחלה ואפי' ערב עומד וצווח שיתפו' בעד חובו ואפי' החייב עצמו או' כן אין שומעים להם והיינו דיהיב טעמא הר"ן ז"ל משום דעבד לוה וכו' אבל לגבי ב"ח אחר שאם היו ב"ד מגבי' להם היו מקדימין לב"ח לא כל הימנו לומ' בעד תו' תפסתי כל שלא היה שם פרעון גמור דמאן שם לה וכיון שעיקר הדין היינו משו' דבב"ח שייך נעיל' דלת ובאשה לא שייך כשאנו מגבי' שביד' לנצ"ב שלה אין כאן נעילת דלת וכ"ש אם מה שביד' הם נצ"ב שהכניס' לו דהו"ל כאפותיקי מפורש כדכת' הריב"ש סי' ק' והובאה בב"י סי' פ"ח.

ואכתי איכא למיד' בהני חובו' שאצל אחרי' אי חשבי' להו ראוי לגבי אש' דתנן בפ' יש' בכו' אין הבכו' נוטל פי שני' בשבח ולא בראוי כבמוחז' וכן האשה וכו' ומתני' היא בפ' הכותב מי שמת והיה לו מלוה ופקדון ביד אחרים ינתנו לכושל שבהם ומפ' לכתובת אשה משום חינא והק' בתוס' והתנן בפרק יש בכור דאין האשה נוטלת בראוי ומלו' חשבי לה רבנן ראוי וצריך לחלק דוקא גבי בכור חשיבא מלוה ראוי ולא לכתובת אשה וכ"כ בתו' פ' מי שמת דלגבי בעל ובכו' חשיבה מלוה ראוי לגבי כתובת אשה חשיבא מוחזק' כדתנן בהכותב מי שמת וכו' ומיהו ראיה זו הרא"ש הביא' בהל' ודחי לה דאינ' ראי' דלעולם אם גבו היתומים את המלו' אינו גובה מהם משום דהוי ראוי אבל בעוד שלא גבו יפ' כח' לגבות אעפ"י שהוא ראוי כי היכי דיפ' כח' לגבות ממטלטלי דיתמי קודם שהגיעו לידן ומ"מ הו' ז"ל קיימה מההוא דפ' האשה שנפלו הרי שהיה נושה באחיו מנה וכו'.

אלא שמצאתי בתשובת מהר"ם ז"ל סי' ע"ד והביאה במרדכי בשם רבי' שמואל מרוטנבורק דבזמן הזה האשה קודמת לגבות מן הפקדון אבל מן המלוה אינה גובה כדפסק הלכתא בפרק יש נוחלין אין הבכור נוטל פי שנים במלוה דהו"ל ראוי ואשה

גרועה כראמרינן התם מקולי כתובה שאנו כאן וכו' ע"כ הרי מתשובה זו מוכח דאשה אינו גובה לגמרי ממלוה ומשנתינו בפ' הכותב צריך להעמידה מפני שלא באת ליד היורשים כמי שהעמידה הרא"ש ז"ל ובסי' קל"ה כת' מהר"ם ומ"ש לפי תקנ' הגאוני' אם אשה גובה כתובתה ממלוה או לו משו' דהו"ל ראוי כדאמ' ביש נוחלין גבי בכור ובעל אדרבה מדכייל רב פפא בפסק שלו ואין הבעל נוטל בראוי ואין הבכור וכו' ולענין מלוה שביק לבעל ופסק אין הבכור נוטל פי שנים במלוה מכלל דבעל נוטל במלוה דבעל יורש הוי ולוקח הוי דטבא ליה עבדו ליה וכת' עוד ומעשה דומ' לנ"ד מההוא דהכותב מי שמת וכו' והי"ל מלוה וכו' דגבי' ממלו' והואיל וקדם שעבוד' להלואתו ואותה מלוה היו משועבדי' לה מתקנ' הגאו' בעוד' בעין וכי מפני שהלוו' אח"כ משוי להו ראוי והתם נמי היו משועב' לה לענין תפיס' ע"כ הדא אמרה דדוק' הלוא' שקד' לה שעבוד' מצי גביא משו' דבעוד' בעין משתעבד לה ולא משוי להו ראוי ע"י הלוא' ואע"ג דלגבי בכור לא אמרי' הכי היינו דבכור לית שעבוד בנכסי אבל אשה שיש לה שעבוד נכסי שעבוד' לא פק' אבל קדמה הלואה לשעבוד כגון מלוה שהיתה בשעה שנשאת חשיב' ראוי ולא גביה מינה ובהכי מתרצ' שפיר מתני' דפרק הכותב וכן ברייתא דפרק האשה שנפלו דמשמע דגובה מן החוב והיינו בחוב שקדמה להו שעבודא ומעתה יש להעמיד אותה תשובה שבסימן ע"ד שפסק שאין האשה גובה מן המלוה דהיינו במלוה שקדמה לשעבודא שלא יהיו חולקות זו על זו.

ובכל ענין נ"ל אפילו בדברים שאין בהם דין קדימה דקי"ל יחלוקו וגם לענין עיקר כתובה ותוס' דיהבי' ליה לב"ח משום נעילת דלת מ"מ בנ"ד אין כח ב"ד יפה להוציא הפנק' מידה לתתו לב"ח שילך ויגבה דאע"ג דתפיסת הפנקס אינה תפיסה של כלום לזכות בחובות ואפי' אם היה שטר חוב ממש מ"מ קנתה הנייר לצור ע"פ צלוחית ואם תלך היא ותגבה באותו הפנקס שהגוים יתנו לה מפני שמכירין שהיא אלמנתו הרי זו זריזה ונשכרת ואז תזכה בהם מדין תפיס' כיון דקי"ל דבלוה ולוה ואח"כ קנה דמשעב' לשניה' אם קדם הא' זכה ובאשה נמי אם קדמה זכתה ומנא תימרא דמהניא לה תפיס' כה"ג מההיא דאמרי' בהכותב ההיא אתתא דהוי מפקידי גבה מלוג' דשטרי אתו יורשי' קתבעי לה מינה א"ל מחיי' תפסנה להו וכת' התוס' אע"ג דקי"ל דאין אותיות נקנות במסירה ה"מ לקנות החוב אבל לקנות הנייר קני בלא שטר הואיל והיא מוחזקת בו וההיא אתתא לא היתה חוששת אלא להקנות מלוגא דשטרי בלא החוב דע"י כך היתה יכולה לדחוק היורשים שיפרעו מה שהיה חייב לה כמה שלא תחזוק מלוגא דשטרי והוי כמו משכון עכ"ד והשתא דמהניא תפיסה דלאחר מיתה התופס שטרות מהניא לו תפיסתו לגוף

הנייר שיוכל לעכבן בידו ואף כאן בפנקס אעפ"י שלא קנתה הנייר והוי כמו אפסדא דחובות שע"י כך תלך ותגבה מהעכו"ם שהדבר ידוע שהעכו' לא יפרעו לשום אדם זולת לאלמנ' באשר היא אשתו ובהיות הפנקס בידה תוציא מהם ותזכה לעצמה:

ולענין הסחורות שהלביש לעכו"ם שנשארו בבית ראובן אין ב"ח יכול לגבות מהם שלא היה לו לראובן זכות בהם דאפי' בעיסקא בפלגא מלוה ופלגא פקדון אמרינן להכי קרו ליה עיסקא שאינה נעשית מטלטלים אצל ב"ח אפילו פלג' דמלוה כ"ש בהנ' סחורות דפקדון נינהו ואם העלם העלימו העכו"ם את עיניהם מהם זכו היתומים בהם דחצר' קנתה להם אפי' שלא מדעתם ואם קדמה האלמנה קודם שסלקו העכו"ם את ידם מהנכסים והגביהן או שהוציאן מרשות היתומים מן ההפקר ונוטלתן ונוטלת כתובתה ושלום יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ט

שאלה ראובן היה חייב לשמעון בשטר בנאמנות ומתו גם שניהם הלוה והמלוה ולא נשארו נכסים מראובן כי אם קרקע א' שהיתה דרה בו אלמנת ראובן וחנוך בנה בן ראובן ולא נשבעה האלמנה על כתובתה ומתה ואחרי מיתה הוציאו יורשי שמעון השטר ותבעו את חנוך שיתן להם הקרקע בחובם שאעפ"י שכתובת אמו קודמת בזמן לשטר שמעון מורישם כיון שאמו נסתלק' שעבוד אשלא נשבעה יורנו הדין עם מי גם יגיד לנו מה שהוא דעת הרמב"ם ז"ל על כל דבר לפי שבמקום המשפט על המעשה הזה נוהגים לפסוק בדיני ממונות כהרמב"ם.

תשובה עיקרן של דברים של דין האלמנה שלא נשבעה ומתה שאין יורשיה גובים כתובתם תליא בפלוגתא דרב ושמואל ורבי אלעזר דאיתא ס"פ כל הנשבעי' היכא דמת לוה ואח"כ מלוה דרב ושמואל ס"ל כיון דמת לא היה יכול המלוה לגבות מיורשיו אלא בשבוע' דהב' ליפרע מנכסי יתומי' לא יפר' אלא בשבוע' וכשמת המלו' ולא נשבע אינו מוריש שבוע' לבניו ור"ל ממון שלא היה יכול לגבותו אלא בשבועה אינו ממון להורישו לבניו ור' אלעז' ס"ל דממון גמור הוא ונשבעי' היורשי' שלא פקדנו ונוטלין והוא הדין והוא הטעם באלמנה שהרי מת בעל' ואינה יכולה לגבות בלא שבוע' ולכן הפסידו יורשיה לרב ושמוא' ולר' אלעז' גובין ומסיק התם בגמ' אמר רב חמא השתא דלא איתמ' הילכתא לא כמר ולא כמר האי דיינ' דעבד כרב ושמואל עבד כר"א עבד וכתב הר"ן ז"ל בהלכות שם וז"ל ודיינא דעבד כר"א עבד ונראה דהוא הדין אם קדמו היתומים ותפסו דאין מוציאין מידם וכן כתבו מקצת מרבותינו הצרפתים ז"ל אבל הרב הר' יהוסף הלוי ז"ל כתב בשם רבינו האיי גאון ז"ל שמנהג ראשוני' לדון כרב ושמואל. והא דאמרי' האי

דיינא דעבד כר"א עבד ליתא ולא סמכינן עלה ולא ידעתי למה והרמב"ם ז"ל כתב בפי"א מה' מלו' ולו' מאן דעבד כר"א עבד וכדעת הרי"ף ז"ל עכ"ל וכן כתב הטור בח"מ סי' ק"ח וכן פסקו האחרונים ז"ל בתשובותם ולכאורה קשיא לרב האיי ז"ל נמי אם תפסו יורשי המלו' למה מוציאין מידם דהא רב ושמואל תרוייהו תירצו ההי' דיפה כח הבן וכו' כב"ש דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי א"כ הא מודו רב ושמואל דאי הוה קי"ל כב"ש לא היינו מבטלין השטר כיון שהוא כגבוי ומוחזק בנכסי' וכ"ש אם קדמו ותפסו שהוא כגבוי ממש.

ואחר העיון לאו מלתא היא דכשהיה המלוה בחייו תופס בנכסי הלוה כ"ע לא פליגי דממון הוא ומורישו לבניו ואף רב ושמואל מודים בזה וזהו שתירצו מתניתין כב"ש דכיון דכגבוי היה השטר בחייו מורישו לבניו אבל מה שתפסו יורשיו אחרי מותו בהא קאמר הר"ן כדברי הגאון דס"ל כרב ושמואל ומאן דעבד כר"א מוציאין מידם וכ"ש אם תפסו הם מעצמם ולית דיין ולהרי"ף והרמב"ם דס"ל דדיינא דעבד כר"א עבד חזר הדין דאם תפסו אין מוציאין מידם ואע"ג דאיכא קצת מרבוותא שדחו ראיה זו שכתבנו מאיקומתא דבית שמאי וכתבו דעדיפא השטר שהוא כגבוי לב"ש מתפיס' ממש לב"ה משום דהיא תפיסה בספק מכל מקום כל שאר הפוסקי' ס"ל כדכתבינן.

גם הרמב"ם ז"ל כתב פי"ג ממלוה דבמלוה על המשכון אפילו מת לוה בחיי המלוה ואח"כ מת מלוה גובין יורשיו. ואפשר דעדיין הדבר שקול דדוקא במלוה על המשכון מודו רב ושמואל דהויא תפיסה ודאית אבל תפיסה אחרת שהוא בספק לא אמנם כשתפסו יורשי המלוה אחרי מותו לא מודו בה רב ושמואל אלא משום דיינא דעבד כר"א עבד הוא כדאמרי' דכיון דתפס אין מוציאין מידו וכתב הרב בעל התרומות טעמא משום דעביד דינא לנפשיה כר' אלעזר ואפשר דהר"ן נמי הכי ס"ל ולכן תלה דין קדמו יורשי המלוה ותפסו בדין דיינא דעבד כר"א והרי"ף ז"ל והרמב"ם וכל הפוסקים שפסקו דיינא דעבד וכו' כלהו ס"ל אם קדמו ותפסו דלא שני לן בין דיינא לתפסו הם עצמם את כל זה למדנו מדברי הר"ן ז"ל שזכרנו ומדברי בעל התרומות. והשתא הרמב"ם בפ' י"ג ממלוה השמיענו כשהיה הוא תפוס בחייו דאין דנין בו דינא דרב ושמואל כלל ונפקא מינה דאפילו לא בא המשכון ליד היורשים אחרי מות אביהם גובין כיון שלא היה אביהם נשבע להוציא אלא להחזיק ליתא לדינא דרב ושמואל בכה"ג כאמור אבל אם הוא ביד היורשים אין אנו צריכים לתפיסת אביהם דתיפוק לי' דקדמו ותפסו היורשים והיינו תפסו כמו שאמרנו.

ע"פ הדברים האלה אומר אני דבנ"ד אין הב"ח יכול ליגבות מקרקע שמעון שהרי הקרקע בחזקת חנוך משמת אביו והוא חייב לפרוע חוב אביו נמצא שהוא עצמו היה חייב לאמו כתובתה וא"כ כשמתה אמו הוא החייב והוא הגובה ונמצא כי פרוע הוא מידו לו והרי הוא תפוס ועומד וחזר הדין כדין יורשי מלוה שקדמו ותפסי כדפי'. וכל מה שכתבו הפוסקי' בענין זה שצריך תפיסה גמורה ואם הוא קרקע אין בו תפיסה אלא אם מכרוהו והחזיק הלוקח שלש שנים כל זה נאמר כשהאלמנה או יורשיו באים להחזיק בנכסים שהם צריכים תפיסה גמורה ככל משפטי הקניות והתפיסות להוציא הנכסים מחזקת היורשים של הבעל שכלם בחזקתם הם אבל היורש עצמו אין לך מוחזק ותופס גדול ממנו אפילו בקרקע לגבי ב"ח דקי"ל כב"ה דשטר לאו כגבוי דמי ותנן ס"פ מי שמת נפל הבית עליו ועל אביו והיה עליו כתובת אשה וב"ח וכו' ב"ש אומר' יחלוקו וב"ה אומרים נכסים בחזקתן וכתבו התוספות וז"ל נפל עליו הבית וכו' דס"ל לב"ה כיון דמחוסר גובייגא אפילו מת האב תחלה הוו בחזקת היורשים עכ"ל. ונראה שכוונת התוס' לבאר שאין טעמם של ב"ה משום דחזק' ולהכי מוקמינ' ליה אחזקתי' שאין חזקת הזקן חזקה שהרי מת לפנינו אלא שאין אנו יודעים אם היה בנו חי וירש אותו או אם לא היה חי ונפלה הירושה לפני שאר היורשים ואין חזקת הזקן מעלה ומורדת כלום להכריע בין בנו ובין הזקן ולא דמיא לנפל עליו ועל אמו דאמר ר' עקיבא בחזקת יורשי האם דהוחזקה נחלה לאותו שבט דהתם טעם זה מכריע לצד הבאים לירש מצד שבטה ומחליש כח יורשי בניה הבאים להוציא הממון לשבט אחר ומשום הכי כתבו התוספות דטעמא דב"ה הוא משום דיורשי הזקן מוחזקים דאפי' אם מת הזקן תחלה הוו הנכסים בחזקת היורשים והב"ח צריך לגבות מהם אבל לבית שמאי דלא מחסר גובייגא הבעל חוב קם תחת יורשי הבן וכל כך יש חזקה לבן כמו לשאר יורשין דשמא הוא מת תחלה או הזקן ולכן יחלוקו. ושמעינן מהכא דמשום דהיורש מוחזק מחמת אביו מועיל לו לטעון כנגד ירושת אביו ולומר לא ירשתי כי אם זקני וא"כ בנ"ד נמי מה שהוא מוחזק מכח ירושת אביו מועיל לו לזכות לגבות כתובת אמו ולהחזיק עצמו כתפוס כמו שבארנו דלא אמרינן דאין ראוי שיועיל לו חזקת ירושת אביו להוציא הנכסים ממנו ולהכניסם בחזקת מוריש אחר דעל זה בלבד אני מביא ראיה מנפל הבית וכו'.

גם מהרשד"ם בסי' קמ"ג מטור א"ה כתב בא' שהיה חייב לבנו סך מה והיו עליו ג"כ בעלי חובים אחרים ומת ונפלו הנכסים לפני בנו זה שהוא יורשו ופסק הרב שהיורש יש לו דין ב"ח שקדם וגבה אפילו בקרקעות כיון שהנכסים בחזקתו והביא ראיה מהא דנפל הבית גם אני מביא ראיה מדבריו דכמו שהיורש קרינן ביה קדם וגבה לענין חובו בלתי

שיעשה שום תפיסה בפועל אלא מכח היותו יורש מוצי' מנכסי מורישו ותופס לעצמו ודוחה ב"ח הכי נמי בנ"ד קדמו ותפסו קרינן בהו ותופסין לעצמן לכתובת אמם שהוא שלהם עתה אחר שמתה אמם וירשוה.

ואי קשיא מה שכתב הרמבם ז"ל בפי"ט מה' אשות וז"ל היה נשוי שתי נשים והיו לו בנים מהם ומת ואח"כ מתו הנשים וכו' אחת נשבעה וא' לא נשבעה זו שנשבעה בניה יורשין כתובתה תחלה והשאר חולקין אותו בשוה עכ"ל. ומדקאמר אחת נשבעה ואחת לא נשבעה משמע דאפי' דשני' היא דנשבעה נוטלין בניה כתובתה תחלה ואח"כ חולקין ואמאי לא יחזיקו בני הראשונה במחצית הנכסים שהם מוחזקין בהם מכח ירושת אביהם ויקחו המחצית ההוא בשביל כתוב' אמם אעפ"י שלא נשבעה כפי דברינו.

ואחר העיון נרא' דלא קשיא כלל דלא אמרן דהיורש מוחזק אלא לגבי ב"ח אבל כשיש בגביית החוב דבר הנוגע לאחיו שהוא יורש כמוהו וידו אוחזת אפילו בחלק לענין פריע' ב"ח כדאמרן גבי שנים שקבלו עסקא ביחד יכול כל א' לעכב על חבירו שלא יחלוק עד שיפרעו לבעל העסקא וכתב הרמב"ם פ"ד מה' שותפין דין זה בשותפין שהם אחראין זה לזה והיורשים הם אחראין זה לזה כדכתב הרב מ"מ ריש פ' י' מנחלות דב"ח הבא לגבות מן האחים שיש ביד כל א' בינונית רצה מזה גובה וכו' ולכן ודאי שיכול לעכב יורש א' על חברו שלא יחלוק עד שיפרעו לב"ח והרי שאינו שליט בחלקו ואינו מוחזק כדי שיעשה דין לעצמו כר' אלעזר.

ומה שכתב בב"י ח"מ סי' ק"ז וז"ל מצאתי כתוב ראובן שיש לו שטר על שמעון ונפטר שמעון ותפסה אלמנתו וכו' הילכך ישבעו בני שמעון וכו' כבר בארתי דברי תשובה זו בקונטרס אשר לי בענין זה בארוכ' דבע' התשובה הזאת פסק כרבינו האי ז"ל דס"ל הלכה כר' יוסי דאמ' בשניה' חשודי' יחלוקו ועבד רב נחמן עובדא כותי' ונראה מפשט הגמרא שם ס"פ כל הנשבעים בשניהם חשודים ומת לוה ואח"כ מלוה הכל דבר אחד וכן כתב רש"י ז"ל דדמיין אהדדי ולכן לרבי' האיי לא מהניא תפיסא אלא לעולם חולקין דהא בשניהם חשודים יחלוקו אעפ"י שהנתבע תפוס ועדיין תשובה זו צריכה תקון מה שכתוב בה ולא מבעיא הכא שלא תפסה וכו' וכעת אין פנאי.

ויש אתי שני טעמים אחרים לזכות את היורשים חדא כיון שה' מוחזקי' יכולים לומר אי איפשי בתקנת חז"ל שתקנו הבא ליפרע מנכסי יתומי' וכו' ומה שכתב המרדכי בפ' שני דייני גזרות שכתב מהר"ם בשם ריב"א דלא מצי אמר אי אפשי אלא בדליכא פסידא לאחריני נלע"ד דלאו אבעל דינו קאמר דודאי אית ליה פסידא בין עדית לזבורית ובאומרת איני נזונית דמעשי ידיה עודפין על מזונותיה ואם נפשך לומר דלא מיקרי

פסידא כה"ג בחילוקים רחוקים מ"מ קשיא מנא ליה לריב"א כולי האי דהקושיא שהקשה לא מתרצא אלא עם שכתב דבעינן מוחזק ותו אמאי לא אשמועינן דמעשה ידיה לא הוי פסידא כי היכי דלא תקשה על מאי דבעינן שיהא מוחזק עם שהוא דבר ברור יותר.

לכן נראה דה"ק היכא דליכא פסידא לאחריני שגם הם בכלל התקנה שגם להנאתם נתקנה כגון האי דאמרי' לקמן בגמרא פשיטא מכר לוקח בינונית וזיבורית וכו' ולעיל מינה בסמוך כתב הרב נ"י כל מה שכתבתי ולפי דעתי לזה כיון ריב"א ג"כ אבל לומר שהכונה שלא יבא גרם פסידא לשום אדם בעולם אין סברא כלל דא"כ לאיש אשר לו נושה לא תוכל האשה לומר איני נזונות דאיכא פסידא לב"ח של בעל אם אין לו נכסים הלא כדאמרן ובנ"ד אין הב"ח בכלל התקנה אע"ג דתקנו הבא ליפרע מנכסים משועבדים כדתנן ראשונה נשבעת לשניה מ"מ לא על שבועה זו אנו דנין אלא על שבועה הבא ליפרע מנכסי יתומים דעל שבועות אחרות הא קי"ל הבו דלא לוסיף עלה.

והטעם השני שיכול היורש למחול לאמו בקבר על הצררי או על השבועה והיינו המחילה לעצמו וכן פי' הרא"ש ז"ל בפ' הכותב גבי קריבתיה דרב נחמן וכו' שאמה מכרה כתובתה ואיגרשה ומתה ואח"כ מת אביה ואין להם יורשים כי אם זאת הבת יורשת נחלת אביה ואמה ואשמועינן גמ' דאף בכה"ג דהמחיל' לעצמ' יכול' למחול ואע"ג דרש"י ז"ל פי' בענין אפשר דלא פליג אהרא"ש אעיקרא דדינא אלא בנ"ד לרש"י ז"ל שאין פירוי הרא"ש מתישב על לשון הגמ' תיזיל ותיחול ושמעה ואזלה ומחלה ומה זו הליכה ואנה תלך הבת הזאת והלא היא מוחלה לעצמה ולהרא"ש י"ל בדוחק שצריכה למחול בפועל דדברים שבלב אינם דברים וכן בנ"ד אם ימחלו היורשים לאמם בפיהם ובשפתם אפילו עתה שהמחילה לעצמם מהניא דמוחזקים הם כמו שבארנו ואינם באים להוציא אלא להחזיק הן אמת דברי הרא"ש אלו צריכים תלמוד להבין הראיה שהביא מהגוזל קמא וגם מספקא לי אם המוחלים חייבים לפרוע לב"ח מה שהזיקו אע"ג שדעתי נוטה שהם פטורים מ"מ עדין לא סמכא דעתי למעשה כעת ויהי מה לא יהא דבר זה אלא סניף לטעמים אחרים ביום הזה וכשאפנה אשנה שנית ידי על הטעם הזה האחרון.

כלל הדברים בהא סלקי' ובהא נחתי' דיכולים היורשים לעכב לעצמם הקרקע שנשאר להם מאביהם אפי' אם כתו' בשטרו של שמעון נאמנות על ראובן ועל יורשיו מן הטעמים שכתבנו דאף הרי"ף והרמב"ם מודי' שצרי' לישבע ליורשיו והרי מת ראובן הלוה ונתחייב שמעון שבועה ליורשיו ואח"כ מת שמעון המלוה ואינו מוריש שבועה לבניו כרב ושמואל. זהו הנלע"ד הצעיר יחיאל באסן.

סימן י

וזאת שני' תשובה לרבינו נר"ו על השאלה הנ"ל.

תשובה איברא דלרבוותא דפסקי בההיא דמת לוה בחיי מלוה דפ' כל הנשבעים דדיינא דעבד כר' אלעזר עבד וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל כתב הרן ז"ל דה"ה אם קדמו היתומים ותפסו דאין מוציאים מיד' וכ"כ קצת מרבותי' הצרפתי ז"ל אבל הר"ר ר' יוסף הלוי ז"ל כתב בשם רבינו האיי ז"ל שמנהג ראשונים לדון כרב ושמואל. והא דאמרי' האי דיינא דעבד כר' אלעזר עבד ליתא ולא סמכינן עלה ולא ידעתי למה ע"כ ומשמע מדבריו ז"ל דהא דרבינו האי ז"ל חלוק על דין זה לומר דאפילו אם תפסי יתומים מפקי' מינייהו. וק"ל מנ"ל הא דילמא לא אתא אלא לומר דכיון דפשט מנהג ראשונים לדון כרב ושמואל השתא אין רשות לשום דיין לדון כר"א א"כ נעשה כטועה בשיקול הדעת וישלם מביתו כדאמ' בפ' זה בורר היכי דמי טועה בשיקול הדעת כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וסוגיא דעלמא כחד מנייהו פרש"י הדיינים נהגו לפסוק כאחד מהם ואזל איהו ועבד כאידך מה שעשה עשוי וישלם מביתו דאע"ג דבזמן חכמי הגמרא לא איתמר הלכה לא כמר ולא כמר כיון דרבנן דבתרייהו וכלהו דייני כרב ושמואל דייני הו"ל סוגיא דעלמא וטעה בשיקול הדעת וישלם מביתו אבל מה שעשה עשוי וכן אם תפס מעצמו לא מפקינן מיניה וי"ל דס"ל ז"ל דאם איתא דאם תפס לא מפקי' מיניה לא מחייבים לדיין לשלם מביתו דמאן לימא לן דלאו כדין עשה ואע"ג דגבי שור הנסקל מחייב שומר דאתפסיה לב"ד וגמרו דינו משום דא"ל אי מהדר' ניהלי הוה מעריקנא ליה לאגמא דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו השתא אתפסתי' לתוראי בידא דלא מצי' לאשתעויי דינ' בהדיה אע"ג דבדין דנוהו התם שומר הוא והו"ל פושע בשמירתו וכן בההוא בקר' דפ' הכותב דאם התופס מחמת תפיס' הוא זוכ' מחייב בקר' לשלומי אע"ג דלאידך מהני' לי' תפיס' התם משום דפושע בשמירתו הוא אבל גבי דיין דלא נשא ונתן ביד לא מחייבי' ליה מדינא דגרמי אלא בברי עוד בענין זה אין הוכח' מאי דדייני דייני כרב ושמואל לומר דהו"ל כסוגיא דעלמא דפ' זה בורר דהתם מאי דדייני דייני הויא הכרע' דס"ל הכי דחשיב דסוגי' דעלמא כחד מינייהו אבל בהא אין ממנהג הדיינים ראיה ואין ממעשיהם הכרע דמעיקרא נמי הכי סברוה בגמרא דלכתחל' ידונו כרב ושמואל ומאן דעבד כרב עביד ומאן לימא לן דלא הוה שום דיינא דדן כרבי אלעזר ודלמא לא אתרמי ואי אתרמי לא הוה הדר למילתיה אלא מוכח דרב האי ה"ק שמנהג ראשונים לדון כרב ושמואל ודיינא דעבד כר' אלעזר מהדרי' ליה וה"ה דאם תפס דמפקי'

מיני' אבל להרי"ף והרמב"ם וסיעתו שפסקו דדייני דעבד כר' אלעזר עבד ה"ה אם תפס כדכתב הר"ן ז"ל.

ומיהו חוכך אני בסברא זו אם היא מוסכמת מהלשון שכתב הר"ן ז"ל שכן כתבו קצת מרבותינו הצרפתים דשמא יש לחלק בין דיין לתופס מעצמו דתפיסת עצמו תפיסת ספק היא אחר שנולד הספק דלרובא דרבוותא לא הויא תפיס' אבל דיינא דעבד כר' אלעזר אלים לאפקועי ממונא כיון דקבלוה עליה והכרעתו מכרע' אין לדיין אלא מה שעיניו רואות כדאמר רבא בפ' יש נוחלין כי אתי פסקא דידי קמייכו וכו' ולא מידן תדנו מיניה שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות ובהא נמי נתנו כח לדיין דגמיר וסביר שידין בהכרעת דעתו אבל התופס מעצמו לאו כלום הוא דלא עביד איניש דינא לנפשיה אפי' במאי דפסיקא ליה אלא כשחפץ שלו ביד חבירו ויכול לברר שבדין מוציא כמו שכתבו התוס' והרא"ש ז"ל בפ' המניח אבל למשכנו בעד חוב שחייב לו לית ליה רשותא כדאמרי' בהמקבל המלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב"ד וכו' אלא שיש לדון בזה כדעתו של הרמב"ם דפסק בההיא דתקפו בדין אין מוציאין מידו ואין להאריך כאן.

ואהא דאמרינן עלה דרב ושמואל הבו דלא לוסיף אמרינן כגון מאי דאמר רב פפא הפוגם את שטרו ומת יורשים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים וכתב הטור סי' ק"ח לפיכך הפוגם שטרו וכו' וכן הבא ליפרע שלא בפניו או מן הלקוחות או עד א' מעיד שהוא פרוע ומת קודם שנשבע יורשים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים וכן מוכח מדברי הרא"ש בפ' כל הנשבעים שכתב ואע"ג דלא מוספינן אדרב ושמואל כל שבא לגבות נכסי יתומים היא גופיה דרב ושמואל אבל קשיא דידיה אדידיה שהוא ז"ל כתב בתשובותיו כלל פ"ו סי' ג' הביאה הרב בב"י בסי' זה במלוה של ראובן שבא לגבות משמעון שלקח קרקע מראובן ונשבע לו המלוה שלא נפרע מראובן כלום ונשאר הדבר תלוי ועומד והלך שמעון ומכר הקרקע ליהודה ואח"כ מת המלוה ובא בנו לטרוף הקרקע מיהודה והשיב הרא"ש אפשר שאחר השבועה פרעו והיה צריך לישבע בשעת טריפה וכיון שמת אין אדם מורי' שבועה לבניו ע"כ. וזה הפך ממה שכתב בפסקיו דדוקא לענין גבית יתומים אמרו אין אדם מוריש וכו' אבל בכה"ג משום שבועה דבא ליפרע מנכסים משועבדים הבו דלא לוסיף עלה. וראיתי בס' מאירת עינים שנתקש' בתשוב' זו וגם תשובה אחרת להרא"ש הביאה בב"י בסוף סי' פ"ד בע"א מעיד שהוא פרוע אם מת אין אדם מוריש שבועה לבניו והאריך יותר מדאי והעל' דבפסקיו הדר ביה ממה שכתב בתשובותיו שהתשובות היו תחלה כמו שכתב הטור בסוף סי' ע"ב. ואמר שבתשובותיו סבר דמדאמרי' בגמ' כגון מאי משמע דלא ס"ל לגמרא דבכלהו שבועת המשנה נאמר הבו דלא לוסיף עלה

וגם מהמתרץ שתירץ כגון הא דאמר רב פפא הפוגם שטרו ומת משמע דוקא בזה הוא דאמרי' דלא לוסיף משום דהוי סברא קלוש' דאדרב' הו"ל למחשבי' כמשיב אבדה כמו שכתב הטור סי' פ"ח בכתב בשטר סלעין דינרין סתם ועוד האריך טובא. והך כללא דכייל לתפוס לעולם דברי הפוסקים לאו כללא הוא שאע"פ שהטור בסוף סי' ע"ב הניח דברי התשובה ותפס מ"ש בפסקיו. וא"א לומר שכל תשובותיו היו קודם שכתב פסקי ההלכות דודאי בכל אותם השנים שהי' מחבר ההלכות מסתמא לא נמנע מהשיב שואלו דבר. ומה שהרא' פנים מלשון הגמרא דקאמר כגון מאי דאמר רב פפא זה הלשון שישנו בספרים שבידינו שבוש הוא שאם המקש' הוא כגון מאי והמתרץ משיב הי"ל להשיב כגון הא דרב פפא. אלא גרס' הרא"ש אינה אלא כגון הא דרב פפא וגמ' קאמר לה וגרסת הרי"ף ז"ל הבו דלא לוסי' עלה דאמ' רב פפא וכן היא נסחת ס' התרומו' וכן נסחת המ"מ. ומ"ש שסברא קלושה היא אינה אלא חזקה לבטל טענת שטרך בידי מאי בעי או הי"ל לכתוב ע"ג שובר שהרי עדיו עמו שנפרעים ממנו ולא כתב ע"ג שובר וכן עשה בשטר שפרעו אח"כ ואפשיטי דספר' זייר ליה. ועוד דאיכא טעמא דאמרי' בגמ' דפרע דייק דמפרע לא דייק. ואע"ג דמנפשיה אודי לא חשיב מיגו ולא כמשיב אבדה כיון דאמרי' דלא דייק לאו אדעתיה אבל בכתו' סלעין סתם חשיב כמשיב אבדה דכיון דמיעוט רבים שנים מסתמ' שנים היו שאם היו יותר הו"ל לפרושי דמלו' דייק וכתיב דלא שדי זוזי בכדי. ועוד דפוגם שטרו בין בע"פ בין בעדים בין שלא בעדים משמע מדאמרי' בהכותב הפוגם שטרו שלא בעדים דלא מבעיא קאמר לא מבעיא בעדים וכו' ובכל ענין פוגם אמרי' הבו דלא לוסיף עלה ונ"ל דהא דנקט כגון הא דרב פפא לגרסת הרא"ש אע"ג דבכל מילי אמרי' הבו דלא לוסיף עלה פוגם שטרו ומת אצטריכ' ליה דס"ד בהא אמרי' הבו דלא לוסיף עלה משו' פלוגתא דר' אבא הוא שהתוס' והרא"ש כתבו דאי רב ושמואל הוו סברי כר' אבא כי מית לוה בחיי מלוה כיון שבני מלוה באים מכח שטר שבידם והשבועה אינה אלא תקנת חכמים לא שייך ביה חזרה שבועה לסיני אלא אם איתא לר' אבא אדרבה בני הלוה מתוך שאינן יכולים לישבע שאביהן פרע משלמים ואנן קי"ל כרב אדא ורב נחמן נמי ביתומים מן היתומים כר' אבא ס"ל אלא שלא רצו לעקור דברי רב ושמואל לגמרי אבל אמרו הבו דלא לוסיף עלה ולא תימא פוגם שטרו דוקא שמת מלוה והמוכר ואח"כ מת לוה דלר' אבא מתוך שאין יורשי לוה יכולים לישבע משלמים אלא אפי' לוה קיים שהיה יכול לישבע בברי שפרע נשבעים בני המלוה שבועת היורשים ונפרעים כדרב פפא הפוגם שטרו ומת יורשים נשבעים שבועת היורשים וכו'.

ואני רואה תשוב' זאת להרא"ש מלבד דלא מתישבה עם מה שפוסק בהלכותיו היא גופה קשי' דהיכי חשיב מלוה שבא לטרוף מן הלוקח אין אדם מוריש שבועה לבניו שלא אמרו כן אלא בממון שאי אפשר לגבותו אלא בשבועה כדכתב הטור אבל זה ממון גמו' הוא שאפשר לגבותו מן הלוה בלא שבועה ולא הור' כחו במיתת המלוה. והרא"ש עצמו כן כתב בהדיא באותו הכלל סי' י"ב דבבא ליפרע מן הלוקח לא שייך אין אדם מוריש וכו'. ועוד מה שכתבו בתשוב' הראשונה והשיב אעפ"י שנשבע שמא אח"כ פרעו כי ב"ד משביעין אותו בשעה שמורידין אותו לנכסיו דמשמע שאה אמ' לוקח פרעתיך היה מחוייב לישבע כעין של תורה והא ליתא דשבוע' המשנה אינה אלא בבא ליפרע מנכסי' משועבדים שמא פרעו הלוה אבל אמר לוקח פרעתיך לא מחייב שבועה אלא מתקנתא דרב נחמן הסת דלוקח לא עביד דפרע דהיאך יחזור ויגבה אח"כ מהלו' הו"ל פורע חובו של חבירו דאפי' בב"ח דוחק פטור אלא אמרינן ליה אחוי טירפך ואשלם לך ואני אדון עם המלוה וכיון שכן לא פרע ולא שדי איני' זוזי בכדי ולא חשיב נתחיי' לו שבוע' שאינו יכול לגבו' עד שישב' אלא אם טוענו נתתי לך מעו' בחוב זה ישבע לו שבוע' הסת. ועוד דאפי' במלו' לא הוה חיישי' לפרעון דהא שטר' בידי' מאי בעי אי לאו דחיישי' לקנוניא או דילמא צררי אתפסיה כדי שירויח לו זמן. וגבי לוקח ליכא למימר דאתפיס צררי דלא מצי דחיק ליה דנתפסיה צררי. ועוד הלשון שכתב אעפ"י שנשבע שמא אח"כ פרעו קשה מאי אעפ"י אדרב' משו' שנשבע הוא דאיכ' למיחש שמא פרעו לסלקו מעליו דאילו קודם שבועה ודאי דלא פרע כדאמ' בריש בתרא גבי סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל בחזק' שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן דאמרי' חזק' לא פרע דמימר אמ' מי יימר דמחייבי לי רבנן כ"ש כאן קודם שבועה שלא הי"ל לפרוע שמא לא ישבע ויפסיד המעות. אלא נראה שמ"ש הרא"ש אעפ"י שנשבע שמא אח"כ פרעו שמא פרעו לוה קאמר כדי שלא יטרוף מהלוקח ויחזור הלוקח עליו ומיירי דמת ראובן הלוה אחר שנשבע המלו' ואח"כ מת מלוה ואעפ"י שלא הוזכרה בשאלה מיתת הלוה הדבר מובן מהטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו. והשתא ניחא דלא אמרי' בכה"ג הבו דלא לוסיף עלה אע"ג דלא בא לגבות מן היתומים אלא מלוקח דסוף סוף לוקח בתר יתמי אזיל שאפשר שנמצא להם נכסים אלא דמלוה לא טרח לחזור עליהם.

וראיתי דבח"מ סי' ק"ו הבי' הרב בב"י תשו' שמצ' כתוב ראובן שיש לו שטר על שמעון ונפטר שמעון ותפסה אלמנתו קצת מטלטלים לכתובת' אח"כ נפטר גם היא וירשוה בניה בני שמעון וראובן רוצה לגבות מאותם נכסים שתפסה והם אומרים מאמנו ירשנו ולא מאבינו נראה שאין לראובן על בני שמעון ממה שירשו מאמם כלום לפי שהתפיסה

שתפסה אמם בכתובתה תפיסה גמורה היתה ולא מבעיא היכא דלא תפסה יותר ממחצית כתובתה ואין ראובן יכול להוציא אותו ממון מן היתומים ונחלקו הגאונים י"א אלמנה שלא נשבעה על כתובתה אין לה כלום ולא ליורשיה אחריה ורבינו משולם הסכים עם האומר שיש לה מחצה וגם רב האיי כתב גובין מחצה ומוקי הלכתא כר' יוסי דאמר יחלוקו וכו' ע"כ. מדברי תשובה זו משמע דוקא משום דתפס' האלמנה בחייה תפיסה מעליא בדין הא לאו הכי לא היו היורשים יכולים לעכב הנכסים בעד כתוב' אמם אעפ"י שהם מטלטלים ותפוסים בידם. משמע דלמאן דפסק כר' יוסי בלא תפיסה גובין יורשיה מחצה ולכך כתב לא מבעיא כשלא תפסה יותר ממחצה דבלא תפיסה זוכין בו אלא אפי' אם תפסה יותר מהניא לה תפיסה כאלמנ' הא תפיסת יורשים לא מהניא. ואיכא למימר דאת' לומר דמהניא להו תפיסה כאלמנה שאע"פי שב"ח יגבה אותם מפקינן מיניה שכבר זכתה האלמנה בהם בדין. א"נ כשמופקדים אצל אחרים שאין היתומים מוחזקי' בהם מהניא להו תפיסה דאמם שלא יגבה מהם ב"ח דייקא נמי דקאמר וראובן רוצה לגבות ולא אמר בא לתבוע אלא ה"ק רוצה לתפוס מיד המופקדים אצלו.

ואכתי אפילו נימא דמהניא להו ליורשים תפיסה במטלטלים שהם תחת ידם עדין יש להסתפק בנ"ד שהוא קרקע ולא שייך ביה תפיסה ואין לומר בה קרקע בחזקת בעליה עומדת שהרי בא עליה בעל חוב משני צדדין לומר קרקע זה משום מה אתה תופסו אי משום ירושת אביך אין ליורש במקום ב"ח כלום ואי משום כתובת אמך מדין גביה אני קודם לגבות בשבועת יותר ממנה שהיא ספק אם נפרעה ואני ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי.

וראיתי בתשובה למהר"ם הובאה במיימוני' דשייכ' לס' משפטי' על אודות קרקע שנתן ליתומים מכח זקנתה ולא נשבעה שבועת אלמנה והיתומים הוציאו שטר מאביהם שאביהם מחל שבועתה וכו' והאלמנה אם היתומים תובעת שמיד כשמת חמיה היו הנכסים משועבדים לכתובתה ולאו כל כמיניה דבעלה למחול לאמו השבועה. והשיב מהר"ם שאין לאלמנה על היתומים כלום וכתב אפשר לפי דבריה שטוענת מיד כשמת חמיה נשתעבדו וכו' זה אינו דה"מ מקרקעי אבל מטלטלי יכול למכור וליתן ולא תגבה מהם כתובתה ע"כ. ולכאורה משמע מהכי דבמקרקעי מיהת הדין עמה דתכף נשתעבדו לכתובתה ואין היתומים יכולים להחזיק בהם מכח כתובת הזקנה לפי שלא נשבעה הזקנה שבועת אלמנה. ומיהו הא ליתא דהתם על הקרקע היו דנין היתומים לזכות בו מכח מתנה הזקנה כמו שמוכיח בשאלה והיאך כתב שאין לאלמנה על היתומים כלום אלא שאין דברי מהר"ם ז"ל אמורים אלא על המחילה שמחל הבעל לומר שהיה רשאי

בכך דלא יהא אלא שהתפיסה אביו צררי מי לא מצי הבן לתתם לאמו במתנה ותגבה כתובתה מן הקרקע ולכך כתב להלן כיון שפטרה מן השבועה והימנה לגבות כל נכסי בעלה הידועים כלומר הימניה לענין צררי שאינן ידועים כדי שתגבה כל נכסי בעלה הידועים דהיינו קרקעות מאחר שנתן לו במתנה מטלטלים העודפים דהיינו צררי. וכי תימא ניהו דחשש צררי ליכא כיון דיהבינן ניהליה במתנה מ"מ אכתי איכא למיחש שמא מחלה לבעלה כתובה ושמא בזבזה ושמא נתנה לאחרים בחיי בעלה דלית לה כתובה דהא אכל הני משבעינן להו. הא לא איריא דלא מזקקינן לה שבועה אלא משום חשש צררי כדמוכח בהדיא דנפל הבית עליו ועל אשתו כדאמרינן התם נכסים בחזקת יורשי האשה משום דליכא למיחש לצררי כדכתבו התוס' שם ותו לא חיישינן למידי אחריתי וכן מוכח מדאמרי' בפ' נערה יחד לה ארע' בד' מצרנה' בלא שבועה ומ"ט דאי משום צררי היינו צררי דאתפסא ותו לא חיישינן לשאר טענת דלא משבעינן לה בהכי אלא ע"י גולגול.

והיה נראה להביא ראיה דלגבי יורש עצמו לא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו מהא דאמרי' בפ' מי שהיה נשוי ההוא גברא דזבנה לכתובתה דאימיה בטובת הנאה ללשון שני שכתב רש"י ועיקר שמכר את השדה של אביו שיחד לה בכתובתה ואמר אי אתיא אם וקמערערא לא מפצי לך שכיבא אמיה ולא ערערה סבר רמי בר חמא למימר איהו במקום אימיה קאי ואמר ליה רבא נהי דאחריות דידיה לא קביל וכו' ומסתמא אף כשלא נשבעה אמו מיירי מדלא אצטריך גמ' לפרושי כשנשבע' ומתה כדמפרשי התו' ז"ל הנשבעי' מתני' ביורשי הראשונה קודמי' וכו' ואעפ"כ ס"ד דמצי איהו לערער במקום אם ולהוציא את הקרקע מיד הלוקח דלגבי יורש גופי' ולהנאתו לא אמרי' אין אדם מוריש וכו'. ומיהו יש לדחות דהתם מיירי כשיחד לה הקרקע בד' מצרנהא או אפי' בחד מצרא דאמרי בפר' נערה דגביא בלא שבועה.

איברא דנלע"ד דאין כח ב"ד יפה להוציא הקרקע מיד היורש ולהגבותו לב"ח כיון דמחוסר גובייניא וצריך שבועה כהא דתנן בפ' הכותב מי שמת והיה לו מלוה או פקדון ביד אחרים ר' טרפון או' ינתנו לכושל שבהם ר' עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא נותנו ליורשי' שכלם צריכין שבועה ואין עיקר טעמיה דר' עקיבא משום שבועה כדאמרי' בירושל' הגע עצמך שפטרן מן השבועה זו תורה וזו אינה תורה אלא טעמא משום דב"ח מחוסר גובייניא הוא ואע"ג דלא נשארו המטלטלים ברשות היורשים שיהיו נעשים מטלטלים דיתמי אלא שנמצאו מחיים אצל אחרים שאלו היו ביד ב"ח עצמו הו"ל תפיס' מחיים וגובן בחובו עכשיו שנמצאו ביד אחרים אע"ג דלא חשיבא תפיסה מ"מ לא

נעשו מטלטלים אצל בניו ולכך אמר ר' טרפון נותנו לכושל שבב"ח ור' עקיבא נמי מוד' דלאו מטלטלי' דיתמי מיקרו דכיון דביד אחרים הם משתעבדי' לכתובה וב"ח מדר' נתן כדפרש"י ולא זיכה את היורשים אלא משום דב"ח מחוס' גובייגא חשבינן הנך מטלטלי שביד אחרים כמאן דנקיטי להו יורשין בידיהו ומוקמינן להו בחזקתייהו וה"ה לקרקעות דמטלטלים ביד אחרים בדינא דגמ' הוא כמו קרקעות בזמן הזה שאעפ"י שאינן תפוסי' ביד היורשים חשבינן להו בחזקתיהו כיון דלגבי ב"ח מחוסרין גבי' הילכך כיון דספקא הוא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר אע"ג דתרוייהו מדין גביה אתו האי מחוסר גובייגא האי לא מחוסר גביינא ותדע דהך מילתא דרב ושמואל מתלה תליה ולא מזקקינן להו לא מגבה גבינן לב"ח ולא מקרע קרעינן לשטריה דילמא אשתכח דיינא דעבד כר' אלעזר וכ"ש דלא מזקקינן למגבי לב"ח וממילא כיון דליכ' גביית ב"ד הרי היורש עומד בשלו ואע"ג דיורש נמי מכח גביה קא אתיא ארעא למיקם ביד דיורש קיימ' ממה נפשך ובחזקתיה קיימא דגדולה מזו אמרו בהמקבל גבי יתומים אומר' אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח ארעא כיון דלגובינא קיימא כמאן דמגבי דמיא וכן ההיא דמייתי התם באילן הסמוך לעיר ס' זה קד' ס' זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים מה טעמא אילן כיון דלמיקץ קאי כמאן דקייץ דמי ואם משום דעתיד לגבות ועתיד לקוץ מוקמינן בחזקתיה בגבוי ועומד לא כל שכן.

ועוד י"ל מלתיה דרב ושמואל לתקנתא דיתמי הוא כדכתב הרא"ש בס"פ הנשבעים והבו דלא לוסיף עלה לחובתן שכן כתב שם שבדין זה של יתומים דוקא לא רצו לבטל דברי רב ושמואל וכתב להלן דבחשוד הבא ליפרע מהם הוא הוא דרב ושמואל דטעמא דאלמו' רבנן לתקנת' דיתמי והחמירו אשבועתו יותר מכל הנוטלים ומשום הכי חיישינן להו ולאו דמוספי עלה אבל כל מי שבא ליפרע מנכסי יתומים הכי דייניגן ליה ע"כ אלמא דוקא היכא דאתו למיפק מיתמי הוא דאמרינן הכי דלא רצו לבטל דינן אבל היכא שהיתומים מוחזקים וב"ח באי' לגבות מהם אמרינן להו לגבי דידהו בטלו דינא דרב ושמואל כיון דלא אתו יורשים לאפוקי אלא להחזיק מה שבידם לא שייך בהכי שפיר אין אדם מוריש וכו' ואע"פ שהדברים מוכיחין בטעמם מ"מ איני יכול לפטור את עצמי בלא ראיה ויש ללמוד גדולה מזו מתשובת הרב ר' משה בר יוסף שהביא ס' התרומות ביתומים שבאו לגבות מן הלקוחות לא מבעיא בחיי לוה דמחייב ולא גמרי להו מדין יתומים שהרי מצינו שחמור דין יתומים מדין לקוחות וכו' אלא אפילו לאחר מיתת לוה מחויב ולא אמרינן בהו אטו לקוחות לאו בתר יתמי אזלי מאחר דלית להו נכסי ליתמי והאי לאחר מיתת לוה דקאמר היינו דמית לוה בחיי מלוה שנתחייב מלוה שבועה דאי

דמית לוה אחר שמת המלוה מצי קאמר אטו לקוחות לאו בתר יתמי אזלי ליזלו בתרייהו אטו יתמי גופייהו מי לא מחייבי אם נמצאו להם נכסים ועוד הא ודאי לא חשיב מוריש שבועה דממון גמור הוא לגבי לוה ולגבי יורשיו כדכתב הרא"ש בתשובה אלא כשמת לוה בחיי מלוה קאמר אע"ג דנתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואינו נפרע מיורשים מ"מ לענין לקוחות לא אמרינן בהו אין אדם מוריש שבועה והשת' בקרקע זו שלפני היורשים היאך זכו לב"ח לטרפה בחובו לא יהא אלא שקרקע זו גבאה ב"ח בחובו בחיי אביו או שהיה לוקח שקנאה בדמים היה היורש הזה בא מכח כתיבת אמו דקדים שעבודה ומפיק ולא מצי לוקח מעכב לומר אין אדם מוריש לבניו דלגבי לקוחות לא אמרינן אלא היכא דהדר אזלי בתר יתמי וכאן לא הדר כ"ש עכשיו שהקרקע עומדת לפני היורש השתא מכורה כבר יוצאה שאינה מכורה אינו דין שלא תמכור.

זה חזיתי מחזה שדי ואור יקרות המאור הגדול הרב המובהק כמה"ר יחיאל נר' ודברות קדשו מלהבות אש ישגיב בכחו ומי כמוהו מור' דעה מלמד ודרבן ופום ממלל רברבן ומשו' דאנהרינהו לעיינין בהני שמעתת' דשייכי אעיקר' דדינא באתי להתלמד באמירי אמריו כי נעמו הן הן הדברים הנקנין מיד ליד אלקפת' נקטן ריחא נתלי' לן ביד והנה הסכימה חכמתו הרחב' לענין הדין דמאחר דקי"ל דמאן דעבד כר' אלעזר עבד ואי תפס לא מפקינן מיני' אין לך תופס גדול מיורש אלא דקשי' ליה למר לרב האיי דלא מהני תפיסה היכי מוקי' רב ושמואל גופיהו ההי' דיפה כח הבן כב"ש דאמרי שטר העומ' ליגבות כגבוי דמי ולא אמרי' לדידהו אין אדם מוריש שבועה לבניו א"כ כ"ש תפיסה ממש שהוא כגבוי וניחא ליה למר דכשהי' המלוה בחייו תופס בנכסי הלוה כ"ע' לא פליגי דממון הוא ומורישו לבניו ולכ"ע דכגבוי הוא כגבוי בחייו חשיב אבל מה שתפסו יורשיו אחר מותו הוא שאמרו דלאו תפיסה היא ומוציאין מידם ויש לבעל הדין שיחלוק דתופס בחייו נמי כה"ג דאיכא עדים נראה דלא אתי מכח מגו אי מית לא מהני תפיסתו לגבי יתומים ומקרי אין אדם מוריש שבועה לבניו ולא דמי להיכא דתפסה אלמנתו מטלטלי' ואית ליה מגו דלהד"ם או החזרתי' דאע"ג דאיהי בעיא שבועת יורשים שקלי בלא שבועה כדמוכח בתשובת מהר"ם שהביא במרדכי פרק חזקת דומיא דכלי' דאין נעשים להשאיל ולהשכיר דלא מפקי' מיתמי אע"פ דאבוהון היה צריך שבועה לגבות מהם אבל תופס בעדים בחזקת מרא קמא מוקמי' להו ושטר לב"ש דכגבוי דמי כתופס בעדי' חשיב אבל כך יש להשי' דשטר העומד ליגבות לב"ש דכגבוי דמי היינו שהוא בחזקת המלוה לכל מילי אפי' במידי דספק יד בעל השטר על העליונה כדתנן בפ' ארוסה מתו בעליהן עד שלא שתו ב"ש אומרי' נוטלות כתוב' ואינן שותו' דמחזקי' ממון כתוב'

כגבוי ביד האשה הילכך חשיב שפיר ממון להורישו לבניו אבל לב"ה דלאו כגבוי דמי אפי' תפסה האשה בעדי' מפקינן מינה והכי נמי אפי' תפס המלוה ומת ולא נשבע וכ"ש תפסו יתומי' לאחר מיתה דלא מיקרי ממון ואמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו.

עוד הביא הרב נר' מדברי הרמב"ם ז"ל דמשמע מינייהו דלא מהני תפיס' במה שכתב בפ' י"ב מ"ה לוה המלוה על המשכון אפי' מת מלוה ואח"כ מת לוה גובין יורשיו ע"כ ואי ס"ד תפיסה מהניא לשמועינן רבות' אפי' בתפיסה היורשי' דהו"ל תפיסת ספק אחר שנולד הספק מהניא כ"ש תפיסה דמלוה גופיה במשכון דבהיתרא בא לידיה והעמיד הרב נרו דברי הרמב"ם ז"ל דנ"מ דאפי' לא בא המשכון ליד היורשי' אחרי מות אביה' גובין כיון שלא היה אביהן נשבע אלא להחזיק ליתא לדינא דרב ושמואל כלל וק"ל אם כשמ' אביה' לא היה המשכון בידו אין כאן ממון בשעת מיתה ואפי' תימא דאחר שמת נאנס המשכון או החזירוהו הא לא מיקרי ממון שהרי צריכים עכשיו לגבותו ואיהו לא מצי להוריש לבניו יותר ממה שבכחו שהוא עצמו לא היה כח בידו להוציא אלא להחזיק ולא עדיף יורש מגברא דאתי מחמתיה אבל איכא למימר שאילו היה שם שטר אין שם עסק שבועה דשבועה ליתא אלא משום חשש צררי שמא התפיסו לבטחון החוב וכיון שכבר היה בידו משכון לבטחון תו לא מתפי' ליה צררי אחרינ' ואף אם נאנס המשכון מיד היתומי' יכולים לגבות חובן כדאמרי' בפ' אע"פ מטלטלי ואיתנהו בעיניהו בלא שבועה ואע"ג דליתנהו בעיניהו אמרינן התם הלכתא בלא שבועה ומסתברא שדברי רמב"ם הם כשאין שם לא שטר ולא בירור הילכך תפיסה דיתומים לא מהניא להו ולא מידי שהאיך יכולים לטעון ברי שחייב לאביהם ואפי' אמרו שאביהם אמר להם כך לא מהני דאיהו עצמו לא היה נאמן בשבועה לכך כתב שאם היה לו משכון שהיה נאמן עליו בשבועה מהני.

וההיא דס"פ מי שמת דמייתי הרב נר' מינה דמהני ליה חזקת אביו לגבות כתובת אמו דתנן נפל הבית עליו ועל אביו והיתה עליו כתובה אשה וב"ח ב"ש אומרים יחלוקו וב"ה אומרים נכסים בחזקתן וכתבו התוספות נפל עליו הבית וכו' דס"ל לב"ה דכיון דמחוסר גובייגא אפי' מת האב תחלה הוו בחזקת היורשים עכ"ל שכוונת התוספות לבאר שאין טעמן של ב"ה משום חזקת אבי אביו ולהכי מוקמי' ליה אחזקתיה שאין חזקת הזקן חזקה שהרי מת לפנינו אלא שאין אנו יודעים אם היה בנו חי וירש אותו וכו' ומ"ה כתבו התוספות דטעמא דב"ה משום דיורשי הזקן מוחזקים דאפילו אם מת הזקן תחלה היה צריך הב"ח לגבות מהם אבל לב"ש דלא מחסר גובייגא כ"כ הוא מוחזק הב"ח כמו שאר יורשים ולכך יחלוקו הילכך שמעי' מהכא דמשום שהיורש מוחזק מחמת אביו מועיל

לו לטעון כנגד ירוש' אביו ולומר לא ירשתי כי אם זקני וא"כ בנ"ד נמי מה שהוא מוחזק מכח ירושת אביו מועיל לו לזכות לגבות כתובת אמו ולהחזיק עצמו כתפוס אלו דבריו שיחיה ואפילו אם נודה לרב נר' שאין היורש מוחזק אלא מכח ירושת אביו כדין יש בעל דין שיחלוק דשאני ההיא דב"ח אינו בא אלא בטענת ספק אם מת האב תחלה וירשם הבן כדי שיגבה חובו מהם ולהכי מיקרי היורש מוחזק כיון דב"ח מחוסר גובייני' והבא להוציא עליו הראיה שהיה הבן קיים בשעה שמת האב אבל הכא ב"ח מכח גבית ודאי' הוא בא שאין היורש קרוי מוחזק אלא במה שהוא יורש מאביו ובירושת אביו ב"ח גובה שעבודו ממנ' ואם היורש בא מכח כתובת אמו לענין זה אינו קרוי מוחזק שגם אמו מחוסרת גוביינא היתה ואדרבא גביית היורש מתורת ספק שלא נשבעה אמו וגביית ב"ח מתורת ודאי שהרי נשבע ותו איברא שהיורש מוחזק בנכסים אף מכח זקנו כדמוכח בההיא דס"פ יש נוחלין גבי בן שמכר בנכסי אביו וכו' דא"ל אנא מכח אבוה דאבא קאתינא דכתי' תחת אבותיך וכו' ולפיכך אין טענתו שאומר לא ירשתי כי אם זקני מבטל חזקתו בנכסים כלל ואין זה דומה לזה שאומר מכח גביית כתובת אמי אני בא שמבטל חזקתו בנכסי האב ועוד התם היורש מוחזק בנכסים לא משום דהעמד הזקן על חזקתו שהרי מת לפנינו אלא העמד הנכסי' בחזקתן של זקן שלא היו מעולם בשעבודו של בעל חוב ומספק לא חייל שעבודיה עלייהו וכי תימא למה הוצרכו התוס' דטעמא דמחוסר גוביינא הוצרך הדבר לאמרו שאלמלא כן שטר העומ' ליגבו' כגבוי דמי כב"ש וחשיב ב"ח כתפוס ועומד בנכסי ובדין היה שאפי' מספק יגבה הכל כדאמרי' ב"ש גבי מתו בעליהן עד שלא שתו אלא משום דנכסי' הללו לא היו בתחלה בחזקת הלוה ועדיין לא נתברר שעבודו בהם מספקא לא חייל שעבודיה עלייהו אבל חשיב טעמא דכגבוי דמי למשוי ליה לב"ח כיורש ועדיף טפי מיורש שאין ליורש במקום ב"ח כלום הילכך כיון דמספקא לן איזה מהם מת תחלה חשיב כהללו באים לירש והללו לירש ויחלוקו מיהו לב"ה כיון דמחוסר גוביינא אפי' מת האב תחלה היו בחזקת היורשים כדכת' התוספ' ומדברי הרב הרשד"ם ז"ל בא"ח קע"ג אין הוכחה ממה שהשיב בא' שהיה חייב לבנו סך מעות והיו עליו ג"כ בעלי חובות אחרים ומת ונפלו הנכסים לפני בנו זה שהוא יורשו ופסק שהיורש יש לו דין ב"ח מאוחר שקדם וגבה אפי' בקרקע והביא ראי' מההיא דנפל הבית עליו וכו' אין להוכיח מדבריו שפוסק שיש לו דין ב"ח מאוחר שקדם וגבה ולא שלמד כן מההי' דנפל הבית עליו שאין דברו שם אלא שאם חוב הבן קוד' בזמן אפי' היא ע"פ גובה והמוציא ממנו עליו הראיה שהיה להם שטר מוקדם ואמר ואף בזה יש לפקפק ולהיות כי רחוק הוא שימצא שטר חוב מוקדם מחוב זה לא חשתי להארי' ע"כ הרי

שפקפק ולא הסכים ואפי' היה מסכים לא מכח ההיא דנפל הבית היה לומדה דשאני התם שטענת ב"ח טענת ספק היא כדכתבתי אלא סברא דנפשיה גרידא לומר כיון דב"ח בא להוציא מיד היורש חובו של יורש כגבוי בידו מקרי. ואף אם נודע כסברא זו שיקרא היורש קדם וגבה דוקא היכא דאין לטעון עליו טענת פרוע שהרי נשבע אבל הכא כל זמן שלא נשבעה אמו לאו בחזקת גבוי היא דמאן לימא לן שלא נפרעה.

והא דכתב הרמב"ם ז"ל בפרק י"ט מה' אישות היה נשוי שתי נשים והיו לו בנים מהם ומת ואחר כך מתו הנשים וכו' אחת נשבעה ואחת לא נשבעה זו שנשבעה בניה יורשים כתובתה תחלה והשאר חולקים אותו בשוה ע"כ ומדקאמר אחת נשבעה ואחת לא נשבעה משמע דאף על גב דשניה היא שנשבעה נוטלין בניה כתובתה תחלה ואחר כך חולקים בשוה וזו סתירה לדין זה שהעלינו דיורש חשיב כתפוס דאם איתא אמאי לא יחזיקו בני הראשונה במחצית הנכסים שהם מוחזקים בהם מכח ירושת אביהם ויקחו המחצית ההוא בשביל כתובת אמם אעפ"י שלא נשבעה והרב המורה נר"ו תירץ בזה דלא אמרן שהיורש מוחזק אלא לגבי ב"ח אבל כשיש בגביית החוב דבר הנוגע לאחיו שהוא יורש כמוהו וידו אוחזת אפי' בחלק אחיו לענין פריעת ב"ח כדאמרן גבי שנים שקבלו עיסקא ביחד יכול כל א' לעכב לחבירו שלא יחלוק עד שיפרעו לבעל העיסקא וכתב הרמב"ם ז"ל דין זה בפ"ד מה' שותפי' בשותפי' שהם אחראי' זה לזה והיורשים הם אחראי' זה לזה כמ"ש המ"מ בפ"י מה' נחלות דב"ח הבא לגבות מן האחים שיש ביד כל א' בינוני' רצה מזה גובה רצה מזה גובה ולכן ודאי שיכול לעכב יורש א' על חבירו שלא יחלוק עד שיפרעו לב"ח והרי אינו שליט בחלקו ואינו מוחזק כדי שיעש' דין בעצמו כר' אלעזר עכ"ד ועדין יש לפקפק דנהי דבמטלטלין שייך הכא טעמא שיכול שותף או ב"ח לעכב שלא לחלוק עד שיפרעו לב"ח שמא יפסידו הנכסים או ילך לו למ"ה ויגבה ב"ח כל חובו ממנו אבל בקרקע אפילו שיחלקום ביניהם כל היכא דאיתיה קמי ב"ח קיימא לגבותה כי מה שכתב המ"מ דכשיש ביד כל א' בינונית רצה מזה גובה היינו דוקא בשתי שדות שאין אומרי' לו שיטול חצי שדה מזה וחצי שדה מזה דלאו פרעו' יפה הוא כדכתב הרא"ש בראשון מקמא אבל היכא דיכול לגבות שדה שלמה מכל א' גובה מזה וגובה מזה. ואפי' כשאין שם אלא ב' שדות מה הפסד יש אם יחלקו שדה כנגד שדה ויטפל כל א' בשלו ואם בא ב"ח לטרוף אחת מהם חולקי' השניה דקי"ל בטלה מחלוקת וכי אשכחן שיכולים לעכב דוקא בנכסים שאין להם אחריות הוא והכא בנ"ד מה טעם בנה של ראשונה אינו שליט בחלקו להגבותו לכתובת אמו ובאיזו טעם יכול אחיו לעכב על ידו אי משום כתובת אמו השניה גם היא תגבה ותהיינה יד שתיהן זוכות

כאחת ואני אבין ואדון לפניו שאין לך כל תלם ותלם שבשדה שאין לשניהם חלק בו כדאמרי' בהשולח ובפ' ראשית הגז ישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפו' טבל וחולין מעורבין זה בזה אעפ"י שלקחו כל חטה וחטה יש בה טבל ויש בה חולין כדפרש"י שם וקי"ל האחים שחלקו לקוחות הן ומחזירי' זה לזה ביובל וכיון שבכל חלק מהקרקע יש לשניה' חלק בו אלא שהם חולקי' זה כנגד זה אין בנה של ראשונה יכול לברר לעצמו קרקע להגבותו לאמו דהרי באותו קרקע שיגבה לה יש לאחיו חלק בו שאין לה שעבו' עליו וממילא חל עליו שעבו' של כתובת' של שניה אעפ"י שהוא מאוחר' דכיון דמשכח' רווחא חיילא אבל החלק הנשאר לאחיו חל עליו שעבוד כתובה של אמו שנשבעה ולא חל שעבוד ראשונה שלא נשבעה לפי' הגבה אות' שנשבע' והשאר חולקים או כלך לדרך זו רואים את השניה שנשבעה כאילו היא עומדת לפנינו וכתובת' בידה לגבות בנכסים ואין שם אלא כדי כתובת' כלו' היה כח ביד בן הראשונה לדחות אותה שלא תגבה ולא מחלק בנה והלא כל נכסי בעלה משועבדים לה והרי זו כבעלת חוב דעלמא שנפרע' האמצ' ואין הלה יכול לומר אני תפסתי חלק לכתובת אמי דא"ל אידך דמפקך מחלק' עלי דידי הדר שיבוא ב"ח ויגבה ממני ונמצאת כתובת אמך נפרעת מחלקי בלא שבוע' וכתוב' של זו השניה מאחר שנשבע' כחוב דעלמא דמיא כללו של דבר כל שמחמת תפיסה זו ממעט חלק אחיו כגובה ממנו בלא שבוע' דמי ואין אדם מוריש שבועה לבניו. ואחר שפסק הרב נר"ו שאין ב"ח רשאי להוציא מהיור' לפי שהוא תפוס ועומד בנכסים אמר עוד יש אתי טעמים אחרים לזכות את היורש חדא שהוא יכול לומר אי איפשי בתקנת חכמים כגון זו שתקנו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ואיברא דטעם זה יש לדחותו שהרי חוב לאחרים הוא ביה דשמא נפרעה כתובתה וחל שעבוד ב"ח על הנכסים ולא כל הימנו של יור' לוותר על שבועתו כדאמרי' בפ"ב דשבועו' האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ופרכי' אי דקאמ' מלו' תבא עליו ברכה ומסי' כגון שחב לאחרים וכדר' נתן שמוציאין מזה ונותנין לזה אף כאן אם עד שלא אמרו לא היה בדין שתגב' כתובת' וממיל' גוב' ב"ח מאוח' השת' משו' דאמרי' א"א לא יפסי' ב"ח מלגבו' וכבר ראה הרב שיחי' טענ' זו ונתקשה לעצמו ממה שהבי' במרדכי פרק ב' דייני גזרות שכתב מהר"ם בתשוב' דלא מצי למימ' א"א בתקנ' חכמי' שאמרו למיהב אחד מצר' דלא שייכא הך מילתא אלא היכא דליכ' פסיד' לאחריני והוא מוחזק כמו שהקש' ריב"א אהא דאמר' בפ"ק דבבא קמ' אי שקלת כדינ' שקול וכו' ואמאי לא שקיל זבורית כדהשת' ולימא אי אפשי בתקנת חכמי' שתקנו לי בבינונית ותירץ דלא שייך לומר כן אלא היכא דליכא פסידא דאחריני ע"כ וכתב הרב נר"ו דלאו דאיכ' פסיד' אבעל

דינו קאמר דודאי אית ליה פסידא בין עידית לזיבורית ובאומרת איני נזונית דמעשה ידיה עודפי' על מזונותיה אלא ה"ק היכ' דליכ' פסידא לאחריני שגם הם בכלל התקנה שגם להנאת' נתקנה כגון האי דאמ' לקמן מכר לוקח בינונית וזבורית וכו' ורוא' אני שהנדון של מהר"ם אע"ג דאיכא פסידא לאחיו שבשביל זה תבטל החלוקה לא חשיב ליה פסידא דאחריני אע"ג דאין אחיו בכלל תקנה דליתבו ליה אחד מצרא שלא עשו הדב' אלא לתועל' הבא ליטול ב' חלקי' וגם ההי' דאי שקלת בדינך שקול ואי לא שקי' כיוקר' דלקמי' שמשם עיק' ראיתו של ריב"א והתם אין הלוה בכלל תקנ' ואפ"ה חיישי' לפסידא דידי' ואדרבא הכא אפשר לומר דאף לתקנ' ב"ח אמרו שתשב' שהרי שנינו הא' נשבעת לשני' וכו' אלא דאי לאו יתמי לא היינו אומרים אין אדם מוריש וכולי דהבו דלא לוסיף עלה השתא דמשום היורשים היתה צריכה שבועה לא מצו יורשים לממחל לה שבועה במקום שחב לאחרים.

והטעם השני שיכול היורש למחול לאמו בקבר על הצררי או על השבועה והוי המחילה לעצמ' כההיא דפ' הכותב גבי קריבתיה דרב נחמן דזבנה לכתובתה דאמה בטובת הנאה ומת אביה ואמר ר"נ תיזיל ותיחיל לכתובתה דאמה לגבי אביה א"א להלום דבר זה מאי מחיל לגבי אמיה אם נפרע' אמו כתובתה הרי זו נמחל שעבודא ואיהו במאי גבי ומאי מייתי ממוחל' כתובת אמה לגבי אביה דבהכי פק' שעבוד' מעל נכסי אבי' וממיל' היא יורשתה וכן מוחל גזל שגזל מאביו לגבי עצמו כדאמרי' בהגוזל קמא שאחר שהו' יורש את אביו מוחל לעצמו אבל זה שנפרע' כתוב' אמו מה יש לו למחול ואם יאמ' שגם התפיס' צררי לאו פרעון הו' ומצי יורש למוחלן לגבי אמ' הא בקני' בעי לאקנויי ואין קנין למתים ועוד מאן לימא לן דאיתנהו בעיניהו שמ' נתנת' לאחרי' או הפסידתן וליתנהו בעיניהו ומההיא שעת' פקע שעבו' כתובת' ועוד נר' אי צררי משום פרעון הם שאם לא היינו חוש' שניתן הצרורות אלא בתור' משכון לא היינו או' דאם מתה יפסי' יורשיה דאם אית' דיהי' לה צררי כל היכ' דאיתנהו ברשו' דמר' איתנהו אלא דצררי בתו' פרעו' הם וכבר נמחל שעבודו הנלע"ד יוסף בכמהר"ר מ"מ זלה"ה.

סימן יא

שאלה ראובן מת והשאיר אחריו שני בני' ואלמנתו אם הבני' ואחר זמן הרבה מתה האלמנה ולא נשבעה שבועת האלמנה ואחר מות האלמנה הוציא שמעון שטר חוב על ראובן ורוצה לגבות מהקרקע שנשאר מראובן דכיון שלא נשבעה האלמנה אין ליורשיו כלום בשביל כתובת' החכ' השלם היוש' על המשפט במקום ההו' סברתו היתה שהדין עם שמעון ומענותנותו דמר לא גמר לפניו להגבותו בפועל לשמעון כי היו חולקים בדבר

ובין זה ובין זה ישבו ג' אנשים מחשובי העיר חד מינייהו איש חכם נודע בשערים המצויינים בהלכה והשביעו את בני ראובן שבועת היורשים כמשפט והגבו להם הקרקע הנזכ' לחשבון כתובת אמם שהכריזוהו וגם שמו ארבעה חמשה נכבדי ארצו בקיאי' בשומא והעריכו הקרקע ועוד הוסיפו הב"ד הנז' ג' אלפי' לבני' יותר על שומת האנשים הנז' וכתבו ע"ג הכתובה מה שהגב' ליורשיה מן הקרקע הנזכ' גם כתבו מעשה ב"ד והשבועה והגביה הנז' וחתמו ונתנו ביד היורשים עתה שואלים ודורשי' אם מה שעשו הב"ד הנז' הוא קיי' או לאו ואם יכול ב"ד אחר לחזור להוציא הקרק' מיד יורשי האלמנה ולהגבות לשמעון הבעל חוב או לאו על הכל יבא דברו הטוב ויגיד לנו על כל דבר ודבר סברת הרמב"ם ז"ל כי על פיו אנו דנים כפי הסכמותינו בארץ הלזו מקום המשפט הזה והיה שכרו מאת ה' מן השמים.

תשובה אני לעצמי זו משנה שאינה צריכה הן אני הוא החולק הראשון בדבר הזה שאומר אני דכיון דיורשי האב הן הן יורשי האלמנ' א"כ הרי הם מוחזקים גמורים בנכסי אביה' כשמתה אמה ותפסו לעצמם הקרקע זה לכתובת אמם וכתבו הפוסקים ז"ל שכשמ' לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אם קדמו יורשי המלוה ותפסו מנכסי הלוה אין מוציאין מיד' ועו' זכיתי ליורשי האלמנה כיון שהיא אמם מטעמים אחרים הנם כתובים בפסקי' שכתבתי על ענין זה באריכות גדול. אך עתה יהיו דברי אלה להודיע שואלי דבר כי אחר כל המעשים האלה האמורים בשאלה בטלה מחלוקת הראשונה והחכם השלם נר' גם הוא יורה כמוני היום דהא קי"ל דיינא דעבד כר' אלעזר עבד. והכי איתא בגמ' ס"פ כל הנשבעי' גבי פלוגתא דרב ושמואל דאמ' תרוייהו מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין יורשי מלוה גובי' כלו' דאין אדם מוריש שבוע' לבניו ור' אלעזר אמ' נשבעים שבועת היורשי' ונוטלי' ומסיק השת' דלא אתמ' הלכ' לא כמר ולא כמר דיינא דעבד כרב ושמואל עבד כר"א עבד אמ' רב פפא האי שטרא דיתמי לא מגבא גבי' ביה ולא מקרע קרעינן ליה וכו' והרי"ף ז"ל בהלכות שם פיר' שיש לנו לדון לכתחלה כרב ושמואל ואם עבר הדיין והשביע ליורשי מלוה והגבה להם החוב מה שעשה עשוי ולא מהדרינן עובדא מיניה כן כתב הרמב"ם ז"ל פי"ז ממלוה ולוה. והרא"ש ז"ל שם פ' כל הנשבעים דיש סברות אחרות ודחויות הן וכ"ש בנ"ד שיש הסכמה לדון עפ"י הרמב"ם.

ואכתי צריכי' אנו למודעי יגיד לנו את דרכנו שהרי לפנינו שני דרכים בענין זה הדרך הראשון שמה שאמרו דיינא דעבד כרבי אלעזר עבד היינו דוקא בתחלת הדין קודם שיבא הדין לפני שום דיין אבל אם בא הדין לפני דיין אחד וד כרב ושמואל אין דיין אחר יכול לסתור דינו לדון כר' אלעזר ומאי דאמרינן בשטרא דדייני דלא קרעיני' ליה שמא ימצא

דיינא דעבד כר' אלעזר כבר תרגמא הרא"ש ז"ל שם דלאו כשבאו לפני דיי' לדו' קמיירי דאם בא לידי דיין אפי' ביתומים קרעי' ליה אלא לאפוטרופוסי' קא' או לב"ד שלא יקחו ויקרעוהו. או נלך לדרך שני שאפי' אחר שדנו כרב ושמואל אם יבא דיין אחר וידין כר"א מה שעשה עשוי כל שלא נקרע השטר.

ודבר זה מתורתו של הרמ"ה ז"ל למדנו שכתב הטור בסי' ק"ח וז"ל וכתב הרמ"ה אפי' אם אתא שטר מעקרא לידא דבי דינא ועבוד כרב ושמואל דלא אגבו ביה והדר אתא לידי דדיינ' אחרינ' והגבו ביה מה דעב' עבד עכ"ל. וכתב בב"י שם וז"ל משמע דפליג אהרא"ש שכתב שאם בא לידי דיין שיש לקרעו וא"כ היאך אפשר למיתי ליד דיינא אחרינ' ומיהו אפש' וכו' כדאתרמי דלא קרעיה א"נ דאת' לידא דב"ד שהראוהו לו ולא בא לפניו לדין עכ"ל וכפי התיר' הא' נתבאר היטב מדברי הרמ"ה דאפי' דן את הדין הדיין הא' כרב ושמואל אם עב' הדיין הב' כר"א אין מוצי' מיד' כיון דאתרמי דלא קרעי' לשטר'.

אבל כפי התי' השני עדין הדבר שקול כאשר בתחילה ואין מכאן ראיה דהא לא דן הדיין הראשו' כלו' אלא שהראוהו לו אך התי' הזה השני לא ניח' לי כלל דא"כ הרמ"ה ז"ל מה בא להשמיענו אפי' את"ל כפי' הראשו' שכת' דלא אמרי' מאן דעבד כר"א עבד אלא כשלא קדמו דיין אח' מ"מ איך היה עול' על הדע' שבשבי' שהראו השט' לדיין שנאמ' שכבר עשה כרב ושמואל אעפ"י שלא עמדו לפניו לדין ג"כ לשון הרמ"ה אינו מתייש' כפי תי' זה כי אם בדוחק. ובדברי הרא"ש גופיה יש לדקדק וללמו' דס"ל דאפי' באו לב"ד ופסקו להם כרב ושמואל אם בא דיין אחר ועבד כר"א מה שעשה עשוי ואין מוציאי' מיד' כיון שהי' השטר קיי' מדכתב הרא"ש וז"ל לא מקר' קרעי' וכו' פי' ב"ד או אפוטרופוס שלהן וכו' כל זמן שלא בא לידי דיין דודאי אם בא לפני הדיי' צריך לפסו' לכתחיל' כרב ושמואל וא"כ מחוייב הוא לקרעו עכ"ל ואם איתא שכשנפסק הדין פעם אחת כרב ושמואל שוב אין דיין אחר יכול לדון כר"א א"כ היאך היה אפשר לפר' דמיירי כשבא לפני דיין ונפס' הדין כרב ושמואל דא"כ מאי אהני ליתמי דלא קרעינן לשטרא הרי יורשי הלוה הם יקחו פסקא דדינא בידם או יעמידו עדי' בדבר ויעידו שכבר נפסק הדין פעם אחת כרב ושמואל ושוב אין שום דיין יכול לדון כר"א כשיגדלו היתומים חלילה שיתקנו חז"ל לכשישתכח הדבר ולא ימצאו ותהי האמת נעדרת ח"ו אלא ודאי דיכול הדיין השני לבטל דין הראשון ולדון כר"א בדיעבד ולכן הוצרך הרא"ש ז"ל להכריע הדבר מן הסברא דודאי אם בא ליד דיין מחויב הוא לקרעו ומפשט לשון הרמב"ם נראה שאפי' באים היתומים לב"ד לגבות מיתמי הלוה ואמרו ב"ד שלא יפרעו מידי שלא כדברי הרא"ש מדקאמר לא יקרעו השטר שמא יבא דיין אחר ויעשה כר"א ודלא כהרא"ש ושמעינן

מדבריו שאפי' שהדיין הראשון פסק הדין כרב ושמואל אם בא דיין אחר וביטל דינו אין מוציאים מידם.

ומסתברא דאי עבד דיינא כר"א לא מהדרי' עובדא מיניה לעולם אפי' אם יבא דיין ג' וירצ' לעשו' כרב ושמואל אינו יכול וכן אם היה דיין הא' שעבר ועשה כר"א אין דיין אחר יכול לבטל מה שעשה דאלת"ה מאי אהני להו ליתמי אם ימצאו מאן דדיין כר"א והרי כל שאר דייני דס"ל כרב ושמוא' יחזרו וידונו כרב ושמוא' ויוציאו מיד' אלא ודאי כדאמ' דאין מוציאי' מיד' לעול' וזה ברור מאד.

ואי קשיא א"כ יציבא בארעא וכו' דרב ושמואל דעבדי' כוותיהו לכתחילה יכול דיין דעבד כר' אלעזר להוציא מיד יורשי הלוה שהם מוחזקים ועשה והצליח ודיין שרוצה להוציא מיורשי המלוה מה שהחזיקם הדיין כר"א אשר לא כדת לכתחילה אמרי' דאינו יכול עוד שום דיין להוציא מידם והדבר קשה לכאורה.

תרוצא דהאי מלתא נראה לע"ד דמאן דעבד כר"א איכא היכרא רבה דיש בו מעשה שמוציא הממון מיד היורשים של לוה שהם מוחזקים בו ולכן אי מהדרינן עובדא מיניה אנו כמכריזין שדברי ר"א בטלי' לגמרי אבל כשאנו עושי' בתחילה כרב ושמואל אין שום היכר בדבר שאין בו מעשה ולא נעשה דבר מחודש כלל אלא שנשאר הממון ביד המוחזקים והרי כאלו עדין לא דן את הדין אלא א"כ קרע את השטר דאיכ' מעשה רב.

אמור מעתה דבנ"ד נמי אע"ג שהם יורשים האב ג"כ אווש' מילת' והכר גדול יש שהשביעו את היורשי' והכריזו את הקרקע ושמו אותו חמשה אנשים והגבו אותו אליהם וכתבו הגביה ע"ג הכתובה ודאי קול גדול נעשה בדבר הזה ולא מהדרינן עובדא לעולם זהו הנלע"ד הצעיר יחיאל באסן.

תשובה הנה נא ערכתי משפט דין זה בהרחב' והקפנהו בהלכ' כתנורו של עכנאי גם אחרי אור יקרות נפל אורת הרב המובהק מהר"ר יחיאל באסן זלה"ה השגיב בכחו העמיק הרחיב שכלו לאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא. ואני בעניי לבד ממה שכתבתי בקונט' השליח אליכם וכתבתי קונטרס בפני עצמו בכמה גופי הלכות ובלשונות הרמב"ם ז"ל בפ' י"ג מה' מלוה ובפי"ד מה' אישות ואחר צדדי העיון בהם העלינו דאין מהם לא פירכא ולא סיעתא ומ"מ בעיקר הדין הסכימה דעתי לדעתו דעת עליון דלא מבעיא למ"ד דאם קדמו יתומים ותפסו שאין מוציאין מידם דאין לך תפיסה גדולה מזו של יורשים אלא אפי' למ"ד דלא מהניא תפיסה של יתומים היינו משום דההיא תפיסה אחר שנולד הספק אבל תפיסה זו של יורשים תפיסה מעיקרא קודם שנולד הספק וכיון דנקטי להו בידיהו מאן מרעי להו. ועוד בקונטרס הראשון שלי כתבתי לזכות את

היורשים שני דרכים שמבוררין בטעמן ונימוקן עמם. אמנם בגביה זו האחרונה יש לדון בזה מדברי הטור שכתב בסי' ק"ח בשם הרמ"ה אפי' אתי שטרא מעיקרא לידא דבי דינא ועבוד כרב ושמואל דלא אגבו ביה והדר אתא לידי דיינא אחרינא והגב' ביה מאי דעבד עבד וכתב הב"י דלא פליג אהרא"ש שכתב שיש לדיין לקרעו דאפשר דאתרמי דלא קרעיה אלמא בתר דיינא בתרא דעבד כר' אלעזר אזלינן ולא הדר דינא וכת' דיינא דדן בהלכתא כרב ושמואל גרע טפי מדיינ' דעב' כר"א שאין סותרי' את דינו האי טעמא רבה אית ליה דיינ' דעבד כר"א והגב' את יורשי מלוה עביד מעשה ולא מהדר עובדא ומה שעשה עשוי אבל דיינא דדן כרב ושמואל לא עבד שום מעשה אלא שלא הגבה עתה בא דיין אחר דאיישר חיליה והגבה. וגם מדברי הרא"ש גופיה יש לדקדק דדיינא דדן כר"א בתר שדנו הב"ד הא' כרב ושמואל אין סותרים דינו של שני מדקאמר הא דקאמר לא מקרע קרעינן לא שבאו לפני הדיין ופסק כרב ושמואל דכיון דלכתחלה הכי דיינינן מחוייב הוא לקרעו ואם איתא דכשנפס' כרב ושמואל תו לא מצי ב"ד אחר לפסוק להפך א"כ היאך אפשר לפרש לא מקרע קרעינן ליה בדיין אטו מי שבקינן ליה דנטעי דיין אחר ולא ידע שכבר דנוהו כרב ושמואל ויפסוק כר"א. וכד מעיינן בה אשכחן שאין ראיה מדברי הרא"ש שאין לנו לעשות המסובב סבה דאי מצי עביד דיינ' כר"א אחר שהדיין דן את הדין כרב ושמואל דין זה בפי' השמוע' מתלא תלי שאם תאמר דהאי דקמזדהר תלמודא דלא נקרעיה לדיין קאמר צ"ל דהיינו טעמא שמא יבא ב"ד אחר וידין להם כר"א ומה שיעש' עשוי טפי מדינו של דיין הראשון. ואם נפרש דלאפוטרופוס קאמר דלא לקרעיה דילמא אתי דיינא אחרינא ודיין כר"א אבל הדיין שבא השטר לידו יש לו לקרעו. ודון מינה דאם איתא דס"ל להרא"ש דדיינא דדן בתר הכי כרבי אלעזר מעשיו קיימי' מי מחייבי בי דינא קמא למקרעיה ולשבקין ליתמי דילמא אתרמי להו זכותא ולשתכח דיינא דדיין כר"א ויש לו לדין לזכות היתומים ולא לחוב' איברא דמדברי הרמ"ה למדנו דאע"ג דדיינו ליה דינא כרב ושמואל דלא מגבינן להו כי אתייתו דיינא דעבד כר' אלעזר עבד ומיהו טעמא ודאי משום דקמא לא עבד מעשה ובתרא עשה מעשה דאפיק ממונא ויהיב לפני מלוה ולא מהדרינן ממונא. וסברא גדולה היא דמאחר שנעש' ע"פ הדין לא הדרי' עובד' משא"כ כשלא נעש' מעשה דאמרי' בפ' החול' גבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם בתר דפליג יבם בהדי ספ' אע"ג דבא הספ' בטענ' ממה נפשך או מנכסי אבוהון פלוגי לי או אהדרו לי נכסי דאב' דק"ל כר' אבא דאמר קם דינא פשיט' שאם היב' היה נוטל הנכסי' ממש אעפ"י שדנו לו שיטל' ולא אמרי' קם דינא אלא היכ' דעב' מעשה ומ"ה בתר דפליג יבם בהדי ספק הילכך בנ"ד דהוי איפכ' דמאן דעבד כר"א לא עבד

מעש' ולא נשא ונתן כלל אלא העמיד הנכסים ברשות כמו שהיו מתחלה ומה שהשביע והכריז והגבה כל זה מעשה שאינו צריך הוא שאין זה אלא כנוטל מידו אחת ונותן לידו אחרת ודיינא דדן כרב ושמואל אפיק ממונא מיתמי לוה ויהיב לבני מלוה ואת"ל שהדיין הראשון לא הספי' לגבות הקרקע עכשיו יכול הוא להגבותו שאין מעשה אחרון כלום. ואע"ג דלענין דיין שטעה בשיקול הדעת דאמרי' ביה מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואמרי' בפ' א' דיני ממונו' בזיכ' את החייב כיון דאמר ליה פטור אתה כמאן שנטל ונתן ביד דמי התם קנס' הוא דקנסו לדיין שאינו מומחה שדן ברישׁ' קם דינא וישלם מביתו אבל הכא דבתר דזכו היתומים כרב ושמואל מצי דיין אחר לחייבם כר' אלעזר ולא אמרי' קם משום דלאו מעשה עבד כ"ש דלא אמרי' קם דינא כר' אלעזר היכא דלא עבד מעשה ועוד דלא מצינן למימר קם דינא אלא בדיינא דאתו בעלי דינין לקמיה וזיכה את החייב או חייב את הזכאי אבל אם בא נתבע לפניו וזכהו פשיט' דלא אעפ"י שהעריך לפניו טענות שכנגדו פשיטא דלא אמרי' שאם טעה מה שעשה עשוי וישל' מביתו אף כאן לא הלך בעל השטר לגבו' לפניה' אלא אותם ה"נ הם מעצמם עשו שלא בפני ב"ח התובע וכיון דתובע ליכא מאי גביה שייך ביה והל' הוא עצמו הוא היורש וממאן גבי. ועוד מאחר שכתוב בשאל' שהדיין הראשון הוא היושב על המשפט הו"ל מומח' לרבים שהמחוהו כל בני העיר עליה' אין רשות לג' אפי' איכא בינייהו מאן דגמיר וסביר לסתו' את דינו של ב"ד העיר שהמחוהו הרבי' עליהם ודמי להם דאמרי' בפ' שני דייני גזרו' אעובד' דאימי' דרמי בר חמא דשלח ליה רב נחמן לרב ששת חדא דאיכא דיינא ומר לאו דיינא ועוד מעקרא לאו מתורת הכי אתית לה. והכא תרויהו איתנהו חדא דלא אמרי' אלא דיינא דעבד והא אפי' רב ששת לא מיקרי דיינא במקום רב נחמן שהיה מומחה בעיר. ועוד דכי אמרו דיינא דעבד כר"א היינו שהכריע בחכמתו כר"א מגמריה ומסברתיה נראה שראוי לדין לעולם כר"א אבל אם יבא דיין אחר ויאמר בכאן אני רוצה לדון כר"א ומחר כשיבא דין אחר לפניו ידין כרב ושמואל הא כל שאינו משוה את מדותיו לאו דיינא הוא. ואם יאמר כל כי האי גוונא אני דן כר"א אי איכא טעמא אפילו למאן דפסק כרב ושמואל לחיי אבל בלא דין הכרעה שלישית היא ואין הכרעה שלישית מכרעת.

איברא דודאי אפילו לדידן דפסקי' כרב ושמואל הכי דייני' ליה ואוקמי' בידא דיורש חדא לטעמא דפסק הרב המובהק מהר"ר יחיאל זלה"ה דכיון דאם תפסו יתומים מן היתומים לא מפקינן מנייהו אין לך תפיסה גדולה מזו ובתר רישא גופא נדיד והסכמתי אחריו דאפי' מי שלא יודה בתפיסה דיתומים התובעים שנולד הספק מודה היא בתפיסת היורשים. ועוד בקונטרס שלי ביארתי שני טעמים אחרים ושניהם כאחד טובים חדא

דכיון דהאי דינא ספקא היא כדאמר בגמרא השתא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וכו' ועוד אמרינן לא מגבא מגבינן ביה ולא מקרע וכו' אע"ג דהאי מכח גוביינא אתי והאי מכח גוביינא אתי מ"מ האי מחוסר גוביינא והאי לאו מחוסר גוביינא ומספקא לא מגבי' והבאתי ראיה מההיא דפרק הכותב דא"ר עקיבא ינתנו ליורשים וכו' וטעמא משום דמחוסר גוביינא הוא. ועוד הבאתי ראיה מההיא דפ' המקבל גבי יתומים אומרים אנו השבחנו וכו' וההיא דאילן למיקץ קאי כמאן דקייץ דמי. אי נמי דמלתא דרב ושמואל לא קיימוה אלא משו' תקנתא דיתמי והבו דלא לוסיף עלה כשהוא לחובתן כמו שהוכחתי מדברי הרא"ש ז"ל שם ואחזה אנכי אשית לבי בתשובה למהר"ם ומייתי לה בספר משפטים באלמנה שמחלה לה בנה שבועת אלמנה ונתנה מתנה לבנה קרקע ואחריו לבתה ומתה הזקנה ולא נשבעה אח"כ מת הבן ואלמנתו תובעת כתובתה מאותו קרקע שמחמת חמיה נשתעבד לה ובתחלה זיכה את הבת מחמת מה שנתן הבן במתנה לזקנה כל המטלטלין העודפים דהיינו צררי דאתפסה. ואחר כך כתב ועוד דל כל זה מכאן כיון דטענתה טענת ספק דדילמא לא היה שם מותר על כתובתה נמצאת שהיא טוענת ספק והם ודאי בנכסים ממה נפשך אם לא היה שם מותר זכו במתנתה ואפי' היה שם מותר יורשים הם את אביה ונכסים ממ"נ בחזקתייהו קיימי עד שתשבע אמם זאת בטענ' ספק אינה יכולה להוציא מידם דאין ספק מוצי' מידי ודאי ועוד דאין אלמנה גובה כתובתה אלא בשבוע' והיא אינה יכולה לשבע שהיה שם מותר. ועוד הא אמרי' בפ' הכותב ינתנו ליורשים שכלם צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה עד ואפילו ר"ש מודה הכא כיון דלא לישבע בספק ע"כ. ובנ"ד ב"ח זה במקום אלמנה דהתם הוא ולא מצי גבי מספק כי התם. איברא דדברי מהר"ם סתומים וצריכים תלמוד דאמאי קרי לאם ספק ולבת ודאי האי מטעם גבי' אתיא והאי מטעם גבי' אתיא ואי משום דבת יורשת היא הא אין ליורש במקום ב"ח כלום וכיון דתרוייהו מספק הם באים לגבות אם כן אם עדיפא דבת ספק ואינה יכולה לישבע והאם ספק ויכולה לישבע. ועוד הא דקאמר אין אלמנה גובה אלא בשבועה והיא אינה יכולה לישבע שיהיה שם מותר הך שבועה לא רמיא עלה אלא דלא נפרעה מכתובתה. וכיון דנכסי מסתמא בחזקת בעלה קיימי שהוא היורש נשבעת וגובה מנכסי בעלה. וכן הא דמייתי מפרק הכותב שאין היורשים צריכין שבועה דלא מצי לאפוקי בטענת ספק מחזקתייהו הא לאו טענת ספק היא מאחר שנשבעה שלא גבתה מכתובתה כלו'. ונר' דמאי דקאמר דהוי האם ספק והבת ודאי היינו משום דהבת ממה נפשך מועדת בנכסים וכיון דלמגבי קיימי כמאן דגבו דמיין כההיא דפ' המקבל שהבאתי אבל האם הבאה מכח כתובת' ספק היא בגבייתה שמא לא היה שם מותר

וזכתה חמותה בקרקע מכח כתובתה ואת"ל היה שם מותר יכולים לסלקה בדמים ומהך טעמא נמי אינה יכולה לגבות כיון דאינה יכולה לישבע בודאי שהיה שם מותר שאם לא היה שם כתובה חמותה קודמת לכתוב' ואין אלמנה יכולה ליפרע מנכסי יתומים אלא בברי. והא דמייתי מפ' הכותב שכלם צריכין שבועה ועיקר טעמא משום דמחסרי גובייגא ולא רצו ב"ח לגבות מספק הכא נמי כיון דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר מספק לא גביא. והרי הדין פסוק מתשובת רבינו מאיר ז"ל ובכל גדולי האחרונים המורים מי כמוהו מורה.

ובר מן דין בארתי דאפי' היה ב"ח זה לוקח הקרקע בחיי אביו היתה אלמנתו מוציאה מידו לפי ששעבודה קודם דכי היכי דהאלמנה היתה מוציאה הימנו גם הבאים מכחה מוציאים אף על פי שלא נשבעה דלא אמרינן לגבי לקוחות אין אדם מוריש שבועה לבניו דהבו דלא לוסיף עלה כדכתב הטור סימן ק"ח וכמו שהוכחתי מדברי ס' התרומות והשתא מכורה כבר יוצאה שאינה מכורה אינו דין שלא תמכר וזה ק"ו שאין עליו תשובה לפיכך אל תחושו למניינכם שהלכה רווחת היא שהנכסים בחזקת יורשים הם ואין ב"ח מאוחר לכתובת אמם יכול לגבות מהם. הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן יב

שראי דילה בוזנה.

שאלה ילמדנו רבינו על מעשה שהיה שקצת יהודים סוחרים שלחו לוחות ג' אמילוטיש לויניציא"ה על ידי תוגר אחד ויהי בדרך סמוך לעי' אח' נהרג התוגר הנז' ובא הטיפטידאד של העיר ההיא ולקח למלכות כל הנכסים שהיה מולך עמו התוגר הנז' בין של עצמו בין של היהודים ונכסי היהודים היו ניכרים ונודעים כי היה חרות על הלוחות שמותיהם וסימניהם כמנהג הסוחרים והקהל אשר בעיר ההיא גזרו בכח הסכמה ששום יהודי לא יקנה מהסחורות ההם כיון שהיו ניכרים שהם של ישראל עד אשר יבואו בעליהם לחקור עליהם וקצת אנשים לא חשו להסכמה ועברו תורו' וחלפו חוק וקנו מהסחורו' הם וגם הטיפטידאד לא חשש להמתין עד אשר יבואו בעליהן ומכרם תכף בזול הרבה אעפ"י שהשופט אשר בעיר שלח והתרה בו שהיה עושה שלא כדין לא שמע אליו ועשה כרצונו ושאל השואל אי מיקרי זה גנב מפורסם ואין בו משום תקנת השוק והיהודים שקנו הסחורות ההם חייבים להחזיר לבעלים בלא דמים או לא.

תשובה בהגוזל בתרא גרסי' אמר רבא גנב מפורסם אין בו משום תקנת השוק איתמר גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקפו אין בו משום תקנת השוק וכל משכנת' וזביני בין שוה

בשו' בין שוה יותר עשו בו תקנת השוק והלכתא בכלהו עשו תקנת השוק בר מגנב ופר' בחובו גנב ופרע בהקפו. ובטור סי' שנ"ו כתב אבל גנב מפורסם אין בו משום תקנת השוק וכו' כך כתב רב אלפס והרמב"ם ז"ל אבל ר"י כתב דאף בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק אלא אם ידע הלוקח בודאי שהיא גנוב אז צריך לו להחזיר בחנ'. והרב מהר"י קארו תמה על הטור ועל הגהו' מיימוניות למה כתב שהרי"ף פסק כהרמב"ם ז"ל מאחר שהרי"ף העתיק דברי הגמרא והלכתא בכלהו עשו ת"ה בר מגנב ופרע וכו' ואפשר לפרש בו שסובר כדברי התוס' דאף בגנב מפרסם עשו ויראה דבהדיא מוכח כן מדהביא הרי"ף ז"ל בהל' מימרא דרבא דאם איתא דאף בגנב מפורסם קאמר דעשו לא היה לו להביא כל עיקר וכמו שלא הביא פלוגתא דרבא ורב ששת בזבן מאתן במנה אלא כתב והלכתא בכלהו עשו ת"ה בר מגנב ופרע וכו'. ולעני הלכה איכא למידק היכי עבדי' עובדא דיראה דכיון דר"י והרא"ש סברי דעשו בו ת"ה לא מפקינן מיד הלוקח בלא דמים ואיכא למימר כיון דסוף סוף הנך מטלטלי למהדר קיימי הו"ל בחזקת בעליהם ואי משום דמים שנתן אייתי ראיה דהלכתא הכי דעשו תקנה השוק וטול דומיא דההיא דפרק המקבל יתומים אמרו אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח דאמרינן ארע' כיון דלגובייא קיימא כמאן דגביא דמיא ואי משום דמי אייתי ראיה וכו' ודכותא בפ' לא יחפור גבי אילן הסמוך לעיר ספק זה קדם וכו' זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים דאמרינן אילן כיון דלמיקץ קאי כמאן דקייץ דמי ואי משום דמי אייתי ראיה. ואין לחלק ולו' שאני מטלטלין דשייך בהו תפיסה עד כדי דמיהן ואין כופין להוציא בלא ראיה דאדרבה גבי אילן יש אצל בעליו חזקת קרקעו המחובר בו וכייפי' ליה לקוץ בלא דמים והדבר צריך לי הכרע וגם לא דמי לתקפו כהן דקי"ל בפ"ק דמציעא דמוציאין מידו משום דתפיסת ספק הוא הכא נמי מה שהחזיק במטלטלים של זה משום ספקא דדינא תפיסת ספק מיקרי כדכתב הרא"ש ז"ל בפ' כיצד הרגל גבי חצי נזק צרורות דשאני הכא דבהתרא אתא לידיה.

ומיהו בנ"ד לכ"ע אין בו משום ת"ה מאחר שידעו שהנכסים משל ישראל ונודעים ונכרים בעליהן ולקחם הטיפטיר"דאד הו"ל כיודע שהוא גנוב דלא עשו בו תקנת השוק אלא מחזירים לבעלים בלא דמים כ"ש לפי מה שבא בשאלה שהקהל גזרו בכח הסכמה שלא יקנה שום אדם אותם הנכסים מאחר שבעליהם נודעים והם עברו תורות חלפו חק אינהו דאפסוד אנפשיהו.

ושמא תאמר מאחר שבנמוסי מלכות הוא לקחת כל הנכסים שמתו בעליהן ולמכרם עד שיבאו היורשים או עד שיתברר ממי הם אלו הסוחרים שקנו מהטיפטיר"דאד קנינם

קנין ואע"פ שהיו יודעים שהם של ישראל זכו באותן נכסים מדינא דמלכותא כדאמרינן בגמרא תדע דקטלי דקלי ועבדי גשרי ועברינן עלייהו שמאחר שהם עושים מדין המלכות הות' לישראל אע"פ שיודעים שהם של ישראל אח"כ. הנה יש בטענת הסוחרים שתי תשובות בזה חדא שלא אחר הטיפטירד"אד לעשות הדבר הזה ותיכף ומיד מכרם טרם יבואו תובעים עליהם וכפי מה שנודע מנמוסיהם אינו בדין למכרם מיד עד כדי שידעו בעליהם בהם ויבואו לחקור עליהם ולכל הפחות יש להן להמתין ג' חדשים ולא זו בלבד אלא שהדיין שלח והתרה בו שלא ימכרם ונתן כתף סוררת וסור לבלתי שמוע בקולו והרי יצא מכלל עושה דינא של מלכות ונכנס בכלל האלמי' בעלי זרוע שגוזלים וחומסים נכסי בני אדם. ועוד אחרת שבא כגנב ולסטים שהסיר את כל מכסה המשאות כדי שלא יהיה בהם סימן ולא יוכלו הבעלים לברר את דבריהם ומי שעושה זה כונתו נכרת מתוך מעשיו שהיה בדעתו לאכול כספם לגמרי ובידו מלא כאשר זמם וזה ודאי תורת גנב יש לו ואסור לקנות ממנו כאותה שאמרו בהגוזל בתרא וכלן שאמרו להטמן אסור לפי שניכר הדבר שהוא גנוב אף כאן ניכר הדבר שכונתו להכחיד' תחת לשונו ולא דייניגן ליה כדינא דמלכותא אלא כגזלן שגזלן לעצמו. ועוד אין לנו לדונו כדינא דמלכותא לפי שזלזל הרבה במכירתם יותר משליש או מחצה ולא יהא כחו יפה מכח ב"ד דתנן בפ' אלמנה נזונית שום הדיינים שפחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל דקי"ל כר"נ דל"ל מה כח ב"ד יפה אא"כ עשו אגר' בקור' ביניה' והכריזו ודקדקו בשומא וזה ודאי לא הכריז ולא דקדק בשומא שהרי מכר שוה מאתן במנה והיה במחשך מעשיו. ועוד נראה שאפילו אם הכריז ודקדק בשומא אין לנו לדונו אלא כשלוחו של מלך או כשליח ב"ד וקי"ל דשליח כאלמנה שאם טעה בכל שהוא מכרו בטל ופרכינן דהאי שליח היינו כשעשאוהו ב"ד שליח למכור ואע"ג דלאו לדידיה זבין דומיא דאלמנה מ"מ אין לו תורת בית דין של שלשה שתהא מכירתו קיימת כשמכר בהכרזה ודקדוק שומא אף על פי שטעה והרא"ש ז"ל הכריע בהלכותיו כדברי ר"ת ז"ל וזה לא מכר על פי ב"ד שלהם מושב פליליהם אדרבה השופט היה מוחה בידו והוא נתן כתף סוררת ואפילו אם נחשיבנו כשלוחו של מלך אין יפה כחו יותר משליח ב"ד.

סימן יג

שאלה ילמדנו רבי' ושכרו כפול מן השמים קצת יהודים הולכים מעירם במקום אחר וקונים משיות וקיצאות מישמעאלים ומערלים בכפרים שכך היו מתנהגים מימי עולם ומשנים קדמוניות ועתה נתעוררו היהודים שיש באותו המחוז ועשו גאבילה שיפרעו להם הסוחרים הנ"ל והסוחרים טוענים ואומרים להם שאין חפצים לפרוע להם אפי'

פרוטה היות שאין קונים דבר מהעיר שדרים הם לבד מהסביבות. זאת ועוד שזה הענין לא נתחדש להם עתה שכך היו מתנהגים כמדובר. ותשובתו הרמתה יבא אצלנו חיש מהרה. תשובה מה שמטילים גאבילה על הבאים מחוץ שלא כדין הם עושין כיון שכלם תחת ממשלת מלך רב וכלהו בהדי הדדי שייכי בברג"א דמלכא וכל הברג"א של בני המלכות הכל הולך אל מקום אחד. וזה יתבאר מדרב הונא בריה דרב יהושע בפ' לא יחפור וכו' וכבר הארכתי במה שיש לי לישא וליתן בזה במ"א והנה בנ"ד יש טעם לשבח שאינם מסתחרי' בעירם אלא בכפרים אשר סביבותיה לא חשיבי כעיר שלהם כדאמר' בפ' הנודר מן הירק הנודר מן העיר מותר ליכנס לתחומה של עיר ואסור ליכנס בעבורה של עיר וגבי מגלה אמרינן בפ"ק כרך וכל הסמוך לו וכל הנראה עמו נדון ככרך ומפרש סמוך בתוך מיל דהינו תחום שבת. והכא כיון דטעמא משום רווחא דבני מתא כל שהוא בתוך העיר אעפ"י שעדיין לא בא הרי הוא כמי שהגיע לידם וכההיא דאמרינן התם בפרק לא יחפור מרחיקין ממצוד' הדג כמלא ריצ' הדג אבל מחוץ לעי' ולחוץ לתחו' חשיב רחו' טפי מריצ' הדג ואכתי לא מטא זכות' למקומ' כלל וכההיא דפ"ק דמציע' ראה את המציאה ונפל לו עליה ובא אחר והחזיק בה זכה ואפילו דינא דעני המהפך בחררה אין שם כדפי' ר"ת דגבי מציאה שאינו מוצא במקו' א' לא מיקרי רשע ושפיר דמי וכאן אפי' תימא שאותם המוכרים בכפרי' אם לא היו אלו הולכים שם לקנות היו באים הם בעצמם לעיר ומוכרים להם כיון שעדיין לא הגיעה הנאה לידם הקודם בה תחלה במקומה זכה וגבי מצודת דגים אחרים שאני דגים שהם להוטים אחר אכילתן ורצים ובאים וכנצודין ועומדין הם אבל בענין זה כמה ידי ממשמשי בהו קודם שיבאו לעיר ועוד מאחר שכך היו מתנהגים מימי עולם ושנים קדמוניות כמו שאמר בשאלה כבר זכו בני עיר אחרת במקום זה תחלה ואדרב' בני העיר הזאת המוחי' קפסקי לחיותיהו ולאו כל כמינייהו. איברא דכל כה"ג צריך לאודעי שזה כ"ג שני' שנעשית גאביל"ה פה קושטאנדינה לצורך פדיון שבויים על כל המביאים סחורות מבחוץ אשר לא מיושבי העיר המה ורצו חכמים לעכב בידם אלא שבאו מחמת טענה הא' שפדיון שבויים אלו הבאים מרוסיא יום יום אכולי עלמא רמי לפדותם כי עתה מקרוב היה מקור נפתח דרך הים השחור דכל יומא מייתו מינייהו צורני צורני ואיכא דוחקא דצבורא טובא כאשר מודעת זאת בכל הארץ. ועוד שאינם לוקחים גאבילה אלא מאותם שלוקחים בעירם גאבילה מהסוחרים שחוצ' לה וכאשר עשו כן יעשו להם וכל המשנה ובא אחר ושנה בו פטור אבל מאנשי עיר שאינו לוקחים אינם לוקחים מהם והואיל ונתנו אמתלאה לדבריהם לא מחו בידם חכמים ונתנו להם

רשות לגבותה לקרא לשבויים דרור ולאסורים פקח קוח ושלום, יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן יד

וששאלתם ראובן ושמעון עמדו להתדיין בחזקת הבתים לפני הדיינים ממוני הזמן וזכו את ראובן בחזק' וכתבו ונתנו פסק דין בידו ועברו כמה שנים ואומר ראובן שנאבד הפ"ד מידו והלך אצל הדיינים ממוני הזמן ההוא ומצא שנים מה' שזכרו את הדבר בבירו' וכתבו לו הדיינים ההמה איך בפניהם ובפני חבריה' הדיינים באו ראובן ושמעון והעמידו הבתים ההם בחזקת ראובן ונסתפקתם אם מועיל כתב זה אם צריך שיעידו בפני בעל דין הואיל ומתורת עדות הם באים.

תשובה כל ששני הדיינים זכורים שדנו וכתבו פסק דין ונתנו ביד הזוכה הרי אלו כותבין אחרים ונותנים במקום הראשון שנאבד כאותה ששנינו בפ' גט פשוט מי שנמחק ש"ח מעיד עליו עדי' ובא בפני ב"ד ועושים לו קיום וכו' ומוכח שאין דרך לבוא להעי' בפני בעל דין דזה חשוב כמו קיום מאחר שכבר נכתב ונמסר בידו גילוי מילת' בעלמ' הוא שהיה בידו שטר גמור וקי"ל מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין והרשב"א ז"ל בתשובה שהובאה בח"מ סי' מ"א על מי שבא לב"ד ואמר אבד שטרי מקחי או קרקעי פ' בחרבן העיר כתבו לי שטר והרי עידי מקחי אם מקבלין עדותן שלא בפני ב"ד והשיב כל שהלוקח מוחז' במקחו אין אנו חוששין מן הסת' למערע' וכולה סוגיא דגט פשוט מוכח דאין צריך להעיד בפני בעל דין ואע"ג דהתם גבי ש"ח צריך להעיד עליו עדי' שנמח' התם הוא דחיישי' שמא הש"ח הראשון בידו ויגבה שתי פעמים אבל בפסק דין שכותבים שחזקת הבתים שלו לראיה בעלמא הוא וכותבין לו אפילו כמה פעמים ותנן בספ"ק דמציעא מצא אגרות שום ואגרות מזון וכו' וכל מעשה בית דין הרי זה יחזיר אף כאן כותבים ונותנים בידו ואין כאן בית מיחוש ובקצת שאלות אלו היו בהם צדדים להרחיב ויען כי שלוחכם נחפז ללכת היום כתבתי בקוצר מה שצריך לשאלותיכם ושלום. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן טו

שטר עיסקא אם נקנה בכתיבה ומסירה עיין בשאלות ותשובות השייכות לטור י"ד סי' כ"א.

סימן יז

גאליפול, היושבים ראשונה על כסא ההוראות שרי צבאות יושבים בשבת תחכמוני על כסא המלוכה לסעדה ולתמכ' וזאת התורה ה"ה גאוני עולם רבני קושטנדינא יע"א. הנה אני הקטן זבוב קצוץ כנפים באתי בכריע' ובקיד' חמש מאות להשתחוו' אל מול הוד

שפע תורתכם וטרם כל אקרא שלום שלום עד בלי ירח. ראה ראיתי אגרת אדרת מהדרת כ"ת על שטר חוב שיש לו להחכם השלם מושיע ורב כמהר"ר יעקב אבולאפיא נרו' על יחיד מקהל עדתינו שמו הנבון ה"ר נתן יצ"ו משארית שטר חוב מתשעים זהובים שפרע מקצתו וממה שנשאר חייב עשה שטר שני ונכנס אביו של הר' נתן יצ"ו ערב השטר השני ובקשתי ממנו שאם ישוב שאר יעקב אף אנחנו נחלץ חושים להפך בזכות איש תם כי באלה חפצתי. אך הפעם חדלתי לפי שיש לנו פה שטר האדון שבא לנו הדפסתו ועינינו שחייב ה"ר נתן סך הנז' להחכם השלם הנז' נרו ולבנו ה"ר משה נרו ובהרשאה שהביא המורשה לא נזכר רק כחו של החכם השלם הנז' נר"ו ולא נזכר כח בנו כלל ובשביל כך לא פרע ה"ר נתן יצ"ו בראשונ' למורשה כל השטר זולת מקצתו ועל השארית עשה שטר חוב ה"ר נתן יצ"ו למורשה עד שיביא הרשאה מכח שניהם או שיביא השטרות והנה עתה בא המורשה בלא שטר זולת בהרשאה מכח החכם השלם נר"ו ולא בכח בנו ה"ר משה נר"ו גם המחילה היא כן שמחל החכם השלם נר"ו ולא נזכר במחילה כך שמחל בנו משה הן לזאת נתרפו ידינו דאיך נוציא ממון בהרשא' ומחילה כזאת ראשונ' דיש לו לטעון ה"ר נתן דכיון דאינ' מעידים העדים שבאו חתומים במחילה דנאבד שטרו ולכן עשו מחילה א"כ יש לו לומר דשמא השטר היה בעולם ואינו רוצה לפרוע במחילה עד שיחזירו לו שטרו או שיעידו שנאבד השטר ומסייע לו הטור ז"ל בסי' נ"ב דכתוב שם אמר המלוה אין שטרי בידי כי הוא בעיר אחרת ואכתו' לך שובר אין שומעין לו דכיון שהוא בעולם לא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו והטעם הוא כמו שכתב מהרי"ק ז"ל שם בשם הרשב"א ז"ל דיכול לומר החזר לי השטר שאיני רוצה לשמור שובר מן העכברים. והטענה השנית דיש לו לטעון דאינו רוצה לפרוע עד שיבא הרשאה משניהם מהחכם השלם הנז' נר"ו ומבנו ה"ר משה יצ"ו ומחילה משניהם וגם בזה מסייע לו הרשב"א ז"ל שהביא מהרי"ק ז"ל בה' שותפין משמו וז"ל ובתשובה אחרת כתב הרשב"א ז"ל שאם מחל הא' כל חלקו וכו' ואפי' מחל לו הכל בפירוש אעפ"י שנתן לו בהרשאה אין חלק חברו מחול ובודאי כי הרשאה ומחילה כזאת כשגגה היוצאת מן הסופר היא ואין לנו להוציא באומדנות ממון ואתם הרי ישראל אחר הדברים האלה אם יראה בעיני כ"ת שלא לחוש בדברים הללו בא יבא תשובתכם והנני מוכן ומזומן לעבוד עבודת הקדש ועיני תמיד אל ה' יתמיד יעמיד שלום תורתכם אכי"ר הצעיר וקטן יוסף ששון.

תשובה חנות מיוזנת תוכה ממתקים וכלה ממתקים קופת הרוכלי' המלאה לה מכל ראשי בשמים האח האח החכם השלם כהר"ר יוסף ששון נרו הן היום הקריבו אלי אותיותיו אותות המבשרות צבא במלחמתה של תורה ידיו רב לו הגדלת השמחה כי

כל ישעי וכל חפץ להשתעשע אם כ"ת בד"ת ואף כי אין פנאי מסכים לסיבות מטרידות אמרתי בחפזי אגלה דעתי אל כ"ת במה שנראה לע"ד שראוי להפך בזכות החכ' השלם הרב כמהר"י אבולעפיא נר"ו כאותה שאמרו לא מזגינא רישי אבי סדיא עד דמהפכנא בזכותיה.

מה שכתב כ"ת ראשונה דיש לו לטעון הר' נתן דכיון שאינם מעידי' העדי' שבאו חתומים במחילה שנאבד שטרו ולכן עשו מחילה יש לומר שמא השטר הוא בעולם וכו' או שיעידו שנאבד השטר עכ"ל יש כאן מקו' תימ' דלדבריו כל שאין לו עדים מעידים שאבד שטרו יאכל הלה וחדי אטו עדים בכפא תלו ליה שימצאו שם בשעת אבידה וסתם אבידה א"א שיעידו עליה ואפי' אם ראוהו עומד וצווח אימור אערומיה קמערים אלא הא מילת' ליתא דכיון דאיפסיקא הלכתא דכותבים שובר בין אכולה בין אמקצתה כי אמר מלוה נאבד שטרי אדבוריה סמכי' ומ"ש ומסייע ליה הטור בסי' נ"ד שאם אמר המלוה אין שטרי בידי כי הוא בעיר אחרת ואכתוב לך שובר אין שומעין לו מסייע זה אין בו ממש דשאני התם שהמלוה מודה שישנו לשטר בעולם וכיון דאיתיה ואפשר ליתנו לא כייפינן ליה לאידך להיות שומר שוברו כל הימי' אבל היכא דאומר המלוה שאבד לא דינא ולא דיינא. ומ"ש והטעם כמ"ש מהרי"ק בשם הרשב"א ז"ל דאינו רוצה לשמור שוברו מן העכברים ליתא להאי טעמא דהא אסיקנא כל דאית ליה למלוה פסידא ישמור וישמור דעבד לוה לאיש מלוה כדאמרי' התם ולא אמר הרשב"א שיכול הנתבע לומר איני רוצה וכו' אלא כשהעדים בעיר ויכול להביאם עכשיו ואינו מביא' ודאי תואנה הוא מבקש שישאר השטר בידו אבל בא"א להתברר לאלתר כתב הרשב"א ז"ל שיכתוב שובר דהא אית ליה פסידא למלוה שיתעכב מלגבות תכף וכאן בנ"ד מפני שאין השטר בידו כתב מחילה שאין לו על הלוה מיום שנברא העולם ועד עכשיו וכת' שלא הגיע השטר מתחלה לידו ואעפ"י שהמחברים כתבו להטי' חרם אם ישנו לשטר בעולם שיוציאנו חומרא בעלמא הוא שתקנו לכתחיל' שיקבל חרם שאם היה מודה שישנו לשטר היה מחייבו להחזיר אבל כל שאין המלוה כאן לא מפני כך נעכב ממונו של זה כיון דקי"ל כותבים שובר. וגדולה מזו אמרו היכא שהנתבע חייב שבועה אינו יכול לעכב את המורשה ולומר איני נשבע עד שאחרים בפני שמעון על מי שטוען עלי טענת שקר שאין זה החרם אלא תקנה קלה שתקנו הגאונים כדי שיכוונו בעלי דינים טענותי' ואין מעכבים שבועה של זה מפני תקנה כזו כך כתבה הרב בעל התרומות בשער כ"א. ואם בחרם של תקנת הגאונים אמרו כן כ"ש בחרם זה שהזכירוהו בתראי דבתראי שאין מעכבים ממון בשביל כך. וכ"ש בנ"ד שרגלים לדבר היכא שהשטר נכתב במקום הלוה וידוע שלא היה להם

לשלחו שם משום חשש אונסא דאורחא הדברים מוכיחים כדברי החכם השלם נר"ו שנשאר ביד הפקיד המנוח הר"א קרישפי שמת ונאבד ולא הגיע לידו כלל.
והטענה השנית כתב שיש לו לטעון שאינו רוצה לפרוע עד שיבי' הרשא' משניהם מהחכם השלם נר"ו ומבנו ה"ר משה נר"ו ומחילה משניהם וגם בזה מסייע לו הרשב"א ז"ל אפי' מחל אין חלק אביו מחול עכ"ד ומה עזרת ללא כח וכי אדם מוחל דבר שאינו שלו ולא הוצרך הרשב"א ז"ל להשמיענו אלא בבא בהרשאתו אע"ג דכתיב ליה דון לנפשך והנפק לגרמך ודלא כמאן דאמר שותפא שויה אבל כאן לא נתן דינו למחילה אלא המורשה וב"ד יכתבו לו השובר שאותו השטר כבר נפרע ונמחל שעבודו ובהא ודאי שא' מן השותפין יכול לתבוע אינו צריך הרשאה מחבירו כדאמרי' בפ' מי שהיה נשוי תרי אחי ותרי שותפי דאזיל חד מינייהו לדינא לא מצי למימר ליה אידך לאו בעל דברים דידי את אלא שליחותיה קעביד וכן פירשוה המחברים ז"ל וגדולי האחרוני' ז"ל אלא שרש"י ז"ל פירש לא מצי שותף חבירו למימר לבעל הדין את לאו ב"ד דידי בדין זה שנתחייב חבירו וכו' ולפירושו אין ראיה משם מכל מקום אף לרש"י הדבר ברור דשותף לא צריך הרשאה לענין מנתא דחבריה דהשתא ומה אם בעל בנכסי אשתו שאין לו קנין בגוף הנכסים אמ' בפ' השולח דלא בעי הרשאה דמיגו דנחית לפירא נחית לארע' אע"ג דבפ' י"נ אפסיקא הלכת' כרשב"ל בהא דקנין פירו' לאו כקנין הגוף דמי שותף דאית לי' קנין הגוף בגווה לא כ"ש ותו בהדי' אמרי' בפ' מרוב' גבי הרשא' דלא כתיב בה דון לנפשך והנפק לגרמך דלא מפקינ' מיניה בהרשאה זו מ"מ אם כתב לזה דון וזכי לנפשך למחצה לשליש ולרביע מגו דמשתעי אפלגא משתעי אכולה אף כאן הואיל וא' מן השותפים הרשהו ושם ידו כידו ופיו כפיו הרי הוא כאילו מורשה מהשנים וכשפיר' לו כאלו פרע לשניהם וכתב לו המורשה שובר על אותו החוב אע"פ שהוא של שניהם שכבר נפרע ונמחל שעבודו.
ומה הוא מסתייע מהרשב"א שהובא בטור ח"מ סי' קמ"ו שדברי הרשב"א ז"ל ברור מללו בתשובה שהובאת שם באותו סי' שני' שלוו לא' בשטר א' כשותפין נינהו ואם בא א' ותובע החוב כלו חייב לפורעו וכן כתב בתשובו' סי' אלף פרק ב' ובאחרת הובאה בב"י סימן ע"ז יכול לוי לתבוע כל החוב חלקו וחלק אחיו בין שאחיו כאן בין שאחיו במקום אחר כדאמרינן בפרק מי שהיה נשוי תרי אחי ותרי שותפי וכו' עד שליחותי' קעביד ע"כ.
ושמא תאמר הרי מחלוקתך בצדך שהביא שם הטור פלוגתא דהרמב"ם והרא"ש ז"ל שכשהשותף בעיר אחרת יש לנתבע לעכב ולומר או דון עמי בחלקך או בא בהרשאה שהרי כשיבא חבירך אצטרך לדון עמו הרא"ש ז"ל כתב וליתא דמאי איכפת ליה שידין

על הכל אם יזכה בדין עמו הרי נפטר מחלקו ועוד דמצי למימר זה החצי איצטרך לחלוק אותו עם שותפי דאמר ליה מאן פלג לך. ואע"פ שכתב הטור דמסתברא כדברי הרמב"ם אם ירד עמו לדון על הכל אם יזכה לא יזכה אלא בחצי ששותף השני יתבענו לדין כשיבא ואם יתחייב יתחייב בכל א"כ לקתה מדת הדין וכי בשביל שאינו יכול לזכות בחלקו אם לא ירד עמו על הכל נכוף לזה שידין עמו על הכל בדבר שיכול להפסיד ולא להרויח עכ"ל. ואני בעניי איני רואה סייוע בזה להרמב"ם ולא לקתה מדת הדין בכך דמאי איכפת ליה כשירד לדין עמו על הכל אם יתחייב וישלם כבר נסתלק גם מחבירו ואם נפטר מן הדין ויבא חבירו לעמוד בדין עמו שנית איהו מאי עביד ליה סוף סוף אפילו לא יעמוד אלא על חלקו לא סגי דלא נחית לדינא תרי זימני ומה שאמר וכי בשביל שאינו יכול לזכות עמו בחלקו נכוף לזה הדבר כן כל היכא דאיכא פסידא להאי ופסידא להאי אתקנתא דמלוה מהדרינן דעבד לוה לאיש מלוה כדמוכח בפרק גט פשוט לענין שובר. ובאמת שטענות הרא"ש ז"ל חזקים כראי מוצק אם לא שנאמר שכיון שאין דברי הרמב"ם ז"ל אמורים אלא כשיש דין ודברים בינו לבין הנתבע ונתחייב הנתבע במקצת דמצי למימר לא אדון ולא אמסור לך חלק חבירך כיון שסוף סוף אצטרך לדון עמו פעם אחרת בב"ד אחר וכשם שאני בספק שמא יחייבוני לגמרי על פי טענותיו גם אני רוצה להחזיר שמא יפטרוני לגמרי על פי טענותי כיון דבההוא מנת' דידיה אכתי לא קם דינא. ולמה שהקשה שיצטרך לחלוק עם שותפו דא"ל מאן פלג לך יש לומר השתא דזה מעכב ובא מחמת טענה יכול השותף לחלוק שלא מדעתו דכל היכא דאיכא פסידא שותף חולק שלא מדעת ואו' לעצמי אני מציל הואיל וזה מעכב עליו חלק חברו מן הדין אבל לדברי הרא"ש שלא הי' לו לנתבע טענה לעכב חלק חבירו כגון אם נתחייב בכל לא מצי למימר ליה אין לך חלק בההוא מנתא דהא ודאי כל זוזא וזוזא בשותפו' דתרוייהו קיימו ומגו דמשתעי לפלגא משתעי לכולא ומ"מ מדברי שניהם למדנו דשותף לא בעי הרשאה היכא שאין הכחשה ולא דין ודברים ביניהם שהרי אף הרמב"ם ז"ל שתלאן זו בזו דכיון דמצי שותף שני לומר לנתבע שיחזור וידין עמו גם הנתבע מצי מעכב מעיקרא ואין זה אלא במה שיש בו דין ודברים אבל בחוב או שטר שחייב מודה ופורע את הכל הרי אין חבירו יכול לתובעו אח"כ אם כן למה יעכב עליו בתחלה שלא ליתן לו חלק חבירו. והטור ז"ל בסי' קכ"ב אעפ"י שהוא סבור כדברי הרמב"ם ז"ל כתב שני שותפין שיש להם תביעה על א' יכול א' מהם לתבוע הכל ואין יכול לומר לאו בעל דברים דידי את דודאי שלוחו הוא ולא חלק בין ישנו בעיר כמו שחלק בסמוך אהא דאין יכולים לומר יתנו לי זמן וכו' דהיכא דאין בניהם דין ודברים שיצטרכו לדינא ודיינא ודאי שותף כשליח דמי.

ואי קשיא לך מהא דכתב הטור סימן ע"ז שנים שלוו או שהפקידו לאחד ובא אחד ליטול חלקו אין שומעין לו עד שיבא חברו וכו' והא ודאי דלא כמאן דלהרא"ש דן על הכל ולהרמב"ם ז"ל חלקו מיהת נוטל כל שכן לפי מה שהוכחנו דהיכא דאין טענה וכפירה ביניהם הכל מודים דנוטל חלקו וחלק חברו דודאי שלוחו הוא וכמו שאמ' הרשב"א בתשובה שהביא רבינו בב"י שם אעפ"י שהאחר במדינת הים הוא דהתם בלוו או הפקידו סתם מיירי ולא נתברר שיש לכל אחד חלק בה והיינו ההיא דירושלמי דמייתי הרי"ף ז"ל בר"פ שבוע' הפקדון פרט למכחיש לא' מן השותפין שפירש הרמב"ן ז"ל כגון שבא לו א' מן השנים שהפקידו אצלו כא' ותובעו והוא כפר בו ונשבע פטור מפני שלא היה חייב ולא רשאי ליתן א' מהם חצי הממון עד שיביא חבירו ע"כ ומ"ט אינו רשאי לתת לו אפי' חלקו שמא הכל מהאחר וזה לא היה עמו אלא לצוות בעלמא וכן לענין הלואה שכתב הטור כיוצא בפקדון היא שלא פירשו שהממו' של שניה' אלא היה צריך ללוות ואמרו לו בא וטול ואח"כ אתה פורע איני רשאי לפרוע לאחר שלא בפני חבירו אבל תרי אחי ותרי שותפי שהפקידו או שהלוו מעות השותפות שבידם ופירשו שהוא של שניהם כל א' מהם לבדו יכול לתבוע הכל דמגו דמשתעי לפלגא משתעי לכולא כדאמרן.

ומעתה הואיל ושותף מיקרי בעל דבר לחלק חבירו גם המורשה הבא מכחו כיוצא בו הוא ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את אלא משתעי דינא בהדי' לכוליה ממונא ומיהו לענין מסירת המעות ליד המורשה בזה יכול חבירו לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כ"ש היכא דגרעוה מגרע לשמירתיה דביד המלוה לא היה יכול לטעון חזרה וגם באחריותיה קאי אבל כאן שכבר נתן המורשה המעות ביד החכם השלם נר"ו וקבלם בחובו מעתה בשעה שמסר' קמו ליה בחזק' זה שבא בהרשאתו ובאחריותו ואין כאן טענה דלא מהימן ליה בשבועה ולא טענ' אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כאשר אני כותב אל שארי צור לבבי וחלקי מאיר פני חכמים בהלכה נר"ו. סוף דבר יען כתב כ"ת שזה ר' נתן אומר שהרשב"א מסייעו והנה עיני כ"ת הרואות בתשובותיו על שלשי' ועל רבעים שהרשב"א ז"ל כופתו והקב"ה רוצעו ואי לדידי ציית יחדל מעושק ידיו אשר עשק זה כמה שנים בעקיפין ודברים אשר אין להם שחר ויעתר אל החכם הרב הנז' וירצהו ועליהם תבא ברכת טוב. טוב וחסד ירדפוהו חסד ואמת אל יעזבהו כנפשו החכמה ונפש נכאה לכל אשר תגזור חכמתך והנה ראיתי לשון הכתוב בשטר וז"ל שחייב פלוני להחכם השלם ולבנו כך וכך ונתחייב לפורעם לו ולכל מוציא ש"ח זה בעדו ובשמו ע"כ לשון זה מוכי' שנתרוקנה רשות לאב לענין הפרעון ואין לו לבן לערער על זה כלל שהרי

נשתעבד לאב ולכל דאתיה מחמתיה ואין בזה בית מיחוש וש"ש. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

יז

עוד על הענין אל שארי וקרובי החכם השלם בנן של קדושי' כמהר"ר מאיר די בוטון בן הרב כמהר"ר אברהם די בוטון זלה"ה. יושב בסתרה של תורה ובצלה יתלונן בקי בחדרי תורה ובעמקה של הלכה לן כל רז לא אניס ליה ומטמרן ליה גליין החכם השלם שארי וקרובי צור לבבי וחלקי מאיר פני חכמים בהלכה נר"ו. מה נכבד היום האירו אל עבר פני שורות כוננו ידיו ואותיות מחכימות שכלם מתאימות מאירות עיניהם ומתאימות את דבריהם ולי מה יקרו רעיוני חכמתך מה עצמו ראשיהם בהם הגדלתי השמחה ולא פסק חוכא מפומי כוליה יומא כי חיים הם למוצאיהם ולכל בהם חיי רוחי והנה הגיעני כתב מגיסו החכם כהר"ר יוסף ששון נר"ו על הנדון הזה ותנואו' עלי ימצא כי בעל דינו הר' נתן בשתים התחתן הא' שאין העדים מעידים שנאב' שטרו ויכול לומר אין רצוני להיו' שומר שוברו מן העכברי' והשנית שלא הביא הרשאה מבנו והנה כתבתי אל כבוד תורתו דעתי יראנו אל כת"ר אך זה חזיתי לישא וליתן עם כת"ר על ענין בא בהרשאה שכת' כ"ת שהרמב"ם ראש המדברים בכל מקום כתב שלא נאמר יקוב הדין את ההר והנה ראיתי שנמשך בזה אחר דברי רבני שאלוניקי זכרם לברכה כמו הר"ר שמואל די מדינה וכמהר"ר יצחן אדרבי שכתבו כן בפסקיהם וזה ימים על מעשה שהיה הוזכרו דבריהם לפני בבית המדרש ונפלא' מאד היאך יתכן לפרש דברי הרמב"ם ז"ל דאעיקר הרשאת המלוה קאמר שהרי פירש טע' התקנ' שלא יטול כל א' ממון חבירו וילך לו אל מדינה אחרת והיאך יאמר שלא אמר אלא לאיים על הנתבע אם ירצה ליתן מי שנוטל ממון חבירו והולך למ"ה ודאי שאינו רוצה ליתן ולא היתה התקנה אלא לשבר את שניו ולהוצי' את שלו מידו דהא הך טעמא גופי' הו' דאמרי' בהנפר' שלא בפניו בפרק הכותב שלא יהא כל א' וא' נוטל מעותיו של חבירו והולך ויושב במ"ה ואתה נועל דלת בפני לווין וכי היכי דהתם ב"ד יורדין לנכסיו ונפרעי' שלא בפניו משום נעילת דלת הכא נמי נחתי' לנכסי' בפניו ויהבי' למורש' ועוד אם אתה אומר אין כופין בה אלא אם ירצה ליתן יתן מה הועילו חכמי' בתקנ' כדפרכי' בפ"ק דגיטין גזיה לזמן ויהביה ניהליה מה הועילו חכמים בתקנתן ובפ"ק דכתובות אמרינן אם איתא דהאומר פ"פ מצאתי נאמן מה הועילו חכמים בתקנתן שתקנו לבתולה מאתים ומשני חזק' אין אדם טורח וכו' והא דאמרי' בפ' השולח אתקנת' דר"ג הזקן שלא יהא עושה ב"ד ומבטל את הגט דפסק רב נחמן כרבי דאמר אם בטלו מבוטל ופרכי' ולית ליה לרב נחמן מה כח ב"ד יפה והא אמר רב נחמן

אמר שמואל יתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם וכו' ומשני התם ממונא הכא איסורא פי' דגבי ממונא אמרי' מה כח ב"ד יפה משום דהפק' ב"ד הפקר אבל גבי איסור' דא"א לא ואפ"ה גבי איסורא דא"א הועילו חכמים בתקנתם שלא יזדקק לו ב"ד על כך דשלא בפני עדים לכ"ע אינו מבוטל. ועוד אהני דעבר אדרבנן ושרי למיקריה עבריינא ותו דמנגדי ליה כדאמר רב מנגיד אמאן דמבטל גיטא ובפ' מציאת האשה דתניא האומר אל יזונו בנותי מנכסי אין שומעין לו ורבינו חננאל גריס שומעין לו כדכת' הרי"ף דלהך נסחא לית הלכתא כר' וכתב הר"ן ז"ל על גרס' ר"ח ופירושו והאי פרושא לא מחוור כלל דאם בידו להפקיע מזונות הבנות מה הועילו חכמים בתקנתם ולכך כתב הרי"ף ז"ל ולהך נסחא לית הלכתא כר' ובריש פ' מי שמת גבי יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו כתב שם הרא"ש פרשב"ם קודם שהעמידו' בדין וכן פי' רש"י וכן מסתברא דאם יכולים למכור אף לאחר שהעמידום בב"ד קודם שמכרו הבנות א"כ מה הועילו חכמי' בתקנתם שמא הבנות אינן רוצות למכור כי רוצות להתפרנס בשבח הקרקע ואפי' לחולקי' על רש"י ורשב"ם ז"ל דסברי דאף לאחר שעמדו בדין מה שמכרו מכרו כדמוכח ביבמות אכתי הועילו חכמים בתקנתם שיעמידום בדין וימכרו הבנות לצרכן ונמצאו בנות זריזות ובנים שפלים ואם לא נתחכמו בכך יפסידו דודאי לא יפו כחן של בנו' אלא כדין ב"ח וכי היכי דיכולין להפקי' כח ב"ח ע"י מכירה כך יכולין להפקיע כח הבנות וכן לענין פרנסת הבת שאינה נגבת אלא מן הקרקע אם קדמו יתומים ומכרו את הקרק' הפסיד' הבת דלא גביא ממשעבדי ואין זה גריעות כח לתקנה אם עשו אותה כדין ב"ח אבל כאן אם כל עצמן לא תקנו אלא מפני הרמאין שלא יהא כל א' וא' נוטל מעותיו של חבירו והולך למה לא הפסיד הרמאי כלום כיון שאין ב"ד כופין אותו יאכל הלה וחדי ועוד דלא היו צריכין כלל לתקן הרשאה כלל דבע"פ נמי היה יכול למנותו שליח כדי שאם יתן לידו יפטר כאותה ששנינו בפ' השואל שלחה לי ביד בני ביד עבדי וכו' פטור ולמה להו לתקוני שטר הרשאה וכה"ג פרכי' בפ"ק דקדושין גבי עבד עברי אי ס"ד אין גופו קנוי לימא ליה באפי בי תרי זיל ולא תקנו שום אלא כדי שגוב' בע"כ והכי משמע מדאמרי' נהרדעי כל אדרכת' דלא כתיבא דון וזכי ואפיק לנפשך לית בה משש' והאי לאו משו' דאי יהיב ליה על פיה ונאנס לא מפטר' אלא דלית בה משש קאמר דמצי נפקד לדחויה אי בעי ואם איתא גבי הלואה למאי כתבי' כל הני לישנא דאפ"ה לית בה משש אלא תרי תקנות הוו תקנתא קמייתא תקנו שיהיה דין מלוה אע"ג דליתיה בעינה כמעות דפקדון דאיתנהו בעינייהו משום ס"ד ועוד תקנו כפקדון דמעות שצריך להקנותם אגב קרקע שיסמוך על ד' אמות שבא"י אע"ג דגבי מלוה עיקר' תקנתא היא והקנאת אגב

קרקע עם שאר קנינים שוה מ"מ השוו דין מלוה לפקדון וכל דפקדון לא קני מלוה נמי לא קני דאי לא הא לא קיימא הא ובזו ודאי לא אמרו לכוף בה דהא אף בפקדון דליכא טעמא דשלא יהא כל א' וא' נוטל חובו איתיה ואי בהא מן הדין ליתא במלוה נמי ליתא דלא להוו דברי רבנן כחוכא ואיטלולא ואהני תקנתא דידהו למי שיש לו קרקע שלו ולא חשו למי שאין לו דלא שכיח ומה שאמרו ג"כ שיסמוך על קרקע שבא"י לא מן הדין אמרו דהא ודאי בעלמא לא מהני שהרי אמר בפ' חזקת גבי מכר לו פרה מכר לו טלי' מעיד לו עלי' דפרכי' וליחוש דילמא מטלטלי אגב מקרקעי אקני ליה ומשני דקאמרי עדים דידעי בהאי דלא הו"ל ארעא מעולם ואם איתא אין לך אדם מזרע ישראל שאין לו חלק בארץ אלא לא אמרו כן אלא כדי לאיים על הנתבע דלא אסיק אדעתיה שאין לו קרקע ואיכא למידק אמאי לא קשיא ליה לרב ז"ל דהא לא מסיים הך קרקע דמקניה ליה אגביה כמו שכתב הרב ז"ל בפ"ד מה' זכיה וכן הביא הר' המ"מ בשם רבו הרב ן' מיגש ז"ל ושמא דאפי' לדברי החולקים על הרא"ם ז"ל בהא רצה להוכיח שאינו מן הדין מהנך טעמי דקאמר ומלשון הרמב"ם ז"ל מוכח נמי דלא קאי אלא אתקנת' בתרייתא שיקנהו ארבע אמות קרקע שבא"י שעליה כתב ודברי' אלו קלים הם עד מאד ורעועי' שזה מי יאמר שיש לו חלק בארץ כלו' שמא בן גרים הוא ועוד שאינו ברשותו שיקנהו וע"ז אמר שהגאונים עצמן שתקנו תקנה זו לא אמרו בה יקוב הדין את ההר וע"ז כתב שאין זה הבא בהרשאה זו הרעועה וכו' שאילו סתם הרשאה של חוב לא קראה הרב ז"ל רעועה דהא טעמא קאמר שלא יהא כל א' נוטל מעות חבירו והולך ועוד על התקנה לא שייך לישנא דקאמר לא אמרו בה יקוב הדין את ההר דהא לאו דינא קאמרי אלא תקנתא היא והול"ל לא העמידו דבריהם לענין כפיה אלא אדין ד' אמות שבא"י הוא דקאמר שלא אמרו יקוב דין זה את ההר דבעלמא ודאי לא מצי לאקנויי אגבייהו כמו שהוכחתי מההיא דפ' חזקת אלא דוקא גבי הרשאה בעלמא כותבין אותו אבל עיקר תקנת הרשאה ודאי להוציא ממנו בע"כ תקנו וכן משמע בהרא"ש ז"ל בפ' מרובה שכתב משם בעל העיטור והרב החסיד ז"ל אומר טעמא שלא יהא כל א' מוליך ממון למ"ה וכופר בהם עשו תקנה להוציא ממנו בע"כ ויש ללמוד כן מדברי הרב ן' מיגש ז"ל שהביא הר"ן ז"ל בפ"ק דגיטין בשמעתא דעצמך ונכסי קנויים לך ומייתי עלה הכותב נכסיו לעבדי יצא בן חורין שייר קרקע כל שהוא לא יצא ב"ח ר"ש או' לעולם וכו' שדעתו של הרי"ף דכיון דאותו נותר לא פירש מה הוא משייר יכול לדחות וכו' וזיל הכא קמדחי ליה וזיל הכא קמדחי ליה וכן דעת הרב ר' יוסף הלוי תלמידו ולפיכך אמר דהקנאה אגב ד' אמות סתם לא מהני אלא להרשאת מלוה או פקדון דהכי שדרו במתיבת' דאפילו אארבע אמות שבא"י סמכינן דתקנתה

היא כי היכי דלא נפסיד מארי חוביה אבל מאן דמקני מידי לחברי' אגב ד' אמות קרקע צריך לסייומי ע"כ הרי שהביא לראיה דמקלי' בהא מדסמכינן לד' מאות שבא"י ולא הביא ראיה מדכתבי' הרשאה על מלוה דליתא בעינה דהתם תקנתא היא ולא סגי בלאו הכי אלא מדסמכי' אד' אמות שבא"י דהוה אפשר ליה לקנות או להשכיר קרקע ולא הקפידו בכך וכן יש ללמוד כן מדברי התוס' וגם מדברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו בפ' חזקת אההיא דעשה לו שורו וחמורו אפותיקי דאמר ניחוש דילמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי ומשני בדלית ליה ארעא מעולם כתב ז"ל ושמעי' מינה דלא סמכי' אד' אמות קרקע דא"י ולא אקרקע דחצר מות וקשיא לן האי מנהגא דנהוג עלמא למכתב אע"ג דלית ליה ארעא ושדרו ממתיבתא דתקנתא היא דתקון רבנן בתראה ושדרו נמי דוקא להרשאת פקדון או מלוה אבל לשאר מילי לא תקון הרי שלא הוקשה לגאונים ז"ל אלא היכא דלית ליה קרקע למסמך אקרקע דא"י אבל בהרשאת מלוה עצמה לא הוקשה להם שיהיו צריכים לתקנת בתראי דתקנתא דקמאי היא ושוב כתב הרמב"ן דאם יש להם בית הכנסת בשותפות או בית הקברות יכולים להקנות אגבן לא מתקנת הגאונים אלא מדין התלמוד אלמא לא נצרכא תקנת הגאונים אלא למי שאין לו ואולי סימ' מצאו רבני שאלוניקי ז"ל בדברי הנ"י שהביא לשון הרמב"ם אסתם הרשאה ואגב ריהטיה מסתם ליה הכי והעיקר כמו שכתבתי.

ותדע שהטור ז"ל סימן קנ"ג בהעתיקו דברי הרמב"ם כתב ודברים אלו קלים הם עד מאד שנאמר שיקנה לו ד' אמות שבא"י משמע שהבין דבריו שלא אמר אלא על דבר זה בלבד ולא על עיקר ההרשאה כשיש לו קרקע והסמ"ג בה' שלוחין הביא תקנת הגאונים בהרשאה על החוב ועוד תקנו הגאונים שיכתוב והקניתי לו ד' אמות קרקע אע"פ שאין לו קרקע ופירשו הקדמונים שאין לך אדם שאין לו ד' אמות בא"י והביא דברי ר"ת דמהני מטעם הודאה ושוב אמר וכתב רבינו משה על זה כי הגאוני' עצמן שתקנו תקנה זו אמרו שאין אומר בה יקוב הדין את ההר ומה שדקדק לכתוב על זה הורה שבא למעט שלא אמרה הרמב"ם ז"ל אתקנתא קמייתא דומה למ"ש בפרק מי שאחזו אמתניתין דתנן אם לא באתי מהיום ועד יב"ח כתבו גט לאשתי וכו' ר' יוסי אומר כזה גט ואמרי' לעיל מינה ר' יוסי לא ס"ל כר' דקתני כזה גט למעוטי דר' ואמרי' נמי התם ר' אומר כזה גט למעוטי דר' יוסי ובפ' המגרש גבי ע"מ שתעלי לרקיע אמרינן כזה למעוטי בשר חזיר וכיוצא בזה אמר' בפ"ד אחין זו היא שאמרו אוי לו על אשתו וכו' ואמרינן זו היא לאפוקי הא דר' יהושע דפ' ב"ש הרי לנו שני עדים נאמני' הסמ"ג והטור על משמעות לשון הרמב"ם ז"ל ונתבאר ענין תקנת הגאונים האחרונים ז"ל מתוך דברי הרמב"ן ז"ל וגם רבינו מהרר"י

קארו ז"ל בכסף משנה כן כתבה בהדיא דלא קאי אלא אד' אמות שבא"י וזה עיקר וכן ראוי לדון.

ובעל תרומת הדשן הביא במכתביו סימן רי"ז על שנתפשט המנהג שאדם תובע את חבירו בשביל אחר ואין הרשאה בידו רק שאומר שרוצה להתעכב הרשאה וכופין את הנתבע לדון ע"י כך ותמיה אתה בדבר כיון דכתב הרמב"ם דאפי' בהרשאה גמורה אין כופין את הנתבע אלא שתקנו לאיים את התובע כ"ש מי שאין לו הרשאה שאין כופין זה לשון שאלתך נרא' דאין לתמוה על מנהג זה דהמרדכי בפר' מרובה בשם רבינו יואל וכן באשרי בפרק הגוזל מוכח בפשיטות דלית להו ההיא דהרמב"ם ז"ל דכתב דהא דאמרי' כל אדרכת' דלא כתיב דון לנפשיך וכו' מקש' אמאי לית ביה ממשא הואיל ושלוחו של אדם כמותו וכו' ומשני הב"ע דמית ונפלו זוזי קמ' יתמי ואשר"י מתרץ דחיישינן שמא ביטל זה ההרשאה ונמצא הנתבע מפסיד משמע דכל היכא דליכא למיחש לפסידא כופין אותו לדון דשלוחו של אדם כמותו ולפי זה יש ליישב המנהג דכיון דקיימא לן זכיה מטעם שליחות אתרבאי אי נמי דזכין לאדם שלא בפניו הכי נמי נעשה שלוחו שלא בפניו והאריך שם ע"ע ולא שהבין בדברי הרמב"ם דבהרשאה גמורה אין כופין אפילו נכתבה כהלכתא אלא בהרשאה שנכתבה אגב קרקע של א"י ושל קבורה שאף ע"פ שנקראת הרשאה גמורה בשטר אין כופין כל שכן בהרשאה דעל פה ועל זה כתב שהמרדכי ואשר"י חלוקים על הרמב"ם ז"ל בזה דמשמע מדבריהם דבהרשאת בעל פה מהני לתבוע ממנו בבית דין וכל שכן בהרשאה גמורה בשטר אע"ג דלא כתיב ביה אגב קרקע דאנן לא בעינן הקנאת החוב אלא שיהא שליח.

ובהא דכתבינן ניחא הא דקשיא לן על דברי הרמב"ם ז"ל שהוא אומר שאין במלוה דין הרשאה מדינא דגמרא דהא אמרינן בסוף פרק הכותב בהנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב יוסף חד כתוב ביה בה' בניסן וחד כתוב ביה בניסן סתמא דמסיק התם מאי תקנתייהו למיזל למטרף לכתבו הרשאה זה לזה והרי"ף ושאר מפרשים פרשוה בשטרי מקח אבל הרמב"ם בפ' עשרים מהלכות מלוה פירשה בשטרי מלוה וכתב לפיכך אם כתבו הרשאה זה לזה טורפין מאייר ואילך ונמצאו דבריו סותרים את עצמם דלפי דבריו כאן אין דרך הרשאה במלוה אפילו בשטר מדינא דגמרא והיאך יכול להוציא ולטרוף ע"י הרשאה ובהא ניחא לי דעל ידי הקנאת ארבע אמות קרקע שיש לו מהני להקנות גוף השטר שיהא יכול לכוף את הלוה בו כדא"ל דון לנפשך והנפק לגרמך ובזה יכול להוציא לעצמו על ידי קניית השטר ואע"פ שלא הזכיר הרמב"ם ז"ל בהלכות שלוחין קנין אגב קרקע כבר ביארו בהלכות מכירה וביארו שם אך קשה ההיא דאמרי' בפ'

יש בכור דתנן שתי נשים של שני אנשים שילדו שני זכרים ומת אחד תוך שלשים יום אם לכהן אחד נתנו יחזיר להם ה' סלעים ואם לשני כהנים נתנו אינן יכולים להוציא מידם ופרכינן בגמרא כהן אחד נמי אזיל לגבי האי ולידחיה וליזיל לגבי האי ולידחיה אמר שמואל בבא בהרשאה והא אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי ה"מ היכא דכפריה היכא דלא כפריה כתבי' והא התם דמשנתן לו כמאן דליתיה בעיניה דמי דחשוב כמלוה דלהוצא' נתנה והיכי כתבי' עליה אורכת' ולשמואל ניחא דאמרי' לקמן הפודה את בנו בתוך ל' יום רב אמר בנו פדוי ושמואל אמר אין בנו פדוי ופליגי בשנתעכלו המעות וכיון דבעינן שיהיו המעות קיימים ביום ל' לאו להוצאה נתנו ולרב דמדמה לה לקדושי אשה קש' דהא ודאי כמאן דליתי' בעיניה הוא וי"ל דמ"מ לא דמי לקדושין אלא כשלא מת דחשיב שנפדה משעה ראשונה אבל מ"מ כהן מיהת לית ליה רשותא להוציאן דכפקדון דמי' עד יום ל' ולא דמי למלוה דלהוצאה מיד נתנה הילכך לרב מוקמינן בדאיתנהו למעות בעין שיכול לכתוב הרשא' אבל הגמרא לא הוצרך לפרש כשמואל לטעמי' דמסתמא איירי בדאית' בעין ומיהו להרמב"ם ז"ל קשה דהא הוא פסק כרב שאעפ"י שאין המעות קיימים ביו' ל' בנו פדוי וכאן סתם ואי לכהן א' נתנו כותב א' מהם הרשא' לחבירו ולא פירש דוקא בדאיתנהו בעיניהו ובתוספות בפ' שבועת העדות תירצו דהך בא בהרשאה היינו במ"ש ומיהו הניחא למאן דס"ל דמ"ש איתיה בע"כ של לוה והכי ס"ל לתוס' ז"ל דבפ"ק דגטין אבל לרבוותא דאמרי דליתיה למ"ש אלא מדעתיה אי אפשר לאוקומי בהכי דודאי לא ירצה ועוד קצת קשה דמסתמא לא אמרו דמ"ש איתיה אפילו בעל כרחיה אלא מטעם דעבד לוה לאיש מלוה אבל התם דמצי לאשתמוטי מיניה דאמר ליה לאו בעל דין דידי את היכי מצי לשעבודי ליה בעל כרחיה ומצאתי להריטב"א בשם הרשב"א ז"ל שתירץ דשמואל הוא דאוקמיה בבא בהרשא' ואיהו לטעמיה אזיל דס"ל דבתוך ל' יום אין בנו פדוי ומעות כפקדון בידו דמין ומיהו להרמב"ם ז"ל לא מצינן לתרוצי הכי כיון דפסק כרב ואפ"ה כתב שיכתוב הרשאה האחד לחבירו אלא צריך לומר לדבריו ז"ל דאף על גב בגמרא כי אמר בבא בהרשאה היינו לטעמיה דשמואל השתא דתקון רבוותא דנכתוב הרשאה אפילו במלוה ע"פ משום תקנתא דשלא יהא כל אחד ואחד נוטל וכו' אף בזה יכתבו ההרשאה ולפי דרכנו למדנו גם מדבריו אלה שמ"ש שם בהלכות שלוחין שלא אמרו בה יקוב הדין את ההר לא אמרו אעיקר תקנת' דבהא ודאי כופין אלא אד' אמות דא"י כותבין. ועוד נ"ל לפי שנתפשט המנהג שכותבים בהרשאות שהקנו מהם אגב ד' אמו' קרקע וקנה השטר מן הדין ואין אנו צריכין לתקנה דהאי אגב לא קאי אהקנא' החוב דמלוה ליתה בעיני' דלקני' אלא על הקנאת השטר כדאמרי'

בפרקא קמא דקדושין ובפרק הספינה במוכר קרקע וכתב לו את השט' כיון שהחזיק בקרקע קנה שטר בכל מקום שהוא דתנן נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפי"ו מה' מכירה המקנה לחבירו והקנה לו ע"ג שטר חוב הרי זה קנה השט' בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה ובהכי נמי ניחא מה שהקפיד הרמב"ם ז"ל על הקנאת ד' אמות שבארץ ישראל דהא מלוה ע"פ היא ואפי' היה לו קרקע אינה נקנית באגב אלא לפי שהיה לו דרך להקנות שיהא השטר נקנ' בכל מקום שהוא כדכת' ואעפ"י שאין דעתו של מקנ' להקנותו לגמרי אלא כדי לעשותו שליח שיועיל לדון עם בעל דינו מקנהו לו בענין זה שהרי כותב לו דון לנפשך והנפק לגרמך וחשיב כמו מתנה על מנת להחזיר.

ועוד יש טעם לומר שתועיל ההרשא' לגבות בע"כ ע"פ מה שנהגו לכתו' בשטרות לו ולבאי כחו מההיא שעתא דהלואה נשתעבד למי שבא מכחו ובהרשאתו דאז משתעבד טפי כדאמ' משתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך ומנא אמינא לה ממ"ש הר"ן בתשוב' סי' ס"ט גבי מוכר ש"ח דאם חזר ומחלו מחול כת' שדעתו נוטה לדברי התוס' דבמ"ש אינו יכול למחול וכת' וכ"ש בשטרות שלנו שכותבים שעבוד לו ולבאי כחו שאני סובר כדברי הראב"ד ז"ל מההיא דסוף פרק' קמא דגטין שאם כתב לו המלוה בפירוש אינו יכול למחול עד וכיון שדחינו קושיתו של הרמב"ן אנו סומכין על דברי הראב"ד ע"כ הרי דבכותב לו ולבאי כחו כמאן דכתב בפירוש ולכל דאתי מחמתך הוא ולמי שהרשה במכת' הרי הוא בכלל זה וכ"ש לפי מה שנהגו לכתוב בשטרות לכל מוציא שטר זה בעדו זה שעבוד גמור הוא משעת ההקנאה למוציאו כההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך דאמרי' גבי מעמד שלשתן וכתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ח שאף על פי שנהגו בטוליטולא לכתוב לשון זה אעפ"י כן נהגו להצריך הרשאה וכתב שם בסי' י' ועוד אני אומר אם מועיל תנאי זה שיכל לגבות בו המוציאו דכל תנאי שבממון קיים אינו אלא במקום הרשאה או במקום כתיבה ומסירה שידוע שעיקר הממון של המלוה ולא עשה כן אלא שלא יצטרך להרשא' אם יצטרך לעשות שליח לגבות חובו וכו' ואף אנו נאמר דאעפ"י שלא יועיל לשון זה למוציאו בלא הרשאה שכבר נתפשט המנהג להצריך הרשא' ואעפ"י כן נכתב זה הלשון בשטר אלמא לא נכתב למי שיבא בלא הרשא' מ"מ מהני דליסגי ליה הרשאה בלא כתיבה ומסירה שהרשאה אינה אלא להודיע שמכח הלוה בא ואין צריך לכתוב ולמסור וסומך על השעבוד הראשון שנשתעבד לו.

ומצאתי להריטב"א ז"ל שכתב בחדושיו בפרק שבועת העדות משם הגאונים שאמרו ללישנ' בתרא דנהרדעי כתבי' אורכתא אף אמלוה ע"פ והביאו כמה ראיות לדבריהם

וחד מינייהו דכיון דטעמא דלישנא קמא כדר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש אלמא במטלטלין דמלוה פסקינן דלא מצי להקדיש הילכך ע"כ ללישנא בתרא דכתבינן אורכתא אמטלטלי דלא כפריה היינו מלוה ע"פ דאל"כ מאי איכא בין לישנא קמא ללישנא בתרא והרשב"א ז"ל ס"ל דלא כתבי' הרשאה אמלוה ע"פ דאפי' ללישנא בתרא דוקא מלוה בשטר דמצי לאקנויי ליה באגב או בכתיב' ומסירה כתבי' אבל ללישנא קמא בעי' ממון שיכול להקדישו וקשיא לי מ"ש במלוה בשטר הא לא אקניה לשטרא לא בכתיבה ולא במסירה וכי תימא כיון דמצי לאקנויי תקון רבנן דמצי מרשי ליה דומיא דמתנת שכיב מרע דלא תקון רבנן אלא מילתא דאיתיה בבריא אם כן מלוה ע"פ נמי נקנה דאיתיה בקנין מ"ש כדאמ' התם בפ' מ' שמת הלואתו לפ' משום דאיתיה בבריא במ"ש איתיה נמי במתנת שכיב מרע דרבנן מכל מקום במלוה בשטר הסכים גם הוא לדברי הגאונים דללישנא בתרא כתבינן שפיר אורכתא והריטב"א ז"ל האריך לקיים המנהג שנהגו לכתוב הרשאה אף במלוה על פה ואמר דהאי אורכתא כשמה דהיינו נתינ' רשות והשלטה להיות כמוהו דהכי כתב ליה דון לנפשך וכו' והא חשיבא זכיה קצת מהשתא דכוות' במוכר פירות שלא באו לעולם דכי תפיס לוקח אחר שבאו לעולם זכה הילכך אהני האי השלטה דכי אתא לידי' קני עבוד רבנן ליה כתובע ובעל דבר והאריך שם וכתב בסוף וכבר העמדתי על דברים אלו לגדולי דורנו האחרונים ז"ל והסכימו על ידי עד כאן דבריו ז"ל ועוד נראה לו על פי מה שכתבו התוספות והרא"ש ז"ל דאף על גב דלענין קנין לא מהני לפי שאינו בעין לענין שליחות שיהא מורשה במקומו מהני דעיקר מילתא דהרשאה אף אמטלטלי דפקדון תקנתא דרבנן היא ולא מדינא דאע"ג דמצי לאקנויי להו מ"מ הא לא מקני להו דהא קי"ל דשלי' שויה ומצי הדר ביה ולבטוליה והיכן מצינו קנין לחצאין דאי קונהו בעל דבר שויה ותו לא מצי למהדר אלא תקנתא דרבנן היא שיהא זה שלוחו כמותו וכיוצא בו ולפי שזה אינו כשאר שליחות דהא בעי אפוקי ממונא בע"כ דהאיך ומצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את תקון רבנן בכל מלוה שיכתוב זה הלשון דון לנפשך והנפק לגרמך כלומר לאחר שתוציא ממנו הרי הם קנויים לך ותזכה אתה בו זכיה גמורה והוי כמתנה על מנת להחזיר וכיון דאית ליה צד זכיה לאחר גביה יכו' הוא לדון עמו ולא מצי למימר לאו בד"ד את שהרי עילה יש לו עליו לאשתעויי דינא בהדיה והוי דומיא דהא דאמרי' בפרק מי שהיה נשוי בראובן שמכר שדה שלא באחריו' ואתא בעל חוב דראובן וקטריף ליה דינא הוא דמצי ראובן משתעי דינ' בהדי' ולא א"ל לאו בעל דברים דידי את דא"ל לא ניחא לי דלהוי לשמעון תרעומת עלי הכא נמי כל שיש זכות ותפיסת יד בנכסים אלו לאחר גביה מצי

לאשתעויי דינא בהדיה. ולענין שעבוד נכסים הבאים לאחר מכאן אמרינן היכא דכתיב ליה דאקני דמשתעבדי ליה ואמרי' לוה ולוה ואח"כ קנה משתעב' לשניהם לפי שאין בהם הקנאה גמורה כיון שלא באו לעול' וגם יכול המשעב' לחזור בו כמו שכתב הרשב"א בתשובה אלמא מהני אותה הקנא' דלכשיבואו לעולם שיחול השעבוד הכא נמי מהני לענין השליח שישתעבדו לו כשיבאו לעולם הילכך ל"ש מלוה בשטר ול"ש מלוה ע"פ כתבי אורכתא. וכבר כתבתי דשטרות שלנו שיש בהם טעם לשבח לגבות' ולכוף עליהם. ותמהני על דברי הרבנים ההם ז"ל שתפסו דברי הרמב"ם ז"ל על פי מה שהבינום כאילו קבלם הלכה למשה מסיני ואמרו שלא היה שום חולק בזה כמו שאמר מהר"י אדרב"י ז"ל סימן שמ"א והלא הגאונים ז"ל אמרו אף במלוה על פה מדינא והרשב"א ז"ל שחלק אמלוה על פה מודה במלוה בשטר ותו לטעמו של ר"ת אפי' אמלוה על פה מדינ' דגמר' איתא ולא מתקנת הגאונים שאף על פי שאינו יכול להקנות' יכול להרשו' עליה דהא קי"ל דשליח שויה וכן הביא הרא"ש ז"ל בהלכותיו אף על גב דקשי' לי דהרא"ש עצמו כתב בפ' הגוזל דלא מצי למהדר ביה אף על גב דשליח שויה וכיון דליתא בעול' למקניה אמאי לא מצי למהדר ביה תפסו עיקר גדולי האחרונים ז"ל ועוד שהלכה זו רווחת בישראל שכל בתי דינין דנים ובאי' לכוף את הלוה על ידי הרשאה והוה ליה כאות' שאמרו בירושל' כל מקו' שהלכ' רופפת ביד' ראה מה ציבור נוהגי' ונהוג כן ובזה כתב הרשב"א ז"ל על ר"ת ומחלוקתו אי דינא דבר מצר' נוהג' בבתי' שמעשים בכל יום שהיא נוהג' ומפקינן מידא דלוקח אע"ג דבכל ספיקא מוקמי' בידא דלוקח שזכה מן הדין אלא שמנהגן של ישראל תורה היא הואיל וכך נהגו כל בתי דינן לדון ולכוף לפרוע דהא אמרינן בפרק זה בורר טעה בשיקול הדעת כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דלא אתמר הלכתא כחד וסוגיא דעלמא כחד מינייהו ופירש רש"י ז"ל סוגיא דעלמא שנוהגי' הדיינים דנין ובאין כחד מינייהו הוה ליה טועה בשיקול הדע' וחוזר.

ועל מ"ש כ"ת דאפי' אם נאמר דשותף לא בעי הרשאה היינו כשתובע השותף עצמו אבל שירשה אחרי' לא שמענו דמצי למימר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר רואה אני את דברי' ומ"מ לענין אפוקי מלו' מפקי' דל' מצי למימ' לאו בעל דברי' דידי את דכי היכי דמשתעי דינא בהדי שותף משתעי דינ' בהדי מורש' דידיה ויעמידו המעות ביד ב"ד ואפשר דהכא יהבי ב"ד בידא דמורשה וכתב עליה שטרא דהך טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כבר אדחייא ליה בפ' המפקיד דקי"ל כרבא לגבי דאביי וטעמא דשומר שמסר לשומר חייב היינו משום דא"ל את מהמנת לי בשבועה איהו לא מהימן כדפסק הרי"ף ז"ל שם דהיכא דאיכא עדים דנטרה שומ' בתרא כי אורחיה ונאנסה לא

מחייב לשלומי דהא ליכא שבועה דילמא איהו לא מהימן ליה בשבועה והא דאמרינן בפרק קמא דגיטין כאן שנה ר' אין השואל רשאי להשאיל דלכתחלה אין לו לעשות אבל מ"מ פטור דהא מסריה לבן דעת והשתא הכא שהמלוה נתנם לשליח שילבישם לצרכו ויפרעם לו שם קמו להו באחריות השליח ויכתבו עליו שטר חוב והשתא אין כאן עסק שבועה ביניהם השליח מתחייב באונסין ופרעתי נמי לא מצי למימר כיון דאיכא שטרא והואיל ובהרשאה זו ליכא טעמא דאת מהימנת לי בשבועה וכו' כגון זו אית ליה לשותף רשותא לארשויי מורשה על כל החוב שיביאנו לעירם דסוף סוף צריך להביא המעות לכאן ולהיות פקדונו ביד אחרי' כיון דלית ליה לשותף אורחא למיזל להתם שדרך רחוקה ביניהם והרי עשה שותפו בענין שלא יהא אחריות ולא עסק שבועה ביניהם. כ"ש בנ"ד שכבר לקח המעות מיד השליח דמשעה שהוא מקבלם קמו להו ברשותיה ואין כאן טענת דאת מהימנת לי בשבועה ולא טענת אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר שאינן עכשיו אלא ביד השותף דמשעה שהוציאם הלוה מידו קמו לי' ברשותיה דשליח וזה ברור.

ובר מן כל דין לפי מה שראיתי עתה בנוסח השטר אין אנו צריכין לכל זה שבלשון הזה כתוב שם שחייב פ' להחכם השלם ולבנו כך וכך ונתחייב לפורעה לו ולכל מוציא שטר חוב זה בעדו ובשמו ע"כ. לשון זה זה מוכיח שנתרוקנה רשות לאב לענין הפרעון ואין לו לא' מבניו לערער על זה כלל דנעשה כמאן דאמר משתעבדנא להחכם השלם ולכל מאן דאתיה מחמתיה והרי מורשה זה מחמתו. וגם אפילו תימא אין כופין בהרשאת מלוה הכא שכבר נתן המורשה המעות ליד המלוה וכתב המלוה שיפרעום לו כייפינן ליה מדר' נתן שהרי אין לו עתה מקום להפרע מהלוה ולא היה בכל זה בית מיחוש. את שלום חכמתך דורש אותה תמיד וממנה לא יתעלם שוגה באהבתה וקנוי להם בקנין עולם. נאמנך יוסף בכמהר"ר משה מטראני.

סימן יח

אל הדיינים החכמים השלמים ממוני החזקות.

וששאלתם בראובן שהיה מחזיק בבתים בקרקע ידועים לשמעון כמה שנים אחר שמשכנם לשמעון לעכו"ם א' על אלפים פרחים ושוב גרשו העכו"ם ממנה לפי שלא היה פורע לו השכירות ושוב מת העכו"ם ונמכרו נכסיו בכח המלכות ובא עכו"ם א' וקנאה זה כעשר שנים ובכל השנים הללו היה ראובן מחזיק בקרקע ההוא ופורע שכירות לעכו"ם ומשכיר לאחרים כדין כל בעל חזקה ושוב מכר ראובן חזקת הבתים ללוי מכח פתקא שנתנו לו ממוני החזקות שכתוב בה איך נתברר בכמה עדים ששמעון זה מחזיק בבתים

הללו ומשכיר ופורע כדין כל מחזיק והנה עתה בא בנו של שמעון בעל הבתים ומערער עליהם ואומר בתים אלו של אבי היו ואע"פ שיצא הקרקע מתחת ידו מכח העכו"ם החזקה עדיין נשארה לו כפי הסכמת הקהל קדוש וראובן שלא כדין החזיק ושלא כדין מכר. השיב לוי אני מכח כתב זה של ממוני החזקות קניתי. השיב בנו של שמעון אין ראיה ממה שכתוב שם שהעידו שראובן היה מחזיק כמה שני' בבתים לפי ששלוחו של אבי היה שהניחו במקומו שיפרע לעכו"ם והביא עדי' איך כשהלך אביו למדינת הים הניח את ראובן הנזכר ואמר שיהיה במקומו לפרוע לעכו"ם השכירות ושהוא ישכיר לאחרים. השיב ראובן שהאיך היה שלוחו והלא העכו"ם גרשו מהבתים מפני שלא היה פורע השכירות ונשארו הבתים רקניות אחר שהלך כשנה וחצי ולפיכך באו אחרים להכנס בחזקה וכשראיתי כן הלכתי אני והחזקתי זה כמה שנים. והנה דבר זה עדיין לא נתברר אך טען לוי הקונה כשרציתי לתת מעות לראובן בתורת משכונה היה שמעון אביך כאן ואמרתי לו הנה אני רוצה לתת מעות על בתים אלו אולי יש לך זכות בחזקת בתים אלו ולא אזיקך ולא תזיקני אמר לי לך וקח שהחזק' של ראובן ואין לי בה כלום והלכתי והבאתי את פלוני ואמר הדברים האלה בפניו ושוב חזרתי והבאתי את פלוני ואמר כדברים הללו וקבלו עדותן בב"ד ונחלקו החכמים הדיינים בדבר יש מי שאמר דבדבורא בעלמא מקרי איניש ואמר מטעם שהשני נוח לי והראשון קשה הימנו. ועוד כיון שלא אמר אתם עדי לאו הודאה הוא. ועוד דפלוגתא דרבוותא היא בהודאה שלא בפני שנים אי מהניא ויש מהם אומרים בהודאה מעליא לא שייך לומר בזה השני נוח לי וכו'.

תשובה כן דעתי נוטה דבהודאה לא שייך לומר טעמא דהשני נוח לי דאיך ינוח לו לתבוע מאחר שכבר הודה שאין לו בה כלום הא סלק תביעתו לגמרי ולא הוזקקו בגמ' בפ' חזקת לחלק בין דבור למעשה אלא במלתא דלאו הודאה היא כגון דאתו אמלוכי ביה ואמר זיל זבון דודאי או' לו השבתי אותך עצה לפי דרכי לפי שנוח לי להוציאך ממך. וכן בההוא דחתום עליה עד אין שום הודאה אלא שמעון שפלוני מכר לפ' שהרי אין ראיה מהשטר שהוא שלו מתוך חתימת העדים דעדים אמכירה הוא דחתמי כדאמרי' אמנה שבשטר הם מעידים אף אני על מעשה המכירה חתמתי ואע"פ כן כולי האי לא עביד איניש לעשות מעשה בחתימה כ"ש דכולי האי לא עביד איניש דמודה שאין לו בה כלום שהיאך יחזור אח"כ ויערער הרי אין לו אמתלאה כלל ואע"פ שטעמא דמסתמא הוא שאין אחר הודאה כלו' יש לי להביא ראיה מדברי התוס' בפ' שני דייני גזרות שהקשו מההיא דפר' חזקת ראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי ואתא יהודה וקמערער דלא

ליזיל שמעון לאסהודי ללוי משום דניחא ליה דתיקו' ארעא ביד לוי דאמר הראשון נוח לי וכו' הכא לא הי"ל לחתום ולעשות דבר הנראה הודאה משום ניחותא דשני אבל התם לאו הודאה היא ע"כ והשתא אמאי לא תירצו התו' מה שתירצו התם בגמ' בפ' חזקת דבורא עביד איניש דמקרי ואמר מעשה דחתימה לא עביד אלא שבאו להודיענו דאי האי דמסהיד ליה לוי חשיב' הודאה היא עדיפא טפי ממעשה לכך כתבו דהתם לאו הודאה שאין עיקר עדותו שם אלא שאינה של יהודה המערער שאם היתה בדבריו הודאה שהיה של לוי לא מהני טעמא דהשני נוח לו. ועוד יש ללמוד מדברי הרמב"ם בפרק י"ו מהלכות טוען שהוסיף על דברי הגמרא דא"ל זיל זבין כתב בא שמעון ונמלך בלוי ואמר הריני קונה שדה מפלוני בעצתך אקנה אותה א"ל לוי לך וקנה אותה טובה היא וכו' ממה שהוסיף טובה היא בא להשמיענו שלא היתה ההמלכה על עסקי ערעור אלא על מקח השדה הטובה היא אם רעה שאילו בא לימלך עמו אם יקננה מדאגת מעוררין ואמר לו קנה ולא תחוש חשיבא הודאה ולא שייך בזה טעמא דהשני נוח לי דמשום נחת רוח שלך לא היה לך להזיקני ולהשיא עצה שתאבד ממוני שהרי על פיך קניתי והוצאתי המעות וזה ברור.

ומה שאמרו דלא חשיבא הודאה כיון שלא אמר אתם עדי הא לאו מילתא דהכא לא שייכא לא טענת השטאה ולא טענת שלא להשביע את עצמו מכמה טעמי. חדא דהשטאה לא שייכא אלא כשחבירו תובעו מה שאינו סבור שמשטה בו לכך אף הוא השטה בו כדכתבו התו' והרא"ש אבל הכא בדרך שאלה ובדרך עצה קתבע מיניה ולמה ישטה בו. ועוד דאפילו היה בדרך תביעה כיון דאיהו לאו בעל הדבר עצמו למה ישטה בו וכמו שכתב הטור בסימן פ"א בשם בעל ספר התרומות ראובן שאמר לשמעון חייב אתה מנה ללוי ואמר שמעון כן אף על פי שלא אמר אתם עדי אינו יכול לומר ללוי משטה הייתי בך שהרי לא תבעו לוי. והך מילת' דלא שייך השטאה אלא כשבעל הדבר תובעו דמצי למימר סבור הייתי שהיה מצחק בי שהוא יודע שלא היו דברים מעולם ולכך השבתי לו ע"פ מדותיו וכמו דפירש רש"י ז"ל אבל אם לא תבעו למה ישטה ולמי הוא משטה דבר זה תפוס בידינו מכל רבותינו בעלי ההוראה. אלא שראיתי בספר בני שמואל שכתב משמע מדבריו של הרמב"ם ז"ל שאף בהודאה מעצמו שייך לומר משטה הייתי בך שכתב בפרק ז' המודה בפני שנים שיש אצלו מנה ואמר להם בדרך הודאה וכו' עד ואע"פ שאין התובע מהם הרי זה עדות ולא אתי לאפוקי טענת השבעה שהרי כתב בסמוך שעדיין יכול לטעון שלא להשביע את עצמי נתכוונתי אלא ודאי לאפוקי שאינו יכול לומר משטה הייתי בך וטעמא דהוי דרך הודאה הא לאו הכי יכול לטעון

משטה הייתי אפילו הודה מעצמו. ולי לא בא הרב רבינו משה בר מיימון ז"ל לאפוקי השטאה שרצה לשחק בו דהא ודאי לא שייך שחוק אלא כשתובעו מה שאינו שהרי הוא ז"ל פירש דבריו ואמר דרך הודאה ולא דרך שיחה ודרך שיחה היינו שאין עיקר הדברים על עסק ההלואה אלא דרך סיפור דברים אחרים אדם עשוי לשוח שיחה של בטלה והם דברי הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה ששנינו הוא אמר לי שאני חייב לו דמשמע הלשון שלא היה המלוה שם ותנן לא אמר כלום וכתב הרב ז"ל וז"ל עד שיאמר בפנינו הודה שא"ל הוי עלי עדים או אמר לנו דרך הודאה ומסירת עדו' אבל אם אמר בפניהם בדרך סיפור דברים וז"ש הוא אמר לי שאני חייב לו שאין זו עדות מועלת עכ"ד והוא מדוקדק מלשון המשנה דהכא נקט לשון אמירה והכא לשון הודאה אלמא אמירה לאו הודאה היא אלא דרך שיחה ועדיין אפילו בדרך הודאה אם בא על ידי תביעה שתבעו שייך לומר שרצה לשחק בו לכך צ"ל אתם עדי אבל הודאה ע"י תביעה ליכא טענת השטאה עוד קודם זה הביא דברי הרמ"ה שהביא הרא"ש בס"פ המניח דמשמע מדבריו דס"ל דשייך השטאה אפילו בלא תביעה ממ"ש בההיא דטענו חטים והודה לו בשעורים פטור אף מדמי שעורים דכיון דלא אמר אתם עדי יכול לומר משטה הייתי בך אע"ג דהתם מעצמו הודה בשעורים ומלתא דפשיט' היא דאין לך השטאה מעולה דמה שטענו לא הודה לו והפליגו בדברים וא"ל שעורים יפות לך ובשר לסוסים וה"ה איפכא כל שטענו מה שלא תבעו רצה לשחק בו והשיאו לדבר אחר.

ובר מן דין איכא הכא טעמא אחרינא דלא אמרינן טענת השטאה ולא השבעה אלא בנתבע ולא בתובע כמ"ש הטור שם שהמודה לחבירו בפני עדים שקבל כך וכך מחוב שיש לו עליו א"צ לומר אתם עדי שאין כאן לא השטאה ולא השבעה וכן כתבו רבינו ירוחם והריב"ש בשם רבינו יונה וכן כתב הנמוקי יוסף בשם הריטב"א מכאן משמע דאין יכול לומר משטה הייתי בך אלא במחייב עצמו אבל במודה לפטור חבירו במה שבידו אין לומר כן והשתא נמי שזה מחזיק בקרקע שלו כמה שנים אם היתה דעתו לערער עליו היאך הודה למחזיק. וגדולה מזו מוכח מדברי ספר התרומות שהביא הטור לעיל בראש הסי' שאם התובע תופס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד המנה שהוא מודה בו אע"פ שיש לו עדים שהוא ממונו של זה הנתבע שוב אינו יכול לטעון טענת השטאה שהתפיסה עושה להודאתו הודאה גמורה וה"ה דלא שייך נמי טענת השבעה וכ"ש כאן שהוא מוחזק בקרקע כמה שנים וחשיב כהודאה גמורה. ועוד מטעם אחר לא שייך טענת השבעה כדכתב הרא"ש שכל שהלה תובעו אינו עשוי להודות שלא להשביע את עצמו כ"ש אם הוא מחזיק בקרקע.

ומה שרצו עוד לבטל זכותו מטעם שלא היתה ההודאה בפני שנים כא' הא ודאי דכלהו רבוות' קמאי ובתר' הכריעו כהרי"ף והרמב"ם דאפי' ע"פ עד א' חשיבא הודאה ומשביעו על פיו ובטלו דברי הראב"ד ובעל המאור במיעוטן וסוגיא דעלמא דלא כוותיהו. ויראה שאפי' לדבריהם ז"ל דוקא בע' א' הוא שאמרו דלא מחייב שבועה דלא חש כיון שלא היה שם אלא עד א' ומילי דכדי נינהו אבל כשהעיד עליו עד שני היה לו להקפיד בדבריו שלא יצטרף עם הראשון וראיתי להרמב"ן ז"ל בחדושיו בפ' חזקת שכתב גבי מחאה בפני שנים וז"ל מסופק אני במחאה בפניו ובפני עד א' אם היא מחאה כי שמא יכול זה לומר מאחר שלא מחית אלא בפני אחד והייתי יכול לכפור לא אזדהרי בשטר ועוד שלא הייתי סבור שתתבעני לדין מאחר שלא אמרת בפני שנים עדים וכו' וכתב והדעת נוטה שאין מחאתו מחאה וראיתי להראב"ד ז"ל שפיר' הא דאמרי' הודאה בפני שנים ונ"ל כתובו דהודאה בפני עד א' לאו כלום הוא ואפי' אומר לו אתה עד דמילי דכדי נינהו הואיל ואי כפר לא מחייב ממונא אפומיה הילכך משטה הוא בו ואי אודי לא מחייב בהודאתו וכי כפר לא משתבע והא דאמרי' הודא' אחר הודאה מצטרפין כגון שכל א' אומר בפני עד א' הודה ולא נראה לי לפי שמצאתי בירושלמי דמס' סנהדרין אההיא דתנן איש פ' אמר לי לא אמר כלום אמרו בירושלמי אם היה מתכוין למסור לו עדות כגון שא"ל אתם עדי כו' עכ"ד מדמוקי הראב"ד ז"ל ההיא דהודאה אחר הודאה כגון שכל א' או' בפני ובפני אחר משמע דס"ל דבתרוייהו צריך לומר כן וכן מוכח מטעמא דקאמר דמילי דכדי נינהו דלפי זה אף כשהביא עד שני אין ראיה שמא שכח מה שהודה בפני הראשון כדאמרי' גבי עיק' השטא' דאפי' אמר להד"ם לא הוחזק כפרן דמילי דכדי לא דכירי אינשי והכי נמי משמע מדאותביה הרמב"ן ז"ל מהירושלמי דמפרש שיאמר לו אתם עדי ואם אית' דבשנים בזה אחר זה מודה הראב"ד דהו"ל לאזדהורי בשני נוקי הא דירוש' בהכי דצריך בכל אחד שיאמר אתה עד ומ"מ נראה שאם הראב"ד אף בשני עדים היה אומרה לא הוה שתיק מינה הא דבעי לאשמועינן שאינו מחייב שבועה על פיו דהיינו בעד א' דוקא לישמועונן רבות' טפי בשני עדי' דלא מחייב וממילא כל שאין שנים מחייבים ממון על מה יחייבנו עד א' שבועה גם מה שנסתפק הרמב"ן ז"ל במחאה בפני עד א' לא אמר אלא כשאין שם אלא עד א' שאם מחה אח"כ בפני אחר ודאי דהו"ל לאזדהורי בשטרי' שהרי דעתו לתובעו לדין כיון שחזר ומחה בפני אחר ועלה דמחאה הביא דבריו של הראב"ד בהודאה להשוותם והלשון שכתב הראב"ד בההיא דהודא' אחר הודאה שכ"א אומר בפני אחר דמשמע דמיירי בדאיכא תרי סהדי יש להעמידו משו' דההיא דהודאה אחר הודאה משתמעה נמי אף בשתי הודאות דעלמא שהעיד זה לא העיד זה כיון דתרוייהו

מחייבי ליה מנה מצטרפין ואהא הוא דקאמר צריך שכל א' יאמר בפני ובפני עד אחר הודה שאם לא אמר כן זיל להכא ליכא אלא עד א' וזיל להכא ליכא אלא עד א' ולאו כלום הוא אבל כששניהם מעידים על דבר א' מצטרפין עדותייהו שאם בראשון לא חש בשני היה לו לחוש ולא דמי להיכא שאין שם עד כלל דהשטא' גמורה היא ומילי דכדי לאו אדעתיה אבל בעד א' כבר אסיק אדעתי' שיש מי שיעיד עליו אלא שמחשב בלבו אכפור בו ואם יבא לי עד אח' לא אודה בפניו ובהכי ודאי רמי אדעתיה ומדכר וכ"ש גבי קנין דסתמו לכתיבה עומד אעפ"י שבראשון לא חש לפי שאין שטר בע"א למה לא חש כשחזר והקנה דלא אמרה הראב"ד ז"ל בין בקנין בין בהודאה אלא כשאין כאן אלא עד אחד והא דאותביה מהירושלמי דנקט לשון יחיד אתה עד נראה שהרמב"ן ז"ל לבטל ראייתו של הראב"ד אתא כמו שהביא בס' התרומו' בשמו שכתב שהדבר מחלוקת בין הגאונים שגאון א' כתב דמחייב שבועה ע"י עד א' וגאון א' אמר דלא מהני אפ מודה וכ"ש אם כופר ורבנו יצחק סבר כמ"ד מהני וחייב שבועה וקשיא לן טובא ולא נתברר טעמא דידי' ואסיקנ' דכל קנין וכל הודאה בעד א' לא מהני ומ"ד מהני טוע' הוא ודיקי' לה מדתנן אם אמר הוא אמר לי שאני חייב לו איש פלוני אמר לי שאני חייב לו לא אמר כלום עד שיאמר בפנינו הודה ונקט רישא לישנא בחד וסיפ' לישנא בתרי ש"מ דהודאה דעד א' לאו כלום הוא. ומתוך כך עשאן לראשונים ז"ל טועין על זה בא הרמב"ן ז"ל לומר דלא נראה לו שמצא בירושלמי עלה דההיא דקאמר אם היה מתכוין למסור לו עדות עדותו קיימת אלמא דעד שיאמר בפנינו הודה לאו דוקא דהא מפרש לה דאפילו מסר לאחד עדות עדותו קיימת ונפל פותא דהראב"ד ז"ל בבירא ותברא לגזיזיה דהא דמתני' נקט לשון רבים לענין להוציא ממון וה"ה דע"א מחייבו שבועה.

ואעיקרא דדינא פירכא לא ידעתי למה הזקיקוהו הדיינים להודאה זו עד שחלקו עליה אי חשיבא הודאה כיון שזה לוקח וקנה מראובן מכח פתקא שנתנו דייני הזמן בידו איך החזיק באותה הבתי' מכח העכו"ם עשר שנים ושמעון בעל הבתים בכל אלו השנים לא היה בעיר וכשהיה בא לקיצין לא היה מערער על ראובן המחזיק הרי עמדו הבתים בחזקת ראובן עד שיברר שמעון שבתחלת חזקתו ברשותו נכנס בתור' פקידות. אבל טענינן ללוקח שאחר שהכניסו ברשותו גרשו העכו"ם שלא היה פורע ימי הבטלה וגם שמעון מרא קמא לא הניח בידו ארנקי שיפר' לגוי וישבו הבתי' פנויי' ימים מספר שכל הקודם בהם זכה ועמד הוא וקד' וזכה שהרי יש הפר' בין זמן שהניחו לראובן פקיד במקומו לזמן שמעידים העדים שהיה ראובן מחזיק בהם ומאן לימא לן שעד עכשיו היה מחזי' מכוחו הרי זה דומ' למי שיש לו עדים שהחזיק ג' שנים והביא המערער עדים שזה

ארב' שני' נכנ' בבית בשכירות שאין טענה זו מבטלת חזקתו דאימור יצא וחזר ונכנם בתורת מכר ולא מיקרי יורד ברשות אלא כשמביא עדים שמתחלת ירידתו היתה ברשות וכ"ש שאחר זמן זה שאו' שירד בתורת פקידות ידוע שהבתים היו פנויות כשנה וחצי ולא היה שם אדם לא ראובן ולא אחרי' הרי שבטלה ירידתו ברשות ולא עוד אלא שבטלה חזקתו של ראשון מאחר שעמדו הבתים שלשה חדשים פנויים, הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן יט

תבע הר' שלמה פארד יצו שהיום י"א שנה לקח החכם השלם כמה"ר י"ט ן' יעי"ש נר"ו על ידו מקח אחד משר אחד בסכום תשעה משאו' והתנה עמו שיקח הר' שלמה רביע הריוח ואח"כ נתפשרו בסכום ת"ק פרחי זהב ונתאנה שהוא סבור שהיה נוגע לו כפלי כפלים על זה השיב החכם השלם ממה שאתה אומר שהתנתי לתת רביע הנה עתה אחר כמה שנים אני זוכר אם היה התנאי רביע או שמיני' אבל אז באותה שעה שנתפשרנו חלקך היה ידוע לנו ויודע אני שלא איניתך ואולי כי וותרתי עמך כדי ליפטר ממך שהיית משכים לפתחי יום יום ומטרידני. טען ה"ר שלמה ואיך תאמר לא רמתני ואתה לקחת סכום הרב' של פירוזיאש על הלוח של מנין בת"ק לבני' שאני לקחתי שמנה פירוזיאש מהם מהנער של השר ומכרתים באלף ומאתים לבנים והנה אמרו לי מי שקנו ממך הפירוזיאש שלקחו אותם ממך באלף פרחי זהב השיב החכם השלם אני קבצתי כל הפירוזיאש הטובות שהיו קבועות בחפצים שלקחנו וגם כמה וכמה שהיו לי מקדמת דנא ומכרתי סכום א' במאה אלף לבנים ועדיין נשאר לי בבית מאותם הפירוזיאש שאתה אומר שלקחנו על הלוח שיעור רב. עוד טען הר' שלמה שבכלל המקח הנז' היו שם שישיש' שקנה אותם החכם השלם הנז' באלף ומאתים לבנים כל א' ונשארו שם שנים כמותם ומכרם הר' שלמה בשלשת אלפים ושש מאות לבנים כל א'. השיב החכם השלם והלא אין כל השישיש שוים יש מי שיש בו כסף מרובה ומלאכתו נאה ששוה כפלי כפלים באחרים ואני מכרתי אותם השישיש הטובים עם הרעים ועלו בידי לערך אלף וארבע מאות לבנים כל א'. עוד טען הר' שלמ' שהוא לקח מהם ב' מרגליות בארבע מאות לבנים ומכרם אלף וד' מאות לבנים והחכם הנז' לקח כמה מרגליות כמה וכמה יעלו. השיב החכם נר"ו אף שאין טענה זו כדאי להשיב עליה שאף אם נרצ' לאמת דבריך לא כל המרגליות שוות אבל לפי דבריך הנה כל זה היה קודם שנתפשרת עמי וקניתי ממך ואז כבר ידעת ערך המרגליות מאותם השנים שמכר' ולמה נתרצי' ברצי כסף שנתתי לך הלא מזער הם לפי דבריך עוד טען ה"ר שלמה שבכלל המקח הנז' היה קוש"אק א' גוהירי

מדיאמאנטיש לקחו בשלשים אלף לבני' וגאפירג' אוש אמר לה"ר שלמה האיך אתה מוכר בערך זה ואני זכו' כשהייתי קטן שנלקח האזור הזה בשמנת אלף פרחי זהב השיב החכ' השל' אתה ידעת מה משפט הקוש"אק ומעשהו היה כלו חתיכות של יי"שים חקוקית במלאכה נאה ובכל חתיכה מהם היו קבועות שנים או שלשה דיאמאנטיש קטנים ורוביניש קטנים כי היה שויון האזור ההוא בימים הראשונים מחמת מלאכת האומנות שביישים לא מחמת דיאמאנטש ורוביניש שבו טען עוד ה"ר שלמה שאבאי א' לקח החכם במרגליות ורוביניש בחמשים אלף לבנים ומכרו בט"ו משאו' השיב החכם הנז' המרגליות אשר היו סביבות האבאי הסירום אנשי המשנה ועשו אותם תשביחיש ומכרו אותם לי בעד אלף כל א' ושאלו לאה"לי קיב"לה מאחרי ושמאו' בסך הנז' וכל אות' המרגליות לא היתה בהן אחת שתעל' לשני גרגרין וגוף האבאי שהי' מרוק' זהב עשיתי אותו באבני חפץ משלי ואח"כ מכרתי אותו ע"י כה' יעקב אלנקאו' יצ"ו בשלש מאות וארבעים אלף לבני' ואני משער שאחר נכוי ההוצאות מה שהותיר בידי מערך האב"אי היה שוין החפצים ששמתי בהם משלי. עוד תבע הר' שלמה הנה השר הנז' נתן לי במתנ' אבני' טובות ממינים שונים שאני המעטתי' בעיניו והערכתי' לו בשלש מאות לבנים ונתכעס עלי ולסוף נתנם לי במתנה ואני לא רציתי לעכבם שלא יאמר החכם אם אני מרויח לעצמי איך אהיה שותף בריוח ושמתי' בתוך החפצים והחורדא של המקח בפני המשנה להראות לו ולהטעותו שלא היה שוה כלום ועתה אני טוען שישיבו לי המתנה ההיא שאין לחכם זכות בה השיב החכם השלם נר"ו איני זוכר כלום ממה שאתה אומר שנתן לך המשנה ושמת אותה בתוך שלי הן יהי כדבריך הנה שמת אותם לאמצע בשותפות ונשתבח המקח בשבי'ל' וכשעשינו בזאר בת"ק פרחי זהב אז ידעת שהכל היה בכלל השומא ונתרצינו שנינו באותה קצבה עוד טען ה"ר שלמה כי כמה פעמים אמר להחכם הנז' שיראה אות' החפצים לשומם לתת לו חלקו עפ"י השומא ולא רצה להראותם לשום נברא בעולם ואמר לו שיראה אותם לאחיו ולקרוביו ולסרסוריו והוא יאמין אותם בכל מה שישומו אותם ולא רצה רק היה אומר אמכור ואתן חלקך השיב החכם נר"ו אמת כי לא נתחייבתי לתת לך חלק עפ"י שומת האנשים אלא כשימכרו ואם היית מביא סוחרים לקנות הייתי מוכר ונותן לך ומה שהיית אומר שאוציאם נגד אחי שישומו אותם הוה דברי הבל שלעולם היית מתרעם עלי ועליהם שהונו אותך והנה לא עברו שנים או שלשה חדשי' שלא הרפתני עד שלקח' ממני בעד חלקך ק"ק זהובי' והלוא' שאני הייתי מרויח בהם אחר כמה שנים לערך מה שנתתי לך על חשבון רביע הריוח.

נשאלתי משני הברורים שנתבררו לדיינים על הרב הנז' לחוות דעי מה יהיה משפט דין זה עפ"י התורה כפי הטענות הנ"ל. וארא אנכי אשית לבי לטענות ה"ר שלמה והנה כלם טענות ספק ואין בהם טענת ברי כלל כי מה שטען שלקח מהנער ח' פירוזיש ומכרם באלף ומאתים לבנים וכן השישיש שנשארו ב' והמרגליות שלקח ב' ומכרם באלף ות' לבנים אין כאן טענת ברי ויפה השיב החכם השלם נר"ו שלא כל המרגליו' שוין ואין השישי"ש שוין והפירוזיש ג"כ. ומה שכתב הרמב"ם פי"ב ממכיר' ז"ל אבל המוכר חוזר לעולם וכו' עד שיראה כמוהו שנמכר בשוק עכ"ל. והוא ממה שאמרו בגמר' עד דמתרמי ליה זבינתא כזבינתיה לא נאמרו דברים אלו אלא בטלית וחמרא שהכל בקיאים באיכותם ויודעים שזה דומה לאותו שמכר אי נמי שנתברר שהוא בקי עליהם וזהו שהוסיף ז"ל על לשון הגמרא וכתב וז"ל הילכך לעולם הדר עד דמתברר דמתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה ולא קא הדר ביה עכ"ל ונר' דהרי"ף קשי' ליה דקאמר רב נחמן לא שאנו אלא לוקח אבל מוכר לעולם חוזר והא דאמרן עד דאיתרמי וכו' ותירץ דכיון שהוא חוזר לעולם על הסתם והוא נאמן לומר דלא איתרמי ליה כזבינתיה הילכך לעולם קרינן ביה שהתובע צריך לברר מה שאין כן בלוקח שהזמן הוא הבירור וממילא אין הלוקח נאמן לומר לא נזדמן לי תגר להראות לו מקחי או אפשר דהכי קאמר כיון שצריך בירור גדול והדבר קשה לברר כדפירש קרינן ביה לעולם בעולמו של יובל והרי קלקלתו זאת שעשינו טענת אלו שלשתן שהם ג"כ טענות ספק היא תקנתו של ה"ר שלמה לענין שלא נאמר לדבריו כבר ידע ומחיל שיכול לומר איני בקי בהן ועדין אין הדבר מבורר אצלי ומה שטענתי בב"ד אמתלאה היא כדי להחזיק טענותי שיש רגלים לדבר גם טענת המתנ' שנתן לו השר אינה טענת ברי כיון שהוד' ששם אותה בחברה ולא פירש כשנתרצה בת"ק פרחים שאין המתנה בכלל שהרי לא טען כן א"כ אין תועלת בטענ' זו אלא לענין האונאה והוא לא ידע בברי חשבון ושויין שאר החפצים כאמור והרי אין כאן טענת ברי ומה ששאלו על אודות ההילקיש שעושים הסוחרים הגיבאהרגיש בג' ארשי שקוני' בחבר מן המיזי"ט ואח"כ מעלין ביניהם בדמים ונסתפקו השואלים בנ"ד שהוא מנהג שלא לטעון אונאה זה על זה כי מעולם לא נשמע כדבר הזה הא ודאי אין כאן ראיה דלא שמענו אינה ראיה וגם אנכי לא שמעתי מנהג זה מעולם וג"כ לא ראיתי מי שתבע תביעה זו אחר ההילקיו ולפי דעתי אפי' אם יתברר שיש מנהג קבוע או תקנה בהיליקי"ש שלא יהיה בהם דין אונאה מ"מ יש לחלק בין ההיליקיש לנ"ד וק"ל אמנם יש אתי דין ודברים בהילקי"ש ונ"ד מצד הנושא ונותן באמונה כפי פי' הרמב"ם ז"ל וכל הפוסקים זולת רש"י ז"ל וכעת השואלים נוגשים אצים לא יתנונו השב אמרים כאש' עם לבבי באריכות לברר אם דין

נושא ונותן באמונה הוא ג"כ במוכר או דוקא בלוקח גם אם יש לחלק בנ"ד דלא דמיא לנושא ונותן באמונה.

כללן של דברים לע"ד שאין להר' שלמה יצ"ו על החכם השלם נר"ו אלא חרם סתם איך הוא אמת כמו שטען שבשעה שנשפשר עם הר' שלמה היה ידוע לו חלקו וכל זכותו שהיה לו בחברה ההוא ולא היה שם אונאת שתות לפי שהחכם השלם העריך הכל כפי ידיעתו שהוא בקי בהם ואם יאמר שאינו בקי צריך לומר שהראה אותם לבקיאים ועל פי עריכתם לא היה שם אונאת שתות זהו הנלע"ד הצעיר יחיאל.

שאלה נא שנית לאמר כי מה שכתוב למעלה שטען החכם השלם שהוא יודע שלא אינהו אמרו שכוונת הכותב היתה לומר שאינו יודע שאינהו כי כן טען בפירוש החכם השלם לפני הדיינים ועל פי הדברים האלה חזר הדין שאין כאן אלא חרם סתם שאינו יודע שאינהו ואין צורך לשאר הדברים הנאמרים למעלה הצעיר יחיאל באסן.

שאלה תבע הר' שלמה פארדו יצ"ו שהיום י"א שנה לקח החכם השלם כמהר"ר יום טוב ן' יעיש נר"ו על ידו מקח א' משר א' בסכום תשעה משאות והתנה עמו שיקח ה"ר שלמה הנז' רביע הריוח ואח"כ נתפשרו בת"ק פרחי זהב ונתאנ' שהיה סבור שהיה נוגע לו כפלים על זה השיב החכם השלם נר"ו ממה שאתה אומר שהתנתי לתת רביע הנה עתה אחר כמה שנים איני זוכר אם היה התנאי רביע או שמינית אבל אז באותה שעה שנתפשרנו חלקך היה ידוע לנו ויודע אני שלא אניתיך ואילו כי וותרתי עמך כדי ליפטר ממך שהיית מטריד אותי ומשכים לפתחי יום יום טען ה"ר שלמה ואיך תאמר לא רמיתני ואתה לקחת סכום הרבה של פירוזיש על הלוח של מנין בת"ק לבנים שאני לקחתי שמנה פירוזיש מהם מהנער של השר ומכרתים באלף ומאתים לבנים והנה אמרו לי מי שקנו ממך הפירוזיש שלקחו אותם ממך באלף פרחי זהב השיב החכם השלם נר"ו אני קבצתי כל הפירוזיש הטובות שהיו קבועות בחפצים שלקחנו וגם כמה וכמה שהיו לי מקדמת דנא ומכרתי סכום א' במאה אלף לבני' ועדי' נשאר בידי בבית מאות' הפירוזיש שאתה אומר שלקחנו על הלוח שיעור רב עוד טען ה"ר שלמה שבכלל המקח הנז' היו שם שישי"ש שקנה אותם החכם הנז' באלף ומאתים לבנים כל א' ונשארו שם שנים כמותם ומכרם ה"ר שלמה בשלשת אלפים ושש מאות לבנים כל א' השיב החכם השל' והלא אין כל השישי"ש שוים יש מי שיש בו כסף מרובה ומלאכתו נאה ששוה כפלי כפלים באחרים ואני מכרתי אותם השישי"ש הטובים עם הרעים ועלו בידי לערך אלף וארבע מאות לבנים כל א' עוד טען ה"ר שלמה שהוא לקח מהם ב' פירלאש בארבע מאות לבנים ומכרם באלף וארבע מאות לבנים והחכם נז' לקח כמה פירלאש כמותם

כמה וכמה יעלו השיב החכם השלם נר"ו אף שאין זו טענה שאף אם נרצה לאמת דבריך שמכרתם באותו הסכו' לא כל המרגליו' שוות כל המרגליות שלקחנו היו מה' גרגרים ולא היה בהם א' שתעלה לב' קיראטוש וערכן ידוע כמה היו שוות ועוד כבר הראום לאה"לי קיב"לה מאחרינו ושמא' באותו סכום שלקחנום ועוד אני שואל מאתך לפי דבריך הנה כל זה היה קודם שנתפשרת עמי וקניתי ממך ואז כבר ידע' ערך המרגליות מאותם השתים שלקח' וערך הפירוזי' מאות' השמנה שלקח' וערך השישי"ש באותם השנים שמכרת ולמה נתרצית ברצי כסף שנתתי לך הלא מזער הם לפי דבריך עוד טען ה"ר שלמה בכלל המקח הנז' היה קושא"ק א' גוהירי מדיאמאנטיש לקחו בל' אלף לבנים וגאפיר גאו"ש אמר לה"ר שלמה איך אתה מוכר בערך זה ואני זכור כשהייתי קטן שנלק' האזור הזה בשמנת אלף פרחי זהב השיב החכם השלם הנה אתה ידעת מה משפט האזור ומעשהו היה כלו חתיכות של יישי"ם חקוקות במלאכה נאה ובכל חתיכה מהם היו קבועות שנים או ג' דמאנטיש קטנים וריביני קטני' כי היה שויון האזור ההוא בימים הראשונים מחמת מלאכ' מחשב' האומנו' שביישי"ם לא מחמת אבני חפץ שבו והנה יש עדים שראו אותם חתיכות וידעו ענינ' וגם אתה ידע' את אשר עשה לנו איש א' שהשטין עלינו בפני הבאש"ה ומצא פתחון פה בקושא"ק הנז' והלעיגו עליו טען עוד הרבי שלמה שאבא"י א' לקח החכם השלם הנז' במרגליות ורוביני בחמשי' אלף לבנים ושמע שמכרו בט"ו משאות. השיב החכם הנז' אתה או' האבא"י בחמשי אלף ואינו כן אלא הוא וחפץ אחר נקנה במאה אלף וכן כתוב בפנקסך ויהיה האבא"י בשמנים אלף ודע כי המרגליות אשר היו סביבות האבא"י הסירום אנשי המשנה ועשו אותם י"ג תשבחיש ומכרו אותם לי בי"ד אלף לבנים כל א' על פי' האהל"י קיבל"ה כנז"ל. וגוף האבא"י שהיה מרוק' זהב עשיתי אותו באבני חפץ משלי ואח"כ מכרתי אותו ע"י כה"ר יעקב אלנקאוה יצו בשלש מאות וארבעים אלף לבנים ואני משער שאחר נכוי ההוצאות מה שהותיר ונתעלה האבא"י מערכו לא היה רק שויין החפצים ששמתי בהם משלי ומה שאתה אומר ששמעת שנמכר בט"ו משאות זה כעשר שנים שבאת אלי בשמועה זאת והודעתיך מאז תוכן הדברים שהיינו סבורים לעשות בו מקח עם החכם המרומם כה"ר שלמה ן' מובחר בשותפות בזה האופן שהא'באי היה נשום ביני ובינו בסכום שלש מאות אלף לבנים ויתן הוא לי מחצית הדמים והיה רוצה למכרו לצורך סייפ"ה אוגלי בי"ב משאות בהקפה על פני המים ולפי שלא נתן לי מחצית הדמים נתבטל הדבר וזה ידעת מאז ואם חקרת מצאת הדברים כנים ושוב מכרתיו ע"י הגביר ה"ר יעקב אלנקאוה יצ"ו כנז"ל עוד טען ה"ר שלמה הנזכר הנה בתוך המקח היה סכום א' בי"ב אלפים לבנים ובהם כמה שארי

יאקוטיש שא' מהם לקח מיהימיט איפינד"י ונותנים לו מאתים גרושו"ש בעדו השיב החכם השלם עדין יש בידי מאותם היאקוטיש ועוד אתן לך גדולים וטובים מהם באותו הסכום שלקחנום עוד תבע הר' שלמה הנה השר הנז' נתן לי במתנה אבנים טובו' ממינים שונים שאני המעטתים בעיניו והערכתי' לו בשלש מעות לבנים ונתכעס עלי ולבסוף נתנם לי במתנה ואני לא רציתי לעכבם שלא יאמר החכם השלם שאני מרויח לעצמי איך אהי' שותף בריוח ושמתים בתוך החפצים והחורד"א של המקח בפני המשנה להראות לו ולהטעותו שלא היה שוה כלום ועתה אני טוען שישיבו לי המתנה ההיא שאין לחכם זכות בה השיב החכם נר' איני זוכר כלום ממה שאתה אומר שנתן לך המשנה ושמת אותם בתוך שלי הן לו יהי כדבריך הנה שמת אותם לאמצע בשותפות ונשתבח המקח בשבילם וכשעשינו בזאר בת"ק פרחי זהב אז ידעת שהכל היה בכלל השומא ונתרצינו שנינו באותה קצבה עוד טען הר' שלמה הנז' כי כמה פעמים אמר לחכם הנז' שיראה אותם החפצים לשומם ולתת לו חלקו על פי השומא ולא רצה להראותם לשום נברא בעולם ואמר לו שיראה אותם לאחיו לסרסוריו והוא יאמין אותם בכל מה שישומו אותם ולא רצה רק היה אומר אמכר ואתן חלקך השיב החכם נר"ו אמת כי לא נתחייבתי לתת לך חלק על פי שומא אלא כפי מכרו ואם היית מביא סוחרים לקנות הייתי מוכר ונותן לך ומה שהיית אומר שאוציאם נגד אחי שישומו אותם היה דברי הבל שלעולם היית מתרעם עלי ועליהם שהונו אותך והנה לא עברו שנ' או שלשה חדשים שלא הרפיתני עד שלקחת ממני בעד חלקך ת"ק פרחי זהב והלואי שאני הייתי מרויח בהם אחר כמ' שני' לערך מה שנתתי לך על חשבון רביע הריוח ועוד אשאלך ואודיעני למה שתקת כמה שנים זה י"א שנה ואתה ידעת שהיו פרטים רבים והייתי צריך למכור הנה והנה ולשנות ולהחליף ולהקיף ולהוסיף ולגרוע ואיך היתה מתבררת האונאה ועוד כמה פעמים אח"כ נשאנו ונתננו ונשארת חייב לי כמה מעות ופרעת' ולא עכבת כלום לפי שידעת שהסעת מלבך וגמרת ונתת לגמרי ועכשיו עילה מצאת להיות חוזר ונעור אלו הם הטענות שטענו שני האנשים אשר להם הריב בפנינו ב"ד ועל פי הדברים האלה ראינו שאין לה"ר שלמה הנז' שום טענ' לבטל המקח שמכר חלקו להחכם השלם הנז' בת"ק פרחי זהב מאחר שנתרצה בכך ולא רצה להמתין עד שימכרו כל החפצים ומה שלא רצה החכם הנז' שיבי' השמאין הדין עמו שלא לתת לו ריוח על פי שומת שמאין רק עד שימכר הכל לגמרי ובטענת אונאה אין מדבריו אלה שום הוכחה אפי' לפי דבריו שהיה בחפצים הנז' יתרון בכדי אונאה כי שמא הוא מצא לוקח שהיה חביב המקח בעיניו וצריך לו ונתן לו יתר על שוויין ועוד שמא בחפצים אחרים הפסיד ויצא שכר אלו בהפסדן של

אלו ועוד שא"א שיהיה בהם תוספת בכדי אונאה מאחר שהיו בהם הוצאת יתר על אלף פרחי זהב ולפי הערך ממה שנתן לה"ר שלמה בעד חלק רביע הריוח ת"ק פרחים צריך שימכרו בתוספת שני אלפים זהובים אחרים וגם ידענו ששני חלקי החפצים אין בהם תוספת אם הזהב שקנה במשקל ואם התשבוחיש של הפירלאש משני קיראטיש ואם מכמה חפצים שעדיין הם בידם מבלי קונה נמצא שהיה ראוי שימכר השאר בכפלים ואנו רואים שכל החפצים שהזכיר בפנינו ה"ר שלמה הנז' אינן ראויים שימכרו בכפלים ועוד שכל הטענו' שהוא טוען שידע מחשיבו' החפצים מזה כמה שנים ידע ולא נתחדש לו עכשיו שום ידיעה זולתי בפירוזיש שאומר שעכשיו בקרוב אמרו לו שמכרו באלף פרחים פירוזיש ומי הפיס לו אחר י"א שנים שהם אותם הפירוזיש שקנה בת"ק לבנים ועוד גדולה מזו ידע קודם שח' מהם נמכרו באלף וק"ק וכולם נקנו בת"ק לבנים אין אונאה מופלגת מזו לפי דבריו באופן שנראה לעין כי תואנה הוא מבקש להשמיע בחוץ קולו ולהבהיל השומעים בדברים מופלאים כמתלהמים והמה ירדו חדרי בטן וכדי שתנוח דעתו אמרנו שהחכ' השלם נר"ו יקבל חרם סתם על כל מי שיודע שאינה את חבירו בכדי אונאה שיגיד לנו בפנינו ב"ד. על מה שכתוב למעלה שטען החכם השלם נר"ו אז באותה שעה חלקך היה ידוע ויודע אני שלא אניתיך שהחכם נר"ו אומר עתה אעפ"י שאין ברור אצלו עכשיו שהיה בו אונאה שאלו מאחר שטען בתחילה יודע אני שלא אניתיך אם צריך שיקבל החכם נר"ו איך הוא יודע שלא אינהו שהוא העריך הכל כפי ידיעתו שהוא בקי בהם ואם יאמר שאינו בקי צריך לומר שהראה אותם לבקיאים ועל פי עריכתם לא היה שם הונאת שתות ואלו דברי הבל המה כי מה שכתוב בטענות שטען החכם נר"ו יודע אני שלא אניתיך לא אמר יודע אני שלא היה שם אונאה אלא שלא אניתיך בכוונה ואולי שיש בכלל דברים אלו שאפי' בפחות מכדי אונאה דאיכא פלוגתא דרבוותא אי אסור להונו' לכתחילה בפחות משתות והוא טוען שלא אינהו בשום דבר אלא כשם שהמוכר מכר בתמימו' כך הלוקח לקח בתמימות ואפשר ששניהם נתאנו בשער שבשוק ולא ידעו ולמפרע יש בו הונאה שהאומ' לא אניתיך אין בלשון שאין בו הונאה דאזהר' דלא תונו איש את אחיו במתכוין להונות הוא ובפ' אלו מציאות אמרי' כתיב עבד וכתי' עובד מה עבד דניחא ליה כלומ' שאין אדם נקרא פועל אלא בכוונה ומסתמ' ניחא ליה אף כאן שלא אניתיך בכונ' משמע ובר מן דין אפי' טען בפי' מעיקר' שידע שהעריכ' ולא היה שם הונא' יכול את' בשע' השבוע' או קבלת החרם לומר אני מחמיר על עצמי ואיני רוצה לקבל עלי אלא לומר שאיני יודע כמ"ש הב"י סי' ע"ט שהבי' בס' התרומו' כשהלה תובעו טענת ברי והלה משיבו להד"ם וחייבוהו ב"ד הסת וכשבא לישבע חזר

בו ואמר איני יודע שדקדק בשבועתו ישבע שאינו יודע ויפטר. עוד שאלו על המתנה שנתן השר להה"ר שלמה שכנראה שטען בפני ב"ד שרצה לשומרו שם על דעת שתהא בחברה אם יכול לחזור ולטעון נזכרתי שלא שמתי אותם בחבר' דהוי כאומר לא לויתי שיכול לחזור ולטעון לויתי ופרעתי כל זמן שלא באו עדים להכחישו וגם אם יכול לחזור ולטעון שאותם הת"ק פרחים זהב היו מהאבא"י שמכרתי אבל עדיין נשאר לי חלקי בשאר האבני' טובו' ומרגליות שהיו בשותפות כל זמן שלא הוכחש בעדים והכוונה בזה שישב' החכם נר"ו על טענותיו אלה שהם עכשיו טענת ברי והא ודאי לאו מלתא היא כי מה שאמרו טוען וחוזר וטוען כל זמן שלא הכחישוהו עדי' היינו כשבא לפטור עצמו בשבועה ומשתנה מפיטור לפיטור כדכתב רב יהוסף הלוי דנאמן במגו דאי בעי קאי אטענתיה קמייתא ואיפטר מצי נמי טעין טענתא אחריתי ומפטר אבל זה שבא עכשיו לחוב את חבירו ולחייבו שבועה בטענה זו האחרונה לאו כל המנו דהא אודי מעקרא שנתן אותם בתורת שותפות ושוב אינו צריך החכם לישבע על זה דהודא' ב"ד בב"ד כמאה עדים דמי וכן במה שהודה בפני ב"ד שנתפשר על חלקו בסכום ת"ק פרחי זהב והיה תובע עכשיו שנתאנה אינו יכול לחזור ולטעון שלא נתפשר אלא על הא"באי שהרי הודה שנתפשר על הכל ומחיוב לפיטור לא מצי למהדר. עוד שאלו כיון שהחכם השלם נר"ו מודה שנתן בידו ה"ר שלמה הב' אבנים טובות ומרגליות שהיו בשותפו' והוא מודה שהוא כן אלא אומר איני יודע אם איניתי אותך ופרעתי לך כל שוויו אי הוי כהלותני ואיני יודע אם פרעתי' שחייב לשלם דלא הוי כאיני יודע שהלותני והא נמי ליתא חדא דמעיקרא לא היה חיובו ברור כמה היה זכותו של ה"ר שלמה שלא נתחייב לתת אלא רביע מהריוח שישאר בידו אחר גביית הקרן ועל זה נתפשרו בת"ק פרחי זהב שנתן לו והוי עכשיו יאמר לו החכ' השל' נר"ו איני יודע אם נתחייבתי לך מתחילה יותר מת"ק פרחים ולרווחא דמלתא אמינא דאפי' אם היה החיוב ברור כגון שהיה לו לה"ר שלמה ביד החכ' נר"ו חפץ ידוע שהיה חייב לתתו לו ושוב מכרו בדמים מההיא שעתא שקנאו ברצון ה"ר שלמה הרי הוא מוחזר ומצי טעין יודע אני שהחזרתיו לך שכבר נתקיים המקח ביניהם ומאותה שעה עמד באחריותו ובחזקת מקחו עד שיבא ראיה שנתבטל המקח מחמת הונאה דבין מוכר בין לוקח אינן נאמנין לומר הונאה היתה עד שיביאו ראיה לדבריה' אעפ"י שהתובע הונאה מוחזק וכן בכל ספק דאיכא בענין ההונאה או בפלונתא דרבוותא מספקא לא מבטלינן מקחא אלמא משעה שנתקיים המקח כבר יצא מחזקת מוכר ונכנס לרשות לוקח וחשיב שפיר חזרה וגדולה מזו אמרו שאפי' נתעל' השתא בשער שבשוק שיש בו הונאה צריך להביא ראיה שבאותה שעה שנעשה המקח

היה כן השער ונמצאת הונאה כדמוכח מההיא דסוף פרק המדיר מחט שנמצא בעובי בית הכוסות דאמרי' התם כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה וכתב הרא"ש כן פירשו רבינו אשכנז וצרפת בין להוציא בין להחזיק ממון ואע"ג דהשתא איכא רעותא קמן צריך להביא ראיה שכן היה בשעת המקח אעפ"י שעדיין לא נתן את הדמים והיינו טעמא דמי שבא לבטל המקח עליו להביא ראיה ותנא תונא כלה דמשנכנסה לרשות הבעל שכנס על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו אעפ"י שהוא מוחזק בממון ואיכא רעותא קמן וכן מוכח בתשובה שהביא המרדכי בס"פ המדיר ע"ש אלמא מוקמינן המקח בחזקת קיים אע"ג דאיכא השתא רעותא בשער של עכשיו הילכך משעה שנתקיים המקח חשיב חזרה עד שיברר המוכר שהיה בו טעות והונאה דהא לא רמי עליה דלוקח למידע. הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

יש לחקור בדין הונאה זו כמה חקירות דשייכי לנ"ד הא' במה שהוא מנהג פשוט בין הסוחרים שבני אדם לוקחים מקח א' בין שנים או ג' בשותפות ושוב הא' מתרצה בריוח דבר מה בחלקו ומסתלק ובין שנתאנה מוכר בין שנתאנה לוקח אין מי שיתבע הונאה זה מזה והביאו הטור סי' רנ"ח והרמב"ם ז"ל פ"ג מה' מכירה וכתב המ"מ משם ר"ח הטעם למה אין לו דין הונאה מפני שלא סמך משעה ראשונה על השווי אלא על הדמים שלקח ויש להסתפק גם בזה אם לא אמרו אלא לגבי לוקח דלא מצי הדר ביה דאדעתיה דהכי נחית לקבלם בדמים שקנאם המוכר אבל המוכר שנתאנה וידע שטעה למכור בזול יש לו הונאה ומסתברא שהטעם שוה בשניהם בין כשנתאנה לוקח ובין כשנתאנה מוכר שאינן סומכים על השווי אלא על הדמי' שלקח כמ"ש המ"מ ולרבות' נקט לשון הנושא ונותן שאין עליו דין הונאה דאע"ג דאיכא פסידא דדמי' דלוקח שהיה סבור שלא יטעה המוכר כשקנאו ונמצא עכשיו מפסיד מ"מ על הדמים שלקח הוא סומך בין נתאנה בין לא נתאנה וכל שכן כשנמצא ששוה יותר שאין כאן הפסד מהקרן שכבר הרויח אלא שהיה לו להרויח יותר דהא ודאי פשיטא דבאותה ריוח שהוא לוקח גמר ומסלק נפשיה לגמרי אי נמי כי היכי דמסמיך את הלוקח על מקחו בין ישוה בין לא ישוה כך הוא סומך על הריוח אם מעט ואם הרבה דלעולם לוקח ומוכר שוין בהונאה ואין לנו ליפות כח זה על זה כלום.

ואיכא למידק כיון דקי"ל כרב דאפי' אמר בפי' ע"מ שאין לך עלי הונאה יש לו עליו הונאה ולא דמי לע"מ דאין לך עלי שאר כסות ועונה דהתם ידע דמחיל הכא מי קא ידע דמחיל א"כ בנושא ונותן באמונה נהי שלא סמך על השווי אלא על הדמים שלקח בין שלקח ביוקר בין בזול ותהוי נמי כמי שאומר בפי' אעפ"י שיש בו הונאה מכל מקום

אכתי לא ידע דמחיל וכ"ש דקשה אברייתא דבחדא מחתא מחתינא דנושא ונותן באמונה והאומר לחבירו על מנת שאין לך עלי הונאה אין לו עליו הונאה ומוקמי' לה אליבא דרב במפרש שאמר חפץ זה שאני נותן לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה אין לו עליו הונאה והיכי שייך דין זה דנושא ונותן באמונה עם מפרש ואומר יודע אני דזה ודאי לא ידע שנתאנה לוקח דלגבי מוכר באמונה לא שייך טעמא דלא ידע דמחיל דבההיא הנא' דמטי לידי מסתלק לגמרי אפי' אם היה בו להשתכר יותר ולגבי לוקח נמי אעפ"י דלגבי דידיה איכא הפסד' אם נתאנה לוקח מעיקרא מכל מקום כיון שמעמידו על המקח שקנאהו כשם שהמוכר מסתלק ונעשה שלוחו לזכות לו אם שוה יותר כך מתרצה לוקח שיהיה שלוחו לחובה אם נתאנה שהרי הוא לא אינהו ואי אפשר שיהיה לוקח רחוק מן השכר וקרוב להפסד הילכך מסתמא כמאן דמפרש דמי שיהיה כשלוחו אם נתאנה והיינו טעמא דבלוקח מב"ה אין לו הונאה אף על גב דלא ידע לוקח שיש בו הונאה דמחיל אלא דאמיד דעתיה דמוכר כיון דב"ה הוא אין ב"ה מוכר כליו אלא בתוספת ואדעתא דהכי זבין וגדולה מזו אמרו והביאו הטור אחר שהביא דברי הרמב"ם הנושא ונותן באמונה כגון שאומר לו חפץ זה בכך וכך לקחתיו כך וכך אני משתכר בו וי"מ אפי' לא אמר לו בכך וכך לקחתיו אלא אמר לו תן לי חפץ זה כמו שקנית אותו ואני מאמינך במה שתאמר שקנית אותו ואוסיף לך כך וכך וכו' וכתב עליו מהר"י קארו ז"ל דמשמע ליה לטור שהוא פי' מחודש ואינו אלא בכלל דברי הרמב"ם הוא דמשמע ליה ז"ל דאין בין זה לזה אלא אם אמר מוכר או שאמר לוקח מיהו לפי זה לא הול"ל אפילו לא אמר לו בכך לקחתיו אלא אפילו לא אמר מוכר אלא שאמר לוקח והא ודאי פשיטא דמה בין זה לזה תרוייהו חד מילתא היא ואצלי דין מחודש הוא וצריך לפנים דמשמע דבעי למימר שאף על פי שלא אמר בשעת הקנין בכך וכך לקחתיו אלא שאמר לו תן לי חפץ זה כמו שקנית ואני מאמינך במה שתאמר ואתן לך ריוח ועל זה קנו מידו מבלי שידע בכמה קנאו וכשידע לא נתרצה שאמר אתה נתאנית כשמכרה אף על פי כן אין עליו דין הונאה ולכך כתב הטור דאדעתא דהכי משכו ליתן לו כמו שקנאו משמע דבשעת משיכה לא ידע בכמה קנאו וכן כתבה הרב בעל מאירת עינים וכן מצאתי שהביא הנ"י משם ר"ח באומר לו אני מאמינו כמה נתת בה והריני נותן לך ריוח כך וכך אעפ"י שכשאמר לו דמי מקחו נמצא שנתאנ' אין לו דין הונאה שהרי לא סמך משעה ראשונה על שוויונם אלא על הדמים שלקחן וקשיא לי דמאי שנא ממדד עד שלא פסק דאמרי' בפ' הספינה דלא קנה דלא סמכא דעתיה עד שידע את הדמים ולא דמי למאן דזבין כדשיימי בי תלתא דבההוא אשומא דבי דינא סמיך דלא טעי אבל הכא אפשר דטעי ואדרבא דמי

למראה דינר לשלחני דהיכא דאינו בקי כדרכו ואיסר משלם מביתו והרא"ש ז"ל כתב בתשובה הביאה הטור לעיל ממי שלקח ונתרצה בשומת לוי ואח"כ הראה החפץ ונמצא שנתאנ' וטעה לוי יכול לחזור בו דלא עדיף ממי שפיר' ואמר ע"מ שאין לך עלי הונאה ומ"ל נתרצה בשומת אחרים מ"ל נתרצה בשומת מוכר עצמו. ובהאי טעמא דכתבינן ניחא דשאני תולה בשומת אחרים שדעת שניהם מסכמת על דעת שלא יתאנה אחד מהם הקונה אל ישמח והמוכר אל יתאבל אבל זה שלוקח ע"מ שהוא מאמינו במה שקנאו מוכר ונתן לו ריוח כך וכך מסתמא אם טעה לשבח מפסיד מוכר דלא גרע משאר נושא ונותן באמונ' דאין עליו הונאה לוקח נמי אף עפ"י שלא ידע בשעת הקנין דעתו כאילו שוייה שליח שיקנה בשבילו בין רב למעט ולפי דרכנו למדנו דההיא דנושא ונותן באמונה בין לגבי לוקח בין לגבי מוכר איתיה כדי שיהיה יד שניהם שוה כאחת ובהכי סמכא דעתא דתרוייהו וגמרי ומקנו אהדדי וכן הטעם בשנים שלקחו מקח בשותפות ואמר א' לחבירו תן לי כך וכך ריוח וטול חלקי כמי שנכנס תחתיו הוייא וכאילו הוא קנה הכל דאין לומר דוקא באומר בפי' חפץ זה בכך וכך לקחתי וכו' משום דמאי איכפת ליה לו' דברים אלו אם לא לומר שאין עליו הונאה דהא ודאי כמה פעמים נאמרים הדברים בהכרח לפי ששניהם מעמידין עצמ' על המקח ואין דעת שניהם נוחה אלא כשמפרש מה שקנאו ובזה מתרצה הלוקח שאינו מטעהו. מעתה הוא הדין כשהלוקח עצמו היה שותף בו ואומר זה אני רוצה להשתכר כך וכך מדלא הזכיר שוויין המקח לומר בכך וכך אני מוכר לך אלא שיעור הריוח כמי שאומר בכך וכך ריוח אני מסתלק וכאלו אתה קנית הכל וזהו המנהג הקבוע בין הסוחרים כשלוקחים סחורה א' בשותפות שנים או ג' וקורין לה תלקיש שא' מהם לוקח חלקו וחלק חבירו ואעפ"י שיהיה הונאה בדבר מופלג בין להוסיף בין לגרוע עלתה לו ואין אומר השב. ואם מחמת המנהג לבדו היה אפשר לומר שלא נהגו כן אלא בלוקחים בשוק משו' תקנת השוק שאין להם ספק להמלך ולהראות לתגרים ושניהם רוצים להחלק ולחזר אחר סחורה אחרת אבל בלוקחים מבעלי בתים בבתיהם כדרך הסוחרים לא שייך שם תקנה. ומסתברא דאין לחלק בכך דהא מעמד שלשתן משום תקנת השוק הי' כדכתבו התוס' והרא"ש בסוף פ"ק דגיטין דהתקינו דמי שקונה סחור' ואין בידו מעות מעמידו אצל בעל חובו ולא יצטרך להמתין עד שיפרע לו לפי שאין ס' לכל זה ואעפ"י שעיקר התקנה היתה בשביל זה מ"מ בכל דוכת' איתי' אפי' בסוחרים שאינן דוחקין ושלא בשעת השוק וכן לוקח חפץ מן השוק ונמצא גנוב משום תקנת השוק אמרו ישבע לוקח בכמה נטל ויטול שאם לא כן נמצא השוק מתבטל שאין שם שהות לחקור ולשאול ומכיון שתקנו בכך אפי' בלוקח שיש לו ריוח ויכול לחקור לא

נשתנה דינו ולא פלוג רבנן במלתיהו והכ' נמי דכוות' כ"ש דדינא קא עבדי כדכתבינן. ועוד יש לחקור כשאין למקנה אלא בריוח ואין לו קנין בגוף מהו שיהא בו הונא' לפי שבנ"ד אין קנין לו בגוף הנכסי' שאם נאבדו הם או מקצתן לא היו באחריותו לשל' מביתו אלא שהקונה נתחייב לתת לו בשכרו רביע הריוח בהם אפי' אם היה מוכרו לאחרים לא היה בו הונאה לפי שאין גופו ממון להקנותו לאחרים או לקדש בו את האשה שאפי' אם עכשיו שוה יתר על הקרן ויש בו ריוח שמא כשימכר לא יהי' בו ריוח מחמת שיוזלו או מחמת שיהיה הפסד במקצתן שלא הקנה לו מה ששו' המקח יותר אלא נתחייב לתת לו רביע מהריוח שישאר בידו אחר מכירתו וכחוב דעלמא דמי דלענין הונאה כתיב כי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד וגופו ממון לכך יצאו חובות ושטרות דכתיב וכי תמכרו ממכר שגופו מכור וקנוי יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין בהם הונאה. וגבי שכירות אמרי' התם דשכירות ליומיה ממכר היא הא כל מידי דלא חשיב ממכר אין בו הונאה.

ויש לדקדק בדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ג שחלק בין פועל לקבלן וכתב כלשון הזה השוכר את הפועל לעשו' עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם הונאה. ובסמוך כתב נ"ל שהקבלן יש לו הונאה כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה וכו' שהטעם שנתן כפועל לפי שהעבדים אין להם הונאה קשה דטעמא דעבדי' היינו משו' דהוקשו לקרקעות דכתיב והתנחלתם אותם וכו' וההוא בעבדים כנעניים הוא דכתיב ואם איתא עבד עברי נמי נקני בחזקה אלא כנעני דוקא הוא דאתקש דכתיב לרשת אחוזה. והרב בת"ה הביא ראיה לדברי הרב מדאמרי' גבי שבוע' עד היכן גלגול שבועה עד דאמר ליה השבע לי שלא נמכרת לי בע"ע ועבד עברי גופו קנוי ופריך א"ה היינו קרקע משמע דע"ע נמי איתקש לקרקע. וי"ר דלאו ראיה היא דהתם אי לא חשיב קרקע כ"ש דקשה דעיקר שבועה שייך בה וטענתא מעלייתא היא דממונא אית ליה גביה אלא דפריך תלמודא דע"ע גופו קנוי ולאו טענת ממון הוא ואהא פריך דלא גרע מקרקע דע"י גלגול משתבע והא תנן לה במתני' וזוקקין את הנכסי' שיש להם אחריות לישבע עליהם ומאי רבותא דעד היכן גלגול שבועה דקאמר. ונ"ל דהא דחשבינן ליה כקרקע לאו משום דחשיבי כעבד כנעני שהוקשו לקרקעות אלא כיון דטענתי' בהדיא שנמכר לו לעבד עברי כיון דקי"ל גופו קנוי אין כאן טוען ואין כאן חפץ שישבע עלי' דגבי שבוע' כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים בעינן טוען ונטען וחפץ שטוענין עליו והיינו דמשני התם עבד עברי גופו קנוי והוא החפץ הוא הנטען ופרכינן א"ה היינו קרקע כלומר דכי היכי דקרקע ליתיה בכלל שבועה דבעינן דומיא דכסף דבר המטלטל

ואפילו הכי ע"י גלגול איתיה עבד עברי נמי מאי גריעותיה שלא לגלגל עליה כדתנן במתני' ומאי רבותא דעד היכן גלגול שבועה ומשני דעבד עברי אצטריכא ליה דאם איתא דזבן קלא אית ליה קמ"ל ומזה למד הרב ז"ל דגבי הונאה נמי כתיב כי תמכרו ממכר לעמיתך וגו' דבעינן קונה ומקנה ודבר הקנוי דהיינו חפץ הנקנה מיד ליד ופועל כיון דגופו קנוי ליומי' וכע"ע דמי הוא שהקנה הדבר הקנוי לפיכך אין בו הונאה אבל בקבלן דלאו גופו קנוי לימים שהרי בכל שעה שירצה יש לו רשות לעשות מלאכתו כתב הרב ז"ל שיש לו הונאה. אבל קשה נהי דאין גופו קנוי מכל מקום אין דבר קנוי שגופו ממון אלא תביעת חוב בעלמא הוא שיש ביניהם וגבי הונאה בעי' שגופו מכור וגופו קנוי. כבר תמה הרב המ"מ ז"ל וכתב וצל"ע דהא קי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי וקבלנות הרי הוא כשכירות לענין כלי עכ"ל ואע"פ שהתוס' והרא"ש כתבו דקי"ל דאומן קונה בשבח כלי הרמב"ם ז"ל בשטת הרי"ף ז"ל קאי כמו שכתב בפ"י מה' שכירות בההוא דנתן לחרש לעשות שידה תיבה ומגדל שאין האומן קונה בשבח כלי וכן בה' אישות בההיא דעשה לי שירים ונזמים וטבעות ואתקדש לך. ונ"ל בדעתו של הרב ז"ל דכל מידי דמטי ליה קנין גבי לוקח ממכר קרינן ליה אע"פ שלא היה לראשון קנין כלל כגון זה שקבל עליו לארוג בגד זה או לתפור חלוק הרי באריגה זו או בתפירה זו מעמיד כלי אצלו שנתן לו מטוה ומחזיר לו בגד והבעלים קונים בשבח הכלי וגופו ממון לגבייהו וגבי הונאה ממכר כל דהו שמיה ממכר כי היכי דמרבי' שכירות משום דמכר ליומיה הוא אף על גב דבעלמא לא חשיב שכירות כמכר כדכתבו התוספות בפרק קמא דעבודה זרה מוכח דשכירות לא קניא מישראל ששכר פרה מכהן דמאכילה כרשיני תרומה ומדתנן לא לבית דירה אמרו דכתיב ולא תביא תועבה אל ביתך אלמא לא מקניא לשוכר אלא כתבו התוספות דהכא גבי הונאה כתיב ממכר מיותר לרבות מכירה כל דהו ולישנא דגמרא דייקא דקאמר ממכר סתמא כתיב והאי נמי ביומיה ממכר היה וקבלנות כה"ג עדיף טפי דחשיב ממכר לגבי לוקח שהוא קונ' בשבח הכלי ולפי זה קבלנו' אח' כגון שקבל עליו לשמו' פירותיו ולרעות את בהמתו לא שייך בהא ממכר ואין בו דין הונא' ולכך הוצרך הרב ז"ל לפרש קבלן יש בו הונא' כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד או לתפור חלוק וכו' דהיינו קבלנות שגופו ממון לאפוקי שאר קבלנות דעלמא ולכך לא הזכירו לשון מקח בחפצי' לפי שלא היה לו קנין בהם אלא אמר כך וכך בשביל הריוח שאפי' אם היה לו קנין בחפצי' הואיל ולא הזכיר בהם שום לשון הקנא' אלא שהיה נוטל ת"ק זהובים חלקו בריוח ולא מכר גוף החפצים ולא קיימי ברשות לוקח ובמכירת היתרון לא שייך הונא' דאפי' היו' היו שוי' יותר כיון דביד הבעלי' להשהות' למכר' כחפצי' שמא אח"כ יהיה נגרע מערכן ושמא

יארע הפסד או אונ' במקצ' הנכסי' שיצטרך להשלי' מהריוח דרווח לקרנא משתעבד. ועוד יש לחקור בדין מי שלוקח מיני סחורות הרב' בלא שומא ובלא הקפד' אי שייך בהא הונא' והיינו משום דבגמ' איכא פלוגתא במכור לי דאלו רבא אמר רב הונא יש לו עליו דין הונא' משום דמכור קאמר ליה לשון ממכר ר' אבא אמר רב הונא אין לו עליו כיון שלא דקדק בדמי' שנתן ואפשר דה"ה כשלוקח פירות אכסרה כמ"ש הרמב"ם ז"ל ולא פליג רב' התם אלא משום דמכור קאמר והרא"ש ז"ל פסק בההיא דמכור לי באלו דאין בו הונא' כיון דלא ברירי' מלתא הלכתא כמאן מספק' לא מפקינן ממונ' ומשמע דבין כשנתן מעות באכסר' בין נתן הפירות באכסר' פליגי אמוראי בגמרא שכן הרמב"ם השוה אותם ואמר וכן הדין כשנתן לו הפירות באכסר' ופסק כרבא דיש לו הונא' ולהרא"ש שפסק כרב אב' דאין לו הונא' בכל ענין הוא ומנאתי בספר מאירת עינים שכתב משם מהר"י איסרלס שעל שתי חלוקות אלו של הרמב"ם הגיה וכתב וי"א דאין לו הונא' ותמ' הוא זכרונו לברכ' עליו שהרי הביא הטור סי' ר"ט לשון הרמב"ם ז"ל פ"א מה' מכיר' בסתם באין חולק כיצד ערימ' של חטים אני מוכר לך בכך וכך מרתף של יין אני מוכר לך בכך וכך אף על פי שאין מדת הערימ' ידוע' ולא מנין הקנקנים ידועי' מכרן קיים אף על פי שנמצא חסר או יתר על האומדן שהיה בדעתם ויש להם הונא' בשער שבשוק אלמא בכה"ג כולי עלמא מודו שיש לו הונא' ומה לי ערימ' של חטין ומה לי פירות אכסר' ואדרבא דיש מקום לומר דרב אבא גופי' לא פליג אלא תמכור לי אלו דוקא דאע"ג דמכור קאמר מ"מ כחליפין דמיא אבל במוכר פירות אכסרה בסלע או בשתים כיון דבכסף הוא קונ' חשיב ממכר ויהיה בו הונא' אעפ"י שאין הפירות ידועים אבל ההיא דערימ' של חטים קשיא לי דמשמע התם שאעפ"י שנמצא טעות במנין הסאי' או הקנקנים שאמדום אינו יכול לחזור אע"ג דכל דבר שבמנין שבמשקל כשטע' אפילו בכל שהוא חוזר מאחר שלא דקדקו גמרו ומקנו אהדדי בין חסר בין יתר אם כן מאי קאמר ויש להם הונא' לפי השער שבשוק לימא ליה מוכר על השער שבשוק עשינו המקח ואילו היו פירות מרובים לא היתה שם הונא' ומאחר שלא חשת למדוד קבלת אות' עליך בין מרובין בין מועטים דאין לומר דמ"ש דמכרו קיים אעפ"י שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם היינו כשהחסרון או התוספת בין מצד המדה בין מצד השער לא הגיע לחומש שאם הגיע לחומש אפילו בהצטרפות הונאת השער זהו שכתב ויש להם אונאה על שער שבשוק דהא משמע הלשון דמחלק בין הונאה של מדה להונאה של שער שבשוק ומדקאמר ויש להם הונאה לפי השער משמע שאם היה נודע להם אז השער שבשוק ולא טעה אלא במדה הגיעו ויש לפרש דהא דקאמר ויש להם הונא' לפי השער שבשוק היינו כשהזכירו

שער ביניהם אמרו בדינר זהב הכור ושוב עשו המקח אותה ערימה במאה דינרים והיינו דקאמר אעפ"י שנמצא יתר או חסר על האומד שבדעתם דמי מפיס האומד שבלבם אל' לפי חשבון השער שהזכירו בדינר זהב הכור ושוב לקח הערימ' במאה דינרין מסתמא על מאה כורין שיערו אם נמצאו שמונים כור הגיעו אבל אם נמצאו השער שבשוק שאינו כן בכדי הונאה חוזר ומעתה ההי' דפ' י"ב דמכור לי באלו וכן לוקח פירות אכסרה שכתב קנה ומחזיר הונאה לאו היינו הונאה שנתאנה לפ' המדה שמצא בהם דהא סבור וקביל בין מרובין בין מועטין כמו שכת' בפ' כ"א ומאי קא תבע ליה וכן כשאמ' מכור לי באלו אם היו מעות מרובין לא הית' שם הונא' אלא כשפירשו תחל' שער ואח"כ מכרו בסת' דאם נמצא פחות משער שבחוץ חוזר אבל אם נמצא פחות ממה ששיערו בין במעות בין בפירו' הגיעו ולא חשיב כ"כ דוחק מה שלא פירש הרמב"ם ז"ל דמיירי בשמו אותם דאלעיל מינה קאי שכתב גבי החליף פירות בין ששמו אותם בתחילה בין ששמו אותם לבסוף וכו' וכתב שם בכ"מ ז"ל דדוק' שמו אבל לא שמו אין לו הונא' ועליה כתב בסיפא קנה ומחזיר הונא' כמו שביארנו וכן בפ' כ"א כתב ויש הונא' לפי השער שבשוק כמו שביארנו כלומר שם בפי"ג ע"י שומא והא דמייתי הרב מהרי"ק ז"ל בסי' כ"ט מההי' דההולך לחלוב את עזיו וכו' ואמר לי' מה שעזי חולבות מכור לך וכו' משמע אפי' יהיה יותר על דמיו וקשיא ליה והרי אינו דבר המסויים ולפי מ"ש הרמב"ם לא קנה אלא כנגד מעותיו ונדחק הרב ז"ל לומר דגזה וחלב אין להם שער ידוע ולפי זה לא קשיא דודאי כל שמכר פירות שאינ' קצובים בכך וכך דמים במאי מצי הדר ביה הא לא מצי למימר סבור הייתי שהשער בכך וכך שהרי לא הוזכר השער וגם לא הקפידו על המדה והא קביל עליה בין מועטין בין מרובין ואם היו מרובים לא היה שם הונא' אבל כשפירשו שער כל מדה ומדה ונמצא שטעו בשער שבשוק ומיהו בלא זה נמי לא קשיא דאפילו פירשו שער פחות ממה שבשוק כיון דליתיה השתא בעולם לא שייך בהא אונא' דלא היה יכול למכרם לאלתר בשוק ולכך אוזיל גבי והתם לא נחית אלא לאשמועינ' דלא חשיב רבית מה שנתן לו בזול דלא חשיב מלו' גמורה ומ"מ בדעתו של הרמב"ם ז"ל אני מתקשה כי פשיטא דשמעתא התם דמכור לי באלו דקאמר קנה ומחזיר אונאה משמע אעפ"י שהיתה האונא' במנין המעות כל שהיה שם כדי הונאה חוזר וכן משמע מדברי רש"י ז"ל שכתב יש בו הונאה אם אין בדמים כדי דמי החפץ שפיחת שתות ואפשר לומר דדוקא גבי מכור לי באלו כיון דמשום דמים נתנם דעתם היה בענין שלא יהיה בו כדי הונאה אבל כשמכר פירות באכסרה מתוך דלענין המדה לא דקדקו אם פחות אם יותר אף לענין השער הגיעו כיון שיכולים לתלות כל ההונא' בשיעור המד' והא סבור וקבל

והדברים צריכי' תלמוד ואין פנאי כעת. ובנ"ד מוכח שלא היה דעתו על שויון הנכסים אלא על הריוח שלקח ממה שלא דקדקו בפרטי החפצים שהיו מינים ממינים שונים שיש דברים שלא היה בהם ריוח כל כך ויש דברים שיש להרויח בהם הרבה ועל זה היה רוצה להביא שמאים שישומו אותם ואם לא הביאו היה לו לומר נשום אותם אנחנו לראות מה יתעלו שהרי בתחלה לא שבעתן העין כשנקנו דאז לא היו מדקדקים כמה ירויחו בהם שהרי הריוח היה נכר לעין ולהוטים היו ליקח בכל ענין ועכשיו שרצה זה למכור הריוח היה צריך לחזור לראו' ולשום כל החפצים באיזה מהם יהיה השכר וכמה יהיה כדי שידע בכמה ימכור אלא מוכח שלא דקדק בשווי אלא בריוח הבא אליו ונתרצה באותו סכום ונסתלק וכבר כתבתי דכל האי מלתא רפיא בידו.

ותו בהא דאמרינן לוקח לעולם חוזר יש לחקור בו ב' חקירות האחת בדאמרי' עד דרמי ליה זבינתא כזבינתיה. אם נתברר שבאה לידו סחורה אחרת כמותה ואומר לא הספקתי לידע שומתה בודאי עד שחזר בו המוכר מלמכרה או שתליתי שנמכר ביוקר לפי שהיה הלוקח להוט אחריה מי אמרינן שיכול לתבוע הונאתו מאחר דלא אתידע ליה ונאמן בהכי או דילמא לא מהימנינן ליה. ומסתברא דלא מהימן לומר לא חקרתי עליה ולא ידעתי שטעיתי שהרי אמרו דמוכר עד דמתרמי ליה זבינא כזבינתיה והרי זה בא לידו זביניה ממש ואם לא עכשיו אימתי דלא עדיף מלוקח שהיה יכול להראות לתגר ונתעצל ולא הראה שאין לו דין הונאה ולא יפו כחו של מוכר יותר משל לוקח אלא לפי שאין מקחו בידו שישאל עליו עד דרמי ליה זבינא כזבינתיה וכן מוכח מסגנון לשון הגמרא דקאמר מאי טעמא לוקח מקחו בידו כל היכא דאזיל מחוי ליה ואמרי ליה מוכר דלא נקט מקחיה בידיה עד דמתרמי ליה זבינא כזבינתיה לידע אי טעי ע"כ משמע דכי איתרמי ליה זבינא כזבינתיה הוה ליה כמקחו בידו דכל היכא דאזיל מצי מחוי ליה ואם נתעצל ולא הראה ולא חקר איהו דאפסיד אנפשיה. ולשון הרי"ף ז"ל שכתב עד דמתברר דרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה ולא קהדר ביה לא קאי עד דמתברר אהא דידע וטעה אלא כיון דמתברר דרמי ליה זבינא כזבינתיה מסתמא חקר וידע ומחל ועוד אני עתיד לפרש לשון זה בסמוך בס"ד ולשון רש"י זכרונו לברכה שכתב לעיל מוכר שאין בידו מה להראות ולימלך אינו מכיר בהונאתו עד שיראה לו טלית אחרת שכמותה נמכרת בדמים יקרים ע"כ לאו דבעינן לידע שראה אותה נמכרת בדמים יקרים אלא אהכרה קאי דאינו מכיר בהונאתו אא"כ ראה כמותה נמכרת בדמים יקרים אבל לעולם כל שידענו שבאת לידו מההיא שעתא הו"ל למיקם עלה ואם נתעצל ולא עמד הפסיד. והשתא בנ"ד דרמי ליה זביניה ממש שאמרו לו שנמכר בכך וכך למה לא חקר עליו שאנן סהדי אם

היה שואל ודורש לאותו האיש עצמו שאמר שהגיד לו היה יודע האמת אלא מסתמא ידע ונתפייס.

והשנית יש לחקור הא דאמרי' מוכר לעולם חוזר מה גבול יש בו. וראיתי שהביא הרב בב"י בשם הרמב"ן שדקדק מדברי רש"י שאם נתייקרו עכשיו טליתות יותר משעת המכר שאינו יכול לחזור בו שא"א לומר עד עכשיו לא הכיר בהונאתו שהרי נתייקרו אלא בשעת הזול ראה והכיר ושתק עד עכשיו וסבר מחל עכ"ל. ואיברא שכך הוא דקדוק דברי רש"י ז"ל שכתב שם עד שיראה לו טלית שכמותה נמכרת בדמים יקרים הילכך לעולם חוזר אם לא נתייקרו טליתות ע"כ. משמע דאם נתייקרו שוב אין לו חזרה כלל. ואי קשיא למה נאמר שא"א לומר שעד עכשיו לא הכיר בהונאתו אלא ראה והכיר ושתק ולימא שאין ראיה משער של עכשיו. ועוד מי לא אפשר שיאמרו כך וכך היה שוה בתחלה לא קודם שנתייקרו בשעת המקח ועוד אפילו לא ידעינן שנתייקר אלא מסתמא כשיביא ראיה שנתאנ' אין מועיל לו שער של עכשיו אם לא שיביא ראיה שבאותה שעה שמכר היה השער כך דאילו משער של עכשיו אין ראיה דהשער עשוי להשתנות כדמוכח מתשו' המרד' שהבי' בס"פ המדיר א"כ מה לי נתייקר מה לי לא נתייקר. ונראה דלא אמרי' מוכר לעולם חוזר עד דמתברר לו דאיתרמי ליה זבינא כזבינתיה אלא כשלא נשתנה השער ולא נתייקרו החפצים דאז אמרינן מסתמא לא איתרמי ליה ולא ידע דאם ידע למה שתק ולבסוף צווח מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר אבל כשנתייקר לא מהימנין ליה שלא נזדמן לו כל אותו הזמן דדילמא איתרמי ליה וידע ומחל והא דתובע עכשיו מפני שנתייקר הוא ומספקא לא מבטלינן מקחא דהרי כששהה לוקח עד שיראה לתגר לא מהימן לומר אנוס הייתי עד שיברר אונסו דהבא לבטל המקח עליו הראיה אלא במוכר לא כיון דאין מקחו בידו אמרי' מסתמא עד השתא לא איתרמי ליה מדלא צווח כמו שצווח עכשיו והיכא דאיכא אמתלאה על מה שהוא צווח עכשיו מפני שנתייקר תו לא מהימן. ומתוך דברי תשובת הרא"ש שהביא הטור לכאורה יראה דלא משמע ליה הכי ששאלוהו הא דאמרי' מוכר לעולם חוזר עד מתי וכו' ועוד פעמים שהשער משתנה והשיב שמפני שינוי השער אינו יכול לחזור בו משמע הא אם יש בו הונאה קודם שנשתנה מצי הדר ביה דאל"כ הול"ל דע שאם נשתנה השער תו לא מצי הדר שאני אומר ידע מתחלה ומחל. ומיהו אי אפשר דהא אתא הרא"ש לאשמועינן שלא יחזור בו מחמת שינוי השער שיאמר נתאניתי שאילו ידעתי שהיה השער מתייקר לא הייתי מוכר דהיכי תיסק אדעתין טענה זו של בורות ואיך אפש' לשוא' להסתפק בה ועוד עד שבא ללמוד כן מלשון הרי"ף ז"ל שאין בלשונו שום הוכחה לזה והלא גמ' ערוכה הוא

כשאינהו ושוב נתייקר השער דא"ל אי לאו דאיניתני מצית הדרת בך השתא דאינתני וכו' וז"ל השאלה והתשובה דאיבעי לן לעיוני ולמידק בתשובה זו שהשואל שאל הא דאמרי' מוכר לעול' חוזר עד מתי יהיה זה.

ועוד אפשר שאדם דחוק לפי שעה וימכור שוה סלע בדינר מפני דוחק וכשיזדמנו לו מעות יחזיר המקח וכן פעמים שהשער משתנ' וכשיר' המוכר שהשער משתנה יבטל והשיב הרא"ש ז"ל מתוך דברי הרי"ף ז"ל יתברר כל זה כי הוא כתב אבל מוכר לעולם חוזר מ"ט לוקח נוטל מקחו בידו וכל היכי דאזיל מחוי ליה אי טעה אי לא טעה מוכר ליכ' מקחו בידו עד דמתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה ולא אהדרינהו ומזה יש ללמו' כיון דחזרת המוכר אינה אלא בשביל שאנו תולין שלא נתברר לו טעותו עד עתה הילכך מפני שינוי השער אינו יכול לחזור וגם אם זלזל במכירתו עד כאן לשונו ונראה שיש חסרון בלשון וט"ס דילג לשון הרי"ף ז"ל שהוסיף הילכך לעולם חוזר עד דמתרמי דמתברר' דרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה דזה עיקר לשונו שהוסיף על דברי הגמ' ותימה הוא איך אמ' שמדברי הרי"ף יתברר כל מה ששאל השואל חדא הא דאמרי' לעולם חוזר מתי יהיה זה כלו' דתימה הוא שלא יהיה לדבר קצבה וכי אחר שנה אחר עשר שנים חוזר ועוד שאל אפש' שאדם דחוק לפי שעה וימכור שוה סלע בדינר מפני דוחקו וכשיזדמנו לו יבטל המקח כלומר ונמצא מערים מתחילה וכן פעמים שהשער משתנה וכשיראה המוכר שהוקר השער יבטל המקח ומה השיבו הרא"ש שמתוך דברי הרי"ף יתברר כל זה היאך נתברר עד כמה והיאך יתברר דחיישי' להערמה ועוד מה שכתב כי מפני שינוי השער אינו יכול לחזור בו דזו אפי' תינוקות של בית רבן יודעים דאין למוכר ולא ללוקח לחזור כשיראו שינוי השער והשואל לא נסתפק בכך אלא כך אמר וניחוש דילמא אערומי קמערים מוכר שיודע שהשער מתייקר לעתי' מזומנות לכך מחיל גביה וזבן שוה סלע בשתים והשתמש במעות ובשעת היוקר יחזיר לו את מעותיו ולענין זה מהתשובה השיבו מדברי הרי"ף ז"ל. ונראה שהרא"ש ז"ל בא להוכיח מדברי הרי"ף שהוסיף על דברי הגמרא עד דמתברר דרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה דאין לומר שבא לחדש דעליה דלוקח רמיא לברר דאתרמי ליה וידע דהא פשיטא ודאי דאי המוכר אינו נאמן לומר שלא בא לידו א"כ מכי איכא שהות דאפשר דמתרמי ליה א"א לחזור והיכי קאמר אבל מוכר לעולם חוזר ואם בא לומר דבעינן עד דמברר לוקח דאתרמי ליה וגם דמברר שידע שטעה אבל בדאתרמי ליה זבינא כזבינתיה לחודיה לא סגי הא ליתא דכבא מקחו לידו דמי והיה לו לידע דומיא דלוקח כדפירשתי לעיל. ועוד אם איתא לא הוה ליה למכתב עד דמתברר אלא עד דמברר דהיינו לוקח אלא הכא קאמר

עד דמתברר ליה שטעה כגון דאתרמי ליה זבינא כזבינתיה ובא לומר שאין לו שום בירור זולת זה דאיתרמי ליה ואיהו גופיה ידע שטעה אבל אם נשתנה השער ואין ממנו הוכחה אע"פ שאמרו לו עדים איך בשעת המקח היה שוה כך וכך לא מהני וטעמא כדכתב הרא"ש דכיון דחזרת המוכר אינה אלא מסתמא שאנו תולים שלא נתברר לו טעותו עד עתה שתבע היכא דאיכא למתלי שמפני שינוי השער נתעורר אמרינן שפיר שנתברר לו מתחלה ולא נתעורר עכשיו אלא מפני יוקר השער. ועוד מהטעמים שכתב השואל שמא הערים בתחלה אף על פי שידע ומכר בזול על סמך שיהיו לו מעות אחר כך ויחזור בו. אי נמי שכשתייקר השער יוציא מידו שלא כדין לפיכך לא אמרו שיהיה רשאי לחזור לעולם אלא כל זמן שאין לנו לתלות אלא שלא נתברר טעותו עד עכשיו שבעיניו ראה וידע אבל אם נתייקר השער שא"א לו להתברר אצלו מתוך השער לא חיישינן לעדים שיאמרו כך וכך היה שוה דדילמא איהו אערומי אערים בשעת המכר וזהו שכתב אבל מפני שינוי השער אינו יכול לחזור כלומר שינוי השער גורם לו שלא יחזור אע"פ שיאמרו לו עדים שהיה שוה יותר ולכך כתב שמדברי הרי"ף יתברר כל מה ששאל השואל שאף על פי שאמרו לעולם חוזר לאו בכל ענין קאמר אלא כל זמן שלא נתייקר השער בנתיים כדכתבו רש"י והרמב"ם ז"ל והשתא ליכא למיחש להערמה שיעשה כן לכתחלה מפני שהוא צריך למעות ויחזור בו כשיהיו לו מעות אי נמי לכשיתייקר השער דלא יניח את הודאי שהוא מפסיד חומש מפני הספק שמא בנתיים יתייקר השער ואז לא יוכל לחזור כלל וא"ת תינח כשההונאה בכדי ביטול מקח דאיכא למיחש להערמה כל שנתייקר בנתיים היכא דהויא שתות דקנה ומחזיר הא ליכא למיחש למידי ויש לומר דלא פליג רבנן במלתייהו שאם בהונאה מרובה נתנו קצבה דלא מצי הדר כשנתייקר השער דין הוא דלהונאה מועטת לא יחזור אי נמי תלינן דשמא בכדי ביטול מקח היתה אונאה אלא שלא מצא עדים שידעו אלא לכדי הונאה בלבד אי נמי בידו הוא לברר אף בכדי ביטול מקח אלא דהשתא המערים מתוך שידע שלא תעלה בידו לבטל הואיל ונתייקר חוזר אחר עדים שאינם יודעים בברי אלא בכדי הונאה: זהו מה שראיתי לישא וליתן בענינים אלו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כ

לאנגורה בקור"וגישמי אלול השפ"ה.

שאלה ראובן מכר חצר ובתים לשמעון וטעה במכר ומכר שוה מאתים במנה ועתה רוצה ראובן לחזור מהמכירה באומ' שיש אונאה במכירת הבתים שהיו שוין מאתים ומכר במאה ושמעון טוען שאין אונאה לקרקעות וראובן השיב שמה שאומרים שאין אונאה

לקרקעות היינו כשההונאה היא שתות או יותר משתות אז אמרינן אין אונאה לקרקעות אבל בנ"ד דהוא מאתים במנה מצינן דפסקו הרא"ש ור"ת שהקרקעות אף ע"פ שדין אונאה אין להם דין ביטול מקח יש להם בשמכר שוה מאתים במנה כנדון דידן אם כן יכול ראובן לחזור מהמכירה יורנו מורנו אם הדין עם ראובן ושכרו כפול מ"ה.

תשובה הא ודאי כיון דפלוגתא דרבוותא היא אם המקח קיים דלרבינו תם וסיעתו המקח בטל מעיקרו הרי אמרו העמד קרקע על חזקתו ולא תימא כיון דודאי מכר אלא דספק דדינא היא ארעא היכא דקיימא תיקום שכן רצה הרשב"ם ז"ל לומר בההיא דפרק חזקת בההוא דגחין ולחיש ליה לרבא וכו' דאמרי' הלכתא כוותיה דרבא בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ביד המחזיק בה וכתבו התוס' דלדעתו צריך לחלק בין ספקא דממונא לספיקא דדינא ולא נהירא אלא דתרוייהו כי הדדי נינהו ומוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא ושמא תאמר האי אונאה טעמא לביטול המקח ומדין גזל הוא כדאמר בריש פרק הזהב טעמא דכתב רחמנא לאו בגזל ולאו בהונאה משום דהונאה מדעתיה יהיב ולא הקפידה תורה אלא אמטלטלין אבל עבדים וקרקעות ושטרות אין בהם אונאה והשתא מספקא לן אי בפלגא איכא אונאה דכל כי האי לא מחיל אינש נימא הואיל והקנין קיים ומספקא לן אם נתבטל מטעם הונאה זו לא מבטלי' מכירה מספק ומ"ש מההיא דמבעיא לן בפרק מי שמת ש"מ שהקדיש כל נכסיו הפקיר כל נכסיו מהו וסלקא בתיקו וכתב הרא"ש שם וכיון דסלקא בתיקו ומספקא לן אי שייך הכא אומדנא או לא יראה שאין מבטלין ההקדש וההפקר מספק דאין מעשיו מתבטלין אלא היכא דבריר לן אומדנא הכא נמי לא מבטלים מעשה המכירה היכא דלא בריר לן האונאה לומר דאדעת' דהכי לא זבין ודומי' דההוא דלעיל חיישינן שמא יש לו נכסים במ"ה והמתנ' קיימת איברא דהרמב"ן ז"ל בפ"ט מה' זכיה ומתנה פסק בזו שאם עמד חוזר מ"מ מידי פלוגתא לא נפיק התם טעמא דהרא"ש דמתוך אומדנא לא מבטלינן המכירה היכא דלא ברירא אומדנא משום דאם איתא הו"ל לפרושי וכל שלא פירש דברים שבלב אינם דברים כדאמרינן בפ"ק דקדושין בההוא דזבן נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אמר רבא הוי דברים שבלב וכו' אבל היכא דהאומדנ' ברורה וידועה אין צריך להתנות ולפרש דמילי דמוכחי וברירי הוו דברים כדכתב התוס' והרא"ש שם ובפ' אלמנת נזונית והרי זו דומיא דשטר מברחת ולקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה בפרק אלמנה נזונית וכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס דפ' יש נוחלין וש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים פרק מי שמת וטוב' דמייתי התם דאומדנא דמוכרח הוא אפילו גילוי דעת לא בעי הכ' אלמא הך דכותב כל נכסיו לאחרים משום דאומדנא דמוכח הוא

אין צריך גילוי דעת דאנן סהדי דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרים הילכך גבי הפקר והקד' דאין האומדנא ברורה דדילמא גבי הפקר והקדש שביק איניש נפשיה אם איתא דעל דעת מיתה הקדיש והפקיר הו"ל לפרושי וכל שלא פירש דברים שבלב הוי ולא הויין דברים והיינו טעמא דאמרי' התם לעיל ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים חיישינן שמא יש לו נכסים במ"ה משום דיש כאן מתנה גמורה אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר והאי אומדנא לא ברירא דהא לא אמר בפי' כל נכסי אני נותן כסבורי' העם שיש לו נכסים אחרים במ"ה לעצמו ולכך נותן כל אלו לאחרים וכל דלא פירש אם מתי הו"ל דברים שבלב.

ובהא דכתבינן ניחא לי דלא תיקשי הרא"ש דידיה אדידיה דבפ' האומנין גבי עייל ונפי' אזוזי דאיבעיא לן בעא לזבוני במאה וטרח וזבין במאתן כי מוכר שדהו מפני רעתה דמי או לא וסלקא בתיקו והביאה הרא"ש כסתם תיקו דעלמא דאמרינן אוקי ממונא אחזקתיה וכן הבין בדבריו בנו בעל הטורים ז"ל ברמזין וכתב דכל א' מהם יכול לחזור בו ומ"ש מהקדיש כל נכסיו דכתב הרא"ש דכל דלא ברירא אומדנא לא מבטלינן מתנתא ואמאי יכול לחזור בו אלא דשאני הכא דלא הוה צריך לפרושי דמסתמא נותן דמי' לאלתר הוא שלא מכר באשראי ועוד דאין דרך מוכר לפרש דזוזי אנסוה כי היכי דלא לתגלו נכסיה וכיון דספקא הוי אי גמיר ויהיב או לא אוקי ארעא אחזקתיה אבל התם מתנה סתם גמורה היא מחיים אם איתא דאם ימות קאמר הו"ל לפרושי שאין שם אומדנא ברורה דנימא כמאן דפריש דמי ומיהו הרמב"ם דידיה אדידיה קשיא דבההיא דפ' מי שמת פסק שאם עמד חוזר כדכתיבנא ובההיא דפ' האומנים דבעא לזבוני במאה וזבן במאתים פסק בפרק ח' מהל' מכירה הרוצה לחזור אינו יכול לחזור ויש לתרץ דבריו ז"ל דההיא דכתב כל נכסיו כיון שיש ספק בעיקר המתנה אוקי ארעא אחזקתיה אבל בההיא דפ' האומנים שאני התם דמשעת שמכר נפקא ארעא מחזקת המוכר לגמרי שאילו נתן לו הלוקח מעותיו לאלתר לא מצי מוכר מעכב הילכך כי חזינן השתא דעייל ונפיק אזוזי דאיכא למיחש דמשום צורך זוזי הוא דזבין וכל שלא נתנם נתבטל המקח היכא שאין דבר זה מתברר לא מבטלי המקח בכך דאין ספק מוציא מידי ודאי דמשעת דזבנה קמה לה ברשותיה דלוקח ונפקא מרשותיה דמוכר ומספק אתה בא לבטלה אל תבטלנה מספק והכא בנ"ד הספק בעיקר המכירה אם נתקיים המקח או לא נקנה המקח כלל כיון דזבן מאתן במאה ביטול מקח מההיא שעתא הוי ושניהם יכולים לחזור בהם לאלתר.

וא"ת ומ"ש מהא דכתבו התוספות בפרק ב' דכתובות גבי שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הרי זו לא תנשא ואם נשא' לא תצא שנים אומרי' נתגרשה וכו'

אם נשאת תצא ופרכי' מ"ש רישא ומ"ש סיפא וכו' והקשו בתוספות וא"ת שנא ושנא דרישא בחזקת פנויה וסיפא בחזקת א"א ותירצו דמיירי כגון דקדשה בפנינו וזרק לה קדושין ושנים אומרים קרוב לו ושנים אומרים קרוב לה דכיון דודאי נתקדשה תו ליכא לאוקומה בחזקת פנויה הכא נמי כיון דודאי מכר לפני עדים אלא שיש ספק אם נתבטל תו ליכא לאוקמה בחזקת מוכר וקרוב הדבר להההוא ספקא דאיכא דעייל ונפיק אזוזי דפסק הרמב"ם שאינו יכול לחזור בו וי"ל דלא דמי דהתם חזקת פנויה אתרעא לה במה שפשטה ידה לקבל קדושין ונתרצת בכך שאם אירע הדבר שהיה קרוב לה מקודשת גמורה היתה ואם לא אירע לא היתה המניעה ממנה הילכך חזקת פנויה אתרעא לא אבל הכא אם איתא דזבן מאתן במאה הוי ביטול מקח מההיא שעתא לא נקנה והעמד קרקע על חזקתו ואימור לא נקנה אי נמי חזקת פנוי' לא הויא כחזקת ממון דחזקת פנויה דאינו שינוי בגוף חזקה קלילא היא כמו חזק' טמא' חזק' איסור' שעשוי להשתנו' תדע דגבי מקו' שנמדד ונמצא חסר בסוף פרק האומנין לא חשיב חזקת טמא כנגד חזקת מקוה אי לאו משום דהרי חסר לפניך דהו"ל תרתי לרעותא משום דהעמד מקוה על חזקתו הוי חזקת הגוף והעמד טמא חזקה דדינא הוא וחזקת ממון כנגד חזקת הגוף חזקת ממון עדיף כדמוכח בפ' הכותב דאמרי' לא תימא ר' יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופיה כלל אלא כי לא אזל ר' יהושע בתר חזקה דגופה משום דאיכא חזקה דממון אלמא חזקה דממון עדיף וכי אמרו התוספ' דכיון דנתקדשה לפנינו אתרעא לה חזקת פנויה משום דלא הויא אלא חזקה דדינא ועבידא דאשתנו ע"י קדושי' וזו כבר באה לידי כך אבל חזקת ממון דעדיפא מחזקת הגוף לעולם הוא בחזקתו עד שיודע לך שנגמר המקח לגמרי זהו מה שיכולתי לכתוב ממאי דרמאי אנפשאי ואידכרי כי גולה ממקומי אני ואין עמי ספרים מכל מקום במה שכתבתי יש בו די להוכיח שמאחר שהמכר מסופק קרקע בחזקת בעליה עומדת ושלום הכותב בפרוורי קושטאנדינה הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כא

שאלה ראובן נפטר לעולמו הצדק חיי לרבנן ולכל ישראל שבק והניח אלמנותו שרה ובנים זכרי' ונקבו' אשר ילדה לו גם הניח בת אחת מאשתו הראשונה והניח בעזבונו קרקעות וכמה מיני נכסים ואחרי מות ראובן הוציאה הבת הנז' שטר מתנה שעשה לה אביה שזה נסחו זכרון עדות שהיה בפנינו ח"מ זה שנים כשנפטרה לאה תנצב"ה אשת ראובן בן יעקב הלכנו בתוך ימי האבל של אשתו הנז"ל ואמ' לנו דעו כי אשתי הנזכרת צותה לי לפני מותה על בתה ובניה שלא אשכח אותם אחרי מותה ושאעשה עמה חסד שהבתים אשר לי בשוק פלו' שאני דר בתוכם יהיו מזומנים לנישואי בתה דינה ואני הנני

רוצה להקים את דבריה אשר צותה עלי והוו עלי עדים וקנו ממנו קנין גמור איך מרצוני ודעתי הטוב בלי שום זכר אונס אני נותן מתנה גמור' שרירא וקיימ' גלויה ומפורסמת כל קרקע וחזקת בתים אשר לי תחת כל השמים לבתי דינה הנזכרת מעכשיו לכשתגיע ליכנס לחופה רוצה לומר שהגוף יהיה קנוי לה מעכשיו ואני ובאי כחי יהיו שליטים בפירות הקרקע עד שתגיע דינה הנז' לחופה כי אז יהיה הכל שלה כאמור בין בחיי ובין במותי ואם ח"ו בתי הנזכרת תעדר קודם שנכנס לחופה או שאכניסנה אני לחופה ואתן לה צרכי נישואיה ולא תצטרך לבתים הנזכרים מעתה ומעכשיו הם של זרעי בין הנולדים ממר' שרה הנזכרת בין הנולדים מאשה אחרת כל זה בירר ופירש לפנינו חתומי מטה ראובן הנזכר מדעתו ורצונו הטוב בלי שום זכר אונס כלל וקנינו ממנו קנין שלם כהלכה ואמר לנו כתבו וחתמו שטר מתנה זו ותנו ביד בתי הנזכרת להיות בידה לעדות לזכות ולראיה ולא יהיה כח בידי לבטל אפילו אם אמות או אתן במתנה לאחת לקצת הבתים או כל' הכל יהיו כאין ומתנה זו תהיה שרירא וקיימת כאמור ואחר שיצאנו משם עבר זמן ולא נכתב מה שעבר בפנינו שצוה אותו בעת ההיא עד היו' הזה שדרש מאתנו ראובן הנזכר לכתוב זאת זכרון בספר כפי מה שצוה אותנו בעת ההיא ועל כן כתבנו וחתמנו שמותינו והיה זה יום פ' וכו'. מודה אני ראובן. שמעון עד. יוסף עד. ישראל בן יצחק עד.
והאלמנה טוענת שאין במתנה זו כלום לפום דינא. ועוד שהבת הנז' היתה אז קטנה בת שנתה ומעולם לא זכתה במתנה והנכסים והקרקעות בחזקת היתומים הם יורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים וכסא כבוד תורתו ירום ונשא וגבה מאד אמן וכן יהי רצון.

תשובה הלכה רווחת בישראל שקטן אפילו בן יומו יש לו זכיה דתנן בסוף פרק מי שמת זכין לקטן ואין זכין לגדול אמר רבי יהושע לקטן אמרו קל וחומר לגדול ופירש רשב"ם ז"ל זכין לקטן הואיל ואין לו יד לזכות לעצמו ממון שנותנים לו תקנו חכמים שיהא אחר זוכה ומקבל לצרכו ואין זכין לגדול שהרי יכול לזכות לעצמו ר' יהושע אומר לקטן אמרו ק"ו לגדול שיש לו יד לקבל ולזכות אלמא בקטן שאין בו דעת מיירי דלא תקינו ליה רבנן זכיה שאם הגיע לצרור וזרקו וכו' אית ליה זכיה על ידי עצמו דאמרינן בפרק התקבל אגוז ונוטלו צרור וזורקו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים ובפ' האיש מקדש אמר מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנא' נשיא א' נשיא א' ממטה וכו' וכמה קטנים היו בנוחלי הארץ והנשיאים זכו בעדם ומינה דאפילו קטן בן יומו זכין לו דכמה עוללי' ויונקי שדים היו בהם והרמב"ם ז"ל פסקה לזו בפ"ד מה' זכיה זכין לקטן אפילו בן יום א' ולגדול בין בפניו בין שלא בפניו והיינו כזכיה ע"י אחר דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו.

וכתב עוד הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ט מהל' מכירה ירא' לי שקטן שקנה קרק' ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו וכו' וכתב הרב המ"מ מבוא' בגמר' שמי שמקנה קרקע לקטן קנה והכי משמע לכאורה בפרק האיש מקדש דאמרי' מנין שזכין לקטן וכו' ואע"ג דאדחיה הך אוקמתא מ"מ מפורש ס"פ י"נ גבי ההוא דקלא אזל רב ביבי אקניה לבנו קטן וכו' וקשה דמאי מייתי מהך דפרק האיש מקדש דההיא בזכיה על ידי אחר מיירי והרמב"ם ז"ל לא מיירי אלא כשהקטן עצמו נתן דמים או החזי' ומנ"ל דאית ליה יד ואית לי' זכיה והא דתנן הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין מדרבנן הוא וטעמא משום כדי חייו הוא ותדע דעל ידי אחר שאני דהא בקטן בן יומו כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות זכיה שזכין לו על ידי אחר ואילו בזכות עצמו אפי' איכא דעת אחרת מקנה אותו בעינן שיהיה בן דעת שנותנים לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו וההיא דפ' יש נוחלין ודאי לא מיירי בע"י אחר אלא הוא עצמו הקנהו וזהו שכתב דאפילו מדאורייתא יש להם זכיה כשדעת אחרת מקנה אותו אם כן מההיא דנשי' אחד אין ראיה דזכיה על ידי גדול שאני ונראה דהא ידעינן דקטן אית לי' זכיה מדאורייתא במטלטלין כמו שכתב המ"מ ז"ל וכן דעת הרמב"ם ז"ל בהלכות לולב ובשאר דוכתי והך זכיה בבן הבחנה סגי בדעת אחרת מקנה וכבן יום אחד בזכיה על ידי אחר אלא שכאן חדש הרמב"ם ז"ל שאף בקרק' אית ליה זכיה וכשהוכיח המ"מ ז"ל זה מההי' דנשיא א' מהשת' קרקע ומטלטלין שוין הוא ואית ליה זכיה בקרקע דכך לי דעת אחרת מקנה אותו בבר הבחנה כמו זכיה על ידי אחר בבן יום אחד.

ואכתי קשה לי בדברי הרב המ"מ היכי קאמר דאדחי' הך אוקמת' אדרב' עדיפא מינה קאמר דפרכינן ותסברא זכות איכא חובה נמי איכא ומסיק כדרבה מנין ליתומים שבאו לחלוק שמעמידין להם אפוטרופוסים לחוב על מנת לזכות וכל שכן זכות גמורה וכן פירש רש"י זכרונו לברכה שם אלא כדרבה כלומר לא זכות שלא בפניו גרידתא איכא למשמע מינה לגדולים אלא לאורויי נמי לקטנים אפילו חובה הבאה מחמת זכות ואעפ"י שהר"ן ז"ל חתר לבעבור סבב את פני השמוע' שלא נלמוד משם דאית ליה לקטן זכיה מן התורה משום דקשיא ליה ההיא דפרק איזהו נשך קטן אע"ג דלית ליה שליחות אית ליה זכיה מדרבנן ודאי דהרמב"ם ז"ל והרב המגיד דאזיל לשיטתיה דס"ל דאית ליה זכיה מדאורייתא קים להו כהנך ספרים דלא גרסינן מדרבנן כמו שכתבו התוספות בריש פרק איזהו נשך ולפי זה שמעתא רווחא ואזלה ומה שפירש ז"ל בשמועה קשה לי דלא מתוקמא לפום סוגיא דהתם כמו שכתבתי במקום אחר ובהא דמייתי מדרב ביבי דאקנייה לדיקלא לבנו קטן קשה מדידיה אדידיה שהוא ז"ל כתב בפרק י"ב מהלכות

זכיה דהרמב"ם ז"ל לא גריס בההוא עובדא דרב ביבי לבנו קטן אלא לבנו סתם דהא הרמב"ם ז"ל סבירא ליה דאפילו גדול לא קנה א"כ היכי מצי הרמב"ם ז"ל לאיתויי מינה ואי לאו המ"מ ז"ל הוה מצינן למימר לדעת הרמב"ם ז"ל דאע"ג דגריס לבנו קטן ס"ל דקטן לאו דוקא דבין גדול בין קטן לעצמו מקרי הואיל והוא יורשו וקטן דנקט משום דמעשה שהיה כך היה ועוד קשה שהיה יכול הרב המגיד ז"ל להוכיח בהדיא מעובדא דפרק השולח גבי מי שחציו עבד וחציו בן חורין דההוא עבדא דבי תרי דקם חד מינייהו ושחררי' לפלגיה אזל אידך אקניה לבנו קטן וכו' ועבדא כמקרקעי דמי והא דלא קנו מטלטלין אגבייהו משום דבעי קרקע דומיא דערים בצורות דלא ניידי אלמא לכל מילי דקנין זה וזה שוין ושמא הרב המגיד משנה ז"ל למאן דלא גריס בעובדא דרב ביבי בנו קטן סמך אהא דהשולח ואפשר דאפילו למאן דלא גריס קטן מוכח דקטן הוא מדנקט לשון דאקנייהו לבנו ולא קאמר אזל יהביה דלשון אקניה משמע במי שאין לו יד לקנות שהוא צריך דעת אחרת להקנותו הנה הארכתי בדברי הרמב"ם אלו הואיל ואתא לידן ולפי דרכנו למדנו שיש לקטן קנין בין בקרקע בין במטלטלין בבן דעת ע"י דעת אחרת מקנה ובבן יום אחד על ידי זכיית אחרים.

וראיתי עוד בפרק מי שמת בהגהת אשרי וזה לשונו וקונין בין לקטן בין לגדול וכן מעשים בכל יום מהך סוגיא משמע דליכא מאן דאמר דזכין בין לקטן בין לגדול ותימה כמאן קיימא לן השתא ודבריה' תמוהים דהא ודאי כר' יהושע פסקינן דאמר לקטן ק"ו לגדול ונראה דמשמע ליה דרב יהושע יחידאה דסתם לן תנא כרבי אליעזר ולעיל קתני וחכמים אומרים בשבת דבריו קיימים אבל לא בחול רבי יהושע אומר בשבת אמרו קל וחומר בחול ועלה קתני כיוצא בו זכין לקטן ואין זכין לגדול אלמא רבנן קאמרו ליה ואמרינן בגמרא דמתניתין רבי יהודא היא דאית ליה כתנא קמא דמתניתין הכי אבל רבי מתני איפכא זכין לגדול ואין זכין לקטן רבי יהושע אומר לגדול אמרו קל וחומר לקטן אלמא בין לרבי יהושע בין לרבי מאיר ליכא למאן דאמר אליבא דתנא קמא דזכין בין לקטן בין לגדול ולא שבקינן סתם מתניתין ונקיטינן כרבי יהושע ובמקצת נוסחאות גרסי' בבבא דלעיל ר' אליעזר אומר בשבת דבריו קיימים מפני שאינו יכול לכתוב אמר ר' יהושע בשבת אמרו ק"ו בחול כיוצא בו זכין לקטן וכו' ולהך גרסא לא סתם לן תנא כר' אליעזר דהכי קאמר כי היכי דפליגי הכא פליגי נמי התם מהך טעמא גופיה ולא הוצרכה המשנה לפרש את דבריו של רבי אליעזר ומיהו בסדר המשנה גרסי' וחכמי' והכי איתא בדברי הירושלמי ומ"מ לא תיקשו דאנן אגמרא דידן סמכינן דמוכח בכל דוכתא דזכין בין לקטן בין לגדול והבאתי דברי הגהה זו לומר שלפי דרכנו למדנו שמעשים בכל יום

קונין בין לקטן בין לגדול דהיינו בקנין סודר. הילכך כאן בנ"ד הואיל והעדים קנו מידו כבר זכו לקטנה זו וזכתה על ידם במתנה דכל קנין סודר שהעדים קונים בו מדין זכיה הוא שנותנים הסודר למקנה בעד הקונה דזכות הוא לו דומי' דעבד כנעני דתנן בפ"ק דקידושין בכסף ע"י אחרים וחכמים אומרים בכסף ע"י עצמו ומפרש"י בין ע"י עצמו בין ע"י אחרים ואעפ"י שאין יד לעבד בלא רבו אחרים שיש להם יד זוכין לו אף קטן דלית ליה אחרים זוכין לו באותו סודר שנותנים בעדו וראיה מדברי התוספות בריש קדושין בד"ה ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפש' דעכו"ם נמי קונה בחליפין וכן היה רגיל ר"ת לשלוח הרשאה ביד עכו"ם והיה מקנה בחליפין ומיהו בזה צריך ליזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות וזכיה לעכו"ם אלא וקנה כתבי' ע"כ אלמא דכי כתבי' וקנינא מדין זכיה הוא דזוכין בעד הקונה ועוד ראיה מדברי בעל העיטור שהביא משם הגאון הובא בח"מ סימן קצ"ז משום דחזו ב"ד דאתו לאנצויי תקינו למקני בכלי שאינו של קונה ולמתפסיה דלא חציף איניש למתפס כלי שאינו של קונה ולמתפסיה וההוא טעמא דניחא ליה לקונה דלהוי מקנ' קונה איתא נמי בכלי שאינו של קונה דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו ובפ"ק דקידושין אמרי' נכסים שיש להם אחריות וכו' כתבו התוס' שמעשים בכל יום שקונים בק"ס שלא בפני הקונה וכן כתב הרא"ש והביאו עוד מדאמרי' בפ' הנזקין בנות דלא הוו בשעת קנין לא מהני להו קנין אלמא אי הוו בעולם אע"ג דהוי שלא בפניהם ואפי' תהיה בת יומה מהני ובפ"ק דמציעא מוקמינן מתניתין דקתני כותבי' שט' ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו בשטרי אקנייתא דהיינו קנין סודר ובפרק המקבל גבי הא דאמרי' צרור וזורקו וכו' זוכה לעצמו כתבו התוס' אהא דתנן זכין לגדול כלו' דקטן לית ליה זכיה מנפשי' היינו בקנין חליפין דאין מבחין ע"כ אלמא זוכין לו ע"י קנין חליפין וכן הוא מעשים בכל יום שזכין למלוה או למקבל בקנין סודר שלא בפניו והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כב

עוד על ענין הנזכר לעיל.

הנה כתבתי דעתי במה שנשאלתי על השטר אם הוא קיים וזה ימים רבים שהשיבותי בעל פה וגם במכתב לאמר שמתנת הבת קיימת ועתה הראו לי פסק הנראה מהחכם השלם המובהק כמה"ר נר"ו לאורועי מתנת יתומה זו ואני הוא המורה ומזכה אני במקומי ובהורמנותא דמר אדון לפניו מה שנראה לע"ד להעמיד כח מתנת היתומה על עמדה ראשונה הביא ההיא דצרור וזורקו זוכה לעצמו וכו' שהביא הרמב"ם ז"ל ופי' המ"מ בשיש דעת אחרת מקנה אותו וכתב נראה מכאן דאפילו איכא דעת אחרת מקנה

צריך שיהיה בן דעת אבל פחות מזה אין לו זכיה אפי' בדעת אחרת מקנה ואין אלו אצלי אלא דברי תימה שהרי סמוך לזה כתב הרמב"ם ז"ל זכי' לקטן אפילו בן יום א' והיינו בזכיה על ידי אחר אלמא מה שהצרי' למעלה שיהיה בו מקצת דעת זהו כשדע' אחרת מקנה לעצמו של קטן בלא זכית אחרי' דאין לו יד לזכו' לעצמו אבל על ידי גדול שיש לו יד זוכה לו דזכין לאדם שלא בפניו והכא כיון דכתוב בשטר וקנינא מיני' זכיה ע"י אחר כקנין היא ומהניא אפי' לקטן בן יום אחד.

ושוב הוקשה לו ממה שכתב הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ט מהלכות מכיר' יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמי' והחזיק תעמוד בידו אף ע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום לפי שקטן כמי שאינו לפנינו וזכין לאדם שלא בפניו וכתב הא קמן דקטן אפי' בן יומו דהוי כאילו הוא שלא בפנינו כשדעת אחרת מקנה אותו קנה וזה מוכרח מהראיה מנחלת הארץ והעמיד דברי הרמב"ם ז"ל כשהקנה לו על ידי אחר ולדידי לא מחוורא מילתא דקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק קאמר דמשמע הוא בעצמו מדלא תני בכסף ע"י אחרים כדאצטריך למתני במתני' בפ"ק דקדושין גבי עבד וכשיחזיק אחר על ידו וגם דברי הרמב"ם ז"ל אינם מתפרשים בקטן בן יומו דהא בקטן שקנה קרק' מיירי ובמקח ובממכר בעינן שיגיע לעונת הפעוטות וגם ההיא דרב ביבי בקטן שיש בו דעת הוא דמאן לימא לן דבאין בו דעת מיירי ועוד שכתב הרב המ"מ וכבר כתבתי שיש סוברים דאפילו מדאורייתא יש להם זכיה כשדעת אחרת מקנה וזה לא יתכן אלא בבן דעת שמבחין בין אגוז לצרור דפחות מכאן אין לו זכיה אפילו בדעת אחרת אם לא בזכיה על ידי אחרים אלא הא דכתב הרמב"ם ז"ל דזכין לו שלא בפניו היינו לפי שהמוכר זיכהו בקרקע ובדעת אחרת מקנה אותו דבקטן בן דעת מיירי ואם תאמר הואיל הרמב"ם ז"ל אין עניינו אלא בזכיה על ידי הנותן עצמו היאך בא הרב המגיד להוכיח מההיא דנשיא אח' דההיא זכיה על ידי אחרים היא ומנלן דע"י עצמו הוא זוכה אפי' בדעת אחר' מקנה אותו דהא אשכחן בקטן שאינו בר הבחנה דאע"ג דאינו זוכה ע"י דעת אחרת אחרים זוכין לו וי"ל דהא ידעי' דאית ליה לקטן זכיה בבר הבחנ' בדע' אחר' ובבן יום א' ע"י אחרים ולא בא המ"מ להוכיח אלא לענין קרקע מנ"ל דאית ליה זכיה ומייתי מההיא דנשיא אח' דמיירי בקרקע דזכין לו ע"י אחרים בבן יום א' וה"ה ע"י עצמו בבר הבחנה ומה שיש להקשות על דברי המ"מ במה שכתב ואע"ג דאדחיה הך אוקמתא וגם בראי' דרב ביבי פירשתי במקום אחר ואין ענינו כאן.

כתב עוד ומיהו ממה שכתב הרמב"ם ז"ל המזכה לחברו במתנה על ידי אחר כיון שהחזיק או הגיע שטר לידו וכו' נראה דדוקא כשאמר לאדם אחר המקנה שיחזיק בה

בשביל זה או שיזכה בשטר בשבילו בצווי הנותן ודוקא שאמר לו שיזכה בחזקה אבל לא בקנין לבד שקנו מידו שהוא נותן לקטן עכ"ל. ואני לא ידעתי מה מקום לדייוק זה אם מפני שהזכיר הרמב"ם שטר וחזקה ולא הזכיר קנין אטו קניינים קחשיב וכי בכל דין ודין צריך שיזכיר כל הקניינים וכי רוכלא לחשיב וליזיל ולדבריו אמאי לא חשיב קנין בכסף בשוה פרוטה אלא שטר וחזקה דאתו מחמתו של נותן קאמר כי שמא אין כאן מי שירצה להוציא פרוטה בעד המקבל ולא להתפיס סודר בשבילו.

עוד כתב ולזה כתב הרמב"ם וכן קטן שקנה מטלטלי וקנו מידו או ששכרו מהם המקום לא קנה וכו' ובהשגות א"א שאם קנה הוא בקנין קנה שהמקנה קנה לו כל קניינו נראה בהדיא דאין כן דעת רבינו דקטן קונה בקנין עכ"ל ובחנם טרח לדקדק דמדברי הראב"ד נשמע להרמב"ם דהא בפירוש אמרה הרב קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו לא קנה עד שימשוך ואין קנין אלא מיד המקנה וקתני וקנו מידו אלמא אפי' בקנין ע"י אחרים לא מהני ותיקשי לדידיה שהרי קנין השווהו הרב לשטר ושטר על ידי אחר קונ' משהגי' השטר ליד הזוכה כמ"ש בפ"ה מה' זכי' ועוד תיק' ליה דהכא כשהגיע לעונת הפעוטות מיירי מדמפליג בין קנין קרקע לקנין מטלטלין והא אפילו בצרור וזורקו דבציר מהכי טובא סגי בדעת אחרת מקנה בלא זכיה ע"י אחר אלא בר מיניה דההיא דבמקח וממכר שלא תקנו בה הפעוטות אלא משום כדי חייו קאמר שאינו זוכה בדרכים שהגדולים זוכים בהם אבל במתנה זוכה בכל ענין כמ"ש בה' זכיה דזוכה לעצמו בכל ענין.

עוד כתב וכן גבי עובר שדעתו קרובה אצל בנו וכו' עד ולזה אמר דמזכה לעובר ולא אמר המקנה לעובר וכן בפ' מי שמת על הא דאמר רב נחמן לכשתלד קנה מיירי דלא הקנה לו בקנין סודר דלכשנולד הדרא סודרא למריה והביא דברי הטור סי' ר"י דלא מתוקמא הא דרב נחמן לא בק"ס ולא בחזקה וכו' עכ"ל ואני תמה מאי מייתי ממזכה לעובר לכשיולד דלא קנה בקנין והא אפי' בגדול איתיה כדאמרינן בפ' האשה שנפלו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום לא קנה דלאחר שלשים כלתה משיכתו ובקנין סודר אמרי' בס"פ השותפין דנדרים גבי ההוא גברא דהו' בריה שמיט כיפי דכיתנ' ואמר לקנינהו לנכסי הדין גברא וכי הוי בר בריה צורבא מרבנן לקניה ניהליה ואמרי' לכי הוי בר בריה צורבא מרבנן הדרא סודרא למריה ותימה על עצמך דקטן קונה במשיכה גבי מתנה כדכתב הרמב"ם שם והיאך אמרו כאן דלא קני במשיכה.

עוד כתב והיינו דכתבו התוס' בפ' התקבל וז"ל לפיכך מי שנתחייב לקטן בין בקנין בין בשטר כיון שאין אותו דבר תחת ידו אינו זוכה אלא א"כ זיכהו ע"י אחר וכו' עכ"ל רוצה להוכיח שאינו זוכה בקנין אלא בזכיה ע"י אחר וסבור דזכיה לאו ע"י קנין הוא ואם אין

הדבר בעולם היאך אפשר לזכותו זולתי ע"י קנין שקונין ממנו מהני וקנין דקאמר לעיל דלא מהני היינו שהקטן בעצמו קנה ממנו ואינו זוכה בכך כדרך שהגדולים זוכים אלא א"כ קנו מידו אחרים דהיינו זכייה ע"י אחר ואדרבה מהכא מוכח איפכא.

שוב כתב אע"ג דממה שכתב הרמב"ם ז"ל יראה לי שקטן שקנה מטלטלין עד שזכין לאדם שלא בפניו וקטן כמי שאינו בפנינו עד נראה מכאן שהמקנה לקטן ע"י אחר בק"ס קנה עכ"ל גדולה מזו יש לו ללמוד משם לפי דרכו שאפי' ע"י המוכר עצמו זכה ואין צריך לומר ע"י אחר אלא הא ליתא דהתם בקטן בן דעת מיירי אבל קטן דלאו בר הבחנה אינו זוכה אפי' בדעת אחרת מקנה אותו.

ובמסקנא העלה דכי דייקי' שפיר בדברי הטור סי' רמ"ג המזכה לחבירו ע"י אחר מתנה כיון שהחזיק הזוכה במטלטלי' או בקרקעות או שהגיע השטר לידו זכה המקבל בד"א שאמר זכה במתנה זו לפלו' וכו' נמצאת למד שהמזכה ע"י אחר אפי' שניהם גדולים צריך שיאמר זכה לפל' וגם צריך שיגיע השטר ליד הזוכה בשבילו ע"כ ואני תמיה תולדות אלו מבטן מי יצאו ולמודים אלו מי ילדן אם בא ללמוד ממה שאמר הטור בד"א שאמר זכה במתנה זו לפ' זהו כשלא נתנה במתנה בפי' לאותו פ' בעינן שיאמר זכה לאפוקי הולך כדמסיים אבל אם אמר לו הולך לפ' מנה זה שאני נותן לו לא הוי כזכה ויכול לחזור בו דלא כיוון לזכותו אלא כשיגיע לידו אבל מי שאומר בהדיא הוו עלי עדים שאני נותן לפ' מעכשיו וקנו מידו על זה למה צריך שיאמר זכה הרי קנו בדבריו וזכו לו ועוד אפילו אם לא פירשו באותה שעה אלא שהיו מדברים באותו ענין שהיה נותן מתנה לפ' וקנו מידו בשתיקה סגי כדתנן ומייתי לה בפ"ק דקידושין הפודה מעשר שני ולא קרא שם ר' יוסי אומר דיו היה מדבר עם האשה על עסקי גיטה וקידושיה ונתן לה גיטה וקידושיה ולא פירש דיו ולא שנא היו מדברים ע"ע קידושין לעצמו לא שנא ע"ע קידושין לחבירו כגון דשויה שליח ונתן לה קדושין ולא פירש דיו כל שכן כשפרשו בשעת הקנין שקנו ממנו לצורך בתו ולמה צריך שיאמר הנותן לשון זכיה ואם היה צריך לשון קנין שיאמר קנו ממני עדיף טפי שהוא לשון המועיל כדאמרינן בעלמא לך חזק וקנה לך משוך וקנה וגבי מכירת שטרות אמרי' דא"ל קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה.

עוד כתב וכן כתב לקמן הילכך אין תקנה שלא יוכל לחזור בו עד שיבא השטר ליד המקבל ע"כ עשה אזן שלמטה כאילו אינה שומע' ועין של מטה כאילו אינה רואה שזה הלשון כתבו הרא"ש על מי שקנו מידו וחזר ומחה שלא יכתבו דקי"ל חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה ועל זה כתב שאין תקנה שלא יוכל לחזור בו מלכתוב את השטר עד שיבא השטר ליד המקבל.

וכבר ביארתי דזכין לאדם ע"י קנין חליפין והסודר שמקנין לו העדים מקרי זכיה דזכין לאדם שלא בפניו כמו שהוכחתי מדברי התוס' בריש קידושין ומלשון בעל העיטור ומעשים בכל יום שכותבי' שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו ולמוכר אעפ"י שאין לוקח עמו ומקנין בקנין סודר ממנו בעד הלוה או הלוקח אעפ"י שאינן לפנינו ואינן צריכין לומר לשון זכיה כלל ואין צורך להאריך בדברים האלה.

ושוב הביא מדברי הר"ן ז"ל שהכריע כדברי הראשונים דאפי' בשטרי אקנייתא לא קני עד דמטא שטרא לידי' ולמד מדבריו שזה שהקנ' בקנין ולא הספיק למסור את השטר עד שנשא קדמה שעבוד הכתובה לשעבודה של בת שנמסר בשטר אחר שנשא ובמטותא ממר לא לתלי בהו ברבותינו בוקי סריקי דהיכי תיסק אדעתין דבכל שטר לא טריף אלא מיום' דמטא שטרא לידיה א"כ היכי אמר להו רבא לספרא אי ידיעתו יומא דאקניתו ביה כתובו יומא דאקניתו ביה ותו ההוא דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו דמוקי לה בשטר אקנייתא אכתי ליחוש דילמא כתב ללוות בניסן ולא מסר עד תשרי דהא בפ"ק דגיטין פרכי' כתבי' ואנחיה בכיסתיה דאי מפייסה תפייס מה הועילו חכמים בתקנתם לענין פירות כדפרש"י שם וגם התו' הקשו לעיל התם אמאי כותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו ניחוש שמא כתב בניסן ולא נתן עד תשרי ועוד הא דאמרי' בגמר' בשלמא לרב אסי מוקי לה בשטר אקנייתא לא יחזיר דילמא טריף לקוחות שלא כדין.

אלא הדבר ברור שלדעת הראשוני' הרי"ף ור"ח היכא דלא מטא שטר לידיה כלל לא זכה אבל כי מטא שטר' לידיה שעבודא מההוא זמן דכתי' בשטר איתי' כדאמ' התם לאביי דאמר עדיו בחתומי' זכין לו היכי תנן שאני אומ' כתובין היו ונמלך עליהם שלא ליתנם ומשני ה"מ היכ' דקמט' לידיה אבל היכא דלא מטו לידי' לא אמרי' וכי היכי דלמ"ד עדיו בחתומי' זכין לו היינו מכי מטי זכי למפרע משעת חתימה ה"נ לרב אסי דמוקי ליה בשטרי אקנייתא מכי מטא שטרי' לידיה חל שעבודא למפרע משעת קנין מההיא שעתא שעבד נכסיו לזה אעפ"י שעדין לא זכה אותו לענין שלא יחזור והיינו דאוקמה רב אסי בשטרי אקנייתא דתו ליכא למיחש דילמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי וכן מבואר בדבריהם ז"ל ובתשובות הריב"ש סי' קס"א ודברים הללו לא ניתנו ליכתב.

הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כג

בודון.

כמו השחר עלה האירו לפני אמרי דברי פי חכם חן החכם השלם נחית לעומק' דדינא האח נפשנו כמהר"ר עזריאל סגן לויה נר"ו אותותיו אותות ראיתי המבשרות צבא רב

במלחמת' של תורה ואני אמרתי אלקטה נא ואספתי בעומרים מאמירי אמרי דבריו הנחמדים מזהב ומפז רב אכן ראיתי השעה דחוקה לי טובא מכמה טרדות אשר כתרוני אמרתי ויהי מה ארוץ באותות שתים כאשר הפנאי יסכים אתי בצואת איש צדיק תמים היו לו חמש בנות שלש נשואות אחת לת"ח והשתים לשני אנשים סוחרים ושתי בנות קטנות היו מאשה אחרת ובשעת מיתה צוה בלשון הזה והב' חנויות הנז' ישבו בהם ב' חתנים יצ"ו שהם סוחרים ובידם יהיו הק"ק טולורוש הנז' ונסתפקו בדבריו אם יש בכלל הלשון אף חתני' הבאי' אח"כ שיקחו בנותיו או דוקא חתניו אלו הנשואים עתה לבנותיו. ותחלה ראיתי לישא וליתן אפי' את"ל שרצה לזכות בפי' אותם שהיו חתניו מאחר שאינ' עכשיו מבוררים בשעת המתנה אם נאמר שה' זוכים למפרע דקיל"ן דמילתא דאיתיה בבריא איתיה בשכיב מרע מילתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ והא הלואתו לפלוני דליתיה בבריא ואיתי' בש"מ ומשני הא נמי איתי' בבריא במעמד שלשתן א"נ הואיל ויורש יורשה משמע דמ"מ בעינן שיהא שום ענין שיוכל להיו' בבריא אבל מילת' דלית' בבריא כלל ליתיה נמי בש"מ והנדון שלפנינו אלו היה בבריא בקנין לא היה מועיל דלעולם היכא דליתיה דעת קונה בעינן דעת מקנה דמשום הכי אמרי' בפ"ק דמציעא דאין קנין לקטן גבי מציאה דאין דעת אחרת מקנה אותו אע"ג דאית ליה קנין כשדעת אחרת מקנה אותו ובפ' הגוזל עצים גבי הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים ולקח בהם שעורים תני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע ותני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו כלו' לשליח ואמרי' התם מחכו עלה במערבא וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל המעות כלומר היאך קנה בעל המעות שהרי לא נתכוון מוכר להקנות לו שהרי לא היה יודע שהוא קנאה לצרכו ואע"ג דאנן קי"ל בשטתיה דר' יוחנן דלעולם אמרי' אם הותירו הותירו לאמצע היינו משום דיד שליח כיד בעל הבית דאף כשקנה שליח קנה בעל הבית אבל לעולם כשאין דעת מקנה לא קני וכיון שכן למאן דליה ליה ברירה לא זכה כלל בשעת הקנין וכי הא דתניא בפרק בכל מערבין מעשר שני שיש לי בביתי יהא מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס ואמר ר' יוסי לא חלל משום דאין ברירה וכי היכי דאין מקנין דבר שאינו מבורר ה"נ אין מקנין לאדם שאינו מבורר עכשיו כדמוכח בפ"ק דגיטין דאמרי' התם דאפי' ר' מאיר דאמר אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם כגון פירות דקל וכו' מודה הוא שאין אדם מקנ' לדבר שלא בא לעולם ועוד תנן פ' מי שהי' טמא האומ' הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים כיון שהכניס ראשו ורובו זכה בחלקו ומזכה אחיו עמו ואמרי' בגמרא אלמא יש ברירה ומסיק ר' יוחנן דכדי לזרזן עביד ועל כלם היה השחיטה משמע שאם

לא היה שוחט על כולם אלא על אותו שיעלה ראשון למאן דלית ליה ברירה לא היה זוכה והא איפסיקא הלכתא בסוף מס' ביצה דבדאורייתא אין ברירה ואע"ג דאיכא מאן דסבר בגמרא לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים הא סתמא דגמרא בפרק כל הגט נקט כתוב לאיזו שתצא מן הפתח דאין ברירה אעפ"י דתולה בדעת אחרים הוא וכך היא פסק הלכה ור' יוחנן נמי בפרק בכל מערבין לא מפליג בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים כדמוכח שם וכדכתב התוספות והלכתא כוותיה דר' יוחנן לגבי דרב ואף רב דמחלק הכי לא סבירא ליה דיש ברירה בתולה על דעת אחרים אלא כשמתנה בפירוש וכמו שהכריחו התוספות מההיא דשופרות דתולה בדעת אחרים ולית ליה לר' יהודה ברירה ואי קשיא מההיא דאמרי' בפרק קמא דגיטין גבי מעמד שלשתן נעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך והרי אותו האיש לא היה מבורר בשעת השעבוד והיכי משתעבד ליה הא לא קשיא דהתם מתוך שנשתעבד לראשון שהוא מבורר שעבוד גמור יכול הוא להשתעבד לכל הבאים מכחו דשלוחו וכיוצ' בו הוא אי נמי דע"כ לא פליגי תנאי דאין ברירה או יש ברירה אלא כי ההיא דמי שיעלה ראשון דעל כרחך חד הוא שיעלה ראשון וכלם ישארו ולא יזכו וכיון שכן הוא הואיל וא' זה אינו מבורר לא זכה ובכה"ג הוא כל הנהו מתניתין ומתנייתא דמייתי גמ' בהא מלת' דברי' אבל הכא מעכשיו הוא מתשעבד לכל העולם שיכול להיות שירשה את כל העולם בחוב זה בזה אחר זה. ואין ברירתו של א' פוסלת את השאר בכה"ג ודאי כ"ע מודו דיש ברירה.

אך קשה מהא דתניא בפרק גט פשוט המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי אם זכר יטול מנה אם נקבה יטול מאתים דזכה אף על פי שלא היה מבורר. ועוד הא דאמרינן בסנהדרין פרק כ"ג גבי דוד שקדש את מיכל בת שאול בממון שנדר אביה לתת למי שיכ' את גלית דכתיב והיה האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול וכו' ובפרוט' דערלות דפלשתים והיאך שייך לקדש במלוה זו כיון שלא היה מבורר דוד באותה שעה ולא זכה בממון ויש לומר דע"כ ההיא דגט פשוט ומילתיה דדוד טעמא אחרינא איכא דאל"כ היכי זכי ההוא דמבשרו במה נפטר רחמה של אשתו והיכי משתעבדי ליה אידך במילי דעלמא בלא שום קנין וכן שאול היכי משתעבד ליה לדוד במילי. ואם באנו לומר שהיה שם קנין אלא שהכתוב לא פירש אף אנו נאמר שכשבא דוד לפניו חזר ואמר לו אלא שהכתוב לא פירש אלא נראה דההיא דמבשרני וכו' ודדוד מדין שליחות הוא דקני ושליחות וכל מילי דשליחות לא בעי קנין. והאומר לחברו עשה דבר פלו' ואתן לך מנה משעש' שליחותו מתחייב בלא שום קנין בשעה שמקיים את דבריו והילכך אי מתקני להו להני זוזי בשעה שעושה שליחותו באותה שעה מבורר הוא ובאותה שעה

הוא זוכה ואין אנו חוששין למה שלא היה מבורר באותה שעה שנדר לו שעדיין לא היה לו שום זכיי' באותה שעה כלל כדתנן בפ' האומנין השוכר את האומנין וחזרו בהם ידן על התחתונה אם בע"ה חזר בו ידו על התחתונ' ומפרש שהית' החזר' משהתחיל' במלאכה אבל קודם שיתחילו אין להם זה ע"ז אלא תרעומ' וכדתנן לקמן בעובדא דר"י בן ברוקא וא"כ מעיקרא אם בא לחזור חוזר שעדיין לא זכה הואיל ולא עשה עדיין שליחותו. מיהו לאחר שעשה שליחותו זוכה הוא במנה באותה שעה ולכך זכה דוד באותו ממון בשע' שהרג את גלית שנתרצה בו שאול לתת לו אותו ממון שאילו רצה לחזור בו עדיין היה יכול ובאותה שעה מבורר היה.

ואיכא למידק מהא דאמרי' בפ' השוכר את הפועל גבי הא דתנן בא עליה ואח"כ נתן לה מותר ורמינהו וכו' ומוקי לה רב פפא הא דאמר התבעלי לי בטלה סתם הא דאמר בטלה זה ופריך בגמ' וכי אמר בטלה זה מאי הוי הא מחוסר משיכה ומשני בדקאי בחצר' הא לאו הכי לא קנתה ומ"ש מההיא דהמבשרני דלא בעי קנין. וי"ל דודאי אלמוה רבנן לשליחות דבמילי דעלמא משתעבד באותו הממון שנדר שאותו שליחות הוא אצלו כממון גמור דטובת הנא' ממון הוא וכדתנן הרי את מקודשת לי ע"מ שאדבר עליך לשלטון וכו' מקודשת. א"נ הרי הם עליו כחוב גמור ולא שנאמר שהיה לו קנין בגוף הדבר שנדר לו דלא מצי לסלוקי ליה בזוזי דלא יהא אותו שליחות שעש' לו אלא מעות ממש דחשבינן לה להיא הנא' כאילו נתן לו ממון מ"מ מעות אינן קונות ומשום הכי פריך ואפי' אמר בטלה זה הא מחוסר משיכה והיכי חייל עליה שם אתנן כיון שאין לה שום זכיה בגוף הטל'. ושמא דאפי' חיוב אין עליו דכיון דאמר לה בטלה זה והיא לא זכת' בטל' משום דמחוסר משיכה הואיל וטלה אין כאן שעבוד אין כאן ובהא דכתבי' נמי מתיישב' ההיא דפר' לולב וערבה ומלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה דמשמע דמאתמול הוא שאומרים כן כל מי שיגיע מחר לולבי בידו מדקתני בתר הכי למחרת משכימין וכו' והרי בשעה שהתנ' אינו מבורר אלא משום דאיהו לא גמר ומקנ' מהשתא שאם למחר יכיר את שלו נוטלו ואם בא אחר ללוקחו מעכב על ידו ויכול לחזור בו קודם שיגיע ואינו מזכהו אלא לאחר שיגיע לידו ובאות' שעה מבורר הוא שבא לידו אבל מעיקרא אפי' לא קנו מידו לא זכה.

ואין להקשות עוד מדתנן בפ' מי שמת האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה אם נקבה מאתים ילדה זכר נוטלת מנה נקבה נוטלת מאתים והא התם לא היה מבורר לו מה יהיה אם זכר אם נקבה ואע"פ כן זכה במתנתם זה אינו דהתם אעפ"י שאין הדבר ידוע למפר' איגלאי מילתא מה היה באותה שעה וכדמוקי לה בגמ' כשהוכר עוברה ומה שהיה הוא

שיהיה כי לא ישתנה מזכר לנקיבה וכיון שכן אפי' למאן דאית ליה ברירה קנה דגילוי מילתא בעלמא הוא תדע מדפרכינן בגמרא בפ' בכל מערבין אמתניתא דאין אדם מתנה על שני דברים כאחד מ"ש לכאן ולכאן דלא דאין ברירה למזרח ולמערב נמי אין ברירה אמר ר' יוחנן וכבר בא חכם ופרש"י שבא חכם כבר בין השמשות אבל זה לא היה יודע ולמחר כשנשמע לו גילוי מילתא בעלמא הוא ואין זו סמיכה על בריר' ספק אלא קניה ודאית היא אלמא אפי' למאן דלית ליה ברירה בכה"ג קני שפיר. זה הוא מה שראיתי לישא וליתן בשמועות הללו ועוד אני צריך להתיישב ולדקדק אחריהם.

ואחזה אנכי אשית לבי לדברי רבוותא ז"ל בהך מילתא דברירה וראיתי להר"ן ז"ל בספ"ק דגיטין גבי מ"ש שכתב ונמצא עכשיו לפי דרך זה דבמ"ש אינו יכול למחול. וכן במשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך. אבל הרמב"ם ז"ל סובר דמצי מחיל ונותן טעם לדבריו משום דאפי' כתב ליה הכי לא מהני לאשתעבודי ליה מדאורייתא דאין ברירה והר"ן דידי' אמ' ולמאי דכתב לא קשיא דכי אמרי' אין ברירה ה"מ במילתא דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה וזהו עצמו הטעם שכתבתי למעלה אבל הרמב"ן ז"ל לא משמע ליה הכי אלא כל שהשעבוד תלוי בדעת המלוה אין ברירה ומצאתי דאיכא מרבוותא דפסקו דבדאורייתא נמי יש ברירה דבריש פ' השותפים בנדרים פסקינן הלכתא כראב"י דאמר זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו דס"ל יש בריר' ומקשין דקשי' הלכת' אהלכת' דהכא בי"ט פסקינן כר' אושעיא דבדאורייתא אין ברירה. ותירצו התוס' בשם ר"ת דהא דפסקי' כראב"י לאו מטעמיה אלא משום דויתור מותר במודר הנאה ור"י ז"ל נחלק עליו ואמר הא דאיפסיקא התם הלכתא כר' אושעיא היינו דוקא דבדרבנן אין ברירה הוא דפסקי' והביא ראיה מההיא דתמורה דב' שותפין שחלקו א' נטל עשרה טלאי' וא' נטל ט' וכלב דמשמע דיש ברירה. והרמב"ן והר"ן ז"ל כתבו שם דהלכתא כדפסקי' בי"ט דבדאורייתא יש ברירה וכמו שהאריך הר"ן ז"ל שם בנדרי'. ומצינו בסוף ה' סוכה הביא המ"מ בשם הרשב"א גבי שותפי' שקנו אתרוג מתפיסת הבית דהיכא שלקחוהו לצאת בו יוצאים בכל ענין דאמרי' יש בריר' דומיא דשותפים שנדרו הנאה זה מזה ולכאורה מ"ש דפסק דיש ברירה מצינו חבר לר"י ז"ל וליתא שהרי מצינו לו בתשובה הביאה הב"י בא"ה סי' קמ"א באשה שמנתה שליח ואמרה כל מי שירצה הבעל ליתנו יהיה שלוחי דאין ברירה ומדקאמר הכא היכא שלקחוהו לצאת בו משמע דוקא מ"ה קאמר דיש ברירה אלא נראה שטעמו כמו שהביא הרא"ש ז"ל שם בנדרים בשם רשב"א דהך ברירה דנדרים לאו כברירה דעלמא דשאני הכא כיון שע"כ של חבירו קנוי לו כל החצ' ללכ' בכלו אין כח בחבירו לאוסרו עליו וכן

הדין באתרוג הואיל ולקחו ע"ד לצאת בו. ומה שיקש' על זה ממ"ש רבינו ירוח' בשמו בההיא דפ' גט פשוט אני פ' בן פ' לויתי ממך מנה אכתוב בסמוך בס"ד.
ומצאתי להרא"ש ז"ל שכתב בתשובה כלל ס"ח סי' ט' בשטר שלא נכתב שם המלוה אלא ששעבד עצמו לכל המוציאו השיב דמשתעבד ואעפ"י שהעדים בשטר שקנו ממנו לא הכירוהו ולא ידעו מי היה וכההיא דמשתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך ואם ישיב המשיב שאני התם שהמלוה מיהת הרי ידוע וניכר בשטר הא לך ראיה ממקום אחר שאינו תלוי בזה דבשלהי בתרא אני פב"פ לויתי ממך מנה אמר רב הונא ממך ואפי' מר"ג ממך ואפי' משבור מלכא וכתב שאני התם שאעפ"י שלא נזכר שם המלוה בשטר מ"מ הכיר וידע פנים אל פנים אותו ששעבד עצמו לו אבל בנ"ד הלוה לא הכי' מוצי' שטר זה ששעב' עצמו לו הרי לך ראי' ראשו' דמשתעבד' לך וכו' דמשתעב' אף למי שאינו מכיר וכן מצינו בשאול והיה אשר יכנו יעשרנו המלך עוש' גדול וכו' ע"כ קצור דבריו באות' תשו'. וזו שהביא הרא"ש ז"ל מעובדא דשאול שנשתעבד לדוד במ"ש והיה האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול וכו' קשיא לי דכפי מה שכתבתי למעלה אין ממנה ראיה דע"כ התם לא היה שום קנין והיכי קני אלא ע"כ לא קני אלא בההיא שעתא שהרג את גלית וההיא שעתא מבורר היה דאילו קודם לכן יכול שאול לחזור בו.
וכההיא דהמבשרני במה נפטר וכו' ועוד דבלאו הכי קשיא לי היכי מקדש' מירב באות' מלו' נהי דקס"ד דמקדש במלו' מקודשת מ"מ מי לא בעינן שיאמר האיש שהוא מקדש' באותו הממון ואם לא היה ניכר מי אמר והא בעינן נתן הוא ואמר הוא ולא שתלקח אשה לאיש אלא ע"כ צ"ל דכשב' דוד לפני שאול והלבישו מדיו אזי אמרו לו התנאי ואמר הוא תהא מקודשת לי בזה ובאות' שעה ניכר וידוע היה ולא נשמע מינ' כלום. תו קשה לי בראיות שהביא דמשתעבדנא לך ודאי דשאני התם שהמלו' מיהת ידוע ומוזכר בשטר כמו ששוב הביא ההיא דלויתי ממך דמשמע דמשתעבד לכל העולם אפי' לר"ג דלא לוה ממנו והדר דחי לה דהתם נמי אע"פ שלא הוזכר המלו' בשטר מ"מ ידעו פנים אל פני' היאך חזר והביא מראי' קמייתא דאית בה תרתי למעליותא דידעו והוזכר בשטר. והיאך עשאן מוכיחות זו על זו דאיכא למפרך מה להצד השו' שבהם שכן הלו' ידוע למלו'.
ועוד צריך להתישב בדבריו דמשמע דס"ל כההיא דממך אפי' מריש גלותא שיכול לתבוע ממנו אפי' מי שלא הלוהו מעולם. והכי מוכח מדברי רבי' ירוחם ז"ל שהביא בנתיב ו' ח"ה משם הרשב"א שכל המוציאו צריך שיהיה מכח המלו' כמו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך וכו' ולכך מועיל לשון ולכל מוציא ש"ח זה וכו' וכתב הוא ז"ל שנרא' מדבריו שאם התנ' דלכל מוציא בין בטענתו בין שלא בטענתו שאין צריך לבא מכח

המלו' ואיברא שאם יש כן במשמעו' דבריו צ"ל דס"ל להרשב"א שיש ברירה שנאמר שזה המוציאו הוברר למפרע שהוא אותו שנשתעבד לו בתחילת החיוב. ויקשה על זה מה שהוכחנו מדבריו ז"ל דס"ל דאין ברירה אלא שאיני רואה היאך משמע מדבריו כן אם ממ"ש ולכך מועיל לכל מוציא שטר חוב זה היינו אותו שהזכיר דוק' שבא מכח המלו' כההיא דאמרי' נעשה כאומר משתעבדנ' לך וכו' לא מהני אלא לבא מחמתו דחשיב ברי' לפי שהוא בא מכח המלו' וכלהו מחד שעבודא אתו אבל לאחר דעלמא לא משתעבד דאין ברי' כדכתב הרמב"ן בין הכי ובין הכי משמע מדברי הרשב"א ז"ל שהבא מכחו מיהת מצי תבע אעפ"י שלא הלוהו מעולם. אמנם מדברי הטור סי' נ' לא משמע הכי שהוא כתב כל המוציאו גוב' בו שיאמר המוציאו ממני לוית ולא הוצרכתי לפרש את שמי משמע דאם הוא מוד' שהוא לא הלו' אלא אחר הלוהו ומכחו הוא בא לא יגב' ועוד כתב ודווקא שטר אבל כתב יד מתוך שיכול לומר פרעתי יכול לומר לא לויתי ממך. ודבריו מס' התרומו' תרמן שכן כתב בשם הרמב"ן. ומיהו הרמב"ן לטעמי' דס"ל דלא מצי משתעבד למי שאינו מבורר דאין ברי' אבל להרא"ש ז"ל דנרא' מדבריו באות' תשוב' דשפיר מצי להשתעבד אף למי שאינו מבורר וגם אינו נזכר בשטר יכול היה להשתעבד כאן אף למי שלא הלוהו אלא שיש לחלק דשאני הכא דלויתי ממך קאמר דמשמע אותו שלו' דוקא לאפוקי אותו שלא לוה אלא שבא מחמתו אבל כשכותב סתם לכל המוציאו אעפ"י שלא הלוהו ולפי זה יקש' דמאי מייתי הרא"ש מההיא דממך אפי' מר"ג כיון שצריך לומר שגם ר"ג בא בטענת הלוהו.

אלא נ"ל דהרא"ש ז"ל לא מייתי ההיא דבתרא דמנ' לויתי ממך וכו' להוכיח דיכול להשתעבד לאחרי' אלא דהרא"ש ז"ל תרי תיוהי חזא בההוא שטרא חדא דאין הזוכים מבוררי' ומאן זכי להו להנך דאתו מחמתי' נהי דמלו' מבורר אצל הלו' אע"פ שאינו מבורר אצל העדים אבל אותם שיבאו מחמתו אינו מבורר לא ללו' ולא לעדים שאם היה מבורר לעדים היינו אומרי' דעדים זכו ליה דידעי ליה ולזה מייתי הוכח' מההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך דכלהו מכח מלו' הוא דקאתו ואכתי איכ' תיוה' אחריתי דכיון דלא הזכיר שם המלו' בשטר ליכא שעבודא דשטרא שאעפ"י שהלו' יודע למי נשתעבד ואפי' ידעי עדים מ"מ בעינן מוכיח מתוך השטר דאע"ג דפסקי' הלכתא כר' אלעזר דאמר עדי מסיר' כרתי בגטין דוקא הוא ולא בשאר שטרו' דבעינן למען יעמדו ימים רבים שלא נצטרך לעדי מסיר' ולזה מייתי הרא"ש הוכח' מההיא דגט פשוט דכתב אני פ' לויתי ממך מנה שאעפ"י שאין שם המלו' מוכיח מתוך השטר מהני לענין זה שכל מי שיצא מתחת ידו הוא בעליו דלנפיל' לא חיישי' הכא נמי לא שנא וכן משמע התם

דבעי לאיתויי מההיא דהיום ודחי דילמא ההיא כר' אלעזר דאמר עדי מסיר' כרתי אלמא ס"ד דבעינן מוכיח מתוך השטר ומסיק שאעפ"י שאינו מוכיח מהני וכתב שאני התם שהמלוה ברור אצלו ההיא דמשתעבד לך יוכיח ונלמד דינו מב' המקומות.

ואכתי מדברי הרא"ש ז"ל בההוא עובדא מוכח שהוא סבור שיכול להשתעבד אף למי שלא יבא מכח המלוה בהרשאה או במ"ש ומצי למתבעיה וזה לא נלמד מההיא דכל דאתי מחמתך שהוא דוקא בבא בהרשא' מכחו או מכח מ"ש וגם מדמייתי מההיא דשאול דכתי' והיה האיש אשר יכנו וכו' שאין שום אדם מבורר כלל ואעפ"י כן משתעבד למי שיכנו ולפי הטעם שכתב הר"ן ז"ל בההיא דמשתעבדנא לך דלא אמרי' בהכי אין ברירי' משום דמצי להשתעב' לכל העולם בזה אחר זה והיינו דוקא משום דכולהו מחמת קמא אתו אבל כשבא להשתעבד בתחלה למי שאינו מבורר דאי האי לאו האי אין ברירה וכ"ת שעבוד ממון בעלמא הוא דמשתעבד אבל לא שעבוד הגוף דומיא דמ"ש דאינו משתעבד לשני אלא שעבוד ממון דמהאי טעמא יכול ראשון למחול הא ליתא דאי שעבוד הגוף ליכא היכא חייל שעבודא אממון שלו דשעבו' ממון ליתיה אלא מדין ערב כדאמרי' נכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה ואין נפרעין מן הערב תחלה דשעבו' הגוף מדאורייתא מדכתיב ונתן לאשר אשם לו ונהי דגבי לוקח ש"ח ליכא אלא שעבוד ממון משום דשעבו' הגוף נשאר הוא אצל ראשון אבל הכא אי מעיקרא שעבוד הגוף אין כאן שעבוד ממון מהיכא אלא נראה שהרא"ש ז"ל חלוק על הרמב"ן ז"ל שאמר דלא מצי משתעבד לכתחילה למי שאינו מבורר שעבודא דעלמא דאתי מכח המלוה ואי מחיל מלוה מחול דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע שלזה נשתעבד והרא"ש ז"ל סבור דאמרי' הוברר הדבר למפרע שלזה נשתעבד כההיא דשאול וכן באותו שטר משתעבד לכל מי שיוציאנו אפי' בלא הרשא' דלכי מפיק ליה קמן אמרי' הוברר הדבר למפרע דלזה נשתעבד ואזיל לשיטתיה דרבי' יצחק שנחלק על ר"ת ממה שהביא בנדרים דפסק דיש ברירה. וכי תימא א"כ בההיא דמשתעבדנא לך לא יהא יכול למחול הואיל ואמרי' הוברר הדבר למפרע דלזה נשתעבד. ואיהו סובר דיכול למחו' כמו שא' בהלכותיו וגם בתשוב' כלל ס"ט ההיא היינו טעמא משום דס"ל דאין שעבוד הגוף נקנה ומשתעבד למי שאינו חייב מן הדין ובמ"ש דוקא משום דתקנתא דרבנן היא אינו יכול למחול דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם אם היה יכול למחול הא לאו הכי מצי מחיל. אבל בכותב סתם ומשתעבד מתחילה למי שילונו או למי שיעשה כך וכך התם ודאי משתעבד שפיר דשעבודא דאורייתא היא ובכל חיוב יש שם שעבוד הגוף דכתיב ונתן לאשר אשם לו ואי משום שאינו ברור הא אמרי' הוברר הדבר למפרע. ועוד יש לפרש וליישב נמי

מה שהקשיתי בההיא דשאול שטעמו של הרא"ש ז"ל כלשון שכתבתי למעלה בההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך לפי שהחיוב הראשון מבורר הוא ויש עליו שעבוד הגוף ושעבוד ממון ומתוך שמשתעבד לו משתעבד נמי מהשתא למאן דאתי מחמתי' ואפי' בלא הרשא' שכן נתרצ' המלו' שבלא הרשאה יתן למי שיוציאנו וגם הלוה נתחייב לו בכך מתוך שעבודו של לוה שהוא ברור וההיא דמייתי משאול דוהיה האיש אשר יכנו וכו' לאו דנילף מינה דיכול אדם להשתעבד למי שאינו ברור כלל כגון אם היה כותב הריני מתחייב לכל מוצי' ש"ח זה כך וכך אם הוציאו מי שלא לוה ממנו כלום וגם לא בא מכח מי שלוה הימנו לא משתעבד דודאי אין ברירה. ומה שהביא הרא"ש מההוא דשאול לא הביא ראיה שיכול אדם להשתעבד או להקנות עכשיו למי שאינו מבורר דהא ודאי לא נשתעבד שאול מעכשיו כדכתיבנא אלא מייתי סייעתא לתיוהא בתרא דלא תימא כיון שאין מזכיר שם המלוה אין השטר כלום והביא ראיה לזה מההיא דבתרא ממך ואפי' מר"ג אמר עוד וכן מצינו בשאול שנתחייב אעפ"י שלא הוזכר שם הזוכה שאפי' בשעה שזוכה אפשר שלא יהיה ידוע לשאול ואעפ"י כן מתחייב.

והנה ראיתי שהחכם השלם המורה נרו הביא תשובת הרב מהר"ר שמואל די מדינה ז"ל בסי' כ' על מי שכותב בשטר שהוא מתחייב למי שיתן לפלוני סחורה עד סכום מאה אלף לבנים וכתב שבילדותו כתב שהיה חוכך להוציא ממון בתנאי זה כיון שלא היה מיחד לשום אדם כלל ושוב נתחדשה לו הלכה שהראו לו תשובת הרא"ש ז"ל שיכול להתחייב למי שאינו מבורר וידוע. ותמיהא לי דמאי מעליותא דתליא באשלי רברבי דכלהו רבוותא שהזכרתי למעל' פסקו דאין ברירה והיכי מפקי' ממונא על פי תשובה זו שנראה דסמך על דברי רבי' יצחק ז"ל. אבל הרא"ש ז"ל שם בה' נדרים אחר שהביא דברי רבי' תם ודברי ר"י שנחלק עליו כתב מצאתי כתוב בשם ר' שב' הצרפתי דהך ברירה לאו כברירה דעלמא וכו'. ונר' שמסקנת דבריו שם כדברי רשב"א דמתיישבי כלהו סוגי' ועלו כהלכה וכבר כתבתי למעלה שדברי הר"ן משם הרמב"ן ז"ל והר"ן ז"ל עצמו עולין כך דאין ברירה א"כ יש לומר שאע"פ שכאן בתשוב' נראו לו דברי ר"י ז"ל שם בהלכותיו העל' כדברי רשב"א דאין ברירה וכבר אמרו שלעולם אנו סומכי' על דבריו שבהלכות יותר מדבריו שבתשובה כמ"ש הטור מפני שהיו באחרונה ועוד דאי איתא דהדר ביה היה לו לתקן בהלכות הסדורות לו בש' בזה דמציאה אשכח בדברי ר' שב' הצרפתי דאיכא למימר מעיקרא לא שמיע ליה הא דרשב"א אלא דברי רבינו תם ור"י דמייתי בתוס' ובתר דשמעה להא דרשב' הדר ביה ובין כך ובין כך מידי פלוגתא לא נפיק ולא מפקי' ממונא והנה החכם השלם המורה נר"ו רצה לחלק בזה חילוק נאה ומתקבל

בעלמא דשאני שעבוד מהקנא' דכי היכי דאמרי' בעלמא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ משתעב' הוא לדשב"ל הכי נמי יכול הוא ע"י שעבוד להשתעבד למי שאינו בעולם ואם איתא היאך כתב הרמב"ן בההיא דמשתעבדנא לך דיכול למחול לפי שאין ברירה אם אפי' לא היה בעולם כלל מועיל ע"י שעבו' כשישנו בעולם אלא שאינו מבורר לא כ"ש וגם הר"ן ז"ל למה הוצרך לחלק דהתם יכול הוא להשתעבד לכלם בזה אחר זה אלא לא דמי דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שא"א להקנותו בקנין יכול הוא להשתעבד עליו דלכשיבא לעולם יתחייב ליתנו לו ושעבודא חייל על גופו וגופו איתיה בעולם אבל כשהזוכה אינו בעולם דליזכי או דאיתי' ואינו מבורר דכמאן דליתיה דמי מאי מהניא ליה שגופו של מזכה איתיה בעולם הא בלאו הכי הדבר עצמו איתיה בעולם אלא ליתיה לזוכה דלזכי וראיה מהא דפרכינן בפ' יש נוחלין גבי ההיא דר' יוחנן בה' דכתובות בנין דכרין בין למ"ד ירתון תנן בין למ"ד יסבון תנן היכי זכו בנין דכרין דליתנהו בעולם כלל ומשני תנאי ב"ד שאני הא לאו הכי לא היו זוכין אעפ"י ששעבוד וחיוב הוא ולא הקנאה ומ"מ באותו הנדון של הרב מהר"ש די מדינה ז"ל נ"ל לקיים דינו ולא מטעמי' אלא דכל האומר אני מתחייב לכל מי שיתן לאיש פ' בההיא שעתא מתחייב מדין ערב ובלא שום קנין משתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה ואין צריך שיהא מבורר בשעת כתיבת השטר אלא בשעה שהוא מלוהו דעד השתא אפי' קנו מידו מצי למהדר ביה ובשעת חיובו מבורר הוא ואפי' אם אינו ידוע למתחייב מקרי ברירי' דומיא דההיא דערובין דאוקמ' וכבר בא חכם כדהבאתי לעיל וכההי' דאמרי' בריש פ' המדיר עד שלשים יום יעמיד פרנס דפרכי' ופרנס לאו שליחותי' קעביד ומשני באומר כל הזן אינו מפסיד אבל באומר כל הזן יזון שליחותי' קעביד וכההיא דאמרי' בפ' התקבל כל השומע את קולו יכתוב גט לאשתו דחשיב שפיר שלוחו לכתוב את הגט והכא אע"ג דלא אמר יתן דהוי כמו יזון דהתם עדיפא מינה קאמר שהוא מתחייב לפרוע לו ועל פי דבריו אלה הלוהו ליה דאם לא כן מאי אית ליה גביה.

והנה הארכנו והרחבנו לברר הא מילתא דבריר' לפי שהדבר צרי' להתלמ' ג"כ במקומות אחרים ועדיין בנ"ד צריך להתיישב דלכאור' משמע דאם איתא דחתניו הבאים לאחר מכאן ישנן במשמע הלשון זכו בנותיו באותו הזכות דמטי להו הנאה מהאי משום ריוח ביתא כדאמרי' גבי נ"מ בפרק האשה שנפלו דלא מצי בעל לזבוני קרקע לפירות דליתא ריוח ביתא והכי משמע דאפי' החתנים שישנן עתה בעולם אינן זוכין אלא כל זמן שבנותיו נשואות להם הא מתו או נתגרשו אין להם כלום דמוכח דלבנותיו הוא דקבעי דלתהנו מניה ואינהו מבוררות הם בין גדולות בין קטנות ולכי מעיינת בה תשכח

דאדרבא לא היתה כוונתו לזכות אלא לחתניו שהרי אין לבנותיו הנאה בזה אלא מכחן כל זמן שנשואות פסק כחן פסק הנאתן דאי ליתיה לחד מינייהו אין אשתו זוכה בו אלא שאר החתני' זוכין בו כיון דלא סיים אלא אמר לחתניו סתם ואם היתה כוונתו לזכות את בנותיו הי"ל לזכותן לאלתר קודם שתנשאנ' ולכשינשאו אם רצו היו יכולים למכו' אותה הנאה ולעשותה קרן שיהא דבר שגזעו מחליף כדאמרי' בהאשה שנפלו וזה דבר שאין גזעו מחליף הוא שאין לו בה אלא הישיבה בהם ולא נשאר שום קרן ואפי' לאחר שנפלו היתה יכול' למכור ליק' בהם קרק' כההיא דעז לחלב' ורחל לגזתה ודקל לפירותיו פרש"י ז"ל שגוף העז והדקל שלה דאל"כ מכליא קרנא וכך היא הכרעת הרא"ש ואפי' להרי"ף ז"ל שפי' שאין לה בגוף אלא בפירות מ"מ דקל שאני דאיכא עצים שיהיו במקום קרן ועז ורחל למית' לא חיישי' כדכת' הר"ן ז"ל שם אבל כאן מכליא קרנא לגמרי ועוד דהת' אפשר שישאר הקרן עצמו לה לאחר שתתאלמן או תתגרש אבל כאן אין לה אחריו כלום הילכך נר' דזכותו של בעל הוא ואין הבעל מבורר.

ועוד צריך לברר אם תאמר שלא זכו חתניו הבאים לאחר מכאן לפי שאין ברירה את"ל שהמצוה כיוון לזכו' להם והם זכו מן הדין ממילא נשאר אותו הזכות לכל היורשים ובאותו החלק חולקים בשוה ומיהו יש לומר דכיון דלחתניו נתן זכות זה וחתניו אלו עכשיו זוכים בכל כל זמן שאין שם חתנים אחרים ולכשיבאו לא מצו מפקי מידן הני דאמרי ליה אייתי ראיה שזכית וטול דילמא לא זכית דאין ברירה והוה ליה ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי כההוא דפרק ד' אחין כגון ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא בתר דמית סבא וכן ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא אבל אי לאו האי ספקא דברירה ספק אחר אין כאן. ולא שייך לומר כאן לא מחית איניש נפשיה לספקא דלא דמי לא למי שהיו לו שתי כתי בנות דפרק האומר ולא לעד לפני הפס' דנדרי' דהתם באינך גופייהו איכא ספקא דכל שאתה יוצא מן הגדולה שבגדולו' ותופס קטנה הימנה אתה צריך לומר שלזו קורין גדולה שיש קטנה ממנה אף אני אומר לא לזו כיוון אלא לסמוכה הקטנה שבקטנות ונקרא זו גדול' בערכה נמצאו כלם בספק חוץ מן הגדולה שבגדולות שהיא ודאי וכן בלפני הפסח אם אינו יום ראשון אם אתה אומר יום שני קרוי לפני לפני שהוא קודם לשלישי אף יום ששי יקרא לפני לפי שקודם ליום אחרון וכיון שיום א' הוא ודאי ואותם ימים כל אחד ואחד מסופק לא מחית נפשיה לספקא אבל כאן אם נאמר שלכלם קאמר אין כאן ספק שכלם קרויי' חתניו הילכך אין כאן ספק אלא מטעמא קמא דאין ברירה ומאחר שזכו אלו החתני' לאלתר ואין החתנים הבאים לאחר מכאן יכולים להוציא מידן זכו אלו בכלהו.

וכבר היה מקום לומר עוד דאותם חתנים הבאים לאחר מכאן כיון דלאו בני זכיה בהאי שעתא נינהו לאו דעתיה עלייהו וזכו אלו בכלם כהא דאמרינן בפ"ב דנזיר והביאה הרי"ף בפרק האיש מקדש האומ' לשלוחו צא וקדש לי אשה אסור בכל הנשים ומותר באשה שאין לה בת ולא אחות וכו' ואעפ"י שהיה לה אחות ונתגרשה מאי טעמא כי משוי שליח במילתא דקיימא קמיה במילתא דלא קיימא קמיה לא משוי שליח פי' אינו עולה על דעתו של אדם כדי שיעשה שליח עליו ופריך מהא דתנן הריני נזיר ועלי לגלח נזיר ושמע חבירו ואמר ואני ועלי לגלח נזיר אם היו פקחים מגלחים זה את זה בשלמא בתראה איכא קדמאה אלא קדמאה מי איכא בתראה קמיה דאסיק אדעתיה עליה ומסיק אלא אמילתא דמצי עבי' השתא משוי שליח במילתא דלא מצי עביד השתא לא משוי שליח הכא נמי אין דעתו של אדם אמלתא דלא מצי עביד השתא לאקנויי ליה דליתיה השתא דליקני ולא אמר אלא על הזוכין לאלתר.

ומיהו מדברי התוס' משמע דלענין אשווי שליח דוקא קאמר וצ"ל דנהי דמעקרא קס"ד דאין דעת האדם אלא במידי דקאי קמיה ולכך פריך ממתני' דקדמאה מי איכא בתראה קמיה במסקנא דמשני דודאי דעת האדם אפי' במידי דלא קאי קמיה אבל שליחות לא משוי שליח אלא במילת' דמצי עביד השתא בשעה שעושה השליח והקשו התוספות על זה דהא מעשי' בכל יום שהאשה אומרת לחברתה לושי והפרישי חלה וכן תלמידים של בית רבן אומרים כן ואיך נעשה שלי' שבאותה שעה לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח ואומר ר"ת שיש בידה להביא עיסה מגולגלת וכו' וכתב ומ"מ בהאי טעמא לחודה לא סגי לן מדאמרי' בפ' הבע"י כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה הרי זה גט מפני שבידו לגרשה אם ירצה ובעי התם ליבמתו מהו ומאי קמבעיא ליה והא בידו לבא עליה ולגרשה אלא משום דמחוסר מעשה הכא נמי מחוסר לישה וגלגול אלמא משמע להו דמדין שליחות דוקא קאמר דלא מצי משוי שליח וכן ראיתי בדברי הרא"ש ז"ל בפ' האיש מקדש שהוסיף מילת מצי וכתב לא מצי משוי שליח אבל דברי הרמב' ז"ל שקולים הם דלא תפס אלא לשון הגמ' גם הטור כתב לא חל עליה' השליחות. ומצינו למימר משום דלאו דעתיה עלייהו אבל אם פירש שפי' דמי. איברא דקשיא לי דעל כרחיה למאי דס"ד מעיקרא דקאמר כי משוי שליח במילתא דקמא קמיה לאו בשליחות דשליח תליא מילתא אלא בדעתו של אדם שאין דעתו אלא במה שלפניו מדפריך מההיא דאם היו פקחים מגלחים זה את זה דהא התם ליכא שליחות ואפי' הכי פריך קדמא' מי איכא בתראה קמיה אלמא הא דנקט כי משוי איניש שליח לאו דוקא משום שליחות קאמר אלא אדעתיה דאיניש דיינינן וכי מסיק דודאי דעת האדם נמי אמילתא

דליתיה קמי' אלא דכי משוי איניש שליח במידי דמצי עביד מנ"ל דהדר ביה לגמרי ממאי דקאמר דדייניגן בדעתו של אדם ותלינן בשליחותו של שליח דכל מידי דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח ואפילו אמר ליה בפי' שיקדש מה שתהיה ראויה לו באותה שעה אינה מקודשת נימא דהשתא נמי מסתמא אין בדעתו לשויי שליח אלא אמאי דמצי עביד השתא דאילו אמאי דלא מצי איהו עביד השתא לא אסיק אדעתיה ולא שוייה שליח אבל אי פריש פריש ובהכי ניחא הא דמעשים בכל יום שאומר' אשה לחברתה שתלוש ותתרום לה חלה אף על גב דלא מצי עבדא בהיותה קמח שהרי בפירו' עשה אותה שליח לכך כי מה שכתבו התוספות דיכולה להפריש מעיסה מגולגלת על הקמח אכתי מחוסר מעשה הוא כדכתבו התוספות עצמן אלא לא אמרו אלא בסתם אבל במפרש אפילו במידי דלא מצי עביד השתא מצי משוי שליח וא"ת והא דאמרינן בפ"ק דקדושין הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו דאי ס"ד שלוחי דידן מי איכא מידי דאנן לא עבדינן ושליח מצי עביד ויש לומר דהתם דלא מצי למעבד לגמרי קאמר אבל הכא לכי שליח מצי למעבד איהו נמי מצי עביד אלא דמסתמא אין דעתו קאמר והכי דייק לישנא דקאמר במילתא דלא מצי עבי' השתא לא משוי דמשמ' דאם עשאו שליח עשוי ולא קאמר מי איכ' מידי דאיהו לא מצי עביד כדאמרינן התם בקידושין וביומא ואין לומר דמתוך הקושיא שהקשו התוספות מההיא דפ"ב דיבמות דמשמע דמחוסר מעשה מקרי דלא חזי כלל הדרי בהו התוס' שנצטרך לומר דלאו דלא מצי עביד שליח קאמר אלא דמסתמא דעת האד' עליה ולפי זה יכול לעשות שליח להפריש חלה בעודה קמח חדא דאע"ג דסלקא בקושיא לא סלקא בתיובתא ובפ' חזקת גבי אח' מן האחין שהיו אונות ושטרות יוצאות על שמו הבי' רשב"ם משם ר"ח דכיון דלא סלקא בתיובתא הלכתא היא ואע"ג דרשב"ם ז"ל פליג ואמר דאין נ"ל לחלק בין קשיא לתיובתא הרי התוס' בכמה דוכתיה כתב דקשי' ואתקפת' בעלמא לאו תיובת' היא וחד' מינייהו בפ' אלמנה נזונית ובפ' מי שאחזו ע"מ שתשמשי את אבא דא"ר אשי סתם נמי כמפרש דמי כתב הרי"ף אע"ג דסלקא בקשיא לא סלקא בתיובתא ובפ' בן סורר גבי בא במחתרת כתב רש"י ז"ל היינו דאיכא בין קושיא לתיובתא ואין להאריך בזה דודאי התוס' כאן קושיא בעלמא הקשו בה וכו' וכן מוכח לשון התו' שכתב מ"ט בהאי טעמא לחודה לא סגי לן משמע שאינם מסתפקים בעיקר הדין אלא בטעמו.

ואיכא למימר שהתוספות ז"ל היה להם גירסא כמ"ש הרא"ש דלא מצי משוי שליח ולפי זה להרמב"ן והטור נר' דלא היה להם גרסא זו בגמרא נאמר דכי היכי דמעקרא אין בדעתו קאמר הכי נמי במסקנ' אין בדעתו על מי שאינו יכול לקנות עכשיו ולגירס' דהרא"ש

והתוס' נמי איכא למימר דכי אמרי' במסקנא דלא מצי משוי שליח ה"ה דאין בדעתו לקדשה לו אלא דקושט' דמלתא קאמר דאפי' אמר בהדיא שיקדשנה לא מהני דכיון דמעיקרא הס"ל לגמ' דלא היה בדעתו אלא אמאי דלקמיה כי מוכח דגם אמאי דליתיה קמיה יהיב דעתי' מ"מ אמאי דליתיה קמיה ולא מצי עביד השתא מסתמא לא אסיק אדעתיה ואע"ג דלא היה שם שליחות אין זה בכלל והכי משמע לשון התוס' שכתב היכא דמצי עביד פי' ודאי דעת האדם אפי' במידי דלא קאי קמיה והילכך הא' נפטר בגילוח הב' אבל שליחות וכו' ואם איתא טפי הו"ל למכתב בדע' האד' אפי' במידי דלא מצי עביד השתא אלא דוקא במידי דלא קאי קמי' קאמ' דדעתי' עליה וצריך אני לעיין בה והשע' דחוק' לכך ואין לי ספק עכשיו להתישב והדבר צריך תלמוד.

והראו לי בתשובת מהרישל"ך ז"ל בח"א סימן קפ"ה על מי שצוה שיתנו לבן אחיו כך וכך אם ישא את בת אחיו והיו לאחיו שתי בנות הא' כבת ט' שני' והא' בת מ' יום וכתב הרב הנז' ודאי לא צוה אלא על בת הגדול' הראויה לו באותה שעה וכההיא דר' יוחנן דמוד' באשה שאין לה לא אם ולא אחות אע"ג דנתגרשה אח"כ דלא משוי איניש שליח במילת' דקיימא קמיה וכו' ותמהני היאך העלים עיניו מדברי התוס' שכתבו בפ' דאשליחו' קאי ועוד קשה אי משום דההוא קטנה לא קיימא קמיה דבת מ' יום הות הא הדר ביה גמר' מההיא ולפי המסקנא הא ודאי מצי עביד השתא לומר שיטול מנה וישא את בת אחיו הקטנה דבת יום א' בת קידושי' היא ואי משום דאין לה אב ולא תקינו לה רבנן קדושין לכשתהא ראויה קאמ' ומהשתא זוכה במתנ' אם ישאנה כשתהיה ראוי' לנישואין כ"ש דהתם לאו מתנה יהי' ליה אלא משלו נותן לו חלק ירושתו אלא תנאי הוא שמתנ' שאם לא יקח את בת אחיו לא יטול מנחלתו אלא אלף לבני' והכי היה יכול להתנות בקטנה והכא בנ"ד לפי שטה זאת אותם שיתחתנו בבנותיו הקטנו' א"א להם לזכו' מעכשיו בזכות זה אלא כשיהיו חתניו לוקחי בנותיו ולא דמי לעלי לגלח נזיר שהיה יכול לפרש בנדרו אף למי שידור מכאן ולהבא דנדר הוא מקיים נדריה ואזיל אבל הכא מתנה הוא דבעי יהיב לחתניו זכות בחנויות ובמאתים טולורוש לאלתר ושיהנו אותם ת"ח על ידם מסתמא אין בדעתו אלא על מי שיכול לזכות באותה שעה וכ"ש אם אינו יכול לזכותם אפי' לאחר מכאן מטעם דאין ברירה לא נכללו באותו זכות והחתנים שלפניו זכו בכלו. אלא שבנ"ד אין אנו צריכי' לכל זה דודאי משמעות הלשון דישבו בהם חתניו יצ"ו שהם סוחרים חתניו דהשתא משמע שהם סוחרי' לאפוקי החתן שהוא עוסק בתור' שהורישו כל ספריו ומחמדיו הטובי' ומקומו בב"ה לכבוד ולתפארת אבל אותם הבאים לאח' מכאן לא מקרו חתניו סת' ולא שייך בהו שה' סוח' דמנ' ידע מה הם והול"ל שיהיו סוחרים

ותו אטו סוחרי' דלא עסקי באוריית' ירתי דעסיק באורייתא לא יירת הא אמרי' בפ' נערה דמצוה לזון את בנו דעסיק באורייתא לגבי בתו דאיכא זילותא והא דאמרי' בפ' שני דייני דאמ' אדמון וכי בשביל שאני זכר הפסדתי ומפרש אדמון בשביל שאני זכר וראוי לעסוק בתור' הפסדתי קמתמה דלא עסיק בתורה לא יירת ופי' התוס' שם טעמא דמלת' וגבי נכסי לטוביה אמרי' דגבי ת"ח קריבא דעתיה טפי והיאך נאמ' שהוא מקפיד שיהנו ע"ה ולא ת"ח אלא אחתניו הנמצאים קאמר שכבר השוה ביניהם ומנא תימרא דחתניו דהשתא משמע שהרי באוכל מנבלת עוף טהור כתיב והאוכל יכבס בגדיו ובזב כתי' והנוגע במשכבו יכבס בגדיו וגבי שורף פרה ומשלח את השעיר כתיב יכבס בגדיו ותנן בפרק ה' דזבין כלל אמר רבי יהושע כל המטמא בגדים בשעת מגע מטמא אוכלים ומשקים וכו' לאחר פרישתו ממטמאיו מטמא משקים ואינו מטמא בגדים ותניא בתורת כהנים ואיש אשר יגע במשכבו יכבס בגדיו ובשעת מגעו מטמא בגדים פירש אינו מטמ' בגדים אלמא אין במשמע בגדיו שלבש מאחר מכאן אף על פי שהוא ראשון לטומאה לטמא אוכלים ומשקים וטעון טבילה והערב שמש דבגדיו דהשתא משמע הכא נמי חתניו דהשתא משמע ועוד היה לי להאריך בזה אלא שאין לי פנאי. והנני מסכים למה שהסכים החכם השלם המורה כמה"ר עזריאל הלוי נר"ו ששני חתניו אלו זוכין לבד בזכות זה ואמרותיו אמרות טהורות צרופות כזהב וככסף. נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כד

שאלה ראובן ושמעון לקחו חנות אח' מתוגר ושמו סחורה בתוכה בשותפות קצת זמן ואח"כ נתפשרו שיהא שמעון לבדו בחנות שנה אחת וראובן שנה אחרת ונמשך זה קצת שנים עתה אומר ראובן לשמעון עד מתי יהיה זה לנו או גוד או איגוד כי החנות אין בה דין חלוקה ילמדנו רבינו הדין עם מי.

תשובה זו היא שאמרו בספ"ק דבתרא אין בה כדאי לזה וכדאי לזה מאי אמר רב יהודה אית דינא דגוד או איגוד והכי איפסקא הלכתא התם והרא"ש ז"ל הביא בהלכותיו שרב יוסף הלוי ז"ל כתב דגוד או איגוד לא שייך אלא ביורשי' או מקבלי מתנה אבל אם לקחו שנים בית שאין בה כדאי לזה וכדאי לזה אין א' מהם יכול לומר גוד או איגוד שהרי לדעת שיהיו שותפין בה לקחוה שניהם ולא למכר' איש אל אחיו ונר' דבריו אם לא היה לה' בית דיר' ולקחוהו לדו' בו או אם לקחוהו להשכירו לאח' אבל אם היה לה' בית דיר' ונפל או הוצר' למכו' מחמ' דוחקו יכול לומר לחבירו גוד או איגוד עכ"ל הרא"ש אלא שהרמב"ם ז"ל נטה כאן מדברי רבי' ז"ל כמ"ש בפ"א מהלכו' שכנים והראב"ד ז"ל נוטה

לדברי רבי הלוי ז"ל וז"ל הרמב"ם ז"ל אחד השוכר מחבירו מקצ' חצר או שדה שאין בה דין חלוקה או שני' ששכרו חצר א' בשותפו' כל א' מהם יכול לכוף את חבירו ולומר או שכור ממני וכו'. וכתב עליו הראב"ד ז"ל וגם זה הדין נפשו אותה ויעש ממנו לשכירות שע"מ כן שכרו וקרוב אני לומר אף במקח. ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה ומתנה ע"כ. והרב המ"מ כתב שהרשב"א כתב בתשובה להעמיד דברי הרמב"ם ז"ל שיכול לומר כששכרתי הייתי סובר שאני יכול לקבל ועכשיו איני יכול לקבל וכתב ועוד אני מוסיף טעם שיהא יכול לומר ע"ד כן השתתפנו יחד בקניה כדי שלא להרבות בדמים זה על זה ע"כ. ומיהו בדין השוכר מחברו מקצת חצר צריכין אנו למודעי הרשב"א ז"ל ולטעמו דבהא לא שייך טעמו של המ"מ אלא טעמא דמצי למימר סבור הייתי שאני יכול לקבל. אך קשה דכמו כן השוכר יכול לומר ע"ד כן השכרתי לך שנהיה בשותפות יחד ולא שתוציאני מביתי אם לא יהיה בידי לקנות. וי"ל שאם בא השוכר לחזור בו מהשכירות ה"נ דמצי הדר ביה מהאי טעמא ואין דבריו של הרמב"ם אלא כשהשוכר רוצה לעמוד בשכירתו עד כלות זמן השכירות והשוכר טוען שאינו יכול לקבל לדור ביחד. והא מילתא אי לשכירות דמיא להרמב"ם ז"ל מצי למימר דינא דגוד או איגוד אבל נראה ששאר הפוסקים ז"ל לא ס"ל הכי ונראה דכיון דזו חזקה היא שזכו אותה מן העכו"ם הרי הרבנים בעלי התקנה ביארו שהחזק' תהא נידונית כקרקע לכל דבריה ובאנו למחלוקת הר"י הלוי ז"ל דסבר דאין דין דגוד או איגוד כשקנו ביחד. ומיהו בנ"ד יש לדון בה כדין ירושה או מתנה מן הטעם שכתב החכם השלם סגן לויה שזו באה להם זכות בלא כסף ובלא מחיר רק בשכירות שהם פורעים ונחשב להם כאילו נפלו להם בירושה או נתן להם במתנה. וכי תימא בההיא שעתא לא היה להם שום זכיה שלא היתה שוה יותר ובתורת שכירות נכנסו ע"ד להיות שותפים בה יחד וכדברי הראב"ד וסיעתו שחלקו על הרמב"ם ז"ל בשני' ששכרו לומר שאין דין גוד או איגוד איכא למימר דבהא ודאי לא מצינן למימר על דעת כן לקחוה דכיון דבההיא שעתא לא לקחוה אלא בשוויונה שהיתה שוה אם אחד מהם לא היה מתרצה לשבת יחד היה מחזירה לעכו"ם כל זמן שירצה וכשעלה השכירות וזכו שניהם באותו תוספת ורעה עיניהם להחזירה בחנם הויא ליה כירושה ומתנה ויכולים לומר גוד או איגוד. ועוד איכ' טעמא אחרינא דכשלקחוה בתחילה על דעת שיהיו שותפין במלאי שבתוכה לקחוה תדע שאחר כך שחלקו שותפותן היה משתמש זה שנה וזה שנה אבל לא עלתה על דעת שיהיו שניהם שרויים בתוכה וזה לעצמו וזה לעצמו שזה דבר שאין הדעת סובלתו ומשנתפרדה חבילת

השותפות מן הסחורה שוב אין להם ישיבה אחת בעולם בתוך החנות והדר דינא לדינא דגוד או איגוד ושלום. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כה
לצופ"ייא.

שאלה ראובן החזיק בחנות א' לפום דינא ובידו דצפה כתוב' וחתומ' מעדות נאמנה איך החזיק בה וזה נסחה: בהיות אמת שידענו נאמנה איך ראובן החזיק בחנות פלוני' במקום פ' אשר הוא יושב בה אשר מצדיה מצד אחת היא החזקה של פלו' ומצד השנית היא החזקה של פלו' בחנות הנזכר ובמערה אשר בה החזיק ראובן הנזכר כדת וכהלכה להיות בידו לעדות ולזכות ולראיה כתבנו שמותינו פה יום פלו' במקום פלו', פלו' עד פ' עד. ואחר כל זאת קם שמעון בעד היתומים וטען שהחנות הנזכר היא חזקתם ומוציא כתב מזמן שלשים שנה איך היא חזקתם וילך שובב בדרך לבו אל מותיוילי בעל החנות והמתיק בפיו רעה לגרש את ראובן מהחנות ופעל ועשה כמו שנראה ממעשה בית דין משער מקומו וזה לשונו הן אמת שהיינו מצויינין לעדים אנשי המעמד מקהל קדוש פלו' ובשעה שבאו והעידו בפנינו בתורת עדות פלו' ופלו' שחנות שבמקו' פלו' מתוגר ששמו פלו' והחנות הנז' היה טוען פ' שהיא של יתמי פלו' וראובן היה טוען שהיא שלו ובאו וקמו על רגליהם והעידו ואמרו שיום ששי עשרי' לחדש פל' משנת פ' בא המות"יוילי ושבר את המנעול מהחנו' הנזכר ושם מנעול אחר ונכנס שמעון בחנות ובהיות אמת שכך שמענו מפיו כתבנו וחתמנו שמותינו היום יום פלו' כך לחדש פ' שנת פ' ליצירה. על כן צועק מרה ראובן ואומר שמאחר שעברו עשר שנים על החנות שלא היתה בחזקת ורשות היתומים אבדו זכותם ושוב אין להם חזקה כמו שאמר כמהר"ר שלמה הכהן זלה"ה בפסקיו שחזקה שעברו עליה עשר שנים שלא היתה ברשות המחזיק בה יצאה מחזקתו וכל הזוכה בה כזוכה מן ההפקר הוא יורנו מורנו אם חזקת ראובן בחנות הנזכר היא חזקה גמור' ושרשיו מרובין שאפילו כל הרוחות שבעולם באות ונושבות בו אין מזיזין אותו ממקומו ומחזקתו ושכרו יגדל מעל שמים ונכון יהיה כסאו כסא כבוד מרום מראשון אנס"ו.

תשובה עשר שנים שאמרו למי שברור לנו שלא הפסיד חזקתו ביציאתו כגון שיצא לאיזו סבה מן הסבות שלא הפסיד בהם חזקתו על פי עדים וראיה ובזו החמירו כל רבני שאלוניקי האחרונים ז"ל לומר שלא הפסיד חזקתו עד שיהיה המקום פנוי באותם השנים מכל וכל אף מעכו"ם או תוגר כמו שמוכיח בתשובת הרב המובהק כמהר"ר שלמה הכהן ז"ל אבל מי שאין בידו ראיה היאך הניח מקום חזקתו שמא מרצונו הפשוט

או שלא היה פורע השכירות ומעבירם זמן רב בזה נתנו מתקני התקנות בו שיעור לישב בעיר שלשה חדשים שאם עברו שלשה חדשים שלא פרע השכירות כלל ולא נמצא בידו פסקא מיד מעידים איך אנוס ומוכרח עזב מקום חזקתו אבדה חזקתו ולמי שהלך לארץ אחרת נתנו שיעור שלשה שנים ואמרו כל שעברו שלשה שנים ולא ערער על חזקתו ולא בירר אונסו בטענות נאמנות ומספיקות זכה בה המחזיק וזה שמפורש בפנקס התקנות אשר גבלו ראשונים וחתומים בו הרב הגדול מוה"ר יוסף ן' לב וזקני הדור שעמו ולא מן התקנה בלבד הוא זה אלא אף שורת הדין הכי נותנ' אעפ"י שנסתפקו רבני הדור שלפנינו ז"ל בחזקת אם נותני להם כח היפה שבקרקעות ולפי זה אית לן לאוקומה בחזקת מרא קמא ואעפ"י שהיתה ביד העכו"ם יותר משני חזקה הא קי"ל דעכו"ם והבא מחמת עכו"ם לית ליה חזקה. מ"מ זהו לענין אחר שבא להחזיק בו דלעול' מוקמי' בידה דמחזיק ראשון דאיהו מרא קמא אבל לגבי בעלי' גופן שעיק' הקרקע שלהם אין ישראל המחזיק עליו בתורת שכירות יפה כחו אצלו שיקרא מוחזק ביה טפי מן הבעלים שאין חזקת המחזיק עליו מועלת אלא כל זמן שהוא בתוכו ופורע שכירתו ויש לברר זה אלא שאין להאריך. ומעתה הואיל ואם היה אבי היתומים קיים היה צריך להביא ראיה ולא היתה מועלת חזקתו הואיל ועברו ג' שנים ואין בידו כתב ראיה שיצאה מידו שלא כדין גם היתומים הבאים מכחו אין להם חזק' במקו' זה דלא עדיפי מגברא דאתא מחמתיהו ושמא תאמר נהי דלדידיה מחייבינן ליה להביא ראיה לפי שיכול להביא עדים וראיה לדבריו אבל יתומי' דלא ידעי במילי דאבוהון לא יפסידו חזקתן דטעני' להו אי אבוהון היה קיים היה מביא ראי' לדבריו. וכהא דאמרי' בפ' חזקת אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתו' הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמא אמר רב עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה ואע"ג דתניא כוותיה דרב אם מת קי"ל דעל האחין להביא ראיה דהא מודה בה רב לשמואל ואף על גב דאתקיף רב פפא כלום טענינן ליתמי מידי דלא טעין אבוהון לא חיישינן להך אתקפתא דאע"ג דסלקא בקשיא לא סלקא בתיובתא כדכתב רבינו חננאל ז"ל וכן פסקו גדולי הפוסקי' ז"ל כבר התרגמוהו התוס' והרא"ש ז"ל להך שמעתא שלא נאמר משום דטענינן ליתמי דאי אבוהון היה קיים הוה מייתי ראיה דלעיל פריך בבן אומן ובן אריס דאי אתו בטענתא דאבוהון אין להם חזקה ותנן נמי והבא משום ירושה אינו צריך טענה הא חזקה בעי ולא אמרי' דילמא אם אביו היה קיים היה מביא ראיה שלקחה אלא הכא דוקא הוא דקאמר אם מת על האחין להביא ראיה משום דאונות ושטרות יוצאת על שמו מוכחא מילתא דשלו הם אלא דבחייו הוא דאמרינן אם איתא היו לו עדים בדבר ומדלא הביא אלמא

אינם שלו אבל לאחר מותו שאינן ביד היתומים להביא ראיה סמכינן אהא דנכתבו על שמו אלו דבריהם ז"ל. ושמעינ' מינה דבכל דוכתא הדרינן לכללין דלא טענינן ליתמי מידי דאבוהון לא מצי למטען וכאן אבוהון של יתומים לא היה יכול לטעון על המקום הזה אלא בראיה הואיל ועברו עליו שלשה שנים אף יתומים הבאים מכחו כן ולא תימא דגבי יתומים קטנים אשכחן דטענינן להו מאי דאבוהון לא מהימן למטען בלא ראיה כדאמרינן בפרק שום היתומים דאין נזקקין לנכסי יתומים לרב הונא בריה דרב יהושע דמפרש טעמא משום צררי ואפילו מלוה בשטר דאילו אבוהון לא מהימן למטען הך טענה דצררי בלא ראיה מכל מקום גבי יתומים אמרינן אי אבוהון הוה קיים היה מייתי ראיה הא ליתא דהתם לאפוקי ממונא מיתמי לא מפקינן מינייהו כל היכא דאיכא למיחש אפילו חשש רחוק אבל מילתא דליתיה בחזקתייהו ולא בחזקת אבוהון כגון קרקע זה שמשעברו שלשה שנים יצאתה מחזקת אביהם. הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כו

שאלה ראובן ושמעון שהניח להם יעקב אביהם בתים בעיר אח' וראובן היה דר באותה העיר ושמעון היה הולך בסחורה ממקום למקום ומעיר לעיר באופן שלא היה קובע דירתו באותה העיר וראובן הנזכר היה משכיר הבתים ואוכל השכירות ושמעון הנזכר בראותו אחיו כי מטה ידו לא היה מדקדק עמו על דמי השכירות אבל היה שואל לאחיו בכל פעם ופעם כשהיה בא באותה העיר על ענין הבתים ואחיו ראובן היה משיב לו שהבתים היו מושכרים והוא היה לוקח השכירות ויהי לתקופות הימים נפטר ראובן הנזכר וכאשר שמע שמעון כי מת ראובן אחיו בא לו אל עיר מולדתו אשר היו שם הבתים נחלת אבותיו ומצא את יהודה בתוך הבתים ואמר לו מה אתה עושה בתוך שלי השיב יהודה שלקחם מלוי ולוי לקחם מזבולון וזבולון מראובן השיב שמעון איך היה יכול זבולון ליקח אותם מראובן אחי אחרי שהיו הבתים של שנינו כאשר יודעים כל שער עירנו שהם נחלת אבותינו השיב יהודה ואמר הנה באת פה העירה כמה פעמים וראית אחרים בתוך הבתים ולא מחית בידיהם השיב שמעון שהסבה שלא מחה היה בסבה שהיה חושב שהיו דרים בתורת שכירות כמו שהיה אומר לו אחיו ראובן הנזכר. עתה יורנו מורנו אם הדין עם שמעון בטענתו זאת שהיה חושב שהיו דרים בתורת שכירות ואם תמצא לומר שלא יועיל זאת הטענה היתכן שיהיה זו חזקה שאין עמה טענה אחר שאינו טוען לקחתיה ממך ואה תמצא לומר שיזכה ראובן בטענתו זאת לאמר שלא מחה הנה לא יש שטר מכירה ביד ראובן שלקחם מאחיו שמעון הנז' בהיות במקום שכותבין

בשטר ולכן יורנו המורה צדק אם יזכה שמעון בבתים ומנחלת אבותיו לא יגרע ושכרו כפול מן השמים.

תשובה אם יש בבתים דין חלוקה עלתה לו חזקה במה שהיה משכירם לאחרים ומשתכר בהם ואם לאו אין לו חזקה דאמרי' בפרק חזקת הבתים השותפין מחזיקין זה על זה ופרכינן מדשמואל אדשמואל דאמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי למימרא דשותף אין לו חזקה ומשני ל"ק הא דנחית לכולא הא דנחית לפלגא ואסיק רבינ' הא דאית בה דין חלוקה הא דלית בה דין חלוקה והכי נקטו רבוותא דבלית בה דין חלוקה שותף אין לו חזקה.

אך יש לברר דילמא היכא דדר השותף בה לא הויא חזקה מטעם שכת' הרשב"ם ז"ל שכן מנהג לאכול זה ג' או ד' שלימות כל השדה ואח"כ זה משום דבשניהם ביחד אינו כדאי ודוקא כגון ההיא אמתא דרמי בר חמא ורב עוקבא בר חמא דמייתי רשב"ם שנשתמשו בה ממש אבל כשמשכירם לאחרים יכולים להשכירה שניהם או האחד בשם שניהם וזה שהשכיר בשמו לבד עלתה לו חזקה דהא השכירות עצמה הויא חזקה בלי שיקבל שום מעות כדמוכיח בההיא שמעתא קמייתא דפ' חזקת דאמרי' עדים אנן אוגרנא מיניה ודרנא ביה ג' שנין ומוקמינן לה בנקיטי אגרא בידייהו ואמרי למאן נתביה אלמא אע"פ שעדיין לא קבל שום שכר עלתה לו חזקה במה שהשוכרים דרו מכחו מאחר שזה השכיר לבדו ולא האחר עלתה לזה חזקה.

ותדע דהא נמי אריס אין לו חזקה באריסי בתי אבות דעבידי למכלינהו שתים ושלש שנים ואח"כ אכלי הבעלים ואפ"ה אמרינן אריס שהוריד אריסין תחתיו יש לו חזקה מ"ט לא עביד איניש דנחתי אריסיה לארעיה ושתיק ה"נ לא עביד איניש שישכירנו לאחרים ושותק שיש שוכרין שמחריבין הבית כמ"ש הראב"ד ולהכי אין השוכר בתים רשאי להשכיר וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בה' שכירות ומיהו איכא למימר שאעפ"י שהא' לבדו השכיר לו עלתה לו חזקה דשותף כיורד ברשות דמי כדאמרינן התם ועוד דלא בעי הרשאה כדאמרינן בפרק מי שהיה נשוי תרי שותפי דאזל חד מינייהו לדינא לא מצי למימר אידך לאו ב"ד דידי את דמגו דנחית לפלגא נחית לכולא וכן הבעל בנכסי אשתו לא בעי הרשאה דמגו דנחית לפירי נחית לארעא ולכך אין צריך לימצא שניהם כשמשכירים אותם דמסתמא מה שעשה הא' חבירו נתרצה ולא עלתה לו חזקה ולא דמי לאריס שהוריד אריסיו תחתיו שכל עצמו של אריס אינו אלא להשגיח על השדה ולעבדה ולשמרה ומאחר שאריסין אחרים נכנסין נמצא שנסתלק הוא מאריסותיה ומאי עבידתיה להוריד אריסין אבל ממה שהיו פורעים השכירות לראובן ולא פרעו לעולם

לשמעון בהא ודאי מוכחא ששלו היה ועלתה לו חזקה דלא עביד איניש שיקח חבירו כל השכירות ושותק וכ"ת א"כ שדה שאין בה דין חלוקה אמאי לא עלתה לו חזקה באכילת כל הפירות ולא חלקו הא לא איריא דבשדה צריך לטרוח בכמה מלאכות ואין דרך לעשות בשותפי דאמרי אינשי קדירה דבי שותפי לא קרירא ולא חמימא לפיכך אחד זורעה ואוכלה מקצת שנים ואח"כ חבירו וא"ת כי פרכינן מדשמואל אדשמואל אדפליג רבינא בין יש בה דין חלוקה לאין בה נפלוג באין בה גופא מהיכא דמחזיק בדירה להיכא דמחזיק באוכל שכרה וי"ל דאכילת שכר היינו יש בה דין חלוקה שיכולים לחלוק במעות ואין לומר דהכא שהם אחי' לא היה אחיו מדקדק עמו כמו שבא בשאלה והיה מוותר לו השכירות בראותו כי מטה ידו שהרי כתב הרב בעל העיטור דאחין מחזיקין זה על זה ואינן כשותפין וכמו שכתב הטור בסי' קמ"ט והוא הדין אחין ושותפין שדבר שאין השותפין מחזיקין לא מפני שהם אחים תתבטל חזקתן אם לא שיביא עדים איך הוא בתורת וותרנות וגמילות חסד היה מניח לאחיו שיקח כל השכירות אז ודאי לא עלתה לו חזקה. ומיהו אחר שמכר ראובן לאחרים ושמע שמעון ולא מחה עלתה חזקה ללוקח כל ששהתה בידו ג' שנים בשופי אלא שמצאנו להרשב"א ז"ל בתשובה סימן כ"ג שנשאל בב' אחין שמכר א' מהם קרקע ליהודה שטען שהיה שלו שאביו נתנה לו ומחה בו אחיו ואח"כ מכרו המחזיק והחזיק הלוקח שני חזקה והשיב שלא עלתה לו חזקה שלא אמרו צריך למחות בסוף כל שלש אלא כשעמד בתוכה אותו האחד אבל אם מכרה אותו הא' לאחר אינו צריך למחות בלוקח לפי שהלוקח אינו בא אלא מכח האחד וכבר מחה באחד ויכול לומר לא חששתי למחות בך לפי שאינך בא בטענה שמכרתי לך אלא מחמת האחד וכבר מחיתי. והראיה דההיא דדר בקשת' דעיליתא ג' שנין וכו' אתא לקמיה דר' חייא וכו' ואי איתא נימא ליה כיון דלא מחית בי' מוכחא מילתא דזבינתא להההוא דזבנא ניהליה וכן מההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא וכו' עביד איניש דקרי לשני טובא שני חזקה וה"מ דאכלי זיין שנין וכו' עכ"ל וא"כ אפילו שית נמי דהא אחזיק ביה לוקח בתר הכי ואיכא למידק בה טובא חדא מ"ש מכל לוקח דאייתי ראיה דדר ביה ההוא מקמי חד יומא ואכלה שני חזקה דעלתה לו חזקה בכך דחד יומא לא עדיף משלשה שנים במחאה ומאחר שאכלה הלוקח שלש שנים בשופי ולא מחה מוקמינן ליה בידיה ולא מצי מערער לומר לא חששתי למחות בך לפי שאינך בא בטענה שאני מכרתי לך אלא מחמת האחד והאחד לא עלתה לו חזקה. ועוד מהא דאמר רב יהודה אמר רב ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת עכו"ם משמע הא אילו היה בא מחמת ישראל אף על פי שלא

עלתה לו חזקה לראשון עלתה לשני מדלא מחה ולא אמרינן שלא חשש למחות לפי שאינו בא בטענת עצמו. ועוד מהא דאמרינן ג' לקוחות מצטרפין בשטר דאית להו קלא דלשמע מרי ארעא ואי לא מחה הויא חזקה ואי איתא לימא לא חששתי למחות וכי תימא היכא דמחה שאני דלוקח הוא דאפסיד אנפשיה שלקח קרקע שיש עליו ערעור והשתא עכו"ם אחזירנה ליה דאף על גב שלא מחה בעכו"ם מיד עלתה חזקה ללוקח קא משמע לן דבא מחמת עכו"ם הרי הוא כמוהו אלא דהא ליתא דאטו מאן לימא לן בשמע לוקח במחאה דמערער נהי דאמרי' חברך חברא אית לי' לגבי לוקח דכיון דחיישי אינשי למגלי ליה שיזהר מערעורו של זה וישמור ראיותיו אבל לגבי איניש דעלמא דלא איכפת ליה לא הוה ליה למנדע כלל ואז כשמחה לא היה נוגע בדבר ולא ידע כן תדע דהא גבי ג' לקוחו' אמרי' וכלן בשטר אבל עדים לית להו קלא אע"ג דגבי מחאה אמרי' אע"ג דא"ל לא תימרון ליה אמרי' לדידיה לא תימרון ליה לאחריני אמ' להו חברך חבר' אית ליה כת' המפרשי' דהכא דרך להוציא הקול וכו' והתם גבי מחאה דאמרי' כל מילתא דאתאמר' באפי ג' לית בה משום לישנא בישא כת' התוס' אע"ג דמלוה ע"פ אפי' בעדים אינו גובה מן הלקוחות התם אינן יודעי' מי יקח שיגבו לו הכא נמי אע"ג דמחה אין חוששין שיגיד לזה קודם שהיה לוקח ואח"כ מי יגיד לו ותו מחאה סגי דלא ידע בה מחזיק הרי שאמרו העדי' לא אפקי' שותף ולא הגדנו לשום אדם אעפ"כ לא עלתה לזה חזקה שהרי מחה כדכתב הרא"ש דלא קפדי אלא דכי עברו ג' בסוף בלא ערעור שזה הוכחה דמוד' בה אבל כשערער בענין שיוכל להגיע אל המחזיק אע"ג שלא הגיע בטלה חזקתו א"כ כיצד נאמר ללוקח דלא הו"ל למזבן הך ארעא מפני מחאתו שלא נשמעה אפי' לא' והא דמייתי ראיה מההו' דדר בקשתא דעיליתא ג' שנין דאצרכיה ר' חייא סהדי דדר ביה ההוא מקמיה חד יומא ואי לאו לא הוה מוקמיה בידיה התם ודאי לא חשיב לוקח אא"כ מברר שהיה דר בה אותו שמכרה אפי' חד יומא שאל"כ לאו לוקח הוא ובעיליתא קאי ולא ידע שום טענה לטעון תלה עצמו באחרים והו"ל חזקה שאין עמה טענה וכן פי' רשב"ם אייתי עדים וכו' כדי לאמת דבריך ושוב לא תצטרך להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך שטוענ' ליורש וטוענ' ללוקח ואותה שהביא מההוא עובדא וה"מ דאכלה שבע שנין דעברו שני חזקה קודם שמכר' לזו אבל שית לא הוי משום דבשתי שנים הראשונ' מודה לאחר ואין לך מחאה גדולה מזו. ודייק הרב ז"ל ותהוי ליה חזקה ממה ששהתה בידו ד' שנין בתר דזבנא אידך ולא מחה הקונה אלמא אין ראיה ממה שלא מחה בלוקח דמשום שלא היה בא בטענה שקנאה ממנו לפיכך לא חשש למחות. וזו היא שהזכיר' הרמב"ן ז"ל בחדושיו דאיכא דקשיא ליה ובאיכא חזקה בתר מחאה ואמר ולאו מילתא היא דכי

אמרי' הכי הני מילי כשלא מכרה לאחר שהמחזיק סבור נזכר שיש לי שטר שמכרה לי ולא יתבעני אבל הכא וכולי וכך הם דברי הנמוקי יוסף וניכרין דבריהם ז"ל דשאני התם שאין הלוקח מחזיק ובא מכחו של זה השני שיש לו שטר עליה אלא מהראשון וכבר קדמה קניתו חזקתו של זה אבל היכא דהמחזיק מכרה לאחר כלהו כחד חשיבי וכי היכי דצריך למחות אם היתה ביד א' כך צריך למחות כשהיה ביד השני מכחו של ראשון והרמ"ה הוסיף ואמר דטעם דכשלא מחה באחרונה עלתה למחזיק דהו"ל כמאן דאודי ליה שמכרה אבל התם שקנאה מאת הבעלים מסתמא לא ידע שמכרה לזה שאילו ידע לא היה לוקח דלא שדי איניש זוזי בכדי ובהכי אין לומר דכיון שלא מחה הוד' דמה יודה אדרב' בטוח הוא על שטרו שקנאה. גם הרב המ"מ בפט"ו מה' טוען כתב כלשון הזה ותירצו דהתם דקנה כשלא מכרה המערער לאחר דהתם כל זמן שעמד ג' שנין ולא מחה נזהר הל' בשטרו ומדקאמר דהתם משלא מכרה המערער ולא אמר כשלא מכרה המחזיק אלמא כשלא מכרה המערער אעפ"י שמכרה המחזיק צריך למחות בפני הלוקח ואם לא מחה עלתה לו חזקה. הרי שמדברי הרמב"ן והב"י והרב המ"מ מוכח שלא כדברי אותה תשובה להרשב"א ז"ל ואם היינו זוכין לראות דבריו בהרחבה היה מוסיף לנו לקח בטוב טעם ודעת בכוונת דבריו וראיתי לרב מהר"י קארו ז"ל כתבה לתשובה זו דהרשב"א דפסקי' בהלכה פסוקה שלא אמרו צריך למחות בכל שלש אלא כשעמד בתוכ' אותו הא' הא אם מכרה לאחר אינו צריך למחות ואני רואה שדברי הרמב"ן והמ"מ והנ"י ואבי העזרי חלוקים עליהם והתימ' שהמ"מ והנימוקי לא משתמע מנייהו סברת הרשב"א ז"ל והיה מברר דעתו בחדושיו באותה הלכה ואי איתנהו להנהו מילי לא הוו שתקי מנייהו ובס' מאירת עינים מצאתי שכת' בטעמו של דבר דדוקא כשהודה הלוקח שקנאם מהא' שאל"כ היאך הוא מובטח שלא יטעון הלוקח ממך קניתי' ולמה לא מחה.

והך טעמא לא מחוור אצלי דכל היכא דלית ליה חזקה ואין צריך למחו' אע"ג דה"מ למטען מינך זבנת' כל שלא טען לא אמרי' ליה הו"ל למחות דהא הבא מחמת עכו"ם אי אמר מינך זבינתה נאמן ואעפ"י כן לא מזקקי' ליה למחות ואם לא מחה לא הפסיד ובההיא דאכלה שבע שנין שהביא ממנה הרשב"א ז"ל שאעפ"י שעברו ד' שנין לא עלתה חזקה למחזיק צ"ל ג"כ שהיה ידוע בעדים שקנאה מהא' שיהי' לבו של זה בטוח ולפי' לא מחה והלא הביא הנמוקי יוסף שכתב ר"ח ורשב"ם שצריך ראיה על חזקת שבע והסכים הרשב"א ז"ל לדעתם משום דליכא למימר שיהא נאמן דאחזיק דבמגו דאי בעי אמר מינך זבינתא שהרי באותה שעה שא"ל מאי בעית בהאי ארעא לא היה יודע שהו' לקחה שיטעון לו ממך זבנתא משמע להרשב"א שאם היה יודע שהוא לקחה היה נאמן

במגו ואם איתא דדוקא היכא שהודה כבר שלקח מאחרים הוא דעלת' לו חזקה דמ"ה לא מחה המערער מאי מגו איכא הא לא מצי למימר מנך זבנתה שכבר הודה שקנאה מאחר אלא ודאי כל היכא דאיכא טענה שלכך לא הוצרך למחות אעפ"י שאם היה טוען מנך זבינתה היה מועיל למחזיק מ"מ המערער לא הפסיד במה שלא מחה.

איברא דאיכא למימר שכל שאותו שלקחה זה ממנה לא היה לו חזקה אפי' היתה בידו שנים רבות כגון השותפי' וכל הנך דחשיב במתני' הבא מכחן אין להם חזקה ואין צריך למחות דהו"ל כבא מחמת עכו"ם דהרי הוא כנכרי ואין לו חזקה שפי' רשב"ם ז"ל איהו דאפסיד אנפשיה דלא הו"ל למזבן ארעא דישראל מעכו"ם עד דאמר ליה הב לי שטרא דזביני כי דין חזקה לית ליה וכתב עוד וישראל זה הבא מכח עכו' אעפ"י שהחזיק אין חזקתו כלום וחזקה שאין עמה טענה היא שהרי הוא טען העכו' מכרה לי אבל אינו יודע איך באה לידי העכו' שיוכל למכרה אף כאן מאחר שהוא טוען שלקח מראובן אחיו של זה והאחין השותפים אין להם חזקה אעפ"י שהלוקח החזיק שני חזקה אין מועיל לו דהו"ל חזקה שאין עמה טענה וכיוצא בה מוכח מדברי הנמוקי יוסף שם ולאו עיקר טעמא דאיהו דאפסיד אנפשיה משום דידע דארעא דישראל היא ולהו"ל למזבן דאפי' שיטעון שלא ידע וסבור היה שהיתה של העכו' מעולם דהו"ל חזקה שאין עמה טענה שכל טענתו אינה אלא שלקחה מהעכו"ם והעכו"ם אין לו חזקה ולא שייך ביה לו' דטועני' ללוקח שאפי' היה קמן לא היה נאמן אלא בשטר.

והא דכתב רשב"ם איהו דאפסיד אנפשיה הייינו דלא הו"ל למזבן ארעא עד שידע מהיכן באתה ליד העכו"ם ואם היה חוקר היה מתברר לו שמישראל לקחה ואין לו חזקה ועוד דבכל לוקח אמרי' אינו צריך טענה הא ראיה דדר ביה ההוא מקמיה חדא יומא צריך וזה הבא מכח אלו שאין להם חזקה כגון שותף לא מצי לאתויי ראיה דדר בה בחזקה שהיה שלו דכיון דאין בה דין חלוקה מכח חלקו היה דר.

ועוד ראיה מהא דאמרי' גבי אלו שאין להם חזקה בן אריס יש לו חזקה בן גזלן אין לו חזקה ופרכי' אי דאתו בטענה דאבוהון אף הנך נמי לא ואי לא אתו בטענה דאבוהון אפי' בן גזלן נמי ופי' רשב"ם אי דאתו בטענ' שאומר' אבינו הוריש' לנו ואיהו לא טעין דזבינה ממך קמי דידי דנהימניה במגו דאנ' זבינתא מינך הו"ל חזקה דאין עמה טענ' שהרי אין לאביו חזקה גם הבא מכחו אין חזקתו חזקה.

והשתא דאתינא להכי אמינא שהנדון של הרשב"א שכתוב בד' אחין שמכר הא' קרקע ליהודה כי טע' שהיה שלו כי אביו נתנו לו ומחה באחיו כל זה היה כשעש' מכר שכן מוכיח שמכר בטענה זו ואז מחה בו אחיו בפני הלוקח ואעפ"כ מכרו וקנאו לוקח והחזיק

הלוקח שני חזקה בזה אמר שלא עלתה לו חזקה שלא אמרו בכל ג' שני' אלא כשעמד בתוכ' אותו הא' אעפ"י שמח' בו כיון שאחר עמד בה ג' שנים אחרות בשופי עלתה לו חזקה דביש בה דין חלוקה מיירי מדאצטריך למחות וכל שעברו ג' שני' ולא מחה עלתה לו חזקה אבל כשמכר' לאחר אין צריך למחות בלוקח הזה שאינו בא אלא מכחו של ראשון וכבר מחה הראשון בפניו ולוקח הוא דאפסיד אנפשי' שקנ' קרקע ידוע לאביהן של אלו כי ידעו שהיה אחיו מערער שהרי לא היה יכול לומר אבי נתנה לי אלא בראיה והיינו ההוא דדר בקשתא דעילית' דאמרינן דאי לא אייתי עדים דדר ביה ההוא מקמיה חד יומא לא מוקמינן בידא דלוקח הכא נמי לא היה ביד ההוא מקמיה כלל דכיון דבשעת המכירה מחה בו ירושה היא לנו מאבינו חזקה שאין עמה טענה היא ועל זה הביא ההי' דה"מ דאכלה ז' שנין אבל שית לא דטעמ' משום דהוי חזקה שאין עמה טענ' כך נראה בעיני ליישב דינו של הרשב"ם ז"ל אליב' דהלכתא ואם יש קצור בלשון או שינוי קצת אין לתמו' שידענו שאין זה לשון הרב ז"ל אלא לשון המחבר שקיצר תשובתו אבל מה נעשה שהרב מהר"י קארו ז"ל כתבה סתם בפסקי' לא אמרו למחות בסוף כל ג' אלא כשעמד בתוכה אותו הראשון ולא הזכיר שמכר' בטענה שהיה של אביו דהלה מכחישו דאיהו דאפסיד אנפשיה ולא מקרו דדר ביה אפי' חד יומא.

ובר מן דין בנ"ד אין אנו צריכין לזה שזבולן זה שלקחה מראובן חזר ומכרה ללוי ולוי ליהודה ובהא ודאי טענינן ללוקחים האחרונים שלקחה הלוקח הראשון גם מראובן כל חלק וזכות שהיה לו בה דאילו הוה קמן והוא טעין הכי הוא מהימן השתא נמי טענינן ליה אף על גב שזה האחרון מודה שתחלת קנייתה של בית זו באה משמעון אחיו של ראובן ואין לו חזקה טענינן ליה שאחר כך קנאה גם מראובן וראיה מההיא דאמרינן בפרק הנזקין הלוקח מסקריקון אכלה ג' בפני הבעלים וחזר ומכרה לאחר אין לבעל על לוקח שני כלום דאף על גב דלא טעין מינך זבינתא כגון זה טוענין ליורש וללוקח שהראשון קנאה מאת הבעלים.

ועוד ראיה מדאמרי' בפ' חזקת בנו של גזלן אין לו חזקה בן בנו של גזלן יש לו חזקה דטוען מאבי ירשתי והוא היה יכול לטעון מינך זבינתא הכא נמי לוקח מלוקח דשותף אע"ג דלוקח קמא חשיב שאין עמו טענה לוקח בתרא זכה בטוענין ליה הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כז

שאלה ראובן ושמעון ירשו שני בתים וחצר אחד מאביהם וראובן דר באות' העיר ושמעון היה הולך ממקום למקום לאחר זמן נפטר ראובן בלא בנים וחיי לרבנן ולישראל שבק

כששמ' שמעון שמת אחיו בא בעיר נחלתו ומצא ללוי בתוך הבתים ואמר לו מה אתה עושה בתוך שלי השיב לוי ואמר אני לקחתים מיהודה ויהודה מישמ' והנה כמה פעמים באתה לכאן וראית דרין בתוך הבתים ולא מחית ועתה יותר מעשרה שנים שאני בתוך הבתים וגם בזמן שאני לקחתים מיהודה היה מגפה בעיר והיינו בכפרים והיית בעיר למה לא מחית השיב שמעון לא שמעתי זה מעולם שאם הייתי שומע הייתי מוחה ומה שלא מחיתי כשראיתי דרין בתוך הבתים היה סבה שהייתי חושב שהיו מושכרות בשכירות כאשר אמר לי אחי בחיים חייתו והייתי רוצה שיהנ' אחי מדמי השכירות ועוד היכן שטר מכירה מאחי השיב לוי אין לי שטר מכירה מאחיך אבל יש לי ש"מ מיהודה ומישמ' שמכרה ליהוד' וגם יהודה וישמ' נפטרו לבית עולמם ושמעון עשה חקירה ומצא שלא דר יהודה בבתים אשר מכרם ללוי אפילו יום א' שהיו לו בתים אחרות עתה יורנו המורה לצדקה הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

כבר השבתי עליה אלא שהוסיפו בה שעשה חקירה ומצא שלא דר יהודה המוכר אפי' יום א' שהיו לו בתים אחרות ואין זו טענה שאעפ"י שלא דר הוא בעצמו אם דרו בה אחרים מכחו חשיב כוותיה כדמוכח בההיא דאמרי' אנן אוגרנא מניה ודרנא ביה ג' שנין ועוד אם דר ישמ' יום א' ואח"כ מכרה ליהודה דיו בכך שהרי יש שטר שמכרה ישמ' ליהודה ויהודה ללוי ועוד אם כתוב בשטר שמכרה ישמ' ליהודה כמנהג הסופרים והלך יהודה והחזיק וכו' דיו בכך להחזיק ללוי בלוקח.

ובר מן דין כיון דאיכא שטרא דזבנא לוי מיהודה סגי דמשום דבעי לאייתי ראיה דדר ביה חד יומא ההיא כי היכי דנדע שהאח שהוא לוקח דטעני' ליה דלאו כל כמיניה לשוויה נפשיה לוקח כי היכי דנטעון ליה אנן וכן מוכח מדברי רשב"ם דההוא דדר בקשתא דעילתא ד' שנין דאמר אייתי ראיה דדר ההוא דזבנא מינך אפילו חד יומא כדי לאמת דבריך ואוקמא בידך הואיל והחזיק ג' שני חזקה ושוב לא תצטרך להביא עדים שאותו שמכרה לך לקחה מבעל הראשון משום דטוענין ללוקח דהכא משום מקח אינו צריך טענה אלא שדר בה המוכרה לו יום אחד על כרחך משמע דהאי דבעי מייתי דדר ביה המוכר חד יומא היינו לאמת דבריו שקנה לוקח כדי שנטעון בעדו דאל"כ מנ"ל שהוא לוקח אלא גזלן הוא ומתוך שאינו יכול להעיז פניו לומר ממך לקחתיה אומר לוקח אני אבל כשהביא עדים שהיתה ביד האחד שאומר שמכרה לו אפילו יום א' אפילו שעה א' דרגלים לדבר דהוי לוקח וכ"ש שאם הביא ראיה שמכרה לו אותו פלוני בפני עדים בחזקת שהוא שלו דחשיב טפי מדר ביה חד יומא וחד שעת' אע"ג דאיכא למימר איני מעלמא בא ומכר דבר שאינו שלו מ"מ ידעינן בודאי שזה לקחה ולא נכנס בה מעצמו

ואילו בראיה דדר ביה חד יומא איכא למימר בשאלה או בשכירות נכנס שעה אחת ואע"ג דלא ידעי' שזה קנאה ממנו אלא ראה אחר שישב בה יום א' ותולה בו לומר מפ' לקחתי' מ"מ בראי' כל שהוא דיו דהוה מצי למימר שהוא לא נכנס מעצמו וכן אמרו שאפי' הביא עדים שראה אותה שמכר' לו דיו בכך אע"ג דלא הוי חזקה זכי בהאי כדכת' המ"מ פי"ד מה' טוען בשם הרשב"א ועוד מדאמרי' בגמ' נראה בה מהו ואמרי' עביד איניש דסיאר ארעיה אע"ג דלא זבין אבל לא עביד איניש למכור שדה שאינו שלו בפני עדים כ"ש פן ילך הדבר באזני הבעלים ויהיה בכלל רע בתוך קהל ועדה שמאחר שמביא עדים שפ' מכר' לו ידענו בודאי שהוא לוקח והרי נתאמתו דבריו וטעני' ליה וכן מוכ' מדברי הרמב"ן ז"ל שכת' עלה בחדושיו ואיהו לא מהימן לומר דדר ביה מגו דאי בעי אמר מינך זבנתא דלא טעני' ליה אנן לקחה מוכ' מן הא' אא"כ יש עדים שרגלים לדבר שלקחה כיון דדר ביה ומשום מגו דידיה לא טעני' ליה אנן וכת' איפשר לומר דאי נמי דר בה ההיא מקמיה חד יומא ולית ליה סהדי דזביניה מיניה דקמא לא טעני' ליה אנן שאין טוענין אלא ללוקח כלו' שאנו יודעי' בו שהוא לוקח ואמר כך מצאתיה ומ"ש הראב"ד אבל אין דעתינו נוטה מזה שהתופ' מטלטלי' יוכיח וכו' וזה כיון שהחזיק שני חזקה כיוצא בו הוא. וכתב הטור בסי' קמ"ו שכן דעת הרא"ש ז"ל וכן הביא המ"מ פי"ד מה' טוען לעיקר ואפשר דלהראב"ד דס"ל שצריך להביא עדים שלקחה וכן להרמ"ה דסבר הכי כמו שהביא בח"מ סימן קמ"ו משמע דבעינן נמי ראיה דד' ביה חד יומא ואפשר נמי דאי מייתי עדים שנמצאו בשע' שמכרה לו אין לך רגלים לדבר גדול מזה ומה צריך להביא ראיה שהוא לוקח כיון שהודה אותו פ' בפניהם שמכרה לו אבל לא ראו בשעה שמכרה. ומיהו נראה דלהודיע לנו שהוא לוקח אין אנו צריכין ראיה כיון דאית ליה מגו דאי בעי אמר מינך זבינתה דמגו כעדים אבל עדיין אומר מאן לימא לן שאותו לקחה מזה לא טענינן ליה אנן.

סימן כח

שאלה יעקב היו לו חזקת בתים וחצר ידועים לו והניח אחריו ב' בנים אחד גדול נשוי אשה ואחד בחור ובנות נשואות ובת בתו ואחר קצת שנים שנפטר יעקב קנה ראובן הבתים משמעון בכסף ובשטר ובחזקה ונשתמש בהם בכל וסתר ובנה כדרך המשתמשים בפני כל בניו ובנותיו של יעקב אין מוחה בידו ואין דובר לו יותר מי"ח שנים רק הקול קול יעקב שהקרקעות היו ידועים ליעקב מקודם ואח"כ קנאו' ראובן ויען שנפטר לעולמו הצדק בן יעקב הגדול ובנותיו גם המוכרי' שמכרו לראובן הנ"ל נפטרו וראובן גם אחר מיתת אחיו החזיק בבתים יותר הרב' משני חזקה וכן בן השני שהניח

יעקב היה גדול הרבה בשנים בזמן מיתת אחיו ואחיותיו וגם היה בזמן גדולתו שם בעיר עם המחזיק ולא פצה פיו לדבר רק עתה בקרוב יען רוח אחרת עמו ותובע מראובן חזקת הבתים הידועים לאביו בטענה שהיה קטן בזמן פטירת אביו ולא היה יודע למחות וראובן הלוקח השיב מאן יימר שהיית קטן שמא גדול היית ועוד היאך תוכל לומר מחמת שהיית קטן והנה בידי שטרי מכירה יותר מי"ח שנה שלקחתי אותה משמעון המוכר ועוד הוציא שטר מכירה ששמעון קנה מלוי ועוד שטר מכירה שלוי קנאם מיהודה שהיה בעל בתו של יעקב הנז' ועל שטר מכירה מיהודה ללוי ולוי לשמעון חתום עליו האחד מרביץ תורה ורוב המכירות נעשו וכו' והוא עד בדבר מזמן לזמן וכמבואר בשטר המכירות והמכירות היו לפני בן יעקב ובזמן שהיה גדול ולפני אחיו הגדול בעת פטיר' אביו ואחיותיו וכל הלוקחים החזיקו ודרו בה כמה שנים ואחד מהם לא מחה ולכן אומר ראובן שעתה בא בחזקה ושטר וטענה אע"פ שהם ידועים ללוי אפשר כבר לוי קנאם ממך ומאחיו שהרי החזיק ודר בהם לפניך אחר שהיית גדול ושמא אביך נתנם לנדוניא או מכירה או מתנה לבתו וחתנו והם מכרו או נתנו לנדוניית בתם עם לוי בעלה והם מכרו אח"כ ליודא וכל זה היה יודע אחיך הגדול וגיסך ואחיותיך ועתה תואנה אתה מבקש שבעיר היה מפורסם וידוע היות הבתים של אביך מקודם ונשתמשו בהם זה ימים ושנים רבות ולא מחית ובן יעקב משיב הייתי קטן בעת פטירת אבי ולא הייתי יודע אם מחזיק בשלי ואם אחי הגדול ואחיותי וגיסי מכרו הבתים ולכן על פי הדברים האלה שהם ידועים לאבי תובע אני חלקי מהבתים יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה כל שהמערער טוען קטן הייתי בתחלת חזקתך והמחזי' אומר לא כי אלא גדול היית מתחלה ועד סוף בזה יש להסתפק על מי להביא ראיה והיה אפשר לומר דהא מלתא דמיא לטוען שותף או אריס היית ומפני זה לא מחיתי שכתב הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות טוען שאם הבי' עדים שידוע שהוא שותפו או אריסו תחזור השדה למערער ואם לא הביא עדים אלא שהמחזיק אומר מעצמו שותפי היה ומכר לי הואיל ואכל שני חזקה ויכול לומר לא היה שותפי מעולם הרי זה נאמן כשאר כל אדם דמשמע דמספקא לא מבטלינן חזקה בטענה דשותף הייתי עד שיברר ודמי נמי להא דאמרינן בפרק חזקת אשת איש צריכה למחות ופי' הרמב"ן ז"ל דהכי פירושו דמגו דאי טעין ואמר מינך זבנית לאחר מיתת הבעל ובאותו הזמן ירדתי בה ויבי' עידי ג' שנים ולאשה אין לה עדים שירד לה תחלה כי אמר נמי מתחלה ירדתי בה נאמן ולפיכך אמר רב שצריכה א"א למחות ולחוש לכך וכיון שמחתה שוב אין לו חזקה לעולם כדין כל היורדין שלא בתורת חזקה

ודמי לקטן והגדיל ע"כ אלמא כל שאין האשה יכול לברר שירד לה בתחלה בזמן שאין עליה למחות הוי חזקתו חזק' ואין צריך לברר יותר ולא עוד אלא שאפילו אמר ממך קניתי בפני בעליך נאמן במגו דאי בעי אמר אח' מיתת בעלי' קניתי ממך. ונראה דנ"ד לא דמי להנך דכיון שהלה טוען בברי שהיה קטן ולא היה יודע כלום בנכסי אביו ולכך לא מחה כל אותם השנים לסברת רבוותא דאמרינן דלא מקרי חזקה מהאי טעמא דלא ידע שימחה הא עדיפא מטענה דשותף ומטענה דא"א דכי טעין שותף הייתי מ"מ יודע היה שזה היה מחזיק בהם ואוכל פירותיהם בפני הכל וכשראה שאפשר שלא יוכל לברר שאז היה שותפו היה לו למחות מספק כדאמרינן בגמרא ואי לפרי אחתיה מאי הו"ל למעבד א"ל איבעי ליה למחות דאלת"ה האי משכנתא דסורא אי כביש לשטר משכנתא ואמר לקוחה היא בידי ומהימן מתקני רבנן מידי דאתי ביה לידי פסידא אלא איבעי ליה למחויי הכא נמי איבעי ליה למחות אלמא אע"ג דאם היה ברור לנו שהורידו לפירות או בתורת משכנתא לא עלתה לו חזקה השתא דלא מצי לברורי הוה ליה למחות וכיון שלא מחה הפסיד אבל קטן זה אם כדבריו מנא ידע למחות ובהא ודאי איכא למימר כדאמר רב אשי לרב כהנא ואי קטן הוה מאי הוה ליה למעבד. וכן בההיא דא"א שאמרו צריכה למחות היינו משום דנהי דבהיותה נשואה אינה צריכה למחות שסמכה על בעלה אבל לאחר שמת בעלה שיש לה לחוש שיאמר שנכנס לה אחר מיתתו הוה לה למחות או להביא עדים איך בחיי בעלה נכנס ואין חזקתו חזקה ואין לומר דהשתא דמחזיק זה לוקח מאחרים הוא אינו צריך טענה ואנן טעני' ליה שאותו שמכרה לו לקחה מזה בהיותו גדול הא ליתא דאיהו נמי אי הוה קמן והוה טעין הכי היינו אומרים לו שאין חזקתו חזקה כל שאינו מברר שלקחה בהיותו גדול ולא דמי לבן בנו של גזלן היכא דאתי בטענתא דאבוה דטעני' לי' שאפילו קנאה והוא לא היה גזלן דהתם איהו מצי טעין לפי שהחזיק ג' שנים בשופי ולא מח' דאחר מיתת אביו הגזלן ממי היה ירא מלמחות אבל הכא לא ידע דלמחי ולא טעני' ללוקח מאי דלא מצי מוכר לטעון דלא עדיף מגברא דאתי מחמתי' מיהו נראה דהלכה זו במחלוקת היא שנויה שהביא הרא"ש גבי עובדא דא"ל בשוקי בראי הוה יתיבנא פי' בארץ מרחקים שלא היו שיירות מצויות וכתב יש מביאין ראיה מכאן שאם המערער אמר לא הייתי במדינה כל אותם ג' שנים שהחזקת בו נאמן וצריך המחזיק להביא ראיה שהיה במדינה ונ"ל שאין ראיה מכאן דאפשר שהיה הדבר ידוע שהיה בשוק בראי ויותר נראה כיון שזה החזיק בסוף ג' שנין והחזקה נשמעת אפילו במדינה אחרת כדמוכח לקמן עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוחה ולכך נמנע מלמחות ע"כ. והרמב"ן ז"ל נראה שהוא נוטה לסברא קמיית'

שהביא הרא"ש לפי דבההוא עובדא דלעיל מינה דאמר בשכוני גוואי הואי דא"ל רב נחמן זיל ברור אכילתך דהיינו דקא טעין המערער שהיה במקו' שלא שמע החזקה או שלא היה יכול למחות והימני' רב נחמן עד דמייתי אידך סהדי דהוה במקום שאינו חירום דכיון שזה טוען שלא בפני החזקת במקום חירום טענתיה טענה וצריך הלה לקיים חזקתו כאילו טענו או החזקת ע"כ הכא נמי דטוען קטן הייתי כשלא בפניו דמי ולא מקרי חזקה וכי היכי דהמחזיק צריך לברר אכילתו שהיתה במקום שהבעלים שומעים כך צריך לברר שאכל בהיותו גדול דקטן כמאן דליתא דמי. ולכי דייקת שפיר בדברי הרא"ש משתכחת דאפילו לדבריו אין ראיה לנ"ד דלמה הוצרך להאריך ולומר עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוחה ולכך נמנע מלמחות שאין בכלל בירורו שיצטרך לברר אם לכך נמנע או לסבה אחרת וכשיברר שהיה במקום שאין מחאתו נשמעת ממילא ידעי' דבכה"ג אין חזקת המחזיק חזקה ועוד מאי טעמא פתח בשמיעת חזקה וסיים בשמיעת מחאה אלא דטענה דהרא"ש דלאו כל כמיניה לומר שלא שמע החזקה דמסתמא החזקה נשמע' אפילו במדינה אחרת משום דאית ליה קלא לפי שהוא חוקר ושואל על נכסים אבל המחאה אין לה קול שאין המחזיק מחזר לחקו' אם מוחה לו בעל הקרקע כדכת' התוספו' בההיא דג' ארצות לחזקה דלהכי נקט בכל דוכתא מחאה שלא בפניו ולא נקט חזקה שלא בפניו וכיון שאין טענה למערע' שלא ידע אלא שלא מחה לפי שלא היתה מחאתו נשמעת תינח שאם היה יכול לברר שהיה שם במקום רחוק היה סומך על זה לומר מאחר שיודעי' שלא הייתי במקום שמחאתי נשמעת למה לי למחו' לבטל' אבל אם גם זה אינו יכול לברר מה היה מפסיד בהיותו מוחה בפני כמה עדים אעפ"י שלא ישמע אולי באורך הימים יבאו שני' ויעידו או אם היה עושה מעשה ב"ד שם שיתקיים בחותמיו כאן שמחהו שהיה במקום רחוק וה"ל למעבד כל דהוה מצי למעבד וזה שלא עשה כלום שלפי דבריו לא חש למחות בפני ב' דעלמא אעפ"י שידע שלא היה יכול לברר שהיה שם מוכיח שאין ערעורו אמת וז"ש עליו לברר שלא היה במקום שמחאתו נשמעת אם היה מוחה ולכך נמנע מלמחות כלו' מפני שהיה בידו לברר זה נמנע מלמחו' הא לאו הכי אמאן קסמוך שלא עש' כלום הלכך כשהו' טוען קטן הייתי ולא ידעתי אם של אבותי היה טענתי' טענה וצריך המחזיק לברר שגדול היה כדי שתקרא חזקה.

ונראה דאם היה הספק בשני חזקה שזה אומ' ממך קניתי בהיותך גדול והחזקתי ג' שנים והלה אומ' קטן הייתי ולא הייתי יודע למחות ואין חזקת ג' שנים שאכלת כלום בהא ודאי יש מקום לומר שעל המחזיק לברר אכילתו שאכל בפני הבעל בהיותו גדול שאל"כ

עדיין לא עלת' לו חזק' שאין חזק' אלא שאכל ג' שנים בשופי בזמן שהיו יכולי' הבעלים למחות ולא מחו אבל כל שיש למחזיק עדים ובירור שאכלה ג' שנים בשופי בהיותו גדול והוא טוען בגדול לקחתי' ממך כבר יצתה מרשות בעלים ועמדה ברשות לוקח דחזקת ג' שני' כמאן דנקיט שטר' בידיה הוא דנהי שאם יש שום ספק בעיקר אכילתו אמרי' קיים שטרך וחות לדינא כדאמר רב נחמן בההוא דאמר בשכוני גואי הואי בהיותי עובר עליך ומשתמש עמך א"ל רב נחמ' זיל ברור אכילתך שדרת בבית לבדך כדין כל חזקה כדפי' רשב"א. אבל מאחר שבירר שאכל הג' שנים בהיותו גדול והחזיק כדמחזקי אינשי זה שהוא טוען קודם אותו הזמן ונכנסת לתוכה בהיותי קטן ומפני זה לא ידעתי למחות אין בדבריו כלום דהא לא רמי עליה להעיד עדים על מה שלא היה כי כשהי' קטן לקח' ממנו ולא הו"ל לאסוקי אדעתי' שיטעון עליו טענ' כזו למען ידע להזהר עוד והרי תקנו חכמי' חזקה ואמרו עד תלת שני' מזדהר איניש בשטריה טפי לא מזדהר מאחר שראה שאכל הג' שנים בשופי ובלא ערעור ועשאוה כמאן דנקיט שטרא בידיה מעתה הבא להוציא מחזקתו באו' נכנסת לתוכו כשהייתי קטן ומפני כך נמשכה אכילתך שלא ידעתי למחות עליו להביא ראיה כמו שצריך להביא ראיה על המחאה כן צריך להביא ראיה על הגורם לבטל המחא' ואין לומר איהו נמי אי קטן הוה כדבריו מאי הו"ל למעבד א"כ כי אמר נמי מחיתי בפני פ' ופ' ומתו או הלכו למדינת הים אחר שהזכיר' בב"ד נמי אם מתו עדיו מאי הו"ל למעבד אין אומרי' כן אלא כל שהחזיק ג' שנים כדמחזיקי אינשי עמד הקרק' ברשותו והב' לבטל חזקתו עליו הראיה ודמי האי מלתא למטלטלי' שאין עשוים להשאיל ולהשכיר הידועים לראובן ונמצאו ביד שמעון שאילו ראינו שהשכיר' או שהפקיד' אצלו הרי הם כקרק' ובחזקת מריה קמא קיימי אם יאמר ראובן שבשכירות או בפקדון נכנסו בידו ע"פ עדים ומתו מי צייתי' ליה ולא עוד אלא אפי' אם הלה מודה בעצמו שהפקידם וחזר ולקח' נאמן בתורת מגו לפי שמוחזק בהם קרקע נמי בחזקת ג' שנים הרי הוא כמטלטלין דחזקת דלאלתר שכן הרמב"ן ז"ל משוה אות' בכמה מקומו' בפ' חזקת הבתים וכן יש להוכיח ממה שכתבו התוספות בההוא עובדא דשכוני גואי דמיירי שהיה לו עדים שהיה בשכוני גואי אבל לא היו יודעים איזה דרך הי' יוצאי' דאם לא היו לו עדים דהיו בשכוני גואי היכי הוה קאמר רב נחמן זיל ברור אכילתך דאטו יש להם לעידי חזקה לידע שלא היה המערער באותו בית כל ג' שני' ואם אמר המערער הייתי עמך ב' יומי ולא היו ג' שני' שלמים והעדים אינם יודעים יפסיד. משמע מדבריהם שאין אומרים שיברר אלא דבר שהיה להם לעידי חזקה לידע אבל דבר שאין להם לידע חזקה מבוררת היא והבא להודיע בזה עליו הראיה וכן משמע מהא דאמ' רב אשי לרב

כהנא ואי לפירא אחתיה מאי הו"ל למעבד דמדפריך ליה אלא מעתה משכנתא דסורא וכו' משמע דרב אסי לא אסיק אדעתיה שלא תועיל חזקתו של זה כדכת' התוספו' אע"ג דאכתי לא ס"ד דהו"ל למחויי דמ"מ אין חזקת ג' שני' נפסל' בטענתו של זה שכבר עמדה ברשות לוקח וכי משום דאמרת מרי ארעא הו"ל למעבד לוקח עניא מאי הו"ל למעבד הא טפי מג' שנים לא מצי למזדהרי בשטרא כ"ש בזה שמעמידין על אכילת שני חזקה בפניו ובהיותו גדול כדין כל מחזיק מספקא לא אורעינן חזקה שלמה כזו. ועוד ראיה מהא דאמר רב יהודה אמר רב ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם ואם אמר ישראל קמי דידי זבנה עכו"ם מינך נאמן מגו דאי בעי אמר אנא זבינת' מינך ואם איתא כי נמי יאמר זבינתה מינך לימ' ליה אייתי סהדי שהחזקת תכף שיצאת מידי שאני או' ברשות העכו"ם היתה ולקחת ממנו ולכך לא מחיתי מפני שהייתי ירא מן העכו"ם שמכר לך ושמתי לפי מחסום בעוד רשע לנגדי דאי לאו דשתיק הוי ממטי לדידי' ולחמרי' לשחוור דמהאי טעמ' אמרי' דכי הודה לעכו"ם לא מהני והכי כתב הרשב"ם שם דדין חזקה לית ליה לעכו"ם ולכל מאן דאתי מחמתיה דסתם עכו"ם גזלני' הם וישראל ירא למחות משמע דאף הבא מכחן ירא למחות פן יחזור על העכו"ם דמסתמא הבטיחו העכו"ם שלא יערערו הבעלים כלום וסיים רשב"ם ז"ל וישראל זה הבא מחמת עכו"ם אעפ"י שהחזיק אין חזקתו כלום וחזקה שאין עמה טענה היא שהרי הוא טוען עכו"ם מכרה לי אבל איני יודע איך באת ליד העכו"ם ולא היה צריך הרב ז"ל לטעם זה כיון דחזקה מעיקרא לית ליה דכל שאין מחא' אין חזק' ומאי איריא משום דאין עמה טענה אלא דעיקר מלתא משום דאין עמה טענה שאילו היה טוען בברי העכו"ם לקחה ממך בדמים לאו כל כמיניה דמרי ארעא דנימא אנוס הייתי מאי אית ליה למעבד דכל שעברו ג' שנים שאכל' בשופי כבר עמדה בחזקת לוקח והבא להוציא מחזקה זו עליו להביא ראיה. גם יש ראיה מההוא עובדא דההוא דאמר נכסי דבי בר סיסין מזבנינא לך פי' הקרקעות שקניתי מבר סיסין הוה ההיא ארע' דמקרי' דבי בר סיסין אמר האי לאו דבי בר סיסין קניתיה אלא קרויי הוא דמקרי' הכי מעול' אוקמ' רב נחמן בידא דלוקח ומפ' גמר' טעמא דכיון דאמר דבי בר סיסין ומקריא בר סיסין עליה דידיה רמיא לגלויי דלאו מבר סיסין קנאה. למדנו שכל הבא להוצי' מסתמא דעלמא עליה דידיה רמיה לגלויי אע"ג דמרי ארעא הוא נפקא מחזקתי' וקיימ' בידא דמחזיק דסתמ' דעלמא מסייע ליה ובנ"ד כיוצא בה דסתמא דעלמא מחזיקין קרקע זו בחזקת לוקח אחר שאכלה ג' שני' בשופי לפני בעלים הבא להוציא מסתם זה עליו להביא ראיה.

ומעתה הואיל ואם היה לוקח טוען בברי ממך לקחתיה בהיותך גדול עלת' לו חזק' השתא דאמר מאחרי' קניתיה טוענין ללוקח דראשון הוא טעין נמי הכי.
אבל צריך לברר מאחר שראובן זה הלוקח הוציא כל שטרי כחותיו והראה איך קנה משמעון בשטר ושמעון מלוי ולוי מיהודה שהוא גיסו של היתום ואם יתברר שיהודה היתה חזקתו בעודו קטן נתבטלו כל החזקות הבאים מכחו. נהי דאם לא היה מוציא השטרות היה ראובן עומד בחזקתו דטענינן ללוקח ששמעון שמודה לו קנאה מהמערער בגדול עכשיו שהוציא השטר צריך לידון בהם כדאמר בפרק גט פשוט הבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר ואם מתוך השטר לא הוחזק אינו יכול להסתייע בחזקה וכאן הרי מתו' שטרותיו שהוציא הוברר הדב' שעיק' חזקתו של ראשון היתה בהיות המערער קטן ואין לה חזקה וגם לא לבאים מכחו ואין לומר שאעפ"י שכתוב שלוי קנה ליהודה זהו בירור קניתו מצד האח הגדול אבל לוי שהחזיק בהיו' המערער האח השני גדול קנה ג"כ ממנו ואותו השטר נאבד שאם היה כתוב בשטר שקנה לוי מיהודה מחצית הבתים היינו אומרים חלק הכח הגדול קנה ממנו וחלק האחר קנה אח"כ מהשני כשהגדיל ונאבד השטר ההוא אבל מאחר שכתוב בשטר שקנה הבתים ההם מיהודה הוברר שיהודה היה מחזיק בכל' וחזקתו בהם הית' בפני האח השני בקטן בטלה חזקתו ובטלה חזקת הבאים מכחו ושוב אינו יכול לוי לטעון חזרתי ולקחתיה מהשני בהיותו גדול מאחר שתחלת חזקתו שלא כדין כמו שהכריח הרמב"ן ז"ל ואמר זה כלל גדול שכל היורדין ברשות אין להם חזקה כדין גזלן ודין אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל שכן דעת רבותי ורבי' הגדול ז"ל וכן היא סברת רשב"ם והתוס' וגדולי המפרשים:
אלא נראה דאע"ג דאמרי' הבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר היינו דוקא כשהוא עצמו בעל השטר ונעשה על ידו בהא אמרי' צריך לברר ולקיים חזקתו מתוך שטרותיו ואם לא ברר הפסיד חזקתו משום דעליה דידיה רמיא לברר אבל כגון לוקח זה שהחזיק שני חזקה ונותנו בידו שטרות על המכירות מלוקחי' הראשוני' אעפ"י שמתוכן ניכר שתחילת חזקתו היתה של יהודה הלוקח הא' בהיות זה המערער קטן ואין חזקתו חזקה מ"מ עדיין איפשר שהיה ביד הלוקח הראשון שטרו' וראיות שקנה מאביו בחיים ואעפ"י שיש עדים שכשמת אביו היה דר בבתי' ההם אכתי אפשר שמכרם בתנאי שידור בהם זמן או בשכירות היה דר אי נמי אפשר שהבתים אלו נפלו לחלקו של האח הגדול ע"פ ב"ד והאפטרופסי' לקחו ליתום קרקעות או מטלטלים אחרים כנגדן והיה לו שטר מזה דודאי אם היה הדבר מבורר בעדים או בשטר שהוא כן היה הבית בחזקת הלוקח ועכשיו שא"א זה להתברר לפי שאין הלוקח בחיי' ואפי' אם היה בחיים לא מפני שלא היה

מברר הא' היה מפסיד זה הלוקח האחרון דלא כל הימנו של ראשון לאבד זכותו של שני אלא מאחר שאין השני יודע לברר נעמידנו על חזקתו ולא תימא וכי טוענין ללוקח מידי דלא מצי מוכר הבא מכחו לטעון שאילו היה הקרקע ביד הלוקח הראשון אם לא היה מביא ראיה בעדים או בשטר היה מפסיד וזה הבא מכחו לטעון לו בלא שום ראיה הא ליתא דכיון דהוא מוחז' בחזקתו קיימא וטעמא דאמרי' נדון בשטר היינו משום דקי"ל כר' יוסי דצריך לברר טענתו והיכא דלא מצי לברר דלאו עליה רמי לברור דבר שלא היה על ידו פטור מלברר אע"ג דאם לוקח ראשון הוה קמן הוה צריך לברר היינו משום דאיהו ידע במילי דידיה ואם איתי' יכול לברר אבל זה הלוקח האחרון לא ידע במילי דקמא כלל ואין עליו לברר וראיה מהא דאמרי' בפ' חזקת א' מן האחין שהיה נוש' ונותן בתוך הבית והיה אונות ושטרות יוצאים על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמי אמר רב עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה מתקיף לה רב פפא כלו' טעני' ליתמי מידי דלא טען להון אבוהון וכתבו התוס' והרא"ש ז"ל דאע"ג דבעלמא לא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען הכא שאני משום דכיון שיוצאין על שמו מסתברא לאוקמיה בחזקתיה אלא דבחייו מחמיר רב להזקיקו להביא ראיה לפי שבידו להביא ראיה אבל אחר מותו שאין ביד היתומים להביא ראיה סמכי' אהא דנכתבו על שמו ומוקמי' להו בחזקתייהו ופסקו רבוותא דהלכת' כוותיה דרב כהנא ואם מת על האחין להביא ראיה דאף רב מודה בו ולרשב"ם דפסק כשמואל משום דמסקו מילתא בקשיא דכלום טעני' ליתמי וכולי היינו משום דס"ל דאונות ושטרות שיוצאו' על שמו לא מפקי' מחזקת אחין הואיל וידוע שהי' נושא ונותן בתוך הבית והשתא דמת בחזקת אחין קיימין ולא טעני' ליתמי מידי דלא הוה מצי אבוהון למטען אלא בראיה אבל במלת' שהלוקח מוחזק ואין מתבקש ממנו אלא בירור בעלמא לפי שאם האמת אתו יכול הוא לברר בזמן שאינו יכול לברר לא הפסיד שהרי אמרו מתו עדיו או שהלכו למ"ה נדון בחזקה והא נמי כיוצא בו הוא.

איברא שיש לי להתיישב באותה שאמרו בפ' הנזקין לקח מסקריקון ואכלה ג' שנים בפני הבעלי' וחזר ומכרה לאחר אין לבעלי' על לוקח שני כלום ואע"ג דלא טען אנן טענינן ליה שהראשון חזר וקנאה מהבעלים וכגון זה טוענין ליורשי' וטוענין ללוקח ופי' התוספ' דהא קמ"ל דס"ד דהדין עם הבעלים דמה שלא מחו מפני יראת סקריקון וקשיא טובא ולוקח ראשון היכי מצי טעין הכי הא כיון דמכח סקריקון נחית לה לא עלתה לו חזקה וכבר הוקשה לו להרשב"א ז"ל בחדושיו דבר זה דהא ודאי כל חזקה מחמת מחאה והכא

אי הוה מחי הוה ממטי סקריקון לדידיה ולחמריה לשחוור וכתב ז"ל דכי אמרי' דלא אמרו מקחו בטל אלא בשלקח מבעל הבית לאלתר דמסתייע מסקריקון אבל לאחר שנה או ב' שנים אחר שגמר מכירתו דאין סקריקון מקפיד בכך הוה ניחא אלא דהא ליתא חדא דסתמ' קתני וחזר ולקח מבעל הבית דמשמע בין שלקח מיד בין לאחר זמן ועוד דלוקח אי מפיק ליה מיניה עלי' דידיה הדר ועוד דהתם בפ' מי שהיה נשוי ב' נשים דתנן כתב' ראשונ' ללוקח דין ודברי' אין לי עמך פרכי' ותימ' נחת רוח עשיתי לבעלי מי לא תנן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל ודחיק התם לאוקומ' תנאי ואי איתא לוקמה בשכתבה לו לאחר זמן ודברי הכל והארי' ז"ל שם והעלה דאע"ג דבלוקח מגזלן דעלמ' אין טוענין לו הכא טוענין כיון דתקנו ללוקח דקנ' ובלבד שיתן לבעלים רביע ותקנה זו ידוע אצל הכל חזקה שנתן.

ומיהו דוקא שאכלה ג' שנים אחר סקריקו' דהשתא איכא רגליה לדבר ע"כ מדבריו ואני קצרתי וקשה לי דהני ג' שנים מאי עבידתייהו אי משו' מחאה ליכא ואי משום פרעון דמסתמא רגלים לדבר שפרעו בתוך ג' אלו השנים כתקנת חכמים א"כ כי זבנה בתוך ג' וליכא הך חזקה ולא רגלים לדבר ולוקח שני נמי הא קמוד' שלא פרע היכי טענינן ליה וכ"ת כיון שמכר' לאחר מסתמא פרע שאם לא עכשיו אימתי א"כ לאלתר תהוי ליה חזקה. ועוד קשיא לי אשמעתא גופא לדברי הפוסקים הנך רבוותא דאמרי' שכל היורדים שלא ברשות אין להם חזקה וכמו שהביאו מהתוס' כל טענ' שבטלה מקצת' בטלה כלה היאך יכול לוקח ראשון לטעון חזרתי ולקחתי מהבעלים מאחר שתחילת חזקתו היתה ברשות העכו"ם.

ונראה לי דהיינו טעמא דהתם דהואיל וזכו חכמים לעכו"ם האנס ההוא בקרקע ויש לו קנין בו אלא ששיירו זכות לבעלי' רביע המעות משום דאמרו מסתמא מוזיל ליה גביה רביע ובדין היה שיהי' נאמן הלוקח לומר פרעתי לבעלים כיון שאין הבעלים יכולים לתבוע הקרקע מעולם אלא מעות יש להם על הלוקח נימא ארעא למיקם קמיה קאי משום דמי אייתי ראיה וטול כדאמרי' בפ' המקבל גבי יתומים אומרים אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח ארעא כיון דלמגבא קיימא כמאן דגבי' דמיא אי משום דמי על היתומים להביא ראיה והכי אמרי' בפ' לא יחפור גבי החזק' באילן מן העיר ספק זה קדם ספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמי' דאמרי' אילן כיון דלמקצץ קאי כמאן דקייצא דמי וכו' אלא דהכא היינו טעמ' ודכיון שמי' המעות צריך שיכתבו הבעלים ללוקח שטר באחריות כדי שתעמוד לו כדאמרי' התם דלא קנה עד שיכתוב לו אחריות מסתמא לא נתנו לו הבעלים אא"כ כתבו לו שטר דלא שדי אינש זוזיה בכדי לפיכך בתוך שלש אם

אמר לוקח נתתי הדמים אומרים לו הבעלים אחוי שטרך אבל לבתר ג' שנים לא מצי למטען הכי דלא מזדהר איניש בשטריה טפי מג' שנים הלכך הא דמי ליורד ברשות שזה זכות הבעלים בפני עצמו שנותן להם רביע וכותבין לו שטר באחריות ולכך בג' שנים עלתה חזקה ללוקח והא לא מצו הבעלים למטען לא יכולנו למחות מפני ירא' הסקריקון דלענין רביע שלהם לא איכפת ליה לסקריקון בהכי שהם אינם באים להוציא מידו גוף הקרקע כדי שיתרעם עליהם לעכו"ם שהם אומרים לו כדי שנכתוב לו שטר באחריות יש לנו עליו מאי דאזלת גבי' ולא דמי לאשה שהק' הרש"בא נוקמה בכתבה לאחר זמן דאשה שאני שהי' באה לעקור את הכל לומר שתטרוף הקרקע מיד הלוקח וחוזר על הבעל והויא לה קטטה ואיבה עמו ונמצא פסקן של דברים שכל המחזיק החזיק בשופי בהיות היתום גדול כשיעור שני חזקה כבר יצתה הקרקע מרשות הבעלים הראשונים ועמדו ברשות לוקח עד שיתברר בעדים שתחלת חזקתו היה בעוד היתום קטן ואפי' אם יברר שהיתום היה קטן כשמת אביו אין זה גורע כחו של מחזיק דטעני' ליה כל מאי דמצי למטען להעמיד הקרקע בידו והאל ישכילנו על הדין ועל האמת.

ועל מ"ש החכם השלם כמהר"ר חיים שבתי ה"י שאם היה קטן כשמת אביו אע"ג שהיה גדול כשמחזיק לא עלתה לו חזקה שכן יש ללמוד מתשובת מהר"ם שבתשובות השייכי' לס' משפטי' סי' ן' במי שהודה על כותל שהוא של כנגדו ועכשיו טוען שאמרו לו שהוא של מורישו כתב דלא מצי למהדר ביה כשמת מורישו ועוד ראיה לדברי דבמילי דאבוה גדול חשיב מדאמרי' בפ' חזקת אכלה בפני האב שנה ובפני הבן שנה וכו' עכ"ל דמשמע מלשונו שאם היה קטן כשמת מורישו אע"פ שהיה גדול בשעת הודאה לאו כלום הוא ע"כ ודחה החכם השלם הנז' לומר דשאני התם שהרי הוא מביא עכשיו עדים שהיתה של אביו ולהכי אית לן למיתלי דמעיקרא לא ידע ואי מהא לאו טעמא הוא דאי הודאתו בגדול הודאה לחובתו כמאה עדים דמי אלא נרא' דלאו ראיה היא מידי דאיכא חזקה ואכילת פירות והיה הבן אונל בפניו עכשיו אחר שהיה גדול ולא מחה עלתה לו חזקה ושאני כותל שאין שם אכילת פירות ולא תשמיש שיעל' לו משום חזקה ומה שהוד' שאינ' שלו לפי שלא הודיעוהו שהיתה של אביו ומה שדקדק עוד דאם איתא דיש חילוק בין חזקה לטענה מה ראיה מביא מהר"ם מההיא דפ' חזקת אכלה בפני האב שנה ובפני הבן שנה וכו' אלא מוכיח דלא מפליג מהר"ם בינייהו דאף לענין חזקת קרקע בעינן שלא יהי' קטן כשמת אביו לא נהירא דהא ודאי שפיר מייתי מהר"ם דלא אמרי' גדול במילי דאבוה לא ידע דא"כ לא תועיל חזקה בפני הבן ואין ראיה ממה שהועיל' חזקה בגדול

אף כשהיה קטן כשמת אביו דהתם מאחר שראהו משתמש במה שהוא היה משתמש הו"ל למחויי.
והנה החכם השלם ה"י זיכה את הלוקח מטעם דהויא ספק ספקא ספק אם יהודה הלוקח הראשון החזיק בעודו גדול ואת"ל החזיק בעודו קטן עדיין יש להסתפק אם הלכה כדברי האומרים שכל שהחזיק אח"כ בגדול עלתה לו חזקה ובס"ס מפקי' מיד המוחזק כמו שרגיל לכתוב מהר"י ן' לב ז"ל ואני בעניי לא סמכתי על זה הכלל מעולם כי הראיה מדברי התוס' דפ"ק דכתובות אינה ראיה והוכחתי בראיות נכוחות דאפי' בס"ס מוקמי' ממונא אחזקתי' ואף הרב מהרי"בל ז"ל לא סמך עליה ואין ולאו ורפיא בידיה.
ומה שהביא החכם השלם דמחזיק חשיב מוחזק ממ"ש התוספות בההיא שמעתא דפ' חזקת דאמרינן הלכתא כוותי' דרבא דארעא היכא דקיימ' ארעא תיקום משמע דחשיב כמחזיק ולא כמוצי' ותמה אני דמה ענין זה לזה דודאי כל היכא דאיכא מיגו מהמנינן ליה ולא נחשבי' לזה מוציא שהרי המערער בא להוציא מתחת ידו ונאמן כדתנן ומודה ר' יהושע באומ' לחברו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכן בכמה ענייני מגו מהמני' למחזיק דמה לו לשקר אבל היכא דלית ליה מגו ויש עדים למערער שהיתה של אביו כל שאתה יכול להרבו' ספקות וספקי ספקות מעמידין את הקרקע בחזקת מרא קמא והוא מקרי מוחזק: הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כט

לעיר ליגורני אשר במלכות פלורינסיא.
שאלה ששאל השואל לשלח לארץ רחוקה מעם לועז לענין הדין מהו. ולמען ידעו ויבינו שמה רצה לעשות שאלתו בלשון לעז ובשמו' ותולדות בעלי הריב הלא הוא זה הדבר כר' יצחק מורסי' וכה"ר יעקב אלעליף היו שותפים זמן ובהיות' שותפי' באו לגור בליגורנא וכדי לעשות משאם ומתנ' הוצרכו ליקח בית מהדוכוס בליוילו כדי שאותו הבית יהיה לשניהם הכנה לדור בתוכו וכן שיהיה באותו הבית חניו' לעשות משא ומתן בשותפות שלהם אשר בשכירות הבית הנז' היו פורעי' לדוכוס סך שבעי' אישקודוש מדי שנה בשנ'. והוציאו ממעות השותפות למען עשות המשא והמתן מהבית עם הדוכוס הנז' יותר מק' אישקודושי הוציאו ר' אישקו' אחרים בהוצאות כדי לתקן הבית הנז'. ואחרי כן שכנו בתוכו ר' יצחק ור' יעקב הנז' שניהם גם יחד אך כל א' וא' נפרד מרעהו במקום מיוחד עד היום וכל שבח והכנסה שהיו מרויחים ב' השותפי' הנז' משארית הבית היו שמים בסך מעות השותפות יחד בלתי חשבון כמה היו מעות ההכנסה וכמה היו מעות

השותפות ולפי שר"י אלעליף הנז' לא היו לו בנים בזמן ההוא ומה גם שלא היה מקוה שיהיו לו יען היה נשוי לאשה זקנה אך לר' יצחק מורסיא הנז' היו לו בנים. ולמען לא תאבד חזקת הבתים מידם להעדר היורשים כתבו הליולי הנז' ע"ש ר"י מורסיא כי הי"ל בנים אכן ר"י אלעליף תמיד מדי שנה בשנה היה פורע לדוכוס הנז' הליויל"ו הנז' ויותר ההכנסו' מהשכירו' של הבית הנז' היה משים בתוך מעות השותפות כמדובר חק ולא יעבור כל זמן שר' יצחק היה בחיים חיתו. וכאשר קרבו ימי רבי יצחק למות צוה וביאר שכל הנמצא בחנות החצי הוא שלו והחציו של ר' יעקב הנז' לפי שהכל היה מריוח מעות השותפות. וביאר בפרט בראיית עדים שהבית הנז' אעפ"י שהליוילו היה על שמו גם היה דבר בלתי מקבל חלוקה. ואעפ"י שאמת הוא שהחזקה כתובה על שמו וע"ש צאצאיו אחריו עכ"ז חציה היא שלו והחצי הנשאר של ר' יעקב יען נקנית וגם ההוצאות שהוציאו עליה היה ממעות השותפות.

ואחרי מות ר' יצחק חלקו הנכסים שהיו בחנות הנז' ולקחה החצי מר' רחל אלמנת ר' יצחק הנז' לתת לבתה שמה שול יורשת נחלתו ורק היא יחידה לו מכל הנמצא מהעזבון אך הבית הנז' לפי שהיה נעדר החלוק' נשאר על המשפט הראשון וחלתה מר' רחל הנז' פני ר"י שיטול עליו לקבל יתר המעות של הכנסת הבית וכן היה עושה והיה נותן החצי לרחל הנז' מההכנסה ההיא כנר' מתוך כל כתבי הקבלות שלה.

ויהי בלכת רחל הנז' וצאתה את העיר הנז' כדי להשיא את בתה עם כר' יצחק סולימא צותה רחל הנז' בכתב כתוב לאמר שכל חלק הריוח הנוגע מחצי הבית הנז' יתן ר' יעקב ביד החכם הנעל' הרופ' המובהק כמה"ר משה קורדובירו נר"ו באשר על כן כל העם מקצה אשר בעיר יודעים שחצי הבית הוא זכות כה"ר יעקב הנז' שיוכל הבוחן לבחון על פי עדיות ברורות מיהודים ונוצרים.

אחרי כן כאשר חזרה היורשת הנז' נשואה אל העיר הנז' יותר מחמש שנים נמשכי' היה נותן ר' יעקב הנז' לנז' חצי הכנסת הבית הנז' באופן שזה עשרים שנה שהבית הנז' בשותפות בין שניהם.

ועתה קם ר' יצחק סולימא הנז' חתן ר' יצחק מורסיא הנז' וטוען ואומר כי החזק' כלה שלו לפי שהיא כתובה ע"ש חמיו ר' יצחק מורסיא הנז' וטוען עוד כי כפי דתות הקיסרים אין יד ר' יעקב משגת כלל. ושאל השואל הנה בהיות כן יעקב אלעליף הנזכ' חצי החזקה הנז' היא שלו כפי הדין דין החזקות. ואתם הדבקים בתורת אמת וחקים נחקקים עץ חיים למחזיקים כתבו את אגרת פסק תשובתכם ושכרכם יגדל מעל שמים. וכסא הדר תורתכם ירום ונשא וגבה מאד יגדל תורתם ויאדיר אנס"ו.

תשובה דבר ברור הוא שהבית הזה בחזקת שניהם היא הואיל ושניהם היו מוחזקי' בו בדירתו ובקבלת שכר השוכרים שבחניות. ואעפ"י שלא נכתב הבית רק על א' מהם הרי הוא מוחזק לכל העולם בחזקת שניהם וכי תימא מאחר שבשטר כתוב שם ה"ר יצחק לבד חזקת ר' יעקב לא עלתה לו במה שהיה דר עמו בדירה אחת כההיא עובדא דמייתי בפ' חזק' דא"ל אנא בשכוני גואי הוה יתיב'. ופרשב"ם בחדרי' הפנימיים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בביתי בבית החיצון שדרת ברשותי ולכך לא מחיתי וא"ל ר"נ זיל ברור אכילתך שיביא עדים שדר בבית ג' שנים בלא אותו שדה עמו ואם לא יברר הרי הבית בחזקת הראשון היא ואף הרמב"ן ז"ל שנחלק על רשב"ם בדין זה דבכה"ג עלתה לו חזקה היינו טעמא שאין מה שהיה עובר עליו מבטל' חזקתו דאטו אין אדם עשוי למכור בית החיצון ומשייר דרך לעצמו ואעפ"י כן כיון שזה לבדו דר עלתה לו חזקה אלמא מודה הרמב"ן ז"ל שאם היה משתמש עמו בבית לא עלתה לו כדמוכ' ממה שהק' ז"ל מ"ט דרבה והלא כל זמן שלא הביא ראיה שדר לבדו לא הביא עדי חזקה שאין חזקה למי שדר עם הבעלים ע"כ מ"מ הנה בנ"ד אעפ"י שבשאלה מוזכר בשם בית א' מתוך סגנון הלשון משמע שיש בו דיורים מוחלקים לגמרי שכן כתב בלשון לעז מורא בן גורטוש איניילייא פיר וקאדה אונו אפארטאדה מינטי כנר' שכל הבנין קורין בית א' או בירה וכדאמרי' בפ' המוכר את הבית המוכר בית לחבירו בבירה גדול' ומצר לו מצרה החיצוני' דלא אמרי' מצרים הרחיב לו אלא קנה הכל כיון דאיכא דקרו לדירה בית ומאחר שכל א' היה דר בדירה מוחלק' לבדו ואין לא' דרך זה על זה במקום תשמיש הצנוע עלתה להם חזקה וכן השכירות מהחניות שהיה כ"ר יעקב גובה לעולם בשותפות הרי הוא בחזקתו. ועוד נראה שאפי' לא יהיו דיוריהם מוחלקים אלא שהיו שניהם דרי' כא' הרי הבית בחזקת שניהם בשוה דדוקא היכא שהיה יודע שהבית בתחלה היתה של כר"י לבדו ואח"כ ראינו שבא כר' יעקב ונכנס ודר עמו בשותפות בדין היה שלא תעלה לו חזקה לפי שדירת הבעלים הראשונים מבטלת חזקתו של זה המחזיק אבל כאן מעולם לא החזיק ה"ר יצחק לבדו בבתים שידוע שהיו שותפים בנכסיהם בתחלה ואח"כ נכנסו שניהם לדור בבית זה כא' הרי יד שניהם שוה בו וחזקה כעדים דמיא ומה שנמצא כתוב על ה"ר יצחק אין כתיבה זו סותרת החזקה ולא גורעת כחו של כר' יעקב שאני אומר מנכסי השותפות היה אלא שנכתב בשם אח' מהם לפי שאין מדרכם וחוקם של השרים ליכתב על שנים אלא על אחד כדי שלא יזכו אלא יוצאי ירכו לבד ואחר תחזור הבית לשר וכיון שלא היה אפשר לכתוב אלא שם א' מהם ואנו רואים ששניהם החזיקו בפנינו לא הורע כחו של זה שלא נכתב שמו בכתב השר שהחזק' מעידה שיד שניהם

שוה בו ואין מהכתיב' ראיה כאותה שאמרו בפ' המקבל מקום שנהגו לעשות נ"מ מלוה עושין מקום שנהגו לכפול גובה מחצה שאעפ"י שנכתב סתם ע"ד המנהג הוא. הכא נמי הואיל ידעי' שנכנסו שניהם לדירה בחזקת שלקחו ביחד אעפ"י שנכתב בשטר על אחד מהם אינו הורע כח האחר ובפ' ח"ה אמרי' אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו והוא אומר שלי הם עליו להביא ראיה דקי"ל כרב התם אע"ג דאמרי' התם מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראי' התם טעמא דאונות ושטרות שכתובים על שמו מפק' מחזקת האחים אבל הכא אפילו לאחר מיתת הר' יצחק עומדת ברשות שניהם לפי שנודע מתחלה ששניהם לקחוה ונכנסו בה ואעפ"כ נכתב השטר על א' מהם לתועלת חבירו שלא היו לו בנים ולפיכך אין מהכתיבה ראיה דומיא דההיא דאמרינן בפרק האשה שלום אפילו מצא חבית וכתוב עליה תרומה הרי זו חולין אימור לפנחיה שבקיה ופרש"י ז"ל להצלת פירות שבתוכה כדי שיבדלו ממנה בני אדם כאדם שתולה ממונו באדם חשוב כדי שלא יגזלוהו ממנו הכא נמי לפנחיה שבקיה ע"ש ר' יצחק דכיון דלא אפשר לכתוב על שניהם וזה יש לו בנים וזה לא היה לו מוכחא מילתא שמפני כך נכתבה על שם כר' יצחק שיהיו בטוחי' שלא יכלה זרעו כל שכן שכבר הודה בשעת מיתה שחצי הבית של כר' יעקב הנז'.

וכ"ת שהשר לא היה בדעת להקנות אלא לכר' יצחק דוקא ואין לזרים אתו היאך זכה כר' יעקב ועדיפא האי מחונא דבני מערבא דאמרינן בהגוזל עצים וכי מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל מעות ואע"ג דליתיה לזוכה דבני מערבא התם כשמוכר סתם בעל החטים מסתמא למי שהמעות שלו מוכר אבל הכא שאין דעתו של השר אלא לזה דוקא ולא לאחר עמו לא זכה אחר. הא ליתא דבההיא שעתא שזכה כר' יצחק בבית מיד השר לו ולחבירו הר' יעקב זכה בחלקו ומזכה אחיו עמו באותו זכות עצמו דקיימא לן בפרק קמא דמציעא המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ושוב אינו יכול לחזור בו. ואם תאמר משנתינו דאם אמר אני זכיתי בה זכה בה כשאמר תנה לי ולא אמר זכה לי ואפילו לא אמר לו חבירו כלום אלא הוא זכה בשביל חבירו קנה חבירו כדכתב הרמב"ם ז"ל בפ' י"ז מה' גזלה ואבדה ומה שהשר מקפיד שלא לכתוב לשני' אלא לא' זהו מפני זכותו שתחזור אליו אעפ"י שיש לזה האחר בנים ובאותו זכות עצמו כל זמן שזרעו של ר' יצחק קיי' זוכה ה"ר יעקב עמו ואינו חב לשר ואינו גורע את זכותו ואם היה קיים ה"ר יצחק היו כופין אותו שיכתוב לו שטר הודאה אע"ג דאמרי' התם בהגוזל בלוקח בשם ריש גלותא אין כופין ריש גלות' למכור דהיינו טעמ' דריש גלותא דאימא ליה ריש גלותא לא יקרייכו בעינ' ולא זילותייכו בעינא שעושין אותו כמוכר שדות אבל שיודה שלקחה לו

כופין אותו אלא דהתם לא מוקי לה בהכי משום דלישנא דכופין אותו למכור משמע מכירה ממש להכי קשיא דאמוכר קאי דכופין את המוכר.
וכ"ת אי מכירה ממש קאמר תיפוק לי דמצי למימר לא בעינא למכתב שטרא שלא תחזור עלי באחריות דאחריות טעות סופר הוא הא אפשר למיכתב בהדיא מכירה שלא באחריות להכי יהיב טעמא משום זילותא אבל בהודאה דליכא זילותא כופין אותו. וגם עתה שמת הדבר נכון שיכתוב לו ראשי הקהל קדוש איך ה"ר יעקב הנז' הוא מוחזק בדירה ההיא עם יורשי ה"ר יצחק מצד חזקתו מצד הודאת ה"ר יצחק הנז' להיות בידו למשמרת למען יעמוד ימים רבים הנלע"ד נתבתי הצעי' יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ל
בודון.
שאלה ראובן תושב בודון החזיק בחנות א' בכל דין תחז"ל ואחר קצת ימים קם שמעון ועורר על חזקת ראובן הנז' ואמר שהוא החזיק בה מזמן רב כמו ט"ו שנים וישב בתוכה ונשא ונתן בה יותר מג' שנים רק אח"כ הוציא אותו הישמעאל ממנה וכן טען שמעון שהיה לו שטר ראיה חתום בשני עדים כשרים איך החזיק בחנו' כדין תחז"ל ונעל ופתח ופרץ וגדר רק באריכות הזמן נאבד השטר ההוא וכן הביא עדים על דבריו. ועתה שמעון תובע מראובן שיחזיר לו חזקתו וראובן משיב תשובה וזו תשובתו. הנה גם אם אודה לדבריו שזה ט"ו שנה שישב בחנות והחזיק בה ואפילו אודה שהיה לו שטר חזקה ואבדו מכל מקום טוען אני שאני שהחזקתי מקרוב אני מוחזק וכבר אבד הוא חזקתו מצד שלשה טענות שיש לי עליו. אחת שכבר עברו כל כך שנים שהניח החזקה ולא ישב בתוכה ומ"מ לא הניחה להכריזה החזקה בכל ג' שנים כנהוג וגם אם נאבד שטר חזקתו למה לא עשה שטר חזקה אחרת במקומה ובפרט שזה דין החזקות שכבר יצא ממנה הבעל אינו כתוב בשום פוסק ואינו דין תורה. עיין בתשובות אדרב"י סי' ע"ה כך תקנת הקדמונים הוא מחכמי סלוניקי קוסטאנדינה כמבואר בבן לב סי' מ"ה ובהרשד"ם ובר' אליה בר חיים וכתוב שם שהתקנ' תקנ' והסכימו באופן זה שאם יניח המחזיק הבית או החנות מעצמו או שישליכהו ממנו העכו"ם אם כבר עברו ג' שנים מיום יציאתו באיזה אופן שיהיה כבר נאבד חזקתו והמחזיק אח"כ הוי מוחז'. ובתשו' אדרב"י סי' ע"ה מביאו יותר בהדיא וא"כ מאחר שבפנקס הק"ק לא נמצא שום הסכמה ותקנה על החזקות ובפרט נגד גדולי העולם הנ"ל בודאי אחר תקנותיה' בחזקו' היינו גוררים גם אנחנו מאחר שהשרש יצא מאותם גדולי עולם בחזקות ובפרט שאין מנהג פשוט בכל המדינה כנגדם

ואפילו את"ל שעשו פעמיים ושלש כנגד הסכמת' אינו מנהג פשוט כמבוא' במהר"י קולון ז"ל שרש כ"ה ובהרא"ש סי' נ"ה ולא יהא אלא ספק אם אנו נוהגים כמו הסכמת ותקנת הראשונים מ"מ אף הוא נקרא ודאי מוחזק והוא נקרא ספק מוחזק ובכל ספק שיסתפק הוא בה אחר שיצ' יש ללכת בה לקולא והמע"ה כמבוא' בבן לב חלק הנ"ל שאלה מ"ז שהאריך שם והאדרב"י גם כן. וטענתי הב' שכבר יש קצת שנים שהסכימו ותקנו כל פרנסי וטובי וחכמי העיר וצוו להכריזו בב"ה שכל מי שיש לו חזקה יברר אותה ויקח עליה כתב ויכריז עליה בב"ה. וכן מי שיש לו כב' שטר חזקה יביאהו ג"כ לפני חכמי הק"ק והם יכתבו עליה שהכריזו בתוך שלשת שנים ומי שלא יקח עתה כתב מהחכמים על חזקתו ויכריזה בב"ה וכן אפי' מי שיש לו כבר כתב חזקה ולא יביאהו לחכמים שיכתבו עליו למטה ויעידו שהכריזה אזי מעתה יהיה חזקתו בטלה וכן הביאו לפני החכמים כל שטרי החזקות ומי שלא היה לו שטר עשו לו אחר שבירר חזקתו כדין וגם כתבו על השטר חזקות הראשונים וכן גם הכריזו כל החזקו' וזה הכל ראיה שהיו סומכים על מנהג הסכמות ותקנת גדולי עולם שהתקינו שאם יעבור ג' שנים אחר שיצא ולא יכריז אותה שאבד זכות חזקתו וגם זה התובע לא בא לפני חכמים אחר שיצא ממנה כמה שנים ואבד שטרו ולא לקח שטר חזקה ולא הכריזה א"כ אין ממש בחזקתו ולא יועיל לו חזקתו בין לפי שורש ההסכמו' והתקנות בחזקות בין לפי הסכמ' חכמי ופרנסי וטובי הק"ק כנ"ל ובפר' ג"כ מכל זה שלא חשש בחזק' ומחל עליה מאח' שהזכו' עליה דק ואין לו קרקע והג' שזכיתי לעד בה מאחר שהמחזיק בה אין לו בגוף הקרקע כלל ומאותו הזמן שהחזי' הוא בא ויצא כבר נתחלפו אדוני הקרקע דהיינו המוטיביליש ב' פעמים מאותו זמן ואילך א"כ כבר אבד חזקתו והחזקה הפקר וכל הקודם להחזיק בה אחר שיצא זכה בה כמו שמביא דין זה מהרי"ק בשרש קי"ח על חזקת הלואת חנות יעויין שם שמאריך הנה אלו תשובות טענתי על תביעתו ועליה' תפסקו לי בדין תורה והדין יקוב את ההר ושכרכם כפול.

תשובה הדין עם שמעון שכבר בטלה חזקת ראובן משיצא הימנה כמה שנים וראשונה יש לברר שתקנת החזקו' שהתקינו הקדמונים נוחי נפש עיקרה ושרשה מדין עני המהפך בחררה ועל זה בנו יסוד תקנתם ועשו לה חיזוק בכל טצדקי דמצי למעבד והראשונים נחלקו אם נתנו להם דין קרקע או מטלטלים כמו הרב מהרר"י ן' לב ז"ל בכמה תשובות ולפיכך דן בשאלה ע"א לענין ספק בהודאת המכירה אי מהניא או לא שנעמיד החזקה בחזק' העומד שם עכשיו דאמר קים לי כמ"ד דהויא הודאה וכן כתב בסי' מ"ה שהוזכר בשאלת השואל דהיכא דיש ספק אם עקר דירתו לגמרי ואבדה חזקתו או לא

דהרי המחזיק השני מחזיק בה עכשיו ואין ספק מוציא מידי ודאי חזקתו ולשיטתיה ז"ל אזיל דמסתפקא אי דייני' להו כדין קרקע לומר העמידם בחזקת מרא קמא או כדין מטלטל להעמידם לחזקת מי שהם עכשיו תחת ידו ואיברא שאני מחייב בדבר הזה דאפי' תימא שנדין אותם כדין מטלטלין מ"מ מטלטלי דלאו ניידי להו נינהו וכל היכא דקיימי ברשותיה דמרייהו קיימי שאין הדבר תלוי בדין קרק' או בדין מטלטל אלא טעמא דמטלטלין מקו' דניידי להו ונקני' הם מיד ליד וחזקה דכל מה שיש לו לאדם בידו שלו הוא והאי חזקה מפקא מחזקת מרא קמא דמאליה' לא באו לידו מה שאין כן בקרקע שאפשר ליכנס לו מעצמו בלי הקנא' והארץ לעולם עומדת לפיכך יש קרקע שדינו כדין מטלטלין כגון עבד ותינוק מוטל בעריסה דאמרינן בפרק חזקת שיש לו חזקה לאלתר אע"ג דעבדים הוקשו לקרקעות י"ל דיש מטלטלין שדינן כקרקע כגון דברים העשויים להשאיל ולהשכיר דלעולם בחזקת מרייהו קמא קיימי כדאמרי' בפ' כל הנשבעים רבא אפיק ספרא דאגדתא וכו' מיתמי משום דהו"ל דברים העשויים להשאיל וכן אומן שרגילים למסור לו כלים אין לו חזקה כדאמרי' בפ' חזקת ראה טליתו ביד אומן אמר ליה מה טיבו אצלך שמכרת לי וכו' מפקי' מיניה בע"כ שהיתה שלו ומוקמינן לה בחזקת מרא וטעמא דבכל הני ליתא להההיא חזקה דכל מה שיש לו לאדם בידו וכו' דמרעי לחזקת מרא קמא דהא שכיח שיבאו לידו בשאלה או שכירות או לפי שהוא אומן הכא נמי אפילו תימא חזקה זו כדין מטלטלי דיינינן לה כיון שידוע שהיתה של ראובן מפקינן ליה משמעון שנכנס לתוכה עד שיברר זכותו דהא איכא עדים וראיה ובפרק השואל אמתניתין דמחליף פרה בחמור דתנן יחלוקו מוקמינן דקיימ' שפחה בסימטא ופרכינן ונוקמה בחזקת מרא קמא ונהוי אידך המע"ה ומשני ר' מאיר סומכוס היא אלמא לרבנן מרא קמא הוא המוחזק אפילו במטלטלין ואידך הוי המוציא ונהי דאי הוו ברשות לוקח הוה מוקמי' ברשותיה משום דמטלטלי בני תפיסה נינהו אבל מידי דלאו בר תפיסה הוא כגון יורד לחזקת חבירו אי נמי דעשוי להכנס בתורת שכירות הוה ליה כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וכל היכא דקיימא ברשות מרא קמא קיימא ואע"ג דהתם הספק הוא במכירה וחזקה קמייתא אתרעא לה שהרי מכר לפנינו אמרי' השתא הוא דמכר אחר שילדה דומיא דההוא דפ' האומר מקוה שנמד' ונמצא חסר דאזלינן בתר חזקה קמייתא דמקוה שהיה בחזקת שלם אע"ג דהרי חסר לפניך אם לאו משום דאיכא תרתי לרעותא וכ"ש היכא דליכא רעותא כלל כגון שיש ספק בעיקר ההודאה דאוקמה בחזקת מרא קמא ואימור לא נמכר ועוד ראיה מדאיבעיא לן בפ"ק דמציעא קני בהמה לקנות כלים שעליה ולא איפשיטא וכתב הרא"ש כיון דסלקא בתיקו אוקמה בחזקת מרה קמא אבל

במציאה והפקר הרי הוא מוחזק מספק ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהיה מוחזק בה מספק ותפיסת ספק מקריא תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה ולקמן בההוא פרק' איבעיא דאויר דאין סופו להניח אי כמונח דמי אי לאו כתב הרא"ש וכיון דלא איפשיטא במתנה יכול לחזור בו דאוקי בחזקת מרא קמא אבל בהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים מוקמי' ליה בחזקת המחזיק אע"פ שמחזיק מספק לגבי אמרינן דלא מצו מפקינן מיניה אלמא לעולם מרא קמא מיקרי מוחזק ודאי והשני ספק ואין ספקו של שני מוציא מידי ודאי של ראשון וכח חזקות אלו בנכסי עכו"ם אע"ג דבדין שכירות נחית להו מ"מ כיון שאין הישראל יכול ליכנס לה וזוכה הוא ומנחיל ליורשיו אחריו כקנין הגוף דמי כאותה שאמרו בנדרים פ' השותפים המודר הנאה מחבירו ויש לו מרחץ ובית הבד מושכרין בעיר אם יש לו בהם תפיסת יד אסור אין לו בהם תפיס' יד מותר ומפ' בגמרא דנקט המקבל בפסקא והק' הר"ן דמ"מ גוף המרחץ של המשכיר ויכול לאסור על השוכר עד ואחרים שרצו נומר דמושכרים דהכא לאו כעין שכירות דעלמא שנותן דבר ידוע לבעלים ומורישו לבניו וכל כי האי קנין הגוף מקרי ולא שעבוד ה"נ כיון שיש לו זכות להורישו לבניו לגבי אחרים הו"ל קנין הגוף.

ואיכא למידק מהא דאמרי' בפ' הנוש' גבי מדור אלמנ' דמחשבי' לי' שהאלמנ' מוחזק' ותפוס' בו מחיים כדאמרי' התם יתומים שמכרו מדור אלמנה לא עשו ולא כלום ופרכינן מ"ש מדאמר רב אסי אמר רבי יוחנן יתומים שדקדקו ומכרו בנכסי' מה שמכרו מכרו התם לא משתעבדי לה מחיי' הכא משתעבדי לה מחיים ואפ"ה איבעי' לן התם אלמנה מהו שתשפץ וסלקא בתיקו וכתב הרי"ף ז"ל הילכך לא תשפץ אלמא אע"ג דמוחזקת היא בקרקע זה של בעלה ותפוס מחיים מכל מקום מספק לא מזבינן לה כלל התם ודאי לגבי יתומי' שגוף הקרקע שלהם לא מיקרי היא מוחזקת ומינה נילף שפיר דמי שיש לו קנין בגוף הקרקע דבעל החזקה לא חשיב מוחזק לגביה דומיא דאלמנה לגבי יתמי אבל לגבי אחרים חשיב מוחזק ואין לי פנאי להאריך במה שהיה ראוי לדקדק בדבר זה אלא שבאתי לומר שמה שכתב מהר"י ן' לב בקצת מקומות מתשובותיו דחשיב המחזיק השני כודאי לגבי הראשון ואין ס' מוציא מידי ודאי הוא על הנחה זו שחוששת דדיינינן להו כדין מטלטלין ואפילו הכי אין דבריו מוכרעין וידעתי שמן הגדולים שבדורו היו חלוקים עליו ומה גם שכבר הסכימו חכמי הדורות לדון את החזקות כדין הקרקעות לכל דבריהם כמו שמפורש בתקנו' החזקות של קושטאנדינה והרב מהר"י ן' לב חתום בה וגם שאר הרבנים אלא שאם מכח זה אנו באים אין לנו ראיה לדון בשאר מקומות שנהגו בסתם ולא פירשו ושמעתי שהרב מהר"ר שמואל סבע זלה"ה היה מן הדנין בראשונה

בחזקות כדין קרקע וכשנכתבו ההסכמות בשנת השל"ז ופירשו שנתנו להם דין קרקע גמור שמח שנתקיימו דבריו ושלח לו הרב מהר"ר יוסף ן' לב זלה"ה אדרבא נתקיימו דברי ממה שהוצרך הדבר לפרש בהסכמה יש במשמע שעד עכשיו שלא פירשו היה להם דין טלטל מכל מקום נראה מאחר שזה חמשים שנה שבקוסט' ושאלוניקי עיירות גדולות לאלהים כך מפורש להם וכל שאר המדינות שבמלכות נגררו אחריהם בסתם גם בבודו' שהוא בקצה הגבול מסתמא אחריהם נגררים בהסכמתם ומה גם עתה כיון מעיקר דינא הכי משמע כהנך רבוותא להחזיקם בחזקת מרא קמא.

ומה שבא בשאלה בטענות המחזיק מאחר שנתחלפ' אדוני הקרקע והם המותיולי ב' פעמים כבר אבד חזקתו והחזקה הפקר וכל הקודם בה זכה ושכן הביא דין זה מהרר"י קולון ז"ל בשרש קי"ז על חזקת הלואת חנות הא ליתא דלא מבעיא מתו המותיוליש דהני שלוחי בעלמא נינהו ולית בהו מששא אלא אפילו מתו הבעלים עצמם או מכרוה לאחרים שפנים חדשות באו לכאן לא אבדה חזקתו של המחזיק לעולם וההיא דמהר"י קולון ז"ל מילתא אחריתי היא שאין החזקה שם בעצמה של חנות אלא החזקה היא הרשות שיש לו רשות מהמושל להלוות לעכו"ם ברבית יהיה אחנות זו או בחנות אחרת וכל זמן שיש לו רשות זה מאת המושל אין לאחרים רשות להכנס בגבולו מכח חרם וזו היא שקורין אותה תקנת הישוב וראיה לזה מדברי מהר"ם שהביא הגהות אשרי בפ' חזקת בההיא דבשכוני גואי הוה יתיבנא דמכאן פסק רבינו מאיר באד' שבא לישוב חבירו והחזיק בו ג' שנים שלא עלתה לו חזקה מטעם דשכוני גואי כי יכול לומר מה שלא מחיתי עד הנה כי ברשותי נכנסת ע"כ משמע שכל הישוב הוא בחזקתו כי רוח המושל יעלה להשליטו עלי' לפיכך כשמת המושל ההוא פקע רשותו וצריך הוא ליקנות רשות מחדש מהמושל אשר קם מלך חדש ואין לו רשות עוד להלוות מכחו של ראשון דמאחר שמת בטלו גזרותיו וכיון שכן מההיא שעתא דמת ופסק כחו נעשה הפקר וכל הקודם בו זכה ולכך הביא ראיה מההיא דפ' חזקת דמאן דזבין ארעא מעכו"ם ויהיב זוזי ואתא ישראל אחרינא ורפיק בה זכה מ"ט עכו"ם מכי מטו זוזי לידיה אסתלק ישראל לא קנה אלא בשטר הוה ליה כמוכרה וכל המחזיק בה זכה בה אבל בחזקות שלנו המחזיק בגוף קרקע זה מחזיק ויש לו שעבוד עליו דשכירות מכירה ליומא שויה בעלי התקנה וכשם שעומד' חזקה זו בפני בעלים אחרים שאין צריך לחזוק לקנות מהם כך עומדת לו בפני כל אחד מישראל הבא להחזי' בגבולו דחזקה בכדי לא פקעא ומיהו כאן בנ"ד מילתא דפשיטא היא מאחר שהניחה כמה שנים ולא פרע שכירות כלל דאפילו במי שעוקר דירתו מן העיר אם לא הניח אדם בה במקומו שיפרע השכירות לבעלים אבד חזקתו כמו

שדקדק מהרר"י ן' חביב ז"ל מלשון ההסכמה שכתוב שכל מי שיעתיק דירתו מן העיר רשאי להעביר החזקה לאחרים מכלל שאם לא העביר אין לו בה כלום וכ"ש מי שהוא בעיר ואינו פורע שאין לו שום זכות בה ואם בא מחמת טענה שהוציאו העכו"ם בחזקה שלא כדין או שהיה רוצה שיוסיף על שכירותו צריך לברר זה ואם לא ברר אין לו כלום בפרט כשעברו ג' שנים כמו שהיה בתקנ' הקדמונים אשר בשאלוניקי עשאוה כחזקת ג' דטפי לא שתיק איניש מלמחי וכבר דקדקו המתקנים האחרונים ופי' בתקנות החזקות שאם יעברו ג' חדשים שלא פרע שכירות ולא נמצא בידו כתב דבאונס עזב חזקתו אבדה זכותו וגדולה מזו אמרו אפילו הוציאוהו בעול וחמס ונמשך הדבר כך והשכירוה לעכו"ם ועברו עליה עשר שנים הפסיד חזקתו ויש רשות לכל איש ישראל לזכות בה וכפי זה אפילו אם שלא כדין הוציאוהו כבר הופקעה חזקתו כ"ש בסתם שקבעו זמן ג' חדשים שלא פרע ומעתה בעיר חדשה שלא קדמו תקנות אלו שם שהיו נוהגין מאליהן דין החזקות מסתם ויש ס' באיזה פרט אם להוסיף על מה שנהגו שם אין להביא ראיה ממה שנוהגין במקום עיקר התקנה דאמרינן זה קבלו כאן וזה לא קבלו ואוקמיה בדין תורה ויד הבא מכח התקנה על התחתונה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לא

ועל דבר החצר שהיה מחזיק בו ראובן כמה שנים ומשתמש בבתים ובאמצע החצר כל מיני תשמיש רק כי שמעון היה מכניס בהמותיו למרתף שלו בלכתן למרע' בתוך החצר ובחזרתן ועתה בא שמעון לערער על החצר ולומר רשותי היא מכח שיש לו שטר ישן משבעים שנה שכתוב בו שמכרו לאביו של שמעון כך וכך בתים וכו' והמרתף והחורבה עם החצר וטוען הרי אין חצר אחר זולת זה והוא של אבותי.

תשובה החכם השל' סגן לויה דזיו ליה כבר בתי' משפטיו צדקו יחדו יפה דן ויפ' זיכ' שהחצר זכות ראובן הוא בין שמשמעו' השטר החצר הזה בין שאינו דאפי' תימא שזה החצר הוא מה שכתוב בשטר מאחר שזה כמה שני' היה מחזיק בו ראוב' ואבותיו עלת' להם חזק' שאני אומר מכרו אבותיו של שמעון לאבותיו של ראוב' ואין לבעל הדין שיחלוק ויאמר שלא עלת' לו חזקה לראובן הואיל והמרתף הוא לפני' מן החצר והיה לו בכניס' ויציא' הבהמו' בבקר ובערב ומה ששתק כשלא הניחו לעשות המרזב עבי' איניש דזבין דיני' כ"ש שכבוד לאיש שבת מריב. ואעפ"י שהעידו העדים שלא הי"ל שום תשמיש זולת הכנס' הבהמו' די לו בזה לבטל חזקתו כדאמרי' בההוא דפ' חזקת בשכוני גואי הוה יתיבנא שאעפ"י שהרי"ף והרמב"ם ז"ל פירשו ההלכ' בע"א מ"מ אינן חלוקים על דינו של רשב"ם כמ"ש מדברי הראב"ד ואפי' תימא במחלוקת היא שנויה

ארעא בחזקת מרא קמא קיימא. הא ליתא דטעמא דרשב"ם שלא עלת' חזק' למחזיק היינו משום דכיון שהיה משתמש עמו בדריס' הרגל לא היה חושש למחו' אלמא מה שהיה בשכוני גואי ועובר עליו חשיב כמו מחאה ובנ"ד מאחר שעברו כמה שנים שהיה פתח המרתף אשר לחצר סגור לא יפתח כמו שבא בשאלה ובאותם השנים היה ראובן משתמש בחצר עלתה לו חזקה שהרי החזיק שני חזקה בלא שום מחאה דמאחר שאז לא היה מעביר הבהמות בחצר על מה סמך שלא מחה.

ומה שכת' הרא"ש ז"ל בתשובה כלל צ"ט דהא דתנן והב' משום ירושה אינו צריך טענה פי' אינו צריך טענ' ברורה שיודע בבירור שאביו לקחה ממנו כגון קמאי דידי זבנה ממך כדפרש"י שאין אדם יודע היאך באו הקרקעות של אביו לידו רק אבי א"ל שקנה קרקע זו ממך וכו' וההיא עובדא דדר בקשתא דעילתא דא"ר חייא אי אית לך סהדי דדר ביה ההוא דזביניה ממך אפי' חד יומא אוקמיה בידך היינו טעמ' משום דאמר דזבנה ממך פי' שא"ל שלקחה ממך ע"כ ודבריו תמוהי' שיצטרך כל לוקח לו' דא"ל דזבנה מינך והא קי"ל טוענין ליורש דאנן טעני' ליה שאביו לקחה בין קטן שאינו יוד' כלו' במילי דאבוה בין גדו' שאינו יודע לטעו' בב"ד את פתח לו בין במטלטלין שישנן תחת ידם בין בקרקעות שעברו עליהם ג' שנים ופשטא דמתני' דהב' משום ירושה אינה צריך טענה שום טענה משמע אלא מאבי ירשתי וכן מוכיח בדברי הפוסקים ז"ל כמו שהבי' החכם השלם נר"ו ועוד שהרא"ש עצמו בתשו' אחרת שם סי' ר' כתב דכיון שהיה הקרקע בחזקת המוכר אפי' יום א' טעני' ללוקח כל מאי דהוה מצי מוכ' למטען דאי בעי הוה טעין למערע' ממך קניתיו והבי' ההוא דדר בקשת' דעיליתא וכו' והעלה דטעני' ליה שקנאו מן המערער אעפ"י שהמחזיק אינו טוען שא"ל המוכר כך ונ"ל שדברי הרא"ש שם אינם אלא במי שיודע ומכיר שקרקע זה הוא של המערע' אף בזמן שהיה אביו בתוכו ולא ידע אח"כ שקנאה ממנו וגם אביו לא אמר לו שקנא' הא לא מיקרי בא מחמת ירושה שהרי אף בחיי אביו לא היה מחשיבה בשלו וכי אמרינן דאם היה אביו מחזיק בה אפילו חד יומא סגי היינו שהחזיק בה בתורת שהיא שלו אבל כגון ההוא עובדא דהרא"ש שלעולם היו יודעים שהיתה ללוי שבא ממערער מכחו אלא שטוען היורש איני יודע אם קנה אבינו חלקו של לוי כשם שקנה משאר בני יעקב הא לאו בא מחמת ירושה מיקרי דמה שהיה דר אביהם מכחו של לוי והא לא מיקרי יורש דהוה ליה כמכיר בה שאינה של אביו וכההיא דפ' חזקת דא"ל את מי לא מודית דארעא דידי היא ואת מנאי לא זבינתה זיל לאו ב"ד דידי את כדפי' רשב"ם התם דאין לו טענה כלל דהוי כמכיר בה שאינה שלו. והכא לא מהני ליה מאי דדר ביה אבוה חד יומא דהא לא אמר ליה דזבינה מיניה כמו התם.

והוקשה לו להרא"ש דפשטא דמתני' דוהבא מחמת ירושה אינו צריך טענה דקאי אאמר לו מה אתה עושה בתוך שלי וזה משיבו שלא אמר לי אדם מעולם דמשמע שזה יודע שהוא אומר שלא אמר לו אדם דבר מעולם ועלה קתני והבא משום ירושה אינו צריך טענה ופי' הרא"ש דביודע שהיא שלו אע"ג דתנן אינו צריך טענה היינו טענה ברורה אבל מ"מ צריך שיאמר שאביו אמר לו שקנאה ממנו שאל"כ לאו בא מחמת ירושה מיקרי דמי א"ל שאביו הורישה לו לא היה בא אלא בתורת שאלה או שכירות ודקדק כן מלשון רשב"ם שאמר אינו צריך טענה לומר היאך באו ליד אביו דאין אדם בקי בקרקעות אביו היאך באו לידו משמע דאינו בקי היאך באו ליד אביו אבל יודע שהוא של אביו כגון שאמר לו אביו שקנאה בעי למטען ועל זה אמר אבל בנדון זה ששמעון מודה שאינו יודע אם אביו לקחה מלוי נ"ל שאין טוענין כלל אף ליורש כלו' דמאחר שהיה דר בה בתחלה בחזקת שיש ללוי חלק בה מי לחשו שאביו קנאה עד שיאמר יורש אני ומכח אבי אני בא. ואם תאמר ומאי קשיא ליה מההיא עובדא דדר בקשתא דעיליתא דאוקמה בידיה נימא דהתם לא היה יודע שהוא של מערער. וי"ל דסייעתא הוא דמייתי מינה דההיא עובדא טעמא דא"ל מפ' זבינתה דזבנה מינך פי' דא"ל דזבנה ממך הא לאו הכי לא הוה מוקמי' בידיה דאל"כ לא הוה ליה לגמר' לאיתויי מיניה דכדי דאמר כיון דאפילו אי אמר איני יודע הוה מוקמינן בידיה אלא דהתם המחזיק היה יודע דארעא דמערער הוא אף כשהיה דר בו המוכר ואי לאו דטעין דאמר לי דזבינה מינך לאו מיקרי לוקח. ורשב"ם ז"ל פירש דזבנה ממך בחזקה שהייתי סבור דזבנה מינך לקחתיה הימנו עד כאן ולא פי' כהרא"ש דאמר לי דזבנה ממך לדברי רשב"ם ז"ל נמי הוצרך הדבר לאומרו דוקא דאמר מפלניא זבינת בחזקת שלקחה ממך ומכח מכירה הייתי סבור שהיה דר בה לאפוקי שאם היה יודע בתחילה שהיה דר בחזקת שהיא של חבירו כמו בנדון של הרא"ש ושוב לא נתחדש לו ידיעה אחרת שקנאה אביו ודר בה אף בזמן שהיה ברור שיש ללוי חלק בה דהא לא מיקרי בא מחמת ירושה. ועוד מהטענה השניה שכתב החכם השלם המורה נר"ו שכב' נשתנה בנין המקום ההוא ממה שהיה זה שבעים שנה ושמא היה שם חצר ושוב נעשה בתים וכמו שחורבה אין כאן חצר אין כאן ומה גם שנכתב בשטר במצרים לצד מזרח השער והמהלך והמעבר שנכנסים ויוצאים בו הדרים שם עד כאן מוכח להדיא שלא היה משם זכות אלא כניסה ויציאה בלבד. ובאפס פנאי כתבתי זה לעת הפלגת הספינה לארץ ישראל. והנני מסכים לדברי החכם השלם המורה נר"ו כי הנם נכוחים למבין וישרים למוצאי דעת, הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לב

מה שקבלו עדים שלא בפני המערער שלא כדין עשו ומה שהביא ראי' ממה שהוב' בח"מ סי' כ"ח בשם הר"ן ז"ל בפ' אלמנה נזונית שכתב דלא שייך אין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל בנתבע שבא לפטור עצמו מקבלין זו ודאי שגגה היא דמדמו תביע' ממון לתביעת קרקע שהנתבע בממון מביא עדים לפטור עצמו ולהעמיד הממון דמחוסר גוביינא הוא אבל הנתבע בקרקע שמערערין עליו שהחזיק בשלו שלא כדין העדים באים להפקיע הקרקע מחזק' בעליו והיאך יוציאו מחזקתו ויגמרו דינו שלא בפניו. ועוד אפי' בתביעת ממון איך יעלה על לב אדם שמקבלים עדים על המלוה שלא בפניו להפקיע שעבודו א"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכל לוה יביא עדים שלא בפני המלוה שפרעו או מחל לו או אמנה או רבית ונמצ' שטרו בטל. וזו לא אמרה אדם מעולם דוהועד בבעליו אמר רחמנא ומה לי ממונו מה לי הפקעת ממונו ודברי הר"ן ז"ל אינן אלא היכא שבאים להוציא מהלוה שלא בפני המלוה דלפטור עצמו מהתביעה יכול להביא עדים בפני התובע אותו ודבריו הם באלמנה שמכרה שלא בב"ד ומביאה עדים שנמכרו הנכסים בפניהם שאינה צריכה שבועה חדא דגבי אלמנה אמרו מקבלין משום חינא וזה אעפ"י שאינו לענין הכתובה עצמה מ"מ אותם נכסים לפרעון כתובה מכרה ועוד אפי' באחר נמי אין שייך אין מקבלין וכו' אלא בתובע שזו באה לפטור עצמ' ודאי מקבלין כלומר דמה שאמרו ביתומים משום תקנתא דיתמי אמרו שאל"כ כל אדם יבא ויפרע מהם ואינהו במילי דאבוהון לא ידעי אבל כשהם באים להוציא מאחרים לאו כל כמינייהו לאפוקי מאחרי' כנגד העדים אלא יקבלו בפני התובעי' אם הם היתומים או אפוטרופסים שלהם לדחות מעליהם תביעתם אבל כשאין המלוה תובעו ודאי שלא יקבלו העדות אלא בפניו ואפי' אם אין המלוה בעיר אין מקבלין שנאמר לו לכשיבא בעל דינך ויתבע אז תביא את העדים ויעידו בפניו ואף ביתומי' קטנים כתב המ"מ מפרשב' ז"ל בשם הרמב"ן שאפי' איכא עדים שזוכרים הפרעון אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ונראה שלא אמר' הרמב"ן ז"ל אלא לענין שלא נקרע השטר דעל' קאי המ"מ אבל לדחות תביעתם מעליהם להגן שאני ובטור ח"מ סי' ק"ס כתב משם רבינו יונה אם טען המחזיק בב"ד קודם שיבא המערער שהם יעידו השוכרים בפניהם שהם דרו ג' שנים לפי שאם יבא שום אדם לערער שוב לא יהיו השוכרים כשרים כיון שפקעו לו השכר טענתו טענה כיון דלא הוי מערער קמן כיון דהשתא כשרים ואם יעידו משיבא המערער יהיו נוגעים בעדות מקבלים אפי' שלא בפניו עכ"ד הרי דאין מקבלין אלא כשאין המערער שם ואם ימתין לכשיבא המערער אז

לא יוכלו להעיד דחשיבי כמו שהיו עדיו חולין או הולכים למ"ה והרשב"א ז"ל בתשובה אלף נ"א נשאל בראובן שהיה מוחזק בשדה שהי' ידוע לשמעון ושמעון אינו עמו במדינ' ובא ראובן בב"ד ועדי חזקתו עמו ואמר שאבד שטרו בעיר שכבשה כרכום והשיב דכי הא מקבלין עדים שלא בפני בעל דין ולא דמי לבר חמוה דר' ירמי' וכו' דהתם היה בא להחזיק בקרקע הידוע לחבירו והיה מערער אבל הכא אין מערער בפנינו לא מחזקינן ליה בגזלן דסתם אינשי לאו גזלני נינהו. והו"ל כחולה או שהיו עדיו חולין או שהיו הולכים למ"ה שמקבלים עדים שלא בב"ד עכ"ל הרי בהדיא שאע"פ שהיה מוחזק בקרקע לא רצו לקבל עדותן אלא היכא שאין המערער בעי' דהוי כחולה הוא או עדיו אבל היכא שהמערער בעיר אע"פ שלא שמענו שמערער מעולם על כך צריך להעיד בפניו וכ"ש בנ"ד שערער בפני ב"ד מב"ד של עשרה והלך אצל מקצת' שיקבלו עדי' שלא בפני ב"ד. ומאחר שכן מה שקבלו העדות שלא בפני האשה הבאה בהרשאת הבעלים לאו כלום הוא ואין דנין על פיו כמ"ש הטור סי' כ"ח וכן הביא הר"אש בפרק גט פשוט משם ריב"א והנ"י כתב שם וכיון דקי"ל דאין מקבלים עדים שלא בפני ב"ד אם עברו וקבלו לא עשו כלום דהו"ל טועים בדבר משנה דקי"ל דחוזר ע"כ ואין לומר דהכא בשיקול הדעת טעו דסברי להחזיק הקרקע ביד המחזיק מקבלי' דהא ודאי מאחר שדברי הר"ן ז"ל מפורשים שלא נאמרו אלא להציל עצמו מהתביע' וגם מדברי רבי' יונה והרשב"א מוכחי להדיא שאם המערער בעיר אין מקבלים שלא בפניו כ"ש שכבר בא לפני ב"ד לתבוע דהא ודאי טועים בדברי הגאונים והפוסקים כטועים בדבר משנה דמו. ואע"פ שיש שפסקו שאם קבלו הדיינים עדות שלא בפני ב"ד בדיעבד הוי עדות כמ"ש המרדכי בשם רג"מה וכן כתוב בשם רא"בן דמדמכשרינן קבלת אונס שבב"ד ש"מ בלא אונס כשר בדיעבד דאי פסיל ע"י אונס נמי מיפסיל ע"כ. ואין בזה הכרע חדא דאין דנין אפשר מאי אפשר. ועוד היכא דליכא אונס נעשו כטועים בדבר משנה ואין מעשיהם כלום ובין הכי ובין הכי מאחר דפלוגתא דרבוותא היא ארעא בחזקת מרא קמא קיימא והבא להוציא הקרקע מחזקתו עליו הראיה.

סימן לג

שאלה ראובן שלח לו אביו מויניציא' סחורה פה קוסטא' ובהיותה במכס בא שמעון להיותו אהובו או קרובו של הגביר המוכס והוציא הסחורה בלתי ידיעת ראובן באומרו שהסחור' ההיא הוא שלו ויש עדים שאותה הסחורה היתה' שלוח' לראובן הנזכר מאביו הנזכר וגם יש עדים שידעו בדבר כשהוציא שמעון הסחורה מן המכס ועתה בא ראובן לתבוע הסחורה ההיא משמעון וטען שמעון ואמר שיש לו חשבונות עמו והוא רוצה

לעכב הסחור' ההיא עד שיעמדו לחשבון. ילמדנו רבינו אם יהי' נאמן שמעון בשבועתו בחשבונותיו שיש לו עם ראובן כיון שמה שתפס הסחור' ההיא מיד בעל המכס היה במרמ' ובחוזק יד או לא יהי' נאמן. עוד ילמדנו רבינו אם שמעון זה תפס מסחורה פקדון של איש אחר שהית' באה בתורת פאטורייאש ליד ראובן ושמעון שניהם כאחד ותפס שמעון מקצתה ואומר עתה חייב לי צא אתה ושלם לבעל הפקדון אם יהיה נאמן על טענותיו בתפיסתו זאת שתפס משל אחרים על סמך שבעל הפקדון יתבע ויוציאו מראובן לפי שהוא קרו' לו או בן עירו יורנו רבינו מורה צדק הדין דין אמת ושכרו יהיה כפול מן השמים אמן.

תשובה כל התופס משל חבירו בפני עדים שלא בפני חבירו אינו נאמן לו' לקוח הוא בידי או שלי הוא דכל תופס שלא מדעת גזלן הוי כמו שביאר הרב האלפסי זלה"ה בהרחבה בפ' כל הנשבעין וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' טוען והטור בסי' צ' וכל רבותינו שוין בדבר מיהו דוקא כשהחפץ יוצא מתחת ידו אבל אם אין חפץ יוצא מתחת ידו של תופס באנו למחלוקתן של ראשונים נוחי נפש בגוזל את חבירו בעדים אם צריך להחזיר לו בעדים דלמ"ד אין צריך להחזיר לו בעדים מגו דמצי למימר החזרתי נאמן לו' תפסתיו בחובי שיש לי אצלך ולמ"ד צריך להחזיר לו בעדים אין תפיסה בגופו של חפץ כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' טוען וז"ל לפיכך מחזיר הכלים לבעל הבית ואחר שיחזיר חוזר ותובע את בעל הבית בכל מה שיטעון והדין ביניהם ועוד הביא עובדא דנסכא דר' אבא שם וכתב הרב המ"מ שנראה מדברי הרב שהגוזל את חבירו בעדי' צריך להחזיר לו בעדי' וכן מצאתי כתב מהר"ם ז"ל בתשוב' בסי' רפ"ד וכבר חלקו בזה חכמי הדורו' ור' מאיר הלוי ז"ל שלח לו להרמב"ן ז"ל והוכיח דאין צריך להחזי' לו בעדי' מההיא דרפ"ב דכתובות ומודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה וכו' ואעפ"י שקלס הרמב"ן ז"ל ראיתו וקרא עליה שפתים ישק משיב דברים נכוחי' כבר הראתי פני' להרמב"ם ולסיעתו בעלי סברא זו שלא יקשה עליהם מההיא דכתובות מ"מ לא יצא הדבר מידי מחלוקת ונהי דאם היה טוען שמעון זה החזרתי לא היה כח להוציא מידו כיון דפלוגתא דרבוותא היא אבל השתא דמודה שהיא בידו אלא שאומר שלי היא או בחובו אני תופסן ולא מהימן בהך טענה אלא מתורת מגו יש מקום לומר שלא יהא נאמן במגו דהחזרתי דכיון דפלוגתא דרבוות' היא אינו טוען כך ברצון וזה כמה שנים שראיתי לרב הגדול כמהר"ר דוד ן' זמרא ז"ל שכתב כן בתשובה דכל מידי דאית בה פלוגתא דרבוותא לא אמרי' מגו דאי מצי טעין לה שאינו טוען כך ברצון דהא איכא מרבוותא דאמרי דלא מהימן וטעמא דמסתבר הוא דאין טעמא דמגו אלא משום דמה לו לשקר

אי בעי הוא טעין האי וכיון דאיכא סברא לומר שלא היה נאמן באותה טענה דההחזרתי שהרי הוחזק בגזלן בפני עדים ושוב לא יאמינוהו בלא עדים כדברי המפרש ז"ל איהו נמי מיחש חייש לה ולא בעי למעבד נפשיה גזלנא מעיקרא אלא אומר בחובי תפסתיו או דאמר אין חטפי ודידי חטפי ואין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות ואע"פ שעדיין לא בא לידי לחקור על דבר זה בראיות הרי הורה זקן וגדול הדור ז"ל. ועוד פנים אחרים יש בדין זה שכפי הנרא' תפיס' זו שתפס שמעון הית' מיד האימין בעל המכס ומן הדין יכול היה ראובן להוציא את שלו מיד בעל המכס דאתפסי' לדידי' בידא דמאן דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיה אפי' אם לא נתנן בידו אלא שהי' יכול להציל ולא הציל דשומר הוא ופשע בשמירתו והוה חוזר ומוציא מיד התופס דכיון דפסידא עליה דנפקד הדר לא מצי שמעון לתפוס מיד הנפקד מפני טענות שיש לו על בעל הפקדון וכן מוכיח להדיא מתשובת הרא"ש שבכלל ק"ו שכתב על נפקד שמסר פקדון של ראובן לשמעון לשומרו לאחר מיתתו של ראובן ושוב עכב שמעון הפקדון בטענ' שראובן בעל הפקדון היה חייב לו וכתב הרב ז"ל בסוף תשובתו שהנפקד פשע במה שמסר הפקדון לשמעון דהו"ל שומר שמסר לשומר ויורשים מוציאין ממנו וחוזר הנפקד ומוציא משמעון שאינו יכול לעכב ממונו בשביל טענה שיש לו על ראובן עכ"ד.

איברא דקשיא לי עלה מהא דאמרינן בהכותב אבימי בריה דר' אבהו הוו מסקי ביה זוזי בי חוזאה שדרינהו ביד חמא בריה דרבא בר אבוה אזל פרעינהו אמר להו הבו לי שטרא א"ל סיטראי נינהו אתא לקמיה דר' אבהו א"ל אית לך סהדי דפרעתינהו א"ל לא א"ל מגו דיכולי' לומר לא היה דברים מעולם יכולים לומר סיטראי נינהו ולענין שלומי שליח מאי ומסקינן דשליח משלם דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי והרי כאן דשליח בעי שלומי ואעפ"י כן אינך מהימני במגו ולא מצי שליח להוציא מידם דאמר להו דמפקי' מיני' עליה דידי הדר אלמא מהניא ליה תפיסתו יש לומר דלא דמי דהתם שליח לא מצי למהדר ולמיפק מן המלוה לפי שהמעות שנתן להם הוא מעצמו נתנם ובתורת פרעון נתנם בשליחותו של לוה ועיקר תפיסתם היא שסומכים על השטר שבידם ולא מצי למימר להו שליח מדידי תפסי שהשטר בידם היה אלא שפשע שלא נטלו מידם אבל בנדון הרא"ש כשנתנם הנפקד לשמעון בתורת פקדון נתנו ומחייב שמעון להחזיר לו ואין יכול לעכבו מפני מה שחייב לו ראובן בעל הפקדון שזה היא כמי שתופ' משל הנפקד עצמו וכ"ש בנ"ד שבתחלה בעלילה בא לתפוס הנכסים מיד הנפקד דמצי אמר ליה נפקד לא כל כמינך לאפסודי לדידי אבל קשיא דלעיל בההוא פרק' דעובדא דבקרא דיתמי דתפוס תורא מיניה כתב הרא"ש עצמו דהאידנא דמטלטלי משתעבדי לב"ח אי אית ליה

לב"ח ראיה ברור' דיכול ליפרע ההוא חובה מיתמי לא מחייב בקרא מידי אבל אי לית ליה לב"ח ראיה אלא שמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי עכ"ל משמע דאע"ג דמחייב בקרא לשלומי זוכה התופס מחמת תפיסתו והרי דבריו אלו סותרים דבריו שבתשובה וי"ל דהכא קאמר שמחמת תפיסה בא לזכות וטעמא הוא דקיהיב לחייובא דבקרא דמחייבין ליה מספק דשמא בדין הוא תפס ב"ח והכא קאמר הואיל ולית ליה לבעל חוב ראיה להוציאה מהם בדין אלא שמחמת תפיסה הוא רוצה לזכות הילכך מחייב בקרא לשלומי שהניחו שיתפסנ' והשתא כיון דבקרא מחייב אין תפיסתו מועלת לגבי' בקרא ומפיק בקרא מיניה בדינא ודיינא כמה שכתב הרא"ש בתשובה והשתא דאתינא להכי הואיל וראובן מוציא מיד הנפקד המוכס ונפקד מוציא מיד שמעון לא מצי שמעון למדחי ליה ולומר לך והוציא מיד הנפקד ואחר כך הנפקד יעמוד בדין עמי דמאחר שהוא מודה שישנן לנכסים מתחת ידו והוא אין לו על הנפקד כלום ואינן מעכבן אלא בטענות שיש לו על ראובן והנפקד מודה שהם נכסי ראובן מוציאים מזה בפני הנפקד ונותנין לזה מדרבי נתן ואי בהלואה אמרינן הכי כל שכן בנכסי ראובן עצמן שישנן ביד שמעון דאמרינן בריש הגוזל בתרא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מגזלן גובה רצה מאחר גובה ומוקמינן למתניתין בהגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם דפטורים מלשלם דאחר יאוש אקני זה אבל לפני יאוש מפי' מבניו הכא נמי אין צריך לחזר ולהוציא מיד הנפקד הואיל והוא מוצא את שלו ביד שמעון דכיון דאין בדבר שום נפקותא לענין דינא אטרוחי בי דינא בהכי לא מטרחינין אלא מחזיר שמעון לראובן במעמד הנפקד ואח"כ יעמוד עמו לדין עם טענותיו. ועוד מטעמא אחרינא מפקי' משמעון דמאחר שנכסי' אלו בחזקת ראובן הם על פי העדים שמעידים ששלח' אביו לידו והוא בא לטעון להוציא מחזקתו ולא מהימני' ליה אלא במגו דהחזרתי לאו מגו הוא שהוא יודע דאי הוה טעין הכי לא הוה מפסיד ראובן כלום שהיה מוציא את שלו מיד הנפקד דמצי אמר ליה אנא גבי שמעון מאי אית לי את הוא דהמנת לי כאותה ששנינו בפ' כל הנשבעים א"ל תן לפועלים בסלע מעות הוא אומר נתתי והם אומ' לא נטלנו דנשבע פועל שלא נטל כלום וחוזר וגוב' מבעל הבי' ושמעון זה אינו רוצה להפסידו לנפקד ולגזול ממנו אבל מראובן סבור הוא לעכב לפי שהיה לו משא ומתן עמו ומורי בה היתרא לכך הוא טוען יש לי על ראובן טענה ואין אומ' מגו מאדם לאדם אחר וגדולה מזו אמרו אפי' באדם א' אין אומרי' מגו מממון לממון כדמייתי במרדכי בריש מציעא גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דלא מהימן במ"ש חציה שלי במגו דאי בעי אמר כולה שלי אך בספ"ק דגיטין גבי עובדא דהנהו גינאי דכת' רבוותא דלא מהימן לומר

טעיתי ולא פש גבאי מידי במגו דפרעתי למקבל דחזקה לא מודה איניש אא"כ כיוון חשבונו יפה הא לאו הכי חשיב מגו אע"ג דאי טעין פרעתי היה המקבל מפסיד ועתה שאומ' לא פש גבאי מידי הלוה הוא שמפסיד ועיין במ"ש ב"בי בתשוב' נ"ז ועיין בההי' דפ' האיש מקדש הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכו' וההיא דאבימי דאמ' דאי לית ליה סהדי דפרעינהו מגו דמצי למימר להד"מ מצי למימר סיטראי נינהו כי אמר להד"ם לא היה מפסיד השליח אלא בעל המעות דמשתבע שליח דיהיב לי' ומפטר כדאמרי' בהאיש מקדש והשת' דתקון רבנן שבועת הסת משתבעי עדים דיהבי ליה וכו' ולהכי הוי מגו טוב דמה לי לשקר אם היה רוצה ליטול מבעל המעות היה יכול לטעון לא נטלתי כלום וישבע שליח ויפטר בעל המעות אבל הכא אם היה טוען החזרתי היה נפרע מהנפקד אע"ג דהשתא נמי יכול ראובן לחזור ולתבוע מן הנפקד מן הדין כדפרישית מ"מ שמעון מיהת לא היה בדעתו לתפוס אלא מבעל הנכסי' דאית ליה גביה דררא דממונא. ובר מן דין אם נכסים אלו ששלחם אביו של שמעון הם משל אביו אין שמעון רשאי לתפוס נכסי אביו מפני טענות שיש לו על הבן ולא מהימן עלייהו במגו וכן הדין במה שבא עוד בשאלה ששמעון זה תפס סחורה של איש אחר שהיה שולח' ליד ראובן ושמעון גם שניה' לפי שהוא סומך שהאיש ההוא בעל הסחור' הוא קרוב לראובן ויוציא ממנו או מאביו אשר שם דלאו כל כמיניה לתפוס משל אחרים בשביל טענת שיש לו עליו וכי תימ' דמצי אמר ליה כיון שאין הנכסים שלך לאו בעל דברים דידי את הא ליתא דכיון מחמת ראובן הוא בא לתפוס הנכסי' עליה דידיה לאקומי עמיה בדינא כדאמ' בפ' מי שהיה נשוי ראובן שמכר שדה לשמעו' אפי' שלא באחריו' ואת' ב"ח דראוב' וקטריף ליה מיניה דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את דא"ל לא ניחא לי דתהוי לשמעון תרעומת עלי' וכת' התוס' שם דנ"מ כגון שמחל לו שמעון שבועת הבא ליפרע מנכסי' משועבדי' ובא ראוב' א"ל השבע לי שלא פרעתיך ובפ"ק דב"ק ודמציע' כת' התוס' דנ"מ לראי' אחרונ' דאמ' שמעון אין לי עדים אין לי ראיה ולאחר זמן הביא עדים ומצא ראיה דשמעון אינו יכול להביא' וראובן שלא אמר אין לי עדים יכול להביאם והרי דברים ק"ו אי התם דידעי' שהו' זוכה בדין עם הלוקח מחמת שאינו יכול להשביעו או מחמת דלא מצי לאייתויי ליה עדים ולא ראיה אעפ"כ בא שמעון ונעשה לו בעל דין להפקיע זכותו משום תרעומת הכא שהדבר ברור שאם היה אביו או בעל הנכסים כאן היה מוציא ממנו אלא שאינו מצוי כאן לא כ"ש שזה יעמוד עמו בדין להוצי' מידו וכבר כת' התוס' דקמא ודמציע' נפקות' אחריתי קרוב לזו דאירי כגון שטוען לב"ד הגדול קאזילנא ושמעון לא מצי טרח כמו ראובן ועוד נר'

שהפאטוריש ששולחים ביד' הסחורות כשליח נינהו ואין צריך הרשאה לדין ולערער על נכסי' שנשתלחו לו אעפ"י שזה בא לתפוס מחמת בעל הנכסי' וכמורשי' ועומדי' קיימי שהרי הם חייבים בשמירתם ויכול המדקדק לדקדק כן מדברי התוס' בפ' הזורק אשמעת' דשתי חצרות זו לפנים מזו דחשיב שפיר כמו שומר ושלוחו של משכיר וע"ש ואין הדבר צריך ראיה משם דודאי מי שנשתלחו לו נכסי' למכרן ולעשו' בהם כרצונו חשיב טפי ממורשה דכת' ליה דון לנפשך כשהנכסים ביד אחרים ועוד שהוא שומר וחייב להציל ברועים ובמקלות ש"ח בחנם ש"ש בשכר, הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לד

שאלה ראובן סוחר טורקיאה שהיה לו דין ודברי' עם שמעון על עסק סחורו' ששלח לו לויניצייא' ונשארו ביד שואל ראובן שאם בע"ה יצא זכאי בדינו וישאר שמעון הנז' מחוייב לתת לראובן קצת מעות שמאותו זמן עד עתה עברו הרבה סחורות ביניהם ושמעון שלח מעות לראובן בקאמביו עכשיו תובע ראובן שכיון ששמעון היו לו בידו כל כך מעות של ראובן למה יתן לו קאמבייו אלא שיעשו חשבון אמיתי ביניהם על כל מה שהיה חייב שמעון לראובן אם יצא ראובן זכאי וישלים לו שמעון כל מה שנשאר עליו הייטב בעיני ה' שיהיו מעות של ראובן ביד שמעון וששמעון ישלח מעותיו לראובן בקאמבייר יורנו מורנו מורה צדק ומה' שכרו כפול ומוכפל.

תשובה אם האקמביו ששולח לו הוא מאחרים שליחותא דראובן קעביד ואפי' אם למפרע נודע שנשארו בידו משל ראובן לא בשביל כן נחייב את שמעון לפרוע הקאמביו שגם הוא יכול לומר שאם היה יודע שהיו לו מעות משל ראובן לא היה מפסיד הקאמביו אבל אם הקאמביו הוא לשמעון אין לו ליטול כלום מאחר שהוא חייב אעפ"י שנעשה הקאמביי כמנהג הסוחרים וסבור ראובן וקביל השתא מיהת בטעות הוא ואין לשמעון שיאמר מאחר שבאה הסחורה לאחריותי כבר זכיתי בקאמביו שהרי אם נאבדה הייתי פורע לך דמ"מ לא נתחייב לפרוע הקאמביו אלא מפני צורך המעו' שהדבר ידוע שכבר קבלת האחריו' דבר מועט הוא ובקאמביו נוטלין הרבה בשכר המעות ועכשיו שהוברר למפרע שיש בידו מעותיו יאמר לו איני רוצה לתת לך קאמביו דהשתא מיהת מאי אפסדתיה.

סימן לה

שאלה ראובן יתום קטן בשעה שנפטר מורישו ונתגדל בבית יורשי אמו שזנו וכלכלו אותו ועכשיו שגדל ובא לכלל איש נפל לו ירושה מבני אחי אביו שני או שלישי וקמו בעלי חובות של אביו ורוצים לעכב עזבון מורישו השני והשלישי הנז' באמרם לך ותבע מאמך שנשאת ללוי קרקע או טלטל אביך שנשארו ביד' ופרע לנו ואז תקח ירוש' שנפלה

לך ממורישך שהיתה ראויה לך ואין שעבודינו עליה אלא אנחנו מעכבים אותה ביד הנפקד עד אשר תעמוד לדין עמה בב"ד ותוצי' לאור נכסי אביך ונפרע חובנו שאנחנו חושדי' אותך שעשית קנוניא עם אמך והיא טמנה הכל וחולקת עמך נכשתנשא. והיתו' משיב להם אפי' מזונות וכסות לא נהנתי מעזבון אבי ואלמל' דודי יצ' הייתי מטופל וח"ו מת ברעב ולא ידעתי מעולם בחשבון נכסי אבי איה הם וכמה הם אתם לכו דונו עמה ועם בעלה על זה לפני ב"ד ותתפרעו ממנה. זאת המנוח' שהניח' הב"ה מן מורישי לי ככתוב בתורת משה הניחו לעיף כמוני היום והבעלי חובות חזקים ממנו יורנו מורנו הדין עם מי היוכלו בעלי חובות הנז' לעכב העזבון של מוריש זה שמעולם לא נשתעבד להם או לא ושכרו כפול מן השמים.

תשובה זו שמעכבי' בעלי חובות נכסי היתו' שלא ירשם מאביו בעבור חוב אביו אינו מן הדין ומה שאומרים ליתו' שילך ויתבע נכסי אביו מאמו שנשאת אם חוששין שעשה קנוניא עם אמו אם טוען טענ' ודאי ישבע ואם היא טענ' ספק אין לו אלא חרם סתם כדכתב הרי"ף בתשוב' וכמ"ש הטור סי' ק"ז והם ילכו וקוששו להם מאשר ימצאו או מאמו אם נטלה יתר מן הראוי ומה להם עם היתום שילך ויוציא מאמו שלעולם אין מטריחין את המלוה שיגבה וימכור ויפרע כדאמרי' בפ' הכותב דא"ל רב פפא לרב חמא ודאי דאמריתו משמיה דרבא האי מאן דמסקי ביה זוזי ואית ליה ארעא ואתא ב"ח וקתבע מיניה וא"ל זיל שקול מארעא דאמרי' ליה זיל זבין את ואייתי וכו' א"ל תולה מעותיו בעכו"ם הוא הוא עשה שלא כהוגן לפי' עשו לו שלא כהוגן פי' התוב' תחיל' כשתבעו הוה תולה והולך מעותיו בעכו"ם ובשע' הגבי' כבר לא היה לו ואפי' הכי הזקיקוהו למכור משום קנס אבל מדינ' יכול הלוה לומר הלא נכסי לפניך ואעפ"י שיהיה בהם ערעורים והיא ביד אלמים לא יזקיקוה ללוה להוציא מהם אלא המלוה הולך ותובע בכח שעבודו ובס"פ הבית והעליה אמרי' השוכר את הפועל וכו' ומשיצא אמר לו טול מה שעשית בשכרך אין שומעים לו משמ' דוקא בשכיר אמרו כן אבל שאר ב"ח יכולי' לומר לו טול מה שאתה מוצא בחובך. ובפ"ק דקמ' כתב רבי' תם ג' דינים חלוקין יש נזיקין או כסף או מיטב ב"ח אי אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי אלא בזוזי ואי לית ליה זוזי לא אמרי' ליה טורח וזבין וכו' וכן כתב הרא"ש שם וזהו בלוה גופיה כ"ש ביורש דאע"ג דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביה' היינו ממה שהניח אביהם לא שחייב להוציא מאחרים לפרוע חוב אביהם. ובפ' יש נוחלין תניא גבי בכור שנוטל פי שנים ויצא עליהם ש"ח בכור נותן פי שנים ואם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי. ופרשב"ם ונ"מ שצריך זה המלוה לתבוע את אחיו בדין ואם אינו יכול לכופ' יפסיד או

אם הלכו למ"ה וסיים דבריו אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן שהרי יורש הוא בע"כ עכ"ל והא דאינו יכול לומר לאו לענין שהיה צריך ליטפל בהם להעמידו בפני ב"ח אלא דאינו יכול לומר אני מוכר לאחר חלקי כדכתב שם שהרי יורש בע"כ הוא וכבר זכה בהם וב"ח גובה הימנו אבל מן חלק בכורתו יכול להסתלק שפיר שלא יגבה ב"ח ממנו דבע"כ לא זכה ליה רחמנא. והתוס' כתבו אומר ר"י דנ"מ אם היתומים קטנים שאינו יכול להוציא מהם עד שיגדלו ובטו' ח"מ רע"ח כ' ונ"מ שאם שאר היורשי' קטני' או אם אינן כאן שאין ב"ח יכול לגבות ממנו אלא כפי חלק הפשיטות. כתב ה"ר יוסף הלוי דדוק' בחלק הבכור' שהיא מתנה אבל בחלק הפשיטות אינו יכול לסלק עצמו ולומר לב"ח הנה הנכסים לפניכם איני רוצה לירש כלום ולא לפרוע אלא כופין אותו להטפל בדבר ולמכור אותם ולהגבות או לשומם שהוא במקום מורישו וכמו שהמוריש אינו יכול לסלק את עצמו גם היורש אינו יכול לסלק עצמו. וכתב הרשב"א ז"ל על דבריו אפשר שלא אמר אלא לרב הונא דאמר פריעת ב"ח מצוה וכופין בשוטים כי אמר לא בעינא דאעבד מצוה אבל לדידן אין כופים בשוטים אלא בהורדת נכסים. ומדברי הר"י הלוי ז"ל משמע דבחלק הפשיטות כופין אותו להטפל בדבר למוכרן ולהגבותם. והרב מהר"י קארו ז"ל כתב שכן מבואר בדברי רשב"ם וזה תימא דמאין הרגלים לחייבו בכך וכי יש לו עליו כלום אלא במה שירש מאביו ילך הוא וימצא נכסים לאביו ויקח ועוד כי הוא ז"ל תלה הטעם שהוא במקום מורישו קאי והלא המורי' עצמו כשיצא עליו ש"ח מי חייבו להטפל למכור ולתת והלא אמרו דלא אמרי' ליה טרח וזבין אלא ב"ח הולך וגובה בכח ב"ד דכתבי ליה אדרכתא אנכסיה וטורף מה שימצא. ועל דברי הר"י הלוי ז"ל אנו מצטערין אלא שהרב מהר"י קארו זלה"ה נראה שבא להוסיף עליהן ולומר שכן מבואר בדברי הרשב"ם והוא הלשון שהבאתי למעלה שכתב אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן שהרי יורש הוא בע"כ ודבריו מבוארים דהיינו כשאין אחיו שם אלא במ"ה שאומר אני מוחל לאחי חלקי שלא כל הימנו וכדאמרינן בפרק קמא דמציעא גבי מצא שטר חוב אי דקאמר מלוה תנו תבא עליו ברכה ומשני כשחב לאחרים דלאו כל כמיניה לוותר חובו כדי שלא יפרע ב"ח אבל מפני הטורח לא שמענו שאם היה כן לא היה צריך רשב"ם לבקש נפקותא אחרת אלא נראה שדברי הר"י הלוי אינן אלא כשהאחים קטנים דלא מחתינן לב"ח בנכסייהו דחיישינן לצררי ולחלק הגדולים נחתינן כמ"ש בטור סי' ק"ס שכדי שיפרע ב"ח מחלק הגדולים צריכין ב"ד להעמיד אפטרופא לקטנים ולחלק עם הגדולים ויגבו לב"ח מהגדולים חלקם המגיע להם ובזה אם יאמרו גדולים אין לנו עסק בזה לחלוק עם הקטנים כדי שיפסיד ב"ח שלא יוכל הוא להוציא מן הקטנים חלק

הגדולים דהא אין מקבלים עדים שלא בפני בעל דין בזה אין שומעין להם אלא כופין את הגדול להטפל בדבר ולחלק עם אחיו ולהגבותם לב"ח ודברי הר"י הלוי אלו מדברי ס' התרומות נתרמו שהביאן בשער ששים וכתב שם והא דאמרינן ואם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי וכי תימא מאי הנאה מטי בהכי לב"ח כשאינו רשאי לומר כך בודאי אין לו עליו אלא שיעור מה שנפל לו בירושה וכי תימא משום דטרח ומזבין ופרע הא קיי"ל דטרחא עליה דלוה קיימא כך הוא בדפוס והדבר מוכיח כי שגגה הוא וכך צ"ל הא קי"ל דטרח' עליה דמלוה קיימא כדמוכח בהדיא בפ' הכותב דלא אמרינן ליה זיל טרח וזבין ואי ס"ד דטרחא עליה דלוה קיימא הנאה טובא מטי לב"ח במה שאינו רשאי לפרוק עול הטורח מעליו דלא תימא יורש לאו במקום לוה קאי קמ"ל דלא והוצרך לומר דאיכא נפקותא כשמחל לאחרים ואיכא מ"ד בדאית ליה נכסים במדינה אחרת וכו' ולבסוף העלה שהתירו' המספיק הוא דנ"מ אי הוו תרי או תלתא אחי פשיטי חד מינייהו גדול ותרי קטנים ואמר גדול אי איפשי בירושת אבי אלא הכל יהא לאחי הקטנים כדי שלא נהיה נזקקים להם בעודן קטנים והשמיענו דאין שומעין לו אלא פורע חלקו מ"מ וזה אשר פסק בזה הר"י ן' מיגש ז"ל מהא שמעינן דיורש שירש נכסים ויצאו על מורישיו ש"ח שאין אותו יורש יכול לסלק ידו מאותה ירושה וכו' אלא כופין אותו וכו' עכ"ל מהמשך הלשון מוכח שהר"י הלוי אאחים קטנים קאי ועלה קאמר דכופין אותו דאילו משום טרחא לא נפקא לן מידי כלל דטרחא עליה דמלוה קיימא כמו שכתב לעיל בפשיטות. ועל זה הוא שכתב הרב מהרי"ק ז"ל שמה שחלק הר"י הלוי בין חלק הבכורה דמצי אסתולקי מינה לחלק הפשיטו' דלא מצי אסתלוקי מינה כן מבואר בדברי רשב"ם ובכך עולין דבריו כהוגן אבל לענין טרחא לכ"ע לא רמי עליה דיורש כלל ואף בזו שאמר הר"י הלוי דלא כל הימנו לסלק עצמו אלא שנוטל חלקו מהיתומים הקטנים להגבותו לבעל חוב חלוק על הרשב"א ז"ל שכתב דלא אמר כן אלא למ"ד פריעת ב"ח מצוה והיינו לרב פפא דאמר בפרק שום היתומים דטעמא דאין נזקקי' לנכסי יתומי' קטנים משום דפריעת ב"ח מצוה ומצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו כשהם גדולים מצוה וכופין אותם אבל לדידן דקי"ל כרב הונא בריה דרב יהושע דטעמא משום צררי ליכא טעמא דמצוה אלא בעלמ' שעבוד' הוא דאיכא עלייהו בנכסי וב"ד נחתי להו כשהן גדולים אבל עתה שהם קטנים מי יזקיקנו לאחיו הגדול שיוציא מהקטני' כדי לפרוע חוב אביו אין מצוה זו מוטלת עליו הרי ביררנו דבנ"ד אף לדברי הר"י הלוי ז"ל אין מזקיקין את היורש לדון עם אחרי' אלא אם יזכה ב"ח ילך בעל חוב ויעמוד עמם בדין ויוציא מהם ואינו יכול לעכב ירושה שנפלה לו ממקום אחר על כך.

ועד שבאנו לדון מדבריו של הר"י הלוי כאן צריכין אנו לדון אם יזכה ב"ח לדבריו שבמקום אחר הביאם ספר התרומות בסי' מ"ג ח"ד וז"ל לוה שלוה וכתב בשטר דאקני ומת הלוה ולא הניח נכסים אך לימים מתו מורישיו וירשו בניו כתב הרא"ם שב"ח גובה מאותם נכסין מן הדין וזהו שכתב גרסינן בפ' מי שמת בן הבן מוציא מידי הלקוחו' וזו היא שקש' בדיני ממונו' ואמסקנא אקשינן ולענין דינא לא אמרי' תחת אבותיך יהיו בניך מאי לאו יורשי האב בנים ומשני מאי יורשי האב אחי ש"מ לענין דינא לא אמרינן תחת אבותיך יהיו בניך ואפי' מת הבן ראשון ב"ח גובה ממנו בראוי זה כבמוחזק וכן הוא הפסק שלא כדברי הרי"ף ז"ל. ומשם הרמב"ן ז"ל בס' הזכות כתב שהוא מקובל מפר"ח שב"ח אינו נוטל בראוי כזה ומשנה שלימה שנינו נפל הבית עליו וכו' וכן מצינו בתוס' ובירושלמי דפ' הנזקין וכו' ע"כ. וכמדומה שהרא"ם זה הוא הרב ן' מיגש ז"ל ולדבריהם יכולים בעלי החוב לגבות מאותה ירושה שנפלה לו מכח בן אחי אביו שאביו ירש אותה בקבר ולא מצי יורש למימר אנא מכח אחוה דאבא קאתינא. וכבר כתבתי במקום אחר שסברא זו תמוהה הרב' ולא נדחה גמר' ערוכה ושמעתא דשלחו מתם בכדי ואדרב' גמרא קמתמה מאי קשה בדינא ממונא דקאמר דהא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא ומהדר טובא לאשכוחי מאי זה היה שקשה בדיני ממונות וכ"ש לאחר שהרמב"ן הביא לשון התוספת' מפורשת ולשון הירוש' מבואר דבראוי כזה לא גבי ומסתמא לא שמיעא ליה להרא"ם ז"ל דאי שמיעא ליה הוה הדר ביה. ועוד דיחידאה הוא שכל הגדולים ראשונים ואחרונים תפסו אותה שמועה בשלהי פרק מי שמת בפסק הלכה ולא סמכי' אהא אפי' להעמיד ממון כ"ש להוציא ממון.

סימן לו

מגנסיאה.

ראמות וגביש אין ערוך אליו שוהם יקר וספיר לא זכו בעיניו החכם הנעלה בר אוריין ובר אבהן ידיד נפשי כהה"ר משה אשכנזי נר"ו. לימים ראשונים מאז ידעתיך בשם אהבת עולם אהבתיך חותם על יד ימיני שמתיך כן בקדש חזיתיך נושא משך הזרע זרע קדש מצבתו עולה דרך גבולו מטע לשם מקטפיה ידיע ודבר נכוחות יום ליום יביע ועתה כבא אלי מכתב טפחה ימינך שואל כענין דורש כהלכה דולה מן המעין שואב מן הברכה אמרתי יומא טבא לנו שמחתני בפעלך ששתי ואעלוז באמירי אמריך כי נעמו אמרתי בחפזי אגיד לך את הרשום בזכרוני ובמראה עיני כאשר יסכים הפנאי.

שאלה ראובן ושמעון שבאו לפני ב"ד וקודם עמידתם בדין הסכימו שניהם שיכתבו כל טענותיהם בב"ד וכן נעשה ונכתב שראובן תבע משמעון מנה והשיב שמעון לא לויתי

ופסקתם שישבע שמעון ונכתבה הגזרה ונתנה לכל אחד ואחד אחר ימים בא ראובן לבית דין והזמין לשמעון שישבע כמו שגזרו ב"ד השיב שמעון אמת שלויתי אבל בעבור עסק אחר שהיה בינינו מחלת לי המנה ורוצה לישבע שכן הוא האמת דמפיטור לפיטור מצי הדר ונסתפקתם בדבר דבההיא דפרק קמא דמציעא דאמרי מאי שטר בירורין שטרי טענתא כתב הנ"י שכותבי' הטענות וכדי שלא יוכלו לחזור בהם אפילו מפיטור לפיטור ואפילו בנותן אמתלאה ואפילו לא הוכחש בעדים וכן כתב הר"ן והרשב"א אלא שהרמב"ם ז"ל כתב בה' טוען פ"ז לעולם אינו מוחזק כפרן עד שיוכחש בעדים וממה שלא כתב או שנכתבו טענותיה' משמע דס"ל שכל שלא הוכחש בעדים אף שנכתבו טענותיהם יכול לחזור ולטעון מפיטור לפיטור וההיא דשטרא טענתא שהביא בפרק כ"ד מהלכות לוה צריך לאוקומה מחיוב לפטור קודם שיצא מב"ד וזה דוחק לאוקומי מתניתין בהכי אלא בכל ענין כסתם מתניתין ושמא לא דק הרמב"ם לומר לעולם אינו מוחזק כפרן עד שיוכחשו בעדים או שיכתבו טענותיהם דבנכתב טענותיהם כבר כתבה במקומה בה' לוה ולא יחלוק הרמב"ם ז"ל על דברי הרשב"א והר"ן ז"ל זהו מה שנסתפקת בזה.

ואיברא שאם יש טעם לחלק בשינוי טענתו מפיטור לפיטור דאית ליה מגו אין דוחק לאוקומי מתני' היכא דליכא מגו דשטרי בירורין ששנו שם היינו שכותבין הטענות שתחשב כהודאת ב"ד ששוב אינם יכולים לשנותם ולתת אמתלאה לתרצם לפיטור אבל בטענה שכבר נפטר בה יכול לשנות ונאמן במגו דמגו כעדים דמי דמה לו לשקר היה יכול לעמוד בראשונה ונפטר נראה שכל שאין אנו מאמינים דבריו אלא מתורת האי מגו ריעא הוא דהו"ל כמגו במקום עדים דהואיל ולכך נכתבו הטענות בפני בית דין שלא יהיו שונים בהם תו לא מצי למימר טענה אחרת שסותרת הראשונה דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ולא מצי למימר טעיתי במה שאמרתי בתחלה לא לויתי ושוב נזכרתי שלויתי ופרעתי דחזקה מידק דייק וטעין שלכך נכתבו על ספר שלא יוכל לשנות ושאם יתברר יתאחז וגדולה מזו אמרו בההיא דסוף פרק קמא דגיטין בהנהו גינאי דעביד חושבנא אהדדי פש ה' אסתרי גבי חד מנייהו א"ל יהבינהו ניהליה למרי ארעא באפיה וקנו מיניה אזל עבד חושבנא בין דיליה לנפשיה ואשכח דלא פש גביה ולא מידי ואסיק רב נחמן דכל קנין בטעות חוזר ואמרו רבוותא ז"ל דוקא שהיו מודים בעלי דינין או שהדבר ידוע בעדים דלא פש ליה ולא מידי הא מנפשיה לא מהימן לומר טעיתי במה שהודיתי אע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי אח"כ משום דאין דרך להודות עד שיתן חשבונו יפה כההיא דתנן בשבועות מנה לי בידך א"ל בפני עדים הן למחר

אמר ליה תנהו לי א"ל נתתיו לך פטור אין לך בידו חייב ולא מהימן לומר אין לך בידי שטעיתי במגו דאי בעי אמר נתתיו לך אח"כ כדמפרש בפרק קמא דבתרא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ולא מהני ליה מגו והביאו הטור בסי' קכ"ו שכן היא סברת כלהו רבוותא זולת ספר התרומות שכתב שאפילו הודה בפני עדים שייך ביה מגו וכתב הרב בב"י דיחידאה הוא והנה בנ"ד אפילו בעל התרומות מודה דהתם אפשר שטעה בחשבונו ולבי' אנסיה מאי הו"ל למעבד אבל הכא שכתב בטענותיו לא לויתי כלל ליכא למתליה בטעות אלא הודאה גמורה היא ועוד התם איכא למימר הואיל ולא היו עדים בשעת ההמחאה לא דקדק דאמר אי טעינא הדרנא בי שהרי לא היו שם עדים וכן אפילו היו שם עדים הואיל ובע"פ הוא לא דק דאמר אי טעינא הדרנא בי דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל הכא כל עצמם לא הוזקקו לטעון על פי הכתב אלא בשביל זה שלא ישתנו אח"כ פשיטא דדייק שפיר לא מהימנינן ליה השתא לומר שטעה והדברים ק"ו אם ע"מ שלא לפרש נכתבו שלא לסתור לא כ"ש אם כשנותן אמתלאה לדבריו לא מהני ליה כגון שאומר של אבותי שלקחו מאבותיך או דסמיכי עליה כדאבהתי דמהני כשבאו עדים והכחיש לפי שאפשר דלכך נתכוון מתחלה ומשתעו אינשי בהכי עכשיו שנכתבו הטענות אינו יכול לתרץ דבריו ולפרש אלא תופסין דברים כפשטן כ"ש כשסותר טענתו דאימר ודאי דייק שלא לטעון דכך הדבר כי מה שנכתב שטען לא לויתי שמשמעותו לא פרעתי והיאך יאמר עכשיו בהפך לויתי אבל פרעתי הא ודאי חשיב כמגו במקו' עדים. ומיהו נראה מהלשון שכ' הרמב"ם בה' טוען ולעולם אין מוחזק כפרן עד שיכפור בב"ד ויבאו שני עדים ויכחישוהו במה שכפר לשון זה בדוקא הוא דלא מקרי הוחזק כפרן אלא בענין זה אבל כל שלא הכחישוהו עדי' אעפ"י שהוכח' מתוך דבריו שבתחל' וכתב בספר שאמר לא לויתי ואח"כ אמר לויתי ופרע' ואין אנו חוששין לדבריו לפי שסותרין זה את זה מ"מ לא הוחזק כפרן דמה שהוא חייב לפרוע היינו משום דלא מהימנא ליה כששינה את דבריו אלא כשיש לו מגו דמגו כעדים והיכא דאיכא כנגדו דוגמת עדים אחרים דהיינו אנן סהדי דודאי מידק דייק אוקי סהדי בהדי סהדי ולא מהימנינן ליה נמי שאין כאן מגו ומ"מ עדיי' אין אנו יכולים להכריע אם טענתו הראשונ' היתה שקר או השני' ואפשר שאחת משתיהן אמת הילכך אחר שחייבוהו ב"ד ואמרו צא תן לו אם חזר ואמר פרעתי נאמן דלא הוחזק כפרן בעדי' בשום טענה אלא מדברי עצמו שהיו סותרים זה את זה והנך רואה דכפירה בב"ד דוקא הוא לענין הוחזק כפרן ממ"ש בח"מ סימן ע"ט היכא שלא היתה הכפירה בב"ד אלא שאמר התובע לעדים שכפר בפניהם ואמר לא לויתי אתם עדי דהוה ליה כאומר לא פרעתי ואם אמ' פרעתי קודם לכן אינו נאמן

אבל אם אמר פרעתי אח"כ נאמן שלא הוחזק כפרן כיון שלא כפר בב"ד אלא שאינו נאמן לומר שפרע קודם כיון שהודה באתם עדי שלא לוה אבל אם אמר שפרע אח"כ נאמן וה"ר יונה כתב אפי' כפר חוץ לב"ד אינו נאמן לומר אח"כ פרעתי ובס' התרומות שער מ"ב כתב שזה החילוק יש בין הכופר בב"ד לכופר בעדים דאתם עדי דל' אמרי' בהם דהוחזק כפרן והראי' דאילו טען לא לויתי ובאו עדי' שלו' הוחזק כפר' כדאיתא במציעא ואם איתא למה אמרו כאומר לא פרעתי דמי דמשמע שאם אמר פרעתי לאח' מכאן נאמן ואמאי הרי הוחזק כפרן אלא כך הוה פירושו דהאומר לא לויתי שלא בב"ד כאומר לא פרעתי דמי ואם אמר פרעתי קודם לכן אינו נאמן הא אילו אמר פרעתי לאחר שנתמצעו בדין נאמן.

והשתא לפי דרכו ז"ל איכא למידק נמי בהא דמייתי בפ"ק דבתרא למפש' בעיין אי אמרי' מגו במקום חזקה מדתניא מנה לי בידך א"ל בפני עדים הן למחר א"ל תנהו לי א"ל נתתיו לך פטו' אין לך בידי חייב ומפר' דמאי אין לך בידי להד"מ דאמר מר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והתם לא הוכחש בעדים ומאי נ"מ דקאמר כאומר לא פרעתי דמי הרי הודה בפני עדים ואמר הן אלא הא קמ"ל דכאומר לא פרעתי בתחלה דמי הא אלו אמר לאחר מכאן פרעתי אעפ"י שהוכחש בפני ב"ד הואיל ולא על פי עדים הוכחש אלא עפ"י עצמו לא מקרי הוחזק כפרן לאותו ממון דנהי דמחייבינן ליה לפרוע ולאו כל כמיניה לומר מה שאמרתי כן בטעות היה או בהשטא' אמרתי מ"מ לא הוחזק כפרן ואעפ"י שהתוס' שם פירשו דאצטריך שלא מצי למימר אח"כ מאי לא לויתי כאילו לא לויתי לפי שפרעתי הא לא חשיב ליה רבותא בס' התרומות ולפי דרכו כי היכי דדייקינן התם דייקינן נמי הכא וזה ברור ומסתברא דאף ה"ר יונה לא אמר דהוחזק כפרן אלא דוקא שהוכחש בעדים אפי' חוץ לב"ד כיון דאמר אתם עדי ולא חזר בו הרי הוחזק לכפור ממון חבירו אבל כל שלא הכחישוהו עדים אלא שחזר וטען הפך מטענה ראשונה למה יקרא שהוחזק כפרן במה שטען ראשונ' לא לויתי אם מפני שאמר אח"כ לויתי ופרעתי אם אנו מחזיקים דבריו הראשונים בדוקא לפי שנכתבו בשטר דבריו האחרוני' שהם בע"פ לאו כלום נינהו ואפשר דדחויי קמדחי ליה להשמט מהשבועה ומזה הטעם ג"כ יהיה שכנגדו נשבע ונוטל כדין מי שאיני יכול לישבע אעפ"י שהסכימו הפוסקי' ז"ל במי שהוחזק כפרן דשכנגדו נוטל שלא בשבועה כמ"ש בטור שם וכן כתוב המ"מ שהיא דעת הרמב"ם והרי"ף ז"ל העיד שרבי' האיי כתב תחילה שהוי כחשוד ושוב חזר בו והרא"ש ז"ל בפ"ק דמציעא כתב פרשי' לא אמר כאן שכנגדו נשבע ונוטל דמשמע ליה שיטול בלא שבועה דלא דמי לחשוד דלא מתביעה זו הוא פיסול אלא מצד אחר אבל

הכא מטענה זו הוחזק כפרן פי' דבממון זה הוחזק כפרן והכא אע"פ שלא נפסל מטענה אחרת מ"מ לא הוחזק כפרן בממון זה דלעולם הוא טוען שאינו חייב ולא הכחישוהו עדים בזה אלא שדבריו סתרו זו את זו והוא הפסיד לעצמו ואפי' אם נאמר דפלוגתא דהרא"ש ורבי' יונה בכופר חוץ לב"ד אם הוחזק כפרן שייכא נמי בהוכחש מפי עצמו מ"מ מספקא לא מפקינן ממונא ואם ישבע שכנגדו יטול ואם לאו אוקי ממונא אחזקתיה אבל דברי הרמב"ם ז"ל נ"ל שכך הם בדוקא שלעולם אין אומרים הוחזק כפרן עד שיכפור בב"ד ויכחישוהו עדים אבל היכא דהוכחש מפי עצמו נהי דחשבינן ליה ככפ' לשעתו שיפרע הממון אבל הוחזק כפרן לעולם על אותו ממון וכן לענין חשוד כת' הרמב"ם ז"ל עצמו בפ"ב דה' טוען שאין אדם נעשה חשוד עד שבאי' עליו עדים שנפסל אבל המודה בעצמו שהוא חשוד משביעי' אותו אלא שמתוך דברי הרי"ף ז"ל בתשובה משמע קצת דסבירא ליה שאדם נעשה חשוד עפ"י עצמו ותמהו עליו.

והנה ראיתי להעמידך על דעתי בישוב דברי הגדולי' שם ובמה שיעלה בידינו בענין החשוד מפי עצמו כי ממנו נקח להוחזק כפרן על פי עצמו והוא בהא דכתב הטור ח"מ סימן פ"ז משם רב אלפס בתשובה נשבע הסת ואח"כ הודה מעצמו הו"ל חשוד ופרע מאי דאודי ושכנגדו הוא נשבע על השאר ונוטל ותמהו על דבריו איך יחשד על עצמו ע"כ ורב שרירא גאון כתב אם דרך תשובה הודה וכו' ואם לאו נשבע על השאר שאינו נפסל לשבועה על פי עצמו משמע מדברי הגאון דפליג אהרי"ף ז"ל ואיברא שהרב מהרי"ק ז"ל נתקשה בדברי רב שרירא וכתב ולשון נשבע על השאר אינו נוח לו וצריך לדחוק ולפר' דה"ק ומועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן על השאר ולא ידעתי מאי קשיא ליה לרב ז"ל אם ישבע על השאר אי משום שכבר נשבע בתחלה הרי לא נשבע אלא הסת ועתה הוא מחויב שבועת התורה כדין מודה במקצת וקי"ל האי דיינא דאשבע בלא אנקוטי חפץ נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר כדאמר בפ' שבועת הדיינים. ובתשובת הרשב"א ז"ל הביאה הר' מהרי"ק ז"ל בסימן צ"ב בסופה בעל העיטור כתב בשם הרי"ף בתשובה שהנשבע שבועת הסת ואח"כ בא עד א' משביעין אותו עפ"י העד שבועת התורה אף כאן הואיל ושלא ע"ד תשובה הודה שנשבע לשקר צריך לישבע על השאר שבועת התורה אעפ"י שאינו נעשה חשוד ע"פ עצמו כל שלא נשבע כדינו וכ"ת נהמני' במגו דאי בעי שתיק הא אמרי' מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע האי בכולי בעי דלודי ליה אלא אשתמוטי קמשתמיט הכא נמי דילמא משתמיט הוא במקצת זה עד שיהיה לו ריוח ויודה הכל הילכך רמי' שבוע' עליה כיון דלא הוי חשוד עפ"י עצמו ועוד תימא דלא יהא אלא דאמר הילך דהו"ל השתא כופר בכל היאך יפטר במה שכבר נשבע דניחא

ליה לרב ז"ל לתקן הלשון דה"ק ומועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן על השאר אמאי סמכת אההיא שבועה הרי יצתה שבועה לשקר כפי מה שהוא מודה עכשיו שחייב לו מחצה וכיון שהלה טוענו ברי אומרים לו מה נפשך או השבע עתה שאינך חייב אלא מחצה שאינך נעשה חשוד על פי עצמך או ישבע שכנגדך ויטול. מלבד שלא הניח מקום ללשון דהגאון קאמר ונשבע על השאר והיאך נפרש שלא ישבע אלא שיועיל מה שנשבע כבר ועל תמיהת הטור בדברי הרי"ף יש תימה שהוא עצמו הביא להלן בסי' צ"ב דברי הרמב"ם ז"ל שכתב אין אדם נעשה חשוד עד שבאים עליו עדים שעבר עבירה אבל המודה מעצמו שהוא חשוד אעפ"י שחושדין אותו ואין ראוי לעשותו עד לכתחלה משביעין אותו שהרי אומרים לו אם אתה אומר אמת השבע ולא מפני שעברת עבירה אסור לך לישבע באמת ואם לאו הודה לבעל דינך וכתב הרמ"ה אבל אי ניחא ליה לתובע לישבע וליטול כי אמר נתבע חשוד אני נשבע ונוטל וכתב עליו שם מהרי"ק ז"ל דכיון שהנתבע אומר חשוד אני שכנגדו אם ירצה ישבע ויטול בעל כרחו של נתבע ונראה שאף הרמב"ם ז"ל אינו חולק בזה ואין דבריו שם כשהתובע אומר לו א"כ אנכי אשבע מדקאמר שהרי אומר לו אם אמת אתה אומר וכו' מה צורך לדבר עמך הנתבע הרי מאחר שהוא או' שהוא חשוד כונתו שישבע שכנגדו ויטול ואי ניחא ליה לשכנגדו לישבע ב"ד מאי איכפת להו ולא בא לומר אלא שאין ב"ד נמנעים מלתת שבועה לנתב' מפני הודאתו וגם אין לנתבע לפטו' את עצמו בטענ' שהוא חשוד לפי שאו' אפי' לדבריך לא נאסר לך לישבע באמת ונראה שאין דברי הרמ"ה אלא בתובע את חבירו בב"ד ומשיב נתבע חשוד אני בהא איכא למימר דהודאת ב"ד היא ממה נפשך או שהוא חשוד או שנודע שהוא חייב לפי' אומר כן ולא דמי למי שאו' בב"ד איני נשבע שיכול לחזור בו דהאומ' איני נשבע וכן פסל את עצמו שיכול לומ' לא הייתי רוצ' לישבע אפי' באמת עכשיו אני רוצה לישבע אבל האומר חשוד אני פסל את עצמו ולכל הפחות בממון זה חשיב הודאת ב"ד לענין שיהא שכנגדו נשבע ונוטל אבל מכאן ולהבא לא אמ' הרמ"ה שיחש' חשוד שיהא שכנגדו נשבע ונוטל דשמא יודע היה שלא היה יכול לישבע שם לפיכ' אמ' שהוא חשוד אבל דברי הרמב"ם ז"ל מטין שלא היו דבריו על עסקי תביעת ממון בב"ד שכן כתב המודה מפי עצמו שהוא חשוד ושעבר עבירה וגו' אעפ"י שחוששין לו לכתחילה וכו' אם נתחייב שבועה משביעים אותו משמע דלאחר מכאן אירע שנתחייב שבועה ולא היתה הודאתו על עסקי תביעת ממון לכך כתב שמשביעין אותו ואין חוששין ובהא ודאי אין שכנגדו נשבע ונוטל אם לא יתרצה הנתבע ולכך הרב המ"מ הביא סוף דברי הרמ"ה שהביא בטור וה"מ בנתבע אבל תובע הנשבע ונוטל נאמן להזיק עצמו ופשוט

הוא ע"כ ולא הביא תחילת לשונו שאינו פשוט אם איתא שחולק בו על דברי הרמב"ם ז"ל אלא לפי שראה הרב המ"מ שאין דברי הרמ"ה בזה שייכי לדברי הרמב"ם דהרמב"ם לא מיירי אם נעש' חשוד על פי עצמו לאם יתחיי' לו שבוע' בב"ד והרמ"ה מיירי שטען כן בב"ד לסלק ממנו השבוע' אבל הדין האחר שכת' וה"מ בנתבע אבל תובע לא זה הדין נוהג אף במודה שלא ע"י טענה וכפירה דנאמן הוא להפסיד עצמו דלא יהא אלא ספקא שאנו חוששין לדבריו לא מפקינן ממונא מספקא אבל כשנתבע הוא שאמר כן מספקא לא מפקינן ממוניה ונאבד את זכותו וז"ש המ"מ ופשוט הוא כלומר שלא דבר הרמב"ם אלא אם נתחייב שבוע' שהוא להחזיק אבל לא כשרוצה לישבע ולהוצי' ממון ומעת' יש ליישב הנחת ס' התרומות והטור גם שיהיו דברי חכמים רבותינו קיימים ושלא תהא תשובת רב שרירא ז"ל חולקת על תשובת הרי"ף ז"ל בעיקר הדין כי מה שכתב רבינו שרירא שאינו נפסל לשבוע' על פי עצמו אין מי שיחלוק בזה שאעפ"י שהוא הודה שלא ע"ד תשו' ולא בפני בעל דינו לא נפסל בכך אם ירצה לישבע עתה באמת שאין דברי עצמו שלא על תביעת ממון גורעים כחו כלל כמו שלא הורע כחו לענין אם נתחייב שבועה לאדם אחר שיהא שכנגדו נשבע ונוטל מפני שהודה שנשבע על שקר אבל כשנתבע בב"ד על הממון והודה במקצת כתב הרי"ף דהרי זה כמי' שאומר שישבע שכנגדו ויטול אבל תמהו עליו למה קראו חשוד שיהא שכנגדו נשבע ונוטל דלשון דהו"ל חשוד לגמרי משמע אף מכאן ולהבא לכל העולם יקרא חשוד שיהא שכנגדו נשבע ונוטל ומשמע דבין ע"י תביעה ובין שלא ע"י תביעה יהיה שכנגדו נשבע אלא הכי הול"ל הרי זה גרם לחשוד את עצמו ושכנגדו נשבע ושוב ראיתי בספר התרומ' שהוא המתמיה ולא כתב אלא כלשון הזה ויש לעיין למה קראו הרב ז"ל חשוד דהא ליכא עדים כנגדו שיכחישוהו משמע שלא תמה על עיקר דינו למה ישבע שכנגדו אלא למה קראו חשוד והביא תשוב' רב שרירא להוכיח דלא מיקרי חשוד ע"פ עצמו ועדיין אפשר לומר שגם הרי"ף ז"ל לא קראו חשוד אלא להך דינא דוקא שנחשד עצמו ורבינו הרב מהר"י קארו ז"ל בפסקיו בסי' פ"ז לא הביא דברי הרי"ף ז"ל שכתב שכנגדו נשבע ונוטל מפני מה שתמהו עליו והביא דברי רב שרירא שאינו נפסל לשבועה ע"פ עצמו והשמיט מדבריו לשון נשבע על השאר מפני שאינו כפשוטו לפי מה שנתקשה בו ז"ל ובסי' צ"ב הביא דברי הרמב"ם וגם דברי הרמ"ה בלשון י"א ולפי' זה גם בסי' פ"ז היה יכול להביא גם דברי הרי"ף ז"ל שהם ע"ד הרמ"ה ולפי מה שכתב' לע"ד לא דברי רב שרירא ודברי הרי"ף חלוקים זה על זה שהכל מודים שאינו נעשה חשוד ע"פ עצמו אבל כשבאו דבריו על תביעת טענה

בב"ד אנו תופסים הודאתו לענין תביעה כאילו נחשד על פי עצמו ויצאה משנתנו שלמה ששמנו שלום בין רבותינו אבות העולם. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן לז

שאלה שמעון ולוי אחים שותפים היו בשטר שותפו' זה בברוסה וזה במגאנסיאה יותר משתים עשרה שנה ויהי בדרך אשר שם לדרך פעמיו שמעון ללכת מאיזמיר למאגנציא קפצו עליו לסטים והרגוהו כשמוע יהודה היושב באיזמיר כי הרגו את שמעון קם ופתח אוצרות אשר נכסי שמעון ולוי שם לנגד השמש ותפסם באומרו כי שמעון היה חייב לו כך וכך עתה לוי אחי שמעון צווח ואומר שהנכסים היו חציים שלו ועוד שהיתומים קטנים ולא ניתנו לפרעון עד אשר יגדלו כ"ש שאין ביד יהודה הנז' לא שטר ולא כתב יד ולא חיזוק אחר כלל יורנו המורה הדין עם מי ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים.

תשובה מודעת זאת לפני כל יודעי דת ודין דאפילו בתר דתקינו גאונים דמטלטלי דיתמי דמשתעבדי לבעל חוב בין מלוה בשטר בין על פה כמו שהוסכם עכ"ז לא תקינו אלא במידי דליכא למיחש לפרעון כהנהו דכתב הרמב"ם והטור לדינא דגמרא שהם מי שצוה בחליו שמת בו שחייב לפ' מנה או שנדוהו ומת בנדויו או שמת תוך זמן הפרעון דחזקה דאין אדם פורע חובו תוך זמנו בהנהו דוקא שנזקקין לנכסי יתומים קטנים דתו ליכא למיחש לפרעון אבל בציר מהכי לא דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למטען ואולי אם היה אביהם חי היה טוען טענות חדשות לא שערום הבאים אחריו וזה הוא מבואר מעצמו ופשוט הוא ג"כ מדברי הטור סימן ק"ח כיון שכופין היתומים לפרוע חוב אביהם ולתקנת הגאונים דגובה אף מטלטלין והוא שהודה אביהם בחולי שמת בו שחייב לפ' או שהיתה ההלואה לזמן ומת תוך הזמן או שנדוהו עד שיפרע ומת בנדויו ע"כ.

ורש"י ז"ל כתב בפרק גט פשוט ונראה בעיני דבזמן הזה אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב השתא גבי כמו שתקנו הגאונים ז"ל שכתובת אשה וה"ה לב"ח דגבי ממטלטלי היכא דידוע לנו שאביהם היה חייב ע"כ. ע"כ צריך לומר דהיאך דקאמר היכא דידוע לנו החוב אין הרצון בו דאיכא עדי הלואה ולא ידעינן אי פרע או לא פרע דלא גרעי יתומי' מאיני' דעלמ' דהמלו' את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדי' א"ו הא דקאמר היכא דידוע לנו שהחוב וכו' כלומר שיודעים אנו בבירור שעדיין החוב במקומו עומד וליכא למיחש לפרעון כהנהו תלת שהביא הטור דנזקקין ותו לא א"כ בנ"ד שהם יתומים קטנים ואיכא למיחש לפרעון פשיטא דאין נזקקין.

אפס דאיכא למימר דכיון דתפיס אין מוציאים מידו ומהניא תפיסה זו ואפילו שהיא לאחר מיתה דמאי דאמרי' אין תפיסה לאחר מיתה וכדמוכח בהכותב דא"ל רב נחמן יש

לך עדים דמחיים תפסת היינו דוקא קודם תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ולפי' התפיסה הבל ואין בה מועיל אבל לאחר תקנת הגאונים לא שנא לן בין תפיסה דמחיים לתפיסה דלאחר מיתה כמו שהרחיבו הפוסקים בזה הענין אחרונים וקדמונים הרי"ף ז"ל בפ' הכותב והטור סי' ק"י והריב"ש סי' שצ"ב והר"ן כתב בפ' הכותב אפי' תפיס לאחר מיתה מהניא לדידן דמטלטלי דיתמי משעבדי לב"ח א"כ כאן שתפס יהודה הצמר גפן אשר היה במאגאזין נימא דיכול לטעון עד כדי דמיו אפילו שלא יהא ידוע לנו בבירור וכדכ' הרא"ש ז"ל כלל ק"ו נסתפק נהי דמהני תקנת הגאונים לחוב ידוע ומוחזק בשטר או מלוה ע"פ וידוע שלא פרע כגון שחייב מודה או מת בנדויו אבל בדבר שאינו ידוע כולי האי לא תקינו נ"ל בזה דאין חילוק כיון דגבי מטלטלי ולא פקע שעבודייהו ותפסם לאחר מיתה נאמן בכל אשר יוכל לטעון אם תפס בחיי אביהם נאמן נמי עתה וכן נמי כתב מהר"י בב"י בטו' ח"מ סי' ק"ה ומ"מ בתר תקנה הגאו' מהני ליה תפיסה כגון אם לו עדים או שטר שזה חייב לו כך וכך שאם לא תפ' לא מגבי' ליה ע"כ. הן אמת שההקש מחייב זה לומר לא דתפיס' דנ"ד לא שויא כלום דמאי דמהני בגמ' תפיס' היינו בכל דבר שיכול לטעון לקוח הוא בידי דאז נאמן במגו כדכתב הרב מ"מ בפ"ב דהלכות מלוה עלה דההיא דכתב הרמב"ם תפס המלוה מטלטלין כתב הוא ז"ל והוא שיכול לטעון לקוח הוא בידי כדמוכח התם בגמ' הא לאו הכי אינו נאמן והטור כתב סי' ק"י וטעמא דאין נפרעים מנכסי יתומים קטנים משום דחיישינן שמא התפיס אביהם צררי למלוה לפיכך אם תפס מטלטלין משלהם אחר מיתה והוא בענין שיכול לטעון לקוח הוא בידי מותר לתפסו וכו' אבל תפיסה דנ"ד דליכא מגו וכל העם שמעו וראו שפתח אוצרות כמו שהוגד ונר' כן משטח לשון השואל דלא הויא כמילתא טמירתא בטל המגו והתפיסה כמאן דליתיה דמיא.

ובעל התרומות כתב הביאו ב"י סי' הנז' מעובדא דרב שרשום שאם תפוס מטלטלין בחיי אביהם אי ליכא עדים נראה דלא מהניא ליה מידי ומוציאים מידו מה שתפס ומחזירים ליתומים וכי גדלי אישתעי דינא בהדייהו ע"כ וכן העלו כל הפוסקים פה א' ובנ"ד נר' מזה שמחזירו ליורשים וכשיגדלו הנערים יחדיו למשפט יקרבו איברא דאכתי איכא לספוקי בנ"ד דאפי' שהתפיס' היתה בעדים ואינו יכול לטעון לקוח הוא בידי מ"מ נאמין אותו על החוב מגו דאי בעי אמר החזרתים וחזינן לכל הני רבוותא ז"ל דחיישי למגו דהחזרתים שהרי בעל התרומות ז"ל כתב אבל אי איכא עדים וראה לא מהני ליה מידי נראה מדבריו דתרוייהו איצטריכא לן עדים וראה אבל אי איכא עדים בלבד מהני תפיסתו וכן כתב הרא"ש בההיא עובדא דמלוגא דאיכא עדים וראה דאלת"ה נאמן במגו דאי בעי

אמר החזרתים והכי נמי כתב בהדיא כלל ק"ו וז"ל ואף אם הפקיד אצלו בעדי' נאמן עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר החזרתים וכן כתב הר"ן בהכותב והטור סי' קל"ג וגדולי המורים העמידו דבריהם במגו דהחזרתי וחייש לזה אם כן בנ"ד אפילו שהתפיסה היתה בעדים וליכא מגו דלקוח הוא בידי נהמניה ליה על החוב מגו דאי בעי אמר החזרתים.
והנה לכאורה היה עולה בדעת לדחות ספק זה מתשובת מהר"ם הביאה המרדכי ז"ל בפרק המקבל אז"ל פתרון ראה נ"ל אפילו אם אין עדים רואים אותו בשעה התביעה אלא אם בשעה אחרת ראהו אצלו בעדים ותבעו מה טיבו אצלך וטען את' מכרתו לי או טענה אחרת כיוצא בה שראוי לעכבו ואין ראוי להחזירו לפי אותה טענה דחשיב ראה ואין כאן מגו שיכול לומר החזרתי שאפי' אם היה טוען בפירוש החזרתי נראה שלא היה נאמן כדאמ' בפ' שנים אוחזין מנה לי בידך והלה אומר להד"מ והעדים מעידים שיש לו וחזר לומר פרעתי הרי הוחזק כפרן לאותו ממון ע"כ וממה שאמר כשטען טענה אחרת כיוצא בה הראוי' לעכוב אין לטעון אחר כך החזרתי היה נראה לי לפום ריהט' ללמוד לנ"ד שמאחר שבתחילה טען שהיה חייב לו כך וכך הרי היא טענה הראויה לעכוב וכשטען אח"כ החזרתי הרי זה סותר טענתו הראשונה ולא מהני אלא שאחר ההשקפה אין ללמוד מהתם דההיא דמהר"ם היה דוקא כשטען מכרתו או טענה אחרת כיוצא בה כלו' נתתו שהיא ודאי טענה הראויה לעכוב ואין ראוי להחזירו וא"כ כשטוען אחריו החזרתי הוחזק כפרן דאי אפשר לקיים שתי טענותיו דאם איתא שמכרו או נתנו לו למה החזירו. אמנם בנ"ד שטען בתחילה אני מעכבו בשביל חוב שיש לי ואח"כ טען החזרתי לא הוחזק כפרן דשתי טענותיו גם יחד יכולות להתקיים כגון שאמר אח"כ נתפרעתי והחזרתים א"כ לא הוחז' כפרן והדרא ספק' קמא לדוכתה להימנ' ליה מגו דאי בעי אמר החזרתים.
ומיהו אחר החקירה בנ"ד לא שייך מגו דהחזרתים דבשלמא במה שכתב בעל התרומות שייך לומר החזרתי לאב מאחר שהתפיסה היתה בחיי האב וכן ההיא דהרא"ש מיירי דאיכא פקיד ושייך שפיר לומר החזרתים לפקיד וכן ההיא דמלוגא חיישי' מי יודע אם החזרתי' אל מפקיד אצלה אבל בנ"ד לא ימלט אלא שתהיה החזרה לאחד מחמשה אם אל האב ואם אל היתומים ואם אל האפוטרופוס ואם אל הבעל הבית שהיתומים נסמכים אצלו ואם אל המקום אשר ממנו לוקחו. והנה דל מהכא החזרה אל האב שאחרי מיתתו תפס. וגם היתומים לאו בני חזרה נינהו וג"כ אפוטרופוס לא נתמנה עדיין כנודע א"כ לא נשאר לנו לדחות אלא טענת החזרתים אל המקו' אשר ממנו לקחתי' או אל הבעל הבית אשר היתומים סמוכים אצלו.

ונבא אל הטענה הראשונה שהיא החזרתים אל המקום אשר לקחתים משם הא ודאי אם יטעון כך אינה טענה דאפי' יהא כדבריו שהחזירן שם הרי הן באחריותו ואם נגנבו או נאבדו חייב לשלם שהרי גזלן הוא שירד לנכסי היתומי' בלתי רשות ב"ד וכמו שכתב הרא"ש ז"ל כלל פ"ה סי' ו' מלוה שירד מעצמו לנכסי יתומים קודם שתבען לדין גזלן הוי דאין נפרעין מנכסי יתומי' אלא בשבועה וקודם שישבע אין לו שום זכות ומי יימר דמשתב' ובעוד שלא נשבע נכסי בחזקת יתמי קיימי וזה שתפסם גזלן איקרי וכן כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות גזלן פ"ד ומאחר דהוי גזלן אפי' שהחזירה לפי דבריו כיון שלא הודיעו לבעלים חייב באחריותן כדמוכח בשלהי פ"ק בההיא מתני' דהגונב טלה מן העדר וכו' וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' גנבה הגונב כלי מבית חבירו והחזיר דבר הגנוב למקומו אשר לקחו משם אם ידעו הבעלים בגניבתו ולא הודיעם בהחזרתו עדיין הגנב חייב באחריותו וכלשון הזה בעצמו כתב הטור סימן שנ"ה הלכות גניבה וכן הלכות גזילה ע"ש א"כ בנ"ד דהוי גזלן אפילו שמודה לדבריו שהחזירם למאגאזין ועתה לא נמצאו שם חייב באחריותם כיון שלא הודיעו ליורשים או לבאי כחם או לב"ד.

ונבא אל הטענה אחרת שהיא החזרתים לב"ה שהיתומים נסמכים אצלו לכאורה נר' דהויא טענה מעליא דיתומים שסמכו אצל בע"ה הוי כאפטרופוס גמור כדאיתא במתניתין דהניזקין ואין מי שיחלוק בזה כמו שהביא הטור ז"ל. אלא שכבר האיר עינינו הריטב"א ז"ל בחדושיו פ' הניזקין גבי ההיא עובדא דההיא סבתא דהוו סמכי גבה יתמי הוה להו תורתא שקלא וזבנה. וכתב הוא ז"ל פירוש להאכיל אבל לא להניח דאפילו דאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים יש לו רשות לעשות כן וכדכתיבנא יתומים שסמכו אצל בע"ה דהוי כאפוט' שמינהו ב"ד ואומר רבינו נר"ו דאינו אפוטרופוס אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתומים לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"כ נראה שמה שאמרו שיתומים שסמכו הוי כאפוטרופוס גמור הוא לענין הנכסים המוחזקים בידו שאם מכר או קנה או מחל או משכן וכו' מה שעשה עשוי אבל מה שאינו בידו לא. אם כן בנ"ד שהצמר גפן לא היה בידו אם יטעון יהודה שהחזירו לבע"ה לאו טענתיה טענה מצורף לזה שיתומים שסמכו צריך שיהיו בני תשע כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה וכל הפוסקים אין מי שיחלוק על זה זולת הרא"ש שכתב הטור כן משמו.

ומיהו מהרי"ק ז"ל כתב שלא נתבאר זה בדברי הרא"ש וכל הפוסקים סוברים שצריך שיהיו בני תשע ובנדון זה ידוע לנו שהיתומים אינם אפילו בני חמשה כאשר ספרו לנו ודאי שהיתומים זוכים לקחת הצמר גפן מיד המוחזק וכאשר יגדלו הנערים יחדיו

למשפט יקרבו. ועל מה שטען לוי אחי שמעון שהנכסים אשר היו במאגאזין חצים שלו ורוצה לקחת החלק המגיע לו מהם יש להשיב שאם הנכסים הוא דבר ידוע לב"ד שהם מן השותפות בודאי דהדין עם לוי כמו שהוסכם זה מכל הפוסקים אחרונים וקדמונים אחרון אחרון חביב מוהר"ד ן' זמרא כתב סי' ק"ח לענין הממון או הסחורה הידועה לשותפות לא הוצרכת לשאול דקיימא לן השותפין אין להם חזקה זה על זה ואפילו שיהיה ברשות א' מהם אינו יוצא מחזקת שניהם כל ימי השותפות ואע"ג דכיון שמת ראובן בטלה השותפות מ"מ הדבר ידוע לשותפות הנז' בחזקת השותפות עד שימכר או עד שיחלקו ואפילו שהן מעות דמצי לפלוגינהו בלא דעתיה דחבריה הני מילי לענין חלוקה אבל לענין שיהיו היורשים מוחזקים בחלק המגיע לאביהם ורואים אותה כאילו לא חלקו והוחזקו ולהוו שותפין המוציאין מהם ודאי לא אמרינן אלא הכל בחזקת השותפות ע"כ. ה"נ בנ"ד אם הנכסים אשר במאגזין הוא דבר ידוע לב"ד קודם מיתת שמעון שהם מנכסי השותפות ודאי דלוי השותף יקח חלקו וזו אינה צריכה לפנים. והנה בשמים עדי כי לא נעלם ממני ערכי על כי ידעתיו נשבר ונדכה ומעוך וכתות עד שהגיע לעונת הפעוטות כל שכן להראות העמים והשרים משפטי ודיני זולת סבת אהבת חבת השואל מימי קדם קדמתה היא שעמדה לי הוציאתני ממחיצתי מצורף לזה כי מקריב אני משפטי לפני מעלת קדושים הרבנים המובהקים יושבי על מדין מפיהם ומפי כתבם יצא כנוגה צדקם ואיני כמזהיר אלא כמזכיר דברי הפוסקים וגדולי המורים לפני תפארת קדושתם איפה הם רועים מה גם לפני הרב הגדול מורי נר"ו, דל וצעיר יהושע בכמהר"ר ישראל בנבנשת ז"ל.

מה נמרצו אמרי יושר דברי פי חכם כן טובינא דחכימי החכם הפוסק ידיד נפשי נר"ו וברוחב בינתו אזן וחקר וכיון לתלמיה את ההלכה יפה דן ויפה זיכה וכאשר שמעתי אמריו כי נעמו אף אני לעשות רצונו חפצתי לשאת ולתת באמירותיו המשמחות אלהים ואנשים ואהיה שעשועים יום יום כפי אשר תשיג ידי ומה שתעלה מצודתי היום.

על מה שחקר החכם הפוסק נר"ו אם יהיה נאמן התופס זה שתפס בעדים מגו דמצי אמר החזרתי היה אפשר לדון בה מההיא עובדא דההוא דחטף נסכא מחבריה לפי מה שאמר הרמב"ם ז"ל פ"ד מה' גזילה דהוי כגוזל את חברו בעדים וצריך להחזיר לו בעדים וכמ"ש הרב מ"מ בפ"ה דטוען וכ"כ מהר"ם ז"ל בתשובה בפ"ד אלא שהרמב"ן בפרק חזקת כתב ששאל לרבינו מאיר נשיא נשיאי הלוי ז"ל בזה והשיב לו מההיא דפרק ב' דכתובות ומודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זה של אביך היתה ולקחתיה הימנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהיתה של אביו ואמר לקחתיה הימנו אינו נאמן ופרכינן

בגמרא למה לי למיתני דאבוה וליתני בהדיא מנה לויתי ממך ופרעתיך ומפרקינן משום דקא בעי למיתני סיפא אם יש עדים שהית' של אביו וכו' וקי"ל המלו' את חברו בעדי' א"צ להחזיר לו בעדי' ואם אית' ליתני בדידי' מוד' ר"י באומר לחברו גזלתיך והחזרתי לך נאמן ואם יש עדים שגזל והוא אומר החזרתי אינו נאמן אלא משמע דאין צריך להחזיר לו בעדים. והרמב"ן קלס ראיתו וקרא עליו שפתים ישק משיב דברים נכוחים.

ואני בעניותי יש לי בטעמן של גדולים הללו שאמרו הגוזל את חבירו בעדים ואמר החזרתי אינו נאמן לא מפני שהוחזק בחזקת פשע אמר שאינו נאמן שאדם עשוי הוא לשוב בתשובה חבול ישיב גזלה ישלם שא"כ אפי' בדבר אחר לא יהא נאמן אם אמר אדם אחר מנה לויתי ממך ופרעתיך הואיל והוחזק לגזלן בזה אלא היינו טעמא דאמרינן חזקה הגוזל את חברו בעדים והוחזק לגזלן לרבים אינו עשוי להחזיר בחשאי שלא יאמינוהו העולם וכדאמרינן בריש מציעא גבי תקפה א' בפנינו ואי אמר בדמי אגרתיה ניהליה לא מהימן דאמרינן ליה עד השתא חשדתא לנא בגזלנותא והשתא אוגרתה ניהליה בלא סהדי אלא מה שהוחזק לגזלן בפני עדים מחזיר הוא בעדים לצאת ידי חובת הבריות כדאמרי' בעלמא כתיב אשרי נשוי פשע וכתיב מכסה פשעיו לא יצליח וכו' הא בצנעא הא בפרהסיא. ונפקא מינה שאם גזל בחשאי כסבור שאין רואה ונמצאו עדים אחרי הגדר והוא לא הכיר בהם וכו' החזרתי בחשאי נאמן ולהכי לא קתני דאומר גזלתיך והחזרתי לך דבהא אפילו ליכא מגו כיון דאיכא עדים אחורי הגדר לא הפסיד נאמנותו בכך ובגוזל חבירו לא מן השם הוא זה לפי שידע שהוחזק לגזלן בפרהסיא אינו עשוי להחזיר בפרהסיא. ובהכי ניחא מה שהקשו התוס' למ"ד אין צריך לפרעו בעדים תקשי ליה ממתניתין דרב אסי הוא דאמר הכי בפרק חזקת ובפרק שבועת הדיינים טעמיה כדכתב הר"ן ז"ל דאינו עשוי לפרוע שלא בעדים כיון שרואה דלא מהימן ליה למלוה שאינו מלוהו אלא בעדים וכ"ת דלא מהימן במגו דמ"ל פרעתי בפני פ' ופ' והלכו להם למדינת הים דהוי כמגו במקום חזקה וריעא טענתיה הילכך לרבי אסי לא קשה דהתם בלא טעמא דמגו מהימן לומר החזרתי והא דקאמר וקי"ל המלוה את חבירו היינו שהכמין לו עדים אחורי הגדר דבהא כ"ע מודו דנאמן ולפיכך ליכא טעמא דמגו.

ומ"מ רובא דרבוותא ס"ל דהגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים ולדבריהם היה נאמן שמעון לומר כך וכך היה חייב לי מגו דהחזרתי ואפשר נמי דאפילו לרבוותא נמי דסברי צריך להחזיר לו בעדים הכא לא דייני' בגוזל דמורי התירא שלא לקח אלא בשביל דסבור שבדין הוא עושה וכשאמרו לו שלא היה עושה בדין אז החזירם למקומם.

אבל נראה דמצדה תברא דמאחר שנטל כסבור שעשה כדין דקים ליה בגויה שהיה חייב לו אינו עשוי להחזיר אלא ע"פ ב"ד דחייבו ליה כדאמרינן בריש בתרא גבי כותל שנפל וכו' סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן שאינו מצוי שיתן אא"כ חייבוהו ב"ד והכי נמי מ"ש בשמעתא דמציעא דאמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן אמרו צא תן לו ואמר פרעתיך נאמן בא מלוה לכתוב אין כותבין חייב אתה ליתן ואמר פרעתי אינו נאמן. בא מלוה לכתוב כותבי' ונותנין ופרש"י אינו נאמן אפילו בשבועה אלא שכנגדו נשבע ונוטל דכיון דשכנגדו הוצרך לתובעו אין דרכו למהר לפרוע עד שיפסקו דינו פס' גמור ע"כ וכ"ש הכא דעבד עובדא ונטל הממון כסבור ששלו הוא נוטל אינו עשוי להחזי' לו מעצמו עד שיוציאו ממנו בדינא ודיינא. ואע"ג דהתם קי"ל הלכתא כרב זביד דאמר בין חייב אתה ליתן בין צא תן ואמר פרעתי נאמן היינו טעמא כדכתב הרא"ש ז"ל לפי שאין המון העם מפרישים ומבדילים בין צא תן לו לחייב אתה לו אבל נראה להם פסק דין ועבידו דפרע הא כל שלא עמד בדין כל עיקר לא עביד דפרע ומצאתי להרא"ש ז"ל כלל פ"א על יהודה שתבע מראובן ושמעון מנה שהיה חייב לו אביהם ופרעו לו ואח"כ בא לוי אחיהם ותבע חלקו מיהודה ופסק שחייב יהודה להחזיר ללוי חלקו וכי תימא יהא נאמן יהודה במגו דהחזרתי לא שייך הכא מגו כי הוא אומר שקבלה בחוב אביהם ולמה יחזירם וטענתו שטוען לזכות בממון וחזרת הממון סותרין זה את זה ע"כ ופירש דבריו אע"פ שכל מגו טענות מחולפות הם ה"ק מאחר שלקחם בפני עדים בטענה שאביהם חייב לו שוב היכי מצי לומר החזרתי למה יחזיר ואפילו אם אמרו לו אח"כ שאינו בדין ליקח חלק אחיו שלא נתרצה מכל מקום לא היה לו להחזיר אלא ע"פ ב"ד ומכח הראיות שהבאתי אלא שהרב ברוב חכמתו לא הוצרך להביא ראיה לדבריו. ואי קשיא מההיא עובדא דההוא בקרא בפרק הכותב דאמר ליה רב נחמן אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסה אמר לו מגו דיכול למימר לקוח הוא בידי יכול למימר מחיים תפסוה ליה. והקשה הר"ן ואמאי מצרכינן עדים דלאחר מיתה תפסיה לי' ולא סגי בעדים דתפיסה בלחוד דתו לא מצי למימר לקוח הוא בידי. ומ"ל לקוח במגו דהחזרתי ולפי מה שהוכחנו לא היה יכול לטעון החזרתי דלמה לו להחזיר מאחר דבחובו לקחו. וי"ל דהתם להכי א"ל אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסיה דשמא לא אמר בשעת תפיסה דבחובו לקחו אלא שתקפו והלך והיה יכול לטעון החזרתי דשלא כדין היה וכדאמרי' הגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים. ומיהו בתוספות כתב דלא גרסינן דלאחר מיתה תפסיה אלא אית לך סהדי דתפסי דתו לא מהימן ולא חשו לטענת החזרתי אלמא לא מהימן.

ובר מן דין אין טענת חזרה אפילו אם היתומים פעוטות נינהו שיש בהם הבחנה מדאמרינן בפרק שני דייני גזרות וגבי מזונות דבאשתו קטנה למאי ניחוש לה אי משום צררי צררי לקטנה לא מתפיס ואע"ג דמזונות שהם צורך לחיי שעה דבעיא למיכל מינייהו אמרינן דלא מתפס כ"ש נכסים מרובים והא דאמרינן בהניזקין בתו כיון דבתנאי בית דין קא אכלה אימור צררי אתפסה לענין דלא מפקא ממשעבדי הוא דאמר הכי דחיישינן לדבר שאינו מצוי אבל מבני חרי לא אמרינן הכי כדכתבו התוספות שם ועוד התם איכא למיחש לצררי משום שאין אדם רוצה שתתבזה בתו בב"ד לתבוע מזונות אבל הכא ליכא למיחש לחזרה דיתומים קטנים ואכתי יש לדחות דההיא דצררי לקטנה לא מתפיס לאו משום דאין לה יד כלל אלא דלא שכיח שיתפס ומילתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי אבל לקוח במגו דהחזרתי אף בכי האי גוונא טענינן דאף על גב דלא שכיח חשיב מגו. תדע דבס"פ המוכר את הבית אמרי' אף על גב דנאנסו לא טענינן ליתמי משום דלא שכיח החזרתי במגו דנאנסו טענינן. ומיהו מוכח מהא דאמר בפרק החובל של אחרים יעשה מהם סגולה מאי סגולה ס"ת אי נמי דיקלא דאכיל מיניה תמרים אלמא דיד הקטן עצמו לא מתפסא והאי קטן כל שלא הגיע לכלל י"ג הוא. ותו אפילו אם החזיר בעדים ביד היתומים הקטנים לאו חזרה היא שאין לך פשיעה גדולה מזו להחזיר למי שאין בו דעת לשמור כי הא דאמרי' בס"פ הספינה השולח את בנו אצל חנוני ופונדיון בידו ומדד לו באיסר שמן שבר את הצלוחית ואבד את האיסר חנוני חייב משום דלא שלח ליה אלא לאודועי והי"ל לשלוח ע"י אחר ואעפ"י שנטל ממנו כיון דלאו בר שמירה הוא חייב. ופרכי' התם צלוחית אבידה שלא מדעת היא ומשני שנטל חנוני למוד בה לאחרים ושואל שלא מדעת גזלן הוי וקמה ליה ברשותיה ואע"ג דאהדרי' לתינוק לא מיפטר מיניה עד דאהדריה למריה ומיהו איכא למימר דשאני התם דהממון הוא של אב והחזרה ביד הבן בחזקת שאינה משתמרת אבל הכא ממונא דיתמי הוא וליתמי הדר ומ"מ כיון דמרשות המשתמר לקח וקמה ליה ברשותי' לא מפטר עד דמהדר לרשות משתמר כי הא דתנן בהגוזל בתרא הגוזל את חבירו או שלוה הימנו או שהפקיד אצלו ביישוב לא יחזיר לו במדבר אע"ג דלמלוה עצמו הוא מחזיר כיון שאין עכשיו בחזקת המשתמר לאו השבה היא ה"נ תינוק לאו בר שמור הוא ואעפ"י שנתרצה לקבלם אין רצונו רצון כדאמרי' גבי קטנה אין לה רצון ליאסר ואע"ג דאמרי' הפעוטות מקחן מקח ומתנתן מתנה התם ידע מאי מחיל ועבדי ליה רבנן תקנתא הכא לא ידע ומתרצה בשמירה עצמו ואינה שמירה כלל.

וגם ליכא למטען החזרתי ביד ב"ד דמגו גרוע הוא שהרי הב"ד מכחישין אותו וכ"ת הא לאו בני עדות נינהו לגביה דנוגעין בעדותם הם וצריכין לישבע דומיא דההיא דפ' כל הנשבעים דחנוני על פנקסו הוא אומר נתתיו והם אומר לא נטלנו וכל שמחויב שבועה לא הוי עד ואפי' הם שנים כדאמרי' בהאיש מקדש גבי הם הם שלוחיו הם הם עדיו והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי עדים דיהבי ליה ומשתב' מלוה דלא שקיל ואינם נאמנים להעיד כיון שהן צריכין לישבע מ"מ לא חשיב מגו שאינו טוען ברצון להכחיש ב"ד או אפוטרופוס דהוי העזה טובא ודמי למה שאמר הרא"ש בתשובותיו כלל ס"ו על מי שהקנה בפני נשים או בפני עדים פסולים שאין להאמינו במגו שהיה יכול להכחישם דטפי עדיף ליה טענה זו שאין אחד יכול להכחישו ולא להכחיש אותם בני אדם והביא מההיא דרבא בר שרשום דפ' חזקת דא"ל רבא לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפקא עליה קלא דארעא דיתמי היא אעפ"י שאותו הקול לא היה גורע כחו לענין הדין מ"מ אינו רוצה לטעון דבר שידעו בשקרו וזו הכחשה גדולה להכחיש ב"ד או אפוטרופוס שמינוהו ב"ד דאי לאו דקים להו לב"ד דגברא מהימ' הוא לא הוו מהימני ליה. ועוד יש ראיה דמההיא דבכולה בעי דנכפריה אלא שאין אדם מעיז פנים וכולי וההיא דנסכא דר' אבא ומדברי התוס' שם אלא שאין להאריך. ואם נאמר שיטעון שהחזירם למקום שנטלם יפה הורה החכם הפוסק נר"ו דמעת שנטלם קמו ליה ברשותיה דשואל שלא מדעת גזלן הוי כדאיתא בהספינה כ"ש שנטלם ע"מ ללקחם לעצמו ולא מיפטר בחזרה אא"כ החזיר מדעת הבעלים כאותה ששנינו בהגוזל בתרא הגונב טלה מן העדר והחזירו ומת או נגנב חייב באחריותו לא ידעו בעלים לא בגנבתו ולא בחזרתו ומנו את הצאן והיא שלמה פטור וקי"ל כר"י דלדעת מנין פוטר מה שאמר דבעינן שימנו אותו הבעלים וידעו שהחזיר למקומו השתא נמי בעינן שידעו בית הדין שהם אביהם של יתומים שהוחזרו נכסים למקומם ומהך טעמא ליכא למטען דנאנסו דכיון דשלא ברשות נטלו גזלן הוי וקמו ליה ברשותיה לאונסין אם כן לא חשוב מגו דאין אדם טוען ברצון לדבר כזה שכל העולם יבינו בשקרו דאונס מתוך הפונדק לא שכיח וקלא אית ליה למלתא דומיא דרסתקא דמחוזא בפרק המפקיד כדאמרינן בעל שאמר גרשתי את אשתי דלא מהימן במגו דאם איתא דגרשה קלא הוה ליה למלתא. וכהאי גוונא כתב הרא"ש ז"ל בפרק שבועת הדיינים גבי אל תפרעני אלא בעדים שצריך לפרעו בעדים ולא מהימן במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למדינת הים שיבינו העולם בשקרו ויאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדיו.

וראיתי מה שהביא החכם הפוסק נרו ידידנו תשובת מהר"ם שהובאה במרדכי פ' המקבל פתרון ראה אפילו אין עדים רואים אותו בשעת התביעה אלא אם בשעה אחרת ראה אצלו בעדים ואמר לו מה טיבו אצלך וטען אתה מכרתו לי או טענה אחר' שראוי לעכבו וכו' שאפי' היה טוען בפי' החזרתי לא היה נאמן כדאמרי' בפ' ב' אוחזין מנה לי בידך והלה אומר לא היו דברים מעולם והעדים מעידים אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתיהו הרי הוחזק כפרן לאותו ממון ע"כ עיין בזכרונותי סי' תקנ"ז תשובה זו במה שנתקשתי בה שהובא' בח"מ סי' קל"ג וצריך להולמן א' מאי ראיה מייתי דההיא דהוחזק כפרן בכאן במה הוחזק כפרן אי במה שאמר אתה מכרת לי כל שאמר שלא בפני ב"ד טוען וחוזר וטוען ועוד דהנה אין עדים שהכחישוהו ומפני כך הפך טענתו שאפי' היה בפני ב"ד ואמר תחילה אתה מכרתו לי ושוב חזר ואמר אני מעכבו בשביל תביע' שיש לי עליך לא מיקרי הוחזק כפרן מפטור לפטור כל שלא הוכחש. ועוד קשה שפתח בטעם דאין ראוי להחזירו באותה טענה וסיים בטעם דהוחזק כפרן ואיברא דטעם הא' הוי טעמא דכיון דלפי אותה טענה שמכרו לו לא היה ראוי להחזירו לא מהימן לטעון החזרתי וראיה מההיא שמעתא דפ' שנים אוחזין שהביא לעיל מינה א"ל חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי אינו נאמן שאין דרכו לפרוע עד שיפסקו לו פסק גמור כמו שהבאתי לעיל ושמא דמה שהביא הך דמנה לי בידך ואמר לא היו דברים מעולם היינו דלא תימא אכתי אית ליה מגו דיכול היה לטעון עכשיו החזרתי וכשיבואו עדים ויאמרו והלא בפנינו תבעך ואמרת שמכרו לך ולמה היה לך להחזירו יכול היה לתרץ דבורו הראשון דמה שאמר אתה מכרתו לי ה"ק באותה תביעה שהיה לי עליך מכור היה אצלי ושוב התפשרתי עמך והחזרתיו להכי מייתי מההיא דהוחזק כפרן דאם איתא התם נמי יתרץ דבורו ויאמר מה שאמרתי אין לך בידי כלום היינו שפרעתי אלמא לא מהימן לתרץ דבורו בכה"ג כנגד העדים שבאים להכחישו ולפי מה שאמרת בפני עדים אתה מכרתו לי לא היה ראוי להחזירו הילכך לא מצי טעין אח"כ החזרתי כך אפשר לתרץ דבריו השתא לפום ריהטא ועדיין צריכים תלמוד.

וכבר דחאה לזו החכם הפוסק נרו ואמר דטענת מכירה שאני דאין ראוי להחזירו אבל היכא שטען בתחילה אני מעכבו בשביל חוב שיש לי ואח"כ טען החזרתי לא הוחזק כפרן דשתי טענותיו גם יחד יכולות להתקיים שאח"כ נתפרע והחזירם ע"כ ודבריו כפתור ופרח כיון דניתן לחזרה ומיהו בנ"ד אני כתבתי למעלה דאינו נאמן לומר החזרתי דלמה הי"ל להחזיר כמו שהוכחתי מההיא דריש בתרא ומפ"ק דמציעא ואין כאן מקום לומר שפרעו ולפיכך החזירם דכיון דלא מן הדין תפס' ומצו מפקי מינה בדינ' ודיינ' ולמה

יפרעו לו לא האפוטרופוס ולא היתומים ולא ב"ד ובלא דמים אין עשוי להחזיר דמי יימר דמחייבו ליה רבנן הילכך לא מהימן.

והנה מדברי החכ' הפוסק נרו שמענו דבנ"ד יש מי שסמכו יתומים אצלו שהוא הזקן אבי אביהם דחשיב כאפוטרופוס שכתב אלא שכבר האיר עינינו הריטב"א דאינו אפוטרופוס אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף ולתת בידו מנכסי היתומים לא ואע"ג דאנהרינהו בהא אכתי לא נהירא מלתא לחייבו אם נתן בידו דלא גרע מההי' סבת' דפ' המפקיד דאמרי' אינהו גופייהו גבי דההיא סבתא הוו מפקידי ואין לדקדק מדברי הרמב"ם בפ"א דהל' שכירות דדוקא שהיה רגיל להפקיד חפץ זה דכל קבל די מהימן הו' מ"ל בחפץ זה מ"ל באחר כמו שכתב הרב מהרי"ק ז"ל וגם אין קפיד' לפי שהוא חייב באונסין ומכר למי שהוא פטור מאונסין כדמשמע מדברי הרמב"ם שם שאעפ"י שמסרה ביד מי שרגילין להפקיד אם מיעט בשמירתו כגון ש"ש שמסרה לש"ח חייב שאני הכא דלאו בתורת שמירה היתה בידו אלא שהיה חייב להחזיר והאי השבה מעליא היא ועוד אפי' תימא דאין נותנין לו נוספ' על מה שבידו יכול הוא לומר לדעתו נטלתי ולדעתו החזרתי למקומן.

ומהודענא ליה לחביבי החכ' הפוסק נר"ו דההיא דכתב הרמ"ה שיתומים שסמכו דוקא שיהו היתומים בני תשע ודוקא במטלטלי אבל במקרקעי לא וכתב הטור סי' ר"ץ וא"א הרא"ש ז"ל כתב שאין חלוק אלא הרי הוא כאפוטרופוס ממש אינו מבואר בדברי הרא"ש. ואיברא שמלשון הרא"ש לכאורה לא משמע דפליג אהרמ"ה בדין הראשון שכן כתב ולא מסתברא לחלק מאחר שיש לו כח לתרום הוי כאפוטרופס גמור להתעסק בכל תועלת היתומי' משמע דלא פליג אלא בהא דמחלק בין מכירת קרקע למטלטלי דמאחר שהוא תועלתן של יתומים מצי עביד הואיל ויש לו כח לתרום אבל במה שחלק בקטן פחות מבן ט' אין ראיה מתרומה דאף בזה אני אומר שאין לו כח לתרום מחמת שאין סמיכתו סמיכה. ומיהו כד מעיינת בה אשכח דתרוייהו חד טעמא הוא דטעמא דבעי הרמ"ה ז"ל שיהא בני ט' היינו משום דמקחן מקח וממכרן ממכר אף סמיכתן סמיכה ליפות כחו וכיוצא בהם הילכך במטלטלי דקטן גופיה מצי למכור משהגיע לעונת הפעוטו' אבל בקרקע שהקטן אינו יכול למכור לא מהני סמיכתו דליכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח עביד ומכיון שהרא"ש נחלק עליו ואמר מאחר שיש לו כח לתרום כלומר שהוא תורם אע"ג דאינהו לא מצו תרמי הילכך דינו כאפוטרופוס גמור להתעסק בכל תועלת היתומי' אפי' בקרקע מעתה יפוי כחו לא אתיא מכח היתומים כדי שנאמר שצריך שיהיה סמיכתם מדעתם ורצונם אלא חכמים נתנו להם כח יפה

לתועלת היתומים דלא מצו יתמי למעבד דומיא דתרומ' ועוד יתומי' קטנים מי מעשר פירותיהם ומסתמא יתומים שסמכו חייב לעשר בכל ענין שנינו ואין לחלק דשאני מעשר דלא אפשר בלאו הכי דהא ממעשר ילפינן בגמרא לכל מילי כדאמרי' יתומים שסמכו אצל ב"ה תנן ומאחר שיש לו כח לעשר אלמא דין שליח יש לו לכל מילי ועוד דלדברי הרמ"ה דבעי שיהו בני השכלה הרי דבעי נמי שיסמוכו הם מרצונם אבל אם מעצמם נשארו בבית אביהם אין לאלמנה דין יתומים שסמכו אצל ב"ה שהרי לא עשו שום מעשה מוכיח דמה שהיו ניזונין והולכין בבית אביהם מה זו סמיכה. והנה הרא"ש בתשובה כלל ע"ז כתב באלמנה שמכרה מהנכסים וכו' ואמר כיון שהיתומים סמוכים אצלה הויא כאלו נתמנית אפוטרופא כדאמרינן בההיא סבת' אלמא משמע דלא ס"ל שצריך שהם בבחירתו ודעתם יסמכו אצלה ולכך לא חקר הרא"ש אם היתומים קטנים פחות מט' אם לאו דבכל ענין מעשיהם קיימים ועוד מוכיח מדבריו ממה שטען לעיל על דברי הראב"ד ז"ל שפטרו משבועה ק"ו מאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים משום דילמא ממנעי אבל יתומים קטנים שסמכו מי ביקש זאת מידו דשייך לומר מימנע בשביל השבוע' ואפריין נמטייה מינן להחכם הפוסק נר"ו כי כל דבריו כפתור ופרח ושם תורתו יגדל ויחי עוד לנצח נאם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן לח

ראובן שמכר ביתו לעכו"ם ושוב מכרה העכו"ם לשמעון ועכשיו בא ב"ח של ראובן לטרוף מיד שמעון מכח ש"ח שבידו מהו ומצינו תשובה לרב מהר"ר דוד ן' זמרה זלה"ה סי' אל"ף ורע"ז וז"ל ראובן שיש עליו כתובת אשה וב"ח ומכר קרקע שהיה לו לעכו"ם ואותו עכו"ם מכר הקרקע ההוא לשמעון ועתה באים אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמעון וטוען שמעון אנא מכח העכו"ם קאתינא ואין לכם כח עם העכו"ם לפי שאין דין טירפא בערכאותיהם וישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם תשובה הדין עם שמעון דמצי למימר לב"ח אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרנא שטרא למריה כדאמרינן במי שאבדה דרך שדהו בפרק ב' דייני גזירות הילכך יעמוד שמעון בשלו כיון שקנה והחזיק כדין ולא דמיא להוה' דהביא המרדכי בפרק חזקת בשם ריב"א ע"כ. ילמדנו רבינו דין זה ולפי שאירע הלכה למעשה לפי שיש אצלנו מי שחולק בדין זה. ושכרו כפול מן השמים.

תשובה כבר הורה זקן הוא הרב הגדול אע"פ שהראיה שהביא מההיא שאבדה דרך שדהו דאמר ליה מהדרנא שטרא למרייהו שיש לבעל הדין לחלוק ולומר שאני התם דמדינא מחזקינן ולא מצי לאשתעוי דינא בהדייהו שכל א' מוחזק בשלו אבל הכא מדינ' נשתעבדו הנכסים לב"ח אלא דעכו"ם לא ציית לן השתא דאתיא ליד ישראל יש לו לטרוף

מן הדין דשעבודא דאורייתא וכתב התם נמי ממה נפשך דרכיה גבייהו אלא שכל אחד דוחהו במי יימר ונמצא העני קרח מכאן ומכאן ועכשיו שבאת לרשות אחר הדר דינא לדוכתיה ונוטל דרכו ממה נפשך מ"מ מה שלא היו מחזירין מדינא הוא דהמ"ל וכי מהדר להו שפיר עבד אבל בהא מה שלא היה מניח העכו"ם לטרוף שלא כדין הוא דשיעבוד' דב"ח הוא דעכו"ם לא ציית לדינא והשתא נמי אי מהדר ליה לאו שפיר עבד דמזיק שעבודו של חבירו הוא וקי"ל בפ' השולח כרשב"ג דמחייב. ועוד דהתם עיקר טעמא לפי שהוא בא במקום בעלים הראשונים ומכאן שהוא קנה זכות כל אחד וא' מהם וכן מוכיח לשון הרמב"ם ז"ל בפרק ט"ו מה' טוען שהרי אומר לו עתה אי אחזור לכל אחד שטרו אי אתה יכול לעבור על אח' מהם ואני קניתי מיד כל אחד מהם כל זכות שיש לו ובלשון הזה כתב הטור סי' קמ"ח לפיכך מן הדין זכה ופטור מלתת לו דרך אבל הכא שעבודא בכדי לא פקע נהי דביד העכו"ם לא היה יכול לדבר דלא ציית לן עכשיו שהיה ביד הלוקח ישראל מצי אשתעויי דינא בהדיה לטרוף שעבודו ולא מבעי' דכל דלא הדר מצי אמר לכי תהדר אלא דמן הדין לא מצי למהדר למריה דהוא אין לו טענה עם העכו"ם דלית עליה אחריות ממה שטרף ישראל זה ואם כוונתו שיכוף את ישראל שלא יטרפנו לאו כל כמיניה. כהא דכתב הרא"ש בפ' חזקת גבי הא דאמרינן נכסי העכו"ם הרי הם כמדבר כל המחזיק בהם זכה בהם אהא דכתב רשב"ם שאם יוכל הלוקח הראשון לדון עם העכו"ם להוציא מעותיו יעשה ואם לא יפסיד. כתב הרא"ש ז"ל ודבריו אינם מובנים לי דהיאך יכול להוציא מן העכו"ם כיון דבדיניה' קנו וכו' ולעסו' בתחבולה עם העכו' שיבא באלמות וכח על המחזיק לכופו וכו' יראה שעבירה היא בידו ודין מסור אית ליה מאחר שזכה בו בדין תורה ע"כ. וראיתי בתוך תשו' מהר"ם ז"ל שהביא המרדכי ז"ל דפריך אמאי איצטריך למימר אליבא דרבנן ואי לא מהדרנא שטרא תיפוק לי טעמא משום דמה מכר ראשון לב' כל זכות שתבא לידו ותירץ דהכא ראשונים לית להו בודאי זכות אלא מספק דכל חד וחד מדחי ליה גבי חבריה ע"כ. ונראה דאפי' לדבריו ז"ל לא הוי טעמא דאין להם לראשונים זכות כלל אלא דלא אמרינן בהני טעמא פסיקתא דאמרי' בעלמא מה מכר ראשון לשני לפי שאין זכות הראשונים בא מכח ודאי אלא מכח ספק להכי איצטריך למימר מהדרנא שטרא מ"מ כשהחזיר בדין מחזירי' דמספקא לא מפקי' אבל היכא דמחזיק שלא כדין לית לן בה.

וכבר היה אפשר להביא ראיה לדבר מההיא דפ"ק דקמא גבי מכר לא' או לג' בני אדם זה אחר זה כלן נכנסו תחת הבעלים דאוקמינן לה שלקח לו עידית באחרונה ולא מצו כלהו למגבי מעידית משום דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו ואי לא

מהדרנא שטרא דזבורית למריה ושקליתו כלכו מזבורית ופרכי' א"ה דנזקין נמי נימא הכי ומוקי לה בגמ' ביתמי והרי שם בנזיקין דינן בעידית מדאוריית' דכתב בהו מיטב ואעפ"כ יכול להפקיע דינן בטענה דמהדרנא שטרא למריה ונהי דלדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל אין ללמוד מכאן לפי שהם פסקו כאוקימתא בתרייתא דאמר אנא בהאי תקנתא לא ניחא לי כדרבה האומר אי איפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו ולדידהו אפשר דלא מצו מפקיע כחן של נזיקין מטעמא דמהדר שטרא ושיטה זו היא שיטת רב האי גאון ורב חננאל ז"ל כדהביא הרמב"ן ז"ל מ"מ לדברי של הראב"ד והמאור והרא"ש וכל האחרונים יש ללמוד בשלקח עידי' באחרונה אף נזיקין מגבה להם בזיבורית מטעם דמהדרנא שטרא דזיבורית למריה.

ונראה דהתם ע"כ דטעמא אחרינא איכא דאל"כ מאי פריך גמר' אי הכי נזיקין נמי כלומר השתא דאמרת דכתובה אשה גביה מזיבורית מטעם דמהדרנא לה נזיקי' נמי ומי דמי כתובת אשה דינה בזיבורית ובאת עכשיו להרויח לגבות בעידית להכי מהני טעמא דמהדרנא וכו' דאטו משום דקטרפה ממשעבדי אתגורי אתגרה שתגבה בעידית ולא מצי למימר לכי תהדר דתועלת הבא מחמתו יכול הוא להפקיע במילתא בעלמא. אבל נזיקין דדינייהו מן התורה בעידית בטענה דמהדרנא שטרא לא מצי מפקיע דיניה. ועוד דבשלמא גבי כתובת אשה מצי אמר אנא במקו' ב"ח קאימנא כי היכי דכי הוו עידית וזיבורית בידא דב"ח מזיבורי' שקל' ה"נ מנאי דידי אבל בנזיקין דגבי ב"ח גופיה כי אתנהו לתרווייהו מעידי' גבו כ"ש השתא דמכרה לזיבורית ונשאר שעבודו על העידי' לאו כל כמיני' דנימא מהדרנא שטרא דזיבורית ואפקיע זכותך בידים תדע דההיא דפרק שני דייני דוק' בחד דאתי מכח ב' מצי אמר הכי אבל בחד דאתי מכח חד לא מצי אמר מזבנינא ליה לב' בני אדם כדכתבו התוספות שם דזכות הבא על ידו דוקא יכול להפקי' ואין לומר שאני התם דקנין חדש הוא דמ"מ לאו זכות הבא על ידו דבלאו הכי ניזקין מעידית גבי כ"ש דהכא כתב הטור דלאו דוקא שדה זו אלא אפילו שדה אחרת יכול לקנות ומ"ש מחד דאתי מכח חד דלא מצי אמר מזבנינא לב'.

אלא נראה דטעמא דמהדרנא דהכא לא דמי למהדרנא דכתובות דהתם גזם לומר אי בעינא מפסידנא לך דמהדרנא שטרא למריה ופעמים דידעינן דלא ניחא ליה בחזרה כגון שלקח בזול או שנתייקר אח"כ ואפילו בשוה מצי האי למימר לכי תהדר דכל זמן שאינך מחזיר דרכי גבך אבל הכא לא גזים כלל אלא קושטא קאמר דעד שלוקח מגבי זיבורי' לאשה או לנזיקין ואינם רוצים אותה יתננה למוכר שילכו ויתפרעו ממנה כיון שסוף סוף הלוקח מפסיד שאין לו על מה שיחזור ויגבה מהמוכר ויכול לכוף אותו בב"ד שהוא

חייב להעמיד מקחו בידו שהרי כתב לו אנא איקום ואשתעי ואישפי זבניא אילין ואם אין לו הרי הלוקח ממציא לו במה יפרע לבעל חובו שיהא מקח העידית קיים בידו וכל דפשוט לן שיעשנה שלא יתן לזה עידית ברצון מאחר שיכול להגבות זיבורית כל העומד ליגבות כגבוי דמי ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינ' כדאמרינן בהחובל גבי אשה שחבלה באחרים דלא מזדקינן שתמכור כתובתה בטובת הנאה דכל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחנ' אע"ג דמ"מ היא מפסדת הכתובה כיון שאין הנחבל מרויח לא מזדקיקי' כ"ש הכא דאין הלוקח מפסיד כלל. ואין לטעו' בלשון הרא"ש שכתב ואפילו אי לא טעין אנן טענינן ליה דכלן נכנסו תחת הבעלים בלוקח א' כמו בג' בני אדם כא' דמשמע דלא טענינן ליה אלא מהאי טעמא דאיהו במקום בעלים קני כמו בג' בני אדם.

והך טעמא לא שייך בנזיקין שכיון דעידית אצל הבעלים ואצל ג' בני אדם כא' דודאי אף לגבי נזיקי' טעני' ליה ומגבי' להו מזיבורית אלא שהרא"ש בא להוכיח כלהו בטענה דידהו תליא מילתא ואי לא טעין לא טענינן ליה אנן דהא קתני בברייתא מכרן לא' או לג' בני אדם בזה אחר זה כלן נכנסו תחת הבעלים ומדקתני חד טעמא לתרוייהו כי היכא דבג' בני אדם אנן טענינן להו הכי נמי באדם א'. ומיהו לפי המסקנא אפילו נזיקין גבי מזיבורית מטעמא דמהדרנא דאלו בג' בני אדם דלא שייך טעמא דמהדרנ' גבו כדינייהו מן העידית הילכך נר' דאין ראיה לנ"ד לא מהך דקמא ולא מהך דכתובות דלא כל הימנ' שיחזיר לעכו"ם ויזיק שעבודו של חבירו כיון דלאו מדינ' חוזר על העכו"ם מוסר ממונו הוא ולכל הפחות כל זמן שלא החזיר שעבודו גביה הוא.

ויש להוכיח דמהני ליה כח של עכו"ם ליפות כחו מההיא דסוף פרק קמא דבכורות דאמר רבי חנינא הלוקח טבלין ממורחין מן העכו"ם מעשרן והן שלו ומוקי לה דמרחינהו ישראל מרשות העכו"ם ופירשו התוס' אחר שלקחן ישראל וה"ק הלקוח טבלין מן העכו"ם שהן עכשיו ממורחין וקאמ' מעשרן והן שלו מעשרן דאין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מידי מעשר והם שלו דאמרי' ליה קאתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה. ונראה דהתם לא מצי לאשתעויי מן הדין קאמר דעכו"ם לאו בר חיובא דנתינת מעשר הוא ולוקח נמי פטור דתבואת זרעך כתיב נהי דאם היה המוכר ישר' כיון דבר חיוב' הוא רמי עליה שעבודא דמעשרות ולא מפקע במה שמכרן לאחר אבל עכשיו שהמוכר עכו"ם לא חל חיובא עלייהו מעיקרא אע"ג דלענין איסורא דטבל כיון דמירוחו ביד הישראל קרינן ביה דגן דישראל והוקבע עליו איסור דטבל אבל ממון כהן אין כאן דלא חייב רחמנא לעכו"ם שיתן מעשרות לכהן. ותדע דאי בהך סברא דאתינא דמכח

גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה גרידא סגי אמאי מייתי דרשא דכי תקחו מאת בני ישראל טבלי' שאתה לוקח מישראל אתה מפריש מהן תרומ' מעשר ונותנן לכהן טבלי' שאתה לוקח מן העכו"ם אי אתה מפריש וכו' אלא נר' דמקרא דכי תקחו נפ"ל דעכו"ם שעשר פירותיו ונתנם ללוי אין הלוי חייב ליתן תרומת מעשר לכהן אלמא אין דין נתינה דתרומת מעשר כתביעתו של עכו"ם הילכך השתא שלקח ישראל התבואה עצמה מן העכו"ם וחל עליה שם טבל עד שיפריש תרומה אינו מתחייב לתת תרומת מעשר לכהן דאמר ליה אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה לא מפני שהוא עכו"ם ולא ציית לך אלא שהרי אפילו הפריש מעשר מרצונו לוי הלקוח פטור מתרומת מעשר הכא נמי שלקחתי התבואה מאי אפסדתיך. ושוב מצאתי בתוך תשובה א' בהרשב"א במיוחסות סימן ט' לענין ישראל שהיה לו חצר הסמוכה לחצרו של עכו"ם ויש לו חלונות של אורה לחצרו של עכו"ם שהביא דברי בעל העיטור דישראל ועכו"ם שבאו לפנינו אם יכולים לזכותו בדיני ישראל אומרים לו כך דיננו ובדיננו אינו רשאי לסותמו והרשב"א כתב אדרבא מצי למימר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה ואמר שאף על פי שבמסקנ' אוקמא בגזרת הכתוב לא נראו הדברים מחמת אותה טענה ואדרבא הטענה נכונ' יע"ש.

ואין להוכיח נמי שיש אחריות בלקוח מן העכו"ם מהא דאמרי' בהנזקין גבי הלוקח מסקריקון שאם חזר ולקח מבעל הבית אמר שמואל דאפילו בשטר לא קנה עד שיכתוב אחריות דאי טרפי לה מיניה לגביה דמי ארעא ומאי אחריות איכא כיון דבא מכחו של עכו"ם מצי אמר מהדרנא שטריה למאריה וכ"ת מ"מ אחר שקבלו הבעלים אחריות הו"ל כלוקח ממנו ויכולי' לטרוף זה אינו שהבעלי' יאמרו אנו קבלנו אחריות לפי שידענו שאין ב"ח יכולי' לטרוף ואחוי טירפך ואשלם לך דנ"ל דההיא למשנה ראשונה קאמ' שאין המכר מכר עד שיכתוב לו ב"ה ואז כמי שמכרה ב"ה דמי אבל למשנה אחרונה דלוקח מסקריקון קנה אלא שנותן לבעלי' רביע אין שם אחריו' דהו"ל כלוקח מן העכ"ום וכ"ת עטו רב ושמואל למשנה ראשונה פליגי די"ל דנ"מ אף למשנה אחרונה לענין לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה דבעי' לשמואל עד שתכתוב לו אחריות אי נמי למשנה אחרונה דבשטר גרידא פליגי לרב קנה לשמואל לא קנה עד שיכתוב לו אחריות מחמת עכו"ם.

איברא שיש לדון בזה משום פסידא דלוקח דהיינו העכו"ם שקנה הקרקע כדאמרינן במלוה ע"פ דאע"ג דשעבודא דאורייתא לא טריף משום דלית ליה קלא חשו לפסיד' דלקוחות דמאי הו"ל למעבד וכן לענין מטלטלין דלית להו קלא חשו לפסידא דלוקח

אע"ג דשעבודא אמטלטלי נמי איתא והא דבמלוה בשטר לא חשו לפסיד' דידהו היינו טעמא משום דאינהו אפסדו אנפשייהו דכיון דאית ליה קלא לא הו"ל למזבן קרקע המשעובד לב"ח ולגבי עכו"ם אפי' במלוה בשטר איכא למיחש לפסידא דלקוחות דמאי הו"ל למעבד הוא סבור אין שעבו' לקרקעו' בדיניה' דלא מפקי מלוקח ולאו משום דאנן עבדינן לזו תקנתא משו' פסידא דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן כדאמרי' בהגוזל קמא גבי השביח עכו"ם ממשעבדי מסתמא א' ישראל וא' עכו"ם שוין דחשו לפסידא דלוקח טרפא ממשעבדי מסתמא א' ישראל וא' עכו"ם שוין דחשו לפסידא דלוקח התם כיון דעבדו רבנן תקנתא לא פלוג רבנן בתקנת' בין ישראל לעכו"ם אבל במלוה בשטר דלא תקון רבנן בישראל לא אכפול רבנן למעבד תקנת' לעכו"ם בפני עצמו כדאמ' לענין שבח. ועוד דבמלתא דלא שכיחא אפי' בישראל לא תקון כדמוכח בפ' יש נוחלי' דאמרי' דבעל שויה רבנן כלוקח מתקנתא דאושא ולא חשו לפסידא דלקוחות דאינהו דאפסיד אנפשייהו דלא הו"ל למזבן מאתתא דיתבא תותא בעלה ובפ' החובל דתנן העבד והאשה פגיעתן רעה הם שחבלו באחרי' פטורי' דמפרש בגמ' משום תקנת אושא ואמאי הא לא תקינו באושא דלהוי כלוקח אלא היכא דליכא פסידא דלקוחות דהו"ל לאזדהורי דלא למזבן מינה אבל נחבלי' מאי הו"ל למעבד וזה הק' התוס' דאמאי לא ניחוש לפסידא דנחבלים ותירצו בלשון א' דה"מ למפרך אלא דבלאו הכי פרי' שפיר ולרשב"א נראה דלא ק' מידי דהתם כיון דתקינו לטובתו היכא דליכא פסידא ואפי' היכא שחבל' באחרי' דאיכא פסידא דאחריני כיון דלא שכיחא לא פלוג רבנן ובכל מקום מוציא הכא נמי מוכר לעכו"ם לא שכיחא ולא עבדו רבנן תקנתא אלא דדינא דידהו גופא תקנתא היא וכיון דבני נח מצווים על הדיני' להתנהג בנימוסיה' דיניהם דין וטעמא רבה אית להו כיון דלדידהו מלוה ע"פ כבשטר דמי דלא מצי למימר פרעתי דאינהו אית להו המלוה את חברו בעדים צריך לפרעו בעדים קלא אית לה דעדים מפקינן לקלא כדאמרינן בפרק ח"ה המוכר שדהו בעדים דגובה ממשעבדי אע"ג דטעמא התם משום דמאן דזבין בפרהסי' זבין כי היכי דנקפצו עליה לקוחות ובהלואה אמרינן מאן דיזיף בצנעה יזיף לדידהו מאן דמוזיף בפרהסיא מוזיף כי היכי דהוו סהדי ויגבה ממונו על פיהם דלא מהימן לומר פרעתי ואם ידונו דין טירפא אף במלוה ע"פ בטלת מקח מקרקעות שלא יקנה שום אדם מדאגה מדבר שלא יבא ב"ח אף במלוה ע"פ ויטרוף ממנו לכך עשו שלא יהא אחריות על הלוקח ומלוה דמוזיף ליה לאו אקרקעות סמיך אלא סמיכותא אמטלטלין כארנקי דמחוזא וגמלי דערביא אי נמי כיון דעכו"ם חובשין אותו עד שיפרע היינו סמיכותא דמלוה מה שאין כן בדיניהו שלא נתנה רשות לחבוש בדיני ממונות הילכך אע"ג דקי"ל ישראל ועכו"ם שבאו

לפנינו אם אתה יכול לזכותו בדיני ישראל אמור לו כך דיננו ואם לאו אומרים לו כך דינכם כדאמרינן בהגוזל בתרא הכא שדיניהם דין לענין תקנתא דלוקח לא מצינן למימר ליה כך דיננו דלדידן נמי היכא דאיכא פסידא דלוקחים חיישינן לפסידא דידהו אלא דבלוקחים ישראל אינהו דאפסיד אנפשייהו דהוה ליה לעיוני עכו"ם דלא הו"ל לעיוני דלדידהו אין טירפא כלל מאי הו"ל למעבד ואי מאיבול' דידהו תפקיה ולישא שכר דידן לא תועילנו ויהיה על שתי הסעיפים פוסח ומכאן ומכאן קרח לא נמצאה מדת הדין לוקה. אלא להא מילתא דינא דידהו דינא משום תקנתא דלקוחות וישראל הבא מכחו כמוהו דאתי מכח גברא דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיה מדינא דומיא דההיא דבכורות וכן מצי אמר ליה מהדרנא שטרא למריה כלומר שהוא בא במקום הלוקח העכו"ם וקנה כל זכות שיש לו כדכתב הרמב"ם והטור שם אי נמי הלוקח העכו"ם זכה מדינא דידהו דדינא דמלכותא דינא הואיל ומשפט חרוץ הוא אצלם שלא לטרוף מלקוחות אפילו לענין ממון המלך שאם יש מי שחייב למלך ומכר את שדהו אין המלך מוציא מיד הלוקח וה"ה בישראל הבא מחמתו דזכה כדין העכו"ם שמכר לו דומיא דהא דאמרינן בחזקת הבתים אריסותא דפרסאי עד מ' שנין ופרש"בם עכו"ם שהחזיק בקרקע ישראל מ' שנין ישראל הלוקח ממנו זכה ולא אמרי' הרי הוא כעכו"ם וכן הביאה הרא"ש ז"ל הרי שאבד ישראל את זכותו מכח דינא דמלכא דאמר דבמ' שנין לא יוכל לומר מרי דארעא שהיא שלו וזכה הלוקח מן העכו"ם הבא מחמתו שלא כדברי האומרים דלא אמרי' דד"ד אלא במה שעושה המלך לצרכו כגון דקטלי דקל למעבר עליה כמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא והרי כאן שאע"פ שאין דין זה נוגע למלכות ולא לממון המלך אמרינן ביה דינא ד"ד ומפקיע זכותו של ישראל הא' בכך ולא בעי' שיהא תחלת דינו מפי המלך אלא אפי' כל משפט' דיניהם שיסדו פקחי' שבהם הואיל ומשפט חרוץ הוא ודרך המלך שמתנהג בנימוס זה שבירר מעצמו לאפוקי אותם הכפרים שאעפ"י שדנים בהם העכו"ם אותם דקבילו עלייהו לא מקרו בהו דד"ד אלא בפסק שהמלך מתנהג בו ומצוה לשופטיו לדון אחריו וכיון שהעכו"ם היה זוכה בבית או מתקנתא או מדינא דמלכות' גם הישראל הבא מכחו זכה ובהכי שייך שפיר לומר מהדרנא שטרא למאריה וראיתי בתשובה להרא"ש ז"ל כלל י"ח ראובן שמכר לשמעון ש"ח שיש לו על לוי שמסרו לו עכו"ם ובא בטענ' מכח העכו"ם אני בא ואתדיין אותך בדיני עכו"ם והשיב דאין צריך לדון עמו בדיני עכו"ם אלא בדיני ישראל והדיינים ידונו כאילו הוחזרו השטרות לעכו"ם דהו"ל אותו כח שהי' לעכו"ם על לוי בדינ' דמלכותא יש לו לשמעון על לוי. וביאר שם מאי איכא בין ההיא דכתובות להההיא דקמא דכל היכא שאינו בא לגרוע כחו עתה יותר משא' היה כבר מוחז'

לא מ"ל לכי תהדר והרי נתקיימו דברי הרב ז"ל ואין דבריו צריכין חיזוק. ועוד ראיתי בתוך תשובת הרא"ש שבכלל ע"א תשובה ארוכה שהביא ההיא דפ"ק דקאמר דאמר כל דבר שאדם יכול לטעון רואין אותו כאלו הוא כבר עשוי וכדאמרי' בפ' בתרא דכתובו' בחד דאתי מכח ב' כו' ולא מ"ל לכי תהדר דכל מה שיש ביד האדם לעשות חזינן ליה כאלו הוא עשוי ודלא כפרש"י שפי' מוזילנ' גבך כו'.

ומה שרמז לנו הרב דלא דמי להההיא דהביא המרדכי בפ' חזקת בשם ריב"א היינו מה שכתב המרדכי בשם ריב"א דהא דאמרינן בכל דוכתא ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם היינו דוקא לענין הורע כחו של ישראל כגון הכא וכו' אבל לייפו' כחו לא אמרינן הכי כגון עכו"ם שהוא בשכונת ישראל והחזיק בחלונות של ישראל ג' שנים ושוב קנאו ישראל לאותו קרקע מיד עכו"ם לא אמרי' דהוא כעכו"ם להחזיק דמה שהחזיק עכו"ם שלא כדין החזיק ורואה אני את דבריו דמה לי החזיק בקרקע מה לי החזיק בחלונות ע"כ. ומשמע מדבריו דליפות כחו לא אמרינן אנא מחמת עכו"ם קאתינא ונראה דלא מיירי התם כשרוצה ישראל חבירו לבנו' כנגד חלונותיו דבהא לא היה צריך לזה הטעם דכל דברשות עכו"ם היה יכול לבנות כנגד חלונותיו דבהא לא היה צריך לזה הטעם דכל דברשות עכו"ם היה יכול לבנות ולסתו' כדיניה' כדכתב המרדכי שם לעיל משם גדולי צרפת אלא שבא למחות בידו ולומר שיסתום חלונותיו ואיכא למידק דלמה הוצרך ריב"א ז"ל לומר דלא אמרינן הרי הוא כעכו"ם ליפות כחו אדרבא היא הנותנת דמשום דבא מחמת עכו"ם הרי הוא כמוהו וכי היכי דאיהו אין לו חזק' שלא הייתי יכול למחות בו כך אתה הבא מכחו אין לך חזקה עליו ונראה דהכא מיירי כשפתח ברשות ישראל ומדעתו והוא אמר לו לפתוח דבכה"ג אי אמר ישראל קמאי דידי זבנה עכו"ם מינך הויא ליה חזקה הוה מצי אמר מה שנתרציתי לו שיפתח לפי שידעתי שבדיניהם כך הוא ולא הייתי יכול למחות בידו אבל אתה ישראל ואי אתה רשאי לפתוח עלי והלה אומר אני באתי מכחו של עכו"ם ובזכותו וכי היכי דאיהו זכה בדיניהם אנא בדוכתיה קאמינא לכך כתב שלא אמרו הרי הוא כעכו"ם ליפות כחו אלא להורע כחו ואיכא למימר דכי היכי דהתם לא מצי אמר דמהדרנא שטרא למאריה וכדיניהם עבידנ' לך דמה שהיה עושה לא היה כדין אלא בדיניהם אף כאן לא יוכל לומר מהדרנא שטרא למאריה ותדין עמו בדיניהם שאין לך שעבוד עליו דסוף סוף דינא עמך שאתה ישראל אלא נראה שיש לחלק דהתם הנזק הוא בכל יום ויום שמזיק לו בגירי דיליה בהיזק ראיה ואם לא היה חושש העכו"ם בכך אתה שאתה ישראל ראוי לך לחוש שלא להזיקני בראייתך דאסור

עליך להסתכל בי ובהכי לא מהני טעמא דמהדרנ' שטרא למארי' אבל הכא מצי אמר ליה מכי מכרה ישראל פקע שעבודך מינה ואני מחמתו ושלו' הצעיר יוסף.

סימן לט

שאלה יעקב לא היו לו בנים כי אם בנות רחל ולאה והשיא את רחל עם ראובן ומתה רחל ולא נשאר לראובן ממנה זרע ונכנסה במקומה אחותה ובראות יעקב הזקן כי מתה בתו רחל ובן אין לו בלעדי בתו לאה והוא היה אלמן נשא את רבקה לאשה אולי יזכה ויבנה ממנה ויעתר לו ה' ויתן לו ממנה שני בנים זכרים ויגוע וימת יעקב וכל נכסי עזבונו ירשו בניו הזכרים כדת משה וישראל ומתה לאה אשת ראובן אחות הבנים הנז' ונשאר לראובן ממנה בת ושמה דינה ולמקצת ירחין וימותו גם שניהם בני יעקב הנז' בקצרות שנים ולא הגיעו לחופה ונפלו נכסי עזבונם קרקעות ונכסים מטלטלין בירושה לדינה הנזכרת מצד שהיתה בת אחותם לאה הנזכרת כי לה משפט הירושה ויהי עתה בא לוי בעל חובו של ראובן וישלח ידו לתפוס מהקרקעות שנשארו מהזקן יעקב בעד מסים וארנוניות שפרע בעד ראובן באומרו כי לו משפט הירושה להיותו בעלה של לאה בת יעקב שלדעתו של לוי היא היורשת את אחיה בקבר ובעלה ראובן יורש את אשתו ובע"ח של ראובן גובה מהנכסים הנז' וזה כמה שנים שלח ידו לוי הבע"ח הנז' והחזיק בקרקעות הנז' ואוכל פירותיהן בשאט בנפש ודינה טוענת כי אין ללוי כח וזכות בנכסי' הנז' בעד חוב אביה ראובן כי אין לו בהם חלק ונחלה כלל כי היא היורשת את אחיה בדין התורה מאחר שהם מתו אחרי מות אמה לאה ואין הבעל יורש את אשתו בראוי כי אם במוחזק ועתה באה דינה להוציא הקרקעות מיד לוי יחד עם כל הפירות שאכל עד עתה כמאן דאכיל דלאו דיליה ילמדנו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכרו כמ"ה.

תשובה זו אינה צריכה לפנים שאפי' היה הבעל עכשיו בחיים לא היה יורש את אשתו בקבר והאיך בעל חוב הבא מכחו מצי למטרף וגמרא ערוכה הוא בפ' יש נוחלין מנין לב"ח שאינו נוטל בראוי כבמוחזק שנאמר ושגוב הוליד את יאיר ויהי לו כג' עיר וכו' וכי מנין לו ליאי' שלא היה לו לשגוב אלא מלמד שנש' שגוב אשה ומתה בחיי מורשי' ומתו מורישיה וירשה יאיר ולא שגוב ופ' רש"בם סד"א כיון דבעל בירושת אשתו הוא קודם לבנה הכי נמי בירוש' שנפלה לה לאחר מיתתה יקדים האב לבנה דק"ו הוא וכו'. ומאחר שהוא עצמו כשהיה בחיים לא היה זוכה במקום בנה היאך יטרוף ב"ח מכחו דנכסי' אלו לאו מכח אביו יורשם אלא מכחו ולא עוד אלא שאפילו בנכסי' שנפלו לו מאבי אביו שאלו היה אביו בחיים היה יורשם השתא דמית מצי אמר אנא מכח אבוה דאבא קאתינ' כדאמרינן בס"פ מי שמת מדכתיב תחת אבותיך יהיו בניך ואעפ"י שהבעל התרומה ז"ל

בשער מ"ג ח"ב כתב יש מי שסובר שלוה שכתב דאקני ומת ולא הניח נכסי' אך לימים מתו מורישיו וירשו בניו שב"ח גובה מאותם נכסים וכן הביא הרא"ש בהלכות בכורות בפ' יש בכור כבר כתבתי בתשובה שאותה סברא אין בה סמיכה כלל וסוגיא דשמעתא דפ' מי שמת לא אזלה כוותיה כמו שכ' הפוסקים ז"ל דאדרבא בגמרא קמתמה מאי קשה בדיני ממונות דקאמר דשפיר מצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא ומהד' טובא לאשכוחי טעמא דקשה בדיני ממונות ושם הבאתי ראיה מדברי כל הפוסקים ז"ל ולשון התוס' והירושלמי שהביא הרמ"בן ז"ל שהם מפרשים שאין ב"ח נוטל בראוי כזה וענין דאקני הוכחתי שם דלא מהני כלל וכאן אין להארי' שאין אנו צריכין לזה שהאב אפי' בחייו אין לו שום זכיה והיאך יזכה ב"ח הבא מכחו לפיכך לוי שנכנס בקרקעות שלא כדין נכנס והדרא ארעא והדרי פירי למען יחדל מעושק ידיו.

סימן מ

שאלה ראובן ושמעון היו שכני' חצרו של שמעון לפנים מחצרו של ראובן וכתבו שטר ביניהם בזה האופן שראובן נתן לשמעון דרך בחצרו לבתים שדר בהם שמעון ושמעון נתחייב לתת לו ג' מאו' לבני' מידי שנה בשנ' לבל יעבור ואם לא יפרעם הרשו' ביד ראובן למחו' בידו וביד באי כחו כל זמן שלא יפרע לו או באי כחו הסך הנז' ובהיו' שראובן מכר ללוי ולוי ליהוד' ומסר שטר זכיותיו ליהודה בכלל שטר החיוב הנז' ועת' שמעון מסרב ואינו רוצ' לפרוע הג' מאות לבני' הנז' וטוען שמעול' לא פרע מאומ' יורנו רבינו אי מהימן לומר שלא פרע דאימור פרע ואת"ל שלא פרע עדיין חייב בהם ולא נמחלו ואת"ל דמעות שכירות שעבר מחל לו ונאמן בשבועה אבל הקרקע והדרך עצמו אפי' לפי טענתו לא מחל לו ועוד דשמעון זה ברשות ירד לכל זמן ועידן שיתן הג' מאות לבנים ועוד שאינו טוען לקחתיה או נתנה לי במתנה אלא שלא פרעתי והוי חזקה שאין עמה טענה יורינו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה כשאין עמה טענה אין כאן שאלה לא נצרכה אלא בבא מחמת טענה חזרתי ולקחתי זכות המעבר או נתן לי במתנה וראיה שהחזקתי כמה שנים בלא פרעון ולא מיחה אדם בידי ובכה"ג טענה דיורד ברשות לא מן השם הוא זה דלא מקרי יורד ברשות אלא מי שיורד בתורת משכנתא דקאכיל פירי ואין אכילתו אח"כ ראיה הואיל שתחלת ירידתו לאכלה ברשות אבל הנכנס בתורת שכירות דלאו פירי אכיל שהרי פורע דבר יום ביומו אם שוב אכלה שני חזקה ולא פרע עלתה לו חזקה דעד האידנא בשכירות והשתא קאכלה ליה בחנם דהכי אמרי' גבי אריס אמאי אין לו חזקה עד השתא פלגא והאידנא כולה ואוקימנ' לה התם באריסי בתי אבו' וכו' ושמעון זה לא ירד לה מתחילה בתורת

אכילה כי שכיר הוא בא בשכרו וכל אותו הזמן שלא היה פורע הי"ל לראובן למחות בידו לפיכך עלתה לו חזקה כשלא מחה שכן כתב הרמב"ם ז"ל היכא דידוע שירד בתורת משכנתא אין לו חזקה לעולם וכן הביא הרשב"א והנ"י בשם הר"ן וטעמא משום דחשיב כאיכא עידי פקדון וראה במטלטלין דחזקה דידהו משום דכידו הוא דמי הביא' תחת ידו של זה והיכא דאיכא סהדי דבפקדון באו לידו תו ליכא חזקה וכה"ג בקרקעות שאכילתן ראיה היכא דאיכא עדים שאכלן ברשות שוב אין אכילתו חזקה אבל עדים שנכנס בתורת שכירות האי אכילה דהבעלים מיקרי שאוכלי' שכרה ולא דמי לעידי פקדון דמטלטלין אלא לעדים שהחפץ של המערער דאכתי כשהוא ביד אחר בחזק' התופסים קיימא ועוד שאפילו את"ל דחשיב כיורד ברשות למ"ד יורד ברשות יש לו חזקה מצי למחויי ה"נ מכי פסק מלפרוע ולא מיחה עלתה לו חזקה דזו היא אכילתם ולא שייך לומר בכה"ג דכיון דפלוגתא דרבוותא היא ארעא בחזקת מרא קיימא לפי שהקרקע אינו יכול להוציא מתחת ידו ודמים הוא שתבעו כדאמר בפ' לא יחפור גבי הרחק' אילן מן העיר אם העיר קדמה קוצץ ואינו נותן דמי' ואם אילן קדם קוצץ ונותן דמי' ספק זה קדם וספק זה קדם קוצץ ואינו נותן דמי' מ"ט אילו כיון דלמיקץ קאי כמאן דקצץ דמי ואי משום דמי אייתי ראיה דאילן קדם וטול ועוד דאמר בפרק המקבל גבי יתומים אומרים אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דמגבא דמי וכו' אלא כך צ"ל הואיל ואין לראובן על שמעון תביעת קרקע אלא תביעת ממון אפי' היה בא שמעון מחמת טענה שמחל לו אותו חיוב אינה טענה המתקבלת דאין אדם מוחל זכותו ולא יהיב מתנה ואי מהני טענה זו דוקא היכא דאיכא מגו דפרעון והכא לא מצי טעין פרעתי על מה שעתיד לבא דחזקה לא פרע איניש גו זימניה אף טענת מחילה לא מהני ולא עוד אלא דאף על מה שעבר לא מהני לה הך טענה ולא חשיב מגו כמו שאפרש בס"ד.

ומנא תימרא דטענת מחילה טענה רעועה היא ואינה מתקבלת אלא ע"י מגו דהכי מוכח בההיא דפרק שבועת הדיינים גבי סטראי נינהו דהיכא דפרעיה באפי סהדי אע"ג דלא אדכר ליה שטר אתרע שטרא וכתב הרא"ש דסבר רבינו יוסף הלוי ז"ל למימר דאי מסהד' דיהיב ליה זוזי סתמא לא אתרע ליה שטרא דהיה יכול לומר במתנה יהבת ליה כדאמר בפרק שבועת העדות מנה נתתי לך בפני פ' ופ' והעדים רואים אותו מבחוץ דכי אמר במתנה נתן לי כי עדים רואים אותו מאי הוי ולא הודה לו הרמב"ן ז"ל דמנ"ל דמהימן לומר בטענה נתנם לי אדרבא יותר גרוע טענת מתנה מטענת סטראי ולא דמי להההיא דפרק שבועת העדות דהתם לא היה חייב לו תחילה כלום והוא אומר במתנה נתן לי המע"ה אבל הכא כבר הוא חייב ובא להפטר בטענה גרועה והכי מסיק הרא"ש ז"ל ואפי'

הר"י הלוי ז"ל דוקא התם קאמר דמהימן בטענת מתנה משום דלא טעין אגוף המלוה מחילה אלא על המעות שמנה לו וחשיב להו כתחלת חיוב דומיא דההיא דשבועת העדו' אבל מודה הוא דאי טעין מחילה בגוף החוב לא מהימן דאל"כ בכל השטרות הישנים לטעון הואיל ולא תבעת ממני מחלת לי דגבי אלמנה דוקא תנן גובה כתובתה עד כ"ה כדמפ' התם טעמא. ועוד דמע"פ בתוך זמנו דאמ' הלואי ויפרע אדם בזמנו ומתוך חזקה זו מפקי' אפי' מיתמי' כדאמרינן בפ"ק דבתרא ואמאי לא טענינן ליתמי ועוד איהו גופיה אמאי לא מהימן ויהא נאמן במגו דמחילה דשייכא אפילו בתוך זמנו ועוד ראיה מדקאמ' רבנן גבי טוען על השטר רבית או אמנה ומזוייף דאין מחייבים את המלוה לישבע על כך כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' לוה והכריע כדברי רבותיו שאינו זקוק לשבועה אלא בטענת פרעתי לפי שהשטר לפרעון הוא עומד וכן כתב' בשם בעל העיטור וכן כתב הרשב"ם ע"ש בח"מ סי' פ"ב ואעפ"י שהרמב"ן ז"ל חולק בזה היינו דוקא לענין שבועה דרמי עליה שבועה שמא יודה מ"מ מודה הוא לפטור עצמו טענה גרועה היא כדכתב הוא עצמו בפ' שבועת הדיינים שהבאתי לעיל וכ"ת שאני הכא דרגלים לדבר שהיה יכול למחות בידו ומדלא מחה מחל כדאמר גבי זיז עד טפח יש לו חזקה משום דיכול למחות שאני הכא שאין מחאתו מונעתו לגמרי שיהא סותם פתח בפניו ומאי נעביד לנקוט פזרא בידיה וליתיבי אתי לאנצויי בכל שעה יזמננו לדין וב"ד אומר צא תן לו בדברים לא יוסר נמצא כל ימיו בקטטה ואין אדם דר עם נחש בכפיפה כדאמר גבי האומ' איני זן יוציא ויתן כתובה מחכו עלה במערבא עד שיכפוהו להוציא יכפוהו לזון ומשני אין אדם דר עם נחש בכפיפ' אלמא כפיה בכל שעה דירת נחש קרינן לה הילכך אין ראיה במה שלא היה מוחה ומנע רגלו מחצרו משום דלא ליתו לאנצויי לפיכך טענת שמעון אינה טענה אלא שיש לבעל הדין לחלוק בטענה אחרת שכיון שכתוב נתחייב שמעון לתת לו כך וכך נאמר שלא נתחייב לתת אלא לו לעצמו אבל לא ליורשיו ולא לבאי כחו דקי' לן בפ' מי שאחזו ע"מ שתתני לי ר' זוז כרבנן דלי ולא ליורשיו משמע איברא דאיכא למימר דגט שאני דלצעורא קמכוין דכה"ג מפליג תלמודא התם לענין פלוגתא דאצטלית אי חזרת דמים הויא חזרה או לא ומייתי מההוא גברא דאמר לאריסיה וכו' לסוף אתא מטרא ומשני ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא דלצעורא קא מכוין הכא משום הרוח' הוא והא לא אצטריך וכה"ג נאמ' בשאר תנאי' כגון הכא הלהרוח' קמכוין ולי ואפילו ליורשי קאמר דכי משייר לדידיה בעין יפה משייר ואשכחן נמי בפ' המוכר את הבית בע"מ שדיוט' העליונ' שלי ומייתי הא דתניא בן לוי שמכר שדה לישראל וא"ל ע"מ שמעש' א' שלי מעש' ראשון שלו ואם אמ' לי ולבני מת נותנו לבנו משמ' דאי לאו דפריש מסתמא

אין בנו זוכה בו אך הרשב"ם פי' שם הטעם דכיון דמשום יתור לשון הוא דאמר ששייר מקום המעשר דיו אי אהני למ"ש דוקא לעצמו וכן הטעם בע"מ שדיוטה העליונה שלי והרמב"ם ז"ל פי' טעם אחר דלא אמרי לי ולא ליורשי אלא במשייר פירות בשל אחרים שהגוף של לוקח הוא אבל בע"מ שדיוטה העליונה שלי וכן במשייר אילנות לפניו דשייר קרקע כיון דדבר מסויי' שייר לעצמו הרי יורשיו כמוהו ולהרשב"א בתשובה הביאה הרב הב"י ז"ל סי' ר"ז האומר שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי בכל שנה מנה ה"ז נותן לו כל ימי חייו מת אינו נותן ליורשיו ואיכא למידק כיון דיליף לה מפלוגתא דרשב"ג ורבנן הרי זה גיטך ע"מ שתתן לי ר' זוז התם כי מייתי לא קיים תנאו ובטלו הקידושין וכה"ג היתה מתבטלת המכירה וכ"כ הוא עצמו בתשוב' הביאה הב"י לקמן ע"מ שתתן לי כך וכך עד זמן פ' ומת המקבל תוך הזמן אינו נפטר אעפ"י שיתן ליורשיו כי לי ולא ליורשי משמע וכן אתה תתן וכו' ע"כ אלא שאני התם שהוא תנא' שראוי לקיימו בחייו שיתן לו הר' זוז אבל כאן לא נתן קצבה אלא אמר שתתן לי בכל שנה א"א להתקיים אלא בעודו בחיים הילכך כי מיית מפטר ומחוורתא דמילתא דלא אמרינן דכה"ג דלי ולא ליורשי קאמר אלא גבי תנאי שאינו חיוב ולא זכיה כגון האומר הז"ג ע"מ שתתני לי ר' זוז אינו חיוב רצתה אינה נותנת אלא שהוא תנאי מבטל מעשה הגט תדע מדמבעיא לן בפ' מי שאחזו באו' הז"ג ע"מ שתתני לי ר' זוז אי נתינה בע"כ הוי נתינה או לאו ואם איתא דמחייבא למיהב ליה פשיט' דהא קי"ל דפרעון זוזא זוזא הוי פרעון והא דאמ' בפ' מצות חליצה גבי ההוא דאתא לקמיה דאביי א"ל חלוץ לה ע"מ שתתן לך ר' זוז לבתר דחליץ א"ל זיל הב לה אע"ג דמדינא אין ביטול התנאי מבטל החליצה דקי"ל כל שא"א לעשותו ע"י שליח אין תנאי מועיל לבטלו אלא פרש"י זיל הב לה דהא קבילת עליך דמדינא דשכירות מחייב' למיתב ליה אבל מדינא לא מחייב הילכך כי בעי לקיומי תנאה כדי לבטל המעשה אין לנו אלא דלשון התנאי דוקא לי ולא ליורשי דיורשיו לאו מכחו ירתי דהא איהו גופיה לא זכה ביה ובלשון של תנאי אין יורשים במשמע אבל בכל חיוב דבעלמא שמחייב אף במה שאינו חייב אע"ג דאמר אני מתחייב לך אם מת חייב לתת לבניו דמכחו ירתי ולא אמר לך ולא ליורשיך וכן אם מת המתחייב יורשים פורעים תדע דבפרק הנושא גבי פסק לה על מנת שאזון את בתך ה' שנים דאותו חיוב חל על נכסיו לאחר מיתה דקתני מתו בנותיהן ניזונית מנכסים בני חורין והיא נזונית מנכסים משועבדים מפני שהיא כבעל חוב דהאי חיוב שאדם מתחייב לחבירו לו וליורשיו נתחייב כשם שהחיוב חל עליו כך חל על יורשיו אחריו וכההיא דפרק המוכר את הבית גבי מעשר א' ובע"מ שפירות שלי טעמא דהרמב"ן ז"ל כיון ששייר פירות בגוף האחרים ולא שייר דבר מסויים לעצמו מ"ה

אמר דאין יורשיו במשמע ולטעמו של רשב"ם שאני התם דמשום יתור לשון קאתי ליה שיור המקום ולא ליורשי ש"מ הא דתנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלו שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקאמר אתה ולי דלי ולא ליורשי משמע אתה ולא יורשיך משמע ע"כ.

וזה תימא דמי שלוה מנה על שדה שוה מאתים וסמך בדעתו לתתה לו לזמן פ' מפני שמת המלוה או הלוה בתוך הזמן יפסיד שדהו הרי ע"ד כן הלוה אותם ע"ד שיהנה בהם עד ג' שנים וברשות היה מעכבין ואם מת המלוה או הלוה מה בידו לעשות ויש לומר דההיא דהלוהו על שדהו אוקימנא לה התם בדאמר ליה קני מעכשיו דאל"כ אסמכתא בעלמא היא ולא קני וכיון דא"ל מוכר קני מעכשיו כי אמר לוקח אם אי אתה נותן לי וכו' מלתא הוא דעביד גביה שאם יביא מעותיו בתוך ג' שנים יחזיר לו קרקע ופירותיו ואם לאו הרי קנויה לו מעכשיו נמצא שהמעות אינם חיוב על בעל השדה שאם לא רצה ליתן לו הלוקח אינו יכול להוציא מידו אלא אם רצה מקיים תנאי ולוקח את הקרקע וכיון שעל ידי תנאי בא להוציא את הקרקע אין לו אלא כפי דקדוק תנאו אתה ולא ליורשיך לי ולא ליורשי הילכך בנדון דידן ששמעון נתחייב לתת לראובן אין זה תנאי במכר ולא שטר בגוף של אחרים הרי נשתעבד לראובן וליורשיו אחריו והרי זה נכון.

ועדיין יש לב"ד לחלוק ולומר הואיל והחיוב היה סתם ולא נתן קצבה יש להסתפק בו מהא דכתב הרא"ש בתשובה כלל ו' במקבל עליו לזון חבירו דאינו חייב לזונו אלא שנה א' והכא דהזכיר שנה בשנה ואמר ב' שנים דיד בעל השטר ע"ה דומיא דשנין סתמא.

איברא דהר' מהר"א ן' חיים נסתפק באומר תנו בית לפ' שידור בו אם נאמן שידור אפילו שעה א' משמע והביא דברי הרא"ש אלה בתשובה סי' ק"ך וכתב שצריך ליישב מ"ש הרא"ש עצמו בס"פ שבועות ב' שהאוסר פירות שבעולם עליו ולא הזכיר לעולם כיון שלא קבע זמן נאסרו עליו לעולם וכתב הוא ז"ל שצ"ל דהתם טעמא כדמפרש הרא"ש דאל"כ איזה זמן תתן לו אבל הכא גבי מזונות יש להם זמן קבוע משנה לשנה שכשמכין אדם מזונותיו משנה לשנה מכין וכדאמרינן בעלמא מזונותיו של אדם קצובי' לו מר"ה לר"ה אלו דבריו ז"ל.

ואינן מתיישבין אצלי דמה נאמר אם היה באמצע השנה שאין דרך להכין אז צרכי השנה וגם אין קוצבין לו מן השמים ומה קצבה בשנה טפי הו"לל ל' יום כדאמר בערכין מניחין לו מזון שלשים יום וכסות י"ב חדש אלא נראה דטעמו של הרא"ש שם באותו הנדון עילה מצא בקבל לזון את פ' או יתן לו ק' זהובים לשנה וזה הלשון מסופק אם ר"ל בעד שנה והיינו שנה א' או לכל שנה ויד בעל השטר ע"ה וע"כ גזר שאינו חייב לזון אלא

שנה א' ובעד שנה א' קאמר. וכי תימא כיון דלזון לעולם משמע ילמד תחתון מעליון כל שנה לכל שנה קאמר דהא תנן שאם תמחק אות א' מן העליון ילמד מן התחתון וכתב מהרי"ק בשרש י' דהיכא דאפשר לקיים שניהם לא עדיף תחתון מעליון אלא אדרבא לא חש להאריך שסמך על מה שאמר למעלה.

ויש לומר דשאני הכא שהעליון נמי סתום ואיכא למימר דהאי לשנה אכולה מילתא קאי יזון או יתן ק' זהובים לשנה דהיינו שנה אחת ונדרש אלפני פניו ויש לנו הרבה כיוצא בה.

א"נ איכא טעמא דסתם חיוב מזונות לאו לעולם משמע מדלא פירש כל ימיו שאם היה פנוי וישא אשה או היה עני והעשיר ליכא חיוב' עליה דסתם מזונות בזמן שהוא צריך להיות ניזון אצלו משמע שכן כתב הריטב"א בתשובה הביאה הרב שם וכיון דסתם לשון הותר מכללו אף כשמצינו שם עילה לומר דהיינו שנה שנזכר בשטר ועליו סמך שלא פירש אבל כל המתחייב סתם בכל מיני חיובים לעולם משמע כדאמר בפ' ד' נדרים דנודרין להרגין וכו' דמוקי לה באומר היום ומוציא בשפתיו סתם ואע"ג דקי"ל דדברים שבלב אינן דברים לגבי אונסין שאני אלמא בעלמא סתמא לעולם משמע וכדכתב הר"ן שם והתוס' בפ' שבועות ב' ובפ"ב דנדרים גבי קונם שאיני ישן פרכי' בגמרא ואי לא יהיב שיעורא למילתיה מי שבקינן ליה עד דעבר איסור בל יחל והא אמר ר' יהודה שבועה שלא אישן ג' ימים מלקין אותו וכו' אלמא לא אישן לעולם משמע ולא אמר שיהא זמן שיוכל לאנוס עצמו שלא ישן וכ"כ הרא"ש באו' יאסרו פירות שבעולם עלי דהוי שבועת שוא דא"א לו להיות בלא אכילה דכיון דלא קבע זמן מתחלה נאסרו עליו לעולם דאיזה הזמן תתן לו.

וראיתי בהגהות המרדכי דשבועות דאמר בפ"ק דנדרים ואי אשמועינן נדרים משום דלית לה קיצותא אלמא סתמא לעולם משמע וכ"ת מ"ש מנזירות דאמר סתם נזירות ל' יום י"ל דגבי נזיר אתסר נפשיה מן חפצא הילכך סברא הוא שלא שעבד עצמו אלא הפחות ע"כ. והרב ז"ל הזכירו לשון זה שם ומכאן יש לפקפק שלא כל המקומות שוין מאחר שמחלק בין נדרים דאיסור חפצא נינהו להיכא שאסר נפשיה מן חפצא נתת מקום לחלק בשאר דברים אבל יש להסתכל בדבריהם שחלקו בנזירות שאסר נפשיה מן חפצא א"כ בשבועות נמי דאיסור גברא מן חפצא הוא נימא דלאו לעולם משמע והא ליתא דהא דפריך בפ"ב דנדרים ואי לא יהיב שיעורא מי שבקינן ליה אע"ג דאנדרים משתעי לא קאי אלא אשבועות דסיפא דקתני שבועה שאיני ישן דשייך מלקות משום שבועת שוא אבל נדר שוא לא אשכחן דאסור כדכתב הר"ן שם וכן ההיא דנודרין להרגין בשבועה נמי

איירי וכן ההיא דהרא"ש דלעיל דאוס' פירות שבעולם עליו דהוי שבועת שוא אלא נראה הא דקאמר גבי נזיר אתסר נפשיה מן חפצא היינו דאתסר ממילא דרחמנא הוא דאסר עליה יין ותגלחת וטומאה שהרי הוא לוקה על כל א' בפני עצמו ועל היין בפני עצמו ועל החרצנים בפני עצמן ולא דמי לנדרים ושבועות שאיסור הבא מעצמו הוא כל מה שרצה לאסור עליו וכיון דבדידיה תליא כל שלא נתן קצבה לעולם משמע אבל נזירות דקיצותא עבד ליה רחמנא אפי' אמר הריני נזיר מן החרצנים ומן הזגי' ה"ז נזיר וכל דקדוקי נזירות עליו והטעינו הכתוב כמה לאוין הלכך סברא הוא שלא שעבד עצמו אלא הפחות שאסרה תורה עליו דהיינו ל' יום ותו לא גם מ"ש הרב ז"ל ולבי נקפי בהא דתנו בית לפ' וידור בו דכי היכי דאמר רב נחשון גאון דבאומר ידור פ' שעה א' משמע ולהכי לא אמר כלום ה"נ לרבוותא דמפרשי דידור לא אמר כלום משום דדירה אין בה משמע אית להו נמי דתנו בית זה וידור בו דלשעה משמע עד שיפרש לזמן פ' ואמר ואפשר שלזה כוון הרמ"בם שכתב אבל אמר תנו בית לפ' שידור בו עד זמן פ' דבריו קיימים עם שיש לפרש דברי הרמב"ם דלרבותא נקטיה אע"ג דלא הקנה לו גוף הבית לגמרי אלא דוקא בהשאלה דבריו קיימים דהא ודאי לא דמי אם אמר הגאון בידור משום דלא הזכיר אלא הפעולה ודירה שעה א' שמה דירה כדאשכחן בפ' מי שאחזו ע"מ שתניקי את בני דאמר רב אשי לרשב"ג אפי' לא הניקתו אלא שעה א' אלמא הנקה בת יומא קריא הנקה ומקיימה תנאיה בהכי דע"כ ל"פ רבנן עליה אלא משום דלצרכו קמתני צורך הנקה קאמר והכא דאמר ידור דירה כל שהוא קאמר ולאו כלום הוא אבל כי אמר תנו בית זה לדירה גוף הבית הקנה אלא פריעה בכדי הקנאת הגוף הקנאת עולם הוא עד שיפרש לזמן פ' דהא לא מפליג אלא בין ידור לתנו בית דמשמע דבתנו אפי' בסתם קני מיהו בנ"ד לעולם משמע חדא דזכות כנגד זכות הוא זה נתן לו המעבר בתוך שלו וזה נתחייב לו כך דמים לשנה כל זמן שהמעבר נמשך חיוב הדמים נמשך כשכיר שנה בשנה ועוד מדי שנה בשנה כל שנה ושנה משמע כמו יהלך מדי שנה דשמואל דמדי לעולם משמע מדי דברי בו מדי עלותה ואין בזה פקפוק כלל אלא שעדיין יש פתחון פה לשמעון עם הלוקח הזה הבא מכחו של ראובן לומר לאו בעל דברים דידי את דהיאך נשתעבד לו בחיוב זה מאחר שאין לראובן אצל שמעון תביעת קרקע רק חיוב ממון ובמאי נקנינהו שמעון להני זוזי בתוך מכר החצר אינו נכלל ואם מפני שמסר המוכר שטר זה בין שטרותיו כמו שאמר בשאלה מלוה אינה נקנית אלא בכתיבה ומסירה שיכתוב לו קני הך שטרא וכל שעבודא דאית ביה וכי תימא זכות שהיה לו בקרקע שישתמש לבדו בחצר ולא יעבור שמעון דרך עליו בזמן שאינו פורע זהו שהקנה לו דכל זכות שתבא לידו מכר ליתא דאין זה

זכות קרקע כיון שאינו יכול לסלקו לגמרי מן הקרקע וכשהוא מונעו עכשיו שליחותא דקמא הוא דעביד ופזרא בעלמא יהיב בידי' דלנקוט וליתיב ואלו רצה ראשון מבטלו אלא דהא סמיא בידיה ובכל שעה יכול המוכר להקנותו ואם על מה שעבר שפרע ישבע ויפטר ומכאן ולהבא אם לא יפרע יכול הקונה למחות בידו ויכול להוציא ממנו בדינא ודיינא ואם לאו יכול הלוקח לעכב בידו ואם בא מחמת טענה שמחל לו או שקנה ממנו כיון שלא מנע לא מהימן אפילו על שכירות שעבר וחייב לפרוע כל השנים ההמה דכל האומר מחלת כאומר לא פרעתי דמי ובטענת מחילה לא מהימן וכ"ת אדרבא יהא נאמן לומר מחלת במגו דפרעתי איברא שאם היה טוען מחל לי על כל השנים שעברו היה נאמן השתא דבא מחמת טענה שמחל לו בעלים הראשונים לא חשיב מגו דלא חשיב מגו אלא דכל מה שזוכה בטענה זו היה זוכה בטענה אחרת ומה ליה לשקר אבל הכא לא רצה לטעון פרעתי לפי שלא היה זוכה באותה טענה אלא על מה שעבר ועדיין היה צריך לפרוע להבא לכך בחר לומר מחל לי זכותו שנעקר חיובו לגמרי כדמוכח בההיא דפרק חזקת אזל אייתי סהדי דאכלה תרתי שנין אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרא פירי והקשו בתוספות לענין פירות אמאי לא מהימן במגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי ותירצו דאין זה מגו שהרי בא לתבוע גם הקרקע.

ועוד ראיה מההיא דפרק כל הגט מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה והקשו בתוספות ואמאי וכיון שהבעל מודה שגרשה והוא נאמן במגו דאי בעי אמר גרשתי את אשתי וכו' עד שאין לומר מגו אלא כשהטענות שוות וזו היא סבורה שתזכה למפרע ולא תימא דבכל הנהו משום שהטענות סותרות זו לזו דאי אמר לפירות ירדתי תו לא מצי טעין מינך זביני וכן כל הנך אבל היכא דלא הפסיד הראשונה ויכול לטעון את השנית כגון בנדון דידן עד עכשיו פרעתי מכאן ואילך מחל לי כבר ביארתי בתשובות הראשונות ענין זה והבאתי שם ראיות מוכיחות לע"ד דלא אמר מגו בכה"ג ואין לי כאן מקום להאריך. כללו של דבר שאין בדברי שמעון מקום פטור כלל לא מבעיא אם לא בא מחמת טענה אלא אפילו בא מחמת טענה שמחל לו ראובן אותו חיוב אינו זוכה לעבור עד שיפרע הג' מאות לבנים בכל שנה ולא זו בלבד שחייב מכאן ולהבא אלא אף למפרע חייב לפרוע בכל השנים שעברו שלא פרע כשירשהו ראובן את הלוקח שיוכל לתבוע משמעון הכל כמו שנתבאר והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף במהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן מא

שאלה ראובן היה נשוי עם אשתו הראשונה והוליד ממנה ב' בנים ובת א' וכשנפטרה אשת ראובן הנז' לבית עולמה נתן ראובן לב' בניו ולבתו הנז' קצת קרקע במתנה גמורה

ע"מ ובתנאי שראובן הנז' יזכה בפירות הקרקע הנז' כל ימי חייו ולא יורשי ראובן הנותן ולא בניו המקבלים למכור שום דבר מהקרקע הנז' כל ימי חיי ראובן הנז'. ויהי היום אחר כמה שנים הומר אח' מבני ראובן הנז' ויש לו בת א' שהוליד בזמן שהיה יהודי ויהי היום וראובן הנז' נפטר לב"ע וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק ועכשיו או' הבן היהודי שיש לו כל עזבון אבי ראובן לי הוא ואני זוכה בו לפי שאחי הומר ואין לו חלק ונחלה בעזבון אבי. והבת של המומר הנז' היא תובעת ואומרת שיש לה חלקה במתנה הנז' שנתן ראובן לב' בניו ובתו הנז' כי בשעת המתנה אביה היה יהודי וגם תובעת חלקה בעזבון ראובן הנז' באומרה כי כשהולידה אביה היה יהודי והיא תזכה בחלק ירושת אביה. יורנו מורנו מורה צדק אם תביעת וטענת הבת הנז' נכונה ויש לה חלק ונחלה בכל הנז' ושכרו מן השמים.

תשובה יש גאונים שכתבו דאין מומר יורש את אביו כמ"ש במרדכי בפ"ק דקידושין משם רב כהן צדק גאון ז"ל ומשם רבינו חננאל ז"ל ובהגה' אש"רי דפ' יש נוחלין הביא ג"כ מרבינו גרשום מ"ה שאינו יורש וכן הביא הרא"ש ז"ל אבל ריב"א וראבי"ה ז"ל כתבו שהמומר יורש את אביו אלא כתב ראבי"ה שיש כח ביד חכמים להפקיעה ממנו. וכן כ' הרא"ש בפ"ק דקידושין מכאן פוסקי' דישראל מומר יור' את אביו וכן מסתבר' שאע"פ שחטא ישראל הוא לקדש את האשה ולגרשה מ"מ אם אפשר טוב לתת ביד ב"ד דלא יהבינ' לי' דאזיל אכיל בגיותי' כדאמרי' לענין קנס בכתו' ואם ישיב תנתן לו ירושתו ע"כ. והרמב"ם ז"ל כתב וז"ל ישראל שהומר יורש את קרוביו הישראלים ואם ראו ב"ד לאבד את ממונו ולקונסו שלא יירש כדי שלא לחזק ידי רשעים הרשות בידם ואם יש לו בנים בישראל תנתן ירושת אביהם המומר להם וכן המנהג תמיד במערב. ובמרדכי הביא תשובת רש"י ז"ל מומר לע"ז שהפקיד פקדון ביד ישראל ותבעו המומר לאחר זמן ולא רצה להחזיר לו ומת המומר והקרובים באים לירש והשיב אם יש עדים לנפקד שתבעו המומר והוא השיב לא אתן זכה הנפקד ואין כח בדיינים להוציא דמומר לע"ז מין הוא וגופו וממונו הפקר וכל טעמי מסור יש בו וכו' ע"כ. וקשה דמשמע דס"ל דיורש דבר תורה אלא שהפקיעו חכמים ממונו כדין המיני' והמסורות ואם מטעם הפקר הוא דקנסינן ליה כדברי הרמב"ם הרי הם ראויים לו אם ישוב כדכתב הרא"ש וגם ראויים לבניו כדכתב הרמב"ם ז"ל שתנתן להם ירושת אביהם והיכי דיינינן ליה כדין הפקר. וגם הרא"ש ז"ל כתב בתשובה מומר שנתן ירושתו שהיה לו לירש מאביו לאמו ומת אביו ותבעה אמו הנכסים ויורש המומר תבע ג"כ הנכסים הר' יאודה כתב בס' הדינין תשובה לרבינו משולם שהמומר אינו יורש את אביו והביא מן הפסוק ונ"ל דאסמכתא

בעלמא הוא אלא קנס שקנסו חכמים וכיון שאינו יורשו מיד כשמת אבי המומר זכתה בת המומר בנכסי אבי אביה ולא היה למומר זכיה מעולם ומתנתו לא הוי מתנה כלל ע"כ שאעפ"י שהפקיעו חכמים נכסי המומר מ"מ יורשיו זוכי' בו ולא נעשה הפקר לאחרים ומיהו נראה דרש"י ז"ל לא פליג אהרמב"ם והרא"ש ולא אינהו פליגי על רש"י דדוקא בנכסי עצמו של המומר הוא דכתב רש"י שהם הפקר שכל הקודם זכה בהם אבל בנכסי אביו שמת דחשבינן למומר כמאן דליתיה ובניו עומדים תחתיו לירושה כההיא דס"פ יש נוחלין אבוך מזבין ואת מפיק זו הוא שקשה בדיני ממונות משום דא"ל אנא מכח אבוה דאבא קאתינא דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך וה"ה לשאר יורשים ממשפחת אביו שקמים הם תחתיו לירושה ורואין את המומר כאלו אינו ולא זכה בו כלל ולפיכך כתב הרמב"ם שנותן ליורשיו וכן הרא"ש ז"ל ואין לומר דבחיי הבן דאין לבני בנים במקום אביהן ובחייו כלום צד דירושה אלא כיון דמדין תורה נחלה ממשמשת ובאה לבן ושוב הפקירוה רבנן כל הקודם בה זכה ליתא דהכא לאו משום דין הפקר אתינא עלה אלא מדין הפקעה שהפקיעו חכמים ירושתו שלא ירשנה וכיון דאיהו לא ירית ממילא בניו קמים תחתיו לירושה וכן מוכח מדברי הרמב"ם שכתב אם ראו ב"ד לקנסו שלא יירש. ומיהו בנכסי המומר עצמו זכה אותו שישנו תחת ידו ולא יורשיו לפי שלא באו מכח אביו ואין יורשיו יורשי' בעודו בחיים וכבר זכה בו הנפקד בחייו. וקרוב לזה מצאתי ברב בעל תרומת הדשן סי' שע"ט.

ואי קשיא מהא דהשיב ראבי"ה הביאה הרב בב"י בסי' רפ"ג על מי שמת והניח ג' בנות והומרה הא' ופסק דבעל המומרת יורש אותה והא ירושת הבעל לאו מכח המוריש קאתי אלא נחלה הבאה לו ממקום אחר הוא ולמה יזכה בירושת אשתו ולא יחשב כהפקר שכל הקודם בו זכה לא קשיא דהתם בשעת מיתת אביה היתה הבת בדת משה ויהודית ונשואה לבעל ובשעת מיתת האב זכה בהם הבעל לפירות ולירושה ותו לא פקע זכותו במה שהומרה אח"כ אבל קשה מאידך שכתב המרדכי בשם ראבי"ה דאפילו לדברי הגאון האב יורש בנו המומר וכן הבעל יורש את אשתו המומרת אפילו מת מורישה לאחר שהומרה זכה הבעל בירושתה וכן כתב ראבי"ה ז"ל הלכה למעשה ע"כ והא בההיא שעתא שמת מורישה לא היתה היא בת ירושה וכיון דהיא לא זכתה היאך זכה הבעל מכחה. ותמהני במ"ש הרב בב"י שעל תשובה של מעלה נתכוון המרדכי שכתב וכ"כ ראבי"ה הלכה למעשה דההיא ודאי בשעת מיתת האב היתה בדת ישראל ונשואה וזכה בהם בעל וכאן בשעת נפילה היתה מומרת. וראיתי לרב בת"ה שכת' אהא דראבי"ה וסבר דכיון דמדאורייתא ירית המומר אלא משום דקנס חכמים שקלוה מיניה מ"מ כ"כ

לא זכית ליה זכיה עדיין שהקרוב לירש לדידיה הבו ליה רבנן בירושה ולא לקרובו של מוריש הנכסים ע"כ. והא ניחא למ"ד שהמומר יורש דבר תורה אלא שהפקיעו חכמים ממונו אבל ראבי"ה כתב אפילו לדברי הגאונים דאין מומר יורש את אביו לגמרי שכך כתב אפילו לדברי הגאון האב יורש את הבן המומר דאמאי קנסינן לאב וכן בעל יורש את אשתו המומרת וכן מוכח בהגהת אש"רי פ' יש נוחלין שהביא דברי הגאון דאין מומר יורש את אביו אבל ריב"א אומר שיורש את אביו וכ"כ ראבי"ה וסיים אך יש כח ביד חכמים להפקיע ממונו ואפילו לדברי הגאונים נ"ל שהאב יורש את בנו המומר ע"כ אלמא לדברי הגאונים דלא ירית לגמרי קאמר ולאו מטעם הפקעה. עוד כתב בת"ה ונראה לחלק שפיר דלא דמיא כלל ירושת הבעל בנכסי אשתו לשאר ירושת הקרובים דבעל אית ליה זכיה בגוה דידו עדיפא מידה מה שאין כח באח או בשאר קרובים דאין לו צד זכיה בחייו ע"כ וקי"ל דנהי דיפה כחו בנכסי אשתו וידו עדיפא מידה במה שהיא זכתה אבל לדברי הגאונים במה שלא זכתה היא איהו מנא ליה.

ויש לדקדק במה שהצריך רש"י שתבעו המומר והנפקד השיב שלא היה רוצה ליתן דהיינו כדי שתחשב זכיה מחיים קודם שתקפוץ נחלה לפני היורשים כההיא דפרק הכותב בההיא אתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי אתו יורשים קתבעו לה מינה א"ל מחיים תפיסנא אתו לקמיה דרב נחמן א"ל אית לך סהדי דתבע מינך ולא יהבת ליה ניהליה אלמא הא לאו הכי לא חשיבא תפיסה כיון דבתורת פקדון הוה גבה וקשה נימא דרשותו של אדם קונה לו שלא מדעתו כהא דתנן בפר' השואל הזבל של בעל הבית דאוקימנא לה בתורי דאתו מעלמא ואין לומר דשאני התם דמעיקרא כי אתא לרשותו הפקר היה אבל הכא בתורת פקדון אתא לידיה וכל זמן שלא כיון לזכות ברשותא דמאריה איתיה כדאמרינן גבי מוכר בנכסי הגר כסבור שהוא שלו לא קנה דהתם שאני דהוי מעשה קנין ולא קני אלא מדעת ובכונה אבל רשותו של אדם קונה לו אפילו בלא כונת קונה. ונראה דהיינו טעמא דכיון דחשיב כמינין ומסורות כשם שגופן מופקע להורידן לבור כך ממונן מופקע שיוכל כל אדם לשלוח בהם יד ולזכות בהם אבל כל זמן שלא שלט בהם אדם יד כל דהיכא דקיימי ברשותא דמאריה קיימי דכיון דבר זכיה הוא לא חשיב נכסי הפקר כל זמן שלא שלח בהם יד אחר לזכות בהם ולפיכך אם מת ממילא ירתי להו יורשיו אע"פ שהוא ברשות אחרים וע"כ לא פליגי בסוף קמא בנכסי מסור אי מצי לאבדן ביד דמ"ד אסור דלמא נפיק מיניה זרעא מעליא משמע דכי נפיק ירית ליה מסתמא אפי' למ"ד מותר לאבדן ביד כל שלא אבדן ומת זכו יורשיו ואפילו לטעמן של גאונים שאמרו דמומר לא ירית מן התורה היינו דכיון דממון שלו וגופו מופקע היאך יזכה

במה שעדיין לא זכה אלא יורשים אחרים ירתי מנתא דיליה ונ"מ דלדברי אלו הגאונים אפי' אי הדר בתשובה אח"כ לא זכה כיון דבשע' נפילה לאו בר זכיה הוא אבל לדברי האחרונים דבר זכיה הוא אלא שראו לקונסו אם בין כך ובין כך חזר בתשובה זכה.
והשתא דאתינא להכי אפשר שרש"י בשיטת הגאונים אמרה אבל לשטת האחרונים לא חשיב הפקר וזוכה הוא אם ישיב או בניו אחריו ואפי' תימא דלכ"ע חשיב הפקר נראה דלא אמרה רש"י ז"ל אלא מכח ההיא דהגוזל בתרא ממון מסור רב הונא ורב יהוד' חד אמר מותר לאבדו ביד וחד אמר אסור לאבדו ביד מ"ד מותר לא יהא ממונו חמו' מגופו ומ"ד אסור דילמא הו"ל זרעא מעליא וכתי' יכין רשע וצדיק ילבש וס"ל לרש"י כיון דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר זכה מן ההפקר ואי בנו כח להוציא מידו.
וכ"ת כיון דספ' גזל הוא לא יזכה בו מידי דהוה לספק הינוח דקי"ל בפ' אלו מציאות דאסור וי"ל דשאני הכא דבהיתרא אתא לידיה מעיקרא בתורת פקדון אבל ליטול מביתו של מסור כיון דספקא הוי אסור לו ליטול דבספק איסורא אתא לידיה. ומיהו הרמב"ם והרא"ש ז"ל ס"ל כדפסק הרי"ף ז"ל דאסור מדאיבעיא בפ' הכונס אם עשו תקנת נגזל במסור וסלקא בתיקו שמעינן מינה דכ"ש שאסור לאבדו ביד וכן פסקו הפוסקי' ז"ל כדאיתא בטור ח"מ סי' שפ"ח הילכך אפילו בנכסי עצמו לא סמכינן אהא דרש"י ז"ל להחזיק בהם מי שירצ' כיון דראוי לבניו הילכך בנדון שלפנינו לענין ירושת האב לבני' יהבינן לבת המומר ואף רש"י ז"ל מודה בה ולענין חלק הקרק' שנתן האב לו במתנה מהיום ולאחר מיתה בהיותו בדת יהודית אע"ג דלתשובת רש"י היה אפשר לאחר שיזכה בה מטעם הפקר שיאמר קים לי כרש"י אלא הרי הוכחנו שאין לסמוך על אותה תשובה שלא נאמרו אלא מכח ההיא דסוף קמא והא איפסיקא דאסור והכי תפסו רבוותא.

סימן מב

ראיתי לרב הגדול מהר"י קולון ז"ל בשרש קפ"ז שכתב על אשר טען שמעון שנתן לגיסתו יתר על כתובתה באונס לפי שראובן אחיה גזם אותו להביאו בערכאות נראה שאין בטענת שמעון ממש מכמה טעמי חדא דגזים איניש ולא עביד והביא ההוא דפרק כל הנשבעין האי מאן דנקיט מגלא ותובליא וכו' וכתב שאין לחלק ולו' דהתם לא הוי ודאי דעביד אבל הכא גבי מתנ' דסתמ' האי נותן דילמא עביד והוכיח כן מתשו' מהר"ם שהביא במרדכי פ' הנזקין וכו'.
ואני תמה היאך הוכיח מדברי מהר"ם שאין לחלק בכך דודאי החילוק ברור ויציב דאע"ג דלא ברי היזקא כל שאפשר להזיקו ירא הוא ומחמת כן הוא נותן ולא גמר ויהיב דבמתנה גילוי מילתא בעלמא סגי ומהר"ם ז"ל באותו הנדון כך כתב שאין באותו חרם ממש

אעפ"י שלא מסרו מודעא שכל מה שעשו לא עשו אלא מפני האונס והוקשה לו ז"ל דכיון דאונס קטלא היה שם שהיו מגזימים עליהם להרגם נימא אגב אונסא גמר ומקנ' כדאמרי' בגזרה קמיית' ומציעתא דסקרוקין דהתם נמי מתנה היא ומתנתו קיימת ותירץ דהתם דאגת ההריגה היה ברי להם אפי' בגזרה מציעתא כיון דכבר הורגלו להרגה ואין דורש דמים מידם ואלו משום קנס דד' זוזי ספק יהבי ספק לא יהבי הילכך אגב אונסיה גמר ומקנה כי הנה הוא הולך למות ולמה זה לו נחלת שדה וכרם א"נ לפי' ר"ת דכיון דמסתפי דקטיל ליה כזביני דמי שהסקריקון את עצמו מכר אבל הכא אעפ"י שהגזימו עליו להרגו מאחר שיש מורא מלכות עביד איניש דגזים ולא עביד שחוששין פן דמם מידם יבוקש והיתה נפשם תחת נפשו הילכך אעפ"י שיש שם אונס דזה לא נתן אלא מיראתו אותם הא לא דמיא אלא לתליוה ויהיב שאין מתנתו מתנה דבגלוי מילתא בעלמ' סגי כך הם דברי מהר"ם ז"ל ואדרבה יש מהכא ראיה דאע"ג דלא ברי היזקא מיקרי אונס לבטולי מתנתא.

ואשוב אתפלא בו במה שדקדק מגופה דעובדא שפסק מהר"ם וז"ל ולא דמי לגזרה קמייתא ומציעתא וכו' אפילו במציעתא וכו' מ"מ היהודים היו יראים פן יהרגם ואגב אונסייהו גמרי ומקנו אבל הכא לא שייך דמשום דמגזמי לא עבדי משמע דאפילו בחששא דעלמא כדקאמר שהיו היהודים יראים אגב אונסיה גמר ומקני ואפ"ה משום דמגזמי להו לא חשיבי יראים דעבידי דמגזמי ולא עבידי ה"ה הכא ולא ידענא הך מלתא אמאן מבעי ליה אי אגזרה מציעתא דסקריקון לא דמי דהתם כזביני דמי כפי' ר"ת ואם אין ההריגה ודאית אצלם לא דמי לזביני אלא כתלויה ויהיב דמי דאיכא אונס ולא גמר ומקני ומה שדקדק שלשון יראים משמע חששא בעלמא זו מנין לו כי גם מסקנא ודאית שייך לשון יראה וטענתא דגזים איניש ולא עביד לא הוי טעם לקיים המתנה אלא אדרבה הוא טעם לבטלה דלא דמי לגזירת סקריקון דעבדי לה כמכר אגב אונסיה ולדבריו ז"ל לא ידעתי מה חילוק מחלק מהר"ם בין אותו הנדון לעובד' דסקריקון אי מילתא דסקריקון שייך בה גזים ולא עביד ותו גזרה קמייתא תוכיח דודאי קטלי על כרחם ואמרי' אגב אונסיה גמר ומקנ' אלמא היכא דברי קטלה לא מבטלינן מתנתא והיכא דלא ברי איכא טענת אונס לבטלה. ושוב הביא הרב ז"ל אח"כ מדברי ראבי"ה דכשהפחידו בדברים ולא עשה הדבר אעפ"י שראו עדים האונ' לא כתבינן מודעא ויש לתמוה היכי מדמה מתנה לזביני דהתם בזביני מיירי דאם לא מסר מודעא זביני זביני והיכא דמסר נמי בעינן שידעו העדים באונסו צריך שיהיה האונס ברי אבל אם היה מסופק כגון שהפחידו ולא עשה אעפ"י שאפשר לו שיעשנו ואפשר שמתוך היראה והחשש עשה מ"מ כיון דזוזי

שקיל כל היכא דאיכא למיתלי שנתרצה במעותיו לא כתבינן אלא כשהאונס ברי דשמא לא עשה אלא משום דזוזי אצטריכי ליה ותולה בהגזמה אבל גבי מתנה דבגלוי מילתא בעלמא סגי לבטלה כי היכי דאעפ"י שלא מסר מודעא מבטלינן מתנתא מספקא הכי נמי אע"ג דלא ברי הזיקא מבטלי' לה דבגלוי מילתא כל דהו סגי ורבי' חננאל שכתב גבי מכר שכיון שהפחידו בדברים שיכול לעשות כתבינן מודעא כ"ש דגבי מתנה בלא כתיבה מבטלי' לה ומהר"ם וראבי"ה לא פליגי עליה דר"ח גבי מתנה.

והטעם השני שכתב הרב ז"ל ובר מן דין ומן דין דכיון דלא מסר מודעא אין לו טענת אונס ואומר שאעפ"י שרבותי' בעלי התוס' כתבו דהיכא דידעי באונסיה לא צריך לממסר מודעא מ"מ הביא מדברי הר"י בר ברזילי ז"ל דאם לא מסר מודע' ומכר או נתן נתקיים המעשה ועוד הביא מתשובת הרא"ש שהובאה בטור א"ה סוף סי' קי"ח שכתב גבי מחילת כתובה חדא דלא הוי אונ' ועוד שאין האונס ידוע דלא מסרה מודעא מעיקר' ע"כ משמע מטעם ב' דאפי' אי חשיב אונ' לא חשיב ידוע כל שלא מסר מודעא ותמה עצמך אם יהיו דברי הרא"ש סותרין את עצמן שהרי הרא"ש עצמו כתב בהלכותיו בפ' חזקת כדברי התוס' וז"ל ודוקא תלויה וזבין אבל תלויה ויהיב לא הוי מתנה ואפילו אם לא מסר מודעא אי ידעי עדים באונסיה עכ"ל ואלו היו סותרין הי"ל לתפוס דבריו שבהלכות כמ"ש בנו הרב ר' יהודה על מה שאמר הרא"ש בתשובה שהביא בטור ח"מ סי' ק"י כשאני רואה פסקיו עם תשובותיו סותרים אני הולך אחר הפסקים שהם אחרונים ומיהו נראה לי דלא סתרי אהדדי ודברי הרא"ש ז"ל בתשובה כך יש לפרשם ועוד שאין האונס ידוע בעדים ולאו כל כמיניה לומר אנוסה הייתי דלא מסרה מודעא מעיקרא שאם היתה מוסרת אף על גב דלא ידוע האונס מהני אבל השתא אין ידוע לנו והיא לא מסרה מעיקרא אימור דהשתא מהדר קמהדרה בה ולענין דלא צריך מסירת מודעא במתנה כל הפוסקים כתבו כן כמו שאמר הטור חשן משפט סי' ר"ה ובבית יוסף יעויין שם ומהר"י קולון ז"ל עצמו כתב כן בשרש קי"ח וחדש לנו שגם רבינו אפרים סובר כן ובסוף תשובה זו הביא תשובת הרשב"א ז"ל דמוכחת מינה דסבר הכי דבתלויה ויהיב לא בעי מודעא. עוד רצה הרב ז"ל לצדד ולומר דאף לרבינו האיי ולרבינו חננאל שכתבו בהדיא שמכיון שהפחידוהו בדברים שבידו לעשותו אע"ג דלא עביד כתבי' מודעא אמר פשיטא דלא אמרו אלא במידי דאי עביד ברי הזיקא אבל זה שגזמו להביאו בערכאות של עכו"ם לא כל ההולכים לערכאות של עכו"ם נוצחין הרבה עשו כן ולא הועילו והדבר נראה כן שלא מחמת אונס הערכאות נתן הק' דוקא שאם היה רוצה לפזר ק' או ר' להעיד נגד השטר לא היה כח ביד ראובן להוציא עכ"ד ותמה אני דאין זו טענה דזה פקח היה שנתן הק' ולמחר

תבע ליה בדינא ולא לפזר ר' וילכו לטמיון ולא דמי למאי דאמרי' בגמר' דלא אמרן אלא היכא דלא הו"ל לאשתמוטי מיניה דהתם אפשר לאשתמוטי בלא דמים קאמר דהשמטה בהפסד ממון לא מיקריא השמטה.

ועוד הוסיף הרב לומר באחרונה דכל דמטי ליה לנותן הנאה אע"פ שאינה כנגד המתנה לא נדון אותו כתליוה ויהיב אלא כתלויה וזבין והוכיח מדברי התוספות בפרק חזקת הבתים שכתב תימא לרשב"א קדיש בביאה דלא הופקעה לא להוו קדושין דהו"ל כתלויה ויהיב דכנגד גופה שקנויה לו לא יהיב לה מידי ודוחק לומר לפי שיש לה הנאת ביאה ועוד הא דקאמר אמימר תלוי' וקדיש לא הוי אלא דקדיש בכסף או ביאה אבל בשטר לא ע"כ ורוצה הרב ז"ל לדקדק דבקידושי כסף חשיב כזביני אע"פ שאינן אלא פרוטה משמע דבהנאה מועטה מיקרי' זביניה וקשה היכי משמע מינה דאם דבריהם בקידושין של ש"פ הרי כבר כתבו בתחילה דדוחק לומר לפי שיש לה הנאת ביאה כלו' דלא מיקרו זביני בהנאה כזו א"כ כ"ש בקידושי דש"פ דגריע טפי מהנאת ביאה אלא שרצו לומר סתירה אחרת דקדיש סתם בכל ענין משמע אפילו בשטר.

ומה שדקדק מתוך תשובת הרשב"א במי שטען שהאדון הכריחו להאריך הזמן וכו' ואמר שכתב ולא עוד אלא אפילו נתנו לו קצת מעות דבמכר דכוותיה אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני אם מסר מודעא המודעא מבטלת המכר משמע מדקאמר מקצת מעות אע"פ שאין המעות מגיעות להנאת המתנה ואין זה נראה דקצת מעות דקאמר לא שנתנם לו בעל חובו דא"כ הו"ל פרעון מחובו וממתין על השאר ומתנה גמורה היא אלא שלא הי"ל מקום לגבות מב"ח ובאו אחרים ונתנו לו קצת מעות ונתפשרו עמו להמתין על השאר שאלו לא היה מתרצה אף הם לא היו נותנים לו כלום והיה ממתין על הכל ולכך אמר דבמכר דכוותיה אמרי' אגב אונסיה וכו' והטור כתב בשם רבינו יונה דבמטלטלין כיון שיש בהם כדי ההנאה אין בהם תורת מקח ופי' הטור דבריו דוקא כשאינו כופהו אלא על המכירה אבל אם כופהו ליתן לו בפחות משויונו אפילו בקרקע אין כאן תורת מקח והנ"י בשם הריטב"א ליכא לדמויי לגמרי לאשה לומר כי היכי דאשה מתקדשת בש"פ ה"ה אם קבל פרוטה משדה זו להוי מכירה דשאני אשה שנתן לה דמים דכל אשה מתקדשת בש"פ ונראה שדעת הראב"ד נוטה לזה אע"פ שאחרים אומרי' דשוין הם והרב בב"י דקדק מדברי רשב"ם כיון דאיכא תרתי יסורין ומעות דלא מפסיד מידי משמע שאם היה פסי' לא דמי לזביני ומ"מ אע"פ שאינו דומה למכר מ"מ לענין דלא בעינן שידעו עדים באונסיה לא דמי למתנה דבמתנה כתב רשב"ם שהאונס ניכר דאם איתא דניחא ליה למה לו למסור מודעא ובמ"א הארכתי בתשובה סי' ל"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן מג

בהיות שלכה"ר משה יצ"ו בהר' נח אלמולי נ"ע היו לו חזקת בתים הידועים לשולימאן אגה המכונה גובאן מכפר אורטה קיוהי אשר דר והחזיק בהם כה"ר משה הנז' זה כמה שנים וזה ימים קמו עליו אנשי' בני בליעל וגרשוהו מהסתפח בנחלתו הנז' בחזקת היד לא בצדק ולא במשפט ואין לאל ביד ממוני הזמן ליסרס כפי רשעתם מיראתם אותם אשר על פי הדברים האלה ה"ר משה הנז' חלה פני שופטי הארץ יעידון יגידון את כל הקורות ויתנו בידו ספיר גזרתם למען תהיה לו לעדה וענתה בו צדקתו ביום מחר כי קרוב יום אידם והאלקי' יבקש נרדף. וממוני הזמן בצדקת' נדרשו לשאלתו וכתורה עשו במכתב לאמר שחזקת הבתים הנז' יהיו לכר' משה אלמולי הנז' מעתה ועד עולם ועליהם החזיקו החכמים השלמים אשר פה קוסטאנט' יע"א כנר' בכתב ידם ובהשמע הדבר באזני החטאים האלה הוסיפו על חטאתם פשע ושמו לו עלילות דברים ויאסרוהו בנחשתי' ויתנוהו בבית הסהר ולא מצאו כל אנשי חיל ידיהם להצילו מכף מרעים אם לא יתן בידם כתב גזרת הממונים והחכמים השלמים נר"ו וכל צדקותיו לא תזכרנה וכראות כר' משה אלמולי הנז' שאין לו מנו' אם לא יעשה כרצונם וכל חפצם ישלים חלה פנינו לכתוב לו טופס גזרת הממונים והחכמים הנז' ולעשות לו אשרתא כדת מה לעשות ואנחנו ב"ד ח"מ הכרנו באונסו וידענו באונסיה הנז' והעתקנו לו כתב גזרתם אות באות כי אמר הר' משה הנז' להעתיקם לו להיות בידו לזכות ולראיה בהסתלק ממנו האונס. וזה נוסח הכתבים הנז' אות באות.

בהיות שהיקר ונעלה כה"ר משה יצ"ו בכ"ר נח אלמולי נ"ע בא לפנינו ממוני החזקות אשר בזמן ביום חמשי ד' לאייר השס"ב להתרע' על אברהם ברוך בכר' משה נ"ע ששמע עליו שהעל' את שכירות חזקתו באורט' קייוהי שהיה ואקוף שולימאן ג'איש המכונה גיבא"ן כל הבתים אשר בוואקוף הנז' בחצר והגן כלו כאשר הוא שהוא מחזיק בהם כמו שנים עשר שנים, ועכשיו קם כר' אברהם הנז' לחרחר ריב ומדון על חזקת הבתים הללו ושלחו בעדו ממוני הזמן בו ביום ואמרו לו מדוע העלי' חזקת בתי' הר' משה הנז' כחש ואמר להם שלהד"ם שלא העלה אבל שהי' לו עדי' וראיות שהוא החזיק קודם בבתי' הללו ואמ' לו ממוני הזמן שיבא ראיותיו וכל הזכיות שלו המה יביטו יראו הדין עם מי ובע' ההיא לא נמצאו עידיו' וזכיותיו עמו היה דברו להביא' ביום הב' הבא ראשון ותכף ומיד קודם שיצאו מלפני ב"ד ממוני החזקות התרו בהם הממונים לא ילכו לריק ולא ייגעו לבהלה ללכת בערכאות העכו"ם ולא להעלות השכירות כלל ולא לגרום נזק והפסד כלל איש לאחיו כי אם עפ"י התורה אשר יורום להם ממוני החזקות ילכו ובעמדם יעמודו

בחזקת הבתים הנז' בכפר הנז' וביום הא' ז' ימים לחודש אייר הנז' קם אברהם המעורר הנז' עם דודו יוסף די קאלו וארח לחברה עם פועלי און והביא שנים עשר שיפאיש ומוחזק ונאיף וגאו"ש וג' ווהאדר והעלו את חזקת הבתים הנז' עשרה לבנים יותר שהיו ביד ה"ר משה המחזיק הנזכ' בט"ו לבנים והקשיח לבו לב האבן והוציא כל נכסי ה"ר משה הנזכר ואת בניו טף ונשים ביד רמ' בחימה גדולה סחוב והשלך ארצה ברגלים תרמסנה בלי חמלה. ויצעק האיש משה המחזיק הנזכר צעקה גדולה ומרה לפני רבני גבירי העיר ומרביצי התורה נר"ו ובו ביום נתקבצו ממוני הזמן ושלחו בעדו ולא נמצא כי אמרו שמשך ידו את לוצצים ויאכל וישת ויבז בהתראות והממונים אשר התרו בו ביום החמישי כנזכר אז רצו ממוני הזמן להחרימו בשוקים וברחובות קריה כדת וכמשפ' לולי פני כבוד חמיו היקר ומאוד נעלה כ"ר יצחק מילי אליבי' יצ"ו שמוחזק באדם כשר בעיני רבי גבירי חכמי העיר שהרצו הדברים לפניו והוא חלה פני ממוני הזמן ירפו לו עד ישקי' וירא לתקן את אשר עיות חתנו עד למחר שהיה היום ב' בעת ובעונה שישבו הממוני' לשפו' יבא שמה ואם לא יתקן הדבר אז הרשות נתונ' והוא עצמו יטפל עמהם לייסרו שבע על חטאיו וביום ב' הנז' שלחו ממוני הזמן לחמיו הנז' אם תקן המעוו' ואמר כי לא היה יכול מפני טורח המכס אשר עליו אבל על כל פני' ביום הה' הבא ראשון בעה"י אם לא יתקן הדבר יעשו בחתנו כדת וכמשפט וביום הה' איימו על ה"ר משה המחזיק הנז' באימות מות ובעלילות רשע אברהם הנז' ודודו הנז' לבל יראה ולבל ימצא עוד לפני הממוני' על חזק' הבתי' הנז' כי בנפשו ידבר ומפני האיום והגזום נשמט ה"ר משה הנז' ביום פ' הנז' ולא בא אל ביתו ועד הממונים הנז' כי ירא לנפשו פן יפגעון בו האנשים האלה החטאים בנפשותם ונחבא בכפר הנז' ולא בא לעיר ושלח את חמותו לפנינו לעירי הצאן החותמים לאשר ולחזק ולקיים בידו את גזרת ממוני הזמן אשר כתבו וחתמו ונתנו בידו ביו' הא' הנזכר שברשע' האנשים הפושעים והמורדים בהתראת הממוני' בטלו כל זכותם אשר היה עולה על לבם על שום צד ופרט מחזקת הבתים הנזכרים לא בכלה ולא במקצתה לא בחצ' ולא בגנה כלל ולא ישמעו עוד תביעות אברהם ויוסף דודו הנזכרים ולא משום בר ישראל הבא מחמתם כלל. ואנחנו החתומים מטה ראו ראינו את החמס ואת העול ואת הרשע אשר עשו האנשים החטאים האלה בנפשותם ובממונם ובאיום ובגיזום הנז' בשאט בנפש ברוח גבוהה ביד רמה לא חשבו אנוש ואין דובר אליהם דבר מרגש' פועלי און רבים לוחמים להם בני נכר יבולו יפלו ממועצותיהם וידי משה כבדים יכבדו ממנו כי רבו מארבה עד כל מרבה רגלים לדבר קמנו ונתעוד' להקים את תפארת רום תוקף חזקת הדת דת החזקות המעושקות בגברא אלמא כזה

ואנחנו מאשרים ומקיימים ומחזיקים את אשר כבר עשוהו ממוני החזקות פתשגן הכתב אשר נתן ביד הר' משה שהחזקות הנזכרים יהיו לעד ביד הר' משה הנזכר לו ולזרעו אחריו ובאי כחו בכל פרטי ואקוף שולייאן גובאן הנז' והאנשים הפושעים והמורדים העוברים בהתראות העי' הזאת חטאם ישאו כי מפני יראתם המטילים על הצבור לא מצאו כל אנשי חיל הממונים לנדותם ולהחרימם ברבים ובעון בצעם אבדו כל צד זכות וראיה הראויה שהמצא תמצא להם בין בעדים כשרים והגונים ובין בראיות גמורות וכח בית דין יפה להפקיר זכותם ויזכה בהם ה"ר משה הנזכר אפי' לא היה נמצא עמו שום עדות וראיה וכדי בזיון וקצף המעשה הרע אשר עשה להפקיר כל זכות החזקות אצלו כ"ש שכבר העיד בתורת עדות גמורה החכם השלם כמהר"ר חנניה ן' יקר נר"ו כנראה מחתימתו אשר חתם בכתב הממונים הנז' ואעפ"י שבא ה"ר יעקב די קאלו ואברהם הנז' ביום חמישי לפני ממוני החזקות לאמר דדינא בעי שלמא כאשר ספרו לנו הממונים יל"ו הוא בנכל ובתרמית כגוי אשר צדקה עשה שאול שאל משפטי ה' אמת צדקו יחדיו למשפט יקרבו אחר אשר השמיעו קול מלחמה במחנה העברים החרשים שמעו את העול ואת החמס הנעשה להרב משה הנז' על ידי המוסר אברהם ודודו יוסף הנז' ואנחנו מחשים בקול כתבנו זה מלחשים לחכם חרשים ונבון לחש אל יפול לב אדם על הפועל הרע הזה אשר לא נשמע כמוהו. לבלתי ענוש לאנשים החטאים האלה כדי רשעתם שבעתים אל חיקם כי הפילו השפילו בחמס אשר בכפיהם דברי חכמים ממוני החזקות כדרבונות וכמסמרות תקועי' על ראש רשעים יחול חומרות ואלות וקללות זקנינו מורינו ורבותינו וקדמונינו והחיים אשר עדנה הם חיים מחזיקי התורה והבאים אחרינו כלנו כאיש אחד נחנו מסכימים להקים את סוכת הסכמות החזקות כי לא תשכח מפי זרענו וריענו וקדושינו עד יבא לציון גואל ועוד כל ימי עולם לא ישמעו דברי ריבות ומהתלות המעורר הנז' לפני שום ב"ד כלל לא ממוני החזקות ולא שאר בתי דינין ולהיות לזכות ולראי' ביד כר' משה אלמולי הנז' חתמנו שמותינו פה היום יום ששי י"ב לאייר השס"ב ליצירה פה קושטאנדינה והכל שריר ובריר וקים. ואלה דברי החתומים הבאים על החתום אחר שהוברר לנו חתימתם הצעיר שמריה שרביט הזהב. הכי דיינינן לחטאים האלה פושעי ישראל לקיים דיני החזקות חזקות כראי מוצק אש עופרת בפיהם הוצק וכל ישראל יהיו נקיים הצעיר חנניה ן' יקר. אני הצעיר הייתי במעמד ממוני החזקות נר"ו וגם אני שמעתי את נאקת רבי משה אלמולי יצ"ו. וחתמתי בכתב אשר נכתב בתחלה ומאחר שהחכמים מורי נר"ו המה ראו כי עוד הוסיפו סרה. כל מה שעשו הוא מקובל עלי ואני מסכים. נאם הצעיר משה משולם הלוי. לשמע אזן שמעתי דבת רבים וקול

הקריה הומה על מעשים אשר לא יעשו עשו האנשים האלה ומפי סופרים מהממונים היושבים על המשפט הוגד אלי ושמעתי כל הפרטים דלעיל ומפיהם ומפי כתבם יצא כנוגה צדקת ה"ר משה ואת אשר נגזר בגזרת עירין פתגמא וכן יקים מעפר דל אליהו ן' חיים. ג"ח אינם צריכים חיזוק כה אמר אנוש מזער אליהו פילוסוף. קלא דלא פסיק רישיהון דחייבייא עושי אלה שמעה אזני גם ראיתי אשר חכמים ממוני הזמן נר"ו המה ראו נמנו וגמרו הדין אשר נגזר מלפניהם משפט יצא כן יקום נאום הצעיר יחיאל באסן. וזה נוסח גזרת הממונים הנז' ממוני החזקות שבזמן.

בהיות שה"ר משה אלמולי יצ"ו בכר' נח אלמולי נ"ע זה לי מדת ימים ושנים שדר ומשתמש בחזקת הבתים אשר לו בכפר אורטה קיוהי והבתים הנז' הם ואקוף שולימאן אגה ועכשיו קמו זדים ארורים וגרשוהו והוציאוהו לה' משה הנז' מביתו על כרחו שלא בטובתו כאשר העידו בפנינו אנחנו ממוני הזמן עדים כשרים והגונים יראי ה' וחושבי שמו לכן בשבטי ישראל הודענו נאמנ' שחזק' הבתים הנז' הם בחזק' הר' משה הנז' והאנשים הפושעים שהעידו עליהם העדים הנז' שמם יוסף דיקאלו ואברהם ברוך בכה"ר משה נ"ע גזרנו שאין להם שום זכות ותביעה וטענה גדולה וקטנה על הר' משה הנז' ועל חזקתו לא על הכלל ולא על הפרט ולא על שום חדר בשום צד ואופן שבעולם ולא בגן אשר לו סמוך בבתים הנז' ולא ישמעו עוד דבריהם לפני שום דיין ושופט בעולם כלל כי כל טענותיהם הבל וריק ואין בהם ממש כלל וכל הזכות הוא של הר' משה הנז' ולהיות לראיה ולזכות ביד הנז' כתבנו וחתמנו שמותינו פה וההוה יום א' ח' לאיר השס"ב בקושטאנדינה וקיים רצונו לבאר שכל מולקי של הבתים הנז' הוא וואקוף שולייאמאן אגה הנז' כאשר הוא שם כלו הוא של כר' משה הנז' ואין להם לאנשים הנז' כאשר הוא שם כלו הוא שום זכות וכח בכל הוואקוף הנז' כי אם להרב משה הנז' ובאי כחו וכל הנזק וההפסק שגרם לו ושיגרמו לו הכל יפרעו לו על פי הרב משה הנ"ל וההוה בזמן הנז' לעיל וקיים שנית. ואלו ממוני' הזמן הבאים על החתום משה משולם הלוי יום טוב ן' יעיש. יוסף הכהן. יוסף בכמה"ר יאודה שלום. ירמיה ממרוגונטו. נתנאל בכ"ר שלום ספרדי. זאת היא חתימת ידי הממונים אחר שהוברר לנו כתיבת ידם ועליהם החזיקו החכמים השלמים בכתב הנז' וזה לשונם אות באות. אחר שהוברר לנו שהוא כתב ידם הודעתי נאמנה שזה ט' שנים עמדו בפני בני ביתו של הרב משה הנזכר שהוא הרחיק נדוד הר' זכריה דון דון והרב יעקב דוקאלו וחקרתי ודרשתי וראיתי שאין לשום אדם זכות לא בבתים ולא בגן שהכל הוא חזקת הרב משה הנז' וכל זה כתבתי וחתמתי והחכמים השלמים חתמו כדברי ואע"ג דמסייע לדברי הממונים החכמים החתומים אין בו ממש

מ"מ לאהב' האמת חתמתי שמי וכתבתי מה שעבר בפני הצעיר חנניא ן' יקר. מי הוא שיבוא אחרי החכמים השלמים האלה לפקפק על גזרתם אלא כאשר גזרו כן יקום הדבר הצעיר שמריה שרביט הזהב. דברי חכמים ממוני הזמן נרו' כגחלי אש ואת אשר נגזר מלפניהם משפט יצא כן יקום נאום הצעיר יחיאל באסן. מעשה רב ומשפטי בי דינא בתר בי דינא משפטי ה' אמת צדקו יחדיו זאת אשר נגזר מהם היא גופה גזרה מאת כל עדת ישראל וכל חכם לב מעפר דל. אליהו ן' חיים.

עוד הוסיפו ידיהם הממונים וכתבו וזה לשונם אות באות.

בהיות שהיקר כה"ר משה אלמולי יצ"ו בכר' נח נ"ע היה דר בבתי שוליימאן אגה המכונה גובא"ן שבכפר אורטה קייוהי והחזיק בהם זה כמה שנים בכל הבתים חדרים ותחתיות ובכל החצר ובכל הגן ובכל תשמישיהם ובכל הנלוה עמהם ופתע פתאום באו שלוחי שוליימאן אגה הנז"ל והוציאוהו מהבתים הנז' לו ולכל אשר לו ואנחנו ממוני הזמן חקרנו ודרשנו לדעת מיד מי היתה זאת וכתבנו על זה מה שכתבנו הלא הוא כמוס עם ה"ר משה הנז' עתה בשבטי ישראל הודענו נאמנה איך יציאת ה"ר משה הנז' מכל גבולי הבתים הנ"ז ומכל החצר וכל אשר בתוכו חביב (...) הוא בחזקת היד שלא כדת וכהלכה וכל חזקתו בכל הבתים ובכל החצר וכל הגן וכל תשמישיו במקומו עומדת כמ"ש בכתבים אשר בידו ואין שום בר ישראל רשאי להכנס בהם כלל לא דרך עראי ולא דרך קבע לא במחיר ושכירות ולא בחנם לא איש ולא אשה לא בעצמו ולא ע"י עכו"ם כמפורש בקונטרס ההסכמות בזה הלשון ואם ח"ו עבר ושלח ידו בחזקת חבירו לא יהיה רשאי להכנס לדור ולהחזיק בה איש ואשה ולא ליהנות ולא הוא ולא זולתו מעד' ישראל וחייב להציל וכו' גם נתבאר שם שאפי' אם הישמעאל בעצמו יגרש היהודי מביתו בלי סבה שיהיה נוהג כדין הזה בעצמו באופן שלכל הצדדים אי אפשר לשום בר ישראל להיות לו מדרך כף רגל בכל הבתים עליות ותחתיות וחדרים וכל מיני תשמישי הבתים וכל החצר וכל הגן כל הנקרא בשם שוליימאן אגה המכונה גובא"ן הנ"ז שהכל הוא מכה"ר משה הנ"ז ולכל עת ולכל רגע שתעוז ידו של כ"ר משה הנ"ז להוציא לאור כל חזקתו הנ"ז מיד המחזיקים בה בחזקה כאמור אפילו בערכאות ובאנשים בעלי זרוע יכול תוכל כי כאשר נעשה עמו כן יעשה אפילו בלא שאלת ורשות ב"ד ממוני הזמן כי מעתה ומעכשיו הרשות נתונה בידו וכל זה הוא בכח החומרות הכתובו' שם ועוד הוספנו עליהם מהכח המסור בידו מהראשונים ומהאחרונים הק"ק שהוא מוחרם ומנודה לשמים ולבריות והרי הוא מובדל ומופרש מעדת ישראל ורבצה בו כל האלה הכתובה בתור' עד ישוב מדרכו הרעה ושב ורפא לו. ושומע לנו ישכון בטח ועליו תבוא ברכת טוב נאום הכותבים וחותמים

היום יום ג' ט"ו לסיון השס"ב ליצירה פה קושטאנטינה והכל שריר וברירו וקיים ואלה הבאים על החתום אחר שהוברר לנו חתימת ידם. משה משולם הלוי. יוסף בכמה"ר יהודה שלום. יום טוב ן' יעיש יוסף הכהן. נתנאל בכ"ר שלום ספרדי.

מודעא

עוד היום אתא קדמנא ה"ר משה הנ"ז ואמר לנו מסתפינא דילמא גוברייהו חייבייא אילין יכריחנו לבטל גזרת הממונים ולמחול זכותי או להתרצו' במה שיגזור ב"ד אחר או לעשות איזו פשרה ולקיים גזרתם בקנין שלם ובכל אלות הברית בביטול כל מיני מודעות ובפיסול עדים לדעת הרשב"א ומשום אונסא לא סגי לי דלא למעבד כרעותייהו וכען הוו עלי עדים דכך חליף שעתא תבענא להו בי דינא ומפיקנא מינייהו בעל כרחייהו וכל מה שאעשה נגד מודעא זאת הוא מצד האונס לית ביה מששא ואנו הבאים על החתום הכרנו באונס כר' משה הנז' ומאי דמסר וקביל קדמנ' כתבנו וחתמנו כהוגן וכתקון חז"ל ונתננו ביד הר' משה הנז' להיות בידו לזכות ולראיה וההווה יום ג' עשרה ימים לחדש אלול שנת השס"ב ליצירה פה קושטאנטינה והכל שריר וקיים. סעדיא חכים עד. אברהם ואלאנסי עד.

זכרון עדות שעבר בפנינו עח"מ יום ג' י' לירח אלול שנת השס"ב פה קוסטאנטינה.

בא הנבון ומעולה כהר"ר משה אלמולי נר' בכ"ר נח נ"ע ואמר לנו אתם ידעתם את האונס ואת ההכרח ואת הכפיה שיש לי עם היקר ר' אברהם ברוך ודודו יוסף די קאלו על דרישתם ובקשתם ממני שאמכור להם מכירה גמורה כל זכות חזקה שיש לי בבתים אשר באורט' קייוהי אשר הם ואקוף שוליימאן אנא המכונ' גיבאן שאכתוב להם שטר מכירה גמורה בשבועה ואם לא אעשה להם כרצונ' איימו וגזמו אותי שיביאו עלי צרות רבות משכחו' את הראשונו' וגם לא יתנו לי החוגי"ט אשר כתבו עלי בעש"ג חוב של ב' אלפים זהו' ויש לאל ידם להביא עלי צרו' רבות ורעות באופן כי אני אנוס ומוכרח לעשות כל חפצם לכן הנני מוסר מודעא רבה בפניכ' כי לא מלבי ולא מדעתי ולא מרצוני אני מוכר להם חזקתי שהכל הוא מפני היראה ועל צד האונס והכפיה שאונס וכופה אותי לכן דעו איפ' שאפי' שיכתבו עלי שאני מודה להם בשבועה שמכרתי להם חזקתי בשבועה חמורה וקבלתי המעות ברצון נפשי ובגמר דעתי בלי שום זכר אונס כלל נהפוך הוא שהכל הוא מפני היראה והאונס שיש לי עמם שאם לא אמכור ואכתוב להם שטר מכירה יש לאל ידם להרע עמדי כאשר ידעתם לכן כל מה שאני מודה ומוכר ומשביע להם הוא על סמך מודעא זו שמסרתי בפניכם ואפי' שאשבע שלא מסרתי מודעא כנגדם ושאם מסרתי בטלתיה לא כן הוא שהנני נשבע בפניכ' שלא לבטל מודעא זו עד שאקרענ'

קרע ב"ד באופן כי אפילו שיכתבו עלי בטול כל מודעי ומודעי דמודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי דמודעי עד סופן ובפיסול עדיה' לדעת הרשב"א ז"ל או שאמכור להם מודע' זו בכל ממון שבעול' הכל הוא שוא ודבר כזב וכל הודאו' שאוד' להם הכל הוא מן השפ' ולחוץ וכלם אבטל כעפר ואפר הכל וכען הוו עלי עדים דכד חליף שעתא תבענ' להו בי דינא ומפיקנ' מינייהו בעל כרחייהו ואנחנו העדים לפי שהכרנו באונסו של הר' משה אלמולי זה המוסר מודעא זאת בפנינו וידענו שהוא מוכרח ואנוס למכור ולהשבע ולכתוב לה"ר אברהם ברוך ודודו לכן כתבנו וחתמנו לו שמותינו פה להיות לו לעדות ולראיה דלא כאסמכת' ודלא כטופסי דשטרי מסודר וכו' בב"ד חשוב וכו' דלא פסול וכו' והכל שריר ובריר וקיים. סעדיא חכים עד. אברהם ואלאנסו עד.

תשובה יש לברר תחילה אם יש ספק במודעא כגון שאין העדים זוכרין הזמן המערער או שהמודעא קדמה והמחזיק אומר שהמכירה קדמה בזה יש לדון דמאחר שזה נכנס בתורת גזל בבתים וכתבו הב"ד שבכח אלמותו נכנס ולעולם הבתים בחזקת ראובן הם ומאחר שיש כאן מודעא ועידי מכירה ואין אנו יודעים איזה מהם קדם והמודעא מפורשת והמכירה סתומה ארעא בחזקת מריה קיימא ומודעא מבטלת המכירה דומיא דמה שכתב הרא"ש והביאה בח"מ סי' מ"ג ש"ח שכתו' בניסן סתם ובמחיל' כתוב בי"ח בניסן מחל כל תביעות שיש לו אני אומ' שהשט' היה קודם י"ח ויד בעל השטר על התחתונה ועוד כתב בתשובה שובר שכתוב בו שמחל לו כל תביעות ממון עד היום הזה וזמן השטר והשובר ביום א' יד בעל השטר על התחתונה ואע"פ שהראה בתשו' שהבי' שם נר' דעד היום הזה בלשון ב"א עד ולא בכלל הוא הרי כתב שם שאם אמר עד עכשיו ספק הוי ולא מגבינן ביה הכא נמי ארעא בחזקת מרא קיימ' והבא להוציא מידו בעידי מכירה עליו להביא ראיה שקנה בזמן הראוי לקניה וראיה מדאמרי' בפרק חזקת בההוא עובדא דבשכוני גואי הוה יתיבנא דא"ל רב נחמן זיל ברור אכילתך ופירשה הרמב"ן ז"ל שם דקטעין המערער שהיה במקום שלא שמע החזקה או שלא היה יכול למחות והימניה רב נחמן עד דאייתי אידך סהדי דהוא במקום שאינו חירום דכיון שזה טוען שלא בפני החזקת במקום חירום טענתיה טענה וצריך הלה לקיים חזקתו כאלו טענו לא החזקת עכ"ל והרי חזקה במקום שטר קיימא דאמרינן התם מי לא אמרינן ליה קיים שטרך וחות לדינא וכי היכי דהתם צריך לברר שהיה במקום ששמע ויכול למחות אף כאן שהביא עדים שקנה ואינ' יודעים באיזה זמן קנה צריך לברר שהיה בזמן שהיתה קנייתו קניה והרא"ש ז"ל בההיא דבשוקי בראי הוה יתיבנא פי' בארץ מרחקים שלא היו שיירות מצויו' כתב יש מביאין ראיה מכאן שאם המערער אמר לא הייתי במדינה נאמן

וצריך המחזיק להביא ראיה שהיה במדינה ונראה לי שאין ראיה מכאן דאיפשר שהיה הדבר ידוע שהיה בשוקי בראי ויותר נר' שכיון שזה החזיק בשופי ג' שנים והחזקה נשמעת אפי' במדינה אחרת כדמוכח לקמן עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוח' לכך נמנע מלמחות ע"כ לכאורה משמע דפליג אהרמב"ן ז"ל ומיהו לכי מעיינת בדבריו הרי יראה דלא פליג אהך סברא מדקדוק דבריו ז"ל שהוצרי' להארי' ולומר עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוחה ולכך נמנע מלמחות שהרי אין עליו לברר אלא שהיה במקום שאין מחאתו נשמעת וממיל' ידעינן דבכה"ג אין חזקת המחזיק חזקה ועוד ממה שפתח בשמיעת חזקה וסיים בשמיעת מחאה משמע שטעמו ז"ל דלאו נראה לומר שלא שמע החזקה דמסתמא חזקה קלא איתה לה לפי שהבעלים חוקרים ודורשים על נכסיה' אבל מחאה אין לה קול שאין המחזיק מחזר לחקור אם הבעלים מוחים כדכתבו התוספות בההיא דג' ארצות לחזקה דלהכי נקט בכל דוכתא מחאה שלא בפניו ולא נקט חזקה שלא בפניו וכיון שאין טענה למערער שלא ידע אלא שלא מחה לפי שלא היתה מחאתו נשמעת נהי דאם היה יכול לברר שהיה במקום רחוק היינו אומרים שסמך על זה ולפיכך לא מחה מעיקרא אבל אם גם זה אין בידו לברר לא היה מפסיד אם היה מוחה בפני עדים וכל טצדקי דמצי למעבד הו"ל למעבד וזה שלפי דבריו לא חש למחו' מוכ' שאין ערעורו אמ' ולז"א עליו לברר שהיה במקום שאין מחאתו נשמע' אם היה מוחה ולכך נמנע מלמחו' כלומר מפני שהיה הדבר ברור שלא היתה נשמעת לכן לא חש למחות אבל אם זה אין בידו לברר אמאן סמיך שלא עשה כלום אבל כאן אפי' הרא"ש ז"ל מוד' שהקונ' צריך לברר קנייתו מאחר שהאונס ידוע ומסיר' מודעא ידועה וזמנא ידוע הבא להוציא מחזקתו עליו לברר באיזה זמן היה. וראיתי בספר מאירת עינים שהביא משם רבו ז"ל מהמרדכי ישן שטר מודעא שאין בו זמן ואין העדים כאן ולא ידעינן אם נעשי' קודם המכר או אח"כ המודעא כשרה ומבטלת המקח מאחר דידעי' באונסיה מסתברא מסר מודעא קודם לכן ופירש הרב בעל מ"ע מאחר דידעיה באנסיה פירוש על ידי שטר זה ידעינן אונס' שהרי העדים מעידי' על זה מסתמא מסר מודעא כן נראה לי והיינו טעמא דמוקמינן עדים על החזקה שלא היו חותמים אם לא היו יודעים שהיתה קודם המכירה וזה תימא דאין על העדים לידע אלא באונס לבד אבל אין חוקרים אם עדיין לא מכר וכיון שאין זמנו של שטר מוכיח אין ללמוד ממנו כההיא דס"פ הנושא את האשה גבי אדרכתא דאמרינן אדרכתא לאו שפיר כתיבא משום דלא כתיב בה ואשתמודענא דהדין נכסין דמיתנא אינון ולא מהני' אעפ"י שנתבררו הנכסים עכשיו ואפשר שדעתו ז"ל דודאי בשאר מודעות שכתוב בהן זמן אין

העדים נזקקין לחקור אם כבר קנה לפי שהזמן יוכיח אם היה קוד' לזמן המכיר' אבל בשטר זה שלא היה בו זמן לא היה להם לחתום עד שידעו שעדיין לא קנה ולפי' אם יש זמן במודעא אלא שעידי המכר אינן זוכרין באיזה יום קנה ליכא למימר דמסתמ' ידעו העדים שהית' המודעא קודם המכירה שאין עליהם לידע דבר זה אלא שאין הטע' הזה מתחוור לי דהא ודאי עבידי אינשי דטעו כיון שבכל מודעא אין על העדים לחקור זה דמנא ידעי אף כשלא כתב זמן לא חקרו שהם מעידים על האונס לבד ואח"כ יברר המוכר שהמודעא קודמת למכר או יברר הלוקח שהמכר קדם ועדיפא מינה ההיא דס"פ הנושא דאע"ג דרבא בר שילא כתב לה אדרכתא אנכסי אמרינן בזה אפילו רבא בר שילא טעי כ"ש שנאמר בהדיוטות דטעו והכא אפשר לומר שלא טעו אלא שלא היו זוכרים היום שנמסר להם וכתבו סתם שב"ד יראו שאין בו זמן וידונו עפ"י הספר וגם פירושו אינו מתיישב על דברי המרדכי דיהב טעמא למלתיה מאחר דידעינן באונסיה דמה לי אי ידעינן באונסיה אם מכר בלא מסי' מודעא תלויה וזבין זביניה זביני והשתא מהדר קהדר ביה אלא הו"ל למימר מסתמא ידעי עדים שעדיין לא מכר אלא נראה בעיני שהטעם כמו שכתבתי למעלה דמאחר דידעינן אנן האונס מתוך השטר לעולם ארעא בחזקת בעליה עד שיברר הלוקח שקנה ברצון קודם למסירה מודע' ומסתמא אמרינן דמודעא קודם לכן מסר והבא להוציא מחזקתו עליו הראיה.

ובר מן דין הכא בנ"ד שבתחילה טען המחזיק בפני ב"ד שיביא שטר המכיר' ואח"כ כשראה את המודעא וזמנה בא במרמה ואמר שאין לו שטר אבל יש לו עדים ואין העדים זוכרים הזמן בדקדוק מזה כב' שנה כדי שיוכל לטעון שהמכירה היתה קודם המודעא כדאמרינן בפרק גט פשוט ובפ' זה בורר הבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר דברי רבי והכי איפסיק' הלכתא דצריך לברר וכתב רבינו חננאל אם אמר אבד שטרי אינו נאמן וכ"כ רבינו האיי שאם לא הביא השטר או שהביאו ונמצא בטל נתבטלה נמי החזקה כל שכן כאן שאמר בפני בית דין להביא את השטר ובפעם השנית כשבא לבית דין אחר שראה המודעא הכחיד את השטר תחת לשונו ואמר שאין לו שטר דע"כ לא אמרינן דטוען וחוזר וטוען אלא כי לא נפיק מב"ך אבל נפיק לברא אימור טענתיה אגמרוה ואלפוה שיקרא.

ואעיקרא דדינא יראה שלא היה צריך כאן מסירת מודעא שהרי כתב הרמב"ם בפרק י' מה"מ והביאו הטור סי' ר"ה בד"א באנס שהרי הוא חמסן וכו' אבל הגוזל והוחזק בגזלן ואח"כ לקח שדה שגזל אין המוכ' צריך למסור מודעא וכן כתבה בפ"ה מה' גזלה וקשה טובא מה שהקשה עליו הראב"ד ז"ל בה' גזלה שאם היה כדבריו דרב הונא היה מפליג

בזה למה ליה למהדר ארב ביבי מימרא היא ומימרא לרב הונא לא ס"ל והא בכה"ג רב הונא נמי הכי ס"ל וכן כתב הרב המ"מ ואמר וצ"ע היאך חילק בין זה להוא דתלויה וזבין אחר שהגמרא השוה אותם. והרב מהרי"ק ז"ל יישב בב' לשונות הא' דודאי רב הונא מודה בגזלן אלא דרב המנונ' דאותיב ליה מסקריקון הוה ס"ד דרב הונא פליג והגמרא אהדר ליה לפום שיטתיה אבל קושטא דמלתא דרב הונא מודה לרב ביבי והב' נהי דרב הונא לית ליה דרב ביבי מיהו כיון דרב ביבי משמיה דרב נחמן אמרה ורב נחמן דיינ' הוא והלכת' כוותי' בדיני הכי קי"ל ודברים הללו לא נתנו ליכתב להפליג דברי הראב"ד ולהזניח' בכך דבשלמא אם היה הגמ' מתרצא לדבריו דרב המנונא היה אפשר לומר דבעי לאוקומ' אף לפי דבריו אבל בגמ' מעקם השמועה ומעמידה במחלוק' ואומר דרב ביבי מימרא ולא ס"ל לרב הונא כלומ' דרב נחמן משמיה דרב הונא קאמר לה ורב ביבי מסיי' בה ומשמע דמסיים במימרא דרב נחמן משמיה דרב הונא ומכח כן פריך רב המנונא מדרב הונא גופיה דאמר תלויה וזבין זביניה זביני ודחיק גמרא לומר דהא דמסיים בה רב ביבי לאו להיא מימרא דמשמיה דרב הונא אלא מסיים מימרא אחריתי דרב נחמן משמיה דנפשיה ומי דחקם בכך בדבר שאפשר לקיים דברי שניהם דרב הונא מודה בגזלן.

וכן לשון שני דפליג ופסק כרב נחמן תקשי אגמרא גופיה דאם איתא שאפשר להעמידן דלא פליגי אמאי קאמר דרב הונא פליג. ונראה לומר דהרמב"ם ז"ל לאו מדרב ביבי אמרה דהא ודאי אדחיה בגמרא אלא ממקום אחר למד סברא זו כמו שאמר והא לא תקשי אמאי לא מפליג גמרא בהכי דודאי לא מצי לאוקומי מלתיה דרב ביבי בשהוחזק גזלן על שדה זו שכבר היא גזולה בידו דמלתיה דרב ביבי עלה דרב נחמן קאי דקאמר כלם שהביאו ראיה מעמידין בידם בר מגזלן בסתם גזלן קאמר ואדלעיל קאי דמפרש היכי דמי גזלן א"ר יוחנן שהחזיק שדה זו בגזלנות רב חסדא אמר כגון של בית פ' שהורגים נפשות על עסקי ממון כלו' ואין להם חזקה בשו' קרקע שבני אדם יראים מהם. ור' יוחנן אמר שהוחזק על שדה זו בגזלנות ובהכי מסיים בה רב ביבי ואמר קרקע אין לו מעות יש לו דלאו זביניה זביני ומיירי בכל גווני גזלן ופליג ודאי ארב הונא דאפילו בהוחזק לגזלן איתיה לטעמא משום דאגב אונסיה גמר ומקני ודברי הרמב"ם ז"ל אינן אלא סברא דנפשיה או דרביה ז"ל שלא הצריכו למסור מודעא אלא במי שאין אונסו ניכר דכיון דקביל דמי אע"ג דע"י תלויה מכר אפשר דמשום דמי גמר ומקנ' וממאן לתת' כדי לחבב' או כדי שיוסיף בדמי' אבל מי שאנסו את ביתו ולקחוה בגזל ושוב מכרה לו בדמים אפילו אם לא אנסוה על המכירה הרי הוא בטלה דמצי למימר דמה שקבל מעות מחמת יראה וכמי שמציל מידו

הוא שהרי כבר גזלה ואכלה בלא דמים מיהו מפסיד אם יקח דמי' עכשיו ושוב כשתגבר ידו יערער על הקרקע ומדינא היא מכי הודה שקבל מעות דאפילו בסתם גזלן לאו מלתא היא דאי לא אודי ליה ממטי לדידיה ולחמרא לשחוור ואין צריך למסור מודעא כ"ש זו שכבר היתה גזולה בידו ועכשיו דלוקח דמים פקח הוי דכמציל מידו הוא וכ"ת איבעי ליה לממסר מודעא חברך חברא אית ליה ויודע הדבר ויפסיד את הדמים וכה"ג אמרינן בפ' ב' דייני גזרות גבי המוציא ש"ח על חבירו והלה הוציא שמכר לו את השדה אדמון אומר אלו הייתי חייב לך היה לך להפרע את שלך כשמכרת לי את השדה. וחכ"א זה היה פקח שמכר לו את השדה מפני שיכול למשכנו וכ"ת הו"ל לממסר מודעא חברך חברי אית ליה וכה"ג אמרינן התם לעיל בההוא פרקא עשא' סימן לעצמו איבד את זכותו דאי לא עביד הכי לא הוה מזבין ליה מאי אית לך למימר איבעי ליה לממסר מודעא חברך חבר' אית ליה הרי שהיכ' שהדבר מוכיח שלתועל' עצמו רצה אינו צריך לממסר מודע' פן יתגלה הדבר והצלת פורתא נמי לא הוי לכך כתב דבהוחזק גזלן עליה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים מוציאין אותה מידו ואין בעל השדה צריך לעשות מודעא על מכר זה. וסברא זאת לא נפלא' היא ולא רחוקה משאר המפרשים והן הן דברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא אהא דאמרינן מודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדסא אלמא דכי אניס ליה בכה"ג דטעין ואמר לקוחה היא בידי ודאי לא גמר ומקנה והרי הוא כמי שצווח וא"ל מאי זבני לך אי לא זבנתא ניהלך דידך הוא דהא כבשת לשטר משכנת' ולא מצינ' לאשתעויי דינא בהדך הילכך לא אמרינן מעולם רוצה אני שהרי הוא באונסו מתחילה ועד סוף ואע"פ שהוא אמר רוצה אני למכרה לך הילכך אי ידענ' באונסיה שלא היו לזה עדים והלה לא חזר והודה לו אע"ג דלא מסר מודעא נמי כתבי' אבל היכא דאניס ליה אונסא דממונא אחרינא ואפי' גזלה נמי ההוא מידי ובתר הכי זבניה ניהליה ושקיל מיניה דמגמר ומקנה ההוא אונסא אחרינא דחמיר עליה הוא דגמר ומקני ליה להאי מידי ובניה נפשיה הוא דעבד אבל היכא דליכא אונסא אלא מההוא מידי ולא מצי לאפוקי מידיה לעולם מחמת דטעין לקוח הוא לא הוו זביני דמאי עבד ולא משכחת לה אלא בכגון מעשה דפרדסא עכ"ל.

וביאור דבריו שכתב הילכך לא אמר מעולם רוצה אני שהרי הוא באונסו מתחיל' ועד סוף ואעפ"י שאומר רוצה אני למכרה דמשמע לכאורה שהם דברי' דסתרי אהדדי ה"ק לא אמר מעולם רוצה אני להחזיק בה שהרי כבר היא עשוקה וכבושה תחת ידו כמ"ש למעלה מאי זבני לך אי לא זבינתא ניהלך דידך היא א"כ לא עשיתי שום מעשה ואם אמרתי רוצה אני למכרה הלא דבר הוא ולא מעשה כגון זה ודאי אין צריך מסירת מודעה

ולאו זביניה זביני כדכתב בסוף דבריו דמאי עבד כלומר הא לא עבד מעשה כלום ומ"ש אבל היכא דאניס ליה אונסא אחרינא ואפי' גזלה נמי ההוא מידי ובתר הכי זבנה ניהליה ושקיל מיניה לאו דגזלה להההוא מידי דהדר זבנתא ניהליה דא"כ לאו אונסא אחרינא הוא והרי כתב בסוף הלשון אבל היכא דליכא אונסא אלא מההוא מידי לא הוו זביניה זביני אלא ה"ק לא מיבעי' היכא דההיא אונסא אחרינא הוי בדברים שהגזים לעשות לו היזק ויש לאל ידו לעשות אלא אף בשכבר עשוהו שגזלו לו קרקע או חפץ אחר וא"ל שאם ימכור לי קרקע זה יחזירה לו והיינו דקאמר ובתר הכי זבנא ניהליה כלו' לארעא ושקיל מיניה ההוא מידי דגזל מ"מ אונס בדבר א' ומקח בדבר אחר הו'. וראיתי לרב מהרי"ק ז"ל כשהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל וכך כתוב שם אבל כי אניס ליה באונסא דממונא אחרינא אגב אונסיה גמר ומקני היכא דליכא אונסא אחרינא אלא מההוא מידי דלא מצי לאפוקי מידי לא הוו זביני זביני ע"כ נר' שכך היתה נסחת שטת הרמב"ן שלפניו ואפילו איתא כמו שהיא בשטת הדפו' שלפנינו כך פירוש' וכן ביאר בס' המלחמות בעובדא דפרדיסא שאעפ"י שלא מסר מודעא היא דמעיקרא נמי היה אומר לקוחה היא בידי ונאמן מה הוסיף לו זה במכירתו אבל בשאר האונסי' שאונס בדבר אחר מאחר שמחמת האונס רצה ומכרה לשדה זו גמר ומקני הוא. וכי תימא דעובדא דפרדיסא שאני שלא היה אפשר להוציא ממנו בדין תורה שהיה נאמן לומר לקוחה היא בידי הילכך לא הוסיף על מכירתו כלום מן הדין. אבל גזלן זה אע"ג שכבר היתה גזולה מ"מ לא היה מחזיק בה בדין התורה ועתידין בעלי זרוע ליפול ומפקי' מיניה בדינא ודיינא והרי הוסיף לו במכירתו זאת שיזכה בה מן הדין אין לומר כן דאדרבה עובדא דפרדסא עדיפא דמעולם לא הוחזק כגזלן שאינו רוצה לגזול הפרדס בלא דמים אלא אומר לו אי לא זבינת לי אמינא לקוחה היא בידי ואפש' דגזים ולא עביד ומ"מ מאחר שאונסו באותו דב' עצמו לאו זביניה זביני והרי זה חמסן דיהיב דמי וכ"ש מי שגזל שדה חבירו שכבר הוחזק לגזלן והרי הוא כובשה באיסור ואין מורא שמים עליו. ומ"ש בסוף דבריו דלא משכחת לה אלא בכגון מעשה דפרדסא לאו לאפוקי הוחזק גזלן על שדה זו דהיינו כגון מעשה דפרדסא ועדיפא מינה אלא לאפוקי מדברי רשב"ם שכתב דכל שאנסוהו על שדה מיוחדת אין צריך למסור מודעא ואמר דהא ליתא דלא משכחת לה אלא בכגון מעשה דפרדסא שאין האונס מחמת דבר אחר אבל היכא דאנסוהו אפילו על שדה זו היכא דאונס בדבר אחר ומכר בדבר אחר צריך למסור ולכך כתב אח"כ וז"ל נקטינן השתא להאי פירוש' דלעול' זביניה זביני כל אימת דלא מסר מודע' כלו' אפי' בשדה זו בר ממעשה דפרדסא אבל אי מסר מודע' בכלהו לאו זביני' זביני וכן דעת הגאוני' ורבינו הגדול זלה"ה העיד על

הגאונים והרי"ף ז"ל שכן היה דעתם ואעפ"י שהרי"ף ז"ל בעובד' דפרדסא כתב דצריך מודע' כבר ביאר הרב מהרי"ק ז"ל בב"י טעמו דלא כתב הרי"ף ז"ל שצריך מסירת מודעא כמ"ש למעלה דמיירי בשאר מילי דצריך שימסור לעדי' ויגלה דעתו שהוא אנוס באותו מכר אבל כאן מילי דמוכחי וברירי ואין צריך למסור לעדי' ולהודיעם קוד' המכר אבל צריך שיכתבו לו העדים ענין האונס אפי' לאחר המכר להיות בידו ולראיה ויש לו דין שטר מודע' לבטל את המקח על ידו. וכבר ביאר הרמב"ן ז"ל שם שאין לשון מודע' שהוא מודיע לעדים שהוא לשון אונס ויסורין כמו ויודע בהם את אנשי סכו' כלו' כותבין האונס שהיה לו. וכבר ראיתי להריב"ש שהביא הב"י באותו סימן שכתב דברי הרמב"ן ז"ל שלא הצריכו חכמים מודעא אלא במי שאונ' או מגז' להחזיק בממון אחר לא מן המקח אבל מי שמוחזק במקח ומגזם בו לכבשו תחת ידו כעובדא דפרדסא א"צ מודעא וכ"כ בעטור בשם גאון וכתב הריב"ש שזהו הפי' הנכון בשמועה ואף לדברי רוב האחרונים שפירשו בעובד' דפרדס' שצריך מודעא דוקא בכה"ג שבא הפרדס לידו בהיתר ועביד איניש דגזים ולא עביד אבל מי שתוקף המקח בזרוע ואח"כ קונה אותם הא חזי' דגזים ועביד ע"כ הרי שסברא זו מוסכמת מכל הפוסקים דכגון זה א"צ למסור מודעא דמלתא דמגליא ומפרסמא היא ואף הרי"ף והראב"ד ז"ל יודו בדבר זה כי מה שכתב הרי"ף דהיכא דראו שמכר לו הרי זה מכר גמור בסתם גזלן איירי ולאפוקי מדרב ביבי אמרה אבל גזל שדה ושוב לקחה אין צריך מודעא ובפ' ט"ו מה' טוען הביא דין גזלן שאין לו חזקה וכתב כל אלו שאין אכילתם ראיה אם הביאו עדים שמכרו וכו' ראייתם ראיה וכתב כיצד הגזלן אין לו ראיה כיון שהוחזק גזלן על שדה זו אעפ"י שהביא ראיה שהודה הבעל שמכר ולקח דמים מוציאין את השדה מידו ואין לו כלום ואם העידו העדים שבפניהם מנה מוציאין את השדה מיד הגזלן ומחזירין את הדמים לבעלים כמו שביארנו בה' גזלה עכ"ד ולא הזכיר כאן שהוחזק לגזלן בעלמא כמו שהזכיר למעלה תרי גווני גזלן מי שהוחזק גזלן על שדה זו או מי שהוחזקו אבותיו הורגי נפשות וכאן דקדק ואמר כיצד הגזלן אין לו ראיה כיון שהוחזק גזלן על שדה זו כאומר דוקא בהא אמרי' דלאו זביני' זביני ואפשר עוד דבהוחזק גזלן על שדה זו איכא תרי גווני יש שהוציאוהו ב"ד ממנה כדכתב המ"מ דזה צריך למסור מודעא ויש שעדיין היא תקועה בידו וזה אין צריך למסור מודעא כמו שביאר בהדיא בה' גזלה כי שם ביתו ובה' טוען לא הוזקק לבאר וכתב גזלן סתם ולא פירש ודינם לצדדין משתמע יש גזלן שצריך מודעא ויש שאין צריך מודעא ואמר כמו שביארנו בה' גזלה כדי שילמוד סתום מן המפור' ועלה בידינו שדברי הרמב"ם ז"ל אינן

דברי יחיד אלא דברי רבים וגדולי' ואף הרי"ף והרמב"ם שהיו נראים כחולקים בכגון זה כלם שוים.

והביא שלא ראו העדים המעות שנתן אלא שהודה המוכר הואיל והוחזק לגזלן לא קנה שאין מהודאתו ראיה שקבל דמים דאי לאו דאודי ליה הוה ממטי ליה לדידיה ולחמריה לשחוור כדכתבו בגמרא וכמ"ש הרי"ף ז"ל והנה בנ"ד הוא אומר שעשרת אלפים שאומר הקונ' שנתן לא היו אלא לצורך ההוצאות כדי להוציאו מבית האסורים מקום אשר היה אסור שם על אלפים פרחים אשר מכתבי עמל כתבו עליו בערכאין שלהם ולא נהנ' מהם שוה פרוטה והביא דלא נתן כל הדמים ששוה הקרקע כתב הנמוקי יוסף בשם הריטב"א דלא מדמינן לה לאשה המתקדש' בשוה פרוט' דשאני אשה שנתן לה כל דמיה אבל הכא מי איכא למימר דבשוה פרוט' מתרצה על קרקע של מאה מנה וכתב שדעת הר"ן ז"ל נוטה לזה אעפ"י שאחרים אומרים דשוין הם והטור הביא שרבינו יונה חלק בין קרקע למטלטלין דבקרקע אפי' לא נתן לו כל שווין קנה לפי שאין הונאה לקרקעות וכת' הטור ז"ל שנראה לפרש דבריו בשאינו כופה על המכירה אבל בסכום המעות אינו כופהו אבל אם כופהו ליתן לו בפחות משוויו אף בקרקע אין כאן תורת מקח פי' לפי' כשאנס אומר לו מכור לי בדמים סתם ונתרצה למכור אגב האונס ושוב פסקו דמים האי מיקרי זביני אבל כשהאנ' אומר לו מכור לי בכך וכך אעפ"י שזה לא היה מזכיר דמים אלא שאין רצונו למכור ושוב אגב אונסיה מכר הו"ל כמתנה ומהרי"ק ז"ל הוכיח כן מדברי רשב"ם שכתב דמתוך יסורין גמר בלבו ומקנה הואיל ואיכא תרתי יסורין ומתן מעות דלא מפסיד מידי ומדקאמר דלא מפסיד מידי משמע שאם היה מפסיד משלו כלום לא אמרי' דגמר ומקנה דכי אמרי' אין אונאה לקרקעות היכא דזבין מדעתיה אמרינן ספק לא מצא למכור והוא היה צריך למעות ונתרצה למכרה שאם לא כן מי הכריחו לכך אבל היכא דידעינן שנאנס אין ספק מוציא מידי ודאי אונס שהאונס מוכיח שלא מכר מרצונו והדמים אין מוכיחי' שבעבור' מכר הילכך העמד דבר על חזקתו כ"ש בדב' מופלג כזה שמקום שיש בו הכנסה שלשים לבנים ביום שוה יותר ממאתים אלף ואיך ימכרנו בעשרת אלפים לבנים אם לא מפני האונס.

ולענין ביטול המודעא במכר כתב הרמב"ם ז"ל פ' כ' מה' מכירה העידו עליו עידי המכר לבטל המודעא הרי המודעא בטלה וכ' הרב המ"מ עליו זה פשוט והוא מבואר בערכין בס"פ האומר משקלי דכי בטיל מודעא איבטלא לה וכן כתבו כל המפרשים ז"ל וכתב ע"ז הרב מהר"י קארו ז"ל ולא חל' הרב המ"מ בין היכא דאנסוהו לבטל המודעא להיכא דנסתלק האונס וביטל המודעא מדעתו משמע דס"ל דלהרמב"ם ז"ל אם ביטל המודע'

אפילו מתוך האונס היא מתבטלה וטעמא משום דלא עדיפא ביטול מודעא מתוך האונס מאונס המוכר עצמו דאמרי' דאגב אנסיה גמר ומקני ה"נ גמר ומבטל למודעא עכ"ל. ותימא שא"כ הרמב"ם ז"ל חלוק על רבינו האיי לגמרי שהרי רבינו האיי סבור דלא מבטיל מודעא עד שידעו העדים בסילוק אונסו ואיך יסבור הרמב"ם דאפי' בטל מתוך האונס הוי ביטול והטור צרף דעתו של הרמב"ם ז"ל עם דעתו של רבינו האיי ז"ל. ועוד קשה אם ס"ל להרמב"ם דאפי' מתוך האונס הוי ביטול א"כ אפי' מסר מודעות על כל הביטולי' נמי היה ראוי להרמב"ם ז"ל שיבאר דמהני מה שביטל כל המודעות אפי' אם ביטל מחמת אונס והוא ז"ל כתב שאם אמר לעידי מודעא הוו יודעים וכו' הרי המכר בטל אפי' אם קנו מידו לבטל המודעא והא לא דמי לתלויה וזבין סתם דאמ' אגב אונסיה גמר ומקני דהתם כיון דלא גלי דעתיה מעיקר' אלא שהעדים רואים האונס ורואין את המעות שהוא מקבל אעפ"י שאנו רואים שתולין אותו עד שיתרצ' אין הוכחה מזה דעבידי אינשי הכי לומר שאינו מתרצה עד שיכפוהו לחבבה בעיני הלוקח ואולי יעלה לו יותר בדמיה אבל כשהודיע לעדים תחילה שמה שרואין שמוכר ומקבל מעות לא מדעתו הוא מוכר אפי' אם היו נותני' לו ממון הרבה אין רצונו למכור אלא מפני אונס התלויה הוא עושה עכשיו אעפ"י שא"ל הלוק' שיבטל כל מודעות אותו ביטול כמאן דליתיה דהא גלי דעתיה שאנוס היה ומה כח ביטול מודעות יפה אם אנו רואים שכופה אותו על הביטול. וכי תימא הא אמרינן בערכין וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ומפרש בגמ' עד דמבטל למודעתי'. הא לא דמי מכר לגט מעושה בישראל דהתם בדין כופין אותו שיגרש ואם מסר מודעא כופין אותו שיבטלנה אבל מוכר באונס שלא כדין אונסים אותו שימכרוה ואע"ג דיהיב דמי חמסן הוי נהי דכי לא מסר מודעא אמרי' אגב אונסיה גמר ומקני היכא דגלי דעתיה ומסר מודעא אין ממכרו ממכר ואין ביטולו ביטול דשלא כדין כופין אותו ומה דמייתי הרב המ"מ ההיא דערכין דכי בטיל מודעא איבטילא לה הכי מייתי דבמעוש' כדין כי מיבטל לה מחמת אונסו איבטילא אף זביני דשלא כדין כי מבטל למודעא מסתמא איבטיל דאמר גמר ומבטל עד שיגלה דעתו במודעא להדיא ויאמר הוו יודעים שכל קנין וכו'.

אבל הרא"ש ז"ל כתב דאפי' כפוהו לבטל המודע' מהני הביטול ולא עוד אלא אפי' אמר במודעא כל מה שמבטל לא יהא ביטולו אינו מועיל דלבסוף כשכפו אותו לבטל נתבטל הכל דאגב אנסיה גמר ומקני ומבטל. וקשיא לי כיון דגלי דעתיה שאינו מוכר מחמת זוזי אלא מחמת האונס ואעפ"י שיכופו אותו לבטל לעולם אינו גומר בלבו לבטל מה נתחדש לנו בביטול כיון דעל כל זה גלי דעתי' מעיקר' השתא ומה בסתם מוכר לאנס אע"ג דמודה

דיהיב זוזי לאו כלום הוא ולא שקיל מידי דאמרי' אי לאו דאודי ליה ממטי ליה ולחמרי' לשחוור היכ' דאניס מתחיל' ועד סוף איך נאמר שמפני שבטל בפיו ביטל בלבו ושבט הנוגש בו. ונראה לי שטעמו ז"ל לומר דהא דאמרינן תלויה וזבין זביני' זביני לאו משום דחיישינן דמשו' זוזי גמר ומקנה דמספקא לא נפקא ארעא מחזקתה אלא דאמרי' כיון דשקיל דמי אגב אנסיה גמר בלבו שלא לשוב לערער עליו הואיל והיא יוצאה עכשיו מתחת ידו היאך יחזור להוציאה מיד הלוקח בלא ראיה ומתוך יאוש הלב גמר ויהיב אבל כי מסר מודעא סמך עליה שיוכל להוציא דהא נקיט ראיה בידיה כיון שאנסוהו אף בזה לבטל המודעא לגמרי וכל דבר הגורם לביטול המקח חוזר ומתיאש סבור שהעלה בידו חרס. ונראה לי שזהו טעמו של הרשב"א ז"ל שסמך על פיסול העדים אף לענין גטין דכי פסיל להו לא מפסלי אלא מתוך שפוסל אותם כסבור שאינם מועילי' כלום אף הוא גמר ומגרש בכל לבו והביא מההיא דאומ' נאמנת עלי שלא באתי דאם איתא שבא וביטל הגט מאי מהני נאמנות דידה אלא מתוך שהו' מאמינה אף הוא אינו מבטל הואיל ולא יהא הוא נאמן עליה ולפי דרכנו אנו למדין שאם כלל במודעא אף על פיסול העדים שלא יפסלו כי מתוך האונס הוא שפוסלם מודה הרשב"א דלא מפסלי שהרי עכשיו סומכת דעתו יפה שאין העדים נפסלים שכבר קדמה לו מסירת מודעא על הפיסול ולא תקן הרשב"א ז"ל אלא לשעתו דאכתי לא אסיקו אדעתייהו דאינשי בפיסול העדים שימסרו מודעא על זה.

ונראה לי דאף להרא"ש ז"ל צריך שיעידו העדים שביטל המודעו' בפירוש לא שיאמר סתם לסופר שיכתוב שטר סתם והוא כותב טופסי שטרות בביטול מודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי שאין כח בלשון סתו' לבטל לשון מפור' שאעפ"י שכתבו המפרשים דסתם המצוה לכתוב שטר כמנהג הוא מצוה והם יכתבו כל חיזוקי סופר כמ"ש הטור סי' ס"א בשם הרא"ש שכל שנהגו לכתוב כן נאמנות הן כתבוה בשוקא המצוה לכתוב סתם דעתו שיכתבוהו כמנהג ורבינו האיי לא משמע ליה הכי כמ"ש דבריו שם דאע"ג דקבול עליה למכתב שטרא בכל לישני דזכותא לא הוי אלא לכל כללי דתחות טענה אבל נאמנות וביטול מודעא לא ובסי' ע"א הביא הב"י תשובת הרשב"א ז"ל שהביא דברי רבינו האיי גאון אלה וכתב והרי נאמנו' וביטול מודעות שהוא נוהג בכל השטרות אעפ"י שקבל עליו כחומר כל שטרות לא מחשבינן ביה אעפ"י שצוה לכתוב סתם ונראה שאין הרא"ש ז"ל חלוק אלא בנאמנות ושאר תנאים שרגילין הסופרים לכתוב מעצמם דאיכא למימר דנשתעבדו דכל המצוה סתם דעתו שיכתבוה כמנהג וכאילו אמר כן בפירוש שאל"כ היה לו לפרש שלא יכתבו נאמנות ופרהסיא וכיוצא בזה אבל ביטול מודעו' שא"א לו

לפרש ולהזהיר שלא יכתוב פן יתגלה הדבר שמסר מודעא ודאי שאין למדין מן הלשון המורגל בכל השטרות לומר דקא שעביד נפשיה מדלא פי' שהרי לא היה אפשר לו לפרש וכן משמע ממ"ש הב"י בסי' ס"א מדברי הר"ן בשם הרשב"א גבי כתבוה בשוקא דכיון שהכל מורגלים לכתוב כן בזמננו זה אין צ"ל בפי' דאלו רצה לכסותה היה מצוה שלא לכותבו בפרהסיא אלמא טעמא מדלא צוה בהדיא הא אם לא היה יכול לפרש לית לן בה ועוד ביטו' מודעא צריך לפרש בהדיא שאין המודעא שבידו מתבטלת בסתם שהרי ידענו באונסו וכבר הודיע לעדים שאנוס הוא בכל מעשיו וא"א לומר דאגב אונסי' בטל המודע' אלא כשבטלה בפירוש בשפתיו אתי דבור ומבטל דבור והכי משמע בפ' ח"ה עד דדייקינן מדתנן כופין אותו עד שיאמר רוצה אני עד דמבטל למודעתיה דמשמע דביטול בפי' בעינן דאלו בסתם מצי למימר סמכתי על המודעא שבידי ואע"ג דכל המצוה לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג היכא דאיכא אונס אין סתמו בכך וכדאמר בפ' שבועות שתים גבי נודרין להרגין ולחרמין וכו' ובלבד שיאמר בלבו היום אף על גב דהנודר סתם לעולם משמע ובכל מקום דברים שבלב אינם דברים גבי אנסים חשיב אפשר כלומר האונס מפרש לנו הדברים שאינן בסתמן אף כאן האונס שיש לו מודיענו שאין כוונתו במה שמצוה לכתוב שטר גם לבטל המודעא שמסר.

ועוד נראה דבכה"ג אף התוספות והרא"ש מודים שלא נתבטלה המודעא כלל דטעמייהו משום דכי היכי דאמרינן במכר עצמו אגב אונסי' גמר ומקני אף בביטול אמרי' אגב אנסיה גמר ומבטל לפי שאין לו על מה שיסמוך שאם אמר בתחילה כל הביטולים שאבטל יהיו מבוטלים גם אח"כ חזר ואמר כל המודעות שמסרתי הרי הם בטלות וכיון שאין לו על מה שיסמוך במודעא הרי הוא כמוכר באונס בלא מודעא דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה שהוא סבור שאין לו פתחון פה לחזור ולערער וזה מתוך שסבור שדבור אחרון בטל את הראשון אף הוא גומר ומבטל זהו בסתם אבל היכא שהתנה במודעא ונשבע שלא יבטל אא"כ יקרע המודעא קרע ב"ד דזה על תנאי זה הוא סומך ואינו גומר לבטל שהרי יש טענה ופתחון פה לומר שלא בטלתי שאם הייתי מבטל הייתי קורעה שכבר נשבעתי שלא לבטל אלא אם כן אקרענה והנה מצאתי בתשובת מורי הרב המופלא מהר"ר שלמה סאגיס זלה"ה ביד בנו החכם השלם נר"ו לדברי רבינו יונה ולדברי הרא"ש ז"ל דאף כשנאנס בביטול המודעות מהני הביטול היינו משום דאגב אונסו גמר בלבו וביטל כל ביטוליו וכיון דמשום הכי הוא ע"כ בנ"ד א"א לומר דאם איתא שגמר לבטל היה לו להוציא המודעא ולקרעה קרע בית דין או לפסול אותם העדים בשמם כמו שהתנה במודעא והואיל ולא עשה כן אנן סהדי שלא גמר בלבו לבטלם. ועוד זאת יתירה

עליה שנשבע בפני העדים שלא יבטל אותה מודעא עד שיקרענה קרע ב"ד כלומר דלא גמר ומבטל כל זמן שלא יקרע. ויש לי ללמוד שכל שנשבע מילתא היא מדינא דאקני דאמר בגמרא דאקני משתעבד לקמא לוה ולוה ואח"כ קנה משתעבד לשניהם וכתבו המפרשים דכל שעדיין לא קנה יכול לחזור בו וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הב"י סי' ק"ד ראובן לוה משמעון וחזר ולוה מלוי ונתרעם לוי מראובן בב"ד והשביעוהו שכל מה שירויח יתר על מזונותיו יפרעם ללוי והשיב כיון שנשבע גלי דעתיה שחזר בו מהראשון וללוי משתעבד לראובן לא משתעבד אלמא דשבועה לקיים כל דבר הויא הוכחה שחוזר בו כ"ש דהויא הוכחה שלא יחזור בו ולא גמר ויהיב.

ועוד ראיה מדין הקנאת קרקע דבמכר לא קנה בכסף עד שיכתוב לו את השטר וכתב מהר"י ן' לב ז"ל בס"א סימן פ"א דמאחר שנשבעו זה לזה שלא לחזור הוי כאלו פירש שגמר להקנות בכסף בלא שטר אף כאן השבועה מוכחת עליו שלא נאמר אגב אנסיה גמר ומקני אלא דאם איתא שגמר הו"ל למקרע שטרא ולא יעבור על שבועתו. וכי תימא הרי גם במכר או במחילה נשבע לקיים המכר ההיא לא חייש לה שכבר קדם ובטלה כדאמרינן בפרק ד' נדרים כל נדר שאני עתיד לידור הרי הוא בטל וכו'.

ועוד כיון שלא ראו העדים המעות וזה אומר כי לא לקח כלום כי אותם העשרת אלפים הכתובים בשטר הם ההוצאות שנעשו בעש"ג לכתוב עליו בעלילה ב' אלפים גרושו"ש ונתנוהו בתפיסה כמה ימים וכלם נכנסו ליד שלוחו של קונה לצורך ההוצאות וכיון שכן כל שלא ראו העדים המעות ההיא הודאה לאו כלום הוא וכמתנה דמיא דקי"ל תלויה ויהיב לאו כלום היא ועוד אפילו אם קבל דמים הרי כתבו המפרשים ז"ל דהיכא דלא נתן כל הדמים ששוה הקרקע לא חשיב מכר כמ"ש שם בב"י משם הריטב"א והר"ן וכך הם דקדוק דברי רשב"ם והטור הביא דברי רבינו יונה ז"ל שחלק בין קרקע לטלטל וכתב הטור שנראה לפרש דבריו כשאינו כופה אלא על המכירה אבל בסכום המעות אינו כופהו וכו' הרי שהכל מודים דכשכופהו שימכור בדמים מועטים כמתנה חשיב ואין צריך מודעא כ"ש בדבר מופלג כזה שעשרת אלפים לבנים אינם שכירות שנה וכ"ש לפי דבריו שאומר שכבר עברה שנה שתקף הבתים וכבר נתחייב לו אותו הסכום בשכירות. כללן של דברים שהבתים הנז' הם זכות שמשון וכל השנים הללו עמדו ביד ראובן בגזל ועושק ונלוז והדרי ארעא והדרי פירי הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן מד

באתי להוסיף שנית ידי על דבר שטר המחילה שנעשית אחר הקנייה איך מחלו זה לזה כל תביעה וטענה שהיה להם זה ע"ז וכו' שטענו שע"י שטר מחילה זה נתקיים המקח ונתבטלה המודעא והביאו ממ"ש בב"י בשם רבינו האיי גאון ז"ל ותדע איך תבטל המודעא כגון שטר המכר פעם שנייה ונסתלק בכל עכ"ל סבורים בדעתו דבחדוש כתב המכר לבד סגי והעלימו עין מדברי בעל העיטור שכתב עד דכתב ליה שטרא דסלקא לאונסא מחמת כך וכך ואפילו אי כתיב ליה שטרא אחרינא בעי לפרושי ביה ולא עוד אלא שאמר כי שטר מחילה זו הרי היא כחדוש מכר ואעפ"י שכתוב בלשון מחילה מועיל לשון מחילה מאחר שיש שם קנין בקרקע והביאו ראיה לדבריהם מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא בח"מ סימן רמ"ה שכתב לו שמחל לו הקרקע במאה דינרים והשיב הרשב"א ז"ל כיון שהיה שם קנין מגופה של קרקע קנו מידו אף כאן הרי הוא כמו שחדש שטר שמכר שנייה אלו דבריהם ותחלה אני דן על שטר המחילה דודאי אין בלשון הזה הקנאת בתי' אלו דכל דאיתנהו בחזקת מרייהו איתנהו. ומה שהביאו מדברי הרשב"א שהקנין מועיל במקום שהלשון גרוע האי לאו דהרשב"א היא דגמרא ערוכה היא בפ' הכותב דפסקי' הלכתא כרב נחמן בדין ודברים אין לי על שדה זו וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום אם קנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו וזה לפי שיטתו של רש"י ז"ל דמפרש דקאי אברייתא דדין ודברים אין לי על שדה זו וידי מסולקת הימנה ובתו' הקשו דלא אפשר דקאי אברייתא דבדין ודברים לא מהני קנין אלא אמתני' דהכותב לאשתו קאי וכן פירש הרי"ף ז"ל דאמתניתין קאי. ולדבריהם אין ראיה דמהני קנין בלשון מחילה וסלוק ויש תשובה אחרת להרשב"א ז"ל הביאה הרב בב"י בסימן רנ"ג על דין השאלת בתים וקנו מידו שהשיב הרשב"א ז"ל דכל שקנו מידו אלים כח הקנין וכתב הרב שם בב"י שחלק עליו רבינו האיי ז"ל כמו שכתב בסימן קצ"ה והוא מה שהביא בספר העיטור בשמו דדבר שאין בו ממש כגון אויר ודירה ואכילת פירות בלא גוף לא מהני קנין ואפילו אגב ארעא ואנן דייקינן לה מדאמרי' בפ' מי שמת יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום וגם שם כתב שאין כן דעת הרשב"א ז"ל וקשה בעיני היאך יחלוק הרשב"א ז"ל על זה דיאכל פ' פירות דקל זה ידור פ' בבית זו אמרינן התם בפ' מי שמת דאפילו בשכיב מרע לא מהני דמילתא דאיתיה בבריא איתיה בש"מ מלתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ ואי ס"ד דאיתיה בבריא ע"י קנין הרי אמרו דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו וגם רבינו האיי לא מצי פליג אהא דהרשב"א ז"ל דאפילו אמר לשון גרוע כי קנו מידו מהני דאפילו לגירסת הרי"ף דאמתני' קאי מ"מ הדין דין אמת דבפ' חזקת מייתי לה אהא דדין ודברים אין לי על

שדה זו דמוקי לה בשקנו מידו וכן כתב הר"ן ז"ל ויש לתמוה על דברי התוס' דלא מהני קנין על דין ודברים ויש לחלק בין אומר דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות הימנה שעל השדה הוא מדבר אלא שהלשון גרוע בהא ודאי אמרי' דהיכא דקני מיניה מתוך שאדם יודע שאין קנין חל על דברים בעלמא מהני הקנין לפרש דמגופה קנו מידו והקנה אותה לו לפיכך אין לו דין ודברים אבל ביאכל פ' פירות דקל זה שלא עלתה על דעתו לתת לו הגוף בזה אלא שהוא סבור שיכול להקנות הפירות בקנין ולא מהני כלל להקנות הגוף שלא אמר דקל לפירותיו תדע דבהלואתו לפ' אמרינן בפרק מי שמת דחשיב איתיה בבריא משום דאיתיה בש"מ ופירות דקל לא חשיבי איתיה בבריא כדקל לפירותיו כדכתבו שם התוס' דלא חשיב אלא כשיכול להקנותו בענין זה ש"מ מקנהו בדבורו ולא שיוסיף קנין אחר דהיינו דקל אמנם מתוך תשובה אחרת שהביא שם הרב בב"י בסי' קצ"ה להרשב"א משמו וטעמא אחרינא שכתב קבלתי ממורי הר"ר יונה ז"ל דדוקא כשהקנין בא באחרונה כגון שאמר דין ודברין אין לי על שדה זו ואח"כ קנו מידו שהקנין מתקן ומקנה גוף הקרקע אבל באומר קנו מידי שאין לי דין ודברים על שדה זו ודאי לא קנו ממנו אלא מדין ודברים ולא מגופה של קרקע וכן כתב בתשו' המיוחסות להרמב"ן זכרונו לברכה כל שאמר קנו ממני שאני נותן דירה בביתי לפלוני יש לומר אין הקנין אלא על הדירה לא על גופה של קרקע אבל אמר הריני נותן דירה לפלוני וכו' וקניני' ממנו קנה שהקנין ענין חזק וכשבא לבסוף לומר לא דירה בלבד נתתי אלא גופה של קרקע ואחר שכן הוא בנדון דידן לא היה הקנין על הקרקע אלא מחילה כוללת עשה לו על כל טענות ותביעות שיש לו עליו מיום שנברא העולם ואפילו הוה מחילת הקרקע מוזכר בשטר לא היה מופקע בלשון מחילה זו שהקנין שאחר כך אין ממנו הוכחה שבא לתקן ולהקנות הגוף דבלאו הכי היה צורך לקנין בעד המחילה כוללת כל שכן שלא הוזכר הקרקע כלל שראוי לומר שאין בכלל לשון מחילה אלא תביעות דמחוסרי גובייא שאף על פי שאין צריך להם קנין כבר הורגלו לכתוב במחילות קנין להורות שבלב שלם מחל כמו שכתב הרמב"ם ז"ל. ועוד לפי מה שהבינו בדברי רבינו האיי זכרונו לברכה דביטול מודעא לא מהני ולא תתבטל המודעא רק כישחדש לו כתב המכר ב' ונסתלק בכל דהק' דזו הוכחה שנסתלק בכל ולא היה שם אונס אמיתי בזמן שחדש המכר באותה שדה עצמה היא הוכחה שנסתלק אבל אם כתב לו הודאה ומחילה דרך כלל אפילו היה שם לשון מתנה אין קרקע זה שמסר עליו מודעא בכלל ואין משם הוכחה שנסתלק האונס שיאמר לא היתה כונתי אלא על דברים אחרים שהקניתי ברצוני דומיא דאמרינן בפ' חזקת גבי אכלה בפני האב שנה ובפני הלוקח שנה דמוקי לה במוכר

כל שדותיו דלא הויא מחאה. ועוד אפילו היה מפורש במחילה קרקע זה מתנה היא ומתנה באונס לאו כלום היא. ובר מן דין הם לא ידעו דברי רבינו האיי ולא הבינו עצתו שכך אמר לעולם אין המקח מתקיים אלא אם כן חדש כתב המכירה ונסתלק בכל כלומר שיודה איך נסתלק האונס ההוא שעליו מסר מודעא לגמרי וכמו שביאר העיטור שהביא דבריו דתרתי בעי' סילוק האונס וחדוש כתב המכר שכן כתב כל היכא דאיתיה לאונס ביטול לאו כלום הוא דאפילו קנין לא מהני עד דכתיב ליה שטרא דסלקיה לאונס מחמת כך וכך ואפילו כתיב ליה שטרא אחרינא בעי לפרושי ביה ונסתלק בכל עכ"ל העיטור וכן כתב להלן שיפרשו שהמודעא היתה מחמת הכין והכין ואנן סהדי דאתפשר עמיה על ההוא אונס' כו' ומצאנו דבריו בס' המקח שער ל"א וכך הוא בקיצורו ואעפ"י שכתב לו בביטול מודעי ושלא באונס לא נדחה האונס שהאונס שאנסו על המכירה אותו האונס אנסו לבטל המודעא ולכתוב כל מה שירצה אבל מתבטלת המודעא אם יקנה פעם שניה אחרי דחיית האונס ויתן הדמים ויכתוב שטר מכירה עכ"ל.

ונמצא בערוך של הגאון וז"ל ותדע דאע"ג דסדר בכתב המכר וכתב בו ביטול כל מודעי כיון שהמכירה היתה באונס לא נסתלק האונס ולא נתבטלה המודעא דכיון שאנסו על המכר אנסו נמי שיעיד על עצמו ביטול המודעא דהא בשטר אחד הוא הודאתו במכר והודאתו בביטול המודעא אבל תדע איך תתבטל המודעא כגון שחדש כתב המכ' פע' שני' ויסתלק מכל וכל ואם בטל המודעא התם הויא מבוטלת אי נמי כגון שנעשה כתב המכר מרצונו ומהשלמת נפשו ולא נראה עליו שום אונס כלל דהתם הוי ביטול המודעא ביטול ולהכי גרסינן גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה והפרידו בין שיעידו העדים בפנינו הוד' לבין שיעידו בפנינו מנה לו וכדאמרינן אי לאו דאודי ליא ממטי ליה ולחמריה לשחוור עכ"ל והטוענים מתחזקים בזה הלשון לומר שאם היתה כונתו במה שכת' ויסתל' בכל שנסתלק מן האונס לגמרי אם כן היינו לשון שני שכתב שנעש' המכר מרצונו ומהשלמת נפשו ולשון זה שחשבו שהוא בעזרם הוא מנגדם כי הלשון הזה מורה באצבע שאין פי' ויסתלק לשון פסק דין כלומר שאז נסתל' ועוד מדברי הרב בעל העיטור ז"ל נלמוד שלשון סלוק הוא סלוק האונס ממ"ש אח"כ ואי ידיע אונסא לא מהני ביטול סתמא עד דמתפרש מודעא וסלוק דידה. ועוד ילמד סתום מן המפורש שבקיצור כתוב שיקנה פעם שניה אחר דחיית עבור האונס והוה להו לעיוני ולמידק בסוף דברי הגאון ז"ל שכתב גרסינן גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה והפרידו בין בפנינו הודה ובין בפנינו מנה לו דמה ענין זה לגזלן שהביא ראיה ולא לחילוק שיש בין הודה למנה דאביטול מודעא שהזכיר למעלה לא מצי קאי דההיא לאו הודא' היא אלא

ביטול שרוצה לבטל דבריו שמסר אלא שדבריו הראשונים בהודא' עצמו מיירי שהודה שנסתלק האונס לגמרי והוא מה שאעפ"י שסדר בכתב המכר וכתב ביטול כל המודעות בשטר אחד לא מהני כלומר אף על פי שסדר ביטול האונס כגון שהודה שאותו האונס שהיה לו שכתב עליו מודעא כבר נסתלק וזה מוכיח מדבריו שכתב שכיון שאנסו על המכר אנסו נמי שיעיד על עצמו בביטול המודעא ומאי יעיד על עצמו הול"ל אנסו שיבטל המודעא אלא שהודה על עצמו שנסתלק האונס קאמר וכן כתב בסמוך הודאתו במכר והודאתו בביטול המודעא ועל זה אמר דלאו כלו' הוא הואיל וההודאה כתובה בשטר המכר עצמו כשם שהודאתו במכר לאו כלום הוא שהרי בטלתה המודעא כך הודאתו בביטול אונס המודעא לא כלום הוא אבל תדע איך תתבטל בהודאתו לבד שנסתלק האונס כגון שחדש המוכר כתב המכר ונסתלק בכל ומכל כלומר יסתלק המוכר מן האונ' לגמרי שיכתוב שהוא מודה שנסתלק וכיוצא בלשון הזה כתב לקמיה צרי' שיסתל' ממנו האונס בתחילה ואחר כך יבטל והוא מה שאמר למעלה שיעיד על עצמו בביטול המודעא אז אם ביטל המודעא הויא מבוטלת ואם תאמר מאחר שהודה שנסתלק האונס למה צריך ביטול מודעא יש לומר דמצי למימ' ידעתי שאין בהודאתי כלום כי סמכתי על המודעא שמעידה על אונסי וכל שיש אונס ומודעא אין הודאתו כלום אבל כשגם המודעא ביטול בפירו' ודאי דהויא הודאתו הודאה ששוב אין לו על מה שיסמוך וגמר ומקני ואמר עוד אי נמי אין צריך חדוש כתב המכר כיון שנעשה כתב המכר מרצונו ומהשלמת נפשו כלומר שהעדים מעידים כן שאותו האונס שהיה בתחילה נסתלק ויורה על זה שבלשון הא' תפס לשון שמדבר על עצמו של מוכר שחדש כתב המכר ובלשון ב' תפס לשון אחרים מדברים שנעשים כתב המכר מרצונו ומהשלמת נפשו ולא נראה עליו שום אונס שמשמע דאעידי שטר קאי דלא ראו עדים עליו שום אונס והביא ראיה על זה החילוק שיש בין עדות הודאתו בביטול האונס לעדות ביטול האונס דגבי עדות הודאה לא מהני אלא בשטר אחר ועדות הביטול עצמו מהני אף בשטר המכר עצמו ולא אמרי' דהודאת ב"ד כמאה עדים דמי מההיא דמפלגינן בין בפנינו הודה ובין בפנינו מנה לו אלמא שדברי הגאון בלשון הראשון היו בענין זה שאומר בפנינו הודה ולהכי לא מהני בשטר אחד. וכן משמע להדיא מתוך מה שאמר להלן שחלק בין ביטול מודעא דגט לביטול מודעא דזביני דבגט אין אנו צריכין במודעא לעמוד ולחקור על עיקר האונס כמו שאנו צריכין לעמוד על אונס המכר ולכתוב הכרנו באונסו נמצא דכשם שקבלנו את האונס במודעא בדבורו כך כשבטלה מתוך האונס די לו בביטולו לבדו ואף על פי שלא נסתלק האונס כמו שאפרש בחבור גטין אבל ביטול מודעת זביני כשם שאין אנו מעידים

על האונס עד שנעמוד על עיקר האונס ועד שימסרו המודע' כך כשביט' המודע' נמי צרי' שיסתל' מעליו האונ' בתחיל' ואחר כך יבטל עכ"ל ומסוף הלשון הזה אתה למד בהדיא דכיון דהכרנו באונסו אין המודעא מתבטלת אלא בסלוק האונס תחלה ואח"כ יבטל ונקט סלוק האונס סתמא דבאותו שטר עצמו צריך שידעי העדי' שנסתל' ובחדוש כתב המכר פעם שניה די בהודאתו שיוד' שנסתל' האונ' הראשון ואח"כ יבטל שזו הודאת ב"ד היא ולכך כתב לו מחדש לפי שעכשיו נסתלק האונס לגמרי והראו לי תיקון שטרות לרב ברצלוני ז"ל שהביא תשובה לרבינו האיי ז"ל בהרחבה ובסוף התשובה כתב שמה שתקנו בנסח השטרות בביטול כל מודעות לא נתקן אלא בשטרי מתנה ומאן דכתיב הכי בזביני לשופרא דשטרא ולאפושי מילי הוא ומשו' דאיכא מאן דכד מסר מודעא אמר לסהדי דאפי' מבטילנ' להך מודע' לא לבטיל תקינו לאנפושי ולמימר ומודעי דנפקי מגו מודעי עד סוף מודעי לסלוקי ספיקי והיכא דאיתניס ומודעי מתוך אונס כי אמר אלפא מילי כהני באונס אמר ולא מהני ולא בטיל מודעא ודאקשיתון בסוף שאלתא לא משכחינן דאיבטיל ההוא מודעא לעולם הכין הוא כל זמן שהאונס קיים לא בטיל ההוא מודעא אבל אי מסתלק ההוא אונסא ומתבררא מלתא דמדעתיה ולרצונו של מוכר הוא בטליה למודעיה וקיימיה לזביני ע"כ הרי שכלל הגאון דהכין הוא דלא משכחינן דאיבטיל מודעא לעולם ע"י ביטול מודעות ואם איתי' הא אשכחינן דאיבטיל ע"י חדוש כ' המכר דאז הוי ביטול המודעו' ביטול הן כל אלה דברים ברורים לפני כל יודעי דת ודין והוצרכנו להאריך בהם להוציא מלבן של חולקים ומה גם כי על כל הדברים שכתבתי בפסקי הראשון כל זה משנה שאינה צריכה דאפילו אי איכא פלוגתא ארעא בחזקת מרא קמא קיימא ואפילו כל רוחות שבעולם אין מזיזין אותה ממקומה ושלום על דייני ישראל הדנין דין אמת לאמתו הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן מה

הא דדייק מר דשתיקה לחודה הויא מחילה מההיא דפ' חזקת דמפרש רבא טעמא דחזקת ג' שנים משום דשתא קמייתא מחיל אינש תרתי מחיל ג' לא מחיל א"ל אביי אלא מעתה תהדר ארעא לבר מפירי אלמא אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי מדקאמר שתא קמייתא מחיל אלמא דשתיקה לחודה הויא מחילה ואע"ג דבמסקנא לא קיימי' הכי היינו משום דס"ל לרב נחמן דלא מחיל הא אי מחיל אפילו בשתיקותא מהני וכן נראה מדברי רשב"ם שפירש אמאי דקאמר רבא שתא קמייתא לא קפיד איניש וכו' על מה שזה יורד לתוך שדהו ומיהו פירי לא מחיל דמשמע אף לפי המסקנא דטעמא משום דלא מחיל הא אלו מחיל מהני ואמר דיש להכריע כן גם מתוך סוגיית הגמרא דודאי הא

דאמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי היינו משום דלא מחיל כלל דאי טעמא משום דלא מהני ליה מחילה היכי דחי לדרבא דילמא רבא נמי מחיל ולא מהני קאמר וסוף סוף כי הדרא הדרי פירי הדר אמר מר דלא היא דלעולם דילמא רב נחמן הדר פירי משום דלא חשיב' מחילה קאמר ופריך לרבא דאמר שתא קמייתא מחיל דע"כ לגמרי קאמר דאי ס"ד מחיל לא מהני מ"ט בתלת עלתה לו חזקה דלמא הא דשתיק משום דידע דאין שתיקתו מחילה ולמחר תבע ליה בדינא אלא ע"כ מחיל לגמרי קאמר אמטו להכי פריך תהדר לבר מפירי זה כללות דבריו והאריך לבאר דאין הכרע לומר דרב משום דלא מחיל קאמר דאיפשר דמשום דלא מהני קאמר ואיברא ודאי אין לנו הכרע מדרב נחמן דהא ודאי דברי רב נחמן שקולים הם כדכתב מר דהא דהדרי פירי אפשר משום דלא מחיל לגמרי ופליג אדעת' דרבא ואפשר משום דלא חשיבה מחילה אפליג אדינא דרבא ומטיבותיה דמר אמינא דהכי איכא למידק כיון דמדרבא דקאמר שתא קמיית' מחיל אינש ע"כ מחיל וחשיבה מחילה משמע אי משום דלישנא דמחיל לגמרי משמע ואי משום דהכי משמע ליה לגמר' מדפריך תהדר לבר מפירי א"נ מטעמיה דמר דא"כ אפילו עד ג' לא תעלה לו חזקה הילכך תרתי שמעינן מינה דמחיל והויא מחילה כי מסיק דלא קפיד כלומר אע"ג דלא מחיל שאין אומרין לא קפיד במי שמוותר אבל מנין לנו דהדר ביה מדינא דאי מחיל הויא מחיל' והכי אורחין למידק בעלמא הלכתא דאע"ג דבמסקנא לא קאי כיון דמטעמא אחרינא אידחי וכיון דרבא הכי אסתברא ליה אין לנו לבדות מעצמנו ולומר דרב נחמן פליג אהך סברא.

ועדין לא הגענו לפלגות חקרי לב חכם מאי בעי למילף מהכא דשתיק' לחודה הויא מחילה דודאי הכא הא אסיקנא דהדרא ארעא והדרי פירי אי דבעי למילף בעלמא דבלבו הויא מחיל' בכמה דוכתי אשכחן דהויא מחילה כגון בסתימת אורה אמרינן ולסתום הויא חזקה לאלתר אפילו בלא טענה וגבי ניזקין לכמה רבוותא עלתה להם חזקה בשתיקה אעפ"י שאין לשכנגדו טענה וכן אמרו בהונאה בפ' איזהו נשך עד מתי מותר להחזיר עד כדי שיראה לתגר או לקרובו אם שהה יותר מכאן מחל ואלמנה ששהתה יותר מכ"ה שנה אמרינן בפ' ב' דייני דאינה גובה כתובתה ובהניח בן וב' בנות נשאת הראשונה ואח"כ מת הבן אמרינן בפ"ק דר' יוחנן אמר שניה וותרה כיון דאיכא רווח ביתא ובכותב כל נכסיו לבניו בפני אשתו אמרינן בפי"ג דאבדה כתובתה אע"ג דאמרינן דמקולי כתובה שנו כאן אבל בב"ח לא דהתם לאו משום דמחיל אלא משום דלא חייש למה שהוא עושה וליכא אומדן דעתא דמחיל אבל באשה דיותר ממה שהאיש רוצה וכו' אמרינן דלא קפדא ומחלה מ"מ אי מחילה בלב לא מהניא לאו כלום היא ובמשיא

אשה לבנו גדול בבית קנאו אע"ג דקנין מחדש הוא והיה צריך קנין דאפילו בדבור ממש לא מקני ומיהו התם יש לומר דעל ידי מעשה הוא זוכה דאמדינן דעתיה שמשהכניסו בבית ע"ד שיחזיק ויקנה הכניסו דאורחא דמלתא הכי הוא ואלו בבנו קטן ליכא אמדן דעתא בהכי כיון דלא רגילי אינשי בהכי ובאשה שהיתה נושא' ונותנ' בתוך הבי' דתנן בפ' מי שמת שהשביחה לעצמה אמרה ראו מה שהניח לי בעלי וכו' השביחה לעצמה ופריך פשיטא כיון דאמרה ראו וכו' ומשני מ"ד לסוף מחלה התם נמי כיון דאמרה לעצמי אני עושה כי הדר דמחלה הוא בעי קנין לתת משלם ליתומים אלא התם ס"ד דהדרה בה מקמיה דהרויח' בהם וכשהיתה מרווחת לזכות היתומים הרויחה דומיא דמגביה מציאה לחבירו דקנה חבירו.

ועדיין יש להסתפק במקום שאמרו דלא הויא מחילה כגון הכא בתרי שני דלא הויא חזק' ולא מחיל אי הוה ידע בעצמו דמחיל מהו למהדר ביה נהי דמסתמא לא אמרינן דמחיל אבל בבא לצאת ידי שמים שהודה יש ללמוד מכאן דהויא מחילה כיון דהכי הויא סברא דרבא מעיקר' אי לאו דמסיק דלי"כ' אומדן דעת דמחיל דהא דשתיק משום דלא קפיד קונה הו"ל לאזדהורי בשטריה וכן בשאר דוכתי כגון בנזיקי' דסתמייהו לא מחיל ואיהו ידע דמחיל ובהונא' קודם שישהא כשיעור ובאלמנה בבית בעלה אי נמי בבית אביה ועבדי לה יקרא ובכותב כל נכסיו בפני ב"ח מי אמרינן דאי ידע דמחיל חייב לצאת ידי שמים ע"כ.

ונראה לי דמחילה בלב לאו כלום היא דהא קי"ל דדברי' שבלב לא הוו דברים כדאמרי' בפ' האיש מקדש ובכלן שאמרה בלבי היה להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת ונהי דאמר ע"מ שאין לי בנים ויש לו בת או שפחה מ"מ איהי ידעה בנפשה דמחלה להנאה שתקדש לו אעפ"כ אין לבה רוצה בכך ושריא לאנסובי דדברי' שבלב לא הוו דברים כדילפינן באמר לו הבא מן החלון ומדלוסמק' והלך והביא לו אעפ"י שאמר ב"ה לא היה בלבי אלא מזה והביא מזה בעל הבית מעל וכן לענין ממון בההוא גברא דזבין ניכסיה אדעתא למיסק לא"י וכו' ובפ' אלמנה נזונית גבי זבין ולא אצטריכו ליה זוזי כיון דבעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אע"ג דמעיקרא אמר השתא מיהת דברים שבלב הויין ואפי' אי תפיס מטלטלין מפקינן אלא נראה דעיקרא דמלתא בהכי תליה דודאי כל היכא דליכא הוכחה למה שבלבו דברים שבלבו לאו מידי הויין אבל היכא דאיכא הוכחה הוו דברים כדאמרינן בפ' ד' נדרים נדרי אונסין כיצד הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או בנו וכו' דברי' שבלב כי הני דמוכחי וברירי הוו דברים וכן אמרו שם גבי נודרין להרגין ולחרמין ובלבד שיאמ' בלבו היום אע"ג דבשאר נדרים סתמא לעולם משמע ולא מהני

מה שאומר בלבו היום גבי אונסין שאני שהדבר מוכיח הילכך בכל הני דלעיל איכא הוכחה כגון גבי אורה אין אדם רואה שסותמין אורו בפניו ושותק ובהונאה כיון שהיה יכול להראות לתגר או לקרובו ונתעצל ולא הראה ודאי מחיל וגבי בת אנן סהדי דמחל' כיון דאיכא רווח ביתא והכותב כל נכסיו לאשתו כיון דיותר ממה שהאי' רוצה לישא וכו' כי יהיב בעל קמי דידה ושתיק אנן סהדי דאחולי אחלה לקיים דבריו בשעת מיתה אבל היכא דליכא הוכחה הו"ל דברים שבלב ומשמעתין דחזרה נמי ליכא ראיה דנהי דהוה ס"ד דרבא מתחיל' דבתרי שני מחלה ומהני' ליה מחילה היינו מקמי דלא ידעינן טעמא דלא קפיד ודאי אם איתא דלא מחיל היאך היה רואה אוכל שדהו ושותק זה ודאי דברי' שבלב דמוכחי ובריר' אינון והוו דברי' אבל למאי דמסיק דהא דשתיק משום דלא קפיד אינש שיכניס לתוך שדהו ואוכלה דלמחר מפיק מיניה האי שתיקה לאו מחיל' ואפילו מודה שבלבו מחל ובפיו לא אמר יכול לחזור בו הלא ידעתי אינך צריך למודעי ושמעי וריעי אכן ראיתי כי כן גזרה חכמתך ונפשך אותה ויעש ואני לעשות רצונך חפשתי וחפץ ה' בידך יצלח יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן מו

שאלה ראובן שהיה אמוד בנכסי' הרבה ויצא לו שם בכל הארץ והיו כל העולם תמהים עליו לאמר מה היה לפלוני ומאין עשה כל החיל הזה ובקרוב עת פקודתו ויצו את אשר על ביתו על עזבון נכסיו ועזבון נכסי שמעון אחיו שהיה שותפו בעודנו חי ובעת פטירתו צוהו והפקיד אותו על אשר לו והשביעו שכל הימים אשר הוא חי שלא יעזוב את יתומיו ולא יפר ברית האחוה והשותפות אשר היה ביניהם ואם ח"ו ימות גם הוא כאחיו האיש אשר יבחר בו למנות אותו אפוטרופוס ופקיד על יתומיו גם כן הוא יהיה על ביתו ועל עזבונו לפקיד ואפוטרופוס כל עוד היות יתומיהם קטנים וכאשר יגדלו הנערים יחלקו את נכסיהם כפי הסך שהיה לכל א' מהם בשותפות וכן עשה ראובן אחר פטירת שמעון שכל זמן שהי' חי היה נושא ונותן בנכסי אחיו שמעון לקיים את שבועתו אשר השביעו וכאשר קרבה עת פקודתו מנה אפוטרופוס על נכסיו ועל נכסי שמעון אחיו בין על הנכסים שהיו להם בשותפות בין על נכסי' שהיו לו לראובן לבדו ואין לשמעו' אחיו חלק ונחלה בהם שהיה כמות גדול יותר מן הנכסי' שהיו להם בשותפות עוד היה לראובן סך גדול מזהובים והניח אותם ביד אפוטרופוס אחר וצוה שאותם הזהובים לא תגע בהם יד עד לאחר זמן רב יתנו אותם ביד בנו ומרוב פחד ראובן שהיה מפחד תמיד מפני חמת המציק שכל ימי חייו היה בצער גדול ופעם על פעם היו באים בעדו שלוחי המלך להוליכו לקוסטאנטינה בגזרת המלך שגזר עליו להיות קצב ופיזר ממון רב להנצל מתחת

יד המלך בעזר שרי העיר שהיו מליצים בעדו ובשעת מיתתו נשא קל וחומר בעצמו אם ככה היה בחייו מה יהיה אחרי מותו אם יודע כמות הממון אשר היה מניח וקרא לאנשי סודו והשביעם והטיל חומרא עליהם שלא יגלו את סך ממונו לאדם חי כי אם לב"ד אם יצטרך והעלו דברי צוואתו על ספר ולא גלו סך הממון בשטר הצוואי כי אם הוציא פנקסו שהיה כתוב ע"י סופר א' שהיה לו וצירפו כל הכתוב בפנקס כדי שידעו העדים סך ממונו וכתב בצוואה שכל הסך הכתוב בספר הם נכסי השותפות שהיה לו עם אחיו שמעון ואותם הנכסים חלקו אותם בזה האופן ג' חלקים יטול בנו של ראובן וחלק א' יטלו בני שמעון והנכסים אשר הם לו לבדו אותם יתנו לבנו אחרי גדלו ויהי אחרי מות ראובן קם הסופר שלו ביד רמה על האפוטרופוס ואמר לו תשתף אותי עמך באפוטרופסות או תתן לי כ"כ ממון מנכסי היתומים שאסתחר גם אני בהם להביא טרף לביתי ואם לא תאבה שמוע בקולי תדע נאמנה שילך ממון הרבה מנכסי היתומים לאיבוד ולא אבה האפוטרופוס לשמוע אליו והלך הסופר לקורפו ועכב כל נכסי הנפטר הנמצאים בעש"ג בכח הרשאה מזוייפת שעשה בשם אשת שמעון שהיא אחותו בכתב יון הרשעה ובה עכב כל הנכסים כי כן דתם ועל זה רבו הקטטות והמריבות ביניה' ואח"כ עשו שלום ביניהם ונשתתפו יחד עד היום וכבשו כל ממון היתומים כאשר גלה ה' את עונם בסוף ויהי כי גדלו היתומים ויבקשו את ממונם מיד האפוטרופוס והסופר הראו להם מעט מזער מכל ממונם ואמרו להם תכתבו לנו שטר מחילה ונמסור לכם כל מה שיש בידינו וכן עשו והעידו עליהם עדים איך קבלו מהם כל ממונם ומחלו להם כל תביעה וזכות שהיה להם עליהם ונתנו להם דבר מועט כפי מה שנראה בעיניהם אשר לימי' אחדי' נשארו נקיים מנכסיהם ולא נשאר להם בלתי אם גווית' ויהי כראות אותם כל מכירי אבותם כי תם לריק כחם והכסף אזל מכיסם המה ראו כן תמהו ושאלו את פי היתום בן ראובן שהיה מפורסם בעושר והיו לו ג' חלקים בממון חוץ מהממון אשר היה לבדו סך גדול הרבה מאד מה זה עשה האלקים לו ויתמהו האנשים מאד ודרשו וחקרו ושאלו את פי הנשארים מעידי הצוואה ואמרו שהיו מושבעים ועומדים שלא יגלו את הסך כי אם לב"ד אבל הסך הוא הרבה מאד מן הסך אשר הראו ליתומים שלא נתנו לו חצי מעושר ממונם וכשמוע היתום את דברי זקני עירו הנמצאים בצוואת אביו והיו יודעים חשבון סך הממון כלל ופרט צעק צעקה גדולה ומר' ובכ' והתחנן לפני חכם א' שהיה מרביץ תורה בעיר' והזמין אותם לדין לפניו ונתפרסם לו כל ענינם וירא החכם אשר שמע את דבריהם כי יד הגזלנים גוברת בכח עשרם כי רב וכל שרי אומות העולם בעזרם וליתום אין עוזר השמיט עצמו מן הענין כי ראה כי עשה כל מאמצי כחו וירא כי לא יכול להם יעץ את

היתום שילך לו אל ההרים ב"ד הגדול אשר בשלוניקי יע"א והם יוציאו לאור משפטו וכן עשה היתום וילך עד לפני שער המלכי' ויועצי ארץ חכמי שאלוניקי יע"א ושלחו בעדם ובאו לעמוד לדין עם היתום והיה האפוטרופוס מכריז ואומר ש"ל שטר צוואתו בידי ופנקס כל ההוצאות והפיזורים שעשיתי כמוס עמדי ושטרו' מחילותי חתומים באוצרות בדיני ישראל ובעש"ג כפולים ומכופלים ועתה רבותי תראו כל זכיותי וכל חשבונותי ותכתבו ותחתמו לי להיות בידי ראיה וזכות מבית דינכם הצדק וגם כן רצוני זו לחקוק את פנקס חשבוני בעט ברזל ועופרת והסירותי מעלי את תלונות כל המרננים אחרי ויבחרו להם הב' כתות וביררו להם לדיין את החכם השלם בנן של קדושים גדול בישראל שמו כמהר"ר יאודה די מודינה נר"ו וקיימו וקבלו עליהם הב' כתות בקנין גמור ובשבועה חמורה בכל תוקף לקיים כל מה שיגזור עליהם הדיין המצויין לבלתי סור ממה שיגזור עליהם ימין ושמאל ואחר שסדרו כל טענותיהם בארוכה נשאר כתוב וחתום ביד היתום יודע כל נסתרות אבי יתומים ודיין אלמנות גלה כל חטאתם בהוציא האפוטרופוס צוואת הנפטר סתומה וחתומה וסומכת על הפנקס ואומרת כל הנכסים אשר הם כתובים בפנקס הם בשותפות עם יתמי אחי ג' חלקים שלי וחלק א' של יתמי אחי והכסף והזהב והחפצי' והאבנים טובות ומרגליו' והזהובי' בעין שהם קבורי' ומופקדי' ביד פ' הם לבני ואין ליתמי אחי חלק ונחלה בהם ושאלו ממנו הפנקס לדעת סך הממון וטען שנאבד אבל כל סך הממון אני יודע אותו על פה שהיה שבע מאות ושלש ושמונים אלף לבני' וכלם פיזרתי בעד היתום והרי פנקסי בידי פרט פרט כמו שפזרתי אותם ואמרו הבא הפנקס ונראה במה פזרת כל כך ממון בזמן כל כך מועט ג"כ הביא את פנקס הנפטר מאחר שהצוואה סומכת עליו ואת' היית מכריז שהיה בידך ועתה אתה אומר שנאב' מזה נרא' שאין חשבונך נקי כמו שהיית אומ' השיב ואמר האפוטרופוס הפנק' שלי הנו בידי אלך ואביאנו אבל פנקס הנפט' נאבד ממני ואם תרצו לדעת סך הממון הרי שטר צוא' אחרת בידי שהיא מבררת את הסך שהוא כ"ב משאות הי"ד וחצי לא בא לידי מהם שום דבר והז' וחצי שנכנסי לידי פיזרתי אותם ולא נשאר בידי מהם דבר אז שאל ממנו הדיין את פנקס הוצאותיו ואמר אלך ואביאנו מביתי ואחר כך בא בידים ריקניות ואמר שהפנקס גם כן נאבד ממנו ושאל את פיו על הי"ד משאות וחצי שאמר שלא נכנסו בידו מה נעשה מהם ואמר שנשארו ביד הפאטור ועכבם בעד חלק יתמי שמעון שהיו בני בתו והמעכב הנכסים היה הסופר בן הפאטור כאשר גלוי וידוע לכל וכאשר הועד וכדי לכסות על חטאת הסופר שהו' שותפו תלה הסרחון באביו והנה איננו כי כבר מת באופן שנשאר היתום נקי מנכסיו אז צעק היתום צעקה גדולה ומרה ואמר ראו רבותי גודל הגזל והחמס

אשר בכפי הגזלנים האלו חלקו בנכסים היה ג' רביעים וחלק יתמי דודי היה רביע אחד ועוד היה לי נכסים אחרים סך גדול יותר מנכסי השותפות והוא או' שלחלק בני דודי עיכבו י"ד משאו' וחצי ולי היו ג' חלקי' בנכסי השותפים הרי שחלקי היה מ"ג משאות וחצי ונכסי שהיו יותר מכל נכסי השותפות לא נתנו לי דבר כי אם קרוב לג' משאות מן הזהובים אשר היו בעין והיו מופקדים ביד אחר לא נתנו לי אפי' חצים והכסף והזהב והחפצי' ואבנים טובות ומרגליות כלם נבלעו וג' חלקים הנוגעים לי מנכסי השותפות לא נתנו לי דבר והוא בעצמו מודה שבעד חלק בני דודי עכבו י"ד משאות וחצי ובעד חלקי לא קבל כי אם ז' משאות וחצי הפך דברי הצוואה ואפי' השבעה משאות את כלם נשא רוח שכלם פיזר אותם ופנקס הוצאותיו שהיה צווח שרוצה לחקוק בעט ברזל ועופרת עתה הוא טוען שנאבד וגם הסופר שהוא שותפו בגזלנות וכל העולם מעידים כי הוא היה המעכב את נכסיו הוא הלך עד קורפו ונתדיין עמו בעש"ג זמן הרבה לעין כל ובידו נכנסו הנכסים כסה את חטאתו כדי שלא יגלה גם הוא את פשעיו אבל מגלה נסתרות הוא יגלה את עונם חזור וברר את דבריך אתה אומר שז' משאות וחצי הניח אבי יתר על הי"ד וחצי שהיו ביד ה"פאטור וגם הצוואה אשר זייפת אומרת כדבריך ואם יתברר שהנכסים היו יותר מזה החשבון בודאי אעפ"י שתאמר פיזרתי אותם אינך נאמן עוד בדבריך שהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי הזהר בדבריך לפי שירשיעך פיך ותתחייב לשלם כל מה שיתברר יותר מהסך אשר אמרת. אז ענה האפטרופוס ואמר לו מה שיתברר עלי יתר על זה החשבון אשלם תיכף ומיד אעפ"י שכבר מחלת לי. ענה היתום ואמר ח"ו אני לא מחלתי נכסי ואם הייתי יודע שהיה עוד בידך נכסים לא הייתי מוחל אלא כפי דבריך שהוניתני ואמרת לי שזה הוא ממון אבי ולא יותר כתבתי לך שטר מחילה והרי היא מחילה בטעות ועוד הרי אתה מודה שלא הניח אבי יותר מזה הסך ואם יתברר יותר תשל' הרי כתב ידך שנכסי אבי היו כפלי כפלים וכאשר ראה כתב ידו כפר ואמר שלא היה כתב ידו אשר על זה יצאו עדים והעידו שהוא כתב ידו וכל רואיהו יכירו כי הוא כתב ידו וכראו' האפטרופוס והסופר כי נבעו מצפונם וגלה ה' את עונם ברחו תיכף ומיד וימלטו אל עיר מקלט היא עיר מושבם והנם מאיימים בכח צרים אכזרים על היתום שכל נכסי אביו הם מהביקלי"ק ועל עידי הצוואה אם יעידו הדמין יתעבדון ועל הדיין צוו לאמר שישמיט עצמו מענין זה שכן נגמר הדין הזה עפ"י דינם ואין לו כח לדבר כנגד חקם ומשפטם והרשעים הגזלנים עברו חק השבועה שנשבעו הפרו ברית הקנין שקנו וקבלו על עצמם לקיים כל מה שיגזור עליהם הדיין ועוד נתקבלה עדות ברורה מפי עדים הנמצאים בשעת הצוואה בפני ב"ד איך סך עזבון הנפטר הנז' היה מ"ד משאות והם

נכסי השותפות אשר לראובן ושמעון אחיו חוץ מכסף וזהב שהיה לראובן לבדו כמות גדול וכלי כסף וכלי זהב ואבנים טובות ומרגליות וחמשת אלפים ושלש מאות זהובים כל אלה הם לראובן לבדו וג"כ בצוואה שהוציא האפטרופוס בעצמו ברר את הדברים האלה בפרט ולא סתם כי אם נכסי השותפות לפי שסמך על הפנקס שהיו כתובים בו כלל ופרט והגזלנים העלימו אותו ומכל זה לא נתנו לבן ראובן כי אם מעט מזער כאשר הודה בפיו האפטרופוס בעצמו. עתה יורנו מורה צדק מה יהיה משפט האפטרופוס הגזלן הזה אשר הוסיף על חטאתו פשע השבועה שקבל על עצמו ולא ציית לדינא ומסר כמה נפשות מישראל ביד צרים אכזרים אם ראוי הוא לייסרו למשפט עד שיקבל עליו את הדין וגם הסופר אשר הכניס עצמו בין הדבקים שלא ברשות הנפטר וגם חילק את הנכסים שלא בצוואת הנפטר אלא אדרבא להיפך אם יתחייב להחזיר הממון ליד ב"ד ואם יחלקו אותו כראוי עפ"י הדין והאמת כגון כל מה שיצא לאיבוד מן הממון בעש"ג בסיבתו אם יתחייב לשלם כל מה שנאבד בסיבת מסירתו ושכר מורנו כפול ומכופל מאת בעל הגמול.

תשובה קטיר קא חזינא הכא וסלף בוגדים המעמיקים לסתור עצה לחבל עניים מארץ ואביונים מאדם אף על יתום יפילו בנכליה' אשר נכלו להשחית את נחלתו וברוך ה' אשר לא השבית גואל לצפירת תפארה לשאר עמו ותהי המשרה על שכמו החכם השלם בנן של קדושים נר"ו רוח ה' נוססה בו להוציא לאור משפט יתום זה כמאן דיתיב בתווני דליבא ובחכמתו מורה ודאין וברוחב בינתו יורה יורה יבין יבין ומאי אהני ליה רמאה אשר חיילים יגבר אי זיניה עליה ספרי' כאן ואותותיו לא ינכר ואם כמזרה רוח סתר פנים ישים גיראה בגיריה מקטיל מדויל ידיה משתלי' ואי עריק עריק לא מסתיי' ליה עירוקא ובטפסא דמלכא מנח מוהריקא ומה יוסיף עוד לדבר בתר דאסתתר בקמייתא אי מלה בסלע משתוקא בתרין. ואני בעניי עצת נפתלים רחקה מני לא חילק ידענא ולא בילק ידענא אלא שמעתתא ידענא עפ"י התורה אשר תפר מחשבות ערומים ולא תעשינה ידיהם תושיה הן כל מזימותיו אין ופעלם מאפע.

ראשונה טענת המחילה שעשה היתום לאפטרופו' אינה כלום ואעפ"י שקנו מידו דקנין בטעות חוזר ומחילה בטעות לא הויא מחילה שהרי האפטרופו' היה אומר לו שלא נשאר בידו כלום ובאותה שעה לא היה לו עדים ולא ראיה ועכשיו שיוצא ראיה חוזר ותובעו דאדעת' דהכי שימצא בידו כ"כ מעות לא מחל. ובכמה דוכתי בתלמודא אמרי' דמחילה בטעות לא הויה מחילה. ואע"ג דבפ' איזהו נשך גבי מוכר פירות דקל לחבירו דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה

ופרכינן דהא משמע דסבר רב נחמן דמחילה בטעות הויא מחילה ומשני התם זביני הכא הלואה דמשמע דגבי זביני שאין שם איסור הלואת רבית מחילה בטעות הויא מחילה זו אינה בין לרבינו תם דמפרש טעמא משום דניח' ליה דליקום בהמנותיה בין להרא"ש דידע ומחיל כמו גבי הונאה דאמר יודע אני שאינו שוה כ"כ ע"מ שאין עלי הונאה מהני הכא לא שייכי הני טעמי. אלא שצריך לדקדק בתשובת הריב"ש סי' של"א שכתב ומחילה בטעות הויא מחילה כיון שלא היתה הלואה מתחיל' וכבר כתבתי מה שיש לדקדק בזה בע"א ואין לי כאן להארי' דודאי כי האי מלתא קנין בטעות הוא שנתחדש לו עדות וכתב ידו שלא היה לו ידוע מקוד'. וכדאמרינן בס"פ זה בורר דבאמ' אין לי עדים ולא ראיה אינו יכול לסתור אם מצא עדות או ראיה אח"כ מ"מ אמרינן בההוא עובדא דינוקא דאפי' רבנן מודו דינוקא במילי דאבוה לא ידע ואעפ"י שהיה אז גדול כדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' סנהדרין ואפי' להרא"ש דסבר דהתם דוקא בקטן הכא כ"ע מודו שאנו רואים שעד עכשיו היה האפוטרופוס טוען שלא היה יותר בידו עד שהוכחש מפי כתב ידו ומפי העדים ודאי לאו מחילה של כלום הוא.

ומעתה דבר ברור הוא מאחר שנתן דין וחשבון לפני ב"ד חשיב מכל מה שנכנס בידו ומה שהוציא וברר שכ"ב משאות וחצי היו בתחילה י"ד מהם עכב בן הפאטו"ר וז' משאות וחצי פיזר הרי הודה שלא נכנס ביד בן הפאטו"ר יותר ושלא פיזר יותר וגם לא נתן ליתו' יותר ממה שנתן והודאת ב"ד כמא' עדי' דמי ותו לא מצי למטען טענתא אחריתי למפטר נפשיה וכתב הרמב"ם ז"ל בס"פ ז' מהלכות טוען יש לטוען בב"ד לחזור ולטעון טענה אחרת להכחיש טענה הראשונה וסומכין על טענתו האחרונה ואעפ"י שלא נתן אמתלאה לטענה הראשונה ואעפ"י שיצא מב"ד וחזר יש לו לחזור ולטעון ולהפך כל הטענו' שירצה עד שיבואו עדי' עכ"ל. והרב המובהק מוהר"י ן' לב בח"א נתקשה בלשון זה של הרב ז"ל שכתב וסומכי' על טענתו האחרונ' דכיון דתרוייהו לפיטור' נינהו כדביאר הרשב"א ז"ל בתשוב' שהביא בכ"מ שם א"כ מאי נפק' מינה במ' שנסמוך על האחרונ' או על הראשונ' והוא ז"ל תירץ דבריו דנ"מ אם הכחישוהו עדים בטענה אחרונה דשוב אין סומכין על טענה ראשונה. ולשנא דסומכין לא משמע הכי דאדרבה סותרין אותה אלא הול"ל ואין לו לדון אלא בטענה אחרונה שטען ותו זה אפי' תינוקות של בית רבן יודעין שאחר הודא' בעל דין שטענ' ראשונ' שקר היאך הוא יכול לחזור ולטעון אותה. ולי דברי הרמב"ם כמשמען מתפרשים דלדידיה ז"ל היכא דבאו עדים אח"כ והכחישוה בטענה הראשונה כל שלא באו קודם הטענה השניה לא מיקרי הוחזק כפרן ומהני ליה טענתי' בתריית' שלא כדברי הרמ"ה ז"ל שהבי' בטור סי' פ' דאפילו באו עדים לאחר

מכאן והכחישוהו בטענה הראשונה לא משגחינן בטענ' בתרייתא ואעפ"י שמדברי רבינו יהוסף הלוי ז"ל שהביא הטור ז"ל אין הכרע ממה שכתב אבל כל זמן שלא הכחישוהו חוזר אע"ג דנפק לברא במגו דאי בעי קאי אטענתא קמיית' ואפטרוהו דכי אתו בתר הכי סהדי ומכחישי ליה ליכא למיהמניה בטענת מגו דריע טענתיה שירא היה לעמוד בראשונה פן יכחישוהו העדים. וגדולה מזו כתב הרמב"ן ז"ל בריש פ' חזקת גבי הא דאמרינן התם אמר מר זוטרא ואי טעין ואמ' ליתו בי תרי לאסהודי דדרו ביה ג' שנין ביממא ובלילי'א דלא מצי למימר יהבי' אגר ביתא במגו דאי בעי אמרי לא דרנו שיראים פן יודע הדבר והתם ליכ' מי שיעיד עליהם כלל כל שכן הכא דהא איגלאי מילתא דאיכא עדים וירא הוא שמא יחזיקוהו לכפרן על פיהם הילכך לא חשיב מגו. ומ"מ מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב אבל מאחר שיבואו עדים ויכחישו טענתו אחרונ' שסמך עלי'ה אינו יכול להשיאו לטענה אחרת משמע הא אם הכחושוהו בטענה הראשונה סומכין שפיר על האחרונה ואין סותרין אותה אעפ"י שאפשר שהיה יודע שהיו עדים בדבר דומיא דהא דסוף שבועות ומייתי לה במרובה ראה עדים שמשמשי' ובאים ואמר גנבתי אבל לא טבחתי ולא מכרתי פטור ומה שיקשה להרמ"ה ז"ל פיר' במ"א מ"מ למדנו דאחר שבאו עדים והכחישוהו תו לא מהימן בטענה אחריתי שכבר הוחז' כפרן ובנ"ד נמי מאחר שנתברר בכתב ידו שנכסי אביו היו יותר על סכום זה חייב להחזי' את כל המותר ואינו נאמן עוד בטענו' אחרת שהרי הוחז' כפרן כ"ש שהתרו בו ושוב הראו לו כתב ידו והכחידה תחת לשונו ואחר שהוחז' כת' ידו על פי עדים מעת' אין לו פה להשיב ולא מצח להרים ראש. וכבר פסקה הרי"ף ז"ל בשלהי בתרא ואי כפר ואמר לא זייפנ' מיני' מידי והאי לאו כתבה דידי אם הוחזק כתב ידו בב"ד א"נ איכא סהדי דכת' ידו הוא הוחזק כפרן ומשלם וכך כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ו' מהלכו' טוען והוא דבר מוסכ' ואין לומ' דכת' יד זה שנמצ' כיון שלא היה חתו' בו וגם לא נתן ביד הזוכ' לראי' אין להכחישו ע"פ הכת' דמצי למימ' ביני לבין עצמי כתבתיו וכל שאינו בפני עדי' עביד איני' דלא דייק וטעי וכדאמרי' בפ"ק דגטין לענין מ"ש גבי הנהו גינאי דכתבו רבוות' דמנפשי' לא מהימן לומ' שטע' במה שהוד' מ"מ כתב הר"ן שאם לא היו שם עדי' מצי למימר טעיתי דלא דייק טפי משום דאמ' אי טעינ' הדרנ' בי כ"ש בחשבונות שאד' כותב לעצמו וכמ"ש מהרי"ק בשר' ס"ה הביא' הב"י בס' ע"ט דחשבונו' שכות' אדם על פנקסו נאמן לומר טעיתי אע"ג דליכא מגו. הא ליתא דהכא לא שייך טעיתי ולא מעוט דקדוק כי למה יכתוב אפטרופוס במה שהניח אביהן של יתומים דבר שאינו ומה אמתלאה שייך לזה והרשב"א ז"ל כתב בתשובה הובאה בב"י סי' ס"ט על ראובן שטוען על שמעון הנה כתב ידך בכמה מכרת

סחורותי ובכמה קנית וכו' והשיב מה שטוען להתעסק אין בו ממש שאין אדם מתעסק וכותב להפסיד עצמו וכ"ש שבבית היתום נמצא הכתב יד דחזקה מזדהר איניש שלא לכתוב ולהניח בבית היתום דבר שמתחייב בו הילכך אין ממש בדבריו והוחזק ע"פ כתב ידו ולא מהימן לומר כתבתיו כמתעסק וממני נפל דלנפילה לא חיישינן.

ואם לחשך אדם לומר דאפילו יחיד מומחה אין לו תורת ב"ד לכך כמו שאמר הרמב"ם בפ"ה מה' סנהדרין וז"ל יחיד שהוא מומחה לרבי' אף על פי שהוא דן דיני ממונות ביחיד אין ההודאה בפניו הודאה בב"ד אפילו היה סמוך אבל הג' אף על פי שאינם סמוכים והרי הם הדיוטות ואין אני קורא בהם אלקים הרי ההודאה בפניהם הודאה בבית דין וכן הכופר בפניהם ואחר כך באו עדים והוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון כמו שביארנו ע"כ. מבואר מדבריו דלא קרינן בית דין אלא לג' אבל יחיד לא מקרי ב"ד אפילו מומחה ואע"פ שהטור כתב שהרא"ש ז"ל משמע מדבריו שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות והיינו ממה שכתב בריש סנהדרין דכל בי תלתא במקום יחיד מומחה קיימי וכי היכי דיחיד מומחה דן את האדם בעל כרחו כך ג' הדיוטות דייני בעל כרחו ומינה דכי היכי דהודאה בפני ג' הויא הודאה כך הודאה בפני יחיד מומחה חשיב הודאה ולדבריו ז"ל איכא למימר נמי דאם קבלו עלייהו בכל ענין חשיב בית דין ממה שכתב שם שנים שדנו היכא דלא קבלו עלייהו אין דיניהם דין ואי מודה קמייהו כמאן דאודי חוץ לב"ד משמע דאם קבלו עלייהו הויא הודאה ודוחק להעמיד דבריו דלא נקט היכא דלא קבלו עלייהו אלא לענין שאין דיניהם דין אבל לענין הודאה אפילו קבלו עלייהו אין להם תורת ב"ד וכן משמע נמי מדקשיא ליה בההיא דשמואל דאמר ב' שדנו דיניהם דין אלא שנקראו ב"ד חצוף. דבמאי מתוקמ' אי דלא קבלו עלייהו אמאי דיניהם דין ואם קבלו אמאי נקרא ב"ד חצוף ונוקמא בדקבלו ואיקרי ב"ד חצוף לענין דאין הודאה בפניהם הודאה ושמא משמע ליה דלענין דינא קאמר שיהא דיניהם דין שנראה לו דוחק לפרש לענין הודאה. ומיהו דברי הרמב"ם ז"ל מוכיחין שהיחיד אפי' קבלו עלייהו אין לו תורת ב"ד שהרי יחיד מומחה וסמוך שנטל רשות מר"ג ודאי דן את האדם בע"כ ואעפ"כ אין לו תורת ב"ד לענין הודאה וכן כתב בפ"ב א' שהיה מומחה לרבי' או שנטל רשות מב"ד ה"ז מותר לדון יחידי אבל אינו חשיב ב"ד.

איברא שיש לעמוד ולהקשות על דבריו שם כמ"ש אצלי במ"א ואין לי כאן להאריך מכל מקום שיטתו מוכחת דכל פחות מג' לא מיקרי ב"ד לשום ענין.

אלא דאיכא למידק בהא דמשמע מדבריו שבפ"ה שכל שלא היה ב"ד של ג' יכול לחזור ולטעון וגם אין הודאתו הודאה מה טעם יש בה דהא אמרינן בפרק חזקת אי אשתעי

מילי מאבראי ולא טען ואתא לב"ד וטען טוען וחוזר וטוען מ"ט עביד איניש דלא מגלי טענתא אלא לבי דינא והיינו דוקא משום דמאבראי לבי דינא הוה כדיהיב טעמא דעביד איניש וכו' וכדפי' רשב"ם שאדם עשוי שלא לגלות טענותיו חוץ לב"ד שלא ילמוד מהם שכנגדו ויתן לבו מתחילה קודם שיבואו לב"ד להשיב עליהם והרא"ש כתב שבמזיד טוען טענות אחרות כדי להטעותו. אלמא היכא דאתו מרצונם לדון לפני הדיינים אפילו שנים ואפילו יחיד אף על גב שלא יהא להם תורת ב"ד מכל מקום הרי הם נדונים לפניהם ואין כאן אמתלאה זו לומר עביד איניש דלא מגלי טענתיה ובהכי ודאי דלא אמרי' טוען וחוזר וטוען וכהודאה גמורה הויא ואיך כתב הרב ז"ל שאין ההודאה בפניהם הודאה ולא הוחזק כפרן וחוזר וטוען ונראה שאין דברי הרב ז"ל אמורים שלא תהא הודאתו בפני שנים או בפני יחיד מומחה כהודאה בבית דין אלא לענין שתהא הודאה שבפניהם כמלוה בשטר וגבי ממשעבדי כדאמר בפרק קמא דמציעא בין לרבא בין לרבה בר רב הונא מלוה ע"פ הוא ואינו גובה מנכסים משועבדים הכא ב"ע בשעמד לדין ולהא מילתא בעינן שלשה שתקר' הודאה בבית דין כדמוכח בפרק זה בורר האי אודיתא זמנין כתבינן זימנין לא כתבינן כנפינהו אינהו כתבינן ואמרינן התם ההיא אודיתא דהוה כתיב בה בכל לישנא דבית דין ולא הוה כתיב בה במותב תלתא ואסקינן דחיישינן לבית דין טועין דטעו כדשמואל שאמר שנים שדנו דיניהם דין אלמא פחות משלשה אין להם תורת בית דין לענין שתהא הודאה שבפניהם ככתובה בשטר אבל לענין שאם טען בפניהם והוכחש על פי עדים או על פי כתב ידו ודאי שאינו יכול לחזור ולטעון הפך טענתו הראשונה אלא אם כן שיתרץ דבריו כההיא דפרק חזקת דסמכי עלה כדאבהתי אבל לא שיסתור דבריו כגון דאמר בתחלה של אבותי ולא של אבותיך וכשהוברר שהיא של אבותיו של מערער זכה המערער שהרי הודה שלא קנאה ממנו והודאה לא תליא בבית דין של שלשה דכל המודה בדרך הודאה אפילו שלא בפני בית דין הודאה מיקרי ואינו יכול לחזור. ומה שכתב הרב ז"ל וכן הכופר בפניהם ואחר כך באו עדים הוחזק כפרן ואינו יכול לחזור ולטעון דמשמע הא בפני שנים או יחיד מומחה לא הוחזק כפרן ויכול לחזור ולטעון זהו כשאינו מכחיש טענתו הראשונה אלא שאומר פרעתי אחר כך דבהא אמרינן בפרקא קמא דמציעא הוחזק כפרן לאותו ממון ולא מצי למטען בתר הכי חזרתי ופרעתי וכתב הרי"ף זכרונו לברכה והני מילי דכפריה בב"ד ובהא כל שלא היתה כפירתו בב"ד חשוב לא אבד אמונתו ולא הוחזק לכפרן על אותו ממון לעולם אבל לחזור ולטעון הפך מה שטען בתחילה בכל ענין לא מצי למהדר אלא היכא דאישתעי מילי מאבראי כדפירשנו.

ובר מן דין להא מילתא אפילו שלא בפני ב"ד כל שאמר בפני עדים ובאותם עדים הוחזק כפרן על פיהם כדכתב הטור בסימן ע"ט כיון שתבע אותם אמר לא לויתי ואומר זה אתם עדים כאומר לא פרעתי דמי ואם חזר ואמר פרעתי קודם לכן אינו נאמן והם דברי הרא"ש זכרונו לברכה בפרק זה בורר והרב בעל ספר התרומות ז"ל בשער ארבעים ושתים הביא כן משם הראב"ד ז"ל שהאומר לא לויתי אפילו שלא בבית דין היכא שהיה בפני עדים דרך הודאה או שאמר אתם עדי כאומר לא פרעתי דמי והוא ז"ל הכריע כן מדיהיב טעמא משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי דמשמע שאם אמר פרעתי אחר כך מהימן והא ליתא דהא אמרינן הוחזק כפרן לאותו ממון דאינו נאמן לעולם לומר פרעתי אלא הכי פירוש' שהאומר לא לויתי אפילו שלא בב"ד כאומר לא פרעתי דמי ואם חזר ואמר פרעתי קודם לכן אינו נאמן. אבל אם אמר אחר שנתעצמו בדין פרעתי אחר כך נאמן ואם הוחזק כפרן בב"ד אינו נאמן לעולם. ואף על גב דמסתבר טעמיה דכל שהיו דבריו בפני עדים דרך הודאה ואומר אתם עדי ליכא למימר עביד איניש דלא מגלי טענתיה ולא אמרו אלא אי אישתעי מילי דמשמע דרך שיחה.

וקשיא לי שראיתו אינה מכרחת דודאי איצטריך טעמא דכל האומר לא לויתי דאפילו איכא עדים שלוה ופרע מהני ליה דהודאת בעל דין עצמו כמאה עדים דמי שלא פרע כדאמרינן בפרק שבועת הדיינין ואילו מכאן ולהבא נהי דלא מהימנינן ליה כשאומר חזרתי ופרעתי. אבל אי איכא סהדי דפרע ודאי מפטר מ"מ לא ראינו מי שחולק עליהם בפי' ורבינו יונה הוסיף ואמר דאפילו אמר פרעתי לאחר מכאן אינו נאמן אע"פ שהיתה הכפירה חוץ לב"ד ומדברי כלם נלמוד שאפילו היתה טענתו בפני עדים אינו חוזר וטוען וכי תימא לא למדנו כן אלא כשאמר אתם עידי ומטעם שכתב הרא"ש בפרק חזק' שכשאמר אתם עידי הי"ל להשיב לא נתכונתי אלא להשטות בך אבל כשלא אמר אתם עידי לא מבעיא להרא"ש שכתב בפ' זה בורר דלא מיקרי הודאה בפני שנים אלא באומר אתם עדי וכמ"ש הטור סי' ל"ב אלא אפילו להרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' טוען דס"ל שהמודה בפני עדים דרך הודאה ולא דרך שיחה מקרי' הודאה ה"מ כשמודה לחייב את עצמו דאמרינן דרך הודאה היא ולא השטאה אבל כשטוען לפטור את עצמו כגון שאומר לא היה דברים מעולם אע"פ שניכרין דבריו שאינן דרך השטאה לא מיקרי הוחזק כפרן משום דעביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא בב"ד ואדרבא במזיד מתכוין להטעותו בטענות אחרות שלא יתחכם עליו כשיבא לב"ד הילכך אינו נתפס בדבריו אלא כשאומר הלה אתם עידי שכונתו לומר שרוצה לתופסו בדבריו אם ימצא שקרן בהם לא יהיה נאמן אח"כ וכיון שלא השיב זה ואמר איני נתפס בדברי עד שנבא לב"ד הכחשה גמורה איקרי

והוחזק כפרן אבל כל שלא ביחנו דבריהם א"א לתופסו מקול דבורו כי יאמר אדרבא לכך נתכוונתי שיהיה סבור שזו עיקר טענתי ואע"פ שמדברי הראב"ד שהביא הרב בעל התרומות מוכח דכל שהיה דרך הודאה אע"פ שלא אמר אתם עידי הוי כאומר לא פרעתי מ"מ מדברי הרא"ש והטור אין הדבר מוכרח ומסתבר לחלק הכי כמו שכתבתי.

אלא דהכא בנ"ד עדיף טפי שהיתה דרך התראה שהתרו בו ואמר הזהר בדבריך שירשיעך פיך ותתחייב לשלם כל מה שיתברר יותר מהסך אשר אמרת וקבל עליו התראתו ואמר כל מה שיתברר יתר על זה החשבון אשלם תיכף אין לך התראה גדולה מזו ואין לך קבלת דברים יותר מזה ושמא בענין זה הם דברי הראב"ד שכתב אם היה בפני עדים דרך הודאה או שאמר אתם עידי דהיינו שהודיעוהו שאם ימצא שקרן יתחייב.

ועוד לפי מה שבא בשאלה שכל דבריהם וטענותיהם בספר הוחקו בכתב יד סופר בפני ב"ד מעתה שוב אינו יכול לחזור ולטעון כאותה שאמרו בסוף פרק קמא דמציעא מאי שטרי ברורין הכא תרגימו שטרי טענתא פי' הרא"ש טענות התובע והנתבע שלא ישנו את טענותיהם דהא עדיף מאתם עידי כיון שלכתחילה כל טענותיהם בספר נכתבים שלא ישנו דייקו טפי.

ועדיין יש לבעל הדין לחלוק ולומר דכל שלא היה בפני ב"ד של ג' לא מיקרי הוחזק כפרן לאותו ממון ויכול לטעון פרעתי לאחר מכאן או טענה אחרת הפוטרתו ואינו מכחיש טענה ראשונה הא קיי"ל כרב זביד בפ' קמא דמציעא דבין חייב אתה ליתן לו בין צא תן לו ואמר פרעתי נאמן והרי"ף ז"ל כתב וז"ל ואע"ג דקי"ל דעדות בב"ד או הודאה בב"ד כשטר דמיא כדאמרינן לעיל בין לרבה בר רב הונא בין לרבא מלוה ע"פ הוא ואינו גובה מן המשועבדים ופרקינן הב"ע כשעמד בדין אלמא העמדה בב"ד כשטר דמיא ה"מ דלא צייית לדינא א"נ צייית לדינא ואתברר דלא פרע אבל היכא דצייית לדינא ונפיק ליה מב"ד אדעתא דקביל עליך לדינא ואמר פרעתי נאמן ואם בא מלוה לכתוב אין כותבין דחיישינן דילמא פרע ליה עכ"ל והך צייית לדינא דכתב הרי"ף ז"ל לא אתברר מאי היא ורואה אני בזה דעות חלוקות לראשונים שהרמב"ם זכרונו לברכה כתב בפרק ז' מהלכות טוען כלשון הזה כבר ביארנו שההודאה בבית דין או עדות בבית דין כמלוה הכתובה בשטר ולפיכך כותבין ונותנין לבעל דינו בד"א שלא קבל עליו את הדין עד ששלחו והביאוהו כמו שביארנו אבל ב' שבאו לדין ותבע א' מהם את חבירו ואמר לו מנה לי בידך וכו' עד בין צא תן לו בין חייב אתה ליתן לו ויצא ואמר פרעתי נאמן ושם הביא הרב המגיד דברי הרי"ף ז"ל וכתב וקרובים דברים אלו להיות כדברי רבינו ותמה הוא דמדברי הרב האלפסי ז"ל לא שמענו אלא היכא שיצא בסרבנות ולא קבל את הדין היינו דמיקרי צייית

לדינא אבל מה שהוצרכו לשלו' ולהכריחו כיון שיצא מבית דין שלא בסרבנות משמע מדבריו דמיקרי לא ציית לדינ' ואיכ' למידק נמי דהא דכתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו וזה לשונו ואע"ג דאמרינן לעיל דהעמדה בבית דין כמלוה בשטר דמיא היינו לטרוף מן הלקוחות משום דאין לה קלא אבל מצי למימר פרעתי דאפילו דמלוה בשטר הוה מצי למימר ליה שטרך בידי מאי בעי והיכא שידוע שלא פרע או שהו' מוד' גובה מן הלקוחות עכ"ל ומשמע מדבריו אלו דפליג אהרי"ף ז"ל במה שהעמיד' בלא ציית לדינא דלפי טעמו אע"ג דלא ציית לדינא מצי למימר פרעתי ולא אמר כמלוה בשטר דמי אלא לענין משעבדי ובהא אין חילוק בין ציי' לדינא ללא ציית דכל הודאה בב"ד קלא אית לה ותימה הוא שהו"ל לפ' דעת הרי"ף ובמה שבא לחלוק עליו ולא לכתוב סתמא ולשנות משנתו דלא כוותיה ועוד שהטור ז"ל כתב בסי' ע"ט דביצא מב"ד בסרבנות לא מהימן לומר פרעתי משמע דפסקי' לדאבוה ז"ל ועמד בשטתו של הרי"ף ולאו ארחיה דהטור בהכי לסתום שלא כדברי הרא"ש דאי רבי לא שנאה רבי חייא מניין ליה וכבר נתקשה הרב מהר"י ן' לב ז"ל בדברים אלו בחלק ראשון דף ק"ט ועוד דברי הרא"ש עצמו קשין להולמן שאם אין לו שטר לענין דמצי למימר פרעתי היכי נדייני' כשטר למגבי ממשעבדי הא קי"ל טוענין ללוקח ונטעון להם שפרע א"כ אין לו דין שטר לשום ענין ונ"ל שהרמב"ם והרא"ש ז"ל חלוקים בפי' דברי ההלכות שרמב"ם ז"ל הוצרי' לפרש מ"ש הרי"ף ז"ל היכא דלא ציית לדינא דלא שיוצא מב"ד בסרבנות אלא משום שהוצרכו לשלוח אחריו עד שבא לדין קרי ליה לא ציית לדינא כדי ליישב ההיא אודיתא דפר' זה בורר דמשמע דכתבינן ולא משמע התם שיוצא מב"ד בסרבנות אלא משום דכנפינהו איהו והכי דייקי דברי הרי"ף ז"ל שכתב אלמא העמדה בדין כשטר דמיא ה"מ היכא דלא ציית לדינא דמשמ' דמהך טעמא אית ליה דין שטר אף לענין דלא מצי למימר פרעתי דאי בע"פ ה"מ למימר פרעתי דלא מפני שהוצרכו לשלוח אחריו לדין אינו עשו לפרוע אלא הואיל ושלחו אחריו ב"ד ופסקו את הדין יודע שיכתבו עליו פסק דין ולא פרע אלא בעדים ובפ' זה בורר מצאתי להר"ן ז"ל שכתב שם כלשון הזה מר בר רב אשי אמר וכו' וא"ת והא בפ"ק דמציעא ובפרק בתרא דבבא קמא אמרי' שאם עמד בדין דינו כשטר שגובה ממשעבדי י"ל דהתם כשתבעו לדין והודה אבל זה שהודה בפני ב"ד בלא תביעה אינו בדין שתהא הודאתו גובה מן המשועבדי' הואיל ולא א"ל שיכתוב עד שיהיו הדיינים קבועים והיינו דאמר עד דקבעי דוכתי' ומזמני לדינא עכ"ל אלמא ס"ל דהיכא דקבעי דוכתא ומזמני יש לו דין שטר לכל מילי מדלא חילוק בין למגבי ממשעבדי לענין טענ' פרעתי וכשיט' הרמב"ם ז"ל ולזה כתב ז"ל שקרובים דברי הריף ז"ל להיות כדברי הרמב"ם ז"ל כלומר

שהרמב"ם למדם מתוך דברי הרי"ף ז"ל וכך הם מתפרשי' לדעתו אבל הרא"ש חולק עליו בזה דמשום שהוצרכו לשלוח אחריו לדין לא הוה קרי ליה הרי"ף ז"ל לא ציית לדינא ולא מפני זה מהימן לומר פרעתי דאדם עשוי' לפרוע אלא היכא דיצא בסרבנות ושמתו' ב"ד הא ודאי לא פרע והוי דומיא דאתברר לן לא פרע והשתא לפי זה לא מהני לן טעמא דחשבינן ליה כמלו' בשטר אלא לענין משעבדי דאי לענין פרעתי אפי' תימא כמלוה ע"פ דמיא הרי ברור לנו שלא פרע ואפי' מיתמי גבי בלא שטרא כדאמרינן בפרק גט פשוט דנזקקי' לנכסי יתומים היכא דחייב מודה א"נ היכא דשמתיה ומת בנידויו הילכך מה שאמר הרי"ף כשטר דמיא היכא דלא ציית לדינא לא אמרה אלא לענין דגבי ממשעבדי דכיון שיצא מב"ד בסרבנות ושמתוה חזקה דלא פרע עד דאתי לב"ד וקרעי לה לפתיחה וגבי נמי ממשעבדי דקלא אית לה אבל היכא דציית לדינא עביד אינש דפרע תיכף כשיצא מב"ד עכ"ד ואת"ל דמודה שלא פרע לא מפני הודאתו יגבה מן הלקוחות דטעני' להו שפרע אם לא היכא שידוע לנו שלא פרע ומה שכת' הרא"ש והיכא שידוע לנו שלא פרע או שהוא מודה גובה מן הלקוחות היינו אם לאחר שיצא מב"ד בא מלוה לכתוב כיון שידוע לנו שלא פרע או שהיא מוד' כותבין לו וגובה מהשתא ממשעבדי דפסק דין זה קלא אית ליה וכמלו' בשטר דמי' דלא מצי תו למימר פרעתי והשתא ניחא שכתב הטו' כגון שיצא מב"ד ושמתוהו דבשיטת רבו אמרה והיא שיטת הרי"ף ויצא מכלל דברינו דלהרמב"ם ולהר"ן ז"ל כל היכא דקבעי דוכתא לדינא ושאלי ומזמני ליה לב"ד והודה בפניהם דומיא דההוא דפרק זה בורר כותבין ונותנין ושוב אינו יכול לטעון פרעתי ולהרא"ש ז"ל לעולם מצי למטען פרעתי אא"כ יצא בסרבנו' מב"ד או דאתברר דלא פרע.

ונראה דהכא בנ"ד לכ"ע לא מצי למטען פרעתי אלא בעדים מאחר שעדין לא פסקו עליו את הדין דדוקא כשאמרו צא תן לו או חייב אתה ליתן לו הוא דמהימן לומר פרעתי כדמוכח מדברי הרא"ש ז"ל שם שכת' וקי"ל כרב זביד לפי שאין המון העם מפרישין ומבדילין בין חייב אתה ליתן לו ובין צא תן לו הכל נר' להם פסק דין ועביד דפרע ע"כ אלמא היכא דלא פסקו לו את הדין כלל דאינו עשוי לפרוע לא מהימן ויש להביא ראיה מדאמרינן בפ"ק דבתרא גבי כותל חצר שנפל סמך לו את התקרה מחייבין אותו בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן דמפרש התם טעמא מי יימר דמחייבו לי רבנן ואעפ"י שלא הוצרך לעמוד בדין על הדבר כל שכן זה ששלחו אחריו והביאוהו לב"ד וכשראה שנתגלה חרפתו ברח מב"ד וכתבו עליו פסק ממה שנתברר בפניהם מתוך הודאתו ומתוך כתב ידו ותו לא מהימן לטעון טענה אחריתי להפטר.

ועוד נראה דאפי' לדברי הרמב"ם שהצריך ב"ד של ג' כדי שיקר' מוחזק כפרן לאותו ממון הכא בנ"ד משמע שזמן הבעל דין לכתחילה נסיכי אדם עם החכם השלם הדיין לפרסומי מילתא באנפייהו שיתבררו הדברים בפניהם ואותם האנשי' אעפ"י שלא הוברר לדיינים מ"מ הואיל וכנפיהו איהו נצטרפו עם הדיין ונעשו ב"ד של ג' והוחזק כפרן לאותו ממון וכיון דאיכא חד דגמיר סגי כדאמרי' בגמ' מדאורייתא חד נמי כשר אלא משום יושבי קרנות ופרכינן אטו בג' מי לא הוו יושבי קרנות ומשני א"א דליכא חד מינייהו דגמיר.

ומיהו בטור ח"מ סי' ג' כתב וז"ל וכתב הרמ"ה דוק' דגמירי דיני אע"ג דלא סמיכי ונרא' מדבריו דבעינן שלשתן גמירי אבל א"א הרא"ש כתב בג' א"א דליכא חד מינייהו דגמיר או קרא בספרים ויוד' סברות בדינים וכו' עכ"ל.

ותמה אני היאך אפשר שיסבור הרמ"ה דבעינן כלהו מאחר דבגמרא קאמר בההיא תלתא נמי מי לא הוו יושבי קרנות ומשני א"א דליכא חד מינייהו דגמיר ועל הטור יש לתמוה למה ייחס הדברים להרא"ש ז"ל והלא גמרא ערוכה בפיו היא.

ונראה שאין במשמע דברי הרמ"ה ז"ל דבעי' דכלהו גמירי שכל עצמו לא בא אלא לפרש לשון שלשה הדיוטות דלא תומה הדיוטות דלא גמירי דינא כלל א"כ אפי' ליכא חד מינייהו דלא גמיר להכי קאמר דכל דלא סמיכי קרי להו הדיוטות אע"ג דגמירי דינא כדאמרי' בהחובל דאמר רב יוסף והאנן דהדיוטות אנן אלא שלוחותייהו קעבדינן ומ"מ מסתמ' גמירי כדי שידעו היכן הדין נוטה וראיתי לרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א בסופו שכתב שיש בידו פירש נכון ליישב דברי הרמ"ה ואם ליישב אותו כפשטן דבעינן שלשה גמירי פליאה היא בעיני.

ובר מן דין נ"ל דלענין שתהא הודאה בפניה' כהודאה בב"ד ויהיה מוחזק כפרן בפניהם ודאי דין ב"ד יש להם אפי' שלשתן הדיוטות ולא גמירי דינא תדע שהרי הרמב"ם ז"ל לא הזכיר ענין זה דבעי חד מינייהו דגמיר אפי' בדיעבד ואם איתא דאיכא עיכובא לא הו"ל לרב למשתק מיניה ולכתוב סתם שג' הדיוטות הרי הם כב"ד הסמוך לכל הדברים והא דאמרי' בגמ' א"א דליכא חד מינייהו דגמיר לא אתא לאפוקי דאי כלהו לא גמירי אין להם תורת ב"ד אלא לענין שיתקיימו דיניהם ודאי בעו דלכל הפחות חד מינייהו גמיר כדי שידעו היכן הדין נוטה דאי ידיעת בית רבם לית להו איך ידונו דין תורה ואיך נסמוך על דיניהם והרי בעלי דיניהם יכולים כל א' מהם לדון במקום אחר ולהדר ולדיינוה בדין תורה אבל לענין הודאה שבפניהם ומה שהוחזק כפרן בפניהם שאין הדב' תלוי בשיקול דעתם יש להם תורת ב"ד וחשיב הודא' בפניהם כהודאה בפני ב"ד חשיב דלהא מילתא אין אנו יכולים לסתור את דינם וראיה מדאמרינן בפ' זה בורר הודה בפני ב' וקנו מידו

כותבי' ואם לאו אין כותבין בפני ג' ולא קנו מידו רב אמר כותבין ומסקינן דזמנין כתבי' וזמנין לא כתבי' וכו' משמע מריהט' דשמעתא דג' דומיא דב' דלא בעינן גמירי אלא כל ג' מן השוק יש להם תורת ב"ד לענין הודאתו בפניהם וכן משמע מדברי רש"י ז"ל שלשה עשאן ב"ד והפקרן הפקר ויכולים לעשות מלוה בשטר. ועוד אשכחן דכל מילי דלא תלי בשיקול הדעת דאע"ג דלא גמירי מקרו ב"ד שהרי לענין קיום שטרות כל ג' מן השוק יש להם תורת ב"ד כיון דלההוא מילתא יודעים מילי דקוים או לדמות החתימה זה לזה וכן לקבולי סהדותא דעדים ומשהגידו בפניהם שוב אינם חוזרין ומגידין וכי היכי דהעד אינו יכול לחזור ולהגיד כך בעל הדין אינו יכול לחזור ולטעון הפך טענתו הראשונה ולהפרת נדרים נמי דבעי' שלשה או יחיד מומחה מכשרי' בג' דידעי לפתוח בנדרים ודיו ולענין חליצה נמי דבעינן ג' כדחשיב ליה תנא בריש סנהדרין ותנן בפ' מצות חליצה ואפילו שלשתן הדיוטות ופרכינן בגמרא ומאחר שאפי' שלשתן הדיוטות דיינין למה לי הא קמ"ל דבעי' בשלשה שיודעי' להקרות כעין דייני' וכת' התוספות אבל בשאר דברים אין צריך שיהיו בקיאים בהם וכי לא עשו בטוב יוכלו לישאל לבקיאים אבל קריא' אם לא ידעי להקרות לא יוכלו לישאל לבקיאים אם הקרו יפה עכ"ל. הרי דלענין חליצה דשלשה בעינן אפי' בדיעבד כדאמרי' בההוא פרקא דאין הלכה כאותו הזוג אלא חליצה בשני' או בג' ונמצא א' מהם קרוב או פסול חליצת' פסולה ואפ"ה כשר' לכתחלה בג' הדיוטות דלא גמירי אלא שישאלו לבקיאים. ועוד ראיה מההיא דפ' יש נוחלין ג' שנכנסו לבק' את החול' רצו כותבים רצו עושי' דין. ובליל' כותבין ואין עושי' לפי שאין דנין בלילה אלמא כל ג' דקבלינהו עלייהו יש להם תורת ב"ד והכי מוכח בס"פ התקבל בעדותו של חנניה איש אונו באומר לג' תנו גט לאשתי שיאמרו לאחרי' ויכתבו מפני שעשאן ב"ד ואפי' ר' יוסי לא פליג עליה אלא משום דס"ל דמילי לא ממסרן לשליח ואפילו אמר לב"ד הגדול שבירושלים ילמדו ויכתבו ויתנו אלמא כל מידי דב"ד חשוב מהני מהנו נמי ג' דלא גמירי במה שהם באים לדון דאי לא גמירי היכי מצו דייני דין תורה והיינו דאמרי' בגמ' אפיסק' דאלו הן הפסולי' מאי איריא ג' רועי בקר כל בי תלת' דלא גמירי דינא נמי כלו' דודאי פסילי דלא ידעי למידן דין תורה ומיהו אם עשו ע"פ בקיעים דיניהם דין וכאות' שאמרו ואם הוצרך הדבר ללמוד כותבין ושולחין לב"ד. וכן לענין הודאה שהודה בפניהם או עדות שהועד בפניהם יש להם תורת ב"ד דהא מלתא לא לגמריהו צריכנ' והא דאמרי' בגמ' כל בי תלתא א"א דליכא חד מינייהו דגמ' לא משו' דלא מקרו ב"ד בלאו הכי אלא דאינהו לא מעיילי בדינא ומשכוני נפשייהו דאי טעו משלמי אם לא היו סמוכי' על אחד מהם דגמיר.

ולא רציתי להכנס בזה מטע' הקומפרומיסו הנעשה שאם כתוב שקבלו את החכם השלם כב"ד של ג' איכא למי' שדין ב"ד גמור יש לו לכל מילי אף לענין הודאה והוחזק כפרן כדאמרי' בפ' זה בורר גבי נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך והא דאמר רב דימי כגון דקבליה עליה כחד אר"מ קאי כדפרשי' דלרבנן אפי' קבליה עליה כבי תלתא לא מלי למהדר וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' סנה' שקבל עליו קרוב כג' ב"ד מומחין אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו אלמא מהני קבלתו למהוי כב"ד של ג'. אלא שלא ראיתי ניסח הקומפרומיסו וגם איני יודע אימתי נעשה אם מה שהוחזק כפרן בב"ד הוה קודם הקנין לזה לא ראיתי לדבר בזה.

אבל הדבר ברור כשמש מכל הני טעמי דכתבינן שהאפוטרופו' הזה חייב לפרוע כל מה שהתברר או שיתברר עליו שבא לידו מנכסי היתום יתר על מה שנתן דין וחשבון בב"ד של החכם השלם נר"ו ושוב אינו יכול לטעון עליו שום טענה שכבר הוחזק כפרן לאותו ממון הנלע"ד כתבתי יוסף מטראני.

סימן מז

עוד על הענין הנזכר על אשר הזיקו וחבלו את החכם המורשה.

חזות קשה הוגד לי לקולה צללו אזני. בשאונה יהמו יחמרו מעי ובשרי נעשה חדודים חדודים. יחד עליו יתמלאון מורשי לבבי עברה וזעם ועצמי חרה יבש היה נקודים כי נמצאו בעמינו אנשים חזקי לב במבואי עיר מבוקעה שפתיהם יבאו בריב ולהפוך קערת האמת על פיה יצאו גדודים ובאו האובדים. אף על יתום יפילו בצדיה נהפכו כקשת רמיה ועל שבכה יתהלכו פרשו רשת על פעמי דלים עניים מרודים ובחכי אש גדודים. על תלמי שדי פרח כראש רשעה שמוה לגפן אדרת. ותהי האמת נעדרת על העושק ועל המרוצה הקימו בחוניהם הציבו להם מכונות ועמודים. והוסג אחור משפט ובנו עליה מצודים. להגדיל האש ולהרבות את המדורה המה נגשים אח' מביא את האור ואחד מביא את העצי' מפיהם לפידים יהלוכו כיקוד יוקד. ומאחיזין את האור במדור' בית המוקד ולהכות באגרוף רשע חדודו' וחרוצות ידיהן ובני חבורה זריזין הם פחז כמים נחפזו להוציא מעשה חדודין ולמוכיח ידכאו בשער אלה זנבות האודים אך המה עברו תורות חלפו חק בהמרותם את פי ב"ד הקדוש שאלוניקי המומחת והיפה אשר שלחו לחקור דין עני ואביון ולא עוד אלא שעמדו על דם החכם מושיע ורב ליתום ההוא לקחת העדיות מידו להכחידם תחת לשונם וארחו לחברה לעזור את האפטרופוס רועה רוח ורודף קדים דין יתום לא דנו והנם מאשרים זדים ונוראות נפלאתי כמה גברא חנופה בכתבי' אשר שלחו מתם בפרצ' גדר חק התורה והאד' פרץ על פני פרץ בהבזות תופסי

התור' וליקר ראשי עם הארץ ועל החכם הנז' תנואות ימצאו להטיח כנגדו דברי' קשים כגידי' פעם בלישנ' בישא לרדף אמרים מהבל ימעטו ומכתבי עמל כתבי ויאריכו הבדי"ם גלוי לכל העמים כי גם אהבת' גם שנאתם קלקלה את השורה לבא בדלטוריא אל קצות הארץ. וכתבוה בשוקא וחתמו' בברא והיה להם לזרה ובנהר דעה מבטלי קלא אין משגיחין בדת קול זה דכתותי מכתת שיעוריה ואויבי הוא דאפקוה לקלא הנה זאת חקרנו' כן היא דסלקי לעלא החכמים השלמים שלוחי תקיפי דארעא דישראל יבאו ויגידו צדקת החכם ותום דרכיו מודעת זאת אשר חכמים הגידו והזקנים עדים ואשאלם וישיבו דבר המצפצפים והמהגים כי ירב אמריו אל האפטרו' יתן דין וחשבון אם הישר הולך והאפטרופוס מה ימריצה כי יענה לפני' בישראל נתתי חשבונו לא אוסיף עוד עבור בו ואחר אשר הוחזק כפרן בב"ד ובגמר דבריו נתפס מה יוסף עוד לרדף אמרים לא המה לא יועילו ולא יצילו ולא יגהה ממנו מזור לומר שמסר מודעא קודם עמידתו לדין ומי ישמע אליו בדבר הזה הלעמוד לדין לפני ב"ד חשוב שהמחוהו רבים עליהם שיי' מודע' ועוד כבר כתוב במודעא שאין רצונו שידונו אלא כדין התורה ושיורו לו באצבע ומאן דבידינ' נקטוה גלימיה לזמר וליזיל ומה טיבה של מודעה ומה כחה יפה אם פיו ענה בו ומשפטו הוא חרץ סדנא בסדניה יתי' מדויל ידיה משתלים וכבר כתבתי הודאה לע"ד בעיקר הדין של היתום ועת' איני רשאי להפטר מלגלות דעתי הקצר כדת מה לעשות בכל הרעה אשר הדיחו על החכם הנז' בשאט בנפש ואין ספק לענין הנזק שהגיע לו מהמסירו' כל מה שאפשר להתברר חייבים לשלם ומה שא"א להתברר בס"פ הכונס איבעיא לן אי עשו תקנת נגזל במסור או לא עשו וסלקא בתיקו וכתב הטור בסי' שפ"ח שכתב הרמב"ם בפ"ח מה' חובל שאם תפס הנמס' אין מוציאין מידו אלא נשבע ומחזיק מה שבידו ולדעת א"א הרא"ש כיון דספקא דדינא הוא לא מהני תפיסה ע"כ והא מילתא דהרא"ש ז"ל לאו בפירוש איתמר אהא אלא מכללא מפיק לה הטור ז"ל לשיטתו שכתב בפ' כיצד הרגל אבעיא דרבא דיש העדאה לצרורות שתמה על הרי"ף ז"ל שלא הביא' ואמר משום דאין נפקותא אלא תפס ובלאו הכי האי קנסא הוא ולא מגבינן ליה אא"כ תפס וכתב מיהו תימה כיון דספקא דדינא הוא מאי מהני תפיסה כיון דלא אפשיטא אוקי ממונא אחזקתה ודמיא להההיא דפ"ק דמציעא דתקפו כהן מוציאין מידו כיון דאין לו אלא טענת ספק לא מהני חפיסה ע"כ וכן כתב ז"ל בכמה דוכתי ותימה לי על דברי הטור ז"ל היכי תלי הך מילתא בהך כללא דכייל הרא"ש ז"ל דהכא אע"ג דספקא דדינא הוא אי עשו תקנת נגזל או לא עשו מ"מ כי תפיס ברי קטעין שהפסידו מניה והו"ל אידך מוציא ממנו ומצי התפס למימר אייתי ראיה דלא עשו תקנת נגזל ועול וישבע על טענתו

ויחזיק במה שבידו בברי ובההוא דתקפו כהן בפ"ק דמציעא כתב הרא"ש דתפיסה לא מהניא אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפי' אמר שתפס אין לו אלא טענת שמא אלמא היינו טעמא דתקפו כהן ואלו הכא תפיסת ברי מקריא וראיה עוד דבפ' האשה שנתארמלה גבי הא דאמר רב נחמן העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה עד אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה פרש"י והא דקתני אין נאמנין דלא קרעינן ליה ואי תפס לא מפקינן מיניה וכתב הרא"ש ז"ל שם והא דמהני תפיסה מספק מיירי בדתפס קודם שנולד הס' א"נ שאני הכא שטוען ברי ע"כ ולא יהא ספקא דדינא אלא בתרי ותרי מ"מ הא כיון דאיהו טעין ברי מהניא תפיסה הילכך אף הרא"ש ז"ל מוד' הכא דאי תפס לא מפקינן מיניה.

והיכא שהמסור עצמו אינו יודע כתב ר"ת דישבע נמסר ויטול דע"כ מיבעיא לן בגמ' אלא כשהמסור מכחיש אם עשו בו תקנ' דומיא דנגזל שהגזלן מכחישו אבל היכא שאין המסור מכחיש ישבע הנמסר כמה הפסידו ויטול ור"י ז"ל נחלק עליו כמ"ש בתוס' ובהלכות הרא"ש והרמב' ז"ל בפ"ח מה' חובל מייתי בענין שהמוס' כופר במה שטענו וכת' הר' המגיד ז"ל דמתוך מ"ש והמוסר כופר וכו' שהוא סובר שאם המוסר אינו כופר בברי ואמ' איני יודע שהלה נוטל בשבועה וכן דעת ר"ת עכ"ל אע"ג דאיכא לדחויי דמשום רבותא דאי תפס נקטיה מ"מ פשט דבריו מטין כדברי המ"מ ז"ל. והיכא שהמסור מודה במקצת שהפסידו ועל השאר שטוען הנמסר אומר אינו יודע נראה דדמי הא מילת' להה"י דאמרי' בס"פ שבועת הדיינים אמתני' דהמלו' על המשכון ואבד שהביא הר"ן משם רבינו יהוסף הלוי ז"ל שכתב שמעינן ממילא דהיכא דאמר שומר אנא לא ידענ' כמה היה שוה הו"ל שומר מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשל' והרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שאל' ופקדון כתב הפקיד אצלו פירות שאינן מדודי' וערבן עם פירותיו וכו' עד ונמצא חייב שבועה שאינו יכול לישבע ובזה הורו רבותי הר' רבינו יהוסף הלוי ורבו ז"ל עכ"ל והרא"ש ז"ל כן הו' דעתו שם בשבועו' וכתב שכן הגדולי' הסכימו לדברי ר' יהוסף ז"ל והרמב"ם ז"ל הביא ראי' מהירוש' לקיים דבריו ז"ל והראב"ד ז"ל חלוק הוא על דברי רבינו יהוסף ז"ל שכתב שם בפ"ה וז"ל ורבותי אין מורים כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענו וחמשי' לא ידע' דהת' הו"ל למידע ואערומי קמערים ותובע נמי טוען עליהו ואמר מידע ידעת ודבר שבמנין טעין לי' ודבר שבמנין קא כפר ליה וה"ל מחוייב שבועה וכו' אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרי' עלה ישבע ויטול ולא אמרו יטול בלא שבוע' עכ"ל ומשמע מדבריו ז"ל שהוא חולק על שיטת הרמב"ם ז"ל ורבותיו במה שאמרו יטול בלא שבוע' אלא דהא לא דמי לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דלא הוה

ליה למידע אלא לא יטול בלא שבועה דומיא דההיא דשק צרור דמייתי לקמן ולפ"ז ירא' שאף הראב"ד ז"ל וסיעתו מורין כאן שיטול לכל הפחו' בשבוע' ולא יפט' המסור בשבוע' שאינו יודע.

אלא דאיכא לעיוני ולמידק בתשוב' להרשב"א ז"ל סי' תקע"א כתב וז"ל ומה שדנו להפסיד כתובתה מצד מסירה זהו במה שהיה מודה לנו שהפסיד על ידי מסירתה אבל במה שאינו מודה אינה מפסד' כדין כל מוציא מחבירו ואפילו היה מודה בקצת ועל השאר טוען' שאינ' יודעת עליו להביא ראיה ואינו דומה לחמשין ידענא וכו' דההוא דאפסי' אנפשיה דהוה ליה למידע וכו' עד אבל כאן לא מן השם הוא זה דאינ' מחוייבת לדעת וכל דלא הוה ליה למידע אינו בזה הדין וה"ל כאותו שק צרור דירושלמי גם מה שראיתי למקצת הרבנים שאמרו ישבע ויטול אינו נ"ל וכו' דאף בשבועה אינו נוטל כרב נחמן. ועוד דבפרק הכונס איבעי' לן אי עשו תקנת נגזל במסור וכו' אלו דבריו ז"ל וצריכין נגר להולמן ולישבן חדא מה שכתוב דכל דלא הו"ל למידע אינו בזה הדין והו"ל כאותו שק צרור דירושלמי והא בהא דשק צרור אמרינן בירושלמי דישבע ויטול והוא כתב בתר הכי שאף בשבועה אינו נוטל והיכי מדמי לה להוא דירושלמי. ועוד שקשה מדבריו אל דבריו דהכא סבירה ליה שאף בשבועה לא יטול ואלו בההיא דהרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שאלה כתב הרב המ"מ על טענת הראב"ד וגם הרשב"א ז"ל כן כתב שלא יטול בלא שבועה כלל ותו קשה מאי מייתי ועו' דבפר' הכונס איבעיא לן אי עשו תקנת נגזל במסור דההיא בכופר הכל היא ולדברי ר"ת דוקא בטוען ברי אבל הכא בטוען במקצ' איני יודע הוא דסברי למימר שיטול הלה בשבועה.

ונראה דלא מייתי לה להה' דירושלמי אלא להוכיח דאיכא לאפלוגי בין זו להה' דחמשין לא ידענ' מטע' דלא הו"ל למידע הילכ' לא מיקרי מחויי' שבוע' ואינו יכו' לישבע ובדין היה שישב' הלה שאינו יודע ויפט' כמו איני יודע אם יש לך בידי כרב נחמן אלא דמההי' דשק צרור דאמר רב ישבע ויטו' שמעינן שעשו תקנ' נגז' בשומר שפש' כמו שעשו תקנ' נגזל באוש' כדאמרי' התם בס"פ הכונ' וה"ה היכ' שהפקי' אצלו פירו' וערבן הנפק' עם פירותיו בלא מדיד' כיון שפשע בהם עשו בו תקנת נגזל ועל זה כתב הרשב"א ז"ל שיטול בשבועה כמו שהביא משמו המ"מ. אבל בעלמא שבקינן ליה אדיני דקי"ל כרב נחמן דישבע שאינו יודע ויפטר ובזה נחלק על הרבנים ההם שרצו לומר שיהא נשבע ונוטל דבהא הדרינן לדינ' דרב נחמן דלאו ברי עדיף. והא דמייתי עוד מדפ' הכונס וקשיא לן דלא מייתי מינה למודה במקצת ובאידך טעין איני ידוע ראיתי שגם הרא"ש ז"ל בס"פ החובל כתב דלא דמי הא דירושלמי להההיא דחמשין לא ידענא משום

דהכא אין הנפקד מדקדק מה שיש בשקין ובמרצופין הילכך לא מחייב נפקד במה שאין יכול לישבע אלא עשו תקנת נגזל בפקדון כיון שהנפקד אינו יודע שישבע המפקיד והא דסלקא בתיקו אם עשו תקנת נגזל במסור ולא פשיטה ליה מפקדון משום דמסור דינא דגרמי ובדבורא בעלמא הוא דאפסדיה. וגם על דבריו יש לתמוה היכי בעי דנפשוט בעיין דמסור מפקדון שאני פקדון דאיכא דררא דממונא וטוען בשאר איני יודע. ונראה דמאחר דס"ל דהא לא דמי לחמשין לא ידענא משום דלא הו"ל למידע א"כ בדין היה שישבע הלה שאינו יודע ויפטר וכההיא דמנה לאבא ביד אביך וא"ל חמשין ידענ' וחמשין לא ידענ' דרשינן בפ' כל הנשבעין שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ופטורים היורשים מכלום וע"כ הא דאמרי' בירושלמי דישבע ויטול מטעם נגזל נגעו בה אמאי מבעיא לן במסור וחלק הרא"ש ז"ל דשאני מסור דדינא דגמרי ובדבורא בעלמא הוא דאפסדיה. וא"ת נהי דמסור בדבורא בעלמא אפסדיה מ"מ דמי למזיק טפי מפושע בפקדון דאילו מסור דיינינן לי' כמזיק לשלם מיטב כדמו' ברי' קמא ואילו פושע בפקדון לא משלם ממיטב ולא אמרו אלא במזיק ממש כדמוכח בר"פ הנזקין למה אמרו הנזקין שמין להם בעידית וכו'. וי"ל דה"ק בשלמא נפקד מההיא שעתא דאתחייב בשמירתו הו"ל מחוייב שבועה הילכך באו' איני יודע עשו בו תקנת נגזל אבל מסור לא נתחייב מעולם ובדבורא בעלמא הוא דמחייבינן ליה ואמאי בלא ידע פטור. והיינו דמייתי הרשב"א ז"ל מההיא דהכונם להוכיח דלא תימא ישבע ויטול כההיא דירושלמי דע"כ צריך לחלק בין נפקד למסור מדמבעיא לן במסור ולא פשיט ליה מנפקד כנ"ל לישב דבריו ז"ל. ועוד יש באותה תשובה דברים שצריכין להולמן אלא שאין כאן מקום להאריך. ויצא לנו מזה שאם באנו ללמוד מדינו של הרמב"ם ז"ל שאמר בשם רבותיו שיטול הלה בלא שבועה אי איכא לאפלוגי משום דלא הו"ל למידע וכדברי הראב"ד אעפ"י שמודה הוא שישבע ויטול שם איכא למימר דהיינו טעמא משום תקנת נגזל אבל במסור לא פשיטא לן אי עשו תקנת נגזל ומידי ספק לא יצאנו.

ואכתי קשה בדברי הרא"ש ז"ל מדידיה אדידיה דהכא בס"פ החובל כתב דכל שלא הי"ל לידע לא דמי לחמשין ידענא וכו' ועשו בה תקנת נגזל שישבע ויטול ובס"פ כל הנשבעין פסק רב יהוסף הלוי שיטול בלא שבועה אלמא לא ס"ל כהראב"ד ז"ל דמפליג מלתא דהו"ל למידע דומיא דההיא דחמשין לא ידענא. ומיהו בההיא דערבן עם פירותיו שהביא הרמב"ם ז"ל בה' שאלה ניחא דהו"ל לידע כשעבר וערבן עם פירותיו ובהאי ניחא דלא תיקשי להרמב"ם מההיא דפ' כל הנשבעים דמייתי הרא"ש מנה לאבא ביד אביך אבל עיקר דינו דרבינו יהוסף הלוי שהורה בו הרא"ש בפרק שבועת הדיינים שאמרה

אסלע הלויתיך עליו וכו' דכי אמר איני יודע אמאי קרי ליה מחויב שבועה הא לא הו"ל לידע כמה היה שוה דומיא דההיא דשק צרור וי"ל דמ"מ לא דמי להההיא דמנה לאבא ביד אביך דלא הו"ל למידע במילי דאבוהו כלל. אבל מלוה על המשכון אורחיה למדק במשכוניה לידע עד כמה יתחייב באחריות כיון דש"ש הוא אבל בנפקד דשומר חנם הוא כי ההיא דשק צרור לאו אורחיה למידק כי מה חפצו לחקור על צרורו' בני האדם לידע מה שיש בתוכן כיון שצרורים וחתומים הם והשתא ההיא דמסור עדיף טפי ממלוה על המשכון כיון דמזיק גמור קרינן ליה בשעה שהזיקו והכהו בלשון יש לידע כמה היא מזיקו שיתחייב בו ואי לא דק איהו דאפסדיה ודינן כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא כמ"ש הרא"ש שלא פסקו אי עשו תקנת נגזל במסור היינו כשהאומר בכל איני יודע או ברי לי דלא עבדינן תקנתא שישבע ויטול והשתא דאתינא להכי אף הראב"ד דפליג אדר' יהוסף לא חשיב ליה מחויב שבועה וכו' אפשר דמודה הוא שנוטל בשבועה כההיא דשק צרור ולא משום תקנה נגעו בה אלא מדינא כיון שהלה אינו יודע ואפילו תימא מתקנה בטוען במקצת אינו יודע ה"ה במסור דאפושי פלוגתא דרבוותא לא מפשינן אלא שהרשב"א באותה תשובה חלוק בדין מסור שישבע שאינו יודע כמו שנתבאר.

והוי יודע שהרב המובהק מוהר"י ן' לב ז"ל בכמה מקומות מתשובותיו כתב דבס"ס מפקינן מיד המוחזק ויליף לה מדברי התוס' בפ"ק דכתובות אי למיתב ליה כתובה וכו' אע"פ שלפעמים חוכך בטעם זה לפי שלא ראה אותו בשום אחד מהפוסקים ועוד שיש מקום לחלק ולומר דשם פלוגתא דרבוותא חד כדכתבו שם התוספות דשם אונס חד הוא ולדידי לא מן השם הוא זה דכיון דתרי ספיקי איכא גבן מה לנו לתלותן בפלוגתא דרבוותא כגון בנ"ד ספק אם עשו תקנת נגזל במסור או לא עשו ואת"ל לא עשו ספק הואיל ומודה במקצת דילמא אמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם ומה ענין זה לשם אונס חד הוא דהתם. מיהו עיקר דינו של הרב ז"ל לא נתחוור אצלי וראייתו מההיא דכתובות לא מכרעה לי כלל כמו שהוכחתי במקומות אחרים מכל מקום דעתי הקלושה מסכמת בנדון זה שישבע ויטול דמלבד דתלתא ספיקי מסייעי לנמסר דאפילו את"ל דאיפשטיא בעיין דלא עשו תקנת נגזל במסור אכתי איכא למימר דבטוען מסור איני יודע חייב כדברי ר"ת ואפילו תימא שאפי' באומר איני יודע איבעיא דילמא במודה במקצת הו"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע זו אין ראוי לקרותו ספק מאחר שכתב הרא"ש שכל הגדולים הסכימו לדברי הרב ר' יהוסף הלוי והרי"ף ז"ל ואף הראב"ד דפליג עליה דלא מיקרי מחויב שבועה וכו' לא מצינו לו שיסבור שיפטר מסור לגמרי אלא ישבע

נמסר ויטול והוה ליה הרשב"א ז"ל יחיד אצל כל הפוסקים כמו שביארנו הילכך כל דבר שלא יוכל לברר בעדים וטוען דבר שהדעת נוטה שאפשר שיהיה כן ישבע החכם ויטול. ולענין אבות הנזיקין וחבלו' שמרו ועצבו את רוח החכ' נר"ו בין דברים שיש להם קצבה כגון הכאת אגרוף דהיינו לסינוקרא כדברי הרמב"ם ובין דברים שאין להם קצבה כגון נזק ובושת אין מגבין דיני קנסות בבבל אא"כ תפס ומנהג בשתי ישיבות דמנדין אותו עד שיפייס לבעל דינו בדבר ראוי קרוב לבשתו או נזקיו. ובמבייש ת"ח אמרו בירושלמי המבייש את הזקן נותן לו בשתו הוה עובדא וקנסוהו ליטרא דדהבא. כמו שהביאו בהל' הרי"ף והרא"ש ז"ל והרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכו' חובל כתב קבלה בידינו שנותן קנס זה בכל מקום בין בארץ בין בחוצה לארץ ושיעור הליטרא תמצא במרדכי ס"פ הכותב בשלטי הגבורים. ובגדר הת"ח יש בו סברת חלוקות. הא' שלשון זקן חכם הוא שקנה חכמה וכל שמכבדים אותו מחמת תורתו ועומדים מפניו הרי הוא בכלל זה כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה שהטענה בזה שכל הקובע עתים לתורה וחכם במקומו עד שמכבדין אותו הכל בשביל תורתו ובא אחר וביזהו הרי זה כמבזה תורתו וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל וכן הרי"ף והרא"ש ושאר המפרשים שהביאם הטור בסתם והרא"ש בתשובה כלל ט' אשר שאלת על תלמיד שביישוהו בדברים וכו' ונסתפקת במ"ש הרי"ף המבייש ת"ח קונסין אותו ליטרא זהב. דע כי המבייש את הזקן זקן זה שקנה חכמה והיינו ת"ח שתורתו אומנותו והיינו שקובע עתים לתורה וכו' ואינו מבטל אלא בשביל מזונותיו ולא לאצור ולהרבו' ממון לזה אני קורא ת"ח והמביישו משלם. המפורש בירושלמי. הב' דעת הריב"ש שאין כל החכמים שוין בליטרא זהב אלא החכם שהוא רב מובהק ומור' הוראו' דומיא דרב יהודה בר חיננא ואם אינו רב מובהק אלא שתורתו אומנותו וחכ' קצת אז ב"ד שמין לו דמי בשתו לפחות מליטרא זהב וגובין לו ונ"ל שלא ראה הרב תשובת הרשב"א ולא תשובת הרא"ש שפירש בכל ת"ח. הג' דעת סברת רב אחד תלמיד מהר"י מולן שהובא בתשובות מהר"י קולון ז"ל שבזמן הזה לא דיינים לקנוס ליטרא של זהב שאין עתה חכם שיודע אפילו במס' כלה אלו דבריו וכמו זר נחשבו ומאד הפריז על המדה וראיותיו אינן מכריחות לא מס' האגודה ולא מאו' זרוע דאפילו שיאמר דלא דייניגן בזמן הזה דין ת"ח לענין טבחא דלא סר סכינא קמי' היינו להההוא מילתא דמגבי' ליה משום דמחזי כאפקרותא ואולי אם בזמן הזה מי שיהיה בערך ההוא דהא טפי מהני מילי נוהגים עכשיו דמחזי טפי כאפקרותא ולא משגחינן בהו כ"ש בהא מילתא. ומלבד זה טעמא דלא נהגיגן השתא הא מילתא לאו משום דאין עכשיו דין תלמיד חכם אלא מטעמא דכתב הרא"ש בספ"ק דחולין והאידנא נהיגי שאין מראין סכין

לחכם כי בימיהם היו הקצבים שוחטין בעצמן כדאמרינן האי טבחא דלא סר סכינא וכו' והשתא נהוג בכל גלות ישרא' שאין מאמין לקצבים וממנים אנשים ידועים על השחיט' ועל הבדיקה ולהם מחלו חכמים את כבודם כי הם זהירים וזריזים. ומה שהביא מאור זרוע לענין דמהדרינן אבידה בטביעות עינא שכתב שאפילו מי שאינו מדקדק להפך חלוקו אינו תלמיד חכם ולא מהדרינן ודאי השבת אבידה בלא סהדי שאני אבל לענין ליטרא זהב שתלו אותה בזקן שחייבים בכבודו ודאי לא בעינן שיהא כרב יהוד' בר חיננא אלא כל שחייבים להדרו ולקו' מפניו חייבים על בזויו וכבר הוקשה לו מדאמרינן יפתח בדורו כשמואל בדורו והשיב דלשמוע לו ושלא יסרב נגדו על הוראתו חייב אבל לענין כבוד נתמעט ממה שהיה בימות האמוראים ורואה אני דלענין הפקר ב"ד הפקר סמכו על זה לומר דלאו דוקא בי דינא דר' אמי ור' אסי דלא שרי לאפקועי ממונא אלא כל בית דין גדול בדורו דיפתח בדורו וכו' ואיך נקל במוראו ובכבודו וכל ת"ח שנעש' פרנס על הצבור שאין באותה העיר גדול ממנו בית דין חשוב הוא ואפי' אם היה גדול ממנו מאחר שהוא ראוי לכך דין ת"ח יש לו הרי הוא אומר שלא יסרב נגדו על הוראתו ותו הא דאמרי' בפ' האיש מקדש ואפילו במס' כלה פרש"י מס' כלה שאין בה עומק ובריייתא היא כלה בלא ברכה וכו' אבל ר"ח פי' מסכת שלמדו בזמן כלה דאלול או בכלה דאדר וראיתי בתשובת הגאונים אית דמפרש לקולא לא שידע להשיב במס' שלא למד מקרוב אלא באותה מסכתא שנתברר בזמן כלה דיו בכך. ובנ"ד על דין יתום וגזל משפט וצדק אשר נכנס בעובי הקורה להציל עשוק מיד עושקו מצאתהו כל זאת והקלו בכבודו כי שנאו בשאר מוכיח ולמוכיח בשער יקושון ובהא כל אפים שוין כ"ש שלדעתי שעור הבושת הגדול ההוא למעלה למעלה מליטרא זהב בהכאת מות שהכוהו עד שנפל כאבן שאין לה הופכין ישאוהו על כתף יסבלוהו וסבבו בשוק עד הביאו אל ביתו בזה ודאי ראוי לדון שלא יתירו לו נדויו עד שיתן לו ממון כשיעור גודל בשתו לפי המבייש והמתבייש. ואחר הדברים והאמת האלה הציקתני רוח בטני וכלכל לא אוכל על אודו' החטאי' ההמה בנפשותם אשר פיהם שלחו ברעה לחרף את החכם נר"ו ובידם מלאו להכות באגרוף רשע כתפם משכמה תפול ואזרועם מקנה תשבר תאלמנה שפתותיהם ולשונם תמק בפיהם יען עברו תורות חלפו חק חזקו פניהם מסלע למסור את החכם נר"ו ביד אדונים קשים ובראש כל חוצות כתוא מכמר כרו לפניו שוחה לא שמו אלקים לנגדם סלה האנשים המורדים האלה הן לא בידם טובם ומלעיגים במלאכי אלקים אין רפואה למכתם עד ישימו כארץ גוום כי יהיו אפר תחת כפות רגלי החכם נר"ו ולשונם תהלך בארץ ומעפר תשח אמרתם חבול ישיבו ונזקיו ישלמו ונעתר להם ורפאם ואם ימאנו

קחת מוסר ולבם ישימו שמיר לבלתי הכנע לפני החכם אשר חטאו לו הללו בני אדם ארורים הם נגד ה' ונגד יריאיו וחייבים כל עדת ישראל לנהוג עמם דין מנודים ומוחרמים עד אשר ישובון מאון נאם יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מח

על ממון שהקדיש הר' יצחק צרפתי לעניי א"י.

נשאלתי בש"מ שנדר בכלל צוואתו ותתנו לפ' ק' זוז אם יבא בשנה זו כאן לירושלים אם היה צריך שיכפיל תנאו אמרתי להם מן הרשום בזכרוני שלא אמרו שצריך כל משפטי התנאי' אלא למעשה שהוא מתקיים מעתה והתנאי בא לעקור המעשה למפרע אם יתקיים אבל כל דבר שאינו מעכשיו שאין המעשה מתקיים אלא כשיתקיים התנאי לזה אין צריך תנאי כפול ולא הן קודם ללאו ושאר כל משפטי התנאים שהוזכרו בתנאי בני גד ובני ראובן והבאתי להם ראיה מההיא דאמרינן בפרק אעפ"י דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה ה"ז מקודשת ותנאו בטל וטעמא משום דמתנה על מה שכתוב בתורה והקשו בתוספות דע"כ בדכפלי' לתנאי' אם אין לך עלי שאר כסות ועונה הרי את מקודשת ואם לאו אל תהי מקודשת דאל"כ תפוק לי' דתנאו בטל דבעינן תנאי כפול ותימא אמאי תהיה מקודשת הרי התנה בפי' שאם יהיה לה לא תהא מקודשת וא"ר"י דאי לאו דילפינן מתנאי דבני גד ובני ראובן הוה אמינא דשום תנאי אינו מבטל המעשה ואפי' אם לא יתקיים בסוף המעשה קיים והשתא דילפינן מתמן דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדוקא בשאינו מתנה על מש"ב דומיא דבני גד שלא התנו על מ"ש בתורה שאנו למדים מדבריהם דמסברא אין כח בתנאי לבטל המעשה והיינו דוקא במעשה שהוא חל מעתה כגון הקדושין שהם חלים מעכשיו ורוצה שתהיה אשתו בתנאי שלא תתבע ממנו שאר כסות כדת הנשים ואם תשאל יעקרו הנישואין למפרע וכן במתנה שאדם נותן שתהא שלו בתנאי שלא ילך במקום פלוני וכיוצא שהתנאי בא לעקור המתנה למפרע אין כח בתנאי לעקור וא"כ נעשה כמשפטי התנאי שמצינו בבני גד ובני ראובן אבל כל האומר תנו לפ' מאתים זוז אם יבא לכשיבא קאמר ואם לא בא לא זכה מעולם אין צריך בזה לכפול דבריו ולא שום דרך ממשפטי התנאי' ולזה לא הוצרכנו ללמוד מתנאי בני גד ובני ראובן דמאיזה טעם נאמר שיתקיימו דבריו הראשונים אעפ"י שלא נתקיימו דבריו האחרונים והלא בגמר דבריו אדם נתפס ואין כאן מעשה דדבור ודבור הוא כדאמרי' בפ' האומר באו' לאשה התקדשי לי לאחר שלשים יום וחזרה בה ר' יוחנן אמר חוזרת אתי דבור ומבטל דבור אלמ' קרי לקדושין דבור אע"ג דאיכ' נתינ' מעו' ליד האש' לפי שעדיין הקדושין תלויים

עד ל' יום ולא חשיב מעשה והבאתי להם עוד מההיא דפ' ב' דביצ' והביא' הרי"ף בפ' מי שמת ההוא גברא דאמר הבו ד' מאה זוזי לפלני' ולנסו' ברתי' זכה במתנ' וברתי' אי בעי נסי' אי בעי לא נסיב ואמרי' אבל אי אמר לנסוב ברתיה וליהבו ליה ד' מאה זוזי אז הוי כתנאה ואי לא נסיב לא יטול כלום אע"פ שלא כפל דאי דכפיל ואמר ואי לא נסיב לא לישקול הא ודאי בכל ענין לא זכה ואמרו לי השואלים ההמה שהרב מהר"ם אלשי"ך כתב דדבר פשוט שצוואת ש"מ אין צריך לכפול בה תנאה ותמהו עליו שהם דברים בלי ראיה ומנין לו אמינא אם טעמו כמו שאמרנו יש לדבריו על מה שיסמוכו וכמעט שעברתי מהם נזכרתי מה שהביא הר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו האומר הרי את מקודשת לי ע"מ שירדו גשמים דאמר רבי מאיר עד שיכפול תנאי הכל מודים שאם אמר לאחר שירדו גשמים שאם לא ירדו אינה מקודשת וכו' בעי ר' חגי קומי רבי יוסי והן אם לאו כלאחר הוא כלומר אם יעברו ואם לא יעברו דכתיב גבי בני גד וכו' א"ל שני ההיא שהיתה הארץ בפניהם והוא מבקש להוציאה מידם מוכח דסתם אם כלאחר הוא אי לאו דהתם מוכח שהארץ היו זוכין בה לאלתר כדכתי' ואתנו אחוזת נחלתינו מעבר הירדן מזרחה ובא להם משה והטיל תנאי שאם לא יעברו שתהיה יוצאת מתחת ידם לכך הוצרך לכפול הא אם לא היה נותן מעכשיו אלא בלשון דאם לא היה צריך לכפול דלאחר משמע כדאמרינן בפ' מי שאחזו זה גיטיך אם מתי דאם לא אמר מעכשיו כלאחר מיתה דמי אלא דלרבי יוסי היכא דאיכא שטרא זמנו של שטר מוכיח עליו אבל ע"פ כלאחר משמע.

וראיתי דברי הרב מהר"ם אלשי"ך והם בש"מ שנתן בית מתנה לפלוני בתנאי שלא ימכרנו ולא ימשכננה ונראה לי דבזה יש לבעל הדין לחלוק שהרי מתנה זו ע"כ היא חלה מעכשיו שהרי בתנאי שלא ימכרנה הוא ואם לא זכה בה מה ימכור ועוד אם אינו זוכה מעכשיו אימת יזכה אלא משעה שמת הוא זוכה כדין כל מתנת ש"מ ואם אא"כ ימכור תעקר המתנה למפרע ותמהני שהוא עצמו הביא תשובת הרא"ש בכלל פ"א על ראובן שנתן ממונו לב' בניו ורבה לזה ומיעט לזה והטיל תנאו במתנתו ע"מ שלא יוכל שום א' למכור ולא למשכן עד שיהא הקטן בן כ' שנה ועמד הגדול ומכר מאחוזתו קודם לכן והשיב דמאחר שביטל התנאי נתבטלה מתנתו מעיקרא וכמדומה דאיהו ז"ל משמע ליה שתשובת הרא"ש ז"ל במתנת בריא היה שכן מוכח ממ"ש בסוף התשובה הילכך צריך לדקדק בשטר זה אם כתוב בו תנאי כפול או אם כתב בסוף השטר וקנינא מיני' כחומר כל תנאים וקנינין העשויים כתיקון חז"ל כמו שרגילין לכתוב בארצינו בכל שטר שיש בו תנאי וכו' ואי בש"מ איירי אין דרך לכתוב בו קנין שהקנין מבטל הכל אם לא

כשכתבו ליפוי כח ולא שייך לומר בזה כמו שרגילין לכתוב דאין רגילות לכתוב קנין במתנת ש"מ אבל ממ"ש שם באותה תשובה וז"ל ואין לומר כיון שהגדול ראוי לירש לא יועיל שום תנאי כי היכי דלא מהני אחריך דריב"ב דירושה אין לה הפסק ואמר דלא דמי דבאחריך לא שייר לנפשיה כלום אבל בתנאי שייר לעצמו ואי במתנת בריא איירי בזה לא אמר ריב"ב דירושה אין לה הפסק דהא במתנת בריא יהיב לה כדמוכח בפ' יש נוחלין אלא במתנת ש"מ מיירי ועלה קאמר אמנם צריך לדקדק בלשון התנאי אם נעשה כתנאי בני גד ובני ראובן ומ"ש בסוף תשובתו אם כתב וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקנינם העשויים כתיקון חז"ל מבקש היה למצוא רפואה אם נכתב בו קנין ליפוי כח ונכת' כדרך שנוהגי' לכתוב בכל שטר שיש בו תנאי' שהם עשויים כתיקון חז"ל אם נאמ' שאעפ"י שלא פירש מסתמ' כדין נעש' ולעולם מתנ' ש"מ היתה כך אפשר לתרץ דברי הרא"ש באותה תשובה דלא לקשו אהדדי.

ומצאתי להראב"ד ז"ל בפ"ב דביצה בהשגותיו על הרז"ה כתב על מי שפירש דטעמא דכי אמר הבו ד' מאה זוזי לפלניא ולנסיב ברתיה משום דהו"ל מעשה קודם לתנאי כתב וז"ל מי שאמר זה לא שקל במאזני משפט והוא רצה לומר שאם אמר זה האיש תנו לפ' ק"ק זוז אם ישא את בתי יטול ק"ק ולא ישא את בתו על כן יצא משפט מעוקל ח"ו לא תהא כזאת בישר' עתה אגלה הסוד הנעלם מבני אדם שהראשונים לא פירשוהו כי כל מה שאמרו חז"ל בתנאי כפול ותנאי קודם למעשה וכו' לא נאמרו אלא כשהמעשה נעשה מיד כעין נתינת גט וחליצה שאין התנאי מבטל המעשה למפרע אא"כ נעשה כראוי וכחוזק תנאי בני גד ובני ראובן שהיו מבקשים ממשה שיתן להם נחלתם מיד וכתב עוד אם אמר אדם לחבירו הילך מנה זה ויהא שלך אם לא באתי מכאן ועד יום פלוני אם לא כפל תנאו או לא דקדק בענייני התנאים אינו תנאי מ"מ אין ספק בדבר שלא נעשה בו שום מעשה כגון זה שאמר תנו ק"ק זוז לפלוני אם יקח את בתי לית דין ולית דין שאם לא יקח לא יטול עכ"ד והביאן הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות במסכת יום טוב וקלסן וקיימן.

ואנא לא מחכמה די איתי בי רזה דנא גלי לי מן הסוד הצפון ליריאיו אך מאשר למדונו רבותינו בעלי התוס' בההיא דפר' אעפ"י שהבאתי ומתוך ההיא שמעתא גופה שפירשו אותה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש מתור' תנאי וההיא דירושלמי דאנהרינהו לעייניו הר"ן ז"ל דמוכח שם בהדיא דברי הראב"ד ז"ל שאילו לא רצו בני גד ובני ראובן להחזיק בארץ מיד לא הוצרך משה רבינו לכל משפטי התנאים ההמה וכבר הביאו הרמב"ן ז"ל שם וסמך בו דברי הראב"ד ז"ל והם דברי אלדים חיים ומלך עולם ויראה בעיני דאף אותם המפרשים שהביא הרז"ה ז"ל שפירשו ההיא שמעתא מטעם דהו"ל מעשה קודם לתנאי

לא פליגי לומר דאף במידי דלא קני מעכשיו לבעי תנאי כפול וכל מילי דבני גד ובני ראובן שהרי אינו זוכה אז אלא כשלא יתקיים התנאי אלא דקשיא להו מאי איכא בין אומר תחלה הבו ליה ד' מאה זוזי ואח"כ אמר ולנסיב ברתי ובין אמר תחלה לנסוב ברתי ואח"כ אומר והבו ליה ד' מאה זוזי אם אתה אומר שתלאן זו בזו דמסתבר' דלא יהיב ליה אלא על דעת שיקח את בתו כי אמר נמי ליהבו ליה ולינסוב אדעתא דלנסוב קאמר כל שהזכיר נשואין מסתברא דמשום הכי יהיב ולא קפד' אלישנא כי ההיא דאמרינן בהכותב גבי אבימי דהוו מסקי ביה זוזי בי' חוזאי דאמרינן לענין שלומי שליח מאי אמר רב אשי חזינן אי אמר ליה שקול שטרא והב זוזי משלם הב זוזי ושקול שטרא לא משלם ומסקינן ולא היא בין כך וכך משלם דכיון דאדכר ליה שטרא הו"ל לאסוקי אדעתיה ולא היה לו לפנות אל לשון המשלח שהקדים נתינת המעות בלשונו ללקיחת השטר ה"נ כיון דמלתא דמסתברא היא דאדעתא דלנסיב ברתיה היא ומתרצינן לישניה דהכי קאמר אינסיב ברתיה לשקו' ואי לא לא לשקול כי אמר נמי לשקול ולנסיב אדעתא דלנסיב קאמר לכך פירשוה מטעם שמעשה קודם לתנאי וכדאמר לשקול ד' מאה זוזי לאלתר קאמר ויזכה בהם מיד ע"ד דלשקול ובהא ודאי צריך הוא לכל משפטי התנאים לבטל המתנה למפרע בין שתהא מתנת בריא בין שתהא מתנת ש"מ וכבר מצינו סעד לדברי הרב מהר"ם אלשי"ך ז"ל מדברי הרמב"ן שבס' המלחמות שמעולם לא אמרו תנאי כפול בש"מ שכל דברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו בין במעשה בין בתנאי שלא יהיה צריך לדקדוקי התנאים ותטרף דעתו עליו ושמעתי שיש מי שמסייע למקבל מתנה מדברי רבינו זרחיה שאמר בדברי המפרשים ההיא דהבו ד' מאות זוזי לפ' מטעם דהוי מעשה קודם לתנאי אלמא סבירא ליה דאף בשכיב מרע בעינן דיני התנאי וקחשיב ליה ממון המוטל בספק בינו ובין עניי ארץ ישראל וירושלים שהם הזוכים אם לא יבא הוא ואף אם יכפור הרז"ה דברי הרמב"ן ז"ל שלא לחלק בין מתנת שכיב מרע למתנת בריא לא יכפור בדברי הראב"ד המפרשים ונגלים אלא טעמם שהוצרכו לפר' דמתנה מעכשיו כמו שפירשתי ואפילו נאמר דפלוגתא הוי אכתי ממונא בחזקת מריה קיימא ואף על גב דלאו למהדר למרה קיימא אלא לעניים מכל מקום עניים מכח מרייהו קאתו וכל כזו זכה להם השם שלא היה יכול המקבל להוציא ממנו גם אינו יכול להוציא מהם וכדאמרינן בפ' שני דייני דמי שאבדה דרך שדיהו דאוקימנ' לה בחד דאתיא בכח ארבעה דאמרי' אי צייתת צייתת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדייהו ואשכחן נמי אף דנסתלקו בעלים לגמרי אהך בעיא דאיבעיא לן בפרק חזקת החזיק בה לקנות את חברתה או שהחזיק במאי לקנו' את שתיהם וסלקא בתיקו ופסק הרא"ש שאם

בא אחד והחזיק בה כדי לקנותה זכה וכן פסק הרמב"ם בפ"ח מהלכות זכיה וכתב המ"מ הטעם לפי שחזקה זה האחרון חזקה ברורה מחזקת הראשון מספקא וכיון שכן מעמידין אותה בחזקת זה שחזקתו ברורה ואף על פי שחזקת הראשון קדמה והיא גורמת לנו ספק באחרו' שאם חזקת הראשון חזקה אין חזקתו של שני כלום מ"מ עשאוה כספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי איברא שצ"ע בההיא דפ"ק דמציעא דאיבעיא לן באויר שאין סופו לנוח אי כמונח דמי או לא ולא איפשיטא וכתב שם הרא"ש הילכך במתנה לא קנה ובהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבעל הבית מוחזק תחלה מספק ומ"ש מהך בעי' דפ' חזקת שכתב שמעמידין אותה ביד האחרון הואיל והראשון היתה חזקתו מספק' וצריך טעם לחל' ביניהם הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן מט

שאלה על מתנת ש"מ ז"ל: זכרון עדותא היתה בפנינו ח"מ בהיותנו בספינה שנשבינו בה והיה עמנו בחברתינו פ' והיה מוטל על ערש דוי וראינו אותו שהיה מיושב בדעתו כי בדקנו אותו ג"פ ואמר על לאו לאו ועל הן הן כדרך כל הבריאי' המיושבים בדעת' ואמר בפנינו ח"מ אוי לי שלא קיימתי פריה ורבי' ואין מי שיאמר לי קדיש אחרי מותי ונוסף על זה שהוכרחתי לצאת מארץ ישראל בסבת האפטרופו' שלי שלא שלחו לי כדי ספוקי והוכרחתי ליקח בהלוא' מהקהל פ' קרוב למאה טולור' אמרתי עת לעשות תיקון לנפשי והנה הוו עלי עדים גמורים וקנו ממני בק"ג ואף חתמו ותנו לו ליד פ' להיות בידו לעדות לזכות ולראיה איך אמת היא שאני נותן במתנה גמורה וחלוטה שרירא וקיימא כל נכסי וכל זכות שיש לי תחות כל שמיא הן קרן הן ריוח הן כסף הן מקרקעי הן מטלטלי מכל מה שהפה יכול לדבר והלב לחשוב ולא השארתי לעצמי אלא עשרה זהובים בלבד והוא יפרע החוב שלם וגם יעשה חברה קדושה עם מי שירצה מיחידי סגולה לומדי תורה של א"י ויעשו קביעות בכל יום ללמוד הלכה או משנה או קבלה כפי מה שיסכימו ביניהם ומעתה ומעכשיו סלקתי ידי מכל נכסי ומכל זכותי הנז"ל ונתתים בידו ושמתי ידו כידי לגבות הכל והנני מעתה ומעכשיו אני אוסר כל נכסי וכל זכותי הנז"ל על כל אדם הן קרובי הן שאר כל אדם בחרם של שמים וכל הנהנה מהם אפילו שוה פרוטה כאלו מועל בחרם שמים לבד פ' יעשה בהם מה שירצה כנ"ל ומלבד העשרה זהובים שהשארתי לעצמי וכך אמר לנו שטר מתנה זו כתבוה בשוקא וחתמוה בברא כי היכי דלא להוי כמלתא טמירתא אלא גלוי ומפורסם לכל וכתבוה בכל חיזוקי סופרים ולא יפסל שטר מתנה זו לא מחמת שום דבר בעולם ונאמנות גמורה וכו' בביטול כל מיני

מודעות שבעולם והכל יהיה נדרש ליפוי כח בעל השטר ולעולם יהיה בחזקתו ובתקפו כאילו נפיק נכתב ונחתם מבי דינא דרבינא ורב אשי וקנינא אנו עדים ח"מ מפ' לפ' מעכשיו במנא דכשר למקניא ביה והיה ביום פלוני והכל שריר וברירו וקיים ומקויים כדת וכהלכה.

והנה אחר שמת הנותן הלך מקבל המתנה למקום האפטרופוסים לחזור אחר נכסיו ולגבותם ועכבום יורשי הנפטר ולא היה יכול להוציא מידם זולת מה שנעשה בפשרה לפני בני ישיבה אשר שם וזה לשון הפשרה נתפשר פלוני עם יורשי הנפטר ואין לו שום תביעה על היורשים הנז"ל ואם נתחייב פ' בחוב הנז' על היורשים לשלם אותו החוב. גם שלחו בני הישיבה אשר שם לחכמי ישיבת א"י וז"ל אחרי דברי שלומות ידוע ליהוי להוד מעכ"ת שבא לבית מלונינו פ' מתושבי עירכם ובידו שטר הצוואה ובאו לדין יחד פ' ויורשי הנפטר ואחר ראינו טענותם ראינו אם לא ימצא פשר דבר ביניהם היה נמשך הדבר לזמן ארוך ופ' המקבל לא היה יכול להתאחר כל כך פה זמן ארוך ובכן יצאה ההסכמה בינינו אז לפשר ביניהם כאשר הורונו מן השמים דהיינו שיתנו היורשים לפ' כך וכך ועל דבר החובות שהיה חייב המצווה אם יתברר שעדיין חייב וכו' יפרעו היורשים עד גמירא וכדי להודיע שהאיש הנז' שם נפשו בכפו והתאזר בכל עוז להוציא הענין הנז' מן הכח אל הפועל בעסק ענייני הצוואה ושהוא עשה כל המוטל עליו וכדי שיהיה בידו לעדות ולזכות ולראיה שמנו דברינו אלה בפיו כתוב וחתום וחתומים בני הישיבה שבאותה העיר ועתה כשבא המקבל והביא בידו הפשרה הנז' עמדו בני תורה הראויים לשבת בישיבה לשם הנפטר ואמרו למקבל שאין לו רשות לעשות פשרה למעט ולחסר ממון ההקדש כי לא נעשה כי אם שליח לגבות נכסי הנפטר ואין לו רשות למחול וגם המקבל אמר כי לא היה יכול להוציא מתחת ידם יותר מזה ואנוס היה בדבר ודברי המעשה ב"ד יוכיח ועוד הם טוענים נגד היורשים דהואיל ואסר עליהם הנפטר כל נכסיו וכל זכותיו בחרם של שמים מי הוא זה שיכול לסלק החרם מעליהם וכל זמן שהנכסים ופירותיהם בידם או ביד באי כחם הם מועלים בחרם וצריך לנהוג בהם וביד באי כחם כל דיני מוחרם יורה המורה הדין ושכרו יהיה כפול מן השמים.

תשובה נראה שאין פשרה זו קיימת שאין ביד אותו פ' רשות לתת לאחים ולמחול דבר שאינו שלו שהנותן לא זיכהו אלא ע"מ להעמיד אותה החברה בא"י ואין לו לזה אלא טובת הנאה לתת למי שירצה ומ"מ האשכנזים בני קהלה של נותן קודמים לכל אדם דומיא דתנו מנה לבית הכנסת יתנו לב"ה הרגיל בו תנו מנה לעניים יתנו לעניי עירו ולא כל הימנו לפקוע זכותם לתתו ליורשים אע"ג דבנדרים ס"פ השותפין מסקינן דקני

ע"מ להקנו' ולאו כלום הוא היינו כשלא הקנה מעכשיו דלא הוי בר בריה צורבא מרבנן הדרא סודרא למרי' אבל כשהקנה לזה מעכשיו ע"מ לזכות לאחרים לאחר זמן קני כמ"ש המפרשים ז"ל שם ועוד הרי אסר הנותן כל נכסיו על היורשים בחרם של שמים וקי"ל דאדם אוסר נכסיו על חבירו אפי' לכשיצאו מרשותו כדתנן בפ' הגוזל עצים קונם אם אי אתה נהנה משלי בחייו ובמותו אם מת לא ירשנו הילכך לא מהני מידי מה שמחל להם מקבל המתנה אפי' מחל מדעת הזוכים לפי שאות' הנכסים אסר על היורשים לעולם אע"ג דבפ' השותפין תנן קונם לביתך שאיני נכנס מת או שמכרו לאחרים מותר בית זה שאיני נכנס מת או שמכרו לאחרים אסור הכא אעפ"י שאמר נכסי הו"ל כמפרש נכסי אלו שהרי לאח' מיתה מיירי שכל השטר והמתנה מצוה מחמת מיתה הוא ולאחר מותו הוא אוסרם על היורשי' אעפ"י שכבר יצאו מרשותו וכההיא דהגוזל דתנן בחייו ובמותו וכו' הילכך לעולם אותם נכסי' אסורי' על יורשיו ושאר בני אדם זולתי בני החברה ואין להם התר אלא א"כ היו נותנים כל הנכסים ומקבלי המתנה היו מפייסים להם במעות אחרים דפנים חדשות באו לכאן וההיא דיונתן בן עוזיאל בפ' יש נוחלין דא"ל לשמאי כשם שאי אתה יכול להוציא מה שהקדשתי וכו' ולדברי התוספות מיירי באד' שהדיר את בניו מנכסיו התם אחר שהדירם נתנם ליונתן בן עוזיאל כההוא עובדא דבית חורון אבל הכא לקיים דברי צוואתו אסרן על היורשים כדי שלא יעכבום כלל ועוד שהדבר ידוע שלא מחל אלא מפני אונסו שהיו מעכבים מעותיו והיה נמשך הדבר לזמן מרובה כמ"ש מכתיב' חכמי הישיב' ואעפ"י שלא מסר מודעא הרי כתבו התוס' דבמתנה היכא דידעינן באונסיה לא צריך לממסר מודעא וכן כתב הרא"ש ז"ל בהלכותיו וכ"כ הטור בסי' ר"ה וכן הסכימו הפוסקים ז"ל כמ"ש שם בב"י ומה שהבי' מהרי"ק ז"ל בשרש קפ"ו תשובת הרא"ש שכתב גבי מחילת כתובה חדא דלא הוי אונס ועוד שאין האונס ידוע שלא מסרי' מודע' מעיקרא דמשמע מטעם ב' שאפי' אם חשוב אונס לא חשוב ידוע תמה על עצמך שיהיו דברי הרא"ש סותרים זו לזו שהרי בהלכות הסכימו לדברי התוספות אלא דבריו בתשובה הכי מתפרשים ועוד שאין האונס ידוע בעדים ולאו כל כמינה לומר אנוסה הייתי דלא מסרה מודעא מעיקרא שאם היתה מוסרת אע"ג דלא ידיע האונס מהני אבל השתא אין ידוע לנו והיא לא מסרה מעיקרא אימור דמהדר קהדר בה השתא ומהר"י קולון עצמו כתב בשרש קי"ח מכל הפוסקים כתבו דלא בעי מסירת מודעא וחדש לנו שגם רבינו אפרים ז"ל סבר כן ובסוף התשובה הביא תשובת הרשב"א דמוכח מינה דבתליוהו ויהיב לא בעי מודעא ואין לומר דזו פשרה היא ודינה כמכר שהם לא היו להם טענות על נכסים אלו לעמוד בדינא ודיינא אלא שהיו מעכבי' באלמו' מלפרוע

הילכך כל מה שנשאר אצלם דין מתנה יש לו והנה השואל נחפז לכן איני מאריך בקצת דברים גם בעיקר המתנה יש לי משא ומתן בהרחב' אלא שאין פנאי להשלים הדברי' ולהעתיקן ועל מה ששאל השואל פירשתי בקצר' והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נ

אשכנז אל עיר לובלין מה שהשיב בהרחבה על השאלה של מעלה.

תשובה לכאורה נראה שצוואה זו בטלה מצד שכתוב בה קנין וקי"ל כשמואל בפ' מי שמת דחיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה אם לא שכתב ליפו' כחו ואין ללמוד מדברי הרא"ש ובעל הטורי' ז"ל דהיכא דמסר השטר לידו מחייב כמו בנ"ד לא בעי יפוי כח כשאר שטר מתנ' שדי נתונ' לך ממ"ש הרא"ש בפ' מי שמת ואוקמנ' במיפ' כחו ואי לא לא קני דכיון דקנו מיניה חיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין והיינו דוקא היכא דלא מטי שטרא לידיה מחיי' אבל אם מסר השטר לידו מחיים לא בעי יפוי כח אם נכתב השטר בלשון צוואה וכו' ולא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשט' אלא כשלא בא השטר לידו מחיים וכו' והאריך בלשונו יעויין שם והטור ז"ל הביא כדברים אלו בסימן ר"ן ותמה עליו הרב מהר"י קארו ז"ל חדא דכיון דיש קנין אעפ"י שהשטר כתוב בלשון צוואה היאך מוצי' מידי החשש הקנין שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין. ועוד כשכתוב בלשון מתנה למה לי משום מסירת שטר תיפוק ליה משום קנין והנני מוסיף להפליא הפלא ופלא דלפי דבריו מאי קשיא ליה לרבא דשמואל אשמואל מהא דאמר שמואל שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים אף על פי שקנו מידו אם עמד חוזר ואמאי הוצרך להעמידה במיפ' כחו נוקי לה בשמס' מחיים וניחא אפי' הא דקאמר בידוע שלא היה קנין אלא מחמת מיתה דאילו במיפה כחו מאי בידוע הא בהדיא כתב ליה מוסף על מתנתא דא ונראה בעיני שאין דברי הרב ז"ל אמורים אלא באידך מימר' דשמוא' ש"מ שאמר כתבו ותנו מנה לפ' ומת כותבים ונותנים דאוקימנא לה במיפה כחו אבל אם לא יפה כחו אין כותבין ועלה קאמר דוקא היכא דלא מטא שטרא לידיה מחיים דהא ומת קאמר הא אם נמסר לו מחיים מהני ואהא קשיא ליה מ"ט כי קנו מיניה מחיים אמרינן אין קנין לאחר מיתה ה"נ כי כתבו שטר מחיים נימא אין שטר לאחר מיתה להכי מוקי לה בשטר שאינו עומד אלא לראיה וע"ז אמר ומ"מ יש לחוש אחר שאמר כתבו ותנו לא רצה שתתקיים הצואה עד שיבא לידו וזה הלשון מורה באצבע דאמימרא דכתבו ותנו מנה לפ' קאי שאין שם קנין כלל. ולבי אומר לי שיש השמט' בהלכות הרא"ש שהרי השמיט מימר' דרב ושמואל במתנת ש"מ שכתוב בה קנין

ובהלכות הרי"ף איתא ואין לומר שסמך על מ"ש ואוקימנא במיפה כחו ואי לא לא קני וכו' דאמאי קאי האי שקלא וטריא אם לא הביא עיקר המימרא ופרכא דשמואל אשמואל אהא דכתבו ותנו ומסקנא דמיפה כחו ואין כל דברי הרא"ש ז"ל אלא אאידך מימרא דשמואל וכך הביאה רבינו ירוחם ז"ל אבל במתנת ש"מ בקנין בלא שטר אעפ"י שמסר מחיים לא קני ואעפ"י שמדברי ריב"ם שהביאו שם התוס' משמע לי דס"ל דשמואל לא חייש שמא לא גמר וכו' אלא כשכתוב הקני' בשטר מ"מ לא מצאתי לו חבר בזה שכל הפוסקים ניכרים דבריהם דבקנין בלא שטר איכא גריעו'. וכ"כ הטור לא שנא אם נתן לו שטר ופי' הקנין לא שנא אם נתן לו ע"פ אלא שמה שכתב ומיהו הא אמרינן אפי' הגיע השטר משמע דקאי אשטר שכתוב בה קנין דלעיל והא לא מתיישב כלל. וגם הוא השמיט עיקר מימרא דכתבו ותנו מנה לפ' דאם הר"ם לא שנה הטור מ"ל. ובין כך ובין כך בנ"ד אין לחוש בזה מאחר שמפורש בהדיא שהוא נותן מהיום שכן כתוב בשטר מעתה ומעכשיו סלקתי את ידי מכל נכסי ונתתי' בידו מוכיח שבמתנת בריא גמורה נתנ' ומ"ש בתחילת השטר הלשון כד שכיב ורמי בערסיה וגם שכתב אוי לי שלא קיימתי פריה ורביה ואין מי שיאמר לי קדיש אחרי מותי וכו' לזה נאמר דבהא גלי דעתיה שאינו נותן אלא לאחר מיתה. והו"ל כמהיום ולאחר מיתה דבעי קנין וכן מוכיח מדברי הרשב"א ז"ל הובאו בית יוסף סי' ר"ן וז"ל מתוך לשון הצוואה אני דן שהוא כמתנה מהיום ולאחר מיתה שהרי קנו ממנו בק"ג מעכשיו ואעפ"כ שכתוב דתחילתו שצוה מחמת מיתה ושנתן מתנותיו לאחר מיתה אין השם ההו' מוציא מידי מעכשיו הכתוב בסופו ואנו מצרפין שניהם והם מתנה מהיום ולאחר מיתה ואינו דומה למתנ' ש"מ שכתוב בה קנין דהתם ספקא דשמואל משום שלא כתב בו מהיום וכו'. והרמב"ן ז"ל בחידושיו בפ' מי שמת כתב וז"ל ונקטי' מתנת ש"מ שכתו' בה מהיום צריכה קנין כמתנת בריא ולא קני אלא בקנין ואפי' כתוב בה מהיום ולאחר מיתה דליכא למימר סימנים לחיים קאמר ואין זה צריך לפנים עכ"ל. משמע מדבריו דסתמא במתנ' בריא דייני' גוף ופירות מעכשיו שלא כדברי הריטב"א ז"ל שעשאו כמהיו' ולאח' מיתה דלא זכר בפירו' מחיים. ונראה דשאני התם בנדון של הריטב"א שפירש בהדיא שנותן לאחר מיתה ואפשר לומר שנתן מהיום גוף ופירות ובנמקי יוסף ז"ל ראיתי שכתב בלשון הזה ומיהו הא דאמרינן דדבר ש"מ ככתובין ולא בעי קנין היינו היכא דלא כתיב בשטר מהיום אבל אם כתוב בו מהיום ולאחר מיתה בעי קנין דכל שמחיים מקנה לא קנה בדבור וכו' וא"כ קנה המקבל מתנה אם מת הנותן ואם עמד הנותן יכול לחזור בו עכ"ל ודבריו תמוהים אצלי דכיון דלא קנה בדבור אלא מדין מתנת בריא בקנין מ"ט אם עמד חוזר ונראה שדעתו ז"ל דכיון

דנתן כל נכסיו איכא אימדן דעתא דחזקה לא שביק איניש נפשיה וכו' והשתא בפירוש מתרצים מהיו' מילתיה דמהיו' אם ימות קאמר לדעת מיתה נתן ומיהו נראה דכל מצוה מחמת מיתה כמו בנ"ד אפי' אם אין כתוב בשטר מעכשיו דבריו קיימים ויש לו דין מתנת בריא אם מת ואם עמד חוזר כדאמרינן בגמרא גבי אחתיה דרב דימי דשיירה וקנו מינה ולפי שהזכירה בדבריה ווי לה להההיא איתתא דקמיתה פרשב"ם שתמו' ולא תראה את אחיה שלא היה רוצה לבא ואמרינן מצוה מחמת מיתה הוא שאם עמד חוזר משמע הא לא עמד קני במתנת בריא ולא אמרי' התם שמא לא גמר להקנותו אלא בשט' להא ודאי אחתיה דרב דימי לא כתבה כח דהא להקנות במתנת בריא נתכוונ' ואם לא עמדה מתנתה קיימת וטעמא דהאי מצוה מחמת מיתה מתנת בריא רצה ליתן וכבר הקנה לו מעכשיו אלא דאמדינן לדעתיה שכל מה שעש' לא היה אלא כסבור שלא יחיה מחולי זה דבכמה דוכתין אזלי' בתר אומדנ' לבטל המתנה כגון גבי מברחת וגבי הלך בנו למ"ה.

ולפי זה יש לדון דכיון דבמתנת בריא הוא לא יקנה בדברים שאינן בעין כגון בחובות שהיו לו אצל בני אדם באותה שעה שא"א להקנותם בקנין דאמרי' בפ' מי שמת דהלואתו לפלוני ליתא בבריא אם לא במ"ש ומלו' בשטר בכתיב' ומסיר' אבל בענין אחר לא מקניא.

ולא תימא הואיל ודבר זה הוא צדקה לעניים ולומדי תורה לא בעי בהו מילי דהקנאה דאמירתו בהם כמסירתו אעפ"י שלא אמרו כן אלא בהקדש בדק הבית כדכתב הרשב"א תשובה תקס"ג אעפ"כ אמירה מהני בהו מבפיך זה צדקה מ"מ הקנאה לא הויא כדמוכח בההוא עובדא דתקע ליה לחבריה דבפ' ד' וה' דאי לאו משום דאמר רב יוסף אנן ידי עניים אנן לא הוו קנו עניי' באמירה לחודה וכן נראה מדברי הרב אלפסי ז"ל שם שהוא נחלק על הגאונים שרצו ללמוד מההוא עובדא דמאן דיהיב מידי לעניים במסירה מצי למהדר ביה וכתב וז"ל ואנן אמרי' ליכא למשמ' מינה הכי דבהדיא אמרינן בפיך זו צדקה אלמא דדבורא מחייב והא דאיצטרי' רב יוסף למימר מטעם מעמד שלשתן היינו משום דההוא פלגא דזוזא לא ברשותיה הוה קאי דהא לא אתא בידיה והוכיח שם דכל ממון שאינו ברשותו אעפ"י שיכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדיש וכן פירש רבינו יצחק ז"ל אלא שיש להתיישב בדברי הרמב"ם ז"ל בפרק כ"ב מהלכות מכירה שמראים דבריו שם שאפי' לא אמר בלשון נדר זכו בו עניים וחייבים יורשים ליתן שכתב יש גאונים שחולקים ואומרים וכו' ואין דעתי נוטה לדבריהם שאין אדם מצוה להקנות והוא מצווה לקיים דבריו בצדק' ולפ"ז כתב למעלה שאם צוה אדם שהוא ש"מ ואמר כל מה שיוצא אילן זה יהיה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בו עניים ויש תימה על דבריו דנהי

דמחוייב לקיים דבריו מטעם נדר מ"מ כשמת אין היורשים מחוייבים לקיים נדרו דהא אפי' בפרעון חובו דאמרי' בפ' שום היתומים שפריעת ב"ח מצוה כשמת אין כופין את היורשים לפרוע חוב אביהן מטלטלי' שהני' כדמוכח בפ' מי שהיו נשוי בעובדא דההוא קטינא דארעא. ותו רבית דמחייב למהדר מוחי אחיך עמך אם מת הוא אין היורשים חייבים להחזיר דתניא בפרק איזהו נשך הניח להם אביהם מעות של רבית אעפ"י שהם יודעים שהם של רבית אינם חייבים להחזיר וכן בגזל הגר דמחייב לקיים מצוות השבה לכהנים תנן בהגוזל קמא היה מעלה את הכסף ואת האשם לירושלים ומת הכסף ינתן ליורשים ה"נ כל שהענייים לא זכו בגוף הדבר אע"פ שהוא מחויב לקיים דבריו משמת נעשה חפשי ממצותו ואין על היורשי' שום חיוב ועוד דכיון דמצוה מחמת מיתה הוא אין זה נדר שלא אמר אתן אלא תנו קאמר או יהא לעניים ואין כאן נדר שלא אמר אתננו כדכתיב ביעקב וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך. וכב' העירותי על דברי הרב ז"ל במ"א ופירשתי דבריו בתרי לישני חדא דמטעם מתנת ש"מ קניא אעפ"י דלהדיוט לא קני משום דליתיה בבריא אבל בענייי' קני דאיתיה בבריא מתורת נדר ומחויב לקיים דבריו וכי היכי דאמרי' גבי הלואתו לפ' דהואיל ואיתיה בבריא במ"ש איתיה בש"מ אף זה איתיה בבריא דמחויב לקיים דבריו. א"נ הא דזכו בהם עניים משום מצוה לקיים דברי המת הוא כדאמ' בס"פ מציא' האשה דכופין את היורשים לקיים דבריו. ואע"ג דלא אמרי' הכי אלא במשליש הדבר מחיים כדכתב שם רבינו תם וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל הכא עדיפא שמחיים מוקצה ועומד הוא שאף אם עמד לא מצי למהדר ביה ומחויב לקיים נדרו הילכך כשצוה לתת מצוה על היורשים לקיים דבריו. והשתא בנ"ד ללשון ראשון דנ"ד כיון דכמתנת בריא דייני' ליה אין דרך לבריא להקנו' דבר שאינו בעולם אך ללשון שני אם טעמו ז"ל משום מצוה לקיים דברי המת הא נמי איתיה בבריא כדמוכח בספ"ק דגיטין גבי הולך מנה לפ' ומת יחזרו ליורשי מי שנשתלחו לו משום מצוה לקיים דברי המת. אלא שבין כך ובין כך דברי הרב ז"ל אינם מוסכמים ורבים חולקים עליו ומדברי הרי"ף והר"י ז"ל מוכח דלא ס"ל הכי וכבר חלק עליו שם הראב"ד וכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקי ממונא.

ואיכא למידק אהא דכתב הריטב"א ז"ל דכיון דכתוב בה מהיום מתנת בריא מהיו' ולאחר מיתה קאמר ולא דמי להא דאמ' שמואל לא ידענא מאי אידון בה דהכא כתוב בה מהיום א"כ נימא דכיון דכתוב בה לשון ש"מ כד שכיב ורמי בערסיה ולשון בריא קנין מהיום ארכבא אתרי רכשי כדרב והרי היא כמתנת בריא שאם עמד אינו חוזר וכמתנת ש"מ שאם אמר הלואתו לפ' קנה דע"כ לא פליג עליה שמואל אלא דלא כתיב בה מהיום דשמא

לא גמר להקנותו לאחר מיתה בשטר שסבור הוא דשטר קונה לאחר מיתה אבל השתא דכתוב בה מהיום מודה ליה לרב דהא ודאי מחיים בעא לאקנויא ליה וליפות כחו גם מדין מתנת בריא. ונראה דכיון דהתם כתב לאחר מיתה הרי זה סותר לשון מהיום בהדיא דמשמ' דאינו רוצה להקנו' אלא לאחר מיתה מדלא שבקיה לסתמיה דודאי מתנת ש"מ היה כיון שכתוב כד קציר ורמי בערסיה וכל דפריש לאחר מיתה אין לנו לדונו כמתנת בריא אלא צ"ל שהפירות לאחר מיתה והגוף מהיום כסתם מתנה דמהיום ולאחר מיתה דלא מספיקי' בחזרה אלא אמרינן גופא מהיום ופירא לאחר מיתה אבל היכא דלא כתיב בה לאחר מיתה כלל אלא כד שכיב ורמי בערסיה וכתוב בה קנו ממני מהיום מתנת בריא גמורה היא וגוף ופירות אקני ליה מחיים כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח דה' זכיה אל תטעה בש"מ שכתב כל נכסיו ופירש שנתן הכל מעכשיו והקנ' מחיים שאין זה כמתנת ש"מ אלא כשאר מתנות הבריאים וכו' אלא מכיון שכתוב בה נמי לשון ש"מ ומצוה מחמת מיתה כגון ווי ליה להוא גברא דמית וכו' אית לן למימר דבמתנת ש"מ נמי יהיב ליה וארכבא אתרי רכשי כדרב. ומ"מ סברא זו צריכה תלמוד דשמא שמואל לא סבר לה להא דרב כלל דכל היכא דאיכא תרי לשני לא דרשי' להו ליפוי כח אם לא פירש אלא אמרינן יד המקבל מתנה על התחתונה והיכא דכתיב ביה מהיום דייני' ליה כמהיום ולאחר מיתה דלא קני אלא מדין מתנת בריא ואין נותנין לו כח היפה שבמתנת ש"מ. ומיהו נ"ל דבנ"ד אין אנו צריכין לזה לפי שכתוב כלשון הזה והכל יהיה נדרש ליפוי כח בעל השטר שזה הלשון מורה שכל מה שכתוב בשטר מיפה כחו הוא וגדולה מזו כתבו התוס' בפ' אעפ"י דתקנו הגאונים לכתוב במתנת ש"מ ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בכל לשון של זכות ולא כתבו שום יפוי כח ותרצו דכל לשון של זכות חשיב יפוי כח אלמא מטבע של ראשונים הוא לכתוב קנין בצוואת ש"מ וסמכו על זה הלשון שכותבים בכל לשון של זכות ולא חשו דילמא בכל לשון של זכות דקנין קאמר שסבור דיש קנין לאחר מיתה אלא כיון שניכר שרוצה לזכותו בכל לשון של זכות אמרינן ליפות כחו כתבה כל שכן כאן שכותב בהדיא והכל יהא נדרש ליפוי כח בעל השטר ואע"ג דמהני במיפה כחו הייינו לדונו כדין מתנת ש"מ כגון דכתב ליה וקנינה מניה נוסף על מתנתא דא דאי לא מהני מדין קנין דאין קנין לאחר מיתה מהני מדין מתנת ש"מ. אבל הכא דכתב בה מעכשיו במתנת בריא יהיב ליה וכמהיום ולאחר מיתה דיינינן ליה כדכתב הריטב"א ז"ל מ"מ הך לישנא עדיפא מלישנא דמוסיף על מתנתא דא דכיון דכתיב שהכל יהא נדרש ליפוי כח המקבל יש לנו ליתן לו כח היפה שבמתנת ש"מ וכח היפה שבמתנת בריא ובהא ודאי אמרי' דארכבא אתרי רכשי.

ולענין הפשרה שעשה עם היורשים נר' דלא מקיימה מלתייהו חדא שאין לזה רשות לתת לאחרים כיון שהנותן זכהו ע"מ לתת לאות' ת"ח ועניים שילמדו בחברתו ואין לו לזה אלא טובת הנאה שיתן למי שיכשר בעיניו והאשכנזים בני קהלו הם יותר ראויים משאר ת"ח כדאמ' תנו מנה לב"ה ינתן לב"ה שרגיל בו לעניים ינתנו לעניי עירו ואפי' למ"ד טובת הנאה ממון היינו דאית ליה זכותא בגויה אבל לא שיהא רשאי להפקיע זכות האחרים דהאי קני ע"מ להקנות הוי ולא מצי ליתנה לאחר ואע"ג דבס"פ השותפים דנדרים גבי ההוא גברא דהו"ל ברא שמי' כפי דכיתנא מסקי' דלא קני ואע"ג דקנה ע"מ להקנות דאימת קני לכי הוי בר בריה צורבא מדרבנן לכי הוי הדר סודרא למרי' הכא מעכשיו הקנה לו לזה ע"מ שיקנה לאחרים לאחר זמן ובכה"ג מהני כדכתבו המפרשי' ז"ל שם וכיון שכן לא מצי לוותר נכסי ת"ח ועניים ועוד הרי נאסרו הנכסים עליהם בחרם של שמים ואע"ג דמית אכתי באיסורייהו דתנן בהגוז' עצים האומר לבנו קונם אי אתה נהנה משלי אם מת יירשנו בחייו ובמותו אם מת לא יירשנו וכיון דמצוה מחמת מיתה הוא כמ"ד בחייו ובמותו הוא ומעתה האיך הותרו להם מפני מחילתו של זה נהי דאם היה בא ליד מקבלי המתנה לגמרי אז היו יכולים ליתנם ליורשים במתנה דאז לא מיקרו נכסי המוריש וכדמוכח בעובדא דיונתן בן עוזיאל דמייתי בפ' יש נוחלין דקאמר כשם שאי אתה יכול להוציא מה שהקדשתי ומה שמכרתי כך אי אתה יכול להוציא מה שנתתי אע"ג דהתם במדיר את בניו מנכסיו מיירי כשיטת התוספות שם דכבר נעשו כשלו ומצו בניה להתהנויי מינייהו אבל כל זמן שלא באו הנכסים לרשות מקבל המתנה עדיין באיסורן עומדין שזה האיש אסר נכסיו על היורשים אף לאחר מותו שכונתו היתה שלא יעכבוהו יורשים בידם ואיסור זה לא פקע אא"כ באו ליד המקבל דהשתא מיקרו נכסי דמקבל ועוד כפי דברי השואל הפשרה באונס היא שלא היה יכול להוציא מהם אא"כ מחל להם על המותר ואעפ"י שלא מסר מודעא הרי כתבו התוס' ושאר המפרשים דבמתנה היכא דידעי' באונסיה לא צרי' לממס' מודעא ובמקום אחר כתבתי על דברי הרב מהר"י קולון בשרש קפ"ו על תשובת הרא"ש ואין לי כאן פנאי להאריך ושלום יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן נא

באלמנה שנתנה במתנה מטלטלים לאביה קודם שנשבעה עיין בשאלות השייכות לטור אבן העזר סי' מ"ד נדפסה שאלה זו שם על ענין אם תועיל מתנת אשה זו להפקיע יורשי הבעל:

סימן נב

נשאלתי בדבר מתנת כל הנכסים והיו בהם דברי' שאינם נקנים בקנין סודר.

תשובה רוא' אני כי שייכא הך מילתא בפלוגתא דרבוותא בשכבר בימים הראשונים שומה היתה בלבי להרחיב בזה יען כי מעשי' בכל יום נעשו' כמה מתנות בענין זה מבלי משים לב אם יש נכסים בכללן שאינם נקנים בק"ס וכדי לעמוד על בוריין של דברים כשר בעיני להביא עיקר מחלקתו של ראשונים ומה שיש לדקדק בשיטת כל א' ואחד ולאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא ועיקרא דמילתא בהאיש מקדש אמתני' דמעשה בה' נשים וליק' א' כלכלה של תאנים וכו' דאמרי' אי דאמר כלכ' קני את וחמור הוא שהקשו בזה דהא קי"ל כרב נחמן דאמ' בפ' מי שמת דקנה מחצה והתו' כתבו שם דהכא אליב' דרב ששת פריך ומה דע' הרי"ף ז"ל שכתב משנתינו קצורת' ולא העמיד' באומר הראויה לי מכם לביא' וכתבו התו' והרמב"ן דבכמ' דוכתי אשכחן דפריך דלאו כהלכתא כדאמרי' בריש האשה שנתארמלה וכיון דרוב נשים בתולות נישאות כי ליכא הינומא מאי הוי ואע"ג דקי"ל כשמואל דאין הולכים בממון אחר הרוב פרכינן אליב' דרב ומיהו בה"ג והרמב"ם ז"ל הביאו הך אוקמתא דאביי דאומר הראויה לי מכם לביאה בהלכתא משמע דס"ל דהלכתא היא ונ"ל דטע' ז"ל דנהי דאשכחן בעלמא דפריך סתמא דגמרא אליבא דמאן דלאו הוי בהלכת' משו' דבעי לתרוצי מתני' אליביה דלא תיקשי ליה אבל הכא לרב המנונא לא קשיא ממתני' דשפיר מתוקמ' כרבא דהכ' ולאביי פרכינן ולטעמך אימא סיפא היל"ל לימא אביי כרב נחמן ס"ל ומצי לתרוצי ליה בתר הכי אפי' תימ' כרב ששת ס"ל ועוד דהתם כד הוה מותיב רב אויא הך פירכ' גופא ממתני' דאש' ואחות' כאחת קאמר רב אשי היינו דחזה רב הונא בר אבו' בחלמיה דמותי' רב אויא תיובת' ולאו מי אוקימנא דאמר הראויה לי מכם וכו' ואם איתא דהך אוקמתא לא הוי אלא לרב ששת דהתם מאי קמתמה ולאו מי אוקימנא דמשמע דבלא רב ששת צריך לאוקומה בהכי דאל"כ הו"ל לגמרא למקבעא הכא בשם רב אויא דאיהו מריה דתיובתא ואי מקמי דרב אויא אותבוהי הול"ל התם האי אותבי' לה ומתרצה לה אלא משמע דהך דהכא אליבא דכ"ע היא ולכך הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהלכות אישות העמיד משנתינו דוקא באומר הראויה לי מכם לביאה תתקדש לי וקשיא דידיה אדידיה שהוא עצמו בפ' כ"ב מהל' מכירה דקני את וחמור קנה מחצה ותירץ הר"ן ז"ל דבשלמא במקנה איכא למימר דעתו שיקנה מי שיוכל לקנות שאין טעם לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות לא יקנה מי שיש לו יד אבל מקדש זה קנה אותם נשים בכלכלה של תאנים ולא הקנה להן אלא כדי שיזכה בכלן שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת משום יפה ומוכרים יעשו פשרה ביניהם וכשם שהלוקח ממוכר א' יכול לומר כל מקחי אני רוצה שאין דעתו שיקנה זה בלא זה כדאמרינן בכור אני מוכר לך חוזר בו אפילו בסאה אחרונ' כך ראוי שיהיה הדין בלוקח

מב' מוכרים ולכאורה אין חילוקו ברור דמה בין מקנה לקונה שאם הקונה מקפיד ואינו רוצה לקנות זה בלא זה כדמוכח בההיא דכור ב' לסלע אני מוכר לך גם המקנה יש לו להקפיד שאינו רוצה להקנות ולמכור אלא רע ויפה ביחד ואי משום דהקונה רוצה כל מקחו ולא חציו דלא בעי למטרח למהדר בתר אחריתי ואפי' בדבר השוה כדמוכח בההיא דכור בל' וההיא דבטלה מחלוקת אע"ג דדבר שוה הוא בטל מקצתו בטל כלו כך ראוי לומר לגבי קונה כגון ההיא דאת וחמור ואתיבנן שאעפ"י שהחלקים שוים יכול המוכר להקפיד ולומר לא הייתי רוצה להקנות אלא הכל ביחד כדמוכח בפ' אלמנה נזונית באומר לשלוחו זיל זבין לי כורא וזבן ליה ליתכא לסיגיין דמעביר על דבריו הוא בקרקעות מטעמא דלא ניחא לי דליפשו שטרי עלואי ובמטלטלין נמי יכול הוא שיאמר לכל הדמים הייתי צריך ואם נאמר דהתם הקונים שנים ומסתמ' שלא תלה קנינ' זה בלא זה שאעפ"י שאין לו יד לזה אף כאן גבי קידושין המוכרים ב' שהם הנשים המקנות עצמו לבעל ואם דעתו ז"ל דהתם מקנה הוא בלא דמים לפיכך אין טעם לומר שתלה הקנאה של זה בזה דמאי איכפת ליה בהאי אבל מקדש זה לוקח מקח לעצמו הוא ודרך לוקח להקפיד בכל מקחו א"כ למה הוזקק ז"ל לחלק בין מקנה לקונה ולפלוג במקנה גופיה בין נותן מתנה למכר ועוד דלענין מקח נמי כתבה הרמב"ם ז"ל בה' מכירה דקונה מחצה והר"ן ז"ל ליישב דברי הרמב' ז"ל בא ונראה דהא דמפליג בין מקנה לקונה היינו בין מקנה לב' קונים לקונה משני מוכרים שהקונה מב' מוכרים חשיב כקונה מא' מהטעם שכתב לפי שהלוקח לוקח כא' רע ויפה והמוכרים עושים פשרה ביניהם לפיכך נעשים כמוכר א' והלוקח אומר כל מקחי אני צריך אבל במוכר לשנים בידוע שהקונים כל א' נוטל את שלו ואין בטול קנין חבירו מעכב עליו לפיכך קנה מחצה וכ"ת בההיא דנותן לנולד ולעובר שבמעי אמו שאינו קונה כלום דבמתנה מיירי כדכתב הר"ן ז"ל ובמתנה לא שייך קפידא שפיר מקני התם משום דתלה קנייתו בקניית העובר דאמר זיל קני כחד מינייהו דמפרש טעמא אלו אמר קני את כחמור מי קנה אבל אי אמר קני את וחמור לכ"ע קנה מחצה.

והריטב"א ז"ל חילק בע"א דשאני התם שמחלק בלשונו מקבלי המתנ' שאמ' לך ולבנך ולא ערבינהו בזכייתם ואע"ג דהאי לא קני קני אידך אבל כשמערבן כלן בלשונו ואומר נכסי לכלכם הרי ערבן ואין דעתו שיקנה זה בלא זה תדע שאילו אמר להרבה בני אדם נולדים נכסי לכלכם וקנו חולקים בשוה ואלו אמר לא' מהם נכסי לך ולאלו הוא קנה מחצה ואידך כלהו פלגא דנפקא לן מוהיתה לאהרן ולבניו אלמא כשאומר בלשון זה אינו עושה אותם שותפים ואין מתנתו של זה מעורבת בשל זה ולהכי אמרי' בשמעתי'

דאי אמר להו כלכם הרי ערבם ואת וחמור הוא ולא קנה לד"ה ואוקימנא באומ' א' מכם דפלגינהו דכה"ג את וחמור קנה מחצה ואביי אוקמה לטעמיה באומר הראויה לביאה מכם תתקדש לי עכ"ל ודבריו מפוקפקים דמתחלת דבריו משמע דוקא משום דאמר כלכם הוא דהוי עירובא שעירבן כאחת הא אלו אמר הרי אתם מקודשו' לי לא הוי קפיד' דומיא דהא דתנן בפ' התקבל אמר לעשרה כתבו גט א' כותב ושנים חותמים כלכם כתובו א' כותב וכלם חותמים לפיכך אם מת א' הרי הגט בטל דלא הוי קפידא אלא כשאומר כלכם וכשאומר הרי אתם מקודשות לי ה"ל כאומר לעשרה דהוי כאומר כל בי תרי מינייכו ומיהו לא דמי דהתם כך מתקיימת העדות בשנים כמו עשרה הילכך מסתמא לא קפיד א' לא פירש ואמר כלכם אבל הכא האומר הרי אתם כאומר כלכם הוא ועוד דקני את וחמור ככלכם דמיא כדאמרינן התם מנה אותם הרי הוא ככלכם ועוד א"כ אמאי איצטריך לאוקומי באומר הראויה לי לוקמה בסתם ובדלא אמר כלכם ומיהו זה אפשר לדחות דלתרוצי מתני' קא אתי דבמעשה בה' נשים קתני ואמר הרי כלכם מקודשות לי דה"ק כלכם הראויות לביאה אבל מסוף לשונו שהביא אח"כ שאלו אמר נכסי לך ולאלו הוא קנה מחצה ואידך כלהו פלגא משמע שחולק בין הא' לבין הרבי' אבל הרבי' שהוציא' בלשון אלו נכללו כלן כאחת הילכך אפי' אמר הרי אתם מקודשו' לי אין אח' מהם מקודשת ובהכי נתיישבו דברי הרמב"ם ז"ל דפ' ט' מהלכ' אישות שכתב ואם אמ' הראויה לי מכם מקודשת וכו' ולא אשמועינן רבותא בהרי אתם אע"ג דלא אמר הראויה לי מכם ומיהו גבי אחיות איכא למימר דנקט הכי לרבותא דאע"ג דאמר הראויה לי מכם לביאה אין א' משתי אחיות מקודשות אע"ג דא' היתה ראוי' אבל הוא ז"ל הביא הדין בהיתה ביניהם שפחה א' או נכרית אין כלם מקודשות ואם אמר הראויה לי מכם לביאה תתקדש לי כלן מקודשות חוץ מאותה שפחה משמע דוקא באומר הראוי' לביא' שהוציא שפחה או נכרית מכללן הא אם אמר הרי אתם מקודשות לי אין אחד מהם מקודשת ולא הוציאה מן הכלל דהרי אתם כלכם משמע והרב המ"מ ז"ל לא חילק אלא כשהוא אומר במלה אחת ולא לחלק בדבורו בעי' וכ"כ הרא"ש ז"ל ויש מחלקים דהתם מפיק להו בתרי ואמר את וחמור אבל הכא דבחדא לישנא מפיק להו דאמר כלכם מודה רב נחמן דלא קנה וכ"כ המ"מ בפ"ט מה' אישות בלשון שני.

ואיכא למידק מה בין מפיק להו בחדא מלה או בתרי מילי אם איתא דהקנאה שבטלה מקצתה בטלה כלה אפילו מפיק להו בתרי מילי כיון דתרווייהו בהקנאה א' כחדא דייינינן להו דתנן בפרק האיש מקדש התקדשי לי בזו התקדשי לי בזו אם יש באחד מהם שוה פרוטה מקודשת ואמרו בגמרא מאן תנא התקדשי התקדשי כלומר דוקא בכי האי

גוונא הוי פרטא אבל בזו ובזו לאו פרטא הוא ר"ש דתנן בפ' שבועות הפקדון היו ה' תובעים אותו תן לנו פקדון שיש לנו בידך שבועה שאין לך בידי ולא לך ולא לך וכו' חייב על כל אחד ואחד ר"ש אומר עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד וכתב הר"ן דקי"ל הלכה כר"ש וכן פסקו ר"ח והרמב"ם ז"ל וכן פסק הרא"ש בהלכותיו משמו של הרמב"ם ז"ל אלא שהרמב"ם ז"ל לא השוה את מדותיו בזה דבפרק ה' מה' אישות כתב דהתקדשי לי בזו ובזו ובזו לאו פרטא הוא. ובפ' ו' מהלכות שבועות בההוא דלא לך ולא לך פסק כת"ק דהוי פרטא וכבר נתקשו האחרונים ז"ל בדבריו מ"מ הרא"ש והר"ן ז"ל ושאר רבוותא פסקו בכלם כר"ש א"כ אעפ"י שפרט כאן ואמר קני את וחמור כיון דבחד קנין כיילינהו לתרווייהו לאו פרטא וי"ל דשאני הכא דלאו מדינא דהואיל דבקפידא דידיה תליא מלתא דהקפיד בקניינו ולא אמרינן הכי אלא כשכללן כאחד אבל כשפרטן אנו אומרים מדלא אמר לשון המוכיח שהיה קנינו בבת אחת ולא במקצת דעתיה דלא קפיד אבל גבי נדרים וקידושין בדין צרופן והפסקן לאו בדעתיה תליא מילתא ולעולם אינם מופסקים אא"כ הפסיקן כשבועות וכקדושין וכשהפסיקן אפילו שאמר שהיה בדעתו לכוללן לאו כלום הוא וכן כשכללן אפילו אמר שדעתו להפסיקן לאו כלום הוא שאין לי אלא משמעות הלשון שאין פרטן אלא במנין השבועות והקידושין שאמר ובהא דכתיבנא ניחא הא דפריך בפשיטות בגמ' הא נכריות מקודשות קני את וחמור הוא לדבריהם פריך מכח דרב נחמן מודה היכי דאפיק ליה כחדא ומנ"ל הא דילמא רב נחמן לא סבירא ליה שרצה לשחק בו אלא דלא ידע שזה אינו קונה כמו שהכריע הריטב"א ז"ל דאטו כ"ע ידעי שאין דבר שלא בא לעולם קונה הא פלוגתא דתנאי היא ובין אפקינהו בחדא מלה בין אפקינהו בתרי מילי תלינן בדעות וקנה מחצה אלא דכי פריך בפשיטות קני את וחמור הוא מסבר' פריך דמסתמא מוכר רוצה למכור כל מקחו וכן הקונה רוצה שיהיה כל מקחו בידו מההיא דמייתי הר"ן ז"ל ומשום דלא תימא דרב נחמן דאמר קנה מחצה פליג אהא דשאני התם שהורה בלשונו שאינו מקפיד מדפלגינהו.

והראב"ד ז"ל יש לו שטה אחרת כמ"ש הריטב"א ז"ל בשמו שתירץ דכי אמרינן את וחמור קנה מחצה היינו היכא דאמדינן דעת הנותן שטועה וסבור שאין כאן חמור וכלהו קנו וגמר והקנה ואי בטילא הקנאה מחד לא בטילא מאידך אבל היכא שהמקנה יודע שהא' חמור ואינו ראוי לקנות ודאי לא קנה שדעתו שיקנה כחמור ומשטה הוא בו הילכך כי אמר כלכם הא ידע דאין אחיות מקודשות מדרבא דכל שאינו בזה אחר זה אפי' בבת אח' אינו ולא קנה כלל אבל כשאומר א' מכם סבור הוא שהאחיות מקודשות מדאביי הילכך כי אין אחיות מקודשות מדרבה ה"ל נכריות מקודשות דבכי האי גוונא את וחמור קנה

מחצה. והריטב"א כת' עליו ואין זה נכון דהא ודאי למדנו את וחמור לא קנה אפילו אמר איני יודע שאין חמור קונה לא קנה תדע דהא עיקר פלוגתייהו גבי נכסי לך ולבני וכו' וכי כל אדם יודע שאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם הא פלוגתא דרבנן ור"מ ור' וכמה תנאים דסברי דקנה ועוד היאך נאמר שהמקדש הזה בקי בדרבה אטו כ"ע גמירי הא דרבה ותימא הוא מאי פריך ליה להראב"ד וכי כל אדם יודע שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם היא גופה קאמר הראב"ד דהתם במלתא דספק הוא דפליגי כגון התם בדבר שלא בא לעולם דפלוגתא דתנאי הוא אבל הכא יודעין שאין אחיות מקודשות ומשטה הוא בו ונראה דקשיא ליה להריטב"א דלא מתוקמא מלתיה דהראב"ד שיקשה הגמרא בפשיטות קנה את וחמור הוא אם לא שנאמר דהתם בהא פליגי דרב המנונא סבר משטה הוא בו ורב נחמן סבר טועה הוא שסבור שאין כאן חמור ולכך פריך הכא בפשיטות דהכא הכל יודעי' שאין אחיות מקודשות ולדברי הכל לא חלו הקידושין כלל אבל כיון דע"כ לרב המנונא דאמר לא קנה לאו משום דודאי ידע ומשטה הוא דאטו כ"ע דבדבר שלא בא לעולם גמירי ופלוגתא הוא ביש קנין לחצאין או אין קנין הוא א"כ לרב נחמן דאמר יש קנין לחצאין אע"ג דידע דאין אחיות מקודשות האחרות מקודשות והשטאה לא אמרינן ומצינ' לשנויי דבההיא דלבנך דיהוו ליכי מינאי ואמר ליה לבריה קשישא זיל קני כחד מנייהו הא אסיקנא דלא קני דכיון דא"ל כחד מנייהו תלה קנייתו בהם וה"ל קנה כחמור דלכ"ע לא קנה ולא פליגי אלא כשלא תלה קנייתו במי שאינו קונה אלא דאמר קני את וחמור ובהא פליגי מר סבר הכל יודעין שאין חמור קונה ומר סבר מטעה הא במלתא כה"ג דאחיות אף רב נחמן מודה דהכל יודעים שאין אחיו' מתקדשות. זה היינו יכולים לפרש אם היו דברי הראב"ד בחמור ממש כדמשמע קצת מדבריו ומדברי הריטב"א שהבין בדברי הראב"ד דבחמור גמור טועה שסבור שהוא קונה והא מילתא דתוואה טובא שאין מי שיטעה שיש קנין לחמור אפילו עם הדומה לחמור. ועוד קשה היכי קאמר בגמר' הכא בקידושין קני את וחמור הוא וקנה את וחמור לא קנה אדרבא את וחמור קנה דלא ברירא מילתא כולי האי ואדרבא איפכא הל"ל אטו את וחמור הוא דאיכא למיטעי. לכך נראה שדברי הראב"ד כך הם דבפלוגתא דרב נחמן ורב המנונא ורב ששת בקני את וחמור לאו בחמור ממש קאמר אלא אדלעיל קאי אההוא דאמר לבריה קני כחד מינייהו דאסיקנא אילו אמר קני כחמור מי קנה והא נמי כיוצא בו הוא דנולד שעדיין לא בא לעולם כחמור דמי ואמרינן כחמור לא קנה כלום פשיטא היכא דתלה קניינו בחד מינייהו דחמור הוא ולא קנה את וחמור פליגי בה כלומר אם אמר לו אתה והנולדים רב נחמן אמר קנה מחצה ורב המנונא אמר לא קנה כלום וקים ליה לגמ' דבהא

פליגי דרב המנונא סבר הכל יודעים שאין קנין למי שעדיין לא בא לעולם ודרך השטאה אמרה וכיון דהשטאה לענין הנולד כך משטה בו ורב נחמן אמר דאין כאן השטאה כלל שסבור הוא שאין כאן חמור דאדם מקנה למי שלא בא לעולם והלכתא כוותיה ופריך הכא בקידו' דבאחיות מיהת אין שום אדם טועה בכך שתתקדשנה שתיהן והק' אי דאמ' כלכם קני את וחמור הוא כלומר נעשה כאומר בפי' את וחמור דאילו התם רב המנונא הוא דחשיב ליה כחמור ורב נחמן אמר טועה הוא כסבור שאין שם חמור אבל הכא הוא עצמו יודע שיש שם חמור וקני את וחמור קאמר ליה דבהא ודאי אפילו רב נחמן מודה ומאי דקשיא ליה להריטב"א וכי כל אדם יודע שאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם הא ר' ור"מ ס"ל דמקנה יש לומר דטובא איכא בין דבר שלא בא לעולם והקונה איתיה בעולם בין מקנה למי שאינו בעולם תדע דהא לעיל בהך פרקא אמתניתין דאם ילדה אשתו זכר יטול מנה אמרינן משנתינו איני יודע מי שנאה ופרכינן לימא ליה ר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אימור דשמעת ליה לר"מ לדבר שישנו בעולם לדבר שאינו בעולם מי אמר ולא מצי מוקי לה למתני' בשום תנא אי לאו משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וכל זה היא בעובר שכבר ישנו אלא שלא יצא לאויר העולם אבל לעתידין להולד סבירא ליה לרב המנונא דר"מ חשבי ליה כחמור.

ומה שהקשה עוד הריטב"א ז"ל היאך נאמר שהמקדש היה בקי אדרב' נראה דהראב"ד ה"ק ודאי המקדש יודע שאין אחיות מקודשות דלא סלקא דעתיה שיהיו הקידושין חלין בשניהם בבת אחת כמ"ש באיסורין דחיילי בבת אחת אין מי שיטעה שחלו קדושין בשתיהן בהדי הדדי דהא כלכם קאמר והא ודאי קני את וחמור הוא דע"כ איכא חדא מינייהו דלא מתפסי בה קדושין אבל בשאומר א' מכם סבור הוא שיחולו הקדושין באחד מהם מדאביי וטועה הוא בכך. ואיכא למידק דהא דאמר רב ששת עלה מנא אמינא לה דתניא ר' יוסי אומר אין לך מר בקישות אלא פנימי שבו לפיכך כשהוא תורם מוסיף על החיצון שבו ותורם ואמאי קני את וחמור הוא. פרש"י אמאי הוי תרומה אימא כי היכי דמר לא חייל ביה תרומה ה"נ המתוק לא יחול עליו שם תרומה. ולהר"ן שפי' דטעמא משום הקפדה שמקפיד לוקח שרוצה כל מקחו ולא חצי מקחו התם גבי תרומה מאי הקפדה איכא אם יחול שם תרומה על המתוק אע"פ שלא יחול על המר וי"ל דהתם נמי איכא הקפדה במה שטעה שאם מוציא מן המתוק כשיעור היה אוכל עליה לפי חשבון אבל עכשיו פירותיו מקולקלים ואינו רשאי לאכול עד שיוציא עליהם ממקום אחר והיינו דאמרינן אמתניתין דהאומר לשלוחו דמייתי לה בפ' אלמנה ניזונית תורם כדעתו של ב"ה פיחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה הא פחות מכאן או יתר

על כן אין תרומתו תרומה דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי משמע דהוי עוות מה שלא הוציא כשיעור לפי שהוא תרומה וצריך לחזור ולתרום ובפ"ד דתרומות כתב רבינו שמשון ז"ל הא דלא מייתי מהכא בפרק אלמנה ניזונית לענין כי אמר ליה זבין לי ליתכא וזבן ליה כורא מעביר על דבריו הוי דאל"כ נימא דמה שהוציא בתורת תרומה מיהת יהא קדוש ותירץ דשאני הכא דאיכא פסידא דב"ה אם הרבה דהוי חולין מדומעין עם התרומה ואם פיחת נמצא טבלו מדומע עם החולין עד כאן. הילכך טעמא דמקח להר"ן זכרונו לברכה וטעמא דתרומה חד הוא. ומיהו לטעמו של הראב"ד דקאמר רצה להשטות בו קשה דמאי מייתי רב ששת מתרומה התם אין אדם משטה על תרומה ועוד דאיהו גופיה ידע דלא השטה ואם חל שם תרומה על המר למה לא יחול על המתוק ועוד דבשעה שהוא תורם לא ידע שהיה מר והיכי שייך השטא' זהו לפי שיטת רשב"ם דמשמע מדבריו דהכא מיירי כשבא לתרום בתחילה מה יעשה מוסיף על החיצון והקשו בתוס' תימה כיון דבכל הקישות הפנימי מר והחיצון מתוק למה לא יתרום מזה על זה והלא החיצון יפטור את החיצון והפנימי את הפנימי ע"כ. ולא ידעתי מי לחשם בכך שכל הקישות הפנימי מר ואולי אמרו כן ע"פ לשון רשב"ם דילמא איכא מר בפנימי שבזה טפי מאידך משמע דאידך נמי הפנימי מר ואפשר שלא נאמר לשון זה בדווקא אלא ה"ק את"ל שיש בהם מקצת מרים אימור שיש במר של זה טפי משיעור אידך. אבל קשה לי טובא לפי' רשב"ם דאיירי בתחילה כשבא לתרום וקאמר מה יעשה מוסיף על החיצון מאי פריך קני את וחמור הוא הא כיון דמוסיף דעתיה אחיצון שיפטור את הכל ואין דעתו כלל על הפנימי שבו ולפי' התוס' שהוכיחו דקאי אמתניתין דתנן התורם קישות ונמצאת מרה אבטיח ונמצאת סרוח דתנן תרומה ויחזור ויתרום ור' יוסי פליג וסבר דאין צריך לחזור ולתרום אלא מוסיף על החיצון ולא שיש שם תרומה על התוס' אלא מפני גזל כהן הוא דקעבד ופריך שפיר דתרומה מעיקרא ליתא דהיאך יפטור מן הפנימי המר על הפנימי המתוק והרי הוא כמי שלא תרם ויחזור ויתרום בתחילה. אלא שמעי' מינה דהחיצון שבו תרומה על הכל והשתא להראב"ד לא פריך לרב המנונא כי היכי דהכא לא אמר כלום ואף איהו לא קנה התם נמי אפי' החיצון לא יהא עליו שם תרומה דודאי גבי תרומה לא שייך השטאה אלא הכי פריך את וחמור הוא דבין לרב המנונא בין לרב נחמן חלק חמור לא קנה דכיון שזה בשעה שתרם היה בדעתו שיחול עליו שם תרומה בין על החיצון בין על הפנימי כשנמצא הפנימי מר ולא חל עליו שם תרומה הרי חולין שכנגדו בטבלן הן עומדים וה"ל טבל וחולין מעורבין זה בזה וצריך לחזור ולתרום והיכי קאמר ר' יוסי דאין צריך לחזור ולתרום וממלא כריסו מהם ואח"כ מוסיף מפני גזל כהן.

ואחר שנתבררו חילוקי דעות הללו וישובן עפ"י שיטת השמועה לפי דרכנו למדנו שאין להקנאה מקום שתתבטל כלה בהתבטל מקצתה אם לא בא' בא' מב' דרכים או שנאמר הואיל וכלל בה דבר הברור וידוע שאינו נתפס בקניינו משט' היה בו כדברי הראב"ד ז"ל או שנאמר שיש קפידא בדבר למקנה שתהא כל הקנאתו קיימת ולא מקצתה והר"ן ז"ל ושאר רבוותא שחילקו בין מפיק להו בחד כלל למפיק להו בתרי פרטי אינם יוצאים מא' מב' טעמים אלו או מטעם הקפדה או מטעם השטאה בדבר הברור ושמא תאמר לא כי אלא בכל מידי שמקצתו אינו נקנה נאמר שאף בדבר הנקנה יתכוין להשטות בו הואיל וצרפו עמו ואף על גב דלא בריר מילתא ואינו פשוט לכל מכל מקום איהו קים ליה בנפשיה דידע דלא קני ולכן צרפו וכיון שהוא מוחזק ונקיט ליה בידיה מאן מרמי ליה מידיה ואף על גב דהראב"ד לא אמר השטאה אלא כגון את וחמור ואחיות אנן אמרינן דמדאוקמה רבא באו' כלכם וא' מבית אחיות ופי' דהא לא דמי לאת וחמור ואע"ג דהשתא מיהת לא מקדשי חד' מינייהו מן התורה מ"מ בנות זכיה נינהו דמשמע דכל דלא דמי לחמור ממש ליתיה בהאי כללא מ"מ למאן דמחלק בין אמר בחד דבורא לאמ' בתרי דיבורי אין להוכיח זה משם דכי משני באומר כלכם וא' מב' אחיות ה"ק בדפלגינהו בתרי דבורי מיירי ולדידיה איכא למימר דבכל ענין דאפשר דידע והשטה לא הוי מתנה אין לך לומר כן דכל היכא שאין שם גילוי דעת דהוה לא מבטלינן מתנה הנראת לעין משום דברים שבלבו דדברים שבלב אינם דברים כדאמרינן בהאיש מקדש בההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא"י ובפ' אלמנה ניזונית גבי זבין ולא איצטריכו ליה זוזי דאי לא גלי דעתו בשעת המכר הו"ל דברים שבלב אם לא כשהדבר מוכיח מתוכו דאז אמרי' דמילי מוכחי ובירורו לכל העולם אף על פי שלא נתפרשו הנך דברים כדאמרינן בשטר מברחת בפרק האשה שנפלו ובלקח מן האיש דפרק הניזקין ולא עשאה אלא אפוטרופא דפ' י"נ וטובא כהנך דלא תלי' בהשטא' אלא היכא דיש מקום השטאה שהודה ע"י תביעה דאמרינן מתוך שהוא תבע ממני דבר שאינו סבור הייתי שהיה משטה בי לכך השטתי בו אבל בשלא היה שם תביעה לא מצי למימר השטתי וכן בהקנאה דלמה לו להשטות באינשי אלא תולין לומר מטעה קא טעי במלתא שאינו פשוט אצל כל העולם.

תדע דאף להקל בערוה החמורה אמרי' מטעה טעי דלאו כ"ע דינא גמירי כדאמרי' בפ"ק דקידושין גבי שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום הוא והא דלא שדתינהו הוא משום דלא גמירה דינא וסברה אי שדינא מחייבנא באחריותיה ובהאיש מקדש בקטן שקידש אעפ"י ששלח לה סבלונות לאחר מכאן וכו' ולא אמרינן אדם יודע שאין קידושי קטן כלו' ולשם קידושין שלח אלא מטעה טעי ומחמ' קדושין הראשו' שלח אע"ג דגבי בעל

משהגדיל אמרינן דלשם קדושין בעל התם מתוך שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לא מחית נפשיה לספקא וכבר נאמרו בה תירוצים הרבה ודוקא בדבר הברור וידוע לכל כהא דאמרי' שם בהאיש מקדש אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה שהרי דרשו אמור לחכמ' וכו' כשם שברור לך שהאחות אסורה.

והא דאמרינן בריש פ' התקבל האומר התקבל גט לאשתי אם רצה לחזור יחזור ומיהו מכי מטי גט לידה מגרשה דאדם יודע שאין הבעל עושה שליח קבלה וגמר ועשה שליח להולכה והתקבל והולך קאמר הא ודאי מילתא פסיקתא היא שהכל יודעים שאין אדם שליט בזה לעשות יד אחרים כיד אשתו כי היכי דאמרינן הכל יודעים שאין קדושין תופסין באחותו ואעפ"י שהרב מהר"י ן' לב בח"א סי' צ"ב כתב בשותף שבא לחלוק ואמר לשותפו שהיה לו טעות חשבון מהעכו"ם ונתן לו החצי אם יכול לחזור בו אח"כ ולומר סבור הייתי שיש לך זכות בטעות ההוא ועתה אני תובעו שהכל שלי כמ"ש המפרשים ז"ל בההיא דפ' אלמנה נזונית ואמר הרב ז"ל שאין בדבריו ממש מתוך דברי הטור סימן קמ"ט בשם הרב אלברצלוני ז"ל באפטרופוס שמכר קרקע שמכירתו קיימ' דמסתמא עפ"י ב"ד מכר דמשמע דאמרינן דכ"ע דינא גמירי אף להוציא הקרקע מחזקת היתומים ותמיה לי מי שבקינן כל דוכתי' דאשכחן בגמרא למגמר מתוך דברי הרב אלברצלוני חידוש גדול כזה ונראה שאין טעמו של הרב משום דכ"ע דינא גמירי אלא אע"ג דלא גמיר לא עביד מעשה למכור קרקע של יתומים אלא א"כ נשאל לאחרים ואומרים לו שצריך כח ורשות ב"ד וחזקה שלא נעשה אא"כ שואל וחוקר שהוא ירא פן יתחייב שאם אינו עולה כדין יתחייב לפרוע לקונה אע"ג דאפטרופא דזבין אחריו' איתמי היכא דלא זבין ע"פ הדין תבע לוקח מיניה וגם מתיירי' מן היתומים דכי לא מצי מפק' מלוקח מפקי' מיניה ואפילו תימא שיפטר מן הדין הוא ירא שמא יתחייב כדאמרינן גבי אשה דסברה אי שדינא ליה מחייבנ' באחריותו ולוקח נמי לא זבין אי לאו דברירא ליה מלתא שלא יהא עליו ערעור כדבעי למימר בפ' חזקת הבתים בשמעתא דההוא דדר בקשתא דעיליתא דאפי' תימא יורש בעי ראיה דדר ביה מורישו חד יומא לוקח לא צריך דחזקה לא שדי אינש זוזי בכדי ובכל שטר אנו מעמידין אותו מסתמא שנעשה כדין כדאמרינן בפ"ב דכתובות גבי עדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסי' היינו וכו' ואפי' אחרים מן השוק שבאו לפסול לעידי השטר אין נאמנין דחזקה ליה לא מחתים עדים פסולי' ואמר רשב"ל חזקה אין העדי' חותמי' על השטר אלא א"כ נעשה כל מעשה השטר בגדולי' הלוקח והסופר והעדים כדאמרינן בפ' מי שמת גבי עובדא דבני ברק שערערו בני משפחה לומר שהמוכר קטן היה וטעמא דרשב"ל משום דמלוה מידק דייק כדכת'

התוס' הכא נמי מסתמא לוקח ואפוטרופוס מידק דייקי. ואדרבה אי לא גמירי דינא דייקי טובא שמא יבא להם הפסד וכיון דאיכא למתלי שהוא סבור דבר קנין הוא אין לנו לומר דיודע היה שאינו קונה ולהשטות נתכוון בכלה מתנה דדברים שבלב הוו ולא חיישי' בהו כל שאין שם מקו' להשטאה. ויש להוכיח מהא דאמרינן בפ' מי שמת גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים שייר קרקע כל שהוא לכדי חייו מתנתו קיימת לא שייר אין מתנתו קיימת ואם כתב כל נכסיו הידועים לו כאן חוששין שמא יש לו נכסים אחרים במ"ה הרי שאמרו חוששין לקיים המתנה ומפקינן ממונא מיניה אף על פי שעומד וצווח לא נתתי אלא מחמת מיתה דשמא יש לו נכסים אחרים אף על פי כן חוששים שמא יש לו במקומות אחרים ומתנתו מתנה וטעמא כיון דאנן לא מבטלינן המתנה אלא מכח האומדנא היינו דוקא כשהאומדנא ידועה היא וברורה דאז לא מיקרי דברים שבלב אבל כשיש בה ספק דשמא יש לו נכסים אחרים במקום אחר אפי' בדרך רחוקה לא מבטלינן מתנתא ה"נ אין אנו מבטלינן המתנה אלא כשיש שם אמתלאה משום דאמדינן לדעתיה דכי היכי דהשטה לענין זה והוציא דבריו לבטלה כך רצה להשטות באידך שכללו עמו אבל היכא שאין האמתלא' ברורה דאפש' לומר דאיהו מטעה טעי וסבר שיש קנין בדבר שלב"ל או במתנה ע"י ק"ס לא מבטלינן מתנתא מספק.

ואם באנו לומר שאעפ"י שלא כיון להשטות כל שלא נתקיימה ההקנאה בכלה עכשיו רוצה לחזור בו שהמקנה מקפיד שתהא כל הקנאתו קיימת ולא מקצת' כדברי הר"ן ז"ל הא ודאי אין מקום לקפידא שתנוח אלא בהקנאה של מקח וממכר שהקונה רוצה שיהיה כל מקחו בידו כדכתב הר"ן ז"ל וגם המקנה אינו מקנה אלא ע"ד למכור הכל וליקח הדמים ביחד אבל בנותן מתנה בין לא' בין לשנים אין סברא שיקפיד ויתלה של זה בזה כ"ש בנותן לא' נכסיו והיו בה' דברי' שאין נקנין לא מצי למימ' כסבור שהיית קונה כלם נתתי וכי מתנה מרוב' רוצה ליתן לו עכשיו אפי' מועט' לא יהיב וגדולה מזו אמרו בפ' המוכר את הבית בית של מאה חביות אני נותן ואשתכח דלא הול"ל אלא בית של מאה ועשרים חביות בעין יפה יהיב ולא אמרינן כסבור היה שהיא של מאה ולכך נתנה לו ובטעות הוא דאילו מכר כה"ג ודאי לא קנה את המותר ואם כשטעה לגריעותא דנפש' אמרינן הכי דבעין יפה יהיב לעלוייא דידי' לא כ"ש ולא מפני שכללן בדבור א' נאמר דבהקפד' כיילינהו דהכל לפי המקום שהרי באומ' תן גט לאשתי במקום פ' ונתנו לה במקום אחר פסול דדילמא מקפד קפיד ואלו גבי אשה תנן בפ' התקבל הבא לי גיטי ממקום פלוני והביא' לה ממקו' אחר כשר דכיון דאינ' מתגרשת בקבלתו ואיהי ע"כ מגרשא מסתמא מראה מקום היא לו שאין לנו לתלות בהקפדה גבי שליח הולכה דידה

וכן אמרינן בפ' מי שאחזו ע"מ שתתני לי ר' זוז וחזר ואמר מחולים לך אינה מגורשת אע"ג דגבי נדרים תנן קונם אם אי אתה נהנה משלי וכו' ה"ז יכול להתיר נדרו שלא עפ"י חכם ואומר הריני כאלו התקבלתי ושאני הכא גבי גט דלצעור' קמכוין וכן לענין אצטלית אמרינן בפ' מי שאחזו אע"ג דבעלמא חזרת דמים שמה חזרה לגבי גט לצעורא קמכוין אלמא אין לך בדברים כיוצא באלו אלא מקומן ושעתן.

ושמא תאמר לא כי אלא לאותם מפרשים שחילקו בין מפיק בחד דבורא או בתרי דבורי אין הטעם אלא כיון דכיילינהו בחדא אינו נקנה זה בלא זה הא ליתא דלא שוינן לה כהלכתא בלא טעמא דכל קנין דבטל מקצתו בטל כלו ואם איתא היכי מדמי גמרא המקדש שתי אחיות לקני את וחמור דלא קנה שאני התם שא' מן הקונים לאו בר זכייה הוא ולשניהם הקנה כאחד בסודר א' וכי היכי דחמור לא קנה איהו נמי לא דדמי קצת לחרש ופקח שהגביהו מציאה דאמרינן בפ"ק דמציעא מתוך שלא קנה חרש לא קנה פקח דהוי כאלו מקצתו מונח ע"ג קרקע אבל הכא הקונ' בר זכייה הוא כל מידי דמצי למקני קני ובתוס' רי"ד כתוב אעפ"י שאין כאן שני קונים אלא ב' נקנים מ"מ מינה ילפינן כמו שאין אדם קונה עם החמור כך אין דבר נקנה עם מי שאינו נקנה כגון פירות שבאו לעולם עם פירות שלב"ל ופשיטא דלא מדמי להו גמרא אי הוי טעמא דמתוך שחמור לא קנה וכו' דאין לדמות' כלל אבל אי טעמא משום השטאה ניחא דדא ודא חדא הי' וגם ללשון אחרון שכתב שם א"נ גם ב' קונים מי שהקנה הקידושין לנכריו' ולאחיות וכו' אי טעמא משום דלא חל הקנין הוא אכתי שאני הכא דאחיות נמי בני זכייה נינהו אי הוה יהיב לשם מתנה ויש ללמו' עוד ממ"ש מהר"י במכתביו במי שהקנה בקנין סודר שיגרש שאינו חל על הקנס ומדמי לפלוגתא דאת וחמור ואי טעמא משום דאין קנין לחצאין התם לא הוי הקנין לחצאין שאם יגרש אין כאן חיוב והקנס אינו אלא אם לא יגרש אבל אי טעמא כי היכי דהשטה בזה השטה בזה שייך נמי התם אי נמי שייך טעמא דקפידא שהוא לא נתחייב בקנס אלא ע"ד שהיה מחויי' לגרש מכח הקנין ובזה הוא מתרצה לקנוס עצמו דלא שוי נפשיה הדרנא ועושה שלא כדין אבל אם הוא פטור מלגרש גם אינו רוצה לפרוע הקנס ותדע עוד שהרי הרא"ש עצמו שחילק בין אומר בחד דבורא לאומר בתרי דבורי כתב בתשוב' כלל ע"ז סי' ב' באומר כל נכסי אעפ"י ששטרות בכלל נכסי שטרות לא קנה בלא כתיבה הא שאר נכסים קנה וכן יש לדקדק מדברי הרשב"א בתשובה והיינו טעמא משום דבמתנה לא שיי' הקפד' כדפי'.

ובר מן דין מנין הרגלי' לומר הילכתא בלא טעמא דאין קנין לחצאין דהיכן מצינו בקנין שא"א להתקיים בכלו שלא יתקיים במקצתו אלא מעתה קדש אשה שחציה שפחה

וחציה בת חורין נימא דכיון דלא פשטו קידושין בכלה לא נתפשטו במקצתה ותנן בפ' ארבעה מחוסרי כפרה איזו היא שפחה כל שחציה שפחה וחציה בת חורין מאורסת לע"ע וגבי הקדש נמי תנן בפ' אעפ"י המקדיש מעשה ידי אשתו הרי זו עושה ואוכלת המות' חולין הרי שההקדש חל במקצת אעפ"י שלא חל בכלו מה שכנגד מזונותיה ולענין שבועות כי אמר שבועה שאוכל נבלות ושחוטות מי אמרינן מתוך דלא חייל שבועתו אנבלות לא ליחול אשחוטות הא ליתא אלא אשחוטות מיהא חיילה כדמוכח בדברי התוספות בפ' שבועת שתים וכל מקו' שאתה מוצא דבר שנתבטל מקצתו בטל כלו שם תשובתו בצדו שאם אמרו לענין נדר שהותר מקצתו הותר כלו כדתנן בפ' ד' נדרי' ראה אותם אוכלי' תאנים ואמר הרי הן עליכם קרבן ונמצאו אביו ואחיו והיו עמהם אחרים ב"ה אומרי' אלו ואלו מותרים וכר"ע דאמר נדר שהותר מקצתו הותר כלו הרי כתב הרא"ש שם משם הרמב"ן ז"ל דלא אמרי' הכי אלא בנדרי' הניתרים ע"י פתח דדמו לנדרי טעות כיון דאמר אילו הייתי יודע לא הייתי נודר אב' נדר שהותר מקצתו בחרטה השאר עומד באיסורו ואפילו לרבוותא דאף בניתר ע"י חרטה אמרו היינו טעמייהו דכיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו אי איפשר לנדר שיעקר אא"כ יתעקר כולו תדע דגבי בעל תנן בשלהי נדרי' נטולה אני מן היהודים יפר חלקו ומשמשתו ותהא נטולה מן היהודים משום דבעל מגז גייז ותנן בנדרים ומייתי לה בפ' אעפ"י קונם שאיני עוש' על פיך אינו צריך להפר ר"ע אומ' צריך להפר שמא תעדיף עליו יותר מן הראוי לו רבי יוחנן בן נורי אומר צריך להפר שמא יגרשנה וכו' הרי שאעפ"י שאין הנדר חל על עיקר מעש' ידיה לפי שהוא של בעל ואין בה כח להקדישו ולכך אמרו שאין צריך להפר מ"מ חל על ההעדפה ועל מה שלאחר הגירושין וגבי עדות דאמרינן דכי בטלה מקצתה בטלה כלה מקרא ילפי' מה שנים נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה אף ג' וכו' ולא מבעיא להרי"ף ולהרמב"ן דאמר אם לא ידע בעד הכשר בקרובתו או פיסולו של העד השני מחייבו הכשר שבועה אלא אפי' להרא"ש דאמר בעדות' בב"ד תליא מילתא ובהאמנתם מ"מ התם גלי קרא מדפרט לך הכתוב ג' וגבי מתנת ש"מ דאמרינן דבשבטלה מקצתה בטלה כלה התם חוששין קאמר שמא חזר בכלה ואלו היה לנו גילוי דעתו שאינו חוזר מהשאר היו דבריו קיימים ואין להבין מלשון רשב"ם שכתב בפרק מי שמת דכיון דבטל הקנין במקצתו בטל בכלו ממ"ש דכיון דבקנין א' שתף שניהם לא נגמרה בדעתו להקנות זה בלא זה וכיון דחמור לא קנה איהו נמי לא קנה ע"כ שאם היה דעתו כן לא היה תולה הדבר בגמר דעתו אלא שא"א לקנין שיהא מקצתו בטל ומקצתו קיים אלא עיקר טעמא שכשם שהקונה דעתו על כל מקחו כך המוכר אינו מוכר אלא כלו ורשב"ם בא לתת טעם

דלא תימ' תינח במקנה לא' אבל מקנה לב' אינ' אחראין זה לזה לכן כת' שאעפי"כ כיון דבקנין א' שתף את שניהם לא נגמרה בדעתו להקנו' זה [בלא זה] וכמקנה לא' דמי וגם מ"ש גבי קישות של תרומה דכיון שיש בה מר ומתוק כי היכי דמר לא חייל בה תרומה ה"נ המתוק וכו' כבר כתבתי לעיל דגבי תרומה איכא הקפדה דניחא ליה טפי שלא תחול שם תרומה עליו כלל והדברים לפירוש הר"ן ז"ל כדפירשתי לעיל. ומעתה מה שהובא בשאלה מה שכתוב במרדכי במקנה לחבירו בק"ס קרקעות ומטלטלים ומעות בבת אחד דיש מי שאומר דדמי לקני את וחמור וכי היכי דלא קנה מעות גם מטלטלין וקרקעות לא קנה לא מתוקמ' מטעם השטאה כשיטת הראב"ד דהא ודאי לאו כ"ע האי דינא גמירי דאין מטבע נקנ' בק"ס דכל יומא ויומא רואים שמקני' וקוני' אותם בכמה ענייני קנייני' אלא יש להעמיד דבריהם בשיטת הר"ן דדמי לקני את וחמור מטעם הקפדה ובמקנה לחברו בדמים מיירי דמאחר דנתבטל מקצת המקח יכול לחזור בו בכל המקח דומי' דההיא דחוזר בו אפי' בסאה אחרונה ואמר להו רבינו שמחה דלא דמי דדוקא היכא דלא מצי לאקנויי כלל כגון חמור ואחיות שנמצא חצי מקחו לפניו איכא קפידא דבכל מקחו הוא רוצה ולא בחצי מקחו אבל הכא אם מקפיד הוא בכך יכול הוא להקנו' ע"י הגבהה או באגב ולמה יחזור בו מהשאר ולא דמי להההיא דכור בל' דינר אני מוכר לך דחוזר בו אפי' בסאה אחרונה דהתם לא קנה כלל לפי שעדיין לא נגמרה משיכתו דמשיכה במקצת המקח לא הויא משיכ' ולעיל מינה הבי' המרדכי באדם המקנה לחבירו דבר שבא לעולם ודבר שלא בא לעולם מספקא ליה למארי אי שייך אותו מחלוק' דקני את וחמו' ואין להביא ראיה מההי' דב' שדות וב' בני אדם דהתם ראוי לקנות אם היו נותני' אבל הכ' כיון דלא אתייליד חמור גמור הוא עכ"ל משמע מדבריו דלאו מטעם הקפדה שרוצה כל מקחו הוא מדמייתי עלה ההיא דב' שדות דבמתנה מיירי וה"ל לחלק דהתם גבי מתנה לא שייך הקפדה ודוחק הוא לומ' דה"מ לשנויי הכי אלא הא קמ"ל דאפי' לגבי מקח כל כה"ג דשייכא לו קנין בע"א לא שייך הקפדה בכל המקח ואי מטעם השטאה כדברי הראב"ד ז"ל הא ודאי בדבר שב"ל לא שייך השטאה דהא בעתידין להולד דהוי דבר שלא בא לעולם הוא דאמר רב נחמן דקנה מחצה דטעי בהכי שהוא סבור דקני וצ"ל דרביה ז"ל סבר דבהכי מפליג בגמ' בקידושין בין מפיק להו בחד דבורא למפיק בתרי דבורי ובין באחיו' בין בבנים שלא נולדו היכא דאפיק להו בחד דבורא לא קנה מטעם השטאה כשיטת הראב"ד ז"ל אלא בהא מספק' ליה אם נאמ' דכי היכי דלאדם שב"ל חשיב ליה בגמ' חמור ומשטה הוא בו ה"נ כשנותן דבר שלא בא לעולם או דילמא דבר הנולד לא גריע כולי האי ולא חשיב כמו חמור דלאו בר קנין כדאמרי' בפ' מי שמת דאפי'

ר"מ דאמר אדם מקנה דשב"ל לאדם שלא ב"ל לעולם לא אמר ואע"ג דאידי ואידי לאו בר קנין נינהו מ"מ איכא בינייהו לגבי בני אדם דלמי שעדיין לא בא לעולם א"א לטעות שלא ראו מעולם מי שהקנה למי שלא בא לעולם אבל דבר שב"ל אע"ג דלאו בר קנין הוא מ"מ טעי אינשי לפי שרואי' שמקנים פירות אגב דקל כגון דקל לפירותיו עז לגיזתה רחל לחלבה ידי העב' למעשיהן ולא יהבי דעתייהו לחלק בין דקל לפירותיו לפירות דקל ועוד רואי' שמתחייבי' ליתן פירות לגנן ואינם יודעים שע"י חיוב שאני לפיכך טעו אינשי בהכי לכך נסתפק הר' ז"ל אי דמי לאת וחמור.

גם הרב בעת"ה במכתביו סי' קע"ג אמר שיש לפקפק באותו שקנו ממנו לגרש את אשתו וגם נתחייב קנס אם לא יגרש אי שייך בזה מה שהביא המרדכי שנסתפק רבו בו וכל זה במידי דלא שייך ביה קנין כלל כגון דשב"ל וקנין לגרש דהוי קנין דברים אבל במעות וכיוצא בהם דבני קניה נינהו אלא שלא נקנו בק"ס זה לאו כחמור הוא ודברי בעת"ה אפש' להתפרש בין מטע' הקפד' בין מטע' השטא' כדפירשתי.

הילכך בנ"ד שנתן כל נכסיו לאשתו במתנה והיו בכלל נכסיו חובו' ומעו' אם באנו לבטל דבריו מטעם הקפדה כדברי הר"ן גבי מתנה לא שייכא הקפדה ואי מטעם השטאה כדברי הראב"ד היכא דאפשר דטעו אינשי דלאו כ"ע דינא גמירי לא אמר שכוון להשטות בא דמעשים בכל יום רואים שנקנים חובות ושטרות ומעות ואותם י"א דילמא במקח קאמרי ואף רבו לא נסתפק אלא בדבר שב"ל שלא ראה אדם מעולם שהוא נקנ' גופו בשום קנין אם לא ע"י דבר אחר כגון דקל לפירותיו אבל שטרות ומעות ניקני' בכמ' קניינים הם עצמן תדע דלענין מתנת ש"מ אמרו הלואתו לפלוני קנה הואי' ואיתיה בבריא כמ"ש ושטרות בכתיבה ומסירה ומעות באגב אבל יאכל פלוני פירו' דקל זה לא מהני בש"מ דליתיה בבריא אלא ע"י הקנא' אחר' שהיא הדקל עצמו וכ"כ התוס' שם. ומי שמפרש דברי המרדכי אפי' במתנ' מטעם השטאה או מטעם דקנין שלא חל מקצתו לא חל כלו הא אפיק' מהלכת' ואין לחוש כלל לדברי אותו האומר דלא קנה כלום דמלשון המרדכי משמע שכשיצא הדבר בהיתר יצא שכתוב שם י"א דלא קנה כלום וי"א דקנה הכל וכת' רבינו שמחה המטלטלין קנה וכו' ומדאמר וכתב רבינו שמח' ולא אמ' ורבינו שמחה כתב משמע שלא היה ר"ש בר פלוגתייהו כמו שנוהגי' התוס' לדקדק מדאמרי' אמר רבא ולא אמרינן רבא אמר אלמא לאו לאפלוגי אתא ה"נ משמע שאותם החכמים נחלקו בדבר ובא הדבר לפני ר"ש ושלח להו לא כדברי זה דקנה הכל דהא לא אמ' אגב ולא כדברי זה שלא קנ' כלום דלא דמי לאת וחמור ונפקא עובדא כרבינו שמח' ז"ל ועוד אפי' אי קי' לן דפליג ובר סמכ' הוא ומסתב' טעמיה אין לחוש לה אפי' להעמיד דאיכ' כמה

ספיקא חדא דלסברת הרי"ף ור"ח והתוס' וסיעת האחרונים שהסכימו עמה' לרב ששת הוא דפרכי' והא אידחיא מהלכתא ואפי' לבה"ג והרמב"ם וסייעתם דבכה"ג דאחיות כ"ע מודו דלא קנה אי מטעם הקפד' ואי מטע' השטאה אין אומרי' כן במילתא דעבידי אינשי דטעו ויש מגדולי הדור שכתבו דהיכא דאיכא ס"ס מפקינן מיד המוחזק ואעפ"י שאני איני משו' עמם מטע' ס"ס מ"מ מודה אני דמצטרפי בעלי הסברות לעשות היחידים מיעוטא דמיעוטא העמדנו אף דברי אותו היחי' אליבא דהלכת' דמיירי במקח וכדברי הר"ן ז"ל ולא נשאר מקום לבעל הדין לחלוק.

ואם באנו לחוש למה שיש בכלל הנכסים הלואות וחובות של עכו"ם דגריעי טפי ממעות שיש להם דרך הקנאה והלואות דישראל מקנו נמי במה שכתוב אבל הלואות דעכו"ם ר"ת ור"י ז"ל סברי דאין בהן דין מ"ש כמו שכתב התוס' בפ"ק דגיטין כבר כתבתי בתשוב' אחרת דתמיה' מילתא לומר דלדבריהם אין דין מתנת ש"מ בשטרות או בהלואות של עכו"ם דהא מתנת ש"מ ליתא אלא במילתא דאיתיה בבריא ואמרינן בפ' מי שמת הלואתו לפלוני איתיה בבריא כמ"ש ולא משתמיט חד מן הפוסקי' שיאמר כן אף התוס' לא כתבו זה בשום מקום אלא שם כתבתי במ"ש דלא תקנו מ"ש בעכו"ם היינו לענין הנותן שיוכל לחזור בו דלא הפקיעו חכמי' ממונו ע"י מ"ש דעכו"ם כדכתבו שם התוס' אבל לענין שיתחיי' העכו' לישר' כל זמן שהנותן אינו חוזר בו שפיר מתחייב דלא יפה כחו מכח ישר' ודמי למ"ש ע"י שליח דכתב הרמב"ם דהבו דלא לוסיף עלה וכתב הרא"ש דוק' לענין הפקע' הממון מן הנותן אמרי' הכי אבל לא לענין זכיית המקבל דאף ע"י שליח זכה כ"ש לענין העכו"ם דאין זה זכות אלא חיוב שמתחיי' ושפיר גמר ומשתעבד הילכך יש ליה דרך להקנותו ולהכי איתיה במתנת ש"מ ואי מהא דכתב המרדכי בפ' מי שמת אהא דהלואתו לפלוני קנה פסק הר"א ממיץ ה"מ הלואות של ישרא' אבל הקפות של עכו"ם אשר פיה' דבר שוא לא סמכא דעתי' ואפי' במתנ' ש"מ לא לקני.

אף על זה פקחתי עיני שם דמילתא דתיוהא טובא היא ומאי לא סמכא דעתיה דקאמר אי דמקבל מאי איכפת לן בהכי אלא שהנותן עצמו לא סמכא דעתיה שיפרענו ומסתברא דלא מיירי בסתם הלואות שמלוין להם דפשיטא דלא יהבי ממונייהו לעכו"ם ע"ד שלא לגבותם וקאי בהלוא' וקמפר' הקפה אלא הלואות לחוד והקפות לחוד דהקפות היינו כעין הקפ' החנו' שמקיפין ופורעין וחוזרין ומקיפין והם חובות פרועים שכבר עבר עליהם זמן רב ורבית אכלה בהם כיוצא בהם לא סמכא דעתיה דנותן לפי שאינו יכול לדוחקי אפי' אם יש אצלו משכון אבל הלואות וחובו' ע"ד להתפרע הם עשויים ולא מסחי בעלים דעתייהו מינייהו ובנ"ד אם הם הלואות דסמכא דעתיה דנותן עלייהו שפיר

מקנו ואם הם מאות' שהבעלי' עצמם מסחי דעתייהו מינייהו לא הוו מעיקרא בכלל נכסיו כיון דאיהו גופיה לא סמכא דעתיה שיפרע.
וגדולה מזו כתב הרב מהר"ר ר' אליהו בן חיים זלה"ה בתשובה סימן ע"ז במלוה ע"פ ואפי' דישראל לא הוי בכלל דע"כ לא אמרו בפ' מי שמת דזוזי איקרו נכסי אלא היכא דאיתנהו בעין אבל זוזי שביד אחרים דלהוצאה ניתנו לא איקרו נכסי וכן נ"ל כדבריו ז"ל מדאיצטריך לדקדק בגמ' דשטרות איקרו נכסי מדאמר ר' חייא בר אבא ב' שטרות הם ואי הלואו' ע"פ איקרי נכסי למה לי למידק דשטר חוב איקרי נכסי ת"ל משום חוב של עצמן וכ"ת ללמוד על גוף הנייר שיהא נקנה אף הוא בכלל הנכסים אתא הא ודאי לעצמו של נייר לא איצטריך דשוה פרוטה הוא ונכסי מעליא מקרי ועוד שהנייר של הלוה הוא שהלוה נותן השכר אלא שהוא משועבד למלוה וכשמשכנו בידו עד שיפרענו וכשקנה החוב פקע שעבודו כדאמר' גבי חזר ומחלו מחול אלא ע"כ להקנות המלוה שבה קאמר דאיקרי נכסי ודוקא בשט' ולמ"ד דבעי כתיב' ומסיר' מיירי בברי' שנתן כל נכסיו ודוקא שטר הא מלוה ע"פ לא הויא בכלל נכסים.
ואחר שביררנו דגבי מתנה לא שייך אלא טעמא דהשטא' הכא בנ"ד יראה עוד דלא שייך לומ' שכיון להשטו' מכמה טעמי חדא דאין אדם משטה בשעת מיתה ועוד דהשטאה לא אמרינן אלא באומר דברים בע"פ אבל בכתב חשיב טפי מאתם עדי כדמוכח מתוך תשובה להרא"ש וז"ל שאם הודה בכתב ידו שחייב לפ' מנה או כתב יד אחר והוא חתו' עליו אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי דכולי האי לא עביד שלא להשביע עד כאן למדנו דכי היכי דמועיל אתם עידי לבטל טענת שלא להשביע את עצמו כך מועיל כתב ידו וכ"כ מהר"י בן לב ז"ל בח"א סי' צ"ה באומר לחבירו כך וכך ריוח יש בידי וחזר ואמר שהפסיד בחובות ואין שם ריוח דלהראב"ד דבעי שיאמר אתם עידי כתב ידו חשוב כאתם עידי כ"ש בנ"ד שקרא סופר ועדים וצוה לכתוב ולחתום ועוד שכתוב בשטר הוו עלי עדים וכתבו וחתמו בכל לשון של זכיה וכו' גלי דעתיה דללשון של זכות נתכוון ולא ללשון של חובה תדע שהרי הועיל זה הלשון למתנת ש"מ שכתוב בה קנין דבעינן שיכתוב במיפה כחו מוסף על המתנה דשמ' לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה כתבו התוס' בפרק אעפ"י וז"ל ויש תימה מה שתקנו הגאונים לכתוב במתנת ש"מ הוו עלי עדים וקנו ממני בכל לשון של זכות ולא כתבו שום יפוי כח ותירצו דמה שכותבין בכל לשון של זכות חשיב יפוי כח כלו' שהקנין בא להוסיף כח על מתנת ש"מ ולא לגרוע כחה הכא נמי ליכא למיחש דמה שכלל החובות והמעות בקניינו הוא לגרוע כחה של מתנה שהרי גילה דעתו ואמר כתבו בכל לשון של זכות ואעפ"י שבשעת

הקנין לא הוזכר זה מ"מ גילוי דעתי' הוא מאחר שחתם באותו השטר ובאותו הלשון איגלאי מילתא דמה שכלל במתנתו המעות והחובות לא לגרוע כחה של מתנה עשה אלא כסבור ליפות כחו.

ובלעדי אלה רואה אני באיש הזה שבתחלה נתן כל נכסיו לאשתו במתנת שכיב מרע ואחר שאמרו לו שאם היה רוצה לחזור במקצת תתבטל כל המתנה דשכיב מרע שחזר במקצת חזר בכלה אמר לתתם לה במתנת בריא כל נכסיו לבד מהבית הקטן שיהיה ליורשי בן אחותו נמצא בידה עכשיו כח ב' מתנות מתנת ש"מ ומתנת בריא ואמרי' בפ' נערה ב' שטרות היוצאים בזה אחר זה לא ביטל שני את הראשון דאי ראשון במכר ושני במתנה משום דינא דבר מצרא כתבי' ראשון במתנ' ושני במכר משום אחריות כתביה אף כאן ראשון במתנת ש"מ ושני במתנ' בריא ליפוי כח כתביה שלא יוכל לחזור בו אע"ג דגבי מתנ' ש"מ שכתו' בה קנין אמר שמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה היינו משום דמפרש בשטר שהוא מצוה מחמת מיתה שכתיב כד קציר ורמי בערסיה ואין לנו לומר שמתנת בריא הוא נותן שהוא סותר את עצמו אבל היכא שכת' אח"כ שטר בפני עצמו מתנת בריא מעכשיו רצה לתת לה כח יפה שבשניהם וארכבה אתרי רכשי דלענין הלואתו לפ' דלא קני בבריא מהני ליה במתנת ש"מ ולענין דאי בעי למהדר ביה מהני ליה מתנת בריא וכי תימא הרי חזר במקצת ונתן הבית הקטן לבן אחותו ובטלה כל מתנ' ש"מ שעשה בתחילה הא ליתא דהני מילי היכא דלא גלי דעתיה דלא הדר ביה דאמרינן מסתמא נשתנית דעתו ממה שהיה רוצה להטיב לזה והדר ביה בכולה אבל כאן הרי גילה דעתו והוסיף לה יפוי כח ליתנם במתנה בריא וכבר כתבו המפרשים דהיכא דגלי דעתיה שאינו חוזר אלא ממקצתם נשאר המקצת לראשון ואין לך גילוי דעת גדול מזה שהוסיף להשכיל להטיב קמה לה קמייתא אדוכתא ועמד בידה כח היפה שבשניהם ועוד כשחזר ונתן לבן אחותו לא נתן אלא אחר שכבר נתן במתנת בריא וכתב לבד מהבית וכו' לשון לבד מוכיח שהמתנה בכל הנכסים קיימת חוץ מפרט זה. הרי נתברר שמתנה זו קיימת אי משום מתנת בריא ואי משום מתנת ש"מ.

ועל מה שטען היורש עוד שהעדים החתומים על השטר ג' והב' מהם אינם יודעי' לקרות הנה כבר בא בשאלה שגם שם היה עד א' שלא רצה לחתום וראה הקנין וראה השטר והו"ל עד א' בכתב ועד א' בע"פ מצטרפין כדאמרינן בפרק גט פשוט. ועוד דכיון שאמר הנותן לסופר שיקראנו ואחר שקראו אמר לעדים לחתום וסמך על פיו אעפ"י שאינם יודעים מה שבתוכו דיו דהא בעל הדבר הימניה לסופר וסמך עליו וכמ"ש הרשב"א

בתשובותיו המיוחסות להרמב"ן דכל שהוא סמך על הסופר גמר ומתחייב בכל מה שקרא בפנינו.

ומה שטען היורש שהשטר לא הגיע ליד האשה שהרי אמר לסופר שיהיה בידו ואם לא ימות יחזירהו לידו הנה אפי' לדברי ר"ח והרי"ף ז"ל דס"ל דאפילו בשטרי אקנייתא בעינן דמטא שטרא לידיה כמ"ש בח"מ סי' ל"ט והר"ן ז"ל בתשובותיו סי' ל"א הכריע כדבריהם ז"ל הרי כאן זכה הסופר בשטר בעד האשה על מנת כך. ויש להסתפק קצת בלשון שאמר אני כרצונך אזכה דממה שא"ל כרצונך אזכה בלשון שאלה היא שהיה שואל אם רצונו שיזכה ולא ראינו שהשיבו זכה בעדה דאפי' שתק שתיקה בכה"ג לאו כלום הוא כדאמר בפ"ק דקדושין אי יהיבנא לך מקדשת לי וכתב הרשב"א דאפילו לא אמרה ליה מעיקרא איהי הב לי כל שא"ל בלשון שאלה צריך שתשיב הן מקדשנא לך. איכא למימר דכיון שאמר אני כרצונך אזכה לאו לשון שאלה הוא אלא אגמורי קמגמר ליה כי הוא היה מסדר כל הדברים ומזהירו שלא יבא לידי טעות שאם היה שואל לא הי"ל לומר אני אלא רצונך שאזכה אבל ממה שכתב אני כרצונך מעתה ומעכשיו אזכה מראה לו דרך שתזכה ויהיה הוא בטוח ומאחר שהשטר עדיין לא היה בידו שהיו קורין בו ואח"כ נתנו בידו מסתמא ע"ד שיזכה בו נתנו כמ"ש ועוד דלא דמי לקידושין דהתם שמא אין דעתה להתקדש אלא ליטלו חנם אבל אם כבר גמר בדעתו לתת והקנה בקנין לא חיישינן שחזר בו לגמרי מן המתנ' שכל עצמו לא היה מהבהב אלא משום חששא שאמר לו בן אחיו ובמה שא"ל הסופר יצא מידי חששא זו והנה נתקיימה מתנה זו מכל צדדיה.

אמנם עדיין אנו צריכין לחקור דאפי' תימא שהמתנה קיימת הרי נתחייב' האלמנה לעמוד בגזרת הברורים בין בדין בין בפשרה ואם תפטר מחיוב זה בטענת האונס ומה שמסרה מודעה על זה.

ותחלה יש לדון על עיקר האונס. הנה לא בא בשאלה נוסח המודעא אבל כפי הנראה האונס הוא מה שכתוב שהביא נער השופט והורידה מביתה להוליכה בעש"ג עד שקמו הנכבדים והחזירום מחצי הדרך ושוב הביא הקהייה מהשופט וחתם כל הארגזים ושוב אח"כ בא בכח עש"ג ונכנס לקבוע דירתו שם. הנה אף אם נחשב מה שהוכרחה לעמוד בפשרה כמו מכר כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ' י' מה' מכירה מאחר שמסרה מודעא שאינה מתרצה בזה אלא מפני האונס המעשה בטל. ואעפ"י שמכל מה שבא בשאלה יש מקום לומר דלאו אונס גמור הוא אלא איום וגיזום עליהם עם נער השופט. והרב מהר"י קולון בשרש קפ"ו כתב דלא מיקרי אונס מה שגזם להביאו בעש"ג דעביד איניש דגזים ולא

עביד כדאמר בפרק כל הנשבעין האי מאן דנקיט מגלא ותובילא בידיה ואמר איזיל ואקטליה לדיקלא דפלניא וכולי מאי טעמא עביד איניש דגזים ולא עביד.
ואיברא שהחילוק שביניהם ברור דודאי לא מחייבינן ליה משום אותה אמירה דדילמא גזים בעלמא ולא עביד אבל האיש הזה ירא הוא שמא יעשה לא ישקוט עד עשותו ועד הקימו מזימות לבו ומחמת אונס זה עושה אך לא מלבו וראה הרב בדעתו שהחילוק הזה ברור ובקש לדקדק מתשובות מהר"ם ז"ל דלא מפליג בההיא שהביא במרדכי פ' הניזקין מעשה בא' שדחקוהו חביריו לקבל בחרם לתת להם כך וכך ופסק הרא"ם שאין באותו חרם ממש עד דאי משום דמגזמי להו עביד איניש דגזים ולא עביד וכו'.
וזה כמה שנים שעמדתי על תשובה זו של מהרי"ק ז"ל ונפלאתי עליה כמה תמיהות וזו א' מהם היאך מוכיח מדברי מהר"ם ז"ל דאמרי' עביד איניש דגזים ולא עביד לבטל האונס ולקיים המעשה אדרבא מהר"ם באותו הנדון בא לומר דאיכא אונס מחמת יראה והמעשה בטל ואין באותו חרם ממש שכל מה שעשו לא עשו אלא מחמת יראה אלא שהוקש' לו ז"ל כיון דאונס קטלא היה שם שהיו מגזימי' עליהם להרגם נימא אגב אונסיה גמר ומקנה כדאמר גבי גזרה קמייתא ומציעתא דסקריקון דמתנתו קימת ותירץ דהתם מה שהיו דואגים מן המיתה היה ברי להם אף בגזרה מציעתא שכבר הורגלו להרגם ואין דורש דמם מידם הילכך אגב אונס דמיתה גמר ומקנה כי הנה הוא הולך למות ולמה זה לו נחלת שדה וכרם אבל הכא איכא מורא מלכות ואין ההריגה ודאית הילכך הא לא דמיא אלא לתליוהו ויהיב שאין מתנתו מתנה כך הם דברי מהר"ם ז"ל ואדרב' יש בהם ראיה דאע"ג דל' ברי היזקא מיקרי אונס לבטולי מתנתא בלא מסירת מודעא והוא הדין לבטולי מכר ע"י מודעא.
וגם יש לתמוה במה שדקדק מגופא דעובדא דמהר"ם ובכל דברי תשובתו שם אלא שאין כאן מקום להאריך מ"מ לדבריו ז"ל דאמרינן עביד איניש דגזים ולא עביד היינו בדברים אחרים למסור ממונו או גופו דאימור לא עביד אבל הכא בהך מלתא גופא היא שידע שבדיניהם המתנה בטלה כל שהיה ש"מ אי נמי שאינו יכול ליתן במתנה אלא חצי העזבון ולכך הולך בנימוסיהם המסייעים אותו וכבר אמר ובידו מלא מי מעכב על ידו שלא יעשה דה"ל כעובדא דפרדס' דאמר איכבשי' לשטר משכנת' דכיון דברשותיה הוא למעבד ובידו לעשות וכבר כתבו המפרשים ז"ל דבההוא עובדא אין צריך שישמעו דבריו ממש אלא מאחר ששמעו שלא נתרצה למכור אלא בהכרח סגי כמ"ש הנ"י משם הראב"ד והרשב"א והר"ן ז"ל כ"ש שכבר הלך והחתים הנכסים בחזקת שהוא יורשם וכיון דאוקמינהו עלייהו כמאן דקלינהו דמי דעכשיו שוב אין האשה יכולה להציל מיד

היורש כיון ששטר מתנתה אינו מועיל בדיניהם. ועוד טעמא דאמרינן עביד איניש דגזים ולא עביד איסורא דלפניהם ולא לפני עכו"ם אעפ"י שידוע לך שדנין כדיני ישראל ההולך לפניהם מחלל ש"ש ומייקר שם ע"ז והרי זה כבר הלך ועבר על הלאו אע"ג דאכתי לא אתא ממונא לידיה כמאן דעבר דמי. ועוד ספיקא דרבוותא היא שהרי הרב מהרי"ק ז"ל כתב שרב האי ור"ח ז"ל כתבו שמכיון שהפחידו בדברים שבידו לעשות אע"ג דלא עביד כתבינן ליה מודעא אלא שכתב ז"ל מאחר שראבי"ה ומהר"ם חולקים והוי פלוגתא דרבוותא דאמרי' המע"ה מאן מירמי ליה לממונא מידא דמוחזק למימר כהאי פוסק ס"ל בהיות מחלוקתו בצדו ע"כ והדבר כאן הוי איפכא שהאשה מוחזקת בנכסים ובקרקעו' מחמת מתנת בעלה שאין להם במתנה שום ספק אלא שזה היורש בא לתבוע מכח הקומפרומיסו שנתחייב' בקנין לעמוד באותה פשרה וזו מוציא' מודעא על זה ואם יש לנו ספק בשטר חיוב זה אם הוא קיים דשמא מחמת פחד האונס הודית הנה היורש עכשיו נקרא בעל השט' ויד בעל השטר על התחתונה וכבר כתבנו דהכא כ"ע מודו שמאח' שהלך והחתי' הנכסי' עפ"י השופט ואוקמינ' עלייהו אין אחר מעשה זה כלום כ"ש לפי מה שנאמר שעשה עליה חגי"ט שהוא הודית שיש לה ק"נ אלף לבנים ולפי נמוסם שהמתנה בטלה כמאן דגבינהו דמי הרי פעל ועשה דבר הרעות ויוכל.

ועדיין צריך לברר שאף אם נאמר דלענין ממונא היה מספיק לה מה שמסרה מודעא שמפני האונס נתרצית בכך מ"מ לענין השבועה חלה עליה אע"ג דאיכא אונס כדאמרי' בפ' ד' נדרים וכיון דאמר יאסרו אתסר עליה כל פירי עלמא ומשני באומ' בלבו היום אלמא אפי' במקו' אונס אם לא אמר בלבו היום היה נאסר בכל הפירות ומסתבר' דלא מהימנא לומר כך וכך היה תנאי בלבי דכל הנשבע לתועלת חבירו על דעתו הוא נשבע ואין לנו אלא מה שהוא משמעו' דבריו דדברים שבלב אינם דברים אע"פ שהביא בי"ד סי' רל"ב מתשובות הרשב"ץ מאלקנה שנשא פנינה על חנה אשתו ולפי שחנה הבריחה נכסיו הוכרח אלקנה לגרש את פנינה ולאסור אותה עליו וכתב הרב הנז' שיוכל לכוין בלבו על זמן מיוחד אע"פ שלא הודיע לעדים ואפי' לא הכירו באונסו דנאמן לומר באונס ובתנאי אסרתי אשה זו וכ"כ הרשב"א ז"ל עכ"ל דבר תימה הוא שיהיה נאמן על האונס ועל תנאי שבלבו דגבי אונסין שאני שהאונס נגלה לכל ולא חשיב דברים שבלב דמילי מוכחי וברירי לכל שומעיו נינהו כדאמרי' בפרק שבועות שתים בשפתיו ולא שגמר בלבו להוציא פת חטי' והוציא פת סתם ומשני לגבי אונסין חשיב אפשר אבל היכא שהשומעים אינם יודעים באונסו סתמא נשבע לעולם. אלא נראה שהנדון של הרשב"ץ כשאסר את פנינה בינו לבינה אסרה לא שחנה אשתו הדירתה עליו ואסרה על דעתה

אלא בשעה שגירשה הדירה ואסרה ומסתמא על דעתו ועל דעת פנינה נאסרה ויכול לומר לזמן או ע"ד תנאי שהיה בלבי אסרתי' תדע דהא קיהיב טעמא דנאמן כשם שהוא נאמן לומר אדעתא דהכי לא נדרי ואילו הנשבע לתועלת חבירו ולדעתו לא מהימן לומר אדעתא דהכי לא נדרי דעל דעתו הוא נשבע וכן אם אוסר את פנינ' בפני חנה אשתו ולבקשתה על דעתה אסרה ואין לנו אלא מה שנראין משמעותן של דברים.

ואין להביא ראיה ממ"ש בב"י בח"מ סי' ל"ד בשם הר"י ן' הרא"ש ז"ל במי שנתחייב בשטר ובשבועה לפרוע לזמן פלוני והשטר יוצא מתחת יד המלוה וטוען שעבר על השבועה והלה טוען פרעתי דאע"ג דלענין הממון חייב לפרוע לענין השבועה נאמן ואין לפוסלו דהתם ודאי נאמן שאינו סותר דבריו אלא מקיימן ואומ' פרעתי והשטר לפרעון עומד אבל הכא איך נאמין אותה לסתור משמעות דבריה שאסר' בלא שום תנאי ושיור כ"ש שהיא מודה שלא אמרה בלבה שום תנאי דודאי חלה השבועה ורביעא עילוה כאריה.

ואפשר שכל שחלה עליה שבועה אף חיוב הממון חלה עליה אעפ"י שמסרה מודעא מ"מ אגב אונסא בשבועה גמרה ומקניא נפשה ומבטלא למודעתא קמייתא דמסתמא לא היה בדעתה לחלל שבועתה אלא לקיימה וכה"ג כתב הרשב"א בתשובה על מי שנשבע לתת לא' מבעלי חובותיו כל מה שירויח אע"ג דמשועבד לב"ח אחרים דכתב להו דקנאי ודאנא עתיד למקני מ"מ יכול הוא לחזור בו כל שעדיין לא בא לעולם ואחר שנשבע לזה הו"ל כאילו חזר בו בפי' משעבוד הראשונים והר' מהריב"ל ז"ל בח"א כתב על הא דאמרינן דבמקום שכותבים את השטר לא קנה בכסף עד שיכתוב לו את השטר דמאחר שנשבע לו כבר גמר והקנה ה"ל כמאן דפריש דלקני בכספא לחודה.

והנה הרב בב"י סי' רל"ב הבי' תשובת הרשב"ץ ז"ל על שותפין שבירורו בכח חרם ונידוי לקיים מה שיגזרו עליהם הנבררים וא' מהם מסר מודעא שלא קבל עליו הנבררים אלא כדי שיתאמת מה שהיה חייב לו שהיה מכחיש וכתב כיון שקבל עליו בחרם אסור להתיר דינם שאין זה בכלל נדרי אונסין כיון שלא היו מכריחין אותו לקיים פסק דינם ובנודרין למוכסין בעינן שיאמר בלבו היום אבל בנדון זה אפי' הי"ל אונס זה שאמר כיון שסתם קבל עליו החרם או הנידוי חל עליו אם לא יקבל עליו פסק דינם עכ"ל וקשה דכיון דקי"ל כב"ה דאמרי אף פותחין לו בנדר אין חילוק בין הכריחוהו הם לקבל פסק דינם בין הוכרח הוא מחמת האונס.

ויראה שדברי רשב"ץ כך הם שכתב כיון שקבל עליו בחרם חמור לכתוב דינם שאין זה בכלל נדרי אונסים לא אמר אין זה בכלל נודרין לאונסין דהיינו מתני' דצריך שיאמר

בלבו היום אלא נדרי אונסין דקאמר היינו כההיא דפ' שבועות שתים דאמרינן האדם בשבועה פרט לאנוס כגון דתלויה שישבע לעשות כך וכך ההיא ודאי לא חיילא שבוע' כלל ומינה ילפינן דהיכא דלביה אנסיה כגון שבועה שלא אוכל זו אם אוכל זו ואכל את הא' בשוגג וב' במזיד פטור דבשעה שהיה לה לשניה לחו' לא קרינן בזה האדם בשבועה ה"נ אם היו מכריחי' אותו שישבע לא היה צריך שיאמר בלבו היום דלא חיילא כלל אבל השתא שלא הכריחוהו לישבע אלא שנשבע כדי להנצל מהאונס א' אונס הגוף וא' אונס ממון א' שפתחו לו וא' שפתח לעצמו לא הותר לאדם לישבע על שקר אם לא שיאמר בלבו דבר שלא יחלל שבועתו שלא מצינו שיהא מותר לו לאדם לעבור עבירה כדי להנצל מעונש גוף או מעונש ממון.

ואם נאמר לבטל החיוב שנתחייב לקיים גזרתם והשבועה מטעם שכבר היו מושבעים ועומדים לקיים גזרת הדיין הראשון הר' יצחק עמנואל אעפ"י שחזר ועשה מריבה עם האלמנ' והוצרכ' להודות לו לעשות קומפרימי"ס ולדיינים אחרים מ"מ לא התירו זה לזה השבועה הראשונה ולא אמרו זה לזה התקבלתי ולדברי הרשב"א וגדולים אחרים עמו בעינן שיאמר להדיא התקבלתי ואינה ניתרת ברצון בעל הדין לבד אלא כאותה שאמרו בפ' קונם קונם שאתה נהנה לי אם אין אתה בא ונותן לבני כור א' של חטין וב' חביות של יין רמ"א אסור עד שיתן וחכ"א אף זה יכול להפר את נדרו שלא עפ"י חכם ויאמר לו הרי אני כאלו התקבלתי הא לאו הכי עדיין הנדר במקומו והשבועה במקומה ואין שבועה שניה חלה עליה יראה דהא לא דמיא אלא לרישא דקונם שאיני נהנה לך אם אי אתה בא ונוטל לבניך כור א' של חטין וב' חביות של יין ה"ז יכול להתיר נדרו שלא עפ"י חכם ויאמר לו כלום נדרת אלא מפני כבודי זהו כבודי והתם לא בעינן שיאמר כאלו התקבלתי לפי שהוא אומר אדרבה נוח לו בביטולו של נדר מבקיומו וכיון שלדעתו נדר איהו בההוא נדרא לא ניחא ליה ולא דמי למי שרוצה בקיומו אלא שמחל שאז צ"ל הריני כאלו קיימתי וכאן נמי לא שמחל לה בעל דינה השבועה שיהא זקוק לומר לה הריני כאלו התקבלתי אותה הנאה המגעת לי בזה אלא אדרב' אין רצונו באותו פשר ולא באותה שבועה וכשבררו דיינים אחרים לתועלת עצמו עשה אולי יזכוהו יותר ממה שזכה עפ"י הדיין הראשון לפיכך משבירו להם דיינים שניים בטלו שבועת' שיאמר זה כלום נשבעת בראשונה אלא מפני רצוני זה רצוני ובאלה חפצתי יותר. אלא נראה בעיני שהמודע' מבטלת המעשה אעפ"י שלא אמרה בלב' היום שלא הצריכו לומר כן אלא כשלא קדם לה ביטול אבל היכא דמסר מודעא מעיקרא ואמר כל מה שאני נשבע הרי הוא בטל שאיני עושה אלא מפני האונס עדיף טפי מביטול בלב בשעת הנדר דהשתא

דבור ודבור הוא אתי דבור ומבטל דבור כאותה ששנינו אומר כל נדר שאני עתיד לידור הרי הוא בטל ומפרש בגמר' הרוצה שלא יתקיימו נדריו אומר כל נדרים שאני עתיד וכו' וכשאינו נזכר בשעת הנדר ממילא אתעקר נדריה ע"י התנאי שהתנה עליו בתחילה וביטו' בפה עדיף טפי מאומר בלבו היום דהא פרכי' בפרק שבועות שתים דלבטא בשפתים בעינן ומשני גבי אונסין חשיב אפשר כלומר דאותם הדברי' שבלב ע"י האונס הם מוכיחים וברורים לכל אבל כשמבטל בפיו בתחלה דבור הוא ולכך כתב הרא"ש בשם הר' אלעזר ממיץ שאם בטל בחשאי אין בטולו ביטול אעפ"י שחשב בלבו שנדר ע"ד תנאה הוו דברים שבלב ולא מוכחי אבל אם בטל בפרהסיא הוו ביטול ואעפ"י שיש מן הגאונים שאמרו שאין תנאי מבטל מה שאסר לאחר מכאן אלא בנדרים אבל לא בשבועות מ"מ רוב הפוסקים הסכימו שהשבועות והנדרים שוין לדין זה ואעפ"י שכתבו התו' דדוקא בשבועות שנשבע לעצמו אבל מי שהשביעו חבירו אין ביטול זה מועי' לו כלו' שע"ד חבירו הוא נשבע וכמי שמבטל תנאו לגמרי דמי התם במתנה סתם דאמרי' אין בכלל דבריו אלא נדרי עצמו לא נדרים שהוא נודר ע"ד חבירו אבל היכא דבטל במקום אונס האונס מוכיח שלא בטל תנאו ולכ' מסר מודעא על שבועה זו בפרטות.

ומעתה ההיא דרשב"ץ לא פליגא אהא דהרשב"א בשלא מסר מודעא אלא קבלת הנבררי' שלא היה מקבל אותם אלא כדי שיתאמת חובו ואח"כ קבל עליו בחרם לקבל פסק דינ' והוא מסר מודעא על קבל' החר' ולא בטלו בתחלה לפיכך חל עליו אבל בההיא דהרשב"א ביטול בפי' האיסור ואמר שאין דעתו לאוסר' אלא שלא תטרף דעתה של אחות' עוש' הלכך לא חל האיסור כלל. כללן של דברים שהמתנה קיימת והפשר בטל מעיקרו ככל הרשום בכתב אמת פסק החכם השלם טוביינא דחכימי כמה"ר שמואל נר"ו המורה לצדקה ולזכות האשה הזאת ומתוך חשיבתו אצלנו עד למאד נתבסם אני והוא בקו' בפני עצמו על כל רובי תורתו אשר אזן וחקר הגדיל תושיה וכאן הוצרכתי להאריך בההיא שמעתא דקני את וחמור להוצא מלב האומרים דבכל מילי איתא ועבדי לה כהלכתא בלא טעמא אכן משפט התורה צדקו יחדיו אמת ומשפט שלום דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

כי יפלא לפני עיני חכמים שאול ישאלו אעיקרא דדינא פירכא מאן עייל בר נפחא מה לי הכא כבר נפסקה הלכה ושמעתתא הא רווחא ויהיו דברי כמשנה שאינה כאטלולא וחוכא בשכבר הורה ירה אבן פנת יקרת תורת אמת עומקא דדינא למד דעת ליודעי בינה זה סיני עטרת זקנים החכם השלם רב ועצום הפוסק נר"ו ומי כמוהו מורה.

אכן כאדם הנושא ונותן להלכה אחרי דברו בקשור קיצור תמצית הדין בנ"ד אומר אני שההנחה שהניח החכם השלם הפוסק נר"ו שאין בנ"ד לא טעמא דהראב"ד משום השטאה ולא דהר"ן משום הקפדה מן הטעמים שכתב החכם השלם נר"ו בארוכה הנחה זו יתד היא שלא תמוט והדברי' ראויי' למי שאמרם ואין צורך עוד לאריכות זה כלל. הן אמת הנה מקום אתי להאריך בחידושים בדברי הר"ן ואסתירה פני מהם כי לענין זה הדין הולך אל מקום אחד בנ"ד והחילוק הג' שכתב הריטב"א משו' דערבם במלה א' ואמר כלכם אפשר לע"ד לשתפו עם הטעם דהקפדה דכתב הר"ן אלא דהריטב"א ס"ל דלא משגחינן בהקפדתו אלא כשערב ביחד דומיא דכור בל' סלע אבל את וחמור דמיא קצת לסאה בסלע ועל כל הג' חילוקים האלו הנאמרים זה קשה לכאור' דא"כ היכי מדמי להו אהדדי בגמ' דקאמר אי דאמר כלכם קני את וחמור הוא וכו' הא לא דמיין לפי החילוקים שחלקו מר כדאית ליה.

אבל אחר העיון נראה דודאי צריך לדחוק ולומר דלא מדמי להו אלא לענין שאין לב' אחיות קנין לקידושין כחמור לכל קנין ולשון הגמ' ה"ק אי אמר כלכם הא לקניית חמור דמי' ולא נחלקו בשיהיה דומה ענין זה לאחריות בלי חלוק למר כדאית ליה וגם בזה אין להאריך שכפי הנחתינו דבנ"ד לא שייך טעמא דהקפדה משום דהוי מתנה כאמור וא"כ לא נפקא לן מינה לענין דינא דנ"ד מידי.

ומה שכתב המרדכי בפ' מי שמת על מי שהקנ' מעות ומטלטלין בבת אחת י"א שלא קנה כלל וי"א שקנה הכל ורבינו שמחה דחה דברי שניה' וכת' דלא אמרי' דדמי לקני את וחמור דחמור לאו בר קנין הוא אבל מטבע נקנה במשיכה והגבהה וכו' עכ"ל ואני לעצמי מעולם נמנעתי לכתו' בענין זה כי ראיתי רבותי ז"ל שלא היו חוששין לסברות אלו כלל ואפי' להכרעת רבינו שמחה ואפי' להחזיק ממון ביד הנתבע דנראה דשלשתם פוסקים כרב המנונא באת וחמור דלא קנה כלום מכח הך סוגיא דקידושין ונדחו דבריהם לפני כל הפוסקים המפורסמי' שפסקו כרב נחמן ותירצו הך דקידושין כל חד וחד לפום חורפיה. ודוחק גדול הוא לומר דאף רבינו שמחה מחלק כמו שחלק הר"ן משום הקפדה והאי דקאמר דלא דמי לאת וחמור הכונה היא לומר דלא דמי לב' אחיות אלא שתפס לשון הגמ' כדפי' וזה דוחק שאין זה מדרך האחרונים אלא לפרש דבריהם באר היטב. ותו דא"כ מה לי אם הוא בר קנין או לא כיון שזה מקפיד ואומר כל מקחי אני צריך ואפי' נאמר דה"ק רבינו שמחה לא דמיא לב' אחיות דהתם איכא הקפדה משום דלעולם לא מצי מקדש ב' אחיות אבל בנדון דרבינו שמחה שמכר מטלטלין ומטבע ביחד מה הקפדה הרי יכול לומר לו קני לך המטבע' בהגבהה וכו' ויתקיים כל מקחך בידך.

אכתי קשיא התינח כשהמקנה רוצה להקנות כל המקח אבל אם אינו רוצה להקנות לו אלא המטלטלין וחזר בו מן המטבע ואינו רוצה להקנותו לו בשום אופן הרי יש כאן הקפדה לקונה וחוזר בכל ואיך קאמר ר"ש אף על פי שלא קנה מטבע מטלטלין קנה דמשמע דקנה מטלטלין בכל אופן אפילו אם אין המוכר רוצה להקנות המטבע כלל והא ליתא כדפי'.

ולפיכך מחוורתא כדכתבי' מעיקרא דהי"א שכתב המרדכי דסבירא ליה דלא קנה כלום ור"ש כלהו סבירא ליה הלכה כמ"ד באת וחמור לא קנה כלום כפשטן של דברים במס' קידושין וסברת' דחויה לגבי כל הפוסקים ז"ל כאמור ולפי זה אין צריך לדחוק נמי דבמכר דוקא מיירי אלא אפילו במתנה.

והשתא אפי' אם יש בנ"ד בתוך נכסי הנותן הקפות העכו"ם דלדידי ליתנהו בש"מ כיון דליתנהו בבריא לר"ת ור"י וא"כ איכא למימר דלר"ש דמיין לב' אחיות ולאת וחמור כיון דלאו בר קנין נינהו לא במעמד ג' לר"ת ור"י ולא במתנת ש"מ לע"ד לדידהו מ"מ המתנה קיימת לשאר נכסים בנ"ד לדידן דלא קיל"ן כרבינו שמחה אלא אפי' בהנהו דלאו בר קנין נינהו קנה מחצה כרב נחמן כלל הדברים אני מסכים עם החכם השלם הפוסק נר"ו זה סיני והדין דין אמת וכל דבריו צדקו יחדיו בכל אשר כתב נאם הצעיר יחיאל באסן.

סימן נג

שאלה לאה היו לה ב' בנות רחל ורבקה וצותה מחמת מיתה והיתה מיושב' בדעת' ואמר' בפני עדי' נכסי אשר לי אני מנחת לבתי רחל ילמדנו רבינו אם לשון אני מנחת יועיל ואת"ל דאין מועיל למקצת רבוותא אם יועיל ליורש והרי הוא כאלו אמרה נכסי אשר לי אני מורישׁ לבתי עוד ילמדנו רב לענין חנות א' שהיתה מקדמת דנא ללאה וכתבה בחיים חייתה על רחל בתה ואכלה רחל שני חזקה ויותר וטוענת רחל לרבקה אחותה שכבר נתנה לי אמי במתנה בחיים חייתה ואין לך חלק בה ורבקה טוענת תנאי היו דברי אמנו שאמר' לך שכל זמן שאני נותנת לך ה' אלפים לבנים אז נחלוק החנות בינותינו ואם אינך מודה לי בזה קבלי עליך חרם איך לא היה תנאי זה בינותינו ורחל טוענת אף אם היה כדבריך שתנאי היו דבריה כיון שאם את היית נותנת לי הה' אלפי' לבנים בחייה ואני לא הייתי רוצה לקבלם בודאי שאז היה לאמנו זכות בחנות שהיתה חוזר המתנה לבעליה כיון דבשעת מיתה נתנה לי כל נכסיה בפני העדים בלשון מתנת ש"מ א"כ ודאי שנכנס אותו זכות שהיה לאמנו בחנות הנז' בכלל כל נכסיה ילמדנו רבינו מורה צדק אם רחל נאמנת בטענה זו אם לאו ותהי משכורתו שלימה מעם ה' אלקי'.

תשובה מתנת שכיב מרע בלשון הנחה במחלוקת היא שנויה דלהרא"ש בשכיב מרע מהני דעיקר לשון צוואת שכיב מרע הוא בל' זה לפי שהוא נפטר מן העולם ומניח נכסיו אחריו ומהר"י קולון ז"ל בשרש צ"ד הביא מתשובת רבינו גרשון ז"ל דמשמע מינה דלא מהני בש"מ לשון דלא מהני בבריא ועוד הביא תשובת רבינו יצחק הלוי רבו של רש"י ז"ל והגאון הר"ר שלמה בר שמשון על ש"מ שאמר אני מניח לפ' שאין לשון הנחה לשון מתנה שלא צוה לתת ולא שיזכה כלום. ומתוך כך בטל הרב מהרי"ק אותה צוואה דאע"ג דהרא"ש בתראה הוא מסתמא לא הגיעו לידו דברי הראשונים ואילו שמיע ליה לא הוה פליג עלייהו כמו שהוכיח שם. והרב מהר"ר דוד הכהן ז"ל בתשובותיו סי' ל' תפס דברי הרא"ש ואמר שאין ראיה מדברי רבינו גרשום למי שאמר אני מניח ואותם תשו' לרבינו יצחק ורבינו שלמה אמר דלאו אינהו חתימי עלייהו ולא ראינו לא' מן המפרשים שהביאו דבריהם ואין לא ראינו ראיה ותא חזי מאן גברא רבה קמסהוד עלייהו ואפילו הרב בר פלוגתיה דמהרי"ק לא כחש בם אלא שחלק לפי עניינו. ואני בעניי זה כמה שנים הרחבתי בדברי הרב מהרד"ך ז"ל אשר הפלי' עצה הגדיל תושיה באותו פסק להוכיח דלשון אני מניח בשכיב מרע מהני וכתבתי מה שיש לטעון על ראיותיו ומאחר שהוא מחלוק' שקול אין להוציא מיד המוחזק. מכל מקום בנ"ד נ"ל דכל שאלו אמר נכסי לבתי בלבד הוה מהני ונוטלת משום ירושה שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה בבנותיו כי אמר אני מניח לא גרע דאני מניח שתירש קאמר ואין משמעות מניח מוציא מידי משמעות נכסי לבתי אבל באינש דעלמא דכי אמר נכסי סתם לשון מתנה הוא כשהוסיף ואמר אני מניח תוספת המביא לידי חסרון הוא דלשון הנחה הוי סלוק ומתנה הקנאה ומשמעות מניח מוציא מידי משמעות נכסי לפלוני כי הא דאמרינן בפרק קמא דקידושין בהנך לישני דאיבעיא לן בגמרא לקוחתי עצורתי מהו ומוקי לה במדבר עמה על עסקי קדושין ואי דיהיב לה ושתק ה"נ הכא במאי עסקינן דיהיב לה ואמר לה בהני לישני והכא קמבעיא ליה הני לישני לקידושין קאמר לה או למלאכה קאמר לה ופרש"י והני לישני אם לשון לעשות מלאכתו הם הרי גילה בדעתו שאינו חפץ לקדשה עכשיו מוכח שאנו מסתפקים בלשון בני אדם אם אלו הלשונות הם מורגלים שנאמרים לענין מלאכה הרי הלשון מוציא מידי סתם הקדושין שהיה מדבר עמה בתחלה אבל אם לא היינו מסתפקים אלא בדעתו אם כיון למלאכה או לקדושין היינו אומרים מסתמא לשם קדושין קאמר כסתם דבריהם ואף כאן אע"ג דבאיניש דעלמא דבעי למזכי מדין הקנאה לשון הנחה מוציא מידי הקנאה ביורש שאין צריך הקנאה אלא בירושה דאתיא ממילא הוא זוכה אין לשון הנחה מוציא מידי ירושה וכשם שאם אמר נכסי לפלוני זכה השתא

דאמר אני מניח לא גרע ודמי לאומר לאשה הרי את מקודשת ולא אמר לי דקי"ל ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים ואינה מקודש' מ"מ כ' הרא"ש במדבר עמה על עסקי קדושין מהני אע"פ שהלשון גרוע והיינו לפי שאין בלשון סותר.

ואם באנו לבטל מתנה זו מדין דלא עשאה אלא אפטרופס כדאמרינן בכותב כל נכסיו לא' מבניו אפילו קטן המוטל בעריסה לא עשאו אלא אפטרופוס ואע"פ שהרי"ף ז"ל כתב דדוקא בן בין הבנים אבל שאר יורשים כגון בת בין הבנות או אח בין האחים לא הרי מחלוקתך בצדך הרא"ש ז"ל שכתב מדמבעיא לן בבת אצל הבנים משמע דבת בין הבנות פשיטא ליה דהוי כבת בין הבנים ואע"פ שרבינו חננאל והרי"ף חלקו בין כותב לנותן הרי מחלוקתך בצדך הרב ן' מיגאש שהביא המ"מ בפ"ו מה' זכיה דל"ש כות' ל"ש אומר אלא ההיא דריב"ב דבריו דלהקנאה גמורה ניתן וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן נכסי מחזקתייהו ואע"פ שיש לנו בזה ב' ספיקות והרב מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בכמה דוכתי מצדד לומר דבתרי ספיקי דמסייע לתובע מפקינן מיד המוחזק כמ"ש בח"ג סי' נ"ח ובשאר מקומות והרב מהר"ש הכהן קבע מסמרו' בסברא זו כמ"ש בסוף ח"ב מתשובותיו ואני בעניי מאד אני מפקפק בה ויש לי בה כמה תשובות כמו שכתב אצלי במקומ' מכל מקום בנדון זה יראה לי דלא חיישינן בהכי משום דלא משכחת תנא דמחמיר בה תרי חומרי דבבת בין הבנות ובאמירה לכ"ע זכתה כי הרב ן' מיגש ז"ל שנחלק על הרי"ף ואמר ל"ש כותב ל"ש אומר לא קנה לא נחלק בחילוק האחר להרי"ף ז"ל דדוקא בן בין הבנים ולא לשאר יורשים מטעם שכתב הרי"ף דכיון דשוייו' רבנן כהלכתא בלא טעמא אין לנו בו אלא חדושו ומה שהוצרך הרא"ם ז"ל להעמיד מילתא דריב"ב כשבירר דבריו ולא העמידה בבת בין הבנות משום דמשמע ביה ז"ל דההיא דריב"ב אף בבן בין הבנים איתא דאמלתיה דת"ק קאי דקתני איש פ' ירשני במקום שיש בת בתי תרשני במקו' שיש בן וקאמר ריב"ב אם אמר על מי שראוי לירושה דבריו קיימים כלומר אם המקבל מתנה ראוי לירושה כגון שהיתה בת במקו' שיש בת אחרת היה בן במקום שיש בנים אחרים ואפי' בכותב דהא מימר' דרב הונא לק"מ בכותב הוא ואמר נוטל משום ירושה וכריב"ב לכך הוצרך להעמידה כשבירר דבריו אבל בבת בין הבנות מודה הוא לטעמו של הרי"ף ז"ל דהבו דלא לוסיף עלה הוא והרא"ש שפקפק בבת בין הבנו' היינו משום דגריס איבעיא להו בת בין הבנים מאי משמע הא בת בין הבנות פשיטא ליה דקנת' אבל מודה הרא"ש לחילוקו של רשב"ם דבאומר נכסי לפלוני והוא יורש דבריו קיימים ועוד אפי' אם היה ספק לא מבטלינן מתנתא מכח אומדנא כגון האי דינא דלא עשאה אלא אפוטרופא אלא היכא שהאומדנ' ברורה אבל כשיש ספק בה

מוקמינן מתנה בחזקת' כההי' דפ' מי שמת ש"מ שכתב ועמד אינו חוזר חיישי' שמא יש לו נכסי' במדינ' אחרת וכתב הרא"ש והא דחיישי' מספקא לאפוקי ממונא היינו טעמ' משו' שיש כאן מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרי' אם עמד חוזר והאי אומדנא לא אמרי' אלא היכא דברירא לן בודאי אבל היכ' דמסתפק' לן לא אמרי' אומדנא וכן כתב בסמוך אבעיא דהקדיש כל נכסיו הפקיר כל נכסיו דסלקא בתיקו ומספקא לן אי שייך אומדנא או לא יראה דאין מבטלין ההקדש וההפקר מספקא דאין מבטלין מעשיו אלא היכא דבריר לן אומדנא כדפי' לעיל עכ"ל ואעפ"י שהרמב"ם יש לו דרך אחרת בזה כמו שביארתי במקומו מ"מ דרכו של הרא"ש כך הוא לפיכך מתנה זו שנתנה כל נכסיה לרחל במתנת ש"מ קיימת היא והרי החנות בכלל והואיל ובפני עדים היה אין עסק שבועה ביניהם הנלע"ד כתבתי הצעיר יוס' בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

ועל דבר מתנת החנות שאמרה רחל שנתנתה לה אמה בחיים חייתה במתנ' בריא ורבקה טוענת תנאי היו דברי אמנו שאמרה לך שכל זמן שאני נותנת לך ה' אלפים לבנים נחלוק החנות בינותינו ורחל טוענ' אף אם היה כדברך אם לא הייתי רוצה לקבלם היתה חוזרת המתנה לבעליה לאמנו וכיון שבשעת מיתה נתנה לה כל הנכסים במתנת ש"מ נכנס אותו זכות של החנות בכלל ומשמע שהשואל סבור שכוונת התנאי היה שתוכל רחל לעכב על רבקה ותתבטל המתנה ואז תחזור לאמה ותזכה היא בה במתנת ש"מ ואין זה במשמע שרחל זכתה לעצמה ולאחותה מאותה שע' כל זמן שתתן אחותה הה' אלפים לבנים ואין רחל יכולה לעכב.

סימן נד

בשטר מתנה שיצא לפנינו בא' שנתן הבתים שלו לבתו ואין כתוב שם כתבוה בשוקא וכו'.

הא דאמרינן בפ' חזקת ה"ד מתנתא טמירתא דלא אמר להו תיתבו בשוקי ובבריתא וכתובו כלומר דאפי' בסתמ' חיישינן כדמסיק רב אשי דבסתמא חיישינן וכתב הרא"ש ז"ל והאידנא דלא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנת' וכך אמר לנו כתובו בשוקא וחתמו' בברא הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים הילכך הוי כאלו אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא וכ"כ רבינו האיי ז"ל דהאידנ' לא חיישינן לסתמא עכ"ל הרא"ש אבל הטור בסי' רמ"ב אומרה בלשון אחרת משמו האידנ' דלא כתבי' בשטר' כתבוה בשוקא משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנתא הכי הילכך כשמצו' לכתוב שטר מתנ' סתם דעתו שיכתבוהו כמנהג הסופרים הילכך הוי כאלו אמר כתבו' בשוקא וכתב הרב בב"י ז"ל שלא העתיק דברי הרא"ש

כהלכתן דהשתא נראין כסותרים אלו את אלו שבתחילה כתב האידנ' דלא כתבינן וכו' משמע שבזמנו לא היו כותבי' ואח"כ כתב משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנתא וכתב הרב הב"ה ז"ל בלשון ראשון לדברי הטור ה"ק האידנ' כי נפק שטר מתנ' קמן כתוב סתם לא חיישינן למפסלי' משום דנהיגי למכתביה בכל שטרי מתנתא ואין נראה לפרש כן כלל דהיכי יהיב טעמא משום דנהיגי למכתב הכי בכל השטרות אדרבא כיון דהאי שטרא אשתני מעיקרא איכא למיחש ביה טפי ואין לומר דכל לשונות שהורגלו לכתוב אע"ג דלא נכתבו כמאן דכתי' דמו א"כ למה ליה למימר דמסתמא דעתו שיכתבו כמנהג לימא מסתמא אמרה אלא שלא נכתב בטעות דומיא דאחריות ט"ס ופשיטא דבהא מלתא ליכא למימר אע"ג דלא נכתב כמי שנכתב כיון דבסתמא בעלמא חיישינן עד דמפרש ליה בהדיא כתבוה בשוקא די לנו שנאמר דכיון שידע דרגילות לכתבו מסתמא כשהקנ' דעתו כמו שרגילין ומדכתבוהו מסתמא כך היה אבל כי לא כתבוה דילמא גלי דעתיה ונוכיח מדבריו על דבריו שכתב בתשובותיו כלל ס"ח הביאה הטור סימן ס"א כל שנהגו לכתוב במדינה הן נאמנות הן כתבוה בשוקא כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו כמנהג מדינה ע"כ. ומשמע דעל המקנה בסודר סתם קאמר שיכתוב כל מה שנהגו לכתוב ופשיטא דשטר שאין כתוב נאמנות לא אמרינן כמאן דכתיב דמי עד דמפרש ליה סופר וה"ה כתבוה בשוקא. ועוד מדברי התוס' מוכח בהדיא דאאמירה דנותן לעדים קאמר שכתבו כיון שאינו אומר לסהדי כתבוה ובידוע שדברי הרא"ש מדברי התוס' חוצבו וכן כתב הרב הב"י בלשון שני שנראה לו עיקר דהא דכתב לא חיישי' לסתמא היינו אם הנותן אמר סתמא כתבו אין אנו מצריכין אותו שיאמר כתבוה בשוקא וכדברי התוס' אבל לדברי הטור צריך לפרש כלשון ראשון ולא נהירא כלל. ולענין אסמכתא דבעינן שיקנו בב"ד חשיב כתוב בסי' ר"ז בשם מהר"ם דכותבין בשטר וקנו מיניה בב"ד חשוב אעפ"י שלא נעשה בבית דין חשוב שבעיר מידי דהוה אמתנה דכתבינן כתבוה בשוקא וכולי אע"ג דלא אמר וכו' ה"נ אעפ"י שלא היה בבית דין חשוב הו"ל כאלו הודה שהקנה לו בבית דין חשוב כיון דאמר לכתוב שטר אבל לא אמר לכתוב שטר לא אבל מה שסיים הרא"ש וכן כתב רב האיי דהאידנא לא חיישינן לסתמא קשה דמילתיה דרב האיי בצואות דוקא איתה ואדרבה איכא למידק מדבריו דבשאר שטרי מתנות בריא רגילי למיחש לסתמא וכן כתב דבמתנת ש"מ היכא דאמר לא תגלו הדין מתנת' אלא לאחר מותי לא חיישי' א"כ מאי סייעתא מייתי הרא"ש מדברי רב האיי במתנת ש"מ וכבר תמה הרב בב"י ז"ל על דבריו אלה וכתב שנרא' שסובר דטעמו של רב האיי משו' דנהיגי למכתב בשאר מתנות הכי. אבל קשה שהי"ל לרב האיי והרי"ף ז"ל לפרש טעם דבריהם

ויתר מכאן קשה שפירשו בדבריה' איפכא לא רגילינן בצואות למיחש לסתמא ומעשים בכל יום דנפקא תפקידא ולא חיישינן למאי דלא כתיבה בה פרהסיא משמע דבכל יומא רגילי הכי דלא למכתב ואלו דברי הרא"ש אין אלא היכא דרגילי כלהו למכתב. ונ"ל לומ' דטעמי' דרב האיי במתנת ש"מ דלא חיישינן בהו לסתמא מטעמא דמפר' בתר הכי היכא דאמר לא תגלו הדין תפקידתא עד לאחר מותי דאע"ג דבשע' כתיב' מטמרא בשעת חילוק המתנ' מפרסמא מילתא מ"ה כי הויא מסתמ' לא חיישי דמימר אמרינן הא דלא אמר כתבוה בשוקא ובבריתא לפי שלא היה רוצה שיתפרס' עכשיו בשעת כתיב' אבל בשעה שתחול לא איכפ' ליה דתתפרס' וכל דאיכא למיתלי דמשום הכי לא פירש לא חיישי' לסתמא. ולפי זה יתכן טעמו של הרא"ש ז"ל דמייתי סייעתא למילתיה מדברי רב האיי ז"ל דלא אמרי' כל היכא דאי' למיח' חיישי' היכא דאיכא למתלי בש"מ דמה שסת' היה מפני שלא היה רוצ' שתתפרס' לגמרי אלמא במקום אמתלאה תלינן בה ולא חיישי' לסתמא השתא נמי דהורגלו בכך בכל שטרי מתנת' כיון דאיכ' אמתלאי לומר דמשו' הכי לא הוצרך לפרש לפי שכשהקנ' דעתו שיעשו כמנהג תו לא חיישינן שמא ש"מ לא רצה לגלו' אלא מסתמ' כשהקנ' דעתו שיכתוב פרהסי' כך נ"ל דעתו של הרא"ש ז"ל ואף בזו אין רבי' מודי' לו שהרי כתב הריטב"א הביאו הרב בב"י בסי' ע"א כל דבר התלוי בתנאי כל שלא פירש אינו מחויב ואינו נכלל בלשון כחומר כל השטרו' אלא דברים שאין הסופר בקי בדקדוק ודברי' שהם תחת הכלל וכו' וכתב רב האיי ז"ל בתשוב' האי מאן דמקבל ליה למכתב שטרא בכל לישנא דזכות' אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי וכו' אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה וביטול מודעי לא מחשיבין ליה עד דמפרשן ע"כ והרי נאמנות וביטול מודעי שהו' נוהג בכל השטרו' ואעפ"כ כיון שאינו מפורש בשטר לא עכ"ל וה"ה לכתבוה בשוקא כיון שהוא צריך לפרש דבסתמ' חיישי' לא מחשבין ליה עד דמפרשן והטור שם בסי' ע"א הביא דברי ס' התרומות שכתב שטר שיש בו נאמנו' והעדים מעדים בפנינו שלא כתבוהו בצווי הלוה נאמני' לומר על הנאמנו' לא חתמנו ולא כתבנוהו בצווי הלוה אלא משום שופרא דשטרי כמו שרגילי' הסופרים לכתוב בכל השטרות וכו' ודברים אלו הפך תשובת הרא"ש ז"ל שכתב בסי' ס"א שכל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות הן כתבוה בשוקא כל מי שמקני כמנהג המדינה הוא ויש לתמוה על הטור שכת' שם תשובת הרא"ש בלי חולק וכאן הביא דברי בעל התרומות בלי חולק. וכתב שם הרב הב"י ב' לשונות ולדידי תרוייהו פריכי' הא' כתב אפשר דבעל התרומות מיירי בשאינו מנהג פשוט במדינה לכתוב כן בכל השטרות ולא נהירא שהרי כתב שלא כתבוה אלא לשופרא דשטרא כמו שרגילין הסופרי' לכתוב בכל השטרות

ולפיכך לא חשיב ליה חוזר ומגיד ואם איתא שלא היה מנהג פשוט בכל השטרות וכאן נכתב אמרו וקנינ' על כל מאי דכתיב עידי שקר הם היאך מעידי' על מה שלא צוה הלוה ולא עלתה על לבו וגם אין דרך הסופרים בכך אלא צריכים לומר שלא חשו בזה לפי שרגילים לכתבו בכל השטרות לשופר' דשטרא כסבורים דלא ילפינן מינייהו ועוד פי' ג"כ שהרא"ש מיירי כשאין כאן העדים שיעידו שלא כתבוהו בצוויו. וקשה דמה בכך אפי' לא כתבוהו בצוויו כיון שקנו ממנו לכתוב שטר סתמ' כמאן דמפרש דמי שיכתבוהו כמו שרגילים. אלא מוכח מדברי ס' התרומו' דס"ל כדברי רבינו האיי שהביא הריט"בא ז"ל דבכל מילי דצריך לפרש אינו נכלל במה שיאמר שיכתוב כחומר כל שטרות דנהיגי בישראל אלא שצריך לפרש שהאמינו בהדיא וה"ה לענין כתבוה בשוקא. ואף הרא"ש מודה דהיכא דלא נכתב בשטר לא אמרי' בכלל כל חומר הוא דכגון זה נאמנו' ופרהסיא צריך לפרש. והיכ' דקנו מיניה ולא צוה בפי' שיכתבו שטר מהלשון שכתב הרא"ש באותה תשובה שהבאתי למעלה לענין כתבו' בשוק' דכשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרי' משמע דוקא במצוה לכתוב שטר ממש אבל לא בקנין גרידא אף על גב דסתם קנין לכתיבה עומד. והתשובה שהביא הטור סימן ס"א כתב הן נאמנות הן כתבוה בשוק' וכו' כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה משמע דבקנין גרידא כיון שהוא על דעת שיכתבו שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה. גם מלשון מהר"ם לענין אסמכתא דבעינן בב"ד חשוב שהבאתי לעיל שכתב כיון דאמר לכתוב שטר אבל לא אמר ליכתוב שטר לא משמע אע"ג דקנו מיניה וסתמו לכתיבה עומד בעינן שיאמר שיכתבו שטר וכן הביא שם תשובה מזומנת אם היה נודע לנו עפ"י ב' עדים שלא היה בב"ד ולא צוה בעדים לכתוב שטר לא היינו מוציאים ממנו ממון וכו' ותשובה זו כתבה רבינו ירוחם בשם הרא"ש ובשם רבני צרפ' משמע דהרא"ש צוה לכתוב דוקא קאמר וצריך לדקדק וליישב הדברים על בוריין והשעה דחוק' לכך ועוד צריך לראות במ"ש בעל התרומות שהביא הטור גבי נאמנות כתב דאיכא למימר אשאר מילי דשטרא חתימי כדמייתי בירושלמי נאמני' העדים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו שהירושלמי הזה מקומו בפרק קמא דר"ה גבי ש"ח המוקדמים פסולים דשאלו בירוש' מי מודיע וא"ר יוחנן הן הן עדיו ופריך והא עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בב"ד ומשני תמן כשאומר לא חתמנו ברם הכא על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו וכתב שם הר"י הלוי ז"ל ולמדנו מכאן שכל טעות שהעדים מצויין לטעות בו נאמנים בעצמם ואין בזה משום חוזר ומגיד וכן כתב הר"ן שהרמב"ן בפרק איזהו נשך הביא הירושלמי הזה ופירש כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר מיירי ומ"ה נאמנים

ותימה לי היאך הביא בעל התרומות ראיה מהירושלמי ולא ראה דברי הרמב"ן ז"ל והוא היה בקי בדבריו וחביב' ליה שמעתתי' דכל יומא ויומא שמעתיה בפומיה. ואי קשיא לדברי הרמב"ן ז"ל דמיירי בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אמאי כשאומר לא חתמנו אינן נאמנים כיון דאומר לא חתמנו חספא בעלמא הוא ויש לומר דה"ק תמן כשאומרים לא חתמנו כל עיקר החוב היה לראובן וטעינן וכתבנו לשמעון או שטעה הסופר בכל כה"ג אין נאמנים אע"ג דאיכא מגו דהו"ל כמגו במקום עדים דמסתמא העדים מדקדקים ואין טועין בכך כדאמר בספ"ק דגיטין גבי הנהו גנאי דעבוד חושבנא שאח"כ אינו נאמן לומר טעיתי אע"ג דאית ליה מגו וא"ת ומאי שנא מהא דאמרי' בפ' בתרא דכתו' עשאה סי' לאחר אבד את זכותו ואמרו בירושלמי לא סוף דבר שעשא' אלא אפילו עשאה אחר והוא חתום עליה בעד אבד את זכותו ואמאי לא נהמניה ליה כשיאמר על זה לא חתמתי אלא על עיקר דמכר בלבד ויש לומר דבדבר זה דידוע הוא שיש לו קרקע סמוך לקרקע זו שנמכר וצריך לסיים המצרים ודאי דרמי אנפשיה לדחות אם כותבים אותו בשמו או בשם המחזיק בה עתה ולא הי"ל לתתם למדנו דבהא דכתב בס' התרומות הרמב"ן ז"ל חלוק עליו ותימה הוא שהטור והב"י לא הביאו חולק בזה הנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נה

וששאלתם באב שחלק נכסיו לבניו על פיו בשעת מיתתו והם משתי נשים וכדי להפקיע כתובת בנין דכרין נתנם במתנת ש"מ מהו.

תשובה אין האב רשאי להפקיע דין כתובת בנין דכרין דהא אמרינן בפרק מציאת האשה האומר אל יזונו בנותי מנכסי אין שומעין לו ולמדנו משם לכל שאר תנאי כתובה כמ"ש הרמב"ם בפ"ט מה' אישות ואם נתן נכסיו במתנת ש"מ הבן יורש מהם כתובת אמו כדאמרי' בפ' י"נ גבי מזונות אלמנה השתא ירושה דאורייתא אמרת אלמנה נזונית מנכסיו מתנת ש"מ לא כ"ש וממנה למד הרמב"ם ז"ל לענין כתובת בנין דכרין שירשו כתובת אמם ממתנת ש"מ הואיל ומתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה והסכימו בזה גדולי המורים ז"ל ויש לו בזה שקלא וטריא ומקום עיון כמ"ש במ"א ואין כאן מקומו ואע"פ שהראב"ד ז"ל חולק ואמר דמתנת שכיב מרע למשועבדים דמי הכריעו רבותינו האחרונים דשקלי כתובה בנים ממתנת שכיב מרע הלכה למעשה.

סימן נו

שאלה ראובן היה נשוי עם לאה זה כמו ז' שנים ולא היה להם בנים ועשתה בעודה בריאה שטר וזה נוסחו בפנינו ח"מ באה אשת ראובן ואמרה לנו הוו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח שבעולם וקנו ממני קנין שלם מעכשיו וחתמו ותנו ביד

בעלי הנז' להיות בידו לזכות ולראיה ברורה שמדעתי ורצוני הפשוט בלי שום זכר אונס כלל והסתה ופתוי כלל הקניתי לו ד' אמות קרקע שיש לי ואגבן הקניתי לו ג"כ כל נכסי עזבוני מעכשיו ואחרי מותי אם אמות בחיי בעלי הנז' ולא ישאר ממני זרע ש"ק שירשני בעלי כל סכי כתובתי כל נכסי עזבוני יהיה נ"מ או שום נכסים שישארו אחרי מותי לפי שבעלי הנזכר עשה עמי כמה הטבות ראשונה שזה כמה שנים שנשאני ולא הריתי ולא ילדתי ולא ערער עלי ולא חלק עמי. שנית שהתניתי ונתפשרתי עמו שאם ח"ו ימות בחיי וישארו לו בנים או בנות שאחר שאתפרע מכל כתובתי משל' כל השאר מהנכסים שישארו אחר פרעוני שאחלק עם בניו וזרעו ויורשיו חלק בחלק שוה בשוה גם אני הטבתי לעשות עמו שמעכשיו כנז' ואחרי מותי כל נכסי כתובתי או נ"מ או כל מה שימצא מעזבוני הכל יהיה לבעלי הנזכר כדין התורה ואין לשום יורש וגואל הבא מכחי זולת בעלי הנזכר שום חלק ונחלה בשום נכסי עזבוני לא מכח התקנה של טוליטולה ולא משום כח שבעולם זולת שלשלת אנבארי"ש אותה השלשלת לבד יהיה ליורשי כלם והשאר יירשני בעלי הנז' כדין תורת מרע"ה הכל באחריות גמורה דלא כאסמכת' ודלא כטופסי דשטרי וקנינא מהבעל הנז' ומאשתו הנז' קנין גמור וכו' ונשבעו שניהם לדעת המב"ה ולדעת הרב וכל אחד מהם לדעת הצד שכנגדו לקיים כל הנז' בביטול כל מיני מודעות וכו' ולראיה חתמנו שמותינו וכו'.

תשובה רואה אני שאשה זו כל עצמה לא באה אלא להפקי' חלק הנוגעים בנחלה מצד התקנה אבל לעצמה לא זכרה ולא ויתרה משלה כלום שהרי אם תתאלמן או תתגרש נוטלת כתובתה משלם שלא כתבה לו אלא שאם תמות בחייו בלא זרע ש"ק שירשנה בעלה ולא כל הימנה להפקיע התקנה ולגרוע זכות יורשיה יורשי כתובת' כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' שבכלל נ"ה ולא שני לן בין שתהיה מתנת ש"מ ובין שתהיה מתנת בריא מהיום ולאחר מיתה כל שאינ' מתנה גמורה שאפילו תתאלמן או תתגרש לא תטול כלום ואין מעשיה קיימים כמו שמפורש בדברי התוס' שם.

ושמא תאמר שלא אמר הרא"ש כן אלא לפי דקדוק התקנה של טולטילה אבל הכא מאן לימא לן שמנהג קוסטאנט' בירושה הוא עצמו מנהג טוליטולה ועליו סמכו שמא הקדמונים ז"ל מאליהן קבלו עליהן עפ"י אותה התקנה נוהגים ובאים. והרב מהרי"ק ז"ל בסי' קי"ח כשהביא הטור תשובת הרא"ש ז"ל שיצא מכלל דבריו שאין בידה לשנו' כלל לתתו לא לבעל' ולא לאחר כתב ומבואר שם בתחילת הכלל הנז' שלא כתב כן אלא לפי לשון תקנת טוליטולה וכמו שדקדק שם מלשון התקנה הנז' וא"כ אין ללמוד מזה לתקנה אחרת שאינה כתובה באותו סגנון עכ"ל. איכא למימר שאפי' נניח שאין זו תקנת

טוליטולה הפך ממה ששגור בפי הכל נהי דלענין מתנתה לאחרים הדבר תלוי בדקדוק לשון התקנה כמו שאפרש אבל לענין מתנתה לבעלה בטלה הרא"ש ז"ל מתרי טעמי וניכרים מתוך דבריו ז"ל. חדא דכל שלא נתנה מחיים אם תתאלמן או תתגרש מצי למימ' נחת רוח עשיתי לבעלי ואין מתנתי כלום. ועוד שאם אתה אומ' יכולה לתת לבעלה מה הועילו חכמים בתקנתם אין ספק שתתן מתוך קטטת הבעל שאין אדם דר עם נחש בכפיפה ובכל תקנה שבכל עיר ועיר יש לנו לומר כן שלא תהא רשאה לתת לבעלה דהני תרי טעמי רויחי נינהו. אי טעמא דנחת רוח הא איתא בעלמא גבי מוכר שעבודה של אשה דתנן בפרק הנזקין לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה וכו' ותנן בפ' חזקת אין לאיש חוקה בנכסי אשתו דפרכי' הא ראיה אית ליה ותימא ליה נחת רוח עשיתי לבעלי והרמב"ם כתב בפ' כ"ב מה' אישות האשה שמכרה או שהקנית לבעל' מנכסי צ"ב וכו' ואעפ"י שקנו מידה חוזרת בכל עת שתרצ' שלא נתנה אלא מפני שלום ביתה. וראיתי לרב מהרי"ק ז"ל בא"ה סי' צ' שכתב מדברי הרמב"ם ז"ל משמע שכל זמן שלא חזרה ולא טענה כן מחילתה קיימת. ונ"מ לדידן שכותבים בכתובה שאם תמות האשה בחיי בעל' יחזרו חצי נצ"ב ליורשיה וכו' אלו דבריו ז"ל.

וקשיא לי בגווייהו דכיון דמטענת נחת רוח מפקינן מלוקח אלמא מסתמא אין מעשיה כלום דאי מסתמא אמרי דהוה מתנה עד שתטעון בפירוש היכי צייתי' לה לאחר זמן שתערער להפקיע זכות הלוקח דילמא קנוניא עשו ביניהם הבעל והאשה ובראשונה נתרצית והשתא מהדר קהדרא בה דקי"ל טענינן ללוקח כל מאי דמצית למיטען ותו מה פרכי' בפ' חזק' ותימ' ליה נחת רוח עשיתי לבעלי הא שפיר שייך למתני אין לו חזקה הא ראיה אית ליה כשזו אומרת להד"ם ומדלא טענה נחת רוח וכו' אלמא נתנה ברצון טוב עכשיו חוזרת אלא משמע דעל הסתם המכירה בטלה ואין לה דרך שתתקיים הילכך לא שייך בהו ראיה כלל. ואדדייק לשון הרמב"ם שכתב חוזרת ואמאי לא דייק לישנא דמתני' דקתני מקחו בטל ובטל לאלתר משמע. ואין לדקדק מלשון חוזרת בכל עת שירצה דלא בעי למימר שתהא מתנה עד שתחזור בה דלא מצינו קנין שיהא בו חזרה אם לא שלא היה קנין מתחלתו וכן כת' שלא נתנה אלא מפני שלום ביתה א"כ אפי' לדבריו ז"ל לא דייק לישנא דחוזרת אלא ה"ק חוזרת ותובעת בכל עת שירצה לפי שלא נתנה אלא מפני שלום בית' ומצינו כלשון הזה שאמרו לענין מתנת ש"מ אם עמד חוזר ואעפ"י שלא חזר בו בהדיא משעמד נתבטל מאליו. אעפ"י שלאחר מכאן הכביד ומת מחולי ראשון אלמא כשאמרו חוזר היינו לומר שהמתנה בטלה. והרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' זכיה הביאה לזו כלשונה ולא הוזקק לתקן הלשון ולו' נתבטלה מתנתו ובסוף הפרק הביא דין עמד ומת

מחולי אחר שנתבטלה מתנתו ומלשון הרא"ש ירא' דאפי' לאחר מיתה אמדינן לדעתה דמשום נחת רוח הוא דקעבדה שכתב אין מתנתה מתנה ודאי אם היתה נותנת מעכשיו בענין שלא הית' יכול' לומ' נחת רוח עשיתי היתה המתנה קיימת משמע דהואיל והיתה יכולה לומר אנן טעני' ליה ומבטלינן מתנה. ואם איתנהו להני מילי לא הוו שתקי מיניה כל המפרשי' ז"ל.

והטעם השני גם הוא טעם מספיק בכל תקנה שתהיה שאנו אומרים דעת המתקנים שהעמידו דבריהם שלא יתבטלו דאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם כדאמרינן בפרקא קמא דכתובות אהא דקאמר חכמים תקנו לבתולה מאתים ולאלמנה מנה והם האמינוהו שאם אמר פ"פ מצאתי נאמן ופרכינן א"כ מה הועילו חכמי' בתקנתם ומשני אין אדם טורח בסעוד' ומפסידה וכן בפ"ק דגיטין אלא מעתה גיטין הבאי' ממ"ה מה הועילו חכמי' בתקנת'. וכו' וכן בכמה דוכתי. ובהא ודאי אם היה רשות ביד האשה לתת לבעלה לא הועילו כלום כדאמרינן בפרק החובל וכי תימא דתזבין כתובתה בטובת הנאה כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן. אם כן היכי תיסק אדעתין דבעלי התקנ' הזא' טרחו בכדי וכן בסוף פרק יש נוחלין גבי ואחריך לפלו' אם נתנו לאחרים אין לאחריך כלום אבל אם נתנו במתנ' ש"מ לאו כלו' הוא ובפרק גט פשוט מצאתי במרדכי תשובת רבינו מאיר ז"ל דהיינו טעמא דכתובה נגבית ממתנת שכיב מרע כדי שלא יבא כל אדם ויפקיע כתובת אשתו שיתננה לבניו או לקרוביו ואם כן מה הועילו חכמים בתקנת כתובת אשתו. הילכך נראה ברור שבכל תקנה שתהיה הדין הזה נוהג בה כדי שלא תוכל האשה לתת זכות ורשות לבעלה מכל הני טעמי דכתיבנא.

והא אין עליך לומר אלא דמה שהוצרך הרא"ש לדקדק מלשון התקנה היינו לענין שלא תוכל לתת חלק יורשיה לאחרים דהתם ליכא טעמא דנחת רוח עשיתי ומה הועילו חכמים בתקנתם דטובא הועילו לגבי בעל שלא ירשם ומקיים בהו ותם לריק כחכם אבל אם תרצה לתתם מתנה לאחרים מה בכך הא ודאי אי לא עבדא ליה ניחא נפשא לא יהבא ואפי' בנחלת הבנים אמרי' הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי וכו' וגם מלשון א' שבתקנה היה מוכיח שיש בידה לתת לאחרים ממ"ש שם שיחשב כאלו מת הבעל בחייה אלמא לא הפקיעו ירושת הבעל שאילו מת בחייה הרי נשארו כל הנכסים בחזקתה ויכול לתת ולמכור ולעשות בשלה מה שתרצה. לכך טרח הרא"ש ז"ל ודקדק מלשון התקנה שכל כוונת' היה לעקור ירושה מן הבעל ליורשיה אבל בחייה לא השליטוה בנכסים לתתם לכל מי שתרצה שאינו מוכיח מן התקנה שירדו להפקיע תקנת אושא שאמרו האשה שמכרה בנ"מ בחיי בעלה הבעל מוציא מיד הלקוחות ולא

אמרי' שיהו מכורים עד שימות אלא המכר בטל לאלתר כמ"ש הרא"ש עצמו בפרק נער' ולא יפו עתה כחה בתקנה זו להשליט' בנכסים אלא כשם שקודם התקנה אינה יכולה לתת לשום אדם גם עכשיו לא השליטוה בנכסים בחיי בעלה כלום. ודקדק הרא"ש ז"ל מלשון התקנה שכתבו להלן ואז נחשוב לענין זה כאלו מת הבעל בחייה דמשמע אז לענין זה דוקא אחר מיתת' נחשוב כאילו מת הבעל בחייה לענין שירשו יורשיה מחצית הנכסים אבל לא שתוכל לתת בחייה לשום אדם זהו דרך הרא"ש באותה תשובה כמו שברור לכל המסתכל בה.

ואל תשיבני מתשובת הר"ר שלמה בן הרשב"ץ שהובא שם בב' מקומות שיש להם תקנה אם תמות האשה בחיי בעלה יחזיר מקצת הכתובה ליורשה אם אותו מקצת רצתה האשה למחול לבעלה והוציא הבעל שטר מחילה מזה היה קיימת ע"כ דמשמע לכאורה מדבריו אלו שהיא יכולה למחול זכות היורשים שזו אינה חולקת על תשובת הרא"ש ז"ל כי לא יחלוק על הטעמים הללו שזכרם הרא"ש שאינם תלויים בלשון התקנה ואין דבריו שם בנותנת לאחר מיתה אלא במוחל דלגמרי משמע שמוחלת מחצית הכתוב' חלק יורשיה שאפילו אם תתאלמן או תתגרש לא תטול זולתי המחצה האחר דאז מחילתה קיימת דלא שייך בה טענת מה הועילו חכמים בתקנתם דחזקה אין כל הנשים רוצות להפסיד ולחוב לעצמן בכך ואם זכת' זכתה דומי' דמאי דמשני בפ"ק דכתובות חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה וגם אין שייך כאן טענת נחת רוח עשיתי לבעלי כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ח דלא שייך לומר נחת רוח עשיתי אלא כשהבעל מוכר קרקעותיו ושותקת מחמת נחת רוח שלא יאמר הבעל עיניך נתת בגירושין או במיתה אבל אין האשה מוחלת לבעלה זכות שיש לה עליו מחמת נחת רוח דאין כאן איבה אם לא תמחול לו ומחילה גמורה היא עכ"ל. וכן כתב הר"ן ז"ל בפרק נערה ולזה התנה הרא"ש בכלל נ"ה שאם האשה נותנת מעכשיו הנכסים לבעלה בענין שלא היתה יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי כיון שנתנה לגמרי המתנה קיימת וכענין זה הם דברי הרב שלמה כ"ץ ז"ל וסגנון אחד עולה לשניהם. ואפשר היה שאם מתנה זו שנתנה לבעלה היה בעד טובתה כגון שע"י כן גם הוא מתרצה שיחלוק בנכסיו עם בניו או שע"י כן נתחייב שלא לישא אשה אחרת עליה אע"פ שאין לה בנים ממנו היינו אומרים במתנ' זו דמי ליזבוני ולא שייך בה טעמא דנחת רוח ולא טעמא דמה הועילו חכמים אבל לפי לשון הכתוב בשטר נראה שכבר הטיב לה לשעבר הטבות הללו ועכשיו הוא גומלת לו בזה והא לא נפקא מתורת מתנה דבסתמא אמרינן אי לאו דעבד ליה נייח נפשה לא הוה יהיב ליה ועוד שדברי רמאות הם מ"ש בשטר שהם ספור דברי האשה שאומרת שבעלי

התנה עמי שאחלוק עם בניו ואין כתוב שם שהבעל מודה בתנאי זה ואין לה שום זכות משטר זה כלל ואם איתא היה ראוי שיכתב בשטר זה דמסתמא לא נכתב כבר בשטר בפני עצמו דודאי לא היה מתנ' בכך בלא תנאי הב"ד שאם תמות יירשנה וראוי שיכתבו שם התנאים בשטר א' אלא לא כתב בשטר כן אלא לתת אמתלאה לדברים שעשתה זאת בשביל טובה שעשה לה.

כל זה אני כותב ללמוד להלכה בכל תקנה שתקנו בכל אתר ואתר. אבל בתקנה זו הנוהגים בקושט' רואה אני שהוא שגור בפי הכל שקורין לה תקנת טוליטולה ועל פיה נוהגים בכמה פרטים ובשטר עצמו של המתנה כן כתוב והבא להוציא מחזק' זו ולומר שאינה תקנת טוליטולה עליו להביא ראיה ולא מצינו חילוק אלא במתה והניחה זרע דלתקנת טוליטולה יחלוק עם הזרע ובקושטאנדינה נוהגים שהבעל יורש את אשתו.

ודל מהכא כל זה באשה המכנסת שום משלה אבל באב הפוסק מעות ונדוניא לבתו אין אנו צריכים לכל זה דמסתמא ע"ד התקנה הנוהגת הוא נותן הילכך אין לבעל ולא לבת עצמה רשות באותן הנכסים שלא נתנו להם אלא על מנת כן ובכל תנאים הנהוגים בכתובה אף על פי שלא נכתבו כמי שנכתבו דמי ואמדינן לדעתיה דאב לא יהיב אלא אדעתא שתחזור חלק הירושה ליורשים. וכן מצאתי לרבינו ישעיה האחרון ז"ל בפרק מציאת האשה וז"ל ונראה בעיני שלפי מה שאנו מתני' במנהגינו שאם תמות האשה קודם בעלה בלא בנים תחזור נדונייתה ליורשי אביה אין רשות לאשה ולא לבעל למכור הנכסים שהכניסה לו וכן קרקע ששעבד לה בכתובתה פן תתאלמן או תתגרש ותצטרך לגבות כתובתה מהם וכך יורשי אביה יכולים לעכב למכור בנכסים או קרקע המשועבד לכתובתה פן תמות היא ויצטרכו היורשים לגבות מהם שכמו שהבעל משועבד לאשתו אם תתאלמן או תתגר' כך הוא משועבד ליורשי אביה אם תמות בלא בנים עכ"ל ונראין לי דבריו ז"ל באב הפוסק ע"י בתו דאלו אשה המכנס' נכסים משלה לבעל מי סלק רשות האשה מהם שלא תוכל לעשות בהם כאד' העושה בשלו אלא במכנס' משל אביה דאמדינן דעתה שלא נתנה אלא ע"ד כן והאשה עצמה אינה רשא' להפקיע זכות יורשי האב ואם תאמר לא תהא תקנה זו גדולה מתקנת חכמים בכתובת בנין דכרין ואפ"ה אמרינן בפ' נערה מוחלת כתובתה לבעלה אין לה כתובת ב"ד מ"ט אחולי אחילת' ואפילו באב הפוסק ע"י בתו איתא דהא אמרי' מפני מה תקנו כתובת ב"ד כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו ונימא שאין האשה רשאה למחול הואיל ויש רשות ליורשים בכתובה ליורשה לאחר זמן וי"ל דבתנאי כתובה ב"ד לא זכו בהם היורשים בשום דבר מעכשיו דבנצ"ב שהכניסה משל אביה לית להו זכיה בגווייהו ובכסף נמי אינן זוכין בה מעכשיו

כדי שיהא משועבד להם אלא יש להם זכות בנכסי אביהם לירש בהם כנגד כתובת אמן יתר על חולקהון דעם אחוהון ולהכי לא טרפ' ממשעבדי דירתון תנן ובמית' האשה נמחל שעבוד כתובתה הילכך יכולה היא שתמחול כתובתה שהרי היא כאלו התקבלה ושו' אין כאן כתובה שירשו היורשים אבל לפי תקנה זו היורשים זוכין בנכסי צאן ברזל עצמן לאחר מיתתה ואין האשה יכולה למכור שלא נתנם האב אלא ע"מ כן ואף הרב מהר"ר יוסף בן לב בח"ב כתב שזכו היורשים ואין ביד האשה להפקיע זכותם אעפ"י שדבריו ז"ל שם צריכין תלמוד וכבר כתבתי עליהם זה שנים הרבה בתשובה לרבני מנטובה והעמדתי דבריו על בוריין קצרו של דבר אין שטר מתנה זו כדאי להפקיע התקנה ולהעבי' הנחלה מיורשיה.

וראיתי אני דברי המורים שכתבו בזה הנדון ומלייהו שניין דא מן דא יש שרוצים ליפות כח השטר כנגד התקנה ויש שרוצים לגרוע כחו של שטר מטעמי' שונים וראיתי להביא תורף דבריהם ועלימו תטוף מלתי בדרך קצרה וא' מחכמים השלמים נר"ו כתב כי נראין דברי הרא"ש ז"ל תמוהים שלא תהא תקנת טוליטולה גדולה מזכות שיש לאשה מדין תורה בשאר כסות ועונה דמהני' מחילתה והעלה שטעמו של הרא"ש ז"ל שאפי' אם תמחול האשה כתובת' לגמרי או שתתן גוף הנכסים ובוטחות הנשים בבעליהן שלא יגרשום נחשב זה בעיני הרא"ש ככל שטר מברחת דלא דמיא לאם אמר שהאשה מוחלת כתובתה לבעלה זהו בזמן הגמרא שהבעל יורש את אשתו אבל הכא אמרי' שלא מחלה אלא להבריח ירושת יורשיה לכך הצריך הרא"ש ז"ל טענת נחת רוח ובנ"ד אמר דודאי לא שייך הברחה ונחת רוח כיון שנשבעו שניהם ע"ד המב"ה ודאי כונתה לזכות לו מחיים וממילא יסתלק זכות היורשים לאחר מיתה זהו תורף הוראתו ובאמת כי בעיני יפלא אם מה שתמ' על הרא"ש שלא תהא תקנה זו גדולה מדין שאר כסות ועונה אין כאן תימה דבשל עצמה רשאה לחוב ולא בשל אחרים להפקיע זכות היורשים ואם במה שיצא לידון בדבר חדש מטעם מברחת שלא הוזכר בדברי הרא"ש כלל ואין כאן טעם להברחה דהתם אומדן הוא שעשתה כן לצורך עצמה שתוכל לשלוט בנכסי בעלה לעשות בהם חפצה אי נמי שלא יירשנה בעלה וישארו בניה בחוסר כל ומפני כך הוזקקה להערים דהרי אומדן דעתה הוא דדעתה קרובה אצל בניה וקרוביה אבל שנאמר שעשתה להוריש זכות קרוביה לבעלה הא לאו אומדן דעתה הוא שמפני כן עשתה והכניסה עצמה בספק אם יוציאנה בלא כתובה ואפילו תימא שלבה בטוח בבעלה שלא ישקר באמונתה מי הבטיחה שאם תתאלמן תגבה מן היורשין ותו דלא אמרי' מברחת אלא באשה לגבי בעלה דאף על גב דלא קננהו לוקח לא קני להו בעל דעשאום כנכסים שאינם ידועי' לבעל כמ"ש

התוס' דבמי שנותן נכסיו מחמת שהוא רוצה ללוות ע"כ כיון דלא קנה מקבל המתנה הרי נשתעבדו לב"ח ואין זה רצונו הילכך אמרינן דמתנתה קיימת וכן יש לנו לקיים כאן מתנתו של בעל ותו מברחת להההוא מילתא שהבריח' מיהת מהניא הכא נמי תועיל לענין זה שירשוה בעלה אעפ"י שלא תועיל לאם תתאלמן אלא ע"כ טעמא משום דהפקעה לתקנה הוא הכא נמי בנ"ד הפקעה לתקנה הוא והוא לא כן ידמה שהוא סבור שהמתנ' זו מתנת עלמין היא ע"כ בא עליה מטעם מברחת וקיימה מכח השבועה ואיני מוצ' מקום להבין כזאת מלשון השטר דמוכיח להדיא שמתנה זו אינה מתנ' גמורה שאם תתאלמן או תתגרש לא תגבה כתובה שהרי לא כתבה לו אלא שאם תמות בחייו שירשנה בעלה כדין התורה ואם תתאלמן או תתגרש אין בעלה ולא הבאים מכחו יורשים מדין תורה ומבואר הוא שלא נתנה לה אלא זכות היורשים אם תמות תחתיו ובהא לא שייך דין מברחת כלל דבהא מאי איכפת לה שירשנה בעלה והבאים אחריה מכחם בהמו' ירעו ואין כאן טענת רמאות ולא אמנה אבל יש לנו לבטל מעשה מפני שהם הפקע' לתקנה לגמרי כמ"ש א"נ מטעם דאנן סהדי שלא עשתה אלא מפני שלום ביתה שהרי אין אדם דר עם נחש בכפיפה א' ובנדון זה מה יועי' כי נפג' בו על דברת שבועת אלקי' כי היא ודאי אינה חוזרת בה ולא תתבע תביע' זו אלא שאנו מבטלים אותה מחמת התקנה או מטע' שרצת' להניח רוחו של בעל בכך ואבעי ליה לעיוני בהרא"ש עצמו שם באותו כלל ששאלוהו על אשה שנתנה מתנה גמורה לבעלה וטוענת שלא נתנה אלא מפני קרוביה שלא היתה מפוייסת מהם והשיב שהמתנה קיימת כל שנתנ' מחיים לגמרי ולא בטלה מטעם מברחת שהאשה עצמה היתה טוענת כך אלא ודאי מילי דכדי נינהו ומ"ש הרא"ש שאם נהנה באותו ענין שלא תוכל לומר נחת רוח עשיתי לבעלי היינו כשנתנה מתנה חלוטה דלא שייך טעמ' דנחת רוח כמ"ש לעיל ולאפוקי היכא שנתנה מהיום ולאחר מיתה דכיון שאינה זוכה לעצמה בכך יש לומר מפני שלום ביתה עשתה.

ויש מי שיפה כח המתנה מטעם שאין תקנה זו הנוהגת בקוסטאנטינ' תקנת טוליטולה עצמה ואמר שכל דברי הרא"ש ז"ל אינן אלא על לשון אותה תקנה והביא דברי הר"ש בר צמח שהבאתי לעיל וגם דברי הרב מהר"י קארו ז"ל שם וכבר הוכחתי לעיל שדברי הרשב"ץ הם במוחלה לגמרי משמע ומודה הרא"ש בה גם הוכחתי כי מה שהוצרך הרא"ש לדקדק מלשון התקנה אינו אלא לבטל מתנת אחרים אבל לענין מתנ' לבעל' מסברא בטלה מהני טעמא דכתיבנא ומ"ש עוד שלא אמר הרא"ש שאינה יכולה לתת לבעלה אלא לפי מה שדקדק בלשון התקנה שכתוב בינו ובין הזוכים בירושתה זולתו לא דק כי כל מה שדקדק הרא"ש במלת זולתו לא אמר לפי האמת אלא לדבריו של הר"ר

ישראל שרצה לפרש שהזוכים בירושתה היינו הזוכים אף מדין מתנה א"כ לפי שיטתו ע"כ מלת זולתו מפיק בעל שאפי' נתנ' לו במתנ' לא יועי' ומיהו לפי האמת הרא"ש ז"ל סבירא ליה דהזוכים היינו יורשי' וזולתו היינו בעל שגם הוא יורש מן הדין הילכ' אם נתנ' במתנה לאחרים או לבעל ליכא למידק מינה אם לא מהנ' טעמי שכתב הרא"ש ז"ל עוד הביא מדברי מהר"י בן לב ז"ל בח"א שכתב שמה שכותבים בכתובות שאם תמות אינו תקנת טוליטול' לפי שיש בה כמה שינויים מתקנת טוליטולה למנהג שנוהגים לא אמרה הרב ז"ל אלא על מנהג שאלוניקי שכותבים תנאי זה בכתובה ובודאי שאין אותו המנה' מנה' טוליטול' לפי שמנהג טוליטול' אינו חולק אלא בבלאות הקיימים אבל מנהג שאלוניקי לחלוק בנצ"ב כמו שהחזיק' על עצמו ומה שבלה ונפסד או נאבד פורע מחציתם על פי התנאי שכותבים אבל בקוסטאנטינה אין כותבים שום תנאי בכתובה אלא בע"פ גובין עפ"י תקנת טוליטולה מה שנשאר מנכסי עזבונה ואע"ג דלא כתיב כמאן דכתיב דמי ע"כ נראה שהואיל שמתנה זו שנתנה עשתה כן כנגד טובה שעשתה לו שתחלוק בנכסי' אחר מיתת בעלה אין כאן טענת נחת רוח שלעצמה עשתה הא נמי ליתא דלא יהא אלא כמכר דבמכר דאיכא זוזי מי לא אמרינן טענת נחת רוח הא בפ' חזקת דמתמה' הא ראיה אית לה במכר מיירי וכן כתב' הרמב"ם ז"ל במוכרת נצ"ב לבעלה דיכולה לומר שלא עשתה אלא מפני שלום ביתה ועוד ראיתי לו שהביא הא דאמרי' בפ' י"נ נכסי לך ואחריך לפלוני אם הראשון ראוי לירושה לאו כלום הוא דירושה אין לה הפסק והקשה היכי מהני תנאה דמנהג העולם לקחת יורשי האשה חצי הנדוניא הא ירוש' אין לה הפסק והעל' דהיינו טעם המנהג משו' דמתנ' שנתן אבי הנער' לבתו ע"ת הוא הילכך אם לא יתקיים התנאי המתנה בטל' ויצא לו מכלל דבריו שהיכא שלא היה שם של אב אלא שהכניסה האשה מעצמה לא מהני תנאי דירושה אין לה הפסק ולא חש לקמחיה דכותבת בשעת הנישואין ועדיין לא זכה בירושה מהני תנאה כדאמ' בר"פ הכותב דמצי מסתלק מירושתה ומוקי לה בכותב לה ועודה ארוסה ובשעת הנישואין נמי עדיין לא זכה והרי הוא כונסה ע"מ שלא ירשנה וכמ"ש המ"מ בפ' י"ב מהלכות אישות א"כ מאי מייתי מההיא דפ' י"נ דירושה אין לה הפסק אכתי בשעת התנאי לאו יורש הוא ותמיהא לי דאיבעי ליה לעיוני שלפי דבריו באשה המכנסת משל עצמה לא מהני תקנ' וזה אינו דבכל ענין התקנ' נוהגת.

ואשיבה ידי על דברי המורה לצדק' בצדקת יורשי האשה ורואה אני את דבריו בזה שזכה מטעם ביטול התקנה שהדבר פשו' מדברי הרא"ש ז"ל אלא שאני הוצרכתי להאריך

ולהוכיח שאף בכל תקנות שבכל עיר ועיר הדין הזה נוהג להוציא מלבן של אומרים שאין מנהג קוסטאנטינה מנהג טוליטולה.

אכן אשר עוד בקשה נפשו לבטל את המתנה מן הדין מב' טעמים הטעם הא' משום דמה שכתבה לו מעכשיו ולאחר מיתה לא אפשר לפרשה כההיא דפ' יש נוחלין דמפרשינן גופא מהיום ופירא לאחר מיתה אם כן הו"ל דומיא דגט דמספקא לן אי חזרה הוי אי תנאה הוי ועוד הכא א"א לומר תנאה הוי לפי שאמרה לשון ירושה שכן כתבה לו לאחר מותי אם אמות בחיי בעלי ירשני בעלי ואע"ג דקימא לן כריב"ב דאם אמר על מי שראוי לירושה דבריו קיימים זהו דוקא במתנת ש"מ אבל בבריא פסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל דלא קנה ואפי' תפס מפקינן מיניה ואע"ג דכתב בה גם לשון מתנה ותנן כתב בין בתחלה בין באמצע וכו' משום מתנה דבריו קיימים דקדק מלשון הגמ' דדוקא שאמר תנתן שדה פלוני לפלוני וירשנה בוא"ו אבל לא שיאמר תנתן שדה לפלוני שירשנה בשי"ן דמשמע דפרושי קמפרש שהמתנה היא ירושה דוקא זהו תורף מה שכתב בטעם זה.

ואיני רואה את דבריו ראשונה מ"ש דלא שייך לפרש כאן גופה מהיום ופירא לאחר מיתה ודמהו לגט דליכא לפרושי אלא או תנאה או חזרה זה אינו דשפיר שייך לפרש גופא מהיום ופירא לאחר מיתה שאין לבעל בחצי גוף הנכסים כלום לא עכשיו ולא לאחר זמן שבחייה אינו יכול למכור וכ"ש אם תתאלמן או שנוטלת כליה שהדין עמה משום שבח בית אביה ולאחר מיתתה בחייו חוזרים ליורשים נמצא שנתנה לו גוף חצי הנכסים מהיום שלא תחזור בה ופירא לאחר מיתה שיוכל למכרם ויהנה בהם וישען בהם ומ"ש שאפי' בתנא' א"א לפרש כיון שאמר' בלשון ירושה ליתנהו לה"מ מכמה טעמי חדא דכמה מרבות' פסקו דבעיין דבריא איפשיט' דדבריו קיימים והיכי מפקי' ממונא מיד הבעל המוחזק בנכסי' דמצי למימר קים לי ככל הני רבוותא דלאו קטלי קני באגמ' אינון ואפי' להנך רבוותא ספיקא הוא דבעיין לא איפשיטא ואמרי' שלמקצת רבוותא אם תפס לא מפקי' מיניה כדכתב הרא"ש ז"ל בריש מציעא דהו"ל כההיא דתקפו כהן מוציאין מידו אבל יש שפוסקי' תקפו כהן אין מוציאין מידו ואפי' להרא"ש וסיעתו דס"ל דתפיס' ספק לא שמה תפיסה ה"מ שתפס לאחר שנולד הספק כי ההיא דתקפו כהן דבאיסורא אתא לידיה אבל הכא תפוס ועומד היה בהם קודם שנולד הספק ודל מהכא כל זה אעפ"י שלא היה תפוס היתה מתנתה מתנה דע"כ לא אמרינן דאם אמר משום ירושה לא אמר כלום אלא משום דמתנה על מ"ש בתורה הוא וטעמא דבבן בין הבנים אמר ריב"ב שדבריו קיימי' לפי שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה דכתיב ביום הנחילו את בניו ובבריא מספקא לן אי (לא) קרינן ביה ביום משום דבההיא יומא

לאו בר אורותי הוא ולא נתנה תורת רשות להנחיל אלא בו ביום שישארו הבנים יורשים וחזר הדבר להיות מתנה על מ"ש בתורה אבל הכא בנ"ד אדרבא הבעל יורש גמור הוא מן התורה ואינך לא זכו אלא מכח התקנה ומאחר שיש יכולת בידה להקנות לאחרים בקנין כשהקנתה לבעלה ואמרה לשון ירושה מה בכך ודאי כל מתנה לגבי יורש ירושה הגע עצמך שכתב נכסיו לבנו לאחר מותו ואין שם יורש אלא הוא וכתב לו בקנין מעכשיו שירשם לאחר מותו מי מבטלים למתנה שיוכל לחזור בו מפני שכתב לו לשון ירושה הא קושטא דמילתא קאמר וארכבה אתרי רכשי מהיום שלא יוכל לחזור בו וירושה לאחר מיתה כדין התורה ועוד דהכא לא הזכיר לשון ירושה בגוף הנכסי' שנתנה מהיום אלא בפירו' דלאחר מיתה ובההיא שעתא שפיר שייך ירושה וביום הנחילו קרינן ליה ועוד דאפילו במי שאין ראוי לירושה כל שהזכיר לשון מתנה בין בתחילה בין באמצע בין בסוף דבריו קיימי'. ומה שדקדק שכיון שלא אמר וירש בוא"ו אלא שירש בשי"ן לאו כלום הוא דפרושי קמפרש אין זה דקדוק של כלום דלקיים המתנה גילוי בעלמא סגי לן שלא נתן דוקא משום ירושה ולא משום מתנה שהרי בכותב לשון ירושה לבד הוי גילוי מילתא ממתנה שנתן לאחר בשדה אחרת בלשון מתנה ואעפ"י שהם שני בני אדם וב' שדות הרי אילו מוכיחות זו את זו כ"ש כשהחזיר בתחלה לשון מתנה שלא תחזור ותבטל מפני שאמר אחר כך שירשנו דודאי דלשון בני אדם ירושה קרו לה כענין שנאמר והנה בן ביתי יורש אותי וכתי' ובני עשו ירשום.

והטעם הב' שרצה לבטל המתנה לפי שכתוב בה שזה עשתה לפי שגם הוא עשה טובה עמה שזכה לה בנכסיו אם ימות בחייה שתחלוק במותר הנכסים שימצאו יתר על כתובתה עם בניי חלק כחלק. ואין הטבה זו עולה בדין שאינה יכולה לזכות בנכסים שבאותה שעה כי מה שנמצאו עכשיו שמא לא יהיו נמצאים באותה שעה כמ"ש הרשב"א בתשובה שהובאה בב"י בא"ה סי' ר"ן א"כ מתנה בטעות היא כההיא דפ' חזקת בעובדא דרב גידל ולא הויא מתנה זהו תורף דבריו וכמה תשובות בדבר חדא דאפי' אם לא היתה זוכה באותם הנכסים מחמת שלא היו נודעים אם היו בשעת המתנה מ"מ כבר הגיע לה מעתה הטבה גדולה דבההיא הנאה דאחשבה וחלק לה כבוד גדול לחלוק עם בניו גמרה ומקניא אעפ"י שלבסוף אולי לא תהנה מהם ולא אמרי' מתנה בטעות היא דגדולה מזו אמרו בפ' י"ן הכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליה שטר חוב ר"א אומר תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה ונמצאה קרחת מכאן ומכאן ופסקי' הלכתא דאמרינן הכי ואמרינן התם מ"ט אומדן דעתה הוא דניחא לה דליפוק קלא דכתבינהו לה כלהו נכסים אפי' חד יומא וכתב רשב"ם ומיהו מחילה בטעות ליתא דבההיא שעתא מתנה גמורה

היתה דהא אי בעי בעל מסלק לה בזוזי ע"כ אלמא אותו הכבוד שעושה לה גורם המחילה אעפ"י שלא הגיע לה הנאה ממנו. ובכותב לאשתו שתחלוק עם בניו נמי יש בו דין חלוקת כבוד ממ"ש שם בההוא פרקא אמתני' דפאה כתב לאשתו קרקע כל שהו אבדה כתובתה ומסקי' דמיירי בעשאה שותף בין הבנים ובההוא כבוד שחלק לה שעשאה שותף בין הבנים מחלה שעבוד כתובתה מהנכסים אלמא אף לעשותה שותף בתוכם כבוד הוא לה ומאחר שבאותה שעה נתייקרה בפני העם אעפ"י שלבסוף לא תהנה מהם כב' הגיע לה טובת הנאה גדולה ובההיא הנאה גמרה ויהבא ולא הויא מחילה בטעות. ועוד ודאי הנאה גדולה יש לה שכל הנכסים שאינן ידועים נטלתן משום כתובה ומזונות ונכסים הידועים כגון נצ"ב שלה שהם בידה והקרקעות נוטלת מחציתן משום מתנה ואין היורשים רשאים להגבות לה כתובתה מהם כדי שתפסיד מתנתה והא דאמרינן אי פקח הוא מגבי להו ההוא ארעא וכו' כתבו התוס' אעפ"י שאינן בדין להגבות לו קרקע אי יש לה מעות לפרוע הכא משום פסידא דלוקח מגבי ליה קרקע. ותו דכל היכא דלא ידיע מלתא יד בעל המתנה על העליונה כדמוכח מתשובת הרשב"א שהובאה בב"י ח"מ סי' ר"ן אמרו משמן של גאונים וכו' עד שעל היורשים להביא ראיה דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו וכל שטען חדוש עליו להביא ראיה. ובטור סימן קי"ב הביא משום הרמב"ם ז"ל והוא בספר התרומות דלוקח שקנה וטוען אח"כ קנאם שאם אין עדים שקנה הלוה נכסים אלו אלא שהיה מוחזק בהם שמעמידי' אותו בחזקתו שהיתה שלו ושל אבותיו מעולם וכן הורו הגאוני' בנותן נכסיו מעכשיו ולאחר מיתה שכל הנכסי' בחזקת שהיו באותה שעה הם ואע"פ שכתב שם הטור וי"א שלעולם על המלוה להביא ראיה וכו' זהו דוקא לגבי הלוקחים לפי שהם מוחזקים בודאי והמלוה בספק ואין ס' מוציא מידי ודאי אבל הכא אדרבא המקבל מתנה מוחזק בודאי והיורשים באים להוציא מחזקתו עליהם להביא ראיה. ומיהו מצאתי במרדכי בס"פ יש נוחלין תשובת מהר"ם על מתנ' שנתן ראובן לחתנו שיטול חלק בכל נכסיו קרקעות וספרים ומעות כאחד מן היורשים וכתב דוקא זכה בנכסי' המסויימי' וידוע לו בעדים שהיו בשעת המתנה ולא בנכסים דאיכא לספוקי בהו דשמא לאחר מכאן באו לידו וכבר כתבתי במקום אחר ישוב שלא יחלוק מהר"ם על דברי הגאונים ורמב"ם והרמב"ן ז"ל יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן נז

שאלתם פה גוליפולי מת עשיר בתוך זמן העריכה והניח ד' בנים גדולים נושאים ונותנים בסחור' ורוצים להפטר מהעריכה כי אומרים כיון שמת אביהם במתים חפשי והם אינם חייבים לפרוע יותר על מה שהיו פורעים בחיי אביהם ויש הסכמה קדומה בקהל

שכל יחיד שיפטר בתוך זמן העריכה חייבים יורשיו לפרוע המס המגיע לנכסיו והבנים טוענים על זה חדא שהסכמה זו לא נמצאת כתובה בספר ההסכמות מכלל שלא עמדה. ועוד שהרי אירע בב' או בג' בעלי ערך שמתו תוך זמן ולא פרעו יורשיהם. והק"ק טוענים אם לא נמצאת כתובה בספר לא הורע כחה מאחר שנודע שהיתה. ואם לא לקחו מס מנכסי אותם שמתו השנים היה הנוגע להם דבר מועט לא רצו להעמיס בו את יתומים קטנים והג' אע"פ שהיה עשיר לא הניח בן אלא בת בנו קטנה יורשת נחלה ופטורה ועוד כי היה החכם המרבי"ץ תורה בק"ק וכבוד עשה לו במותו.

תשובה לטענה הראשונה שטוענים היורשים שאינם חייבים לפרוע יותר ממה שהיו פורעים עד עתה. ראיתי בזה דברי החכם השלם כמהר"י ן' עזרא ז"ל על מי שהיו לו מעות שפורעים מהם מס ונכנסו לרשות אחר כיון שנתנם במתנה או השיא בתו ונתנם לחתנו בנדוניא או שמת ונפלו ליד יורשיו כתב שורת הדין שכיון שממון זה היה ניכר מחוייב למס אין טענה למקבל מתנה ולא לחתן לפטור את עצמו. והתחיל מביא ראיות הא' מדברי הר"ן ז"ל בתשובותיו סי' י"א ראובן שהיה דר בגירונדה וכו' עד והטעם בזה שחיוב המסים לא רמי אקרקפתא דגברי כשאר חובות וכו' אבל חייוב המסים מוטל על הממון וכו' ועוד הביא ראיות מתשובות הרא"ש כלל פ"ו ולמד שממון המחויב במס שנכנס ביד האדם הפטור חייב לשלם כמו בעל הממון עצמו ולפי דבריו גם אם לוקח או מקבל מתנה זו פטור מהמסים כגון שהוא מעיר אחרת או מקהל אחר מחייבים ליה כמו בעל הממון עצמו. ואיני מודה לו בזה שכל שנתן במתנה לאחרים או השיא בתו ונתנם נכסים לחתנו ואין לו להתפרע ממנו אין לקהלות על מקבל מתנה או החתן כלום לא מבעיא במעות וחובות דליתנהו בעינייהו דלית בהו שעבודא אלא אפילו במטלטלין דאיתנהו בעינייהו וכתב ליה מטלטלין באגב אין להם על הלוקח כלום כשאר ב"ח דעבוד בהו תקנת השוק כדכתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ' והטור סי' ס'. ומ"ש הר"ן ז"ל שלדין הגמרא במעות או עסק דליתנהו בעינייהו אין למלוה על מקבל מתנ' כלום דמשמע הא איתנהו בעינייהו מצי אשתעויי דינא בהדיה היינו לדינא דגמרא כל היכא דכתב ליה מטלטלי באגב ונאמר שחיוב המסים שכבר באו וחל שעבודן כמלוה בשטר וכשעבודא דמי כדאמרינן דמהרקיהו דהני בטפסא דמלכא מנח ושעבוד המלך ממשמש וחל על כל דבר שיש עליו שעבוד וזה מדינא דגמרא אלא דמטעם מנהג תקנת השוק שכתב הרא"ש אפשר שישנו גם לענין המס ואפשר שלא תקנו ולאו נהגו בה תקנת השוק ומיהו במידי דליתנהו בעינייהו ולא משתעבד כגון חובות ומטבעות לא שייך בהו שעבודא כלל ומ"מ כתב ז"ל שלפי הנהג' הקהלות שנהג בגביית המסים שמי שמעותיו מחייבים בחובות

הקהל ונתנם לאחר נכנס הזוכה תחת הבעלים אזלינן בתר מנהגא וזה דוקא בחובות שכבר נתחייבו בהם עשאו' כמלוה בשטר וכמטלטלין דאיתנהו אבל במסים שעדיין לא חל חיובן ליכא שעבודא ולא טרפי' מלוקח כלום ואפילו באלו החובות שכבר נשתעבדו ונתחייבו בהם אי לאו ממנהג הקהלות לא היו יכולים להוציא מידם הילכך במסים שעדיין לא חל חייובן אין על מקבל מתנה כלום ל"ש ליתנהו בעינייהו ול"ש דאיתנהו בעינייהו כגון מטלטלין לפי שקדם שעבודן לחייוב המס שאפילו אם קדם החייוב להם איכא למימר שיש בה משום תקנת השוק כשאר חובות דעלמא וליכא למימר דאלמוה לשעבודא דמלכא שלא עשו בה תקנת השוק שהרי אנו רואים מעשים בכל יום שאין מוציאין מטלטלים שמכר או נתן אפילו לפרעון המס שחייב כ"ש שלא יתחייב מכאן ולהבא.

ומה שהביא אח"כ שדבר זה תלוי בפלוגתא דרבוותא אי עקר המס תלוי אקרקפתא דגברי או דוקא על הממון מאותה תשובה להריטב"א הביאה הרב מהרי"ק ז"ל בח"מ סימן קס"ג שהרשב"א למד מאותה שאמרו בירושלמי גבי פוסק מעות לזון את בת אשתו מתה כבר מתה שהסכימו צבור עם אדם שאם שיפטרוהו ממס זמן קצוב כדי שיבא לדור אצלם או משום הנאה אחר' שעשה להם אם מת בנתים חייבים היורשים לפרוע מס על אותם נכסים והרא"ה ז"ל חולק בזה דשאני התם שהוא פטור נכסים ונתקבלו שכר ונפטרו נכסים ממס לכל אותו הזמן ע"כ ותלה מחלוקת בזה דלהרשב"א אקרקפתא דגברי מנח וכיון שמתחייבים יורשיו לשלם אבל לדעת הרא"ה הדבר תלוי על חיוב הנכסים וכבר נפטרו כל אותו הזמן ע"כ. ונ"ל שלעולם לא עלה על דעת הרא"ה ז"ל שהחיוב הוא על הנכסים ולא על החייב דאדרבא איהו אית ליה דין חייב ונכסיו דין ערב כדאמרינן בההוא דיינא דאחתיה לנכסיה דאמרינן דטעה דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה ואין נפרעין מן הערב תחלה אלא שחלק לומר דלא דמי להההיא דנתחייב לזון את בת אשתו שהוא חיוב מחדש בהא אמרינן מתה כבר מתה כי לא נתחייב ליורשיה והיכי נילף מינה לפיטור באדם שבא לכאן ע"מ שיפטרוהו זמן קצוב הרי ממון זה לא נתחייב מעולם והיאך יתחייב מאיליו במיתתו וכיון שהיורשים פטורים מן המס או שדעתם לחזור לעירם אבל הם מתחייבים במס למה יהיו פטורים הו"ל כנכסי דאתו מעלמא ובסברא זו נחלקו ולכ"ע חיוב אגברא רמי וזה נראה פשוט שאם בתוך זמן העריכה נתן נכסים במתנה או השיא את בתו אין לקהלות על מקבל המתנה כלום אלא על הראשון.

אבל אם מת בתוך זמן העריכה דבר זה שנפשוט פרעון מיורשיו כל מה שנוגע לו עד סוף הזמן ולא מטעם שחיוב המס על הנכסים שלא מן השם הוא זה אלא שהחיוב עליו

כשאר כל ב"ח ונפרעים מנכסיו לאחר מותו כדין כל מלוה בתוך זמנו דנפרעין אפילו מיתומים קטנים ואפילו היורשים פורעים מס במקום אחר או בעיר אחרת או שהם ת"ח דפטורים גובין מהם הדין פרעון חובת אביהם ואפי' לא ירשו אלא דבר מועט גובין עד כדי דמי המס. ולדברי מהר"י ן' עזרא ז"ל שהנכסים חייבים אין להם לפרוע אלא המס הנוגע לשיעור מה שירשו.

ומה שהביא מתשובת הרב מהר"ר שמואל די מדינא ז"ל בתשובותיו השייכות לח"מ סימן שס"ד שבמות האדם החייב ובניו מהפטורים שזכו בירושתם מבלי שיחוייבו לא הם ולא ממון הנכנס ברשותם כלל התם לא מיירי שמורישם חייב כלום מהמס אלא שכלה זמן עריכתו ועושים עתה עריכה מחדש ובאותה תשובה דשני אחים ומת אחד מהם בתוך זמן העריכה וטוען האח הנשאר כי במתים חפשי וכבר נפטר אחיו מן הפרעון והם תובעים ממנו שיפרע בעד אחיו הו"ל כנכסי דאתו מעלמא שאינו חייב לפרוע מס בעדם כפי ההסכמה שבתוך זמן העריכה יפרע הקצבה בין יעשיר בין יעני הא מלתא דתוואה הוא היאך יעלה על הדעת לפטרו לגמרי הואיל והנכסים ביד' ויבאו עליו הק"ק מב' צדדים אם אין קצבתנו עד זמן העריכה קצבה תפרע אתה שהרי העשרת ואם קצבתנו קצבה לעשר שנים בין יעלו בין ירדו תפרע בעד חוב אחיך שכבר נתחייב בעד כל העשר שנים וגברא רבה דאמר מילתא לא תחיכו עליה דודאי התם בפשיטות הוא טוען דבמתים חפשי ומי עשאם חפשים לנכסי החייב הואיל ונתחייב לזמן עשר שנים אפילו יעני הרי נעשה עריכת העשר שנים כמלוה ורשו ונפרעים ממנו ומהנכסים והרב ז"ל לא בא לבטל טענה זו אלא שאמר דמאחר שאפי' יעשיר אין יוסיף בעריכתו מה לי מתנה. ומהר"י בן עזרא חלק על רבו וחלק בין ירושה למציאה ואין לחלק ביניהם כלל דכך לי ירושה כמו מציאה אבל שם פשוט להם כי במתים חפשי שכך נהגו כי במות האדם ולא הניח אלא יתומים ואלמנה שאינן בני עריכה יעמיסו עריכתו על בני הקהל ועתה רוצים בני הקהל להעמיס על אחיו הואיל והוא בן ערך יקום על שם אחיו המת והאח טוען הואיל והמת נעשה חפשי אטו עלי דידי רמיא בהד' כ"ע אהיה נושא עמהם בעול ובזה דן הרב שמאחר שפקע חיובו של מת אין על אחיו חיוב יותר משאר בני הקהל ואם העשיר מעזבון אחיו מזלו גרם אבל במקום שאין מנהג זה פשוט אלא נפרעים מיורשיו ומאלמנתו עד זמן העריכה מדין שעבוד נכסים גם מבנים אלו שהם בכלל ערכין נפרעים מהם חובת אביהם מן הדין.

ומה גם לפי התקנה וההסכמה קדומה שיתפרעו מיורשיו עד תשלום זמן העריכה ומה שטוענים הבנים שאם היתה לשעבר כבר נתבטלה שהרי מצינו ב' או ג' בעלי ערך

שמתו ולא פרעו יורשיהם תוך זמן העריכה זה עשרים שנה על זה טען החכם השלם כמהר"ר מאיר נר"ו ב' טענות הא' דבשנים או בג' לא מיקרי מנהג קבוע ללכת אחריו כדכתב הריב"ש סימן תע"א על פיטור החזן מהמס ועוד שאם שמענו ביתומים קטנים שוותרו אצלם דלאו בני מחילה נינהו כלום שמענו בגדולים עשירים בעלי ערך איברא שאם היורשים באים להוכיח משם שנתבטלה ההסכמה שהרי לא נהגו בה אין צריך שיהיה מנהג קבוע כי הם אינם באים להפטר מחמת המנהג אלא באים להוכיח שאין לחייבים מחמת ההסכמה ובתרי או ג' הויא חזקה שבטלוה כ"ש אם לא היה אדם שמת בעשרים שנה אלא שיש מהם הוכחה שלא נהגו ההסכמה כלל ואפילו אם היו יתומים קטנים הואיל ואף הם בכלל ההסכמה יש מהם ראיה שלא נתקיימה. אלא שהכל שב על שרש הדין דכיון דמן הדין החיוב של עשר שנים מגבי' מינה ומגלימא דאכתפיה ונפרעים מנכסי עזבונו אחריו אעפ"י שנפלו לפני יורשים של עיר אחרת דלא שייך בגוונא דהכא מטעם זה חייבים היורשים ואם באים להסתייע מתורת מנהג שנהגו שלא להפרע מהיורשים בזה ודאי אין ראיה משלשה אלה שמתו שייקבע מנהג על ידיהם כ"ש אם היו יתומים קטנים. ומהג' שהוא החכם השלם המרביץ תורה אילו היו היורשים גדולים אעפ"י שבחייו היה פטור מדין ת"ח יורשיו שאינם בני תורה חייבים אם לא שהם בעלי ערך שכבר נקצץ עמהם בין יעלו בין ירדו והו"ל כהעשירו מאליהם אבל מאחר שיורשיו לאו בני חיובא נינהו אלא יתומה בת בתו שאין עליה חיוב כלל פטורה כי גם מחמת מורישה אין עליה חיוב דפטור היה. ושלו' הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה:

סימן נח

לקאפ"ה. שאלה ראובן תושב עיר אחת היה פורע מסים וארנוניות ואחר זמן בראותו שלא היה מצליח בכל אשר הוא עושה ולא מספיק מזונותיו בריוח עקר דירתו משם והלך לעיר אחרת ושנה מקומו אולי יצליח וירויח בריוח ולא בצער וזה עשר שנים שקובע דירתו במקום האחר אשר הלך שם בכח הורמנא דמלכותא לוקחים ממנו מסים ועולי מלכות וארנוניות במקום אשר הלך שם ואנשי עירו הראשונה שעקר דירתו ממנה דורשים ממנו ליתן להם גם עתה עולי מלכות כאשר בתחלה בהיותו שם ילמדנו המורה לצדקה מאחר שעקר דירתו משם זה עשר שני' ונוטלי' ממנו עולי מלכות מכח המלכות אם חייב לפרוע בשתי מקומות או לאו וכסא כבוד תורתו ירום ונשא וגבה מאד.

תשובה אדם שבא לדור בעיר אחת ושהה שם י"ב חדש נותנים עליו חומרי מקו' שהלך לשם לחייבו בכל מסי' ופרעונו' של אנשי העיר כמו ששנינו בפ"ק דבתרא כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר י"ב חדש ואוקימ' לה בגמ' למסי העיר וה"ה לכל מסי'

ותשחורו' כמ"ש המפרשים ז"ל. וחומרי מקום שיצא משם משעה שיצא נפטר מהם מכל פרעונות ומסים שאירעו אחר יציאתו ובמה שהוטל קודם שיצא ועדיין לא נגבה יש מי שפוטרו מהא דאמרי' התם בפ"ק דבתרא ההוא דמי כלילא דשדו אטבריה וכו' ערקו לפלגא כו' וכתוב במרדכי בהגהה מכאן אומ' רבינו תם אם המלך הטיל מס או מתנה על בני העיר וברחו מקצתם שפטורים והנשארים אינן יכולי' לדוחקן ליתן מס עמה' דהא הכא דליוה אפלג' קאמר אלמא דדין הוא דנפטר לגמרי אע"ג דלא מחל להם המלך כלום בשבילן ואע"ג דכב' שדו דמי כלילא אבל הרמב"ן ז"ל בחידושיו כתב אהא דערקו פלגא במקום שאין רבי יכול לכופן ברחו שאם היה יכול לכופן דין הוא שיכופם מאחר דשדא מלכא דמי כלילא נתחייבו כלם לתת ואקרקפתא דידהו ואנכסיהו מנח או שמא לא רצה רבי לכופם וכו' וגם המרדכי הביא כן בשם ר"י ז"ל שהשכיב מנהג בכל ק"ק שאין אדם יכול לפטור עצמו מן המס בצאתו מן העיר אחרי שנתחייב ובלא מנהג נ"ל דין תורה שכששאל המלך המס אפי' שערי דברא נשתעבדי' ובאמת דברי ההגהה משם רבינו תם קשים לשומעם דהא ודאי חל חיובייהו ושעבודא דמלכא רביע עלייהו וכדאמרינן מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח והיאך יפטר אדם בצאתו מן העיר וערוקיה מסתייה ועוד קשה כי שם בהגהה הביא משם הר"י מפריש על מתנה שהטיל השר וברח הא' שהנשאר תובעו שיפרע חלקו דדינא דמלכותא דינא ואפילו שערי דברא משעבדי וכן היו דנין רבינו תם ור"י כי כל דבר שהנהיגו השרי' והמלכים עפ"י דין קדמונים דין גמור הוא. ועוד כתב ואפי' היה שם קצבה ועתה הכביד עליהם היה אור"י ז"ל דדינא דמלכותא דינא להכביד על עמו למלחמה. וראיתי מי שפירש דבריו כמ"ש ואפילו היה שם קצבה כלומר בעת הטלת המתנה היה קצבה ואחר שברחו הכביד עליהם חייב הבורח לשלם והא ליתא דלהאי בתרא לא נשתעבד הואיל שהוא לא היה מצוי שם ולמאי דאשתעבד אשתעבד אלא אפי' היה שם קצבה באותו פרעון מקדמת דנא קאמר שהיה מנהג הקדמונים בדבר קצוב וזה הכביד עליהם בפע' הזאת והוסיף עליהם לא תימא דהא לא מיקרי דינא דמלכותא אלא חמסנותא קמ"ל דמ"מ דינא מקרי דהכי אורחיה להכביד לצורך מלחמה והכל לפי השעה ומיהו דוקא כשהיה הכובד הזה קודם שיצא אבל אחר שיצא לא משתעבד. ונראה בעיני דהא דרבינו תם לא פליגא אדינא דהרמב"ם ורוב מפרשים ז"ל אלא בפרושה דשמעתא פליגי שהני רבוותא מפרשים מילתיה במילי דהוא דינא דמלכותא לא שהועילה בריחתן אלא שלא רצה רבי לכופן. ורבינו תם מפרש דמן הדין לא היה יכול לכופן דלאו במידי דהוא דינא דמלכותא מיירי כגון כרגא וכסף גלגלתא מנדה בלו והלך אלא דמי כלילא דשדינהו לא היה מחק

המלכות להטיל על העם אלא השר עשה כן ולאו דינא הוא אלא גזלנות ולכך אותם שברחו פטורים היו ואפילו היו תובעים מהנשארים חלקם דאין לך נתפס על חבירו וחייב בר מכרגא דמלכא. ועל זה כתב מכאן אומר רבינו תם אם הטיל מס או מתנה על בני העיר וברחו מקצתם שפטורים דהטיל מס או מתנה לא משמע בחוקים שחקקו להם כבר אלא שרצה להטיל להכי ערוקייהו מסתיינהו. אכן בדינא דמלכותא שהוא משפט חרוץ לכל לכ"ע חל שעבודיה על כלם ודינו לגבות מן הנשארי' דמלכא לא טרח כדאמרי' הת' בהגוזל האי מאן דמשתכח בבי דרי פרע מנתא דמלכא דעבד מלך מלך ומלכא לא טרח וכיון שמשתעבד על חבירו חוזר וגובה ממנו בכל מקום שהוא לדברי הכל היכא שעדיין לא הוטלו המסים כשיצא מן העיר אין לחייבו במה שנולד אח"כ וכמו שמוכיח מן הירושלמי שהביא הרמב"ם ז"ל שם.

אבל יש לברר אם זה שיצא מעיר היה פורע כרגא דמלכא שם במקום הראשון והיה בפנקס בני העיר ואינם מוצאים אנשים שהלכו להם למ"ה או שמתו נמצא שזה עדיין חיובו קבוע שם והם פורעים בשבילו ונתפסים עליו הרי זה מתחייב עמהם ופורע מנתו כסף גלגלתו או ארנונא של ביתו הקצובה עליו אבל שאר מיני פרעונות ותשחורות בין שמטילין אותם לפי הממון בין לפי נפשות אין לתבוע ממנו שהוא לא יתחייב בהם הואיל ואינו דר עמהם אלא במקום שהוא דר ונושא ונותן עמהם שם יפרע ואפי' בהוצאת וחסרונות של הכרג"א עצמם אם רגילין להעמיס על העשירים לפי ממונם ולפטור את אשר אין ידם משגת וכן היה דינו של ראובן זה לפרוע כשהיה עמהם לפי עשרו עכשיו שפנה והלך אין עליו שום חיוב שמתחילה לא היה נותן אלא מדין צדק' ומדין המנהג עם כי אין העין שולט אלא בבעלי ממון עכשיו שראובן קבע במקום אחר אשר נושא ונותן אין עיניהם של א"ה שבכאן עליו ובמקו' שהוא דר שם מסייע עמהם וכן הורה הרב מהר"ר שמואל די מדינ' זלה"ה במ"ש בחל' ח"מ סי' שס"ב דכסף גולגלת' יפרע במקום שהוא כתוב בפנקס המלך אבל שאר מסים וארנוניו' יפרע במקום שהוא דר שם.

איברא דהיה מקום לפטור את ראובן זה בענין אחר דמסתברא לי שאם יש בעיר שהיה דר שם אנשי' שבאו ממקום אחר או קטני' שגדלו ובאו למנין ויכולים להשלים הפנקס עמהם אין על היוצאים חיוב לפרוע כסף גולגלתא שלהם בין שהיה הדבר קצוב עליהם בין שכתובים ונקובים בשמות לפי שמדין המלכות מקץ שנים לשנים להחליף אותם שמתו או שהלכו להם בחדשים או בנולדים שנולדו להם והם אינם עושים כן רק לפי שיודעים שיש להם תמורתם ואינן רוצין להפטר ולהציל עצמם בפנקס הראשון אין יכולים לתבוע מראובן שיאמר להם לא על עצמי אתם פורעים כי אם על עצמכם והנדון

של הרב מהרשד"ם ז"ל הוא שהיה רוצה האיש שנתיישב שם לפרוע זולתי במקומו הראשון שהוא כתוב שם כסף גלגלתו ומ"מ חייבו בשא' מסים וארנוניו' אבל אם היה רוצה להפטר ממקומו הראשון אף מכסף גלגלתא שיסירוהו מן הפנקס ישימו חדשי' במקומו כדינא דמלכותא היה הדין עמו אם לא שהיו באים בני עירו בטענה שלא היה בהם כדי להחליף ולתת גברא דקאי בחריקיה אי נמי לא הגיע עת הקבוע לבא בחקירה זו עפ"י שלוחו של מלך כמנהג וכל שלא הגיע זמן עדיין הוא בחיובו אבל הגיע זמן ולא הסירו שמו ולא החליפוהו באחרים שיש להם מההיא שעתא כבר נמחל שעבודו ואין להם עליו כלום והרב מהר"ר שלמה הכהן ז"ל בח"ב סי' מ"ג פטר את האיש לפי שהלך בזמן החילוף להוציא את עצמו מן הפנק' לא הניחוהו בני העיר דמשמע הא לא היה הולך כלל היה מתחייב ועוד משמע מדבריו שכל שלא הוציא עצמו מהפנקס היה חייב לפרוע המסים והארנוניות שהיה פורע שם ונרא' דלאו דוקא הוא אלא אפי' לא הלך אלא שהגיע זמן היינ"י אפטאש להסי' הראשוני' ולתת חדשים תחתיה' אפי' שלא החליפו כבר נפטר מחיובם אלא שמעשה שהיה כך היה וגם אם עדיין לא הגיע זמן לא היה מתחייב אלא במסים וארנוניות שהוא כתוב בהם אבל שאר פרעונות והוצאות שהיו הק"ק מטילין עליהם בהיותו בעיר מחמת עשרו ופטור הוא אעפ"י שכתב המסי' והארנוניו' שהיה פורע מקוד' לכן הרי נתן הטעם ואמר נמצא שבני העיר שיצא משם פורעים בעדו דמשמע שאין עליו חיוב אלא מה שפורעים בעדו אבל בשא' פרעונות והוצאות מצי אמר להו מאי אפסדתיכו ואולי באותו הנדון לא היו לוקחי' ממנו לפי ממון כי לא היה עשיר אלא שהדבר בנ"ד אמרו שהוא דבר קצוב מימי עולם בכ"כ פרחים עליהם אין להוסיף ומהם אין לגרוע לפיכך חובם תלוי על הכל והקהל יתנהגו כמנהגם.

והיה אפשר לומר עוד שראובן זה נעתק למלכו' אחרת שכבר יצא מתחת שעבוד המלך הראשון לגמרי פקע שעבודו ממנו ומדינא דמלכותא שלא לקחת ממנו כלום והו"ל כמאן דליתיה ואפי' אם יפרעו בני העיר עליו לא מתחייב ליתן דשלא כדין נוטלין מהם ואין לך נתפס על חבירו וחייב אלא בכרג"א דמלכא לפי ששעבודו של מלך חל עליו והרי משועבדי' בשבילו דמלכא לא טרח אבל זה שהלך למלכות שניה פקע שעבודייהו ואינו בדין שיקח המלך מהם בשבילו ואם לקח גזלנותא הוא ולאו דינא ומזלייהו גרם אלא שאמרו לו שכן מנהג המלכיות הללו שיש שלום ביניהם והמלך הקדרי משלים עם המלך התוגר והוא סר אל משמעתו ובכל מקום שילך א' מהמלך התוגר משתעבדין אותו בע"כ לפרוע במקומו וכן כשאיש א' מהמלך הקדרי בא לקאפ"ה פורע עם אנשי מקומו ובהא ודאי דינא דמלכותא הוא שכך התנו אבות זה לזה ג"כ נתבטלה טענה

הראשונה שאף אם יש בעיר כדי להשלים הקטנים שבהם הואיל והחיוב מוטל על כל יושבי העיר אעפ"י שילכו למקום אחר לא פקע שעבודייהו שהמלך אינו רוצה לפטור אותם שהלכו ממלכותו לגמרי ודוקא אם הלכו לעיר אחרת מעיירו' שלו הוא אינו מפסיד לפי ששם יפרע ונוספה פרעונם על פרעון המס ההוא אבל ההולכים למלכות אחרת מלכיות מקפידות זו על זו הם בזה ולא פקע שעבודייהו כ"ש בנ"ד שמתחיל' היה דבר קצוב שא"א לא להוסיף ולא לגרוע ומאותה שעה שהוקבע עליהם אותה קצבה נתחייבו כלם בה.

סימן נט

שאלה ילמדנו רבינו ראובן שעוסק בתורה יומם ולילה ותורתו אומנותו ומהמלכות מטילים מסים ועולי מלכות וארנוניות על הצבור דרך כולל קצבה אחת ולא דרך פרט לגלגלת יורנו המורה לצדקה אם ראובן זה פטור מלפרוע עם הצבור במסים ההם וכסא כבוד תורתו יכון לעד.

תשובה דבר ברור הוא שת"ח שתורתו אומנותו פטור מכל מיני מסים וארנוניות ממשא מלך ושרי' כמו שמפורש בפ"ק דבתר' ורבינו יהוסף הלוי ז"ל כתב אההיא עובדא דדמי כלילא דשדו אטברי' שמעינן מהאי עובדא ומהא דאמר רב נחמן בר יצחק עבר מר אדאורייתא ודנביאי כו' דכל מיני מסים וארנוניות המוטלים על הצבור בין קבועים בין שאינן קבועים פטורים ובא להשמיענו שאפילו הפרעונות הקבועים על כל איש ואיש לתת כסף גלגלתו הואיל והוא גובה אותם מן הרבי' ביחד ת"ח פטורים וכן נראים דברי הרמב"ם בפ"ו מה' ת"ת שכתב אין מחייבים אותו ליתן מס בין מס שהוא קצוב על בני העיר בין מס שהוא קצוב על כל איש ואיש ע"כ ודעת הרמב"ם ז"ל בחידושיו אינה כן שכתב אבל אם אמר המלך ליתן כל א' וא' כסף גלגלתו אין ע"ה פורעים בשביל ת"ח ולא עוד אלא דמלכא לא טרח אלא אמר כך וכך אנשים יש כאן ואם תפס מיחיד או מרבים ע"י כלם באים ע"ה וגובים מת"ח ופשיטא שאם הממונה הוא שגוב' כסף גלגלתא מכל א' וא' ליכא למ"ד שיבאו בני העיר לפרוע בעד ת"ח ולפטרן לא נחלקו אלא בכסף הקצוב לפי חשבון הגברים וגבאי של מלך גובה מהרבים כא' כמ"ש דמלכא לא טרח בזו הרמב"ם סבר שחייבי' ת"ח לפרוע מנתם ורב יהוסף ז"ל סבור שפטורים ובאמת צריך טעם לדבריו מאחר שהדבר קצוב עליהם ובשבילם תובעים אותם וכופים לפרוע בעדם הרי אמרו דבארנונא הנתפס על חבירו חייב חבירו לפרוע לו משעבודא דמלכא ונראה דבעי לאוכחי לה מההוא עובדא דכלילא דקאמר שאין פורעניו' באה לעולם אלא בשביל ע"ה הילכך אם לוקחה מת"ח אפי' מנת' הקצובה סוף שאותה פורעניות מתגלגלת ובאה

עליהם שאינה באה מתחילתה אלא בשבילם ומוכח נמי מהא דא"ל רב נחמן בר יצחק עבר מר אדאורייתא והיינו דכתיב כל קדושיו בידך שאף בשעה שחבבן הקב"ה לא מסרן לת"ח בידם כי הא דאמרינן בפ"ק דע"ז דרוכיאל שרו של פרס נקיט כתב' בידי' ואמר הבו לי רבנן לא יהבו ליה הילכך כשבאה פורעונ' לעולם ח"ו לא על ת"ח תהיה המגפה וכתיב נמי גם כי יתנו בעכו"ם עתה אקבצם אם כלם יתנו או רובם מיד היו נגאלין ואם מעט הם יחלו ממשא מלך ושרים משמע שבזכותם הקלנו מעליהם משא המסים הילכך אפי' דבר הקצוב עליהם לא יטלו מהם דאשתרושי משתרשי בהדייהו וכתי' נמי מנדה בלו והלך לא שליט למרמי עליהון מדכתיב לא שליט דייקי' דהול"ל לא לרמו עלייהו אלא דה"ק אין לנו שלטנות להטיל עליהם דלא אתמסור בידייהו דכתי' כל קדושיו בידך הילכך אי מקלקלי א"ה ורמו אגלגלתא דרבנן לא ילפינן מקלקלות דידהו אלא חייבים בני העיר להקל אותם מעליה' שכל מה שמקלים להם תועלת הוא לעצמם שלא יתוספו עליהם מסים ותשחורות אחרים זהו מה שנ"ל בטעמן של רבנו יהוסף הלוי והרמב"ם ז"ל.

ולענין הלכה כיון דפלוגתא דרבוותא היא איכא למימר שיכולים הרבים ליקח מהם דכל מילתא דספק כתבו האחרונים ז"ל שהרבים גובים המס הם מוחזקים וכמ"ש המרדכי פ' לא יחפור והביא תשוב' מהר"ם שכל יחיד שיש לו ריב עם בני קהלו מנהג ישראל תורה היא שגובין הקה' המס תחלה ממנו ואח"כ ירדו עמו לדין שרוצים להיות מוחזקים ותופסי' ונתבעי' ולא תובעי' והביא מהא דאמרינן בפ' איזהו נשך מהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח אלמא חשיב המלך כמוחז' במס שכל א' וא' אף כאן יהיו הקהל נקראי' מוחזקים ואיכא נמי למימר דדוקא במילתא דפסק' להו לבני העיר ובאים מחמת טענה ודאי הוא שאמרו שיגבו תחל' ויהיו מוחזקי' שכן כתב שם ואם יש עסק שבועה ביניהם הרשות ביד הקהל לישבע או להפכה על שכנגד' שכל שעה ידם על העליונה אבל מילת' דלא פסיק' להו היאך יוציאו ממון מספק שלא כדין ועוד דשאני הכא דמעיקר' מספק' לן אי שייך בהאי לומ' דמהרקייהו דרבנן בטפסא דמלכא מנח כיון דרבנן לא אמסו' בידייהו ויהיו הם מוחזקים והבא להוציא מהם עליו הראיה ומ"מ אני רואה שכבר נהגו ליקח מת"ח כרג"א דמלכא המוטלת על הגלגלת וארנונ' שהוא לפי מנין הבתים לפי שקצוב על כל א' וא' ועל כל בית ובית ממי ובעיר ואם בישראל צפת בהיות' עומדת על תלה בזמן הרבני' הגדולים והר"י ן' זמרה ומהר"י קארו ואבא מארי ז"ל שכתבו והחרימו לבלתי קחת מס מת"ח שתורתם אומנותם היו מניחים ליקח כרגא וארנונא של הבית הנגבים ממי שיש לו בית משלו אבל במקומו שאין גובין העוארץ לפי מנין בתים אלא מטילים אותם על בעלי הערך אעפ"י שאין להם בתים משלהם ומי שאינו בעל ממון אינו

פורע כלום אעפ"י שיש לו בית פשיט' דלכ"ע פטור ת"ח אעפ"י שיש לו ממון ובתים דאפקעתא דמלכא היא.

ולענין גדר ת"ח לא כל המקומו' שוין אבל לענין פטור המסים אין הדבר תלוי בחכם בעל הורא' ולא במי שהוא פרנס על הצבו' אלא כל תלמי' ותיק שקורא ושונה ומשמש ת"ח ויש לו לב להשכיל ולדרוש ולחקור ולבו על למודו ומתישב בתלמודו אסור ליקח ממנו שום מס ופרעון משא מלך ושרים ומ"ש הריב"ש בסי' תמ"ה על ש"צ שאינו פטור ממסי' כי לא פטרו אלא החכמים ומורי הוראות לאו דוקא חכמים דאמרינן איזהו ת"ח כל ששואלין ממנו דבר הלכה בכל מקום ואומרה אלא תלמיד חכם ועמלים בגמרא וראוייה להיות מורי הוראות בישראל אלא לאפוקי שליח צבור קאמר אבל תלמידים שממצים את מדותם לפני חכמים וקובעים ישיבה בכל יום ועיקר עסק' בתלמוד ובפוסקים אעפ"י שעדיין לא הגיעו לגדר חכמים ולא מורי הוראות פטורי' שכן מוכיח מכל הראיות שהביא רב נחמן דאוריית' ודנביאי ודכתיבי דאוריית' דכתיב כל קדושיו בידך הרי מסיים והם תכו לרגליך ודרשו אלו ת"ח שמכתתים רגליהם ממקום למקום ללמוד תורה. ישא מדברותך לישא וליתן בדברותיו של הקב"ה. הרי הכתוב מדבר בלומדי תורה ואצ"ל במלמד תורה ברבים. ודנביאי דכתיב גם כי יתנו בעכו"ם והיינו שינון התורה כמו ושננתם לבניך אלו תלמידי' ודכתיבי דכתיב כהניא ולויא ופלחי בדת אלהא מנדה בלו והלך לא שליט למרמי עליהון וכתבו התוס' לפי שהיו עסוקים במלאכת שמים בבנין ב"ה הכי נמי אין להטיל מס על לומדי תורה ע"כ הרי שכל התלמידי' לומדי התורה הואיל ועסוקי' במלאכת שמים דומיא דהנך דפלחי בית אלהא ואין צ"ל ותיקין הדנים לפני חכמים ונושאים ונותני' במלחמתה של תורה ומכתתי' עצמם לדברי תורה סוף שנושאים מדברותיו של מקום ואמרו כי מיץ אף יוציא דם זוכה ומבחין בין דם לדם ומיץ אפים יוציא ריב זוכה ומבחין בין ריב לריב.

סימן ס

לירושלים עיר הקדש אל החכם השלם כמה"ר ישראל זאבי נר"ו.

על דבר מה שתבע הסלטון ליושבי ירושלים תוב"ב שכל הבא לדור בה מזה ג' שנים שיפנה וילך לו. ושוב אמר שכל מי שבא מזה עשר שנים ושוב נתפשר ע"י טובי העיר בסכום ממון ופייסו אותו ונסתלק' אותה תביע' מעל כל הקהל ראיתי דברי כ"ת טובים ונכוחי' שמאחר שכל עילה של מושל אינו אלא על הממון ראוי לכל הצבור להשתתף בפרעון כי אין כונתו של מושל שילכו מהעיר כי מה הנאה יש לו אלא תואנה הוא מבקש כי ידע שיצר להם גם אל כללות הקהל מבלי היות להם מי שיסייעם בפרעונות

ההוים יום יום והואיל ונתפשרו עם המושל בשם הקהל ראוי שתהיה ההטלה נגבית בב' דרכים חלק א' כולל לפי ממון ככל שאר הפרעונות וחלק אחר לאותם הבאים מבחוץ לפי קירוב בתים מעשר שנים ואילך כהא דאמרינן בפ"ק דבתרא וכשהם גובין לפי שבח ממון גובין ולפי קירוב בתים ואם באו על עסקי נפשות גובין אף לפי נפשות שיש לנו להטיל ההוצאה על כל צדדי ההפסד. וההוא עובדא דהרא"ש בשחוק שעשו בפורים ההגמון הטיל העון על הצבור ומטעמא דאין אדם נתפס על חבירו וכו' אבל היכא דלא נתפס אדם ונפסק סתם ופייסו את המושל בממון לחלק הזה גובין לזה ולזה כההיא דפ"ק דבתרא. הצעיר יוסף מטראני.

סימן סא

שאלה ראובן מת והניח בנים ובנות הגדול שבהם כבן י"ו שנה והשאר קטני' ובהם ב' בנות קטנות הא' קדשה ראובן בחייו ונתן לחתנו המדודים ונתחייב בשטר לתת לו נדוניא סכום מה והשניה עדיין לא נתקדשה והנה עשו הק"ק עריכה כוללת ואמרו שלענין נכסי היתומים ישבעו האפטרופוסי' כמה הניח אביהם ועליהם יפרעו המס זולתי שיניחו להם מאה אלף לבנים שכך עשו הנחה לוותר סכום זו כשהם יתומים קטנים ועוד יש להם הנחה שכשהם בנות לא יגבו מהם מס כלל והנה האפטרופוסי' לקחו והזמינו מה שראוי לתת לנדונית הבת המאורסה כפי מה שנתחייב אביה לתת לה גם לבת השניה יחדו כדרך שנתן לראשונה ושואלים עתה האפטרופוסים אם היום או מחר יתבעום הק"ק על דבר העריכה בעד היתומים אם מן הדין הוא לנכות חלק הבנות שלא יתחשב מכלל הקרן של היתומים מאחר שהוא זכות הבנות היתומות ואין עליהם חיוב ובפרעון מסים או אם יכולים הק"ק לומר כשם שאם היה אביהם בחיים לא היה יכול לנכות מה שהיה צריך לתת נדוניא לבנותיו כך היתומים עכשיו במקום אביהם עומדים ושמא יטענו עוד שאף על פי שסופן להשיא את אחותם הרי עתה עדיין שהם אוכלים את הפירות נסתייעו בזה ממה שתקנו בהנחות שנכסי מלוה יפרעו מהם מס אף על פי שאין הקרן של הבעלים אלא הפירות לבדן ועל זה משיבין אפטרופוסי' היתומים וטוענים כי היתומים קטנים ואין יכולין לפקח על הנכסים והאפטרופו' הלואי יוכלו להשגיח על נכסיה' לגבותם ושיהיו במקו' בטוח שלא יאבדו כי בזמן הרע הזה שכר האד' אפי' הגדולי' אינן מספיקין להביא טרף ביתם כ"ש לקטני' וכ"ש שלא יוכלו להשגיח על נכסי היתומות שגם הם צריכות מזונות ומלבושי' עד שינשאו ולזה יחדו מעכשיו חלק הבנות שיהיה שמור ולא יתמעטו ולמה יתנו מס על חלק הבנות מאחר שאין הבנות בכלל המסים יורנו רבינו משפט הנכסים הללו אם חייבים עליהם מס עוד יורנו באיזה מסים חייבים היתומים

הקטנים לפרוע לפי שיש מסים כגון כרגא וארנוניות עולי מלכות ויש מהם של צדקות לא"י ולת"ת ולפ"ש והנה עתה הוא זמן העריכה שעדיין לא נתחייבו בשום דבר ורוצים האפוטרופסים לדעת באיזה מיני מסים נתחייבו לפרוע על פי התורה ושכרו כפול מן השמים.

תשובה הבנו' אצל האחים כדין ב"ח הם כמו שהעלו בפרק מציאת האשה בת כב"ח דאחי הוא למגבי מבינונית ושלא בשבוע' וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפ' כ' מה' אישות הבת בעישור זה כב"ח של אחין הוא לפיכך נוטלת אותו מן הבינונית בלא שבועה ואם מתו האחין נוטלת אותו מזבורית ובשבועה שהרי היא נפרעת מן היתומים וכו' וכ"כ הטור סי' קי"ב וכתב הרא"ש דה"ה דנ"מ לגבות מן הראוי כיון דבעלת חוב היא אפי' ממה שירשו אח"כ היתומים גובה מהם כדין כל ב"ח וכן כתוב במרדכי ומאחר שכן לענין העריכ' על דבר המס הואיל ומנכין כל החובו שאדם חייב צריך לנכות גם פרנסת הבנות שגם הוא מכלל החובו' ועל מה שישאר להם אחר הניכוי יפרעו וכשם שלא חלקו בחובות בין אותם שהם נפרעים לאלתר לאותם שיש להם זמן ארוך לשנה או שנתים גם חוב של הבנות אעפ"י שאינו חייב לפרוע לאלתר חוב הוא ולא עוד אלא שהבנות נזונית והולכת וצריכות כסות וכלים עד שינשאו מה שאין כן בחובו' של אחרים לפיכך הטענה שבא בשאלה דיתומים במקום אביהם קיימי אינה טענה שהרי לגבי אביהם לא היו בעלי חובות שאם רצה נותן רצה אינו נותן מה שאין כן אצל אחים שחייבים ליתן ועוד אפי' לאחר מיתתו של אב אינן כבעל חוב שאם כן היו צריכי' לגבו' מזבורית בשבועה כדין כל הנפרעים מנכסי יתומים וגם לא היו גובין מן הראוי שירשו היתומים אח"כ אלמא דין ב"ח גמור דאחים יש להם וגם הטענה שיאמרו שאם ישתכרו הנכסים הריוח ליתומי' הרי הוא כנכסי מלוג שהקרן לאשה והפירות לבעל והסכימה בהנחו' שיפרעו מהם מס גם בזה נראים דברי האפטרופוס שממון זה חלו' מנ"מ בשני דברים הא' ששם יש מי שיש' ויתן וישתכר בנכסים וכאן יתומים קטנים לאו בני משא ומתן נינהו והאפטרופוסים אינן ראויים להשתכר בנכסי יתומים יפה אלא בדוחק לצורך מזונות' בצמצום דלא נכלינהו זוזא זוזא כדאמרי' באיזהו נשך הני זוזי דיתמי היכי עבדינן בהו חזינן גברא דמשפו נכסים כו' ועוד נ"מ הבעל מולג ואוכל ואחריות הנכסים אינו עליו נמצא שהם שלו לענין השכר ולא לענין ההפסד אבל כאן בנכסים אלו הם שלה' לענין ההפסד ולא לענין השכר אם במה שאינן משתכרי' בהם ואם במה שצריכי' לפרנסם ולכלכלם ואף בנכסי מלוג כשהם גובין לא משורת הדין הם גובי' אלא מתורת המנהג שנהגו כך שבכל ענייני המסים אין פותחים להם פתח מדינא דגמ' וקדמונים אחזו שער מתורת המנהג ובמה

שנהגו נהגו ומה שלא נהגו אין אומרים זו דומה לזו שאפי' בדברי סופרים אמרו אין דנין מאלו על אלו ומה גם כי יש הבדל ביניהם כי בנ"מ היה דעתם לגבות מנכסי האשה שיש לה בעל שאין האשה פטורה מן המסים מן הדין אלא מתורת רחמנות שאין דרכה של אשה לחזור ברחובות קריה להסתחר אבל אשה שיש לה בעל נכסים חייבים ולא הבעל שאם פרע למס ולא נשתכר מנכה מנכסים והו"ל כמוציא הוצאות על נכסי אשתו דתנן הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול אבל כאן יתומות קטנות לא דינא ולא דיינא דודאי פטירי ואם באנו ללמוד דבר מדבר יש ללמוד מכתוב' האש' שכתו' בהנחו' שיסירו תחלה שעור כתובת האשה ועל השאר יפרעו היורשי' אע"פי שהאשה אינה בעלת חוב דוחקת ורובן של אלמנות אין נישאות ויש שאינן ראויות להנשא ויושב' עם בניה' וסופן שאינן גובות כתובה לגמרי והנכסי' בחזקת היורשים עומדים ואם לא נשבעה ומתה אין הכתוב' נגבי' לעולם ואעפ"כ מנכין להם כ"ש חוב של בנות שעתיד ליגבות היום או מחר וניזונו' הם כמו שהאלמנה נזונית הילכך דינן שוה ולמה יתחייבו היתומים הקטנים לפרוע מס עליהם ועל שלהם אנו מצטערים אלא שמגלגלים עליהם של אחרים.

ולענין המס הנוגע אל היתומים הרי אמרו בפ"ק דבתרא דכל מידי דנטירותא רמיא עליהו ורב יהוסף הלוי ז"ל כתב דארנוניות לא רמיא איתמי וכתב הרא"ש יראה לי שכל מיני מסים מידי דנטירותא נינהו שהם השומרים אותנו מן האומות ומה תועלת יש להם בנו אם לא בשביל הנאה שנאותין מאת ישראל לגבות מהם מסים וארנוניות ע"כ ונ"ל שדעתו של הר"י הלוי ז"ל משום דליתמי לא רמי' אלא במידי דברי לן שנהנין ממנו אבל מספק שמא יועיל לא מפקינן ממונא מינייהו דיתמי לאו בני מחילה נינהו וכדאמרי' גבי בריה דפרשא דאי לא מדחל בעי למיהדר ניהלייהו ולא אמרינן מעיקרא לזכות עשו ואם חבו חבו דכל שאין היתומי' נהנין מהם לא מחייבינן דלאו בני מחיל' נינהו הילכך מסים וארנוניות אע"ג דמסתמ' לנטירותא דידן עבדי' שמא לא יועיל ומספקא לא רמי' עליהו ומ"מ ס"ל להרא"ש דכל מיני מסים מידי דנטירותא ובכל שנה יועיל הרבה מה שהם נהנין ממנו כי הא דאמרינן דא"ל לר' יוחנן אתו חבירי לבבל שנה נפל אמר ליה מקבל שוחדא הדין יתיב ותו דממש הם שומרים אותנו מן האויבי' ומן הריקני' שבהם ורבין את ריבנו מהם ודנין את דיננו ויוצאין למלחמת הרשות ואין כופין אותנו לצאת ובמה שאנו נותנין להם והיה שכרם ומ"מ נראה דבפ'אגאש שמטילין על העוארי"ץ אף להרא"ש ז"ל פטירי מאחר שחק המלכו' הוא לגבותו לפי מנין בתי' ובמקו' שאין בתים גובים במכסת נפשות כל שלשה כראג"י באנת א' וכן מטילים הישמעאלים ביניהם וגובין למנין בתים מה שנהגו קהלו' הקדש לגבותו לפי ממון מתור' צדקה הוא שהעשירים מסייעים את

העניים ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו ולא רמינן עלייהו צדקה והרב בעל תרומ' הדשן בסי' רמ"ב כתב משם א"ז שאין נוטלי' מס מן היתומי' עד שיגדלו ונשאו וזהו דין תורה ואח"כ כתב ומתוך כובד העול סמכו אאש"רי דפסק דמסים וארנוניות מידי דנטירותא נינהו וכו' וכן נמי מוכח מתוך דברי מהרי"ח דמחייב ליתומים האידנ' משו' דדעת המושל ליקח מכל אדם אף על פי שאינו נושא ונותן כדאמרי' התם אדעתא דכסא דכספ' הוא דקאתו הכא נמי דעת המושל ליקח מכל ממון שנושאי' ונותני' בו נמצא דבאותם המסי' אשר היו בערי אדום שהיו נותני' למושל דעתו הוא שיקחו מבעלי ממון ובתר דעתא דידיה אזלינן אבל במלכו' הזה לענין פרעון העווארי"ץ אדרבא דעתו של מלך אינו אלא ליקח שוה בשוה ולא שיקחו מן העשירים יתר ומדרך צדקה הוא שנהגו כן.

ומילת' דצדק' לא רמיא עלייהו כדאמרינן התם אין פוסקים צדקה על היתומים אפילו לפדיון שבויים ויש לשאול כיון דכל מידי דנטירותא רמא עלייהו צדקה מלתא דנטירותא הוא שהיא השומרת אותנו מן האומות כי הא דאמר להו רבא לבני מחוזא עושו אהדדי כי היכי דליהוי לכו שלמא במלכותא וכ"ת ליתבו בני העיר דיין בכך מי לא עסקינן שכבר נתנו בני העיר מה שראוי לתת להם ועוד כיון דהך מילתא מידי דנטירותא היא ראוי לסייע בהדייהו הואיל ושייכי בגוה ויש לומר דהא דכתיב והיה מעשה הצדקה שלום היינו דאם אינם עושים צדקה יהיה ענש' בכך ח"ו שלא יהיה שלום במלכות ובאים א"ה ונוטלים בזרוע והכי משמע מהא דאמרינן זכה הלא פרס לרעב לחמך לא זכה ועניים מרודי' תביא בית וכיון שכן יתמי דלאו בר חיובא ולאו בני מעבד מצוה נינהו לא מענשי' אהך עשה הילכך לא הוי נטירותא לגבייהו אלא שבפרעון העווארי"ץ מאחר שכבר נהגו ונכתוב בהנחות הראשונו' והאחרונות המנהג עיקר גדול בדברים אלו אבל לחייבם ליתומים בחלק הממון הנוגע לאחיותיהם לא דינא ולאו דיינא כ"ש אחר שהפרישו נכסיהן והרי הוא מוקצה ועומד לצורך נדונייתן הנלע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סב

לק"ק ליפאנטו

שאלה ילמדנו רבינו ודרך תבונות יודיענו ינחנו במעגלי צדק ושלום לשפוט בשערינו על דבר דין והפרש שנפל בקהלנו אשר בימות אבותינו ואבות אבותינו נתנהגנו בתוך קהלינו שכל מי הן יחיד הן רבים אשר היו פורעים מס בקהלנו אעפ"י שהיו עוקרים דירת' והולכי' להם לדור בעיר פטראץ הישנ' היו פורעי' המס בקהלנו מדי שנה בשנה וכן אם היו בני פאטראץ המוכתבים בפנקס קהלם ופורעי' שם המס בקהלם באים ודרי' פה

עמנו לא היינו שואלים מהם מס כלל ומעשים בכל יום בימינו ובימות אבותינו מהרבה יחידי' שבאו בקהלנו וקבעו דירתם עד יום מותם לא הטלנו עליהם שעבוד המס כלל אבל היחידי שהיו מוכתבים עמנו אשר בסכום שמותיהם קצבנו עלינו לתת למלך יר"ה סך מסי' אעפ"י שעקרו דירתם מעמנו והלכו להם בפטראץ היו פורעים המס פה עמנו עד עצם היום הזה ועל תור' המנהג הזה נתנהגו קהלתינו זה ימים רבים ושנים קדמוניו' אך אמנם עתה מחדש קמו קצת יחידי' שעקרו דירתם מעמנו קרוב לכ' שנה שהלכו להם ודרים בפטראץ וכל השנים הללו אבותם הקדושים שנפטרו בתוך הזמן הזה היו פורעים עמנו וגם בניהם שהיו פורעים עמנו כשעקרו דירתם אבותם מעמנו היו פורעים עד עצם היום הזה ואין פוצה פה ומצפצף לבטל המנהג המוקדם אך עתה בשנה הזאת עמדו עליהם ואינ' רוצים לפרוע כפי המנהג באומר שזה ו' שנים עבר עליהם תחריד מהמלך יר"ה וכתבם שם ואנחנו משיבים להם שאותו תחריד לו הונח שעבר עליהם כדבריהם הנה גם בימי אבותיהם הקדושים ובכל זמן לפעמים דרך המלכות לשלוח חוקר כדי לאכו' ממון היהודי' ועכ"ז מאז עד עתה דרך הקהלות הללו כך היו כמדובר לעיל והיו הם פורעים פה עמנו ומהיחידים שלהם לא לקחנו דבר עד יום מותם ואם כדבריהם ישיבו לנו המסים מהיחידים שלהם שהיו עמנו שגם עלינו עבר תחריד כמה פעמים ועכ"ז לא זזו מהמנהג הקודם ועוד אנחנו טוענים ומשיבי' להם שאם היה כדבריהם היה פנקס אותו התחריד עובר בפנקס המלך יר"ה ולא עבר הפנקס מהתחריד כלל והראי' על זה שעת' שלחו שליח בקוסט' להבי' להם פנקס כרצונ' לא כן הפנק' שבידינו שהוא מזמן קדמון שהיו הם עמנו ושמותיהם ממש א' לא' כתובים בפנקס המלך יר"ה ועוד שמאותו זמן שעבר עליהם התחריד עד עתה עבר יותר מי' שנים ועכ"ז היו עמנו עד היום כפי המנהג הקדום ועתה איך יכולים לבטל התנאי והמנהג אשר נתנהגו הק"ק יע"א שאנחנו לא נשלח יד ביחידים שלה' וגם הם לא ישלחו יד ביחידים שלנו ואת"ל שיהיו פטורים מלפרוע עמנו יורנו מורנו ורבינו אם יהיו חייבים לפחות בהוצאותיהם להוריד שמותם מפנק' המלך יר"ה ולהוציא' מעלינו מאחר שהקצבה שהיינו פורעים עד עתה היה עם סכום שמותם ועתה שאינם רוצים לפרוע כפי המנהג הקודם לפחות יורידו' מעלינו עם הוצאותיהם ועל כל פרטי השאלה הזאת יבא אלינו דבר האדון ויורנו הדרך נלך בה ושכר האדון יהיה כפול ומכופל מן השמים.

תשובה שורת הדין שכל הכתו' בפנקס העיר שיצא משם משועבד הוא עמהם אעפ"י שהלך למקום אחר כיון שהוא קצוב על בני העיר ואין פוחתים להם מאותו הסכו' עד בא מאמר המלך לעשו' טיפטר ואז משימים חדשים תחתיהם למלאות הפנקס וכבר כתבתי

בארוכ' בההיא שמעתא דדמי כליל' דשדו אטבריה ובדברי המפרשים עליה לבאר מה שצריך ביאור ואין כאן מקום להאריך ומ"מ באותו מקום שהלכו לשם משישבו בה י"ב חדש נתחייבו עמהם בפרעונו' שלה' כדתנן בפ"ק דבתרא כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר י"ב חדש ואוקימנא לה למסי העיר ותשחורות כדכתבו רבוותא. מ"מ אין אדם פורע בשני מקומות כיון שאינן עושין נזק לבני מקום שהלכו לשם ולא פסקי לחייותייהו. לפיכך יש לנו לומר דבכל מה שהם פורעים בכללות עם בני עירם שכתוב בפנקס המלך כגון הכראג"י ואספינג"י אינהו וכל אביזרייהו משתעבדי להו וכן ההאבאריץ אם גובים אותו מקרקפתא דגברי כמו בקוסטאנדינה וחברותיה כל שלא נעשה טיפטי"ר להוציאן ולכתוב חדשים תחתיהם חייבים לפרוע עם בני המקום שיצאו משם אבל שאר מיני פרעונו' פורעים עם בני המקום שהלכו לשם ונתיישבו עמהם. וכן פסק הרב מהר"ש די מדינה ז"ל בסימן שס"ב דכסף גלגלתא במקום שהוא כתוב בפנקס המלך אבל שאר מיני מסים וארנוניות יפרע במקום שהוא דר שם. ונראה דבמקומות שהבאנמיש הם לפי חשבון הכראג"י ואקרקפתא דגברי רמו יפרע עם בני העיר שיצא משם שכתוב בה כסף גלגלת' ועוד נרא' שאינ' זקוקי' לפרוע עמהם אלא עד זמן שיכולים להסירם מן הפנקס להוצאתם אבל מזמן שאפשר להם להסירם מדיפטיר ותובעים מהם להסירם להוצאתם מאז פקע שעבודייהו מינייהו כמ"ש הרב מהר"ש הכהן סח"ג סי' מ"ב והנדון של מהרשד"ם ז"ל שכתב בכסף גלגלתא יפרע עם בני מקום שיצא משם ולא חלק שאם אפשר להוציאו מהפנקס יפטר התם לא היה רוצה האיש ההו' לפרוע אלא במקומו הראשון אבל אם תובע שיוציאוהו להוצאת והיה פורע עם מקו' שהוא דר שם הדין עמו ומיהו נראה שמאחר שבא בשאלה שמשנים קדמוניות היה המנהג בב' מקומות אלו פטראץ וליפנטו שאנשי פטראץ יפרעו לעולם עמהם אעפ"י שעקרו דירת' ונתיישבו בליפאנטו וכן אנשי ליפאנטו הדרים בפטראץ פורעים במקומם הראשון כמו שבא בשאל' הרי מכרו האבות זכותם זה לזה מבלי השגח' אם אלו שנתיישבו בעיר זו מרובים על אותם שנתיישבו באחרת כי עשו כן כי היכי דלא ליתו לאנצויי שכל א' יפרע במקומו הראשון כאלו הוא עדיין דר שם והמנהג בזה עיקר גדול כדכתבו רבוותא והרי הם כאלו נשתתפו בדבר זה ומכרו זכות' זה לזה בין מועטי' ונתרבו בין מרובים ונתמעטו ואינן יכולים לערער זו על זו כלל זולתי בבא מאמר מאת המלך שיעשה טיפטיש חדש ויכתבו כל הדרי' בעיר זו במקומן וכן באחרת ובלבד שלא יגיע נזק והפסד לשום א' מהן כגון שיש להם אנשים משלהם להשלים המנין אבל אם אין להם להשלים מנין הפנקס כגון שמתו או שהלכו להם למ"ה הרי אותם שהיה דרים עמהם וכתובים עמהם משועבדים

אתם דכשותפין דמו ואינן רשאין ליחלק עד שימצא להם גברי דקיימי בחריקייהו וכבר כתבתי בענין זה פעמי' אחרי' בהרחבה אלא שעכשיו השעה דחוק' ושלו' הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סג

שאלה ישששכר זבולון ובנימין שלשתן באו בשותפות חצר עם ששה בתים ויהי היום ויקחו איש ואיש ב' בתים לדור בהם מכל אשר בחרו וכלם נתרצו בחלוקת הבתים אך החצר והגרדאק נשא' בשותפות וחזרו והוציאו הוצאת אחרות בשותפות שבנו זירזימין ועניינים אחרי' וגם התנו תנאים בפי' ואמרו שאע"פ שא' מהשותפי' לקח הב' בתי' שהם מצד החובה לעצמו עם כל זה אם ירצו השותפין לבנות במשך הכותל למטה חנויות שיהיה בשותפות באופן שלא חלקו רק הבתי' לבד אבל כל שאר התשמישים יד כלם שוה בהם ואח"כ בא א' מהם והתחיל לבנות חדר א' בגרדאק סמוך לביתו שהוא בחלקו וגם סתם הזירזימין באמרו כי הוא מזיק לביתו ועל הכל מיחה בו בפניו א' מהשותפים איך בונה וסותר דבר שהוא בשותפות ולא חשש לדבריו והמוחה לא היה יכול להביאו לדין מפני החובות שהיו לו והיה סגור בביתו ולא מיחה בו בעדים וגם עדיין מוחה בו ולא עבר זמן המחאה יורנו המורה לצדקה הדין עם מי מאח' שלא חלקו רק הבתים לבד ושכרו כפול ומכפל מן השמים.

תשובה מחאה שלא בפני ב' עדים במחלוקת היא שנויה שהרמב"ן ז"ל כתב שאם מיחה בו בפניו ובפני אחר לאו מחאה היא שיכול לומר לו מאחר שלא מחית אלא בפני עד א' והייתי יכול לכפו' בך לא נזהרתי בשטר והרא"ש ז"ל כתב על דבריו וליתא דלא שייך כאן להזכיר מגו דהי"ל ליזהר בשטרו כיון דידע דזה מחה ע"כ ומיהו נראה דטעמו של הרמב"ן ז"ל לאו מטעם מגו הוא אלא כיון שלא היו שם עדים מסתמא לא כוון אח"כ להביאו לב"ד ע"י מחאה זו שאם היה כן היה מעי' עליו עדים להביאן אח"כ לב"ד וכסבור משטה היה בו והו"ל דומיא דהודא' דאמרינן התם הודאה בפני שנים ואם לא היו שם עדים לאו הודאה היא ואפי' אם הכמין לו עדים אחורי הגדר והוא לא ידע לאו כלום הוא כדאמרי' בפ' זה בורר גבי ההוא דאכמין סהדי בכילת' וכו' וכן לענין קידושי אשה כתב הרשב"א ז"ל שאעפ"י שהכמין לו עדים אחורי הגדר וקדשה וקבלה לאו כלום הוא דרצתה לשחק בו כדהביא רבינו נסים משמו בפרק האומר וגם כאן הרשב"א בתשוב' הסכים לדברי הרמב"ן דמחאה שלא בפני שנים לאו כלום הוא אע"ג דמודה שמחה בו ולהרא"ש ודאי חשיבא מחא' גם בלשון המחאה כל דלא אמר למחר תבענא ליה בדינא משמע מדברי הרמב"ם ז"ל בפי"א מה' טוען דלאו כלום הוא והטור סי' קמ"ו כתב דלא

בעינן שיאמר למח' תבעני ליה בדינא אף באומר דמכירה ומשכנתא היא בידו ולא ידעתי מנא ליה הא דרבי' הרא"ש ז"ל לא שנאה אלא באומר דאכיל ארעאי בגזלנותא דממילא הוא שיתבענו לדין אבל באומר במשכנתא היא עומד כסבור להשביע את עצמו עושה ומיהו בנ"ד לא שייך הך וע"ש. איברא דהכא לא היה צריך מחאה אם כל טענתו אינה אלא מ"ש בשאלה שאומר שבנה סמוך לביתו לפי שהו' בחלקו וסת' את הזירזימין לפי שמזיקו אפי' אם היה לו שני חזקה הו"ל חזקה שאין עמה טענה ולאו כלום היא אבל אם בא מחמת טענה שחלק עם השותפי' ועלתה לו בחלקו ונסתלק משאר הג"ארדאק הא קי"ל השותפים מחזיקים זה על זה בדאית ביה דין חלוקה ונחית לכלא אבל נחית לפלגא אפי' אית בה דין חלוקה לא ומיהו נראה דהכא כיון דבנ' חדר א' שם עלתה לו חזקה דדוקא גבי אכילת פירות שדה או בית לא הויא חזקה דנחית לפלגא מטעמא דאמרינן שדרך השותפי' זה אוכל ברוח זה וזה אוכל ברוח זה ואין מקפידי' אבל היכ' דבנ' בנין בכה"ג קפדי שותפי אהדדי ולא מצי למימר בדעתי היה להשתמ' עמך בחדר זה ולפרוע לך חצי הוצאותיך שהדבר ידוע שחדר פתוח לתוך ביתו לא חזו לאשתמושי ביה אחריני ואם איתא שלא חלקו לא ה"ל לשתו' ומהך טעמא נראה שמשעה שהתחיל לבנות עלתה לו לשני חזקה אע"ג דאמרי' בפ' חזקת גדר לא הוי חזקה דמימר אמר כל שיבי דכרב' נעלו בה כלו' מאחר שמתקן ואינו אוכל מה איכפת. וכתב הנמקי יוסף מהא שמעינן שהבונה חורבתו של חבירו אין שני בנין עולין לחזקה דמימר אמר הלואי כל מעותיו יוציא בבנין דהתם אותו הבנין שבונה בחורבה ראוי לבעל החורבה ויאמר הלואי שיטרח ויוציא מעות לצרכי אבל זה שבונה את החד' בתוך ביתו מידע ידיע שהוא מכניסה לתוך שלו והו"ל למחויי. ואפשר דבכה"ג לאלתר הויא חזקה וזכה במקו' זה לחלקו אע"ג דפלוגתא דרבוותא היא גבי מתני' דהיה מעמיד בהמה בחצר עשה מחיצה לבהמתו גבוהה עשרה כו' ה"ז חזקה שרבינו יהוסף הלוי ז"ל והרמב"ם פ"ה מהל' שכני' פירשוה דלאלתר הויא חזקה ומטעם מחילה אבל הרמב"ם והרא"ש ז"ל פירשו בחזקה ג' שנים ובבא מחמת טענה דהכא כ"ע מודו דלאלת' הויא חזקה הואיל והיה בונה בנין קבוע לא שייך לומר בכה"ג דלא קפדי אינשי דאלו במחיצה שעושי' לצורך הבהמה מידע ידיע שכשתסתלק הבהמה משם תסתלק גם היא ולא קפדי עלה אבל בבנין קבוע פשיטא דקפדי אינשי. אי נמי דהכא כיון שבא בטענת חלוקה ואין כאן הוצאת זכות קרקע מחבירו רק שלקח זה בחלקו בחזקה כי האי שבנה והכניס לתוך שלו עלתה לו לאלתר. ונראה דלדברי הר"י הלוי והרמב"ם ז"ל מהני ליה חזקה לגמרי להיות כשלו בחלקו דאין לומר דלא מקניא ליה חזקה אלא כל זמן שבהמתו שם ולא זכה בקרקע

כדברי הרא"ש ז"ל דא"כ מאי מפליג בין חצר שותפין לחצר חבירו שכתב אבל בחצר חבירו לא החזיק שהדבר ידוע שאין זה אלא דרך שאלה שאם תאמר החזיק אין לך אדם משאיל מקום לחבירו ואדרבא שותף מוותר יותר עם שותפיו ואינו מקפיד כ"כ עליו לענין תשמיש ואעפ"כ בעשה מחיצה החזיק אלא היינו טעמא דבחצר השותפין אמרינן מחל לו לגמרי שאל"כ לא היה מניחו שיעשה מחיצה שמא יחזיק כיון דשייך בגויה אבל בחצר חבירו דלא שייך בגויה אינו ירא שיחזיק לגמרי שהדבר ידוע לו שבדרך שאלה הוא ולא מצי להתחזק בו לפיכך נראה דבכה"ג עלתה לו חזקה לאלתר דומיא דההיא דאחזיק לכשורי דלאלתר עלתה לו חזקה לפי שאין שם זכות חזקת קרקע אף בזה אין זכות קרקע אלא חלוקה לבד וכבר הסכימו הגאונים שחזקת החלונות והזיזין וכיוצא בהם שאינן גזל מגוף הקרקע אין חזקתן ג' שנים שלא אמרו ג' שנים אלא משום דבג' שני מזדהר בשטריה. וכתב הריב"ש בסי' תע"א שאעפ"י שרבותינו חולקים ומצריכין ג' שנים לגאונים שבזמננו ובענין חלוקת קרקע נ"ל שכ"ע מודו שהבנין מוכח שחלקו והואיל והוי חצר שיש בה דין חלוקה ומצי כאיף לחבריה שיחלוק מטע' היזק ראיה חזקה שחלקו וכמ"ש המפרשי' על כותל השותפין שהוא בחזקת שניהם מהאי טעמא. ומיהו חזקה זו אינה אלא מכח מחילה ושתיקה אם הוא מודה שא"ל בשעה שהיה בונה איך בונה וסותם דבר שהוא בשותפות אע"פ שלא אמר לו שיתבענו בדין וגם לא אמר לו בפני עדים הרי שתק ולא מחל ואי איהו בנה איהו דאפסיד. אבל אם הוא בא מחמת טענת שחלק ברשות השותפי' וזכה בחלקו כגון שנעל גדר ופרץ ושוב כשהיה בונה מחה בו אפי' להרא"ש דס"ל דמחאה שלא בפני עדים הויא מחאה היינו טעמא כדכתב שהי"ל להזהר בשטרו כיון שידע שזה מחה אבל גבי חלוקה שאין שם שטר מה היה לו לעשות אחר שנתרצה בחלוקה חוזר ונעור ומוחה זה היה פקח ושתק ואלו היה מתר' בו בפני ב' שלא יבנ' ברשו' שאינו שלו לא הית' עול' לו אבל בינו לבינו לא חש לדבריו כיון שידע שכבר זכה ומהד' קהדר ביה השת'.

ואם בא מחמת טענה שקנה מהשותפי' חלקם במקו' והרי הוא משתמש בשאר הגארדק בשותפות לענין אותו המקו' שבנה נחית לכלה מיקרי ועלתה לו חזקה בג' שנים דאית ליה לאזדהורי בשטריה. ובפחות מג' שנים ודאי לא עלתה לו חזקה כל שלא בא לזכות בקרקע כדאמרינן בפ' חזקת גבי עובדא דרב גדל דשקל בידקא בארעיה אזל הדר גודא בארעא דחבריה כמאן כר' יהודה וכר' ישמעאל דאמרו כל בפניו ולאלתר הויא חזקה לית הלכתא כותייהו אלמא אע"ג דגדר ובנה בפניו ושתק לא הויא חזקה. ואם לא עברו

ג' שנים מיום שמיחה כמו שבא בשאלה שלא עבר זמן המחאה שנראה שעכ"ז בא לבטל חזקתו מעתה באנו למחלוקת הראשונים אי חשיבא מחאה כמ"ש למעלה.
והיכא דהויא ספקא בכה"ג מספקא לן אם נעמיד הקרקע בחזקת המחזיק או נעמידנו בחזק' מרא קמא דומיא דזה אומר של אבותי ואכלתי' שני חזקה וזה אומר של אבותי ואכלתיה שני חזקה האי אייתי סהדי וכו' דאמרי' אוקי אכילת' בהדי אכילת' ואוקי ארעא בחזק' אבהתאי או דילמא אמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום כדאמרי' בפ' חזקת גבי ההוא דגחין ולחיש לרבא אין וכו' שטרא מעליא הוה לי וכו' ואמרי' הלכתא כותיה דרבא בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ופרשב"ם דמספקא לן הלכתא כמאן ומספקא יעמוד על מקחו אע"ג דלא אכלה שני חזקה וכתב התוס' שצריך לחלק לדעתו בין ספק' דתרי ותרי לס' דדינא. ומיהו לפי' רשב"ם שם שפי' בטעמ' משו' דלא אמרי' מגו להוצי' וגבי ארעא חשבי' ליה מגו לאוקומי בידא דמחזיק אין ראיה משם לנ"ד ואיכ' למימר איפכא דחזקה במקו' שטר קיימא וכל שיש ספק בדבר יד בעל השטר על התחתונה כההיא דאמרי' בר"פ חזקת גבי ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה א"ל בשכוני גואי הוה יתיבנא אתא לקמיה דרב נחמן א"ל זיל ברור אכילתך א"ל רבא הכי דינא המוצי' מחבירו עליו הראיה ומסיק התם דס"ל לרבא דלוקח קאי בנכסיה ומקרי מוחזק ועל המערער להביא ראיה. ומפרש התם טעמא דרב נחמן דלא יהא אלא דנקיט שטרא מי לא אמרינן קיים שטרך וחות לדינא ופסקו הילכתא כרב נחמן. והרי שם שאעפ"י שזה יש לו עידי חזקה ברורה מפני טענתו של זה שאומר בשכוני גואי הוה יתיבנא והייתי עובר עליך אעפ"י שהיה לו דרך ממקום אחר מבטלי' חזקתו של זה מפני טענתו של זה ועל המחזיק לברר ומיהו יש לומר דהתם אם כדברי המערער שהיה עובר עליו אין כאן חזקה וצריך המחזיק להביא עידי חזקה גמורה שהחזיק לבדו ולא הי"ל לב"ה שם תפיסת יד ולא רגל מועדת ליכנס דרך שם נהי דאם לא היה המערער טוען כך בברי לא היינו מבטלים חזקתו של זה כל שהביא עדים שנשתמש ודר כדרך העולם עכשיו שטוען כן בברי מזקיקין לו לברר אכילתו דומיא דההיא דאמרי' התם לעיל מינה דאמר מר זוטרא ואי טען ואמר לסהדו לי דדיירת ביה תלת שנין ביממא ובלילא טענתיה טענה דאע"ג דאמרי' לעיל דבעדות שבבי דדיירי סתמא סגי היינו בדלא טעין איהו בברי אבל אי טען בברי ואמר ידענא שהיה יוצא משם צריך זה לברר חזקתו והכא נמי כיוצא בו אבל היכא שהחזקה מבוררת אלא שהמחאה ספק איכא למימר אין ספק מוציא מידי ודאי ועוד יש לדקדק ולחקור בזה אלא שלא רציתי להאריך לפי שאמרו שבנ"ד לא היה שם ג' שנים משעה שבנה גם בדין שותף שהכניס מחצר השותפי' לתוך

שלו ואומר חלקנו ברצון שנינו ונסתלקנו זה מזה בחצר שיש בה דין חלוקה שעלתה לו חזקה לאלתר צריך אני להתלמד עוד בה אבל בא בטענ' שקנה המקו' או נתנו לו במתנה צריך חזקה ג' שנים.

סימן סד

שאלה ראובן נפטר לעולמו והשאיר יתומים ונשאר ממנו בית שהיה שוה ששה אלפים לבנים ואלמנתו שרה קודם גבית כתובתה ע"י ב"ד משכנה הבית לבתה לאה בעד ב' אלפים לבנים בלתי רשות ב"ד וידיעת בניה בתנאי קיים שכל זמן שתתן לה הב' אלפי' לבנים שתחזור לה הבית ואחר קצת שנים דרשה שרה מבתה הבית ונותנת לה הב' אלפים לבנים כפי התנאי שביניהן ולאה מכחשת ואומרת שהבית מכורה לה מכירה חלוטה בב' אלפים לבנים ושרה אמה צווחה כי כרוכיא שכל אנשי העיר יודעים שהבית של בעלה ואם היתה רוצה למכור היו נותנים לה ו' אלפים לבנים וכאשר לא היה רצונה למכרה בהחלט משכנתו לה עפ"י התנאי הנז' וכ"ע ידעי שמשכון היה אצלה וכן היתה האם והבת לעולם אומרים וגם שהיתומים טוענים כנגד אמם איך מכרה שלא ברשות ב"ד קודם גביית כתובתה ובלי ידיעתם ילמדנו המורה לצדקה איזה דרך ישכון אור ושכרו כפול מן השמים.

תשובה כפי המובן מהשאלה שאין שטר מכירה יוצאת מתחת יד לאה אבל מתאמצת היא בחזקת ג' שנים שעברו ואם היתומים קטנים והבית ידועה לראובן אביהם לא עלתה לו חזקה דאין מחזיקין בנכסי קטן אפי' הגדיל כדאיתא בפ' המפקיד אלא דהיכא דעברו ג' שנים אחר שהגדיל מודים שעלתה לו כמ"ש הרמב"ם בפי"ד מה' טוען אבל רובא דרבוותא סברי דלא עלתה לו אפי' עברו כמה שנים וכמ"ש בח"מ סימן קמ"ט ואם היתומים היו גדולים בשעת המכירה לכ"ע מחזיקים בנכסיהם מ"מ בנכסי אביהם מאחר דאין מכירתם מכירה עד שיהיו בני עשרי' לא עלתה לה חזקה אעפ"י שטוענת שקנתה מיד האלמנה שאפשר לה למכור למזונו' או לכתובה מ"מ הואיל ואין שטר מכר יוצא מתחת ידה לא מהימנא אלא במגו ואי בעיא אמרה מהיתומים קניתי וכיון שאינן בני עשרים לאו בני מכירה נינהו בנכסי אביהם ואעפ"י שהרא"ש ז"ל סבור דבפקח ויודע בטיב משא ומתן מוכר בנכסי אביו כשהוא בן י"ג שנה מ"מ הרי"ף והרמב"ם כתב דבכל ענין בעינן שיהיו בני עשרים וכן הסכימו כל האחרונים ז"ל ובכה"ג אפי' היה ספק שקול נוקי ארעא בחזקת מרא קמא כדאמרי' גבי בר שטייא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת דבר שטיא אע"ג דבפ' חזקת גבי ההוא דגחין ולחיש ליה לרבא אין שטרא זייפא היה לי וארכס מסקי' הלכתא כותיה דרבא בארעא היכא דקיימא ארעא תיקו' דהיינו

ביד המחזיק התם טעמא כדפי' ריב"א דהו"ל מגו להוציא ולרשב"ם שפיר' מטעם ספקא כתבו התוספות שצריך לחלק בין ספקא דדינא לספקא דתרי ותרי והכא נמי ספקא דדינא הוא ואיכא למימר דאפילו לרשב"ם הכא לא מהניא ליה חזקה לו דכיון דבאה מחמת טענה שמכרה לה האלמנה ואינה נאמנת בטענה זו אלא מטעם מגו דמצו למימר קניתי מהיתומים אפילו אם היו פקחים וחריפים לאו מגו הוא דיותר רצתה לטעון שקנתה מיד האלמנה שאין במכירתה פקפוק ולא מהיתומים שיש בדבר פקפוק ומחלוק' ואינה טוענת כן ברצון.

ואפילו אם היתומים גדולים יותר על עשרים אם היא מודה שקנתה בב' אלפים והדבר ידוע שהיה שוה יותר ויותר המקח בטל שאלמנה שמכרה וטעתה אפי' בכל שהוא מכרה בטל כמ"ש הטור א"ה סי' צ"ג וכתב שם הרב מהר"י קארו ז"ל שהדין הזה נר' שהוא ממה ששנינו במשנה בפ' אלמנה נזונית היתה כתובת' מנה ומכרה שוה מנה ודינר במנה מכרה בטל ומשמע ליה לרבינו דה"ה במכרה למזונות אבל אין נראה כן מדברי רש"י שכתב מכרה בטל שאותו דבר אין לה רשות למכור נמצא שכל המכר טעות שהרי בבת אחת היה וטעם זה לא שייך במזונות ולפיכך היה נ"ל דאלקחה לעצמה קאי ואע"ג דבלא טעמא נמי אין המכר כלום היינו לומר שאם ירצו היורשים יבטלוהו אבל היא אינה יכולה לבטל אבל בטעתה אף היא יכולה לבטלו אלא דק"ל מנ"ל לחלק בכך וצ"ע עכ"ל ולדידי אדרבא איפכא מסתברא אי מטעמא דאמרינן לה מאן שם ליך כלומר אין אדם זוכה לעצמו אם לא שיזכה ע"י אחר אף היא יכולה לחזור בה דהיאך יצא המקח מרשות יתומים לרשותם כיון שלא זכתה ע"י אחר אבל אי מטעמא דטעת' והוזלה לגבי נפשה היאך תחזור בה כדאמרינן בהספינה מכר לו שוה שש בה' והוזלו ועמדו על ג' מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח דא"ל אי לאו דאוניתן לא מצית הדרת בך והשתא דאוניתן מצית הדרת בך אלא נראה שדברי הטור כפשטם במכרה לאחרים דבטעות כל שהוא המקח בטל ומה שנתן טעם רש"י ז"ל לפי שאותו דבר אין לה רשות למכור לא אמרה רש"י אלא כשבאת לגבות כתובתה וכבר נשבעה דאי מכרה בדידה במנה ראשון מכרה קיים לפי שסופה לגבות יותר מגבין לה מה שעתידה לגבות אבל מכרה למזונות שעדיין לא נשבעה הרי זו כמוכרת לצורך היתומים ובשליחותן שחייבים לתת לה מזונות אם לא יתבטל המקח איכא פסידא ליתומים שמא תמות ולא תשבע והיינו דאמרי' בגמרא שליח כאלמנה דבכל שהוא מתבטל המקח והיינו דוקא לענין מזונות דאלו לכתובה דוקא במנה אחרון שמכרה מה שלא היה לה רשות למכור הוא דבטל אלא לענין מזונות הוא דקאמ' דאלמנה הויא כשליח ובשליח אפילו בכל שהוא מקחו בטל דבטל שליחותיה דלתקוני שדריה

ולא לעוותי ולעיל בהך פרקא גבי מוכר' שלא בבית דין דאמרינן הכרזה לא קא מבעיא לי דפשיטא דלא בעי הכרזה הקשו בתו' מהא דתנן בערכין שום היתומים ל' יום ומכריזין ותירצו דה"מ כשב"ד מוכרין דאי טעו בפחות משתות מכרן קיים אבל אלמנה אפילו מכרה שוה מנה ודינר במנה מכרן בטל ואין יכולין לבא לידי הפסד מוכרת שלא בהכרזה וכן כתב הרא"ש ז"ל שם כ"ש לפי מה שבא בשאלה שהיתה שוה הבית ו' אלפים לבנים דאפילו לדברי הבת שמכרה לה אמה הרי יש כאן הרבה יותר מביטול מקח.

ומה גם אם ימצא שיודעים שבתורת משכנתא באה לידה אפילו החזיקה כמה שנים אין לה חזקה דהיינו דתנן אריס אין לו חזקה שאין אכילתו ראיה שברשות היה אוכל ואם לא ימצא עדות ברורה אלא קול שהוחזק בעיר שבמשכונא היא יושבת בבית פלוגתא דרבוותא היא כההיא עובדא דרבה בר שרשום בפ' חזקת דאמרינן דנפק עליה קלא דאכיל ארעא דיתמי וא"ל רבא לקוחה היא בידי לא מצי' אמרת משום קלא וכתב הרא"ש שרבינו האיי פי' לקוחה היא בידי לא מצית אמרת משום קלא וכן פרשב"ם שהקול מבטל החזקה וכ"כ הרמב"ם ובטור סי' קמ"ט משם רבינו יונה שאם יצא קול קודם חזקתה ג' שנים לא הוי חזקה שאין לך מחאה גדולה מזו והיה לו להזהר בשטרו ומיהו איכא רבוותא דאמרי דקלא לא מבטל חזקה אלא התם ה"ק לקוחה היא בידי לא מצית אמרת לא הייתי יכול להעיז פניך ולומר כך כיון דנפיק קלא ואין כאן מגו כדכתבו התוספות וכיון דס' בפלוגתא דרבוותא היא כל שהקרקע ידוע לראובן והחזקה מפוקפקת ואינה ברורה העמד קרקע על חזקתו.

ותו לפי מה שבא בשאלה שכ"ע ידעי שמשכון היא אצלה וכן היתה האם והבת אומרים מדברי הבת אין ראיה אבל אם יתברר שהאם היתה אומר' בתוך שני החזק' שבתור' משכון' היא יושב' הרי זו מחא' אע"ג דאמרי' בגמ' ה"ד מחא' פלני' גזלנ' הוא לא הוי מחאה גזלנא דאכיל ארעאי בגזלנות' למחר תבענא לי' בדינא הויא מחאה כתבו התוס' דאצ"ל למחר תבענא ליה בדינא אלא אורח' דמילתא נקט וכ"כ הרא"ש ז"ל ובטור סי' קמ"ו כתב כיצד לשון המחאה שיאמר פלוני מחזיק בשלי בגזל או שיאמר משכונ' או שכורה היא בידו ואפילו לא סיים לומר למחר אתבענו לדין וגם לא אמר פלניא גזלנא הוא אבל ר"ח כתב שצריך שיסיים לומר אתבענו בדין ואפשר שאין דברי ר"ח אלא בגזלנו' לא במשכונא דבגזלנו' איכא למימר דכי אמר אכיל ארעאי בגזלנותא שהוא כנותן פגם בחבירו אבל באומר משכנתא הוא אצלו אין זה פגם אלא מריע חזקת מכירה והו"ל לאזדהורי בשטריה וכן כתב הנ"י על דברי רבינו יונה דבמחאה במכירת פירות או משכנתא אינו צריך לו לומר אלא שבמשכנתא עומד בקרקעו דמאי בזיון איכא אבל

מדברי הרמב"ם בפי"א מה' טוען נראה אפילו במחאה דמשכנתא בעי למימר תבענא ליה בדינא שכן כתב שם וכן אם אמר להם שכורה היא בידו או משכונא ואם יטעון עלי שמכרתי או שנתתי אני תובעו בדין הרי זו מחאה ע"כ משמע מדבריו דדוקא כי האי לישנא הויא מחאה מ"מ לכל הנך רבוותא חשיב' מחאה והרי חזקתה מסופקת והעמד קרקע על חזקתו ועל פי הדברים האלה הדיין למראה עיניו ישפוט ולמשמע אזניו יוכיח ולאמת יוציא משפט והאל יצילנו משגיאות הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סה

שאלה ראובן קנה בית משמעון ופסקו את הדמים ביניה' מקצתם בסחורות שנתן לו ומקצתם במדודים ולאחר שהסכימו בשויון הסחורות והדמים נטלו קנין ושבועה זה מזה על קיום המקח ואחר שהוליך הסחורות לביתו ונתרצו לתת המדודי' לאיש שהיתה הבית ממושכנת בידו הלכו העדים וכתבו את השטר ואמרו לו שיחתום המוכר בה אז חלה פניהם שירפו ממנו שלא לחתום לפי שה"ל מריבה רבה עם אחיותיו על מכירת הבתים ואם ידעו שהוא חתם עתה יריבו אותו אבל כוונתו לרצותה א"ל וכי אתה חוזר בך מהמקח תן לנו הדמים א"ל לא כי אני בממכרי אני עומד ואם יחזור הקונה אתבענו מכח שבועתו אז חתמו העדי' בשטר ונתנו ביד המוכר אח"כ מכר הבית לאשתו מנכסיה ולשתי אחיותיו ובעליהם.

תשובה הא מילתא מתפרשא בפ"ק דקידושי' בכסף ל"ש אלא במקו' שאין כותבי' את השט' אבל במקו' שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב לו את השטר ואי פריש פריש כהא דרב אידי בר אבין כי זבין ארע' אמר אי בעינ' בכספא איקני אי בעינא בשטרא איקני ותו דרשי' התם ובשטר אמר שמואל ל"ש אלא בשטר מתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן דמים אי נמי במוכר שדהו מפני רעתה דבשטר לחודיה קנה והרב המובהק מהר"ר יוסף ן' לב ז"ל בח"א סי' פ' העיר ספקות בשמועה זו חדא אי הא מילתא דפריש דמהני היכא דלא כתב את השטר אי מהני נמי היכא דכתב את השטר ולא נתן דמים וכן הא דאמרינן במוכר שדהו מפני רעתה דמהני בכתב את השטר ולא נתן את הדמים אי מהני נמי היכא דנתן כסף ולא כתב את השטר אי אמרינן כל דינא ודינא היכא דאיתמר דוקא אתמר או דילמא מה דאתמר בחדא ה"ה באידך מאחר שהטעמים שוים דמ"ש הא מהא והפוסקים כתבו סתמא דינא דאי פריש פריש במימרא קמייתא ודינא דמוכר שדהו מפני רעתה במימרא בתרייתא דמשמע תרוייהו דוקא ואין ולאו ורפיא בידיה ז"ל. ובעניותי מסתברא לי דכל מילי דהר"ן ז"ל הכי מסתייען דכל דינא ודינא היכא דאתמר דוקא אתמר דהא מילתא דפריש לא מהני אלא לגבי לוקח שנתן את הדמים ולא כתבו

לו את השטר דאע"ג דלא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא בידיה מ"מ אי פריש ואמר אי בעינא בכספא איקני קני לאלתר ואין מוכר חוזר בו דהא גלי דעתיה שרוצה לקנות לאלתר לאלומי מלתיה שפיר שיהא מוחזק בקרקע ויהא תובע ממנו את השטר בדינא ודיינא מיהו מוכר שכתב את השטר ולא נתן דמי' כיון דאפוקי הקנאה היא מיניה אע"ג דפריש ואמר בעינא שיקנה הלוקח לאלתר לא משגחינן ביה דאנן סהדי דלא סמכא דעתיה ותתרוקן רשותו אצל לוקח כל עוד שלא קבל דמים אלא לעולם עיניו בשלו עד שיתנו לו את מעותיו וחשיבא כאסמכתא דאפי' פירש דליקני מעכשיו לא מהני. נהי דגבי לוקח אע"ג דבמסתמא אמרינן לא קנה עד שיכתו' השטר מ"מ אי פריש ואמר דבעי דליקני לאלתר פריש דליכ' למימר אנן סהדי דלא גמר למקני שהרי הממון כבר יצא מתח' ידו ומה מפסיד אם יגמור ויקנה מיהת הקרקע ואח"כ יתבענו בדין שיכתוב לו את השטר אבל גבי מוכר דנפיק זכותא מיניה לא אמרינן דגמר ויהיב דידיה בלא דמים ואפילו אי פריש אסמכתא היא. ועוד נ"ל ראיה מהא דאמרינן בפ' האומנין דאמר רשב"ג מלמדין אותם שלא יחזור בהם כיצד כותב לו אני פלוני מכרתי את פ' והריני נושה בו ח' מאות זוז ואם איתא בלא נתינת מעות ובלא זקיפה לא יחזרו בהם במה שיפרשו שקונים בזה והר"ן כת' בסמוך אהא ומלמדים אותם וכו' דאי פריש ואמר ניחא לי דאקני במקצת דמים מהני דוקא במקצת דמים קאמר כמו שאפרש להלן. ועוד בהא אם איתא דפרי' מקני בלא דמים מ"ט דמ"ד דקנין סודר לא מהני הא אמרינן דקנין סודר כמפרש מעכשיו דמי דלאחר זמן הדרא סודרא למאריה כדמוכח בס"פ השותפין שנדרו ומהך טעמא כתבו התוס' בפ' איזהו נשך דאסמכתא לא קניא אפי' במפר' מעכשיו דהא ק"ס כמעכשיו דמי ולא קניא. ומדאיכא מ"ד הכא דקנין לא מהני אלמא פריש לא מהני עכ"ל ועוד נראה להביא ראיה מהא דאמרי' בפ' מי שהיה נשוי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריו' וזקפן עליו במלוה וכו' ולמה לי דנקט זקפן עליו במלוה וכו' וכתב הר"ן ז"ל משום דאם לא כן לא קנה בשטר עד שיתן את הדמים אלמא לא מהני ליה שיפרש אם לא שיתן דמי' או שיזקוף כך נ"ל מתוך הצעת ההלכות ומתוך דברי הר"ן ז"ל שנסתפק הרב ז"ל בהם. אבל בפ' א' מה' מכירה כתב הרב המ"מ דבשאר קרקעות דבעינן שיתן את הדמים נראה דאם התנו תנאן קיים דומיא דכסף דלעיל והביאו הרב הב"י בסי' קצ"א וכתב ופשוט הוא. איברא דצריך לפנים ולפני לפנים ולתרץ כל הני שהבאתי דמוכחי דלא מהני פריש והך דינא דאתמר במוכר שדה מפני רעתה דקני לאלתר דוקא גבי שטר ולא נתן את הדמים איתמר דמוכר הוא דלא סמכא דעתיה בעלמא עד שיטול את מעותיו בשדה רעה דהויא ליה גביה כזבינא דרמיא על אפיה גמר ומקני אעפ"י שעדיין לא קבל דמים. אבל גבי

כסף שלא כתב את השטר דלוקח הוא דלא סמכא דעתיה עד דמטי שטרא לידיה דדמים שנתן נתן ושלו לא הגיעו אפי' תימא דידע שמפני רעתה הוא מוכר כ"ש דקפיד ולא סמכא דעתיה שהמוכר כבר ניצול הימנה וקבל את מעותיו והוא לא די שנכשל בה אלא שעדיין אינה מוחזק' בידו והכסף אזל מכליו נקיט מרגניתא בידיה ואפי' חספא לא יהבו ליה ועוד לוקח עניא מנא ידעא אם רעה בעיני אדוניה חן מקח על מקחו וכל לוקח מקח משבחין אותו בפניו ואפי' תימא דידע דמוכר מפני רעתה הוא הוא לא לקח אלא משום דזל גביה והוא חושש שמא יוסיף לו אחר בדמיה.

ותו אסתפקא ליה לרב ז"ל במחלוקת רשב"ם והרמב"ן ז"ל שהביא הר"ן במימרא קמייתא שקנו בכסף ולא נכתב השטר שרשב"ם כתב דחזקה מהני אף על פי שלא כתב שטר. ורמב"ן ז"ל כתב דלא מהני ולא הזכיר הר"ן ז"ל שם מחלוקת בקנין לחוד. ובמימרא הב' כתב משם הרב ברצלוני דאיכא פלוגתא דרבוותא היכא דקנו מיניה בק"ס דאמ"ד דאלימא מילתא דקנין ואע"ג דלא יהיב דמי קני ולא הזכיר כאן פלוגת' גבי חזקה. ויש להסתפק אי רשב"ם דאמר דחזקה מהני במקום שטר אי מהני נמי במקום דמי או ה"ה דלא מהני. והרמב"ן דאמר דלא מהניא חזקה במקום שטר ה"ה דלא מהני במקום דמי או דילמא דמהני. ונ"ל דלהרמב"ן ז"ל ליכא לאסתפוקי דודאי היא היא דהא טעמא דפליג ארשב"ם היינו משום דכי אמרינן לא שנו אלא במקום שאין כותבין אכולה מתניתין קאי היא גופא ראיה דשמעתא בתרייתא דכי אמרי' לא שנו אלא בשטר מתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן הדמים אכולה מתני' קאי ואפילו בחזקה אבל לרשב"ם ז"ל איכא לאסתפוקי דשניא היא משום דמשמע דחזקה דקאמ' רשב"ם לאו תיקון בעלמא הוא כגון נטל צרור והועיל נתן צרור והועיל אלא שנכנס לתוכה והחזיק קאמר והיינו אלימותא שכן כתב דכיון שבאת לרשותו סמכא דעתיה והיכא דלא נתן לוקח את הדמים דלא סמכא דעתיה דמוכ' כי החזיק לוקח ונכנס לתוכה לגמרי מאי הוי אדרבא שלו יצתה מתחת ידו ומעותיו לא קבל ומהך טעמא נמי פשטינן אידך ספקא דמסתפק הרב ז"ל אי מהני קנין במימרא הראשונ' דלטעמי' דרשב"ם לא מהני דטעמא דאלימותיה דחזקה גבי לוקח היה שנכנס לתוכה מה שאין אלמותיה דקנין ענין לזה כלום. ואי קשיא לך אי טעמא דרשב"ם משום שכבר באה לרשותו ולאו בנעל גדר גרידא הוא מאי קשיא ליה להרמב"ן ז"ל דל"ש אכולה מתני' קאי אפילו אחזקה הא חזקה דמהני' בנעל גדר ופרץ חזקה כל דהו הויא איכא למימר דרשב"ם סתם חזקה משמע ליה שבאת לרשותו דמסתמא כשנכנס לה והתחיל לתקן בה היא וכי אמרינן לא שנו אכולה מתני' קאי וחזקה דנכנס לרשותו הוי בכלל.

והרא"ש ז"ל אהא דמכר לו עשר שדות בעשר מדינות דאמרינ' לא שנו אלא בנתן לו דמי כלם וכו' ומוקי לה הרא"ש נמי במקו' שכותבים את השטר ומ"ה דוקא בעשר שדות הא בשדה א' קנה בחזקה בלא מעות. מכאן יש לדקדק אף במקום שכותבים את השטר אע"ג דכסף לא קני חזקה קניא והיינו טעמ' משום דאלים קנין חזקה משום שעשה מעשה בגוף הדבר מידי דהוה אמשיכה דקניא בלא כסף ע"כ. ומוכח דבסתם חזקה קאמר דחשיבותה משום שעשה מעשה בגוף הדבר ואכתי איכא למימר דחשיבותה מהני לגבי לוקח וסמכה דעתיה גבי שטר אבל לגבי מוכר שלא קבל דמים מאי מהניא ליה חשיבות דחזקה שעשה הלוקח מעשה בגוף הדבר. אבל ממה שהוכיח מדבמשיכה דקניא בלא כסף משמע דה"ה דמהני הכא חזקה במקום כסף ומיהו אין נראה דמדמה הרא"ש קרקע למטלטלין דכסף מדאוריית' קני בהו אלא מתקנתא דרבנן הוא דאמרו לא קני ולא אמרו שם עד שיתן את הדמים אלא בקרקע דוקא דאלו במטלטלים עשו בה דמעמד שלשתן מהני משום תקנת' דבני שוקא שאין להם מעות מזומנין אלא נראה שלא בא הרא"ש ז"ל להוכיח אלא דחזקה דנעל גדר ופרץ כיון שעשה מעשה בגוף הדבר כמי שבאת לרשותו דמי וסמכא דעתיה של לוקח כאילו נקיט שטרא בידיה שהרי במקום שאין דמים מועילי' מועילה משיכה בהם אע"ג שהניחם ברשותו ולא חיישי' שיאמר לו נשרפו חטיך דכיון שעשה מעשה בגוף הדבר כמו שהגיעו לרשותו דמי הכא נמי ל"ש. והשתא איכא למימר דרשב"ם נמי באותו חזקה מיירי וכמו שבאת לרשותו קאמר ומ"מ אין סברא דחשיבותיה מהני אלא לגבי לוקח דוקא ולא לגבי מוכר.

ומיהו איכא למימר דמאן דסבר דלא מהני ק"ס היכא דלא נתן דמי' מהני היכא דלא נכתב שטר ולא מטעמיה דרשב"ם ז"ל אלא דדוק' במקו' דמי הוא דלא מהני משו' דמוכר לא סמכא דעתיה עד שיבאו מעות לרשותו וק"ס מאי מהני ליה אבל במקום שטר מהני שפיר דכי קני מיני' הו"ל כמאן דכתיב דסתם קנין לכתיבה עומד מה שאין כן היכא דלא נתן דמים שאין ק"ס מעלה חסרונן של דמים אי נמי לפי מה שכתבתי למעלה הכא מהני קנין משום דהוי כמפרש לאלתר והיכא דמהני פריש מהני קנין סודר התם שלא נתן דמי' דלא מהני פריש כדכתיבנא לא מהני ק"ס ועוד דמתוך ראייתו של הרב ברצלוני דבהקנאה יחזיר ולא חיישינן דילמא לא יהיב דמי אלמא הקנאה קונה בלא דמים מינה גופה מוכח דהקנאה קונה בלא שטר דאם איתא ניחוש שמא עדיין לא הגיע שטר לידו וכתב ליתן ועדיין לא נתן והיה יכול לחזור בו כל זמן דלא נתן את השטר אלמא היכא שהקנה אעפ"י שלא כתב השטר קנה ואיכא למימר נמי דהרמב"ן ז"ל דפליג עליה דרשב"ם בחזקה מודה ליה בק"ס דהא לא קשיא ליה להרמב"ן ז"ל אלא דל"ש אכול' מתני' קאי וחזקה הוזכרה

במשנתינו אבל ק"ס לא הוזכרה והא דקאמר לא קנה עד שיכתוב את השטר לאו אקנין סודר קאי וכן מאן דס"ל במימרא בתרייתא דמהני במקום דמים אע"ג דלא מהני פריש ואע"ג דלא שייך טעמ' דסתם קנין לכתיבה עומד כ"ש דמהני במקום שטר כדפרישנא. ואהא דכתב הרב ברצלוני דאיכא פלוגתא דרבוותא אי אלימא מילתא דקנין אע"ג דלא יהיב זוזי וקני ומסתברא ליה דקני מדאמרי' בפ"ק דמציע' המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלים אי משום כת' ללות ולא לוה הא שעבד נפשיה ואי איתא ליחוש דילמא לא יהיב דמי. ואיכא למידק ממה נפשך אי ס"ל לרב האיי ז"ל דנאמן המוכר לומר לא קבלתי עדיין את מעותי אעפ"י שמכר בעדים או לא מהימן אם נאמן מאי איכפת לך בחזרת השט' עדיין המוכר יאמר לו לא נתת לי את המעות ולא קנית ואי ס"ל כמאן דפליג ואמר דלא מהימן מאחר שכבר מכר כבר יצא הקרקע מחזקתו ונעשה דמים עליו דמלוה ע"פ א"כ מההיא שעתא דאקניא בק"ס שעבד נפשיה והו"ל דמים כמלוה ע"פ שנאמן לומר פרעתי ואפשר דבעי לאוקומי דמיירי בכל ענין אף בשכתוב בשטר שכבר נתן את הדמים במקו' שנותני' ואח"כ כותבים שאז על המוכר להביא ראיה שלא קבל כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה דאיכא למיחש שלא נתן לו דמים אלא שכתבו לו את השט' ע"ד שיתנו לו את הדמים תחלה ונפל מידו והקנא' דשעבד נפשיה לאו כלום הוא כל דלא יהיב דמי אי נמי אע"ג דלא כתב בשטר נתינת הדמי' איכא למיחש שמא לא קבל ואותם עדים שהקנה בפניהם שמא יודעים הם שהיה תנאי שיתן דמים וימסור לו אחר כך את השטר ונפל השטר מיד המוכר הילכך נפיק חורבא בנתינת השטר ללוקח שיאמר נתתי הדמים וראיה שהרי השטר בידי ולרבינו האיי דלעולם המוכ' נאמן אעפ"י שהשטר ביד הלוקח היינו דוקא במקום שנהגו בהקפדה ובמקום שכותבים תחילה ומוכרין את השטר ואח"כ נותנים את הדמים. והרשב"א ז"ל בתשובה הובא' בב"י סי' קצ"א כתב אפשר דאפי' בשטר שיש בו קנין כן מדאמרי' דאמר רשב"ג מלמדים אותם שלא יחזרו בהם כיצד כותב לו אני פב"ב מכרתי שדה פ' לפ' דמשמע דבכל ענין אחר יכולים לחזור בהם עד שיתן כל הדמים ואפי' קנו מידו דאל"כ ילמדם שיקנו מידו ושוב לא היו יכולים לחזור בהם עכ"ל. ומשמע דאף בקנין מוסף על השטר פליגי שאף הרב ברצלוני אין עיקר ראייתו אלא מההיא דהקנאה דההיא בשטר וקנין מיירי. והרשב"א ז"ל אף בזה כתב דלא מהני מדלא קאמר מלמדים אותם שלא יחזרו בהם שכתוב בשטר קנין. וקשה לי שכתב הנ"י בפרק האומנים אהא דעייל ונפיק אזוזי וכתב הרשב"א ז"ל דה"ה אי א"ל לך חזק וקנה דאין יכולים לחזור בהם ואפי' עייל ונפיק דהא א"ל שיקנה בכך לגמרי ומעתה מעות עליו כמלוה וכמ"ד ליה אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בחזקה איקני

ורשב"ג דלא נקט הכי להרחיב בקניות נקט לא לקצר וה"ק אפי' שלא קנו מידו וגם לא א"ל לך חזק וקנה יכתוב לו כן ואינו יכול לחזור בו מעתה ע"כ. והרי זה כסותר דבריו שבתשובה דדייק דבכל ענין אחר יכולים לחזור בהם ואפי' קנו דאל"כ ילמדו' שיקנו מידו וכאן כתב דלהרחיב הקניות בא ולא לקצר. ועוד יקשה מדברי הרשב"א ז"ל שהבי' הנ"י למה שכתבתי לעיל דהיכא דלא יהיב דמים לא מהני פריש וכמ"ד ליה אי בעינא בכספא איקני וכו'. ונראה דלא קשו אהדדי כי מ"ש הנ"י בשמו דלך חזק וקנה מהני וה"ה ק"ס היינו כשנותן מקצת דמים אלא דעייל ונפיק אשארא דאמר רשב"ג מלמדי' אותם שלא יחזרו בהם שיזקפ' עליו במלוה וה"ה דבק"ס או בדא"ל לך חזק וקנה דמהני אלא להרחיב בקניות אתא דאפי' לא קנו מידו ולא א"ל לך חזק במילתא בעלמא מתקניא שיאמר והריני נושה בו כך וכך. אבל היכא דלא נתן כסף כלל אע"ג דקנו מידו לא מהני למקני מדקאמר מלמדים אותם שלא יחזרו בהם שיכתוב ונתן לי מהם ק"ק זוז והריני נושה בו וכו' ומי שאין לו כסף לאלתר מעתה אין לו תקנה ואם איתא ליקנו מיניה בק"ס דלאו בגברא ערטילאי קיימינן דאין לו סודר לקנות בו דכה"ג פרכי' בפ' המוכר את הספינה אעובדא דר"ג והזקנים שהיו באים בספינה דקאמר ונתקבלו זה מזה שכר וכי לא היה להם סודר לקנות וכו' אלמא לענין כסף נקל זאת להקנות בסודר אלא דלא מהני דאמרי' במכר לא קנה עד שיתן את הדמים דאפי' אם פירש לא מהני התם כדכתיבנא אבל היכא דנתן מקצת דמים דאי פריש ואמר דלא צריך לדמי אלא לאשתלומי ליומא ויומא אחרא בלא נחיצותא מהם כשא"ל לך חזק וקנה כמאן דפריש דמי דאי בעי בהך חזקה ליקני א"נ בהך כספא שנתן מקצת ליקני אעפ"י שלא קבל את השאר.

והיכא שהיה שם שבועה כתב הרב ז"ל יש בידי טענה דלית נגר ובר נגר דיפרקינה והיא מאחר שנשבעו זה לזה שלא לחזור בהם הו"ל כאלו פירש שרוצה לקנות בכסף שקבל ובקנין וקני אעפ"י שלא כתבו את השטר שאילו היה דעתם שיוכל כל א' מהם לחזור בו כל זמן שלא נכתב את השטר לא הי"ל להשביע זה לזה ודברים אלו הם בעיני דברים ברורים עכ"ל. והך טעמא דליהוי השבוע' כמאן דפריש אי בעי למקני בכספא אינו מתחוור אצלי דנהי ששבועתם הוכחה שלא יחזרו בהם מהמקח מ"מ כל זמן שאין המוכר כותב את השטר לא סמכא דעתיה דלוקח אעפ"י שלא יחזור בו המוכר והוא אינו בטוח שהמוכר יכתוב לו את השטר שאין זה בכלל שבועה כדי שיכופנו אם לא ירצה לכתוב דקי"ל חוזר בשטר וכל שאין שטר בידו אין לבו בטוח מב"ח שיבאו לטרוף או שמא ימות ואעדי' לא סמוך כדאמרינן בפ"ד דגיטין זימנין דמייתי סהדי או אזלי להו למ"ה. ולוקח לא שדי זוזי בכדי אם לא דנקיט שטרא בידיה נהי דפריש אי בעינא בלא

שטרא איקני אבל הכא לא פירש דבלא שטרא גמר לקנות ואעפ"י שאמרו באומר מנה לפ' בידי ונשבעו שהשיב הרי"ף בתשובה כיון שאמר דבר זה בשבועה אינו יכול לטעון השטאה היתה כמ"ש הטור בסי' פ"א התם ודאי שלא נשבע על שקר אבל הכא שבועתו היא באמת שאין בדעתו לחזור אבל אנו דנין שאין דעתו סומכ' עליו עד שיכתוב לו את השטר אז תנוח דעתו ולענין הך הקנאה גמר דעת בעינן ואין השבועה כמאן דפריש דבעי למקני בלא שטרא. ומיהו מודינא בההוא עובדא דהוה קנין מהני ליה שבועה לענין שלא יחזור בו מוכר מלכתוב את השטר דהא סתם קנין לכתיבה עומד נהי דבעלמא יכול לחזור בו ולומר לעדים שלא יכתבו לו השתא דנשבע כשם שאינו רשאי לחזור בו מהמקח כך אינו רשאי לחזור בו מסתמו של קנין שהוא עומד לכתיבה והשתא סמכא דעתיה שפיר וגמר וקני מעכשיו דכיון דנשבע כמאן דפריש דמי. ונ"ל להביא ראיה ששבועת המוכר סתם כמי שמפרש שלא יחזור בו הוא מדינ' דאקני דאמרי' בפ' מי שמת דאקני משתעב' לקמא לוה ולוה ואח"כ קנה משתעבד לשניהם וכתבו המפרשי' דכל שעדיין לא קנה יכול לחזור בו. וכתב הרשב"א בתשובה ראובן לוה משמעון וחזר ולוה מלוי ונתרעם לוי מראובן בב"ד והשביעוהו ב"ד שכל מה שירוי' יותר על מזונותיו שיפרע ללוי והשיב כיון שנשב' כן גלי דעתיה שחז' בו מהראשון וללוי משתעבד לשמעון לא משתעבד ותשו' זו הובא' בב"י בהלכו' גבית מלוה ס' ק"ד אלמא השבוע' לקיים כל דבר הויא הוכח' שחוזר בו כ"ש דהויא הוכח' שלא יחזור בו.

ויש תשובה לרב ז"ל בח"ב בסופו שנראה לכאורה דסותרת דברי תשוב' זו ע"ד חזקת חנות שקנו בקנין ושבועה ולא נתן דמים וכתב הרב ז"ל דאיכא פלוגתא דרבוותא בקנין בלא דמים ואיכא למימר אותו חזקה בחזקת מריה וכיון דמחמת הקנין לא קנה היכא דליכא שבועה היכ' דאיכא שבועה לא אלימא השבועה להקנות ולא קשיא כי מ"ש כאן בח"ב היינו דוקא בשלא נתן דמים לפי מה שנסתפק בח"א דבלא נתן דמים לא מהני מאי דפריש ומדבריו שם מוכח שנטה דעתו לסברא זו ממ"ש ואם היינו אומרי' דפריש לא מהני במימרא השניה הייתי יכול לקיים ולומר דע"כ לא פליגי אלא בחזקה אבל בקנין כ"ע מודו אבל במקום שכותבים את השטר דהוי כאלו פירש וכו' וכמי שרגילין לומר בכל את"ל שבגמ' דהוי פשיטות' ואף כאן בספרו הב' הדר פשטה לנפשיה דלא מהני פירש וכמו שהוכחתי לעיל אלא שלא ראה הרב ז"ל שהרב המ"מ חלוק בדבר אבל הכא בח"א דמיירי כשנתן דמים ולא כתב שטר דמהני ביה פירש שבועה ודאי מהני לפרושי. עוד בא הרב ז"ל בטענה אחרת דע"כ לא פליגי רבוותא אלא אי בקנין לחוד מהני אי בחזקה לחוד בלא שטר או דמים אבל היכא דאיכא תרתי קנין ודמים מסברא דכל אפיא

שוין דסמך דעת הלוקח בלא שטר ודעת המוכר בלא דמי' היכא דאיכא תרתי אחריני ע"כ דבריו וק"ל דמתו' תשובת הרשב"א שהבאתי לעיל משמע בהדיא דבלא דמים לא מהני אע"ג דאמרו תרתי שטר וקנין וה"ה קנין ודמים היכא דלא כתב את השטר כיון דדמי' לחודייהו לא מהני תרויהו נמי לא מהני אבל בקנין וחזקה היכא דלא כתב את השטר איכא למימר דמהני ולאו משום דתרי קנייני הוו אלא משו' דבכל חדא מינייהו אמר דמהני לחודיה חזקה לחודה מהני לרשב"ם ואת"ל דלא מהניא כדברי הרמב"ן ז"ל הא איכא קנין דלמ"ד דמהני במקו' דמים כ"ש דמהני במקום שטר כדכתבתי לעיל דקנין לכתיבה עומד ואין עומד לדמים א"נ משום דהוי כמפרש מעכשיו ורגיל הרב מהר"י ן' לב ז"ל לומר דבתרי ספיקי מפקינן מיד המוחזק ואפילו אי לא סמכי' אהך כללי הכא ודאי סמכינן דאיכא למימר דבקנין לחוד מהני דאפי' מאן דפלי' אקנין במקום שאין דמי' מודה הוא דמהני במקום שאין שטר אי משום דהוי כמפרש ואי משום דלכתיבת שטר עומד וכדמוכח מההיא דהמוצא שטר הקנאה כדפירשתי לעיל ואף הרמב"ן לא פליג אחזקה אלא משום דל"ש קאי אכל מאי דתנן במתני' אבל בקנין וחזקה היכא דלא נתן דמי' ליכא אלא חד ספקא אי קנין לחודיה מהני ואת"ל דלא מהני חזקה ודאי לא מהניא דע"כ לא אמר רשב"ם דמהניא אלא משום שכבר באת לרשותו של לוקח סמכא דעתיה אבל הכא כ"ש דלא סמכא דעתיה דמוכר עד שיטול דמים. אלא שנראין לי הדברי' היכא דהיה הקנין מוסף על הדמים או על השט' אמרי' כיון דכבר התנ' בא' מדרכי הקניות קנין סודר לטפויי מילתא אתי כי הא דאמרינן בהכותב גבי דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות הימנה לא אמר כלום ואמרינן התם קנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו וכן כתבו כל המפרשים דכל קנין סודר לאלומ' מילתא אתיא אבל אם היה קודם למאן דאמר דלא אלים קנין מאי מהני דמים לענין לוקח או שטר לענין מוכ' אדרב' בזה הורע כחם יותר ולא נתייפ' כחם הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סו

מעשה בא לפנינו בלאה אלמנת ראובן שהיו לה בתים מבעלה ומקצת פרדס וחדר א' כי היו ואקו"ף ובעוד ראובן בחיים מכר הבתים וכל הנלוה אליהם לשר אח' מכירה גמורה זולתי שנשא' לה החזקה כדין כל מוכר לעכו"ם ודר בתוכם בשכירות. לימים מכרה לאה הנז' חזקת הבתים הנז' הם וכל הנלוה אליהם בסכום ידוע וכתב' לו שטר מכירה ושעבוד ואחריות ויורשי בעלה הסכימו במכר ונכנ' שמעון ודר בבתים זה שלש שנים וחצי ופורע השכירות מה שנוגע לתוגר השר בעל הבתים לתוגר ומה שנוגע לחלק

המקום של הואקו"ף למוחולי. והנה בא שמעון לקבול בפנינו ב"ד איך לאה הנז' קמה והלכה למותילו בכח הכתבים שבידה שהיתה מחזקת באותו המקום הואקוף והקימה את המותיוילי שיערער במקו' ההוא לומ' לשמעון מקום זה אינו שלך והיא רוצה לעשות פירגאט מהמקום הנז' לעכו"ם אחר. שלח שמעון אחריה להזמינה לדין לומר שאם יש לה שום טענה שתטעון בפני ב"ד לסוף באה וטענ' בפני ב"ד כי ממעות המכר שהיו מאה וארבעים אלף לבנים שלא קבלה זולת שלשי' אלף והשאר שיתן לה כי המעו' שבאו לידה לקחתה היא לחשבונות אחרי' שיש לה עליו ועוד תבעה מקום אחר שיש בבתים הנזכר שהם ואקוף מאחר שלא מסרה הכתבים ולא עשתה פיראצט לקונה ועדיין אותו המקום ברשותה שהכל מחזיקים את הכתבים של המותיולי יותר מהשטר וכשם שבמקום שכותבים את השטר לא קנה עד שיכתבו את השטר כך לא קנה עד שיעש' הפראצט בפני המותיולי. השיב שמעון על דבר המעות כבר פרעתיך בידך ונתתי לך כל המעות היה בתורת דמי הבתים ולא כל כמינך לומר לקחתיה לחשבון אחר אשר אין לו שחר. ועל דבר המקום שהוא ואקוף השיב אני לא הוזקקתי מעולם להכתיב אותו המקום אצל המותיולי ולא חקרתי על זה לפי שכבר ידעתי שכל הבתים והנלוה אליהם הפרדס והחדר שבתוכו הכל מכור לעכו"ם השר ההוא ואני לא באתי אלא להחזיק עליו ומסתמא העכו"ם כשקנה עשה פירא"ט עליו ואיך היה עולה על דעתי לקבל ממך שאף אם היית עושה פיראגט לא היה מועיל כלום שכבר הם קנויים לעכו"ם הבתים ובכללם החדר והבנין שבואקו' לפיכך לא חשתי כלל אבל את נתחייבת להעמיד בידי המכר ההוא שפוי ומנוקה מכל ערעור ועליך לפצות ערעור המותיולי מעלי.

תשובה ראיתי לישא וליתן במה שנחלקו הראשונים נוחי נפש היכא דמכר בשטר ומכחישים זה את זה בדמים דאיכא מאן דאמר שהלוקח נאמן ורבינו האיי כתב שאין הלוקח נאמן ועליו להביא ראיה. וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה וז"ל שאלת מה שכתב בעיטור שכתב בשם ר"א בשם רבינו האיי דהיכא דזבין איניש קרקע בדמים ידועים בין בשטר בין בעדים ולית ליה ראיה דיהיב דמי הוא בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן. וכתבתי להודיעך דעתי אם כתוב בשטר המכירה וקבילית ממך כך וכך אם צריך הקונה להביא ראיה שנתן. והשיב מסתברא שכל מקום שכותבים ואח"כ נותנין דמים עליו להביא ראיה אבל מקום שנותנים וכו' דומיא למ"ש בפרק שני דייני גזרות גבי המוציא שטר חוב על חבירו והלה מוציא שמכר לו את השדה. ומ"מ אין עיקר דינו נראה יפה ויש לנו עליו קושיות גדולות חדא מדאמרינן בפרק מי שמת שהרי שהיה אוכל שדה בחזק' שהיא שלו וקרא עליו ערעור וכו' ואם אמר שטר פסים או שטר אמנה

שמכרתי לך ולא נתת לי מעות הלך אחר השטר כלומר יתקיים השטר בחותמיו וההיא ודאי בשלא החזיק שני חזקה דא"כ אפילו ליכא שטר נאמן ועוד הרי שנינו בפרקא קמא דבתרא מד' אמות למעלה בחזקת שלא נתן ואמרינן עלה ה"ד אי דתבעו לאחר זמנו ואמר פרעתי אמאי בחזקת שלא נתן אלמא כל שהוא חייב מחמת קרקע ואמר ליה פרעתי נאמן שהרי למעלה מד' אמות הרי הוא כקרקע שלו. וטעמא דמסתבר הוא שהקרקע נקנה וחזרו עליו המעות בחוב ונאמן לומר פרעתי ע"כ ומתוך תשובתו זו מוכח להדיא שעל דברי רבינו האיי שאלו ממנו. ולפי דבריו השיב שרבינו האיי כשאין כתוב שקבל דמים איירי שהרי כתב כן בשטר בין בעדים ונסתפק השואל אי אף כשכתוב בשטר שקבל צריך להביא ראיה שנתנם דש"מ מודה רבינו האיי בכך והשיב מסתברא שכל מקום שכותבים וא"כ נותנים דמים עליו להביא ראיה וכו' כלומר לדברי רבינו האיי אבל לדידיה אין עיקר דינא נראה שאפילו אין כתוב בשטר שקבל דמים נאמן לומר פרעתי מדקא' בפרק מי שמת שהלך אחר השטר דקאי אמאי דקתני והוציא הלה את אונו שמכרה לו את שנת' לו במתנ' דקתני מכירה גמורה דומיא דמתנה שאין שם קבלת דמים ועוד מדקאמר שטר אמנה הוא שמכרתי לך ולא נתת לי מעות ואם היה כתוב בשטר שנתן מעות ה"ל למתני שכתבת ליתן ולא נתת וכן הוכיח מההיא דכותל חצר שאין כתוב שם קבלת מעות ואפילו הכי נאמן. וכי תימא מאחר דהרשב"א ז"ל חלוק על עיקר דינו שאע"פ שאין כתוב קבלת דמים נאמן מאי קאמר מסתברא לדברי רבינו האיי שאפילו כתוב שקבל לא מהימן ואמאי מפליג לסברתו כולי האי אבר' ודאי דהכי הוא דאם איתי דבקנ' בעדים או בשטר סתם צריך להבי' ראיה שנתן מעות אף אם כתוב בשטר שנתן לא מהימן דהא ע"כ כי אמרה רבינו האיי לא במקום שנותנים ואח"כ כותבים אמרה דא"כ אמאי מהימן המוכר לומר לא קבלתי הא בההיא דהמוציא שטר חוב על חבירו אמרינן באתר' דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כ"ע לא פליגי דמצי אמר הי"ל ליפר' ממנו וכו' ואמאי לא מהימן לומר לא נתן לי מעות עד שכתבתי לו את השטר אלמא לא מהימן לומר דאשתני ממנהגא וכן מוכיח בפ' האיש מקדש הוחזק שטר כתובה בשוק חיישינן באתרא דמקדשי והדר כתבי כתובה שהכתובה ראייה על הקדושין הילכך אין דברי רבינו האיי אמורים אלא במקום שכותבין ואח"כ נותנים וכה"ג אע"ג דכתיב בשטר שנתן אין ראיה שכן נהגו לכתוב אע"פ שעדיין לא נתנו ואין למדין מדברי השטר אלא ממה שנהגו כדאמרי' בהמקבל מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה גובה מלוה לכפול גובה מחצה ולכן כתב מסתברא לדברי רבינו ומצינו לרבינו האיי עצמו שאמרה כן בשערי שבועות שלו כמו שכתב המרדכי בהמקבל בשמו וז"ל שכל הטוען תמורת המנהג עליו

להביא ראיה ואם אין ראיה מי שהוא טוען כמנהג המקום עליו שבועת הסת שלא שינה ע"כ לכך כתב הרשב"א דמסתברא דהיכא דאמרה רבינו האיי במקום שכותבים תחילה אף כשנכתב בשטר (ותיותה) אמרה דכמאן דלא כתיב דמי אבל הרשב"א ז"ל גופיה פליג אעיקר דינא דאפילו מוכר בעדים נאמן לומר נתתי המעות דמשעת שמכרה יצאת מחזקת המוכר וקמו ליה דמים כחוב וכמלוה ע"כ ואם נאמר דפלוגתא דרבוותא היא בדמים כשיש הכחשה ביניהם אם חייב לפרוע ולא מהימן לומר נתתי כמ"ש מדברי הרשב"א ז"ל וגם מהראשונים חלקו על רבינו האיי ז"ל כדמוכח מדברי רבינו ירוחם שאמר שיש מי שכתב שלוקח נאמן ומה שכותבי' בשטר שמוד' שקבל לרווח' דמילתא הוא ולא מפקינן ממונא מספק דזוזי היכא דקיימי ליקמו.

ומיהו תמיהא לי מילתא היאך יאמר רבינ' האיי שאינו נאמן לומר נתתי אעפ"י שכתוב בשטר שנתן א"כ למה כותבים במלוה בשטר יש תקנה שיקרע ש"ח אבל כאן בע"פ א"כ אתה מזקיקו לעדים זימנין דמייתי או אזלי למ"ה לשטר נמצא זה צריך להיות שומר שטרו מן העכברים ואע"ג דהלכתא כותב שובר דוקא כשידוע שאבד שטרו והתם טעמא משום דעבד לוה הכא מאחר שכבר עמד הקרקע בחזקת הקונה דמים כחו' בע"פ הוו ואע"ג דלית ליה שני חזקה שטר עדיף מחזקה דהא חזקה במקום שטר הוא כדמוכח בר"פ זה בורר הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר ד"ר רשב"ג אומ' בחזק' והוינן בה בחזק' ולא בשטר פרש"י והא שטר עיק' ראי' הוא וכיון שיש לו שטר אין בחזקה אפילו בירר דברים דבמקום שטר לא הוזכרה חזקה דאיהי גופה לא אתיא אלא מכח השטר. ונראה דטעמיה דרבי' האיי ז"ל היינו דוקא במכר קרקע שאין השטר גומר בו אלא בנתינ' הדמים כדאמ' בפ"ק דקידושין בשטר לא שנו אלא במתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן את הדמים וכיון שכן יכול שלא יצא הקרקע מרשו' בעליה ע"י השטר כיון שעדיין השטר מפוקפק עד שיתן את הדמי' ואי אמר המוכר לא קבלתי דמים נאמן והמקח עצמו יכול לבטלו אם ירצה לכך אין הלוקח נאמן לומר נתתי ונתקיימה המכירה בידי דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא אבל היכא דנתקיימה המכירה כגון שזקפן עליו במלו' או דא"ל לך חזק וקני דכתב הנ"י בשם הרשב"א דאפי' עייל ונפק אזוזי מהני וכ"ש כשהכניסו לבית והחזיקו בה כמה ימים ולא תבעו בדמים דודאי אז נאמן לומר פרעתי ולכך נקט רבינו האיי כי האי לישנא דאמר והיכא דזבין איניש קרקע בין בשטר בין בעדי' וכו' ולא אמר נאמן המוכר לומר לא קבלתי הדמים לומר דדוקא משום דידעינן שלא היה שם כי אם שטר או עדים בקנין שעדיין מחוסר נתינת הדמים לקיים המכר וכ"כ רבינו ירוחם כתבו שטר המכירה והלוקח טוען שנתן מעו' וכו' כלומר שעדיין לא

נגמ' המקח ע"י דמים דאז הקרקע עדיין ברשות מוכר ולא יצא מתחת ידו והרשב"א סובר דאפי' בכה"ג נאמן הלוקח לומר נתתי דמשעה שקנה בשטר יצא הקרקע מחזקת בעלי' ונקנה ללוקח מאותה שעה אלא שאם ידענו בברי שלא קבל המעו' אז נתבטל המקח משום דלא סמכא דעתיה להקנות אלא ע"מ לקבל דמיו תדע שאפילו לא נתן דמים אלא לאחר זמן נקנה הקרקע למפרע משעה שכתוב בשטר לענין שעבוד נכסים ולכל מילי ואי קשיא כיון שהמקח תלוי במעות והתנאי בקום עשה נימא עליה דהלוקח להביא ראיה שקיים התנאי כי היכי דאמר בפ' מי שאחזו ע"מ שתתני לי ק"ק זוז הרי זו מגורשת ותתן ולאח' לא תנש' עד שתתן דאע"ג דבפ' המגר' מקשי' בפשיטו' אי הכי כלהו תנאים דעלמא לא תינסוב דילמא לא מקיים תנאה אלמא אין חוששין שמא לא תתקיים ופירשו רבוותא דאינו דומה תנאי שהוא בקום עשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה והעלה הר"ן ז"ל והמחוור שבדברים אלו שכל תנאי שהוא בשב ואל תעשה לא חיישינן שמא תעבור עליו אבל אם הוא בקום עשה חוששין שמא לא תקיימנו ולפ"ז משמע דבאומר לחבירו הריני נותן לך כך ע"מ שתעש' דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאה ויש לומר דשאני תנאי מפורש מהיכא שאינו מפורש דהיכא שפיר' בהדיא ע"מ כך לוקח מזדהר טפי לכתוב בספר והעד עדים מתוך שיודע שהשטר שבידו מפרש שהמכר היה על תנאי ואינו מוחזק במכר עד שידעו העול' שקיים תנאו אבל תנאי זה אין מפורש ולאו תנאי גמור הוא אלא מסתמא הוא דלא סמכה דעתיה דמוכר עד שיקבל דמיו תדע דלוקח לא מצי הדר ביה שהמוכר מוציא בע"כ ועוד הרי מוכר מפני רעתה דקנה משום דרמיא על אפיה וגמר וזבין הילכך אדם עשוי לפרוע שלא בעדים שסבור הוא שכבר הוא מוחזק בשדה משא"כ בלוקח ע"ת מפורש שאין הלוקח עשוי לפרוע אלא בעדים.

ויש לנו לברר דברי הגאון כי היכי דלא תיקשי עליה ההיא דפ' מי שמת דאיכא למימר דמודה רב האיי במוחזק ואוכל בחזקת שהוא שלו דלהכ' נקנה הרי שהיה אוכל שדה בחזק' שהוא שלו ולא קתני הרי שהוציא שטר שמכר לו את השדה והלה אומר שטר פסים הוא שטר אמנה הוא ואכילה מאן דכר שמה אלא לומר שכבר הוחזק הקרקע בחזקת שהיא שלו ויצתה מרשות מוכר דאלו אם עדיין החזקה מפוקפקת מאי קאמר ולא נתן לו מעות לימא לא נתנה והו"ל לוקח מוציא ועליו הראיה וההיא דבפ"ק דבתר' גבי כותל השותפי' שבאמצע אם היה מקנה אותו לו בקנין כל דהו קנה והוא יתן את הדמים דלא שייך לומר כאן דלא גמר ומקנה עד שיתן דמי' שהרי בע"כ יכול ליטלה וליתן דמיה ועוד דמקום הכותל עד לרקיע בחזק' שניהם שהמקום והאבנים של שניהם ואף הבנין שמד' אמות ולמעלה אינו יוצא לעולם מחזקת שניהם ואע"פ שאינו יכול לכופו

שיפר' ההוצא' דמצי אמר לדידי סגי לי במחיצה של ד' אמות מ"מ בסמך לו כותל אחר דגלי דעתיה דניחא ליה נאמן לומר נתתי לך הוצאותיך.
איברא שדברי המשרים כאשר הם קשים להולמן שכתב תחלה היכא שכ' שטר המכירה ולוקח טוען שנתן מעות יש מי שכתב שהלוקח נאמן ומה שכותבי' בשטר המכירה שקבל לרווחא דמלתא היא וכתב הרשב"א במקום שכותבי' ואח"כ נותנים דמים על הלוקח להביא ראיה שנתן ואע"פ שכתוב בשטר שקבל ובמקום שנותנים ואח"כ כותבין וכתוב בשטר שקבל על המוכר להבי' ראיה שלא קבל ורבינו האיי כתב שאין הלוקח נאמן לומר נתתי והא' עיקר וכן מוכח בפ' מי שמת ואין הדברים מתוקנים כלל וקשו אהדדי דהאי סברא קמייתא דיש מי שכתב הוא הרשב"א שתפס דבריו עיקר ואמר שהלוקח נאמן משמע שאעפ"י שאין כתוב שום פרעון בשטר אלא על פיו נאמן שכן כתב ומה שכותבי' בשטר המכירה שקבל לרווחא דמילתא הוא כלומר דבלאו הכי נמי נאמן לומר שנתן דמים ואיך כתב הרשב"א אח"כ דבמקום שכותבי' ואח"כ נותנים דמים על הלוקח להביא ראיה ואם בפיו נאמן עכשיו שכתוב בשטר לכ"ש ומתוך תשובת הרשב"א מוכח כי מה שחלק בין מקום שנותנים וכו' היינו לפי מה שנסתפק השואל בדברי רבינו האיי השיב דלרבינו האיי מסתברא שאעפ"י שכתוב בשט' שקבל דמים במקום שכותבים תחילה אין ראיה מדכתב שקבל דמים אבל הוא ז"ל חלק על עיקר דינו דאף היכא שאין כתוב בשטר כלום א"נ מכר בפני עדים נאמן הלוקח לומר שנתן מעו' ואיך הביא עיקר דינו דאף היכא שאין כתוב בשטר כלום א"נ מכר בפני עדים נאמן הלוקח לומר שנתן מעות ואיך הביא דברי הרשב"א כאלו היא סברא דנפשיה ואח"כ הביא עליהם דברי רב האיי דמשמע דקאי אמקום שנותנים תחלה וזה לא אמרה רב האיי מעולם ועוד מ"ש והא' עיקר וכן מוכח בפ' מי שמת לא יתכן דאמאי דמייתי בשם הרשב"א קאי דמפליג בין כותבים תחלה לנותנים תחלה דהא מהתם מוכח שאעפ"י שאין כתוב בשטר מעות יש ללמוד מן השטר מדלא קאמר שאמר' ליתן ולא נתת כדפי' לעיל אלא נראה שהלשון מסורס ונכתבו דברי הרשב"א שלא במקומן שאחר יש מי שכתב ביאר דברי רב האיי ואחריהם דברי הרשב"א והם פי' לדברי רב האיי והא' עיקר היינו יש מי שכתב וכן מוכח בפרק מי שמת דאעפ"י שלא נכתב בשטר קבלת המעות למדין מהשטר עצמו והולכין אחריו וכבר כתבנו דאף רבינו האיי לא אמרה אלא לאלתר שעדיין לא החזיק אכיל אבל היכא דהיה אוכל ובא בשופי בחזקת שהוא שלו ועכשיו עמד וערער היינו דאמרינן הלך אחר השטר.

ודוקא במקום שנהגו לכתוב הכל שטר וקבלת המעות ואח"כ נותנים אבל היכא דאיכא דעבדי הכי ואיכא דעבדי הכי לא מבטלים דברי השטר שכתוב בהדיא שקבל הדמים כיון שאין המנהג פשוט על מה סמכו לכתוב דמסתמא בההיא דפרק המקבל מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה מקום שנהגו לכפול גובה מחצה דוקא שהוא מנהג קבוע אבל אי לא קבוע ודאי לא מבטלינן שטר.

ובנ"ד לא הזקקנו לזה דכשעברו שני חזקה כ"ע מודו דארעא בחזקת לוקח קיימא ואפי' אם תבעה מהן כדת בתוך שלש תביעה זו שתבעה בב"ד המעות אין זו מחאה שיחוש לה הלוקח שלא היתה מערערת על גופה של קרקע מעות הוא המע"ה אי נמי מימר אמר היא אינה יכולה להכחיש את הדמים שנתתי לה ומה שאומרת סיטראי נינהו מילי דכדי נינהו ולא כל הימנה שתאמר שאני חייב וכל מחאה שאינה על הקרקע בעצמו דאמרה דידי הוא וקאכיל בגזלנותא או במשכנתא לאו מחא' היא דלא חש לה א"נ שמפני כך לא הי"ל לשמור את השטר כי מה ענין השטר לתביעה זו שתובעת ממון.

והיכא דאיכא הקנאה כתב הרב ברצולוני פלוגתא היא ביני רבוותא איכא אמרי דדיניה כשטר ולא קנה עד שיתן דמים וא"ד דאלימ' מילתי' דקנין אע"ג דלא יהיב זוזי וה"נ מסתברא מדקאמר בפ"ק דמציעא המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלי' וכו' ואם איתא דלא קנה עד שיתן דמים ליחוש דילמא לא יהיב דמים עכ"ד הרי שהכריע הרב ז"ל כדברי הטור דבק"ס לא בעי דמים וכן דעתו של הר"ן ז"ל.

והיכא דמוכח מידה שקבל המעו' שאומר לקחתים בחוב אחר שיש לי על הלוקח וסיטראי נינהו ואין עדים לא באותו חוב ולא בנתינת הדמים והלוקח אומר איני חייב לך כלום מסתברא דלוקח נאמן וכל שקנה ממנו הקרקע בפני עדים או בשטר דודאי הקרקע נקנ' אלא שאנו אומרי' לא סמכא דעתיה דמוכר עד דנקי' זוזי דמוכר עיניו במקחו ואינו מסתל' עד שמקבל מעותיו עכשיו שקבלם ובאו לידו נתקררה דעתו על הקרקע שיצתה מתחת ידו ושוב אין תולה מכירתו בעד חוב אחר שהיה חייב לו קודם לכן וראיה מדאמרינן בפרק שני דכתובות דבאתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כולי עלמא לא פליגי דמצי אמר ליה היה לך להפרע את שלך כלומר אף על פי שנותנים את הדמים והימין פשוטה לקבל השטר מכל מקום כשבאו המעות תחלה לידו היה לו לכבוש השטר והמעות לומר יש לי עליך כך וכך. כי פליגי באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי אדמון סבר אי בעי ליה לממסר מודעא ורבנן סברי חברך חבר' אית ליה ואי איתא אכתי כשבאו המעות לידו שעדיין לא נקנ' הקרק' היה יכול לומר מעות אלו בחוב שאתה חייב לי אני לוקחם ותן לי מעות הקרק'.

ועל מה שטענ' לאה דבמקום הפרדס שהיה צריך להכתיב לקונ' בגופן שלהם פיראגט דחשיב כשטר דאמרינן לא קנה עד שיכתוב לו את השט' אין זו טענה חדא דהא אמרינן בגמרא ואי פריש פריש כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא איקני אי בעינא בשטרא איקני וכתב הנימקי בפרק האומנין אהא דעייל ונפק אזוזי וכו' כת' הרשב"א אי אמר ליה לך חזק וקנה אין יכולי' לחזור בהם ואפי' עייל ונפיק דהא א"ל שיקנה בכך לגמרי ומעתה מעות עליו כמלוה וכמאן דאמ' אי בעינא איקני וכו' אי בעינא בחזק' איקני עד כאן. והני שטרי דכתיב בהו וכך א"ל המוכר לקונה וכו' לך חזק וכו' וברשות המוכר גדר נעל וכו' ועש' קפוז"י וזפט"י ותצדק"י הרי מנו כאן ג' דרכי הקנייה קפוז הוא הכסף זפטי הוא החזקה תצדיק הוא השטר הרי שנתרצו שניהם שיהא השטר לנו תצדיק במקום שטר שלהם. ועוד דאיכא חזקה וקנין דחזקה אלימא כמה דכתב רשב"ם דכיון שבאת לרשותו סמכא דעתיה שפיר ואפי' להרמב"ם ז"ל דפליג עליה בחזקה הכא דאיכא קנין בכל ענין מהני דנראה דכיון דקנין מהני במקום שלא נתן דמים בהכרעתו של הרב ברצלוני כל שכן דמהני במקום דליכא שטר דקנין אתחלתא דשטר הוא דסתמו לקנין עומד. ומההיא ראיה שהביא הרב מהמוצא שטר הקנאה דיחזיר ולא חיישינן שמא לא נתן דמים מהתם נמי משמע דלא חיישינן שמא חזר בו קודם שיתן השטר ומאן דפליג גבי דמים מודה גבי שטר ואף הרמב"ם ז"ל דפליג ארשב"ם ז"ל בחזק' שהוזכר במתניתין ועלה קאי בקנין סודר מודה דהא לא הוזכר קנין במשנה הילכך יראה דבחזקה וקנין לא צריך שטרא. ועוד היכא דאיכא שבוע' לקיים ולהעמיד המכר בידו כתב מהריב"ל ז"ל בחלק ראשון סימן פ"ח יש בידי טענה דלית נגר ובר נגר דיפרקינה והיא מאחר שנשבע זה לזה שלא לחזור בהם אף על פי שאני מפקפק בה שם לומר שאף על פי שנשבעו שלא לחזור מ"מ אינו מחויב מכח שבועתו לכתוב את השטר וכל שלא נכתב השטר לא סמכא דעתי' דלוקח ואעפ"י שלא יחזור המוכר ממילא אין המקח מתקיים אבל היכא דיש בכלל שבועתו לכתוב לו מהאי שעתא סמכא דעתיה דלוקח דודאי לא עבר על שבועתו ויכתוב לו בכל עת שידרשנו.

ובר מן דין יפה השיבו הלוקח על טענה זו שמאחר שהבתים הנז' וכל גבולם סביב כבר היו מכורים לעכו"ם ובכלל זה המקום של הפרדס והבנין שבו והוא לא נתן הדמים רק בזכות החזקה שעליה שלא יהא שום בר ישראל עובר בגבולו ויש בכלל דבריו אלה שתי טענות אחת שאין הקפדה על אותה כתיבה מאחר שהוא היה בא אחר לוקח אחר ומסתמא לוקח ראשון הכתיבה על עצמו שהרי קנה כל זכות הואקוף והבנין שבו ולא היתה שורת הדין נותנת שיכתבנה עליו ואפילו היה כותבה לא היה מועיל לו כלום ועוד

שכבר קבל הבתים מן העכו"ם בעל הקרקע בשכירות ואותה כתיבה לא מעלה ולא מורד' דלגבי ישראל אינו צריך ולגבי דידהו לא מהניא שאם ירצה העכו"ם שהבתים קנויות לו לחזור ולהוציאו מכל הבתים רשאי אלא שהוא מובטח שכל זמן שהוא פורע שכירותו לא יוציאנו העכו"ם.

וכבר העידו לי חכמי זקני הארץ שאין דנין הפרא"גט כדין שטר אלא בחנויות שאפשר לישמעאלים ונכרים להכנס לתוכן אם לא יתן לו אותה כתיבה. אבל בבתים שבשכונות היהודים ובפרט כשהבנין של ישראל אין חוששין שמא יכנסו עכו"ם לתוכן ויפרעו דמי הבנין לפי שהם מוצאים בתים בזול בשכונתם איך יבאו לשכונת ישראלים בדמים יקרים ומימינו לא ראינו כך וכיון דלא שכיח היזק' אין המוכר חושש כ"כ עליה אעפ"י שאין נמנעים מלעשות' דעתיה דקונה עליהם עד שיכתוב שמאחר שכותב שטר המכר ומתחייב המוכר להעמיד החזקה בידו בעמלו והוצאתו תו לא חייש למידי.

עוד מאחר שעיקר המקח שנתן כל המעות ההם לא היה אלא על חזקתן של הבתים וכל גבולם תחתיים שניים ושלישים כי המקום הזה מהבל ימעט שהוא פורע בשכירות ארבעה לבני' ליום ונכנס ע"ד שאם יוסיפו עליו השכירות בכפלים אין זה מעלה ומוריד לגבי חזקת הבתים ולא מפני זה נאמר שאותו מקום לא נקנה בלא דמי להיכא דעייל ונפיק אזוזי שאף על פי שפרע מקצת ועייל אשארא נתבטל כל המקח דאין בו דין חלוקה דהתם קפידא דמוכר הוא ומצי אמר לא עלה על דעתי שאהיה שותף עמך אבל הכא קפידא דקונה היא ויכול לומר ע"מ כן לקחתי ולא נתתי כל הדמים אלא על חזקת הבתים ואם יוסיפו לי שכירות של אותו מקום לא אכפת לי הנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סז

על בת החכ' דון יעקב ן' נחמיאש על דבר הבית של נ"מ שנפלה בירושה לבעל ולבת האשה והיא יתומ' קטנה והלך הבעל ומכר חלקו לאשה גבירה ושולטת והיא בעולת בעל ואפוטרופא של היתומה תובע שהיתומה קודמת במכירה ההיא יען הבית ההוא אין בו דין חלוקה ותצטרך למכור את נחלת אבותיה.

בהא דאמרי' אשה לית בה משום דינא דבר מצרא נחלקו הפוסקים יש שאמר דוקא אשה דלאו אורחא למטרח אבל נשואה ושיש לה בעל שיטרח בשבילה לא. והריב"ש סי' קס"ט כתב דמדברי הרמב"ם ז"ל נראה דליכא הפרש בין איכא דטרח לה להיכא דליכא דטרח לה שהרי כתב בפרק שלש עשרה מהלכות שכנים המוכר לטומטום ולאנדרוגינוס אין בעל המצר יכול להוציא מהם מפני שהם ספק אשה כי דעתו ז"ל שהלוקח מחזק

המצרן מוציא ועליו הראיה אף על פי שאין להם בהם טעמא דלאו אורחיהו למטרח שהרי דרכם לטרוח הם בעצמם. ואף אם נלמוד מדבריו שלא חלקו באשה בין אורחה למטרח ללאו אורחה כמו שלא חלקו כמה נשים שהם כאניות סוחר ובני בית יש להם. גם בטומטו' ואנדרוגינוס אם אית' דנשי נינהו לא פליג בהו אבל האשה שיש לה בעל נכסי' בחזק הבעל הם דקנין פירו' שיש לו בהם כקנין הגוף דמי וחשיב כלוקח ראשון אצל כל אדם וגם בעל בנכסי אשתו לא בעי הרשאה ועליה דידיה רמיא לפקח על הנכסים הילכך נכסי איש מקרו ולא נכסי אשה והרב המגיד משנה הביא משם בעל העיטור שפירש הרי"ף בכל אשה קאמר שאינה אשת איש. וכתב הרב בבית יוסף זה לשונו. ואני מצאתי בעיטור דלהרי"ף בכל אשה קאמר בין שהיא אשת איש בין שאינה אשת איש עד כאן. ונסחא זו שנזדמנה לרב יחידאה היא כי בספר העיטור שהודפס עתה מחדש כתוב בו כנסחא שהביא הרב המ"מ ז"ל והלשון שכתב בכל אשה הוא דקאמר הכי משתמע בכל אשה אחת אלמנה ואחת גרושה ואחת נערה בבית אביה וכן אם היא סחרנית גברנית עיירנית לא פלוג בהו רבנן ובלבד שאינה אשת איש דאם היא בעולת בעל הבעל הוא שטורח להשתכר בהם שהוא אוכל פירות ומשם הרשב"א ז"ל הביא הרב המ"מ לאשה שאינה ידועה תחת בעל אי נמי נשואה וביש לה נכסים ידועים הא לאו הכי לא דהערמה היא ומדבריו משמע דלא מהימן בשבוע' כיון שאין לה נכסים ידועים מערמת היא לסלק מעליה את המצרן דומיא דזבין גרויא דארעא וכו' דאמרינן הערמ' היא ולא מהימנינן ללוקח בשבועה שלא כל הימנו לאבד זכותו של מצרן בשבועתו היכא שהדבר מוכיח ובכך יתכן מה שכתבו תלמידי הרשב"א ז"ל משמו והני מילי באשה שאין לה בעל כלומר דכשיש לה בעל מסתמא דיינינן לי' דלית לה דינא דבר מצרא עד שיהיו לו נכסים ידועים כי היכי דלא תקשי למה שכתב הרב המ"מ ז"ל בשמו. ואע"ג דאיכא למימר דההוא דזבין גרויא במציעא דארעא התם חשיבה הערמה גלויה כיון דשוה לאותם השדות אשר סביבותיה מה ראה למכור באמצע שדהו אבל באשה מי לא אפשר שיש לה נ"מ שהכניסה או שנפלו לה או שמא במתנה נתנו לה אחרים שזכתה והבעל אוכל פירות שהרי אמרו קבל מן האשה יחזיר לאשה דשמא מנכסי מלוג שלה הם. מכל מקום כבר ביאר הריב"ש ז"ל שם באותה תשובה דבאשה שידוע לנו שאין לה נכסי מלוג שנפלה לה בירושה ודאי נראה שהיא הערמ' גלויה ומפורסמת ואית בהו דינא דבר מצרא דאין לתלות שנתנו לה במתנה כמה דמוכח בירושלמי דפרק מציאת האשה מפני מה אמרו מציאת האשה לבעלה כרבי יוסי שלא תהא אשה מברחת זהובים

מבעלה ואומרת מציאה מצאתי הגע עצמך נתנו לה במתנה ומשני קול יוצא למתנה עד כאן משמ' להדיא דסתם נכסים שבידה משל בעל דיינינן להו ולא תלינן במתנה.
ועוד נראה לי להביא ראיה מההיא דסוף פרק חזקת הבתים אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמא עליו להביא ראיה וכן האשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית וכו' ואמרינן התם ואם מת על האחים להביא ראיה. ופירשו התוספות הטעם דכשמת כיון שאונות ושטרות על שמו מוכחא מילתא דשלו אלא דבחייו הוא דאמרינן עליו להביא ראיה ולא סמכינן אמאי דיוצאת על שמו משום דאם איתא דנפלו לו היה לו עדים בדבר והוא הטעם באלמנה הנושאת ונותנת והוא הדין באשת איש דאמרי' אם איתא דנפלו לה או בנתנו לה במתנה היתה יכולה להביא עדים או ראיה לדבר וכיון דלא מייתי הערמה הוייא. וההיא דקבל מן האשה יחזיר לאשה הוי טעמא לפי שאינן עתה ברשות הבעל אבל מה שהיא קנת' ממעות שבידה עדיין לא יצא מחזקת הבעל כאילו היו בבית דלא מהימנא להוציא מרשות הבעל שהרי כתב הרא"ש ז"ל שם דאף אם אינה נושאת ונותנת בממון של בעל אלא שמפקיד בידה כל אשר לו דינה כנושאת מתו' שעליה להביא ראיה. הילכך בכל אשה שיש בידה ממון של בעלה כל מה שבידה בחזקת הבעל הוא ואם קנתה היא דיינינן לה בהערמ' גמורה ולית בה משום דינא דבר מצרא. ועוד איכא טעמא אחריתי דאפי' היתה אשה דלאו אורחה למטרח הרי כתב מהרי"ל בתשובה בשם מהר"ם דאמרינן דאשה לית בה משום דב"מ דינא דבר שותפות אית לה דעדיף דשותף בגוף הקרקע הוא. איברא שהרב מורינו מהר"ר אליהו חיים ז"ל דקדק מתוך תשובת הריב"ש סי' תפ"ג שלא חלק בין מצרן לשותף שכתב אמנם אם הם יתומים קטנים לית בהו משום דינא דב"מ שלא ישאר הקרקע בשתוף עם הלוקח כאשר היה בתחילה עם ראובן והלוקח. אלא אפשר לומר דיתמי שאני והריב"ש לטעמיה שפי' בטעמ' דיתמי לאו היינו טעמ' דאשה שכן כתב בתשוב' שס"ט דטעמא דיתמי משום דינא דב"מ משום ועשית הישר והטוב וללוקח אזהר רחמנ' ויתומים קטנים לאו בני מעבד הישר והטוב הם דאפי' אית להו מאן דטרח להו כגון שיש להם אפוטרופוס אפוטרופא לאו בני מעבד הישר והטוב נינהו אבל באשה טעם אחר הוא משום דלאו ארחה למטרח וכמו שפרש"י וכן הרמב"ם ז"ל מפני שאין דרכה לטרוח תמיד ולקנותו ע"כ נראה לקצ' מחברים ז"ל דבנשואה דאיכא מאן דמטרח בעדה אית בה משום דינא דב"מ וכו' הילכך לענין אשה נהי דדינא דב"מ לית לה מהך טעמא דינא דשותפי אית לה דעדיף לן טעמא דשותפי שיש לו חלק בגוף הקרקע מטעם טרחא באשה דכל בענין זה תטרח ותטרח אבל יתמי כיון

שהם יתומים קטנים דלאו בני מעבד מצוה דהטוב והישר מה לי דינא דב"מ מה לי דינא דשותפי להני יתמי לא מזהר רחמנא ועשית הטוב והישר ואמרינן דלענין אין נפרעין מנכסי יתומים קטנים עד שיגדלו איכא דיהיב טעמא בפרק שני דערכין משום דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו ואיכא דיהיב טעמא משום דחיישינן לצררי ואמרינן איכא בינייהו מת בתוך זמנו אי כמאן דאמר בשהודה ומת אי נמי דשמתוה וכו' וקי"ל דבכל הני נפרעין משום דליכא למיחש דצררי ולא חיישינן לטעמא דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו שאני התם דמצוה שיש בה שעבוד נכסים היא וקרקע היתומים משתעבד לבעל חוב מזמן אביהם להכי לא קיימא לן כמאן דאמר דטעמא דלאו בני מעבד מצוה. דההוא סבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא אבל כגון זה דמצוה בעלמא הוא משום ועשית הישר והטוב ליתמי לא מזהר רחמנ' לעשות הישר והטוב ולהפקיע זכותם וכהאי גוונא אמרינן בפרקא קמא דבתרא דאין פוסקין צדקה על היתומים דלאו בני מעבד מצות צדקה נינהו אם לא היכא דעבוד לאחשובינהו כי הא דרבא פסק צדקה איתמי דבר מצוה ואמר אנא לאחשובינהו הוא דעבדי הא לאו הכי יתמי לאו בני מעבד מצות צדקה נינהו ה"נ לאו בני מעבד הטוב והישר נינהו לא שנא מצרן ולא שנא שות' אי נמי בההיא עובדא דהריב"ש יתומי' היה להם שעבוד בקרקע ההיא שלא היה אפשר לשותף לחלק' אעפ"י שקנה ג"כ חלק חבירו החייב לפי שהחוב היה יותר על שויון הקרקע ולא סגי שלא יגבו הקרקע ההוא בחובם ואעפ"י שמי שטורף בחובו יכול המצרן לסלקו שאני הכא דלא היה אפשר לסלקם מעל קרקע זה כלל וחשיב כמשכנתא דאין מצרן יכול לסלקו כדאמרי' בהמקבל ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דמגבה דמיא שנעש' קרק' זה יותר מאפותיקי מפורש כיון שאין לו מהיכן יגבה כל חובו אלא ממנה יכול הוא לעלות בדמיה כשיעור כל חובו מיהו במקום שותף דגוף הקרקע אין יפה כחו של מלוה דשעבודא בעלמא אית ליה גביה. ומיהו היכא דהאי מלוה הוו נמי יתומים קטנים כי היכי דאצל הממשכן לחוד לא מצי מצרן מפיק ומיתמי לחוד לא מצי מצרן מפיק הכי נמי יתמי ממשכן שותף דעדיף ממצרן לא מצי מפיק מניהו.

ולענין היכא דטוען שיש הערמה בדבר אם צריך להשביעם בכך כתב הרשב"א ז"ל שאין יכול להשביע משום דדינא דבר מצר' משום ועשי' הישר והטוב הוא בלבד ואין מזקיקין את הלוקחים לא לחרם ולא לשבועה וכן הביא הריב"ש משם הרמב"ן בתשובת שס"ט. ואמר וגדולה מזו נמצא בתשובה לרב נטרונאי גאון ז"ל בההיא דפרק נערה ראשון במכר ושני במתנה ליפות כחו הוא ומשום דינא דבר מצרא כתבינן דכתב אף על פי שנודע דבר המכר לית בזה משום דינא דב"מ אף על פי דמתנה באחריו' אית בה משום דדב"מ

והרשב"א נתן טעם לדברי הגאון ושמה נאמר לפי דבריו מתנה באחריו' שאני לפי ששטר זה בעצמו נדון כמכר ואין כאן מתנה כלל אבל כתב לו שטר מתנה מוחלט לפיכך כתב לו שאם יערער עליו בן המצר שלא יהא המכר מכר ויזכה בו משום מתנה וצריך עיון עד כאן לשונו. ואמר הנה דעת הגאון שאעפ"י שזה המכר גלוי לכל ששטר המתנה לא נעשה אלא להערים ולבטל זכות בן המצר אפי' הכי מועיל לבטל דינא דב"מ אא"כ השטר מוכיח מתוכו ותקשי ליה לרב ז"ל מה הועיל בתקנה ע"כ ביטל שני את הראשון דכדי שיתבטל לגמרי זכות המצרן צריך לבטל המכר ואחולי אחליה לשעבוד קמא דע"כ א"א להערים. ועוד מהאי שעתא שנכתב שטר המכר א' זכ' מצרן בה דלוקח שליחו' דמצרן עביד כדא' בהמקב' לענין לכי אייקיר וז"ל וגם דעידי גופייהו דקנו מיניה ללוקח כתבי שטרא למצרן אעפ"י שלא קנו מידו לשם המצרן א"כ מאי מהני ליה שטר מתנת' דעב' באחרונה אלא עכ"ל דהכי מפרש דעת הגאון דמעיקר' הכי התנו שאם לא יערער שום בן המצר עליה הרי היא לו בדמי' ויזכה בה בתורת מכר ואם ירצה שום מצרן לסלקו הרי היא לו לעתיד בתורת מתנה ואין כאן מכר ולא יטול ממנו דמים כלל ואין כאן הערמה דבלב שלם הוא נותן לו שיותר חפץ לתתה לו במתנה ממה שיקח אות' אחרים במעות ואם לא בא בן המצר לסלק הרי שטר המכר במקומו עומד ולא נתבטל ומזמן א' קנה והשת' אין כאן הערמה כלל. ואהא דכת' הרמב"ן והרשב"א שאין להשביע ולא להחרי' עליו הבי' הריב"ש משם בעל העיטור דכל היכא דיש לחוש להערמה יכול בן המצר להזכיר סתם ויר' לי דבחרם סתם אין הרמב"ן והרשב"א חלוקים על בעל העיטור שלא אמרו אלא שאין מזקיקין את הלוקח לחרם ולשבועה וחרם דומיא דשבועה אמרו שאין מזקיקין אותו להטיל חרם עליו אם עשה הערמ' הא לא מקרי טוב וישר דמ"מ זילותא היא גביה וקפיד' יש בדבר כדאמרי' קללת ת"ח אפי' על תנאי היא באה אבל חרם סתם שמחמירין על מי שעשה ערמה ליקח את הקרק' ומסלק את המצרן שלא כדין שיודה בדבר בפני ב"ד בכגון זה אין בו בית מיחוש ולא הקפדה בדבר. תדע שהרי היכא דכתב ליה נאמנו' גמור כת' הטור משם רבינו האיי בסי' ע"א שאעפ"י שלא יהיה שם לא חרם ולא סדרת הראש לא מהני תנאה ואין חבירו יכול לעכב עליו ולומר הוציאני מן הכלל שלא האמינו לגזול וכי מחרים לא לימא מאן דגזליה אלא מאן דאיתיה לגזלה בידיה ולא מהדר הכי והכי להוו ע"כ. ואי ס"ד יש הקפדה בדבר שאין להחזיק בכך אמאי לא מהני בה תנאה אלא כל כה"ג אין קפידא ולא מצי שום אדם לעכב בכך.

והיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אם זוכה המצרן לסלק את הלוקח הרי בכל ספק שיהיה אנו מחזיקים את הלוקח במוחזק והמצרן מוציא ממנו כמ"ש הרמב"ם וכן היא סברת

הרא"ש ז"ל. אלא שהטור הביא משם הרא"ש ז"ל איפכא דלא מבעיא אם שניהם טוענים ברי אלא אפי' אם המצרן טוען שמא והלוקח טוען ברי על הלוקח להביא ראיה דארעא בחזקת המצרן קיימא. ואיברא שהדבר תמוה שהלוקח קדם והמצרן בא להוציא מידו ואיך קנה מוחזק. ועוד הלוקח זוכה מדין תורה והמצרן מתקנת חכמים דהכי אמרינן בפרק מציאת האשה גבי פרנסת הבת בפלוגתא דרבוותא אי אמדינן לדעתיה דאב להוסיף על העישור כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו כיון דפלוגתא היא נכסים בחזקת היורשים דאלו פרנסת הבת מכח תקנתא קא אתי וכן בענין ההשבון דתקינו כשאין לאשה זש"ק תחזור ליורשים כתב הרא"ש בתשובה כל ס' שיש בדבר יד התקנה על התחתונה וזוכה היורש מן הדין ה"נ יד מצרן דאתי מכח תקנתא על התחתונה ויש ליתן קצת טעם לדבריו ז"ל דכיון דעשו לוקח כשלי' דמצרן ומהיא שעתא חל שעבודיה למפרע ועדים גופייהו כתבי ליה שטרא אחרינא משם המוכר אף על פי שאין נמלכים בו לזכות לשם המצרן הילכך כל קרקע שנמכר במצר שלו לא הוחזק ביד הלוקח עד שיתברר שנסתלק המצרן שבקנייתו זאת נעשה כשליח של מצרן וידו של מצרן עדיפא מידו. והרב מהר"י בן לב ז"ל בח"ב שאלה מ"א הביא סברת הרמ"ה ואמר הראיות שהיה הרמ"ה מביא לדבריו מהא דאמרינן מתנ' אית בה דדב"מ היכא דכתיב בה אחריו' דסמכינן על לישנא דשטר' דאחריות דאית ביה ולא מהימני' למארי שטרא לאשתבועי דלאו זביני כ"ש הכא דודאי זביני וקטען מילתא אחריתי לבטל דד"מ דאיכא למימר אערומי קמערים. אבל לעיל גבי זבן בק' שוה ר' חזיא אי גברא דעביד למיזל ולמזבן להאי נמי הוה מוזיל ואי לא יהיב ליה ר' אי טעין לוקח דלא רגיל למיזל וב"מ טעין דרגיל על ב"מ להביא ראיה כיון דלית ליה לב"מ לסלוקיה מארעא עד דיהיב ליה כלהו זוזי ארעא בחזקת לוקח קיימא עכ"ד הרמ"ה ז"ל. וכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל דאפילו נימא דהרמ"ה סבור דלגבי פלוגתא דרבוותא המצרן הוי מוחזק מ"מ הוי יחידאה ולא קי"ל כותיה. ול"נ דמודה הרמ"ה היכא שהספק הוא תלוי בדינא או בפלוגתא דרבוותא דלא מצי מצרן מפיק מלוקח ואוקמ' בידיה דלוקח דומיא דספקא דאי מוזיל לגבי ב"מ או לא דהוי ספק שאינו תלוי בטענה דלוקח וגם א"א ללוקח לברר אבל כל דבר התלוי בטענתו של לוקח ואפשר לו לבררו כגון אי הוי מתנה או מכר אם כדבריו אפשר היה לבררו ע"י העדים וכן כשטוען לכרגא או למזוני או לקבורה זבין אפשר לו לברר דשכיחי אינשי דידעי ומדלא מברר ש"מ דשקורי משקר כדאמר בההיא דא' מן האחים שהיו אונו' ושטרות יוצאות על שמו שהבאתי לעיל ואשכחן דמתוך הך סברא רמינן ראיה על המוחזק כההיא דפרק כל הנשבעין בחביתא דחמרא דאיתברבר סתק' דמחוזא דכיון דאתרא דשכיחי רבים צרי' להביא ראיה כדתני

איסי אין רואה שבועת ה' וכו' הא יש רואה יביא ראיה ה"נ מסתברא דכיון דמצי לברר ולא מברר הערמה היא ועוד אם אתה אומר נאמן א"כ מה הועילו חכמים בתק' כל אדם יכול להפקיע דין בה"מ מעליו ויאמר לכרגא או למזוני ולקבור זבין וכן כל אדם יכול לכתוב שטר מתנ' באחריות להפקיר זכות בה"מ וכה"ג אמר בפ"ק דכתובו' גבי האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה א"כ מה הועילו חכמים בתקנת' ומשני א"ר חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה אלמא אפילו במקום שמן הדין נאמן בטענתו שלא להוציא ממון אי לאו מהך סברא דאין אדם טורח וכו' ראוי לסלק נאמנותו דאי מהימני' ליה נמצא שלא הועילו חכמי' כלום שכל אדם יכול להפקיע תקנתם.

ומיהו אפילו תימא דבס' דדינא כה"ג כ"ע מודו שהלוקח מיקרי מוחזק והמצרן בא להוציא כיון דס"ס הוא ס' אם באשה נשואה איכא משום דד"מ ס' ליכא ואת"ל לית בה משום ד"מ דילמא דינא דשותפי אית לה ורגיל הרב מהר"י ן' לב ז"ל לומר דבס"ס מפקי' מיד המוחזק ואחריו החזיק הרב מהר"ר שלמה הכהן ז"ל ואע"ג דס' דרבוותא לא אמרינן שם ס' דרבוותא חד הוא אלא כל שהס' עומדות לפנינו ס"ס מיקרי ותרי ספיקי מסייעי לשותף זה ואף לפי מה שאני חוכך בה שלא יועיל זה לאפוקי מיד המוחז' דחזק' דממונ' עדיף דאין הולכין בממון אחר הרוב וס"ס לא עדיף מרוב' וההי' דפ"ה דכתובו' שהבי' הרב ז"ל שהיא היא כמו שביארתי במ"א מ"מ הנה בענין זה ליכ' חזק' ממון אלא שאנו מסתפקי' בקני' זו אי זכה בה המצרן או לאו אלא מספק' מוקמי' לה בחזק' הלוקח דהוי ודאי ומצרן בא בטענ' ס' ואין ס' מוצי' מידי ודאי השתא דהוי תרי ספיקי מריעין כח הלוקח לא חשבינן ליה ללוקח ודאי ומצרן דמסייעי ליה מפיק מיד הלוקח.

ומה שמספקא עלי בנשים האלו שהנה גבירות ונכנסות בחצרות שרי מלכים וטירותם והמה כאניות סוחר להביא טרף לביתה ומכלכלים את בעליהם זה כמה שנים ומפרי ידיהם עשתו גם גברו חיל עושר ונכסי' אם נאמר שאשה כזאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה חיל כי מאחר שהוא אינו מעלה לה מזונות אדרבא היא מכלכלת את בעלה ואת בניה ואת כל אשר אתה בבית אין הבעל זוכה במעשה ידיה בסתם ואינה צריכה לפרש ולומר איני ניזונית ואיני עושה דכל שאין הבעל זנה במאי זכי במעשה ידיה. ומנא אמינא לה מהא דמייתי הר"ן ז"ל בפרק אלמנה ניזוני' משם הרמב"ן ז"ל גבי אלמנה ששהתה עשר שנים וכו' שאם לא נתן לאשתו מזונות ועשתה ואכלה אפילו שהותירה אין לבעלה עליה כלום דכל היכא דאיהו לא יהיב לה מזונות אינה צריכה להתנות בפי' ולומר איני ניזונת וכו' אלא זכתה במעשה ידיה אפילו דרך שתיקה וזו היא ששנינו אם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה מעשה ידיה שלה. ואין לחלק בין היכא דאתיא מיניה

שלא רצה לתת לה מזונות להיכא דאתיא מינה כי כביר מצאה ידה ולא הוצרכה לבעלה שיביא לחם ביתו דהתם לאו משום שהוא לא רצה לתת לה מזונות דהא בשהתה ולא תבעה מיירי התם מעיקרא ועלה קאמר וה"מ לאפוקי מבעלה מזונות אבל אם הותירו אין לבעלה עליה כלום אלמא הותירה דומיא דפחתה דבכל ענין שלא העלה לה אין לו במות' כלו' ולשון דכל היכא דאיהו לא יהיב לה לשעתה משמע אפי' לא תבעתו וכן מתני' דמייתי מואם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה מיירי אפילו לא תבעתו מדלא קתני ואם אינו רוצה ליתן כו' אלמא דכל היכא דלא נתן לה זכתה במותר מעשה ידיה אלא שאפשר לומר דנשים אלו שתחל' שמושן במלאכה זו עדיין הבעל טורח במזונות וכשהי' מרווחת ונותנה בעין יפה ונותנת יציאו' הבית כל שלא אמרה איני נזונית וכו' הרי יש לה ממה שתפרנס הבית ממה שהרויחה כבר ומדידיה קאכל' ומדידיה שת' וכל מה שהיתה הולכ' ומשתכר' קמא קמא בטיל לגבי בעל אי נמי אפשר לומר דכיון דאיכא ריוח ביתא מסתמא וותרה כדאמרינן בפרק מציאת האשה במי שמת והניח ב' בנות וקדמה ראשונה ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה שניה לגבות עד שמת הבן א"ר יוחנן שניה וותרה וחולקות בשוה ומסיק דטעמא דר"י משו' ריוח ביתא. ופסקו הרי"ף והרמב"ם כר' יוחנן ואפילו למאן דפסק התם כרבי חנינא הכא עדיפא דעל הסתם היתה עושה כדרך שהיתה עושה בתחל' ואם איתא דקפדה היה לה לפרש הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן סח

על דבר הבית שקנתה האלמנה ויתומה מאת פרנסי הקהל לדור בה היא והיתומים ואח"כ בא ראובן שהיה דר בעליה ואמ' שרוצה לקנותה והזמינה לב"ד פעמים שלש בהמשך ג' חדשים ועמדו לפני הב"ד ונחלקו בזה הדיינים מקצתם אמרו שאין לו דין דבר מצרא מאחר שהי' אשה ויתמי ועוד דמסתמא ידע דקנייה דשטרא קלא אית ליה למילת' וכיון שלא מיחה תכף אבד את זכותו. ויש שרוצים לומר שבעל העליה חשיב כמו שותף בבית ויכול להוציא מיד המצרן ואפי' היא אשה ובמה שלא מחה תכף לא הפסיד שטוען שתכף כשידע מחה ובא לב"ד וקוד' לכן לא נודע לו.

תשובה מה שאומרים שיש לבעל העליה דין שותף הא מילתא ליתא דלאו שותף מיקרי ומה שהביאו ראיה ממש היכא דאין לו לזה ולא לזה לבנות ובאים לזרעה עליון נוטל שליש אלמא יש לעליון חלק בקרקע הבית ההיא לא משום שיש לו חלק בגוף הקרקע אלא לאחר מכאן דא"א לא לזה ולא לזה לבנות ורוצים לזרעה יש לעליון בהנאת זרועיה שליש כר' נתן דנחי' לעומקא דדינא כמה מפסיד עליה בבית תלתא הילכך אית ליה

תלתא וזה שלוקח שליש דוקא כל זמן שרוצים לזרעה מתורת שעבודו אבל לא יוכל בעל העליה ליקח שליש קרקע לבנותו לעצמו עד רום רקיע דהדר תחתון ומצי מעכב כל זמן שירצה הילכך אין לעליון בגוף הקרקע כלום אלא שעבודא בעלמא לבנות משמי קורה ולמעלה ותדע מדתנן אמר בעל העליה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה לבנות הרי בעל העליה בונה את הבית ודר בתוכה עד שיתן לו את יציאותיו אמר רב יאוד' אף זה דר בתוך של חבירו צריך להעלות לו שכר אלא מקרה את העלי' וכו' ומדאמר ר' יאודה צריך להעלות לו שכר משמע דשכר שלם יש לו ליתן ואינו פוחת שליש ואף רבנן דפטרי היינו משום דזה נהנה וזה אינו חסר הוא שהרי לא היה יכול לדור קודם שבנאה.

ומה שהביאו מתשובת הרא"ש ז"ל דבית ועליה של שנים וקנה בעל העלי' הבית ובא המצרן לסלקו שהוא אומר שהוא מצרן ולא בעל העליה ושמעון טוען שגם הוא מצרן וקדם תשובה הדין עם בעל העליה אע"ג דההיא דפרק המקבל ארעא דחד ובתי דחד משמע לפום ריהטא דאין בעל הבית נקרא מצרן כבעל הקרקע הרי חילק הרי"ף ז"ל וכו' אבל כשהקרקע משועבד לבית להיות שם עולמית ואף אם יפול יבנה אחר במקומו ודאי הוי כמו שותף בקרקע ואית ליה דינא דבר מצרא ע"כ וכת' הרב מהרי"ק ז"ל והיה נראה דכיון שכן אף אם קדם המצרן וקנה בעל העליה מסלקו למ"ד שותף מסלק למצרן אלא שאין לשון תשובתו מוכיח כן ע"כ. ובספר מאירת עינים הביא מהרמ"א שפסק בהדיא מכר למצרן אין בעל העליה יכול לסלקו דלא מיקרו שותפי' זה לזה רק דינ' כמצרני' וכתב הרב הנזכר ולא עמדתי על דעת הרב ב"י ומור"ם ז"ל הלא בהדיא כתב בתשובה דמחשבת כשותף ואף שכתב דינו אכשקד' בעל העליה וקנאה נראה דלאו דוקא בכה"ג הוא דס"ל הכי אלא משום דמעש' שהיה כך היה השיב עליה ודינא דחשי' כשותף דה"ז יכול לסלק ותמהני היכי ניחא ליה שילמו' הרא"ש דבעל העליה מיקרי שותף בבית שלמטה ממנו מההיא דמרי ארע' ומרי בתי אף בפירושו של הרי"ף ז"ל שאם שמענו שהקנ' לזה זכות במה שבנה על גביו שלא יוכל עולמית לסלקו כלו' שמענו שהקנהו עד התהום אם יש לו מחילו' תחת הקרק' ועוד אדדייק ממ"ש הרא"ש והוי כמו שותף בקרק' אמאי לא דייק מ"ש ואית ביה דינא דבר מצרא ומאחר שעשאו שותף בקרק' חזר ועשאו מצרן גרועי גרעיה ועוד מאחר שטענת בעל העליה הלוקח היא שגם הוא מצרן וקדם איך השיב הדין עם בעל העלי' וסיים דאית בי' דינ' דבר מצר' טפי הול"ל ומסלק את המצרן ומאי איריא משו' דקדי' השתא מכורה כבר ביד המצרן יוצאה לשותף שאינ' מכור' אינו דין שלא תמכ' לו ואיברא דתרוייהו איתנהו בההי' דמרי ארע' ומרי ביתא שבעל הבנין יש לו זכות בגוף הקרקע לדריס' ולשמוש ואית ביה דינא דבר מצר' למה

שתחתיו ולקרקע שבצדו שאם יש מערה תחתיו או קרקע בצד הבית ובא למכרם מרי דביתא קודם לאחרים כמ"ש הטור היכא דיש לו כח בגוף הקרקע ומיהו אם בא מצרן וקנאם זכה ומעולם לא עלה דעת אדם שבעל הבנין יהיה לו חלק בקרקע עד תהומא דארעא שהרי אין לו אלא זכות הבנין שהקרקע משועבד לו שאינו יכול לסלקו ואפי' אם נפל הבנין חוזר ובונהו שאם היה יכול לסלקו אפי' דינא דב"מ לא הי"ל בקרקע שהוא דורס דחשיב כשכירו' דלית בה דינא דב"מ ולזה הוצרך הרא"ש ז"ל להביא הך שמעתא ולומ' דלפום ריהטא משמע שאין בעל הבית נקרא מצרן לבעל הקרקע ומאחר שהודיענו שיש לזה חלק זכות בגוף הקרקע הרי הוא מצרן לבית שתחתיו ולקרקע שבצדו ומעול' לא עלה על דעת הרא"ש ז"ל שבעל העליה יקרא שותף בבית כדאמרן.

ובר מן דין שזו שכתב מהר"ם ז"ל דבר הני דאמרו לאשה וליתמי לית בה דינא דב"מ אבל דינא דשותפי אית להו כתב הרב מהר"ר אליהו ן' חיים ז"ל בתשובת י"ט שהריב"ש חלוק עליו דהריב"ש סי' תפ"ג כתב דאם הם יתומים דלית בהו משום דינא דב"מ משמע דלית ליה נמי דינא דשותפי דבשותפי מיירי התם וכתב וכיון שהוא מחלוקת הלוקח חשיב מוחזק וזכתה האשה. ועוד נ"ל דמטעמו של הרמב"ן מס' המלחמות דיהיב טעמא דיתמי ואשה לאו בני מעבד מצוה נינהו משמע דה"ה לשותף דליתיה אלא משום ועשית הישר והטוב. ועוד דיש טעם אחר בנ"ד לדחות את המצרן מעל האשה ממה שהביא רבינו נסים ז"ל שכתב רבינו זרחיה משם אביו ז"ל דמדאמרינן באשה ויתמי משום דאינהו צריכי ליה טובא לית בה משום דדב"מ שמעינן דהיכא שהלוקח לית ליה ארעא ודחיקא ליה שעתא ומצרן לא אצטריך ליה אלא לרווחא בעלמא דלית בה משום דדב"מ וכ"כ בס' העטור והנמקי יוסף. ובתשובות שבת"ה סי' ש"מ כתוב בשם אור זרוע שאם המצרן יש לו בית דירה והלוקח אין לו אין המצרן יכול לעכב עליו מלקנותו והוא ז"ל גמגם בדברי א"ז משום דהגהות מימוניות נראה לכאורה דפליגי אדאור זרוע ושוב העלה שאין לדחות אותם יע"ש. גם הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות מוכיח כסברא זו דרבי' זרחיה בשם אביו מ"מ הרי אמרו דלוקח חשיב מוחזק.

ועל מה שטענו עוד שאבד זכותו המצרן לפי שלא מיחה הכף דקלא אית ליה למילתא ולא כל הימנו לומר שלא ידע מן המכר כלל יש להסתכל באותה תשובה להרשב"א שכתב וז"ל כל שידע ולא מיחה תוך יום או יומים כלל המרבה מחל דין מצרנותו או שותפתו ואין צריך קנין במחילתו שבסתם מרויח הלוקח וזוכה בקנייתו ומה שטוען שמעון שלא נודע הדבר בתוך הזמן היה לפי שלא נמכר בריוח אינה טענה לפי דעתי שכל שנמכר כדמכר אינשי בקנין ועדים קלא אית לה למכיר' ועוד שכל המוכר פרהסיא הוא

מוכר כדי שיקפצו קונים על מקחו ולזה גובה מנכסים משועבדים אלא שיש לחלק אם הקונה והמוכר הללו נתכוונו להעלים הדבר כדי שלא ידע השותף את המחילה אפשר שיעלם הדבר משמעון השותף אלא שמכריחני זמני התביעות שהרי בג' באייר עמדו לפני הדיין ובאותו יום לפחו' ידע שמעון המכיר' ועשה תביעתו דברים בלא מעותיו והקונה בטענותיו טען טענה זו שהקונה לא היה מביא מעות המכירה ושלא הי"ל רשות לסלקו בדברים ואיך לא ענה שהוא מזומן להביא מעות ואפי' אם טען כן לא נטרינן ליה אלא כשעור שילך לביתו ויביא' וכו' ע"כ משמע שהרש"בא נסתפק אם נאמר דהיכא דאיכא קנין ועדים קלא אית לה למילתא או דילמא נתכוונו להעלים הדבר ולפיכך אפשר שיעלם הדבר מהמצרן ואשכחן דאמרו בגמ' בפ"ק דקדושין אפסקא דזוקקין הנכסים וכו' דקרקע עבידי אינשי דמזבני בצנעה ולא שדרך למכור בלא שטר ועדים דהא ודאי לא עבידי אינשי בהכי דאדרבא אמרינן עד תלת שנין מזדהר איניש בשטריה לשמרו כ"ש דמזדהך לעשותו אלא דעבידי למעבד מלתייהו בצנעה שלא יתפרסם בענין שיבאו השכנים ומלשון הטור שם נראה דלא אבד זכותו בסתם שכתב ומיהו דוקא משעה שנתגל' המכר לבני העיר והחזיק הלוקח בקרקע אבל אם לקחה בצנעה ולא החזיק בקרקע אית ליה לבר מצרא רשותא לסלוקי ליה ונראה שאף הרשב"א לא נסתפק כלל אלא שבא לבטל טענת המצרן שאמר שלא נודע לפי שלא נעשה בכרוז ואמרי' כרוז מאי עבידתיה סתם מכר בעדים פרהסיא היא וקלא אית לה למילתא דמהך טעמא גובה מנכסים משועבדים אלא שיש לחלק כלומר בין ההיא דגובה מנכסים משועבדי' לדינא דמצרן דהכא דשמא הקונה והמוכר שדות הללו נתכוונו להעלים הדבר מהמצרן ומפני כך נעלם ממנו ולא דמי לשעבודא דהתם לוקח הבא לקנו' לא שדי זוזי בכדי ושואל וחוקר אם יש לו שטר קודם או אחריות קודם ומתוך חקירתו מתברר לו כיון דהיה המקח בעדים קלא אית לה למילתי' לפיכך לא מצא הרשב"א טענה לדחות את המצרן אלא מתוך זמני התביעו' שהרי בתחילת תביעתו ידע ועברו כמה ימים ולא הביא מעות וכ"כ בסוף התשובה ואם היה פקח השותף היה מזמין המעות ביום התביעו' הראשונו' אלמא אם היה עושה כן היה זוכה אעפ"י שעברו כמה ימים ואין לחל' בין מקח בעדים למקח בשטר דהא לענין גביה בנכסים משועבדים אצל מכר כי מפרסמא מילתא בעדים כמו בשטר משום דמאן דזבין פהרסיא מזבין ולא דמי למאן דיזיף דיזיף בצינעה.

איברא דלא כל קלא שוין שהרי במוכר שדהו בעדים אמרינן דגובה מנכסים משועבדים משום דקלא אית לה וגבי לוקח אמרי' בפ' חזקת ג' לקוחות מצטרפין ואמר רב וכלן בשטר משמע דבעדים לבד לית ליה קלא והיינו משום דהת' קול מפורס' בעינן לענין

מוכר שיזהר בשטרו והכי נמי גבי בן המצר נאמר דבעינן פרסום יותר מזה דליתי קלא וליפול באודניה משתתגלה המכר לבני העיר או שהחזיק הלוקח בקרקע דהיינו שבא ונכנס בתוכה כאדם המחזיק בשלו דומיא דהא דאמרי' בפ' מי שהי' נשוי גבי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עלי' עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור והאי החזיק לא חזקת קנין הוא אלא חזקה כאדם המחזיק בשלו ה"נ האי חזקה שמשתמש ודר בה כשלא ראו בן המצ' יכיר וידע שקנאה אבל אם לא בא לדור בה אלא שנעשה שטר או קנין לבד אפשר לטעון שלא ידע ובעיר גדולה אפשר שיעברו מקצת ימים ולא יתגל' לבני העיר כדי שיתפרס' למצרן וכן שמעתי מפי חכמי זקני הארץ שהיו אומרים שבקוסטאנטינ' שהיא עיר גדולה צריך זמן יותר ארוך לפרסומו של מכר. ואעיקרא דדינא אם שתיקתו של המצרן אחר שידע מבטלת זכותו איכא פלוגתא דרבוותא. שבמשרים הובא תשובת הרשב"א ובאה בתשובות המיוחסות להרמב"ן וז"ל מה ששאלת אם יש זמן לבעל המצר ידוע לתביעתו או לא תשובה כל שבא בן המצר לעכב בשעת מכירה לומר אני אקח ע"ז אמרו בגמ' איזיל ואטרח ואייתי זוזי לא נטרינן ליה וכו' אבל אם אחד עמד ולקח נרא' שאין בזה זמן ידוע אלא כל היכא דאתי בן המצר מסלק ליה משום שזה שקדם וקנה נעשה כשלוחו של מצרן וכו' ואמר שכן כתב רבינו מאיר ז"ל והרב מהריק"א ז"ל אמ' שגם הריטב"א כת' שכן דעתו ודעת רבותיו וכתב שכן נרא' מדברי הרמב"ם ודברי הרמב"ם בפרק י"ד מה' שכני' כך הם בד"א שצריך קנין כשמחל לו קוד' שיקנה אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח כגון שבא בן המצר וסייע עמו או שכר ממנו או שראה אותו בונה וסותר ולא מיחה ולא ערער ה"ז מחל ושוב אינו יכול לסלקו עכ"ל מוכח מדבריו דשתיקה בלא שום מעשה לאו כלום הוא וכ"כ רבינו ירוחם שנראה מדבריו שאם לא סייע אותו ולא ראהו משתמש יכול לסלקו אפי' לזמן מרובה וכן הבין הריטב"א בדבריו וכן הרא"ש בהלכותיו אלא שנחלק עליו שכתב נראה מדבריו שאם לא סייע אותו יכול לסלקו אפילו לזמן מרוב' ולא מסתבר כלל כיון דטעמ' דמצרנו' אינו אלא משום ועשית הישר והטוב אין ליפות כח המצרן כ"כ וכיון שלא גילה ללוקח מיד שידע בקני' וכו' י"ל שלא ישרה בעיניו או שאין לו מעות לקנות' ולא מסתבר כלל שיוכל לסלקו לעולם דא"כ איכא פסידא דמוכרין שלא יהא אדם רשאי לקנו' קרקע ונר' כדברי רבי' האיי גאון שכתב דכיון דשה' בר מצר' שעור דמיזל ואמטויי זוזי דשכיח ליה ומתבעיה בדינ' ולא תבעי' בדינא לסלוקיה תו לא מצי לסלוקיה כדאמרי' איזיל ואטרח וכו' דשמעת מינה דכי אזי' לבי דינא למתבע דינא דבר מצרא לא שרינן ליה אלא בכי האי שעור' עכ"ד הרא"ש ובהגהות אשירי על סברת הרמב"ם שיכול לסלקו ואפי' לזמן

מרובה כתב וכן פס' בא"ז וכבר היה מעשה בשפירא והורה רבינו שמח' כרבינו שמוא' שנתן המצרן ללוק' דמיו אחר כמה שנים והוצרך הלוק' ליתן הקרקע למצרן וקבל דמיו. ויש לתמוה שדברי הרשב"א באותה תשובה שזיכה את הלוקח מחמת ששהה המצרן כשיעור להביא המעות ועוד כתב בתחילת תשובה הא' כל שידע ולא מחה יום או יומים לכל המרבה בטל דין מצרנותו נראין כסותרין דברי תשובה זו שהביא במשרי' בשמו שכתב בהדי' שלא נאמ' זמן קצוב אחר שקדם ולקח אלא כל היכא דאתי בן המצר מסלק ליה וגם יש לתמוה בדברי הרב המ"מ שהביא רבינו האיי ז"ל המסכימי' לדברי הרמב"ם ז"ל שהוא הביא שבעיטור כתב שרבינו האיי ורבי' אלפסי בתשוב' שאם שהא בר מצרן משידע כדי תביעת ב"ד ושיביא מעותיו בטל דין מצרנות וגם הרמב"ן ז"ל הסכים לדבריהם ולדברי המחבר ואם דברי הרמב"ם חלוקים מדברי רבינו האיי והאלפסי כמ"ש הרא"ש והריטב"א ז"ל היכי מצי מזכי שטרא לבי תרי וכתב הרב בב"י שיש לפרש דברי הרמב"ם דלאו לזמן מרובה קאמר כדכתב הרא"ש אלא בתוך שיעור מיזל ואמטוי' זוזי שאם כשידע זה שלח להביא מעותיו וסייע עמו ומיד שהביא השליח מעותיו הלך ותבעו בב"ד איבד את זכותו ותמה אני אם בעוד שהי' מסייעו חזקת שליח עושה שליחותו והביא לו את המעות אין לך מעשה מוכיח גדול מזה שרוצה לקנות ששלח להביא את המעות ומסייע זה אין בו ממש דלעצמו הוא עושה והוא רוצה בכל מה שעושה ובונה לסתור ומימר אמר כל שיבי' דכרבא ניעול בה ועוד לא הוה ליה להרמב"ן ז"ל לומר ולא מחה ולא ערער אדרבא היה ליה לומר ולא גילה דעתו שרוצה לקחתה ושלח והביא המעות אלא הדברים מוכיחין כמי שהבין בהם הרא"ש והריטב"א ורבינו ירוחם ומה שתמה הרא"ש דאם כן איכא פסידא דמוכר שלא יהא אדם רשאי לקנות קרקע הא תגאל לא מפקעינן כח לוקח בהכ' דכל שמודיעו לוקח למצרן שיקנה בין קודם המקח בין לאחר המקח שא"ל אם תגאל גאל ולא הביא תכף מעות מביתו אבד המצרן את זכותו כדברי רבינו האיי וכן מוכח סוף לשון רב האיי שכתב דשמעת מינה דכי אזיל לבי' דינא למתבע דינ' דב"מ לא נטרינן ליה אלא בכי האי שעורא שלא כתב דכי ידע דזביני לא נטרינן ליה כו' ולא נחל' הרמב"ם ז"ל בזה שאין דבריו אלא בקדם ולקח ולא הודיע למצרן בזו אפשר שיאמר המצרן מאחר שאתה שלוחי ממתין הייתי לך שתתבע את מעותיך ממני כדברי הרש"בא ז"ל בתשובה אבל מאחר שסייע עמו או ראהו עושה מעשה סתירה או בנין כאדם שעושה בשלו ולא מחה גלי דעתיה דלא ניחא ליה למזבן. ואפשר שזהו מ"ש המ"מ והרמ"בן הסכים לדבריהם ולדברי המחבר כלומ' קיים דברי שניהם דהיכא דהודיע לוקח לא נטרינן ליה אלא שעור אמטויי זוזי ומיזל לבי דינא לא תבעו לא אבד את

זכותו בשתיקה אלא במעשה. ונראה שלא הביא המ"מ דברי רבינו האיי אלא לענין דברי הרמ"בם ז"ל שכתב לא הצריכו קנין בגמ' אלא קודם שיקנה אבל אחר שקנה במחיל' בעלמא מסתלק ואמר שחילוק זה אינו מבואר בגמ' אבל כן הוא דעת כל הגאונים ז"ל וע"ז הביא דברי רבינו האיי ורבינו אלפסי שמסכימים בזה דכשהיה כשעור זה בטל דין מצרנות ממנו ולא הצריכו שום קנין וע"ז כתב והרמ"בן הסכים לדבריהם ולדברי המחבר שסגנון אחד עולה לכלם כמו שבארתי. ומעתה לא יקשה להרש"בא ז"ל מדידיה אדידי' כי מה שזיכה את הלוקח מפני ששהה המצרן יותר משעור אמטויי זוזי היינו משעמד בדין והיה דן עם הלוקח עשה תביעתו דברים בלא מעות והלוקח בטענותיו היה טוען זאת כי למה לא הביא מעות והוא נתעצל ולא הביא מעות ותחילת דבריו שכתב שכל שידע ולא מיחה תוך יום או יומים למרבה מחל דין מצרנות. צ"ל כל שהודעו הלוקח כדי שלא יקשה מתשובתו האחרת וכל עצמו לא בא אלא להשמיענו שאין צריך קנין במחילתו לכך לא פירש הודאה זו כיצד היא ולבסוף לא בטל זכות המצרן אלא מפני ששהה אחר עמידתו בב"ד בתביעה וכדברי רבינו האיי ז"ל. ולפי דרכינו למדנו שמטעם דשטרא קלא איתי ליה לא מפקעינן כח המצרן שהרי הוכחתי מדברי הר"שבא עצמו דלא אמרינן בהני קלא איתי לה למלת' אלא מטעם שלא הניח המעות למועד שמור לדברי קצת רבוותא משנתגלה המכר בעיר ונתפרסם והחזיק בקרקע ולדברי רוב המפרשים משעה שהודיעו הלוקח שיגלה דעתו ושהה שיעור אמטויי זוזי ובנ"ד אע"פי שבכל אות' הימים שלא בא לב"ד לא אבד את זכותו מ"מ משעה שעמדו בדין ועשה תביע' בלא מעות ועברו כמה וכמה ימים עד הנה ולא הביא המעות לב"ד כבר אבד את זכותו הנ"לעד יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"להה.

סימן סט

שאלה שטר כתוב וז"ל הודה החכם פ' איך מכר לפ' ד' מאות עורות בסכום כך וכך ונתחייב המוכר הנז' לתת העורות לקונה הנז' עד סוף תמוז מושמים לשפת הספינה ואם לא יתן העורות בשלמות לזמן הנז' נתחייב מעכשיו בקנין גמור לפרוע בעד כל עור סכו' ד' תיאליש וכו' והנה עכשיו המוכר חוזר בו ואומ' שהעורות לא היו בעולם ולא נקנה המקח ואינו מחוייב לקנותם ואעפ"י שכתוב בשטר ונתחייב המוכר זהו שנתחייב לתתם לזמן הנז' אבל עכשיו מקח אין כאן וחייוב זמן אין כאן.

תשובה אם העורות לא היו בעולם ולא נקנו מ"מ כבר נשתעבד לתת או עורות או דמים קצובי' לזמן הנז' ואדם משתעבד לש"בל ואע"פ שקצב ד' גרושוש לכל א' לא חשיב אסמכת' דההיא דאם אוביר וכו' אשלם אלפא זוזי דכיון שהמוכר יודע שעשה מקח עם

הנכרי וקצב ונתחייב באותו הערך עצמו וע"כפ צריך לפרוע לנכרי לא הוי גזים אלא אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומיטבא היינו שיפרע בכך מן הסוחר הנכרי וכן אמרו בקנס של שידוכין דלא חשיב גוזמא וכן בקנס של מלמד שחוז' בו כדכת' המרדכי בפ' המקבל וכי תימא הרי כתוב בשטר איך מכר פ' לפ' כך עורות והו"ל מוכר דש"בל מ"מ להכי כתב אח"כ לשון שעבוד ליפות כחו שאם לא יועיל משום מכר יועיל משום חיוב כדאמרי' בפ' נער' שנתפתת' ראשון במכר ושני במתנה לא בטל שני את הראשון אלא אמרי' לדד"מ כתביה ראשון במתנה ושני במכר לאחריו' כתביה שאין החיוב לתת המכר בלבד אלא להשלי' ענין הקנין והכי כת' הרא"ש על ענין מוכ' דשב"ל ונשבע עלי' שחייב לקיים מכח שבועתו וכמ"ש הריב"ש בסי' שמ"א ולא אמרי' שאין השבוע' אלא לזרז הפירעון וחייוב אין כאן שבועה אין כאן דכה"ג כתב הרשב"א בתשוב' הביאה מהר"י קולון ז"ל בשרש פ"א על שטר שעברה עליו שמטה וכן דבר שהוא אסמכתא אעפ"י שיש שם שבועה הואיל ונפטר מן הממון נפטר מן השבועה אלא שהחילוק ברור שכל שהיה שם חיוב אלא שהופקע ע"י שמטה הופקעה גם השבוע' אבל מקח שא"א להתקיים לפי שאינו בעולם לכך נשבע שיתקיים בכח שבועתו אף כאן לכך נתחייב אח"כ שיחול שעבוד על גופו שמשתעבד לתת לו או עורות או ממון ובפר' כ"ד מה"מ כת' המ"מ מהעיטו' בשם רב האיי גאון ראובן מכר לחבירו כור חיטין ונמצא שלא הי"ל חיטין חייב להעמיד לו מקחו וכו' כתבתי עליה על דברי הרב הב"י שהביאה בסי' רי"א ועיין בזכרונותי ועוד מטעם אחרינא דהך שטר הודאה היא שהודה שמכר ד' מאות עורות ואנן נאמר שהיו בעולם בידו כהא דאמרי' בפ' השולח נתתי שדה פ' לפ' והו' או' לא נתן לי חוששין שמא מכרו לו ע"י אחר עשיתי איש פלוני עבדי בן חורין והוא אומר לא עשאני חוששין שמא זיכה לו וכו' דכל טצדקי דמצי למעב' לקיים דבריו עבדי' וכן כתב רבינו תם בענין הקנאת אגב קרקע מאחר שכותב הקנתי לו ארבע אמות קרקע הרי הודה שיש לו ואף על גב דידעי דלית ליה מהניא הודאה והויא קנין כדמוכח בעובדא דאיסור גיורא דאמרינן אדהכי נפקא אודייתא מבי איסור ואף על גב דידעי' שהמעות לא היו של רב מרי בנו קנינהו באודיתא כך כשאמ' זה הקנתי לו ד' אמות קרקע אע"פ שאין לו קנה אגבן באודיתא אף כאן קנה באודית' ומתחייב לתתם ואם אינו בעולם או שנאבדו חייב לקנותם ולתתם בזמנו כמי שנתחייב ואפי' אם לא היה כתוב בשטר קנין כל שהוד' שמכר סגי ועיין בתשוב' הריטב"א הביאה הרב הב"י בה' דיינים סי' י"ב שאלת פשרה שאין בה קנין וכו' השיב אם השטר שקיים הנתבע עשוי כראוי הן בלשון הודאה הן בלשון חיוב כאותה שאמ' בפ' הנושא שוב אינו יכול לחזור בו כי אין אחר

חיוב כלום ועדיפא מקנין ועוד יש לחייבו מטעמ' אחריתי כיון שהמוכר הזה ת"ח הוא ויודע שדשב"ל אינו נקנה ומסתמא לא היה מאנהו ומטעהו לקחת דמי' מאת הקונה ועוד שהוא יודע שעל סמך זה עושה הולך ומתחייב בהם לסוחרי' העכו"ם שאפי' מוכר שער ראשו צריך לתתם להם אין לך הונאה גדולה אם אמרו בשולח לו תקרובת כדי יין ושמן צף על פיהם אסור משום גנבת דעת שמא יזמן אורחי' עליהם עאכ"ו במקחו ובמעותיו דקעבר משום לא תונו ומשום ויראת אלא חזקה עליו שנתחי' ונשתעבד גופו לתתם כדאמרי' בפ' איזהו נשך רב עילית גברא רבה ולא מספי איסורא לאינשי וכאן בלא טעמא דגברא רבה כיון דידע שאין המקח קיים לאו כל כמיני' לומר הטעתיו דאין אדם משים עצמו רשע דגם עדי' שאמרו אמנה היו דברינו אמרו בפ"ב דכתובות דאין נאמני' דכיון דעולה הוא אעולה לא חתמי ואונאה עולה מדברי תורה דכתי' כי תועבת ה' כל עושה אלה כל עושה עול וכן נת' מהר"מ לענין איסור רבית דלוה דלא מהימן הלוה לומר לקחת ממני רבי' מיד ליד דאין אדם משים עצמו רשע עד כאן נמצא בהעתקה.

סימן ע

שאלה ראובן ושמעון שותפי' זה דר בעיר א' וזה בעיר אחרת וגרשון בן לוי הלך למקום ראובן ועשה עמו קונטראטו מכ"כ באקאם ונתן ראובן לגרשון כתב כדרך הסוחרים לאמר לשותפו שמעון ימסור כ"כ באקאם לגרשון או ללוי אביו ענה שמעון ללוי רצונך אקים דברי שותפי תקח כ"כ טורטי לזמן מה ואם לאו איני מתרצ' במכירת שותפי ואני אכתוב שאקחנו לחשבוני לאותו הערך ועבר יום או יומי' אח"ז בא לוי וחביריו ג' עמו והודו לקח' הטורטי והאבאקם ואמר שמעון תכתבו לי שטר מסך הטרטי ותן לי כת' מקבל' הבאקא' שאשלח לשותף ואח"כ אתן לכם הכל וכן עשו כתבו שטר על ארבעתם ונתן לוי כתב כדרך הסוחרי' וקבלתי כ"כ באקאם משמעון לחשבון ראובן כו' אחר יום או יומים באו ארבעת' לוי וחביריו ועמדו לדין עם שמעון ואמר אנו לקחנו טורטי על מנת שתתן לנו באקא' לקחנו הטורטי תן לנו הבאקאם ענה שמעון מעולם לא היתה מכירתי רק באקא' שמכר השותף שלי עם הטורטי וכן היו דברי רצונך לוי ורצונכ' אקיים מאמר שותפי קחו הטורטי ואם לאו אני אכתוב לשותפי ונתרציתם וכבר בידי כתב קבלת הבאקאם ושטר הטורטי ואמרו ב"ד ללוי וחביריו יש לכם עדים שנתחייב לתת באקאם אחר מלבד אותו הבקאם השיבו אין לנו עדים וחייבו הב"ד שבועה לשמעון איך מעולם לא נתחייב על באקאם אחר זולתי הבאקאם ההוא של חבירו ונשבע בדין ותכף ומיד חתמו לו החייבים שטר חובו אחר עבור זמן הפרעון תבע שמעון ללוי פרוע יפרע נכסי הטורטי חזר לטענתו הא' הוא וחבירו והביא עדים והעידו איך המכר היה

באקאם וטורטי יחד סתם ולא העידו כי היה לבד באקאם של השותף רק סתם העידו כי המכר היה באקאם וטורטי יחד ועד א' מהעדים אחר שיצא מב"ד שאלו לו ב"ד אחר מהעדות העדת חזר ואמר כן סתם אמרו לו אתה יודע שהם ב' מיני באקאם אמר הו' מעולם לא היה רק א' וכך היו דברי שמעון אם תרצו לקחת הטורטי אתן הבאקאם עכשיו ילמדנו רבינו אם חייבי' לפרוע הטורטי מבלי חייוב באקאם זה וזה גם כי שמעון טוען אחר שאמרו בב"ד אין לנו עדים תו לא מצי לאתויי עדים דאין הלכה כרשב"ג בראיה אחרונה ולוי טוען כי אחר שהם עדים הגונים וכשרים יכול להבי' כי התם אמרי' אין הלכה כרשב"ג באנשי דעלמא אבל אנשים חשובי' הלכה כרשב"ג ושמעון טוען כי אחר שהיו בעיר באותה שעה תו לא מעלי עוד טוען שמעון כי אין בעדות סתירת דבריו שגם הוא מודה שממכרו היה טורטי ובאקאם אך הבאקאם היה קיום מכר שותפו ולא נתרצ' הוא עד אשר יקחו גם טורטי וא"כ אין העדים מעידים שנתחייב לתת להם באקאם אחר מלבד באקאם ראובן ולוי משיב אחר שעדים מעידי' כי היה המכר באקאם ראובן מה שייך בכאן דהוא מכר אחר הוא עוד יורנו מורנו מורה צדק כי בשטר המכר כתוב והאמין וכו' ולא פי' בשני עדים כשרים רק והאמין וכו' ולכך טוען לוי כי אין בנאמנות לפסול העדים אחר שלא פי' בפי' כשני עדים כשרים ושמעון טוען אחר כי דרך העול' כן גם שלא נכתב הו"ל ככתוב יורנו מורנו הרב מורה צדק איזה דרך ישכון אור התורה ואחר עקבות פעמיו נלך לא נסור מן הדבר ימין ושמאל ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה שאלה זו מתוכה מתבררת שאין דברי העדים סותרים דברי שמעון כך היו דבריו בפני ב"ד שלוי וחביריו היו תובעין משמעון שלא נתחייבו בטורטי הנז' אלא ע"מ לתת להם באקם ושמעון השיב שהיה ע"מ לתת הבאקם שכתב לו שותפו לתת להם שיסכים גם הוא במכר ואז אמרו הב"ד ללוי וחבריו יש לכם עדים שנתחייב לתת לכם בקאם אחר מלבד אותו הבאקם והשיבו אין לנו עדים ועל זה נשבע שמעון בפני ב"ד שמעולם לא נתחייב על בקאם אחר זולתי הבאקם ההוא וע"פ הדברים האלה נפטר בב"ד מעת' ועדותן של עדים שאמרו שהמכר היה באקאם וטורטי יחד אינה כנגדו שגם הוא כן אמר בפני ב"ד אלא אם כן היה מביא עדים שידעו ענין הבאקם ששלח שותפו לתת להם ומלבד זה נתחייב שמעון לתת להם בקאם אחר אז היה העדו' כנגדו ועוד שהרי נסתת' טענותיו בבית דין שאמרו לו יש לך עדים והרי הוא כמי שפסל את עידיו. עד כאן נמצא כתוב בהעתקה.

סימן עא

שאלה יעקב היו לו ב' בנים שם הבכור ראובן ושם השני שמעון ונפטר ראובן הבכור והשאיר אחריו בן אחד ואחר זה נפטר יעקב אביו ונשארו אחריו נכדו בנו של ראובן הבכור ובנו שמעון וכו' לפני מותו שיחלקו כל נכסי עזבונו קרקעות ונכסים בין שניהם לחצאין ולא היו עדים בשעת צוואתו עתה נכדו של יעקב תוב' פי שנים בנכסי זקנו ר' יעקב הנז' כי לו משפט הבכורה מכח אביו ראובן שהיה בכור גם תובע שבכלל נכסי עזבון יעקב הנז' יש נכסים אחרים שהם של אביו ראובן ורוצה לקחת אותה לעצמו ומנכסי עזבון יעקב זקנו רוצה לקחת פי שנים גם תובע כי יש בית א' שהשיא בו זקנו יעקב את ראובן הנזכר וטוען כי הבית ההוא הוא זכותו מחמת אביו שקנה את הבית הנז' כדין המשיא את בנו גדול בבית קנאו. על כל פרטי השאלה זאת יבא דבר המורה לצדקה וכסא כבוד תורתו יגדל אנס"ו.

תשובה בן הבכור נוטל פי שנים שזכתה לו התורה לא מבעיא היכא דליכא עדים בדבר אלא אפילו יש עדים שאמר האב כן בשעת מיתה לא אמר כלום ששנינו בפרק יש נוחלין המחלק נכסיו לבניו על פיו ריבה לאחד ומיעט לאחד והשוה להם את הבכור דבריו קיימים וקי"ל כר' יוחנן בן ברוקה שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה דכתיב והיה ביום הנחילו את בניו דוקא בחלק פשיטות אבל בחלק בכורה לא דתניא אבא חנן אומר משם ר' אליעזר מה ת"ל לא יוכל לבכר לפי שנאמר והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות להנחיל וכו' בכור שהורע כחו שאינו נוטל בראוי כבמוחזק לא כ"ש ת"ל לא יוכל לבכר ומתני דהשווה להם את הבכור דבריו קיימים כשחלק נכסיו לשם מתנה ובנ"ד שאמר שיחלוקו לחצאין הרי השוה להם את הבכור. ומחלק דמתני' דתנן ריבה לא' ומיעט לא' והשוה להם את הבכור דבריו קיימים היינו שחלק על פיו ואמר ינתן שדה פ' לפ' וחפץ פ' לפ' שנמצא מרבה לאחד וממעט לאחר או שהשוה להם את הבכור והכי משמע לישנא דעל פיו. והכי משמע מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות נחלות וז"ל בד"א שאמר בלשון ירושה אבל אם נתן מתנה דבריו קיימים לפיכך המחלק נכסיו משמע הא סתמא שאמר שיתנו חלוקתן שוה כפשט לשון המשנה השוה להם את הבכור לא מהני דהא לא הוי לשון מתנה.

וכן משמע מדברי רשב"ם ז"ל וז"ל המחלק נכסיו על פיו בצוואת ש"מ אינה צריכה קנין ולא שטר אלא בדבור פיו בעלמא וכגון שמצוה מחמת מיתה כדאמר לקמן בפ' מי שמת ורבה לא' נתן לו במתנה כפלים או שהשוה להם את הבכור בלשון מתנה ע"כ. ומדבריו משמע שבא לאפוקי דלא שאמר ממש יושוו כל בני בנכסים דאם אמר כן לאו כלום

הוא עד שיתן במתנת ש"מ בהדיא. והסמ"ג כתב וז"ל מאי השוה להם את הבכור שאפי' לא נתן לו כפשוט אלא משהו דבריו קיימים והוא שלא אמר לשון ירושה דקתני סיפא ואם אמר משום ירושה דבריו קיימים שהמחלק לשון מתנה הוא ע"כ. ולא רצה לפרש השוה להם את הבכור שישוו בחלוקה אלא שנתן לו חלק פשוט ואפילו משהו. ומ"ש שהמחלק לשון מתנה הוא לא שאמר בלשון חלוקה אלא שאין קורין מחלק אלא כשנותן בלשון מתנה דאי משום ירוש' מוריש או מנחיל מיקרי ולא מחלק. ובנ"ד זה הלשון שבא בשאלה שיחלקו כל נכסי עזבונו קרקעות ונכסים בין שניהם לחצאין איני רואה בו לשון מתנה ואע"פ שיש מקום לומר דבלשון יחלוקו לשון מתנה מיקרי כמו שכתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ג על ראובן שצוה שיתנו מנכסיו לפ' כך וכך והשאר יחלוקו שתי אחיותיו ויתומי אחותי שליש בשליש השיב דיחלוקו לשון מתנה הוא כדאמרינן בפ' המוכר את הבית יחלו' פלוני בנכסי וכו' אלמא לשון יחלוקו לשון מתנה הוא ע"כ איכא למימר דדוקא התם לגבי רחוקים שאינן יורשים כגון ההיא דפרק המוכר את הבית ונדון של הרא"ש הוא דאמר דיחלוק לשון מתנה אבל הכא ביורשיו בנו ובן בנו יחלוקו משמע חלוקת ירושה טפי ממתנה שכונתו שיירשו נכסיו שוה בשוה ואולי שלא כיון ליפות כחו של הבן בפשיטותו אלא ליפות כחו של בן הבן שהוא לחבבו כבן.

סימן עב

דקדוק על לשון הרמב"ם ז"ל בפרק ח' מהלכות נחלות שבוי שנשבה ושמעו בו שמת וירדו יורשין לנחלה. עיין בשאלות השייכות לטור א"ה סי' כ"ו.

סימן עג

על אודות ה"ר יהודה וה"ר אהרן בנו שנשבו בלכתם לא"י ובאה השמועה כי מתו גם שניהם ולא נודע מי מהם מת תחלה ואלמנת הבן תבעה כתובתה ואלמנת האב טוענת שכל הנכסים הנשארים הם משל בעלה והיא רוצה להיות ניזונית היא ובנותיה הקטנות מן הנכסים ובזה נכנסו בפשרה שתטול הכלה כשיעור נכסי נדונייתה ולא תטול תוס' ושוב נודע שהאב מת תחלה ואח"כ מת הבן והאלמנה כלתה חוזרת בה דאמרה שמחילתה בטעות היתה ועוד הוציאה שטר מודעא על המחילה ההוא.

הנה ראיתי תשובה למהר"ם ז"ל הביאה המרדכי בפרק נערה שפסק דכל אלמנה שמת חמיה קודם בעלה דאין לה לגבות מנכסי חמיה מחלק ירושת הבעל כיון דחמיה הניח האלמנה וקי"ל הלכה כאנשי גליל הוו להו כל נכסי חמיה ראוי לגבי בעלה ואינה נוטלת בראוי ואפי' יש במוחזק יותר על כתובת חמותה וצריך לעמוד על דבר זה דמשמ' דאפי' מתה האלמנה לא מציא גביה מחלק בעלה דחשיב להו ראוי דלא זכה בהם הבעל בחייו דאילו בחיי הזקנה בלא טעמא דראוי מהיכא גביה לא עדיפא איהי

מגברא דאתיא מחמתיה מיהו קשה דאם נימא מתה אגלאי מילתא למפרע שלא היה לה שעבוד על נכסים אלו שנשארו ואמאי קרו להו ראוי מאחר דנכסי בחזקת בעלה היורש קיימי והזקנה דכתובת' מחוסרת גוביינא היא בין לכתובה בין למזונות וקי"ל בפ' כל שעה דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וקי"ל נמי דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ואפילו אם לא גבתה כתובתה ומתה ולא נשבעה דקי"ל אין אדם מוריש שבוע' לבניו דחיישינן דילמא צררי אתפסה אית לה לאלמנת הבן למיגבי כתובת' מינייהו דלא מקרי ראוי שאני אומר שכבר נפרעה כתובתה ואלו הנכסים שירשם בעלה מאביו וזכה בהם למפרע משעת מיתה איברא דבהא יכולים לומר היורשים אנן מכח אבוה דאבא קאתינא ונכסים בחזקת דידן קיימי ולאו כל כמיניה לומר שזקנתנו גבתה כתובתה לאפוקי נכסים מחזקתייהו דלא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא במידי דמחוסר גביינא אבל נכסי' אלו מוגבין ועומדים הם ביד היורשים וכבר כתבתי בזה בתשובה מאי דאיכא למשקל ולמיתב בה אבל לענין מזונות שאין להם קצבה אלא כל ימי מיגר ארמלותא כשמתה או תבעה נאמר דאגלאי מילתא למפרע שלא היה להם שעבוד בנכסים יתר על כן אלא משמע דס"ל ז"ל דכיון דאלמנה בעלת חוב דאביו הוא אין לבן במקום בעל חוב כלום וחשבי' לכל הנכסים ראוי לגבי הבן ולא זכה בהם בחייו.

ואין להקשות ממתני' דס"פ מי שמת נפל הבית עליו ועל אביו והיתה עליו כתובת אשה וב"ח יורשי האב אומרים האב מת תחלה וכו' דהתם מתוקמא כשלא הניח האב אלמנה אי נמי מתני' באנשי יאודה שהיו כותבים עד שירצו יורשים וכו' אע"ג דבר"פ אלמנה נזונית אתינן למידק ממתני' אי נזונית תנן וכאנשי גליל או הנזונית תנן וכאנשי יאודה התם בעינן למידק להלכה דאי נזונית תנן אלמא דינא קאמר וכאנשי גליל אבל אי הנזונית תנן ליכא למשמע מינה כלום דלאפוקי בני יאודה שאיני נזונית קאמר והכא נמי נ"מ לבני יאודה וצריך לדקדק בהא דאמרי' בס"פ יש נוחלין דשלח רבין באגרתא אלמנה ובת אלמנתו נזונית מנכסיו נשאת הבת אלמנתו נזונית מנכסיו מתה א"ר יאודה בן אחותו של ר' יוסי בר חנינא אלמנתו נזונית מנכסיו ודייק מינה גמרא אא"ב בעל יורש הוי מ"ה אלמנתו נזונית מנכסיו אלא א"א לוקח הוי אמאי נזונית ומדקאמר מתה אלמנתו נזונית משמע מזונות הוא דשקלה ירושה מיהת אית ליה לבעל ואם איתא ירושה כל עקר לית ליה ועוד היכי דייק דיורש הוי אפי' תימא בעלמא לוקח הוי הכי לא ירית כלל דראוי הוא לגביה.

וי"ל דהא בהא תליא דכיון דמדינא לא פסק כחה של אלמנה אפילו נשאת לעלמא לוקח הוי לענין אחריך לפ' ולענין לוותה ונשא' והכא לגבי אלמנה אמרינן אלמנתו נזונית אף

על פי שנשאת ואעפ"י שמת' מינה ילפינן דלכי מיתה אלמנה לא ירית לה בעל אלא יורשיה דחשיב לגבי דידיה כראוי אבל אי לוקח הוי לגבה משנשאת פקע זכותה מעל נכסי' אלו וכשמתה יירשנה בעלה. ועוד צריך לדקדק בזה בר"פ מי שמת דאיבעיא לן אלמנתו מהו שתמעט בנכסי' פי' משו' מזונות דידה כשאין בנכסי' לזון את האלמנה ואת הבנות וסלקא בתיקו ואיכא דפשיט לה מהירוש' שתמעט ומק"ו דבנות שהן ממעטים אעפ"י שהורע כחן אצל אלמנה שעשו אלמנ' אצל הבת כבת אצל אחין שהבת תשאל על הפתחים והרמב"ן והרשב"א ז"ל פסקו דממעטה ומשערין כמה היא ראויה לחיות ואם איתא דחשבי' לאלמנה מוחזק' בנכסי' עד דאמרינן דכי מתה הו"ל ראוי לגבי יורשים אמאי לא ממעטה ראוי הוא שתהיה מעוטה קודם לכל שתהא היא נזוני' והבנו' ישאלו על הפתחים.

ונ"ל דאע"ג דאלים כחה דאלמנה טפי מבנות מ"מ לענין שתמעט בנכסים וירתו בניו ובנותיו לא אמרינן משום דלא כתב לה אלא שתהא נזונית עם בניו היכא שיש בנכסים למזונות בניו ובנותיו אבל לא שתמעט בנכסים וידחו מפניה דאת תהא יתבא בביתי עם בניו ובנותיו משמע מיהו בנכסים מועטים דנתפרדה חבילה אלמנתו קודמת דידו עדיפא מיד בנותיו. תו איכא למידק מהא דאמרינן בס"פ השולח מתני' דמסייעא לר"ל דתניא בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל אע"ג דמכר גמור ואית ללוקח קנין פירות כ"ש האלמנה דלית לה אלא שעבודא בעלמא דמשמע דאע"ג דמת אביו בזמן שלא היה יכול לגאול כגון בב' שנים ראשונו' דכתיב במספר שני תבואות אעפ"כ לא חשיב ראוי לגבי בריה ויש לומר דשאני התם דסופה לחזור ביובל ממה נפשך אבל הכא אין לה שיעור עד שתמות או עד שתרצה לגבות כתובתה. והא דאמרינן בס"פ מי שמת בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחו' וזו היא שקשה בדינ' ממונו' דאמרו ליה אביך מזבין ואת מפיק וטעמא משום דא"ל אנא מכח אבוה דאבא קאתינא דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך ופי' התוספות דמיירי בנכסים שכתב האב לבנו מהיום ולאחר מיתה כמו ששנינו מכר האב מכורין עד שימות ואמרינן דטעמא דמפיק בלא דמים משום דמכח דאבוה דאבא אתא ואמאי קשה בדיני ממונות אימא דאב לא זכה בהם בחיי אביו אלא כשמ' הזקן והו"ל ראוי וב"ח לא גבי מיניה ולא עדיף שעבודא דאלמנ' בנכסי' משעבוד' דאב. יש לומר דהאי עדיף דאיפשר שתאכל הכל ולא ישאר ליורשים כלום אבל התם לית ליה לאב אלא קנין פירות וסוף סוף גופא אתי לאחר מיתה. ודמי קצת להההיא דפ' איזהו נשך דאמרינן האי משכנתא באתרא דלא מסלקי ב"ח גובה ממנו ובכור נוטל בה פי שנים פירו' דחשיב מוחזק' לגבי מלוה משום דלא מצו לסלוקיה

וה"ה אלמנה דלא מצי לסלוקי לה דחשיב מוחזקת אצלה. וראיתי בא"ה סי' רמ"ז הב"י הביא תשובה זו ולא הביא עיק' הטע' דראוי ולא הזכיר אם יש מסכימי' בדין הזה או חולקי' ולכך קשה עלי למעבד בה עובדא. ומצאתי בתשובותיו שבכרך קטן סי' צ"ה על אודות קרקע שינתן ליתומים מכח זקנתם והזקנה לא נשבעה שבועת אלמנה כתוב שם ועוד אפי' כפי דברי' שטוענת דמיד כשמת חמיו ירש אותו בעלה ונשתעבדו לכתובת' ולא הי"ל כח לבעל למחול ולהפקיע שעבודא וכו' זה אינו דה"מ מקרקעי. אבל מטלטלי יכול למכור וטעמא דא"כ בטלה תקנת השוק וכו'.

ואיברא דבאותו מעשה מתה הזקנה תחילה ואח"כ מת בעלה שאין שם טענ' ראוי מ"מ למה הודה לו מהר"ם בטענתא דמיד כשמת חמיה יורש אותם בעלה ונשתעבדו לכתובתה הא מודה לה מהר"ם בקרקעות והא ליתא דמשמ' חמיה לא נשתעבדו דהו"ל ראוי אלא משמת בעלה וכיון דנ"מ לענין דינא למילתא אחריתי לא הו"ל למשתק אפי' היתה טענה ע"פ כדאשכחן דדייק בגמ' בס"פ מציאת האשה דדייק בגמ' דהדר ביה אמימר מההוא עובדא דאמרי לה אחי אלו הוה לן זוזי הוה מסליקנא לך ואישתיק אמימר ולא אמר מידי וכתבו התוס' מכאן רגיל ר"ת כשהיה יושב בדין וא' מבעלי דינין היה מגזים לחבירו ואומר כך וכך תתחייב לי היה ר"ת אומ' שקר אתה אומר ע"כ. אעפ"י שיש לחלק קצת בין היכא דאיכא נפקותא באותו נדון להיכא שהנפקות' בנדון אחר כגון זה מ"ש לא היה לו לקיים טענתה בקרקעות דהול"ל ואפילו בקרקעות לא חל שעבוד אלא משעת מיתת בעלה. ואפשר דמהר"ם יודה דחל שעבודי' משמת חמיה שנפלו לפני בעל' לענין ב"ח מאוחר דלא אזלי בתר שעת מית' הזקנה דנהוי לוה ולוה ואח"כ קנה דמ"מ משעת מיתת אביו חל שעבודא אעפ"י ששעבוד הזקנה עליהם מ"מ לא מצי למכור ולא להקדיש אלא כבעל' חוב דמכאן ולהבא היא גובה וחל שעבודא של זה קודם שעבוד ב"ח מאוחר. ועוד מצאתי במרדכי בפ' כל הנשבעין הביא תשובות מהר"ם דמשום כתובת אשתו ומזונות לא מיקרי ראוי דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור. עוד אודיע לשואל שמצאתי במהר"ם בתשובותיו סי' ע"ד שאין האשה גובה כתובת' מן המלוה דהו"ל ראוי ואשה גרוע' מבכור כדאמרי' בפ' יש בכור לנחלה מקולי כתובה שאנו כאן. ובתשובה אחרת סי' קצ"ה ומה שכתבתי לפי תקנת הגאונים אין אשה גובה כתובתה ממלוה דהו"ל ראוי לענין בכור ובעל אדרבא מדלענין מלוה שביק לבעל מכלל דבעל נוטל כמלוה וכו' ע"ש ויהיו אלה מאותם שכתב מהרי"ק ז"ל בסוף שרש. עלה קאמר שדרכו בהרבה מקומות לחזור בו בתשובותיו שפעמים יקח לו שטה א' ופעמים יקח לו שטה אחרת ואותה ודאי כבר הסכימו רבוותא במלוה לא מיקרי ראוי לגבי אשה

אבל בראוי זה אי חשיב ראוי גמור לא מצאתי עתה לפוסקים שידברו בזה אבל מצאתי להרא"ש בתשובותיו הביאה בנו ז"ל בטור א"ה סי' ק"ה ראובן הניח בנים ואלמנה ומתה האלמנה קודם שנשבעה אם יש לבכור פי שנים דמספקא לן אי קרויין נכסי האב כל זמן שלא נשבעה ונכסים בחזקת בעלה ולא זכתה בהם כלום והבנים את אביהם הם יורשים ויש להם דין בכורה מ"מ לענין נידון דידן אין אנו צריכין לזה שכל זמן שהאלמנה הראשונה קיימת נזונית היא וכן בנותיה נזונות עד זמנן ונוטלות עישור נכסים ואפילו יותר מעישור נכסים לפי ששמין באב ולפי מה שנהגו בארץ כמו שכתבתי במקום אחר בתשובה ולא היתה יכולה לגבות מה שגבתה זולתי חפצי נדוניית' הידועי' שאותם הדין עמהם דלא מצו לסלוקה בזוזי ונוטלת בלא שבועה וכל מה שלקחה יותר מכח הפשרה שעשו ביניהם נטלה והיאך יכולה לחזור בה מכח המודעא אף אם היתה מרווחת בדבר פשרה כמכר הוא ואפי' היה לה טענת אונס שביטול המודעא מבטלתו ושלום.

סימן עד

גרסינן בפ' יש נוחלין שלח רב אחא בריה דרב אויא לדברי ריב"ב נכסי לך ואחריך לפלוני אם היה הראשון ראוי ליורשו אין לב' במקום ראשון כלום שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק א"ל רבא לרב נחמן והא אפסקה הוא סבר יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק. ומקהו בה רבנן אקהייתא מהא דאמרינן לעיל האומר תנו שקל לבני בשבת ואם אמר אם מתו יירשו אחרים תחתיה' אין נותנים להם אלא שקל ואמאי והא ירושה היא ואין לך הפסק כך הביא הרמב"ן ז"ל בחידושיו שהקשה הרב רבינו יהוסף הלוי ז"ל וניחא ליה כיון דאיהו אמר אל תתנו לו אלא שקל לאו ירושה היא אלא בשקל וכי אמר יירשו אחרים תחתיהם ירתי וה"ד ירוש' כגון נכסי לבני ותנו להם מהם שקל. ולפי שיטתו ז"ל שאר הנכסים שלא נתנם הרי הם בחזקת היורשים ומה שנתן לזה נוסף שהוא השקל בכל שבת אם הספיקו לו פחות משקל ויש שם מותר המותר ליורשיו כמ"ש הר"ן ז"ל ומכאן ואילך ינתנו לאחרים שקל בכל שבת ואולי טעמא דאפילו צריכין יותר לא יתנו לפי שאמר אם מתו יירשו אחרים משום דשמא לא יהיה ספק לתת לאחרים באחרונה. וכתב הרמב"ן ז"ל ואכתי קשיא ליה כיון דאמרינן ירושה אין לה הפסק אלמא אין מקבל מתנת שכיב מרע קונה אלא עם גמר מיתה נראה הא כל שלא קנה אלא לאחר זמן אינו בדין שיקנה לפי שחלה עליו ירושה של תורה ורחמנא אמר אין לה הפסק וכו' ובר מן דין לדברי רב אחא אין ש"מ נותן בתנאים וק"ס דהא אמרי' הבו ד' מאה זוזי לפ' ולנסוב ברתי. וכן הא דתניא בפר' האומר ולפ' בני יתן ק"ק זוז וירש שדה פלונית וכן לקמן אם ילדה אשתו זכר פרכינן ואימא ליה לכשתלד וכלהו

לא חיילי אלא לאחר זמן וכבר חלה ירושה ואין לה הפסק. וכתב ז"ל ואפשר לומר דלא דייקינן בה כולי האי אלא התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה בכל ענין ואף לאחר זמן ובסוף דבריו ז"ל הצריכה עיון וצריך לעמוד על כונת דבריו דיראה שעשאה הרב ז"ל למתנת ש"מ דרבנן כשל תורה ובגזרת הכתוב. ותמהני דהאי דנתנה רשות לאב היינו להנחיל לבן בין הבנים יותר על חלקו אפי' בתורת ירושה אבל לאחרים אין לו רשות בתורת ירושה אלא במתנת ש"מ הוא נותנה. וההיא דדרשינן גבי ג' שנכנסו לבקר את החולה דקרי ליה חוקת משפט לכך עושין דין כת' התוספת במאי מיירי דהא מתנת ש"מ דרבנן היא אי נמי כריב"ב על מי שראוי לירושה דבריו קיימים אלמא במתנת ש"מ בעלמא לא מיקרי משפט דהא דרבנן היא. ואם נאמר דהרמב"ן קאי אאוקימתא דרב ששת דאוקמה בראוי ליורשו כי היכי דלא תיקשי היכי קאמר לשון ירושה לשאינו יורש והשתא ודאי בראוי ליורשו כגון בן בין הבני' התור' נתנ' רשות להניחו לכל מי שירצה אפי' לאחר זמן וירושה נפסקת מן היורש וזוכה זה הראוי לירש בחלקו וחלק חבירו אבל אם חלה הירושה של אחיו שוב אין לה הפסק ואין לאחריך אלא חלקו מה שהיה ראוי לירש לבד. ואכתי קשה לאוקמת' דריש לקיש דאוקמה באומ' תוך כדי דבו' דמהני לגלויי אף בב' שדות וב' בני אדם תיקשי היכי קנו אחרי' לאחר מיתה והא משעת מיתתו קדמ' ירוש' היורשים. ועוד דכל מתנת ש"מ דאחרים דמייתי הרמ"בן ז"ל כגון הבו ד' מאה זוזי לפ' ולנסוב ברתי פלו' יתן ק"ק זוז וירש שדה פ' כו' היאך מתקיימים המתנות דהוו דרבנן אחר שחלה ירוש' בניו ונפלו זוזי קמי יתמי וירא' שהרב ז"ל מעיקרא קשיא ליה דאכתי מה הועלנו במ"ש דלא הויא ירושה אלא בשקל דלא נתן לבנו שאר הנכסים אכתי סלע זה שבאים אחרים לירש באחרונה לא קדמה לו ירושת הבן משע' מיתת האב דאטו מתנה ליורש משום דאית ביה צד ירושה אם היה מורישו אמר' ירושה אין לה הפסק ירושה עצמה לא כ"ש. ותירץ שאני ירושה עצמה דיש לו רשות להעבירה אם ירצה מה שאין כן בירושה שניתנ' בלשון מתנ' דארכב' אתרי ריכשי ובההיא דוקא אמר רב אחא דכיון דאתחיל בירושה של תור' והנחיל בה ועביד לה נטירות' יתירת' שוב אינה נפסקת ממנו. ומיהו זו שכתב הרב ז"ל לענין מתנת ש"מ כיון דאמ' ירושה אין לה הפסק אלמא אין מקבל מתנת ש"מ קונה אלא עם גמר מיתה הא אם לא קנ' בשע' גמר מיתה אלא לאחר זמן אינו בדין שיקנה ולכך הוקשה לו היא' קונ' כל מתנת ש"מ ע"י תנאי ולדידי אינ' היא המד' דכל מתנ' ש"מ אינה אלא לאחר מיתה שהרי מוציאי' ממנו לפרנס' ולמזונו'. ומהך טעמ' אמר אביי בפרקין אם נתנ' מקבל ראשון במתנ' ש"מ לא קניא אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך וכיון דאחריך עם גמר מיתה הם זוכים וקדמו למתנת ש"מ אלמא

מתנת ש"מ לאחר גמר מיתה אתיא ואם איתא היכי מתקיימא הא מכי מיית נפלו נכסי קמי יתמי אלא ע"כ מעיקרא כי תקון רבנן מתנת ש"מ דתקני כדי שלא תטרף דעתו עליו הכי תקון שלא תפול אלא לאחר מיתה כדי שיחזור בו כל זמן שירש ועשו לה חיזוק כמתנת בריא שלא תפקיענ' ירושת היורשי' הילכך כי אמר נמי יזכה בו לאחר זמן או לאחר שיעשה דבר פ' מהניא הואיל ועיקרה לאחר מיתה היא וקיימו חכמים את דבריה.
א"נ ליפוי כחה עשאוה כמתנ' מהיו' ולאחר מיתה דשעבודא חייל מהיום וזכות לאחר מית' ומ"מ ב"ח גוב' מהם ששיעבודו קודם ותד' דבההי' דספ"ק דגטין דהילך מנה לפ' דאמרי' אי איתיה למקבל בשע' מתן מעות זכה אעפ"י שמת בחיי נותן יזכו יורשי מקבל אלמא זכה בהם המקבל למפרע משעת הנתינ' וכמ"ש התוס' והר"אש ז"ל ומיהו כי יהיב במתנת ש"מ במקום אחריך משו' דלאו מכחו קאתו אלא מכח הראשו' שעבודן וזכותם קודם וה"ה נמי באו' ואחריך יטלו אחרי' שקל בכל שבת דאמרי' שאעפ"י שקדמה לה ירושת היורשים לא גרע ממתנת ש"מ דחייל' בכל זמן וטעמא דלא מצי מפקע' מיד הראשון כשהיה יורש לפי שלא זכה אחריך אלא מכח מתנתו של ראשו' כדמוכח ממאי דאמרי' שאם מת שני בחיי ראשון וכיון דמכחו ועל ידו בא לזכות היאך יפקיע כחו של ראשון והיה אצלו ירושה שאין אחריה הפסק. זהו דרכו של רבינו יהוסף ז"ל ועוד הביא הרמ"בן ז"ל י"מ דההיא דתנו שקל לבני דוקא בדשוינהו לנכסי ביד שליש דהרי אמ' תנו ולאו ירושה היא ויעשה השליש מה שהושלש בידו. וכת' ע"ז הרב מהר"יק ז"ל בסי' רמ"ה דכפי תירוץ זה אפי' אמר בלשון ירושה לא זכה בה הואיל ולא באו הנכסי' בידם. ותימה לי כיון דמתור' ירושה זכה בה כי הוו ביד שליש מאי הוי כל היכא דאיתנהו ברשות יורש איתנהו. וכ"ת לשון ומתנה נמי לדידהו ירושה הוי וכשלא בא לידם יש לה הפס' לא דמי דבסתם מתנ' כי שוינהו ביד שלי' כמאן דעקרה מתורת ירושה לגמרי היא ואוקמה בדין מתנה אבל אם אף כשנתנה ביד שליש אמר שירשו אכתי דין ירושה יש לה דאפי' תימא שהודה שרצונו שתפסוק רחמנא אמר אין לה הפסק. וכבר ראיתי לרב מהר"ר שלמה הכהן ז"ל שחלק על הרב בב"י ז"ל בזה דודאי דלשון ירוש' אין לה הפסק ומאן דרמי עלה לא חש לקמחיה ואיברא דלפי' רשב"ם קושיא מעיקרא ליכא שהוא פי' שאין לשון מתנה אלא ירושה באו' נכסי לך דאע"ג דלאיני' בעלמא הוי לשון מתנה ליורש לא הויא אלא לשון ירוש' אבל כי אמר לשון מתנה בפירוש מתנה וההיא דתנו שקל קאמר דלשון מתנה הוא וליכא לאסתפוקי בה כלל.
והרמב"ם ז"ל בפרק י"ב מהלכות זכיה לתרץ קושיא זו כתב דשאני הכא שפירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא משום מתנה לפיכך השני קונה מה

ששייר הראשון ואי קשיא ומאי שנא הכא דבסתם לא מהני אלא אם כן פירש ומ"ש לענין בכור דדרשינן לא יוכל לבכר וכו' אי יהיב בלשון מתנה כדאמרינן בגמרא וכן כתבה הרב ז"ל בפרק ו' מהלכות נחלות ולא בעי עקירה ולא עוד אלא אפילו אמר נמי לשון ירושה כגון שאמר יירשנה ותנתן לו ויירשנ' כל שהזכי' שם מתנה בתחלה או בסוף דבריו קיימים ובכי האי גוונא לא מהני לגבי אחריך לשון מתנה משום דאמרינן כל מתנה ליורש לשון מתנה הוא א"כ אפילו עקירה לא תהוי ליה ויש לומר דלגבי בכור אפילו יש לו שתי הלשונו' ירושה ומתנה מהני משום דארכבה אתרי ריכשי ואפילו לא עקרה לירושה לא איכפת לן דירושה לא מחריב בה כל שהוסיף ויפה כחו בתורת מתנה אבל גבי אחריך אפילו יהיב בתורת מתנה כל שלא עקר שם ירושה ממנה מאחר שיש בידו רשות להנחיל את בניו יש בכלל לשון המתנה ירוש' שאין לשון המתנה שולל הירושה וכיון דנפלי זוזי קמי יורשים אין לאחרי' כלום אי לאו דעקר שם ירושה לגמרי ותו איכא למידק במ"ש אבל הבריא שנתן מתנת בריא וכו' מאי אירי בריא אפילו ש"מ אם הקנה בקנין הו"ל מתנת בריא גמורה דמתנת ש"מ במקצת צריכה קנין והרי היא ככל מתנת בריא מהיום ולאחר מיתה שאינו יכול לחזור בו וה"ז כמי שפירש שלא מתורת ירושה היא נותן מכח מה שנתנה תורה רשות להנחיל שזהו מדין ירושה וחוזר בו כל זמן שירצה ואפי' אמר בלשון מתנה כיון דמתנ' ש"מ כירושה שויוה רבנן ויורש הוא לא נפקא מתורת ירושה אבל מתנה גמורה דלא מצי למהדר מינה אין בלשון הזה לשון ירושה כלל ואין לך עקירה מפורש מזו ואפילו מתנה דכל נכסיו כל שפירש ואמר שהוא נותן מעכשיו שלא יחזור בו כמתנת בריא דיינינן לה כדכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח אל תטעה וכו' א"כ למה הצריך כאן בריא שנתן מתנת בריא ותו דמתנה בקנין היאך אפשר לומר שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה אלו היה לשון ירושה היאך מועיל בה קנין אדרבא מבטלה דאין קנין לאחר מיתה ונראה שדעתו ז"ל דש"מ כיון דמצי יהיב השתא בתורת נחלה כשהוא נותן מתנת בריא ומחיים לא מפיק מתורת נחלה דממילא אתיא אלא אמדינן לדעתיה דאלימא אלומי להיא נחלה דמחיים מתחלא לה במתנה דלא מצי למהדר מינה ולבסוף זכי בה מדין נחלה שאין לה הפסק דליפות כחו אמר במתנה ולא לגרוע כחו משאם היתה נחלה גרידתא והא דקאמר שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה הכי קאמר אין לך לשון מתנה בש"מ שלא יהא בכללה לשון ירושה ואפי' אמר מתנת בריא אינו שולל נחל' דחזיא ליה אלא מוסיף עליה ומיפה כחה. ותו במ"ש הרב המ"מ אבל הבריא שנתן כו' נראין דברי הרב ז"ל נכוני' בדין הבריא כיון שהעלינו שאין הבריא יכול להעביר נחלה בלשון ירושה אלא בלשון מתנ' כו' משמ' ולרבי' חננאל דמפשט' בעיא דבריא דמהני ביה

לשון ירושה אין חילוק בין בריא לש"מ. וקשה דלדידן נמי בעיין לא איפשיטא וספקא היא וכי היכי דלא עבדינן עובדא ולא מפקינן מיורשים מספק ה"נ באומר ואחריך לפ' לא יזכה בו אחריך מספק אלא מוקמינן להו בחזקת היורשים. וי"ל דלא אסתפקא מילתא בבריא אלא כשאמר בלשון ירושה לפי שסופו לירש אבל כשאמר בלשון מתנה אז ודאי אין בלשונו לשון ירושה כיון דהשתא לאו שעתה דאמר רחמנא ביום הנחילו את בניו. ותו קשיא בההוא עובדא דאיסור גיורא שהביאו הרב בפ"ט גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה כו' שלשון ירושה ומתנ' גבי יור' אח' הן ואם תאמר יקנה נמצא זה יורש את אביו. וכן תלאה הרי"ף ז"ל בהא דר' אחא בר אויא שאין לשון מתנה אלא ירושה כו' והא אפי' אם נאמר שיקנה במתנת ש"מ לא מפני זה נאמר שזה יורש את אביו דהא משכח' לה במפר' ועוקר שם ירושה אלא לשון מתנה ותו דאמרי' התם היכי ניקנינהו רב מרי להני נכסי ולא אשכחו ליה גוונא אלא באודיתא הא אפשר למקנינהו במתנה ועקירה וכבר ראיתי מי שהקשה קושיא זו מהא דרב מרי דקשי' על הרמב"ם מדידיה אדידי' ובא לרפאות את שבר הקושי' על נקלה כי אמר שזה התנאי לא מהני אפילו מפרש ואומר לא לשם ירושה כו' אלא כי הפסיק' באומרו ואחריך שזה גילוי דעת דכי איכוון לתת משום מתנ' איכוון אבל כשאינו מוריש לאחר רק לו לבדו אעפ"י שפירש ואמר לא לשם ירושה כו' תחת לשונו עמל ואון דכדי להקנותו אמר כן והרב מהר"ר שלמה הכהן הודה לו בדבריו אלו ואמר שהתירוץ ברור והקושיא מתחלת' אין לה עיקר כמ"ש בספרו הג' סי' י"ג ואינו מחוור דרב מרי לאו בר ירוש' הוא ולמ' לא יועיל לו פירושו ועקירתו אלא דהך מילתא תליא באיד' דרב אחא דאין לשון מתנה ליורש אלא ירושה כמ"ש הרי"ף ז"ל ואם אתה אומר יקנ' נמצ' זה יורש את אביו ואי עקירה כיורש מהני הא לא מיקרי ירושה וכבר ביארתי טעמו של הרמב"ם ז"ל במקומו דחיישינן שלא יאמרו בנו גמור הוא ופוטר את אשת אחיו ואין קדוש' תופסין באשת אביו דהא אשכחן דחשו להכי בירושתו ואמר המחזיר אין רוח חכמים נוחה הימנו דכיון דלידתו בקדוש' סברי אינשי דאחיו לכל דבר הוא וכיון דשייך ביה מתנה ע"י עקירה מה מקום לגזור שלא תועיל לו מתנה כל עיקר וי"ל דדוקא בבן בין הבני' הוא דמהני פירוש ועקירה שאותו התוס' שנותן לו אינו ראוי לו מדין ירושה של תורה אלא כשאביו רוצה להנחילו ולזכותו בזה יתר על אחיו ולהכי מהני ליה מה שיפרש שאין כונתו במתנה זו להנחילה אלא במתנ' גרידתא הוא נותן לו אבל היכא שאין שם יורש אלא הוא כיון דמדין תורה הוא יורש את הכל לא אמר כלום דנחלה ממילא אתיא ליה היכי מצי עקר לא משום ירושה אני נותן דבירושה אין אנו צריכין לנתינתו ולא לדבורו וכי אתני בהדיא שתעקר הירושה ממנו מי מעקרה

האומר לא ירשני בני מידי משש' אית ביה הילכך בההי' דרב מרי שלא היה שם בן אלא הוא מחזי כיורש גמור ואם אתה אומר יקנה נמצא זה יורש את אביו וה"ה אם רב מרי בן בין הבנים הוא ובא ליתן לו חלקו לא מצי מעקר ירושה אבל אם היה בא לתת לו מקצת בתורת מתנה מתנתו קיימת וכגר דעלמא דמי כמ"ש הרמב"ם שאם נתן לגר משא' גרים מתנתו קיימת ואהא דכתב הרמב"ם ז"ל שאם פי' ואמר לא לשם ירושה אני נותן לו מהני כתב הריב"ש בסי' קס"ז דאין טעמו ברור ושכבר השיב עליו הראב"ד ז"ל והרשב"א בתשובה לא מצא דרך לש"מ להפסיק הירושה מן הראוי ליורשו מאחר שיזכה בה גם בגמרא נראה הפך סברת הרמב"ם בהא דא"ל רבא לרב נחמן והא אפסק' א"ל הו' סבר יש לה הפסק ורחמנא אמר אין לה הפסק עכ"ל ולדידי מ"ש שהרשב"א ז"ל בתשובה לא מצא מקום להפסיק הירושה מן הראוי לה אם ממ"ש בתשובותיו ס' תש"ד על מי שהוריש את כל אשר לו לבתו ואחר מותה מקצ' הנכסים לאחיו ומקצת' להקדש ואמר מכיון שנתן לבת שהי"ל ליורשו אינו רשאי האב להתנו' עליהם בשום צד לא שיחזרו ליורשיו ולא להקדש ההיא בבת יורש' נחל' לבדה הוי דלא מצי לאתנויי ולא לפרושי שאינו נותן משו' ירושה דע"כ יורש' היא את הכל מתור' ירושה וכי אמר בהדיא לא תירש לא אמר כלום אבל מדברי ר' יהוסף הלוי ז"ל אפשר היה לדקדק מכיון שהוצרך להעמיד ההיא דתנו שקל לבני בשלא נתן להם כלום בגוף הנכסים אלא אותו שקל אלמא אם היה נותן אפי' עם פירוש ועקירה לא הוה מהני ביה ומיהו איכא למדחי דלא ניחא ליה לאוקומי בשפירש ועקר מדסתם לן תנא תנו שקל לבני ומפליג בין אומר תנו שקל לאומר אל תתנו אלא שק' ונפלוג באומר תנו בין עוקר לשאינו עוקר אי נמי דמשמע ליה האומר תנו שקל לבני דלכלהו בנים שהם יורשיו מיירי ולא שייך לפרושי ומעק' כיון דיורשי' ודאי' הם לכך פירש דמיירי בשלא נתן להם הנכסים אלא לאחר נתנם ועל החצי שקל דיהיב ליה אמר ואחריך וכו' מה שכתב הריב"ש ז"ל דבגמר' נראה הפך דברי הרמב"ם דמשמע דלא יועיל ואין לה הפסק ולכאורה משמע דלא מייתי מינה מידי דבגמר' מיירי בסתם מתנה דהויא ירושה אבל אם פי' ואמר לא לשם ירושה כו' הא עקרה. אלא נר' דהכי קשי' ליה דכי פריך והא אפסקה הו"ל לתרוצי בהדיא רחמנ' אמר אין לה הפס' ולא מצי לאתנויי על מ"ש בתורה אלא משמע דהכי פריך היכי אמרת דאין לשון ירושה אלא מתנה והא אפסקה דגלי דעתי' דלא משום ירושה יהיב אלא משום מתנה דשייך הפסק ומשני לאו גילוי הוא דמטעא קטעי דאיהו סבר שאעפ"י שמדין ירושה זוכה יש לה הפסק והשתא אם איתא דעל ידי פירוש מועיל להוי מה שהפסיק פירוש לפרש דגלי דעתיה דעקר שם ירושה ממנו ולמה תאמר דטעה בהא ונראה דלהרמב"ם ז"ל ה"פ הא

דאמרת אין לשון מתנה ליורש אלא ירושה כלומר לא נעקריה שם ירושה ממנו אלא נתן בה כח היפה שבמתנה והא אפסקה ואגלאי מילת' דעקר' לגמרי מתורת ירושה ומשני דטפי ניחא לומר דטעי כההיא דסבר יש לה הפסק משום דלשון מתנה גמורה נתתי ואין כאן ירושה ולית' דרחמנ' אמר ירושה אין לה הפסק ואעפ"י שהזכיר בה לשון מתנה לא שתעק' שם ירוש' ממקומה. ובמה שכתב הרמב"ם ז"ל אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה כו' כתב הרב המ"מ שנראין דבריו נכוני' בדין הברי' וכיון שהעלינו שאין הבריא יכול להעביר הנחל' בלשון ירושה אלא בלשון מתנה. והיינו משום דלא איפשיטא בעיין כדכתב המ"מ לעיל ולא עבדי' עובדא ומשמע דלרבינו חננאל דבעיין איפשיטא שדבריו קיימים אף בבריא אמרי' דירוש' אין לה הפסק וקשה דאפי' לדידן דלא איפשיטא נהי דלא מפקי' משאר יורשים מספק אבל לא נאמר שאחריך יהיו זוכין מספק ואין לומר דלא מספקא לן אלא בנתן בלשון ירושה אבל בלשון מתנה בבריא לא דהא רב אחא בר אויא פשיטא ליה דכל דמהני בה לשון ירושה כי אמר לשון מתנ' אינו זו מדין ירושה ואת"ל דבבריא מהני לשון ירושה ה"ה נמי דאמרי' אין זו מתנה אלא ירושה. ולכן כתב המ"מ כיון שהעלינו שאין הבריא יכול להעביר נחל' בלשון ירוש' וכו' משמע דאת"ל דיכול להעבי' בתורת ירושה אף במתנה אין לה הפסק. ונראה שאין דבריו של הרמב"ם והרב המ"מ אלא בבן בין הבני' שאם היה בריא לא זכי במתנה כלל אלא שאר אחיו זוכין בו כאחת והיאך יזכו בו אחריך אבל אם אין שם יורש אלא הוא אפי' בריא במתנת בריא אין לאחריך כלום כיון דספק' הוא אמרי' ביה אין לשון מתנה אלא ירושה ואין אחריה הפסק יוסף מטראני.

סימן עה

באתי לכתוב דברי' אחרי' במה שנחלקו הפוסקי' ז"ל בדברי' אם עלתה להם חזקה או לא עלתה כגון בהזק ראייה וקוטר' וב"ה וכיוצא בשאר מחלוקות כמו בפותח על חורב' או' גג רעפי' מי יקרא מוחזק ומי מוצי' מיד מי ראיתי שכתב הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א סי' פ"ג שאם רוצה בעל החצר לבנות ולהאפיל הרשות בידו דיוכל לומר קים ליה כהני רבוותא דסברי דאין לו חזקה והביא תשו' הרשב"א הובא' בב"י סוף סי' קנ"א דעתי נוטה כדעת ר"ת שאפי' שטר אינו מועיל להיזק ראיה וקוטר' וב"ה וכן נראה עיקר אבל הרבה מחכמי ישרא' חולקים עליו ולפיכך אני אומר למעשה אם כבר פתח חלונות אין מחייבין אותו לסלק ולא לסתום ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח דומיא דמ"ש ארעא היכא דקיימא תיקום זוזי היכא דקיימי לוקמו ע"כ וכתב שמתוך דבריו משמע דיכול לבנות ולהאפיל והיינו מדנקט אין מחייבין אותו לסלק ולא לסתום ולא כתב אבל

אם רצה לבנות כנגדו וסותם בונה ואין זה דקדוק דהא דלא נקט הכי משום קוטרא וב"ה דלא מצי נזוק לסלק הנזק ומאחר דדינא הוא דעל המזיק לסלק נזקו משום דגירי דידיה הוא ואמרינן הכא דאינו מחויב לסלק ממילא ידעינן דזכה בפתיחת חלונותיו ואין לסתום אורו בפניו. תדע מדמייתי הרשב"א ז"ל ראיה מהא דאמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום אע"ג דלא הי"ל שני חזקה הואיל ועד עתה החזיק בטענה שהו' שלו לא מפקינן ליה מספק וה"ה שלא יכנס זה לדור בתוכה דלא עבדינן בה דינא דכל דאלים גבר אלא זכה זה בחזקתו לגמרי ה"נ מהני ליה לבעל החלון חזקתו שהבא להוצי' ממנו בספק אין שומעים לו לפיכך אינו רשאי זה לבנות ולהאפיל דאפוקי מחזקתו הוא. ואם איתא שהיה הרשב"א אומר דאחר שטרח והחזיק יכול לבנות כנגדו ולסתום אורו לשמועינן הא ולא היה צריך לאשמועינן שאין מניחו לכתחילה שאם הוחזקה כבר יוצאה שאינה מוחזקת אינו בדין שלא תתחזק ויעכבנו מלסתום. ואני תמה לדעתו ז"ל דמודה דאינו רשאי לפתוח כנגד שלא יגרום לו לסתום חלונותיו מההיא דמייתי מהרמב"ן בחלון הצורי שאם אתה מתיר לו היזק ראיה אתה מצריכו לסתום א"כ כל שכן שלא יסתום בידים שאם גרמת נזיקין נאסרה עליו היזק בידים לא כ"ש והיאך נאמר דהרשב"א לא אמר אלא שאין מחייבי' אותו לסתום אבל אם רצה בונה וסותם. ומיהו לא היה צריך להודות בזה מכח ההיא דחלון הצורי דקאמר הרמב"ן דשאני התם דזכה בה לאורה ואינו יכול לגרום שיסתום כל זמן שאינו בונה שהוא אינו מזיקו בראיה לפיכך אם בא לבנות בונה דע"ד כן פתח שלא יהיה לו חזקה כשיכנס ואינו יכול לגרום לו שיסתום וכ"ש שאינו יכול לסותמה במחיצה שיעמיד לפניו כל זמן שאינו צריך לבנות דלהכי ודאי החזיק. ובחצר שיש בה היזק ראיה שעלתה לו חזקה לגמרי מספק אינו יכול להזיקו בבנין שיסתום אורו בפניו וגם אינו רשאי לפתוח לו חלון כנגדו לא בלבד מפני שהוא גורם לסתום אלא דהזק ראיה אסור ואם הוא מזיקו בהזק ראיה ברשות קא עבידי אבל התם גבי חלון הצורי אם לא מפני הגרמא אפשר דשרי דלא זכו בחלון זה אלא מפני שאינו מזיקו כלל ועכשיו מעכב עליו שלא יפתח חלונות ברצונו לחצרו אלא שהוא גורם לסתום וכבר זכה בעצמו של חלון וכאן מאחר שכ' הרש"בא דמשהחזיק מוקמין ארעא בחזקת המחזיק כהא דאמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום אינו יכול להזיקו.

והוסיף הרב ז"ל בתשו' פ"ד לומר גדול מזו בראובן שהיה מקבל מי גגו של שמעון בחצרו ובא שמעון להגביה גגו יותר ממה שהיה שנמצא מזיקו יותר דאיכא מרבוותא דאמרי כל שהוא מוסיף בנזק אין שומעין לו. והשיב ז"ל שיכול להגביה ולומר קים לי כהני רבוותא דאמרי שאני רשאי. ודבר תימה הוא וכי רשאי אדם להזיק את חברו לכתחלה מספק

והלא אפי' גרמ' דנזקין אסור כדאמרי' פרק לא יחפור מרחיקין את הסולם מן השובך ארבע אמות שלא תקפוץ הנמיה ופרכינן והא גרמא היא זאת אומרת גרמא בנזיקין אסור אע"ג דלא ברי היזקא וכן אמרו כמה הרחקות משום שמא יזיק וכן הא דאמרי' בפ' המניח המצניע את הקוץ ואת הזכוכית בר"ה או בכותל רעוע חייב דהו"ל לאסוקי אדעתיה שמא יחפרו הקרקע ושמא תפול הכותל ובפ' אלו מציאות ס' הינוח אסור ובספ"ק דכתובות גבי תינוק שנמצא שמחזירי' אבדתו אע"ג דספק עכו"ם הוא משום דס' גזל הוא. ובפ' המפקיד אמר לשנים גזלתי את א' מכם נותן לזה מנה ולזה מנה ואמרי' דלא מבעיא אם שניהם תובעים אותו דחייב מן הדין ליתן לכל אחד כדר' עקיבא דפ' האשה שלום גזל א' מחמשה וכו' נותן גזלה לכל א' וא' אלא אפי' שאין א' מהם תובעו חייב בבא לצאת ידי שמים משום נהי דהתם משום דבגזל בא לידו דאלו בפקדון היה פטור לצאת ידי שמים משום דבהיתר אתא לידיה מ"מ הכא שרוצה להחזיק מספק איסור' קרינא ליה. וגם יש סברא גדולה דהא כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בענין דררא דממונא אמרינן היכא דקיימי זוזי לוקמו ונמצא שזה המוחזק הוא גוזל ממון חבירו ואומר קים לי כר"י הכא נמי שזה מזיק לחבירו לדעת הפוסקים החולקים יוכל לומר קים לי ואמר וזו תשובה נצחת. ותמה אני על דבריו ז"ל חדא דמשוי תפיסת קרקע לתפיסת ממון דקרקע לעולם בחזקת בעליה קיימא והיאך יכול הלה להוציא זכות חזקתו ממנו בטענת ס' ולא עוד אלא אפי' כשזה תפוס בממון הואיל מחמת ספק קרקע הוא מפקינן מיניה כדאמרינן בסוף פרק השואל דאפילו בא בסוף החדש כלו למשכיר דקיימא לן כרב נחמן דלא מהניא לשוכר תפיסת המעות משו' דארעא בחזק' בעליה קיימא. וכתב הרי"ף ז"ל שם דאף על גב דבמטלטלין אי תפיס לא מפקינן מיניה במקרקעי קיימא לן כרב נחמן דאמר בחזקת בעליה קיימא אף כאן הבית התחתון בחזקת בעלייהו ולמאי דלא אחזיק לא אחזיק ותו כיון שעכשיו הוא רוצה לתקוף ולהחזיק בעל כרחו של בעל החצר לא מהני ליה תפיסתו ואפילו במטלטלין בעומד וצווח מוציאין מידו כדאמרינן ברישׁ מציעא תקפה אחד בפנינו והלה עומד וצווח מפקי' מידו וכתב הבית יוסף מהא שמעינן דכל ספקא דממונא דקיימא לן קולא לנתבע אם תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה וכן נראה דברי הרי"ף ז"ל בההיא בעיא דסוף פרק השוכר את הפועלים וכו' עכ"ל הילכך לא אמרינן זוזי היכא דקיימי לוקמו אלא היכא דבהיתרא אתו לידיה אבל להזיק במזיד מספק זו אינה תורה. ומה שהביא ממ"ש הטור סימן קנ"ז אי לא ידע דיינא לשעורי אין לחיי' הנוטע להרחיק התם בשכבר הרחיק חלקו וחלק חבירו דהיינו שמונה אמות אלא שאם יאמרו שעדיין צריך להרחיק ירחיק אבל מה שלא ידעו וכי יפסיד שדהו דסתם

שדה עשוייה ליטע היא. עוד כתב ואין להקשות מתשובת הרשב"א שכתב שאם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח דמשמע דבעל החצר הוא המוחזק ולא היא דשאני התם שהנזק מבורר והאדם הוא מוזהר שלא להזיק את חבירו. וקשה היאך הנזק מבורר והוא מחל ועשה לו שטר מזה אלא שיש ספק אם תועיל המחילה ואף כאן הנזק מבורר שאם היה בא בתחילה להטיל מימיו לחצר לא היה רשאי דנזק גמור היא עתה הספק הוא אם מחל גם על זה או לאו.

וגם יש להקשות עליו מאותה תשובה שהביא הב"י בסי' קנ"ד להרשב"א ז"ל והיא מהמיוחסות להרמב"ן ז"ל שאפילו לדברי האומר אין חזקה בהיזק ראיה כל שאין אנו יודעים מי קדם או חלונו לחצרו או חצרו לחלונו ואינו יכול לבנות ולהאפיל. והביא ראיה מההיא דלקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתה דטענינן ללוקח דזיזין קדמו. הרי כיון דספק' הוא ואינו יכול לבנות בתוך שלו ולהאפיל. וכי תימא התם בעל החלון בא מחמת טענה דהוא קדם ולא החזיק אצלו מעולם אדרבה טענה זו תוסיף תת כחה לבעל החצר ישיבנה ויאמר ברי לי שחצר קדמה ובשלי אני בונה ואסתום אורך שאין לך חזקה בודאי עלי כלל. ואם מפני שחלונך פתוח לחצר אין זו חזקה כלל דאין חזקה להזק ראיה ואתה צריך לסתום ולאו כל כמינך שתאמר חלוני קדמה. וראיתי מי שכתב לחלק בזה דהכא בנדון של מהר"י ן' לב ז"ל מצי למימר בשלי אני בונה ואם אומר בעל החלון שזכה והחזיק עליו הראיה. אבל בדהרשב"א דאין ידוע מי קדם האיך מצי למימר בעל החצר בשלי אני בונה שזהו הספק עצמו דדילמא בעל החלון קדם ולא היה אותו אויר מבעל החצר כלל. ואיברא דלמאן דאמר דהיזק ראיה אין לו חזקה כלל דאליבא דידיה קאי הרשב"א ז"ל שפיר מצי בעל החצר למימר בשלי אני בונה שהכל יודעים שזה חצר ואותו האויר בחזקתו הוא עומד שלא עלתה לך בו חזקה מעולם. ואי משום דתימא דחלונך קדמה אייתי ראיה אלא דסבר הרשב"א ז"ל שכל שאינו יכול לומר שיסלק נזקו מספק גם אינו יכול להזיקו מספק. והביא ראיה מההיא דלקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתה אעפ"י שאין חזקה זו מועלת להוכיח שקנה מבני ר"ה משום דלא שייך מחאה גבי רבי' מ"מ מאח' שהוציא בחזקתו קאי ולא מבטלינן זכותיה מספק דומיא דההיא דאייתי באידך תשובה היכא דקיימ' ארע' תיקום. גם היכ' דאיכא ספק' דדינא אם עלת' לו חזק' היכ' דקיימ' חזקה תיקום ולא יהא רשאי לבנות ולהפקיע חזקתו ועוד זאת יתירה על הראשונה מ"ש בשנייה שיהא רשאי בעל הגג להגביה ולגרום לו נזק חדש מה שלא החזיק בו עדין אם בעל החצר שהחצר והאויר שלו אינו יכול לעכב ולא לגרום נזק לבעל החלון זה בעל הגג יכול לגרום נזק לבעל החצר הא יציבא בארעא

הוא והיאך תאמר בשלי אני בונה מאחר שאתה מזיקני בתוך חצרי המדליק בתוך שלו אפשר לו לומר בתוך שלי אני מבעיר והרי הוא אומר שלם ישלם המבעיר לומר לך אשו משום חציו וכן אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונופלים ברוח מצויה אפשר לך לומר בתוך שלי נתתים אלא חייב אדם לסלק נזקיו שלא יהיה חבירו נזוק בהם.

ולענין חלונו' פתוחו' על החורבן או גג של רעפים שנחלק בו הרא"ש על רבינו יונה ז"ל ואמר כל שאינו מזיקו עכשיו א"י למחו' שלא יפת' וכיון שא"י למחו' אין לו חזקה והרבה מן הראשונים ז"ל כגון הרי"ף והראב"ד ורש"י ז"ל ס"ל דיש לו חזקה כדברי רבינו יונה וכמ"ש הנ"י וגם הרשב"א ורבים מן האחרונים כן הסכימו כמ"ש הריב"ש בתשו' סי' תע"א וגם הוא חלק על דברי הרא"ש וכתב הרב בב"י ז"ל וכיון שהראשונים והאחרונים ז"ל חולקים על הרא"ש כותייהו נקיטינן. ואני מצאתי שאין הרא"ש ז"ל יחיד בסברא זו אלא סיעת מן הראשונים והאחרונים מצאתי כדעתו ורבו מהר"ם מרוטנבורק כך כתבה בהדיא בתשובה ובס' ראב"ן מייתי כמה גדולים העמיקו הרחיבו לבאר שכל שאינו ניזוק עכשיו אינו יכול למחות וכן תמצא במרדכי בסוף פרק חזקת כמה רבוותא וכן אמרו שהריטב"א בשם הרא"ה כתב כן אההיא דפפי וראה עני ועשיר הוא מכל מקום כמדומה שכל האחרונים תפסו כדברי רבינו יונה וסייעתו וסוגיא דעלמא כותייהו.

ואיכא למידק על סברת הרא"ש ז"ל דאמר דמצי לפתוח על חורבא וגם דלאו בני תשמיש נינהו דמאי איכפ' לי' לכשירצ' לבנות יבנ' כי לא הפסי' חזקתו ולימא ליה איני רוצ' שתפתח שמא היו' או למחר תאמר שחלונך קדם ואני לא אמצא עדים שעל החורב' פתחת ולא אוכל לפתוח כי ההיא דס"פ חזקת לקח חצר ובה זיזין וגזוטראות הרי זו בחזקתה משום דטעני' ללוקח שהוא כנס לתוך שלו והוציא אעפ"י שאין לאות' זיזין חזקה על בני ר"ה דאין מחזיקין בשל רבים מ"מ מהני ליה לטעון בשלי הוצאתי וכמ"ש הרשב"א בתשוב' הנ"ל אף כאן אעפ"י שאין לו חזקה מטעם פתיח' על החורבה מ"מ אם יתיישן הדבר יטעון שחלונו קדם וגדולה מזו כת' הוא ז"ל שאם היה חלון פתוח לחצ' חבירו והוא במקו' גבוה ובא בעל החצר לבנות תחתיו ולעשו' עליו גג של רעפי' ואותו הבנין מונעו מלהסתכל בחצ' יכול למחות בידו שיאמר היום או למחר תכופני לסתום כי תאמר שהיה החלון פתוח על גגך ואם על הפסד הפותח חלון חש על הפסד בעל החצר כשבאי' לפתוח עליו לא נחוש שיאמר אח"כ חלוני קדמה אלא דכלהו חד טעמא הוא דלעול' אין בעל החלון שחלונו פתוח על הגג יכול לומ' חלוני היה קודם שהיה הגג והחזקתי כדין דאטו כשיאמר בהיותו פתוח מי לא בעי ראיה דאחזיק ג' שנים השתא נמי בהיותו פתוח על החלון אם יאמר מקודם היה חלוני כ"ש שצריך לברר חזקתו והו' לא

יוכל לברר זה מעולם ולכך כשהיה החלון פתוח בחצר ובא לבנות תחתיו או לו שמא לא אמצא עדים אח"כ שהיה חלוני פתוח לחצר ג' שנים שעליו לברר ואם לא בירר הפסיד וכ"ת יש לו לחוש שיאמר אח"כ חלוני קדמ' לרשותך לגמרי שמי שמכרה לו פתח על ההפקר להא ליכא למיחש כיון שעברו עליו כמה שני' שלא היה שם חלון לא חציף איניש למטען כה"ג ואם יטעו' ימצאו כמה אנשי' שיעידו שאחר שהיו שם בתים לא היה חלון א"נ מאחר שהחלון עכשיו על החורבה שאין חזקה אם הוא יבא להחזיק בטענה שקודם כל הבנין היתה חלונו פתוחה נאמ' לו אייתי עדי' שהיתה פתוחה אפי' מקצת ימים בכל אות' השנים שהיה חצר ונוקמה בידך דזה ודאי דבר מצוי למצוא עדים ומדלא משכח לעולם שקרא קאמר ודמי להההיא דאיסי בפ' שבועת הדיינים יש רואה יביא ראיה וכההיא חביתא וכו' דאמרי' רסתק' דמחוז' שכיחי רבים ואי לא מייתי מפסיד מאחר שהו' רוצה להחזיק את זה בראיה ואין לו חזקה ומ"ש הרשב"א שאם טען שהחלון קדם ודאי מאחר שאין עדי' שיכחישוהו מסתמ' קושטא קאמר א"נ אפשר לו לטעון שלי ושלך רשות אחד היו והבעלי' פתחו לתוך שלה' ושוב מכר המוכר שלי למוכ' שלך או שלך לשלי ואם בנדון זה של הרא"ש היה הדבר קרוב שיוכל לטעון בעל החלון כך טענה טובה היא לבעל החורבה שמא יתיישן הדבר ויטעון בעל החלון שהוא קדם והוא לא יוכל למצא עדים להכחישו וכי אמר שיש כמה שנים שעברו במקו' ולא היה שם חלון כלל.

איברא דזה ימים רבים נסתפקתי בהני ספיקי דפלוגתא דרבוותא בהיזק ראיה ובחזקה על החורבה ודכותה שכיון שאין לזה המחזיק חזקה מבוררת אם נאמר העמד קרקע בחזקת מאריה קמא כדאמרינן בפרק חזקת היכא דאית ליה להא עדים דאכלה ג' שנים ואית ליה נמי להאי אמרי' אוקי אכילת' בהדי אכילתה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא וה"נ מוכח בהא דאמרינן בעובדא דבשכוני גואי הוה יתיבנא דאמ' ליה רב נחמן זיל ברור אכילתך ואמר ליה רבא דינא הכי המע"ה ומפרש טעמא דרב נחמן לא יהא אלא דנקיט שטרא מי לא אמרי' לי' קיים שטרך וחות לדינא ה"נ אין לו ראי' אלא חזקתו וחזקתו היא מסופקת אוקי ארעא בחזקת מרא קמא ואפשר לחלק דשאני התם שאפשר הי"ל לברר עפ"י עדים איך הוא לבדו החזיק ולא היה עוב' עליו שזה מבטל חזקתו ואם לא הי"ל עדי' בכך הי"ל לשמור שטרו דעל מה סמך אבל הכא דלא אפש' ליה לברר דס' דדינא הוא וכיון שבא מחמת טענה והחזיק ג' שנים כבר עמדה הקרקע בחזקתו וטפי מהאי לא מזדהר איניש בשטריה מאי הו"ל למעב' נימא ארעא בחזק' המחזיק קיימא כדסבר רבא לומר המע"ה שבע' הקרקע נקרא מוציא מיד המחזיק ומהך עובד' דגחין ולחיש לרבא אין וכו' שטרא מעלי' הו"ל ואירכס דאמ' הלכת' כותי' דרבא בארעא היכא

דקיימא ארעא תיקום. ודכותיה דרב יוסף אזוזי היכא דקיימי לוקמו משמע דגבי ארעא קרי' את הלוקח מוחזק ואמרי' דכי היכי דקיימא בידיה תיקום. ומיהו זהו לפי' רשב"ם שפירש דכיון דמספקא לן דינא כמאן הלכתא פסקי' בארעא כרבא היכא דקיימא ביד המחזיק תיקום וכן משמ' מתשובת הרשב"א שהבאתי למעלה שאמ' אין מחייבי' אותו לסלק או לסתום משום דאמרינן ארעא היכא דקיימא תיקו שהולך על דרך פרשב"ם אבל התוס' הקשו ע"ז הפי' ואמר דצריך לדחוק ולחלק בין ספק' דתרי ותרי לספק' דדינ' דהא לא אוקמה בחזקת מרא קמא כדאמרי' אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת דבר שטיא אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן לא שייך כולי האי לו' אוקמ' בחזק' מרא קמא ונוציא מיד המחזיק ודוחק הוא. ונר' לר"י דטעמא משום דאמרינן מגו לאוקומי ממונא ואית לן לאוקומי ארעא בחזקת מרה דקיימא השתא עכ"ד ולפי דברי התוס' אין להוכיח מהת' לשאר ספקו' דשאני התם דאית ליה מגו ומגו כעדים דמי אבל כשאין לו אלא חזקה גרידתא והחזקה מסופק' אם היא מועיל' נעמוד קרקע בחזקת בעליו הראשוני' ומיהו צריך להעמיד דברי רשב"ם ודברי הרשב"א שתפס שיטתו שלא יקשה עליהם מה חילוק יש בין זו להההיא דנכסי דבר שטיא שהק' התוס' וי"ל דטעמא דאמרי' הכא נוקמא ביד' דמאן דקיימא משום שזה תופס שטר בידו שהיא מכורה לו דודאי שטר זה מוציא מחזקת בעליה והאי דגחין ולחיש שטרא מעליא הו"ל ואירכס לא הורע כח חזקתו בזה שהרי אומר שקנאו בשטר ונמצא זה השטר במקומו השתא דמספק' לן בהאי מגו אי הוי מגו או לא מטעמא דכתבו התוס' לפי שצריך לשקר בתחילה אי נמי דהוי כטוען וחוזר טוען מ"מ אין כאן ריעות' שיורע כח חזקתו לומ' שלא קנאה וכיון שהספק במגו יכולין אנו להעמיד קרקע בחזקת דמאן דקיימא קודם שילחוש ויודיע את הדבר אבל בההיא דבר שטיא אע"ג דאיכ' שטר כההיא דפ"ב דכתובות ב' חתומי' על השטר ובאו שנים ואמרו פסולים הם משום דכמי שנחקרה עדות' בב"ד דמי חשבינן ליה בתרי ותרי ובממונא אי תפס לא מפקינן מיניה אבל בקרקע בחזק' בעליה עומדת ומייתי כההיא דבר שטיא וכו' דאע"ג דנקי' שטרא בידיה כיון דתרי אמרי פסולין הרי איתרע שטר המכר לגמרי אי נמי אם תרי אמרי כשהוא שוטה זבן אין כאן מכר כלל אבל כאן לא מפני שיש ס' במגו אתרע חזקתו שהי"ל בתחיל' עם השטר דאיהו דזבן בשטרא מעליא קאמ' ונ"ל שאף הרשב"א ז"ל לא למד הימנה אלא לענין שבא מחמ' טענת מכר ונקט שטרא בידיה לו' דמאחר שבאמ' מכר בשטר הרי עמד הקרקע בחזקתו ולא נפל לנו ס' במחלוקת של חכמים אלא אם יכול לחזו' בו ולו' סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו איני יכול לקבל אמרי' ארעא היכא דקיימ' עד השתא תיקום ומספק לא מבטלינן זכותו

שהחזיקו עד עתה ברשות דאפי' תימא שהקרקע מעיקרו בחזקת בעליו עומד מ"מ הו"ל השתא כמאן דתפיס במטלטלי שכתב הרא"ש ז"ל שם בכתובות דמהני דלא דמי לתקפו כהן משום שתפס קודם שנולד הספק. א"נ לפי שטוען בריא וכאן איכא תרתי שתפיסתו ברשות הבעלי' קודם שנולד הספק שחזר בו בעל החצר והו"ל תפוס בטענת בריא אבל היכ' דבא שלא מחמ' טענה אלא מכח סבלנות בעלמא ובזה נחלקו שלא עלתה לו חזקה היאך יתחזק בדב' שאינו שלו ויזיקנו בהיזק ראיה ובספק מחל שמא לא מחל וכן בפותח חלון על החורבה ורוצה עכשיו בעל החורבה לעשותו חצר שנמצא מזיקו בראיה מצי למימ' ליה אתה לא קנית ממני ואתה יודע שלא מחלתי בפירו' היאך אתה סומך לגזלני ולהפקיע זכותי מפני סבלנות שסבלתי ושתקתי וה"ז דומה להא דאמרי' בגמר' התם בההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא מפלני' זבינתה דאמר ליה זבנה מינך א"ל את מי לא מודית דארעא דילי היא ואת מנאי לא זבנתה ואמ' רבא דינא קאמ' ליה אעפ"י שיש לזה עדים שקנאו מאותו פ' בדמים ולזה אין עדים שהקרקע היא שלו אלא על פיו של זה הואיל ואין עדים שדר ביה ההוא מקמיה חד יומא כדי שיקר' זה לוקח נמצא הראשון עושה עצמו בעל הקרק' ומוציאו חלק ממנה בטענ' שמאחר שהוא לא לקח ממנו שיטעון בריא אף כאן החצר ידוע שהי' שלו ובעל החלון אינו טוען בריא שמחל לו בפירו' ומפני הסבלנות אינו יכול להתחזק בה ולא להזיקו בראיה אלא מחייבי' אותו לסתום אבל אם בא מחמת טענה שקנה ממנו הזכות או שמחל לו בפי' שיפתח אעפ"י שיעשה אחר כך תשמיש קבוע או שירצה לבנות אפשר דלהרא"ש דאמר דתפיסת ספק בטענת בריא הויא תפיסה אף כאן תקרא תפיסה מה שהחזיק ברשות בעל החצר מ"מ לא דמיא להיא דארעא היכא דקיימא תיקום דהתם ע"י השטר הועמדה בידו אפי' לדברי הרשב"א ז"ל כי היכי דלא תיקשי ליה מההיא דבר שטיא כל שכן לדברי התוספות אין ממנה ראיה זהו מה שנראה לי בזה הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עו

שאלה ראובן יש לו בחצר השותפים בית ועלייה ויש לו בהם חלונות פתוחות לחצר ועתה רוצה להוציא לפני חלונותיו גארדאק אחד רוחב ארבע אמות גבוה לפני חלונותיו של העלייה וכמו שהביא הטור ז"ל חשן משפט סי' קנ"ג זה לשונו וכתב ה"ר ישעיה דכל זה לא מיירי אלא בחצר חבירו וכו' אבל בחצר של שותפים שיש עליו פתחים וחלונות אם רוצה להוציא זיז לפני חלונו לשמש עליו לפני חלונו אין יכול וכול' ולשון לשמש עליו משמע שמוש המועיל באופן שלא יש נזק אחר אלא נזק ראיה. עוד שאל השואל שחצר זה הוא גדול הרבה שיש בו דין חלוקה ואם ירצו לחלקו יגיע לחלקו הרבה יותר

מזה שאין יכולים למחות בו והם גם כן אם ירצו לעשות לפני חלונותיהם אם יבואו לידי חלוקה יעשו מה שירצו ואין מוחה בידם ובני החצר טוענים כבר החזקנו זה כמה שנים בהיזק ראיה והוא טוען שהיזק ראיה כזה אין להם חזקה אפילו החזיקו שני חזקה הואיל ויש בו יותר מכדי חלוק' זאת ועוד הואיל ויש רשו' ביד כל אחד לחלוק כל זמן שירצה על הכל יאיר מורנו ואור ה' עליו יזרח אמן.

תשובה מה שטוען ראובן שרוצ' להוצי' גזוזטרא לפני חלונותיו אינו רשאי שהרי אמרו אפילו במקו' שיש לו רשות לפתוח היה קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים כדתנן בס"פ חזקת. ומ"ש ה"ר ישעיה שיכול להוציא זיז לפני החלון דוקא ברוחב החלון קאמר אבל אם הוא גדול מרוחב החלון יש בו הזק ראיה טפי והו"ל כאלו נעשה החלון גדול לפי שיושבים ע"ג גזוזטרא ומסתכלים בה מצי אמר בחלון צר מצינא לאצטנועי מינך בגזוזטר' רחבה לא מצינא. אבל מה שטוען שרוצה לחלק את החצר אם יש בו דין חלוקה הדין עמו וכופה אותם לחלוק ולעשות מחיצה וההוצאה מן האמצע. ואין טענת בני החצר טענה במה שאומרים כבר החזקנו זה כמה שנים בהזק ראיה אפילו באים מחמת טענה שמחל על הזק ראיה בפירוש או נתן את זכותו לאו טענה היא כדכתב הרא"ש בריש בתרא דלא שייך כאן חזקה דטעמא דחזקה היינו כיון דשתק ולא מיחה הפסיד היינו דוקא היכא דהמחזיק מזיק ואינו נזוק אבל הכא יאמר למה היה לי למחות יותר ממך והלא גם אני הייתי מזיקך וכו' ע"כ ומ"מ כל זמן שלא נעשית המחיצה אין לזה לעשות גזוזטרא לפני חלונותיו בטענה שיוכל לחלוק דבין כך ובין כך אסור להזיקו בגירי דיליה עד שיעשה המחיצה ואם החלונות הם למעלה מד' אמות שאין כופין בו את בני החצר דלענין הזק ראיה של החלונות כמות שהן כבר מחלו השותפין זה לזה ופתיחתה ראי' על חזקתן אבל מה שרוצה ראובן להוסיף אם בא לעשות גזוזטרא צריך להגביה המחיצה להוצאתו עד כנגד חלונותיו שלא יזיק את חבירו. הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עז

לפאטראס להחכם כמהר"ר משה צנוע נר"ו.

שאלה שטר שחתומים עליו עדים הרבה ויש בהם עדים קרובים או פסולים וכלם בשטה א' כסדר הזה בתחילת השיטה שני עדים כשרים ואחריהם עד א' פסול ואחריו עד א' כשר ואחריו בסוף השיטה ע"א פסול מה דינו של שטר זה וסברות הפוסקים ועל מי נסמוך הלכה למעשה.

תשובה בפרק גט פשוט תניא ד' או ה' עדים חתומים על השטר ונמצאו שנים הראשונים פסולים תתקיים העדות בשאר כך היא גירסת רבינו חננאל ומתוך כך העלה ר"י ז"ל דדוקא בב' הראשונים הוא דאמרינן תתקיים העדות בשאר דתלי' דלמילוי חתמי ולכבוד אבל אם חתמו בסוף ודאי לשם עדות חתמו והעדות בטלה וכן פרשב"ם כתב התו' בפ"ב דגיטין שאף רבינו תם חזר בו והודה לדברי ר"י ז"ל וגם בעל העיטור הביא כך משם רבינו משה בר חנוך זכרונו לברכה ובמרדכי הביא כן משם ראב"ן. ובשם ס' חפץ. אך הרי"ף בפרק קמא דכתובות הביא בשם הגאון דמשמע מדבריהם דבכל ענין תתקיים העדות בשאר וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות עדות אלא שגדולי האחרונים והרא"ש והר"ן ז"ל תופסים סברא ראשונה עיקר. ויש לעמוד על דברי הרא"ש ז"ל בפרק גט פשוט אהא דפרק ב' דגיטין דאמרינן אי חתים בתחלה קרוב או פסול דאתי לאחלופי בקיום שטרות דעלמא שהעמידה רבינו תם כגון שאנו רואים שחתם ראשון דאז ודאי אתו לאחלופי אבל אם בא לפנינו שטר שחתומים עליו קרובים או פסולים בתחילה אמרינן עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי ובודאי אחר שחתמו העדים למטה באו הקרובים וחתמו למעלה לשם מילוי או לתנאי או לכבוד וכתב הרא"ש והא דאמרינן בגיטין אי חתים קרוב בתחילה פסול לא אתי לאפוקי לבסוף דכ"ש דפסול שהן עיקר העדות ולא אתי לאפוקי אלא היכא שחתמו באמצע דאין לחוש כיון שחתמו הכשרים למטה מהם עכ"ל וזה תימה שהרי בהדיא כתבו התוספות בפ"ב דגיטין שפיר' רבינו תם כמ"ש בה"ג דדוקא נקט בברייתא ב' הראשונים קרובים דתלינן למילוי או לכבוד אבל אם נמצא מן האמצעיים או מן האחרונים עדותן בטלה דודאי לשם עדות חתמו וכ"כ הר"ן. והרב הגדול מהרי"ק ז"ל כתב בבית יוסף סימן מ"ה שהרא"ש ז"ל לא פליג אהא דפסלי' בחתם באמצע אלא דהתם מיירי בשטר שיצא לפנינו סתם ואין אנו יודעים באיזה סדר נחתם והרא"ש מיירי בשנודע לנו שסדר חתימתן היא כמו שהם חתומים בשטר עכ"ד והוסיף תימה שהדברים קל וחומר ומה חתימות הראשונים שאינן פוסלים השטר היוצא לפנינו דמכשרים ליה דכמי שנחקרה עדותן בב"ד ותלינ' שחתמו באחרונה לכבוד או למילוי אפ"ה כשאנו רואים שחתמו בראשונה פסלי' לשטרא דאתי לאחלופי חתימות של אמצעים שפוסלת אף בשטר היוצא לפנינו סתם דאומר לשום עדות חתמו היכא שחתמו אמצעיים לפנינו לא כל שכן שנפסול דסברי דלעדות חתמי ואיכא לאחלופי ואי מכשרת בחתמו לפנינו באמצע מכיון שחתמו כשרים למטה מהם כ"ש שיש להכשיר בסתמא מהך טעמא שנאמר לא חתמו לשם עדות שהרי חתמו כשרים אחריהם וכ"ש דאיכא למימר תו דכשרי' חתמו בסוף ובאו הפסולים אח"כ וחתמו

למילוי דכל טצדקי דמציא למעבד לקיומי עדים החתומים עבדי' כדכתב ר"ת. ועוד קשה לי שהחילוק הזה שכתב הרא"ש משם ר"ת דבתחלה דהכא היינו שאנו רואים שחתם בראשונה פסול אבל בא לפנינו חתום בראשונה כשר דלא אתי לאחלופי לא הוזכר זה בדברי התוספות שכתב בשם ר"ת כלל ואדרבא איכא למידק דאם איתא דמפליג בכה"ג מאי קשיא ליה מההיא דמלאהו בפסולים כשר דהתם לא חתמו אלא לבסוף למלאת את האויר אלא שחלק בין גיטין לשאר שטרות דבגיטין כיון שאין עדי הגט חותמים אלא זה בפני זה סברי שהראשונים עיקר ולפ"ז בגיטין בכל ענין איכא לאחלופי ובשטרות בכל ענין כשר ומנ"ל להרא"ש לחלק בין ראו אותם חותמים ליצא השטר לפנינו והנראה להשוות דברי הטור דטעמא דפסילי' בגיטין בחתים בתחילה קרוב או פסול היינו משום דאיכא לאחלופי שהרואה אותם חותמים בתחלה סבר שהם עיקר העדות ואתו לאכשורי בעלמא אבל אחר שחתמו הראשוני' בין אמצע בין בסוף אין לפסול בכך דלא אתי למטעי כלל שהרי רואים שכבר נחתמו שנים ונתקיים השטר בהם אלא יש לחוש לטעם שהביא רבינו יצחק והוד' לו רבינו תם דילמא אתי למסמך עלייהו ולקיומי שטר בהו ומהך טעמ' אין לפסול אם יש פסולים חתומים באמצע ואיכא ב' כשרים בסוף אין טעם לפסול בין בחתם בפנינו בין בשטר שיוצא דאי משו' דאתי לאחלופי כיון שחתמו שנים בתחילה ידעו שכבר נתקיים השטר בכשרים ואי משום דלא ליתי למסמך עליהו הרי אין מקיימים את השטר אלא מעדים של מטה וכבר יש למטה שנים מהם כשרים לקיים את השטר בהם ולפיכך כתב הרא"ש דהת' בגיטין לא אתי לאפוקי אלא היכא שחתמו באמצע וחתמו הכשרי' למטה מהם דלמאי ניחוש לה כדכתיבנ' אבל מה שכתבו התוספ' דדוק' נקט בברייתא נמצאו שנים הראשונים אבל נמצאו מן האמצע או מן האחרוני' עדותן בטיל' היינו משום דברייתא דגט פשוט קתני היו ד' וה' חתומים על השטר ונמצאו שנים הראשונים וכו' הא נמצאו אמצעיים שהם שלישי ורביעי או אחרונים שהם ד' וה' פסול דכיון דכולהו ארבעה או חמשה הוו לא משכחת שנים אחרים כשרים שיקיים בהם את השטר להכי פסול אבל דברי הרא"ש דקאי אפ"ב דגיטין אפשר דפסולי' חתומין באמצע ואינם פוסלים כגון שהם מרובים ונשתיירו שנים לבסוף שיתקיים מהם השטר וגם בתוס' דגיטין כתבו ומאן דמכשר הכא לא מכשר אלא בתחילה אבל בסוף פסול לכ"ע ולא הזכירו באמצע משום דלא פסיקא להו שאם חתמו שנים כשרים בסוף כשר ואם לא נשתייר אלא א' אתי לקיומי בא' כשר וא' פסול ולפי זה יקשה כיון דנקט בתחילה לאפוקי באמצע מ"ט משום דמימר אמרי רווחא שביקי למאן דקשיש מנייהו או דילמא הרחיקו העדים מן הכתב א"כ כ"ש דבראשונים איכא למיתלי בהכי ואמאי פסלי' ליה. ועוד קשה

שהחילוק שחלק ר"ת בתחילה בין גיטין לשאר שטרות משום דאין עידי הגט חותמים זה בלא זה לא שייך השתא לפי חזרתו של ר"ת דמכשרי' בתחילה כשאר שטרות דלמא למילוי חתמו אם כן אף בגט יש לנו לתלות דלמא הרחיקו העדים שיטה א' או ב' שיטין וחתמו אחר כך הפסולים למילוי שלא בפני העדי' הראשונים אלא ע"כ לפי חזרתו של ר"ת ז"ל דבשמעתין דגיטין למאן דפסיל בתחילה קרוב או פסול היינו כשראינו שחתם ראשון שהרואה סבור שהוא עקר העדות אבל חתום באמצע אין שם בית מיחוש לא משום אחלופי ולא משום קיום והיינו דנקט בגיטין בתחלה. ועוד נראה שר"ת מוכרח לומר כן לפי חזרתו דקאמר דאפי' מאן דמכשר לא מכשר אלא בתחיל' אבל בסוף לא א"כ הא דאמרי' לעיל איכא ביניהו נמצא א' מהם קרוב או פסול למ"ד משום תנאי כשר במאי מיתוקמ' אי בתחילה היינו לישני דקאמ' בתר הכי ואי באמצע ובסוף לכ"ע פסו' אלא ע"כ הכי קאמ' בנמצא א' מהחתומי' קרוב איכא ביניהו דלמ"ד תנאי כשר אבל חתום בתחילה לפנינו אמרי לה פסול אפי' למ"ד תנאי וכדברי הרא"ש ז"ל. וא"ת ומאי קשיא ליה להרא"ש אמאי נקט בתחיל' הא פלוגת' היא אמרי לה כשר ואמרי לה פסול ונימא כל מאן דפסל כ"ש באמצע ובסוף דפסול והא דקבע דוכתא ונקט בתחלה רבותא נקט משום מאן דמכשר והוא דלא מכש' אלא בתחילה כדכתב התוס' וי"ל דלישני נינהו ומאן דמתני הא לא מתני הא ולמאן דמתני פסול תקשי אמאי נקט ראשונים ומתרץ לה הרא"ש שפיר ועלתה שיטתו של הרא"ש כשיטת ר"י וכחזרתו של רבינו תם ז"ל והרב מהרי"ק ז"ל בטור (ק"ק) מפליג ביניהם ואנן מאי דאסתבר' לן כתבינן ובנ"ד אין שנים האחרונים כשרים כדי שתתקיים העדות בהם לפי שאין כאן אלא עד א' כשר באחרונה ובאנו למחלוקת דלשיטת הני רבוותא השטר פסול ולשיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל כשרים והוי יודע שכתב הריב"ש ז"ל בתשובותיו סימן תט"ו שהביאו בשם ר"ת ור"י שהם מכשירים קרוב או פסול בין בתחילה בין באמצע בין בסוף ונוראות נפלאתי שהרי בתוספות בפ"ב דגיטין ובפ' גט פשוט דבנמצא הפסול חתום באמצע ובסוף פסול וכן כתיב בפ"ב דגיטין וחזר בו ר"ת ומפ' כמו שמפרש בה"ג דדוקא נקט בברייתא שנים הראשונים קרובים וכו' כמו שהבאתי לשונו למעלה וכל האחרונים ז"ל הרשב"א והרא"ש ז"ל הביאו כן משמן לא ידעתי באיזה ספר מצא הרב כתוב בהפך מזה ועוד יש לי תימה על מה שדחו דברי רבי' משה בר חנוך שהביא העיטור שכתב כשהושוו שלשה לשנים לבטל עדותם כשהם חתומים באמצע ובסוף וזו ששנים תתקיי' העדות בשאר כשהם חותמים בראשון ואמר שאין דברי הרב אלא בשחותמים זה בפני זה יחד. וקשה בעיני טובא דכשחתמו זה בפני זה כ"ש שיש לפסול היכא דחתם הפסול ראשון טפי מכי חתם באמצע ובסוף כדאמרינן

בפ"ב דגיטין דאי חתים בתחילה אתי לאחלופי בקיום שטרו' דעלמא והריב"ש עצמו כתב בסמוך שהרמב"ן הוכיח ממנה שאעפ"י שבגט חשו לפסול בתחילה דילמא אתי לאחלופי אע"פ כן כשחותמים הפסולים בסוף כשר והיינו טעמא שכבר נחתם השטר בכשרים יחתום אח"כ מי שירצה א"כ איך אפשר לומר שדברי הר"מ בר חנוך זה הם כשחותמים זה בפני זה ואינו פוסל אלא כשחותמים באמצע ובסוף אבל אם הם חותמים בתחילה לא אדרב' איפכא מסתברא ובנמצאו הראשונים קרובים או פסולים דאמרינן בפרק גט פשוט תתקיים העדות בשאר היינו משום דתלינן שאחר שחתמו הכשרים למטה באו הפסולים וחתמו למעלה לכבוד או למלוי אבל אי חזינן שחותמי' הפסולים בראשונה לכ"ע השטר פסול דאתו לאחלופי כדמוכח בדברי התוספות וכל האחרונים ז"ל. אלא ודאי מדפליג בין חתום בתחילה לחתום לבסוף מוכח דמיירי ביצא השטר לפנינו ואע"פ כן פסלינן בחתומים פסולים באמצע ובסוף.

והיכא שהפסולים והכשרים חתומים יחד בשיטה א' כמו בנ"ד מצאתי למהרי"ק בב"י שכתב בלשון הזה ולפי שטר זו היה נראה בעיני שאם היו ד' או ה' חתומים כלם בשיטה א' והראשון פסול והשאר כשרים דינן כאילו חתומים זה תחת זה ויתקיים השטר בשנים האחרונים כשרים אבל מצאתי שכתב הבעל נמוקי יוסף שאם חתמו כלם יחד בשיטה אחת ודאי אמרינן לשם עדות גמור נתכוונו עכ"ל משמע מדבריו שהבעל נמוקי יוסף פליג אהא דכשה' בשיטה א' אפילו הפסול חתום בראשם פסלינן וכ"ש אם הפסול חתום באמצע ובסוף דאפילו מאן דמכשיר מודה בשיטה א' דפסול ודבר תימה הוא זה דאטו לפי שכולם חתומים בשיטה א' מי לא מצינן למתלי שחתם הא' לכבוד או למלוי ואפילו תימא דלמלוי ליכא למיחש דמסתמא לא חתמי עדים באמצע שיטה שיש לחוש דלמא יכתוב שטר שם ויהא שטר הבא הוא ועדיו בשטה א' א"נ ניחוש שחתמו למלוי א"נ אותם שמצאו תחילה חתמו כדכתבו התוספות שם ותו דברייתא סתמא מתניא בנמצאו הראשונים פסולים תתקיים העדות בשאר לא שנא בשיטה אחד ול"ש בשני שיטין ולי דברי הנ"י אין משמען בכך ז"ל שם נמצא' הראשוני' כגון בשיטה ראשונה והשניה יתקיים העדות באותם שחתמו בשיטה שניה שהם כשרים ונימא שהראשונ' לכבוד בעלמא והא דאמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטילה מיירי שחתמו אחרונים בשיטה ב' או כלם יחד בשיטה א' דאז ודאי נימא דלשם עדות גמור נתכוונו ע"כ דבריו ואינן אלא בשחתמו אחרונים ובתרי גווני פסול כשחתמו פסולים אחרונים בשיטה שניה או כלם יחד בשיטה אחד והפסולים אחרונים ובא להשמיענו דהא דתנן נמצאו הראשונים פסולים כשהם בשני שיטות כל שבשיטה ראשונה תלינן לכבוד בין

בתחילתה בין בסופה והם נקראים ראשונים והא דקתני נמצא א' מהם פסול עדותן בטילה מיתוקמא בנמצא הפסול בשיטה ב' דא"א למיתלי בכבוד אע"פ שהם בתחילת השיטה אחרונים מקרו אי נמי כלם בשיטה אחד אחר שחתמו שנים כשרים פוסלים אבל כששנים הראשונים פסולים והשאר כשרים בשיטה א' פשיטא דכשר לכולי עלמא ואם האחרונים פסולים בזו נחלקו הראשונים ז"ל ועדיין מחלוקת במקומה עומדת.

ולענין הלכה יש לפסוק כדברי הפוסלים חדא דרבים נינהו וגדולי האחרונים תפסו כדבריהם והלכה כבתראי וכדאמרינן פרק א' דיני ממונות תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי וסוגיא דעלמא כאידך היינו טועה בשיקול הדעת ופרש"י סוגיא דעלמא רוב הדיינים נראה להם דברי השני ואנו ממי נלמוד אלא מדברי האחרונים ז"ל שעמדו על דברי הראשוני' והכרעתם מכרעת וכל שכן הכא דאפוקי ממונא הוא דאמרינן העמד ממון על חזקתו ויד בעל השטר על התחתונה ואף על פי שכתב הריב"ש בסימן תי"ג דאע"ג דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה היינו בלשון השטר שאם יש לדון אותו בשני פנים דנין אותו בפחות שבלשונות אבל להכשיר השטר ולהעמיד אותו בחזקת כשרות יד בעל השטר על העליונה ואפילו באפשר דחוק והביא ממה שהוכיחו המפרשים מההיא דגט פשוט חיישי' שמא אחרוהו וכתבוהו ומהה"א דפרק קמא דע"ז האי ספרא דוקנא כתביה וכו' דלעולם מעמידין את השטר בחזקת כשר והבא לפוסלו עליו להביא ראיה אין דברי הרב אמורים אלא היכא שיש לנו ספק בענינו של שטר היאך נעשה אמרינן דמסתמא בהכשר נעשה כדאמרינן פרק מי שמת גבי מוכר בנכסי אביו חזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול והכי אמר בפרק ב' דכתובות גבי כתב ידן הוא זה אבל פסולי עדות היינו וכו' ועוד מן הראיות שהביא הריב"ש ז"ל ומהך טעמא מכשרינן בנמצאו ב' עדים הראשונים קרובים או פסולים דאמרי תתקיים העדות בשאר דתלי' בהכשר דכשרים חתמו בתחלה ואח"כ חתמו הראשונים לכבוד או למילוי ולא פסלינן שטרא מספקא כל שיש לנו להעמיד שנעשה בהכשר וכמ"ש התוספות שם בגיטין אבל בשחתמו בסוף לדברי הנך רבוותא אין לנו לתלות בהכשר אי משום דבסוף לא לשם מילוי איכא ולא לשם כבוד איתא ומסתמא לשם עדות חתמו אי נמי דפסלי' ליה משום דאיכא למיחש דילמא אתי לקיומי בקרובים או בפסולים וליכא למתלי בהכשר כלל והשתא דאיפליגו רבוותא בהכי אנן כמאן נעיד נימא המע"ה כדאמרינן בפרק חזקת בההוא דגחין ולחיש ליה לרב' וכו' דמסיק הלכתא כרב יוסף בזוזי דהיכא דקיימי זוזי לוקמו דהא קיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כדאמרינן בפרק ארוסה התם בשטר שהיה בחזקת שהוא קיים בתחילה ונולד בו ספק לבסוף אם נפרע שעבודו כגון

ההיא דמתו בעליהן עד שלא שתו דמס' לן אם נטמאת באותה סתירה ונפטר מחיוב כתובתה אבל היכ' שהספק בעיקרו של שטר לא שייך לומר שהוא עומד ליגבות דאימור מתחילתו פסול ואינו עומד ליגבות ומיהו היכא דאיכא למתלי שנעשה בהכשר אמרינן חזקה בהכשר נעשה אבל היכא דתלינן פלוגתא של רבוות' א"א לומר כן שהרי לדברי אותם הגדולים פסול הוא והעמד ממון על חזקתו.

והנה ראיתי להרב הגדול מהר"י קארו ז"ל שהביא בפסקיו שם דברי הרמב"ן ז"ל ככתבם וכלשונם. ותמיה אני אם הביאם כן לפסוק הלכה דמה כחנו מה גבורתינו לעשות מעשה להוציא ממון נגד כל אותם הגדולים וסייעת האחרונים שתפסו דבריהם עיקר ואולי נטתה דעתו ז"ל מפני מה שראה בתשובת הרשב"א כמו שאמר בב"י אחר שהביא כל סברו' המחברים ומחלוקתן וז"ל ולענין הלכה כתב הרשב"א בתשובה על מה שכתב הרי"ף בשם הגאון הנה שם הגאון והרב ז"ל הסכימו בדבר להכשיר וראוי לסמוך עליהם דגדולי ישראל ומובהקים הם ועיין בתשובות הריב"ש סימן תי"ד ותט"ו כי שם דברים לפסוק כן אלו דבריו ז"ל ומדברי הרשב"א ז"ל איני רואה סעד כלל דודאי לא יסתור דברי עצמו שהוא ז"ל בפ"ב דגיטין הביא דברי ר"י ושאף ר"ת חזר בו וכן תפס עיקר ודבריו כאן בתשובה הם בסימן אלף צ"ב על שטר כתוב' שעדיו מרובים וקיימה האשה ב' מהם והבעל תובע לקיים את כלם והשיב ז"ל אין בדברי זה כלום ותמהני אם עלה בדעת אדם מעולם כך דלעולם בכל מקום בין בעדים בין בב"ד בתרי מגו תלתא סגי לן והביא מההיא דעד ודיין מצטרפים וכו' ועוד הביא מדברי הרי"ף ז"ל שכתב ברישׁ מכות משם הגאון בשטר שיש בו שלשה עדים שנים מהם קרובים זה לזה כל שלא נודע בבירור שיש בו שלשתן להעיד לא מבטלי' שטרא מספק דאמרי' דילמא חד שביק רווחא למאן דקשיש מניה ובא זה הקרוב וחתם שלא מדעת חבירו וע"ז כתב הכא שהגאון והרב אלפסי ז"ל הסכימו בדבר להכשיר וכ"ש כשיש שם ג' או ב' כשרים וא' פסול ולא הביא דבריהם ז"ל אלא להוכיח דאפי' לא נשאר בשטר אלא עד א' כשר וב' הנשארים קרובים זה לזה תלינן בהכשר שחתם הקרוב תחלה כ"ש כשאין ידוע שום פיסול בשטר שלא כל הימנו דבעל שיאמר שיתקיים כל החתו' אולי יש בא' מהם שום פיסול דבהא כ"ע מודו אף ר"ת וכו' שאין צריך לקיים כל החתו' שבשטר כמו שכתבו הם ז"ל בפירוש בתוס' בגיטין ובבתרא והכריעו הדבר מההיא דאמרי' זו אין מקיימים מעדיו של מטה אלא מעדיו של מעלה אלמא בעלמא מכל תרי דאית ביה מקיימינן ואילו היה דבר זה תלוי במחלוקתן של גדולים לא היה הרשב"א ז"ל תמה על השואל לומר שלא עלה על דעת אדם מעולם לומר אפי' כל הני רבוותא אמרי איפכא ואיהו מלגלג עליה' וכ"ש שהרשב"א ז"ל תפס

עיקר בשיטה זו דמפסיל שטרא בנמצאו אחרונים פסולים ומיהו הריב"ש ז"ל שם על ריב בתו נסתייע הרבה מדברי המכשירים ונטה מדברי הפוסלים ורובם לא הוזכרו בכתבו ובפרטו תשובות הרא"ש ז"ל שלא היו בידו וכההוא עובדא תלמד זכות על עצמו לפני בית דין במילתא דפסיקא ליה שהיה טוען שאחד מן הקרובים חתם מעצמו וגם שתלה עצמו באילן גדול הרמב"ן ז"ל דאתריה דמר היא וכתב שבכל גלילות קטלוני' סומכים על דבריו כמשה מפי הגבורה ובכי האי גוונא יש לומר דהוה לה כמאן דקבלוה עלייהו אבל אנו על מי נסמוך אין לנו אלא דברי הרשב"א והרא"ש והר"ן ז"ל דבתראי נינהו והסכימה דעתם לדעת הראשונים ויד בעל השטר על התחתונה. הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן עח

כשקבלו עדים על הקרקע המוחזק ביד איש א' שלא בפניו עיין לעיל סי' ל"ב נדפסה שם לענין החזקה.

סימן עט

בחכם שכתב פסק א' אם כשר לדונו ויבאר בענין עדות העדים על הקרקע אי חשיבא הודאה ואם יכולים לפ' דבריהם ואם מעמידים הקרקע בחזקת היתומים מאחר שהיתה אפוטרופוס עליהם.

דבר זה ברור שמסור לדיינים החכמים השלמים ממוני החזקות שבזמן אשר המה בצדקתם עמדו על טענות שני הצדדים אשר להם הריב ולדרישתם ולבקשתם אני משיב על פי מה שסודר לפניהם וראשונה על אשר נפרדו שנים מהדיינים לעצמן וכתבו פסק דין על הבעל דין נר' שהדבר ברור שמה שפסקו מקצתם בלא משא ומתן יחד עם חבריהם אפילו אם היו רבים שלא נשאו ונותנו עם היחיד אין מעשיהם כלום כאותה ששנינו בפרק אחד דיני ממונות אפילו עשרים ושנים מזכין או מחייבין וא' אומר איני יודע יוסיפו הדיינים פרש"י האי דקאמר איני יודע כמאן דליתיה דמי ואין דנין דיני נפשו' לא לזכות ולא לחובה פחות מכ"ג והכי תנן בפ' זה בורר גבי ממון אפי' שנים אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים פרש"י אע"ג דאי הוה פליג עליהו הוה בטיל במיעוט כי אמר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין ע"כ כל שכן היכא דלא ישב היחיד עמם שאין דין הנפסק ע"פ הב' דין כלל כל שכן היכא דירדו למנין חמשה ונפרדו ב' מן הג' בלא משא ומתן וכתבו ופסקו שאין בדבריהם כלום אפילו אם המערער היה מוחזק לא מצי למימר קים לי כהני דמעמידין הקרקע בחזקתי שאין הדבר תלוי ע"פ דין התורה וע"פ הסכמת הקהלות אלא בממוני החזקות שעמדו לבית דין בדברים הללו ושמעו טענות שתי הכתות (על פי) צריך שיפסוק הדין (על פי) אחר רובם ואם נפרדו

שנים מהם וזכו וחייבו לאו כלום הוא ועל פי ג' האחרים יגמר הדין על פי רובם שהם ב"ד ולא עוד אלא אף אם ירצו הב' ההם להמנות עם הג' ולשאת ולתת עמהם מסתברא שאינן נמנין עמהם ואין דעתם מכרעת שנוגעים בדבר הם שבוש' היא להם אם יפסק הדין עכשיו הפך דבריהם שיאמרו שטעו בדין בתחילה ואלו האחרים הצילום מהשגיא' והשבוש ודמיא להא דאמרינן בפ"ב דכתובות דאמר רב הונא אמ' רב ג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על א' מהם עד שלא חתמו מעידין עליו וחות' משחתמו אין מעידין עליו וחותם ופרש"י משחתמו הוה ליה נוגעים בעדות שגנאי להם שישבו עם פסול בדין ע"כ כל שכן בענין טעות ושגיאה שגנאי גדול הוא ויהיו מחזרין כל טצדקי דמצו למעבד לעשות סניגרון לדבריהם הראשונים ומצינו בעובדא דרב עילישׁ דאשכחי' רב' דהוה דאין דינא ואהדריה אכסיף רב עילישׁ קרי עליה רבא אני ה' בעתה אחישנה רצה רבא להפיס דעתו ממה שנתבייש שלא יאמרו אלמלא בא רבא הרי היה נכשל בהוראה זו ואמר לא טעית פעם אחרת והפעם הזאת הזמינני ה' שלא תכשל ואם לענין עדות מקרי נוגע כ"ש לענין דיינות דתנן כל הכשר לדון כשר להעיד ויש שכשר להעיד ואין כשר לדון ואע"פ שיש לתוספות שיטה אחרת באותה שמועה מ"מ הדין של רש"י אמת לא נחלקו עליו אלא מכח פרכא אחריתי וזו היתה תשובה של הרב מהר"י לוי ן' חביב בענין הסמיכה שהוכיח שמאחר שרבני צפת תוב"ב גלו דעתם והסכימו עליה טועים הם בדבר וכסיפא להו מילתא למהדר ממה שהסכימו בראשונה ואף הרב מהר"י בירב ז"ל לא היה טעמו שם אלא מפני שאותו הענין אינה הוראה כי לא היה צריך משא ומתן ולא חיקור דין אלא הסכמה ביניהם לברר א' מהם שהיה סמוך ומאחר שנברר האיש ההוא על פי הרוב הרי הוא סמוך יהיה בדעתו של הרמב"ם ז"ל או לא יהיה אבל אם היה הסכמת הרוב לענין הדין אם יכשר או לא יכשר מודה הוא שמי שאמר תחילה שיכשר לא יעלה אח"כ למנין וכמו שבאר דבר זה שם ועוד כתב טעם אחר כי אפילו היה נחשב הוראה גנאי הוא להם אם יסברו אח"כ סברת הרמב"ם כמ"ש בחבורים שיכולי' לומר בתחילה סברנו בילדותיה ולבסוף סברנו בזקנותיה ואין בזה לא טעות ולא גנאי הא אם היה כן היה מורה בדבר גנאי דלא מצרפי בהדייהו. והרב מוהר"ר יוסף ן' לב בח"ג סי' צ"ז על חכם שנשאל והשיב עפ"י שאלה ראובן ושמעון ואח"כ ראו שניהם להתדיין בפניו שהי' חכם הקהל ורוצה הב"ד לפוסלו מפני שכתב עליו פסק ואמר הרב ז"ל שלא יפסל בכך מלדון עכשיו ביניהם והביא ממ"ש הר"ן בשם הרמב"ם בסוף האיש מקדש על הנוטל שכר להעיד שאם החזיר הממון לבעלים וחזר והעיד באותו עדו' עצמו מקבלין ממנו שאין זה פסול בתחילתו ולא בסופו אלא שכל זמן שנוטל שכר קנסוהו חכמים לבטל מעשיו ע"כ ואמר

ז"ל שאין חילוק בזה בין עד לדיין כמ"ש שם. והדבר ידוע דהתם אין מקו' לומר דכסיפא ליה מילתא למהדר ביה כמ"ש שם. כי המשיב לא ישיב אלא על הנחת השואל ואם צדיק הראשון בריבו ובא רעהו וחקרו בטענו' שיתחדשו אח"כ ויסתר כל הדין אין בזה בושה אלא שלדבר אחד חשש הרב ז"ל שכבר שמע הדיין דברי הבעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו. ותניא בפ' שבוע' העדות מנין שלא ישמע הדיין וכו' ואמ' שזה אינו מעכב אלא לכתחילה והביא מההיא דנוטל שכר להעיד שאם יחזיר הממון יכול אח"כ להעיד שאין שם פסול אלא שקנסוהו חכמים דעבר על מה אני בחנם ועכשיו בחנם הוא. והרב מהר"ר שמואל די מדינה ז"ל בח"מ שלו סי' פ' השיב על שאלה זו עצמה שנשאלה לפני מהריב"ל ואמר דפסול לדון מטע' זה דנוגע בדבר הוא והראי' מדברי הרמב"ן ז"ל דחאה ובאמת שאלו היה שם מקום לחשדו לא הוה מייתי כלום מההיא דס"פ האיש מקדש דהתם אין חשד כלל שהרי יודע היה בעדות ולא רצה להעיד עד שכתבו לו שכר ולא נפסל אלא מטעם דרבנן דעבר על מה אני בחנם ועכשיו בחנם הוא. אבל כיוצא בנ"ד שמקצת הדיינים דנו אח' שמיע' טענו' הבעל דין מבלי שישאו ויתנו יחד דיש לחוש שאם היו שומעי' דברי חביריהם היו חוזרי' בהם ועכשיו אעפ"י שישמעו קשה להם לחזור דכסיפא להו מילתא בהא ודאי איכא למיחש בה ואין ראיה מההיא דס"פ האיש מקדש כלל.

ומעתה נשיב אעיקרא דדינא עפ"י העדויו' והטענות שטענו בפני הבי' דין שתי הכתות ולא ראיתי בהם דבר שיוציא את ה"ר אברהם סבח ואשתו מחזקתו אם מעדות הראשונה מהר"ר דוד בוביטי ועדות השנייה מהחכם כמהר"ר שמואל כלב נר"ו אין ראיה שההגאר"ה הנזכ' היא לה"ר אברהם כי במה ששמעו מפי ה"ר יצחק שהיה רוצה לקנותה בעד יתמי כ"ר שמואל סלבן וכי בדברי ה"ר יצחק הנזכ' יורע כחה של האלמנה מרת קלארה אם היתומים שנכתבה ההוגאר"ה על שמה והיא היתה הקונה מיד החכם כמה"ר שמואל והיא היתה גובה השכירות כל ימי חייה כמו שהעידו הר' מרדכי וה"ר אברהם וה"ר ישעיה ולא עוד אלא אפי' אם מרת קלארה הנזכרת היתה אומרת בפיה הדברים האלה שההוגאר"ה היתה קונה בעד היתומים לא מקרי הודאה שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו כההוא עובדא דפ' זה בורר ההוא דקרו ליה עכבר' דשכיב אדינרי ואמר פלו' מסיק בי זוזי וכן הא דתניא הרי שראו את אביכן שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלו' הם של מעשר שניהם אם כמוסר דבריו קיימים ואם כמערים לא אמר כלום פי' כל שלא היה כמוסר עדות מסתמא מערים הוא שלא להשביע את עצמו ואת בניו. אי נמי לפנחייא בעלמא אמרה כן שיהיו הכל בדלים הימנה והדבר

מוכיח מתוך עדות ה"ר דוד כי הוא עצמו היה רוצה לקנותה ואמר שלא היה מניחה בכל ממון שבעולם וכיון ששמע שהיו רוצים לקנותה בעד היתומים נסתלק מלבא בשדה יתומים ומשום הכי אמרי' דליתמי לית בה משום דינא דבר מצרא ואע"ג דאתתא נמי לית בה משום דינא דבר מצרא דלאו אורחה למטרח ולמזבן מ"מ פרשי אינשי בתחילת המכר מזבינא דיתמי ולא פרשי מזבינא דאלמנה שהכל חייבים לספק בזכות היתומים כדאמרינן ר"ג וב"ד אביהן של יתומי' והתירו אבק רבית אצלם ולא התירו אצל אלמנה. אי נמי שמא תבא אלמנה אחרת לקנותה תלתה הדבר ביתומי' קטנים ופנחייא בעלמ' הוא דקעבדא דאמרי' בהגוזל עצים גבי לוקח שדה בשם ריש גלותא וכן בפרק בתרא דיבמות מצא כלי וכתוב עליו ק' קרבן מ' מעש' כו' דאמרי דילמא לפנחייא שבקיה אף כאן מאח' שבשע' הקנין היא קנתה ועל שמה נכתבה ודאי פנחייא בעלמא קעבדה.

ומאחר שאין לר' שלמה ראיה שההוגאר"ה הנז' היתה קנויה לו נמצאו דברי מחאתו בטלים שאמר שהיא קנויה לו מנכסיו ולמה יחוש הלוקח שקנה מאמו והוא יודע שההוגאר"ה הנז' היתה של אמו ונכתב' על שמה ואכלה שני חזקה בשופי בלא מחוי נמצאו דבריו בטלים ואין בהם ממש לפיכך לא חש להם ולא נזהר בשטרו שכבר ידע ששטר הקנייה אינו מעלה ולא מוריד בזה שאם יש לו ראיה ממערער שקנויה לו אין השטר מחזיקו ביד הלוקח שיאמר שהיה קטן מאמו וסמוך אצל אמו ולא עלתה לו חזק' ואם אין לו ראיה אינו צריך הלוקח שיראה השטר בטענה ללוקח.

ומעדות ה"ר מנחם וה"ר עמנואל וה"ר שמואל אין ראיה במה שכתו' שם שה"ר אברה' היה מוחה על מה שבזמן אביו וכו' ואמו בחיי' קנת' מחלקו ההוגאר"ה שזה הלשון אינו מוכיח שהם דברי העדים אלא דבריו של ה"ר אברהם המוחה שאם היו דברי העדים היה להם להקדי' דברים אלו קודם לדברי המוחה ולכתוב להיות שמרת קלארה אם ה"ר אברהם קנתה הוגאר"ה מנכסי בית' היתום וכו' עתה בפנינו מיחה וכו' וכבר פי' בדבריה' שני העדים שכך הוא כי מעולם לא ידעו דבר מההוגאר"ה אם היא לה"ר אברהם נז' אלא מפיו של ה"ר אברהם המוחה שהעידו שכן מוכי' הלשון שכתוב בסוף אלה הדברים היה אומר לנו ה"ר אברהם שחוזר על מה שכתוב למעלה ובכה"ג שאינ' סותרי' אלא מפרשי' דבריהם לא מקרי חוזר ומגיד כמו שהוכיח הר"ן בתשובה סי' מ' שכל שאנו יכולים לתרץ דברי העד שלא יהא עדותו מוכחשת ממה שאמר תחלה אפי' בפי' רחוק אנו מכוונים דבריו כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים שנראין כמכחישין זה את זה כאותה ששנינו א' אומר בשנים בחודש וא' או' בג' עדותן קיימת והרשב"א ז"ל בתשובותיו סי' אלף י"ב בשטר משכונה שכתו' בה שלא יהא רשות ללוה לסלקו ולא כתבו בו זמן שנאמנים

העדים לומר לזמן פ' היה התנאי שהם חוזרים ומבררים דבריהם והלא אם באנו לדון על לשון השטר סתם לעולם משמע כדמוכח בפ' ארבעה נדרים גבי נודרין להרגין וכו' ובלבד שיאמר בלבו היום ואע"ג דדברים שבלב אינם דברים גבי אונסין חשוב אפשר אלמא שלא במקום אונס כשאומר יאסרו סתם לעולם משמע ואעפ"כ יכולין לפרש דבריהם כ"ש בנ"ד ותו שדברים הללו לא ניתנו ליכתב דלא להעיד בפני ב"ד ומפיהם אמר רחמנא ולא מפי כתבם שאעפ"י שהמחא' ניתנה ליכתב דברי העדות שההוגאר"ה ניקנית משל ה"ר אברהם זו עדות גמורה להפקיע כח המחזיק מפיהם בעי' ובפני הבעל דין שהתורה אמרה שיבא בעל השור ויעמוד על שורו וכאן אין העדות אלא בכתב ואם קבלו עדותן שלא בפני בעל דין לאו כלום הוא ואין דנין על פי אותו עדו' כמו שהסכימו רוב המפרשים ז"ל כמו שהורה בח"מ סי' כ"ח ואף לראב"ן וראבי"ה ז"ל שכתבו שאם קבל שלא בפני בעל דין בדיעבד הוי עדות דיעבד זה היינו דלא איפשר השתא לחזור ולקבל עדותן אבל היכא דאיפשר שיחזירו ויעידו בפני בעל דין הא לכתחילה מקרי תדע מדמייתי ראב"ן ראיה מדמכשירינן קבלת אונס שלא בפניו ש"מ דבלא אונס כשר בדיעבד דאי פסיל ע"י אונס נמי מפסיל ע"כ ואי דאיפשר לחזור ולהעיד מאי יליף מאונ' דחולה או שרוצה לילך למ"ה בין אי דינא דאורייתא בין דרבנן וכי דנין איפש' מאי אפשר גבי אונסין חשיב איפשר אלא שבדיעבד היינו שטעו וקבלו שלא בפניו ועכשיו הלכו להם למ"ה דא"א לתקן וכן מצאתי לרבינו ירוחם שכת' נתיב כ"ו וז"ל ויש מגדולי האחרונים שכתבו שאם מתו העדי' או שהלכו למדינת הים שדנין על פי עדותן שקבלו שלא בפני הבעל דין שהרי אפי' לכתחילה מקבלין אם היה הוא חולה או עדיו חולים עד כאן לשונו משמע בהדיא שלא נחלקו אלא בא"א לחזור להעיד הילכך אלו שחזרו והעידו אפילו היו סותרים דבריהם היינו שומעין להם כל שכן שאינם אלא מפרשי' את המפורש ומאחר שאין למערער ראיה שהיתה שלו מה תועיל מחאתו.

ויש שטוענין לומר מאחר שאלמנה זו אפוטרופא של יתומים היתה בצווי בעלה או שסמכו עליה יתומים שכל חלק היתומים שבנכסי אביהם בא ביד אמם וה"ר שלמה הבן הגדול לקח חלקו לעצמו נמצא שכל מה שבידה בחזקת היתומים והא ליתא דתניא בפרק חזקת הבתים אחד מן האחין שהיה נושא ונותן בבית וכן האשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות על שמו ואמרה שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמי עליה להביא ראיה בעדים שיעידו שהיא שלה והיינו דמתניא כוותי' דרב דלא כשמואל דאמר על האחין להביא ראי' אלא דאמרינן התם אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחים להבי' ראיה ואף על גב דלא טענינן ליתמי מה דלא מצו אבוהון למטען כת' התוספות

והרא"ש דכיון דאונות יוצאת על שמו מסתברא לאוקומי בחזקתייהו אלא באחיו החמיר רב ומזקיקו להביא ראיה לפי שבידו להביא ראיה אבל אחר מותו שאין ביד היתומים להביא ראיה הואיל ונכתבו על שמו מוקמינן ליה בחזקתיה הכא נמי הואיל וההוגארה כתובה על שם מרת קלארה מוקמי החזקה ברשות האלמנה ולא עמדה כלל בחזקת הבן ה"ר אברהם הנז' כדי שתבא מחאתו ותבטל חזקת אמו וחזקת הבאים מכחה ועוד אפי' בחיים חייתה היתה נאמנת לומר מממון נכסי מלוג שלי לקחתים הואיל וידוע שהיו לה נכסי מלוג מעזבון אמה בחיי בעלה ולאחר מיתת בעלה כדכת' רשב"ם ז"ל ראיה בעי' שמאבי אמו ירש הממון או ממון אחר וכן כתב הטור סימן ס"ב שאין צריך שיעיד על אלו השטרות שהן שלה אלא שהיה לה ממון מיוחד וגם מדברי הרמב"ם ז"ל מוכיח שכתב שעליו להביא ראיה שנפלו לו ירושה אחרת או מצא מציאה או זכה במתנה ועוד שאשה זו היה לה נדוניא חפצי זהב וכסף שהביאה מבית אביה שיכולה היתה למוכרם וליקח בהם קרקע זו דנכסי צאן ברזל שלה נוטלתן בלא שבועה דבחזקתה קיימי וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ט הנז' וכן שהיתה נושאת ונותנת בנכסי יתומים וכו' ואם יש לה נדוניא ואמר' מנדוניתי לקחתי נאמנת אבל אם אין לה נדוניא ולא הביאה ראיה הרי הכל בחזקת היורשים עכ"ל ומשמע מדבריו שאם ידוע שיש לה נדוניא כלומר שהכניסה לו נדוניא אע"פ שאין ידוע שהיה בידה אחר מיתת בעלה מהני שאני אומר מאותה נדוניא שהיה לה קנתה נכסים הללו ולפיכך חזר ואמר אבל אם אין לה נדוניא לומר שאם היה דייה בכך כמו בכנסי מלוג שכתב שיביא עדים שנפלה לה ירושה או מצאה מציאה ואין צריך להעיד שעד אותו היום שקנתה היו המעות בידה קיימים.

ובר מן דין מסתברא לי שאפילו היה למערער עדות שההוגארה היא שלו והיה כדאי להוציא מיד האשה אין נזקקין להם עכשיו ואין מקבלין עדותן בב"ד הואיל והקרקע של יתומים הוא וב"ד הגבוה לאלמנה דכתובתה ואחריותא דיתמי וקי"ל אין נזקקין לנכסי יתומים עד שיגדלו דבקטן כשלא בפניו דמי ואין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין ואף על גב דהשתא לא משתעו דינא זולתי על האשה סוף סוף אתתא בתר יתמי אזלא וכדאמרינן בפרק מי שהיה נשוי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתא בעל חוב דראובן וקא טריף ליה דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את משום דא"ל דמפקן מיניה עלי דידי הדר והכא אין צריך שיבאו היתומים לטעון כך אלא אנן לא מזדקקין להאי עדותא כיון שבאים לחוב היתומים בעדות זה וע"כ לא נחלקו רבוותא אלא בערב דאיכא דכתב בו דאין נפרעין מן הערב אפילו הוא קבלן והרמב"ם ז"ל כתב שנזקקין לנכסי ערב אעפ"י שהיתומים קטנים שהרי אין הערב יכול לגבות מהם

עד שיגדלו הא אם היה יכול הערב להוציא מן היתומים כשם שכתובת אשה טובה מהם הכל מודים שאין נזקקין וכ"ת אשה זו אם יוציאו ממנה אינה יכולה לחזור על היתומים עד שיגדלו דטעמא מאי אמור רבנן דלכתובת אשה נזקקין משום חינא למ"ד שימצאו חן בעיני האנשים ויקפצו להשיאן הרי זו כבר נשאת ולא בעי' חינא ולטעמא דכיון דאכלה מזוני כריבית אוכלת בהם דמי הכא לא אכלה מזונות וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל דבשנשאת אינה גובה וכיון שאינה יכולה להוציא מהם עד שיגדלו אין נזקקין לנכסי יתומים כלל הא ליתא דודאי זו חוזרת היא על נכסי יתומים וגובה מהם דסוף דינא כתחילת דינא הואיל דכשנזקקו בית דין להגבותה קרקע זה היה בדין להזקק משום חינא ומשום מזוני עכשיו כשקרקע יוצא מתחת ידה מזדקקי' לה דגביה בטעות הוא שאם אתה אומר לא תחזור אינה גובה כתובתה לעולם אלא נזונית והולכת שחוששת היא פן יטריפו הנכסי' ממנה אחר שתנשא ולא תוכל לחזור מן היורשים וטעמא דחינא נמי ליכא שלא תמצאנה חן בעיני האנשים להנשא להם אם יטריפום אח"כ מידה ומצאתי לרבינו ישעיה האחרון זכרונו לברכה שכתב בסוף פרק אלמנה נזוני' שהביא באלמנה שנשאת שאינה גובה מן היתומים וכתב נראה בעיני שאם נשאת ע"מ להגבות כתובתה מגבין לה מאחר שנשאת שאם לא כן יגרשנה בעלה וכ"ש הכא שכבר הגבוה ב"ד והכניסוה לבעל שאם יוציאו ממנה מה שהכניסה לו בנדונייתא ונגרע מכתובתה ויתן לה השאר ויוציאנ' הילכך אפילו השתא נמי בעינן חינא. ועוד נראה בעיני שכל שהגבו ב"ד או מכרו קרקע לצורך היתומים אם טרפו מהלוקח או מהאשה חוזרת לגבות מהיתומים ונזקקין להם לפי שאין זו תביעת אביהם דאיכא למימר דאם היה אביהן קיים היה מברר ומבטל תביעתם דזו תביעת היתומי' עצמם היא דאינהו או אפוטרופוס ידעי במילתא והו"ל כמו אם לוו ב"ד או אפוטרופוסים לצרכי היתומי' שכת' הרא"ש ז"ל משם הרמב"ן בפרק אלמנה ניזונית דנזקקין לצרכיהם דלמ"ד משום צררי ליכא ולמ"ד משום דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו כיון דאפוטרופא לוה עליה דידיה רמיא הך מצוה למהוי הן שלו צדק וכו' וכ"ש ב"ד עצמן לצרכן ועוד שזהו תקנתא דעבדי להו מידי וכו' וכן בי דינא דזבין ואחריותא איתמי אם טרפו ממנו גובה הלוקח ושלא בהכרזה מדלא מוקי מתני' דשום היתומים ל' יום בהכי ע"כ מדברי הרמב"ן ור"י ז"ל פירש דאין נזקקין ליתומים אף במלוה הבאה על ידי עצמן משום דאין מקבלים עדים שלא בפני בעל דין והביא מההיא דפ' ד' וה' בשור של קטן שנגח שנפרעים מעלית יתומים דפריך מהא דלא מקבלים עדים שלא בפני בעל דין אע"ג דלאו מילי דאבוהון הוא וליכא למיחש לצררי והראש כתב שדברי הרמב"ן ז"ל דברים של טעם שכל דבר שעשו ב"ד או אפוטרופס נזקקין

לנכסים ומקבלין עדות לפני ב"ד או אפוטרופא והם בעלי דבר ומה שפירש ר"י ז"ל דאף במלוה הבאה מחמת עצמ' אין נזקקי' משום דאין מקבלין עדות שבב"ד היינו במלוה שלוו היתומים עצמן בלי אפוטרופוסים מידי דהוה אמקחן וממכרן דקיים משום כדי חייו משמע שהרא"ש סובר ומסכים דברי ר"י לדברי הרמב"ן ז"ל דבכל מידי דעבוד ב"ד או אפוטרופוס נזקקין וכן בי דינא דזבין ואחריותא איתמי דהואיל וב"ד מכרו הם בעלי דבר ועליהם לוקח חוזר שאף ר"י ז"ל מודה בזה ולא אמר אלא במלוה הבא' ע"י עצמן בלא אפוטרופא דאע"ג דאמרו דמקחן מקח וממכרן ממכר מכל מקום כשבאים לגבות מהם הוה ליה שלא בפני ב"ד אלא שאני תמה שראיתי לרב בעל הטורי' ז"ל בסי' ק"י שהביא ענין מחלוקת זה דהרמב"ן ור"י והכרעתו של הרא"ש וכתב שר"י פירש שאפילו לוה האפוטרופוס לצרכם אין נזקקין לנכסים והיינו דבריו של ר"י שהביא הרא"ש ז"ל שכן כתבו בקיצור פסקי הרא"ש אשר לו ואני רואה שאין דבריו של ר"י אלא במלוה הבאה ע"י עצמן דומיא דשור של יתומים שנגח דמייתי מינה ובהכי פי' הרא"ש ז"ל ששמו את דבריו וכתב דלא מיירי אלא בלוו הם עצמם בלא אפוטרופוס ואעפ"י שכתוב שם ומה שפרש"י טעות סופר היא וצ"ל ומה שפירש ר"י ז"ל כי רש"י לא דבר בזה כלום ואם דברי שניהם בסגנון א' כעין שמתפרשים דברי רש"י כך מתפרשים דברי ר"י במלוה הבאה מחמת עצמן הילכך כל שמכרו או הגבו ב"ד כגון אשה זו שהגבה ב"ד כתובתה ההואגאר' אחריות' דיתמי וכי טרפי לה מינה חוזרת על היתומים ונזקקים לנכסיהם לכולי עלמא וכן בדין שאתה אומר שכל הלוקח קרקע מן היתומים ונטרף צריך להמתין עד שיגדילו זו רעה אצל היתומים שלא ימצאו מי שיקנה מהם וימותו ברעב א"נ אלמנה לא גביא בכתובתה קרקע שלהם ותהא ניזונית והולכת והוה ליה כרבית אוכלת בהם וכאותה שאמרו פ' הנזקין דנכסי יתומים הרי הם כהקדש ולא מקנו אלא בכספא ואמרינן אמשכי ליה פירי ליתמי בזול סבור מינה דלא קנו אלא בכספא אמר רב שישא בריה דרב אידי הא רעה היא לדידהו זמנין דמצטרכי לפירי וליכא דיהיב להו עד דיהבי זוזי הכא נמי כי אמור רבנן אין נזקקין לתקנתיה דיתמי עבוד וזו רעה היא אצלם.

ומלבד זה במחאה עצמה איכא ריעותא אפילו אם היה העדות כדי לאמת שהיא של ה"ר אברהם סלאדין הנזכר כגון שהיתה הודאה גמורה מפי האלמנה מרת קלארה הנזכרת הואיל והדבר הזה מפורסים לא היה שהרי מרת קלארה הנזכרת היתה מתחזקת בהוגארה ואוכלת פירותיה כל ימי חייה היה יכול המחזיק לומר אני קניתי מיד האשה הנזכרת וכששמעתי שהיה מוחה ה"ר אברהם הנזכר בזה לא חששתי למחאתו כי מעולם לא עלתה על דעתי שהיתה שלה שלא אמרו לחוש למחאה לאזדהורי בשטרי אלא

כשהמוכרה לו שהוא בא מכחו הוא מוחה דבהא אית ליה לאזדהורי בשטריה להיות בידו לראיה שמכרה לו אבל מאחר שאין הבעל מוחה שהוא אוכל שדה שלו בגזלנות אינו חושש לו וכן מוכיח מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה שם בחשן משפט סימן קמ"ו וז"ל מה שמחו בני שמעון אינה מחאה לפי שמתנת אביהן שנתן מתנה לאשתו ידועה לפיכך אין מחאתו מחאה הרי הם כנכרים ואם מחמת אמם שטוענים שנתנה להם כל זכותה דמתנה זו לא נודעה הרי הם כנכרים ואעפ"י שהיה מודה בה וכיון שכן לא הו"ל לחוש לדבריה' שהרי במאח' צ"ל ולמחר תבענ' ליה בדינא ומ"ה היה לו לחוש ולמה יעמידוהו בדין והם אינם בעלי דבר שלו ע"כ. ועוד מדמחאה ריעותא אחריתי כי לפי הנראה מנוסח דברי ה"ר עמנואל וה"ר מנחם שלא היתה המחאה בפני ב' אלא לכל א' בפני עצמו היה אומר דברים הללו ואין זה כמוסר דברים ולא כמוחה לפי מ"ש הטור בשם הרמב"ן ז"ל שאין מחאה בפחות משנים אבל בא' לא אפי' מוחה בפני המחזיק וכ"פ הרשב"א ז"ל בתשובה דכיון דלא מחה אלא בפני א' לאו דוקא קאמר וזוכה בעלמא הוא ולא מזדהר בשטריה והיינו דקאמר מחאה בפני ב' דאלמא בפני ב' ממש בעי' וכן בסי' אלף פ"ג כתב ואפי' מחה בפני ג' זה שלא בפני זה לא מהני ואע"ג שנחלק הרא"ש על הרמב"ן במוחה בפני המחזיק עצמו לומר דהויא מחאה כמוכ' בפני עד א' יודה לדברי הרשב"א אפי' בשנים זה שלא בפני זה דכחוכא בעלמ' הוא מתוך שיודע שלא יחוש המחזיק לדברי העד משט' היה ולא חלק אלא על דברי הרמב"ן שבפני המחזיק חשיב מחאה והו"ל לאזדהורי בשטריה ויש לנו לומר כן דאפושי במחלוקת לא מפשינן כיון דטעמא אחריתי הוא וכי תימא שמנוסח כתב העדים במחאה משמע שהמחאה היתה בפני רבים ואיך יכולי' לסתור מ"מ כשחזרו לדקדק בעדותם ואמרו שלא מחה אלא בפני כל אחד בפני עצמו שומעין להם ולא חשבינן חתימתן בשטר ההוא כמי שנחקרה עדותן בבית דין דמחאה לאו שפיר כתובה שהרי כתב הרב נמוקי יוסף ז"ל שכתבו בשם הא"ז ז"ל שצריך שיכתבו בלשון שליחות פלוני העידנו על עצמו לכתוב עליו שמיחה אבל אם כתבו שמענו פלוני שמיחה כהאי גוונא לא הוי עדות ומפיהם ולא מפי כתבם אמר רחמנא עד כאן. וכן בנסח זה אין בו לשון שליחות שהעיד עליו העדים על עצמו לכתוב הילכך אין לו דין שטר ויכול לחזור ולהעיד ולשנות ממה שכתוב שם ונראה בעיני שאעפ"י שהמחאה ניתנה ליכתב ויש לה דין שטר דוקא כשנכתב בזמן שמועילה מחאתו כגון בתוך שלשה שנים דאז ודאי לא מיקרי עדות שלא בפני בעל דין שאין בכתיבה זו חובה למחזיק שהרי יכול הוא עדיין למחות בפני אחרים ואינ' עכשיו אלא כשעושין שליחותו של מוחה אבל לאחר שלשה שבאים להפקיע חזקתו של מחזיק בעדות זה

והם אינם שלוחיו עתה שהרי הוא אינו יכול למחות עכשיו אלא שמעידין שזה מחה בתוך שלשה שנים ואף על פי שהיה כתוב לשון שליחות לא מהני אם לא שיעידו בעל פה בפני בעל דין ובפני בית דין.

ויש שטוענים עוד לומר מאחר שהעדים עצמם מעידים כי אחר יום מות האלמנה היתה גובה השכירו' ואחר מותה לקחה ה"ר שלמה סלאדין נמצא כשמתה האלמנה נשארו הנכסים בחזק' יורשיה לא עלתה לה"ר שלמה חזקה שאם לקחה מאחיו אחר שמתה הו"ל לאזדהורי בשטרא ולכל הפחות חלק אחיו עדיין בחזקתו עומד ומחאתו מבטלת החזקה בשטר ועוד שהאחין אין מחזיקין זה על זה והא נמי ליתא ושתי תשובות בדבר חדא דמי החזיקו לאחיו ההוגאר"ה ההיא ואם מפני שמתה אמו וירש חציה הרי הודאת בעל דין שלא ירש כלום שהוא אמר ששלו היתה מעולם וזה אינו יכול לברר אם כן אין בדברי מחאתו כלום כי הא דאמרינן דערער וחזר וערער שלא מחמת טענה הראשונה כגון דטעין בתחילה בגזלנותא וטעין בשניה במשכנתא דאמרינן דבשניה הודה שהראשונה היתה שקר ממה שטען משכנתא נמצא שחזקת שלשה שנים הראשונים היתה חזקתו בלא מחאה כדכתב הרא"ש ז"ל והכא אם איתא דמאמם ירשו הרי מחאתו שקר ונמצאת חזקתו חזקה בלא מחאה אלא אית לך למימר דבמחאתו הודה שלא באת לו בתורת ירושה כל שכן עכשיו שבא לבית דין גם הוא מחזי' בטענה זו שהיתה שלו מעולם ולכולי עלמא הודאה בבית דין הויא הודאה ולפי דבריו עלתה חזקה לאחיו ועליו לברר שהיא שלו וכל שלא הביא ראיה אין בדבריו כלום ועוד טעמא דמחאה הוי משום דהוה ליה לאזדהורי בשטרי כאן שמיחה שהיתה שלו ולפי דבריו לא היתה של אמו מעול' לפיכ' זה לא נזדהר בשטרו שאם יברר המערער שכן הוא אין שטר קנייתו מאמו מחזיקה בידו ואומו מכרה דבר שאינו שלו.

ומזה הטעם נמי נתבטל טענת אחים השותפים שאין להם חזקה זה על זה שהרי המערער עצמו מודה שאין לו שותף אלא כולה שלו א"כ עלתה לו חזקה בכולה כל שכן וכל שכן כשנמכרה לאיניש דעלמא דנחית לכולה הוה ליה למחויי שחציה שלו וכי תימא מאחר שהוא כתב בזכרון עדו' שמעידים שהיתה ההוגארה הנזכרת של מרת קלארה הנזכרה עד עת מותה והיא היתה נוטלת השכירות כל ימי חייה מכאן מוכיח שלא לקח ה"ר שלמה ממנה בחייה וממילא נפלה בירושה לשני בניה עד כאן וזה הלשון צריך הולם להולמו ומחו ליה אמוחא כי מכאן ידעו שההוגארה הנזכרת היתה שלה עד עת מותה ולא נתנה ההוגארה הנזכרת לאחרים בחצאי הא אין עליך לומר דבגמר דבריו נתפס עיקר העדות לפי שהיתה שלה עד עת מות' לפי שראו שהיתה נוטלת השכירות כל ימי

חייה וזה מחזיקה שההוגאר"ה הנזכרת היא שלו ומה שראוה שהיתה נוטלת השכירות כל ימי חייה לאו דוקא עד שעת פטירתה דאטו בכפא תליא שכל ימי חייה היתה אוכל' השכירו' מדי חדש בחדשו ושמא מתה בסוף החדש ועדיין לא בא זמן הפרעון מ"מ כל ימי חייה לא היתה רשות אחרים באותה ההוגארה מבלעדי האלמנה ואחרי מותה ראו שה"ר שלמה בנה היה לוקח השכירות כך הוא מוכרח להבין מלשון זכרון עדות כ"ש שכבר נחקר עדותן בב"ד ופירשו הדברים שלא היתה עדותן אלא שכל ימי חייה לא פרעו שכירות אלא לשלוחי האשה ואחרי מותה פרעו לה"ר שלמה ואין בזה משהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא מפרש דבריו כמו שהוכחתי למעלה כ"ש שאותו זכרון עדות לאו כלום הוא דמפיהם ולא מפי כתבם בעינן ואפי' אם היו מעיד בפני ב"ד הו"ל עדות שלא בפני בעל דין ולאו כלום הוא כ"ש בדין מרומה כזה לעיין כל רואה שהיה צריך ראיה וחקירה רבה וכבר ידוע מה שכתב הרא"ש ז"ל דכל שלא נעשה דרישה כהוגן יכולים לחזור ולהגיד כיון דמדינא בהא מילתא לאו אגרא היא ומהריב"ל בח"ג סי' כ"ח דיבר בזה עיין שם ומה גם עתה אחרי שעמדו לפני הדיינים וממוני החזקות מעמיקים לסתור עצה ולכתוב זכרון עדות בחתימת ב' עדים ומקבלים עדותן שלא בפני הממונים ושלא בפני בעל דין והיה במחשך מעשיהם ואם האמת אתם יבאו לפני הדיינים הממונים ויתנו עדיהן ויצדקו.

ובלעדי אלה אפי' תימא שההוגארה היא בחזקת ב' בניה שירשו מאמ' מאחר שהאשה זו ובעלה לקחוה מהיתומי' של ה"ר יקר נ"ע טעני' ללוקח וליורש שהרי יקר לקח כל הזכות שהיה לה"ר אברהם המערער בהוגארה זאת ומה"ר שלמה אחיו ג"כ זכותו ומה שכתוב בזכרון עדות שה"ר שלמה מכרה לה"ר יצחק יקר היינו שמכר חלקו אכן הלוקח קנה אף מה"ר אברהם כי ידע שהי"ל זכות בהוגארה מחצה שהיה בחזקתו ומנא תימרא דהכא מכח שאין לו חזקה טענינן ליה שקנה גם מהבעלים מדאמרינן בהנזקין גבי לוקח מסקריקון וחזר ולקח מב"ה פירוש שהודה לו מקחו בטל ואמרינן התם אם אכלה לוקח שלש שנים וחזר ומכרה לאחר אין לבעל על הלוקח שני כלום דטענינן ללוקח שלקח המוכר מן הבעלים כ"ש כי גם בזה כיוונו עדותם בע"פה שהם לא עמדו בשעת המכר וגם לא ראו שטר המכיר' אלא שוכרים הם וידעו שנעתקה מרשות ה"ר שלמה הבעל הנזכר לרשות ה"ר יקר הנזכר ואין להם לידע אם קנה מה"ר שלמה הנזכר לבדו או אם לקח אף מה"ר אברהם אחיו הנזכר ומה שהיה צווח ה"ר אברהם אף אחרי שלקחה ה"ר יצחק לא היו דברי טענותיו אלא על אחיו ה"ר שלמה נוחו עדן הנזכר וכן כתוב במחאה ועל כן מאז עד היום הזה היה ה"ר אברהם הנזכר צועק חמס על אחיו ה"ר שלמא הנזכר

על דבר ההוגארה והיה או' כן דעו רבותי שכעת אין לאל ידי לתבוע זכותי ובזמן שאוכל לתבו' זכותי אתבענו משמע מלשון זה שלא היה מתרעם הלוקח ה"ר יצחק אלא על אחיו ושמא המחצית ההוגארה שלקח שלא כדין לפי דבריו כלה שלו ועל זה סמך הלוקח ה"ר יצחק ולא חשש כי אמר אותו המחצה שקניתי מאחיו איני חושש לערעורו לפי שהוא צריך להביא ראיה שהוא כדבריו שהרי בחזקת אחיו היא. הנראה לע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פ

ולענין אי מיקרי נוגע בעדות בדבר דלאו הנאת ממון אלא משום שדעתו קרובה לבני קהלו וכיוצא בזה.

יראה דהא לא מיקרי נוגע בעדות שאין לנו אלא מה שאמרו בפ' חזקת האומר תנו מנה לעניי עירי אין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר ומוקי לה בספר תורה שהכל אצל ספר תורה עניים הם פרשב"ם שדרך בני אדם לקרא בני עירו עניים בשאין להם ספר תורה דענייות גדול הוא זה אי נמי בעניים ממש ובעניי דרמו עלייהו פרש"י על דייני העיר פירוש עשירי העיר ואע"ג דקיץ להו ניחא להו דכיון דרווח רווח פירוש ולמה יתנו כלום כיון שאין צריכין הילכך סוף סוף מטי להו הנאה אלמא היכא דאית להו ספר תורה אחריתי לא אמרינן ניחא להו בהכי שיהיה להם ספרי תורה מרובים. אי נמי ללישנא בתרא דעניי דלא רמו על הדיינים אלא על עשירי העיר יכולים להעיד ולא מקרו נוגעים משום דניחא להו שיהיו עניי עירם מוסכמים יפה שדעתו של אדם קרובה אצל עניי עירו שהכל דומים לעניי עיר אחרת ולהכי אמרינן האומר תנו לעניים סתם נותנים אותו לעניי עירו אלא כל דלא מטי ליה הנאת ממון לא מיפסיל. ומה שהחמיר הרמב"ם ז"ל בהלכות עדות ואמר שאם דעת הדיין מבין בדבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות אם נמצא שיש לעד זה צד הנאה בעדות זה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד בדבר שמא נוגע בעדותו הוא. לא החמיר הרב ז"ל כל כך אלא להעמיק להבין בדברי הבאים לידי הנאת ממון ואפי' בדרך רחוקה. אי נמי שתבא הנאת ממון אחר כך לקרובים שיבאו אחר כך כי ההיא דפ"ק דמכות אי לעכו"ם וטוריה קרי ביה דערבא הוו סבר רב פפא למימר גבי מלוה ולוה רחיקי נינהו ואמר ליה סוף סוף אי ליתיה ללווה לאו בתר ערבא אזיל אבל במידי דלאו הנאת ממון אלא שדעתו קרובה לא אמרינן דלא עדיף מאוהב זה שושבינו והשונא כל שלא דבר עמו ג' ימים באיבה דסבר רבי יהודה למפסלינהו ואמרו חכמים לא נחשדו ישראל על כך. ועוד אבי החתן ואבי הכלה כשרים להעיד זה על זה אע"ג דמקרבה דעתייהו כדאמרינן בפרקא קמא דקדושין עמדו וקדשו קנו הן הן הדברי'

הנקנים באמירה פירש רש"י זכרונו לברכה בההיא הנאה דמתחתני אהדדי גמרי ומקנו ואפילו הכי אמרינן בפרק זה בורר ולא דמי אלא כי עוכלא לדנא.
ועוד ראיה מההיא דאמרינן בפרק חזקת הבתים ראובן שמכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה לפני בעל חובו והקשו התוספות ז"ל מאי איריא מפני שמעמידה לפני בעל חובו ת"ל משום דלא ניחא ליה דליהוי לשמעון תרעומת עילויה כדאמרי' בפ"ק דקמא ראובן שמכר לשמעון שדה שלא באחריות ואתא בעל חוב וטריף לה מיניה דינא הוא דאתי ראובן ומשתעי דינא בהדיה ולא מצי למימר ליה לאו ב"ד דידי את דא"ל לא ניחא לי דלהוי לשמעון תרעומת עלי. וי"ל דאין נפסל בשביל כך לעדות א"נ הכא מיירי אפי' במכיר בה שהיא שלו דליכא תרעומת ומשמע קצת דלשון שני זה ס"ל לתוספו' דאי איכא טעמא דתרעומת מקרי נוגע וליתא דודאי לא דמי הכא לטעון לאשתעויי דינא בהדיה לבא להעיד אלא לרווחא דמלתא תירצו התוס' כלומ' דמהכא ליכא למשמע מינה דיש לדחות בכך. אבל מ"מ טעמא דברי איכ' לאפלוגי ביניהו ותדע דב"פ מי שהיה נשוי הוכיחו התוספו' דאין לומר דנפקותא דאזול ומשתעי דינא לאו משום שהעדים המקיימים את השטר קרובים לראובן המוכר ואינן קרובים לשמעון הקונה דהא אפי' משתעי בהדיה שמעון לא מצי לקיימינהו וכו'. ועוד דמסיק איכ' דאמרי' אפילו שלא באחריות דאמר לא ניחא לי וכו' הא אפי' הוא גופיה אמרי' דמעיד אי אית לי' ארע' אחריתי ולא הוי פסול משום תרעומת כ"ש קרובים שלא יהיו פסולים משום תרעומת אלמא תירוץ ראשון תופסי' התוס' עיקר. וא"ת הא אמרינן לקמן בפ' חזקת המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני ב"ח ומוקי לה בדלית ליה ארעא אחריתי דלהדר עילויה ומאי נפקא ליה מיניה דאמ' לא ניחא ליה דלהוי לוה רשע ולא ישלם משמע דאע"ג דלא נפקא לענין ממונא חשיב נוגע בעדות משום דלא ניחא דעתיה שיקרא לוה רשע וכו'. וי"ל דהתם ודאי אם אין לו במה לפרוע לא מקרי לוה רשע אלא במה שיש לו לשלם מיירי וה"ק לא ניחא לי שאהיה כל ימי בצער שאם יהיה לי יתר על מזונותי בצמצום אני מחויב לתת לב"ח וא"א לצמצם ואהיה לוה רשע והשתא הנאת ממון הוא ואע"ג דהשתא לית ליה מידי ולא מפסיל משום מה שיעשיר לאחר זמן ויהנה בעדותו כמ"ש בהגהות אשירי מ"מ הא מלתא כל יומא ויומא שכיח' ומשום ספק דלא להוי לוה רשע יהיה צריך להוציא מתוך פיו ולא ניחא ליה בהכי. והנה ראיתי לרב מהר"י ן' לב זלה"ה בח"ג סימן קנ"א בא לומר שיש פנים דאפילו היכא דליכא הנאה דממון הוי נוגע והביאה לזו דלא ניחא לי דלהוי רשע וכו' ועוד הביא ההיא דאמרינן בפרק שני דכתובו' שלש' שישבו לקיים את השטר

וקרא ערער על אחד מהם עד שלא חתמו מעידין עליו וחות' דלפי מה שפרש"י ז"ל שם שהם נוגעים בעדות שגנאי הוא להם שישבו עם פסול בדין דמשמע דמשום גנאי בעלמא מפסיל ואעפ"י כן כתב ומכל מקום מסתברא לי דאין לנו לדמות מלתא למלתא משקול הדעת דכי היכי דהתם אע"ג דליכא הנאת ממון חשבינן ליה נוגע הכא נמי. ואיברא דמדמינן מילתא למילתא דפרכינן בפרק יש נוחלין אהא דתניא ובלבד שלא ידמה כל התורה כלה אדמויי היא אלא הכי קאמר ובלבד שלא ידמה בטרפות ובהא ודאי בכל הנך דוכתי שהבאתי מוכח להדיא דלא חשבינן נוגע מאי דניחא ליה אלא הנאת ממון ומהכא לא קשה דההיא דפ' חזקת דלא ניחא לי דלהוי לוה רשע כבר פירשתי דשייך לממונ' וההיא דפ"ב דכתובות לא מבעיא להרי"ף ולהרמב"ם וכלהו רבוותא דפירשו משו' שנתבטל וועד המושב אלא אף לפרש"י שפירש משו' דמיקרי נוגעי' בעדות משום דגנאי הוא לו יש לפרשה דלא אמרו שלא יעידו בהכשרו של איש ישאר בפיסולו אלא לענין חתימת הקיום מיירי דייקא נמי דקתני משחתמו אין מעידין וחותם דלא הו"ל למתני וחותם אלא אין מעידין עליו אלא ה"ק משחתמו השנים שוב אין מעידין עליו כדי שיחתום משום דמחזי כנוגעים בעדותן ואתי לאפוקי לעז עליו לומר פסול היה ואותם לא העידו אלא משום פגם דידהו הלכך בין כך ובין כך לא יחתום בקיום אבל מעידין עליו להכשירו והקיום כשר כיון דכתבו במותב תלתא וחתמו תרי מגו תלתא והשתא ליכא שום לעז כיון שלא צרפוהו עמהם בקיום.

ומצינו עוד בדיני נפשות דאמרינן בפ"ק דסנהדרין אמר רבא פלו' בא על אשתי הוא ואחר מצטרפים להרגו אבל לא להרגה דאד' קרו' אצל אשתו ולא פסלינן ליה לגבי נואף אע"ג דאנן סהדי שהוא שונאו שנאת נפש דכתיב כי קנאה חמת גבר ולא יחמול ביום נקם ואעפ"י כן כשר להעיד לענין ההתראה שהתיר עצמו למיתה וראה בדרך המנאפים ותו אמרו פ' רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפין להרגו אע"ג דאין לך נגיע' גדולה מזו שהרי רודף הוא והי' בדין להרגו הוא או אחר להצילו דכתיב כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה ואף על פי כן כשר להעיד עליו ולא חיישינן שמא לא התרה בו כראוי ורוצה להרגו ולהכותו נפש ואמרו המחטיא את האדם יותר מן ההורגו ובמרדכי פרק זה בורר כתוב דקדק רבינו יואל ז"ל דקרובי נרצח כשרים להעיד על הרוצ' ואפי' הוא עצמו כל זמן שאינו טרפה יכול להעיד כדמשמע מפלוני רבעני לאונסי דמצטרף עם אחר להרגו וקשה מדאמרינן בפרק אחד דיני ממונ' מחזירין לזכות ואין מחזירין לזכות שהוא חובה ופרכינן חובתיה דמאן חובתיה דגואל ופרש"י ז"ל שקשה בעיניו שזה ניצול ואי חשבי זכותו של רוצח חובה אצל גואל הדם אמאי לא מכשרינן ליה לעדות הא נוגע

בעדות הוא אלמ' משמע דכל דליכא נגיעת ממון אף על גב דזכותו הוא כשר להעיד ומיהו מצאתי תשובה להרא"ש ז"ל בכלל נ"ז חולקת על זה שכתב זמרי הרג אליפז ואליפז היה נשוי לאחותו של אחד מעידי הרציחה ונשא אשתו ולו בנים ממנה והשיב דכשר להעיד אעפ"י שהוא אחי אמם של בני אליפז כי אין קורבת גואל הדם פוסלת לעדות כיון דכשר לנרצח עד כאן הרי משמע דס"ל דקרובי נרצח פסולים מלהעיד כגון אם היתה אשתו בחיים אבל עכשיו שמתה כשר הוא להעיד אעפ"י שהוא קרוב אצל גואל הדם וקשה אי סבירא ליה דבכה"ג הוי נגיעה בעדות משום דנייחא נפשיה בהכי גם כשהוא קרוב לבניו יפס' מהא דאמר דהויא חובתיה דגואל הדם ושמא ס"ל כיון שאין כאן נגיעת ממון מסתייה דקרוביו של גואל הדם לא מפסלי בהכי הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פא

וראיתי דברי החכם השלם הכולל כמהר"ר מרדכי קלעי נר"ו מיוסדי' על אדני פז הפליא עצה הגדיל תושיה ודבריו אינם צריכי' חיזוק כי המה בעמדם יעמודו חזקים כראי מוצק אכן לעשות רצונו חפצתי והוא פקיד עלי אחוה דעי אף אני אף כי אין הפנאי מסכים ודבר ברור הוא שמאחר שנתפרש בשטר הב' שהחיוב שנתחייב הה"ר שלמה הוא מחמת השטר הקדום ההוא אין לנו אלא מה שמתחייב מתוך לשון השט' הראשון ושם כתוב שכל חוב או חובות שיתחייב אביו שיטול ויקנה סחורות בהמתנה שיצא ערב בנו בעד ל' אלף לבנים דוקא שיטול או שיקנ' סחורות אבל שיתחייב מבלי שיקח בידו דבר לא מתחייב בהכי דקפידא הוא כדאמרי' בפ' גט פשוט גבי רשב"ג אומר הכל כמנהג המדינה כגון באתר' דנהיגי פשוט ובמקושר וא"ל זיל ועבד לי מקושר אזל ועבד ליה פשוט ת"ק סבר קפידא הוי רשב"ג סבר מראה מקום הוא לו ואוקמה אביי בשיט' ואמרינן רשב"ג ור"ש ור"א כלהו ס"ל מראה מקום הוא לו רשב"ג הא דאמרן ר"ש הא דתנן ר"ש אומר אם הטע' לשבח מקודשת ר"א התקבל לי גיטי במקום פלו' וקבלו לה במקום אחר פסול ובכלהו אמרינן דאין לנו אלא דבריו וקפידא הוי אע"ג דלאו אורחא דאינשי למקפד.

וראיתי לרב מהר"י קולון ז"ל בשרש קי"ב שכתב שאין אומרים הלך אחר לשון התנאי דוקא עד שלא נלמוד ממנו לחייב המתנה כי אם באותו תנאי שהוזכר דוקא ולא כיוצא בו אלא דמחיים אפי' במה שאינו יוצא מתוך לשון התנאי ובלבד שלא יקשה עליו יותר ממה שהתנה והביא ראיה מההיא דפ' האומנין אנא לעכוב התניתי ע"כ ולכאורה יקש' עליו מכל הני מילי שהבאתי דלא אמרינן מראה מקום הוא לו אלא קפידא הוי אע"פ שלא

יקשה עליו זה יותר ואין נחת לזה מזה אלא דדוקא היכא שהתנה על מה שלפניו ונשתנה הדבר איכא למימר שלא היה שם קפידא אלא שלא דברו אלא בהווה שלפניה' כגון ההי' דפ' האומנין דאגיר אגירי לעבידתה ושלים עבידתה וכן בההיא עובדא דמהרי"ק שנתחיי' לפרוע בעיר פ' אשר דר בה שמעון ושוב אירעו אונס לשמעון ונעתק לעיר אחרת שהיא קרובה ללוה כמו אותה העיר אז נאמר שאין הולכים אחר הלשון דלא נאמר עיר פ' אלא לפי שאז היה דר בה וה"ה לעיר אחרת כיוצא בה אבל היכא שמתנין בתחלה בדברים שאירעו אח"כ ופירשו שנתחייב בכך וכך אין לנו אלא במה שנתחייב בהדיא דמאחר שהיה יכול להזכיר זה כמו זה קפידא הוי ומה גם דבנ"ד יש מקום לקפידא ואורחייהו דאינשי למקפד שלא לצאת ערב בעד אדם שאין לו נכסים אחרים אלא אם כן אות' הנכסי' שהוא קונה הם מובטחים בידו אבל לא שיהיה בתוקעי כף בעורבי' משאו' שיתחייב מבלי שיבאו נכסים לידו כאשר יבאו ימי השילום ואין לו בתר ערבא אזיל כ"ש בזה שאינו מוחזק בנכסים אלא שהוא מתחייב גם בעד אחרים שאם יהיה הפסד בפישקיראש ולא יהיה לאחרים במה לפרוע יתחייב הוא להשלים ומה גם בדברים של מלכות שאחריתם הלא כנחש ישך שומר נפשו ירחק מהם וחוטא ילכד בם ומסתברא דאפי' היתה סחורה ונתחייב בה קודם שיטלנה ויכניסנה לרשותו ושוב אירע בה אונס אצל לוקח מחמת כן או שתפסה בשביל מלוה ישנה שלו לא חל חייובו של זה שלא נתחיי' אלא בסחורות שיטול ויקנה ותבא לרשותו דאז לבו בטוח אבל ביד אחרים אין לבו בטוח ואם אירעו אונס מצי אמר את מהימנת לי אידך לא מהימן לי אפי' בשבועה ואעפ"י שכתוב בכל חובות שיתחייב שיטול ויקנה והקדי' להזכיר החיוב קודם הלקיחה לא איריא דכשיתחייב במה שיטול קאמר כדאמרינן בהכותב דבין דא"ל שקול שטרא והב זוזי בין דא"ל הב זוזי ושקול שטר כיון דאידכר ליה שטרא הי"ל לאסוקי אדעתיה ואין לומר דמיתורא דלישנא שכתוב בשטר שבכל חוב או חובות שיתחייב אביו שיטול ויקנה סחורות ולא אמר לו כל סחורה שיטול ויקנה בא לרבות כל מיני חובות הא ליתת דהוי כתני והדר מפרש מדקאמר שיטול בשין ולא אמר ויטול בוי"ו כמא שאמר החכם השלם מורה צדק נר"ו אעפ"י שאפשר לתרצו כמו בוא"וו כדאמרי' בריש י"ט דתנן שאפר כירה מוכן הוא מיהו התם איכא למפרשיה באנפי נפשיה אבל הכא מאי אתא לאוסופי אקמייתא כבר הכל בכלל כל חובות וכי תימא אם כן לא לכתוב כל חובות אלא שיטול סחורות כיון דסחורות דוקא אדרבא בכך המיעוט מפורש דהוי כמו כלל ואחר כך פרט לומר אין בכלל אלא מה שבפרט וכבר הקשו הראשונים כללא קמא למה לי ופירשו משום רבינו שמואל דלא ליתי לרבויי בהקש או לבנין אב להכי מעטה בכלל ופרט והכא

נמי אי לאו דמיעטיה בהדיא ה"א ה"ה כל מילי וסחורה דנקט דבר בהווה ובכהאי גוונא אשכחן דמפרש בריש סנהדרין דתנן דיני ממונות בשלשה גזלות וחבלות בשלשה ופריך גזלות לאו דיני ממונות ומשני פרושי קא מפרש מה הן דיני ממונות כגון גזלות וחבלות ומפרש דאי קתני גזלות וחבלות הוה אמינא הוא הדין שארא אלא משום דכתיבי בקרא נקט וכו' ועוד הוצרך הדבר לאמרו שאילו נאמר כל סחורה שיקנה הייתי אומר לא נתחייב אלא בעל פה שאין כל קניני סחורו' נכתבין בספר ובמלוה על פה דוקא נתחייב שנאמן הלוה לומר פרעתי וכשהוא בא להפרע מן הערב אמר ליה אייתי ראיה שלא נפרעת מן הלוה והיכא דליתיה ללוה קמן מפטר ואילו בחוב שבשטר לא מצי למטען הכי לכך כתוב כל חוב שיתחייב אביו שיטול ויקנה הבן אפי' חוב בשטר שיתחייב מחמת מה שקנה דאלו חוב ע"פ משעת קנייתו בעדים הוא מתחייב והוצרך לומר חוב או חובות לומר בין בפעם אחת בין בכמה פעמים דלא נימא ל' אלף בבת אחת קאמר דלא ניחא ליה דליפשו שטרי עילויה כדאמר בגט פשוט האי מאן דנקיט שטרא בר מאה בידיה ואמר שויניהו תרי שטרי בני חמשין לא משוינן ליה דניחא ליה ללוה דנפגום שטריה ובפרק אלמנה ניזונית גבי זיל זבין לי כורא וזבן ליה ליתכא אמרינן מעביר על דבריו הוי דלא ניחא ליה דליפשו שטריה עליה ועוד איפליגו התם לאחד אי אפילו לשנים לגרסת רש"י שאמר לאחד בסתם ולא אמר לשנים מפרש ר"ת דהתם ליכא טעמא דלא ניחא ליה דלפשו שטרי עליה אלא בטורח אפושי בעלי דינין פליגי ומיהו בבעלי דינין קונין אפשר דליכא קפידא אבל בעלי דינין בעלי חובין ודאי קפדי אינשי טובא ור"ח גריס התם לאחר קפידא סתמא מאי ומסיק דאפילו בסתמא איכא קפידא לכך הוזכר לפרש כאן כל חוב או חובות דנפישי להו שטרי ונפישי להו בעלי דינין דמתחייב מכל מקו' אינו מתחייב אלא בקנין סחורות שיד אביו שולטת בהם ובעדם נתערב.

ושמא תאמר מאחר שהעדים עצמם שחתומים בשטר האחד הם עצמם שחתמו בב' אלמא יודעים הם שהחיוב היה כולל אף במה שאינן סחורות ורשאין הן לפרש דבריהם הראשונים ולומר שמה שכתוב בשטר שיקנה ויטול סחורות לאו דוקא אלא ה"ה אלו הפישקירא' ורשאין הם לפרש דבריהם בכך כל שאינם סותרים דבריהם הראשונים לגמרי אלא מפרשים אפילו בפי' רחוק כמו שכתב הר"ן ז"ל והובא בח"מ סימן פ"ט ואף כאן אפילו שיאמר שמשמעות הלשון אינו אלא בסחורות דוקא כמו שביארנו מ"מ יש במשמעות נמי דכל חובות קאמר ונתרץ דבריהם אף במשמעות רחו' כמ"ש הר"ן ז"ל איברא שאם היו כותבים סתם שנתחייב הה"ר שלמה בכיוצא בחיוב זה היינו או' לפרש דבריהם באו אבל מאחר שתלו הדבר בכמו שכתוב בשטר הראשון לא ירדו עכשיו להעיד

על עיקר החיוב אלא תלו הדבר בשטר ובמה שיובן ממשמעותו וכשם שבעלי השט' הבינו שהיה החיוב כולל מתוך לשון השטר כך הם עלה במחשבתם ולא נחיתו עכשיו לדקדק בגוף העדות וגם לא עלייהו רמי' השתא למידק בזה אלא כותבים העדות עפ"י מה שנתחייבו עכשיו זה לזה ועל ענין ערבו' הערב כפי מה שיובן ממשמעות השטר יתחייב וכיון דבתורת עדים אתו דייקינן בתרייהו דילמא טען כדאמרינן בעלמא בי דינא בתר בי דינא לא דייקי בתר עדי' דייקי ויש לנו לומר שלא דקדקו עכשיו ולא רמו אנפשייהו למדכר כדי לקיים דבריהם שלא יהיו סותרים זה את זה כדאמ' גבי עדים המכחישים זה את זה דחד מינייהו טעי שאינו יודע בעיבורה של חדש כ"ש הכא דלא רמי עלי' דידהו למירמי אנפשייהו השתא למדכר וזקפו החיוב על השטר הא' כל שכן שהעדי' עצמם שלא שמעו כן בפי' מפיו אלא שכך הבינו בלשון השטר וחשבו שהכל בכלל.

ובמאי דכתב מר דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה אף במקום שכתב ודלא כטופסי דשטרי שלא כדברי הגאון ז"ל ממ"ש שהרב מהריב"ל ז"ל הביא פירוש אחר בזה הלשון אם כן ספקא הוי כבר היה לי משא ומתן עם הרב מהר"א מונסון ז"ל שסייע את בעל השטר בלשון ודלא כטופסי דשטרי וכו' כמ"ש הגאון ואני הבאתי ראיה שהרי הרמב"ן ז"ל שהביא דברי הגאון הוא עצמו השיב בתשובה לרב בעל ס' התרומו' ז"ל וטופסי דשטרי הוא שטר העשוי להעתיק ממנו שטרות ולא נכתב לגבות בו ואין בו ממש והודיענו שזה נכתב להשתעבד וכן ראיתי לרשב"ם שפירש כן באותה הלכה וכך הם דברי הטור בסי' קי"ג גם ראיתי לרב רשב"ן ז"ל בפירוש הכתובה פירשו כפשוטו שלא תאמר כל אלו לא נכתבו מדעתם בפירוש אלא הסופר היה מעתיק משטרות שלפניו ועל דברי הגאון דקדקתי באותה תשובה והעמדתי דברי הגאון ז"ל על בוריין כפי מה שנראה לע"ד דלעולם יד המוציא על התחתונה. ויש מחבירנו שדקדק לומר דכל שעבוד כה"ג בעי קנין אע"ג דהוי קודם מתן מעות משום שלא נתחייב לכל מי שיתן עפ"י ערבותו אלא העדי' יודעים שכל מה שנתחייב האב הרי הבן ערב עליו אעפ"י שלא ידע המלוה כלום בשעה שהלוהו ואין כאן מקום לומר בההיא הנאה דהימניה לדידיה והשתא דאתית להכי אף בקנין לא משתעבד דאסמכתא היא דלאחר מתן מעות נמי כתב בסמ"ע בסי' קכ"ט דגם בזה יש קצת הימנותא והנאה ומשעבד נפשיה עפ"י הקנין בלא ב"ד חשוב התם איכא קצת המנות כגון בחנותא או שהרויח לו זמן בעדו אבל שלא בפניו ולא ידע המלוה כלל אין בו צד הונאה ואיכא אסמכתא אבל נ"ל שזה החיוב שנתחייב הבן לא לאביו נתחייב אלא למי שילוהו שאם החיוב היה לאביו לא היה כותב לשון ערבות אלא לשון חיוב שמתחייב להוציאו ולפוטרו ביד בעלי חובותיו ואז אם מחל לו אביו מחול

ולא היה ב"ח יכול לגבות ממנו וממילא שלא היה המלוה מלוה לו על סמך זה אלא ממה שכתב לשון ערבות מעתה מתחייב למלוה ולכך כותב לו בשטר כדי להראותו בשוק שהלוהו על אמונת בנו ובההיא הנאה שיודע שעל אמונתו ילוו לאביו גמר ומשתעבד בקנין. ובענין שתי התשובות להרשב"א שנראות כסותרות זו לזו אי אמרינן לישנא יתירא לטפויי אתא זה שנים שראיתי לאחד מגדולי הדור ששם חילוק אחר ביניהם וקשיא לי בגויה ושם כתבתי מה שנלע"ד בדבר ואין לי פנאי עכשיו לבקש עליו ולהעתיקו.

אבל חדתא היא לי מאי דקשיא ליה למר אעיקרא דמלתא דקי"ל כר' עקיבא דדרשי' לישנא יתירא לטפויי ופסק הרמב"ם ז"ל כן בפרק כ"א מהלכות מכירה לענין בור ודות וכי אמר חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך שהרי בהלכות נזיר בפרק ג' כתב בהפך האומר הריני נזיר שלשים יום ויום אחד הרי זה נזיר נזירות אחת של שלשים ואחד יום ובגמר' אמרי' איפכא אמר רב לא שנו אלא דאמר שלשים ואחד יום אבל אמר שלשים יום ויום אחד נזיר שתים סבר לה כר' עקיבא דדריש לישנא יתירא ואם כן איך פסק הרב כאן דלא כר' עקיבא ואני תמיה דלא קשיא ליה אלא מתוך מה שפסק הרב כר' עקיבא אטו בהא מי לא פליגי רבנן עליה ע"כ לא פליגי אלא דאין צריך לדרוש דטופיינא דמוכר בעין רעה הוא מוכר בלא יתור לשון לא מכר לו דרך אבל היכא שהיתור צריך מודו רבנן דדרשינן ליה ומיהו בר"פ האומר משקלי אמר רב יאודה האומ' קומתי עלי נותן שרביט הנכפף מתיבי קומתי עלי מלא קומתי עלי נותן שרביט שאינו נכפף ומשני רב יאודה דאמר כר' עקיבא דמלא דקאמר לטפויי מלתא קא אתי והוקשו שם בתוס' הך ברייתא מאן תניא דע"כ לא פליגי אלא דבעי' רעה מוכר ואין צריך לרבנן יתור לשון והניחוה בקושיא. והנה ראיתי שמוהר"ר אברהם דביטון ז"ל בלחם משנה הוקשה בסגנון שהוקשה לכ"ת וכדי לתרץ הדבר אמר שט"ס יש שם דלא קאמר אלא ל"א יום וע"ז אמר הרמב"ם הרי נזיר נזירות א' של ל"א יום וקשה לי טובא למה השמי' דינו של רב שהוא דין מחודש דכי אמר ל' יום ויום א' מתוך לישנא יתירא דרשי' שיהא נזיר שתים והביא דין האומר ל"א יום דנזירות אחת ל"א יום וא"ו דכתיבי באופתא קאמר דמהיכי תיתי שיהא נזירות. ואם נשבש לומר דחייב שתים כדברי מר צריך לשבש כל הנסחא ה"ז נזיר נזירות של ל"א יום ונראה בהדיא דהרמב"ם לאפוקי ממלתא דרב קא אתי משום דדייק מדאמרי' בגמ' רב סבר לה כר' עקיבא דדריש לישנא יתירא ואם איתא כיון דאנן נמי קי"ל כר' עקיבא אמאי קאמר דרב סבר לה כר' עקיבא וכ"ש דהא דר"ע ליכא מאן דפליג עליה דרבנן נמי מודו דאי מדינא הוה צריך ליקח לו דרך כי א"ל חוץ מאלו דרשי' לישנא יתירא כדכתב רשב"ם ז"ל שם ומדאמרי' רב ס"ל הכי כדדייקי' בפרק קמא דחולין מדקאמר

ור"מ היכי אכיל בשרא משמע דאנן לא קיימא לן הכי והכי אמרו בפרק קמא דקדושין דפסקו רבוותא דחופה אינה קונה וכתב הר"ן דדייקי מדקאמר בגמרא ולרב הונא דאמר חופה קונה מכלל דאנן לא סבירא לן הכי והכא אע"ג דהא דר"ע מילתא פסיקתא היא וליכא דפליג עליה בהדיא מ"מ הא שייכא בפלוגתא דר' שמעון ות"ק דבפרק האיש מקדש אמתני' דהתקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו אם יש בא' מהם שוה פרוטה מקודשת אמרינן בגמרא מאן תנא התקדשי תרי זימני ר"ש היא דאמר עד שיאמר פרוטה באחרונה דסבירא ליה דאף על גב דהיה יכול לכוללן כא' ולומר שבועה שאין לכם בידי וחלקן ואמר שאין לך בידי ולא לך ולא לך אינו חייב אלא אחת עד שיאמר שבועה לכל א' ואחד ובפרק פותחין נמי אמרינן קונם שאיני נהנה לזה ולזה קרבן צריך פתח לכל א' ואחד אלמא חלוקה דזה וזה לאו חלוקה היא אלא חלוקה דהתקדשי ושבועה וקרבן לכל א' וא' הכא נמי נהי דאמר יום יום מ"מ כל שלא אמר ונזיר יום א' לאו נזירות בפני עצמו הוא אלא לת"ק דאמר לזה ולזה הויא חלוקה דאשכחן דמשתעי קרא הכי דכתיב ושלשים יום ושלשת ימים וששים יום וששת ימים אע"ג דהכא סמוך יום יום אהדדי היינו משום דאורחיה דקר' ליחיד מקדים היום ולרבים מאחר כדכתיב לא יום א' ולא עשרה ימים ולא עשרים יום וכן בספירה אנו מונים ויום אחד וב' ימים ופשיטא שאם היה אומר הריני נזיר ארבעים יום ויום א' לא היינו אומרים שהם ב' נזיריות אלא נזירות מ"א יום דאורחיה הוא לו' בעשרות יום ובאחדים יום אלא משום דסתם נזירות שלם שלשים יום אם היה דעתו לידור נזירות אחת הול"ל ל"א יום או אחד ושלשים יום או שלשים ואחד כדאשכחן עד העשרים ואחד בחדש ובפ' הוציאו אמרו דאתרוותא נינהו איכא דוכתא דאמרי המרובה תחילה ואמרי המועט תחילה ולא הו"ל למפסק ביום כדי שלא נטעה שלא יהיו השלשים נזירות בפני עצמו ויום א' נזירות בפני עצמו ורב סבר לה להא מילתא והיינו כר' עקיבא דדריש לישנא יתירא לומר דשלשים יום דנקט סתם נזירות הוא ויום אחד נזירות בפני עצמה וכיון דאמרינן דרב הוא דס"ל הכי כר' עקיבא משמע דאנן לא ס"ל הכי דאף ר' עקיבא לא אמרה בכי האי גוונא דלישנא יתירא מהני לשוויה תרי נזיריות כל שלא חלקן בנזירות ואמר הריני נזיר ויום א' דומיא דקדושין ושבועה וקרבן ולכך לא פסק הרמב"ם ז"ל כהך מימרא דרב. ואין זה דוחק לפרש ס"ל כר' עקיבא כלומר ואנן אף על גב דסבירא ליה כר' עקיבא בעלמא הכא לא סבירא ליה הכי דכי האי גוונא אמרינן בפרק ב' דכתובות גבי ג' שישבו לקיים את השטר ומת א' מהם דאמרינן דיילמא רבנן בי רב אשי כשמואל סבירא ליה כלו' ולא קי"ל הכי אף על גב דאנן קיימא לן כשמואל דשנים שדנו דיניהם דין כמו שכתב התוספות שם וה"פ דילמא רבנן

דבי רב אשי כשמואל בעלמא ס"ל בקיום ובזה אין הלכה כמותן דקיום בעינן שלשה והכא נמי כיוצא בו הוא. ובגמ' נמי אשכחן כה"ג בפ"ק דסנהדרין ור' יאשיה לית ליה בית דין נוטה סבר לה כר' יאודה דאמר שבעים אימור דשמעת ליה לר' יאודה בסנהדרי גדולה דכתיבי קראי בשאר בי דינא מי שמעת ליה וכ"ת ה"נ והתניא וכו' ומשני דר' יאשיה עדיפא מדרבי יאודה דאלו רבי יאודה בסנהדרי גדולה דוקא וכו' אלמא אע"ג דאמר סבר לה כר' יאודה מכל מקום אף במקום שלא אמרה ר' יאודה קאמר הכא נמי ס"ל כר' עקיבא אף במקו' שלא אמר' ר"ע כך נ"ל.

והא דקשיא ליה למר בזה דקיימא לן אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם מתחייב בדשלב"ל מדאמרי' בפרק עשרה יוחסין יכיר יכירנה לאחרים שנאמן אדם לומר זה בני בכורי ופריך פשיטא מגו דאי בעי מיהבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה ומשני בנפלו לו לאחר מכאן ופריך ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שב"ל יכיר למה לי וכו' ואם איתא אפילו לרבנן יכיר למה לי הא מצי יהיב ליה בתורת חיוב. ונ"ל דבשלמא אי שייך קנין בדבר שב"ל איכא מגו דהוה מצי למקנייה להההוא שליש נכסיו שעה א' קודם מיתתו ואם אבדו אח"כ או פחתו פחתו למקבל אבל אם בא להתחייב בתורת חיוב היינו שמתחייב בהם כשיבאו לעולם וכדי שיחול החיוב על גופו צ"ל דמשבאו לעול' משתעבד בהם מעתה שיהיו באחריותו עד שיתנם ואם אבדו פורע לו ממקום אחר ונמצא בנו השני מפסיד שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבואו לעולם ולא יהיו באחריותו א"כ לא חל חיוב על גופו כלל והו"ל כקנין דברים כמי שקנו מידו לחלוק כדאמרינן בריש בתרא. ואם באת לומר שיה' חיוב על תנאי שלא יתחייב באחריותו והו"ל תרתי דסתרן אהדדי והוי תנאי ומעשה בדבר א' כדאמרי' בפר' מי שאחזו ע"מ שתחזירי לי את הנייר אי לאו דמוקי לה כרב דאמר כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אבל אם אמר ע"מ שיהא הנייר שלי מעכשיו לאו כלום הוא. ואי קשיא מהך דאמרי' בפרק בתרא דע"ז אהא דתנן הרי עלי עולה שאקריבנה במקדש ואם הקריבה בבית חוניו יצא ופרכינן בגמרא יצא והא קטל קטלא אמר רב חנינ' נעשה כאומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה הרי כאן דמצינו שלא להתחייב ע"מ שלא אתחייב באחריותו אע"ג דאמר הרי עלי חיוב כמו ששנינו בפ"ק דקינים איזהו נדר הרי עלי עולה נדבה הרי זו עולה מה בין נדרים לנדבות שהנדרים מתו או נגנבו חייב באחריותם ונראה לתרץ דהתם ה"ק נעשה כאומר הרי עלי עולה אם לא אקריבנ' בבי' חוניו נמצא שאם הקריבה בבית חוניו אינו מתחייב באחריותם ואם אבדה או נאנס' יתחיי' להביא אחרת למקדש

אלא כדי שיחול שעבוד לגופו וישתעבדו נכסיו צריך שיתחייב בהם לאחר שבאו לעולם ואעפ"י שאבדו אח"כ והוא אינו רוצה שיפסיד הבן השני אם נאבדו אח"כ.
ותו קשה ליה למר מאותה דפרק מי שמת ההוא דאמר נכסי להי' דמעבר' הו"ל מזכה לעובר דלא קנה. איתיביה אם ילדה אשתי זכר יטול מנה א"ל איני יודע מי שנא' ולימ' ליה ר"מ היא דאמר אדם מקנה דבר שלב"ל אימור דשמעת ליה לר"מ לדבר שישנו בעולם לדבר שאינו בעול' מי קאמר ואם איתא למאי דס"ד שלא לחלק בין דבר שישנו לדבר שאינו אפילו כרבנן אתיא וכשנתחייב המנה בלשון חיוב. ואמר שהטור בסי' רנ"ג מעמידה בלשון חיוב כי היכי דלא תיקשי דאין מטבע נקנה בחליפין. וטפי הוה ליה למר לאקשויי דאשכחן בתורת חיוב דאמרי' בפי"ן אפיסקא דריב"ב אם אמר על מי שראוי לירושה דבריו קיימים א"ל רב פפא לאביי בין למ"ד יסבון תנן בין למ"ד ירתון תנן הא אין אדם מקנה דבר שלב"ל ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה וכו' ה"מ לדבר שישנו בעולם כו' אלא תנאי ב"ד שאני והא למ"ד יסבון קושיא מעיקרא ליתא דכתובה שעבוד וחיוב היא ולא הקנאה ושפיר מצי משתעבד אלא נראה דהכי פירושו דלרבא דבעי שיהיה הדבר הנקנה בעולם אף האדם הקונה בעי שיהיה בעולם ואי אמר' בתורת חיוב דנהי דמהני דהשתא הנקנה איתיה בעולם שהשעבוד חל על גוף החייב וגוף איתיה בעול'. אבל היכא דהקונה ליתיה מאי אהני החיוב במה דגוף המקנה איתיה בעולם הא ודאי ידע גמרא דלרבנן לא שייך לא חיוב ולא שעבוד כלל רק לר"מ הוא דס"ד דכי היכי דלא בעי ר"מ שיהיה הדבר בעולם גם לא יקפיד שיהיה הקונה בעולם. ומסיק דמודה ר"מ באדם שלא ב"ל דלא קני כלל. ובספ"ק דגיטין נמי גבי מ"ש דאמר אמימר נעשה כאומר בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ופריך רב אשי אלא מעתה הקנה לנולדים הכי נמי דלא קני דאפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"מ לדבר שישנו בעולם ואית ספרים דגרסי אלא מעתה הקנה לנולדים ה"נ דקנו. ופי' התוס' הקנה לנולדים בקנין בעלמא בלא מ"ש ה"נ דקנו דהא במ"ש קנו אפילו נולדו אח"כ ומאי פריך שאני שעבוד מקנין שאדם משתעבד לדבר שלא בא לעולם אלא ודאי הא ידע גמרא דשעבוד לא מהני כשהמקנה ליתיה בעולם. ונשוב לנדון דידן דכל שנתפרש בשטר השני שהחיוב הוא מכח אותו השטר הראשון אין מאותו השטר שום חיוב להחכ' ה"ר שלמה בפישקירא"ש וכיוצא בהם וכמו שכבר הור' זקן הרב מורה צדק נר"ו. הנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פב
לגאליפולי.

יועץ פלא וחכם חרשים. כרוב ממשח גזע ישישים. גבר עמיתי החכם השלם נר"ו. לא עברתי ממצותיך ולא שכחתי אשר דרשתני לעיין בדברי השאלה ובפסקים שנכתבו בה מאת החכמים השלמים המאורות הגדולים נר"י. ובאמת כי קשה עלי לכתוב בדבר זה אשר חכמים הגידו דעתם ויורו המורים. וראיתי כוונתך רצויה לישא וליתן בדברי תורה גמרתי להשלים חפציך. אבל יהיו לך לבדך. הטענה שכתבת בשם החכם השלם כמהר"ר אברהם נר"ו דכתב הרשב"א דהא דתנן לא לאב בנכסי הבן הוא הדין לבת בנכסי האם. תמיהא לי דמאי עדיפותא דבת בנכסי האם אפילו בן בנכסי האב לא אמרו אלא בסמוך על שלחנו אבל בן שחלק ונסתלק מעל שלחן האב יש לו חזקה. וגם מה שכתב המרדכי חתן אצל חמיו דאין לו חזקה היינו דוקא בסמוך על שלחנו. והטענה השנייה שכתב שאין זה מגו דאין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות אבל הכא כשטוען אמך שמתה אמרה לי שאשכון בבתים לעולם בלא כסף ובלא מחיר אינו מעיז אבל אם יטעון אתה מכרת לי הבתים מעיז ולא הוי מגו כמו שכתב הרב המגיד משנה בפרק שני מהלכות מלוה. איברא דמגו במקום העזה לא אמרינן כגון ההיא דאמרינן מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע וכו' האי בכוליה בעי דנכפריה אלא שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והובאה בכמה דוכתי בריש מציעא ובהנזקין ובפרק שבועת הדיינים וכתבו התוספות דהכי קאמר אמאי לא מהימן במגו דאי בעי כפר הכל ומשני דכיון דאין אדם מעיז פניו לא חשיב מגו. ובפירקא קמא דבתר' אהא דאמרינן חזקה אין אדם פורע חובו תוך זמנו כתבו התוספות דלא מהימן במגו דאי בעי אמר היום פרעתיך דלא חציף כולי האי ולאו מגו הוא אבל כשאינו חוצפא יתירתא אע"פ שהוא יודע בשקרו לא מיקרי העזה כדאמרינן בריש פרק ב' דכתובות ומודה ר' יהושע באומר שדה זו של אביך אביך היתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר אף על גב דכשיאמר לא היתה של אביך מעולם חבירו מכיר בשקרו שהוא יודע שהיתה של אביו שהרי הכריחו התוספות דמיירי אף כשהלה תובע ואומר שדה זו שלי היא מה טיבו אצלך מדקתני סיפ' ואם יש עדים שהיתה של אביו כו' אלמא רישא כשאין עדים אפילו תובעו בברי נאמן במגו אע"ג דכשאו' לקחתיה ממנו אינו מכיר בשקרו דעביד איניש דזבין בצנעא ואעפ"כ חשיב מגו וה"נ אשכחן גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא בפרק חזקת דאע"ג דנאמן בהו עד כדי דמיה' לומר כך וכך הזיקו לי במגו דלקוח' היא בידי אע"ג דבמה שהזיקו אין חבירו מכיר בשקרו ובטענת לקוחים מכיר חשיב שפיר מגו וכהנה רבות נמצאו בגמרא.

ובר מן דין אין דבריו מובנים דאי טענת אמו הויא טענה כגון שהיו הבתים של אמו והיא נתנה לו רשות לדור בחנם אמאי לא מהימן במגו דהיא עצמה מכרתם לי ואע"פ שבא בשאל' כדברי המערער שהמחזיק טוען שהוא נאמן במגו שהיה יכול לטעון לקחתי הבתים ממך אנן טענינן ליה למחזיק שיהא נאמן במגו דאיהי זבנה ניהלי ועוד לענין השכירות מידי צריך מגו דלקוחי' הם בידי דבלאו הכי נאמן במגו דמצי למימר פרעתי לאמך. גם הטענות שכתב החכם השלם כמה"ר משה הלוי נר"ו אין בהם מה שיועילו לבעלי הבתים כי מ"ש דמה שאמרה לו אמו לדור בבתים בלא כסף מילי בעלמא בלתי קנין ואין בדברים ההמה ממש הא ליתא דהאומר דור בחצרי חנם ודר אין יכול לחזור ולתבוע השכירות נהי דאם היה בא לחזור בו היה חוזר ואומר איני רוצה שתדור בו מעתה אם לא הקנה בא' מן הקנינים לכל זמן שירצה כדין שאלה שמשתמש בה כל ימי שאלתה ומה שהיה דר בבית ונועל ופותח ובונה וסותר לא מיקרי חזקה דלא אדעתא דקנין עבד דבלאו הכי היה דר מתחילה בבית מיהו לענין מה שכבר דר על פיה וברשות פשיטא דלא מציא הדרה למתבעיה דאפי' נכנס בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אין צריך להעלות לו שכר כ"ש אם פירש לו שידור בחנם ומ"ש דאין לחתן חזקה בנכסי חמותו והביא מכתב מהר"ר איסרלן סימן פ"ו דרך החמות להשאיל לחתנה מקום בב"ה של אנשי' ולא שייך כאן לומר מדלא מחתה יש לו חזקה עד כאן לא דמי דאשה שיש לה מקום בב"ה של האנשים היא אינה משמשת ממנו דאשה בעזרה מניין ואינה מקפדת שישב בו חתנה כדאמרינן אחזיק מגודא דערודי ולבר לא הויא חזקה מימר אמר כל דזרע ערודי אכליה ליה וכיון דאין לו הנאה במקום לא מקפד וכן אכלה ערלה ושביעית וכלאים אינה חזקה אבל דבר שהיא יכולה ליהנות בו ולהשכירו יש חזקה לחתן בנכסי חמותו דהא אפילו בן בנכסי אביו היכא דאינו סמוך על שלחנו אין לו חזקה כ"ש חתן ומ"ש שטענותיו הוי תרתי דסתרן שאם מודה שהחמות אמרה לה לדור שם א"כ הודה דמעיקרא לא הי"ל חזקה כלל והביא פלוגתא דרבוותא בנכנס ברשות דשוב אין לו חזקה דבריו תמוהים ומי מודיענו שנכנס ברשות הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואיהו גופיה נאמן בכך במגו דאי בעי הוא אמר לקוחים הם בידי.

ברם נראים דברי מהר"ר יחיאל נר"ו שהצדיק את בעל הבתים בטענה דקלא דלא פסיק בעיר שהבתי' הם של אביו ז"ל והוא אינו אלא בדרך שאלה או שכירות דלא מהימן הדר בהם בטענ' מגו דלקוחי' הם בידי כעובדא דרבא בר שרשום בפר' חזקת דא"ל רבא לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפיק עליה קלא דארעא דיתמי היא ורבינו האיי ורשב"א פירשו השמועה בע"א ולפירושם לא ילפינן מינה מידי ובמקום אחר כתבתי

שטעמיהם מחולקים אבל לדברי שניהם הטעמים אמתיים אלא דמר אמר חדא ומר אמר חדא ומשמעות דורשים איכא בינייהו והטו' סי' קמ"ב כתב שהרמב"ם ז"ל מפרש כדברי רשב"ם ורב האיי ושם הוכחתי מדברי הרמב"ם ז"ל דלא ס"ל הך טעמא דרשב"ם ואין לי כאן מקום להאריך והרב מהרר"י ן' לב ז"ל בח"א כתב שהרא"ש כתב בשם רבינו האיי גאון ז"ל דרך אחרת בהאי עובדא דלפי פירושו לא ילפינן מינה האי כללא אבל מ"מ ילפינן ליה מההיא שהביאו התוספות בפ"ב דקדושין דמה אם ירצה לומר מזיד הייתי דלא טעין כך ברצון דלא משוי נפשיה רשיעא ומההיא דמפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע כו' עכ"ד ועוד נ"ל דדמי הא להא דאמרינן בפר' שבועות הדיינים כי אמר אל תפרעני אלא בפני עדים דכ' אמר פרעתיך ביני לבינך לא מהימן במגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים או מתו שאינו טוען ברצון דבר שיהיו הבריות אומרים הרוצה לשקר ירחיק עידיו כמ"ש התוס' והרא"ש שם אף בנ"ד לא מהימנינן ליה שיאמר שחייבים לו במגו שהיה יכול לומר לקוחים הם בידי מזה חמש ועשרים שנה שהקול מכחישו ואינו טוען כך ברצון.

ובר מן דין אפי' לא היה הקול ברור ומפורסם בעיר איכא למימר דכי מהני ליה מגו לענין לפטור את עצמו אבל להוציא ממון בטענה זו יש לי עליך כך וכך לא. וזה מתבאר מתוך דברי רבינו יונה שהביא הטור סי' ק"ן דדוקא כשאכל כבר הפירות כנגד התביעה שטוען אז נאמן לעכבם במגו דלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת אבל מיד שהודה שכלו ימי המשכונא הקרקע הוא בחזקת הבעלים ואין להאמינו בתביעה אחרת במגו דלקוחי' הם בידי וכבר דקדקתי מה שהיה לי לדקדק בדברי רבינו יונה ז"ל בתשו' אחרת ומסתייעא הך סברי במה שרגילים התוספות לומר בכמה דוכתי דמגו להוציא לא אמרינן ומסתייעא מההיא דכתב בהגהת מרדכי דבריש מציעא משם רבינו תם דאין אומרים מגו מממון לממון ואין לי לכתוב כאן כל מה שיש להאריך כאן מ"מ מדברי הרב רבינו יונה מוכיח בהדיא דאין להאמינו בתביע' אחרת במגו דלקוח הוא בידי ואין לנו מי שיחלוק על דינו בהדיא ואפילו אם היה שום חולק מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמ' ושלום. נאמן באהבתך הצעיר יוסף.

סימן פג

שאלה ילמדנו רבינו ראובן שבנה בחזקת חצירו קיירחנה אחת להתיך בה שינדראראש ועופרת וכל הדברים הצריכי' למלאכה ההיא ונשתתף עם ה' אנשי' והם כלם מתעסק' במלאכה הנ"ז בקיירחנה הנ"ז ומעלים שכירות הקיירחנה לראובן הנזכר מאמצע

השותפות והביאו אומנים עכו"ם היודעים בטיב מלאכת הנזכר להתיך השינדראנש והעופרת וראובן אינו דר בחצר זולתי העכו"ם הנזכר בתוך הקירחנה הנ"ז יומם ולילה ושמו בה בית מלונם כי יום ולילה לא ישבותו ממלאכתם ויהי היום בהמשך זמן השותפות ויקר מקרה בלתי טהור כי נתקוטט עכו' א' עם חבירו ומתוך המריבה קם עליו והכהו נפש והרגו בחצר שלפני הקירחנה וקודם שמת הביאו כאי"ף והודה המוכה בפיו איך העכו' חבירו הרגו שאין לו תביעה עם שום אדם אחר ועל זה הענין השתדל ראובן ע"י אחרים ליקח החוגי"ט הנז' מיד הדיין ועל זה נתפזרו מעות הרבה לתת לשובאשי ולאיואניש עתה יורנו רבינו מי יפרע אלה המעות האם ראובן בעל הקיירחנה לבדו או אם כל השותפי' יחד כיון שהעליל' בהא מחמת העכו"ם שהיו עוסקים בעסק השותפות ושכר האדון יגדל וכסאו יהיה נכון כירח יכון עד עולם.

תשובה ראובן זה שהוא אחד מהשותפים שטרח והשתדל והוציא להדיח את הרעה מעל בעלי הקיירחנ' ברשות קעביד לתועלת כלם ונשבע כמה הוציא ויטול כאותה שאמרו בפרק האש' שנפלו המוציא הוצאות על נכסי אשתו וכו' הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטו' והרמב"ם ז"ל כתב בפרק ג' מהלכות שכירות רועה שטען הצלתי ע"י רועים בשכר נשבע ונוטל מה שטען שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיו שיכול היה לומר נטרפה וישבע בנקיטת חפץ כדין כל הנשבעין ונוטלין. כתב הרב המגיד ז"ל זה כלל לכל המוציאין ברשות שהם נשבעין ונוטלין וכן כתב רבינו חננאל בכתובות פ' האשה גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו מהא שמעינן דכל היכא דאיהו ידע והאי לא ידע נשבע ההוא דידע ושקיל והוי כעושה ברשות ע"כ ויש לתמוה על זה שאם טעמו של הרמב"ם ז"ל מטעמו של רבינו חננאל ז"ל לזה הוצרך לכתוב שיכול היה לומר נטרפה דמשמע דמדין מגו הוא דמהימנינן ליה ומשמע דכל היכא דליכ' מגו לא מהימן כיון דאיכא עדי' וראה ומינ' לנ"ד דלא שייך שום מגו אבל קשה הא דמוציא הוצאות על נכסי אשתו דאמרי' ישבע כמה הוציא אע"ג דלא שייך מגו אם לא שנאמר דבעל שאני דשיי' בנכסי אשתו דאית לי' פירי וכדאמרי' בעל בנכסי אשתו לא בעי הרשאה דמגו דנחית לפירי נחית לארעא אבל רועה כשכיר בעלמא דמי וכשהוא תובע מבע"ה תן לי מנה שהצלתי הו"ל כאומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקי"ל כרב נחמן ורבי יוחנן דאמרי פטור כדאמרינן בספ"ק דכתובות ובהגוזל בתרא לכך כתב הרמב"ם ז"ל כאן הואיל שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיה ויכול היה לומר נטרפה אינו בא עכשיו להוציא דטעמא דפסקינן דברי ושמא לאו ברי עדיף היינו משום דאוקי ממונא בחזקת מריה כדמפרשי טעמא התם הכא כבר הוא תפיס בבהמה ויכול לטעון עד כדי

דמיה וטעם זה נכון הוא בדברי הרמב"ם ז"ל אבל יקשה הרב המ"מ שהביא אדינו של ר"ח שלמד משם הכלל כל דהאי ידע וכו' ומשמע דבלא טעם זה איתיה ויש שפירש שהוצרך הרמב"ם לטעם זה לענין אם בא לטעון יתר על כדי דמיה כגון שהציל וחזר והציל דמצי לאפוקי מבעלים דמה אם ירצה לומר הוצאתי כך וכך ושוב נאנסה אח"כ וזה אינו דאי תיסק אדעתין דביותר מכדי דמיה לא מצי למטען אפילו טוען שהצילה ב' פעמים דבא להוציא יתר על דמיה גם בנאנסה אינו יכול לטעון הוצאתי עליה כך וכך קודם שמתה להוצי' מהבעלי' ואת"ל דמצי למטען מההיא כללא דכייל המ"מ לכל המוציאין ברשות לישבע ולהפטר בלא שום מגו יהא נאמן לומר הצלתיה פעמים והרי הוא יותר על כדי דמיה דלא אמרו עד כדי דמיה אלא משום דעד כדי שוויה נ"מ לטרחי' א"נ לבשרא דחזותה טפי מאי נ"מ אבל זה לפי שהצילה פעם אחת יניחנה באחרונה שתאנ' ועוד אם תמצא לומ' דביותר על כדי דמיה לא האמינוהו כלל משום דאית ליה מגו לא שנא דמגו להוציא לא אמרינן ואפשר לפרש לפי דברי הרב המ"מ דטעמא דמהימן לאפוקי מההוא דלא ידע משום שעש' ברשות הוא וכמאן דאמר ליה דמי דתנן חנוני על פנקסו כיצד א"ל תן לבני סאתים חטים וכו' הוא אומר נתתי והם אומרים לא נטלנו הוא נשב' ונוטל ובעל בנכסי אשתו נמי כיון דאית ליה זכותא בגווייהו כמאן דעביד ברשות דמי אבל רועה דשומר בעלמא הוא מאן לימא לן דכברשות הוא לכך כתב דעד כדי דמיו הימניה מעיקרא כשבא לרשותו והיה יכול לומר נאנסה וכיון שכן דכברשות קא עביד כדאמרי' גבי שליש דנאמן משום דהמניה ומ"ש הרמב"ם דיכול לומר נטרפה לא מיירי דיכול לומר השתא אלא מכי מטא לידיה והא המניה וכדידי' דמי וכשהו' מוציא הוצאו' בהצלת' ברשות קעביד ובין כך ובין כך בנ"ד ודאי ברשות קעביד דשותף עדיפ' מבעל בנכסי אשתו שהרי יש לו חלק בגוף וכי היכי דבעל לא בעי הרשאה ה"נ שותפו כדאמרי' בפרק מי שהיה נשוי תרי אחי ותרי שותפי לא מצי אידך למימ' לאו בעל דברים דידי את אלא שליחותיה קעבד ולא היה צריך זה להודיע להם דאדרבא הם היה עליהם לבא ולפקח כדאמרי' התם היכ' דאיתי' לשותפא במתא לא מצי למימר אי הואי התם הוה טענינן טפי דאיבעי ליה למית' ואעפ"י שכתוב בהגהות אשרי כתב ראב"י דה"מ בתובעים אבל אם השותפי' נתבעים לא אמרי איבעי ליה למיתי הכא לאו כנתבעים דמו שאם היו ממתינים עד שיהיו נתבעים הוה להו פסידא רבתי אלא שלפני התגלע הריב צריך לנטשו ושוחד בחיק חימה עזה וכל מי שקדם להציל הרי זה זריז ונשכר.

ואין לומ' מאחר דראובן זה בעל החצר לעצמו היה דורש שלא יתבעו ממנו שברשותו נעשה ההיזק שמאחר שהוא לא היה דר שם והקיירחנה השכיר' למלאכתה כבר הוא

יצא מידי חובת שמירה ונכנסו השוכרים בחיוב שמירה דבבור של שני שותפין אמרי' בפ' הפר' עבר עליו הא' ולא כיסה השני ולא כסהו השני חייב פי' בשהניחו משתמש א"נ משמסר לו דליו הכא נמי משמסר לשוכרים נפטר משמירתו ואעפ"י שגם הוא היה שותף עמהם במלאכה נעשה הא' מהם נחלק שמירה על כולם כאחת. וכי תימא אכתי אפילו השכירה לאחרים עדין נשאר לב"ה שם תפיסת יד לשיטת הרמב"ם ז"ל בההיא דפ' השואל דתנן הזבל של בעל הבית ומוקי לה בגמ' בתורי דאתי מעלמא וכר"י בר חנינא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ופרש"י בחצר דמשכיר שלא השכירו לשוכר. והרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' שכירות שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אעפ"י שהיא שכורה ביד אחרים. וכתב הרב המגיד שאינו מחוור דבגמ' העמידו' בחצר המשכיר וכו' ודבר תימה הו' דמאחר דקי"ל שכירו' ממכר ליומא אמאי קני איהו על ידה ולא השוכר ולטעמיה אזיל שכתב בפ"ג דה"מ לפיכך אם היה ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכ' מושכר למוכר לא תקנו לו חכמי' משיכ' וכדכתב המ"מ דס"ל דחצירו קונה לו אעפ"י שהיא מושכרת ביד אחרים וקשיא לי לדבריו ז"ל היכי אמרינן התם זאת אומ' המשכיר את החצר לא השכיר הרפת שבה כלומר דמשום הכי הזבל של ב"ה דאי השכיר הרפת לא היה זוכה וראיתי בספר לחם משנה שהקשה קושיות על הרמב"ם ז"ל וכלהו מדחו בגיתא דחיטתא. ולסוף הקשה קושיא זו. ותירץ דלהרמב"ם י"ל דלרב אסי איירי בתורי דשוכר אבל רפת דלא השכירוה אע"ג דהוי פרי דשוכר הוי של ב"ה דאפקורי מפקר להו כיון שאינם ברשותו. והא ליתא דכי אמרי' סתם גללי' אפקורי מפק' להו דוקא בתורי דעלמ' שכשיוצאין מבתיהם אסוחי דעתייהו בעלי' לפי שהולכי' ברה"ר אבל תורי דידיה שלא יצאו אלא למקו' השמו' לא מפקר כלל ועוד מדקתני הקולט מן האויר הרי היא שלו ושברפת של ב"ה אלמא השוכר עומד שם ומחזר ללקוט בקליט' ע"י כלי ולמה לי הקליט' אפילו נפלו לקרקע הרפת לא נקנו לב"ה דהא התם קאי ולא אפקר להו אדרבא מהדר למקלטינהו אלא צ"ל דהכי מפרש לה הרב הא דרב אשי דקאמר זאת אומר' המשכיר חצירו סתם לא השכיר רפת שבה פי' מדקתני כי האי לישנ' ושברפת שבחצר ולא קתני שברפת מילתא אגב אורחיה קמ"ל דרפת לא מקני למשכיר אלא א"כ פירש הרפת שבחצר אני משכיר לך ובשהשכירה בפי' מיירי וה"ק ושברפת שבחצר שנתפרש בהדיא וקמה לה ברשותו של משכיר אפי' הכי ב"ה זוכה בזבל כיון דגוף הקרקע שלו. מ"מ סברא זו מילתא דתמיהא היא מאחר שהשכיר המקו' כבר נסתלק ממנו דשכירות מכירה ליומיה. איברא דמדחזינן באגב דלא קני אלא ע"י קרקע שנתנה קנין גמור. לא בשכירות כדמשמע בעובדא דעירוני בפ"ק דקידושין דא"ל אין לה תקנה עד שיקנה אגב

קרקע והלך וקנה סלע וכו' וכי לא היה לו מקום בשכירות או בשאילה. וא"ת אמאי מהני לקנות מה שבתוכו כדמוכח בר"ג והזקנים עישור שאני עתיד למוד נתון לר' יהושע ן' חנני' ומקומו מושכר לו משמע שקנה ר' יהושע המעשר שבבית ר"ג פי' שהיה שכור לו אע"ג דאסיק כי היכי דלא לטרחינהו מ"מ משמע דגם לענין שיקנה ע"ג היה אומ' וכן כתב הרמב"ם בפ"ו מה' מכירה או שישכור את מקום המעו' ואם איתא אכתי לא נפקא מרשותיה דר"ג כיון שהוא קונה מה שכתבו אעפ"י שמושכר לאחרים. וי"ל דלענין שיקנה השוכר כליו בתוכו מהני דשכירות לכך היא שיכניס כליו לתוכו אבל לא שיקנה כלים מאחרים. וצ"ע גם אם שייך הא בפלוגתא דקנין פירות כקנין הגוף ובכל זה צריך דקדוק וישוב ועכשיו אין פנאי מ"מ בכל ענין שמירת הבית אינה אלא ברשות שוכר לענין נזקין ונפטר ב"ה משמירתה משמסר לו מפתח אעפ"י שאין מסירת מפתח קונה מ"מ לענין שמירה מפתח גורמת וכדאמרינן בפ"ק דפסחים אם עד שלא מסר לו מפתח חל י"ד. וגבי עירוב נמי אמרינן בפ' כיצד משתתפין אם אין לו לב"ה שם תפיסת יד אינו חוזר עליו בין בשכירות בין בשאלה. ובנ"ד מסתברא שאין יד האומות תקיפה על עצמן בתביעת הדם אלא עם השוכרים וחובת הדר היא לא הבעלי' שהם במקום אחר שהרי אינם תובעים אלא מאותה שכונה ואין תופסים משכונה לשכונה ובשכירות המקום הזה כלם שותפים בו ואם עמד א' מהשותפים והשתדל להדיח הרעה מעליהם יד כלם שוה בו. הצעיר יוסף.

סימן פד

לקאבליא.

שאלה ראובן מכר לשמעון סחורה בהקפה עד זמן פ' ונתן לו משכונות והפקידו המשכונות ביד לוי וכשהגיע זמן הפרעון פרע שמעון מקצ' החוב ונתרצה ראוב' להמתין לו קצת זמן על השאר ולוי הנפקד פרע לראובן בעד שמעון מקצת מהמעות שנשאר חייב לו ועשו ראובן ולוי שטר א' על שמעון איך היה חייב לשניה' סך מעות עד זמן פ' והתנו ביניהם תנאי גמור וכך א"ל שמעון אם לא אפרע לכם לזמן הנ"ז מעתה ומעכשיו נתתי לכם כח ורשות שתקחו המעות ברבית מן התוגרמים ועלי לשלם לתוגרמים וכשהגיע זמן הפרעון לא פרע להם שמעון החוב הנ"ז והוצרך ראובן לקחת מעותיו בריבי' כמו שהותנ' ביניהם לקח ראובן חלק מהחוב בריבי' מן התוגרמים על חצי המשכונות ולוי לא לקח חלקו בריבית ונשארו חצי המשכונות בידו ועבר זמן רב ביניהם והלך שמעון למ"ה ונפטר שם ובא לוי ותבע מבנו של שמעון שיתן לו מעותיו ויקח משכונו והשיב בנו של שמעון המשכון שהניח אבי בידך לא הניחו בשביל חובך אלא בשביל חוב התוגר

ועל זה עמדו לדין לפני חכם הקהל והביא בנו של שמעון עד א' על זה ואמר החכם ללוי שמן הדין עד א' מחייבו שבועה ושישבע ויטול מעותיו ולוי טען כי הוא מימיו לא נשבע ואיך ישבע עתה. ועוד כי מה שייך כאן ע"א מחייבו שבועה כי הוא לא היה כופר במשכון והרי הוא מוחזק במשכון בעד חובו ויש לו שטר לקיים עליו ומה שבועה יש כאן ועכ"ז היה החכם אומר שהיה מחויב שבועה ואמר לו החכם תן המשכון והשטר בידי ואני אעשה הדין ונתן לו המשכון והשטר וגזר החכם על לוי שיטול קנין ונטל ועשה פשרה ביניהם שיפרע לו החצי עתה לוי תובע מהחכם ואומר שהקנין שנטל היה בטעות. ילמדנו רבינו אי מיקרי דיין זה טועה בדבר משנה וחייב לשלם או לא ושכר האדון יהיה כפול מן השמים אכי"ר.

תשובה דברים עמומים אני רואה כאן ואולי כי השואל לא באר כל הצורך וטעם החכם איני רואה לו מקום מאין הרגלי' לחייבו שבועה עפ"י העד שהעיד שהמשכון לא הניחו אביו אלא בעבור התוגר וכי מפני שהניחו בעבור התוגר לא יכל ראובן להפרע ממנו את שטרו מאחר שהתוגר אינו תובע או שכבר נתפרע. ועוד שבשטר כתוב שהמשכונות נתנם שמעון לבעלי חובו והתנה עמהם שאם לא יפרע לזמן הנ"ז שיקחו המעות ברבית עליהם ולא אתי עד בע"פ ומריע ליה לשטרא לומר שהמלוה לא הניחו בשביל חובו אלא בשביל חוב התוגר. ושמא שזה העד העיד ששעבד שמעון אלו המשכונות שביד ראובן לתוגר בעד מעות שלקח ממנו ונתרצה ראובן בכך ועתה התוגר תובע המעות מאביו של שמעון ובא בטענה מאחר שנכנסו בשעבודו של עכו"ם ברצון ראובן לא כל הימנו עכשיו לעכבם בחובו דאע"ג דאין זכיה לעכו"ם ואין ישראל זוכין לו מ"מ שעבודא איתליה אם הלוה מעות עליהם דהשתא בגופו של ישראל יש לו שעבוד בממונו לא כ"ש. וכאן הבן שואל שיתן לו שעבודו של עכו"ם לפרוע ולהפטר ממנו ואם אביו חייב לו יחזור אחר נכסי עזבונו ויגבה מהם ואם זאת היה טענתו של בן טענה היא ואם ראובן כופר צריך לישבע להכחיש את העד ואין השטר מכחיש את העד חדא שאין המשכונו' מסויימים שם ומצי למימר משכונות אחרים הם ועוד אעפ"י שהיה אותו המשכון הרי אח"כ נשתעבד לעכו"ם ברשות ראובן ונתרצה לסלק שעבודו מעליו ויחזור אחר נכסי שמעון לטרוף מהם ואם יש עליו כתובת אשה השתא דכתבי' מטלטלי אגב מקרקעי דקנאי ודאקני כל שקדם בהם שעבודו גובה מהם ובמטלטלים שקנה אחר שטרו של ראובן היינו לוה ולוה ואח"כ קנה דמשתעב' לשניהם ואם קדם א' מהם וגבה זכה ואם ישנם ביד אחרי' הא קי"ל דיחלוקו דשעבוד' דתרוייהו בהדי הדדי אתו היכא דהוי כתובת אשה וב"ח אמרינן דגם לב"ח יהבינן ליה משום שלא תנעול דלת בפני לווין לכתובה

לא יהבי' דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא כדאמרינן בהכותב. וה"מ עיקר כתובה ותוספת אבל נצ"ב שהכניסה לו דינם כחוב כשיטת הרי"ף ז"ל בס"פ מי שהיה נשוי ויחלוקו וא"כ זה הוא אם תובע המשכונות לפרוע את העכו"ם אבל אם אין כאן תביע' של עכו"ם אפילו לדברי העד יכול ראובן להפרע מנכסי שמעון שבידו.

ושמא מה שהעד מעיד שהמשכונות הניחו בעד חוב התוגר היינו שנתן התוגר המעות ונתפרע ראובן כמה שהתנו ופירשו בשטר ומעתה אם התוגר אינו תובע או שמת ונאבד זכרו חייב ראובן להחזיר המשכון לבעליו והוא אינו יכול לזכות בו דמההיא שעתא דמת עכו"ם פקע שעבודו מעל המשכון וכדאמרי' בפרק הפרה משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו מוציאין מידו מ"ט כיון דמת גר פקע שעבודיה מיניה וכתבו התוספות דאפילו משכנ' שלא בשעת הלואתו ואפילו למ"ד ב"ח קונה משכון דע"כ אין לו אלא שעבוד עליו וכתב שם הרא"ש מכאן פסק רבי' מאיר ז"ל עכו"ם שהלוה לישראל על המשכון ונפל המשכון מיד עכו"ם ומצאן ישראל אחר חייב להחזירו לבעליו לפי שגוף המשכון שלו ולא היה לעכו"ם עליו אלא שעבוד וכיון דנפל מיניה ומצאו ישראל פקע השעבוד ע"כ ואעפ"י שמהר"ם סיים בתשובתו וז"ל וכמ"ש שלא זכה שמעון באותו משכון כי היה שוה המשכון יותר מחובו שלא הוחלט המשכון ביד העכו"ם אבל אם הוחלט המשכון לעכו"ם שעלה הקרן והרבית יותר משוויו זכה בו העכו"ם וזכה בו שמעון מן העכו"ם דדינא דעכו"ם דבתר ערבא אזיל ונכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה וכ"ש במשכון שבידו ע"כ נ"ל דהכא אעפ"י שעלה הקרן והריבית יותר על שוויו לא הוחלט המשכון לעכו"ם כל זמן שהוא ביד ישראל דאכתי מחוסר גובייא ומצי ב"ח לסלוקי בזוזי ושעבודא בעלמא הוא דאית ליה עליה וכיון דמית פקע שעבודיה. וחייב להחזיר המשכון ליורשיו ואם כופר ישבע להכחיש את העד. וכי תימא הו"ל עד א' מעיד שהיא פרוע דנפרע בשבועה והיינו שבועה דרבנן כדאמרי' התם בפ' הכותב סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא וכו' הא ליתא דכיון שאין ראובן בא לגבות ולהוציא ממנו נמצא שהעד בא להוציא מראובן שאם היו ב' מעידי' כן היו מחייבים אותו להחזיר המשכון וכל ששנים מחייבי' ממון עד א' מחייבו שבועה דאורייתא והיינו כדאמרי' התם אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא.

ואם אין העד מעיד שנתפרע חובו רק שאותו המשכון נתן בידו על חובו של עכו"ם אלא שראובן רוצה לגבות חובו מאותו המשכון כמו שבא בשאלה אם כתוב נאמנות בשטר עליו ועל יורשיו גובה שלא בשבועה אבל אם אין נאמנות בשטר הואיל לדברי העד אין משכון זה ממושכן בעד חובו שאם היה ממושכן על חובו לא היה צריך שבועה דעדיפא

טובא מייחד לו ארעא בארבע מצרנהא דאמרי' בפ' נערה דגביא שלא בשבועה אבל לדברי העד פקדון הוא גביה על חובו של עכו"ם ואם בא לטרוף ממנו מתורת גבייה הו"ל בא ליפרע מנכסי יתומים שלא יפרע אלא בשבועה וקי"ל יתומים שאמרו בין גדולים ובין קטנים ובזה יש מקום לדיין שכפהו לעשות פשרה הואיל ולא רצה לישב' אע"ג דלדידי חזי לי דכל שמחויב שבועה דרבנן כגון זה שהוא תפוס ועומד כיון דלא מחתי' לנכסיה כדאמרי' בפ' כל הנשבעים אלא משמתי' ליה ושבקי' ליה. זה שנודע לכל שלא נשבע מעולם אפילו שבועה דב"ד לא משמתי' ולא מנגדי' ליה הואיל ואסור עליו לישבע דכמאן דקביל עליה דמי. ויש לי ראיה על זה ואין לי כאן להאריך. דמ"מ נ"ל שאם מפני כך עשה הדיין פשרה מה שעשה עשוי ופשרתו קיימת. אבל אם העד מעיד שנפרע ראובן אעפ"י שמעיד שהונח בעד התוגר שהיה נותן המעות לראובן נאמן ראובן לומר לא נתן לי המעות במגו דאי בעי אמר נתתי לו המשכון או נאנ' וכל זמן שהמשכון בידו עדיין נאמנותו במקומה עומדת. ואם בטענה זו עשה הדיין פשרה ביניהם בחשבו שהיה חייב שבועה להכחיש את העד קנין בטעו' כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מה' סנהדרי' שאעפ"י שקנו מידו על הפשרה אינו כלום שלא קבל עליו ליתן או למחול אלא כדי ליפטר משבועה שחייבוהו וכל קנין בטעות חוזר וכי תימא שאין דבריו של הרמב"ם ז"ל אמורים אלא כשעדיין לא פרע הממון אבל אם נתרצה ופרע לא מצי הדר ביה כדאמר באיזהו נשך גבי אסמכתא דהדרא ארעא והדרי פירי ואמר רב נחמן ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ופרכי' מדרב נחמן אדרב נחמן ומשני התם זביני הכא הלואה. פרש"י הכא הלואה ומחזי כרבי' קצוצה אבל גבי זביני דליכ' טעמא דרבית מחילה בטעות הויא מחילה. הרי פירשה ר"ת ז"ל דלעולם בכל מקום מחילה בטעות לא הויא מחילה והיינו טעמא גבי זביני לא הויא מחילה בטעות שאפילו היה המוכר יודע שיוכל לחזור לא היה חוזר דניחא ליה דליקום בהימנותיה וגמר ומקני. וגם הרא"ש ז"ל בהלכותיו העמידה בדרך אחר וקרובים דבריו לדברי ר"ת ז"ל ושוים דבעלמא מחילה בטעות לא הויא מחילה אעפ"י שכבר פרע.

ומה שבא בשאלה אי מיקרי טועה בדבר משנה וחייב הדיין לשלם אדרב' איפכא הויא לפי שטעה בדב' משנה הוא הדין חוזר. אלא דהיכא דנשא ונתן ביד וא"א להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממו' למ"ה הבי' הטור בסי' כ"א בשם הרמ"ה שאם הוא גמיר וסביר וקבלוהו עלייהו פטור וההדיוט אע"ג דקבלוהו עלייהו חייב ובב"י הביא משם הרשב"א שאפי' נשא ונתן ביד ואפי' א"א להחזיר פטור מלשלם ל"ש מומחה ל"ש אינו מומחה אלא אם טעה בדבר משנ' הדין חוזר ושלום. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פה

לברוסא אל החכם השלם כמהר"ר אברהם אלגאזי נר"ו.

שאלה ראובן חייב מעות לשמעון מכ"כ סחורות ששלח לשמעון לערך קצוב ביניהם ותנאי היה ביניהם שראובן ישלח דמי הסחורות ההם ליד שמעון לאחריות ראובן וזה קרוב לשלש שנים שראובן לקח הסחורות ולא פרע מאומה ולכן הוכרח שמעון לעשו' מורש' לאיש א' שיעמיד לדין עם ראובן הנז' בין בדין בין בפשרה לפי שכתב ראובן אגרת לשמעון שאם לא יקח ממנו בגדים לפרעון החוב לא יגבה ממנו מאומה. ולכן הוכרח לומר למורשה שיתפשר עמו כמו שיוכל ובעת שהגיע ההרשאה ביד המורש' בא ראובן למחוז שמעון ושמעון תובע מראובן שיפרע לו חובו וראובן דוחה אותו בדברים באמור שבנו נתפשר עם המורשה ושמעון משיב שכל עוד שאין בידו כתב מהמורשה מהפשרה שעשה עם בנו טענתו בטלה שמה שכתב לו בנו הוא שוא ודבר כזב וקנוניא יש ביניהם ומה גם שהמורשה אחר בא ראובן הנז' כתב לשמעון שלא נתפשר ולא יתפשר כי כבר בא החייב אצלו יראה מה לעשות עמו והדברי' מוכיחים שהמורשה לא נתפשר אחר שבא ראובן למקום ששמעון יכול לגבו' ממנו חובו ואת"ל שהאמת הוא שנתפש' עם בנו לא יועיל פשרת המורשה רק שיתפשר עם ראובן החייב שלא הרשהו שיתפשר עם אדם אחר אפי' שיהיה בנו יען ראוב' יודע כמה חייב ויכול הוא להיות שיפרע לו ממונו בשלמות אפי' בבגדים באופן שלא יפסיד שמעון חובו מה שאין כן בבנו שיפרע בפחות מן הראוי ושמעון לא הרשהו אלא שיתפש' עם ראובן ומה גם ששמעון הוא אנוס ומוכרח במעשיו לעשות הרשאה בראותו שכתב לו ראובן בפירוש שלא יוכל לגבות ממנו אם לא יתפשר לקחת ממנו בגדים והנ' כתב ראובן שהיא ביד שמעון מוכיח שעל צד האונ' הרשהו לכן יורינו מורינו אם יוכל שמעון לגבות חובו מראובן ושכרו כפול מן השמים אכי"ר.

תשובה מה שטוען ראובן שנתן כח לבנו להתפשר עם המורשה של שמעון ושכבר כתב לו בנו שנתפשר אין זו טענה הפוטרתו מידי תביעתו של שמעון שכל זמן שהוא מודה שהיה חייב אינו יוצא מחיובו עד שידע בברי שפרעו כמו ששנינו בהגוזל בתרא גזלתיך הלויתני הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך חייב. וכ"ת הכא מלוה לאו ברי בפרעון שהרי העמיד מורשה וחזקת שליח עושה שליחותו ואפשר שכבר נתפשר עם בנו של ראובן ואם תקרא טענת שמעון טענת ברי שהוא בא בטענ' בנו שכתב לו שכבר נתפשר עם המורשה. הא לית' דשמעון המלוה שבא בטענת המורשה מיקרי שפיר ברי לפי שהמורשה בעל דבר הוא שאם קבל מחויב לפרוע לשמעון תדע שאילו היה מכחישין זה

את זה בנו או' פרעתי ומורשה אומר לא נפרעתי זה נשבע ונוטל וזה נשבע ונוטל דומיא דההיא דפ' כל הנשבעין תן לבני סאתים חטים תן לפועלי בסלע מעות הוא אומר נתתי והם או' לא נטלנו הוא נשבע ונוטל והם נשבעי' ונוטלין והואיל ואם היתה הכחשה בין הבן ובין המורשה של שמעון היה מורשה נשבע ונוטל ולא היה מפסי' שמעו' חשבינן טענתא דשמעו' הבאה מחמת מורשה שלו טענת ברי וטענו' ראובן הבאה מכח בנו טענ' ס' הואיל ואין אותה טענה פוטרתו מידי חיובו בהכחשתו של המורשה וזה ברור.

ולענין מה שבא עוד בשאלה שטוען שמעון שאפי' את"ל שהמורשה שלו נתפשר עם הבן אחר שבא ראובן כאן לא יועיל פשרתו ששמעו' לא הרשהו אלא לעמוד ולדי' עם ראובן החייב ולא עם בנו ויש לו קפידא בדבר יען אביו יודע מה שחייב לו ויתפשר עמו על הדין ועל היושר. טענה זו יש לה פנים שהרי הסכימו כל האחרונים נוחי נפש שאין הנתבע יכול למנות אלנטר לפי שהוא יטעון שקרים ואינו בוש לומ' דבר שאינו ולכך התובע יכול לעכב ולומר איני רוצה לדון אלא עם בעל דיני שישיב על דברי הן ועל לאו וכשאין המלוה שם אלא המורשה גרע טפי שאלו היה המלו' עצמו שם היה מכיר בטענה שקרית והיה אומר ישבע לי בעל דיני על כך או יברר את שקרו. אבל עכשיו שגם זה התובע מורשה ולא ידע במילי דמלוה וכל הפחות אם היה הנתבע עצמו היה חושש שלא לטעון טענת שקר שמא יתבדה ויאחז. ועוד שמא הי"ל שום תרעומ' על שמעון שבשבילה היה סבור לעכב את מעותיו והיה יכול שמעון לברר בענין שאף ראובן יודה בה בכך מה שאין כן בעשו' פשר דבר סתום וחשוך ואפי' לדעת מקצת הראשונים שהיו סבורים שיכול הנתבע למנות אלנטר ואין התובע יכול למחות כי יאמר אם יטעון אלנטר דבר שאינו אתה יכול לבררו או להשביע אותו מ"מ לכ"ע קפידא רבה איכא במילת' ומסתמא לא הרשהו לזה אלא לדון ולערער עמו דוק' ולא ע"י שלוחו שהרי דברים שאצל בעל הבית עצמו לא מיקרי קפיד' אצל שליח מיקרו ובטל שליחותו כדאמרי' בפר' אלמנה נזונית ומנא תימרא דשאני בין שליח לב"ה דתנן האומ' לשלוחו צא ותרום וכו' פיחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה אבל טפי לא ואלו גבי ב"ה תניא תרם ועלה בידו אפילו א' מעשרים תרומתו תרומה וכן לענין הונאה פחות משתות הויא מחיל' ואלו טעה שליח אפי' בכל שהו הוי שינוי כדמוכח בפ' האיש מקדש.

וכי תימא מאחר שנתן שמעון רשות למורשה לעשות פשרה אין כאן הקפדה בטענות ולא קפיד אם יהיו דבריו עם ראובן עצמו או עם אחר בעדו איכא למימר דכי א"ל בין בדין בין בפשרה ה"ק אם יוכל לגבות ע"פ שורת הדין יגבה ואם לאו בפשרה ופשרה נמי צריך שתהיה בצדק לא בטענות של שקר ושל רמאות וכדאמרי' בפ' א' דיני ממונות צדק

צדק תרדוף א' לדין וא' לפשרה וכשבוררין מי שיפש' ביניה' צריך לעמוד על אמיתת הדברים ולא ישא שמע שוא ואחר יעשה פשרה.

וכי תימא לא מצי שמעון למטען למורש' כלל דהא כת' ליה הכא דלא מצי אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וליתא לטעמא דקפידא גם זה אינו דהא דכתב ליה הכי היינו היכא דטע' ועווה במה שהרשהו כגון שנתאנ' אבל היכא דשינה פקע תורת שליחות מיני' כדמוכח בשמעתי' בפ' אלמנה נזוני' בדא"ל זבין לי כורא וזבין לי' ליתכ' דסוגין דמעבי' על דבריו הוי וליתכא נמי לא קני וכיון דידעינן דאיכא קפידא בדבר דלא ניחא ליה דליפשו עליה ש"ח נתבטל השליחו' לגמרי לפיכך מההי' שעתא שיצא הלוה מהעיר לא מצי שליח למיק' בהדי בנו ולא עשאהו המלו' שליח לכך והא דכתב ליה דלא מצי למימ' לתקוני שדרתיך וכו' לא הוי אלא כשיש דין שליחות עליו אם לא טעה אבל זה אין תורת שליחות עליו מעיקרא. ודוגמא לדבר בהא דאמרינן בפ' המוכר את הבית האי דזבין ביתא לחבריה אע"ג דכת' ליה עומקא ורומה צריך למכת' ליה מארעית תהומא עד רום רקיע' כי היכי דנקני בור ודות ומחילו' ולא אהני מאי דכתי' ביה ולא שיירתי בזביניה אילין קדמאי כלום שרגילין לכותבו כדאמ' התם וכדכתב הרא"ש ז"ל שם בהל' דכיון דאין אלו בכלל המכר גם לא נכלל בכלל זביניה אילין לומר שלא שייר בהם. ומאי מהני האי לישנא היינו למה שבתוך המצרים דלא נימא מצרים הרחיב לו הכא נמי לא מהני האי לישנא אלא היכא שהיה עליו דין שליחות אם היה מתקן אבל היכא דשינ' דבטל שליחותו אפי' אם היה מתקן אין תורת שליח עליו. עוד יש טעם אחר בדב' ממה שבא בשאל' וז"ל והדברי' מוכיחי' שלא יתפשר שם המורשה עם בנו שכיון שראובן היה בא למחוז שמעו' ויכול שמעון לגבות חובו מראובן למה יתפשר עם בנו. ואיברא דסברא הוא שאין לו למרשה להטפיל עכשיו בדבר לפי שיש בו גריעות כח של מלוה מתרי טעמי חדא דהשתא דאתי גברא וקאי מצי מלוה למיקם בהדיה בדינא ודיינ' ואי לא צייתי לדינא מצי כייף ליה מה שאין כן בהיותו שלא היה יכול לכופו ולכך הרשהו שיתפשר עמו יען כי אין פניו הולכים בקרב ואפילו אם היה יכול המורשה לכופו שם לעמוד בדין מצי לאשתמוטי מיניה בטענות של שקר אי נמי איהו גופיה ידע למטען שפיר טפי מיניה דהא גבי תרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד דמסקי' בפ' מי שהיה נשוי דאי ליתיה אידך במתא מצי אמר אלו הואי התם אנא טענינא טפי אע"ג דתרי שותפי ותרי אחי מסתמא כמורשין אהדדי דמו כדאמרינן בהך פירקא דכי אזל חד מינייהו לדינא לא מצי בעל דין לומ' לאו בעל דברי' דידי את אלא שליחותי' קעבד. ואעפ"כ ליתיה במתא

יכול לומר אנא טענינא טפי מיניה כ"ש מורשה דלא שייך במילתיה דמצי אמר המרש' אילו הואי אנא בהדי' כשבא לכאן אנא טענינא טפי והייתי מחייבו בדין.
ועוד מאחר שראובן זה חייב לשמעון שהוא שרוי כאן במקו' שהלווהו חייב לשלם לו כדאמר בהגוזל ומאכיל מלוה ניתנה ליתבע בכל מקו' אבל אין הלוה יכול לפרוע בע"כ של מלוה כדי ליפטר מאחריות הדרך אלא במקו' שהלוה משלם לו כדתנן המלוה את חבירו ביישוב לא יחזיר לו במדב' ומפני שראובן זה היה רחוק ממנו ופשט לו את הרגל הוצרי' שמעון למנו' מורשה שיגבה מעותיו שם ונכנס באחריות הדרך עכשיו שבא ראובן אצל שמעון ויכול לגבות מעותיו שם בלי אחריו' הדרך למה יקח' זה שם ויכניס עצמו באונסא דאורח' הא ודאי מסתבר דלא מצי עביד הכי דשליחות מדין זכיה הוא והשת' חייב הוא לו ומה גם דאח' שבא החייב לעיר של מלוה אע"פ שנשאר שם בנו להתפשר עמו מ"מ לא מצי כייף לית מכח ההרשאה אם לא ירצה בנו נמצ' שיהא זקוק להתפשר ברצון החייב וע"ד כן לא עשאו מורשה שאין בהרשאה זו צד של זכות אלא כלו חובה ולאו אדעת' דהכי כתב ליה בין לתקן ובין לעות אלא כשיש בידו לתקן דהו"ל לחוב ע"מ לזכות דבכה"ג מפלגינן אהא דאמרי' כהנזקין אין האפוטרופוסים רשאין לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים ופרכינן לזכות אמאי ומשני לחוב ע"מ לזכות ובפרק האיש מקדש אמרי' שב"ד מעמיד להם אפוטרופוס לחוב ע"מ לזכות ושם הקשו התוספו' מההוא דהניזקין דהתם מיירי בתביעת חובות שיש לאחרי' עליהם שחובה מצויה והזכות רחוק דשמא לא יתבעום כשהם גדולים אבל כשהם תובעים בשביל היתומים כגון הכא בתביעת קרקעות דכי גדלי נמי צריכים לחלוק יורדים לחוב ע"מ לזכות אלמא כל מילתא דרחוק לשכר וקרוב להפסד אין לחוב ומסתמא כשהרש' לזה היינו כשהיה יכול לכופו שמתוך שיכול לזכות אם חב חב ולהכי כתב ליה בין לתקוני בין לעוותי ובה' חוב איכא תיקו' ליכא אי משום דלא מצי כייף ליה לדינא אי משום אונסא דאורחא אי משום דבעל דבר בעצמו קאי' עמיה בדינא וידע למטען טפי.
ועוד מאחר שכתב המורשה אחרי שבא שמעון פה שלא נתפש' ולא יתפש' ושעתה שבא אצלו יתפשר עמו פנים בפנים הוי מסולק משליחותו ותו לא מצי מהוי שליח כדאמרי' בר"פ התקבל הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אומר הילך כמו שאמרה אפי' הגיע' גט לידה אינה מגורשת דהא עקר שליח לשליחותיה דכיון שאמר שהאשה אמרה לו שתקב' גלי דעתיה דלא ניחא ליה בטרחא דהולכה וכמי שאומר אי אפשי להיו' שליח להולכה כי נמי אמליך ואמטייה ניהליה לאו גיטא הוא הכא נמי כיון שאמ' שלא יתפשר גלי דעתיה דלא ניחא ליה בטרחא ועקר לשליחותיה כ"ש היכא דאיכא

כמה קפידי דכתיבנא דודאי עקר נפשיה ועוד דהיכא דאפשר שיתפשר עם בעל דינו לא בעי משוי נפשיה אשר לא טוב עשה בתוך עמיו זה הבא בהרשאה ופירשו רבוותא דהיינו דאיכא הבעל דבר בעיר ומעיקרא לא נעשה מורשה אלא לפי שלא היה עם שממון בעיר אחד דבכה"ג מצוה היא אבל השתא ודאי לא ניחא ליה ומדכת' ליה הכי עקרי' לשליחותיה ותו לא מצי למהדר ביה וכי תימא היכי מצי עקר במילתא בעלמא הא אית ליה קניה בגויה דהא אקניה בקנין אגב קרקע וכתב ליה דון לנפשך והנפק לגרמך דמשום הכי חשיב בעל דבר גופיה כדאמרינן בהגוזל עצים וקנין בכדי לא פקע עד שיקנו ממנו הא ליתא דכיון דאסיקנ' בפרק מרובה והלכתא שליח שויה לא חשיב דאית ליה קנין בגויה כלום וכמ"ש הרי"ף דכיון דשליח שויה מצי מבטל שליחותיה ולומר אין רצוני שתהיה שלוחי וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפר' ג' מה' שלוחין ואעפ"י שהרא"ש ז"ל כתב בפ' הגוזל קמא דלהכי מהני הא דכתב ליה דון לנפשך דלא מצי מבטיל ליה דהוי כאילו נתנו לו במתנה וכך הביא הטור בסי' קכ"ב משמו ז"ל מ"מ כלהו רבוותא הכי ס"ל כדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל דמצי מהדר ביה ואף בדעתו של הרא"ש איכא למשמע שאינו חולק על הרי"ף דלא מצי מבטל לגמרי שהרי הביא דבריו במרובה ולא חלק עליהם והרב מהר"י קארו ז"ל חלק על הטור במשמעות דברי הרא"ש וכתב שלא נחלק אלא באם בטל השליחות ולא ידע הנתבע עד שפרעו ואני בעניי אעפ"י שאין הכרעתי הכרעה הכרחתי בראיות מדברי הרא"ש עצמו שכך היה דעתו שיכול לחזור בו ואין להאריך כאן בזה דאפילו אם תמצא לומר דאין המרשה יכול לבטל שליחות המורשה בתר דאקניה המרשה עצמו יכול לחזור בו בדבור בעלמא משום דעדיין לא זכה באותם המעות ודמי להא דר"פ הכותב בכותב לה ועודה ארוסה וכן מקבל מתנה קודם שהגיעה לידו דבדבורא בעלמא מסתלקי.

ובענין טענת האונס שבא בשאלה שהוכרח במעשיו מפני מ"ש לו ראובן שלא יגבה ממנה אא"כ נתפשר לקחת ממנו בגדים יותר על כדי דמיהן איני נזקק להשיב עתה בזה לפי שיש בה כמה צדדים שאין נדון זה כדין מתנה מה שנתפשר עם החייב לקחת מהחוב או לקחת ממנו פחות ממנו בגדים יותר משווין בהא לא צריך מודעא כל שהאונס ידוע שכן היא הסכמת כל הפוסקים ז"ל כמו שכתב בחשן משפט סי' ר"ה אלא שהרב מהר"י קולון ז"ל הכני' לנו ס' בזה מדברי הרא"ש ז"ל בתשו' שהובאה בטור א"ה סי' קי"ח וכבר הוכחתי במ"א שאין דברי הרא"ש מתפרשי' כן שהרי בפי' כתב בהל' בפ' חזקת דבמתנ' אפילו אם לא מסר מודעא אי ידעי עדים באנסיה לא הויא מתנ' ובנ"ד אונסו שיקח בגדים ביותר על דמיהן דבכי האי גוונא כת' הטו' בסי' ר"ה שאין בזה תורת מקח והוי כמו

שאנסוהו ליתן מתנה וכן מוכח מדברי רשב"ם ז"ל ויש בדברים אלו כמה צדדים וצדי צדדים ואין לי פנאי להאריך ולכתוב מתוך טרד' מצות ליום חגינו ובמה שכתבתי יש בו די והותר לחייב את ראובן לעמוד בדין שמעון וכתורה יעשה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פו

לקאסטוריא"ה.

שאלה ראובן סוחר טורקיא"ה שהיו לו דין ודברים עם שמעון על עסקי סחורות ששלח לו לויניציא"ה ונשארו בידו ובכללם שלח לשמעון הנז' שק אחד מלא כסף וכתב ראובן הנז' לשמעון הנז' כל הסך שהיה בתוך השק של הכסף הנז' ושמעון כיון שקבל השק הנזכר השיב לראובן כמנהג איך קבל השק הנז' שלם בלי נזק ובלי חסרון כלל. ויהי היום פתח שמעון השק הנז' למכור הכסף הנז' וחסר עצי בשמים א' של כסף וב' כוסות של כסף ולא רצה שמעון הנז' להיטיב לראובן מאומה בעד החסרון הנז' וראובן מתרעם ואומר איני נותן לך שכרך כי אם בשביל שתשמור שלא אפסיד מנכסי שום דבר. יורינו מורינו צדק ושכרו מאת ה'.

תשובה שומר שכר הוא זה וחייב בגניבה ואבידה ואי לא ידע אי חסרו והיכן נתנם כ"ש דהוא פושע דכל דלא ידע פשיעות היא ואם ישנה לאותו כתב ששלח שמעון מקבל' השק של כסף שהגיע לידו שלם כענין שכתב לו ראובן חייב שמעון בהפסד ואינו נאמן עכשיו לומר בתחלה נמצאו חסרים שסותר דבריו הראשונים ובכיוצא בזה אינו יכול לומר טעיתי שאין אדם עשוי לכתוב שבאו כל החפצים בשלמות אם לא שמנאן א' לא' ואפי' בדבר שעשוי לטעות כגון בחשבון אמר בספ"ק דגטין גבי מ"ש דלא מהימן לומר טעיתי בחושבנאי ואע"פ שכתב הרא"ש שכשהיה החשבון שלא בפני עדים מצי למימר טעיתי היכא דאית ליה מגו דכל שלא בפני עדים סמכא דעתיה לומר אי טעינא קמהדרנא בי בכתב שיוצאה מתחת ידו אין אומרים כן דמה זו סמיכה הרי כתבו גלוי לכל העמים כ"ש שאין כאן מקום לטעות במנין חפצים הנקובים בשמו' ואם יאמר שלא פתח השק רק שקבלו שלם מה שלמות יש בשק אם לא ידע מה שבתוכו ואם עשה כן אין לך פשיעה גדולה מזו שהי"ל לפותחו ולראותו ולכתוב לבעליו אולי יצילו דקיי"ל שומר שהיה יכול להציל ולא הציל חייב כ"ש זה שלא השגיח כשהביאם אם הם שלמים ואם איתא לאותו כתב בעולם מאחר שראובן תפוס תפיסה מעולם כמו שאמר נשבע שכן כתב לו שהגיע החפצים לידו בשלמות ושוב יתפרע ממה שתחת ידו כל מה ששוים אותם החפצים.

סימן פז

עוד לקאסטוריי"א.

שאלה ראובן תושב טורקי"א נתן ללוי בטורקי"א צרור אחד שהיו בו מאה שיקינוש כדי שיוליכם לויניציאה ויתנם לשמעון פאטור של ראובן ולוי הנז' יצא מטורקיא"ה ולא הלך לויניצייאה ולא חזר למקום כאשר נתן לו ראובן הנז' המאה סיקינוס הנז' אלא הלך לו לעיר אחרת ולא שלח המאה סיקינוס הנז' לשמעון הנז' ויהי היום שלח לוי הנז' קצת מונטונאס לויניצייאה ליד שמעון הנז' וכתב לו יודע לך שזה כמה ימים שנתן לי ראובן ק' סיקינוס כדי שאתנם לך ועכשיו מכור המונטונאס הנז' ושלח המאה סיקינוס לראובן הנז' ושמעון הנז' בהגיע לידו המונטונאס הנז' לא מצא למי שימכור אותם במעות מדודים ומכר אותם בהקפה לסוחר אחד לזמן ששה חדשים ושמעון הנז' כדי לעשות חסד עם ראובן הנז' לקח סחורה אחרת עד כדי ק' סיקינוס בהקפה ג"כ לזמן ששה חדשים ושלח הסחור' הנז' לראובן לחשבון הק' סיקינוס שנתן ראובן ללוי כאשר צוה לוי הנזכר לשמעון בכתבו ויהי היום במלאת הששה חדשים הלך שמעון הנז' לקבל המעות מהסוחר שמכר לו המונטונאס של לוי הנז' ולא מצא ממה לגבות ממנו שום דבר לפי שירד מנכסיו ולא היה ממה לפרוע. יורנו מורינו מורה צדק מי יפסיד הק' סיקנוס הנז' ומה' יהיה שכרו כפול ומכופל.

תשובה אין ספק שלוי שנטל צרור הזהב לעצמו חייב לפרעם לבעלי' והרי שמעון חוזר על ראובן ותובע מה ששלח לו שכבר הודיעו שלקחם ממקום אחר ושלחם לראובן להטיב לו וחוזר ראובן ומוצי' מלוי ואם יש ללוי טענה על שמעון בסחורה ששלח לו נפסדו המעות יעמוד בדין עמו ואם מנהג המקום למכור באשראי אין עמו על שמעון כלום ואם מנהג למכור במדודים ושינה פושע הוא וחייב.

סימן פח

בפנינו ב"ד חתומי מטה עמדו לדין שני האנשים אשר להם הריב הנעלה החכם כר' יאודה ן' שושאן והיקר כה"ר יעקב פיסו יצ"ו וקודם כל הטלנו חרם חמור על כל א' להגיד האמת ולא יטה ימין ושמאל ותבע הה"ר יאודה מאת הר' יעקב הנז' משכונות זהב ופידלה שמסר בידו על כ"ד אלף לבנים שלוה לצורך ישמעאל א' וכבר שלח לו המעות ע"י הר' אהרן בנו נר"ו קבלם הרב יעקב הנז' ולא רצה לתת המשכונות ולא נתנם עד היום השיב הרב יעקב הסבה שלא נתתי' לבנך יצ"ו לפי שאני יצאתי ערב בעדך אל העכו"ם בעד ל"ו אלף לבנים ורציתי לעכב החפצים הללו בידי עד שתפטרני מהערבות הנזכר אח"כ כשהביא לי בנך יצ"ו הכתב ונפטרתי מהערבו' ותבע ממני החפצים הלכתי לגאלטה ולקחתים עמי להביא' לו לקוסטאנטינה ובים יצאו עלי חמשה אשפהיש אותי דמו להרוג ואת החפצים שבו וילכו טען הה"ר יאודה הנה פשעת באשר לא נתת את

המשכונות לבני אחר שקבלת המעו' לא נתת ואם בשביל הערבות האח' עדיין לא הגיע זמנו והשיב הר' יעקב מתחיל' כשנתערבתי בעדך אל העכו"ם הייתי סומך קצת על אלה החפצים שבידי במה שהיו שוים יתר וגם כי כשתפדם אעכבם בידי ועוד שאמרת להביא לי אישפאדה גוהיר"י שהיה שוה מאה אלף לבנים על דבר אחר שאבקש לך ואמרת לי שאהי' בטוח בה ואח"כ התלת בי ולא הבאת כלום לכך עכבתי אלו החפצים עוד טען הה"ר יאודה כשהביא לך בני באחרונה כתב הפרעון ויצאת מחיוב הערבות למה לא נתתם לו מיד אלא אמרת לא אוכל להביאם היום עד למחר והנך אומר כי בו ביום הלכת וקדמת בערב יום להביא' ונטרפו לפי דבריך ואתה אמרת שלמחר היית מביא' השיב הר' יעקב כי היה לי אז מלאכת פועלים בבית והמפתחות היו באישטיפו ולא היה לי פנאי להביא המפתחות ולהוציא החפצים ואולי אחר כך לא הייתי מוצא את בנך לתת לו אמרתי לבנך אנא אמצא אותך כשאבי' החפצים והוליכני לחנות אלמנת ן' שושאן ואמר לי בפני' תנם לה שהיא מוכנת בכל עת ובכל זמן שתביא' כשראיתי שהמקום מוכן לתתם מיד הלכתי והבאתי המפתחות ולקחתי החפצים עמי ואירע בהם מה שאירע טען עוד כהר' יאודה נגד הר' יעקב איך שתקת בהפסד גדול כזה ואחר צאתך מהפירמ' מדוע לא צווחת ואספת עליהם אסיפת רגלים לרדוף אחריהם להציל או להכיר את האנשים ההמה השיב הר' יעקב בתחילה כשבאו עלי חשבתי לרצותם ברצי כסף בתחילה באוצמאניש ואח"כ בגרושות ולא שוה לי כי משמשו את כל כלי ופגעו בצרור החפצים ולקחום והסנגאר שעלי ומצאתי ליימיש אישקילישי בחשבי אמצע שם הגירבא"ג והשפאיש ששאלו אותי היו בדורטייוריק נגד פניהם ואנשים מבני ישראל ראו בצערי בחמלתם עלי הלכו עמי לבקש רגלים ונדרנו להם עד י' וט"ו גרו"שש לרדוף אחריהם כי ישיגום ולא אבו ללכת מיראת' מהאישפאיש כי איך יתגרו ב' רגלים את החמשה והיו נותנים אמתלאה הנה היום פנה לערוב ודורטי קייוריק לא ימצא בין כה וכה האישפאהיש הרחיקו ללכת והרגלים לא אבו שמוע כי ראו כי חזקים המה מהם והיהודים אומרים לי אם תלך אחריהם יהרגו אותך וגם את הרגלים ההולכים עמך וכי ראו היהודים שאין עוד תקוה הוליכוני לבאלאט מר בחמת רוחי ושוב אח"כ יגעתי באנחתי ג' ימים לחקור אם ימצא מכיר' או יודעם ולא עלה בידי כלום. עוד טען הה"ר יאודה מאת הר' יעקב למה לקחת מאת בני אלף ומאה לבנים רבית. ועוד לקחת תוש"ן לבנים מהפרש הפרחים וכל זה רבית בידך. השיב הר' יעקב ע"ד הפרש הפרחים אני לא לקחתי כי הם קן פרחים זהב שכן נתתי לך גרושו' ובאבקא' ולבני' שאמרתי לך שהיו בידי ליקח פרחי זהב לכן התניתי עמך שתפרעני פרחי זהב ועל דבר האלף ומאה לבני'

שאתה אומר שלקחתי יותר אח"כ נעמו' בדין עליה' כי יש לי טענה עליהם ואם מן הדין אתחייב אשיבם לך אלה הם הטענות שטענו לפנינו ב' האנשים הנז' ועמדנו ביום ההוא כדי לפסוק למחרת עפ"י הדברים ההמה רק כי בקש הה"ר יאודה מאתנו שתבא אשתו וחמותו ונטיל חומרא עליהם אם יודעים מהחפצים ההמה וה"ר יאודה אח"כ היה מגזים שהתוגר בעל החפצים יבא ויתבע ממנו אמרנו לו שלא היה מן הדין רשאי למסרו ביד התוגר כי הוא בעצמו טען בפנינו שנתן לו החפצים מיד ליד ולא היה שם שום תוגר ולפי שהגזים הה"ר יהודה את ה"ר יעקב נחבא אל הכלים מיראתו אותו והארכנו כמה ימים בחקירות ובדיקות ובאו לפנינו האנשים אשר נמצאו בעת יציאתו מהעירמה והראה להם באצבע את האישפהי' וחזרו אחר הרגלים לרדוף אחריהם כאשר כתוב עדותם בהרחבה. תשובה הטענה הא' שטוען ה"ר יהודה שר' יעקב פשע במה שעכב המשכונו' אחר שקבל המעות שהרי עדיין זמן הערבות האחר לא הגיע. ורוצה בזה לעשותו כשואל שיתחייב באונסין הא ליתא דמפני שעכבם לתועלתו בההיא הנאה ש"ש מיקרי אבל שואל מי עשאו והרא"ש ז"ל השיב בתשובה על ראובן ששכר בית משמעון ונתן לו משכון עליה וכו' א"ל תן לי משכונו א"ל איני פנוי וכו' משמ' דלא נעש' עליה שואל ע"כ וכן בדין דלא מיקרי שואל כל דמעיקרא לאו בתורת שאלה את' לידיה אלא אח"כ נדמ' עכבתו ליאנס והא דאמרינן בפרק הספינ' גבי השולח את בנו אצל חנוני וצלוחית בידו וכו' דצלוחית אבדה מדעת היא אלא שנטלו חנוני למדוד בה שמן לאחרים ושואל שלא מדעת גזלן הוי התם כשנשתמ' בה מההיא שעתא קמא ליה ברשותיה אבל במחשב' לבד לא קמה ברשותי' דבר ועוד אפי' שואל לאחר ששלמו ימי שאלתו נעשה כש"ש וזה לאחר שהביא לו הפוליסה שבעבורה היה מעכבה שלמו ימי חיובו. ואם יטעון דמאחר שעדיין לא הגיע זמן הפוליסה ליגבות ועכבן שלא כדין נעש' גזלן עליהם להתחייב באונסין עד שיחזירם בידו. הא ליתא דהא לא מקרי גזלן אלא מכי שלח בו יד וקנאו וזה במקום שהיה עומד בתחיל' הוא עכשיו אלא שלא נתנו שהיה מן הדין ליתנו דהא לא מקרי גזלן ואפי' בכוונ' לגזול ועשה מעשה כל שלא עשה בה מעשה גזלה בהקנאת קנין לאו כלום הוא כדתנן במרובה היה משכו ויוצא ומת ברשות הבעלי' פטור הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים חייב מסרו לבכורות בנו ובעל חובו והיה מושכו ויוצא פטור אלמא אפילו מתעסק לגנבו כל שלא עשה מעשה פטור ותנן נמי בסוף פ' המפקיד החושב לשלוח יד בפקדון כיצד הטה את החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה אינו משלם אלא רביעית הגביהה ונטל הימנה רביעית ונשברה משלם דמי כלה דלא מחייב במחשבה אלא במעשה הגבהה ובר מן דין הוא לא עכב המשכונות אלא המעות שכשלקח ה"ר

יעק' מעות שלו היה ע"מ לעכבם בשביל הערבות שהיה חייב לעכו"ם אעפ"י שה"ר אהרן בנו נתנם בתורת פרעון חוב זה הוא לא לקחם אלא בעד הערבו' שכבר א"ל שאביו שלח לו המעות דיכול לומר סיטראי נינהו ועדיין המשכונו' משועבדי' כמות שהיו בתחילה שנעשה ש"ש עליהם ופטור מאונסין שלא עכב בעד הערבות המשכונות אלא המעות שעומדים לפרעון דאילו המשכונות לא היה יכול לעשות פרעון לעכו"ם מהם כדי שיצא מדי ערבותו הילכ' החפצי' כדקיימי קיימי וכל זה אף לפי דברי ה"ר יהודה ששלח כדין עכב וכ"ש לדברי ה"ר יעקב שהבטיחו לתת לו חרב גוהיר"י שוה מאה אלף לבנים להיות בטוח על הערבות והתל בו לכך עכב נכסים אלו אם כן בדין עכבם.

הטענה הב' שטען הר' יהודה מאחר שאמר ה"ר יעקב שלא יכול להביאו באותו היום שלא היו המפתחות בידו אלא באישטיפו מי א"ל שיביאם בו ביום ופשע בזה שלא המתין עד יום מחרתו כאשר אמר להביאו ליום מחר אין ממש בטענה זו שהרי בנו שליח ה"ר יהודה היה תובעם שיביאם בו ביום ולפי שלא היו המפתחות מזומנים א"ל למחר אבל לא לעכוב' שלא יביאם בו ביום ואע"ג דאמרי' בפרק כל הגט גבי ההוא דשדר גיטא לדביתהו א"ל שליח לא ידענא לה א"ל זיל הביא ניהליה לאבא בר מניומי דהוה ידע לה ללישנא קמא הוה ס"ד למימר מי קאמר ליה אבא בר מניומי ולא את משום דלא ידע לה שליח הוא דקאמר ולבסו' אסיקנ' דהכי קאמר ליה אבא בר מניומי ולא את וחשיב שליח שלא ניתן לגירושין התם גבי גירושי' בקפיד' דבעל תליא מילתא כמו אל תגרשנה אלא בימין אל תגרשנה אלא בבית אבל הכא שינוי שאינו מעלה ולא מוריד מאי איכפת לן.

ועוד שאין אלו דברים דברי בעל המעות שא"ל תביאם למחר אדרבא הביאם היום א"ל ונפקד הוא דא"ל לא אוכל להביאם היום ואביאם למחר ולא שייך קפידא בזה כדאמרינן באיזהו נשך כי א"ל לוקח מדעתו כשיהיו לך מעות אחזירם לך כיון דלא התנה המוכר לאו כלום הוא וכההוא עובדא דמייתי בההוא דזבין בלא אחריות חזייה דקעציב אמר ליה אמאי עציבת אי טרפ' לה מינך מגבינא לך שופרא ושבחא ואף לענין גיטין דאיכא קפידא טובא אמרינן דההוא ש"מ דיהיב גיטא לדביתהו חזייה דקעציב אמרה אמאי עציבת אי קימת דידך אנא ואמרי' איהו הוה ליה לאתנויי והא דקאמרה איהי פטומי מילי בעלמא הוא.

ומה שטוען עוד הר' יהודה שהוא נתן לו החפצים למשכנם ביד עכו"ם א' בעשרה למאה ויש לו עדים שה"ר יעקב אמר שלקחם מעכו"ם ועל זה השיב ה"ר יעקב שמה שאמר שלקחם מעכו"ם היתה המצאה כדי שימסור לו המעות כדי לעכב' בעד הערבות. מה טיבה של טענה זו אם לומר שלא האמינו למשכנם תחת ידו הרי האמינו בשליחות

ובציווי בנו שהוא שלוחו הביאם ואם לומר שיראה לו את העכו"ם לגלויי מילתא הנה יפה השיב לו שלא אמר כן אלא להטעותו.

ומה שטוען ה"ר יהודה שלקח מיד בנו אלף ומאה לבנים רבית וה"ר יעקב אומר שלא לקחם בתורת רבית אלא בטענה שיש לו עליו. ואמר ה"ר יהודה שיש לי עדים שלא לקח מיד בני אלא לשם רבית. הן לו יהי כדבריו מה בכך אם לקח' בתורת רבית. הרי עכשיו או' שיעמדו לדין ואם דעתו לפוסלו לשבועה אפילו היה מודה לו אין אדם נעשה חשוד על פי עצמו כמ"ש הרמב"ם פ"ב מה' טוען והטור סי' צ"ב. ומ"ש שיש לו עדי' שלא לקחם אלא בתורת רבי' א"א להעיד בהך הואיל ובנו לא היה החייב אע"פ שאמר לו בנו שנתנם לו בתורת רבית ואם הוא הודה בכך יכול לומר משטה הייתי בו שיתנם לי לקחתים בעד מה שחייב לי ממקום אחר ועוד אפילו היו עדים שלקח מן החייב עצמו רבית והוא חשוד לא הפסיד בכך שהרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות טוען ששומר שהוא חשוד אין שכנגדו יכול לישבע שהרי אינו טוענו ודאי ואע"פ שהטור סימן צ"ב כתב משם ר"י והרמ"ה דהוה ליה מחוייב ואין יכול לישבע הרי הרב המ"מ הכריע כדברי הרמב"ם וכן פסק מהר"י קארו ז"ל. ועוד מאחר שאמר לו כהר"ר יהודה בתחלה שהמשכונות של עכו"ם ולצורך העכו"ם הלוה רשאי היה לקחת רבית ששלח העכו"ם אע"פ שלקחו מיד ישראל.

ומה שטוען מי אמר ליה לר' יעקב שיתן המשכונות ביד בנו והשיב ר' יעקב שה"ר יהודה אמר ליה שיתנם לו הרי תשובתו בצדו. ועוד שהוא מוכחש מדבריו שבתחילה טען בפנינו בהפך כי למה לא מסר המשכונות לבנו כאשר נתן לו המעות ופשע בזה הרי הודה שעשאו שליח ועוד הן לו יהי כדבריו לא אירע האונס מצד שנתנו לבנו אבל עכ"פ הי"ל להביא' משם לתתם לשלוחו או למי שיראה לו כתבו ולא היה נותנם לבנו עד שיר' לו הכתב וכבר הוציא כתב מה"ר יאודה שהיה כותב לר' יעקב תרעומת על מה שלא נתנם לו ושעל כל פנים יתנם ואח"כ נתנם.

ומה שטוען ה"ר יהודה עוד שהואיל ובין גאלאטה לקוסטאנטינה שכיחי עוברים ושבים טובא חייב ר' יעקב להביא לו עדים וראיה שבועת ה' אין רואה הא יש רואה יביא ראיה. הא ליתא דדרך ים אע"ג דשכיחי ספינתא לא דמי לריסתק' דמחוזא דשכיחי רבים וכשיש שום אונס והיה כל הבא ועמד לראו' אבל בני אדם העוברים בציות הואיל והמקום גדול ורחב ידים אין פוגעין זה בזה אלא כל אחד מפליג לדרכו אלו הולכי' למזרחה של עיר ואלו למערבה. תדע דלא חשיב ר"ה לא לענין שבת ולא לענין טומאה אעפ"י שהוא מקום מעבר הספינות ורבים בוקעים בו כדתנן בהזורק רקק מים ורשות הרבים

מהלכות בו הזורק לתוכו ארבע אמות חייב ותנן וכמה רקק מים פחות מי' טפחים הא גבוה עשרה אעפ"י שרבי' בוקעים בו ועוברי' בציות נהר דין כרמלית יש בו ולא דין ר"ה ועוד דריסתקא דמחוזא שכיחי רבים בישראל קאמר וכאן אי עכו"ם שכיחי ישראל לא שכיחי אלא מיעוטא דמיעוטא ועכו"ם אינו מכיר בהם שיביאם וגם לאו בני עדות נינהו כ"ש שבאים להכחיש את המוכחש דכמה פעמים באים ואינם פוגעים בני אדם ואם יהיו בני אדם בספינה מרחוק אינ' מסתכלין במה שנעשה כאן וכשרואין מרחוק אנשים הללו שאימתן מוטלת על הבריות מפליגין והולכין. ועוד הא כתב הרמ"ה במ"ש בטור סי' צ"ב דוקא אמרו לענין חביתא דאיתבר דשלטה ביה עינא אבל מאן דנקיט חפצא בידיה ואפשר דאיתרע ביה אונסא ולא ידעי אינשי אף על פי שרבי' מצויים שם משתבע ואיפטר הכא נמי האונס בשעה קלה היה כשטרפוה ממנו ואפשר דלא הכיר בה אדם ואפי' ראהו אדם מרחו' הוא היה טרוד בצערו ולא ראה אדם שיביאנו לב"ד ותכף יצא וצווח וידיו על ראשו והאנשים היו עדיין נגד פניהם והיה מתמרר ומראה להם באצבע וטרח גם הוא גם בני אדם גם בני איש להביא רגלי' לרדוף אחריהם ולא הועילו כי חזקים המה מהם ומאי דהו"ל למעבד עבד. ועוד י"ל דאפי' חשבת ליה מקום האונס יש רואה ואומר איני יודעם ואיני יכול לחזר אחריהם אבל באמת באונס נלקחו ממנו נאמן במגו דאי בעי הוה טעין בתוך מבואות העיר נאנסתי דלא שכיחי רבים התם דלא חשיב הכא מגו במקום עדים כההיא דפ' המפקיד דאנן סהדי דבאורחא דנהר פקוד שכיחי מיא דהכא נהי דשכיחי רבים מ"מ אפשר שלא השגיחו ואפשר שאינו נמצאי' וקרינן ביה יש רואה דמ"מ כעדי' דמי. ויש להביא ראיה מדאמרי' בפרק השואל גבי ההוא דשאיל נרגא מחבריה ואתבר אתא לקמי' דרבא א"ל אייתי ראיה וכו' פי' הרי"ף והרא"ש ובמקום שמצוים שם אדם היה. והרמב"ם בפ"א מה' שאלה כתב השאיל בהמה ומתה אם היה במקום שאלה מקום שבני אדם מצויין שם וכו' ולמה לא כתב אם במקום שמתה מקום שמצויין שם אדם אלא שאם היתה השאלה אף במקום שאין בני אדם מצויין אעפ"י שהאונס היה במקום שמצויין נאמן במגו.

וקרוב הדבר לומר שאפי' שבועה לא יתחייב כל שראו עדים האונס אעפ"י שלא ידעו בדבר שאנסו אותו מהא שהביא הטור משם הרמ"ה מי שטוען טענת אונס בפקדון ומביא עדי' שנאנס החפץ פירו' החפץ ששאל המפקיד כגון ששואל גלימא וטוען שנאנס ומביא עדים שנאנס לו גלימא אע"ג דלא ידעי אי גלימ' דמפקיד הוא פטור כיון שאלו היתה גלימא בידו ואמר לא זו היא ונפקד אומר זו היא נאמן בשבוע' היסת ואם המפקיד אומר שמא אפילו היסת ליכא והכא כיון דמפקיד לא ידע האי גלימא דאיתניס אי דידיה היא

או לא שומר מהימן עד כאן וכתב עליו בב"י ודברים נכונים הם אבל קשה דמייתי מאלו היתה גלימא בידו ומפקיד אומר לא זו היא דפטור משבועה התם לאו בשבועת השומרים דחיי' רחמנא אלא בתובעו מנה והלה אומר להד"ם דפטור אבל הכא דאומר נאנס' גלימא שלך מחייב ליה שבועה דאורייתא אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ונראה דטעמו ז"ל דס"ל שלא חייבה תורה שבועה לכופר בפקדון או בתשומת יד אעפ"י שטוענו ברי לא חייבה אלא לטוען דבר אונס חדש דמי מפיס שהיתה אונס כל עיקר אבל היכא שהאונס ידוע שראו עדים שאנסוהו גלימא אין זו טענ' עצמו אלא העדים מעידי' עליו שהיה אונס כאן והגע עצמך שהי"ל שם ב' גלימות אחת לו ואחת לנפקד ונאנסה א' מהם גלימא אחרת מצויה עכשיו נפקד אומר הנה הגלימא שלי ומפקיד אומר לא כי אלא הגלימא שלי ושלך נאנסה פטור משבועה מאחר שטענתם הוא בחפץ וזה יודע שהמפקיד משקר הוא ה"ז טענת ממון בעלמא ואי בטענת ברי דנפקד פטור עכשיו שטוען שמא לכ"ש והרי בנדון זה יש עדים שראו שאנסוהו בזרוע רמה והלה צועק ומצעק אלא שלא ידעו מה חפץ אנסו ממנו. הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן פט

מה ידעתי ולא תדעו אחי ורעי החכמים השלמים היושבים על המשפט ה' עליהם יחיו אך לעשות רצונכם חפצתי.

וראיתי לשון הפסק דין שעמדו בני ממונ' החזקות דאלמנה וראובן ושמעון שטענו שהי"ל חזקה באותו המקום ופסקו הדיינים שהמקו' של האלמנה ואינש לא ימחה בידה מעתה ועד עולם ועתה בא היורש ותובע המקום ההוא באומרו שהוא של האלמנ' כמו שמוכי' מתוך הפסק דין ויורשי הבעל אומרי' שהוא ידוע שהמקום הוא של אביהם והאלמנה מתה ואין כתובה יוצאה מתחת ידה וגם כי לא נשבעה על כתובתה נ"ל שהקרקע בחזקת הבעל הוא עומד ואין למדין מלשון זה להוציאו מחזקת בעליו ומה שכתוב בפסק דין שהמקום של האלמנה כלפי המערערים כתבו כן ולא באו לאפוקי הבעל שנתברר להם שהוא של אלמנה שגבתה מנכסי בעלה ולא נחיתו אלא להוציא מלבן של המערערים שהיו טוענים נגד האלמנה כתבו שהוא זכותה לפי שהיא באה לדון בפני ב"ד בעד בעלה ובעד היורשי' וראיה מהא דאמר' בס"פ הנושא את האשה ואשתמודענא דהני נכסי דמיתנא נינהו וכתב הר"ן בשם הרא"ש ז"ל דאפי' כתוב ואשתמודענא אינן מעידין אלא שהוא בחזקתו ואם בא אחד להוציאו מידו נותנים לו כו' כ"ש הכא שהקרקע בחזקתו של בעל הוא עומד ואין ראיה ממה שכתבו הב"ד שלא נכתב אלא לגבי המערער ועל

יורשי האלמנה להביא ראיה בעדי' שהמקום שלה נאם אחיכם הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"להה.

סימן צ

ועל מה שפסלו העד הא' לפי שהעידו עליו שהוא ואחר הגזימו על אדם א' שהיה חשוד שהיה מתעסק באוצמניש מזוייפי' ואמרו להלשין עליו עד שפייסם בממון וא' מן העדים העיד איך זה לא לקח ממון כלל רק עשה סרסרות לאחד שהיה אומר לו אם לא תפייס אותו ילשין עליך ושוב הודה שחלק עם האחר.

נראה דמפני כך לא נפסל אפילו אם היה הוא עצמו שלקח המעות דאיהו סבר מדעתיה יהיב ליה ומחלם לו ולא תגזול לאינשי בע"כ משמע להו ואעפ"י שמחמ' יראה נתן סבור הוא דאגב אונסי' גמר ומקני ליה א"נ יאמר שלא מפני שהגזים עליו לגלות לאומות נתן דעביד איניש דגזים ולא עביד אלא שלא יגלה אפי' לישראל רצה לתת לו בלב שלם שיהא מפוייס ממנו וכל דשייך לומר דמורי היתרא לא מפסיל בהכי כדאמרי' לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וכדאמרי' גנב ניסן וגנב תשרי לא שמיה גזלן ומוקי לה באריס דמורי היתרא משום דטרח בה ועוד באלו המיהנגיש נתפשט הדבר שאם רואים אדם אחר שקנ' מקח או עשה סרסרות אומר לו תן לי כך וכך או תן לי חלק בזה ואם לאו אפסיד עליך מקחיך וזה גזל גמור הוא מאחר שכבר נקנה ונגמר המקח אבל לא הייתי פוטרם בכך הואיל ופשט הדבר כל כך עד שנראה להם כהיתר כמו שלא הייתי פוסל בעיר הזאת המלוה והלוה במעות אלמנות ויתומים ברבית קצוצה לפי שפשט הדבר בכמה בני אדם וכן כתבו המפרשים ז"ל וזה הרגיל לעשות זיוף בזה לקחת מהסוחרים שלא כדין ולגרוע מצדיק עינו אשר לא יתן על פיו וקדש עליו מלחמה כל שכן שיתיר לעצמו לשאול מאנשי רשע המרבי' הונם בזיוף המטבע קסבר מצוה קעביד דמצר הוא לו וממעט בתפלה שלא יעשה עוד ועוד הרי פרסמו והכריזו בק"ק שכל המתעסק במטבעות מזוייפים שדינן כדיני המסורות שמוסרים את כל ישראל במעשיהם הרעים ואמרו שמותר למוסרן למלכות ומצוה בכך ולכך התיר לעצמו לקחת ממנו ממון אעג"ב דבסוף הגוזל בתרא אמרו ממון מסור רב הונא ורב יאודה חד אמ' מותר לאבדו ביד וחד אמר אסור מ"ד מותר לא יהא ממונו חמור מגופו מ"ד אסור דילמא נפיק מיניה זרעא מעליא וכתיב יכין רשע וצדיק ילבש וקי"ל כמאן דאמר אסור מ"מ זה אינו נפסל בכך דמסברא דנפשיה משמ' ליה דשרי מק"ו דגופו וזה האיש כבר נחשד בכך שהיה נושא ונותן באלו המטבעות המזוייפים ואלו האנשים היו יודעים הדבר בבירור. וכל שכן שזה האיש לא לקח דבר אלא נעשה שליח לדבר עבירה והאחר הוא שלקח המעות ממנו וכבר

כתב הריב"ש בתשובת רס"ז לא נפסל אלא הגנב עצמו לא המקבל ממנו ולא החולק עמו והיינו אעפ"י שהגזלה קיימת כ"ש בנ"ד דמטבע אין לו סימן ואפשר שמשלו נתן לו ולא אותם המעות עצמן שגזל מזה ועוד הרי החזיר מדעתו כשאמר לו ה"ר מיכאל יצו' אשר לא טובה עשה שב מדעתו והחזיר. ואעפ"י שכתב הרמב"ם ז"ל פ"י מהלכות עדות אעפ"י שהחזירו הגנב והגזלן הממון שגנבו וגזלה ושלם עד הזומם הממון שהוזם עליו פסול הרי כתב הטור למה לא יוכשרו אחר שהחזירו הממון אלא פי' דבריו של הרמב"ם אעפ"י ששלמו ע"י כפיית ב"ד. אלא שהרב מהרי"ק ז"ל כתב שדבר זה פשוט ולא היה צריך הרמב"ם להזכירו אלא אפי' החזיר כרצונו קאמר ונפקא ליה מדאמרי' אימתי חזרתן של מלוי בריבית משיקרעו שטריהן ויחזרו בהם חזרה גמורה אפילו לעכו"ם. וכן במפריחי יונים ומשחקים בקוביא דלא מתכשרי כשיחזרו הממון מדעתם לבדו ואי מהא אין ראיה דשאני הני שנשתרשו והורגלו בהם כמה פעמים אלו אין תשובתם נגמרת וקרובים לחזור לסורם אלא על ידי הרחקה יתירא אפילו בדבר המותר כדי להתרחק מן הכיעור ומן הדומה לכיעור. והכי משמע מדברי התוס' אהא דאמרינן סתם גבאי כשר פי' הקונטרס והא דהוסיפו הגבאי' והמוכסים בדחזו דתקל יתירת' וקאתי לאשמועינן דאע"ג דהחזיר הגבאי והמוכס פסול לא דמי לשאר גזלנים שהחזירו דכשרים דהאי לא ידע למאן נהדר. ועוד כיון שעדיין הם עסוקים בגבאות ובמכס חשודים לחזור לקלקולם ע"כ הרי דבשאר גזלן מיד שהחזיר הוכשר אם לו במי שאומנותו באיסור שיש לחוש שיחזור לקלקולו. ובעד זומם כתב הרמב"ם ז"ל שחזרתו שילך למקום שאין מכירין אותו. וקשה דמהיכא גמר לה אי מדין הטבח כמו שכתב מהריק"א ז"ל שם שאני טבח דאערומי קמערים שיחזירוהו לאומנותו כדכתבו התוספות ואפשר שהרמב"ם לא אמר אלא מי שהעיד עדות שקר ועשה תשובה על זה קודם שנודע דודאי כשר הוא אבל עד זומ' היינו שהוזמו בב"ד ופסלוהו לעדות דינו כדין הטבח דאערומי קמערים שיחזור להכשרו וה"ה לכל מי שנפסל בב"ד לפסול לעדו' ולשבוע' אבל כל מי שעבר עבירה ועשה תשובה קודם שנתפרס' בב"ד וקודם שנפסל ה"ז כשר. ואפי' לדברי הרב מהריק"א ז"ל דלא הכשיר כשהחזיר הגזלה מעצמו זהו כשהיו עדים בגזלה שאף אם היה מחזיר הוו מפקי מיניה בדינא ודיינא אבל זה שלא היו לו עדים שלקח אלא הוא מעצמו הודה וכשא"ל האיש ההוא שיחזור החזיר הרי זו תשובה שלמה כי אם לא היה רוצה להודות מי יכופנו להחזיר. ומצאתי בתוספות פ"ק דמציעא גבי הא דאמרינן דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא וז"ל ולא ק' מההוא רעיא דאסהידו ביה דאכיל תרי מנייהו אמאי פסיל דבהנך תרי דאכל חייב לשלם והשתא יפרוש ע"י שבועה דמה שהוא משלם ע"י עדים אין זו

השבה מעלי' דע"כ משלם עכ"ל משמע דמי ששלם שלא עפ"י עדים אלא עפ"י עצמו השבה מעליא חשיבא והא דאמרי' בהכונס חבול ישיב רשע גזלה ישלם אעפ"י שגזלה ישלם רשע מיקרי התם קודם חזרה קאמר אעפ"י שגזל ע"מ להחזיר רשע מיקרי וקעבר בלא תגנוב כדאמרינן לא תגנוב אפילו ע"מ להחזיר ע"מ למיקט ע"מ לשלם תשלומי כפל משעת גנבה עבר אבל אם שב מידיעתו וברצונו החזיר נ"ל דחשיב' תשוב' והשתא דברי הרמב"ם הם אעפ"י שהחזירו מאליהן דהיינו לאחר שנודע בעדים דלא תימא כיון דלא הוצרכו לכפיה כשרים א"נ אפי' ע"י כפיה הוי רבותא דלא תימא כיון דנתקו הכתוב לעשה דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל כיון דהשיב תקן את הלאו ולא מפסיל כלל דומיא דלאו דלא תקח האם על הבנים בין למ"ד קיימו ולא קיימו בין למ"ד בטלו ולא בטלו אם קיים העשה אפילו אחר כמה ימים תקן את הלאו ולא לקי קמ"ל דלאו גזלה אעפ"י שנתק לעשה לא תקן את הלאו בכך ומשעת גזלה נפסל ואף לאחר שהחזיר לא הוכשר אלא אם כן עשה תשובה מדעתו ועוד דזה לא העידו עליו לא שלקח ולא שחלק אלא הוא הודה ואין אדם נפסל עפ"י עצמו. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צא

ת"ח שהיה מלמד בקהל ומקבל פרס ואח"כ פתוהו בני קהלה אחרת ברצי כסף ונשבע לדבר עמהם ועכשיו טוען טענו' להפטר. נדפסה שאלה זו בטור יורה דעה בסי' נ' לענין השבועה.

סימן צב

שאלה ראובן שהיה גבאי על דמי קדשים היה קונה בגדי' מתגרים בהקפה לעשות המלבושים לצורך נשואי יתומות עניות סוערות המוטל' על הצבור בזמן המעות הישנות והיה קונה הבגדי' ביוקר בכ' וכך לבנים האמה וכך היה פורע לאטו דרך פאגאש לכל תגר ותגר בכל שבוע חלקו כפי חובו ולא היה לו זמן קצוב עמהם אלא היה הולך ונותן להם פסקי פסקי מדמי הקדשים הנכנסים לידו. אח"כ ירדו המעות משווים כי נתחדשו המטבעות והולך הגבאי אל התגרים לפרוע להם חובם כמנהגו לכל א' המגיעו לו כפי סך חובו והתגרים מבקשים ליפרע ממנו הכל בבת אחת כפי ערך המעות הישנות והגבאי טוען שעתה ירדו המעות והבגדים הם בזול במאתים וארבעים לבנים האמה ורוצה לפרוע כפי הערך ששוים עתה והתגרים באים לו בטענה ואומרים כיון שרצונך לפרוע כפי ערך מעות החדשות תן לנו כל החוב בבת א' כי אין אנו ממתינים לך והגבאי טוען איני כדאי לפרוע כי אם על פי האופן הראשון בזמן המעו' הישנות שלא היה בינינו זמן קצוב אלא כפי המעו' דמי הקדשים שהיו נכנסים לידו כן הייתי הולך ונותן לכל אחד חלקו וגם הפרעון שיהיה כפי ערך המעות חדשות ילמדנו מורה לצדקה אם יכולים התגרים

להכריח לגבאי לפרוע להם בבת אחת מה שנשאר חייב להם גם אם יתפרעו על פי ערך המעות הישנות או לאו ומה גם שהם דמי הקדשי' לצורך נשואי יתומות עניות סוערות וכסא כבוד תורתו יכון לעד אמן.

תשובה בענין הפרעון בשינוי המטבע הלכה רווחת הוא שלא יפרע אלא בגרושו' או זהובים כמו שהיו שוין בזמן החיו' אי משום שהתוספות הוא יותר מחומש ואי משום דזיילי הפירו' והבגדי' והסחורות הבאים ממדינת הים ומארץ מרחקים אין מכרם ומקחם ומנתם של סוחרים אלא לפי חשבון זהובים וגרושוש והכסף והזהב וכל כלי יקר הכל הולך אחריהם וזה בגרושוש אבל למה שהשואל שואל שהתגרי' מבקשים ליפרע ממנו בבת א' והגבאי טוען כי כה מנהגו עמהם כשלוקח בגד לצורך היתומות היה פורע דרך פאגאש מדמי הקדשים הנכנסים בכל שבוע כל א' היה מפי חובו בהא איכא לעיוני ולמידק שאם היה פשוט מנהגו זה עם כל התגרי' שהיו יודעי' שלצורך היתומות היה נוטל ומדמי גביות היתומו' היה פורע יש לדון שאחר שהוקבע מנהגו זה עמה' ולא פירש סתמו כפירושו דבכמה דוכתי אזלינן בתר גילוי דעת ואין צריך לפרש ובפר' אלו מגלחין אמרינן האומר לחבירו השאילני חלוקך ואלך לבקר את אבא שהוא חולה והלך ומצאו שמת קורעו ומאחהו וכשיבא לביתו מחזיר לו חלוקו ואם לא הודיעו לא יגע בו אלמא כשידע שהשאילו לילך לבקר את אביו שהוא חולה סתמו כפירושו כי ע"ד כן נתן שיקרענו והרא"ש ז"ל בפרק קמא דקידושין הביא במקדש בטבעת שאולה דכיון שהשאילו לקדש בו את האשה הרי הוא מסתמא ע"ד כן נתן שאם לא יועיל לשם שאלה יתנהו בלשון מתנה שיועיל לקדש והביא מההיא דפ' יש נוחלין אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפלוני ומפ' דאפילו תימא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי שאני הכא דכי מפיק לא נפיק ביה למאי יהבי ניהליה אלמא גילוי דעתא בכה"ג כגון בשאלה והלואה מילתא היא כ"ש לענין זמן הפרעון דכל היכא דהורגל להקיף לצורך היתומות ולוקח כשיבאו הגביה מהיתומות ע"ד כן הוא נותן לעולם בסתם דמסתמא ליתומות יהיב ומיתומות שקיל כי הא דאמר בפרק שבועת הדיינים בההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא א"ל לאו אתורי יהבת לי ויהבת אמסחתא וקבלת זוזא אמר ליה הנהו סיטראי נינהו ואמרינן איתרע שטרא ואע"ג דבעלמא מצי טעין סיטראי הכא כיון דמודה דאתורי יהיב ואתורי שקיל אתרע שטרא ומשם למדו המפרשים מוציא ש"ח מסחורה פ' ומכר אותו ענין ופרע מדמי אותו חוב איתרע שטרא דמסתמא בחזקת פרעון אותו חוב נטלן כמ"ש בספ' התרומות שער י"ט וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ' י"ב מה' מלוה הואיל והודה מעצמו שדמי השור הוא החוב ומדמיו נפרע בעל השטר אף על פי שאין

עליו עדים שפורע והרי זה כדמות ראיה שדמי הסחורה היו מיוחדים לפרעון ונ"מ היכא דרגיל תמיד בכך שלוקח ומוכר ופרע בדמיו מסתמא ע"ד מנהגם נותן ואינו יכול לדוחק ושיפרע לאלתר וה"ה לנ"ד מאחר שכך הורגלו עם הגזבר בין חוב בין סוחרים אחרים והכל מסייעין לדברי מצוה כזו והנה שכרם את רוכב בערבות אבי יתומים ודיין אלמנות ושלום. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צג
ביליגראדו

שאלה יורנו המורה לצדקה ראובן היו לו ד' בנות והא' מהן השיא בחייו ונתן לה נדוניא כמשפט הבנות אחר זמן שדך עוד שתי בנות ופסק להם נדוניא כפי השגת ידו ולאחד מן החתנים נתן המעות מוקדמים קודם כניסתו לחופה ולחתן הב' המשודך נתחייב לתת נ"ה אלפים לבנים במדודים ועשרה אלפים לבנים במלבושין ובמטלטלים סך הכל ס"ה אלפים לבנים והחתימו ביניהם תנאים גמורים בקנין ובשבועה וקנסו' לקיים התנאים כמנהג כל שטרי התנאים והיה זה בחדש סיון השס"ה וקבעו זמן לנשואין בחנוכה השס"ו ויקר מקרה בלתי טהור ומת ראובן ט"ו חשוון השס"ו וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק ומת בארץ נכריה וכל נכסיו שהיו לו במדודי' נמצאו עמו במקום אשר מת שם ובעת מותו צוה ומנה לאפוטרופו' על נכסי עזבונו את אלמנתו וב' חתניו המשודכי' אשר עדיין לא נשאו את בנותיו וצוה שיתנו כל הנכסים ביד שמעון א' מהחתנים המשודכים אשר היה מוכן לבא שם במקום מיתת ראובן. וצוה ג"כ שיתנו לבתו הגדולה הנשואה ט"ו אלפים לבנים ויהי היום ויבא שמעון למקום אשר מת שם ראובן חתנו ויבאו נשיאי העדה אשר בפניהם צוה ראובן את כל אשר צוה ויוציאו ויתנו לו את כל נכסי ראובן חמיו כי כן הופקדו הנכסים בידיהם עד בא שמעון ותיכף שמעון לקח לו הנכסים ההם ס' אלפים לבנים וילבישם בסחורות לצורך עצמו ויתר הנכסים הביא למקום דירת המת ראובן ובמקום שהיתה שם חמותו האלמנה ובנותיה הנשואות והבתולות. ובעת לקיחת שמעון הס' אלפים לבנים לחשבון נדונייתו עדיין לא הגיע זמן הנשואין שהיה חנוכה השס"ו כי לקחם קודם לכן ועשה בהם משא ומתן לצרכו ואחר עבור חדש א' או שנים חזר למקומו ולא נכנס לחופה כי בא לפורים השס"ו ואז ב' החתנים יחד זה אחר זה בקירוב נכנסו לחופה ושמעון זה לקח לו עוד חמשה אלפים לבנים להשלי' סכי נדונייתו ולוי המשודך השני לקח לו את אשתו והכניסה לו בנדוניא יותר מס' אלפים לבנים מטלטלין ועשרים אלפים לבנים זהב הנקרא סירמא"ש והחתונה נעשית לשניהם יחד הכל מנכסי ראובן. ויהודה חתן ראובן הנשוי לבת הגדולה נמצא בכל זה בעירם

ובחתונתם ובנתינת נדונייתם בכל העניני' נמצא אתם ואחר עבור ימים או עשור שנשאו ב' הבנות המשודכות מתה לאה אלמנת ראובן ונשארו הנכסים ביד שמעון ולוי החתנים והאפוטרופוסים הנז' ובעבור קצת ימים מספר באו שלשה החתנים יחד בשלום וריעות וחלקו ביניהם הירושה שירשו ממורישם ושמעון הגדול משני האפוטרופוסים הוא משתדל יותר מלוי ראה להכתיב שלשה שטרות לשלש הבנות הנשואות דהיינו אשתו ואשת לוי ואשת יהודה שיש להן ביד בעליהן כל כך מעות מנכסי מלוג ויען כי יהודה חתן ראובן מזמן רב מטו ידו והיו עליו נושי' הרבה ולא רצה להתראו' כי ירש שום ירושה והלך מדחי אל דחי אחרי מות חמותו לאה הירושה היתה יותר ברורה ומוחלטת בידם עכ"ז היה מתחבא ומסתתר מפני הנושים עד כי בחמלת ה' עליו נצול מהחובות ועתה כהיום הזה בא עם גיסו שמעון הגדול מהאפטרופוסי' לחשבון ובא עמו לדין וטען כנגדו קצת טענת ראשונה כי הנדוניא שלקחו גם שניהם שמעון ולוי אחרי מות ראובן חותנם קודם לוקחם חלק ירושתם היה שלא כדין כי במות ראובן חותנם לא זכו בנדוניא עדיין כי ראובן לא נתחיי' כי אם בעת שיכנסו עם בנותיו לחופה והוא עת כניסתם לחופה לא היה בעולם וכשמ' כבר באו הנכסי' לרשות היורשים והם לא נתחייבו לתת נדוניא. שנית טוען יהודה כי הס' אלפים לבנים שלקח גיסו שמעון והלבישו לו לעצמו היה בהלבשה ההיא ריוח טוב כברכת ה' והריוח ההיא יש לארבע בנות חלק בו ולמה זה יהיה לו לבדו. ושמעון משיב לטענה זו כי בגלל ריוח זה חמותו בהיותה בחיים ראתה כי לא נכון לעשות כדבר הזה שיקח לו הריוח הזה לבדו וחלתה פניו שיגדיל וירבה לבתה כתובה כי כפי הניתן לו בנדוניא ס"ה אלפים לבנים עם התוספות הנהוג עולה צ"ז אלפים ות"ק לבנים והוא שמעון למען חמותו הכתיב לאשתו כתובה ותוספת ממאה וחמשה אלפים לבנים. ויהודה משיב לזה ב' תשובו'. א' מה לו בתועלת זה של גיסתו בהגדילו לה הכתובה מש"כ בריוח המעות מההלבשה כי יזכה הוא בחלקו הנוגע לו ולא הונח שיש לה תועלת להנאת גיסתו לא כל הריוח עולה יותר ממנה שהוסיף והגדיל הכתובה כי הריוח הנהוג בסך הנז' עולה י"ב אלפים ומה שהוסיף על הנדוני' אינו כי אם ז' אלפים ות"ק לבנים ואם חמותו נתרצת' מה כחה למחול וליתן דבר שאינו שלה. ואשר יהודה הטוען בא עתה לטעון ולערער בכל הנז' והוא ראה וידע את כל אשר נעשה מיום אשר מת חמיו וחמותו שהנדוניות שנתנו והחלוקו' שחלקו ועל הכל שתק ולא דבר ולא ענה כלל על זה תשובתו בצדו כי נתירא מלדבר ומלתבוע ולהתקוטט פן יהיה לבוז מהנושים אשר על כן שתק עד היו' והראיה שגם חלקו שנגע לו מהירושה עד היום לא נגע יד הכל מדאגה מדבר הבעלי חובים. ועתה שעזרו הית' תובע זכותו ועוד ראיה שלא מחל כי

הטענות והתביעות שנתעוררו עתה הוא לסבת ששאל שמעון מיהודה יכתוב ויחתום לו פטורין שאין לו עליו שום טענה ותביעה. ואז כאשר שמע זה אמר היאך אפטר אותך ויש לי עליך כמה וכמה תביעות. ובהיות שצוה ראובן שיתנו לבתו הגדולה הנשואה ט"ו אלפים לבנים וכן נעשה שניתנו לה כאשר צוה המת. גם נתנו לו ליהודה עוד ח' אלפים לבנים שהי"ל תביעה על ראובן חמיו כי שלחו לברוס' להלביש לה סך מעות ונדר לתת לו מחצית הריוח מההלבשה ההיא ועברו ביניהם זמן רב כי כשתובע יאוד' מראובן חמיו חלקו מהריוח עדיין היו לו קצת מהסחורות שלא נמכרו והנמכר היה בהקפה באופן כי לא יכול ראובן לדייק בחשבונו ככל הצורך באומרו מי יודע אם כל החובות יקובלו או יופסדו קצתם גם מהסחורות שלא נמכרו לא ידע ערכם על כן לא ירד כמו לעומק החשבון בדיוק וכעת שכל החובות נתקבלו והסחורות נמכרו ראובן יצא והלך לו בדרך הזה אשר לא שב עוד לביתו ובהתראו' יאודה עם שמעון גיסו האפטרופוסים ההם או אחר זמן זה תבע ממנו תביעה זו שהי"ל על ראובן חמיו ושמעון נתפשר עם יאודה גיסו בינו לבינו ונתן ומסר לו לידו בעד תביעה זו ח' אלפים לבנים ויאודה נתרצה בהם ומחל המותר. עתה בבואם לטעון זה על זה הנדוניות כנז' טוען שמעון שאינו רוצה לקיים דברי המת אשר צוה לתת לבתו ט"ו אלפים לבנים אשר כבר נתנ' זה זמן רב גם אלו הח' אלפים לבנים מהחשבון ממחצית הריוח הנזכ' גם אותם תובע מיאודה גיסו ואומר שלא נתנם לו לשום פרעון חוב כלל כי אם בראותו כי מטה ידו החזיק בו והלוה ממעות הירושה שעדיין יש בין כלם לחלוק מהאמצע הלוה לו בתורת הלואה ולא בתורת פרעון שום חוב. ויהודה טוען על זה אם מעות אלו בהלואה נתנו לו היה לך להלוות מכיסך כי יש לך רב אך לא מהאמצע שיש ליתומה הקטנה חלק בהם שהיא הבת הרביעית ולו היה בתורת הלואה למה הלוו אותם בלא שטר. ואם תשיבני שהאמנת בלא שטר כי אנשים אחי' אנחנו הלא על נכסי מלוג שבידי שהוא דבר הנוגע ביני לבין אשתי לא האמנ' לי כי אם בשט' כ"ש על הלואה שהלוית לי מהאמצע שלא היה לך להלוו' לי בלא שטר אלא כאשר לא היה כי אם פרעון חוב לא נעשה שטר כי חוב אין כאן שטר מאן דכר שמיה כי כל הניתן לי היה עמלי ויגיע כפי ואותו לקחתי לי ובכל עניינים אלו מן הט"ו אלפים שניתנו ליהודה הן צ"ח אלפים לבנים אין שום עדות שיעידו על יהודה שלקחם והיה יכול לכפור בהם אם היה רוצה אלא שמרצונו הטוב הודה ולא בוש ואמר כן באו אלי המעות הנז' אבל בזכותי ובחובי באו באופן שתוכן דברי שאלה זו היא אם זכו חתנים אלו שמעון ולוי בסכי נדונייתם אשר לא ניתן להם בחיי ראובן המתחייב האם יקחו נדונייתם קודם החלוקה מהירושה או נדונייתם מירושתם תחשב להם כיון שבשעת

מיתת ראובן המתחייב עדיין לא הגיע זמן החיוב שהוא זמן הנשואין. האף אמנם לוי יש לו טענה יותר חזקה לזכות בנדונייתו יותר משמעון כי במות ראובן עדיין לא הגיע זמן הנשואין כנז"ל אבל זמן נשואי לוי כבר עברו עידן ועידנין כי היה זמנו לינשא פסח הש"סה וראובן חמיו מת חשון השס"ו אלא מה ששואל יאודה אחרי שלא ערער על דבר הנשואין אם נאמר שנתרצה ומחל ונמצא שבמות חמיו נכנסו הנכסים בחזקת היורשים ולא עליהם מוטל לפרוע חוב הנדוני' וזאת היא טענת יאודה גם על לוי גיסו הגם כי עבר זמן הנשואין בעת מות ראובן חמיו גם הוצאות רבות שיצאו מהנכסים שבאמצע להוצאות החתנות משניהם משמעון ולוי הנז' על כל זה תובע יהודה אם זכו בהם ליקח כל זה קודם לוקחם חלק ירושתם ועל הכל יחלוקו הנשאר שוה בשוה גם על התעוררות שמעון לתבוע מיהודה גיסו הט"ו אלפים לבנים הנזכר שאינו רוצה לקיים דברי המת אחרי שכבר נתנם ליהודה הנז' וזכה זה בהם מימים ימימה אם טענתו אשר כזה טענה גם על הח' אלפים אם נאמן יהודה במגו ואם יש בטענתו ממש שטוען על שמעון גיסו מדוע לא הלויתני משלך או לא הכתבת עלי ש"ח כאשר עשית לנכסי מלוג ואם טענת יהודה טענה על אשר הוא נותן טעם לשתיקתו בכל הנזכר שמיראתו מהבעלי חובים שתק אבל לא מחל או אם נזכה לשמעון בכל מה שטען יהודה נגדו אשר אחרי מתתו נעשה כל הנזכר דהיינו שידע הכל והרבה דברים עברו על ידו ובפר' שחלקו קצת או רוב הנכסים מהירושה ומעט נשאר עדיין ביניהם לחלוק האם נאמר אחר שעדיין לא נגמרה חלוקתם עוד חזון למועד לטעון ולתבוע ובפרט שיהודה בהמשך טענותיו הוא אמר שתמיד בינו לבין גיסו היה מדבר עמהם מדוע יקחו להם תחלה הנדוניא ואח"כ לחלוק עמו בשוה אבל מי שיודע ועד בדבר האמת אתו או לא ועל כל דברי השאל' הזא' יבאו כגש' לנו דברי המורה יורה יורה ידין ידין על פי התורה יאיר עיני חשכתנו בתשובתו הרמתה בבירור שאין אחריו בירור ושכרו גדול מן השמים לעשות שלום בין איש ובין אחיו כי מצוה רבה היא ושלום תורתו יגדל וכסא כבודו בשמי' ממעל ועל הארץ מתחת יאדיר יתדיר לעד אמן.

תשובה יראה דהא מלתא צריכא רבה אם זכו בנותיו באותה פסיקא או לא דבפרק מציאת האשה תנן הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו אמרו חכמים יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן משמע דטעמא משום שאין דעתו נוחה ביבם הא לאחיו אלו היה קיים היה מוציא ממנו וכ"כ הר"ן ז"ל שאלו היה אחיו קיים היה כונס ומוציא ממנו בדיינים דדברים הנקנים באמירה היה. והא דתנן בפ' שני דייני הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל תשב עד שתלבין ראשה דמשמע דלא מצי מפיק מיניה הואיל ופשט לו את הרגל כלו'

שאינו חש בדבריו העמידה הראב"ד ז"ל כגון שמת או שהלך למ"ה ואין שם נכסים כלל שאם היו שם נכסי' כיון דדברי' הנקנים באמירה הם גובין לו מנכסיו ויש שהעמידוהו בשלא פסקו ע"מ בשעת קדושין אלא ששדכו תחלה ופסק ולאחר זמן קדשה ובכה"ג לא קנה מ"מ לדברי הכל פוסק בשעת קידושין דקנה גובין לו מנכסיו ומשמע דשדוכין על ידי קנין לא גריעי מדברים הנקנים באמירה בשעת קדושין שנשתעבד מעכשיו ואינו יכול לחזור בו. ומיהו איכא למימ' דדברים ע"י קדושין עדיפי טפי מקנין שלא ע"י קדושין דדברים בשעת קדושין בההיא הנאה דמתחתני אהדדי וכבר נקשרו הקשר אמיץ אשר לא במהרה ינתק גמרי ומשעבדי נפשיהו משום דליתא בחזר' אם לא ע"י גט והו"ל כנשואין דמההיא שעתא משתעבדי אהדדי אבל קנין שע"י שדוכין כיון דאיתנהו בחזרה שאם היום או למחר חוזרים בהם האיש או האשה אינן צריכין שו' גט להפריד ביניהם וגם אינם יכולים לתבוע זה מזה כלום דמסתמא לא כתבו אלא לדעת לכנוס אעפ"י שכנס לא זכה לפי שלא נשתעבד לו בשעת קנין ולא גמר ומקנה וכה"ג אשכחן גבי סבלונות ששנינו בפ' מי שמת שלח לה סבלונות מרובין שיחזרו עמה לבית בעלה הרי אלו נגבין ואסיקנא בין שמתה היא בין שמת הוא ואפי' הדר ביה איהו סבלונות הדרי ואע"ג דהתם איכא מסירה ממש ליד הכלה לא זכתה בהם ויכול לחזור בו וליטלן וה"ה והוא הטעם במה שפוסק האב לתת לבתו שאעפ"י שנתחייב לה בקנין לא קנה מעכשיו ויכול לחזור בו וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הטור בסימן נ' ראובן ששדך בתו לשמעון ופסק עמו ליתן סכום ידוע ומאותו סכום נתן לה מקצתו והלך ראובן ושדך בתו לאחר ותובע משמעון שיחזיר מה שנתן לו והשיב מה שנשאר ביד שמעון יותר מהסבלונות ששלח למשודכתו יחזיר לראובן שידוע שלא נתנם לו אלא אדעתא שתנשא לו בתו וכיון שקדשה לאחר צריך להחזיר ותשובת הרשב"א שהובאה שם בב"י מסכמ' לזה שאם שלח לחתנו בגדים ותכשיטין ואחר כך נתבטלו השדוכין בין שחזר בוח האב בין שחזר בו החתן חייב להחזיר לו הכל דכי היכי דהדרי סבלונות דשלח איהו לה הכא נמי הדרי מאי דשלחה איהי לדידיה דאמדן דעתה הוא שלא שלחה אלא על מנת שיכניסנה לחופה ולא יהא קנין זה גדול ממסירה גופה דהדרי ולא מהנו ליה כל שכן שלא יתחייב חמיו לתת לו על ידי הקנין.

ומיהו יש לומר דנהי דהדר ביה חד מינייהו לא מחייב לתת מה שפסק מטעם דאמדנ' היא שלא פסק לתת לו אלא אם ישא את בתו ולא עלתה על דעת שישאנה לאחר ויטול הלה מה שפסק אבל אי לא הדרי בהו כל שהם עומדין לנשואין זכה הבעל בכל מה שפסק האב מכח הקנין דנתחייב להכניס עמה בשעת הנשואין אבל אכתי איכא למימר דכל

שהאב יכול לחזור בו בכל שעה שירצה עכשיו שמת לא נתחייבו נכסי היורשים דהא נפלי זוזי קמי יתמי וירשו כל אותו זכות שהי"ל כדאמרינן בספ"ק דגיטין למ"ד הולך לאו כזכי דמי ואם בא לחזור חוזר אם מת משלח יחזרו ליורשיו אם לא משום מצוה לקיים דברי המת ובמוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול אמרינן אפי' יורש מוחל דאותו זכות שיש לאב מוריש ליורשיו וכל דאיתיה בחזרה ליתיה בשעבוד כלל. ותו איכא טעמא אחרינא מפני שכותבי' בשטר שדוכין קנסות לכת המתחרטת לומר שאם חזר בו אב הכלה אין החתן תובע כל מה שפסק לו אלא הקנס שקצבו על עצמן וסברא הוא לומר כן שאם אתה אומר שהחתן יכול לעולם לתבוע מה שפסקו לה נמצא שיפה כח החתן מכח האב שאם החתן חוזר בו אין עליו אלא קנס ואם האב חוזר בו צריך לפרוע כל הפסיקא ואנן סהדי שאין כונתם להתנות אלא במלתא דשויא לתרוייהו ואעפ"י שהקנין הוא על הכל וגם יש שבועה בדבר מאחר שהותר מכללו שהמתחרט יפרע כך וכך כל שהוא פורע הקנס מפטיר בהכי ואין מחייבין אותה לפרוע הפסיקא ויש להביא דוגמת ראיה לזה מהא דאמרי' בס"פ מי שאחזו א"ל בפני ב' ה"ז גיטיך ע"מ שתשמשי את אבא ב' שנים וחזר וא"ל בפני ב' הרי זה גיטך ע"מ שתתני ק"ק זוז לא בטל דברי האחרון את הראשון רצתה משמתו רצתה נותנת לה ק"ק זוז ופרש"י ז"ל דלא מטא גיטא לידה מתנאה קמא ולא בטל דבריו הראשונים פי' שלא בא זה להוסיף מדלא א"ל שתתני ק"ק זוז תוספת על תנאי הראשון ואעפ"י שיש שיטה אחריתי בהלכה זו מ"מ לענין הך דינא ליכא פלוגתא בינייהו הילכך ה"נ מדלא כתבו הכת המתחרט' מלבד שיתן מה שפסק עוד יפרע כו"כ משמע דבאותו הקנס השוה לשניהם הם מתרצים.

וכל זה היא אם היה כאן בן יורש הנכסים והיה מוחה בפסיק' שפסק האב יש טעם לפטור במה שהוא יותר מעישור נכסים וכ"ש כאן שיש טעם אחר שנפלה הירושה לאחיות שהן יורשות מן הדין אפי' תימא שהיא טענה לבת שפסק לה הנדוניא בתורת חוב עכשיו שמת ונפלו הנכסים לפניהם וותרה מה שפסק לה האב דומיא דהא דאמרינן בפרק מציאת האשה מי שמת והניח ב' בנות ובן וקדמה ראשונה ונטלה עישור נכסים ולא הספיק' שניה לגבות עד שמ' הבן א"ר יוחנן שניה וותרה וקיל"ן כר' יוחנן וכן פסק הרי"ף והרמב"ם בפ' שני מה' אישות ואע"ג דקיל"ן דבת ב"ח דאחי ומפקה מנייהו מבנונית שלא בשבועה לא אמרי' תגבה חוב' תחלה כשם שגבתה אחותה ואח"כ יחלוקו בשוה אלא כיון דאיכא ריוח ביתא מהנהו נכסים אינה יכולה לתבוע פרנסתה אע"ג דחוב הוא וה"ה אותה פסיק' שפסק לה האב ואין לחלק דשאני התם שלא פסק לה האב בפי' אלא עפ"י אומדן דעתו דאב יתנו לה והיכא דאית לה רווח' דבית' מהאי ממונ' אמדי'

לדעתי' דאב דדי לה בירושתה שהרי יש לה ממה שתפרנס עצמה שהרי משמת האב כבר זכתה ונעשה ב"ח דאחי למגבי ממשעבדי ומבינונית שלא בשבועה ואי אמרת משום כח אומדנא פקע שעבוד' כ"ש הכא דאיכא אומדנא טפי שאין דעתו של אב שתטול זה יתר על הקטנה אלא יהיו חולקין בשוה.

ועדיין היה מקום לומר שמאחר שחלקו כל א' מהבנות כפי אותה החלוקה אבד יהודה את זכותו ולא משום שתקנה בלבד דבכמה דוכתי אשכחן דשתיקה לאו מחילה היא אלא מחמת שזכו והגיע לידן מדעת יהודה ואשתו הו"ל כמתנה ולא הויא מתנה בטעות שהרי הוא עצמו טוען שהיה אומר להם מדוע יקחו הנדוניא מן האמצע אלא נראה שאין בכל מעשה זה דבר הנכר שיהא מתרה מאחר שהנכסים לא היו תחת יד יהודה רק גיסיו שמעון ולוי הם היו האפוטרופו' ובידם היה כל הממון והם חלקו לעצמן כאשר רצו וזה העני יהודה מה היה בידו לעשות אדרבא פקח היה שראה ושתק ונתרצה באותה החלוקה כדי שיתנו לו כפי חלוקתן ושוב יתבעם על השאר ולא שיצטרך לדון עמהם על הכל כאותה שאמרו בפ' בתרא דכתובות זה היה פקח שמכר לו את השדה מפני שהוא יכול למשכנו שאם לא היה מוכר לו את השדה היה מבריח את המטלטלים ולא היה יודע מהיכן יגבה ולא מצי למימר איבעי לך לממסר מודעא דחברך חברא איתי ליה וכו' ובר"פ חזקת ההוא דא"ל לחברי מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפ' זבינתא ואכלתיה שני חזקה א"ל פ' גזלנא הוא א"ל איתי לי סהדי דאתאי אמלוכי בך ואמרת לי זיל זבון א"ל משום דאמינא הב' נוח לי והא' קשה ממני כמאן כאדמון וכו' אפי' תימא רבנן ע"כ לא פליגי רבנן אלא בחיתו' דקעביד מעשה אבל דבורא עביד איניש דמקרי ואמר והכא לא מעשה הוא כיון שלא היו הנכסים בידו אלא הם חלקו לעצמן והוא ראה ושתק או נתרצה ולא מחה לאו כלום הוא דתועלת היה לו בזה להציל מחצה מידם ואם היה מוחה אפי' אותו המועט לא היה נוטל וכהא דאמרי' בפ' חזקת עיר לא הוה חזקה מ"ט דאמרי' כל שיבי דכרבא ניעול בה כלומר למה לו למחו' תועלת יש לו בזה ולא הפסד והכא נמי ל"ש.

ואכתי מספקא לי אם יש לדמותו להא דפ' איזהו נשך גבי מוכר פירות דקל לחבירו דאמר רב נחמן אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקי' מיניה ומסיק התם דגבי זביני מחילה בטעות הויא מחילה וכתב התוס' משם ר"ח דאע"ג דבכל דוכתי מחילה בטעות לא הויא מחילה הכא גבי פירות דקל נהי דהיה יכול לחזור בו מ"מ לא רצה לחזור כי היכי דניקום בהימנותיה ולכך איכא למימר שאעפ"י שהיה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר אף כאן כיון דאבוהון נתחייב בנדוניא נהי דאם

היה רוצה לחזור בו היה חוזר ואף יורש חוזר מ"מ כיון שראינו שלא מחה גלה דעתו שלא רצה לחזור אלא לקיים השטר שנתחייב מורישו ומצאתי להרשב"א ז"ל בתשובה הביאה בב"י א"ה סימן צ"א שנשאל על אלמנה ששדכה את בתה לשמעון ונתחייבה ליתן לו לזמן הנשואין כך מעות בנדוניא וקודם זמן נשואי בתה עמדה ונשאת לבעל ונתנה לו כל אשר לה ורוצה לפטור עצמה משמעון בטענה שכשחייבה עצמה לשמעון לא היו לה נכסים לפי שעדיין לא נשבעה שבועת אלמנה והשיב דגובה הוא דנכסים היו לה וכו' ע"כ ולא פטרה הרב ז"ל מטעם דאין שעבוד על האשה אם היתה חוזרת בה והשתא דנשאת בעל לוקח הוי ועדיף מיורש אלמא שעבוד גמור.

ומה שהוציאו צרכי המשתה מן האמצע שלא כדין עשו ויתחשב לחשבון חלק אותם שנשאו דתנן בס"פ יש נוחלין אין הגדולות מתפרנסות על הקטנות ולא הקטנות נזונות על הגדולות ותנן נשאו קטנות לבעל וכו' ואעפ"י שהרב המגיד כתב בפ"ט מ"ה נחלות בשם הרשב"א ודוקא שמחו אבל בסת' נזוני' ומתפרנסי' אלו עם אלו דסתמן שותפין נינהו ומוחלין זה את זה מ"מ הטור כתב בסי' רפ"ו בשם רבינו ישעיה איפכא דלא אמרינן מסתמא מחלו אלא יכולים לתבוע אלו מאלו ואף הרשב"א ז"ל לא אמרה אלא כשנהנים ומתפרנסים ביחד דהו"ל כשותפי' דלא קפדי אהדדי אבל אלו שהבת הגדולה נשואה היא ומתפרנסת בביתה משל בעלה והקטנה שמתפרנסת עמהן לאו בת מחילה היא אף הרשב"א מודה שיכולות לתבוע זו מזו. ועל טענת הריוח של ס' אלפים לבני' שלקח והלביש לעצמו מנכסי חמיו שנינו בפ' מי שמת השביחו גדולים את הנכסי' השביחו לאמצע אמרו גדולים ראו מה שהניח לנו אבא הרי אנו עושין ואוכלין השביחו לאמצע אלמא כל שלא אמרו ראו מה הניח לנו אין להם בשבח אלא לפי חלקם ור"ח גריס אם אמרו בב"ד והכי איתא בירושלמי ונתן טעם הרא"ש לפי שאם היה או' בפני ב"ד גם הם היו מעמידין פועלים להשביח בגדולים אין חילוק בין ב"ד לעדים ומספקא לן אם צריך לדעת הרא"ש שיאמר כן בפני הגדולי' דאיכא למימר אם היו שומעין כן היו מתעסקין להשביח ושמא אין צריך משום דחברך חברא אית ליה כדאמרינן גבי מחאה ומחר אי השביח קודם שיכולים לידע כגון בנ"ד שהיה זה בעיר אחרת דילמא לא מהני כ"ש דלפי הנראה בנ"ד אפי' בפני עדים לא אמר באותה העיר שמת בה ראובן ואין חילוק בין כשהשביח בקרקעו' להשביח במעו' או מטלטלין מעובדא דרב ספרא דשביק אבוהון זוזי שקלינהו ועבד בהו עיסקא דאי לאו משום דרב ספרא גברא רבא ולא שביק גירס' דהו"ל כמ"ד ראו הו"א שהשבח לאמצע. ובר מן דין דאפילו היה אומר ראו לא היה בדין להשביח לעצמו כיון שעדיין לא הגיע זמנו ליפרע ואפילו שהי' ב"ח אין לו זכות

בנכסים אלא אחר שיגבה בב"ד כדאמרינן באלמנה בפ' אלמנה נזונית דא"ל מאן שם לך ועוד דב"ד נמי לא מגבין לו כלום כי שמא לא תתרצה משודכתו להנשא לו אפילו אם היינו יודעים שהיא מתרצית הו"ל תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ואפי' עשאו שליח כדכתב התוספ' בספ"ק דגיטין ודלא כפרש"י הוכיחו מעובד' דיימר בר חשו דפ' הכותב הכי נמי לא חשיב שמעון זה כמו משודכתו עצמה שאם היתה אומר' ראו היה השבח לעצמה לפי שיש לה חלק בגוף הנכסים אבל שמעון זה אין לו חלק בנכסים כלל אלא בטענת משודכתו הוא בא וגדולה מזו כתב הרא"ש ז"ל דהא דאמרי' בגמ' אשה מאי עבידתה פרשב"ם אם אינה נזונית כגון שתבעה כתובתה בב"ד דשוב אין לה מזונות והניח בעלה נכסים מועטים שאין בהם כדי כתובתה אם אמרה ראו ונתעצלו ב"ד או היורשים השביחה לעצמו וכתב הרא"ש עליו ולא נהירא דלא מצינו דע"י ראו יהא השבח לעצמו אלא למי שיש לו חלק בגוף הנכסים אבל ב"ח ואשה בכתובתה אין להם לירד בנכסים אלא עפ"י ב"ד ואמרינן בכתובות אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום אפילו עשו לה ב"ד הכרזה אי אייקור ברשותא דיתמי אייקור עכ"ל. ואף רשב"ם ז"ל לא אמרה אלא בנכסים מועטים שאין בהם כדי כתובתה דכגבויים ועומדים דמו אבל כשיש חלק לאחרים בהם אמרינן מאן שם לך כדאמרינן בכתובות הילכך הכא בנ"ד אעפ"י שהיה ב"ח גמור ואפי' הגיע זמנו ואפילו בפני היורשים ובפני ב"ד ראו לא מהני ליה כל שנתבטלו ב"ד ולא הגבוה דמאן שם ליה וכל השבח שהשביחו נכסים הוא לאמצע כל שכן דלא הא ולא הא איתא.

ועל דבר הט"ו אלף לבנים שצוה ראובן שיתנו לבתו הגדול' איברא שהיה כאן אומדנ' דמוכח שראובן זה לא נתן לבתו הגדולה מתנה זו אלא בחשבו שיטלו הקטנות כל נדונייתם משל' קודם חלוקה דלא מסתבר כלל לומר שהיה רוצה להרבות חלק הגדולה שתטול יתר על מה שלקחה בנדונייתה כשהשיא' ויתר על החלק הנוגע בירושתה ט"ו אלף נוספים והבנות הנשארות תגרע נחלתן ושינשאו מאותו החלק המועט אבל יש סברא שלפי שראה שבנותיו הקטנות יש להם כבר נדוניא ראויה ומעות מדודים והגדולה נתעכלו כבר מעותיה וכל נכסי נדונייתה נתן לה חלף זה ט"ו אלף לבנים מהאמצע ואלו היה יודע שהקטנות מתפרנסות ונשאות מחלק ירושתן לא היה מוסיף לגדול' הנשואה דומיא דאומדנא דר"ש בן מנסיא דפ' יש נוחלין ששמע שמת בנו וכו' דאמרי' אילו היה יודע שבנו קיים וכו' ומ"מ אין לסמוך להעביר נחלה מיור' ליורש חדא שהרי כתב הרמב"ם ז"ל שבדורות האחרונים האלה לא ידון הדיין בסמיכת דעתו וכו' ועוד דהכא

לא הוי כל כך אומדנ' מוכרחת לגמרי דשמא דעתו של ראובן היתה קרובה הרבה אצל בתו הגדול' או שראה שהית' בדוחק וצמצום מחובו' בעלה וותר עמה יותר מדאי.
ועל דבר השמונה אלפים לבנים שפרעו לו בטענ' מה שחייב ראובן לחתנו מריוח המעות שהלביש בברוסה. יש מקום לומר שלא יתחייבו לתתם לו יותר על החלק הנוגע לו בירושה שהפי' תימ' שהוא כדברי חתנו שנתנום לו בתורת פרעון יכולים שאר גיסיו לטעון אם נתרצנו ולא דקדקנו עמך אות' תביע' היה מפני שגם בזה הית' מוות' לנו שלא היית תוב' לחלו' קודם הנדונייא' אבל עכשיו שאתה או' לחלוק וליקח כנגד מה שנטלנו בנדונייתנו אין רצונינו לוותר כלו' עמך אלא יקוב הדין את ההר ואתה מלוה ע"פ יש לך על ראובן ואינך יכול לגבות מנכסיו ואפילו אם היה בדבר עדי' שכך היה תנאי ביניה' שיתן לו ראובן מחצית הריוח מההלבשה וכשמת עדיין לא נגבו דמי הסחורו' אין לומ' דהו"ל כמלוה ע"פ בתוך זמנו דקי"ל כריש לקיש בפ"ק דבתרא דאמ' חזקה לא פרע איניש גו זימני' ומגבי אפילו מיתמי דכל שתנאי היו דבריהם לתת לו מחצית מה שירויח באות' הסחורות אינו בעין להקיפם לזמן ושיתן לו מחצית השכר שישתכר בהקפה אלא משהבי' הסחורה לעיר היה ראוי שיקח יהודה מחציתה בדמים שנקנית בברוסה או שישומו כמה היא שוה עכשיו למכרה בשוקא חריפא וכפי אותו הריוח יתן לחתנו מחצה הילכך משעה שהביא הסחורה לעיר מההיא שעתא זימניה ואיכא למימר שפרע לו חלקו ועוד אפילו אם היה כך תנאם שימכרו בהקפה ויחלקו בכל הריוח מלשון השאלה מוכח שכבר נגבו החובות הללו בחיי ראובן אלא שהרחיק נדוד ולא שב לביתו וכל כי האי גוונא לא מיקרי תוך זמנו דאפשר דשלח ופרע ואין שמעון ולוי גיסיו יכולים לטעון שלכך הניח חמיו שיתנו ט"ו אלפים לבתי מפני שכר טרחה חדא דהא אמרי' בפ' יש נוחלין האו' תנו לפלוני מאתים זוז בראוי לו נוטלן ונוט' את חובו ועוד שהו' היה חייב לחתנו והמתנ' היא לאשתו ואין לבעלה חלק בה.
אלא דאף זו אינה כלום דמאחר שאותם הח' אלפים כבר באו לידו ויכול לישבע שראובן חמיו חייב לו מצד אותו השותפות כאותו שעור הרי הבת הגדולה אשתו יכולה לתבוע חלק ירושתה משל' מאחותי' ומבעליהן ואינם יכולים לדחות ולומר כבר לקח בעליך ח' אלפים שתאמר אם בעלי תפס לעצמו אתם מה לכם עלי ואע"ג דבעל בנכסי אשתו לא בעי להרשאה הרי הם עצמם מודים שלא נתנו ח' אלפים אלו לידו בתור' נ"מ אלא לעצמו נתנו מחמת אותה תביעה ועכשיו רוצים לחזור בהם ולומר דאדעת' שיחזור ויתבע לה נתנו לאו כל כמינייהו להוציאם מחלק ירושתה בטענת מה שנתנו לבעלה אלא אם יש להם תביעה עליו וישבע להם ויפטר.

והנני חוזר על עיקר השאלה במה שפסק לבנותיו הנה ראיתי שנחלקו בה גדולי הדור שלפנינו דבא"י פליגי בה הרב רבינו מהר"י קארו ז"ל והרב מהר"ר יוסף צייח ז"ל ובשאלוניקי פליגי בה הרב מהרשד"ם והר' מהר"י אדרבי ז"ל שמהרשד"ם ז"ל כתב בפשיטות בסי' של"ד שלא זכתה הבת במה שפסק לה האב ומהרי"א כתב בפשיטות בסי' שע"ט על נדון אחר שמאותה שעה זכתה ולא הביאו ראיה לדבריהם אמנם רבותינו שבארץ ישראל באו בארוכה ומהר"ר יוסף צייח ז"ל האריך להוכיח שלא זכה החתן באותה פסיקא ולא נשתעבד האב מאותה שעה והשתא דמית קפצה נחלה לפני שתיהן וחולקות בשוה ואם מפני הקנין הואיל ואין השעבוד נגמר מיד לא מהני ליה קנין דבההיא שעתא הדרה סודרא למאריה כדהביא בטור ח"מ סימן קצ"ה וכהא דאמרינן בהאשה שנפלה משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום כלתה משיכתו והכא נמי כיין שאין קונין באמיר' זו עד שעת נשואין לא קנה מהשתא ובשעת נשואין הדרא סודרא למאריה והרמב"ם ז"ל נמי ס"ל דקנין לא הוי כמעכשיו ואי מטעם דזמנו של שטר מוכיח עליו כתב ז"ל דלא אמרינן אלא היכא דא"צ לכתוב הזמן אבל הכא היה צריך לכתוב הזמן מפני הזמן שקבעו לנשואין וכן מוכח מדברי הטור בסימן רנ"ח בשם הרמ"ה ע"ש אלו דבריו אעפ"י שדברים אלו אינם מוסכמי' מכל הפוסקים מ"מ מידי ספק לא יצאנו והעמד נכסים בחזקתן. ועוד כתב הרב הנזכר שכל שלא גמר הקנין עד שיכנוס כמ"ש הרמב"ם בפרק מה' זכיה וז"ל ואין קונין באמירה זו עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס הואיל וקודם שכנס נפלו הנכסים לפני היורשים והם מרובים לא מצי למגבי מנכסי היורשים כל זמן שהוא מוציא נכסים בני חורין של משודכתו דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי וב"ח מכאן ולהבא הוא גובה כדמסי' בפ' כל שעה והנה דברי הרבנים הנז' באו בארוכה ועדיין לא מצאתי בדבריה' ראיה חותכת א' מן הצדדים.

גם בתשובת הרב מהר"י ן' לב ז"ל ח"ג סי' צ"ג נסתפק אם זכת' הבת במה שפסקו לה ותטול אח"כ חלק ירושתה או דוקא אמרו אחר שינשאו ואי אזלינן בתר אומדנא והעלה דלא יהא אלא ספק כיון שלא נמצ' לא' מן הפוסקים דבר ברור בזה לא מפקינן משאר בשר.

ותו מספקא לי במי ששידך את בתו ופסק להכניס עמה במאה וחמשים זוז ושוב נפלה לה ירושה מבית אבי אמה והשיאה מאותה ירושה אם יכולה הבת ובעלה להוציא מאבי' מה שנתחייב לתת לה ואין להבי' ראיה מההיא דתנן בפ' הנושא הפוסק לאשתו ע"מ שיזון את בתה חמש שנים ונשאת הוא נותן לה מזונות והם נותנים לה דמי מזונות אע"ג דחד כריסה הוא דאית לה ולא מצי אמר לה לזון נתחייבתי והרי יש לך מזונות דשאני

התם דאיכא חיוב לדידה כדתנן והיא נזונית מנכסים משועבדים מפני שהיא כב"ח אבל הכא אינה יכולה לתבעו מפני שלא נתחייב לה כדמוכ' מההי' דפ' מציאת האשה לאחי' הייתי רוצה ליתן וכו' ואם הית' זוכה הבת באותה פסיק' לא היה יכול לומ' כן כדהבי' הר"ן ז"ל משם רבינו האיי ז"ל דפוסק לבתו קנת' אעפ"י שמת חתנו והבע' אינו יכול לתבעו שהרי הוא אומר פסקתי להכניס' בק' זוז הרי הכנסתיה ואם נטלתי משל בתי מה לך עלי שהרי עדיין לא זכית בירושתה וגם זה אין להוכיח דמצי מפטר בהכי מההיא דאמרי' בפרק מי שאחזו ההוא גברא דאמר לאריסיה כ"ע דלו תלת דלוותא ואכלי ריבעא את דלי ארבעה ואכיל תילתא לסוף אתא מטרא דקי"ל כרבא דאמר הא לא איצטריך ושקיל אריסא תילתא אף על גב דלא דלה משום דלא איצטריך ה"נ נתחייב להכניס לה בתו בנדוניא והא לא איצטריך דדילמא שאני התם דכיון דאתא מטרא א"א להשקות אבל הכא נתן לה פסיקת' נוסף על ירושה והדבר צריך הכרע וחפץ הייתי להעמיק שאלה בזה ובכמה צדדים דשייכי להא מילתא גם במה שהאריך מה"ר צייח ז"ל להוכיח שאין כאן הקנאה אלא שעבוד ואין הפנאי מסכים מפני ביטול בית המדרש.

כללא דמילתא הואיל ונחלקו רבותינו האחרונים בדבר זה ויש להעמי' נכסים בחזקתן והבא להוציא מכח השטר מטעם מתנה או חיוב עליו להביא ראיה מכל מקום נראה לי שיעשו הדיינים דרך פשרה ביניהם ובאותה פשרה יעדיפו לקטנה שלא נשאת יותר על הגדולה שכב' נשאת בחיי אביה כפי ראות הדיינים חדא לפי שכבר השיאה אביה בחייו ואין לה טענת חזקה על האחרות כמו הקטנה שעדיין לא נשאת ועוד שכבר הניח לה אביה ט"ו אלף לבנים ואולי היתה דעתו שהיו כנגד נשואי שאר בנותיו שינשאו מהאמצע ואחר כך יחלוקו. ומה שהוציאו לצרכי המשת' יתחשב מחלקם והריוח של הס' אלף לבנים השבח לאמצע והח' אלפים שנתנו ליאודה ישבע יאודה שחמיו היה חייב לו כשעור אותם ח' אלפים ויפטר. זהו שנ"ל בדברים אלו והמקום ברחמיו יצילנו שלא נכשל בדבר הלכה יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן צד

שאלה ילמדנו רבינו אשה א' מנשי בני הנביאים נאספה אל עמה ובעת מותה עשתה צוואה ע"פ התורה ובכלל צוואתה עשתה בית אחת אוולד וואקוף כפי נימוס הישמעאלים כאשר כתוב בס' הזכרונות והאשה הזאת הניחה ג' בנים כלם אנשים וב' בנות. וזה לשון הוואלד ואקוף אני האשה מנחת זאת הבית לג' האחים בני מאב לבן נוספת עד סוף כל הדורות ואם חס ושלום יפקד אחד מן האחים בניו ובני בניו ובני בני בניו עד סוף כל הדורות הם ירשו את מקומו בשותפות ב' האחים הנשארים ואם

חס ושלום לא ישאר לו זרע זכר יורש עצר בנותיו עד סוף כל הדורות הם ירשו את מקומו בשותפות הב' אחים הנשארים ואם חס ושלום לא ישאר לא זה ולא זה הב' אחים הנותרים ירשו חלק אחיהם הם ובני בניהם ובהעדר זרע הב' אחים חס ושלום ישאר זכותם לשלישי ולבני בניו ובהעדר זרע השלשה חס ושלום מהשכירות הנזכר כסום יכסמו גורל אחד ל"ה לעניי קהל קדוש גרוש וגורל אחד לעזאזל לעניים אשר במיכה. ועתה שאול שאל האיש שאחד מן האחים ירד מנכסיו ורוצה למשכנה או למכרה בסכום מעות וכל זמן שיחזרו המעות ללוקח יחזרו הבתי' לו ולזרעו אחריו אם יש לאל ידו לעשותו כפי לשון השאלה אם אין. המאיר לארץ ולדרים יאיר עינינו בה ושכרו כפול מן שמים.

תשובה ברם לזו לא הוצרכנו לדברי רב אחא בר עויא דאמר בפרק יש נוחלין שלח רב אחא בר עויא לדברי ריב"ב נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה דהיינו דוקא לרבי יוחנן בן ברוקא דאמר התורה נתנה רשות לאב להנחיל בתורת ירושה לכל מי שירצה מבניו אבל לרבנן כיון דאינו יכול להרבות בירושה לזה יותר מזה בלשון מתנה כי אמר נכסי לך לראשון לשון מתנה הוא ויכול להפסיקה וכאן שנתנה אשה זו לשלשת בניה היורשים בפי' אמרה לשון ירושה הויא אפילו לאחין הרי לשלשתן הניחה בשוה כדינן בירושה וירושה אין לה הפסק וזה אפילו למ"ד דלשון הנחה בש"מ הוי לשון מועיל למתנה ש"מ לפיכך זכו שלשתן מדין ירוש' שאין לה הפסק וכל אחד מהם יכול למכור ולתת כאדם שהוא עושה בשלו. וגם אין לחוש משום מצוה לקיים דברי המת כההיא דפ' שפחתי עשתה לי קורת רוח בפרק השולח וכן בסוף פרק קמא דגיטין דכאן לא יצא הדבר מחזקתו ורשותו וגם לא צוה ליורשה בפניהם על כך בין לר"ת בין לרי"בא ולהרמב"ן בין להריטב"א כמו שביאר להם ז"ל והמה בכתובים. ומה גם דלא שייך כאן מצוה לקיים דבריה כנגד מה שכתוב בתורה דכיון דזכו בניה מתורת ירושה הואיל ולא עקרתה בהדיא רוצה היא שתהיה לירושה הפסק כדאמרינן בגמרא איהו אפסקתא ורחמנא אמר אין לה הפסק כלו' דמתנ' על מ"ש בתורה הוא ומשום הכי דבריה בטלים וכיון שאנו מבטלים דבריה לפי שהם כנגד מ"ש בתורה היאך מצוה לקיים דבריה לבטל מ"ש בתורה ודברים ברורים הם שאין בצוואה זו ממש ושלום הצעיר יוסף.

סימן צה

שאלה צוואה שכתוב בה אנחנו חי"מ נכנסנו לבקר את החכם השלם כמה"ר חיים שלום ז"ל וצוה מחמת מיתה שאשתו פלוני תתפרע מדמי בית פ' ונכסי ארגז פ' יהיו נתונים

לה וכו' וכן עשרים אלפים לבנים שחייב לו עכו"ם אחד ע"י פוליסה להנתן חצייה לבתו פ' בתנאי וכו' אמנם בעד הילדים בני ר' שמואל הניח העשרה אלפים הנותרים מהעשרי' של הפוליסה. ועוד ב' אלפים מהפרחים שבביגיזטי"ן שהם שנים עשר אלף בתנאי זה שיהיו עומדים ביד הגביר כה"ר משה נר"ו בתורת פקדון גמור עד אשר יגדלו הנערים ויהיו נוהגים כשורה אז יחלוק בין שניהם הגביר הנז' מחצה על מחצה ואם לא יהיו נוהגים כשורה אז ימסרם ביד אביהם כה"ר שמואל הנז' וע"ד אמת חתמנו וכו' ועתה יורנו רבינו אם צואה זו קיימת או אם יש לבטלה לפי שאין כתוב בסוף השטר שכל מה שהיה מצוה היה מחמת מיתה אעפ"י שכתוב בראשונה בדבר אשתו אפשר שמתנת בתו ומתנת בני בנו היתה מתנה מחיים וצריכה קנין ועוד לפי שהיא הלואה שביד עכו"ם וכתב הרב בעל המפה דשכיב מרע לא יוכל להקנות הלואה שיש לו ביד עכו"ם ואפילו יש לו משכון או שטר מן העכו"ם יש להסתפק אם יוכל להקנות וכן נראה לי להורות עכ"ל היכי נדייניה דייני להך דינא הלכה למעשה.

תשובה אם מטעם שלא כתב באחרונה שכל זה היה מצוה מחמת מיתה אין לחוש בזה שכל שהזכיר החולה ענין מיתה בדבריו אפילו קודם שהיה מדבר במתנות ובשעה שצוה לא הזכיר כלל ענין מיתה דיינין ליה כמצוה מחמת מיתה כדמוכח בעובדא דפרק מי שמת באחתיה דרב דימי דאמר ליה רב נחמן לסהדי היכי הוה מעשה אמרי ליה הכי אמרה ווי דקמייתא ההיא איתתא פירש רשב"ם ז"ל אמרה כששלחה בשביל אחים ווי דקמייתא ההיא אתתא ולא תראה את אחיה שאינו רוצה לבא אלי ומפני כך בטל רב נחמן הקנין והשיור שכל שאנו רואים שהשכיב מרע דואג מן המיתה כל דבריו ומתנותיו בסתם כמתנת שכיב מרע דיינינן להו ולא תימא לאוקומי ממונא הוא דאמרינן הכי בקנין דשמא מחמת מיתה ואם עמד חוזר אבל לאפוקי ממונא לא אמרינן שתתקיים המתנה שאף על פי שהוא דואג מן המיתה היה שמא מחיים נתן ולא היה שם קנין והא לית' שכל שהוא בחזקת דואג מן המיתה כגון המסוכן או שקפץ עליו חליו כל מתנותיו בסתם אפילו במקצת כמתנה לאחר מיתה דיינינן ליה כדמוכח בעובדא דגניבא דבפרק המקבל דיוצא בקולר הוה דאמר הבו ארבע מאה זוזי לר' אבינא מחמרא דנהר פניא ועשו שם מתנתו כדין מצוה מחמת מיתה אף על גב דלא קנו מיניה ובפרק מי שמת הביא הרא"ש זכרונו לברכה דברי הרי"ף ז"ל שכתב דיוצא בקולר ומפרש ויוצא בשיירא ומסוכן כלהו בצוואה דידהו כמצוה מחמת מיתה נינהו וכתב הרא"ש ז"ל ולא מסתבר טעמיה במפרש ויוצא בשיירא דודאי יוצא בקולר אין לך מצוה מחמת מיתה גדול מזה כדאשכחן באחתיה דרב דימי דאמרה ווי דקמייתא ההיא אתתא קרי לה מצוה מחמת

מיתה אע"ג דלא הזכירה מיתה בשעת המתנה וכן מסוכן שתקף עליו החולי כל צואתו חשבינן ליה מחמת מיתה אפילו לא הזכיר מיתה שהוכיח מהירושלמי שאחר שלשה ימים נקרא שכיב מרע וכל צואתו מחמת מיתה הוא וכן כתב בעל העיטור. ובקפץ עליו החולי אפי' קודם שלשה ימים אין צריך להזכיר ענין חולי ולא מיתה. והרמב"ם ז"ל בפרק ט' מהלכות זכיה כתב המסוכן והוא שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו כמצוה מחמת מיתה הוא והרי דבריו ככתובים וכמסורים הרי שאעפ"י שאינו מזכיר מיתה סתמו כפירושו והוא הדין במזכיר מיתה על עצמו שאין צריך להזכיר על ענין המתנה. ובמרדכי בפרק מי שמת הביא תשובת מהר"ם ז"ל באותה שאמרה לקהל אחר מותי באו לחדרי וקחו כך וכך לצדקה וביום השני קראה אל אחיה וא"ל כל אשר בחדרי אילך ולאחיותיך והשיב מהר"ם ז"ל דכיון שאמרה אחר מותי אין להקדש אלא אחר מיתה והרי חזרה בה ונתנה לאחיותיה ובין מה שנתנה לצדקה בין מה שנתנה לאחיותיה הכל נקרא מצוה לאחר מיתה וקניא במקצת בלא קנין ואפילו שלא הזכירה מיתה באחרונה דכיון דמעיקרא הזכירה מיתתה מצוה מחמת מיתה קרינן ביה כדמשמע בפרק מי שמת עד כאן ובתשובותיו בסימן קפ"ח שם הביא גם כן הך דפרק מי שמת ואמר מכאן אני רגיל לפסוק שכל שכיב מרע שהזכיר לעצמו שם מיתה הויא קודם שנתן כל מה שהוא נותן שגם כן יש לו דין מצוה מחמת מיתה.

אבל מדברי הרב רבי אליעזר ממיץ זכרונו לברכה יש לחוש וכבר הביא דבריו מהר"י קארו בח"מ סימן רנ"ג מהמרדכי אהא דהלואתו לפ' קנה שפסק הר' אליעזר ממיץ דה"מ הלואת של יש' אבל הקפו' של עכו"ם אשר פיהם וכו' לא סמכא דעתיה ואפילו במתנת ש"מ לא קני ע"כ ונר' בעיני שקרוב הדבר שאפילו יש לעכו"ם משכון ביד ישראל דהוי כמו הקפ' וישר' מעכו"ם לא קני משכון עכ"ל איברא דזאת מצאנו גזרה חדשה לא ראינו כן לשום אח' מהפוסקים וכגון זו לא הוו שתקי רבוותא מינה דומה למ"ש הרי"ף ז"ל אי איתנהו להני מילי דרב יהודאי לא הוו שתק הגמרא מינייהו כמו שרגיל מהר"י ן' לב לכתוב בתשובותיו אדרבא מצאנו בדברי הפוסקים האחרונים הורו בפשיטות דין מתנת שכיב מרע בחובות העכו"ם וגם הרב מהר"י קארו ז"ל תמה על סברא זו לומר דמה איכפת לן אי לא סמכא דעתיה דמקבל ואמר שזה דעת הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חלקו בין הלואה דעכו"ם להלואה דישראל ובס' מאירת עינים הביא מ"ש מהר"ר איסרלס בד"מ דמ"ש המרדכי דלא סמכ' דעת' אינו ר"ל של המקב' אלא של הנות'. וס"ל דמאחר שהנות' עצמו לא ס"ד שיפרענו העכו"ם א"כ לאו למתנה גמורה קמכוין ולכך לא קנה וכתב שאפילו יש לו משכון או שטר יש להסתפק אם יוכל להקנות ואיברא

דאם ההקפה היא בענין זה שאפילו הנותן לא סמכה דעתו שיפרענו העכו"ם יש ליתן טעם לדברי הר' אליעזר ממיץ ז"ל דכיון דמתנת שכיב מרע דרבנן שלא תטרף דעתו עליו אם אינן מקיימים דבריו בלא קנין בכה"ג לא מצטער כלל שאין לו בהם סמיכה שיפרעום ולמה תטרף דעתו עליו וכן משמע מלשונו דקאי בהלואות והקפות דהלואה לחוד והקפה לחוד דההקפה היינו בהקפת החנות שמקיפים ונפרעים וחוזרים ומקיפים ויכולים לומר פרענו הכל ואפילו לדידהו אין לו דין הלואה כיון שעשוי לתבוע לאלתר כאותה ששנינו לענין שביעית הקפת חנות אינה משמטת ואם עשאה מלוה הרי זו משמטת והיינו דיהיב טעמא אשר פיהם דבר שוא שהדבר תלוי בו אם ירצה לשקר ולומר לא היו דברים מעולם או פרעתי אבל הלואות שמלוים לזמן בכתב ידם כהנך לא מפיהם אנו חיים ומפקי מינייהו בדיניהם לא מצי למימר פרעתי כל זמן שהפוליסה ביד המלוה הני ודאי נכסי מעלייתא אקרו והיאך נוכל להכחיש את המוחש ולומר שבעל הנכסים אינו סומך דעתו שיפרעם ואנו רואים שכל בעלי כיסים נותנים ממונם בריוח זה ליתן לעכו"ם על ידי פוליסה ובטוחים עליהם יותר מהקרקעות ושאר משאות ומתנות ולענין כתובת אשה וב"ח יש גובים ממטלטלי דיתמי כתב המ"מ ז"ל שבדורות הללו משתעבדי בלא תקנה דהוי כגמלי דערביא וכאשלי דקמחונ' דסמכי' עלייהו.

וכתב הרא"ש זכרונו לברכה בתשובה הביאה הבית יוסף באבן העזר סי' ק' וזה לשונו ששאלת אם כתובת אשה נגבית מן החובות. ראיתי את רבותי וכן נראה לי הדין שהאידנא שכל עסקינו ופרנסתינו בחובות והלואות העכו"ם הווין כאשלי דקמחונא ועיקר אסמכתייהו עליהם דאל"כ הפקעת רוב כתוב' בנות ישראל וכתב הרב בב"י ונר' דאצטריך להאי טעמא לאותם שאינ' משעבדי' בכתובה מטלטלי וגם אינם נוהגים עפ"י תקנת הגאונים אף כי דברי הרב תמוהים אנו מי איכא למאן דלית ליה תקנת הגאונים והלה פשטה תקנתם בכל ישראל ועוד דמשמע דבשאר מטלטלים פשיטא ליה דגביא דאם לא כן הפקעת רוב כתובות שהנכסים כמטלטלים וכמעות דמיין. אלא נראה לי שהר"אש חובות איצטריכא ליה שהרי הר"שבא בתשובו' הכריח בכמה מקומות שאין שעבוד שטרות שעבוד לפי שאין גופן ממון כמ"ש בסי' תתק"יד. והנימקי יוסף בשלהי בתרא כתב כל האחרונים הסכימו דמטלטלי דיתמי השתא דתקינו רבנן לגבות כתובת אשה וב"ח ממטלטלים משום דסמכה עלייהו כדאמרינן בכתובות ארנקי דמחוזא אתתא גביא פורנא מינייהו ה"ה לב"ח והרי אנו נוהגים בכל יום לגבות לכתובה ולב"ח מחובות שביד העכו"ם אלמא חשבי להו כמטלטלין גמורים דסמכינן עליה' ואיך נאמר שלא יועילו בהם דברי ש"מ דאיהו גופיה לא סמיך עלייהו.

איברא דלטעמא שאמרו בהלואתו לפלוני דהואיל ואיתיה בבריא במעמד שלשתן איתיה נמי בש"מ הכי אסיק רב אחא התם איכא לעיוני ולמידק דלדברי ר"ת ורבינו יצחק ז"ל דס"ל דאין דין מ"ש בעכו"ם בבריא מעתה הלואתו של עכו"ם לא מקניא במתנת ש"מ הואיל וליתיה בבריא במ"ש ודבר תימא הוא כיון דאיתא לסברת רבוותא ז"ל היכי לא משתמיט שום פוסק או מחבר שיאמר בהלכות מתנת ש"מ דלדברי אותם הגדולי' דאין מ"ש בעכו"ם אין בו דין מתנת ש"מ לטעמא דרב אחא והא לאו מלת' פסיקתא היא לומר דהא בהא תליא דלטעמא דרב פפא הואיל ויורש יורש' יש בה דין מתנת שכיב מרע ואפשר דרב אחא לא פליג אהך טעמא אלא חדא ועוד קאמר מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ויתכן שכן דעת הרי"ף ז"ל מדהשמי' כלה מילתא דאם איתא דנפק' מינייהו לענין דינא הי"ל להביא דברי מי שהוא עיקר לענין הלכה והר"ן ז"ל עלה דרב פפא הואיל ויורש יורשה כתב זה לשונו ולפי זה אויר נמי הואיל ואיתיה בירוש' בלא גוף איתיה נמי בשכיב מרע ומיהו טעמא דרב פפא לא סליק. אך התוס' ז"ל כתבו דאף לטעמא דרב פפא ניחא דיורש אינו יורש דירה ולא אויר בלא בית ולפי דבריהם אפשר דטעמא דרב פפא נמי סליק וכן מוכח מדמייתי בספר המאור מימרא דרב פפא ופירשה לפיכך קנאה במתנ' ש"מ דשויוה רבנן כירושה מה שאין כן בדירה ובאכילת פירות שאין יורש יורשם בפני עצמם אלא עם הבית ועם הקהל וכו' משמע שרוצה לעשות טעם דרב פפא כעיקר ומשמע דטעמא רבה הוא דמתנת שכיב מרע כירוש' שויוה רבנן ולא חיילא אלא לאחר מיתה ומהאי טעמא נמי אמרינן גבי גר דכיון דליתיה בירושה ליתיה במתנה אף על גב דאיתיה בבריא בקנין ובהנך תריסר אלפי דהוה מסיק איסור בי רבא אמר אי במ"ש אי שלח לי לא אתינא אע"ג דאיתנהו במ"ש ליתיה בגר במתנת שכיב מרע ואם איתא דס"ל כרב אחא כל כי האי מילתא הוה צריך לפוסקים לאודועי. ועוד תמיה לי כיון דטעמא דתקון רבנן במתנת שכיב מרע דליקני באמירה בעלמא היינו שמא תטר' דעתו עליו כדפרשב"ם מתוך שיודע שלא יקיימו בניו צואתו א"כ מה יעשה זה שנכסיו בחובות העכו"ם שפרנסתו מהם במאי ליקני להו ודאי תטרף דעתו וגם אין לו דרך להקנותם לפי' נ"ל דאף לטעמא דרב אחא דבעי' דאיתיה בבריא במ"ש הני נמי איתנהו במ"ש שיאמר ישראל לעכו"ם הריני מפקיע חיובי ממך במה שאתה מתחייב לזה ממילא מתחייב העכו"ם לתתו לישראל זה דלא אמרו דלא תקנו מ"ש בעכו"ם אלא לענין הנותן שלא הפקיעו ממונו ע"י מ"ש דעכו"ם כדכתבו התוספו' אבל כשהוא מפקיע חובו בלשון מחילה לענין חיוב העכו"ם שפיר מתחייב במ"ש דלא יפה כחו מישראל ודמי למ"ש ע"י שליח דכתב הרמב"ן הבו דלא לוסיף עלה וכת' הרא"ש דוקא לענין

הפקעת הממון מן הנותן אמר הבו דלא לוסיף עלה אבל לא לענין זכיית המקבל דאפילו ע"י שליח זכה כ"ש לענין העכו"ם שאין זה זכות אלא חיוב שפיר גמיר ומשתעבד. ועוד שאפי' שלא מחלו הנותן אלא שהמחהו במ"ש נהי דלא הופקע ממון הנותן ויכול לחזור בו מ"מ לענין שיתחייב לעכו"ם כל זמן שיש' חוזר בו ודאי חייב דלא יהא כח העכו"ם חמור מכח יש' שהוא מתחייב בע"כ למקבל ועוד דבדיניהם דיינינן להו כמו שכתבו התוספות היכא שהנותן עכו"ם הילכך איתיא בברי' קרינן ביה כיון דמצי לאפוקי מיניה דעכו"ם בע"כ כל זמן שלא חזרו בהם הבעלי' דחשיב טפי מדייתיקי דאמר' בפ"ק דמציע' ובפ' מי שמת מאי דייתיקי שכתוב בה אם לא אחזו' בי עד שעת מית' ואמרי' דזו היא מתנ' ברי' כמתנ' ש"מ ומיקרי מתנת בריא ויש בה זכייה כדמוכ' התם כ"ש הכא שיש חיוב ודאי אצל העכו"ם שלא יוכל העכו"ם לחזו' בו והכא נמי מוכר דכה"ג מיקרי איתי' בברי' מדאמרי' בפ' מי שמת בההוא ש"מ דאמ' נכסי להאי דמעברת דאמ' רב הונא לא קנה דהו"ל מזכה לעובר ופריך ליה רב נחמן מהא דתנן אם ילדה אשתו זכר יטול מנה וכתבו התוס' דלרב נחמן מתוקמא באומר לכשתלד ובלא קנין ויכול לחזור בו ואעפ"כ ס"ל בההוא עובדא דש"מ דקני וע"כ משום דמקרי איתיה בבריא. ובר מן דין הלואה שיש בה כתב מקניא שפיר בש"מ דהא איתי' בבריא ע"י כתיב' ומסיר' ואעפ"י שלא אמר שמקנ' את השטר כמ"ש בפי' דמי דשטרא אפירא דהלואה הוא וע"י נקנית ההלואה והשעבוד ולא דמי לדירת בית ופירו' דקל דמקרי ליתיה בבריא משום שצריך להוסיף קנין חדש דהיינו קנין הגוף וכן בקנין אגב קרקע שכת' התוס' שכל שצריך להקנות דבר אחר עם ההלואה לא חשיב איתיה בבריא אבל הכא השט' במסיר' דלא הוסיף בקנינו כלו' אע"ג דנייר מקני אינו מקנ' גוף הנייר שאינו שלו אלא של לוה ואע"ג דאמ' בהספינ' דקני לצור עפ"י צלוחיתו וכן בפר' הפרה גבי נכסי הגר התם אם אינו גובה החוב מהניא ליה שטרא לצור על פי צלוחיתו אבל הכא למגבי ביה בעי וכשיגבה צריך הוא להחזיר את השטר ללוה שהלוה נותן שכר ואפי' אם נותן המלו' כשיגבה ממנו גוב' דמי השכר ומחזירו כדאמ' בעלמא זימנין דזייר לי' אפשיטי דספרא הלכך אין למלוה בגוף השטר אלא שעבוד' הוא דמזבין ליה וכשאומר ש"מ הלואתו לפ' שעבידו הקנה לו וכמי שמסר לו את השטר דמי. וכן מוכח מלשון רש"בם שכתב שם וז"ל הלואתו לפ' ממון שחייב לי פ' כמלו' ע"פ כו' ואע"ג דבבריא ליתיה דאין אדם יכו' להקנו' לחבירו מלוה על פה דלהוצאה ניתנה ואין קנין תופס אלא בדבר שהוא בעין אא"כ מלוה בשטר שהוא יכול להקנו' ע"י מסירה. ועלה מסיק הואיל ויורש יורשה. אי נמי דאיתיה במ"ש הילכ' אפי' למ"ד מלוה ע"פ לא קנה מלוה בכתב קנה. ואפי' למ"ש המ"מ בשם הרשב"א בפ' עשירי

שצריך הש"מ לומ' בפי' קנה לך איהו וכל שעבודא דאי' ביה זהו כשנתן לו את השטר במתנה אבל כשנתן לו ההלואה היינו שעבודא ואין צריך לפרש יותר.
ומה שהביא מהר"ם מפאדואה ז"ל בתשובותיו סימן נ"ז שמסתפק בהלואה דעכו"ם בשטר לא נסתפק אלא על דעת ה"ר אליעזר ממיץ שכ"כ אמנם הקפות של עכו"ם איתא במרדכי דאפי' במתנו' ש"מ אינו קונה על שם ה"ר אליעזר ממיץ אך בשטרות של עכו"ם צ"ע כי לפי ריהטא דשמעתא משמע דמדבר במלוה ע"פ וצא בשטרו' ודברי הרא"ם סובבים על דברי הגמ' הם שגם הוא הרא' פנים שלא אמרה הר"א ממיץ אלא במלוה ע"פ וכבר כתבתי דאי איתנהו להנהו מילי היינו באותו ענין שהוא חוב העומד שאף הבעלים עצמם אינם סומכים דעתם שיפרע ולא חשיב גבייהו שיחוש או יתבטלו דבריו.
וכבר ראיתי לחד מרבוותא בישראל גדול שמו עשה לה סמוכות לסברא זו של הר"א ממיץ ז"ל מדין מ"ש בעכו"ם ודלה מים מבורות עמוקים דהך טעמא דלא סמכא דעתיה למד מדברי רש"י בפרק האיש מקדש מר סבר כי קאמר רב הני מילי בפקדון אבל במלוה לא פרש"י בפקדון דאיתיה בעין וסמכא דעתיה דמקבל משמע דטעמא במלוה דפליגי משום דלא סמכא דעתיה דמקבל דלמא יפרענו באשראי ספק אתי ספק לא אתי וכיון דאפילו בישראל איכא מאן דאמר דלא קני בעכו"ם לכולי עלמא לא קני והיינו דקאמר רבינו תם הבו דלא לוסיף עלה. ומיהו לא נהירא דאי טעמא דלא סמכא דעתיה היינו משום דאשראי הוא ספק אתי ספק לא אתי ולפקדון לא שייך האי טעמא אם כן כי אמר רבינו תם הבו דלא לוסיף עלה היינו במלוה דעכו"ם דאפילו בישראל סבירא דעתיה דלא לקני אבל בפקדון דלא הוי אשראי קני במ"ש וליתא דבפירוש אמרה רבינו תם ז"ל דלא תקינו מ"ש כשהנפקד עכו"ם. והיינו כמו שפירש רבינו יצחק את דבריו דכיון דעכו"ם לאו בר זכיה לא תקינו ביה מ"ש. ועוד דהך טעמא לית ביה משאה דמקבל מאי פסידיה דלא נסמוך דעתיה עילויה. ועוד דטפי הוה ליה כקונה שטר חוב דלא לקני משום דלא סמכא דעתיה דקונה שנותן דמי' וחושש שמא למחר יתפשר עם הלוה וימחלנו כדאמרי' גבי אשה.
ועוד דעיקר טעמא דסבירא דעתיה למפלג במ"ש בין פקדון להלואה לאו משום סמיכות דעת הוא אלא טעמא רבה איכא דבפקדון כיון דאיתיה בעיני' ואפשר לזכותו לזה עשו בו תן כזכה אבל מלוה דליתיה בעיניה היאך אפשר למזכי ליה היינו דאמרינן בפ"ק דגיטין דאמר רבא מסתברא מלתיה דרב בפקדון אבל במלוה לא והאלקים אמרה רב אפילו במלוה. וטעמא מאי אמר אמימר נעשה כאומר לו בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך כולי ופרש"י מ"ט במלוה קנה הא ליתא בעיניה דלקניה ומשני

נעשה כולי הילכך כי א"ל תנהו לפ' איגלאי מילתא דמשעת מתן מעות אשתעבד ליה משמע דטעמא דס"ד דרבנן דלא קני משום דליתיה בעיניה הוא דאי טעמא משום דלא סמכא דעתיה מאי מהני מאי דאיגלאי למפרע דמההיא שעתא אשתעבד ליה וכן לשנויי' דרב אשי דבההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה גמר ומשעבד נפשיה לא מיישב' בהכי טעמא דלא סמכא דעתיה א"כ מה ראה הרא"ם ז"ל לתלו' טעמא דמלוה בסמיכות שלא נזכר בגמ' כלל. ודברי רש"י שבפרק האיש מקדש שכתב בפקדון איתיה בעין וסמכא דעתיה דמקבל לא לענין מ"ש קאמר דאהא מאי איריא דלא סמכא דעתיה דמקבל אלא לענין אשה קאמר דכיון שהיא באה להקנות עצמה על ידי קדושין לא סמכא דעתה במ"ש זה למקני נפשה ולאו מטע' דאשראי הוא אלא מטעמא דלעיל מדשמואל דיכול למחול דגבי פקדון כתב רש"י וסמכא דעתיה דמקבל כלומר בהא ליכא מאן דפליג משום דקשיא ליה מה שהוקשה לתוספות אמאי לא מוקי פלוגתייהו בסמכא דעתא לכך כתב דבפקדון ודאי סמכא דעתה ובמלוה אף על גב דבעלמא אפשר דלא סמכא הכא מדנקט לישנא דקנה משמע לגמרי ואינו יכול למחול הילכך מוקי פלוגתייהו דליתיה למ"ש שכתב במלוה כך נראה לי מפשטן של דבר רש"י ז"ל ולא בא לחדש סברא מנפשו זולת הטעם המפורש בגמ'.

ולרווחא דמילתא אמירא דנר' דבנ"ד שהזכיר הפוליס' הוא כמי שנתן הפוליס' עצמה שהם עשרה אלפים לבנים שחייב לי עכו"ם א' ע"ין פוליסא ולא הזכיר הפוליסה אלא לשעבודא דידה שע"י הפוליס' נשתעב' לו ועל ידה משעבדן עכשיו למקבל ואין לומר מראה מקום הוא שלא היה לו לומר ע"י פוליסה אלא שבפולוסה ועוד ממה שאמר עכו"ם אחר מכלל דלא בדיק בשמיה אלא עכו"ם א' יהיה מי שיהיה ולא אמר ע"י פוליסה אלא להקנותה וכההיא דספ"ק דנדרים קונם פי מדבר עמך ידי עושות עמך רגלי מהלכות עמך אסור ופרכינן הא אין נדרים חלים על דבר שאין בו ממש ומשני באומר יאסר פי לדבורי ידי למעשיהן פי' הרא"ש נעשה כאומר דכיון שדעתו לאסור נעשה כמפרש כך דייקא נמי דקתני פי מדבר עמך ולא קתני שאני מדבר עמך משמע דממה שהזכיר הפה והידים אנו אומרין דלכך הזכירם לאוסרם לתולדותיהן והר"ן ז"ל כתב נעשה כאומר דהא אמר קונם פי מדבר עמך משמע דקאי אדבור ומשמע דקאי אפה הילכך כיון דסתם נדרים להחמיר אמרי' דאפה קאי ולדידיה אין ראיה דמשמע ליה שהלשון מסופק שאם היה דעתו על הפה לא היה לו לומר מדבר אלא קונם פי וידי עליך אבל הכא הוצרך להזכיר סכום המעות לשעבודן ואמר ע"י פוליסא להקנותם דהוה ליה כקני לך איהו ושעבודה דאית ביה כ"ש דבש"מ הואיל וגילה כוונתו בלישנא קמא אנו גומרים בעדו כדאמרינן

בפ' המקבל גיטו כמתנתו ומה גט אעג"ב דלא פירש כיון דאמר כתבו אע"ג דלא אמר תנו אף מתנה וכאן הואיל ואמר ע"י פוליסה הורה כוונתו שרוא' להקנות הפוליסה והזכיר העשרי' להזכיר שעבודה ואף להרשב"א הרי הוא כמי שפירש איהו וכל שעבודיה.

ולענין הקנאה כתב יד של עכו"ם בכתיבה ומסירה ראיתי חלוף סברות ברבני הדור ז"ל שהרב מהר"ר שלמ' הכהן ז"ל בח"ב סימן קמ"ו חוכך בדבר דאפשר דלא חשיב כתב יד של עכו"ם בכתב יד דישראל להקנותו בכתיב' ומסיר' אלא כמלוה ע"פ דמי ותו לגבי הנכרי אפשר שלא יועיל להקנאתו שעדיין אפשר שיטען העכו"ם לאו ב"ד דידי את והרב מהר"ר בצלאל ז"ל כתב בתשובותיו סי' ל"ו הוא וחכמי מצרים הסכימו דברי מי שעלה בדעתו לחלק בין כ"י דישראל לכ"י דעכו"ם והסכימו דכתיבת יד הנכרי נקנית בכתיבה ומסירה דמ"ש מכ"י דישראל כיון דשעבוד נכסים לא מעלה ולא מוריד למכירת שטרות כ"י דעכו"ם עדיפא דלא מצי למימר פרעתי ועוד דקדק דברי הטור מספר התרומות כמ"ש שם ובאמת כי ספקותיו של הר' מהרש"ך אינן מוציאי' מודאי של מהר"ר בצלאל וסיעתו ולא נתיישבו אצלו כי מ"ש הטעם שכתב של נכרי אפש' דלא חשיב להקנותו בכתיבה ומסירה מ"ט לא חשיב אי משום שכתו' בגופן שלה' הרי כתב ס' התרומות שהכל נקרא כתב ואי משום שהלוה זיל בתר טעמא שהראי' שבו מכר כדכתב בס' התרומות ודבר ברור הוא דלראי' טפי חשיב כתב יד העכו"ם עליו מכ"י ישראל דעכו"ם לא מצי למימר פרעתי ומה שכתב עוד ותו דאת"ל שיהא כתב יד הנכרי חשיב ככ"י ישראל אב' לגבי העכו"ם שהוא הלוה אפשר שלא יועיל הקנאת השטר בכתיב' ומסירה שעדיין אפשר שיטעון הנכרי ללוקח לאו ב"ד דידי את וזה טעם גדול שלא יועיל הקנאת כתיבה ומסירה כיון שעדיין יש פקפוק אם יקבל הלוה לפרוע ע"כ דבריו. ולא ידענא מאי אידון בהו שאם רצה לומר שהעכו"ם ודאי יאמר לאו בד"ד את מה בין עכו"ם לישראל כי היכי דישראל לא מצי למימר הכי מטעמא דכתב בספר התרומות דלישנא דקני לדידיה ולכל שעבודא דאית ביה עדיף טפי מדון לנפשך הו' הכי נמי בעכו"ם ואדרבא לגבי עכו"ם עדיף דבדיניהם אפי' בלא כתיבה ומסיר' לא מצי למימר הכי שכן כתוב בנמקי יוסף בשם הריטב"א ז"ל ועוד אמר שאם חזר ומחלו אינו מחול דבדיניהם דיינין להו. אילו היה רואה זה הרב מהרש"ך ז"ל לא היה כותב בעכו"ם שיש לו ש"ח על ישראל שמקנהו בכתיבה ומסירה דודאי לא צריך שום הקנאה ותכף הופקע זכותו ואינו יכול למחול והיאך יכול לומר לקונה לאו בעל דברים דידי את ועוד דבספר התרומות בחוב של עכו"ם מיירי ואמר שנקנה בכתיבה ומסירה ובידוע שלא ראה מהרש"ך ספר התרומות שעדיין לא יצא טבעו בדפוס כאותה שאמרו לא שמיעא ליה ואי שמיע ליה הוה הדר ביה. ומעתה נבא לנ"ד

דאפילו תימא שהדבר ספק מאחר שאין בנו כח לברר הדבר אין לנו להוציא המעות מיד השליש שהיו בידו המעות מפי המצוה והיה נושא ונותן לתועלת הילדים וזכין לאדם שלא בפניו. והא לא מקרי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים לפי שחב ליורשים בתפיסה זו כדמוכח בפ' הכותב גבי יימר בר חשו דאי לאו משום בעלי חובות אחרים לא מקרי במקום שחב לאחרים מפני שחב ליתומים בתפיסה זו אם תפיסה דלאחר מיתה מהניא ועוד דהאי שליש כאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים דמי ולא גרע מיתומים שסמכו אצל בעל הבית ואפוטרופוס יכול לתפוס אפילו במקום שחב לב"ח אחרים כמ"ש המפרשים ז"ל ותו דהכא לאו תפיסה היא דבהתירא אתא לידיה מתחילה ואותו צוה החכם ז"ל שיגבה הפוליס' שבידו ויקח את הדמים לבני בנו ולקחם בצווי וזכה להם וכבר ביארו התוס' בשלהי פ"ק דכתובות דטעמא דאין הולכים בממון אחר הרוב בההיא דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דר"פ המוכר פירות דאע"ג דרובא מזבני לרדיא לא מפקינן ממונא מיד המוכר לפי שבהיתר באו המעות לידו ומדעתו נתנם לו הלוקח אעג"ב דיש ספק אם זכה באותם המעות כיון דהוי מקח טעות ורובא מסייע לקונה אע"ג דמוכר מחזיק מספק דהא לא מצי למימר ללוקח אתה מן המיעו' דזבני לשחיטה כדכתבו התוס' שם מ"מ אמרי' זוזי היכ' דקיימי לוקמי ולא מיקרו תפיסת ספק כההיא דתקפו כהן דרובא בהתר' וברשו' אתי לידיה והו"ל אידך השתא המוציא מחבירו.

וכ"ש השתא דהנך זוזי שגבה מן הפולי' ליתנהו בעינייהו שהרי נשא ונתן בהם והלוה ברבית לזכות הבנים כבר נעשו נכסי הבנים מקבלי המתנה והבא לגבות ולהוציא משלהן עליו להביא ראיה תדע דאפי' בגזלה ממש אמרינן בהגוזל ומאכיל את בניו דכשאין גזלה קיימת כגון שאכלוה או שמכרוה לאחרים פטורים אף על גב שיש ביד' דמי המכירה משום דחשבינן להו השתא נכסי דיתמי משעה שמכרוה והכא נמי מההיא שעתא שהלוה הפקיד' לאחרים אעפ"י שעדיין הם בעין ביד הלוה כמאן דליתי' בעיניה דמי דמלוה להוצאה ניתנה כדאמרינן בפ"ק דקידושין המקדש במלוה אע"ג דאיתנהו להנהו זוזי בעין אינה מקודשת וכן לענין מכר משעה שנמכר אעפ"י שעדיין הדמים ביד הלוקח כמאן דליתנהו דמו כדאמ' פ' מי שהיה נשוי דאמר בני גזלן ללוקח שנתן דמי הקרקע לבעלים אנן מטלטלי שבק אבון גבך ומטלטלי לב"ח לא משתעבדי והלוקח יוצא חלק מן הקרק' ומן הדמים שכבר נעשו מטלטלין של בנים שאם הקדישום מוקדשי' ולקדש בהם את האשה ולכל דבר ועכשיו היורש שבא לתבוע מגבה בעי ואינו יכול לגבות מספק.

ומה גם דהכא איכא תרי ספקי ספק אם זכו הבנים במלוה של עכו"ם במתנת ש"מ ואם תמצא לומר שאין הלואת העכו"ם ניתנת במתנת ש"מ אכתי שמא כשיש עליה כתב

יד נקנית הואיל ואיתיא בבריא ע"י כתיב' ומסירה וכבר היה רגיל הרב מהר"ר יוסף בן לב ז"ל לומר דבתרי ספקי מפקינן מיד המוחזק הואיל ואינו זוכה אלא א"כ נפשוט שני הספקות כ"ש היכא דאינו ביד המוחזק אלא ביד פקיד דודאי לא מפקינן מיניה כ"ש דהני תרי ס' תרוייהו פשיטן לי דהלואת עכו"ם אלו נתנום במתנת ש"מ בפרט אותם שיש עליהם פוליסה וגם שכתב יד העכו"ם נקנה בכתיבה ומסירה. ועוד נראה שהפקיד הגביר נר"ו מחוייב לקיים דברי הצוואה אחר אשר החכם השלם ז"ל בידו הפקיד רוחו וצוהו וזרזו פה אל פה להיות בידו המעות הללו ולתתם לילדים שהרי כתב המרדכי בפ' מי שמת דמצוה על השליש לקיים דברי המת וכופים לו לתתם ביד מקבל המתני' ולא ביד היורשים ובהא מילתא דמצוה לקיים דברי המת יש סברו' חלוקות לראשונ' ז"ל דלרבי אפרי' שהביא המרדכי בפ' מי שמת דלא אמרי' מצוה לקיים ד"ה אלא היכא דלא שייך ביה קנין כגון ההיא דהמשליש לבתו מעות וההיא דתנו שקל לבני בכל שבת וההיא דפ' שפחתי עשו לה קורת רוח שאי' קנין נתפש בהם אמרו מצוה לקיים תדע דהיכא דאמרי' פ' שפחתי אל ישתעבדו בה אין בדבריו ממש לפי שהיה יכול להקנות וצריך לייש' לשיטתו ההיא דהלואתו לפ' לס"ד דמקשה דפריך והא ליתיה בבריא דהיינו משום דמשמע ליה דבמתנה גמורה קאמר וזוכה בה אפילו ביתומים קטנים דלאו בני מעבד מצוה נינהו דהכי משמע הלשון אמר הלואתו לפ' ולדבריו ז"ל הכא את"ל דלא מקני הני הלואות לא בכתיב' ובמסירה ולא במע"ש א"כ תקני ליה משום מצוה לקיים דברי המת וכופין ולהרמב"ן ז"ל שהביא הר"ן בספ"ק דגיטין שאפילו לא הוציא הדבר מרשותו כל שמינה שליח או שצוה ליורשים מצוה לקיים דבריו וכאן מינה שליח וצוהו על כך. ולהראב"ד ז"ל שהביא הריטב"א ז"ל בתשובה כמ"ש בח"מ סימ' רנ"ב דהיכא שצוה למי שיש בידו ספק לעשות מצוה לקיים דבריו הכא נמי צוה לגביר הנזכר שיש בידו ספק לעשות שהפוליסה בידו וכתובה על שמו והוא הלוה המעות לעכו"ם בחזקת שהם שלו הרי יש בידו ספק לגבותם ולעשות כל מה שצוה המת בהם. אך לרבינו תם ז"ל יש להסתפק שהוא ז"ל כתב בהא דאמרינן מלד"ה מיירי דוקא כשהושלש מתחילה לכך כי היכי דלא תיקשי ממעשה דאיסור גיור' דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אעג"ב דהוא ביד שליש אלא שלא הושלש לו מתחילה לכך כן כתבו התוס' בפרק מי שמת והרא"ש ז"ל בס"פ מציאת האשה ומיהו ממה שכתב שם הרא"ש והא דאמרינן בגיטין פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח עשו לה קורת רוח וכופין את היורשים לשחררה אם לא נתקררה אלא בשחרור התם נמי כביד שליש דמי לפי שהיא מוחזקת בגופה עד כאן משמע מדבריו דבמה שהוא עכשיו בשעת מיתה ביד שליש מספיק אעפ"י שלא

הושלש לכך דומיא דשפחה שחזקת גופה לעולם היא שלא על דרך שחרור ועכשיו לא נתחדש בה דבר שהרי לא שחררה ובשעת מיתה ברשותא דיתמי קיימא וידה כידם ועדיפא מידם דאין קנין לעבד בלא רבו ואכתי לא נפקא מתורת שליש. לכך נראה דלא הצריך רבי' תם שיהיה מושלש מתחילה לכך אלא בבריא דלא אמרי' בי' מצוה לקיים דברי המת אלא כשמסר לו מתחילה לכך דחשיב כזכיה ולהכי הביא מאיסור דלא היה יכול רב מרי לזכות אלא מתורת בריא אם היה מושלש על דעת כן היה זוכה כמו שאמר בבריא ועכשיו שהיה כבר ביד רבא אעפ"י דלאחר מיתה איתא כההיא דפ' שפחתי גבי גר דליתיה בירושה ליתיה בזכיה דלאחר מיתה. והתוס' תירצו הא דפ' שפחתי עשו לה קורת רוח ואמר שצ"ל דגבי שחרור יש לנו לומר יותר מצוה לקיים ד"ה מבשאר דברים ויקשה על זה מההיא דלא ישתעבדו בה דאמרינן אין בדבריו כלום והלא לשון זה חשוב לענין שחרור טפי מן נחת רוח דלא אמרו בו מלד"ה ונ"ל דלכך הוצרך הרא"ש ז"ל לתרץ באותו ענין. ועוד נראה דמאחר דהתוס' והרא"ש כתבו דמה שצ"ל דמיירי שהושל' מתחילה לכך כי היכי דלא תקשי ממעשה דאיסור גיורא הרי כתבו התוס' בסוף דבריהם ועוד היה מפרש רבינו תם דלא שייך הכא מצוה לקיים ד"ה בעובדא דאיסור דכל דליתיה בירושה ליתיה במצוה לקיים ד"ה כדאמרי' גבי מתנת ש"מ מעתה נסתלק אותו החילוק דבעינן שיושלש מתחילה לכך אעפ"י שכתבו התוספות מיהו בדפירשי לעיל ניחא טפי מ"מ רבינו תם לא אמרה אלא מכח ההיא והא תבריה לגזיזיה אי נמי דלעני גר דליתיה בירושה היה צריך שיושלש לכך שתהא כזכיה מחיים כדפירש לעיל אבל בש"מ כל שהיה ביד השליש בשעת מיתה מצוה לקיים דבריו.

ושמעתי שיש מי שאמר שהואיל ומקבלי מתנה אלו ילדים קטנים הם לאו בני זכיה נינהו אלא א"כ יזכה לו אחר והא לא מיקרי איתיה בברי כל שאין הדבר תלוי בנותן שמא לא ירצה אחר לזכות בשבילו. ואין זה אלא סמיות עינים דהא מעמ"ש דחשיב איתיה בבריא הכריע הר"ן ז"ל כדברי הפוסקים הראשונים דבעינן שיתרנה הנפקד או הלוה לתת ולא מצי עבדי מע"ש בע"כ וזה אין תלוי ברצון הנותן ותו היכא דליתיה למקבל הכא לא לקני במתנת ש"מ כיון דליתיה בבריא אא"כ זכה לו ע"י אחר וההיא דפרק מי שמת דאם ילדה אשתי זכר יטול מנה והא דאמרינן עלה ההוא דאמר לדביתהו נכסי להא דמעבר' דאיירי בש"מ מדקאמר עלה ולוקמה כר' יוחנן בן ברוקה וד"ה בפי' בש"מ אייר כדכתב התוס' ובפרק יש נוחלין הכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפטרופא ואפי' קטן המוטל בעריסה ומוכח התם דבש"מ אייר דבתר הכי בעי רבא בבריא היאך ות"ל דלא שייך ביה מתנת ש"מ ובסמ"ג הביא דין ש"מ שנתן לקטן במתנת שכיב מרע

שאם יש לקטן אפטרופוס או אב יכולים היורשים לומר פרענו וימצא בדברי המפרשים הרבה מזה אלא שאין להאריך בדברים בטלים כאלה.

סימן צו

אנחנו הבאים על החתום נכנסנו לבקר את החולה הנבון וחשוב כר' משה זאלמא בכר' שלמה נ"ע ומצאנו אותו שוכב על ערש דוי אמנם דבריו ומלוליו נכונים ונכוחים ושאלנו אותו והשיב לנו על הן הן ועל לאו לאו וראה שהכביד עליו החולי ורוצה לצוות מחמת מיתה ואמר לנו בבקשה מכם הטו אזנכם לאמרי פי שאני מצוה בפניכם מחמת מיתה ומסדר סדר זה בנכסי עזבוני שכל מה שימצא מנכסי ממקרקעי וממטלטלי כל דבר דמתקרי נכסי מחוט ועד שרוך נעל אחר שתפרע אשתי שטר כתובתה יטלו היורשים הנוגעים בנחלתי י' אלפים לבנים בלבד שאני משאיר להם מנכסי ולא עוד. ואח"כ יטלו חברת ביקור חולים של ספרדים י' אלפים לבנים וחברת ת"ת של ספרדים י' אלפים לבנים וכל מה שישאר הכל כאשר לכל אני נותן לאמי היקרה וחשובה מ"ר שולטאנה תמ' במתנה גמורה שרירה וקיימא ותעשה היא מהם כל מה שלבה חפץ כטוב וכישר בעיניה להקדיש כל מה שתרצה ולהוריש ולהנחיל ולתת במתנה כחפצה ורצונה ואינש לא ימחא בידה מן יומא דנן ולעלם. כל הדברים האלהי צוה כר' משה הנ"ז מחמת מיתה וצוה שלא יהיה רשאי ושלא יוכל שום נברא בעולם לבא נגד צוואתו זאת לא בכלה ולא במקצתה. זהו מה ששמענו מפי המצוה כה"ר משה הנ"ז ולראית האמת כתבנו וחתמנו פה שמותינו ביום חמישי ח' ימים לחדש ניסן שנת חמש' אלפים שפ"ד ליצירה פה קוסטאנטינא והכל שריר וברור וקיים. צוה לחתום כ"ר משה הנז' ומודה בה לפ"ק. משה ארוך מעיד. אברהם פומיינטה עד. בנימין מוסאל עד.

תשובה זו צריכה לפנים ולפני ולפנים פה קדוש יאמר דבר זה הדבר הקשה יביאון א"ל משה גדול הדור לפני פרנסו והוא זן ומפרנס לכל לפי ענייננו והלמד מענייננו הרי אני כבן ותלמיד היושב לפני רבו הוי שואל כענין ויהי כמשיב להלכה. זאת אשיב אל לבי הנ"ל ע"ד דמתנה זו מבוטלת היא תבטל ולא תהוי כעבורי אחסנתא ומתנה על מ"ש בתורה. ותנן בפי"נ איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום כו' וכתוב בטור בשם הרמ"ה ז"ל בסימן רפ"א וז"ל היכא דתלה לירוש' דראובן בלא יירש דשמעון כגון שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן לאו כלום הוא וה"מ דתליא נחלת ראובן בהעברת נחלת שמעון אבל אם אמר ראובן בני יירש נכסי ולא יירש שמעון כיון דאמר ראובן בני יירש קנה ודקאמר שמעון בני לא יירש מילתא באנפי נפשה היא עד כאן.

מיהו הנ"י ז"ל כתב ואמר אם סיים בדברים ואמר אלא שאר בני יירשו כל הנכסי' דבריו קיימים כל' וכן מ"כ בחדושי הרשב"א והר"ן ז"ל שכתבו ודוקא כשאמר כן ושתק אבל אם אמר איש פלוני בני לא יירש עם אחיו אלא אני נותן כל שאר הנכסים לשאר בני דבריו קיימים עכ"ל בח"י מב"י ומ"מ הכלל התפוס ודפוס בידנו הוא מה שאמר הטור בשם הרמ"ה ז"ל סתם ואין אחר כך מחלוקת. וכתוב בב"י שדבריו נכונים ונמוקם עמם וקצת דברים אלו כתב ה"ה ז"ל בפ"ו מנחלות וז"ל לפיכך האומר בני בכורי לא יטול לפי שנים בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום וכו' פירוש כגון שלא אמר יותר אבל אם אמר בבירור אבל אני נותן כל שאר נכסי לאחיו זכו אלו וכשאמר בלשון מתנה ופשוטה וי"א שאם אמר לא יירש עם אחיו ושאר אחיו יירשו הכל זכו ואין צריך לומר אם אמר בלשון מתנה כך כתב הרשב"א ז"ל עד כאן. ותמיה אני דאדרבה יראה דפליגי שהרי אמר לגבי בכור הדין דאומר אבל אני נותן כולי ולשון אבל נראה שהוא חוזר למ"ש בתחילה בני בכורי לא יטול פי שנים וסיים באבל ואמר אבל אני נותן כל שאר נכסי לאחיו ונראה דאין לחלק בין מסיים במתנה לירושה ואף כי אמרו בבכור בלשון מתנה היינו משום דכתיב ביה לא יוכל לבכר ולא סגי בלאו הכי אבל לגבי פשוטים וכן בן בין הבנים הכל דבר אחד וה"ז חולק עם הרמ"ה ז"ל שכתב באומר לא יירש שמעון אלא ראובן שאין בדבריו כלום. והרמ"ה ז"ל נמי הוא דינו באומר לא יירש שמעון אלא אני נותן במתנה גמורה כו' ויראה דהא ודאי לא שנא בראובן בנו או אחד מן השוק כל שתלה מתנתו דלא יירש דשמעון ובדידיה תליא מילתא ולא במה שהוא נותן או מוריש אלא במה שתלוי בו ויש לגמגם בדברי ה"ה ז"ל שפתח באבל לגבי בכור וכשאמ' לא יירש עם אחיו דקאי אפשוטים לא כתב בו אבל אלא סיים סתם באמרו ושאר אחי יירשו כולי ואי הוי אבל שאמר בתחלה בדוקא הול"ל ה"נ לגבי פשוטים כיון דחדוש הוא שחדש וי"ל ע"צ הדחק דשמא הב"י משמע ליה מ"ה דאבל לאו דוקא א"נ דאפילו פליג עליה בחדא מכל מקום ז"ש בקצת מדברי הרמ"ה ז"ל כתב ה"ה ז"ל והיינו הך דכשלא אמר אבל ולא שתק אלא סיים ואמר ושאר בני יירש בזה כ"ע מודו ואף כי הרשב"א ז"ל אמרה כשאמר בתחלה לא יירש וסיים לומר ושאר בני יירשו והרמ"ה ז"ל מפרשה כשאמר בתחלה ראובן יירש ולבסוף הוא דאמר ולא יירש שמעון ואפשר היה לחלק בדבר בדקות אלא דמכל מקום אעפ"י שאין ראיה זכר לדבר הוא.

ומ"מ מידי פלוגתא לא נפקא ונכסי בחזקת יורש קיימי ובנ"ד הרי אמר שאחר שתפרע אשתו כתובתה יטלו היורשים עשרת אלפים לבנים בלבד שהוא משאיר להם ולא עוד ואמר דאחר כך יטלו החברות כולי ומה שישאר הוא שנותן לאמו במתנה גמורה והז"ד

למ"ש הרמ"ה ז"ל ועדיפא מינה ואפשר לפרש בכה"ג דלא מפרשינן במחלוקת והכא שאני דבפ"י אמר בחברות שיטלו אחר כך ור"ל אחר שלא יירשו עוד היורשים שאינו משאיר להם עוד וה"נ אמר לגבי אמו שמתנתה הוא במה שנשאר מהיורשים ע"פ דבריו שאמר שלא השאיר להם עוד ולא יטלו כי אם אותם הי' אלפים בלבד ובכה"ג ה"ז מתנה על מ"ש בתורה ואין דבריו קיימים את זה קיימתיו מסברא אנא דאמר ליה ידענא והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי נחת הוא הצעיר.

הא דחזי לכ"ת תיוהא בהך מתנתא ממ"ש בה יטלו היורשים י' אלפים לבנים שאני משאיר להם ולא עוד ואח"כ יטלו החברות כך וכך כו' וכל מה שישאר אני נותן לאמי במתנה דמדמה לה למה שהביא הטור סי' רפ"א בשם הרמ"ה היכא דתליא לירוש' דראובן בלא יירש שמעון כגון שאמ' לא יירש שמעון אלא ראובן לאו כלום הוא ואמר שהרשב"א ז"ל חלוק עליו כמ"ש המ"מ בפ"ו מה' נחלות שכתב עלה דאיש פ' בני בכור לא יטול כו' כגון שלא אמר יותר אבל אמר בבכור אבל אני נותן כל שאר נכסי לאחיו זכו אלו כו' ופשוט אם אמר יירש אחיו ושאר אחיו יירשו הכל זכו כולי ותמה על זה הרב מהריק"א ז"ל שכתב על דברי הרמ"ה ז"ל דברים נכונים הם ונמוקם עמם וקצת דברים אלו כתב המ"מ בשם הרשב"א דאדרבא נראה דפליגי במ"ש אבל אני נותן כו' על החלוקים אנו מצטערים אלא שבאת לחלק עלינו במה שהם שוין כאן וכמדומה דמשמע ליה לכ"ת דטעמיה דהרמ"ה דתליא לירושה דראובן בלא יירש שמעון לומר דאי לא הא לא קיימא הא שאם לא יתקיים דבורו במ"ש לא יירש שמעון לא יתקיים ג"כ מה שאמר שיירש ראובן והא ליתא דאדרבא במה שחזר ותקן דבריו כי מ"ש לא יירש שמעון לפי שראובן יירשנו ומנ"ל שתלה דבריו זה בזה אלא טעמו של הרמ"ה ז"ל שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לאיזה מבניו שירצה אבל אין לו רשות להוריש חלק בן זה לאחיו וכן ביאר בתחלה שאם אמר ראובן יירש חלקו וחלק שמעון לא אמר כלום דלאו כל כמיניה לאורותי חלקיה לאחריני וכמ"ד לא יירש שמעון דמי ואמר וכן היכא דתליא לירושה דראובן בלא יירש דשמעון כו' נראה דמהך טעמא גופא הוא שלא הנחילו מעצמו כלום אלא שחלק שמעון רצה שתה' עובר' לראובן דא' לא יירש שמעון אלא ראובן וא"א לה שתעבו' והוא אינו רשאי להעבירה אבל אמר לא יירש שמעון אלא ראובן יירש כל הנכסים שפיר דמי דירש מכחו קאמר ובהא פליג הרשב"א ז"ל שהבי' המ"מ דודאי בתורת מתנה יהיב ליה ומה לי דאמר בתחילה לא יירש שמעון דלא מכלל זה יורש ראובן אלא שזיכהו בפ"י וכן בדין הראשון אם אמר פלוני בני אני נותן לו חלקו וחלק אחיו דבריו קיימים ולא אמר הרמ"ה אלא כשאמר בלשון יירש חלקו וחלק אחיו

לא כל הימינו לאורותי חלקיה לאחריני יתר מכאן דאפילו אמר בלשון ירושה למי שראוי לירושה אם מכחו כגון שאמר לא יירש שמעון אלא אני מוריש לראובן הכל דבריו קיימים ואין דברי הרמ"ה ז"ל אמורים אלא באומר לא יירש שמעון אלא ראובן דמשמע דהירושה מאליה ממשמשת ובאה לראובן מחמת שעקרה משמעון ואפשר נמי דאפילו אמר אלא ראובן יירש כן הנכסים דמהני כדי שלא יהיו חלוקים דברי הנ"י לדברי הרמ"ה דכיון דאמר יירש כל הנכסים מכחו קאמר שהתורה נתנה לו רשות להנחיל לכל מי שירצה אף בלשון ירושה דש"מ שהמתנ' קרי לה ירושה לאומר לא יירש שמעון אלא ראובן שלא זיכהו מעצמו כלום אלא מכלל שלא יירש ראובן רוצה שתהא נחלה ממשמשת ובאה לשמעון מאליה ובר מן דין דלישניה של צוואה זו אפילו אם היה אומר לשון ירושה למי שראוי לירש דבריו קיימים שהלשון שאמר יטלו י' אלפים שאני משאיר להם ולא עוד לאו ולא יירשו עוד קאמר אלא הכא קאמר יטלו לאחר מיתה י' אלפים שאני משאיר להם עכשיו ולא עוד וזהו לפי שחלק ונתן נכסיו לאחרים לא נשארו לו זולתי הי' אלפים אלו ולא עוד יותר. וכ"ת א"כ איך אמר ואח"כ יטלו החברות כך וכך וכל מה שישאר וכולי דמשמע שהי' אלפים של היורשים קודמים ואחריהם כל מה שישא' יהיה לאמו א"כ היאך אפשר לפרש דשאני משאיר היינו אחר שנתן לחברות ולאמו איכא למימר דבנתינה לאחר מיתה קאמר שיטלו תחלה עשרת אלפים היורשים ואח"כ החברות ואח"כ אמו אבל עכשו בחיי' הוא הקדים מתנת אמו והחברות לשל היורשים ולכך אמר בשל יורשים שאני משאיר להם ולא עוד.

מה שפקפקו עוד בצואה זו לפי שכתוב בה זמן והיה זה וכו' וקי"ל זמנו של שטר מוכיח עליו דמהיום קאמר כמ"ש הרשב"א הובא בח"מ סי' ר"ז שטר שיש בו זמן אין צריך לתנאי כפול שהרי הוא כמעכשיו וכל מעכשיו לא צריך כפילה הא ליתא שזמנו של שטר מוכיח לפרש את הסתום אבל לא לסתום את המפורש שכתוב בו מצוה מחמת מיתה דמשמע דלא קני אלא לאחר מיתה ועוד לא אמרו שהזמן מוכיח אלא לקיים את השטר ולא לבטלו ואילו היה כתוב בו מעכשיו היה השטר בטל דלא גמר להקנותו אלא מעכשיו ואין מתנת ש"מ קונה אלא לאחר מיתה אבל הזמן מוכיח שאם נתן לאחר קודם זה מבטל את הראשון ואף לאחר מכאן נתן יתבטל זה מפני האחרו' שהרי אמרו דייתקי מבטל דייתיקי כ"ש שלא אמרו שזמנו של שטר מוכיח אלא כשצוה לכתוב את השטר שכתב ואמר לנו כתבו וחתמו כו' אז תולין שגם צוה לכתוב את הזמן להוכיח אבל צוא' שאין כתוב בה אלא ספור דברים מפי העדים מה ששמעו מה שכתוב והיה זה ביום פלו' מוכיח על זמן שאמר הש"מ את דבריו כדי שיבטלו דבריו האחרונים את

הראשונים. ומה שמצאו עילה במה שהמצוה חתום ע"י אחר צוה לחתום פ' ומודה כל הכתוב לעיל שרצו לומר דכיון שצוה לחתום הוי כמי שצוה לכתוב את השטר ושמא לא גמר להקנותו אלא בשאר גם זה אינו שהרי אמרו בש"מ שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה ודאי אינו מצווה לכתבה אלא לזכרון דעלמא דווקא באומר בלשון מתנה שדי נתונה לך ואמר כתבו ותנו הוא דאמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר כמ"ש הטור סי' ר"נ ובהא נמי לא אמרן אלא באומר תכף כתבו ותנו לו את השטר מסתמא לו לחזור בו ממתנה ראשונה נתכוון אלא לייפו' כחו כמ"ש הטור משמו של הר"ר יונה ז"ל ועוד אמרו משם הר' יונה דוקא באומר כתבו ותנו דמשמע תנו לו את השטר שיקנה בו אבל אמר כתבו לבד לא נתכוון אלא לזכרון דברים שרשב"ם ז"ל סבור דה"ה באומר תנו מנה לפלו' וכתבו דבעינן יפו כח שיאמר אף כתבו ובאומר כתבו ותנו נמי לא אמרן אלא כשלא נכתב ונמסר מחיים אבל אם הגיע ליד המקבל מחיים קנה דע"כ לא נחלק הראב"ד אלא כשנכתב השטר מחיים ולא נמסר דבטל שליחותם אבל אם נמסר מחיים שפיר דמי ויש לי דקדוק דברים בדברי הרמב"ם והמ"מ ז"ל כתבתים במ"א הילכך אין בזה בית מיחוש אפי' אם היה מצוה לכתוב כ"ש בחתימתו זאת שלא הי' יכול לחתום וצוה לחתום שרצה שחתימתו וחתימת העדים תעיד על המעשה דוכרן פתגמי' דהוה באנפיהון. ומה שטענו עוד דהואיל דמדינא דמלכותא אין החזקות יכו' להורישם כל שאין לו בן או בת אלא חוזרים למלך הא לא אקרו נכסי שיהיו בכלל המתנה וכיון דלא קנה יכול היורש להפקיע זכותו בכל ענין שיוכל ע"י האומות והא נמי ליתא דבחייו נכסי איקרו והיה יכול למכרם ולתתם לכל מי שירצה אך יש לפקפק אם נאמר מאחר דהאי לאו בר ירושה הוא בהני נכסי ואינו רשאי מדינא דמלכותא להנחיל' ולירשי' אף במתנת ש"מ לא מצי להקנות דמתנת ש"מ כירושה שויוה רבנן כדאמרינן בפ' מי שמת גבי עובד' דאיסור גיורא היכי נקנינהו רב מרי נר' דמתנת ש"מ כירושה שויוה רבנן כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה איברא דלהרי"ף ז"ל דביורש בלחוד הוא דאמרינן הכי אבל באיניש בעלמא דבריו קיימים אע"ג דליתי' בירוש' ניחא אבל להרא"בד וגדולי האחרוני' שכתבו דל"ש בני' ול"ש אחר הואיל וליתי בירושה ליתיה במתנת ש"מ הא נמי ליתיה בירושה ואיכא למימר דגר דליתיה בירושה כלל שאני אבל ישראל דאיתיה בירושה בכל מילי אע"ג דחזקות אלו לא מצי לאורותי מצי יהיב במתנ' ש"מ ואע"ג דגבי הלואה אמרי' דהואיל ויורש יורשה יכול ליתנה במתנ' ש"מ הכא אע"ג דאין יורש יורשה יכול להקנותה במתנת בריא לאחרי' ודברי ש"מ ככתובי' וכמסורים דמו ועוד הני נכסי נמי איתנהו בירושה אם יהיה לו בן או בת השתא נמי דלית ליה יכול ליתנו במתנת

ש"מ דחשיבא כירושה אצל הבן. ומיהו אם נאמר דמה שהמלך זיכה את הבן כל זמן שיהי' לה בן עומד תחתיו או בת יורש' נחלה חשיב כמו נכסי לך ואחריך לפ' דלא מצי למיהב לאחריני במתנת ש"מ דחשיבא כירושה דלא זכה בה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך כדאמרי' בס"פ יש נוחלין ובמתנת בריא נמי לא אמרן אלא באומר ואחריך לפלוני אבל באומר ואחריך לעצמי לא כדעובדא דרב ביבי דהתם לפי' רבוותא דאמרי דאעפ"י שמכר או נתן הבעלים מוציאין מיד הלקוחות דאדעתא דהכי לא יהיב ולפי' ר"ת והרמב"ם ז"ל שפירשו לא שאנו אלא לאחר שהקנם לאחר הקנס לבנו דכעצמו דמי לא הכא נמי אמו כעצמה דמי הואי' ודעתו קרובה אצלה שהרי נתן לה כל שאר הנכסים וכ"ש דלדידהו אם נמי יורשת היא וכעצמו דמיא. יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"ל.

סימן צז

מעשה שהיה כך היה ה"ר שלמה נסע מפה לרודיס ללכת לא"י ובהיותו שם ברודיס שמע שמת בנו ר' מרדכי ושלח מרודיס בששה לחשון השפ"ו והרשה הרשאה לפ' ופ' שיהיו מפקחים על כל ענייניו ועזבון בנו הנז' שימכרו הבתים הידועים לו כאשר יראה בעיניהם וז"ל כל מה שאתם עושים מקטן ועד גדול מכל וכל כאלו נעשה ונגמר על ידי ממש בין מצד הבית בין מהזהב ומכל נכסי בנו הנפטר וכתב להם שרצונו שהמעות התם יהיו לקרן קיים בידם שישלחו לו פירותיהם שנה בשנה ואחר פטירתו יהיו חציים לק"ק קאטאלני' וחציים לת"ת ובבא הכתבים והרשאה מיד פקחו המורשים על כל נכסיו ועזבון בנו הנפטר והזהב ומיד מכרו הבית לאיש א' בהרשאתו וכתביו כנ"ז בשטר כתוב וחתום וקבלו המעות בשלמות וכתבו לה"ר שלמה איך עשו ככל אשר צוה אותם וקבלו כל הנכסים ומכרו הבית לפ' וקבלו המעו' אמנם מענין ההקדש אשר כתב צריך שישלח להם שטר הקדש מהיום ולאחר מיתה כראוי למען תחזקנה ידיהם לטרוח בחייו להעמידו בא"י ואחר מותו לזכות ההקדש וגם ממכירת הבית אשר מכרו אעפ"י שמכר על פי ההרשאה ועל פי הכתבים וקבלו המורשים עליהם אחריות מכל מקום היו רוצין שתבא ההרשאה מפורשת ע"ד הבתים וכן עשה וכתב הרשאה מוחלטת על כל נכסיו ובפרט על ענין מכירת הבתים כתב עוד אמר לנו ה"ר שלמה הנז' היו עלי עדי' וקנו ממני בק"ג וכו' איך אני מקדיש מעתה ומעכשיו ולאחר מיתתי כל הנכסי' שלי אשר ביד המורשי' הנז' שיהיו ביד' לקרן קיים חציים לחבר' הת"ת וחציים לק"ק קאטלאניש יע"א והפירות מה שיהיו ישלחו לי שנה בשנה פ' אשלאניש בתנאי שאם הקרן הנז' לא יעשה פירו' ישלחו מן הקרן עד סכום הנז' ומתוקן ומסודר בכל חזוקי סופר ותמיד יהיה

יד המורשים ובאי כחם על העליונה בנאמנו' גמורה בפי' וכו' כשני עדים כשרים וכו' וקנינא מ"ה שלמ' להם ק"ג והיה יום א' לאדר השפ"ו פה רודיס.

והנה עתה אחר פטירת ה"ר שלמה הנז' לבית עולמו קמה אחותו יורשת ה"ר שלמה הנז' ואומרת שהקדש זה בטל לפי שבשטר שבכתב ההרשא' שהרשה אותם עדיין לא היו כל הנכסי' בידם וכתוב כל הנכסים שלי אשר ביד המורשי' מכלל שמה שלא היה בידם לא חל ההקדש ובפרט הבתים אשר לא נמכרו זולתי אחר זמן ההקדש ולא יהיו האפטרופסים נאמנים כנגד מה שמוכיח מן השטר והאפטרופסים טוענים שאז כל הנכסים כבר היו בידם שמכח הרשאה הראשונה שזמנה בששה לחשון קבלו כל הנכסים ובאו לידם וגם מכרו הבתים לאיש א' וקבלו מעותיה בידם וכתבו לה"ר שלמה הנז' ברודיס איך הכל כאשר לכל בא לידם הנכסים ודמי מכירת הבתים הנ"ז וע"ז כתב בשטר ההקדש כל הנכסים שלי אשר ביד המורשים ומה ששוב מכרו הבתים לאיש אחר לא היה מפני שנתבטל המקח ע"י שום תנאי אלא שבעל המולק היה מתרעם היה שואל ממנו להוסיף על השכירו' והאיש הזה היה מתנכר ולובש מלבוש נכרי ולא היה יכול לתת עצ' בכח הסכמת החזקות והכריחו המוכרים להחזיר לו מעותיו וחזרו ומכרו את הבית לאיש אחר ונתפשר עם העכו"ם בעל המולקי באופן שאותם הנכסים דמי הבית יצדק עליהם לומר שהם נכסי' של ה"ר שלמה שהם בידם וטוענים היורשי' שמלשון השטר שכתוב שעושה אותם מורשים על כל נכסיו ובפרט על ענין מכירת הבתים אשר לו מוכיח שהוא היה יודע שעדיין לא גבו ולא מכרו הבתים. ועוד טוענים שהנכסים שהיו בידם באותה שעה מנין לנו שהוא היה יודע שכבר באו לידם שמא יסבור שמקצתם באו ואפילו אם יאמרו שהודיעו אותו בכתבו מנ"ל שהגיע הכתב לידו ועוד טענו היורשי' שלא היה כתוב בקנין ההקדש אגב קרקע ולא נקנו המעות שאין מטבע נקנה בחליפין. עוד טוענים היורשי' שאת"ל שיהיו נאמנים כנגד השטר לומר שכבר היו כל הנכסי' בידם וכבר נמכר הבית אם חייבים לישבע על כך.

תשובה יש להסתפק בזה הלשון אי כל הנכסים אשר לי בדיוק הוא ואשר הם ביד המורשים ברשותם וכחם קאמר כמו ויקח את כל ארצו מידו אנשי המלחמה אשר בידינו או דילמא אשר ביד המורשים בדיוק שנכנסו לידם לאפוקי נכסי' שלו שעדיין לא באו לידם ויד מקבל על התחתונ' אעפ"י שהוא הקדש עניים ומיהו אם איתא למה הוצרך לומר כל הנכסים שלי וחזר לומר כל הנכסים אשר ביד המורשים ולא אמרי' דחזרה הוי אלא פרושי קא מפרש הנכסים שלי אשר הם ביד המורשי' לאפוקי שאר נכסיו תדע שהרי גלה להם במכתביו שרצונו שכל אותם הנכסים יהיו הקדש לת"ת ולק"ק אז אף

אם עדיין לא בא לידם נראה שהכח והיכולת שנתן להם בנכסים קורא שהם בידם כמו שנקראים שהם בידו אעפ"י שהם רחוקים ממנו כל שהם ברשותו כדאמרינן אין לי אלא ידה גגה חצרה וקרפיפה מנין ת"ל ונתן מ"מ וחצר מדין יד הוא לפיכך קטנה אעפ"י שאינה בת שליחות יש לה חצר ויש לה ד' אמות כמו שיש לה יד לענין גיטין וחצר דקטן משום שליחות אתרבאי וכי היכי שנקראים נכסים הללו שהם בידו של נותן אעפ"י שאינם קרובי' לו כך נקראים ביד המורשים שהם שלוחים שלו לפי שהנכסי' ברשותם הם למכרם ולעשות בהם כרצונם דיד שליח כיד שולחו דמי שכן כתב לו ושמתי ידך כידי וכו' דהא חצרו מדין שליחו' הוא ואלו שלוח' וכיוצא בו הם ולפי שאמר בתחילה כל הנכסים שלי וחזר ופירש שהם בידם לאפוקי נכסים אחרים שיש לו שלא הרשה אותם עליהם. וכבר נשאל הרשב"א באותם שכותבים בשטר וכתבנו ונתננו ליד פ' אעפ"י שינתן ליד שליש או ליד שליח. והשיב אם ירצו לכתוב כן כותבין ואין בכך כלו' דידו זה רשותו דכתיב ויקח את כל ארצו מידו וכמוהו בדברי רז"ל כל שבאת עבירה לידו וכו' וכל לשליח או לשליש יד שלוחו או שלישו כידו וכן ליד אפוטרופוס וכיוצא בזה עכ"ל בסי' אלף קנ"ד ומאחר שכותבין כן לכתחלה אלמא רגילי אינשי למיקרי הכי. איברא שאם היו לו קודם זה נכסים אחרים בידם היינו אומרים שעליהם הוא אומר אבל מאחר שהם יודעים שאין שם נכסים אחרים אלא אלו שהוא מרשה אותם עליהם וכבר גלה דעתו בכתביו שאמר שכל הנכסים שלו הן מטלטלי' הן הבתים היה רוצה להקדיש עליהם הוא אומר אשר הם בידם ולא בא למפט' אותם אלא שלא מסר כחם ביד' א"נ כל הנכסים שיבאו ליד המורשי' הנז' ומכחו קאמר שיהיו ביד' לקנין קיים וכו' שלא בא עכשיו למעט אלא לפרש שאל"כ לא היה צריך לכתוב בתחלה כל הנכסים שלי אלא כל הנכסים אשר לי ביד המורשים שמאחר שרבה בתחלה רבה הכל נכסים אשר לו ופירש שהם ביד המורשים הנז' ואם אי אתה אומר כן הדבר מוכיח כמו שאומרי' המורשים האפטרופוסי' מאחר שכבר קדמה הרשא' אחרת משש' לחשוון ומכחה קבלו הנכסים ומכרו הבית וקבלו דמיה והודיעו לה"ר שלמה הנז' ועל כן כתב שכל הנכסים שלו שהם בידם ונאמנים הם בכך שאין זה סותר משמעות לשון השטר שכתב שם שהוא מרשה אותם עתה על כל נכסיו מקרקעי ומטלטלי וכו' ובפרט ע"ע מכירת הבתים לא אמר על הבתים שימכרום אלא על מכירתם שכבר ידע שנמכרו ובא עכשיו לקיים מעשיה' ואפי' אם נאמר שאותו המקח נתבטל מעיקרו ואיגלאי מילתא שאותם המעות לא היו דמי הבית מ"מ הדבר ידוע שכונת המקדיש להקדיש אלו הנכסים נתכוון לפי שחשב שהיו מעות הבית בידם כתב כן. ואם איגלאי מילתא שהמעות חזרו לבעליה' מ"מ נקנו הנכסי'

להקדש בכל מקום שהם שמ"ש שהם בידם מראה מקום הוא שכן היה סבור שהם בידם. ואע"ג דבפרק גט פשוט אוקים אביי בשיטה הא דמראה מקום הוא לו גבי היכא דא"ל פשוט וכתב מקושר דאמר רשב"ג הכל כמנהג המדינה ואמר רשב"ג ור"ש ורבי אליעזר כלהו ס"ל מראה מקום הוא לו ולית הלכתא כוותייהו אלא לעולם תלי' בקפידא התם היינו טעמא דכיון ששנה השליח ממ"ש לו בעל הדבר איכא קפידא אבל הכא ליכא שינוי דכיון שדעתו היה להקדישם מה לי שהם במעות בידי' כמו שהוא סבור מה לי אם נתבטל המקח והרי הקרקע במקומו מסתמ' אית לן למימר שלא אמר להם שהם בידם ע"ד שהמקח קיים ונעשו בידם דמים אבל כבר גמר והקדיש כל הנכסים והקנה אותם בקנין.

ולענין שבועה אם חייבים המורשים שבידם הנכסים שבועה כיון שכתוב בשטר ותמיד ידי המורשים הנז' ויד באי כחם על העליונה בנאמנות גמורה בפי' כשני עדים הא המנינהו וכ"ת עליו האמינ' ולא על יורשיו מאחר שנתן להם כח ורשות בנכסים בחייו ולאחר מותו שיהיו לקרן קיים לאותם ההקדשי' באותן הנכסים האמינם כדאמרי' בפ' הכותב דשלח ר' זכאי מנכסי הוא אינו יכול להשביעה אבל יורשיו משביעין אותה מנכסיה אילין בין הוא בין יורשיו אין משביעין אותה.

ואע"ג דאיפסיקא הלכתא כאבא שאול בן אימא מרים דאמר אבל מה אעשה שהרי אמרו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה. זהו דוקא כשבאין להוציא מהיורשים אבל כשבאו היורשי' להוציא מאחרים לא מחייבה להו שבועה כיון שהמורשים פטורים ולכן אמרו כשבאי' היורשים לגבות בשטר מאחרים וכתוב בו נאמנות ללוה ומצי למימר פרעתי משום דהני שטרא מעקר עקר ומהני ליה נאמנות לגבי יורשים. ואע"ג דהתם מ"מ שבועה בעי משום דמצי למימר נהי דהימנך לומר פרעתי מ"מ בשבועה כדאמרינן בס"פ המוכר את הבית מאי נאמן בשבועה כמו שהביא שם הרא"ש מתשובת רבינו האיי ז"ל התם הוא משום דמצינן לפרושי נאמנות לענין פרעון שאל"כ לא היה נאמן לומר פרעתי דא"ל שטרך בידי מאי בעי להכי כתב ליה נאמנות אבל לא פטרו בפי' על השבועה אבל כאן מורשים אלו בעלי פקדון הם ולעולם לא היה עליהם חיוב שבועה הילכך נאמנות דכתב לה היינו משבועה ועוד מורשים אלו מאי איכפת להו בהני נכסי אם יהיו להקדש או ליורשים ואפי' היה אחר נאמן הוא על מה שבידו לומר כדאמרינן בס"פ זה בורר אמר להם א' אני ראיתי את אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הם של מעשר שני הם כללו של דבר כל שבידו ליטלם דבריו קיימים ה"נ בידם הם ומצו למימר נאנסו. ועוד אפי' איכא עדים וראה כשרים לעדות הם דאמרי' הן הן שלוחיו הן

הן עידיו כדאמרינן בהאיש מקדש. ושבועה נמי לא מחייבי שהרי הנכסים בידם הם ומביאין לפני ב"ד לא שייכי כלל דאפי' היכא דשייכי מעיקרא כגון השכורי' אמרינן בפרק חזקת דמתחזק אפומא דאגירי דאמרי אנן אגירנא מיניה ולאו נוגעין בעדותן הן כיון דנקיט אגרא בידייהו ואמרי למאן ניתביה.

וכי תימא דחשיב נוגעין בעדותן לפי שיהיו המעות בידה ויש להם טובת הנאה מתלמידי ת"ת ומבני הקהל כדאסיק רבא בפ' אלו נדרים גבי כהנים אלו לויים אלו יטלו אחרים דטובת הנאה ממון הוא ודלא כהא דאמרי' בס"פ האיש מקדש אליבא דעולא דטובת הנאה אינה ממון כדכתב ר"ח דאנן אדרבא סמכינן לפסוק הלכה וזהו לענין נדרים וקידושין אבל מכל מקום לענין ממונא מוכיח בפ"ק דמציעא דטובת הנאה אינה ממון גבי עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר דפרכינן וכי לא היה להם סודר לקנות בו ומשני טובת הנאה אינה ממון. והכא אפילו טובת הנאה ליכא שלא נקרא טובת הנאה אלא כשבידו ליתן למי שירצה וכאן בעלים נוטלים בע"כ דומי' דלקט שכחה ופאה שאין להם טובת הנאה לבעלים ודוקא במידי דמטי הנאה לדידיה הוא דנפסלין לעדות כאותה שאמרו בפרק חזקת תנו מנה לעניי עירי אין דנין להם בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אות' העיר ומוקי לה בס"ת ואמאי קרי להו עניים שהכל עניי' אצל ס"ת כלו' דכיון שאין להם ס"ת אין לך עניות גדול מזה א"נ מוקי לה בעניים דרמו עלייהו ואע"ג דקיץ להו דכיון דרווח רווח פרשב"ם ואפילו אם יתנו עכשיו חלקם לסוף נהנים הם אלמא כל היכא דליכא הנאת ממון לסהדי מקבלי' עדות' ועניי עירם נמי אי לא רמו עלייהו אלא על עשירי העיר דליכא חשש הנאת ממון כשרים אף על גב דאפילו אותם דלא רמו עלייהו דעת' קרוב' אצל עניי עירם שהרי הם קודמין לכל במצות הצדקה דאמרי' האומ' תנו מנה לעניי' סתם נותנים לעניי אותה העיר דעניי עירך ועניי עיר אחרת עניי עירך קודמין ה"נ שהאפטרופסו' הנזכר' הם מהק"ק לאו נוגעי' בעדות' הם והא דמשמע בפ"ב דכתובות בההיא דעד שלא חתמו אין מעידין עליו וחותם מההיא דפ"ק דקמא דאמר לא ניחא לי דליהוי לשמעון תרעומ' עלי דמשמ' קצת דמידי דלאו הנאת ממון נמי חשיב הנא' כבר ביארתי במ"א ואין זה מקומו.

ומה שטענו עוד היורשים שם שהרי מטבעות ולא נקנו אגב קרקע ואין מטבע נקנה בחליפין ואולי ירצו לומר דאף המטלטלים לא נקנו כמ"ש המרדכי בפ' מי שמת במקנה לחבירו בקנין קרקעות ומטלטלי' ומעות בבת א' דיש מי שאומ' דדמי לקנה את וחמו' וכי היכי דלא קנה המעו' אף מטלטלין וקרקעות לא קנה. כבר כתבתי במ"א דלא אמרה

אלא במקנ' בדמים דאיכא הקפדה וכמ"ש הר"ן בפ"ק דקידושין וכיון שנתבטל המקח במקצתו נתבטל כלו אבל במתנה דלא שייך הך טעמא וליכא למ"ד וכבר הארכתי באותן השמועות במקומן ומ"מ הכא בנ"ד אין אנו צריכין לכך שהרי בתחילה הרשה אותם ואמר לעדים הוו עלי עדים וקנו ממני אגב קרקע ועוד נתן והקדיש ואמר וקנו ממני כראוי ואח"כ קנו מידו קנין אחד לשתיהם כי היכי דמהני אגב להרשאה מהני נמי למתנה ומה שלא פירש בדבריו במתנה לומר קנו ממנו קנין סודר כראוי כלומר כראוי להם כמו שפירש בתחל' ומתוך שהוא יודע שהכל בא ליד' זכו בהם מדין רשות (ומדין) הגבוה שהגבוה קונה בכל מקום וכו' ולענין אי מקרי נוגע בעדות בדבר דלאו הנאת ממון אלא משום שדעתו קרובה לבני קהלו וכיוצא בזה כבר נדפס לעיל בסימן פ' לענין עדות.

סימן צח

לחלב.

שאלה לאה היה לה בת אחת ושלחה לעיר אחרת לראובן שיבא לשדך את בתה עמו ואח"כ בא ראובן בעי' אשר היתה שמה לאה ורחל בתה ושדך ראובן לרחל בת לאה והתנו ביניה' בשט' השדוכין שעשו שאיזה צד מהם שיתחרט מהשדוכין הנזכרים ענוש יענש מאתים גרושוש ואחר עבור זה כמה ימים באו אנשים ממקום ראובן ואמרו היות ראובן מקודש בקידושין גמורים לאשה אחרת במקומו קודם בואו לקחת את רחל וכאשר שמעה לאה אם רחל כי נבלה עשה וכן לא יעש' חרה לה עד מות ולא רצתה לתת לראובן את בתה שתהא צרתה בצדה וגם לא יגרש את זו לקחת את זו ואדעתא דהכי לא נתחייבה בקנס. וכאשר ראה ראובן שלא רצת' לאה לתת לו את בתה תבע הקנס אשר ביניהם לפני החכם השלם חכם הקהל קדוש וטען שהוציא הוצאות לבא לקחת את רחל וטענה לאה ואמרה שהיא נתרצית על דעת שלא היה משודך עם אשה אחרת כל שכן שהוא היה מקודש בקידושין עם אחרת ולא היה לו לבא ואדעתא דהכי לא נשתדכה ולא נתרצית בו ופסק החכם השלם שאין עלי' שום חיוב כלל. וכראות ראובן שהדין עם לאה הלך לו לערכאות של עכו"ם לקחת את רחל ביד רמה אשר לא כדת וישלח מלאכים מאיש שר וגדול לחכם העיר מרביץ תורה ביניהם וצוה לו לאמר על כל פנים עשה זאת שראובן יקדש את רחל וישאנה או שיתפשרו ביניהם ואם לאו מרה תהיה באחרונה. עד אשר לאה ורחל מרוב פחדם נתרצו לקבל הדיינים הפשרנים שיפשרו ביניהם וזה נוסח הגזרה שגזרו הדיינים. בהיות אמת שעברו דברי ריבות בין הבחור ראובן ולאה אם רחל מצד שהיה מתרעם ראובן הנזכר כי נדד מארצו וממקומו ליקח את רחל בת לאה ובא הנה ונשתדך עמה ועשה ראובן הנזכר הוצאות בבואו והיה ביניהם שטר שדוכין בקנס ככל

חיזוקי סופר עתה בפנינו אנחנו חתומי מטה מהכח המסור בידינו בכח קנין גמור במנא דכשר וכו' ושבועה חמורה אשר קנינא מהמשודך ראובן הנזכר ומהנערה המשודכת רחל בת לאה הנזכרת בתקיעת כף על כל אשר נגזור ביניהם כפי ראות עינינו על כן גזרנו אומר שתתן הנערה משודכת רחל הנזכרת לרבי ראובן הנזכר מאתים גרושוש ריאליש יפים שלמים וטובים מהיום לששה חדשים ומעתה ומעכשיו מכרה היתומה הנזכרת חלקה של הבתים הידועות לה השליש שהוא חלקה אל ה"ר ראובן הנזכר והיטיב ראובן הנזכר עמה כשאם תתן לו כל הסך הנזכר מאתים גרושוש הנזכרים בתוך הששׁ' חדשי' יחזור לה הבתים חלקה הנזכר ואם לא תפרעם לסוף ששה כנזכר הנה הנם מכורים לו חלקה כנזכר אל ראובן הנזכר וכל הנזכר אנחנו גוזרים מהכח המסור בידינו מהשתי כתות הנזכרים הנערה רחל והבחור ראובן בקנין גמור ושבועה כנזכר וזולת זה אין להשתי כתות הנזכרים שום טענ' ותביעה ואפילו תרעומת דברים ולהיות זה אמת חתמנו להיות ראיה וזכות ביד ראובן הנזכר. עתה טוענת רחל ראשונה על דבר הקנס שתובע ממנה ראובן אחר היותו מקודש בעירו באשה אחרת והיא לא ידעה בדבר ואדעתא דהכי לא נתחייבה בקנס ואיהו דאפסיד אנפשיה לבא מעירו. ועוד טוענת כי כשנתרצית על ברירת המפשרים לא היה מדעתה אלא בשביל פחד העכו"ם שהביא לקחת אותה ביד רמה אשר לא כדת ואנוסה היתה ובשביל זה ביררה שלא כרצונה. עוד טוענת רחל שכל תביעתו של ראובן הנז' לא היה אלא מאתים גרושוש מהקנס וכשהוברר הדיינים שלא ברצונה לא היה אלא שיתנו לו מעט מהרבה לא שיגזרו שתתן לו המאתים גרושוש הנזכרים שאם כן מה צורך היה לשיקחו הדיינים. עוד טוענת על דבר מה שגזרו מכירת הבתים שהכח שמסרו לדיינים הנזכרים היה על דבר קצבת פרעון המעות בלבד. אבל ענין הבתים לא עלתה לה במחשבה לעולם. והם כשלקחו הקנין לא הזכירו הבתים והם מדעתם גזרו ענין הבתים. באופן שמכירת הבתים לא היה לה ידיעה בהם כלל עוד טוענת רחל שמה שגזרו הדיינים לענין מכירת הבתים בשביל המאתים גרושוש של הקנס הבתים שוים יותר וטעו בשומא אשר שמו אות' הדיינים ושומת הדיינים שטעו שתות אינו קיים. ועוד שרחל יתומה והבתים האלו הם מעזבון אביה וידוע הוא שיתום שמכר קרקע שירש מאבותיו והוא פחות מבן עשרים שנה אין במעשיו כלום אפילו מכר בשוה כ"ש עתה שיש טעות במכר שהבתים שוים יותר. ועתה יורנו מורנו מורה צדק לצדקה ושכרו כפול מן השמים.

תשובה על דבר הקנס שתבע ראובן אין לו זכות כלל אדרבא מסבנין ליה כופרי על אשר לא טוב עשה בתוך עמיו שהיתה נערה מקודשת לו ובא ורימה את זו ועשה שטר

שדוכין ואעפ"י שנעשה קנין בב"ד חשוב קנין בטעות הוא כדאמרי' בסוף פרקא קמא דגיטין גבי הנהו גינאי דעבוד חושבנא אהדדי דכל קנין בטעות חוזר. ואין לך טעות גדולה מזו שנתגלה הדבר שהיתה נערה מקודשת לו ואדעתא דהכי לא נתחייבו בקנס ולא שדכו דודאי אין שום אשה מתפייסת בצרתה בצדה וכי תימא הא קי"ל כרבא בפרק הבא על יבמתו נושא אדם כמה נשים והוא דאפשר למיקם בספוקייהו הרי כתב הרא"ש בתשובותיו כלל ל"ג על מה שנוהגים לכתוב בכתובה על מנת שלא ישא אשה אחרת עליה שאין זה מתנה על מה שכתוב בתורה דאפילו אם שהתה עשר שנים ולא ילדה הרוצה לישא אשה אחרת צריך לגרש את הראשונה וליתן לה את כתובתה דהנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה והקשו עליו דמשמע הכא דפוסק כרמי בר חמא דאמר הכי בפרק הבע"י והרי הוא עצמו פסק שם כרבא דאמר נושא אדם כמה נשים כו' וכמ"ש הרב מהר"ר יוסף בן לב זלה"ה בח"א כלל ב' ואמר ששמע מפי רב מובהק שהיה מתר' דהרא"ש ז"ל כתב בפירוש התקנה של ר"ג במקומות שקבלוה וכבר כתב שקשה לו שבאותם המקומות שנתפשטה תקנת ר"ג אין המנהג לכתוב בשטר הכתוב' על מנת שלא ישא אשה אחרת עליה ואם ישא אחרת שיתן לה סכו' ידוע כמו שכתב הרא"ש באותה תשובה וזה המנהג אינו כי אם בספרד שהוא מקום שלא קבלו תקנת ר"ג ז"ל ולי אין דברי הרא"ש ז"ל אמורים אלא היכא שהאשה מקפדת ומתנה בכתובתה להדיא שלא ישא אחרת שאפילו שהתה י' שנים אינו רשאי לישא אחרת עליה אלא יגרשנה ויתן לה כתובה וכונ' הרא"ש לומר שאין זה מתנה על מה שכתוב בתורה דמי אמרה ליה שלא ישא אחרת כלל שלא ישא אחרת עליה קאמרה אלא יגרשנה דומיא דהא דאמרינן בהמגרש על מנת שתאכלי בשר חזיר דמי אמר ליה לא סגיא דלא אכלה דלא תיכול ולא תתגרש הכא נמי ישא ויפטרנה בגט ועל זה כתב והרוצה לישא אשה אחרת ויש לו תנאי זה צריך לגרש את הראשונ' וליתן לה כתובתה ואין זה מתנה על מה שכתוב בתור' אם מפני כך ימנע מלישא שלא לדחוק את עצמו ולרקן את ביתו לפרוע כתובתה שהרי רמי בר חמא אמר אף בשהתה עשר שני' משום דסבירא ליה דהוה ליה כמאן דאמר בפירוש דקים ליה דאין אשה מתרצית בכך אלמא לא חשיב מניעת המצוה בכך השתא דאתני לכ"ע יוציא ויתן כתובה דעד כאן לא פליג רבא אלא בסתמא דמצי אמר אדעת' דהכי לא נתחייבתי לגרשה ולפרוע כתובתה אלא לישא אחרת כדין אבל זו כבר התנית ולכולי עלמא צריך ליתן לה כתובה ומעתה בכל אלו המקומות שרגילין לכתוב בכתובה שלא ישא אשה אחרת עליה כלל או במקום שכותבים אלא אם כן שהתה עשר שנים שלא ילדה כל אשה שנשאת סתם על מנהג נשאת וכדאמרינן בפר' המקבל גבי שכן הוא כותב

אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא כר' מאיר שהיה דורש לשון הדיוט פירוש כל מה שנהגו הדיוטות לכתוב אף על פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי ואמרינן התם מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה גובה מלוה מקום שנהגו לכפו' גובה מחצה כלומר דמסתמא בתר מנהגא אזלי' ואשה זו שנשתדכה על דרך מה שנוהגים בכתובה נתקדשה אלו רצה הבעל בשעת הכנסתה לחופה לשנות ממה שנוהגין אין שומעים לו והנה זה קודם שנשתדכה איגלאי מילתא למפרע שכבר היתה לו אשה אחרת הרי זה קנין בטעות ואין כאן חיוב קנס כלל דאיהו הוא דאטעי אנפשיה. וכי תימא יכול היה לגרש את הראשונה בת אחיו אין רצונה בכך שלא תהא כזאת בישראל לבגוד באשת נעוריו וכתיב כי שנא שלח שנאוי הוא המשלח ואוקימנא לה בשלהי גיטין בזיווג ראשון דאמ' ר' אליעזר המגרש אשתו ראשונ' אפי' מזבח מוריד עליו דמעות ועוד אפילו אשתו שניה לא יגרשנ' בשבי' דמצא אחרת נאה הימנה או שנתן עיניו בממונ' כגון זו דודאי אסור כדאמרינן התם אמר ליה רב פפא לרבא לא מצא בה לא ערוה ולא דבר מהו אמר ליה מדגלי רחמנ' גבי אונס לא יוכל לשלחה כל ימיו ובעמוד והחזר קאי מכלל דהיכא דאי עבר עבר אלמא נהי דלא כייפינן ליה להחזי' איסורא איכא והרמב"ם ז"ל בפרק י' מהלכות גירושין כתב לא יגרש אדם אשה ראשונה אלא אם כן מצא בה ערות דבר שנאמ' כי מצא בה ערו' דבר ואין ראוי למהר לשלח אשתו ראשונה אבל שנייה אם שנאה ישלחנ' והרב מהר"י קארו ז"ל באבן העזר סימן קי"ט כתב לשון המשנה ואמר והרי"ף והרא"ש ז"ל לא פסקו הלכה כדברי מי ונראה לי הטעם שסמכו על הענין דהלכה כב"ה לגבי ב"ש וגם לגבי רבי עקיבא וקי"ל דמאי לגבי ר"ע דקאמר הא ע"כ רבי עקיבא אמר לך לא נחלקו בית שמאי וב"ה בדבר זה א"נ בית הלל הכי סבירא להו דבהקדיחה תבשילו שרי אלא שפסקו כתנא קמא לגבי ר' עקיבא כיון דסתם לן תנא הכי אליבא דב"ה ומדברי הרמב"ם ז"ל למדנו חידוש כי מה שאמרו ב"ה אפי' הקדיח' תבשילו לא שיבק' לה תואנ' ועילה לפי שהקדיחה תבשילו פעם ופעמי' בין באונס בין בפשיעה אלא דב"ה הכי מפרשים קרא והיה אם לא תמצא חן בעיניו מחמ' שמצא בה ערות דבר שהוליד' לו טינא בלבו ושנא' אע"פ שהסבה הראשונ' לא נתגלגלה אלא לפי שהקדיח' תבשילו מכל מקום כבר הוא שנואה לו רשאי לגר' לפי שלא יעלה זיווגו יפה.

ומכל מקום בזיווג ראשון אם לא היה מחמת ערוה אלא השנא' מחמ' דבר אחר יגלגל בעצמו השנייה ולא ימהר לשלחה אלא אם כן ראה שאין דעתה סובלתה לגמרי ובהכי ניחא שלא הוזקקו הרי"ף והרא"ש ז"ל לפסוק הלכה כתנא קמא לגבי ר"ע שיש לטעות בדברי בית הלל וסמכו על מה שהביאו בגמרא כי שנא שלח אם שנא שלח ומר אמר

שנוי הוא המשלח ולא פליגי הא בזיווג ראשון הא בזיווג שני אלמא בזיווג שני אם שנא ישלח אבל אם אין שנאה לא יבקש לה עילה לגרשה מפני שהקדיח' תבשילו והרמב"ם ז"ל בפי' המשנה לפי שאינו מביא דברי הגמרא הוצרך לפסוק הלכה כבית הלל כלומר כתנא קמא אליבא דבית הלל לאפוקי מדרבי עקיבא אליבא דבית הלל כנ"ל למדנו שאפי' באשתו שניה אם לא נולדה לו שנאה אין לגרשה כ"ש אשתו הראשונה וזו שנתקדשה לענין זה בנשוא' ומה מצא בה עול שיגרשנ' לפוגמ' אצל הבריות כ"ש במקו' שרגילין להמנו' שלא יגרשנה בע"כ שאעפ"י שלא היה התנאי בפירו' סתמו כפירושו וכמ"ש הרשב"א בתשוב' הובא' בא"ה שם כל שנשא' במקו' שאין מגרשין אלא מדעת סתמו כפירושו וחייב בחוב שנהגו לקנוס את העובר וכו'.

וענין פסיקת הבירורין הפשרנין שטוענת רחל שהיה באונס מפני חמת המציקין והמעיקין לה ע"י עכו"ם אם הדבר כן שהדבר ידוע שאינם ע"י שר גדול מהעכו"ם שעכ"פ כן ישאנה או ירצוהו ברצי כסף וכי תימא פשרה היא זו ודינה כמכר כמ"ש הרמב"ם בפ"י מה' מכירה וגבי מכר קי"ל תלויה וזבין זביני' זביני אין זו פשרה אלא במה שיש צד חיוב וקודם שידעו היכן הדין נוטה איכא למימר עביד איניש דזבין דיניה שמא יתחייב יות' אבל הכא הדבר היה ידוע שאין באשה שום חיוב לקונס' שכבר עמדו לפני החכם נר"ו ופטרה ואדרבא האיש הוא שעוות וקלקל הוא חייב לתת לה הקנס ואע"פ כן הכריח אותה על ידי עכו"ם שתקבל אנשי' שיגזרו עליהם כל מה שיגזרו לתת לו זו מתנה גמורה היא. וכי תימא מ"מ לא מסרה מודע' אלמ' גמ' ומקניא הרי כתבו התו' והרא"ש דבתלויה ויהב לא הוי מתנ' אפי' לא מסר מודעא אי ידעי עדים באונסי' וכן הביאה רבינו ירוחם ז"ל.

אלא שהרב מהר"י קולון ז"ל בשרש קפ"ו כתב דכיון דלא מסר מודעא לית ליה טענת אונס ואמר שאעפ"י שרבותינו בעלי התוספות אמרו דלא צריך לממס' מודע' מ"מ הביא מדברי הר"י בר ברזילי ז"ל דאם לא מסר מודעא ומכר או נתן נתקיים המעשה. ועוד הביא מתשובת הרא"ש שהובאה בטור א"ה סוף סי' קי"ח שכתב גבי מחילת כתובה חדא דלא הוי אונס ועוד שאין האונס ידוע דלא מסרה מודעא מעיקרא ע"כ משמע מטעם שני דאפילו אם חשיב אונס לא חשיב ידוע כל שלא מסרה מודעא ויש לתמו' אם יהיו דברי הרא"ש סותרים את עצמם שהרי הרא"ש עצמו כתב בהלכותיו בפרק חזקת בדברי התוס' דאפי' לא מסר מודע' אי ידעי העדים באונסיה שפיר דמי ואילו היו סותרים זה את זה היה לו לתפוס דבריו שבהלכו' כמ"ש הר"ר יהודה בנו על מה שכתב הרא"ש בתשובה שהביא בח"מ סימן ק"י על מקיימים את השטר שלא בפני ב"ד כשאני רוא' את פסקיו עם

תשובותיו סותרים אני הולך אחר הפסקים שהיו אחרונים כ"ש דהכא לא סתרי אהדדי כי דבריו שבתשובה הכתובה כך הם מתפרשי' ועוד שאין האונ' ידוע בעדי' ולאו כל כמינה לומ' אנוסה הייתי דלא מסרה מודעא מעיקר' שאם היתה מוסרת אע"ג דלא ידיע האונס מהני אבל השתא אין ידוע לנו והא לא מסרה מעיקר' אימור מהדר קהדרה בה השתא ובטור סוף סימן ר"ה הביא עוד בשם הרא"ש דכיון דאנוס הוא אפילו לא מסר מודעא לא הוי מתנה וכן הובא בב"י שכתב הר"ן וכל היכא דידעינן באונס' אעפ"י שלא מסר מודעא גיטו ומתנות בטלה ומהר"י קולון עצמו בשרש קי"ח כתב כן וחדש לנו שגם רבינו אפרי' סובר כן ובסוף תשוב' זו הביא תשובת הרשב"א דמוכח מינה דס"ל הכי דבתלויה ויהיב לא בעי מודעא ובסוף סימן ר"ה הובא בב"י שנשאל הרשב"א על ראובן שתבע משמעון תביעה שאינו זוכה בה מן הדין והפחידו שאם לא יתן לו מעות ילשין וימסור אותו למלך ועמד אחר ועשה פשרה ביניהם בקנין וביטול מודעא ולאחר זמן תבע שמעון מראובן אותם המעות שלא נתנם לו אלא מפחד שלא ילשינהו וראובן טוען שכבר מחל לו בקנין וביטול מודעא והשיב שהדין עם שמעון והוה ליה כתליוה ויהיב והקנין וביטול מודע' הכל היה מחמת אונסו הרי שאף על פי שקנו על הפשרה שיעשה אותו השליש שביניהם לאו כלום הוא ואף על פי שלא מסר מודעא מאחר שהתביעה לא היה זוכה בדין מי מחייבו לקבל פשרן שיתפשר ביניהם אם לא מחמת האונס ואיזו היא פשרה שדומה למכר כגון בדין מסופק שאין ידוע להיכן הדין נוטה או בדבר שיש בו הכחשה וזקוקים לשבועה אבל זה שואל קנס ממה שהיה צריך לקנסו שנהג מנהג רמאות בבנות ישראל ולכך לקחו אנשים שאינם בקיאים ולא הלכו לדין תורה הואיל ויש שם חכם דן דין התורה.

ועוד נראה שהדיינים שהוברורו לדיינים עוותו הרבה ולא צדקו את דינם לשני הצדדים בשוה אלא נתנו כל תביעת האיש כאלו היא בגדה ושקרה בו ואדרבא הוא נתן אצבע בין שניה ואפילו אם היה האשם המושב אליה והיינו דנין דיני קנסות כדיני ממון לא היתה מתחייב אלא הקנס שקנסה על עצמה והם גם את הכל לקחו ונתנו למי שעקש דרכיו ונהג בה מנהג רמאות. ומה שהיה תובע ההוצאות שהוציא בדרך בבואו מארצו אל מקום האשה אין מקום לתביעה זו שזה נכלל בהמאתים גרושו"ש של הקנס שהרי אחר שבא לעיר נעשו השדוכין והשטר ונכתב הקנס מאתים גרושוש שזה מורה שעל הכל הוא אותו הסכום שאם לא כן לא היה לו לפרש מלבד ההוצאות שעשה בבואו וסברא הוא שאם לא היה מתרצ' בו תיכף כשבא לא היה יכול לתבוע ממנה כלום שלא נעשו השדוכין שם בעירו שעל מנת כן בא ואף על פי שהדיינים לא קבלו עליה' לדון

דין תורה אלא בפשרה מה שיראה בעיניהם. מכל מקום צריך לצדק את שני הצדדים ולא לחוב את הצד האחד לגמרי. וכדאמרינן בפרק אחד דיני ממונות צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה ופרש"י ז"ל צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדוף את הא' יותר מחבירו וכך כתוב בח"מ סימן ק' כשם שמוזהר שלא להטות את הדין כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לא' יותר מחבירו ונר' דכי היכי דבהטיית הדין או בשטועה בדין חוזר כך הוא בהטיית הפשרה או כשטועה בפשרה שחוזר וכן יש בידי תשובה מא"א דכי היכי דבדין אע"ג דקבליה עליה ואמר ליה כל מה שנראה בעיניך מצי אמר ע"מ דדיינת לן דין תורה הכי נמי בפשרה מצי למימ' ע"מ שתצדק פשרה שלך נתרצתי. וכאן לא די שזה הוא שקלקל אלא שתשל' היא כל הקנס א"כ מה פשרה היא זו אפי' אם היתה היא החוזרת בה והיה מן הדין לשלם לא היתה חייבת יותר אלא שהדבר מוכיח שמחמת האונס עשו כן הדיינים מתחילה ועד סוף.

ועל דבר מכירת הבתים שכתוב בכתב הגזרה הלשון מגומגם הרבה וא"א להולמו שכתוב מהכח הגזור בידינו גזרנו שתתן רחל ק"ק גרושו"ש לששה חדשים ומעתה ומעכשיו מכרה רחל הנז' חלקה בבתים והטיב ראובן עמה שאם תתן הק"ק גרושו"ש לזמן הנז' יחזיר לה הבתים מלשון זה היה משמע שהם מעידים שמכרה מעכשיו ומעידים שהוא הטיב כנזכר ובסמוך כתוב וכל הנז' אנחנו גוזרים מהכח המסור בידינו מהשני כתות משמע שלא נעשה שום קנין חדש זולתי הכח שמסרו להם ב' הכתות ומכח זה עשו מה שעשו במכירה ובהטבה וכסבורים שהם מכרו כחם לגמרי שיוכלו לתת הבתים לראובן ויוכלו להתנות שאם תתן ק"ק גרושוש בזמן הקצוב תחזור קרקע לבעלים ואיני רואה שיהא בידם כח להחליף הקרקע שאם קנו ממנו לא קנו אלא להתחייב ככל אשר ישיתו עליה ממון אבל שיקנו לה קרקע או מטלטלין שלה בשום צד וא"א לדבר שיהיה קנוי אם אינו מבורר. וכי תימא מדין גובייני' עשו שאם לא תפרע הגבוהו הקרקע בחובו ליתא דאיהי לא שוינהו דייני להכי ולענין גביה יש ב"ד אחר גדול מהם שיגבה לו חובו אם לא ימצא מטלטלין יגבה קרקע אבל הם לאו לתורת הכי נחיתו ועוד דמוכח שהמקח נקנה מעכשיו והלוקח אוכל פירות מדהוצרכו לעשותו שראובן הטיב שאם תתן המעות לסוף ששה חדשים שיחזיר לו הבית ואם איתא שהיא אוכלת פירות הי"ל לכתוב שמכרה רחל מהיום ולאחר ששה חדשים ולא היה צריך שראובן ייטיב עמה להחזי' אלא משום פירות הוצרכו לכתוב כן שתמכר לחלוטין וכל כי האי למכור הבית לחלוטין אין כחן יפה בכך. ותו אפילו היה בידם למכור הא תנן בפר' אלמנה נזונית שום הדיינים שפחתו שתות או הותירו שתות מהקרן יבטל ולפי מה שבא בשאלה יש במכר פחות שתות ואין מעשיהם

קיים וראוי הוא שיהיו הדיינים נשאלין בכך לידע אם היא מכירה מחדש או שהם עשו כן מכח הקנין. ואף אם ת"ל שהיא נתרצית אח"כ ומכרה לו הא קי"ל דבן שמכר בנכסי אביו פחות מבן עשרים לא עשה כלום וחוזר ומוציא מיד הלקוחות הקרקע והפירות שאכלו בין קודם עשרים בין לאחר עשרים כמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ט מה' מכירה ואע"ג דהרא"ש ז"ל ס"ל דבפקח ויודע בטיב משא ומתן מוכר בנכסי אביו כשהוא בן י"ג שנה וה"ה לבת כשהיא בת י"ב והביאה סימנים מ"מ הרי"ף והרמב"ם ז"ל כתבו דבכל ענין בעינן עוד שיהיה בן כ' שנה וכן הסכימו כל האחרונים ז"ל וכ"ש שזאת העלמה בירכתי ביתה בל ידעה מה בטיב משא ומתן של מטלטלין וכ"ש בקרקעות ובמקום רחוק ומנין ידעה ערך הבתים ובניינם כדי שתדע מה היא מוכרת ועוד מאחר שלא נבדקה אם הביאה סימנים המכר בטל דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא ואוקי הבי' בחזקת קטנה כמות שהיתה עד עתה ולא דמי להא דאמרי' בפ' מי שמת מעשה בא' בבני ברק שמכר וכולי ובאו היורשים לבודקו וא"ל ר"ע אי אתם רשאים לנוולו. ועוד סימני' עשויים להשתנות ואמרי' התם מאי קאמרי קטן היה חזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה גדול וכתב הרב בב"י ומסיק התם בגמ' טעמא אחרינא חזקה אין העדים כו' והרמב"ם כת' ג' הטענות והטור לא חשש לכתוב אלא האחרונה. ותימה הוא שאין זו טענה אחרונה שהרי ר"ע לא הזכירה כלל אלא גמרא קאמר לה לאלומי מילתיה דר"ע דנהי דאינם רשאים לנוולו וגם שסימנים עשויים להשתנות אימא אוקי ארעא בחזקת מרה קמא כדאמרינן גבי בר שטיא בפרק שני דכתובות להכי קאמרי חזקה והא דלא נקט ר"ע טעמא דחזקה דאי משום חזקה הא קי"ל דאין סומכין על החזקות היכא דאפשר להתברר כדמוכח בריש חולין דלא סמכי' אחזקה דרוב מצויין אצל שחיטה מומחי' הם אלא היכא דליתיה קמן דנשייליה ובריש פסחים במשכי' בית לחבירו בי"ד שחזקתו בדוק היכ' דאיתיה קמן שיילינן ליה להכי אצטריך ליה הני טעמי לומר שא"א להתברר אי משום דאין רשאין לנוולו ואי משום דעשוין להשתנות הילכך הרמב"ם ז"ל אמרינהו לכלהו מ"מ הכא בנ"ד לא שייך טעמא דחזקה אין העדים חותמים אלא אם כן נעשה בגדול דלא אמרי' הכי אלא בשטר מקח דמבטיל שטרא לגמרי אבל בגזרה זו עקר דיינים אלו לדון על עסקי ממון באו לפסוק כמה תתחייב לראובן אלא דלאלומי מלתייהו עשו שעבוד ומכירה זו על תנאי לזרוזי לא שתפרעם וכיון דלענין חיוב המעות מעשיהן קיים בכל ענין לא חשו לבדוק אותה לענין הבתים דלא מבטיל הפסק דין בהכי. ועוד דבפרק שני דכתובות מוכח דטעמיה משום דמלוה גופיה מידק דייק דאמרי' פסולי עדות מלוה גופיה מידק דייק וחתים ופירש רש"י ז"ל משום דלא שדי איניש זוזי בכדי ומדקדק מי שמחתים על

שטרו שיהיו כשרי' ואמרי' קטנים נמי כדרבי שמעון בן לוי חזקה אין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול. וכתבו התוספות ז"ל דהוה מצי למימ' וקטני' נמי משום דמלוה גופיה דייק אלא דניחא ליה למנקט טעמא אחרינא בכל חד. אי נמי טעמא דרבי שמעון בן לוי גופיה משום דמלוה מידק דייק והכא לא שייך הך טעמא דגזרת הדיינים איתא לתוספת זכות ויפוי כח לראובן ומה שהיו יכולים לעשות עמו וגם ראובן מסתייה במה שזכו לו לתת ק"ק גרושו' ואם לא יגבה מהבתים הנז' יכול להתפרע מכל שפר ארג נכסים. כל שכן שמלשון הגזרה שכתבו וכל זה אנו גוזרים מהכח המסור בידינו מוכיח להדיא שכל זה לא נעשה אלא מכח הקנין שקנו ממנה בתחילה ומה שכתבו למעלה שרחל מכרה וראובן הטיב אפשר להתפרש הכל מכח הגזרה כדי שלא יסתרו הלשונת זה את זה. דכל היכא דמצי לפרושי בענין שלא יהיו מבטלין זה את זה אפילו במשמעות רחוק עבדינן כי היכי דעבדינן אצל עדים בענין שלא יהיו מכחישין זה את זה דכגון אחד אומר בב' בחדש ואחד אומר בג' עדותן קיימת שזה יודע בעבור' של חדש וזה אינו יודע וכמ"ש הר"ן בתשובה מ' וגם מהרי"ק בשרש י' והיכא דאפשר לקיים את שניהם אפי' שיהא הלשון התחתון מפרשינן ליה בענין שלא יסתור את הראשון כל שכן בלשון הא' ואף אם יהיו סותרים הכל הולך אחר התחתון דאימור חזר בו הסופר שלא הבין הענין תחלה ולשון אחרון עיקר כדאמרינן בגט פשוט. כללו של דבר שהמכירה בטלה לגמרי והדמים אם יתברר שבאונס היה מתחלה ועד סוף כי לא שקט ראובן ולא השיב יד מבלע אם לא באותם הדמים אין צריך מודע' ואין רחל חייבת לשלם כלל.

סימן צט

לרודיס בקנס של שדוכין והפקר.

תשובה יש לדון על לשון השטר שכתוב ואם יסרב הבחור ולא ירצה להכניס לחופה לזמן הנז' נתחייב לפרוע ק' זהובים מהא דאמרינן בפרק האומר ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת ושקלינן וטרינן אי ע"מ שירצה ע"מ שיאמר אין קאמר או ע"מ שלא ימחה ונחלקו בה רבוותא שהרמב"ם ז"ל פסק דע"מ שיאמר אין קאמר. והרמב"ן ז"ל פסק שע"מ שלא ימחה קאמר כמ"ש הר"ן ז"ל שם. והשתא את"ל שפירש ירצה היינו שלא ימחה אם לא ירצה פירושו אם ימחה ויאמר שאינו רוצה ומיד שאמר אינו רוצה לכנוס לזמן המוגבל ביניהם מעתה חל עליו הקנס. ואת"ל שפירוש אם ירצה היינו שיאמר אין. שלא ירצה פירושו שלא יאמר רוצה אני ואפילו אמר איני רוצה כמה פעמים אם לבסוף אמר רוצה אני קיים תנאו ולא חל עליו חיוב הקנס וחדא מגו חדא מספקא לן את"ל דפירוש אם לא ירצה היינו אם ימחה והדין נותן שאם מחה בטל תנאו אם מחה בתחילה ולבסוף

נתרצה מי אמרינן הרי מחה ומ"ש אם יסרב ולא ירצה להכנס לחופה לזמן הנז' יסרב בזמן החופה מלהכנס קאמר או דילמא יסרב עכשיו לומר שאינו רוצה ליכנס בזמנו. ומסתברא דאפילו תימא אם ימחה קאמר הואיל וקבע זמן לדבר מסתמ' בזמן שיש לו לכנוס קאמר שאם מחה קודם לכן אפשר לו אחר כך להתרצות דמחוי שלא בשעת קיום לאו כלום הוא דע"כ לא אמרינן התם דבאו' ע"מ שלא ימחה אם מחה נתבטלו הקדושין אף על פי שחזר ואמר רוצה אני אלא כשלא קבע זמן למחאתו שאם אי אתה אומר הרי הקדושין תלויים ועומדים לעולם עד סוף ק' שנה יאמר שהוא רוצה אלא ודאי לא אמר אלא שיתברר לאלתר אם מחה ביום שומעו נתבטלו הקדושין לגמרי אבל היכא דקבע זמן ואמר ע"מ שלא ימחה לשלשים יום אם מחה בתוך שלשים אפשר לו להתפייס בסוף שלשים וכן מוכיח מדברי הר"ן ז"ל דבשלא קבע זמן דוקא עסקינן. ועוד נראה דבכי האי גוונא אם לא ירצה פירושו אם לא יאמר רוצה אני דדוקא התם שעניינו אינו תלוי במעשה אלא דאפקיה בלשון עשיה לבד ומשום הכי פירשו בו על מנת שלא ימחה אבל הכא עניינו תלוי במעשה דהיינו כניסתו לחופה ולעולם אם ישב ולא יכנוס קאמר וזו א"א להתקיים אלא בסוף הזמן של הקדושין. ועוד שהרי הכא שפירש בדבריו ואמר שאם יסרב ולא ירצה להכנס לחופה שהרי וכו' שכפי' לא ירצה הוא הסירוב ואין סירוב אלא בשעת קיום המעשה.

אמנם מה שעשו הב"ד להענישו ולהגזים עליו שיפרע הקנס מכאן ועד זמן שלשים יום לא נפלאת היא ולא רחוקה דמאחר שהוא אומר היום מצד קטטה שיש ביניהם שלא יכניסנה לעולם ואמר ליה א"כ תפרע הקנס ואעפ"כ לא אבה לפיכך הרויחו לו להמלכה אם אמר לבסוף רוצה אני מוטב ואם יתרצה לפרוע הקנס ולא יודה להכניסה לחופה בידוע שלא יכניסנה לעולם ועשו כן לאיים עליו לדעת את אשר בלבבו אם עדיין יש ממנו תקוה או גמר אומר וכשלחו כלה גרש יגרש. וחמיו שהיה אץ ברגלים חוטא והלך וקדש את בתו ולא חכה שמא ימלך חתנו לגמריה דעבד שהרי יכול חתנו שיאמר אם לא היה מקדשה הייתי אני מתרצה לקחתה לפיכך הטיבו ב"ד שפטרוהו באחרונ' ואת הכל עשו יפה בעתו.

ועל דבר המוקטעא של גפרית אשר שם ברודיס אשר עשו הסכמה בראשונה שכל מי שיקנה אותה שיחזיק בה שלשה חדשים לא יהא רשאי שום בר ישראל לקחתה מידו ושוב לסבת שהיו נמשכים קטטות ומסירת בין איש לרעהו הסכימו שתהא חזקת הגפרית ההוא לקהלות הקדש ויהא העילוי להקדש ולא יהא רשאי שום אחר לקחתה כי אם ברשות הב' קהלות שבעיר אחר כך עמד אחד בעל זרוע ולקחה בכח עכ"ם אלם

שלא ברשות הקהל קדוש ועתה תובעים הקהל קדוש זכות העילוי מאתו ואם לא יתנו רשות לאחר להוסיף עליו ולקחתה מידו והוא החתים כמה חכמים מחכמי המדינות שלא יוכלו לקחתה מידו ההסכמה הראשונה שהסכימו שכל שהחזיק שלשה חדשים לא יהא רשאי שום אחר לקחתה מידו תמה אני איך הוא נעזר מכח ההסכמה כי לא נאמר זה אלא ביורד ברשות וזכה בשלו ומדין עני המהפך בחררה נגעו דאמרינן נקרא גזלן אעפ"י שיש מקומות שנהגו היתר בזה מטעם דינא דמלכותא דינא ובדיניהם כל הבא להוסיף יבא ויוסיף שיד הקדש על העליונה וכן יד המלך לצורך העמדת המלכות הוא הנקרא ביתאל מחל חל מסלמים שהרי נכסי צבור הרי הם כהקדש. ועם כל זה לא נתחוורו דבריהם שאיסור שנקרא עליו רשע מי התירו ועוד גורמים להם נזק ממון הרבה וממון ישראל שנפל ביד עכו"ם אין מרחמים עליו. ועל זה הסכימו הק"ק בכח חומרא שלא להוציא מידם מה שהחזיקו בו אחרים. אמנם זה האיש שלקח שלא מדעת הק"ק אחר שהסכימו שיהא זה עילוי להקדש הרי הוא פורץ גדרן של חכמים הפר ברית בעלי ההסכמה יולדה ומחזיקה שיש יכולת ביד טובי העיר להפקיע ממון שלו דחשובין כגדולי הדור שהפקרן הפקר בכל מקום כמ"ש המרדכי בפ"ק דבתרא והדברים עתיקים שא"א כאן להאריך. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן ק

שאלה ראובן נשתדך עם בת שמעון ונתחייב שמעון בקנין ושבועה לתת לשמעון את בתו רצוייה ומפוייסת לזמן פלוני ובנדוניא כך וכך וראובן נתחייב לכונסה לזמן הנז' ונגמרו השדוכין ביניהם ושלחו דורונות זה לזה כמנהג אח"כ שמע ראובן ששמעון נתחרט על הדבר אז הוליך עמו אנשים ואמר לשמעון שיחתו' שטר השדוכין אשר ביניה' השיב שמעון כבר נתחרטתי לתת לו בתי אמרו האנשי' ההמ' אליו מה מצא' בו עול כי נתחרטת א"ל אין טעם ברצון א"ל אם כן איפה שהחרט' באה ממך ולא מראובן הנה אתה חייב לפרוע לו כל ההוצאו' שעשה השיב ואמ' על ראש אפרעם לו אמר ליה ומה אתה משיב על השבוע' שנשבע' א"ל אני אתן חשבוני לשמים אז אמר החכ' שנעשו השדוכין על ידו לאנשי' אתם עדים באיש הזה איך החרט' באו ממנו אמר הוו עלי עדים והלכו להם ילמדנו רבינו אם שמעון זה חייב בהוצאו' ועוד שואל ראובן אם יחזור שמעון לומר אני מרוצ' בכך אם יועיל לו כי ראובן טוען אחר אשר ביישני ושקר באמונתו כבר נפרדנו איש מעל אחיו ולא אחפו' בו ולא בבתו כי מצאתי איש כלבבי לקח' את בתו ונתפרד' חביל' יורנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה הרי אמרו שנים שנשבעו זה לזה ע"ד שיקיימוה שניהם נשבעו ואם הא' עבר הב' פטור מדאמרינן בפ"ק דסוטה והוא יחל הוחלה שבועתו של אבימלך אם תשקור לי ולניני ולנכדי פרש"י בטלה שבועתו לפי שהם עברו על השבועה תחילה וכתוב בהגהת מרדכי דפ' שבעות שתי' דיש לדקדק מזה דב' אנשי' שנשבעו זה לזה ועבר אחד על שבועתו נפטר השני מאותה שבועה ע"כ ואיכא למידק דילמא שאני התם שנתלו זה בזה דא"ל אבימלך כחסד אשר עשיתי עמך תעש' עמדי הא אם הוא ובניו ישקרו באמונתם וחסדם יעזובו אף אברהם וזרעו מותרי' דאל"כ מאחר שאמר אם תשקור לי וכולי מאי קאמר ליה תו כחסד וכולי. איברא דשמעתא גופא קשיא אמאי איצטריך להחל השבועה והלא לא היתה שבועה אלא עד ג' דורות וכדאמרינן בעלמא רחמי דאבא עד ג' דרי דכתיב אם תשקור לי ולניני ולנכדי וכבר עברו כמה דורות בימי שמשון שכשיצאו ישראל ממצרים היה דור רביעי דכתיב ודור רביעי ישובו הנה. ומיהו בפרק אלו טריפות אמרו כפתורים היוצאים מכפתור למאי אצטריך לאפוקי משבועתו של אבימלך ופרש"י לומר שאינם מוזהרים בהם דלאו פלשתים הם אלא כפתורים משמע שעדיין לא כלה דור רביעי שלהם אפשר שעדיין דור שני שלהם היה קיים א"נ תלתא דורות בר מאבימלך קאמ' ולניני ולנכדי דור רביעי הוא בין כך ובין כך בדורו של שמשון לא הי"ל שם ושאר ונין ונכד לכך נראה דה"ק אם תשקור לי כלומר שתשקר באמונתי לשלם רעה תחת טובה עד תלתא דרי דרחמי דאבא עלייהו ומשם ואילך תעשה בתורת חסד כאשר עשיתי עמך שלא צפיתי לתשלום גמול והמתחיל לא יושג וע"ז נשבע ומאחר שתלה בחסד ראשון אי לאו מטעם שפרצו הגדר תחילה היה נאסר. א"נ הוצריך הדבר לאומרו כחסד אשר עשיתי עמך לומר שקבל טובה ממנו תחלה כי היכי דלא ליהוי הפרה לשבועתיה כדפר"ת דבכה"ג ליכא התרה. ועוד י"ל דהאי הוחלה שבועתו של אבימלך לאו היינו דא"א אלא דיצחק ועל נין ונכד מושבע ועומד היה מימי א"א לא הוזקק עכשיו להשביעו אלא אחר כך שיהיו רשאין לקחת ארצו מידו כדכתי' וילכוד יהודה את עזה וכולי ואחר שטהרו ע"י כפתורים שלא יעשה עמו רעה כדכתיב אם תעשה עמי רעה וכולי ומכל מקום פתח ההיתר אין ללמוד משם דכאשר לא נגענוך קאמר ואין זה תנאי שבין שני הצדדים אבל בא"א נתפרש אם תשקור לי ולניני ולנכדי דמשמע איש בעמיתו. ורבינו ירוחם ז"ל בה' שבועות הביא בשם המפרשים שנים שנשבעו לעשות דבר א' ועבר אחד מהם על השבועה הב' פטור וא"צ היתר והביא ראיה מההיא דפ"ק דסוטה ואחר כך הביא תשובת הר"ש מש"ץ שהיה מקובל כן בענייני שדוכי' איש ואשה שקבל עליהם חרם תקנת הקהלות להנשא לאחר זמן דמי שעבר והעביר המועד אסור לינשא לאחר

והלה מותר בלא התרה ואף המעכב עצמו מותר בלא התרה לאחר שנשא שכנגדו עד שבא זקן אחד וא"ל כי שניהם אסורים ולא הרויח מי שלא עכב אלא תשומת יד ונמתי לו נראין דבריך כשקבלו עליהם חרם סתם אבל במפרש שהמעכב נאסר אין לאחר תנאי כלום ובין כך ובין כך כיון שנשא הא' אפילו באיסור הב' מותר לאלתר ואין צריך התרה עכ"ל. והרב מהרי"ק ז"ל הביא דבריו אלו בטור י"ד סימן רל"ו וכתב עליהם ודברי רבינו ירוחם בשם המפ' וקבלת ר"ש נכונים בטעמן ודברי הזקן ההוא אפשר שהם לפי מנהג מקומו שע"ד כן הסכימו הקהלות ההם בחרם עכ"ד ורואה אני בדברי הזקן טעם זקנים ורבינו שמשון הודה לו דהיאך נאמר דמפני שזה העביר המועד שלא נשא למועד שמור שויתר שכנגדו לינשא לאחר אין החבלות שוות זו מעלה ארוכה וזו אינה מעלה ארוכה האי איתי ליה תקנתא והאי ליתי ליה תקנת' לכך אמר שניהם אסורים מלינשא אלא כופין את העובר לקיים ויכנוס אלא אם כן אם נשא האחד שכבר נתפרדה חבילה ושכנגדו מותר לגמרי ורבינו ירוחם בשם המפרשים לא אמר אלא באותו הדבר עצמו שעבר חברו גם הוא מותר בו שכשנשבעו בתחילה על דעת ששניהם יעמדו באמונתם והיינו דמייתי מוהוא יחל שהוחלה שבועתו של אבימלך דמאחר שעלה הפורץ לפניהם הותרו גם המה לפרוץ בם. גם הרא"ש ז"ל בתשובה על אותם החכמים שקבלו עליה' נדר ונשבעי' ללכ' לא"י ושוב אח"כ נתעכב א' מהם השיב דמאח' שהא' אינו הולך בין בדין בין שלא בדין ועבר על שבועתו השני פטור והרב המובהק מהר"ר יוסף בן לב ח"א כלל ה' על החרם שהחרימו ק"ק ארט' שלא יכנס א' מהם בבי' השרי' ורבים עברו ולא נענשו כתב הרב ז"ל נ"ל דמשו' זה לא הותר החר' ואפי' שכת' הרא"ש בתשובותיו על אותם החכמי' שנשבעו ללכת לא"י ועבר אחד מהם שהב' פטור דאדעת' דהכי נשב' שיקיי' חבירו שבועתו בחרם אין הדין כך והלא כשעבר עכן בן כרמי על החרם לא הותרו כל ישראל בכך והדברים ברורים שיש טעם לחלק בין שבועה לחרם עכ"ד משמע מדבריו שאם אותה הסכמה של ק"ק ארטה לא היתה בחרם אלא בשבועה אם עבר א' מהם היו השאר מותרים דומיא דאותה תשובה דהרא"ש דמשעבר הא' הותר חבירו ותימ' הוא דלא דמי כלל דדוק' במילת' דשייכא לתרוייהו הוא דאיכ' למימ' שכל א' נשבע ע"ד שיקיים חבירו שהרי נקשרו זה לזה והיו לאחדי' ובין שיהיה ע"י חרם בין ע"י שבועה מאחר שא' מהם נפרד ועבר חבירו פטור אבל החרם שעשו ק"ק ארטה שלא ליכנס בבית השרים אין קיומו ולא בטולו תלוי מזה לזה אלא הדבר נאסר מצד עצמו לפי שראו הק"ק דנפיק מיניה חורבה ואפילו אם היה נעשה ע"י שבועה ופתאים עברו ונענשו לא מפני כך יותרו האחרים ואפשר שלא היתה כוונת הרב ז"ל לחלק בנדון של הרא"ש בין קיימו הדבר ע"י

חרם או ע"י שבוע' דבכ' ענין הותר וגם לא בנדון של ארטה דבכל ענין אסור בין בחרם בין בשבוע' אלא בא לחלק בין אותו הנדון לנדון של הרא"ש וסתמי סתמי קאמר סתם חרם נעשה לדבר שאין ראוי לעשותו מצד עצמו דאית ביה איסורא או דנפיק מיניה חורבה ונזק לרבים והיינו אותו הנדון של ארטה וסתם שבוע' לאסור דבר שמותר מצד עצמו הוא אלא ששניהם רוצים לישבע עליו דניחא להו בהכי ושוייא לתרוייהו לפיכך אם עבר אחד מהם הרי חבירו מותר שזה הדבר לא הוקצה מחמת איסור אלא מחמת עצמן וע"ד כן נשבעו ע"ד שיתקיימו שניהם מה שאין כן בחרם שמחרימים משום שלא תבא לקהל תקלה בסבה זו שהעובר עונו ישא והשאר יזהרו בעצמן כך אפשר לפרש דבריו בדוחק אעפ"י שמצינו בגמרא כיוצא בזה כדאמרינן בפרק אעפ"י גבי הלכו שלוחי האב עם שלוחי הבעל והי"ל חצר בדרך ונכנסו ללין אף על פי שכתובתה בבית בעלה מתה אין הבעל יורשה היה לו חצר בדרך ונכנסו לשם נשואין וכולי הבעל יורשה ופרכינן דיוקא אדיוקא ומפרש סתמי סתמי קתני סתם חצר דידיה לשם נשואין וכן תמצא בשאר דוכתי מכל מקום דרכו של תנא לסתום ודרכו של אמורא לפרש בין כך ובין כך למדנו דמילתא דשייכא אתרוייהו משעבר אחד מהם הרי השני פטור ומותר.

ומיהו עדיין לא למדנו אלא כשאחד עבר בפועל ועשה מעשה אבל בדבור בעלמא ולא נעשה מעשה מנין ויש ללמוד מאותה שהביא הרמב"ן ז"ל בהשגות בסוף ספר המצות כששלח דוד את יואב לארם נהרים וארם צובה פגע בעמון ומואב בקש לזנבן הוציאו לו אצטליות שלהם אל תצר את מואב וישב דוד ודן והלא הם פרצו הגדר תחלה שנאמר וישלח מלאכים אל בלעם בן בעור כולי משמע דקרו ליה פרצת גדר מחשבתו הרעה ששכר את בלעם לקלל אף על גב דלא עביד מעשה כי הנה בירך ברך ודוחק לומר משום דבעכו"ם מחשבה של עכו"ם הקב"ה מצרף' למעשה כמו שהביאו התנא בספ"ק דקדושין מן הירושלמי דכתיב למען יכרת איש מהר עשו מקטל מחמס אחיך יעקב תכסך בושה כו' דזהו דוקא בדיני שמים שיהיו נענשי' אבל שיהא חבירו מותר גם במעשה לעבור על השבועה לא ועוד דאפילו אהני מעשים שהיה בלעם מקלל איהו לא עביד כלום ואין שליח לדבר עבירה אלא משמע דלענין ב' שנשבעו זה לזה להיות לאחדים אחים ורעים אף מחשבה רעה ודבור שלה' הוה מחוסר אמנה ומפר ברית וגם חבירו נפטר כי היאך יהיה בברית עם מי שבוגד בו ובהכי ניחא שהוצרך יואב ללמוד את הדבר מדין שדן דוד מעצמו ואמאי לא גמרה יואב מדכתיב והוא יחל שכשם שהוחלה שבועתו של אבימלך בפרצת גדר כך הותרה של בני עמון ומואב אלא דמחשבה אצטריכא לה כדפרשנו עד שבא דוד ולמדה אבל קשה מהא דאמרינן בפרק ארבעה וחמשה דפרכינן בהך קרא דאל

תצר את מואב וכי עלתה על דעתו של משה לעשות מלחמה שלא ברשות אלא נשא משה קל וחומר בעצמו ומה מדיינים שלא באו אלא לעזור אמרה תורה צרור וכולי מואבים עצמן לא כל שכן א"ל הקב"ה ב' פרידות טובות יש לי להוציא מהם דמשמע דכשאמר הב"ה צרור את המדיינים עדיין לא היו מוזהרים באל תצר את מואב וכל שכן בשעה ששלח מלאכים אל בלעם א"כ היכי קאמר הכא בב"ר שהם פרצו את הגדר והלא לאחר מכאן הוזהרו וכבר הקשו התוספות זה משם ה"ר אלחנן ומתרץ ר"י ז"ל דהך דמייתו בב"ר שלמד דוד והלא הם פרצו את הגדר וכו' דחויא בעלמא הוא וקרא דשופטים דעגלון מלך מואב הי"ל להביא אלא דמן התורה רוצה להביא ותימה לי טובא איך הביא דוד דבר שאינו כיון דלאחר מעשה דבלעם הוזהר מלעשות מלחמה ואדרבא מהך דהכא אידחיא ליה נמי אידך דעגלון שאף על פי שהיה שם פרצת גדר בעובדא דבלעם הזהיר הכתוב אל תצר אלמא אין אזהרתם נתרת בפרצת גדר ועוד היאך כתבו בדחויא בעלמא והלא לפני הסנהדרין הלך ולהם היתה תשובת'. והכי איתא התם נתעטף דוד והלך לו אצל הסנהדרין א"ל רבותי לא באתי ללמד אלא ללמוד ואם אתם נותנים לי רשות אלמד משמע דמשור' הדין בא ללמד ולדון לפני הסנהדרין ולא שדחאן לאלו בקנה ונראה לי דדוד ידע שפרי דאע"ג דלא היה ראוי לעשות מלחמה עמהם שכבר נתן להם אותה ירושה לבני לוט בעבור אברהם כי בן אחיו היה מ"מ לפי ששקרו באמונתם ושלחו מלאכים אל בלעם ולא זכרו ברית אחיו הותרו ומה שחזר הקב"ה והזהירו עליהם היינו טעמא כדקאמר ב' פרידות טובות יש לי להוציא מהם וכשיוציאם חזרו להיתרן אלא דלגבי דידהו לא משמע להו מאי דלא כתיב בהדיא לכך סגר עליה' את הפתח כסבורים שאל תצר את מואב קדם לענין שילוח מלאכים אל בלעם ואם יאמרו לו לא כי אלא בתר הכי כתו' אל תצר סמך אמילתא דעגלון הילכך מה שדן לפני הסנהדרין היינו לבא להכריע דלא אמרה תורה אל תצר אלא משום ב' פרידות דאי משום עצמן כבר הותרו בפרצ' גדר ולפי שהוקש' לתוס' דאין ראיה מדשלח מלאכים שאעפ"כ הוזהר אם לא מתשובתו של הב"ה למשה לכך כתב דחויא בעלמא השיב אם יהיו סבורין דאל תצר קודם לזה מיהו קושטא דמלתא דהותרו באות' פרצ' וגדר ולא נאסרו אח"כ אלא לשעה מ"מ למדנו דבדבור לבד מקרי פרצ' גדר והפרת ברית.

הנדון שלפנינו יש לדונו כפרצת גדר ממש חדא שדבור זה כמעשה היא שאין קשה בביטול השדוכין אלא הבושה ואלו עשה מעשה ולא אמר בפני הבריו' שלא היה חפץ בו אלא היה מבטל הדבר בינו לבינו היה מתיקר החתן לומר שהוא אינו חפץ בה עכשיו שביישו בדברים ואמר לא חפצתי בו ואפרע כל יציאותיו נמצא משיאו ש"ר בעיר

שאומרים אלמלא לא ראה בו דבר מגונה לא היה מדיחו בב' ידיו נמצא האומר בפיו כאן יתר מן העושה מעשה ומצינו שמטע' זה אמרו שהקנסות שנותנים בשדוכין נגבין בב"ד ולא חשיבי אסמכתא דדמי בשתו שביישו הוא ואין הביוש בביטול הדבר לגמרי אלא דבדבורא בעלמא איכא כסופא טובא דמטעם זה אמרו בחשש' סבלונו' באתרא דקפדי מלסבל קודם קדושין דחוששין שמא לא ירצה שכנגדו לקבל' ואתו לידי כסופא כמ"ש הר"א ז"ל בתשובה ועיקר כסופא הוא בדברים שבפני העם ולא במעשה אם היה בסתר כמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ה דחובל גבי הודה החובל מעצמו ולא היו שם עדים פטור מן הנזק וכולי ולמה משל' ג' דברים אלו ע"פ עצמו שהשבת והרפוי ממון הוא ולא קנס והבשת לא הגיעה לו אלא בשעה שהודה בפנינו שהוא חבל בו שהנחבל שלא הכיר בו אדם אין לו בשת והודאתו בב"ד הוא שבייש אותו עכ"ל למדנו שהדבור שביישו בפני רבים הוא חשוב מן המעשה אלו היתה העכבה ממנו ולא היה נכר לבני אדם ובאותה שעה שאמר בפיו נתפרד' החביל' והותר לו לזה לבקש את תפקידו דמסתמא לא נשבעו אלא ע"ד שיהיו שניהם יחד באהבה וכבוד וזה שבע קלון מכבוד וכדי בזיון וקצף. ועוד כבר נתבטלו השדוכין לגמרי מאח' שהשיב על השבועה אני אתן חשבוני לשמי' כלומר איני חייב לתת חשבון לבני אדם שאם יאמר שמחל לו עליה נאמן כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל עשירי שנאמן לומר פטרני מן השבועה כי דברים הללו בינו לבין יוצרו ומשעה שכפר בשבועה כבר נתפרד' חבילה כי מה יש לו עוד לדבר וכה"ג אמרינן בפרק קמא דמציעא הכופ' בפקדון פסול לעדות ותכף נעשה גזלן עליו ומתחייב באחריותו הילכך משע' שאמר אני אתן חשבוני לשמי' הרי הוא כמו שכפר ואמר אין עלי שבועה והרי אבד שברו ובטל שיכוייו ועוד אפי' תימא דאחר שנכתב השטר ביניהם אין לזה להפטר מפני מחאתו של זה שאומרין לו קום בי בדינ' ונפק מיניה השתא שמחה קודם כתיבת השטר מצי הדר ביה בהדי אנצויי למה לי לא בעינא דאיקום בדינא ודיינא דומיא דמאי דאמרי' בפ' מי שהיה נשוי ראובן שמכ' שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משו' דהוי כמקח טעות שתכף יצא עליה עסיקי וללשון שני דמיירי באחריות דאחר שהחזיק מצי אמר מוכר אחוי טירפך ואשלם לך מ"מ קודם דדייש אמצרי אעג"ב דעשה בה קנין מצי הדר ביה ואמר אי איפשי לטרוח בדינא ודיינא אף זה אע"ג שקנו מידו כיון דקודם כתיבת השטר מחה גלה דעתו שאין רצונו לקרב אלא לרחק טוב לו לזה לשתוק פן יהיה לבוז וכ"ת מאחר ששדוכין אלו זכות הם לבת לא כל הימנו דשמעון לחוב לבתו ולא תפסי' היא זכות' מפני דברי אביה מ"מ לא נתחייב זה אלא על ידי התנאי שהתנה עם האש' והוא נתחייב להכניסה מפוייסת ומאחר שהאב

חזר בו אף הוא פטור ותו שיש במשמע דברי שמעון מחילה לראובן מחיובו שנתחייב לקחת את בתו כיון דא"ל נתחרטתי וא"א לתת לך בתי ואפרע ההוצאות כמי שמחל הוא דהיא' יקח בתו והוא אינו חפץ לתתה לו ולא בעינן שיאמ' מחילה בפירוש אלא דברים המוכיחים שהוא מוחל סגי כדאמרינן בפ"ק דקדושין אי ע"ע אין גופו קנוי לימא ליה באפי תרי זיל וזו היא מחילת שעבודו וכ"ת נהי דמהני להפקיע השעבוד לענין שבועתו בעינן שיתיר לוה שבועה בהדיא ולהרשב"א ז"ל וסייעתו בעינן שיאמר הריני כאלו התקבלתי איכא למימר דשבועה ממילא הופקעה מתרי טעמי חדא דכי אמרינן דבעינן שיאמר הריני כאלו התקבלתי כשהוא רוצה בקיומה של שבועה אלא שמוחל לזה אבל מי שאין רצונו באותה שבועה כלל איך יאמר הריני כאלו התקבלתי אדרבא אומר כלום נשבעת אלא לבקשתי אני א"א בזה ודמי להא דתנן קונם שאיני נהנה לך אם אי אתה בא ונוטל לבניך כור א' של חיטים וב' חביות יין דתנן אף זה יכול להפר נדרו שלא עפ"י חכם ואומר כלום נדרת אלא מפני כבודי זהו כבודי ואף זה כלום נשבע לישא את בתו אלא שימסרנה לו ועכשיו אינו רוצה לתתה לו וממילא פקעה שבועתו א"נ מאחר שמחל לו על הקנין שקנו מידו שנשתעבד לתת לה כמשפט הבנות ולכונסה גם נתחייב בהוצאות אם לא יקיים דברו ממילא הוחלה השבועה שאין השבועה אלא לקיים הקנין וקנין אין כאן שבועה אין כאן כדכת' הרשב"א בתשובה לענין שמיטה דכשם שמפקע את החוב כך מפקעה את השבועה שאין השבועה אלא לזרז הפרעון ופרעון אין כאן ומה שיש לעמוד על זה מתשובה להרא"ש פי' במקום אחר אין כאן מקומו ושלום.

סימן קא

טיריא.

שאלה ילמדנו רבינו בעיר הזאת יש הקדשות מוקדשות מזמן קדמון אשר נותנים בריוח שנה בשנה ויש שני גזברים על מעות כל הקדש והקדש ואיכא הסכמה בחומר וחוזק שגזברי וממוני העיר יתקבצו יחד עם גזברי ההקדש בזמן אשר נשלם השנה מנתינת המעו' לריוח לפקח על המעות ולחזור ליתן אותם לריוח בהיתר לשנה אחרת למי שיראה בעיניהם שהוא בטוח על פי התנאים הכתובים בהסכמת ההקדש ההוא וגם להשגיח שאם יראה בעיניהם שהמעות אינם במקום בטוח להוציאם מידו בע"כ וקרה מקרה שראובן קנה חנות א' מחשבון הקדש א' מההקדשות הנז' בסך מעות לפורעם שני אלפים לבנים לשנה בתנאי שעל המעות הנז' לא יתן רק שמנה לק' ריוח לבד ולא יותר עד שישלי' לפורעה אך אם שנה יעבור שלא יתן ויפרע השני אלפים לבנים שמחוייב לתת יקבל אותם שני אלפים עליו בריוח לערך אשר נותנים על שאר מעו' ההקדש וכן בכל שנה

ושנה שיעבור ולא יתן השני אלפים הנז' ואחר עבור ימים בא ראובן ומכר לשמעון חנות אחרת שהיה לו בתוך הבאגיסט"א והוסיף לו על דמי החנות עד תשלום תשעה אלפים לבנים שנשאר חייב ראובן להקדש מהחנות שקנה מההקדש בתנאי ששמעון יעשה עם גזברי וממוני העיר יקיימו חוב הט' אלפים לבנים מעל ראובן ויקבלוהו בשמעון ויכתוב החוב בפנקס ההקדשות על שמעון ויפטר ראובן מהחוב הנז' והלך שמעון עם ראובן בזמן תשלום השנה וקבל שמעון חוב הט' אלפים לבני' עליו ונכתב בפנקס ההקדשות החוב של הט' אלפים הנז' על שמעון בתנאי' אשר היו עם ראובן שהם שלא לתת על מעות רק שמונה לק' ריוח לבד ושמחויב לפרוע שני אלפים לבנים בכל שנה ושנה מהקרן עד יפרע משלם ואם שנה יעבור שלא יפרע השני אלפים לבנים משם והלאה על אותם השני אלפים יהיה הריוח לערך אשר נותנים על שאר מעות ההקדש ועבר על זה שלש שנים ובכל זמן שמתקבצים לפקח על מעות ההקדש הנ"ז השני אלפים לבנים מחיוב השנה ההיא קבלום עליו שמעון לערך ט"ו לק' שהיא הסך אשר נותנים על שאר מעות ההקדש והשאר לערך ח' לק' בתנאי ונכת' בפנקס ההקדש הכל על שמעון שנה בשנה כי כן מנהג ליכתב הכל מחדש בפנקס שנה בשנה וזה נעשה שלש שנים ועתה אחרי עבור הג' שנים בא לוי אחד מממוני העיר וערער על קבלת המעות על שמעון ואומר שאינם כ"כ בטוחים כמו ביד ראובן ואמר שנכתב בפנקס בלתי ידיעת והסכמת שום גזברי ממוני העיר רק ביניהם נכתב ששמעון הוא א' מגזברי ההקדש ההיא ולקח הפנקס וכתב מה שכתב והגזבר האחר מההקדש אמר שאותה השנה אשר נתקבלו המעו' על שמעון היה הוא מוטל על ערש דוי ואינו יודע אם נעשה בהסכמות ממוני וגזברי העיר אשר נתקבצו אז לפקח על מעות ההקדש או לאו. וראובן ושמעון משיבים שנעשה בהסכמת וידיעת גזברי וממוני העיר אשר נתקבצו בזמן ההוא לפקח על מעות ההקדש כמנהג ואם אמת כדבריו של לוי שאומר שלא נמצא שם ולא ידעו דבר אין בזה הקפדה שאינו בהכרח שימצאו כולם שכמה וכמה פעמים שאינם מתקבצים כולם שיש מהם שיש להם איזה עסק שאינם יכולים להתעכב ואינם באים ויש שבאי' ואינ' יכולי' להתעכב עד גמר הכל והולכים להם והמנהג הוא שכל מה שעושי' הגזברים והממוני' המתעכבים שם עשו ועוד טוענים ראובן ושמעון שאי אפשר לומר שנעשה שלא בהסכמת וידיעת שום גזברי וממוני העיר שהרי בסוף השנה כשבאו' הט' אלפים לבנים הנז' על שמעון למה לא ערערו ואם יאמר לוי שחשבו שהמה חוב ישן משמעון ולא שנתקבל מחדש זה אי אפשר לטעון שהרי הריוח של הט' אלפים לבנים הנז' אינו כריוח שאר מעות ההקדש שאלו הם לערך ח' לק' והשאר לערך ט"ו לק' ושמעון הנזכר יש לו בידו ממעות

ההקדש הזה כמו ב' אלפים ות"ק לבני' אחרים ונותן ערך ט"ו למא' ריוח כמנהג ואם אמת היה כדבריו שחשבו שהט' אלפי' לבנים הנ"ז הם חוב ישן משמעון ולא שנתקבל מחדש כשראו שהט' אלפים לבנים הם ערך ח' לק' והשני אלפים ות"ק הם ערך ט"ו למאה כמנהג כל שאר המעות למה לא שאלו מה זה השינוי וערערו תיכף ומיד אלא ודאי שהכל נעשה בהסכמת וידיעת ממוני וגזברי אשר נתקבצו לפקח על מעות ההקדש בזמן ההוא ואפילו מי שלא נמצא באותה שנה שמה בשנים האחרו' בהכרח ידע בדבר השינוי ההוא ובודאי נתרצה אחר שלא ערער ועוד אומר ראובן שאפילו לוי בהכרח ידע בדבר השינוי ההוא ובודאי נתרצה אחר שלא ערער שהרי כתיבת הפנקס משנת השע"ז היא כתיבת ידי לוי שאי אפשר לו לומר לא ידעתי בלתי היום ועוד טוען ראובן שעתה בחג הפסח שהוא זמן שמתקבצים לפקח על מעות אותו ההקדש אחרי שערער לוי על קבלת המעות הנ"ז נתקבצו אנשי המעמד כלם ממונים וגזברים ובכלל החכם מרביץ תורה ושמה ערער לוי על קבלת המעות הנ"ז והחכם המרביץ תורה גזר לדין שאחרי שאנשי המעמד אינם יודעים לומר אם נעשה בראשונה בידיעת' ובהסכמתם או לאו שהדבר ספק בידם וגם מנהג העיר שכל מה שכתוב בפנקס ההקדשו' הרי הוא קיים ונצחי והפנקס נאמן לכל דבר אפי' נגד כמה וכמה עדי' הן ללאו הן להן וכתוב בפנקס שלשה פעמים שנה אחר שנה כי זה שלש שנים שנסתלק ראובן מהחוב וקבלו שמעון ובכל שנה ושנה מהג' שנים נכתב החוב על שמעון אין על ראובן כי אם חרם סתם לבד שהגם שלוי אומר ברי לי שלא ידעתי ושלא הסכמתי דבריו אינם מעלים ומורידים שלא היה בהכרח שידע גם הוא בדבר שאפשר שבעת ההיא כשהיו מקובצים בבית הכנסת על מעות ההקדש הנ"ז לא נמצא הוא שם ומנהג העיר שכל מה שיעשו הנמצאי' שמה עשוי ועכ"ז רבו הקטטות והמריבו' בין ראובן ובין לוי עד שקמו כל אנשי המעמד וחילו פני החכ' המרביץ תורה לעשו' שיחזור ויקבל ראובן החנות אשר לשמעון בששה אלפים ות"ש לבנים ולקבלם ערך עשרה למאה ואז החכם מרביץ תורה חלה פני ראובן לעשות כן ובפני כל אנשי המעמד ממוני' גזברי' וגזברי ההקדש ההוא ובכללם לוי הביאו הפנקס ונכתבו אלה הששה אלפים ות"ק לבנים על ראובן והמאתים לבנים אחרים נתנם החכם המרביץ תורה לפי שלא רצה ראובן לקבלם עליו בשום צד ונשבע שלא לקבלם והחכם המרביץ תורה כדי לתווך השלום נתנם אז מכיסו ואמרו אנשי המעמד לשמעון לחזור לו החנות ונתרצה שמעון וחזר לו החנות והיא ביד ראובן ועתה אחרי עבור כמו ג' חדשים חזר לוי לערער ואמר שהיה רוצה ליקח מראובן עד תשלו' הנז' אלפי' לבנים וגם שהיה רוצה ליקח החנות מיד ראובן בטענה שהחנות כבר היתה משמעון ושמעון

חייב להקדשות העיר והסכמה בעיר שמעות ההקדש יש להם דין קדימה לכל חובות שבעולם הן בשטר הן בעל פה ואפי' לכתובת אשה וראובן טוען שמעיקרא החנות היתה שלו והוא מכרה לשמעון על תנאי שהק"ק יקבלו מעות החנות לחשבון ההקדש בשמעון ויפטרו לראובן מכל וכל מהחוב ואחרי שחזרו בהם הק"ק ולא העמידו קבלת המעות על שמעון לא נתקיים התנאי ולא יאמר שהיתה של שמעון מעולם וגם טוען שכשחילו כל אנשי המעמד פני החכם המרבי"ץ תורה על הששה אלפים ות"ש לבנים אמרו בפירוש לעשות שיחזור ויקבל ראובן החנות בזה הסך הנז' ולקבל' עליו עשרה למאה ואמרו אנשי המעמד לשמעון לחזור לו החנות נמצא שהוא קנה החנות מהק"ק. ועוד טוען ראובן שאפילו כפי ההסכמה אין להם דין וזכות על החנות לפי שההסכמה היא שיש למעות ההקדש דין קדימה היכא דאין לבעל חוב נכסים ליפרע מהם כי אם אותו דבר לבד אף אם יש לבעל חוב נכסים אחרים כדי לפרוע לכלם לאלו ולאלו אין להם דין קדימה ליקח מיד המלוה מה שלקח בחובו אחרי שיש נכסים אחרים שיתפרעו גם הם ואפי' שמה שלקח המלוה הוא יותר טוב שהוא קרוב למעות יותר ממה שנשאר ביד הלוה עכ"ז אינם יכולים ליקח מה שכבר לקח המלוה בידו בחובו וזה נוסח ההסכמה אות באות ובהיות שמנהג הק"ק יע"א עד עתה לגבות חוב ההקדש קודם כל החובות אף שיהיו קודמים ב"ח לחובות ההקדש והיו מקצת אנשים מערערים בדבר לומר כיון שחוב שלהם קודמים להקדש שעליהם לגבות תחילה ולכן הסכמנו עתה בכלל כל חומר וחוזק ההסכמות של הק"ק יע"א שלעולם כשיפטר או אפי' כשימצא בחיי' ולא ימצא בידו לפרוע כל חובותיו שיקדימו לפרוע חובות ההקדש תחילה אפי' שיקדמו שארי ב"ח ובכל מקום יד ההקדש על העליונה ויהיה קודמת לכל אדם אפילו יהיו ב"ח יתומים ואלמנות וכל זה הסכימו במעמד כל הנבררים וכל אנשי המעמד והכל קיים הרי דקאמר ולא ימצא בידו לפרוע כל חובותיו שיקדמו לפרוע חובות ההקדש תחלה ובנדון זה שמעון תלי"ת יש לו חפצי ומטלטלי ביתו שלפחות שוים יותר מעשרים אלפים לבני' וחצר בתים מולקי ששוה כמו מ' אלף לבנים וכל מה שיהיה חייב להקדשות יהיה כמו כ' אלף לבנים. ועוד טוען ראובן כי ההסכמה היא ליקח מבני חרי אך מה שמכר הלוה מקוד' אין להם כח לטרוף מהלקוחו' שכך כתוב בהסכמה ולא ימצא בידו לפרוע כל חובותיו שיקדמו לפרוע חובות ההקדש תחלה אך לא לטרוף מהלקוחות ובנ"ד אפילו שירצה לומר לוי שעתה מחדש קונה משמעון אין להם כח לטרוף מהלקוחות ואף שמנהג העיר שמה שכתוב בפנקס ההקדשות קיים ונצחי והפנקס נאמן לכל דבר אפילו נגד כמה עדים היינו שלא יהיו נאמנים לומר מה שאמר בפנקס אינו כן ויפטר בשבועה כדין מלוה

על פה אלא שהפנקס נאמן כדין מלוה על פה בנאמנות אבל לא לטרוף מן הלקוחות ועוד אומר ראובן שאם יאמר לוי שבנ"ד החנות הנז' היתה ממושכנת להקדש בעד הט' אלפים לבני' ורוצים לזכות בה מחמת המשכונה הרי כבר חזר וקבלה ראובן עליו מהק"ק כ"ו אלפי' ות"ש לבנים כנז' מחשבון הט' אלפים לבני' שהיתה ממושכנת עליהם שהם ביותר ממה ששוה החנות כנודע והעד שעתה כשחזרו אנשי המעמד לראובן החנות חזרו אותה לו בששה אלפים ושבע מאות לבנים ואם היתה שוה ביותר לא היו נותנים אותה לו בו' אלפים וז' מאות וגם שמעון לא היה מתרצה להחזירה לו בסך הנז'. ועוד הוכחה שראובן לא נתרצה לקחתה כי אם בו' אלפים וחמש מאות לבנים והוצרך החכם מרביץ תורה לתת אז מכיסו כדי לתווך השלום ר' לבני' וגם עתה שמכרה ראובן מכרה בפחות אלף לבני' עתה יורנו מורה צדק אחרי כל זה אם יש כח ביד לוי ליקח מראובן הב' אלפי' ושלשה מאות לבנים לתשלום הנז' אלפים לבני' הנז' או לאו גם אם יש כח ביד לוי להוציא החנות מיד ראובן בעד שאר חובות שחייב שמעון להקדשות או לאו ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה כל ערעורי לוי על ראובן אין בהם ממש. מה שערער בתחילה לבטל מה שנכתב בפנקס הק"ק שנכתב החוב והחנות על שמעון לומר שזה לא נעשה במעמד ובידיעת טובי הקהל וראובן טוען שהכל נעשה במעמד טובי הקהל נראה שמה שנכתב החוב והחנות על שמעון קיים לפי מה שראיתי בסוף השאלה שהובא שם על ענין אחר שמנהג העיר שמה שכתוב בפנקס ההקדשו' קיים ונצחי והפנקס נאמן לכל דבר אפילו נגד כמה עדים אם מנהג זה ברור ופשוט דנין על פיו שכל מנהג פשוט כמאן דאתנו בפי' דמי כדאמרינן בפרק המקבל מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה גובה מלוה לכפול גובה מחצה אף כאן עשו כתיבת הפנקס כאלו חתומים עליה טובי הקהל שאין מי שימלאנו לבו לכתוב בו שלא מדעת טובי הק"ק. וכ"כ הרשב"א ז"ל במקום שנהגו שתהא חתימת הסופר קיימת כב' עדים תקנתם קיימת בתשובת תשכ"ט כ"ש שנכתב בכל שנה מחדש כנהוג זה ודאי אינו נכתב אלא במעמד טובי הקהל והגזברים יחזרו ויחקרו על הדבר ואם לא היה אמת לא היו מחדשים אותו שנה אחר שנה. ועוד דכיון דעברו ג' שנים שהיה משתמש שמעון בחנות בשלו עלתה לו חזקה אע"ג דקי"ל אין מחזיקין בשל רבים במקום שיש גזברים מיוחדים על כל דברי ההקדש דמו לבעלים ומחזיקין בהם ויש בזה שקלא וטריא בדברי הראשונים ז"ל אין כאן מקום להאריך. ולגבי ראובן שהיה חייב ח' אלפים לבנים נראה שכתיבת הפנקס מילתא היא שהפנקס שחייבו הוא שפטרו שאפילו נדון כתיבת הפנקס כחיוב בשטר גמור הרי הפיטור ככתוב שובר בצדו דשובר

שכתוב בשטר אומרים אין צריך קיום ולא עדים כדאמרינן בספ"ק דמציעא סמפון היוצא אחר חיתום שטרות כשר ומעשים בכל יום שכתוב הפרעון על גב השטר מכל כתיבה שתהיה בלא עדי' ונפג' השטר בכך וכן הביא הנ"י בשם הרשב"א בס"פ השואל אהא דאמרינן איבעי לך למכתב שטרא אגביה דאפילו בכתב ידי הלוה מהני כיון דכתוב בגופיה דשטרא והכא כתוב בתוך הפנקס עצמו פיטורו של ראובן ומי הביאו ליד ראובן שיכתו' עליו אם לא שהוא אמת ומדעת טובי הקהל נכתב.

ועל מה שחזר וערער לוי אחר שחזר ראובן ולקחה בהסכמ' טובי הקהל ואף לוי הסכי' עמהם כי אותה היה מבקש להחזירה לראובן אין אחר מעשה זה כלום. ומה שטוען לוי שרוצה להפרע מראובן הח' אלפים לבנים שנתחייב בראשונה וגם רוצה לגבות החנות ולטרפה מידו בעד החוב שחייב שמעון לקהל לפי הסכמ' הקהל שחוב ההקדש קודם לכל איני רואה מקום לערעורו של זה שהרי בא עליו ראובן מב' צדדים ממה נפש' אם לא נתרצו הקהל בסילוקיו של ראובן בתחלה א"כ הרי החנות ברשותו כבתחלה שלא נתנו לשמעון אלא ע"מ שיפטרוהו הקהל ואם נתרצו הקהל בסילוקו ופטרוהו הרי החנות בחזקת ראובן ואם עתה הקהל חוזרים בהם ממה שהעבירוהו משמעון ונתנוה לראובן הרי החנות לפניהם וראובן פטור שהוא לא נתחייב בששת אלפים באחרונה אלא ע"מ שיתנו לו את החנות ואין מקום לטענת לוי אלא אם יטעון שלא נכתב בפנקס שפטרוהו לראובן מחיוב הח' אלפים בפי' אלא שנכתב החנות על שמעון אז יהיה ללוי פתחון פה לומר שמעולם לא נפטר ראובן מחוב הח' אלפים ומה שנכתב בפנקס הח' אלפים על שמעון עדיין לא פטרו את ראובן מהחיובו אלא יד הקדש על העליונה רצו מראובן לוקחים רצו משמעון לוקחים ומה שטוען ראובן שהוא לא נסתלק מן החנות אלא ע"מ שיפטרוהו עליו להבי' ראיה שהיה ע"מ כן שהרי החנות בחזקת שמעון מכח הפנקס ומכח שני חזקה והבא לבטל חזקת שמעון עליו הראיה עכשיו יכולים הקהל לגבות חובו הח' אלפים מראובן שלא נפטר מחיובם בפירוש בפנקס וטורפים החנות שהיא בחזקת שמעון במה שחייב עוד להקדש. ואע"פ שחזרו הקהל מדעתם ונתנו החנות לשמעון בעד ששת אלפים לבנים עדיין יש לבעל דין לחלוק שחזרה בטעות היתה כסבורים שאין להם על ראובן כלום דקי"ל קנין בטעות חוזר כדאמרינן בספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי ומחילה בטעות לאו כלום היא כההיא עובדא דרב ענן דפרק חזקת דאהדר גודא דארעא דחבריה א"ל רב נחמן זיל אהדר א"ל והא אחזיקי לי א"ל מחילה בטעות הוא את גופה אי הות ידעת מי הות עבדת כי היכי דאת לא ידעת אינהו נמי לא ידעי וכן בנ"ד איהו נמי אי ידע שלא נפטר מהחוב במה שנכתב בפנקס על שמעון לא היה מתיר לעצמו שלא

לתת להקדש כל הח' אלפי' לבנים וגם הם טעו בכך אף בזו אלו היה הדבר כן לא הורע כחו של ראובן דנהי דמחילה בטעות לא הויא מחילה כדמוכח בכמה דוכתי היינו היכא דלא ידע הממון שמחל ולא היה בדעתו לתתו כלל אבל היכא דידע הממון ומוחל אותם מדעת אלא שטועה בדין אין אומרים לא מחלו אלא מפני שלא ידע הדין אלא בכה"ג אמרינן דמחילה בטעות הויא מחילה כדאמרינן בפרק איזהו נשך גבי הא דאמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי ופריך למימרא דסבר רב נחמן דמחילה בטעות לא הויא מחילה והא איתמר המוכר פירות דקל לחבירו דאמר רב נחמן אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ומשני התם זביני הכא הלואה. והרא"ש ז"ל בהלכותיו כ' וז"ל ותימה דהא רב נחמן גופיה אית ליה דמחילה בטעות לא הויא מחילה וכו' שאני כל הני דלא ידע דמחיל אבל בפירות דקל ידע ומחיל וכן מפליג בשמעתא גבי הונאה ואע"פ שר"ת ז"ל אמרה בלשון אחרת קרובים דברי הרא"ש להיות כדבריו כמו שכתבתי במקום אחר. והריב"ש ז"ל בסימן של"ה כשהביא דברי ר"ת כתב אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמכר לו אותם הפירות ומוחל אותם מדעת אלא שטועה בדין שחושב שממכרו ממכר ואינו כן מחילה בטעות הויא מחילה והן הן דברי הרא"ש ז"ל אף כאן כבר ידעו מה שפטרו לראובן חיוב כל הח' אם היו גובין החנות בעד מה שחייב שמעון וגם חיוב הב' אלפים כל זה מחילי מדעתם ואין זו טענה לומר שטעו שלא היו יודעים אם זוכין בדין וכ"ת והיאך יכולים למחול נכסי ההקדש רשאים הם הגזברין בכך שאין זה הפסד גמור שאם לא יפרעו מראובן יכולים ליפרע משמעון ועוד כעין פשרה הוא זו דעביד איניש דזבין דיניה דמאן לימא ליה דמצלח בדינא לפי' נתרצו לתתה לראובן בששת אלפים ופשרתם קיימת.

ובר מן דין אין יכולים לטרוף החנות מיד ראובן בחובו של שמעון מכח הב' טענות האחרונות חדא שאין נפרעים מנכסים משועבדי' במקום שיש בני חורין אפילו הם זבורית כדתנן בהנזקין ועוד שלא נתנו להקדש כח יפה דקדימה אלא כנגד בעלי חובות אבל לא כנגד הלוקחים וכ"ת מ"ש לוקחים מבעלי חובות הא בבעלי חובות איכא למיחש שלא תנעול דלת בפני לווין ואעפ"כ לא חשו איכא למימר דבבעלי חובין כי היכי דחיישינן לנעילת דלת בב"ח מוקדם טפי איכא למיחש בב"ח מאוחר ומהך טעמא אע"ג דב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה ולכך העדיפו כח של הקדש מאוחר ועשאוהו כמי שקדם וגבה ושם בר"פ אף על פי ה"ק מה סברא היא זו שמה שגב' המאוח' גבה לא יהא ב"ח אלא לוקח דמלוקח גופיה קטריף ב"ח ראשון ותירץ רשב"ם דב"ח מאוחר

עדיף מלוקח שלא תנעול דלת בפני לוין וכ"ת אי מה שגבה גבה איכ' נעיל' דלת מב"ח ראשון לא היא הואיל ויכול לקדום לא ימנע מלהלוות אבל אי מה שגב' לא גבה איכא נעילת דלת שיפסי' ב"ח מאוחר לגמרי ע"כ אלמא לענין ב"ח אין לחוש משום נעילת דלת דקמא כיון דאיכא נעילת דלת דבתרא לכך חשו טפי לנעילת דלת דהקדש מנעילת דלת דשאר בני אדם אבל בלוקח שכבר זכה בו לא הפקיעו כחו בזה שהרי אמרו בו שאין נפרעים מהם במקום שיש בני חורים ועוד דזיילי נכסי שלא יהיה רשאי שום אדם לקנו' שום קרקע משום אדם שמא אחר כך ילוה מן ההקדש ויטרוף ההקדש ממנו אבל בעלי חובות לא חיישי להני דמ"מ אמר כל אחד אני אקדום ואתפרע תחלה כדכתבו התוספו' כל שכן שלפי הנראה פיטורו של ראובן מפורש בפנקס נמצא כל ערעוריו של לוי מתחלה ועד סוף בנויות על תהו.

סימן קב

אנדרינופלה.

על פסק החכם השלם כמהר"ר יאודה ביטון נר"ו.

הובא לפני העתק שטר מכירה שמכר ה"ר יעקב קרישפין לאחים ה"ר אברהם וה"ר עוזיאל דבארה יצ"ו שהמולקי הוא לה"ר יעקב הנז' שקנאו מתוגר א' והם משועבדות שכל מי שהו' בעל המולקי חייב בקיום הסוסים אשר למלך בכל עת שידרשוהו וה"ר יעקב הנז' מכר חזקת הבתים והשאיר המולקי לעצמו ונותנים האחים הלוקחים שכירות ק"כ לבנים בכל חדש וכתוב שם עוד התנו ביניהם שכל עת וזמן שהתוגר שמשכן הבתים ומכרן יבא ויערע' להוציא את האחים מן הבתים או אחר בעדו או שום נברא אחר שבעולם וכו' נתחייבו המוכרים לפרוע הדמים לקונים והנה עתה המלך יר"ה לקח כל האחים המשועבדים לביזמי' זה ובכללן הבתים האלו. וראיתי מה שפסק החכם השלם מעיין המתגבר כמה"ר יאודה ביטון נ"ר ודבריו צדקו יחדיו יפה דן ויפה זכה לומר דמה שנתחייב המוכר להעמידה היינו כל דבר דאתי מחמתיה ומצדו שאם היה מקבל עליו בהדיא כל אונסא דמתיליד היינו צריכין לחקור אם אונס זה שכיח הואיל והי"ל למלך תפיסת יד בהם או הוי אונסא דלא שכיח כההו' דמייתי בפרק מי שאחזו בההוא גברא דזבן ארעא קביל עליה כל אונסא דמתיליד לסוף אפיקו ביה נהרא וכן בהנהו מלחי דקבילו עלייהו למעבד שומשמי לסוף אסתכר נהר מלכא דאמרינן אונסא דלא שכיח הוא. אבל אין אנו צריכין ליכנס בחקיר' זו דהכא לא נתחייב בהדיא המוכר באונסיה דמתיליד כי מה שנתחייב בערעור המוכר או אחר בעדו או שום נברא אחר בעולם נתחייב לסלקו מידי ערעור קונים. וכ"ת והלא בכלל סתם אחריות שכתב לו הוא

זה ומה בא להוסיף איכא למימר ערעור באונס שלא מן הדין אתא לטפויי דאלו באחריות סתם מצי למימר ליה אחוי טירפך ואשלם לך להכי קביל עליה כל ערעור אפילו באונס ודוקא דמעקרא. ואין לומר הואיל והלשון כולל שכתב או שום נברא אחר בעול' בכל גוונ' משמע דעל ידי ערעור קאמר שכן כתב אם יבא ויערער או הוא או אחר בעדו או שום נברא אחר שבעול' ולשון ערעור לא שייך באונ' דאונ' לא מיקרי ערעו' כדמוכ' בהמגרש דאתקין רב יאוד' בשט' זביני דעבדי עבדא דנן מוצדק לעבדו ופטי' ועטיר מן חרורי ומן ערורי ומן עלולי מלכא ומלכתא כך הג' בתוספות ולא גריס מן ערורי מלכא דלשון עלילה שייך במלך ולשון ערעור בשאר כל אדם עכ"ל. אלמא ערעור הבא מחמת טענה משמע ופרש"י מן עלולי מלכא קביל עליה שאם היה מוכתב למלכו' שחטא לו אפילו נכתב בעלילה חייב דמקח טעות הוא ושמעינן מינה נמי דאע"ג דכתב אחריות מעלולי מלכא היינו דמעיקרא אבל אם נכתב לאחר מכאן למלכות לא קבילו עליה אף כאן מה שקבל עליו אחריות כל נברא אחר שבעולם היינו אחריות דערעור דאתי מעיקרא. ועוד דבר הלמד מעניינו הוא כל נברא אחר דומיא דמוכר דקאי עליה הוא. ואם איתא למה הוצרך לפרש מוכר או אחר בעדו מאחר דאחריות בכולי עלמא אפי' באונס קביל עליה אלא לדון כיוצא בו וכהא דאמרינן בפרק אלו מציאו' דכן תעש' לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך שמלה היתה בכלל אבידת אחיך ולמה יצאת להקיש אליה מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעין אף כל וכולי ועוד מאחר שלא נתחייב בהדיא באונסא דמתיליד כגון אי אנס ותקפה בלא טענה אי אתה רשאי (למשכו) להחמיר עליו לחייבו במה שלא נתחייב בהדיא דהמע"ה. ואין מקום לומר כאן דהיכא דכתיב דלא כטופסי דשטרי יד בעל השטר על העליונה לפירושו של גאון ז"ל מלבד דהך לישנא הא מחו לה כמה עוכלי בעוכלא בפירוש' דלא סלקא מילתא דגאון ז"ל מ"מ אפילו לדידיה ז"ל לא אמר כן אלא בלשון שאם לא נכת' כל עיקר היה בעל השטר זוכה ועכשיו שנכתב לא הורע כחו הואיל והוא מסופק להוסיף חיוב על המוכר או על הלוקח בדבר שלא הוברר חיובו ואין לשון דלא כטופסי מחייבו. ודברינו כשהוברר הדבר לב"ד עכשיו שהדברים כמ"ש בשטר שיש למוכרי' מולקי בבתים שקנו קנין הגוף מאת המלך יר"ה ולא נשאר למלך אלא שעבוד הביזמיט על כל מי שהוא בעל המולקי דהשתא ודאי מה דלוקח המלך יר"ה גוף הבתים לגמרי בטענה שאינו חפץ באותו ביזמיט או שאינו צריך לאו מדינא הוא וחמסנותא דמלכותא מיקרי דכיון דזכה מקבל מתנה אפילו אמר ע"מ שתשמשני שמוש פ' כל עכבה שאינה ממנו לא מבטל המתנה כדאמרינן בפרק מי שאחזו ע"מ שתשמשי את אבא ע"מ שתניקי את בני מת הבן או שמת האב יכולה היא לומר תן לי

אביך ואשמשנו תן לי בנך ואניקנו וכיון שכן אונס הוא ולא מחמת שמערער עליה שלא היתה של מוכר מעיקרא ואין זה בכלל חיובו או משום דהוי אונס דלא שכיח אבל אם לא הוברר זה איכא למימר שהמלך מדינא הוא לוקחה שלא הקנה בתחילה קנין הגוף אלא זכות דירה נתן לה בשכר שמושו כפועל ויכול לחזור בו בכל עת שירצה ויאמ' איני חפץ בשירותך וישים אחר במקומו כ"ש אם אינו צריך לאותו שמוש כדאמרינן בהאומנין האי מאן דאגיר אגירי לדוולא אתא מטרא פסידא דפועלים ובפרק מי שאחזו דאמרינן לאריסי כ"ע דלו תלתא ושקלי ריבע' ואת דלי ד' ושקיל ג' לסוף אתא מטרא דמשמע התם דהלכה כרבא דמן שמיא רחימו עליה ותוס' תירצו דדוקא באריס שיורד לקרקע באריסות נותן לו שליש אפילו אתי מטרא וכו' אבל הכא פועלי' שאינן אריסין אלא נותן להם שכירות על המלאכה אפי' התחילו במלאכה אין להם ליטול אלא לפי מה שעשו כיון דלא נחתי לארעא להיות בחזקת אריסי ע"כ ונר' דלא דמיא לאריס אלא לפועל שנוטל שכרו ממקום אחר ואילו אריס נחית לארעא ונוטל חלקו ממנה ומדויל ידיה משתלים וכ"כ הרי"ף שם בגטין ומסתברא לן דשאני אריס מפועל דאריס כשותף דמי דאי איתניסא ההיא ארעא לא הוה שקיל מידי הילכך כיון דקביל עליה ולא אצטריך לא פקעא מנתיה דיליה ע"כ ואעפ"י שהראב"ד הביא בשם אחרי' דה"ה בפוע' כך הוא דינו כל זמן שהתחי' במלאכה כו' הרי בטל הרמב"ן ז"ל סברא זו בראיות כמ"ש הר"ן ז"ל שם והכא בנ"ד זה שהחזיקו המלך בעד שמושו לא דמי לאריס שנוטל זכותו מגוף הקרקע שטורח בו וחשיב כשותף בפירות אלא כשכיר דמי שבשכר מוצא הסוסי' נוטל דירת הבית או שכרה ואפי' התחיל במלאכ' ואינו צריך לה פסידא דפועל כ"ש דבכל יום ויום יכול לחזור בו וכל שלא הוברר זה והמלך מסלקו דינא קאמ' דארע' בחזקת מרא קמא הוא ולא עלתה חזקה ליושבים בה גם לא לישראל הקונ' דכיון דאתי מחמת עכו"ם כדיניהם עבידנא ואינהו לא סלקא להו חזקה אפי' עד מ' שנין ותו אפי' בדינינו כגון הני דבי ר"ג לא מחזקינן בהו כ"ש בשל מלך ועוד שכיון שהדר בבתי' משועבד לעבוד' המלך במוצא הסוסים הו"ל כיורד ברשות ולא עלת' לו חזקה כל זמן שהוא באותו שירות דמצי למימר לפירו' ירדתי ובשטר המכר מפורש שהמולקי של המוכר ושל התוגר שקנ' ממנו ואין למלך אלא שעבוד השירות ולשון מולקי הוא קנין הגוף ולא זכו' דירה ולכך מכר החזקה השאיר המולקי לעצמו ואם אין לו אלא זכו' דיר' מה מכר ומה השאיר ולכך התנו שלא יהא רשאי למכור המולקי ליש' באופן שיפסידו הקונים חזקתם על פי הסכמות הקהל קדוש וזה מוכיח שיהיה השטר על דעת שהמולקי של המוכר שאם ימכר לישראל קנין הגוף אבדה חזקת המחזיק דאין לקנין פירות במקום קנין הגוף כלום לפי הסכמת

הקהל קדוש אלא יפרע לו בשיוויו ואם איתא שהגוף הוא של מלך הו"ל כשני מחזיקים בקרקע זה בכדי ק"ק לבנים בחדש וזה החזיק בכל השאר אדרבא יפה כחו של שתי בתים ולמה תופקע זכותו בשמכרו לישראל אחר לא כל הימנו של ראשון לאבד זכותו של שני אלא מוכיחים הדברים ומפורשים בשטר שגוף הקרקע קנוי למוכר ובהיות האמת כן עתה אין לקונה על המוכר כלום ודבר זה מתדמה שכבר נתברר להחכם השלם הדיין נר"ו ואין בודקין מן המזבח ולמעלה ולא מסנהדרין ולמעלה ולולי אלצתני אהבת החכם יאיר מאיר פני חכמים בהלכו' דידי שאהבה נפשי נר"ו לא היה פנאי מסכי' כי על יום טוב באנו בליל התקדש חג שאנו עסוקים במצ' של מצוה והנראה לעניית דעתי כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קג
לאנדרינופולי.

על דבר ריב הבתים שקנו ה"ר אברהם זבארה ואחיו מה"ר יעקב קריספין הנה לכשעבר כתבתי להסכים עם החכם השלם הדיין המצויין כמה"ר יהודה ביטון נר"ו במה שדן על לשון השטר שכתוב שכל עת שהתוגר המוכר יבא ויערער להוציא את האחים או אחר בעדו או שום נברא אחר שבעולם שאין בלשון הזה חיוב אלא בערעור דאתא מחמתיה דמוכר אבל אונסא דאתי מעלמא אין זה בכלל כמו שהוכחתי שם בארוכה ולפי שלא נתפרש שמו מה היה הערעור הוצרכתי לחזר על הצדדין כמו שאמרתי שם והנה עתה בשאלה זו פירשו את הדבר כי לסבת שבתי' אלו היו משועבדי' לביזמיט הבוייניקיש כל זמן שהתוגר אשר לו הבית בראשונה היה בחיים היה הוא עושה הביזמיט ההוא ואחר שמת ולא השאיר אחריו בן כדי לעבוד העבודה ההיא הוציא שר הבוייניקיש את יורש הקונה מהבתים ולכן באים עתה יורשי הקונה ותובעים מיורש המוכר הדמים שנתנו וההוצאות שהוציאו בבתים כפי תנאים ואיברא שאם היה הדבר מוסכם שבתים האלו משועבדים לעבודת המלך נקראים בפי העול' מולקי היה המוכר או באי כחו יכולים לטעון אני לא מכרתי לך אלא כל זכו' שהיה בידי מהתוגר שקניתי ועל זה קבלתי עלי אחריות מכל ערעור מצד התוגר המוכר או אחר בעדו או שום נברא בעולם הבא לערער על קנייתם או מחמתם אבל מה שלא היה לו זכות בה שאפילו מידי היתה יוצאות אין לי אחריות עליו אלא שהמוכר או באי כחו צריך להביא ראיה שלזה קורין מולקי או שפירש לו לקונה אמתתו של דבר וסבר וקביל ולא עליו היה האחריות דאל"כ פשוט ומורגל בפי הכל דלשון מולקי מקנת כסף ואחוזת עולם שאין לאחרים רשות בו ורשאי למכור ולתת ולהחליף ולא כל הימנו של מוכר לומר לזה אני קורא מולקי שיש לנו ליל

אחר לשון העול' אפילו להוציא וכדאמרינן בההוא עובדא דמייתי בפר' חזקת ההיא דאמר ליה לחבריה כל נכסי דבר סיסין מזביננא לך הואי ההיא ארעא דמיקריא דבי בר סיסין א"ל הא לאו דבי סיסין ואיקרויי הוא דמקרייא דבי סיסין אתו לקמיה דר"נ אוקמיה בידא דלוקח אמר ליה רבא דינא הכי המע"ה ומסיק גמרא בטעמא דרב נחמן דכיון דאמר ליה דבי בר סיסין ומקריא דבי סיסין עליה דידיה רמיא לגלויי דאינה בכלל המכר דלאו מבי סיסין לקחה ופירש רש"י ז"ל כיון דכולי עלמא קרו לה דבי בר סיסין ונראין הדברים שלפיכך נקראת כן שקונה מבי בר סיסין והוא אומר לאו מיניה לקחתיה עליה דידיה רמיא להביא ראיה דלאו מבר סיסין לקחה כל שכן בלשון הזה שמורגל בפי הכל ששם מולקי מוכיח עליו שאין שליט בו זולתו וזה אינו אלא כשכיר לפני המלך שכל זמן שעושה עבודתו ורוצה המלך בה מעמידו ואם לא מביתו יגרשנו ואין השכיר הזה רשאי למכור או לתת זכותו לאחרי' דלא עדיף מאריס דנחית לארעא שאינו רשאי להוריד אריסים תחתיו וכדאמרי' בפ' חזקת אריס שהוריד אריסי' תחתיו יש לו חזקה לא עביד איניש דנחתי אינשי לארעיה ושתיק כ"ש שכיר או פועל שאינו רשאי להביא שוכרי' אחרי' תחתיו ומאחר שמכר תחילה החזקה לא נשאר אצל המוכר כלום בגוף הקרקע שימכור זולתי קנין פירות של הק"ן לבנים שהיה פורע בשכירות שאפי' אם היה העכו"ם בחיי' היה רשאי המלך ובאי כחו לגר' את הקונ' אפי' שהיה מזומן לעבודת המלך וגם אם היה המוכר התוגר עושה העבודה יכול לומר אי איפשי בעבודתך שכבר נסתלקת ממני שאי אתה נהנה משלי ואסיא דמגן מגן שוי כ"ש אם היה העכו"ם ממאן לעבוד או מרחיק נדוד ואיך יצדק בזה שם מולקי כלל ועוד שבשטר מפרש מה שמכר לו שכתוב שם איך הבתים הידועי' שהיה מקדמ' דנא בעל המולקי תוגר פ' והבתי' הנז' הם משועבדות למלך שכל מי שהוא בעל המולקי מאות' הבתי' חייב לשרת עבודת המלך משמע לשון זה שהגו' מעתה קנוי לבעל המולקי אלא שיש למלך שעבוד על בעליהן ועכשיו נתבר' שהדבר בהפך שהגוף למלך ועוד יש לו למלך שעבוד באנשים הדרים בה לעבודתו חלף השכירות ולכן יצאו עכשיו מתחת יד הקונה אותם ועוד שבחוגיט הנעשה בגופן שלהם מזכיר שמכר לו התוגר להר"ר יעקב הבתי' מולקי אשר לו ולא פירש שם שעבוד הבויינוק שאם היו מפרשים לא הי"ל קנין בגופן שלהם וכ"ש שלא היו מזכירין עליו שם מולקי לפיכך נר' ברור שחייב המוכר להעמידו על מקחו או לפרוע לו מעותיו וכל מה שהוציא בהם כפי תנאם. כל שכן לפי מה שנתפרש עכשיו במעשה בית דין שהעידו ופיר' העדים שכבר חשו שמא ימות העכו"ם שיקחנה מיד הקונה וע"ז קבלו

המוכרים אחריות והא ודאי חוזר ומפרש הוא לא מיקרי חוזר ומגיד עם שנראה לי שאין אנו צריכין לזה שממקומו הוא מוכרח.

ומה שטען היורש של המוכר עתה לוו שהקונה היה סבת היציאה ואיהו דאפסיד אנפשיה שלא נתפשר עם השר בב"ד ולוניקי"ש אין זו טענה חדא דלא עליה דידיה רמיא להתפשר עם השר בדמים שמא יאמר לו המוכר מי הרשך לכך ולתקוני שדרתיך ולא לעוותי אני הייתי יכול להציל בלא כסף ובלא מחיר כ"ש דמי הזקיקו לזה בכך אפי' נעשה שומר עליו אין דין שמירה בקרקעות להתחייב עליהם דנפ"ל מכעין הפרט דעל כל דבר פשע דבר המטלטל וגופו ממון כ"ש שהיו שם הבעלי' ואם לא רצו להתפשר אינהו דאפסידו אנפשייהו ומה שטענו עוד מדין אסמכת' ודבר שאין לו קצבה אין ענינו בזה כלו' דלא נאמר זה אלא בבא להתחייב בדבר שאינו חייב אבל מוכר שכות' לקונה לפרוע כל מה שיוציא בבתים שליחותיה קעביד בכל מה שבונה וסותר וסומך על אמונתו שמרשהו בכך ואפי' במילתא דהוי פסידא לגמרי ומתחייב בכך לא הוי אסמכת' כגון היכא דקביל עליה כל אונסה דמתייליד דחייב דבההיא הנא' דנקיט זוזי גמר ומשעבד נפשיה ועוד דלא מיקרי גזים דחשיב ליה כאלו עדיין הוא בידו והיתה נאנסת ברשותו שורות אלו כתבתי בחפזי מתוך הצער והטירוף מפני פחד ה' מהשנה עדניא וזמניא ובמצבייה עביד בחיל שמיא מהעדא מלכין ומהקם מלכין ומלכותא דיליה הוא ה' צבאות יגן עליהם ה' צבאות יגן עליכם ה' צבאות יגן עלינו הצעיר יוסף בכמה"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קד

ט"ו סיון השפ"ב שאלה ראובן הוציא שטר ישן על שמעון מסך מה שזמנו משנ' השס"ג כתו' בראשי תיבות ובזמן ההוא הוחזקו בעיר שני שמעון שוי' בשמות' ובכינויים ושמעון הוציא מחילה מראובן משנת השס"ג מכל חשבונות שהיו ביניה' קודמ' כמו חדש א' לזמן הכתוב בשטר וטוען שזמן השט' היה שנת הש"ס וראובן זייף וכתב השס"ג ולפי שנדבק' הגימ"ל עם הו' של תיבת והכל הכתוב אחריו גרר הג' להפרישה מהו' והו' ניכר שהוא על הגרר יורנו המור' לצדקה אם נאמן שמעון לו' שכבר פרעו במגו שהיה יכול לומר שהוא אינו שמעון הכתוב בשטר כיון שהוחזקו בעיר שני שמעון ומה גם שטוען שברי לו שזייף הזמן ובמקום ש"ס כתב שס"ג והג' אינה דומה לשאר ג' שבשטר על הכל יאיר עינינו במאור תורתו ושכרו יגדל מעל שמים אנס"ו.

תשובה אם הדבר ניכר ונר' לעיין שום מחק או תיקון במקום זמן שאפשר שהיה כתוב הש"ס ואח"כ נכתב' הגימ"ל כגון שכתיבת הגימ"ל אינ' דומה לשאר גימ"ל שבשטר או

שהגימ"ל רחוק' הרב' שאין בינה לתיבת והכל כמלא אות איכא למיחש שהיה כתוב הש"ס ואחר כך נכתבה הגימ"ל וכההיא דאמרינן בפרק גט פשוט דשטרא דהו' כתיב בה מאת ראובן ושמעון אחי אזל כתב ביה ו' ושוייה ואחי ואתא לקמיה דאביי א"ל מאי טעמא דחיק לי' עלמא להאי ו' כפתי ואודי והתם הוצרך לכפייה שיודה לפי שלא היה יודע אביי מה היה כתוב תחל' ומה זייף אבל היכא שיש לחוש שלא היה שם גימ"ל זו בתחלה ואחר כך נכתב' ויש להוכי' מתוך דוחק' ומתוך שינוי כתיבתו הרי השטר בטל שרואים כאלו היה כתוב הש"ס והרי שטר מחיל' פוגמתו מאחר שניכר שיש שם מחק או תיקון ולא נתקיים אחר כך כדאמרינן בריש פרק גט פשוט כל המחקים כלם צריך לכתוב קיומיהון ותניא בתוספתא שטר שיש בו מחק או תלוי מגופו פסול שלא מגופו כשר ופירש הרשב"א ז"ל מגופו הוא שם המלוה והלוה והזמן והמעות ומה גם דנאמן לומר שפרעו במגו דאי בעי אמר שהוא לא לוה ממנו מאחר שהוחזק שמעון בן יוסף אחר שם בעיר.

איברא דאיכא למימר דנהי שאם טען בפני בית דין תחלה שפרעו סתם דמהימנינן ליה שפרע במגו דלא היו דברים מעולם אבל בא בתחלה מכח שטר המחילה שהוציא בב"ד ונמצא שזמן המחילה קודם לזמן הש"ח אזדא ליה מגו דיליה דחשיב מגו למפרע שבתחלה כשהוציא שטר מחילה בפני ב"ד סבור היה ששטר מחילה שובר את הש"ח שזמנו אחר זמן הש"ח וכשנתברר בב"ד שזמן המחילה קודם לזמן הש"ח לא היה יכול לחזור בו ולומר לא לויתי אני ממך. ודמי להההיא דפרק הכותב בההיא אתתא דהוה תפיס' מלוגא דשטרי כו' א"ל רב נחמן אייתי סהדי דתבעתינהו מינך כו' אבל איהי לא מהימנא לומר דתבעתינהו דחשי' מגו למפרע כדכתבו התוס' שם ובפ' חזקת והכא נמי כיון דתבעי בתחלה באותו הש"ח והוציא כנגדו המחיל' הרי הוא כמודה בשטר שכתבו דכי היכי דאמרי' האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כך האומר פרעתי כאומ' לויתי ותו לא מצי למהדר ביה אח"כ ולו' לא לויתי ממך ומהא לא איריא דאכתי אית ליה מגו דידיה דמצי למימ' שסבור היה שש"ח אחר היה שלוה ממנו קודם שטר המחילה לכך הוציא לו שטר מחילה ועכשיו שראה שש"ח אחר מאוחר הוה יכול למימר לא לויתי אחר כך ממך ושמא שמעון אחר היה.

גם יש מקום לומר נהי שאם היה טוען אח"כ כן ששטר חוב זה המאוח' גם הוא פרעו אלא שאין לו ראיה ע"ז היה נאמן במגו שהיה יכול להכחישו אבל אינו בא אלא מחמת טענה הראשונה מכח שטר המחילה ולא כל הימנו לגרוע כחו של שטר ולומ' שנכתב הזמן בזיוף דמגו לאורועי שטרא לא אמרי' דהו"ל כמגו במקום עדים א"נ איכא ריעות'

במגו זה דאינו טוען ברצון דבר שיהיו העולם מכירי' בשקרו שיודעים העולם שזה הוא שהיה נושא ונותן עמו ולא האחר וגם יאמרו מה לו לראובן לשקר להניח ב"ח ולתבוע את זה ולקנוניא לא חיישינן ואין אומרים מגו אלא כשהטענות שוות וראיה מהא דאמרי' בפ' שבועת הדיינים גבי היכא דא"ל מהימנת עלי כל היכא דאמר' לא פרעתני דאי א"ל פרעתיך ביני לבינך נאמן במגו דפרעתי' בפני פ' ופ' ומתו וכתבו התו' והרא"ש דאין זה מגו טוב דנוח לו בכך ממה שיאמרו העול' הרוצ' לשקר ירחיק עדיו כו' והכא נמי דכוותה.

ומהני מילי נמי לא איריא שכשבא תחלה מכח המחילה סבור היה שהיא מלוה שלפני השס"ג והאמת טען שלוה ופרע עתה שרוא' שבשט' כתוב שנת שס"ג טוען שהוא לא לוה אחר המחילה כלל וא"א שיהיה זה כי אם באחת משנים או שזייף הזמן או ששמעון בן יוסף אחר היה ואם אין אנו רוצים לו' שזייף השטר דכמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי נאמר ששמעון בן יוסף האחר היה ואין זה סותר הטענה הראשונה של שטר המחילה אלא היינו הך שכוונתו לומר שאחר המחילה לא לוה ממנו כלום ואפשר שהאח' הוא.

וגדולה מזו אמרו בפרק אמרו לו אמר לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי א"ר מאיר אם הביאוהו שנים למיתה החמורה לא יביאוהו לקרבן הקל א"ל ומה אם ירצה לומר מזיד הייתי ומסיק התם גמרא בסוף הסוגיא דטעמייהו דרבנן משום דמתרץ דבוריה לא אכלתי שוגג אלא מזיד כל שכן שהכא יכול לפרש דבריו שלא אמר שפרע ע"י שטר מחיל' אלא למה שלוה קודם שס"ג אבל אח"כ לא לוה מעולם. ושמא תאמ' הרי אמרו בפ"ב דכתובות גבי קיום נכתוב חתימת ידיה אחספא אבל אמגילתא לא דילמא משכח ליה איניש דלא מעלי וכתב עלה מאי דבעי ותנן הוציא עליו כתב ידו גובה מנכסי' בני חורין והקשו התוספות והרא"ש דהא מצי למימר פרעתי ותירצו דאיכא למיחש שמא יטעון האמת שלא לוה ממנו כלום וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ע"כ ואכתי קשה דמצי למימר אסיפא דמגילתא חתמתי ויתרץ דבורו מ"ש שלא לוה ממנו מעולם אלא שמא אסיפ' דמגילתא חתם וי"ל אה"נ שאם היה טוען כן ומתרץ דבורו יכול אבל אנו חוששים שמא ישכח לגמרי מה שעשה דמילי דכדי לא דכירי אינשי ולא יטעון מעולם שחתם בסוף המגילה אלא יטעון שלא לוה ויתקיים בב"ד ואנן לא טענינן ליה בהכי כיון דאיהו לא טעין אנפשיה ונמצא מפסיד אבל הכא בנ"ד אפילו אם לא היה מפרש ואומר ששמעון בן יוסף האחר הוא מאחר שהוא אמר שלא לוה אחר שנת שס"ג אינו יכול להוציא ממנו בשטר זה כיון שהוחזקו שני שמעון בן יוסף ומאי דלא טעין

איהו שאינו רוצה לשקר דמי יודע כיצד הוא אבל הוא יודע בעצמו שלא לוה אחר כך הילכך נתבטלו השני טענות שכתבנו לאורועי מגו ולא מפקינן בהאי שטרא כלל.

סימן קו

שאלה ראובן ושמעון שותפים והוצרכו למעות והלכו שניהם לעכו"ם א' ולקחו ממנו מעות ברבית והעמידו לעכו"ם ערבנין כל אח' לחלק הנוגע אליו ולקחו סחורותם והלכו להורמוז ולשם נאבד הכל ויצאו נקיים מנכסיהם הקרן וההלואה היא הלואת העכו"ם ושמעון נשאר בהורמוז וראובן חזר ובחזרתו נתפשר עם העכו"ם מענין הלואתו ואז עמד העכו"ם על הערבנין של שמעון וגבה מהם ההלואה חלק הלואת שמעון אחר כך קמו אלו ערבני שמעון והוליכו את ראובן בערכאו' וחייבוהו בערכאות לפרוע חלק הנוגע לשמעון בכח עדי שקר ישמעאלים וחבשו אותו בבית האסורים ולא יצא עד שיפסיד בין רב למעט ושבו ומסר' אותו ביד סגואני א' אלם רשע עד שהפסיד מה שהפסיד להציל עצמו באופן פעם אחר פעם היו מוליכין אותו מדחי אל דחי לפני האומות ובכל פעם לא היה נמלט כי אם בהפסד מעות ובצער סוף סוף הגיע הפסדו לק' פרחים ויותר ובכל הימים היה ראובן צועק לדייני ישראל והדיינים מוחי' ביד אותם האנשים ואינם מקשיבים ולא צייתו לדייני התורה. ואותה החוג"ה שכתבו עליו בשקר ובכזב בערכאות היא בידם לאבן מכשול. וכעת ראובן זאת שאלתו שאם אותם האנשים הם מחוייבים בכל ההפסד ישלם לו במיטב וגם ימסרו בידו המכשול היא החוג"א וכן כתיב הרימו מכשול מדרך עמי וכל זה בגזרה כי אינם נכוים בפושרין ואפילו בחמי חמין. ועל האדון להציל עשוק ורצוץ מיד עושקו יורנו מורה הצדק מורינו היאך הדין ושכרו כפול מן השמים אכי"ר.

תשובה אלו ערבני שמעון שתפסו את ראובן בכח עדי שקר הנה הם מוסרים ומלשינים על מה שעשו עם ראובן ואל תהי להם תיקון ותוחלתם אבדה בעוד שהם מחזיקי' במרדם ואשמם בראשיהם עד שוב' והשיבו את הגזלה אשר גזלו מראובן ואת העושק אשר עשקו במה שהפסידוהו וגם החוג"ה אשר כתבו עליו והכל בגזרת נחש אם יפרצו גדר ינשכם נחש ואם ישמעו לדת יברכו מפי עליון המר ונאנח שמואל לאניידו מרדכי בכמהר"ר משה הדיין ז"ל. מרדכי הכהן.

תשובה אם ביחנו דבריהם בפי' שאלו יצאו ערבנין על חלק הנוגע לראובן ואלו יצאו ערבנין על חלק הנוגע לשמעון אעפ"י שראובן ושמעון ערבנין זה לזה מכל מקום הערבין לא נתערבו אלא לחלק הנוגע אליו בלבד אבל אם זה הביא ערבון וזה הביא ביחד ולא פירשו לעכו"ם שאלו ערבין על חלק ראובן ואלו על חלק שמעון היה יכול העכו"ם

המלוה להפרע הכל מאיזה מהם שירצה והיה הדבר פשוט שכשם שכל שעבוד העכו"ם חל על כל א' מהערבין כך שעבוד הערבין חל על כל אחד מהשותפין. ובנ"ד אעפ"י שנתפרש בשעת הערבות פלוני ופ' ערבין על שמעון ופ' ופ' על ראובן אעפ"י שהועיל לענין שעבודו של עכו"ם המלוה שלא יוכל להפרע מכל כת אלא המחצה מכל מקום כשפרע הכת האחת מדין ערבותם לשמעון כשם שחל שעבודם על שמעון כך חל על ראובן שהרי הסחורה שלקחו לצורך השותפות לקחוה ואין לשמעון חלק מבורר באותם הנכסים שלא תהא יד שניהם שוה כא' הילכך שעבוד הערבין חל על שניהם והרי ערבין אלו מאחר שפרעו לעכו"ם הרי שעבודם כשעבוד העכו"ם כשם שהעכו"ם היה יכול להתפרע מכל אחד מהם כך הערבין הבאים מחמת העכו"ם הרי הם כעכו"ם וכאילו הערבין הם עצמן הלוו המאתים של החוב אלו הלוו מנה ואלו הלוו מנה שיכולים כל כת מהם להתפרע מכל אחד מהשותפים הכל ואין לומר דנהי דכשלוו שניהם נעשו ערבנין זה לזה ונפרע מא' מהם על הכל מחצה מדין חיוב ומחצ' מדין ערב מסתמא ששותף לחבירו הוא אבל עכשיו שנתערבו אלו בעד ראובן ואלו בעד שמעון אין ערבי שמעון רשאין לתבוע מראובן על הסתם מדין ערב שכבר יחד ערבין לעצמו ומאח' שכל א' הביא ערבין אין סתמן שנתערבו זה לזה אלא הרי הם כשנים שלוו זה הלוה לראובן מנה וזה הלוה לשמעון מנה אעפ"י ששניהם לקחו יחד הואיל שפירשו אינן אחראין זה לזה הא ליתא דכל שיצאו ערבאין לעכו"ם בעד החוב הנז' לא נחליש כחן מכחו של עכו"ם וכשם שהעכו"ם היה יכול להתפרע הכל מאיזה מהם שירצה גם הערבין כמותו ולא דמו לשנים שהלוו זה לראובן מנה וזה לשמעון מנה שה"ז כאילו פירשו שאין לראובן חיוב בחלק שמעון שאל"כ היה להם לשותפים ליקח ביחד משניהם אבל הכא מהעכו"ם ביחד לקחו ונעשו ערבאין זה לזה ומה שהוצרכו לסדר לא עשו כן אלא שלא להתחייב לעכו"ם אלא כל א' מחצה ומ"מ אותו המחצה מוטל שעבודו על שניהם. ועוד כשלוו שניהם יחד לצורך השותפו' שניהם נעשו לווין על הכל וכמ"ש מהרי"ק ז"ל בשרש קב' ובסי' קפ"ג דכשלוו שניהם לצורך השותפות לא שייך למימר שיהא הא' ערב על חבירו דמאי אולמיה דהאי מהאי דבשלמא כשלוו שניהם יחד ורצו לחלוק המעות שייך לומר בהם שכל אחד נעשה ערב לחבירו אבל לא כה"ג וה"נ הרי שניהם לוו לצורך השותפות ואינן יכולי' להפטר כל א' מהחיוב הנ"ל אא"כ פטרם בפירוש שלא יתחייב כל אחד אלא מחצ' אבל עתה שנתערבו אלו על שמעון ואלו על ראובן אין להם זכייה שלא נעשה כן אלא לזכותן של ערבין כמ"ש ואגב אורחין ראיתי לכתוב על מ"ש מהר"י קארו ז"ל על מהרי"ק ז"ל במה שטען דמאי אולמיה דהאי מהאי לא חש לקמחיה דאטו אנן מי

מאלימינן להאי טפי מהאי הא לכל חד מינייהו אמרינן דהוי כאלו נטל חצי המעות לעצמו ויצא ערב בעד החצי שנטל חבירו ע"כ ורוא' אני שקמחו סלת נקיה דמאי דקאמר דמאי אולמיה דהאי מהאי לא קאי אגברי אלא אממון וה"ק מאי אולמי' דהאי ממון מהאי ממון דלא דמי לב' שלוו ביחד ורוצי' לחלו' שכל א' נעשה על מחצ' שלו דאית ליה הנא' מיניה חייב ועל מחצה של חבירו ערב דערב אע"ג דלא מתהני משתעבד אבל שנים שלוו לצורך השותפו' אפי' נטל זה בידו מחצ' וזה מחצה מאי אולמי' דהאי ממון שבידו לממון שנט' חבירו הגע עצמך שלא נשתכר בזה שבידו וחבירו נשתכ' באותו מחצ' שמא אינן חולקין ומאח' שהוא נהנ' במחצ' של חבירו כמו במחצה שלו מאן פלג לך לומר מחצה מדין חייב ומחצה מדין ערב והרי בפרק איזהו נשך הביא המרדכי תשובת רש"י ז"ל אם אדם חולק שלא מדעת חבירו לא הויא חלוקה וכל מה שמרויח המקבל השכר לאמצע אף מחלקו ואעפ"י שחבירו מודה לו שחלק יפה ולא דמי להההיא דרב ספרא דפרק מי שמת דפלג בלא דעתיה דאיסור דשותפים מעיקרא אדעתא דהני נחתי וכולי. ועוד בשותפין אין חלוקתם לפי מעותיהם דהא בפרק מי שהיה נשוי דתנן וכן ג' שהטילו לכיס וכולי דוקא בזוזי חדתי ובאיסתרא דצוציתא אבל לקחו סחורה ונשתכרו חולקים בשוה כדמוכ' בירושלמי זימנין דע"י עשר דינרין סלקא פרקמטיא במאה דינרין וקי"ל כרב המנונא אפילו לקחו שור לטביחה ועומד לטביחה אף על פי שזה נתן מועט וזה מרוב' כל שלא פירשו חולקים בשוה. וא"ת היכי יליף ר' יוסי שנים שלוו מדין מכחש לא' מן השותפין דילמא שאני שותפין דמשתעבדי אהדדי וי"ל דע"כ שותפים דנקט לאו דוקא אלא שהפקידו יחד ושותפות מיקרי תדע דמבעמיתו דייק שהמפקיד אחד פרט היכא דשני' מפקידין שלא פירשו שהוא מן השותפים. וכן מוכח בלשון הר"אש דלשנים שהפקידו קרי שותפין. ועוד דהתם בירושלמי הדר מפרש לברייתא שנים שהפקידו כא' ובא אחד ליטול את שלו אם שומעין לו יעשה ככופר על חלקו אלמא משמע ליה ברייתא בשנים דעלמא ועוד דאפילו הם שותפים כל שלא פירשו שהו' מן השותפות כשנים בעלמא דמו. ומיהו קשה לי שהרב מהרי"ק ז"ל הביא מתשובת מהר"י שהובא במרדכי בפרק מי שהיה נשוי שדקדק מדבריו שכת' שם ואם אין לא' לשלם ישלם הב' חלקו וחלק חבירו דמשמע הא יש לו לשלם לא יפרע אלא חלקו והתם בשותפות איירי שכן כתב דכל מעשה השותפות אחד הוא הרי שמהר"ם חולק אף בשותף. ומיהו לדידי קשה בעיני לומר שמהר"ם סבור כן אף בשנים שלוו סתם שהרי הר"אש העיד שראה רבותי' דנין כן שיפרע הכל ממי שירצה וידוע שמהר"ם רבו המובהק היה לכך היה נראה דהך לישנא דנקט אם אין לו לשלם לא בא אלא ללמוד דינו אפילו אליבא דהנך רבוותא דסברי

הכי קאמר כלו' דלא יהא אלא ערב מ"מ ילפי' מינה שאין חלקו מיוחד ומההיא דפרק הגוזל בתרא שהביא דאמרי' האי מאן דאשתכח אבי דרי פרע מנתא דמלכא משמע דס"ל שיפרע מכל מי שירצה אלא שלפי שיטת הרב ז"ל דאוקמיה למהר"ם כשיטת בעל העיטור ואבי העזרי ק' אם לא שנאמר דהך לישנא דשותפות לאו דוקא אלא כל שנים שלקחו סתם שותפים קריין. לבד ראה זה מצאתי בס' התרומות שהביא תשובת הרמב"ן ז"ל דמוכח מינה דאף שותפים שלוו יש להם דין ערב שהביא מההיא דפרק השואל שותפים שנשאלו ונשאל אחד מהם מהו וכולי אלא שיש להפלא מהרא"ש ז"ל בפרק שבועת הפקדון הביא דברי הר"מבן ולמד מדבריו שהוא סבור שיפרע ממי שירצה ונמצאו דבריו סותרים זה את זה. יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קז

שאלה ראובן ושמעון שנשתתפו בזה האופן שראובן הוציא שנים אלפים לבנים ושמעון במעשה ידיו כמו שכתוב בשטר שביניהם וזה נוסחו. בס"ט ובשעת ברכה נשתתפו בחברת שותפות ר' אברהם ור' אליה יצ"ו מהיום ועד חג הפסח הב"ר בע"ה והשותפות הנז' הוא בזה האופן שהר' אברהם שם בקרן השותפות ב' אלפים לבנים יפים וטובים ור' אליה הנז' נתחייב בשבועה חמורה להקריב לשותפות הנ"ז כל התועלת האפשרי ולהרחיק ממנה כל נזק והפסד. וכמו כן נתחייב ה"ר אברהם הנז' שבח"ה של פסח יעשו חשבון ביניהם ואם ירצה לחלוק השותפות יקח ה"ר אברהם הנז' הב' אלפים לבנים שהם בקרן השותפות ומה שיזמין להם הש"ית מהריוח יחלקו ביניהם בזה האופן שה"ר אברהם הנז' יקח ג' חלקים והר' אליה הנז' שני חלקים וכן אם יהיה איזה נזק והפסד יהיה ג"כ כמו הריוח והתנו ביניהם כשיחלקו השותפות נתחייב ה"ר אברהם הנז' ליקח כל מיני סחורות שיש בידם ולקבלה כמו שקנו אותה ואם ימצא בידם איזה מעות בעין וערך המעות פחתת או הותיר נתחייב ר' אברהם הנז' לקבלם כמו שעושים כל הסוחרים ור' אברהם הנז' נתחייב לתת לר' אליה הנז' ששים לבנים בשבוע הארבעים לבנים להוצאת ביתו והעשרים לבנים ישלם לר' אברהם הנז' מהחוב שהוא חייב לו. וגם התנו ביניהם שאם בתוך זמן השותפות ירצה הר' אברהם הנז' לחלוק השותפות הרשות בידו. ועוד התנו ביניהם שכל משך זמן השותפות הנז' יהיה כל דמי השותפות בין מעות בין סחורה מסורים ביד ר' אברהם הנז' בין ביום בין בלילה ואין רשות לרבי אליה הנזכר לשלוח יד בהם. ועוד התנו ביניהם שכל מה שירויח הר' אליה הנזכר בלילה יהיה לעצמו. ואם ה"ר אליה הנ"ז יושיט שיקח יותר מהמ' לבני' שנתחיי' לתת לו ה"ר אברהם הנז' בשבוע להוצאת ביתו מעתה ומעכשיו נתחיי' ה"ר אברהם פינטו יצ"ו לשלם להר"א הנז' כל

נזק והפס' שיב' להר"א הנז' מצד ר' אליה הנז' וקבל באחריות גמורה ובנאמנות גמורה וחומר וחוזק שטר שותפות זה כחומר וחוזק שאר שטרי שותפות וכו' מסודר וכו' כתיקון וכו' דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי. ושלא יפסל וכו' ולקיים כל הנ"ל קנינא מיד ה"ר אברהם וה"ר אליה הנז' ומיד הרא"פ הנז' קנין גמור וכו' וגם נשבעו השותפים שבועה חמורה וכו' ובפרט על הנאמנו' והיה זה יום ח' י"ט לחשון הש"פ וקים. ובתוך זמן השותפות רצה ראובן לחלק השותפות בתנאי שביניהם שהרשות בידו לחלק כל זמן שירצה. ואז נמצאו בחנות נכסים ומעות בעין ורצה ראובן הנז' ליקח כל הנכסים והסחורות שנמצאו אז בחנות בשעת החלוקה לערך שקנו אותם. ושמעון טוען שהנכסים והסחורות ימכור אותם ששוים יותר ממה שקנו אותם כדי לקחת חלקו מהריוח. וראובן טוען שהנכסים אדרבא הם יותר בזול לערך הגרושוש שעלה ק"כ לבנים והוא כשקנה הנכסים נתן הגרושוש לערך מאה לבנים ואיך ימכור הנכסים ויקח הגרושוש בק"כ לבנים וכבר המלך יר"ה גזר שלא יעבור יותר משמונים לבנים ואיך יתכן שיקבל הוא הפסד הגרושוש וימכור נכסיו כדי שיקח שמעון הריוח אלו טענותיהם. ועתה יורנו מורנו מורה צדק הדין עם מי ואם יש ממש בטענות שמעון כפי השטור שביניהם שטוען שרוצה למכור הנכסים כדי ליקח הריוח. או אם הדין עם ראובן שטוען כיון שהרשות בידו לחלוק כל עת שירצה בשעה שאמר לחלוק כבר הנכסים הם ברשותו לערך שקנו אותם בין הוקרו בין הוזלו. עוד יורנו מורה צדק שארבעה שבועות קודם הזמן שרצה לחלוק השותפות ראובן הנזכר ושמעון סגרו את החנות ברצון שניהם כדי שלא למכור מהנכסים בשביל הפסד המעות ושמעון הנזכר היה עושה מלאכה בביתו ולקח העשרי' לבנים בכל שבוע כתנאי שביניהם וראובן הנזכר התרה בו שיבא לביתו ויעשה מלאכה עמו כמו שנתחייב בשטר השותפות והוא לא הטה אזן ולא רצה. ובעת חלוקת השותפות לקח לעצמו כל מה שהרויח באותם ארבעה שבועות באומ' שכבר נתפרדה החבילה. ושמעון טוען שעד שעת החלוק' עדיין היו שותפים והריוח באמצע. ועוד שאם לא היה שותף היאך היה לוקח הכ' לבנים בכל שבוע, על כל זה יורנו מורה צדק הדין עם מי ושכרו יהיה כפול ומכופל מן השמים.

תשובה מה שרוצה ראובן ליקח כל הנכסים שנמצאו בחנות בתוך הזמן שרצה לחלוק לערך מה שקנו אותם אינו עולה בדין דאפילו תימא שהבחירה ביד ראובן זה יהיו בזמן החלוקה אבל בתוך הזמן לא ומה שכתוב שיהא רשאי ראובן לחלוק בתוך זמן השותפות לחלוק בדינו רשאי לקחת' במה ששוה אבל לא לפחות משוויה דלא קאי תנאי זה אלא אחלוקה גרידתא ולא אמרה שהתנו שבסוף הזמן יקח אותה לערך מה שקנו אותה דיד

בעל השטר על התחתונה ולא שייך בזה מה שכתוב ודלא כטופסי דשטרי להיות ידו על העליונה שכל זכות שלא נתבאר חזר הדבר לדין תורה והבא להוציא מחזקת השותפי' עליו הראיה כדכתב הרי"ף ז"ל בשלהי מציעא ואיכא טעמא רבה שלא יהא הרשות בידו בתוך הזמן שאל"כ יהיה רואה מקח טוב שנתייקר ויקפוץ ויאמר הריני זוכה ולוקחו לעצמו אבל בסוף הזמן יש שהות למכור בשויין ולא יורע כחו של זה ואשכחן דחשו חכמים לזה כדאמרינן בהנזקין למאן דאמר ב"ח דינו מדאורייתא בעידית אלא שלא יראה אדם לחבירו שדה נאה ויקפוץ וילונו כו' הילכך אין ללמוד תוך זמן מלאחר זמן כל שכן שאפי' בסוף הזמן אין הבחירה ביד ראובן שמלשון השטר מוכיח שליפות כחו של שמעון היה התנאי שכן כתוב והתנו ביניהם כשיחלקו השותפות נתחייב ה"ר אברהם הנזכר ליקח כל מיני סחורות שיש בידם ולקבלם כמו שקנו אותה מלשון זה נתחייב ה"ר אברהם לקחתם כפי מה שקנאום אבל לא נתחייב חבירו לתתם לו אלא אם יראה ששוה יותר מורידה בשויה ופורע לו מעות שאם לא כן היה לו לכתוב והתנו ביניהם כשיחלקו ה"ר אברהם יקח כל מיני הסחורות וכו' אבל ממה שפתח בתנאי שניהם וסיים בחיוב האחד משמע שהשני לא נתחייב בכך. וכהא דאמרינ' בפרק בית כור יתר מכאן יעשה חשבון ומה הוא מחזיר לו מעות אם רצה מחזיר לו קרקע ולמה אמרו מחזיר לו מעות כדי ליפות כח של מוכר כי ממה שחייבו את הלוקח להחזיר מעות לא מפני כן נתחייב מוכר לקבל מעות אלא אם ירצה יקח קרקע לפי שדינו בקרקע ובפרק נערה ממאי דאמרי' תקנו מזונות תחת מעשה ידיה אלמא מזוני עיקר ויכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונית ואינה עושה ולא נאמר כשם שהוא חייב במזונות תחת מעשה ידיה כך היא נתחייבה במעשה ידיה תחת המזונות דמשום תקנה דידה עבוד ויכולה היא שתאמר אי אפשי בזו התקנה אף כאן ממה שכתו' נתחייב הר' אברהם ליקח כו' אלמא משום תקנתא דחבריה עבוד ויכול הוא לומ' אי אפשי בתקנה זו אלא הריני מוכרם בדמים ופורע לך. ולענין פרעון המעות מהקרן שבשע' שנתנם ראובן בעיסקא היה הגרושות לערך מאה לבנים ובשעה שלקח הסחורה היה שוה לערך מאה וכ' ושוב אחר כך גזר המלך שלא יעבור יותר משמונים שורת הדין נותנת שתמכר הסחורה ויקבל ראובן מעותיו בגרושוש או זהובים כפי שהיה שוה גרושוש בעת שנתנם לערך מאה לבנים והשאר יחלוקו ואם בא לפנינו בלבנים עובר לסוחר יכול ראובן לומר לו תן לי גרושוש או יתן לי כסכום מעותי בלבנים.

סימן קח

שאלה ראובן שמעון לוי ויהודה היו שותפים מקדמת דנא ושוב נפרד מהם יהודה ונטל חלקו ולא נשאר עליהם ולא הם עליו כלום והנה עתה נשתתפו שלשתן לזמן שלשה שנים רצופים בכל ענין משא ומתן שישאו ויתנו בין בעצמן בין אחרים בעדם בין בזכות אחרים בין סרסרות בין פאטוריאש בכל ריוח והנאה שיבא לכל א' מהם אפי' מציאה בדרך יהיה בחברה שליש לכל אחד ואחד ועוד שמו אותם הנכסים שהם בידם לקרן קיים בשותפות וכת' בשטר ואלה הם סכי המעות שיש ראובן שם לקרן קיים שמנה מנים שמעון שם לקרן קיים חמשה מנים ולוי שם לקרן קיים ארבעה מנים כל המעות האלו יש לשלשתן בסחורות וחפצים אבנים טובו' מרגליות בין בעיר קושט' בין בוניציא' שהעלו ושמו ביניהם אחר טהרת החשבונות ועלו י"ז מנים וכתוב עוד שם ועוד התנו שמלבד הקרן קיים אחר שם כל א' בחברת השותפות כל איזה סך מעות או סחורות שיהיה להם בין בעיר זאת בין בעיר אחרת מקצה הארץ יובא ויושם בכיס החברה וכן כל מין עסק משא ומתן שיהיה להם בין מה שיקחו נכסים מאחרים או מנכסים שיכניסו לידם בין מפאטוריאש וסרסרות וכל מין ריוח והנאה אפילו מציאה בשוק ותחלק לחלקי' שוין שליש לכל א' וכתוב בשטר כמה פרטי' בארוכה ובתוכן כתוב וז"ל עוד קבלו עליה' החברים הנז' ששום אחד מהם לא יהיה רשאי להפרד מהחברה קודם מלאת הזמן הנזכר ואם איזה מהם יחפץ להפרד מהחברה קודם הזמן הנז' הנה לאיש ההוא לא יהיה לו חלק בשום דבר מהנאות ותועלות החברה כי רק יקח קרנו אשר שם בחברה ושנים לק' מריוח מחשבון קרנ' אם יהיה ריוח אבל לשמעון לבדו התירו לו שיהא רשאי להפרד לסוף ב' שנים ויקח קרנו בכבוד וחלקו המגיע לו מכל הנאות ותועלות שיהיה בחברה אבל אם יחפוץ להפרד קודם הב' שנים לא יהיה לו חלק בהנאות ותועלות החברה כי אם קרנו לבד וב' לק' מריוח מחשבון קרנו אם יהיה ריוח עד כאן ושאל השואל אם הסחורות ההם בעין בשעת חלוקה אם יחלקו אותם כפי חשבון או בחלקים שווין ואם תמצא לומר דבשוה חולקים עכשיו שבא א' להפרד בתוך הזמן שכתוב בשטר יקח קרנו אשר שם בחברה אם יקח הסחורות כאשר שמו אותם או יאמר יחזרו וישומו אותם שנית אם פחתו או הותירו משומא א'.

תשובה בפרק מי שהיה נשוי אמר ב' שהטילו לכיס זה ק' וזה ק"ק השכר לאמצע ופרכי' ממתני' וכן ג' שהטילו לכיס פחתו או הותירו כך הם חולקים מאי לאו פחתו פחתו ממש הותירו הותירו ממש אמר רב נחמן לא הותירו זוזי חדתי פחתו איסתרא דצוציתא ופרש"י זוזי חדתי זוזים ישנים דנשאו ונתנו בהם עד שנעשו חדשים ויוצאים בהוצאות

הילכך חולקים לפי המעות דכל חד וחד זוזי דיהיב שקיל עד כאן אבל אם הותירו יתר על החשבון השכר לאמצע והטור בסימן קע"ה כתב משם הרמ"ה שפיר' כגון שנשתתפו במעות ועלה בהם ריוח או הפסד בלא עסק כגון שהוקר המטבע או הוזל או הטילו זוזי פסולים והכשירתן המלכות או מטבע היוצא ונפסל דאפילו לא נשתתפו אלא היו כל אחד בביתו היה עולה לזה הריוח או זה ההפסד הילכך אפילו פרטינהו להני זוזי סתמא מקמי המקח וחלפינהו במעות לא פלגי אלא לפי המעות דהא ריוח מקמי דפרטינהו סליק בהו אבל אי זבני עיסקא בזוזי חדתא וכו' השכר או ההפסד לאמצע דהא רווחא ופסידא מחמת שותפות דידהו קאתי עד כאן דבריו משמע דהא דאמרו השכר לאמצע אעפ"י שזה הניח ק' וזה ק"ק היינו דוקא ברווחא דאתי בתר שנשתנה הקרן אשר שמו אבל אי במעות שהטילו לכיס גופיה איכא רווחא או פסידא כל חד וחד זוזי דידהו עבדי ליה עיסקא וחולקים לפי המעות ורש"י ז"ל מוסיף שאף בנשאו ונתנו בהם עד שנעשו חדשים אע"ג דמחמת החילוף אתי רווחא לא יטול אלא כנגד מעותיו ובהכי אמר שאם הותירו יתר על החשבון השכר לאמצע אבל היכא דאיכא רווחא או פסידא ממילא בכל ענין לפי ממון נוטלים כדכתב הרמ"ה ז"ל.

והיכא דלא שמו מעות בשותפות אלא סחורות שקנו שהיה לכל אחד ואחד חלקו ידוע והיה בהם יוקרא וזולא יש לי להסתפ' אם יהא דינן כמעות ובנ"ד נמי איכא למימר שכל שהי"ל הסחורות הללו בשותפות ואחר כך שמו אותם ביניה' והכניסום בחברה לקרן קיים אעפ"י שנשתתפו לחלוק בשלישים שוין זהו בריוח או הפסד שיבא להם מחמת השותפות אבל בריוח או הפסד שבקרן שהוציאו שאפילו היה כל אחד ואחד בביתו היה עולה להם כך הריוח או ההפסד לפי חשבון איברא שאם הסחורות שנשתתפו מהם לכל אחד ואחד היה לו מין סחור' בפני עצמו ושתפום בהא ודאי משעה שנשתתפו הקנו זה לזה בדמים ששמאום אבל כאן שהסחורות שיש להם יש לכל אחד ואחד חלק בה לפי חשבון מעותיו שאילו חלקו קודם שנשתתפו היה כל אחד נוטל כפי מעותיו אף כשנשתתפו לא היה דעתם לאמצע אלא במה שיקנו אחר מכירת אלו ולכך פירשו בשטר ואמרו כל המעות האלו יש לה' בסחורות וחפצי זהב ואבנים טובות וכו' ששמאום ועלו כך וכך לפי שיש לחלק שהמעות טיבעא והסחורות פירא והמעות עשויין ליקח בהם סחורה כדי להשתכר והמעות טיבעא הוו והסחורו' פירא ותנן בפרק הזהב מטלטלים קוני' את המטבע והמטבע אינו קונה את המטלטלים משום דמעות הוו וכן אמרו דבפירות אסור ללוות סאה בסאה אבל מעות שרי משום דבפירות איכא יוקרא וזולא אבל זוזי כדקיימי קיימי שלעולם המעות חריפי לקנות בהם כל מין סחורה

הילכך כשמשתתפים לאו אדעתיהו ארווחא דזוזי אלא על הסחורות שיקנו בהם שיהיו חולקים בשוה אבל כשנשתתפו בסחורות דעתייהו אסחורה גופא שפעמי' אומרים עד שנמכו' סחורה זו כדי להרויח בסחורה אחר' נמתין בה עד שתתייקר ורווח' דאתי' בה מחמת השותפות מקרי ואיכא למימר דאדרב' איפכא מסתברא דזוזי דלעיסקא עבידי סתמיהו בתר עיסקא גרירי אבל פירי דלאו לעיסקא עבידי סתמיהו לאו בתר עיסקא גרירי ואם כשנתנו מעות בכיס לצורך עיסקא אמרת עדיין כל אחד ואחד עיניו בשלו עד דקנו עיסקא ואי אקרי דפחתו או הותירו נוטלים לפי חשבון שמו פירות לכ"ש דלאו בתר עיקר עיסקא גרירי דמי שיש לו הרבה נהי שמתרצה לחלוק בשוה משעת קניה ואילך מקמי הכי דאתיא ממילא וגם מי שיש לו מועט חייש לפסיד' דכי היכי דשכיח יוקרא שכיח זולא ועוד לפי הטעם שהביאו התוספות והרא"ש מן הירוש' אין טעם לחלק שאמרו שם א"ר אלעזר כשיהיה הסלע יתרה או חסרה כלו' דהכי קתני פחתו או הותירו חולקים לפי החשבון אבל לשכר ולהפסד שלהם חולקים בשוה וקשה הדין יהיב מאה דינרין והדין יהיב חמשין ואת אמרת הדין חבריה אמרין יכול הוה למימר ע"י עשרה דינרין סלקת פרקמטיא עד כאן בפרקמטיא זעירא פרקמטיא רבת' מא"ל מימר אמר עד דאת מזבין חד אנא מזבין עשר זימנין וכו' משמע דלא מקנו אהדדי שיטול מי שיש לו חלק מועט כנגד המרובה אלא מהני טעמי והיינו כשנושאין ונותני' ומהפכי' בעיסקא אבל היכא דקיימא בעינייהו ל"ש זוזי ול"ש פירי לפי חשבון מעות הם חולקי' והשתא לפום ריהטא רפיא בידי. ומיהו בנ"ד נראה שאין להסתפק כלל לפי שהסחורות הללו ששמו אותם בסכום ההוא הם הסחורות עצמן שהי"ל בשותפות האחד שהיה לכל אחד ואחד בהם רביע ונטל יהודה חלקו ונשאר חלק הג' שותפים שליש לכל אחד ואחד לשכר ולהפסד אף על פי שאינן שוין במעותיה' ואם באו לחלוק קודם שיעשו השותפות השני ופחתו או הותירו כך הם חולקים כל שכן אחר שנשתתפו ובאו לחלוק שחולקים הנכסים הנמצאים בשוה ואחר כך משלימים זה לזה סכי מעותיהן ומיהו נ"מ לענין מה שהתנו שאם יחפוץ אחד מהם להפרד קודם הזמן הנה לאיש ההוא לא יהיה לו שום חלק בהנאות רק יקח קרנו אשר שם בחברה וב' לק' מחשבון קרנו דקרנו אשר שם בחברה בעינא משמע לענין יוקרא וזולא ואם זל נוטל קרנו כמות שהוא דהיינו שליש הנכסים ואעפ"י שהיה שם ריוח מ"מ אינו נוטל ממנו אלא ב' לק' ולא נאמר נשלים חסרון הקרן מן הריוח דרווחא לקרנא משתעבד שא"כ למה הוצרכו לכתוב רק יקח קרנו אשר שם בחברה לא היל"ל אלא לא יטול בריוח כי אם ב' לק'. ועל טענה ב' שטוענים בעד היתומים שעכשיו שבאים ב' השותפים להפרד מהם בתוך הזמן שתנאי מפורש

יש להם שאם ח"ו יפטר אחד שהנשארים בחיים יחוייבו להמשיך חבילת השותפות עם היורשים עד מלאת הג' שנים אלא שהנשארים בחיים טוענים שזה התנאי נעשה ליפות כחו של מת שלא יורע כחן של יתומים במות אביהם שמבטל השותפות אלא עדיין השותפות קיימת כבחיים ולא שיהיו יתומים גדולים במיתת אביהם יותר מבחייו אלא הכוונה שלא נוכל להפרד זולתי בהניח כל התועלות וההונאות של השותפות וגם עכשיו אנו מניחין הכל. והאפוטרופסים טוענים שלא נאמר התנאי האחד אלא בעוד בחיים חייתם שכל אחד טורח כפי יכולתו אם יאמרו מקצתם נחלוק וכל אחד ואחד יטרח לעצמו רשאי לחלק אם יניח ההנאות לנשארים בשותפות אבל אחר מיתת האחד שנתחייבו הנשארים לטרוח בעד היתומי' וליתן לתוך פיהם כשאמרו הנשארים בחיים יהיו מחוייבים להמשיך חבילת השותפות לגמרי משמע ומשמע זה מוציא מידי משמע תנאי אחר שבחיים שלא היה אז אלא פירוד שעבוד זה מעל זה אבל עכשיו היתומים יש להם שעבוד על חברי אביהם ואין לחברים שעבוד עליהם אין זה נקרא פירוד אלא פיטור שרוצים להפטר ממה שנתחייבו לטרוח בעד היתומים אחר מיתת אביהם הילכך חיוב דהמשנה לגמרי משמע ועוד שאם כוונת הלשון הוא לשלול שלא תבטל השותפות במות א' מן השותפים לא היל"ל בלשון חיוב וגם לא במלה תנאית שאם יפטר יחוייבו אלא כך הי"ל לכתוב שאף אם יפטר אחד מהם עדיין שותפותם במקומן עומד עם היורשים כל זמן שירצה אבל באמרם אם יפטר יחוייבו משמע שבמיתתו נתחדש עליהם חיוב יותר על מה שהי"ל בחיים.

ובלשון התנאי האחד שכתוב בשטר שאם אחד מהם יחפוץ. ויפרד מהחבר' קודם מלאת הזמן הנז' הנה לאיש ההוא לא יהיה לו שום חלק בשום דבר מהנאות ומעלות החברה כי רק יקח קרנו אשר שם בחברה וב' לק' מחשבון קרנו אם יהיה ריוח. דמשמע מתוך כל הלשון הזה ומהלשון שאחריו שכתב בהפרד שמעון בתוך השנים התועלות והנאות החברה לחוד וריוח הקרן לחוד שאל"כ לימא אידי ואידי הנאות החברה או אידי ואידי ריוח הקרן ועוד אי ריוח הקרן היינו הנאות החבר' הכתובים למעלה כשאמרו שלא יטול אלא ב' לק' מריוח מחשבון הקרן למה הוצרך לומר אם יהיה ריוח הא ודאי ביש ויש עסקי' שכל הנאות ותועלות שבחברה מפסיד ואינו נוטל מהם אלא ב' לק' ועוד אדרבא בתחילה הי"ל להתנות אם יהיה ריוח ולא כדבר הבריא שכתב תחילה לא יהיה לו חלק מהנאות ותועלת החברה כי רק יקח קרנו אשר שם כאילו מילתא פסיקתא היא שהנאות והתועלות ודאין הם והקרן אשר שם לעולם יהיה והלא כשם שקרובים לשכר כך קרובים להפסד ואיפשר שלא יהיה הקרן אשר שם שההפסד מרובה על התועלות ועוד למה

הוצרך להאריך בכמה לשונות בתנאי זה ובתנאי פירות שמעון בתוך שתי שנים ולא היה צ"ל אלא לא יטול בריוח כי אם ב' לק' א"נ היל"ל שהחוזר בו ידו על התחתו' אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לנשארים ועוד שקיימו וקבלו עליהם חברה ג' שנים כמ"ש בתחלת השטר ולבסוף כתוב עוד קבלו עליהם שלא יהא רשאי שום אחד להפרד מהחברה עד מלאת השלשה שנים דמשמע דלהחזיק השותפות באו אם כן כשכתב ואם איזה מהם יחפוץ הנה לאיש ההוא לא יהיה לו שום חלק מהנאות וכו' דמשמע שזו הרחקה גדולה שלא יפרד ודרך קנס ומוסר רע לעובר אורח ומפריד החבילה ואם אין במשמע אלא שלא יהיה לו חלק אין זה קנס שכשם שהריוח איפשרי גם ההפסד הוא איפשרי שיהיה כנגד הריוח ועוד אם יפרד כשיהיה הפסד מה הפסיד הרמאי ומה הועילו בתקנתם ובחיזוקם שבאו להחזיק כח השותפות בזה שקלא טיבותיהו שדיא אחיזרי אלא מוכח שקנס קנסו לנפרד בתוך הזמן שלא יזכה בשום דבר מהנאות והתועלת החברה שהם מה שמרויחין זולת הקרן הקיים שיש להם שלא יהיה לו חלק באות' ההנאו' רק יקח קרנו אשר שם וב' לק' מחשבון ריוח קרנו אם יהיה ריוח בקרן אפילו הרבה לא יקח כ"א ב' לק' וכן אם יהיה הפסד לא ישלימו מאותה ההנאות הוודאות שנעשים בטורח ג' שאין להם צורך בקרן כגון שקונים מרגליות א' שיש בה ריוח במעות שלוקחים בי' לק' שבידם או שלוקחי' עליה מכאן קאמביו לויניצייא ושולחי' אות' שם למכרה או שנוטלים חלק עם אחרים בלי שיוציאו מעות כנהוג וכן במה שמרויחין במעות של אחרים ופאטוריא"ש וזהו שקורין הנאות ותועלות החברה שכן עיקר החברה היה בזה כמ"ש בתחילת השטר בס"ט נשתתפו ג' החברי' האלה וקבלו עליהם חברה ושותפות גמורה לזמן שלשה שנים בכל מין עסק משא ומתן שישאו ויתנו הם בעצמן או אחרים בעדם או בחברת אנשים אחרים ובין לענין סרסירות בין לענין פאטוריאש בכל מין ריוח והנאה אפי' מציאה בשוק ואחר כך כתב ואלה הם סכי המעות שיש לכל אחד ואחד לקרן קיים בחברה כו' דמשמע דעיקר החברה הוא בכללות המשא והמתן ומלבד זה שמו נכסים לקרן קיים ודרכן לכתוב בפנקס ההנאות התועלות לבדן בפרטות ביום פ' מעסק פ' וכן הנמכר מהקרן אם יש בו ריוח כותבי' הקרן בחשבון הארגז והריוח בחשבון הריוח מחפץ פ' ולכן התנו שאם יבא אחר להפרד בתוך הזמן לא יהיה לו כלו' באות' התועלות של החברה שנהגו זולת הקרן וגם בריוח שירויח הקרן לא יטול זולתי ב' לק' אם יהיה בו ריוח כלו' שחסרון הקרן לא יוכל להמנות בתועלות ההמה דאתי ממילא ואין לומר דמ"ש לא יהיה לו חלק בשום דבר מהנאות ותועלות היינו מה שיעדיפו מהשלמת הקרן ומ"ש יקח קרנו אשר שם בחברה היינו כשיעור קרנו בשלמות דהא לא מיירי שישלמו

מהתועלות שאיך אני קורא בו וב' לק' מריוח מחשבון קרנו והלא לא הותירו אלא הב' לק' אלא מהתועלות ולא מריוח הקרן ומה אני מקיים יקח קרנו אשר שם וב' לק' אם היה הקרן שלם או אם פחת והושלם מן הריוח והעדיף ולזה כתב אם יהיה ריוח ואם לא היה ריוח בקרן כדי להשלים לא אמרו שמשלימין מן התועלות שכבר זכה בהם המקיים ואיפשר נמי שאם זל הקרן או פחת ממה ששמוהו עליהם אם היה בו ריוח מחמת משא ומתן לא יטול ממנו כ"א ב' למאה והקרן כדקאי קאי כאשר שם אותו בחברה שאין רווח משא ומתן משלים חסרון שחסר הקרן מחמת עצמו.

ועוד נר' שהלשון שכתבו עוד קבלו עליהם החברים לשון חיוב נוסף על החיוב הא' ואין בה שום לשון פיטור מחיוב חברת השותפות במ"ש ואם יחפוץ להפרד הנה לאיש ההוא לא יהיה לו שום חלק בהנאות כו' שזה קנס הוא שקנסו לעובר אבל עדיין הרשות ביד חבירו אם ירצה לעכבו שאין הקבלה להפרד אלא להתחבר וזה לפי שיש כאן ב' מיני שיתוף הא' שיתוף הגוף שכל מה שירויח כל אחד ואחד בפני עצמו יהיה לאמצע וכל מיני הנאות ופאטוריאש ושיתופים עם אחרי' יד כולם שוה והב' שיתוף הממון מה ששמו לקרן קיים ובשיתוף הממון א"א ליחלק שהרי נתחייבו הנכסים עד הזמן ונשתעבדו נכסים המרובים למועטים כדין עיסקא אבל בשיתוף הגוף אעפ"י שהתנו לחלוק וזכו בכל מה שהרויח כל א' מהם לאמצע מ"מ מכאן ולהבא רשאין לחזור דפועל חוזר בו אפי' בחצי היום ובזה הוצרך לקנוס את העובר שאם למחר תבא לידו מרגליות בק' מנה שכר ואמר לעצמי אני זוכה ודאי זכה לעצמו לכך התנו שאם יעשה כך אין לו שום חלק בכל ההנאות והתועלות שנעשו קודם לכן שתנאי היה דבריהם שלא יזכה בה אלא המקיים ומשבאו לעולם זכה בהם המקיים ועדיין אם ירצו החברים לעכב ע"י כגון שהיו נכסיו מרובי' לומר חיוב שיש לנו עליך ושעבוד שיש לנו על נכסיך עד מלאת הזמן אין אנו מפקיעים הרשות בידם דדבר פשוט שהקנס אינו פוטר החיוב כמ"ש הרשב"א הובאה בב"י סי' י"ב שאף אם נתן הקנס חייב מכח הקנין הכא נמי והוא אינו יכול לעכב מצד החיוב והשבועה לקיים כל דבר וגם מצד שותפות הממון שהרי נשתעבדו הנכסים ומה שכתוב רק יקח קרנו קנס הוא שקנס זהו לעובר אם ירצו חבירו שיהיו חפצים יותר בהנאות החברה שיזכו בהם לבדה יותר מהנאות הנכסים אם יהיה מרובים או מועטים.

ולא יהא אלא ספק אם יש בלשון הזה פיטור למ' שבא להפרד מאחר שהשותף מוחזק החיוב בהא וזה בא להפטר מכח הלשון בכה"ג אמר יד ב"ה על התחתונה כמ"ש מהרי"ק בשרש ז' על ראובן שנתפשר עם הקהל במסים בפשר דבר ובעניני צדקה יפרע שוה בשוה ואירע להם פדיון נפש א' מישראל שהיה לקוח למות והצילוהו בדבר קצוב ויש ס' אם

פדיון זה הוא בכלל צדקה שכתוב בשטר שיפרע שוה בשוה וכת' הרב ז"ל כיון שמכח הדין מתחייב ראובן כפי ממונו אלא שהוא בא להפקיע ולהסיע ממנו מכח השטר יד ב"ה ע"ה והוכיח מההיא דר"פ הכותב ולימא ליה מכל מילי סליקית נפשך יד ב"ה ע"ה וקרי לאשה יד ב"ה אעפ"י שמוחזק' בנכסי כו' ויש להקשות עליו שהרי הרמב"ם בסוף ה' מלוה כתב בכל הספיקות שיד ב"ה על התחתונה ואם תפס בעליונה אין מוציאין מידו אלא בראיה ברורה וכתב המ"מ דאפי' תפס בעדים והטור בסי' מ"ב כתב ואי תפס לא מפקי' מיניה ומהרי"ק עצמו כתב בשרש צ"ד דטעמ' דיד ב"ה ע"ה משום דהמע"ה שכן פרשב"ם בפר' גט פשוט וכבר עמדתי על דבריו במ"א וכתבתי דטעמ' דמהרי"ק הוא דשאני הכא דכשותפי' נינהו כל בני העיר במסי' אעפ"י שצריך להוציא הממון עכשיו לא מקרי ראובן מוחזק טפי משאר בני העיר דכיון דכל עניני מסי' לפי ממון נגבי' הרי ממון כולם בחזקת שעבוד בשוה הוא ולא כל הימנו של שמעון לפטור ממונו ולחייב ממון האחר והבא להוציא מחזקה זו מכח לשון השטר והלשון מסופק אין שומעין לו ה"נ כיון דשותפין נינהו לזמן ג' שנים רצופין אין לשון זה המסופק מוציא מידי ודאי ועוד איכא טעמא אחריתי דכיון שהספק בלשון השטר ואין לתופס טענת ברי כגון ההיא דמספקא לן אי אותו הפדיון נכלל בעניני צדקה או בעניני שאר מסי' לא מצי ראובן מחזיק מספק דהו"ל תפיסת ספק לאחר שנולד הספק כמ"ש הוא שם בשרש צ"ד ובמ"א וה"נ כיון שהלשון מסופק לא עדיף כחו דמחזיק בהא אלא הבא להוציא מחזקת השותפות ידו ע"ה ויש להביא ראיה ממ"ש הר"יף בפ' הכותב אמתני' דנדר ושבועה אין לי עליך דבשטר שיש נאמנות ללוה כל היכא דאמר פרעיה נאמן אלא מיהו בשבועה דהא אשכחן דאמר נאמן ובשבועה ויד ב"ה ע"ה הכי שדר רב האיי גאון ז"ל והא הכא המלוה בא להוציא מן הלוה ואמר לוה אשתבע לי אף על גב דספיקא הוא וקי"ל דכל ספק בשבוע' פטור כמ"ש הר"אש בסוף פרק הכותב דכיון דפלוגתא היא לא משתבע מספק אלא דהכא כיון דמכח השטר בא להפטר לפי שכתוב בו נאמנות יד ב"ה ע"ה ולשתבע ליה אף על פי שהוא מוחזק ה"נ כיון שמכח השטר רוצה להפרד והלשון מסופק אמר ידו ע"ה.

ואם באנו לומר שאין סתם שותפות לזמן קצוב מוסכם מן הכל שלא יהיו רשאין ליחלק דאף על גב דמוכח מההיא ד"פ המקבל הנהו בי תרי דקבילו עיסקא בהדי הדדי וכו' דלא מצו למפלג וכתב הרמב"ם פ"ב מ"ה שותפים דשותפי' שהתנו ביניה' שיעמדו עד זמן קצוב אין אחד מהם יכול לחלוק קודם הזמן וכן הביא בח"מ סימן קמ"ו. מ"מ הנ"י כתב שם דוקא דקבילו עיסקא מב"ה אבל בי תרי דעבדי שותפות אף על גב דקבעי זמן לא מעכבי אהדדי וטעמא דלא גרע מפועל שיכול לחזור בו ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי

לא משתעבדי טפי מיניה וכו' ע"כ והרב בב"י תמה על הטור שהביא דברי הרמב"ם ז"ל ולא כתב שהתוספו' והרא"ש חלוקים עליו שהרי כתב התוספות שהמקבל יכול לחזור בו קודם הזמן אבל בעל העיסקא אינו יכול לחזור בו ודבריו תמוהים דמה ענין המקבל לשותף המקבל אין לו על ב"ה שום שעבוד אבל שותף יש לו על נכסי חבירו שעבוד שנשתעבדו נכסיו עד הזמן ואין לו להפקיע שעבודו והב"י עצמו הביא דברי ההגהו' בשם התוספות עצמן דבלא הגיע זמן לא מצי שותף למפלג וכן הביא משם המרדכי בסמוך ועוד בפרק איזהו נשך הביא המרדכי בשם תשובת רש"י ז"ל אם אדם חולק שלא מדעת חבירו לא הויה חלוקה וכל מה שהרויח המקבל השכר לאמצע אף מחלקו וכו' ובפרק מי שהיה נשוי הביא המרדכי תשובת מהר"ם על עשו שבקש מראובן ושמעון להלוות לו יע"ש במ"ש כללו של דבר אין השותף יכול לסלק שותף חבירו קודם הזמן ע"כ אבל דעת הנ"י כך היא דדוק' בי תרי דעבוד עיסקא שהנכסים של ב"ה אבל עבוד שותפותא אף על גב דקבעו זמן לא מעכבי ויהיב טעמא דלא גרע מפועל שאם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדי טפי מיניה וקשה דאיברא דנכסוהי משתעבדי שכן משתעבדים בכל מקום אבל איהו גופיה לא משתעבדי דכתי' כי לי בני ישראל עבדים ויש לפרש טעמו ז"ל דה"ק כיון שנכסי שניהם שוה דומיא דבי תרי דקבילו עיסקא שיש לכל אחד מחצה אין על ממון של זה שעבוד יותר משיתוף שניהם דאי משום שהקצהו לשותפות ואית ליה לחבריה פלגא מלוה לענין הריוח אף הוא יש לו פלגא מלוה בריוח הנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קט

שאלה ראובן ושמעון שותפים היו חייבים ללוי תושב אנגורה סך מעות והגיע זמנו להפרע ולא נמצאו מעות בידם ואמר ללוי הנה בידנו ב' לוחות ג"א מילוטים שלחם על ידך לאלקונה והמתן לנו עד שימכרו באלקונא באיזה זמן שימכרו כאשר אתה עושה ומצוה בשלך וילבישו דמיהם בסחורות הנמכרות בקוסט' ובבא הסחורות לקוסט' ימכרו כמו שאתה מוכר שלך ותגבה מעותיך וכל ההוצאות מהליכת' ומחזרת' עלינו בשביל המתנת הזמן הנז' ובעד כל אחריות זולתי אם יפסדו מחמת רקבון אז יהיה ההפסד על השותפין וכל שאר האחריו' יהיה על לוי ונתפשרו עמו שיתנו לו בריוח כ"ה לק' וכתבו שטר על כך וכתוב בו שישלחם לוי לאנקונה בין בדרך ים בין בדרך יבשה ונמסרו הלוחות ביד שליח לוי העומד בקוסט' ושלחם דרך יבשה האחד לאנקונה והא' לוינייאה ונמכרו ולא עלה הסך שחייבי' לו מקרן וריוח מרוב הוצאות שהוציאו עליהם בלכתם דרך יבשה והשותפים טוענים שלוי פשע בב' דברים א' ששלח' דרך

יבשה שההוצאו' הם רבות וגם שאין להם אחריות כ"כ ולמה נתנו לו כ"ה למאה בשביל האחריות. ועוד טוענ' שכונתם היתה דרך ים בלבד שבשביל זה קבלו עליהם אחריות רקבון שאין דרכו להמצא כי אם כשהולכות דרך ים ואינו נמצא דרך יבשה כנודע בין הסוחרי' ומה שכתוב בשטר דרך יבשה היתה כונת' על חזרת הנכסי' שיותר טוב והוצא' מעוטה יש בהבאת' דרך יבשה מהבאתם דרך ים כשהנכסים הם מעטי' הכמות ורבי האיכות ועוד בזמן החורף שאין דרך לפרוש בים יבואו דרך יבשה ואם נתנו הבחירה בידך היה שתעשה לטובתינו כאלו אתה בשלך ולא שתבחר להנאתך ולא תשגיח לפסידתנו. פשיעה שנית ששלח האחד לויניצייאה ולא היה כך התנאי ביניהם וידוע לכל סוחרי' גאמילוטים שיותר טוב נמכרים באנקונה מבויניצייא מפני שלויניציאה הולכים רבים ולאנקונה אין הולכים כל כך גם ידוע לכל שסחורת הגאמילוטים אין לה ערך קצוב מכל מקום שפעמים מרויחין כ' לק' ופעמים נ' לק' הכל לפי המזל והשעה שברוב פעמי' סוחר אחד אינו מעריך כל פייסה בארבעה זהובים ואחר מעריכה בו' או בז' הכל לפי מצוא חן בעיני הסוחרים אשר על כן אם היתה הולכת לאנקונה היתה נמכרת בכפלים ממה שנמכרה בויניצאה ולוי טוען שישבע שהוא לא הזהיר לפאטו' שלו שישלחה לויניציאה והיתה בשגגה היוצאת וגם טוען לוי שאף על פי שהלכה לויניצייאה נמכרת הטיב יותר מאלו נמכרה באנקונה שכן כתב לו הפאטור של ויניציאה שנמכרה הרבה יותר מערכה ואדם לא זכר ערך הגאמילוטים שהלכו לויניצייא מה היה ערכם מכל מקו' וגם טוען לטענת הדרך שעשה ככתוב בשטר שהדרך שיבחר בו ישלחם ובדרך יבשה בחר והשותפין לא ידעו דבר עד היום והשותפים אומרים שאעפ"י שכתוב כך אחר כך אמרו ללוי על פה שלא ישלחם כי אם דרך ים ולוי כופר ואומר שאינו זוכר ובא להוציא מהשותפי' בטענותיו אלו יורנו רבותינו היושבים על כסא ההוראה הדין עם מי הכל באורך ושכרו יהיה כפול ומכופל מן השמים.

תשובה מה שטוענים ראובן ושמעון שלוי פשע ששלחם דרך יבש' שההוצאו' מרובות והאחריות מועט אין טענתם טענה שהרי כתוב בשטר שישלחם בין בדרך ים בין בדרך יבשה מעתה הרשות ביד לוי המשלח לשלחם בכל דרך שיכשר בעיניו ולאו כל כמיניהו לומר שלא תהיה הברירה אלא לתועלתם שכיון שמסרו הבחירה ביד לוי מסתמ' בידו לברור מה שהוא הנאתו יותר כאותה ששנינו במעיל' פ' השליח א"ל הבא לי מן החלון או מדלוסקמ' הלך והביא לו מא' מהם אעפ"י שאמר ב"ה לא היה בלבי אלא מזה והביא מזה ב"ה מעל ולא מצי ב"ה למימר בלבי היה שתברור מנה יפה וכמי שא"ל כלך אצל

יפו' דמי אלא הואיל ולא פיר' נתן רשותו ביד השליח ובפ' אלמנה נזונית משוינן מילי דמעילה למילי דפשיעה דכל שאין מעילה בשליח לא מיקרי מעביר על דבריו.
ומה שטוענין שחזרו ואמרו שלא שלחם דרך ים אם לאחר קנין אמרו לו כן אין שומעין להם שכבר זכה לוי באות' הנא' בדרך שיברר לעצמו שלא יהא בה כל כך אחריות ולאו כל כמיניהו לומר שלחם דרך ים שהאחריות מרובה אבל אם קודם הקנין עבדו הדברים בעל פה ועל זה נעש' הקנין הואיל והם טוענים בעל פה לאורועי שטרא אומרים להם שיפרעו ואחר כך ישבע להם היסת על טענתם שטענה זו דומה לטענת רבית או אמנה שהכריע הרמב"ם ז"ל בפרק י"ד מהלכו' מלוה כדברי רבותיו שלא אמרו ישבע ויטול אלא בטענת פרעון שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד אבל כל טענת שבא לבטל כל מה שכתוב בשטר יפרע ואחר כך יהיה הדין ביניהם.
אבל מה שטוענים שפשע במה שלא שלח שתיהן לאנקונה שהאחת נמכרת בויניציאה אף על פי שאין זו פשיעה לחייבו שישלם כשער הגבוה שבאנקונה שאם משום פשיעה שאתה בא לחייבו שלא היתה נפסדת מחמת הקבוץ הוה ליה גזלן ותנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה ולא יתחייב אלא מה שהיה שוה במקומה כדאמרינן התם בהגוזל קמא האי מאן דגזל חביתא דחמרה מחבריה מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבעה זוזי תבריה או שתייה משלם ארבעה אתבר ממילא משלם זוזא כשעת הגזלה.
מכל מקום מה שקבלו עליהם שותפי' אלו מכירת הסחור' וקצבו עליהם לתת עשרים וחמשה למאה לא היה אלא על דעת שתלך לאנקונה שסמכו דעתם ששם תמכר יפה ויהיה בה ריוח יותר מהעשרים וחמשה למאה שיותיר לעצמם אבל על דעת שישלחם לעיר ויניצי"אה לא נתחייבו שכבר ידוע שלא נתחייבו אלא מפני השכר שהם היו סבורים שישתכרו בה לפיכך רואים כמה נמכרה לוח זה בעיר ויניציאה פחות ממה שנמכרה חברתה כמותה בעיר אנקונה ומנכין לו כאותו שיעור ותו לא. אך מה שטוענין השותפין שסחורת הגאמילוטיש אין לה ערך קצוב ופעמים ירויחו חמשים למאה אלו דברים שאין להם שיעור אין לנו אלא מקומו ושעתו של מכר ולא דמי כלל להא דאמרינן בפרק המקבל אילו זרעתה חטים הוה מקיים ותגזר אומר ויקם לך וכן הא דאמר אילו זרעתה הוה מקיים כי לא יבושו בעת רעם דהתם זה עומד בקצבת חבירו שקצב לו והלה בא לפטור עצמו בטענת דאישתדוף רובא דבאגי הילכך בטענה כל דהו מדחי ליה לעמוד בחכורו הקצוב הואיל ושנה אבל כאן אדרבא חיוב השותפים ברורה היא בעשרים וחמשה למאה ואינן יכולין להפטר אלא בטענה ברורה שאין ספק טענתם מוציא מיד ודאי חיובן.

ובענין אלו הקאמביוש הנהוגים אני איני דורך בדרך שדרך בענינם הרב המובהק מוהר"י יוסף ן' לב ז"ל בחלק ראשון שלפי דרכו קרוב הדבר בעיני להיות רבית קצוצה אבל בהתרם רוח אחרת עמי ולפי שלא נשאלתי על הדבר לא אאריך גם כי אין הפנאי מסכים.

סימן קי

לקאסטוריאה.

שאלה ראובן סוחר טורקיא"ה שלח לויניצאה ליד שמעון פאטור שלו קצת קורדוב"אניש וכתב ראובן הנזכר לשמעון הנזכר שימכור הקורדובאניש בכל אופן שיהיה או במעות מדודים או יחליפ' בשום סחורה אחרת וישל' מיד לראובן הריטורנו מהקורדובאני' הנזכרי' ושמעון הנזכר לא השיב תשובה לראובן הנזכר כלל בשום אופן ובאותו הזמן קנה שמעון הנזכר ריבוי של קורדובאניש אחרים לו לעצמו כדי להרויח בהם כי חשב ישוו הקורדובאניש ביוקר וזאת היתה הסבה שלא מכר שמעון הנזכר הקורדובאניש של ראובן הנזכר באותו זמן לפי שהיו הקורדובאניש נמכרים בזול ולא רצה למכור שמעון אותם בשביל שלא ימכרו הקורדובאניש שקנה לעצמו בזול ואם היה מוכר הקורדובאניש של ראובן הנזכר מיד כמו שכתב לו ראובן הנזכר היה מגיע לו הפסד לקורדובאניש שקנה לעצמו. ועוד טוען ראובן הנזכר כי באותו הזמן עצמו ששלח הקורדובאניש הנזכרים ליד שמעון הנזכר כתב לו שעל כל פנים ימכור אותם מיד ואם לא ימצא למכו' אותם במעו' מדודים שיחליפם באיזו סחורה שימצא אפילו באבנים וישלח לו מיד הריטורנו במהרה מפני שהיה חיי' בטורקי ושלא יטריחנו לילך לויניציאה ושמעון הנ"ל עשה עצמו כחרש איננו שומע ולא שת לבו למכור הקורדובאניש הנ"ל כמ"ש לו ראובן ובטל רצון ראובן מפני רצונו כדי שלא ימכור הקורדובאניש שקנה לעצמו בזול ועבר זמן הרבה שלא עלה ביד ראובן הנז' ללכת לויניציאה מפני שהיה חייב פה בטורקיא' לסוחרים ובאותו זמן ששלח ראובן הנ"ל הקורדובאני' הנ"ל ליד שמעון הנ"ל שולחו ג"כ סוחרים אחרים קורדוב' ליד הפאטריש שלהם לויניציאה והאפטוריש הנ"ל מוכרו הקורדובאניש והיו שולחים הריטורנו לבעלי הקורדובאניש וגם ראובן הנ"ל שלח קודובאניש אחרים ביד פאטוריש אחרים ומוכרו אותה ושלחו לו הריטורנו ושמעון הנז' לא הטה אוזן ולא רצה למכור הקורדובאניש לא במעות ולא להחליפם בשום סחורה אחרת כמ"ש לו ראובן הנ"ל שלא היה רוצה למכור לערך שמכרו הפאטוריש האחרים כדי שלא להשפיל הקורדובי שקנה לעצמו וכראות ראובן הנ"ל כי אין קול ואין עונה ואין כסף שם לדרך פעמיו והלך לויניציא"ה על כרחו שלא בטובתו וכשנכנס ראובן הנ"ל בויניצייא' ותבע הקור' הנז' משמעון לא היה יודע שמעון באיזה אוצר היו מונחי'

הקורדוב' של ראובן הנז' לפי שהיו מלאים כל האוצרות מקורדובאניש שקנה שמעון לעצמו ולא היה יודע היכן היו הקורדבאניש של ראובן ואחר שנמצאו הקורדובאניש הנז' נמצא שנשתנה מראיתם ופסדו לפי שנשארו שם שנים רבות והוכרח ראובן הנ"ל לעשות הוצאה רבה כדי לתקן הקורדובאניש הנ"ל וכיון שתקנם מכרה ראובן בעצמו ובא שמעון הנ"ל ולקח הפאטוריאה מראובן באומרו שהקורדובאניש הנז' היו באוצר שלו כמה שנים יורנו מורה צדק אם יש כח לשמעון לקחת הפאטוריאה מראובן הנ"ל מאחר שהוא לא מכר אותם אלא שראובן בעצמו מכר אותם וראובן עשה כמה הוצאות ללכת לויניציאה למכור הקורדובאניש הנ"ל ושמעון כיון שהיו הנכסים בידו בכח הזרוע שלח ידו ולקח כל מה שרצה על כרחו שלא בטובתו של ראובן ועכשיו נכנסו ביד ראובן מקצת נכסים של שמעון הנ"ל ורוצה ראובן ליפרע תחת ידו כל ההפסד והנזק וההוצאות שעשה בלכתו לויניציאה וגם הפאטוריאה שלקח בכח זרועו שלא כדין וכשורה יורנו מורנו ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה במה שנפסדו הקורדובאניש בירידת השער ומחמת עצמן נראה שהוא פטור אף על פי שכתב לו כמה פעמים שימכרם ולא מכרם וגרם לו הפסד ונזק אף על פי שהשומר חייב אפי' בגרמא כשהיה יכול להציל כמו שאמרו בפרק הפועלים רועה שהיה יכול לקדם ברועים ובמקלות ולא קדם חייב היינו היכא דברי היזקא אבל זה יאמר לטובה נתכונתי כדי שיעלו שהרי גם הוא היה לו מאותה סחורה והיה משמר לעת מצוא למכרם בשוקא חריפא ואף על פי שלא היה ראוי לעבור על דעת הבעלים שכתבו לו שימכרם כאשר ימצא לאו שפיר עבד מכל מקום לא בשביל זה יתחייב בהפסד ובנזק שנולד מחמת העיכוב.

ועל דבר הפאטוריאש זה תלוי במנהג המדינה אם יכול הפאטור הנז' לעכב לבלתי תת הסחורה מאחר שנכנסה לאוצרו ואפילו לבעלים עצמן אם באו בהזדמן שם או לאו ואפילו אם המנהג שיכול לעכב עכשיו שנתן הסחורה בשתיקה לבעליה ולא נתחייב לתת לו הפאטוריאש אלא הבעלים נטפלו בה ומכרו אז אין הפאטור יכול לחזור לתבוע לפי שהבעלי' יאמרו מאחר שהחזרת נסתלקת ואם היינו צריכים לתת לך למה היינו מטריחין עצמנו במכירתם שהדבר ידוע שאין הפאטור נוטל דמי סרסרותו אלא בשכר מכירת הסחורה ובמה שמתעס' לתועלת הבעלים וזה לא נטפל במכירה כלל. ועוד שאפילו אם היה המנהג שהפאטור יוכל לעכב מלתת הסחורה לבעליה כשנזדמן שם מכל מקום כאן לא היה יוכל לעכב לפי שעוות שליחותו שהרי כתב לו כמה פעמים שימכרם כאשר ימצא וכמו פתן חרש האטם אזנו שהוצרך לכתת רגליו ולהוציא הוצאות

לבא שם דמסתמא לא זיכוה בפאטוריאש על דעת שיזקוק ללכת אחריו שאם היה צריך ללכת שם לא היה נזקק לפאטור הילכך אפי' בתחלה לא היה יכול לעכב כל שכן אחר שהבעלים נטפלו במכירתם לא דינא ולא דיינא.

סימן קיא

עוד שואל ראובן הנז' שבזמן שהיה רוצה לחזור מוינציאה לטורקיאה עזב ביד שמעון הנז' שמנה מאות ושבעים ליטרין של קורדובאניש ממונישטירייו שהיו שוים כמו שלש מאות דוקאטי ויותר ואלו הקורדובאניש הנזכרים היה מניח אותם ראובן ביד שמעון כדי שימכרם ויטול השלש מאות דוקאטי שהוציא עליו שהיה חייב לו וכשלא רצה שמעון בשאלה האחרת אלא שלקח ארבעה בגדים ושלחם לשותפו כנז' נשארו הקורדובאניש הנזכרים ברשות שמעון ובאותה שעה הוציא שמעון הנ"ל שנים בגדים משלו שהיו שוים מאה ושבעים דקאטי על הרוב ונתנם אל ראובן הנז' וראובן הנז' אינו יודע לאיזה חשבון נתן לו השני בגדים הנזכרים ועד היום לא שלח שמעון הנז' לראובן הנז' החשבון מהשמנה מאות ושבעים ליטרין של הקורדובאניש הנזכרים שהיו שוים כמו שלש מאות דקאטי והותר יורנו מורנו מורה צדק אם שמעון הנז' מחויב לדייק עמו חשבונו ולפרוע לו כל מה שחסר ומה' יהיה משכורתו ושכרו כפול ומכופל.

תשובה כמדומה ששמעון מחזיק בקורדוב' שיאמר שהחליפם באותם הב' בגדי' שנתן לראובן רוצה לקבל סכום חשבון הקורדוב' שברשותו נשארו והמותר הוא שלו מאחר שראובן תפוס ישבע שלא מכרם לשמעון בתמורת הבגדים ויביא ראיה בכמה נמכרו הקורדובאניש ויתפרע מתחת ידו עד כדי דמיהם.

סימן קיב

שאלה ראובן מכר לשמעון קצת סחורות שיוליכם למכרה בארץ מצרים ובעד שכר טרחו ואיבוד זמנו יתן לו כך וכך לזמן ו' חדשים ונתן לו רשות גמור למכור בכל אופן שימצא במדודי' או בהקפה ושיעשה בסחורות כנראה בעיניו ולא יוכל לטעון נגדו לומר לו פשעת או שגית ולא אפילו תרעומת הן אמת מה שהרשהו להקיף היה מובן מסתמא בתוך מצרים אבל לא למקום אחר ושמעון הלך למצרים והשתדל בכל עוז במשך זמן ו' חדשים הנזכר ולא עלה בידו. ועוד המתין אחר עבור זמן הו' חדשים הראשונים זמן וזמנים ולא מצא ידיו ורגליו לצאת מהנכסים הנז' בארץ מצרים כי אין קונה וכראות שמעון כי מדי יום ביום היו הנכסים מתקלקלים ונפסדים מחמת אורך הימים ואם היה ממתין עוד זמן מה היו נפסדים לגמרי ולא יצלחו לכל הוכרח במעשיו לתועלות הנכסים למכרם בהקפה לשר א' של מקום רחוק ולילך אחריו לגבות המעות והאלקים אנה לידו ובא לוי ואמר לשמעון אם תמחול לי שליש דמי הנכסים האלה

שמכרת לשר אני אקח הריטה מהשר ואפרע לך הב' שלישים במדודי' פה מצרימה במשך שנים או שלש חדשים ושמעון לתועלות ראובן כדי לשלוח לו מעותיו מלובשים נתרצה בזה ולקח מלוי לחשבון טוב אלף גרושו"ש ותיכף הלבישם בסחורות מצרים ושלח לראובן וכתב לו כך וכך אירע לי והוכרחתי לעשות בזה האופן וראובן השיב לו כבר מה שעשית עשוי ומה שאמרת שאפרע לך לזמן שנתעכבת ושתתעכב עוד כפי הערך אשר פרעתיך לשש חדשים הנ"ל הנה בזה לא יהיה הפרש בינינו כי נתפשר כיד ה' הטובה עלינו. ושמעון היה ממתין במצרים לגבות מלוי תשלום מעותיו ולוי חלף הלך לו ולא חזר עוד קרוב לשנה אחת וכאשר בא חזר בו ממה שעשה עם שמעון ולא פרעו אלא אדרבא דחקו שיחזור לו האלף גרושו"ש שנתן לו והיה לוי זה אלם וידו תקיפה ולא יכול שמעון לאשתעויי דינא בהדיה והוכרח שמעון לבקש בהלואה האלף גרושו"ש שנתן לו והחזירם לו והתקין עצמו ללכת אחר השר שלקח ממנו הנכסים לגבות מעותיו והי' הולך עמה בחברת יהודי אחד שהלוהו האלף גרושו"ש הנזכרים בהלואת חן וחסד והלכו מהלך שנים או שלשה ימים עד הנמל שהיתה שם הספינה המפרשת בים ללכת למקום השר הנז' ושם בנמול הנז' אירע לו לשמעון הנז' אונס גמור ולא הניחוהו לפרוש בספינה הנזכרת והחזירוהו בעל כרחו למצרים וכראות שמעון תלאות המוצאות אותו בדרך הרשה ליהודי אחד שהלוהו האלף גרושו"ש הנזכרים שיגבה כל מעות הנכסים מהשר ויקח לעצמו האלף גרושו"ש וכל השאר יביאם אליו מלובשים במצרים בסחורות הנהוגות. עתה שואל שמעון אם יש לו זכות ליקח לעצמו לשכרו ולאיבוד זמנו שליש המעות מהנכסים באשר כבר ויתר אותם ללוי בקורטי די דיטה ואחר שלוי חוזר בו והכריח להחזיר לו האלף גרושו"ש הוכרח שמעון לחייב עצמו ולקחם בהלואה ונמצא שנכנס הוא במקום לוי וזוכה בשליש או נאמר שאינו זוכה דאינו רשאי לוותר לעצמו אפילו לשכרו מה שויתר לאחר מפני החשד. ואת"ל שאינו זוכה בשליש כל המעות מהנכסים לפחות יזכה בשליש האלף גרושו"ש הנזכרים שלקחם בחוב על עצמו יזכה בקרן ובריוח שלהם כיון שנעשה ערב קבלן ופרען בעדם. או נאמר דאפילו בזה לא יזכה רק יפרעהו ראובן לזמנו וטרחו לפי מה שפרעו לזמן ששה חדשים הראשונים. על הכל יבא תשובתו הרמתה ויורנו מורה צדק ושכרו רב וכפול מן השמים. (וכל לוי הנ"ל ר"ל תוגר).

תשובה אם לוי זכה באותו השליש מן הדין גם שמעון זכה מכחו אם באותה שעה שנתן לו האלף גרושו"ש כיון לזכות לעצמו מכחו של לוי.

וכי תימא אפילו היה רשאי למכור לאחרים לעצמו אינו רשאי כדאמרי' בפרק המפקיד דבש והדביש יין והחמיץ מוכרן לאחרים אבל לא לעצמו וגבי אלמנה נמי אמרינן בפרק אלמנה נזונית אלמנה ששמו לעצמה לא עשתה כלום אע"ג דקיימא לן דאלמנה כשליח של יתומים הויא והיא יכולה למכור לאחרים אבל לעצמה אינה רשאה. התם היינו טעמא דאיהי אין לה יד לזכות לעצמה לפי שהוא שליח של יתומים וידה כידן לאחרים מציא מזכה אבל לא לעצמה דאמרינן לה מאן שם ליך ופרשינן ממי קבלת מכירה זו לא מבית דין ולא מיתומים. ורבינו ניסים ז"ל כתב ומהא שמעי' שאין השליח יכול להקנות לעצמו וכו' שאין המכר אלא הוצאת הדבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהרי במקום בעלים הוא עומד ע"כ ומינה דהכא שכבר יצא הדבר לרשות לוי יכול הוא עצמו לחזור ולקנות מיד לוי שהרי יש כאן קונה ומקנה ע"כ.

אלא שצריך לחקור לוי עצמו במה זכה מאחר שכל מה שעשה שמעון בסחורות להקיפם אל ארץ אחרת היה שלא מדעתם של הבעלים ומצא שפשע ותו לא הוי שלוחיה. וכי תימא נהי במה שהוא הקיף מחוץ לעיר שנה בשליחותו שעבר על דעת הבעלים אבל במה שמכר החוב ללוי עלויי עלייה לשליחותיה שחזרו הנכסים למקומם ובכיוצא בזה יש לו רשות מהבעלים שיעשה בהם ככל מה שיראה בעיניו כמו שבא בשאלה איכא למימר דמאחר שהקיף אל ארץ אחרת פשע בה ונתחייב באחריותה ואם היה בזה שכר השכר לבעלים כי הא דתנן בפרק האומנין שכל המשנה ידו על התחתונה סתם לן תנא כרבי יהודה דאמר לצבוע לו אדום וצבעו שחור וצבעו אדום אם השבח יתר על היציאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתרה על השבח נותן לו את השבח ואמרי' נמי בהגוזל הנותן מעות לחבירו ליקח בהם חיטים ולק' בהם שעורי' אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לבעל המעות נמצא שבע' המעות במה שהקי' הנכסי' זכות הוא לו שיהיה קרוב לשכר ורחו' מההפס' ועת' שמכר ללוי בפחות שליש זוכה הוא לו במה שפחתם ואין לו זכות במה שהבטיחם שהרי שמעון עצמו היה חייב באחריותם ומאחר שנגבו בשלמות יאמר תן לי מעותי משלם ומי נתן לך רשות לוותרם אם לא שיאמ' שמנכ' ללוי ביותר ממה שהיו הסחורו' שוים במצרים ולזכותו נתכוון שאפי' את"ל שהוא חייב באחריותם אם יאבדו לא יתחייב אלא מה שהיו שוים בשעת פשיע' דאז הוי כאילו גזל' וכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה ואמרי' האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מתחל' שויא זוזא ולבסוף שויא ד' זוזי תבריה או שתייה משלם ארבעה אתבר ממילא משלם זוזא כשע' הגזלה נמצא שזכות הוא לראובן במה שמכר החוב ביותר ממה שהיו שוים הסחורו' שם ועוד שהרי הוא משתכר באלף גרושו"ש ששלח לו מלובשים ממצרים וכך

יפה לו ולא ימתין כמה זמן עד שיגבה מעותיו אבל אם מכרן בפחו' משווין של סחורות חובה היא לאלתר ואין כאן זכות.

ויש לחקור את"ל שמה שמכר ללוי הוה מתחלה שלא ברשות אם נאמר שנתרצה אחר כך ראובן כשהודיעו שכתב לו כבר מה שעשית עשוי אלמא גלי דעתי' דניח' ליה במאי דעבד יראי' דלא בשביל זה הפסיד זכותו ולא מחל שהרי אחר מעשה אמר כן ואין אחר מעשה כלום ואף על גב דאמרינן בפרקא קמא דבתר' גבי המקיף את חבירו מד' רוחותיו ל"ש עמד מקיף ל"ש עמד ניקף וגדר את הד' מגלגלין עליו את הכל משו' דגלי דעתי' דניחא ליה התם בלאו הכי היה ראוי להתחייב בהוצאה דכותל שותפין היא ונהנה גם הוא ממנה אלא דהוה מצי למימר לדידי סגי לי בנטירות' בת זוזא עכשיו שראה שמקיפו מכל ארבעה רוחותיו ושתק ולא א"ל אם תקיף לא אתן לך כלו' דלדידי בנטרות' בת זוזא סגי לי גלי דעתי' דלא סגי ליה אלא במחיצה של קיימא. תדע דבשתיק' גרידא מתחייב אע"ג דבעלמא שתיקה לאו כהודאה הוא כדאמרינן בי"נ גבי כותב לאשתו קרקע כ"ש דגבתה כתובתה דאוקמה בנותן נכסיו לבניו והיא שותקת אמרינן מקולי כתובה שנו כאן הא בב"ח אעפ"י שנתן כל נכסיו לאחרים בפניו לא חשיב' הודאה ולא מחילה אלא מחיצה שאני דבלאו הכי חייב לתת לו מה שהנאהו ובנדון דידן הגם שאמר ליה כבר מה שעשית עשוי לאו רצוי הוא ולא מתנ' דהכי קאמר מה שכבר עשית אין להשיב שאין אחר מעשה כלום ומכל מקו' אין רצונו לאבד זכותו אלא שידו על העליונה רצה נוטל את שלו רצה נוטל חליפיו ומה שעשה לזכות עשוי אבל לחובה אינו עשוי. אי נמי לגבי לוי מה שעשה עשוי לגבי דידיה ישלם ליה כאותה ששנינו בפ' עד כמה דן את הדין זיכה את החייב מה שעשה עשוי וישלם מביתו כל שכן כאן שאמר מה שעשית כבר דודאי למפרע לא היה עשוי והיה לו לומר מה שעשית הרי הוא עשוי דמשמע עתה אני מתרצה בו ותו דאחר מעשה אפי' אמר דברים שמורין שהוא מתרצה לאו מידי הוא כדאמרינן באלו מציאו' בעובד' דאמימר ומר זוטרא דאיקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק אייתי אריסא תמרי ורמוני ושדא קמייהו לסוף אתא מרי בר איסק אשכחינהו וא"ל מ"ט לא מייתת לרבנן מהנך שפירתא ומייתי עלה הא דאמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה נינהו וניחא ליה אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר הכי הכא נמי משום כסיפותא אמר שכתב לו שלתועלתו עשה ולא היה אפשר לו לעשות בענין אחר אי נמי משו' שישלח לו שאר המעות אמר כן.

ועוד בר מן דין היאך זכה לוי בשליש מה שויתר לו שמעון אפילו היה עושה ברשות במאי מזכה לו אם שמחל לו אין שייך מחילה אלא לגבי החייב אבל ללוי צריך הקנא'

ובמאי קני כדאמרינן בסוף פרק מי שמת דהלואתו לפלוני ליתא בבריא כלל ואי במ"ש לא היה שם המלוה ואפילו איתיה לא שייך מ"ש היכא שהלוה עכו"ם כ"ש שגם המקבל עכו"ם כמ"ש התוספות בסוף פרקא קמא דגיטין. אם לא שהיה לו כתב יד מהשר ההוא והקנהו לו בכתיבה ומסירה שהרי כתבו הפוסקים דגם כתב יד נמכר בכתיבה ומסירה וכמו שאמר בח"מ סימן ס"ו.

סימן קיג

שאלה ילמדנו רבינו דין השמטת כספי' בזמן הזה ולענין הלכה כיצד יתנהגו הדיינים בעיר הזאת קוסטאנטינ' ושכרו כפול מן השמים.

תשובה הנה זאת חקרנו' כן היא ושאלנו לנתיבות עולם ומקדושים אשר בארץ החיים המה דור דור ופרנסיו וידעו שכל חכמי הדורות היו מורים ובאים לגבות חובותיהם א' מלוה בשטר ואחד מלוה על פה ואם היה שום חכם רוצה להפקיע חובו שעברה עליו שביעית רבני הדור היו משתקין אותו בנזיפה ואעפ"י שמשורת ההלכה השמטת כספים נוהגת מדבריהם בכל מקום מכל מקום ראינו בכל המקומות הרחוקים אשר שמענו שמעם מפי סופרים ומפי ספרים שאינן משמיטין וגם לא נהגו לכתוב פרוזבול ור"ת ז"ל כתב פרוזבול בימיו בארצות פרובינצה והבאים אחריהם לא עשו כן ובארצות ספרד צווח הרא"ש ז"ל כי כרוכיא על השמטת כספים ולא אשגחו ביה ואף על פי כן לא היה סותר מנהגם כלל ושוב מצא טעם לדבר הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיד

לרודיס.

בעסק פאטוריש שא' מהם לקח הנכסי' וטוען שעברה עליו שביעי'.

תשובה יש ללוי זה להשמיט עצמו מדין השמטת כספים בב' טענות א' שזו שותפות היא ולא מלוה וכתב הרא"ש כלל פ"ח שאין שביעית משמטת שותפות דמה שהיה בידו מעסק כמו פקדון היא ולא קרי' ביה שמוט כל בעל משה ידו ותנן נמי בפ' בתרא דשביעית הקפת החנות אינה משמטת ואם עשאה מלוה משמטת וכו' ועוד דהו"ל כגזרי דיני' דאינן משמיטין וכמ"ש הרמב"ם ספ"ט מה' שמיטה וכן ב"ד שחתכו את הדין וכתבו איש פ' אתה חייב ליתן לזה כך וכך אינו נשמט שזה כגבוי הוא וכאלו בא לידו ואינו כמלוה עכ"ל. וזה יש בידו פסק שעמד בפני ב"ד וחייבוהו בסכום מעות שיקח בהקפה מהעכו"ם ויתן לו ושוב אינו משמט. ועדיין יש לבעל דין לחלוק ולומר דלא אמרו בשותפו' אינו אלא כשנשאר בידו השותפות עצמו דומיא דפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה דהכי משמע מלשון הרא"ש ז"ל אין שביעית משמט שותפו' דמה שהיה בידו מעסק השותפות כמו פקדון הוא אבל זה שלקח המעות ואכלן וליתנהו

עכשיו בעולם שהרי חייבוהו בית דין שיקח בהקפה מן העכו"ם אם אינו רוצה למכור חפציו השתא נפקא ליה מתורת פקדון ושותפו' ונשארו על גופו כמלוה ושפיר קרינן ביה שמוט כל בעל משה ידו ומה שהביא הרב בבית יוסף ז"ל דברי הרא"ש ז"ל ונשאר ביד אחד מהם מהשותפות לאו שנשאר חייב הדמים אלא השותפות עצמו נשאר בידו והיא עצמה התשובה הנזכרת בכלל ע"ח דבהכי מיירי ואם משום פסק הדין שנכתב עליו מצי למימר דלא דמי לגזרי דינין דאיתמר בירוש' דהתם בשכפר לו מעיקרא הוא כמו שאמר רבינו שמשון גזרי דיני' כגון תובע מחבירו וכפר לו ונתחייב בבית דין וכתבו לו פסק והדר קאמר בירושלמי פשיטא מלוה שנעשית כפרנית משמטת משמע שחוזר בו דמשעמד בדין ונתחייב משמט ושמא דהאי מעשה בית דין היינו כתיבה. א"נ יש חלוק בין כתבו פסק דין ללא כתבו עכ"ל. והנסחא שלפנינו בירוש' וכן הביאה הראב"ד ז"ל ה"ג מלוה שנעשית כפרנית אינה משמטת ולא הוי איפכ' ממה שאמר למעלה. ולפ"ז הא דאמרינן לעיל אלו גזרי דינין רבותא אתא לאשמועינן דלא תימא אעפ"י שכפר כיון שנתחייב בבית דין וכתבו לו פסק היה ליה כהיקיפא כדאמרינן פרק המביא תנין כתובה ואונס ופיתוי מאימ' נזקפין במלוה משעמד בדין וצריך לחלק כמ"ש רבינו שמשון ז"ל בין כתבו פסק דין ללא כתבו. איברא שהרמב"ם ז"ל בכל ענין משמע ליה דאינו משמט שכתב שחתכו את הדין וכתבו איש פלוני אתה חייב ובביאורו למשנה פירש יותר וז"ל והוא שיאמר הדיין איש פלוני אתה חייב ליתן לזה כך וכך ואותו הממון לא יהא נשמט שאחר שצוהו הדיין לתת כאילו נכנס ברשות בעליו ואינו חייב עכ"ל ומ"ש כיון דאפשר להתפרש דוקא בשכפר בו ונתחייב בב"ד כדברי רבי' שמשון לא מפקינן ממונא בהכי. וכי מעיינת בה תשכח שכל שאין תחלתו מלוה אינו משמט דהא ההוא דהאונס והמפתה ומוציא ש"ר מפרש בירושלמי ר"מ היא דאמר במלו' הדבר תלוי אלמא כל שלא היה עיקרו מלוה אינו בכלל השמיטה. והא דקאמר ר"מ היא לאו דיחידאה היא אלא לאפוקי מדר' יוסי דפליג במתניתין לעיל גבי שכיר שכיר ואמר כל מלאכה שפוסקת בשביעית משמטת אלמא אף על גב דשכר שכיר אין עיקרו מלוה ס"ל דמשמט ובזה נסתלק גמגומ' של הרב בכ"מ ז"ל דאמאי פסק כיחידאה דהא ודאי ההיא דהאונס והמפתה סתם מתניתין היא וגמרא מייתי לה בפרק ב' דגיטין אלמא הלכתא ולאפוקי מדרבי יוסי קאמר ושמא איתיא בברייתא בהדיא פלוגתא דר' מאיר ורבי יוסי ובריש פ' אעפ"י אהא דאמרינן תנאי כתובה ככתובה וקחשיב נמי ולשביעי' כתבו התוספות תימה דבסוף מסכת שביעית פליגי בהקפת החנות ובשכר שכיר דאיכא מאן דאמר אין משמטין ור' יוסי פליג ואמ' כל מלאכה שפוסק דשביעית משמטת ולדידיה ניחא דה"ה

דמשמט הקפת החנות וכל מילי דלאו הלואה ואי לאו דתוספות כתובה ככתובה הוה משמט אבל לרבנן דאית להו דאין משמט אלא מלוה אפי' אין תוספ' כתובה ככתובה אינו משמ' דלאו הלואה היא אלא פירשו התוספו' בשם ר"י דודאי כתובה ותוס' אינן משמטין דאינן מלוה והא נ"מ לענין פגימה וזקיפה שאם פגמה הכתוב' הוה האלו פגמה התוספ' נמי. וכן ביארו הרא"ש והר"ן ז"ל מטעם זה וגם הרי"ף ז"ל כך פירשה ומדבריו נשמע לענין תוספת אף על גב דלא שייך התם טעמא דמעשה ב"ד דדוק' כתובה נקראת מעשה ב"ד מפני שהוא תנאי ב"ד אבל תוספות שהוא רצה להוסיף אין טעם לומר שלא תהא שביעית משמטתו בלא פגימה אם לא משום שאין עיקרו מלו'.

ומינה לנ"ד שעיקרו גזל בידו ששל' ידו במעו' השותפו' שאפי' חלקו לא הוה רשו' ליק' יותר מעשרי' אלפי' לבנים אלא שכל מעות השותפות משועבד לכל אחד מהם עד הזמן שקצבו ביניהם כל שכן שנטל חלקו וחלק חבירו גזל גמור הוי וליכא מ"ד שהגוזל את חבירו שביעית משמטתו אפילו עברו עליו כמה שמיטות וכי תימא הרי עמד בדין והוה ליה כמי שזקפה במלוה כדאמרינן גבי אונס ופיתוי מאימתי נזקפין במלוה משעמד בדין נראה דדוקא גבי אונס ופיתוי וקנס הוא דהעמדה בדין חשיב כזקיפ' מגו דנפיק ליה מתורת קנס שאם היה מודה בתחילה פי' נפטר ועכשיו נעשה עליו כמלוה וכל עיקר העמדתו לדין כדי לזקפו עליו כמלוה הוא שלא יפטר בהודאתו וכן לענין כתובה דמקמי הכי היתה צריכה להוציא הגט ועכשיו שעמד בדין לא חשיב כזקיפה במלוה. אבל גבי שכר שכיר והקפת החנות העמדה בדין לא חשיב כזקיפה בלא העמדה אלא כדי לגבותם וכן משמע דלא הוזכר העמדה בדין אלא אצל אונס קנס ופיתוי וכן משמע לישנא דמאימתי נזקפין דמשמע דקאי עלייהו דוקא ולא קתני מאימתי היא זקיפין. וכן משמע מדברי הרא"ש בפרק השולח דגבי הקפת החנות ושכר שכיר כתב אם עשאן מלוה ע"י שזקפן במלוה לפרען עד זמן פלוני אלמא אי לא ארווח ליה זימנא לא מיקרי זקיפה כמלוה.

ומטעם גזר דין נמי יפה כחה של לוי דמשעמד בדין על מה שלקח מדמי השותפות חייבוהו בי' דין הו"ל כגבוי ביד בית דין. ומה שפי' רבינו שמשון גזרי דינין כגון תובע מחבירו וכפר לו לפי מה שחלק הוא ז"ל לבסוף בין כתבו פסק ללא כתבו דההיא דמלוה שנעשית כפרנית משמטת מיירי בלא כתבו נמצא שהכפירה אינה מעלה ולא מורדת אלא כפירה אורחא דמילתא נקט לפרושי גזרי דינין שגם בעל דינו מודה לו מה שייך גזירת בית דין וה"ה אם לא כפר אלא שהיה רוצה להפטר בשום טענה ובנ"ד קודם העמדה בדין היה רוצה להפטר מלוי בטענה שלא היה חייב לו כלו' אלא לראובן השותף

והוא ילך ויתרצה עמו ולוי זה תבעו וחייבו בית דין לשלם הכל מכח שהם שותפים. ומאן פלג ליה ומאן שם ליה. ועוד אפילו חלק ראובן ושמעון משועבד ללוי להשתעבד עד זמן השותפות ומפני זה חייבוהו בית דין. וכן נראה מתשובת הרא"ש בסוף כלל פ"ו שכתב וכן התובע את חבירו לדין וכתבו לו בית דין פס"ד אין משמטין כדתנן וכל מעשה בית דין אין משמטין ומפרש בירוש' גזרי דינין כגון התובע את חבירו ממון וכפר לו והביא עדים וחייבוהו בית דין וכתבו לו פסק דין אז הוי כגבוי ואינו משמט ע"כ וממה שכתב בתחלת הלשון התובע את חבירו לדין וכתבו לו פ"ד משמע דאין צריך כפירה אלא כשתבעו לפני ב"ד לבד ומה שהוצרך לומר וכפר בו וכו' לפרושי גזרי דינין ולומר דלא חשיב כפרנית שנעשת מלוה דמשמטת דכיון דכתבו לו פ"ד הו"ל כגבוי כמ"ש שם. לפיכך נראה שאין לשמעון השמטת כספים וחייב להשיב את הגזלה אשר גזל או את העושק אשר עשק והאל הטוב יכפר בעדו ושלום יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קטו

מפליא עצה מגדיל תושיה החכם השלם כרע כאח יצ"ו. ראיתי דברי כ"ת על אודות ראובן שיש לו מעות מופקדות בידו ובא שמעון אחיו של המפקיד בטענת אחיו בכתבו לתתם המעות ללוי בידו שחייב הנפקד לו. וראובן טוען איני רוצה לתת פן יש טענ' עמך על עסק פקדון שמסרתי בידך ושמעון משיב אמת כי אמך מסר' בידי חפץ להוליכו לבית האומן ושמתיו עמדי צרור בסדיני עם זהב אחד שהיה לי וראש הסדין קשור באזור וכשבאתי לא מצאתי לא החפץ ולא הזהב שלי והדברים ברורים כמו שבררם כ"ת כלם נכוחים וישרי' שאין בזה פשיעה כלל וטענת היה לך להניחה בידך אין בה ממש דהא דמייתי מוצרת הכסף בידך לאו דוקא ואפילו אם יחלוק בעל הדין בראיה מבנו ובתו הגדולים מפני שידם כידו וכנפקדים חשיבי כדאמרינן כל המפקיד על דעת בניו ואשתו הוא מפקיד. וגם אם יכפור בראיית נעל בפניה' כראוי דהתם אפילו צרירה לא בעי דנעילה עדיפה אבל צרירה גרידא הוא דאמרי' דלא מהניא מדכתיב וצרת הכסף בידך מ"מ לא יכפור בדברי הרא"ש אלא כלו' כמו בידך שעינך תמיד עליהם כגון צררן בסדינו התלוי' בפניו וכ"כ הרמב"ם ז"ל פ"ד צריכין שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו ושכנגד פניו כמו שהביא כ"ת ונראה הטעם דלא הביאו מן הכתוב להוכיח דכה"ג דוקא הוא דהוי שמירה דהא לא בפקדון משתעי קרא אלא בכסף מ"ש דידיה שאינו חייב באחריותו אלא אהא דקשיא לן בשלמא כלהו שלא שמר כדרך השומרים אבל צררן והפשילן לאחוריו מאי הו"ל למעבד כלומר דבש"ח לשמור כתיב והרי שמרן באותה צרירה ושמור הוא זה ומייתי דאין דרך שמירה בצרירה לבדה מדכתיב וצרת הכסף בידך למדה תורה דרך

השומרים להזהר עליו אחר צרירה והוסיף לך שמירה אחרת שיהיו במקום שעיניו תמיד עליהם והיינו בצדו או לפניו והיינו לאפוקי הפשילן לאחוריו והואיל והדבר תלוי במה שדרך שמיר' בכך כל ששמר כדרך השומרים פטור כדמסיים במתני' ונראה בעיני כי בעיר הזאת בדוכתא דשכיחי שמוצאין אנשי החיל ששומטים מיד בני אדם פשיעה היא להולי' בידו כסף או זהב כי אם עבר ורמס וטרף ואין מציל וזה היא דרכן של בני אדם בעלי דעה לצרור ולהניח בחיקו ולתוספות שמירה שלא יפיל מחיקו קושרין ראש הסדין באזורו נמצא שמור מגנבה ושמור מאבדה וגם בטענה שטוען ראובן שלפי דעתו שמעון פשע ואין לו שיפרע מהחפצים שעשה לאשתו בשעת הכנסה לחופה. הנה כ"ת הביא מחלוקת מהפוסקים אם יכול לגבות מחפצי אשתו ואפילו למ"ד דגובה ב"ח שאני שלא תנעול דלת בפני לווין שתי תשובות יש לבעל הדין בדב' דמ"ד גובה טעמייהו משו' דלא מקנו לאשה אלא עדיין הם ברשות הבעל ולמה לא יגבה זה מהם. ועוד דפושע חמיר טפי מב"ח דדמי למזי' ונזקין שמין להם בעידי' וב"ח בזבורית מדאורייתא. ותו כבר כתב מהר"י קולון זכרונו לברכה דבכלי זהב שלא יכול למכור אלא שאני אומר דלכ"ע החפצים שאדם עושה לארוסתו קודם החופה דינן כדין נצ"ב שהרי לענין מכירה כתב הרמב"ם ז"ל פרק ל' שאינו יכול למכרם בין נצ"ב בין מטלטלין שנתן לה משלו כל שכן כי מה שנותנים עכשיו הוא כנגד המעות המדודים שמקבל מאבי הכלה עושה כנגדן תכשיטין של זהב וחפצים ובפרק חזקת באותם שלש שדות גירסת רבינו חננאל והרי"ף ז"ל וא' שהכניס לה שום משלו. וכתב הרמב"ם ז"ל דמכל מקום אם מכר המקח קיים שאין שם טעם שבח בית אביה ולפי זה מה שאמר מהר"י קולון דכלי זהב יכול למכור מיירי בחפצים שהבעל עושה לאשתו אחר הנשואין אבל בחפצים שנתן לה מקודם לא יגע בהם הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קטז

שאלה ראובן יצא מאנדרינופלי לבא בקוסטאנטינה ובא שמעון אצלו וא"ל הולך פקדון זה לפלוני א"ל ראובן איני מוליכו כי מתירא אני פן יאבד בדרך וה"ז מחלוקת ע"כ אינו נוטלו מידך אם רצונך שאוליכהו דרך חסד השליכהו ארצה ואקימהו מן הארץ ויחשב אצלי כמציאה כי מקרי הדרכים מרובים וישליכהו ארצה ויקימהו ראובן וישימהו בהיקבי אחד מב' צדדים בצד אחד היה ממונו של ראובן ומצד אחד הפקדון של שמעון ויקר מקרהו בדרך שבהגיעה עם העגלות לקוגוק גיגמיג"י בעליית העגלות להר נפלה עגלה אחד של יהודים וראובן היה חוץ לעגלה שהלך לשפוך מים בין כך ובין כך נסעה העגלה שבא הוא בתוכה והיו בה ב' יהודים שבאו עמו מאנדרינופלה ובאה העגלה

ההוא לקארה יומברוק וראובן נשאר אחור כי לא השיג לעגל' ואותו ליל' לן חוץ לפתח הנקרא אינדריני קפיסי ולמחרתו הלך ראובן במכס של קארה ימברוק ומצא היהודים שבאו עמו עם נכסיהם שהביאו עמהם ולקח ההיקבו שלו שהיתה מונחת במכס הנזכר ויחפש ולא מצא הפקדון וצעק צעקה גדולה ושאל את פי הארבאנג"י מה נעשה בפקדון שהיה תוך ההיקבי הזאת והשיב הוצאתי ההיקבי ושמתיה תוך המכס ובקש בכל המכ' ולא מצא הפקדון כי אם הקשר שהיה קשור בו הפקדון נמצא על המקו' מושב האימין. ילמדנו מורה צדק מאחר שראובן הוא שומר חנם וגם שלא לקח הפקדון מיד שמעון אלא הקימו מן הארץ ושמר אותו בהיקבי שממונו גנוז שם ולא עשה פשיעה אם ישבע ויפטר יורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה יש לדון בזה הלשון שאמר איני נוטלו מידך השליכהו ארצה ואקימהו מן הארץ ויחשב אצלי כמציאה. אם הכוונה לומר שיחשב אצלו כמגביה מציאה מן השוק שקנאה כלומר שלא יתחייב בשמירתה ואפי' פשע בה לא יהיה לו דין ודברים עמו אפי' לדברי הרמב"ם בפ"ב מה' שכירות ואפי' במקום שאין להם דין שמירה כגון העבדים והקרקעות יש להם דין פשיעה שכל הפושע כמזי' מ"מ פושע מדין שמירה הוא דמחייב ואם לא קבל עליו לשמור הרי הוא עליו כאיניש דעלמ' דלא מחייב בפשיעה והא דתנן בס"פ השוכר את הפועלים מתנה ש"ח להיות פטור משבוע' והשואל להיות פטור מלשלם ולא נקט גבי ש"ח נמי להיות פטור מלשל' בפשיע' לאו משום דלא מהני תנא' לענין פשיעה דהוי כמזיק בידים אלא דלא קתני אלא מידי דמחזי כמתנה על מ"ש בתורה שש"ח חייב שבועה ושואל חייב באונסין אלא משום דתנאי שבממון הוא וקיי' וכ"ש לפטרו משבועה ומזיק בידים שרצה להזיק ממונו ומה בכך ואפי' אם לא התנה בהדיא בפשיע' מאחר שהתנה שלא יהא חייב באחריותו לכך אמר שלא יקחנו מידו אלא ישליכהו ארצה ממילא נפטר גם מהפשיע' שכן הבי' המרדכי מתשובת מהר"ם בס"פ האומנין דהיכא דבשע' קבלת המשכון אמר איני מקב' עלי אחריותו דמשמע שלא באחריות מכל וכל דאפי' בפשיע' נמי לא כדמשמע בפרק בתרא דמנחות הרי עלי עולה ע"מ שאקריבנה בבית חוניו אם הקריבה בבית חוניו יצא ופריך והא מקטל קטלה ומשני נעשה כאומ' הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה אלמא אע"ג דכי אמר הרי עלי עולה מחייב אפי' באונסין כי אמר ע"מ שלא אתחיי' באחריות לא מבעיא באונסין אלא אפי' בפשיעה לא מחייב כגון הנך דמקט' קטל' ודבריו תמוהים דמי לא מודה שאם הרגה או הזיקה בידים שחייב לשלם דלא התנה אלא שלא יתחייב אלא באחריות' כדין שומר אבל אם הזיק ממש שכל אדם חייב בה מי פטרו לזה. ויראה דה"ק דאע"ג דמקטל קטלה כלומר

דהקריבה בחוץ לאו הקרבה היא אלא דמי שהורגה לאו דקטלה איהו בידים אלא שגרם להרגה שהוליכה בבית חוניו כסבור מצוה קעביד וכהנים המשמשים שם הקריבוה מכל מקום פשיעה היא דאפילו שוגג ומוטעה אדם מועד לעולם אם לאו דאיהו לא שחטה בידים והא דקאמר דמקטל קטלה גרם לה קטלא ואלו עשה כן בשל אחרים פטור היה אלא משום דחייב באחריותה חייב באונסין וכל שכן בפשיע' עכשיו שאמו ע"מ שלא אתחייב באחריות' כמי שלא קבל עליו שמיר' כלל דמי.

ואיברא דדין זה צ"ע דמפני שאמר ע"מ שלא אתחייב באחריותה יהא פטור גם מפשיעה דאיכא למימר כיון דדינו כש"ש או כש"ח כשמתנה ע"מ שלא יתחייב באחריותה היינו אם נגנבה או נאבדה אבל אכתי דין שומר יש עליה להתחייב שהרי מניחה בביתו וחייב לשמרה דלא יהא אלא אבידה בעלמא מי לא מיחייב לשמרה ואם פשע למה לא יתחייב כדין ש"ח והראיה שהביא מההוא דמנחות לא מבעיא שבקל יש לדחותה דמ"ש שלא אתחייב באחריותה באותו ענין קאמר דמקטל קטלה ולא אכפל הגמרא לפרש שאמר על מנת שאהרגנה דמסתמא בהכי מיירי אלא אפילו לפי דקדוקו שאמר בלשון זה דוקא הוא שאמר על מנת שלא אתחייב באחריותה לא הלשון הזה הוא שפוטרו מפשיעה דבלאו הכי פטור הוא מדין השומר דרעהו כתיב ולא של הקדש ואפילו מפשיעה נפטר כדמוכח בסוף פרק החובל בההוא ארנקי של צדקה דאתי לפומבדית' דאפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא ופשע בה ופטריה רב יוסף דדייק מלשמור ולא לחלק ממונו אלמא משמע דכיון דנפטר מדין שומר אף מדין פשיעה פטור כמו שכתבו הרא"ש והר"ן ז"ל בפרק שבועת הדיינים והכריעו כדברי הרב האלפסי בתשובה והרא"ש והראב"ד ז"ל דבעבדים ושטרות אעפ"י שהודה שפשע פטור שהרי התורה פטרתו ואף להרמב"ם בפ"ב מה' שכירות דס"ל שלא פטרה תורה בהם מפשיעה דכמזיק בידים הוא מכל מקום פשיעה לית' אלא בשומר והרי זה שנדר והקדיש את שלו לא נעשה שומר עליה אלא לפי שאמר הרי עלי דנדר הוא וחייב באחריותה אפי' נאנסה כדתנן בפ"ק דמגל' מה בין נדרים לנדבות וכו' וזו כמאן דמקטל' דמיא וחייב להביא אחרת אעפ"י דנעש' כאומ' הרי עלי עולה על מנת שלא אתחייב באחריותה היינו באומר הרי זו עולה ובשמירה נמי לא מחייב לענין שאם פשע בשמירתה שיהא חייב דמי עשאו לזה שומר ומיד מי קבל שיתחייב בשמירתו הא כי יתן איש אל רעהו כתיב אין זה אלא באיש דעלמא דדוקא אם הזיק בידים חייב בפשיעה פטור דגרמא בעלמא הוא אבל מקבל חפץ מיד חבירו מסתמא שומר אם אמר ע"מ שלא אתחייב באחריותו אין במשמע אלא אחריות הבא שלא מחמתו כגון גניבה ואבדה אבל לא פטרו מאחריות מילתא דאתי מחמתיה ודמי קצת להההיא דפרק שני

דייני גזרות נהי דאחריות דעלמא לא קביל עליה אחריות דנפשיה מי לא קביל. ועוד כיון דתרי חיובי נינהו יד בעל השטר על התחתונה כדאיתא בפרק הכותב כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך וכו' אבל משביע הוא את יורשיה וכו' נדר ושבועה אין לי עליך ועל יורשיך כו' אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה וכו' ואין לי עכשיו שעת הכושר לדקדק בדבר זה.

אמנם בנ"ד לא התנה בהדיא שלא יתחייב באחריותו אלא שאמר שישליכהו ארצה ויקימהו מן הארץ דאפילו אם נאמר שלשון זה כאומר הנח לפניך או כאומר הא ביתא קמך זהו כשמניח הפקדון על דעת שישאר שם ומעולם לא נעשה שומר עליו אבל בדבר שנמסר על דעת להוליכו בידו לעיר אחרת ודאי בההיא שעתא דאגבהה דין שומר יש לו וכי תימא כיון שלא קבל הפקדון מיד שום אדם אין עליו דין שומר דכי יתן איש אל רעהו אמר רחמנא ובעינן נתינה דאיש ומהתם ממעטינן דאין נתינת קטן נתינה. מכל מקום כיון שסוף סוף נעשה שומר עליהם שהוא יוליכם שם דין שומר יש לו ולא גרע משומר אבדה כדאמרינן בהגוזל קמא הטוען טענה גנב באבידה משלם תשלומי כפל. ומותיב רבי אבא בר ממל כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וכו' ואם איתא תהוי כאבדה ופריק רב אשי אבידה אתי מכח בן דעת וכל שכן כאן שאעפ"י שלא נתן מיד ליד כיון דעל דעת שיוליכהו הניחו שם נעשה עליו שומר שהרי כתב הרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הטור בסימן רצ"ה בראובן שאמר לשמעון הולך לי עמך אלה המנעלים ואמר לו הניחם על החמור ולא קבלם ראובן בידו ונאבדו המנעלים. והשיב מה שאמרו הא ביתא קמך שאפילו שומר חנם אינו זהו בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר אבל ראובן שנתרצה הוליך המנעלים עמו ואמר לשמעון פשיטא שקבל עליו שמירה כדין שטר חוב שאם לא ישמרם בדרך ודאי יאבדו עד כאן דבריו והנה הרא"ש ז"ל פסיקא ליה מילתא ואני לומדה מדין אבדה פרק הגוזל כדפירשנו. ומה שאמר כאן השליכהו ארצה ויחשב אצלי כמציאה נראה דלאו כמגביה מציאה מן השוק שקנאה קאמר שהרי אמר לו מתירא אני שיאבד ממנו בדרך והרי זה מחלוקת משמע שלא היה דואג אלא על גנבה ואבדה דלא בעי למיתי בדינא ודיינא וזהו המחלוקת אלא כמציאה תחשב לו. ואע"ג דמציאה חמירא טפי דחשיב ש"ס עליה משום פרוטה דרב יוסף מחייב עליה לשומרו שהוא לא היה אלא שומר חנם לא אמר כן אלא לענין ששנינו בהניזקין המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם ואפילו במידי דהוי כטענת ברי כגון שטוענו שני כסין קשורים מצאת לי והלה אומר לא מצאתי אלא אחד פטור כל שכן שלא ישבע שלא פשע בטענת שמא כגון שנגנב או אבד וכיוצא בזה כת' הרמב"ם ז"ל פרק י"ג מהלכות גזלה שמה שמאכיל משלו

נוטל מן הבעלי' בלא שבועה דס"ל דמילתא פסיקתא אמרו לא ישבע אפילו להוציא מן הבעלי' אף כאן מה שאמר יחשב אצלי כאבידה שלא ישבע עליה קאמר. וראיתי שנהגו העולם רוב מקבלי פקדונות שמונעים מלקבל מיד המפקיד ואומרים השליכהו ארצה כדי להפטר. ויצא להם ממה שאמרו הנח לפניך או ביתא קמך דפטור ומסרכי ממילתא למילתא שעושין כן אף בפקדונות הנתונים להם להוליכם אל ארץ אחרת שסופן להיות שומרים עלייהו כדכת' הרא"ש ז"ל ולא מהני מה שאומר הנח לפניך דסוף סוף חייב בשמירתה כדין אבדה ומצווה עליה כדכתיב לכל אבדת אחיך והוה ליה שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף ומכל מקום אהניא להו דבההוא מעשה שעושים מגלו דעתייהו דלא בעו להתחייב בשבועה כדין שומר חנם אעפ"י שסוף סוף שומר הוא עליהם ויתחייב בפשיעה. וכפי הנראה שם ראובן הפקדון בתוך האמתחת ולא תפר ולא קשר אותה שכן נראה מלשון השאלה שכתב שלקח ההיקבי' שלו שהיתה במכס ויחפש ולא מצא את הפקדון ומאחר שהוצרך ללקיחה לחפוש נראה שמצאה פתוחה כמות שהיתה שאם הניחה תפורה היה לו לומר כשבא למכס מצא האמתחת פתוחה ואז היה לו לצעוק במכס מי פתח את פי אמתחתי. אם הדבר כן אין לך פשיעה גדולה מזו שהניח את המעות במקום שיד הכל ממשמשים בה והיאך יהיו משתמרים מהאנשים ההולכים אתו בעגלה או מן בעל הקרון בצאתו החוצה ואפילו אם נאמר שמה שלא הגיע לעגלה שלו ונשאר חוץ לפתח המדינה וילן שם בלילה ההוא כל זה היה באונס ושם נאנס הפקדון שהרי מצא הקשר על מקום מושב האימין הרי אמרו תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כגון הנהו זוזי דאותבינהו בצריפא דאורבני דפ' המפקיד וכל שכן דאפשר שמתחלה נגנבו בדרך בהיות האמתחת פתוחה שלחו בה יד ולקחו המעות ונשאר קשר המעות בתוך האמתחת לפיכך אם לא תפר את האמתחת או לא קשר בה קשר של קיימא כמנהג פשיעה היא אע"פ שאמר שיקח אותה בתורת מציאה. מכל מקום על דעת שישים עינו עליה בדרך נתנה ולא שיפשע בה אבל אם תפרה או קשרה כדרך השומרים והיה אנוס בעכבתו פטור אף משבועה. כך נראה לי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קיז

מי ששכר בית והוסיפו על המטבע.

(שאלה זו הובא' בי"ד בסי' מ"ד בענין רבית).

סימן קיח

לברוסה.

שאלה ראובן השכי' בית לשמעון לזמן י"ב חדש ונשבע המשכיר שלא להוציאו מן הבי' ונשבע השוכר שלא להריק הבית בתוך הזמן ואפילו אם יריקוהו נתחייב לפרוע לו

השכירות. ובתוך הזמן נפלה מריבה ביניהם ועל שהיה תובע השוכר שיתקן לו מקום א' והקפיד המשכיר כנגדו וא"ל תריק לי הבית עתה רוצה שמעון להריקה באמרו שכבר מחל לו ויפטר משבועתו וחיובו כמ"ש שיריק לו ביתו. והמשכיר אומר שעדיין חיובו קיים כי מה שאמר לו דברים בעלמא ופטומי מילי הוא.

תשובה יש לדון בזה הלשון שאמר לו המשכיר שיריק לו ביתו ולא אמר שהיה מוחל לו השכירו' דשמא שיריק והוא יפרע קאמר דלא דמי להא דאמרי' בפר' זה בורר נתחייב לו שבוע' וא"ל דור לי בחיי ראשך דאמרי' במחול לך דברי הכל אינו יכול לחזור בו אעפ"י שלא הזכיר מחילה דממון מ"מ מה שא"ל דור לי בחיי ראשך יש במשמע פיטור השבועה והוא אינו מחייב ממון דאפי' בשבועה דאורייתא כגון מודה במקצת או בע"א לא חייבתה תורה ממון אלא שבועה כדאמרי' גבי ע"א אינו קם לממון אבל קם הוא לשבועה וכי א"ל השתא שלא ישבע אלא בהדרת הראש הרי פטרו בפי' מן השבועה אבל כאן באומר הרק לי ביתי אין בלשון הזה פיטור הממון דשמא הרק ואת פורע וכההוא דפרק הזורק דתנן וכן לענין קידושין וכן לענין החוב א"ל בעל החוב זרוק לי חובי וזרקו לו קרוב ללוה הלוה חייב וא"ר יוחנן לגיטין אמרו קרוב לו ולא דבר אחר איתיבי' וכן לענין החוב וכו' הב"ע שאמר לו זרוק לי חובי והפטר פרש"י אבל זרוק לי חובי סתמא זרוק ושומרו קאמר אלמא לא מפני שא"ל זרוק לי חובי ועל פיו זרקו פטרו מחיובו. הכא נמי כי אמר ליה תריק לי הבית לא פטרו בפי' מחיוב השכירות מיהו קשה מהא דאמרי' בפרק השואל השואל את הפרה וא"ל שלחה לי ביד בני ביד עבדי ביד שלוחי וכו' חייב וכן בשעה שמחזירה לו א"ל המשאיל שלחה לי ע"י בני ע"י עבדי וכו' ושלחה ומתה פטור. ולא אמרי' שלח בחיוב שאתה חייב להחזירה למקום השאלה כי היכי דאמרינן התם זרוק ושמור קאמר ליה עד דא"ל שלח והפטר ונ"ל שיש חילוק בין שמירה להלואה דשאלה איתא בעינא וכיון דא"ל שלח כמאן דפטרו משמירה וקמה ליה בחזקת בעליו אבל מעות הלואה זוזי דלוה נינהו ואינן נעשים של מלוה עד שיגיעו לידו ואם הקדישה לוה מוקדשים ובאמירה שאמר ליה המלוה שלח לא נעשו כשלו ואם הקדישם מלוה אינם מקודשים דבעינן איש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו וכו' הילכך לא נפטר חיובו של מלוה באומר זרוק סתמא עד שיאמר זרוק והפטר. ואי קשיא מהא דכתב הטור בח"מ סי' קנ"ה שלח לו חובו ע"י שליח וכו' ואפילו לא אמר לו פה אל פה אלא נכתב ונאבדו פטור. וכתב הרב בב"י עליו שזו משנה פר' השואל אמר לו השואל שלחה לי וכו' או שאמר לו המשאיל הריני משלחה לך כו' והיינו סיפא דקתני כן בשעה שמחזירה לו ומשמע דאף לענין חוב אתמר כשאמר לו שלח שלח והפטר קאמר. ולפי מ"ש למעלה

היינו דוקא בפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמאריה איתיה ולא בזוזי דחוב דליתיה בעיניה. וירי' לי דהתם מיירי בלוה שאינו חייב לשלוח מעות ההלואה אצל המלוה אלא כאן לוה ממנו וכאן יחזיר לו הרי זה דינו כדין הנפקד ומאחר שהמלוה ממציא לו שליח שישלחם אליו אעפ"י שלא כתב לו הרשאה רשאי לשלחם לו ונפטר בכך כיון דא"ל בע"פ או בכתב שישלחם לו ע"י פלוני והם דברי הרי"ף ז"ל שכתב בפרק הגוזל גבי משלחים מעות בדיוקני וכו' והיכא דשדר לחבריה כתבה ואמר ליה ההוא מידי דאית לי גבך שדריה ניהלי בהדי פלניא ושדריה לא מחייב באחריותו. אבל בההיא דפרק הזורק דאמרי' דאי אמר ליה זרוק זרוק ושמור קאמר מחויב הוא לפרוע בתוך ידו של מלוה וכל שלא הגיע לידו מעות של מלוה הם ואינו נפטר עד שיפרש זרוק והפטר.

ובס"פדהחובל אהא דתנן קרע את כסותי שבר את כדי חייב ע"מ לפטור פטור ואמר רבי יוחנן דיש הן שהוא כלאו ויש לאו שהוא כהן הכני פצעני ע"מ לפטור ואמר ליה הן זהו הן שהוא כלאו קרע את כסותי שבר את כדי ע"מ לפטור ואמר לאו הרי לאו שהוא כהן פי' המ"מ והרא"ש בנזקי ממונ' אמר לאו בניחותא מסתמא בתמיה קאמר כיון דמתחלה אמר קרע את כסותי משמע דסתם קרע את כסותי עד שיפטר קאמר ומיהו לפי מאי דמסיק רבא הא דמטי לידיה בתורת שמירה הא דאתא לידיה בתורת קריעה שמעינן דההוא דיש לאו שהוא כהן בדאתי לידים בתורת קריעה שלא נתחייב מעיקרא לשמור אבל אתא לידיה בתורת שמירה אעפ"י שאמר ליה אח"כ קרע אותה ואם תרצה חייב עד שיפטרנו בפירוש. והביא הרמב"ם ז"ל בפ' י"ד מהל' חובל והטור סימן ש"פ ובתוספות כתבו שם בלשון הזה מתניתין בדאתה לידיה בתורת שמירה ושוב נמלך ונתן לו רשות לקרוע שכיון שמתחל' נתינתו נתנו לשמור ולא לקרוע והנפקד קבל עליו מה שאומר אחר כך לקרוע אם ירצה אינו אלא משטה ופטומי מילי בעלמא ע"כ וכן כתבו למעלה מה שנותן לו רשות בסיום דברים פטומי מילי הוא כדי שישמו' לו ברצון ולא ידאג שמא ידקדק עמו יותר מדאי. משמע מדבריהם שאם אמר לו על כלים שברשות עצמו שיקרעם הואיל שלא נתנם לו שישמרם בלב שלם אמר שיקרע' דלא שייך הכא פטומי מילי ולא זירוז כדי שישמר' ברצון ואז אם קרעם פטור וקשה לי דבסוף פ' כיצד הרגל אמר רבא הניח גחלת על לבו ומת פטור. על בגדו ונשרף חייב. ואמר רבא תרוייהו תננהי על לבו דתנן כבש עליו לתוך האור וכו' בגדו דתניא קרע את כסותי שבר את כדי חייב ע"מ לפטור פטור ופי' התוספות דהכי מייתי ראיה שלא תאמר כיון שמניח על בגדו והוא שות' א"כ דעתו שיפטר דהא אשכחן דאפילו במצוה לקרוע דחייב. ואכתי מאי ראיה שאני התם דכיון דנתנו בתחלה לשמור כי אמר ליה אחר כך שיקרע כדי שלא ידאג

בשמירתו הוא ופטומי מילי בעלמא קאמר ליה אבל הכא שהיה רואה בגדו נשרף ושותק ניכר דניחא ליה ועל זה סמך המזיק שהניח הגחלת דאם אין רצונו בכך היה מפילה שלא תשרף אלמא משמע דלכאורה דכי אמר קרע את כסותי חייב לפי שלא פטרו בהדיא מן התשלומין והכי נמי זה שרואה שנתן לו גחלת על בגדו ושותק מכל מקום אמר הואיל והוא חייב לשלם מאי איכפת לי להצילה ואפילו אם נאמר דהאומר קרע את כסותי כשלא נתנה בתור' שמיר' פטור יש לחלק בין זו להיא דפרק הזור' דהתם סתמא לא מהני לפטור מחיובו אבל הכא סתמא שלא יתחייב הוא דאיך יתחייב במה שהוא נותן לו רשות והכא נמי בנ"ד כשאומ' הריק לי ביתי מסתמא לא נפט' מחיובו עד שיפטרנו בפי' וימחול לו.

ועוד נראה דאפי' תימא דכי אמר ליה הריק לי ביתי מסתמ' והפטר מן השכירות קאמר דאין סברא שיפרע לו שכירות והוא אינו דר בה מ"מ מסתמא לא אמרינן שסלק ידו מעכשיו ופטרו לגמרי דאדרבא זיל לאידך גיסא דאין סברא שהוא פוטרו לאלתר שנמצא יד שוכר על העליונ' אם ירצה יריק ואם ירצה יחזיק בתוך הבית שאם היה בענין שהיה יכול תוכף המשכיר להחזיק בבית שלא יוכל לחזור היה אפשר שיתרצה שיפרדו איש מעל אחיו אבל לא שיהיה השוכר רשאי והמשכיר אסורים ידיו אלא מסתמא הכי קאמר לכשתריק הבית ותקבלנה ממך תפטר אבל כל זמן שביד' החזיק כשלך ומצי' למהדר גם אני מחזיק כשלי לפיכך אפילו היתה כוונתו שיפטר מהשכירות והואיל וכל זמן שאינו מריק לו הבית אינו פוטרו נמצא שהרקתו של בית פוטרתו וכל שעדיין לא הריק הבית יכול הוא לחזור בו ולומ' איני חפץ שתריק כי היכי דכי אמר זרוק לי חובי והפטר שאם זרקו נפט' כל שעדיין לא זרקו יכול לחזור ולומר אי אפשי שתזרקנו וכן בשואל אף על פי שאמר לו שלח והפטר יכול לומר אי אפשי שתשלחנו ובאומר קרע ע"מ לפטור א"א שתקרענו אף כאן כל שלא יצא מהבית עדיין הוא בחיובו ויכול לומר א"א שתריקנה שאין לי שוכר מזומן עכשיו.

ועוד יש לדון בזה מההיא דבפ' הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסי' הרי זה אוכל פירות בחייה ואם מתה יורשה א"כ למה כתב לה דין ודברים שאם מכרה ונתנ' קיים הכא נמי אין בלשון הזה פיטור לגמרי ולמה אמר לו שירי' הבית כדי שיהי' לו רשות להריק' או להשכיר' לאחרי' לפי שנשב' השוכר שלא להריק הבית ואם יריקהו שיפר' השכירו' משמ' דהמשכיר קפיד שלא יניחנה ריקנית ושלא יושיב אחר במקומו אפי' במנין בני ביתו לכך השביעו שלא יריק דקפי' אמאי דאמרי' ושאיה יוכת שער ולהני אחרי' קפיד אמאי דכתב הראב"ד שי"א שיש בני אדם מחריבין הבית ועוד דמאחר שיצא

מן הבית יהא צריך לחזור אחריו ולמיקם עמיה בדינא ודיינא לכך השביעו שלא יריקנ' ואפי' אם יריק יפרע לו שמשמ' הלשון שאעפ"י שיפר' עובר שאל"כ היה לו לישבע שיפרע לו שכירתו בין ריקנית בין מלאה אלא משמע שאם יריק עובר ועתה נתן לו רשות שיריק ויכני' אחרים או יניחנה ריקנית ויפרע לו שכירתו ובכל מקום שבא זה להפטר מכח דבריו אנו הולכים אחר הפחות שבלשונות כההי' דר"פ הכותב וכי היכי דדיינין לשון דין ודברים אין לי בנכסיך שלא נסתל' אלא מהכח שהיה בידו למנעה מלמכור אף כאן לא נסתלק אלא מן הכח שבידו למנעו מלהניח' ריקני' או מלהשכיר' לאחרים דהואיל ושוכר זה אינו יכול להפקי' חיובו אלא מתוך דברי המשכיר דיינינן דבריו בפחות שבזכות שיש לו עליו אעפ"י שהמשכיר בא להוציא. ומכאן למד הרב מהר"י קולון ז"ל בשרש ז' דאמרינן יד ב"ה על התחתונה אע"פ שהוא מוחזק אין חזקתו מועילה כלום שמכח הדין מתחייב דהא הכא קריא לאשה ב"ה אע"פ שהיא מוחזקת בנכסים הואיל והבעל בא לזכות מן הדין והיה רוצה להפקיעו מכח השטר והאריך בזה כמו שכתוב שם. והוקשה לי היכי אשתמיטתיה ליה דברי התוס' דמשמ' מדבריהם דרב אשי פליג אדאביי שהקשו למאי דלית ליה לרב אשי דיד בע"ה על התחתונה אמאי נקט אם מכרה ונתנה קיים דיעבד לכתחילה נמי תמכור עד כאן. ואולי ראה אותם וסבר דלא סמכי התוס' על זה מדאסקוה בקשיא. וזו היא הכרעה דרב אשי לא פליג אטעמא דאביי ומיהו קושיא זו י"ל כמ"ש בחדו' בס"ד. אבל יש סעד לדברי מהרי"ק ז"ל מדברי ר"ח והר"ן ז"ל שכתבו אבעי' דאבעי' לן אי פירות דוקא או ע"ע דוק' או תרוויהו דוקא. וכתב הר"ן וכיון דלא איפשיטא בעינן תרווייהו דבגמ' אמרינן דהאשה בעלת שטר וידה על התחתונה וכן בההיא דאבעי' לן. אי כתב לה פירי דפירי ולא כתב פירי כו' וכתב רבינו חננאל דלא אפשיטא בעיין הילכך מפירי לא סליק נפשיה ע"כ. אלמא סבירא ליה דרב אשי לאו משום דיוקא דלישנא משמע ליה דבנכסיך ולא בפירות ולא בירושה אלא מכח יד ב"ה על התחתונה כדאביי וכדברי הרב מהרי"ק ז"ל הכא נמי שלא אמר לו לשון מחילה לענין השכירות אלא אמר לו שיריקנה מאי דאסר שרי שהוא אסר עליו בשבועה שלא יריקנה אע"פ שישלם לו השכירות עכשיו נתן לו רשות להריקה. ועוד יש לדון בזה הלשון דלאו כלום הוא מההיא דשלהי מציעא מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו ונפל וא"ל הגיעוך אין שומעים לו אם משקבל עליו וא"ל הילך יציאותיך ואני אטול את שלי אין שומעים לו. ודייקי' טעמא דאיכא יציאות משום דפנינהו לרשותו הא לא פנינהו לא והא אמר ר' יוסי בר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ומשני הכא אשתמוטי בעלמא הוא דקא משתמיט ליה ולא מכוון לאקנויי והכי כתבו רבוותא דלא קנה עד דמפני להו

באפיה ושתיק. ואף כאן מתכוון היה לדחותו שהיה דוחקו על תיקון המקום ומחילה דהכא כהקנאה דהתם היא דהתם נמי בדברים בעלמא מהני משום דברשותו קיימי כל שכן דמוכחא מילתא מדברי השאלה שלא אמר דברים אלו מתוך חפץ ויישוב הדעת אלא מתוך הכעס והמריבה ובהא אמרינן דלא גמר ומחל וכבר כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות מכירה יש דברים הרבה שאינן צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר את עבדו או המוחל חיוב לחבירו וכו' ונהגו להקנות בהם ואינו מועיל אלא להודיע שאינן אומר דברים אלו כמשחק וכמהתל אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה אינו צריך דבר אחר כלל עד כאן משמע בהדיא שכל מקום שיש לחוש שלא מחפץ לבו מחל ולא גמר בלבו צריך שיקנו מידו אז עד שיאמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי אבל זה שאמר מתוך מריבה והקפדה הדבר מוכרח דלא גמר ומחיל שזו דרכן של בני אדם מתוך הכעס אומר אדם לחבירו או לשפחת' לכו מעלי הרי אתם לעצמכם וכן כשהוא בא בהקפדה עם ב"ח אומר לו מה אתה מקפידני מחול לך שרוי לך דין ודברים אין לי עמך וכי מפני זה נשתחרר עבדיו או הופקעו שטרי חובותיו בכל מידי בעינן שיגמור בלבו מתוך נחת וישוב הדעת לפיכך כתב הרמב"ם שיאמר בלב שלם אמרתי וגמרתי או שיקנו ממנו שזה מורה דגמר ויהיב והדבר מוכי' שרצה לצחק בו שלא אמר לו פיטו' הממון דבדידיה תלי אלא תיקון הבי' דלאו בדידי' תלי אלא בשוכר שכבר נקנה לו הבית דשכירות ליומיה ממכר לומר דפטומי מילתא קאמר כההיא דפרק איזהו נשך אמאי קעציבת אי טרפו לה מידך מגבינא לך דאמרי' פטומי מילי בעלמא הוא דהא לאו בדידיה תליא וכן בההיא אתתא דאמרינן אמאי קמתנחת אי קיימת דידך אנא פטומי מילי בעלמא הוא אע"פ שאמרו הדברים בשעת המקח ובשע' הגירושין הכא נמי מוכיח שמתוך מריבה שהיה ביניהם החליקו בדברים להסיעו מעליו. ועל דברת שבועת אלדי"ם חוששני לו מחטאת שאף אם יש בלשון הזה פיטור שיריק לו הבית אכתי שבועה רביעא עלויה כדכתב הר"ן ז"ל בפרק ד' נדרים דמייתי התם הא דיכול להתיר נדרו שלא עפ"י חכם ואומר הריני כאילו התקבלתי שכתב הרשב"א דדוקא בקיום המעשה שייך למימר הריני כאילו התקבלתי והחזרתי דאפוכא מטרתא למה לי אבל בביטול מעשה שאמר נכסי אסורים עליך אם תלך למקום פלוני לא שייך למימר כאילו לא הלכת שאי אפשר ואיכא מאן דפליג ואמר שאפילו בענין זה יכול לומר וכו' עכ"ל הר"ן ז"ל שם הרי דלא סגי בלא התרת חכם אלא בענין שכשהיה מקיים המעשה והתקבל כבר נפטר ויכול אחר כך להחזירם אז מצי למימר הריני כאילו קבלתי והחזרתי אבל היכא שלעולם הוא באיסורו לא מצי למימר הריני

כאילו לא עשיתי והוא עשה איברא שאם היינו אומרים שיש בלשון הזה לשון פיטור המעות לגמרי ממילא הופקעה שבועתו שהוא לא נשבע אלא בזמן שהבית שכורה לו עכשיו אינה שלו איך ידור בה ודמיא לאותה שהביא מהרי"ק בשרש ע"א בשם הרשב"א בנשבע לחבירו שיפרע לו בזמן פ' והגיע שנת השמטה והשיב שהוא פטור מן השבועה ומה שיקשה מזה לתשובת הרא"ש שהביא הריב"ש במקנה דשב"ל ונשבע עליו כבר ביארתי במקום אחר אין כאן מקומו וכאן בנ"ד שביארנו שעדיין לא הופקע מעליו חיוב השכירות עדיין שבועתו קיימת ואינה נפקעת במה שנתן לו רשות להריק ביתו זהו הנלע"ד הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני ז"ל.

סימן קיט

שאלה ראובן השכיר לשמעון דירה א' בחצרו עם כל תשמיש החצר עד ששה ושלשים חדשים בסלע לחדש ונתן שמעון השוכר לראובן המשכיר עשר סלעים לחשבון שכירות הבי' הנזכר וכתב לו שטר איך פ' השכיר לפ' דירה אחת בחצרו מיו' ר"ח תמוז עד ל"ו חדשים ובתוך הזמן הזה לא יוכל שמעון הנז' לפנות הבית ואם יפנ' הבית נתחייב לפרוע כל הזמן הנזכר וכן ראובן לא יוכל להוציאו מן הבית ואם יוציא אותו מן הבית נתחייב ראובן לפרוע לו כל דמי השכירות מכל הששה ושלשים חדשים בלי סירוב ומיאון ואחר גמר כל לשון השט' כתוב קודם החתימה בלשון הזה בין כתיבה לחתימה נתברר ביניהם שמהחדש שיכנס בבית יתחיל לפרוע השכירות ע"כ אחר מקצת ימים שנגמר כל צרכי תיקון הבית אמר ראובן לשמעון השוכר הנה פניתי הבית בא ודור בתוכה ושמעון היה ממאן מלבא לדור אך היה אומר לו אביא אדם אחר במקומי שידור שם וראובן היה אומר לו לא השכרתי אלא לך שתדור בה ולא אחר ובין כך ובין כך נשאר הבית מבלי יושב ושמעון אומר לא נתחייבתי אלא מזמן שאכנס לדור בה כמ"ש בסוף השטר עדיין לא נכנסתי וראובן אומר לא נאמר כן אלא מפני שלא היו תשמישי הבית נגמרין עדיין אבל משעה שנגמרו והודעתיך אתה צריך לחשב שכירות הבית יורנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה לשון זה שכתוב בין כתי' לחתימה שנתברר ביניה' שמהחד' שיכנס בבית יתחיל לפרוע השכירות אעפ"י שהיא בשיטה אחרונה ואין למדין הימנה מכל מקום לחובתו של בעל השטר למדין הואיל והוא יוצא מתחת ידו כדכתב הרא"ש והריטב"א בפרק גט פשוט ועוד דמשכיר נמי מודה בו אלא שחולקים בפירושה ואם באנו לפרשו בדברי השוכר שיוכל לחזור בו מאחר שעדיין לא נכנס בבית נמצא שהוא סותר החיוב והקנין שנתחיי' למעלה בשכירות בעד ל"ו חדשי' מתחיל מר"ח תמוז אבל אם נפרש כדברי

המשכיר שלא הוזכר זה אלא לפי שהיו מקצת צרכי הבית בלתי מתוקנים נמצאו דברי השטר הראשונים והאחרונים קימים שהשעבוד והקנין חל עליו מאז ואינו יכול לחזור בו והוברר ביניהם שלא יפרע שכירות אלא מהחדש שיכנס לדור בבית והיינו משיגמרו כל צרכי הבית הצריכין שיהיה ראויה להכנס ואכתי הוי זמן המוזכר בשטר מר"ח תמוז לומר שמר"ח תמוז מתחיל מנין הל"ו חדשים ואעפ"י שעברו חדש או חדשים שלא נכנס לדור מחמת שעדיין לא נגמר כל צרכיו מ"מ סוף זמן השכירות אינו אלא לסוף ל"ו חדשים נמנים מר"ח תמוז ויש לפרש לשון מהחדש שיכנס שראוי ליכנס כאותה שאמרו בפרק נערה שנתפתתה בנן נוקבן דיהויין ליכי מינאי אינון יהויין יתבן בביתי ומתזנן מנכסי עד דתתנסבן לגוברין וקי"ל דמשבגרו אבדו מזונותיהן דעד דתתנסבן דימטי זמניהון להתנסבא קאמר ובנדרי' פרק קונם עד הגשמים עד שיהיו הגשמים עד שתרד רביעה שניה רשב"ג אומר עד זמן של רביעה ואמרינן מחלוקת בעד הגשמים אבל אומר עד הגשם עד זמן הגשם קאמר ובפרק נערה אמר זיל הב הא מתמרי דעל בודיא ומסיק דחזי לבודיא קאמר הילכך אעפ"י ששנינו בפרק גט פשוט הכל הולך אחר התחתון היכא דאפשר להעמיד שניה' שלא יסתור תחתון את העליון נעמיד כדמשמע מדברי המפרשים ז"ל דלא אמרי' הלך אחר התחתון אלא משום דאמרינן מהדר קמהדר ביה וכן כתב מהרי"ק ז"ל בשרשי' דהיכא דליכא חזרה כגון היכא דאפשר לקיים שניהם לא עדיף תחתון מעליון. וכי תימא מ"מ כיון דאיכא חזרה במקצת שלא יתחייב לפרוע מר"ח תמוז אלא מחדש שיכנס נימא נמי שלא ישתבע אלא מהחדש שיכנס וכל זמן שלא נכנס לא חל שעבודו דיד בעל השטר על התחתונ' אין לך לומר כן שאם אתה אומר שבידו של שוכר למנוע ממנו חייובו במה שיתעכב מליכנס לדור אם כן לקתה מדת הדין שישאר הבית ריקני' כל אותו הזמן שהמשכיר לא יוכל להשכירה שמא יבא למחר ויאמר רוצה אני ליכנס לדור והורע כחו של משכיר לגמרי בכך שיוכל לדחותו מיום ליום ומחדש לחדש ולאו אורח' דאינשי בהכי ובכה"ג לא אמרי' יד בעל השטר ע"ה כדכתב הריב"ש ז"ל בתשובה תפ"א והביא מההיא דפ"ק דע"ז ההוא שטרא דהוה כת' ביה שית שני יתרתה סבור רבנן שטר מאוחר הוא ועד דמטי זימניה לא טריף א"ל רב אשי האי ספרא דוקנא הוא כו' אלמא אעפ"י שלא נגרע כח השטר לומר שהוא מאוחר לפי שאין דרך האנשים לגרע שעבוד שטרם בהכי אנו תולין שהסופר תפס מנין אחר שלא כדרך הסופרים אף כאן אין דרך המשכיר לגרוע כחו שיהא ביתו בטל לכשירצה האדון הזה אלא כשיגמר תיקון הבית אין זה וזה יכולי' לעכב. ולא עוד אלא שאם באת לפרשו שהחיוב תלוי ביום הכניסה וכל זמן שלא נכנס לדון אין המשכיר יכול לכופו לדור הרי נתבטל כל שטר

השכירו' שביניהם שא"כ אף המשכיר יהא רשאי לחזור בו הואיל ותלה הדבר בכניסתו לדור וכי תימא שלא נאמ' תנאי זה אלא ליפות כחו של שוכר שלא יתחייב אלא מעת שיכנס לדור אבל לא ליפות כחו של משכיר אין לך לומר אלא כל שתלה הקנין בדבר אעפ"י שתלאו לזכות חבירו מועיל לעצמו וראיה מההיא דפ"ק דקידושין ובפרק הספינה זכו בשדה זו לפ' ע"מ שתכתבו לו אח השטר חוזר בזה ובזה שאעפ"י שתנאי זה לא הוזכר אלא ליפות כחו של מקבל דנקי' שטרא בידיה לראיה אף על גב דלחבריה לא מהני ההוא תנאה מהני לדידיה דאיהו מיהת לא גמר ויהיב אלא מההיא שעתא דזכי חבריה הכא נמי שניהם יכולים לחזור בהם דלא מצינו קנין לחצאין דכל היכא דחד מינייהו מצי הדר ביה אידך נמי מצי הדר כדאשכחן גבי היכא דעייל ונפיק אזוזי דאמרי' בפ' האומנין דלוקח נמי מצי הדר ביה אעפ"י שהמוכ' אומר תן לי מעות שאני רוצה לקיים המקח כדכת' הרא"ש ז"ל שם דכיון דנתבט' המקח אין המקח קיים לחצאין והכי נמי אשכחן גבי הונאה ביותר על שתות דבטל מקח אעפ"י שהמוכר רוצ' לעמוד במקחו והואיל וכן הוא שניהם יכולי' לחזור בהם קודם הכניסה א"כ שטרא למה להו אם באותה שעה יתרצו אז יכתבו את השטר הילכך אין לנו לפרש בענין שיתבטל השטר לגמרי. ובר מן דין דטעמ' דאמרי' בעלמא יד בעל השטר על התחתונ' היינו משום דבעל השטר בא להוציא ועליו להביא ראיה כדכת' הרמב"ם ז"ל בשלהי הלכות מלוה אבל כאן בנ"ד שכבר הקדים לתת לו אלף לבני' ודאי אין השוכר יכול להוציא מידו מפני הלשון הזה הכתוב בשטר כל שהוא יכול להתפרש שלא בא לבטל חייוב השכירות כדכתב הטור בסי' מ"ב דאי תפס בעל השטר מטלטלי לא מפקי' מיניה והרב המגיד בסוף ה' מלוה כתב דאפילו תפס בע"כ לא מפקי' מיניה ויש בתשובות מהר"י קולון ז"ל בשרש ז' דברי' שלכאורה מראים הפך מזה שכתב על ראובן שנתפשר עם הקהל שיפרע מכל עשרים שלשה ובעניני צדקה יפרע שוה בשוה ונזדמן להם פדיון אנשים לקוחים למות והצילום בדבר קבוע ונסתפק הרב אם פדיון נפש זה הוא בכלל ענייני צדקה המורגלים לומר שלא פרע כי אם שוה בשו' והשיב דאם היה הלשון תלוי ומסופק כל היכא דאיכא למימר לא נתכוון לזה אלא לזה אמרי' דיד בעל השטר על התחתונה וכתב ז"ל ופשיטא דאין לחלק הכא משום שראובן מוחזק שהרי אין חזקתו כלום מאחר שמכ' הדין מתחייב ראובן לפי ממונו אלא שמכח השטר בא להפקיע ולהסיע דין תורה וכן מוכיח מפ' הכותב דפרכי' ואימא מכל מילי סליק נפשיה ומשני אבייי יד בעל השטר על התחתונה וקרי לה לאשה בעלת השטר אף על פי שמוחזקת בנכסים כיון שהבעל בא לזכות בהם מכח הדין והיא רוצה להפקיעו מכח השטר ע"כ משמע אפי' כשהוא מוחזק אם בא להפקיע בשטר מה

שהוא מחוייב מן הדין אמרי' יד בעל השטר על התחתונה וזה הפך מה שהבאתי לעיל דטעמא דידו על התחתונה לא הוי אלא משום שבא להוציא אם תפס אפי' בעדים לא מפקי' ופשיטא דהיכא דתפס בעדים אי לאו משום שמסתייע מן השטר היה מחוייב מן הדין להחזיר. ומה שיש להקשות על זה מדברי הרי"ף ז"ל בס"פ הכותב גבי נדר ושבועה אין לי עליך דקרי שם בעל השטר ללוה שבא להפטר ע"י נאמנות כבר מבואר אצלי במ"א ואין לי כאן להאריך. ועל עיקר ראית מהר"י קולון ז"ל יש לתמוה אמאי קרי לה לאשה מוחזקת והבעל בא להוציא מידו התם ודאי נכסי כדקיימי קיימי וידו כידה אי נמי ידו עדיפא מידה ולהכי קרי' לאשה בעל השטר דלכל הפחות אינה ברשות של שניהם אבל היכא דבאי' להוציא ממש מנכסי ראובן נימא המע"ה ונר' שאותו הנדון של מהרי"ק ז"ל נמי אע"פ שהקהל תובעים מראובן לא מקרי ראובן מוחזק דמכיון שקבלו הקהל וטובי הקהל עליה' פדיון נפש האי' ההוא כבר נעשה חוב על הקהל ההוא כלו וחל שעבודו על כל נכסי הקהל כמו שהו' דין תורה שלפי ממון הוא נגבה ומעת כשבני העיר גובי' זה מזה אין התובעי' נקראים מוציאין ולא הנתבע נקרא מוחזק לפי שכלן שותפי' בו ושעבודו חל על כלן בבת א' וזה שבא להפטר מכח השטר נקרא מוציא לפי שבא להוציא מן האחרים כנגד מה שהוא מחסר לעצמו שלא מן הדין לפי' נקרא בעל השטר וידו על התחתונה. ואהא מדמי לה הרב ז"ל להההיא דפ' הכותב דלא אמרי' דמכל מילי בעל סליק נפשיה אע"ג דנכסי בחזקת האשה הוו קיימי דהא מוקמי לה בכותב לה ועוד' ארוסה ואיכא למימ' מספק אתה בא להכניסם בחזקת הבעל אל תכניסם מס' ואעפ"כ נקראת האשה מוציאה מן הבעל וידה על התחתונה משום דמדינא בעל זוכה בנכסים ואתיא לאפוקי מדינא מכח שטר' ואין השטר מבורר יד השט' על התחתונה והעמדנו על דין תורה זו היא ראיתו של הרב ז"ל מכוונת לענייננו דראובן נמי לא מיקרי מוחזק אבל כל שהשטר מסופק ותפס אפי' בעדים מודה הוא דלא מפקי מיניה כדכתבו המפ' ז"ל כ"ש בנדון שלפנינו שהמשכיר לא היה צריך להסתייע מן השטר לכך שהרי השכירו בקנין ובכסף שקבל בשכירות הבית והשוכר בא להסתייע מלשון האחרון הכתוב בשטר והו' נקרא בכך בעל השטר ואפי' לדברי האו' דתפיסת ספק אחר שנולד הס' לא הויא תפיסה הכא עדיפא דבהיתרא אתא לידיה ובתורת שכירות לקח המעות דבס"פ השואל בעי שמואל למימר בא בסוף חדש כלו לשוכר משום דתפי' ולא מקרי תפיס' ס' משו' דבהתר' אתא לידיה ואנן קי"ל כר"נ דאפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת כ"ש הכא דאיכא חזקת ממונא וחזקת קרקע שאין השוכר יכול להוציא ממנו אלא בראיה ברורה ומשעה שנגמרה מלאכת הבית ואמר המשכיר לשוכר שיכנס

לדור אין השוכר יכול לדחותו מיום ליום הואיל וכבר השכיר הבית לג' שנים נמנים מר"ח תמוז והפרעון מזמן שיכנ' והואיל ויש בו שטר וקנין מחייבי' אותו לדור תכף כאותה שכתב' הר"ן ז"ל בשם הריטב"א ז"ל בהנוש' דפוסק לזון בת אשתו ה' שנים הראשונים קאמר כדאיתא בירוש' ולמדו משום שהמתחייב לעשו' דבר ולא פי' באיזה זמן חייב לעשותו בזמן הבא ראשון כ"ש שכבר ביארנו שאפשר להתפרש הלשון מהחדש שיכנס לדור היינו מהחדש שראוי להכנס. ועדיין יש להסתפק במה שבא בשאלה שהשוכר אמר לשמעון שיביא שוכר אחר שידור בבית והמשכיר אמר לא כי אלא לך השכרתי ולא לאחר ובדבר זה כבר נחלקו הראשונים ז"ל כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שכירות מכאן אני אומר שמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר משכיר אם יש בני בית כמנין ביתו עד ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ולא יראה לי שדין זה אמת והראב"ד ז"ל כתב יש בדורינו אומר כן שיש בני אדם מחריבין הבית בדירתם ע"כ.

ונראה שאף הרמב"ם לא אמרה אלא במשכיר בית לחבירו לעצמו ואינו צריך להשתמש בהם כא' אבל כגון זה שבכלל השכירות השכיר תשמישי דחצ' המשותף ויד שניהם שוה בתשמישו מצי למימר הא' נוח לי להשתמש עמו כא' והב' קשה הימנו וכמ"ש הרא"ש בתשובה על שנים ששכרו ב' בתים זה בצד זה ולהם חצר א' בשותפות וכל א' משתמש בחלקו שאין אחד מן השותפים יכול להושיב אחר במקומו אפילו יש לו דייורים פחותים ממנו שכל הרוצה לדור בשותפות מדקדק תחילה עם מי הוא רוצה לדור ולא יכול אותו שקבל לדור עמו להושיב אחר במקומו וכן הביאו הטור סימן שי"ו ואין טעם לחלק בין בשוכרים ששכרו ביחד למי שהשכיר לדור ביחד או להשתמש בחצר כא' כיון דודאי איכא קפידא בהכי. ועוד יש לדון בנדון זה מחמת הלשון שכתוב בשטר ובתוך זמן זה לא יוכל השוכר הנז' לפנות את הבית ואם יפנה הבית נתחייב לפרוע כל הזמן הנז' שאם בא לומר שיניח את הבית ריקנית זה לא היה צריך לאומרו שמאחר שהשכירו ברשות המשכיר היא בין מלאה בין ריקנית בשלמא מה שהתנה השוכר שאם המשכיר יוציאנו מן הבית נתחייב לפרוע כל דמי השכירות הוצרך הדבר לאומרו שאלמלא כן יש במשמע שלא יחזיר אלא כשיעור אותו זמן שהוציאו מן הבית לבד לפי' פי' שאפי' אם בשנה הג' יוציאנו מהבית יתחייב להחזיר שכירות כל הג' שנים אף הזמן שדר בה אבל תנאי זה שהתנה המשכיר שאם יפנה הבית יפרע השכירות אעפ"י שלא נכתב כמי שנכתב דמי. ועוד ע"כ שהתנאי שלא יהא רשאי שאם לא היתה הכוונה אלא שלא יפסיד שכירותו בטלתה מה לו להתנות שלא יפנה יפנה ויפנה מאחר שהוא נותן לו שכרו מאי איכפת

ליה אלא שלא בא לומר אלא שלא יוכל השוכר לפנות הביתו אעפ"י שהוא מעלה לו שכר שיושיב בה דייורים אחרים כיוצא בו ואם יפנה הבית נתחייב לפרוע משלם ולא יוכל להושיב אחרים במקומו. ובכמה דוכתי אשכחן דאמרינן בלישנא טופיינא לטפויי אתא כדאמרי' בפרק המוכר את הבית על מנת שדיוטא העליונה שלי דלישנא יתירא היא ולא היה צריך להתנות אלא לדרשה אתא להוציא זיזין והרי אמרינן בהך פירקא דר' עקיבא דריש לישנא יתירה גבי בזמן שאמר לו חוץ מאלו אין צריך ליקח לו דרך כדאמרי' התם. והרב מהר"י קולון ז"ל בשרש ו' תפס כן לעיקר כ' דכל לישנא יתירא לטפויי אתא והוסיף לומר דאפילו שאין הלשון מוכיח כן מצד עצמו אלא לישנא יתירא והוכיח מההי' דפרק יש נוחלין אהא דאמרי' תנו מאתי' לפלו' ב"ח הראוי לו נוטלן ונוטל את חובו יע"ש. ובשרש שנים עשר דקדק מדברי רשב"ם זכרונו לברכה בפרק יש נוחלין דכל לישנא יתירא לטפויי אתא.

אלא שראינו שתי תשובות להרשב"א ז"ל שסותרות זו לזו הא' היא אותה שהביא הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"א סי' פ"ט בעשרה תלמידים ששכרו רב א' והתנו ביניהם שכל מי שימרוד ולא יבא ללמוד שיפרע שכירו' כל השנה כולה והתחילו ללמוד והוספו לרב תלמידים ונסתלק א' מן התלמידים ואמר שלא היה רוצה לפרוע אלא כפי הימים שלמד לפי שלא הפסיד כלום משכירותו והשיב הרשב"א ז"ל שכיון שהתנה מתחלה שאם יחזור בו שיפרע משלם אפי' מצא הרב מי שישכירנו שאל"כ לא היה צריך תנאי שאפי' לא התנה כך דינו אלא כיון שאמר דברי' מיותרי' הוי כאומר בין ימצא אח"כ בין לא ימצא יתן לו שכירתו משל' וכדתניא בפ' י"נ תנו מאתים זוז לפלוני ב"ח כראוי לו וכו' עד הא מני ר"ע היא דדייק לישנא יתיר' וכו' ממנה למד הרב באותו הנדון דמדהוסיף מלת שותפות לרבויי החצר אתא ומצינו להריב"ש ז"ל בתשובותיו סי' ר"ז שהביא תשובת הרשב"א ז"ל שכתב דאי (מילתא) דינא דכל דאמר מילתא דלא צריך לטפויי אתא אין בידינו לדון כן בדמיונות אלא במקום שאמרו שהרי יש לנו לו' דאע"ג דלא צריך מפרש ליה משום שופרא דשטרא כדאמ' בהמוכר את הבית צריך למכתב ליה תאלין ודקלין אע"ג דאי לא כתיב קני לשופרא דשטרא הילכך לא עבדי' מסברא אלא באותן מקומות שאמרו בהם חכמים דלטפויי אתא וכו' והרי תשובה זו שהביא הריב"ש סותרת אותה שהביא הריב"ל ז"ל וא' מגדולי הדור רצה לתרץ ביניהם ולומר דודאי להוסיף על חייובו לא ילפינן מלישנא דטופיינ' אבל בההיא דעשרה תלמידים הלשון הוא כולל שכל מי שימרוד וכו' ולא נפרשהו דוקא בשאין לו תלמידים אחרים וקשה לי כיון שעיקר הראיה היא מההיא דתנו מאתים זוז לפ' ב"ח כראוי לו התם אין הלשון כולל ואדרבה לשון כראוי לו טפי

משמע כראוי לו בחובו ומכח שהוא מיותר ילפי' דחוץ מחובו קאמר והתימא שבשתי התשובות הביא ההיא ראיה לפ' י"נ ובאחת למד הימנה ובא' כתב שאין למדין הימנה ודוחק לומר שאין למדין בכיוצא בה אבל למדין בגדולה הימנה שאין לך דבר שלמד בק"ו ואינו למד במה מצינו ועוד דלמה סגר את הפתח והרי למדים במקום שהלשון כולל ועוד אם היה הלשון כולל אפילו בלא טעם דלישנא דטופיינ' יש לנו לפרשו בכולל ולא בפרטי כדכתב הרשב"א עצמו בתשובה הובא' בב"י סי' מ"ב וז"ל פעמים שיד בעל השטר על העליונה היכא שהלשון כולל לפי דעת השומעים וכו' הילכך הואיל והוצרך ללמוד מלישנא יתירה אלמא אין הלשון כולל ואפשר לפ' בדחסריה ממונא שאין לו תלמידים אחרים. ומצאתי עוד להרשב"א ז"ל תשובה הביאה הרב בח"מ בהלכות מלוה על המשכון סוף סי' ע"ב על ראובן שמשכן עליתו לשמעון בנכייתא והתנה שלאחר הזמן יהיה רשות בידו לתבוע חובו או לדור הוא וסיעתו או למשכנ' או להשכירה למי שירצה ובא להשכירה אחר הזמן לאחרים והלה טוען שאין לו רשות אלא למשכן ולא להשכיר אלא לבעל הבית א' שאין לו סיע' גדול' ממה שהיה לשמעון והשיב הדין עם שמעון לפי ששורת הדין אפילו בלא תנאי יכול היה למשכנה או להשכיר לאחרים אבל עכשיו שנתן לו רשות התנאי מוסיף להשכיר' לכל מי שירצה ואפילו לסיעה גדולה ואל תאמר שלא נכתב התנאי לתוס' ענין אלא לשופרא דשטרא כדאמר בהמוכר את הבית לא היא דכל היכא דאיכא למילף מן התנאי ילפינן עכ"ד ונתחדש לנו בתשו' זו שלא חש כלל להההיא דהמוכר את הבית דהיינו תאלין ודקלין לשופרא דשטר' ותימה הוא אמאי לא חש לה והלא ראיה גדולה היא כדכתבינן מאי דלא צריך לשופרא דשטרא בעלמא ועוד יש להביא ראיה מדאמרינן בהמגרש דאתקין רב יהודה דשטרא דעבדי פטיר ועטיר מן עלולי מלכה ומלכתא דהיינו מוכתב למלכות וכתבו התוספות אע"ג דמקח טעות הוא אתקין למכתביה משום שופרא דשטרא וכן אמרי' גבי גט אשה מיומ' דנן לאפוקי מדרבי יוסי וכו' אע"ג דהלכתא כר"י כדאי' התם אלמא כתבי' לשופרא דמילתא ונ"ל לומר בענין שלא יהיו דברי התשובה סותרת זו לזו דכל שלא בא הלשון דרך חיוב ולא תנאי אלא בדרך פירוש אעפ"י שלא היה צריך לפרש לא דייקי לישנא דטופיינא בשטרא דאמרינן שמא לשופרא דשטרא כתבינהו כדאשכחן דלכתחלה כתבינן תאלין ודקלין לשופרא אבל היכא שבא להתנות או להתחייב בדבר ודאי יש לנו לומר שחייוב חדש הוא ולא מה שמחוייב ועומד דהיינו ממש ההיא דפי"נ לפ' ב"ח כראוי לו דחוץ מחובו קאמר וזו היא שכתב הרשב"א אין למדין הימנה למקום אחר כלו' הבו דלא לוסיף עלה דוקא ובאותן התשו' שלמד ממנה היא היא שכל המתחייב אם לא יבוא ללמוד יפרע השכירות

משלם לא מה שהוא חייב מן הדין קאמר אלא חוץ מחובי קאמר וכן המתנה להשכירה לכל מי שירצה לא במי שהוא מן הדין קאמר דהיינו חובו אלא לכל מי שירצה אף שלא מן הדין וז"ש בתשובה ואל תאמר שלא נכתב התנאי לתוספות אלא לשופרא דשטר' כדאמרינן בהמוכר את הבית דכל היכא דאיכא למילף מן התנאי ילפי' דלכאורה קשה אי מצינן למילף דלשופרא דשטר נכתב היכי מצינן למילף אלא נראה דה"ק תנאי שאני שאין לנו לומר שכשאד' מתנה ליתן לחבירו כל מה שנתן לו משלו נתן לו אלא כשהוא מתנה זכות חדש הוא מתנה כההיא דכראוי לו דלא אמרינן כראוי לו בחובו אלא חוץ מחובו. אף אנו נאמר בנדון שלפנינו שהוא עצמו ההיא דפי"נ והוא הנדון של הרשב"א בב' התשובו' שהואיל והתנה שבתוך זמן זה לא יוכל השוכר לפנות הבית ואם יפנה יפרע לו השכירות משלם היינו אם יפנה אעפ"י שיביא שוכר אחר במקומו ולדברי האו' נמי דכל היכא שהלשון כולל לא מוקמי' ליה בחד עניינא ה"נ כיון שכותב שלא יוכל לפנות הבית בכל ענין משתמע אפילו ע"מ להביא אחר במקומו ועוד נראה שהואיל והתנה המשכיר לשוכר בקנין וגם שפרע לו שכירות י' חדשים כבר עמדה הבית ברשותו של משכיר בין מלאה בין רקני' וכשבא השוכר ואמר שהיה רוצה להכניס אחר במקומו וא"ל השוכ' לא כי אלא לך השכרתי ואיני חפץ שידור בה אלא אתה לא מבעי' אם לא פירש לו למי הוא רוצה להכניס בתוך הבית דמצי למימר אנא בך או כיוצא בך קאמינא וסבור הייתי שתביא לי אחרים שאינם כיוצא בך ולכך דחיתיך אלא אפילו פירש לו למי היה רוצה להשכיר' ונודע שהוא כיוצא בו ולא הי' יכול המשכי' למחות מ"מ נהי שא"ל שלא היה מתרצ' שסבו' הוה שבידו לעכב או שמא מתוך כך יבא הוא עצמו לדור בה ומפני שאמר לו שלא היה רוצה לא מפני כך יתחייב להחזיר השכירות דמכירה ליומיה היא ואם המשכי' לא הודה לא הי"ל לחוש לדבריו אלא יכניס לתוכה מי שראוי להכנ' עפ"י ב"ד נהי שאם עשה מעשה שלכן הניחו ליכנס לדור אע"פ שאיש נכרי היה פטור דגרע טפי מגרמא זה חייב לפי שאין זמן חייוב השכירות ברור אלא שאנו אומדים דעתם דמשעה שיזמן לפניו הבית מתוקן יתחייב עכשיו שעכב מלדור אותו או זה שבא מכחו לא חל עליו חייוב אבל היכא דלא עכבו במעש' דאמירה בעלמא מיקרי ואמר כדאמר בפ' חזקת גבי מערער דא"ל המחזיק אית ליה סהדי דאתאי ואמלוכי בך ואמר' לי זיל זבון דמצי א"ל השני נוח לי אע"ג דהיכא דחתם עליה בעד תנן בפ' שני דייני גזרות דאבד את זכותו משום דמעשה לא עביד דבורא בעלמא עביד איניש דמקרי ואמר כ"ש שכבר ביארנו שלא מן הדין להביא שוכר אחר במקומו הילכך מנכה לו ראובן ממה שנתן לו

שמעון מזמן שנגמר תקונו של בית ואמר לשוכר שיבא וידור בתוכה והנלע"ד כתבתי יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכ

וששאלתם אלמנה מוחזקת בנכסי בעלה ותובעת כתוב' ואומר' שהנכסים שהיא מחזקת בהם הם בשביל נכסי מלוג שלה שהיו לה ביד בעלה ומביאה ראיה לדבריה שבשעת העריכה נשבע בעלה שלא היה לו קרן אלא כך וכך והשאר שהוא סך כך היו נכסי מלוג של אשתו ויש ע"ז שטר כתוב וחתום מטובי הקהל ילמדנו רבינו אם תוכל האלמנה לגבות כתובתה מיתומים קטנים נוסף על הנכסים שבידה בטענה זו אם לאו.

תשובה נ"מ אינן באחריותו של בעל אלא אם מתו מתו לה וכיון שכן מה כח תפיסתה יפה שמא נאבדו או נגנבו ואף על גב דאית לה מגו לאו כלום הוא דטעמא דמגו היינו להאמינה דמה לה לשקר אבל הכא איהי גופא מנא ידעה וראיה מהא דפ' האשה שלום דאבעיא לן החזיקה היא מלחמה בעולם מהו וכתב בתוספות דע"כ לא שייך מגו כיון דאמר בדדמי דאי שייך מגו א"כ במלחמה בעולם אמאי לא מהימנא במגו דאי בעיא אמרה מת על מטתו אלא ש"מ דלא שייך מגו דאינה חשודה לשקר כ"ש הכא שהיא אינה יכולה לטעון בברי שלא נפסדו הנכסים ומיהו בטענת נאנסו באנו למחלקותן של ראשונים נוחי נפש אי טענינן ליתמי נאנסו ופלוגתייהו בההיא דסוף פרק המוכר את הבית בשטר כיס היוצא על היתומים דנשבע וגובה מחצה שאף על פי שרבותינו בעלי התוס' והרא"ש ורבים מהאחרונים פירשו דלא טענינן להו נאנסו באונס דלא שכיח מיהו הרב האלפסי ז"ל הביא שמועה זו בפרק המקבל וכתב דבפלגא דפקדון חיישינן שמא נאנס אי נמי דילמא פרעיה ואי קשיא מה שהקשו התו' למ"ד נשבע וגובה כלו משום דס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים דלא כרב חסדא אכתי איכא טענה דנאנסו. ראיתי להרמב"ן ז"ל בחידושי בתרא הפליג את השמועה לדרך אחרת ואמר וכן דעת רבי' הגדול דטענינ' ליתמי נאנסו. ושוב מצאתי לו ז"ל בס' המלחמות בהגוזל בתרא מה שטען על רבינו זרחיה ז"ל והכריע כשיטת הגאונים ז"ל והרי"ף דאפילו מילתא דלא שכיח טענינן ליתמי. וכבר הארכתי ע"ז בתשו' אחרת נמצא דבר זה פלוגתא דרבוותא איברא דבנ"ד שתפסה תחת ידה מטלטלים משל בעלה יש מקום לומר דמהניא ל' לומר קים לי כהנך רבוותא דאמרי דלא טענינן ליתמי נאנסו ולא כל מילתא דלא שכיח אלא שאני מסתפק בדבר אם מקרי תפיסה ספק ומוקמינן נכסי בחזקת מרא קמא יש פנים לכאן ולכאן וראיות מכמה שמועות כתבתים במקום אחר ועדיין הדברים מפוקפקים בידי. ומיהו בהא איכא למימר דאף כל הגדולים שסוברים דלא טענינן ליתמי

נאנסו מודו הכא דדוקא טענת נאנסו הוא דלא טענינן משום דאונס לא שכיח משום דקלא הו"ל למילתיה דבענין אחר ליכא למיחש דכיון דבתורת עיסקא יהיב ליה חייב בגניבה ואבידה וכ"ש בפשיעה אבל בעל בנכסי אשתו וכו' דאע"ג דאית ליה הנאה מינייהו לענין פירי מכל מקום פטור אפילו מפשיעה דפשיעה בבעלים היא שהאשה שכורה או שאולה היא אצל בעלה בכל שעה. ולענין אשה בנכסי בעלה כתב הרמב"ם ז"ל פרק כ"א מהלכות אישות שהיא פטורה ולא מן הדין אלא מפני התקנה ונחלק הראב"ד ז"ל עליו וכתב שלא מן השם הוא זה אלא מפני שהיא שמירה בבעלים שהוא שכור לה בכל שעה וכתב הרב המגיד ז"ל שטעם הר"א אינו לפי שהאשה היא שכורה עם הבעל בכל שעה אבל הוא אינו שכור עמה אלא בשעת שמתעסק בצרכיה ובמ"א הראיתי פנים לדברי הראב"ד ז"ל ומוכח דבעל לגבי אשה לכ"ע שמירה בבעלי' מיקרי דקי"ל דאפילו פשיעה בבעלים פטור ועוד דכיון שעברו כמה שנים אפילו היה אונס מי מודיענו עכשיו דילמא קלא הוא ופסק ואין לומר מכמה שנים נמי שכיר היה בהם ולהכי טרח למלויי פסידא כדאמר בהמקבל התם גבי עסקא לא דמי דהתם איכא טעמא לפי שהמתעסק מתבייש לומר לבעל העיסק' שהפסיד שהרי כל עצמו לא נתנו לו חלק בנכסים אלא כדי שישתכרו ואיכא למימר דניחא ליה דלא לקריוה מפסיד עסקי' אבל בעל בנכסי אשתו דבלאו הכי כל הריוח שלו לא קפיד אהא ולא אמרי' דטרח למלויי קרנא ומיהו מתוך השטר אפשר שיתברר אם הם באחריות האשה או אם קבלם על עצמו לכוללן בתוך נכסיו לעשות בהם כשלו ואם האשה תטעון בע"פ שהיא ידעה מפיו עד שעת מית' שלא אירע אונס בנכסי (בע"פ) או שתאמר שעל מנת כן לקחם לשאת ולתת בה' להתחייב באחריות כדי שלא ליקח קרקע ששכרו מועט יש לפקפק אם תהא נאמנת כל שלא אמרה כן בתחילה אי הוי מגו למפרע כדאמר בהכותב ההיא אתתא דתפסה דסקיא דשטרי דאתיא לקמיה דרבי נחמן אמר ליה אית לך סהדי דקתבעית מינך ולא יהבת להו וכתב התוס' דהא דלא מהימנא במגו דלקוחים הם בידי תירץ ר"י דלא חשיב מגו הואיל ועכשיו אינה יכולה לטעון לקוחים הם בידי שכבר אמרה מחיים תפיסנא להו והוה ליה מגו למפרע ואף על פי שהרא"ש ז"ל מפרש דהתם מיירי כשראו עכשיו המלוגא בידה דליכא מגו ולדבריו אין ראיה מההוא עובדא מ"מ בפ' חזקת גבי ההוא דא"ל לחבריה מאי בעי' בהאי ארעא וכו' א"ל את מי לא מודית דהאי ארעא דידי היא וכו' והאריכו התו' לבאר דבר זה דלא אמרינן מגו למפרע ואע"פ שגם לפי מ"ש הרא"ש שם אמרי' מגו לגבי לוקח לאו ראיה מאותו הלכה. וגם למה שכתב הרמב"ן ז"ל בההיא עובדא דקשתא דעיליתא אין ללמוד ממנה מכל מקום הדבר מוכרע משאר מקומות שהביאו התוספות שם. ומיהו נראה

דלא אמרינן הכי אלא בטענה דשמא לא היתה יודעת היא שצריכה לטעון כן דלאו דינא גמרה דבעינן שיתבעום ממנה ולא תתנם להם שסבורה היתה שכיון שהיתה מוחזקת בהם מחיים מקריא תפיסה מחיים ועכשיו דמלפי' לה לית לה מגו. אבל הכא כשהיא תובעת טענת ברי היא תובעת הואיל ובאה לגבות מנכסי בעלה וכשאנו שואלים לה מנא ידעה שלא נגנבו או נאבדו ונותנת טעם לדבריה מהימנא דבגלוי מילתא בעלמא היא דומה למ"ש הרי"ף ז"ל בשלהי יבמות לענין מסיח לפי תומו היכא שהתחיל העכו"ם והסיח לפי תומו אף ע"ג דהדרינן ומגלינן מילתא מיניה שפיר לא נפיק ליה מתורת מל"מ ומשיאין על פיו הנלע"ד יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכא

שאלה רחל אשת יעקב מתה והניחה בן ושטר כתובתה ביד יצחק אחיה ויעקב נשא אשה אחרת ויש לו ממנה בנים ותבע יעקב שטר כתובה מיצחק אחיה ולא רצה לתת' לו וגם יוסף הנז' בן רחל תובע כתובת אמו מיצחק דודו באמור אליו כי הנה הוא יורש את אמו ורוצה השטר בידו לעת מצוא אחרי קברו את אביו לתבוע את זכותו מנכסי עזבון אביו ואינו מאמין את דודו להניח השטר בידו כי הוא דוד אחיו גם כן בני האשה השנית לא ידע מה ילד יום יורנו מורינו אם יכול יוסף להוציא שטר כתובת אמו מידו דודו עפ"י הדברים האלה להיותו בידו או ביד מי שירצה יוסף או לאו ושכרו כפול אנס"ו.

תשובה תביעת יעקב שיתנו לו שטר כתובה אשתו בדין היה דמשמתה אשתו כבר נמחל שעבודו ואם יש שום תנאי שיור והחזיק העזבון חיי' יצחק אחיה להחזיר לו את השטר יש לנדותו עד שיחזירנו לפי שעובר על לאו דברי קבלה. עוד מצאתי בתוך תשובות הרא"ש על שטר שעברה עליו שביעי' שכתב הרמב"ן שחייב המלוה להחזיר הכתובה משום אל תשכן באהלך עולה ובתשובת הר"ש בר צמח כתב לו שפרע למלוה ואין המלוה רוצה להחזיר את השטר שכבר נמחל שעבוד וכן בספר התרומות שער מ"ב. וכי תימא דהא לא מיקרי עולה דהא לא מצו למגבי מידי בהאי שטרא ואם לחלק השיור מצי למימר החזרתי חלק הנמצא מנדונייתא שהרי אינו חייב באחריותם משמתה אשתו ונאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דומיא דשטר כיס סוף פרק המוכר את הבית מכל מקום חיישינן למיתה או לנפילה שיפול ביד בני אדם שאינן מהוגנים ויתבעו בערכאות בחקים החקוקים להם והיינו עולה. א"נ בלאו האי טעמא חייב להחזיר לו וכופין על כך לפי שהבעל נתן דמי נייר הכתובה והרי הנייר שלו בכל מקום שהוא ותובעה לצור ע"פ צלוחיתו.

ועל טענת הבן שרוצה שתהיה בידו שטר כתובת אמו כדי לגבות כתובת בנין דכרין אחר מיתת אביו טענתו טענה שהרי כתב הרמב"ם ז"ל פרק י"ט מהלכות אישות שאין הבנים יורשים כתובת אמם ולא הבנות נזונות עד שתהא כתובה יוצאה מתחת ידם אבל אם אין שם שטר כתובה אין להם כלל שמא מחלה אמם כתובתה ואם אין דרכה לכתוב כתובה יש להם וכו' אלא שצריך לעיין בתשו' הרא"ם ז"ל שהביא הרב מהר"י ן' לב ז"ל בח"ג סימן כ"ו ז"ל מה שנסתפקת אם צריכים בנין דכרין להביא כתוב' אמם לגבות כתובתה מכיון שאמם עצמה לא היתה יכולה לגבות כתו' אלא כשתביא שטר כתובה פשיטא שאין צריך להביא שטר כתובת אמם דבשלמא אשה רמיא עליה למנטר שטר כתובה אבל בנין דכרין מי רמיא עלייהו למנטר שטר כתובה הא מאותה שעה שמתה אמם מיד ירש אותה בעלה ונמחל שעבוד דההוא שטרא דהוי חספא בעלמא איך שייך לומר כיון שלא הביאו כתובה אמם חזקה נפרעה או מחלה כתובה י"ל דלשמא קבלה כתובה ליכא למיחש שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים וכיון דליכא למיחש לקבלה ואין עליה שבועתו ליכא למרמי עליה שבועה לשמא מחלה משום דעקר שבועת אלמנה לא נתקנה אלא מפני חששת דפרעון דהויא מילתא דשכיחא אבל משום מחלה דלא שכיחא לא נתקנה אלא שמגלגלים עליה בשבועתה גם על המחילה וכיון שכאן אין עליה שבועה שמא קבלה תו לא מצי להשביעה שמא מחלה לו עכ"ל התשובה שהביא מהר"י ן' לב ז"ל מכתיבת יד ותמה עליה הרב ז"ל שהיא הפך דברי הרמב"ם ז"ל אמר שכבר עיין בזה הענין ולא היה שעת הכושר בידו לכתוב מה שעלה בידו תיר' לדברי הרב הרא"ם ז"ל אם אמרה ואיברא דודאי אמרה וגמיר לה מינה ודברי הרמב"ם ז"ל לא הוו תיובתיה דודאי טענת מחילה טענה גריעותא היא ולא טענינן לה כלל דאם איתא מלוה ע"פ בתוך זמנו דגוב' בשום חזקה דלא פרע איניש בגו זימניה אמאי לא טעני' להו שמא מחל וכתב הכא נמי אם כן יהא נאמן לומר פרעתי במגו דמחילה דהא מבעיא לן בפרק קמא דבתרא אי אמרינן מגו במקום חזקה ואיפשיטא להו לרבוותא לקולא שיהא נאמן. ותו מיתמי היכי גבי בתוך זמנו ולא טעני' להו דמחל ועוד בהא דאמור רבוותא בטוען על השטר רבית אמנה ומזוייף דאין מחייבים את המלוה לישבע על כך כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ד' מהלכ' מלוה והכריע הוא ז"ל כדברי רבוותא דאין זקוק לשבועה אלא בטענת פרעון שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד עד כאן לשונו. משמע מדבריו דמחילה שאין השטר עומד לכך דינו כיוצא באלו וכך כתב ספר התרומות משם בעל הטור דטענת מחילה הויא כמו טענת רבית ואמנה שאינו נאמן להשביע על כך וכך כתב בטור ח"מ סימן ע"ג וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בב"י שם דאין משביעין על טענת שאין השטר עומד לכך

ואף על פי שהרמב"ן ז"ל חולק בזה וכתב דמשביעים ליה על טענה זו מכל מקום זהו לענין שבועה דס"ל דרמינן עליה שמא יודה אבל אינו יכול להפטר מן החוב כמלוה על פה בתוך זמנו דטענה גרועה היא דהא הרמב"ן גופיה בפ' שבועת הדיינים היכא דפרעיה באפי סהדי ולא איתבר ליה שטרא דסבר רב יוסף הלוי ז"ל למימר דמהימן לומר סיטראי נינהו במגו דבמתנה יהבת ניהליה ולא הודה לו הרמב"ן ז"ל דטענה דמתנה יותר גרוע' מטענת סיטראי וכן הסכים הרא"ש דמתנה לא שכיחא וה"ה מחילה לא שכיחא ומה שכתב הרמב"ם ז"ל דחוששין שמא מחלה אמם שטר כתובתה היינו משום דבטענת הבן איכא ריעותא אחריתי ממאי דליתא לשטר כתובה ואף בשעה שמתה אמם לא נמצא ש"כ לכך יש לחוש שמפני שמחל החזיר' לבעלה או שלא חשש עליה לשמרה שאם לא כן הו"ל לאזדהורי טפי בשטר כתובת' ותדע דמה שאין השטר מצוי הויא ריעותא דבפרק אלו מציאות אמרינן דשטר הנמצא דאע"ג דכתוב ביה הנפק דתו ליכא למיחש לכתב ללוות ולא לוה דלוה לא מקיים שטרא מ"מ כיון דאיתרע בנפילה חיישי' לפרעון דאי לאו דפריע הוה מזדהר בשטריה. ועוד נלמד הדבר ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפר' י"ד מהלכות מלוה הורו רבותי שאפילו היה החו' לזמן ועדיין לא הגיע זמנו לפרוע הואיל וכתבו לו את השטר ואין בידו שטר והוא טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת שפרעו שאנו חוששים שמא פרעו ולפיכך קרע את השטר או שרפו ע"כ ואף הראב"ד שחלק בדין זה מ"מ כבר כתב ודאי כל דנפל איתרע ליה וכ"ש אבד ורגלים לדבר ובשבועה מיהא יטול ותו בהא דאמרינן בסוף פ' הכותב הוציאה גט ואין עמו כתובה שמואל העמידה במקום שאין כותבים כתובה ופסק הרי"ף ז"ל כוותיה דבמקום שכותבים לא גובה אלא היכא דנקיט כתובה בידה וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' אישות והק' עליהם דהא קי"ל כותבי' שובר וקי"ל כר' יוחנן דאמר הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום ותי' הרמב"ן ז"ל דשאני הכא דריעא טענתא דכיון דלא נקטי כתובה בידה הדבר מוכיח שפרעה והחזירה לו שטר הכתובה אף כאן לא טענינ' טענת מחילה דריע אלא כנגד תביעת הבן דריע טפי שאין שם שטר כתובה כלל. הילכך אם בשעת מיתת אמם היה מצוי אצלה אע"פ שעכשיו כשמת אביה' אינו מצוי ביד הבנים לאו ריעותא היא. ובזה כת' הרא"ם דבשלמא אשה רמיא עליה למנטר שטר כתובתה אבל בנין דכרין מי רמי עלייהו למנטר כלום אין זו ריעותא אלא הי"ל לאזדהורי ולתת עיניהם במיתת אביהם אם נשא אשה ויהיו לו בנים ממנה ויהיה שם יתר על שתי הכתובות מי ימר דאקנו לאמו כל התנאים המפורשים בה ועוד כתב דמשעה שמתה האשה נמחל שעבוד הכתוב' וחספא בעלמא הוא כלומ' ובדין הוא שיטלנ' הבעל דומיא דשטר שעבר עליו שביעית ומטעם דדידי' הוא דיהיב

פשיטי דספרא כמ"ש לעיל ואיך מיד הבנים נבק' השט' ולכך כתב הרב ז"ל אין שייך לומר הכא כיון שלא הביאו כתובת אמם חזקה נפרעה הכתובה או מחלה אותה כלומר דאי לאו משום חזקה לא הוי טעני' מס' שמא מחלה כתוב' דטענ' גרוע' היא ומילת' דלא שכיחא כדכתב ודבריו בשידוע שהיה שטר כתו' ביד האשה בשעת מית' אלא לאחר מית' שעכשיו האב אינו מצוי ביד הבנים שכן נסתפ' השואל אם צרי' להבי' שטר כתוב' לגבות מכיון שאמם עצמ' לא הית' יכולה לגבו' אלא כשתבי' שטר כתו' בשע' גביה ודברי הרמב"ם ז"ל אינן אלא כשלא נמצא שטר כתו' אפי' בשע' מית' אמם שכ"כ אבל אם אין שם שטר כתו' כלומר שלא היה שם כל עיקר אעפ"י שעדים מעידים ששטר כתוב' כך וכך היא אינן יורשים אותה ומ"ש למעל' אינן יורשים עד שיהא שטר כתו' יוצא מתחת ידם לא בשע' הירו' קאמר אלא בשעת מי' אמם ונקט יוצא מת"י לאפוקי אם נמצא ביד אחר ואין ידוע מי הפקידו אצלו ומה שכתב שיהא יוצא מת"י ורשות' כלומר שהופק' מכח אמם ולכך חזר ופי' אבל אם אין שם שטר כתו' אין להם כלום שאין שם כל עיקר שלא נמצא כשמת' אמם לא בידה ולא ביד הבאים מכח' הא ודאי טענתא ריעא היא ואתי טענתא ריעא אחריתי דהיינו מחילה ומבטל לה לכך אני אומר שהדין דין אמת דלא מזדקקנ' לבני' אחר מיתת אביהן להביא שטר כתובת אמם בידם אלא כל שיתברר שהיתה הכתו' קיימ' בידה או ביד כל דאתי מחמתה בשעת מיתתה יורשי' בניה כתו' לאחר כמה שנים ובנדון שלפנינו אם יקפד האב שלא למסור הכתו' ביד בנו יכתבו לו מעשה ב"ד איך ראו שטר כתו' כך וכך ביד הבאים מכח' לאחר מיתתה ונתקיימה בב"ד וימסרו הכתב ביד הבן למען תהיה לו לעדה.

סימן קכב

פרק כל הבשר דגים שעלו בקערה מותרים לאכלם בכות' וכתוב בס' התרומות קערות שהודחו ברותחין במחבת חולבת אסורות וכתב הרמב"ן ז"ל אשתבוש כהני דמים היינו דגים שעלו בקדרה דהיינו המחבת הקערות היינו כותח. והר"ן ז"ל כתב דלא אשתבוש דלא דמי כלל לדגי' שעלו בקער' דהכא טעם חלב הנפלט לתוך המים מקבל טעם מטעם הבשר ראשון שבקערו' וכו' ולא ידענא מאי קשיא ליה ז"ל דהא הרמב"ן כתב מים היינו דגים קאמרי ודגים עצמן שקבלו טעם חלב הנפלט מן הקערה לתוכה הן הן שקבלו טעם הכותח ונתערבו ב' הטעמים בגופן של דגים ואעפ"י כן מותרים. אבל הטעם השני שכתב הר"ן ז"ל נראה הוא לענין דינא דבע' התרומת דבעינ' שני נותני טעם של היתר וזה בנ"ט ראשון נאסרו המים ועוד איכא טעמא דדוקא כשהדגים עלו בפני עצמן הואיל ולא נאסרה באותו הטעם נתבטל הטעם בגופן וכשאוכלן בחלב אינן נאסרים לפי שאין בטעם

ההוא כדי ליתן טעם בחלב כאותה ששנינו בתמורה אין המדומע מדמע אלא לפי חשבון אבל כשקדרות של בשר בתוך המחבת חולבת הקדרות והמים חשבינן להו כאחד ואין בהם ששים לבטל המחבת עצמה דבכולה משערינן כיון דלא ידעינן כמה בלעה אבל גבי דגים משנסתלקו מן הקדרה לא משערינן אלא במאי דבלע ולפי טעם זה לא היה צריך בעל התרומות לומר לפי שנאסרו המים וחוזרים ונבלעות בקדרות ואסרו הכל אלא הקדרות עצמן נאסרו שאין בהם ס' כנגד כל המחבת והתוספות סברתם כס' התרומה וכן סמ"ג וסמ"ק וראוי להחמיר למעשה.

כתב הרמב"ם בפ"ו מה' מ"א אפי' לאחר מליחה אין לבשל את הבשר אלא א"כ יתנוהו במים רותחין כדי שיתלבן מיד ולא יצא דם. ותמה עליו הרשב"א בת"ה והרב המ"מ כתב שלא מצא סמך ברור והר"ן ז"ל בפ' כל הבשר גבי דגים ועופות שמלחן זה בזה כתב לפי שהגאונים כתבו ששיעור מליחה כדי הילוך מיל ואנו רואים שאחר שיעור זה המוהל היוצא מן הבשר יותר מאדים מן הראשון הילכך אין מליחה באה ודאי אלא להוציא הדם שעל גב הבשר והסמוך לו הא לדם הבלוע בחתיכה לא חיישינן דהיינו דם האברי' דשרי. וזה דעת הרמב"ם ז"ל דמצריך במים רותחין וכו' ואין סברא זו נכונה דהא אמרינן בבשר' דאסמיק ביעי ומירזקי דחשכיה ומלחיה אפי' לקדרה שרי אלמא המלח מוציא אפי' דם שבתוך החוטים עכ"ד. ומה שהוקשה לו שהמלח מוציא אפילו דם שבתוך החוטין לא ק' דודאי כשחתך את החוטין ומלח על גביהן המלח מרתיח' והדם יוצא כדרכו דרך הסמפונות דסמפונ' נקט ואזיל אבל הדם הבלוע בתוך החתיכה אין לה דרך להמשך אחר המלח שבחוץ ועוד נ"ל שיצא לו לרב ז"ל ממ"ש הגאוני' שיעור מליחה כדי הילוך מיל לפי שאמרו מליח כרותח כצלי ושיערו חכמי' שיעור צליה כדי הילוך מיל והדבר ידוע שאין שיעור הצליה שוה בחתיכה גדולה כחתיכה קטנה. וכבר כתבו בהגהו' אשרי שהכל לפי מה שהיא אותה החתיכה כפי עביה וגדלה וכ"כ בא"ז ושערי דורא ואין זה נכון שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורי' ומוכח בגמ' דאין צלי יוצא מידי דמו לעולם מדאמרינן ככר חתך עליה בשר אסור לאכלה דאגב דוחקא דסכינא בלע לפיכך מסתברא ליה להרמב"ם ז"ל ששיעורם שיעור מוגבל הוא לכל החתיכות ולא הקפידו אלא להוציא הדם שבקצוות מבחוץ שהסמוך לו שלא יצא תיכף תוך הסיר הילכך ל"ש גדולה ול"ש קטנה צלייתן מבחוץ שיעור אחד להם. וי"ל לדברי הרב שלא ימלחו חתיכה גסה ועבה ושוב יחתכוה לשנים או שלשה חתיכות שנמצא מה שבפנים שלא נכנס בו חום המלח מפליט מן הקדרה ולפיכך כתב וז"ל יחתוך החתיכה וימלח יפה יפה ואח"כ יבשל ולא היה צ"ל יחתוך החתיכה אלא לומר שיחתכנה בשעת מליחה כדרך שצריך להניחה

בקדרה ועוד ראיה ממ"ש כל הפוסקי' שצריך למלוח מכל הצדדין. ואיתא בהקומץ רבה גבי איברי התמיד מולח והופכו ומולחו וכן לקדרה א"כ למה לא נתנו חכמים שיעור והשוו ירך של שור הגדול לאבר של גדי הרך. וכבר תמה על זה הרשב"א זכרונו לברכה ולפיכך אמר דאף על גב דבכל ענין חשיב מליח כרותח לענין מליחת הקדרה לכתחילה כל היכא דאפשר מלחינן מכל צדדים להפליט את דמו יפה יפה. והפוסקים כתבו זה הדין אפילו בגדי ותרנגולת למלחן משני הצדדים ונראה שהוא לעכובא. והנה לדרכו של הרמב"ם ניחא שפיר שצריך למלוח מכל הצדדים ולא שאני לן בין חתיכה גסה לחתיכה דקה ולפי' צריך לחתכן קודם מליחה כדרך שהוא מכניסן בקדרה. אבל קשה שכבר נהגו העולם לחתוך חתיכת הבשר אחר מליחה ולחלק מקצת בקדרה זו ומקצת בקדרה האחרת ועוד נהגו לחתוך הבשר דק דק לתוך הפאשטיד' ולעשות עיגולין לתוך הקדרה וזה יהיה אסור לדעת הרמב"ם והרב מהרי"ק ז"ל בפסקיו סימן ס"ט פסק שאם חתך מן החתיכה אינו צריך לחזור ולמלוח מקום החתך והוא מדברי הרשב"א דלא סבירא ליה הא דהרמב"ם כלל. אבל הרב מהרי"ק ז"ל הא חש לה להא דהרמב"ם שכתב שם ויש מי שמצריך ליתנו במים רותחין והמצריך ליתנו במים רותחין אף יצריך לחתוך קודם מליחה. גם לסברא זו יש לאסור חתיכה השרויה בתוך ציר היוצא ממנה לאחר מליחה והדחה ושלא כהוראת רש"י זכרונו לברכה כתבו התוספות ז"ל וכל האחרונים שכבר נהגו העולם לאסור. וכן פסק מהרי"ק שיש לחוש בזה להחמיר ולפי זה יש לנו לחוש להחמיר אף שלא לחתוך מן הבשר אחר שנמלח ושלא לעשות הבשר דק דק הרבה. ושלא לעשותה מולייתה וכבר נהגו העולם להתיר ומיהו נראה שלא חשש להחמיר אלא בציר שיוצא אחר מליחה בלא הדחה וגם התוס' כתבו בזה שאין להקל שכבר נהגו העם איסור.

סימן קכג

שאלה ראובן נתן סך מעות לשמעון לתת לעכו"ם ברבית והנה בהמשך הזמן לא לקח שמעון מהנכרי' אפי' הקרן כי לא השיג יד העכו"ם לתת חובם וע"ז תבע ראובן המעות משמעון הקרן והרבית באו' כי לא נתן מעותיו לעכו"ם כי אם לשמעון ושמעון השיב ע"ז כיון שכן הוא למה אתה תובע ממני רבית ובהיו' כי יד ראובן היה תקיפ' על שמעון והיה נעזר ע"י קרוביו מעש"ג אשר ע"כ עכב לשמעו' בבית הסהר ימים רבים וכראות שמעון כי לא יכול לו לעמוד עמו בדין הודה לראובן כל אשר תבע לו אך אמנם פייס לו לתת לו זמן מה לפרוע לו החוב הנז' אשר ע"כ עשה ראובן על שמעו' ש"ח וכלל כל הרבית עם הקרן ועשה שטר סתם ובעבור הימים פרע שמעו' לראובן מקצת השטר ולקח מיד ראובן

כתב ידו איך פרע לו כ"כ מעות מהשטר ועתה תובע ראובן שיתן לו השטר וע"ז טוען שמעון כי כבר פרע לו יותר מהקרן וגם שלא היה חייב לו מאומה כי נתן הכל לעכו"ם בעדו וכאשר צוהו והוא לא לקח מהעכו"ם אפילו שוה פרוטה אך הרבית אינו רוצה לתת כי הוא יהודי וראובן טוען כי שטר מקוים בידו ואינו מפרש שום רבית בתוכו שיתן לו השאר ושמעון טוען כי כבר נפגם שטרו כי יש כתב ידו שפרע לו מקצת השטר והנה הוא כמלוה ע"פ וישב' כי יש כ"כ רבית כלול בתוכו ויפטר בדין מלוה על פה שישבע הנתבע ויפטר אשר ע"כ יורנו מורינו אם יש ממשות בטענ' שמעון בהיות כי כבר נפגם השטר או ישבע ראובן כדין כל המוציא ש"ח על חברו כי חייב לו כל השטר ולא יש בתוכו רבית כלל על הכל יורנו מורינו מורה צדק ושכרו כפול ומכופל מן השמים.

תשובה מה שטוען שכבר נפגם שטרו הרי הוא כמלוה ע"פ וישבע שיש רבית כלול בתוכו ויפטר אין בדבריו כלום שהפוגם שטרו אינו כמלוה ע"פ אלא שהוא נפרע בשבוע' ופוגם ע"י שובר לא נתפרש בגמ' אי דינו כפוגם בע"פ משום דבגמ' איבעיא לן פוגמת בעדים מהו מי אמרי' אתרמויי איתרמי ליה פרש"י דילמא לא משום דדק אלא אתרמי דהוו עדים כתב בההוא זימנא ולא איפשיטא ובכתב לו שובר כיון דדייק שלא לפרוע עד שיקח שובר אלמא קפיד ואי איתא דפרעיה הוה נקיט שובר אחרינא. ואפשר נמי לומר אתרמויי אתרמי ליה עדים בנקל לפי' הזמינה לכך אבל בזימנא לא מצאם מזומנים ולא אכפת לית למטרח למכנפינהו והך טעמא נמי שייך גבי שובר דילמא לאו משום דקפיד אלא דאתרמי ליה נייר וקולמוס א"ל לכתוב שוב ובזימנא אחריתי לא אתרמי ליה ולא עכב הפרעון בשביל כך. ואין להוכיח מהא דאמרינן בפ' גט פשוט גבי ב' שטרי בר חמשין חמשין ואמר שוינהו ניהלי חד בר ק' לא עבדי' עבוד רבנן מילתא דניחא ליה למלוה דלא נפגי' שטרי ואם איתא דבכתב ידו לא מיקרי פוגם בידו שלא לפגום אלא יתן כתב ידו הא לאו מילתא היא דירא שמא יעכב מלפרוע לו אם לא ימצא הכנה לכתו' כגון דאייתי ליה בין השמשות לא מבעיא בכתב סופר דאמרי' שטרא איתרמי ליה כדאמרי' בספ"ק דמציעא גבי סמפון היוצא מתחת ידי מלוה לאו כלום הוא שכתבו שמא ימצא אח"כ סופר שיכתבנו ואפי' כתוב בכת' ידו אמרי' התם דילמא מתרמי ואתי בין השמשות וקפרע לי ואי לא יהיבנא ליה לא יהיב לי זוזי אלמא חיישי' להכי שמא את' בין השמשות ולא היה ספק לכתוב והאמינו ונתן לו וכבר הביא הטור סי' ס"ד מס' התרומות דבשובר מקרי פוגם בין כך ובין כך יפרע ע"י שבועה. ומיהו בטענה זו איכא למימר דאפילו שבועה לא מחייב ממה שהביא הרמב"ם ז"ל בפי"ד הוציא' עליו שטר מקוים והלה טוען שטר מזויף או של רבית הוא הר"ז מחלוקת בין הגאונים יש מי

שהורה שחייב לישבע כעין של תורה ורבותי הורו שלא ישבע המלוה אלא אם טען עליו הלוה שפרעו בלב' שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד אבל כל אלו הטענות לאו כל הימנו לבטל שטר מקוים אלא ישלם לו ואח"כ יטעון על המלוה כמה שירצה שאם יוד' יחזיר לו ואם לא ישבע היסת ולזה דעתי נוטה עכ"ל וכל רבותי' האחרונים תפסו בסברא זו שלא להשביעו כשטוען בביטולו של שטר והראב"ד ז"ל נתן טעם לתשובת הרי"ף ז"ל שלא היה דבריו אלא כשהעלה לו המקח לזמן שבני אדם מצויין בזה וסומכין אהא דראו דמדאמר טרשא שרי כו' אלמא ברבית גמורה אין שומעין לו דלאו דלא תשימון אסופר ועדים קאי דחזקה לא חתמו אעולה ושוו נפשייהו רשיעי ואי' לפקפק דלמ' לא אמרו הגאונים אלא היכא דליכא פנימה דאין שם שבועה אא"כ טען איהו בברי וגם לא הויא שבועה חמור' כעין של תורה אבל בפוגם דאע"ג דאיהו לא טעין אנן טעני' ליה וגם משתבע שבועה חמורה כעי' של תורה לא יפטר בכך דאדרבא הכא לא שייך שבועה דפוגם כלל דגבי פוגם אמרינן דאין ראיה ממה שכתוב בשטר מדהא פרעיה טובא נמי פרעיה הילכך רמי עליה שבועה אבל טענה זאת דרבית לא שייכא גבי פנימה כלל ואי' פנימתו גורמת לו להזקק לטענה זו לפיכך דייני' ליה כדברי הגאונים שיפרע ואח"כ יטעו' על המלוה כמה שירצה.

וצריך לברר כיצד היה הענין כדי שלא יבא אחד מהם לידי שבועת שקר דבמלוה לעכו"ם וישראל ערב פעמים שיש בדבר איסור רבית ופעמים שאין בו איסור רבית שאם לא נתן המעות על ידי ישראל אלא נתן לעכו"ם וכתב שטר חוב עליו אף על פי שעשה ישראל ברשותו של עכו"ם שרי דטעמא דאמרי' בפרק איזהו נשך גבי לוה מעכו"ם משום דעכו"ם בתר ערבא אזיל וכן גבי מלוה את העכו"ם עכו"ם דחי ליה גבי ערבא הכי דכתב ליה שטרא עילויה דעכו"ם ואין ישראל מוזהר לא מצי דחי ליה עכו"ם גבי ערב ועוד הרי כתב הרא"ש דהאידנא דלא דייני עכו"ם הכי דלא מצי דחי ליה גבי ערב כמאן דקביל עליו לדון בדיני ישראל דמי הילכך אפילו נתערב לו בתוך השטר שרי ואפילו אם מסר המעות ליד הישראל אם אין אחריות המעות על ישראל בין בהלואה בין בחזרה שרי אעפ"י שיש לו אחריות כשומר אם כש"ח ואם כש"ש דמסתמא ודאי שליח בעלמא הוא להוליכם ולהחזירם וגם בזוקף את הקרן ואת הרבית על העכו"ם מעכשיו שרי לישראל להיות ערב לעכו"ם כמ"ש המרדכי בישראל שהלוה לעכו"ם עשרים זקוקים בשלשים לשנה שהשיב מהר"ם שאעפ"י שכשנתערב זה עדיין לא עלה הרבית אפילו הכי כיון שזקפו עליו חשיב זה קרן כמ"ש בטור סי' ק"מ. ולענין ערב בעד העכו"ם אי משתעבד איברא שהרב מהרא"ם ז"ל בסימן צ"ד כתב משם ה"ר אביגדור דלא משתעבד דליכא טעמא

דבההיא הנאה דמהימן ליה וכו' ואף בערב ע"י קנין נראין דבריו דבהא נמי אנו צריכין לטעמא דבההיא הנאה וכו' כי היכי דלא להוי אסמכתא אלא דמדברי כמה רבוותא מוכח איפכא והוו תיובתיה אם לא שנאמר דס"ל להר' אביגדור דכל קנין כמעכשיו ואין בו אסמכתא והנך רבוותא דס"ל דקנין כמעכשיו סבירא להו איפכא וסוף דבר הרב אביגדור יחיד הוא וליכא למסמך עליו ובדא אין לי להאריך במה שלא נשאלתי רק גילוי מילתא בעלמא ותן לחכם ויחכם עוד.

סימן קכד

מה נמרצו אמרי יושר דברי פי חכם חן ומה יקרו אמרי נוע' ומה עצמו ראשיה'. ראיתי דברי החכם השלם מעין המתגבר הקשבתי ואשמע כי נגידים ידבר. ובתעצומות תעלומות חכמה חיילים יגבר אורו עיני באור יקרות מפלאות תמים דעים הגדלתי השמחה ואהיה שעשועים. אמרתי המתן ונתבסם אלקטה נא ואספתי בעמרים בפרי מגדיו מגדלות מרקחים בהם שמחת גילי וזה החלי.

תחלה יש לברר במילתא דלא שכיח כולי האי אי שרי לדיין לטעון בעד היתומים והנה החכם השלם ידיד נפשי הביא מה שכתב הרא"ש בכלל פ"ו במילתא דלא שכיח כולי האי ואינו ניכר כל כך שהוא שקר אם האפטרופוס טען טענתיה טענה ואם לא טען אין לדיין לטעון בשביל היתומים והביא ראיה מההיא דפ' בתרא דכתובות בההו' דעשא' סי' לאחר וכו' אמר אביי האי מאן דמוקי אפוטר' לוקי כי האי כו' ואמאי לא טעין איהו אלא בסי' ודוחק לומר שאביי לא נזכר. והעיר על זה החכם השלם שהרא"ש עצמו בפסקיו כתב תירוץ זה שאביי לא נזכר אי נמי שאם לא היה טוען האפוט' היה אביי טוען ובתשובה כתב שאין לדיין לטעון מילתא דלא שכיח כולי האי ובח"מ סי' ר"ץ הביא מכמה מרבוותא דס"ל הכי.

ואיברא דעל מה שהשיב בפסקיו תירוץ אחד ובתשובה אמר שזה דוחק ותירץ בענין אחר אין לתמוה שכן דרכן של חכמים וכדאמרי' בפ' דו"ה משל דר' עקיבא לצייד השולה דגים מן הים משכח זוטרי שקיל משכח רברבי שדי זוטרי ושקיל רברבי אבל התימה תהיה אם סותר עצמו לענין הדין דלפי מ"ש בפסקיו אף על גב דטענה זו מילתא דלא שכיח כולי האי הוא אם היה זוכרה מעצמו אביי היה אומרה וכאן בתשובת אמ' שאין לדיין לטעון מילתא דלא שכיח כולי האי. ועוד ק' שאפי' אם נאמר דטענת תלם אחד מכרתי לא שכיח כולי האי טענת חזרתי ולקחתי שכיח דבכל דוכתא טעני' ליתמי טענת לקוחים הם בידו. ונר' דמה שהוצרך הרא"ש להשיב אותם ב' לשונו' בפסקיו אף על פי שהם דחוקים היינו לפי דברי הרי"ף והראב"ד ז"ל ולפי מאי דקס"ד דהרא"ש נמי מעיקרא

דמיירי שהיה אביהן של יתומים מוחזק בשדה כדכתב הרי"ף ז"ל דהוה ארעא בידיה ומוחזק בה שאכלה שני חזקה והתם ודאי היה לו לאביי לטעון חזר ולקחה הימנו דחזקה כמאן דנקיט שטרא בידיה ולעול' טענינן ליורש בהכי ותו טענת תלם א' אף היא אינה רחוקה דכיון שהקרקע מוחזקת ביד אביהן של יתומים ואין למערער ראיה אלא ממה שעשאה סי' לאחר אין לנו אלא מה שמוכיח מתוך השטר והרא"ש כתב משם רבוות' שהוא תלם שיש בו ט' קבין שנקרא שדה בכל מקום ואפי' טענה אין צריך דיד בעל השטר על התחתונה וע"כ לפי זה יש לדחוק באחת משתים או שלא נזכר אביי או שהיה ממתין עד שיטעון האפוטר' ואם לא ידע לטעון ישיב אביי בעד היתומים וכן תירץ הר"ן בשם הרשב"א. וקשה לפי זה במה מקלסו אביי לאפוט' ואמר האי מאן דאוקי אפוט' לוקי כי האי לא היה אלא טפש שקרוב היה להפסיד את היתומים כרבא דדיקלא והיה לו לטעון החזרתי שמסלקו לגמרי וגם בזו אין שום חכמה שאף אם לא היה טוען הכי אנן טעני' ליה. וי"ל שהאפוט' אעפ"י שידע שאכלה אביהן שני חזקה חשש שמא יביא המערער עידי מחאה לבטל החזקה לכך טען בתחילה תלם א' מכר ושוב טען חזר ולקחה ובחכמה עשה שבא עליו משני צדדין דממה נפשך יהיה השדה הנשאר לפלט'. ומיהו לפי מאי דמסיק מכח קושיא אחריתי דהכא מיירי כשלא היה האב מוחזק אלא היה נאמן בטענת מגו לפי שאין כתבו יוצא ממקום אחר בזה אין לדיין שיטעון דשמא יודע היה האב שהכתב יוצא ממקום אחר ולא היה טוען כן. וטענת תלם א' עשיתי רעועה היא דכיון שהלה מחזיק בכל השדה הו"ל לאזהורי שלא לעשות סי' דמחזי כמשקר אבל מאחר שטען האפוט' צייתי' ליה.

ויש לתמוה מאחר שלא הותר לדיין לטעון במילתא דלא שכיח כולי האי אף על גב דלא מוכח כ"כ שהוא שקר מי התיר לאפוט' לטעון מפני שהוא אפוט' יאבד אמונתו. ואין לומר דאם עבר האפוט' וטען קאמר שטענתיה טענה ודנין על פיה דאם כן היאך היה משבחו אביי כיון דלאו שפיר עבד אלא נראה שאין דברי הרא"ש אמורים בכל מילתא דלא שכיח כל כך דלא מצי דיין טעין שהרי לא אמרו דלא טעני' אלא במילתא דלא שכיח כגון נאנסו דסוף המוכר את הבית דאם איתא קלא הוה לה למילתא אבל שכיח ולא שכיח זו לא שמענו אלא נר' דוקא במילתא דיש לחוש שיהיה הדבר שקר אלא שאינו ניכר כל כך דשקרא הוא בזו אנו אומרי' שלא יטעון הדיין תחילה עד שיטעון אפוט' והיינו אפוט' שמינהו אבי יתומים דמסתמא ידע במלוה והיכא דלא טען אפוט' אין לו לדיין לטעון דמדלא טעין אפוט' ידע במילתא טפי מדייני ולאו הכי הוא אבל אם טען האפוט' טענתיה טענה דמסתמא אם נראה לו שהוא שקר לא היה טוען ומיהו אם לא היה כאן

אפוט' שמינהו אבי יתומים אלא ב"ד שהם אביהן של יתומים היו יכולין לטעון בכה"ג כיון דאין ניכר כל כך שהוא שקר דחיישי' לפסידא דיתמי ולא אמר הרא"ש אלא שאם לא טען האפוט' אין לדיין לטעון דמשמע דמשום דאיתיה לאפוט' ולא טעין והאפוט' שמנוהו ב"ד דאע"ג דאיהו לא טעין אנן טעני' דמדמייתי התם שכיב ושבק אפוט' ולא נקט סתמא דיתמי הוה להו אפוטרו' וכן ממה שאמר אביי האי מאן דאוקי אפוט' לוקי כי האי משמע דאאבי יתומים קאי כלו' שאם לא היה פקח לא היינו טוענין אנו אבל במה שממנין ב"ד לא חיישינן דמה שלא יטעון הוא יטענו ב"ד ובמינוהו ב"ד נמי לא אמרן אלא במילתא שניכר קצת שהוא שקר אבל בעלמא היכא דאין לחוש לשקרא אף על גב דלא שכיח כ"כ יש לדיין לטעון אעפ"י שלא טען האפוט' דשמא לא ידע לטעון כראוי וכגון זה פתח פיך לאלם. ומעתה העמדנו דברי הרא"ש על בוריין וכאן דבריו צדקו יחדיו שגם שאין היורש מוחזק ובטענת מגו היה נאמן כמו שהעלה הרא"ש בהך שמעת' טענה גרועה היא ויש לחוש לשקרא אין לב"ד לטעון אותה כדברי כמה מרבוותא בב"י דס"ל הכי עד שיטעון אותה האפוט' ואפוט' נמי לא אמרן אלא שמינהו אבי יתומים ואינו מכיר שהוא שקר דהא ידע במילי דאבוהון ויראה לו שהדבר איפשר להיות אמת אבל אם הוא מכיר שאין הדברים אמת אסור לטוענן ואי שיילי' אם קים ליה בגויה הך מילתא ואמר לא אין חוששין לדבריו ואף על פי שהביא מהרי"ק ז"ל בשם הרשב"ץ שם שאין טוענין ליורש טענות הידועות שהן שקר ואפי' בדברים שאם היה האפוט' טוען הוה מקבלינן טענתיה אנן לא טעני' כדמוכח מההיא דעשאה סי' לאחר וכן כתב מהר"ם וכ"כ הרא"ה מ"מ נראה שהאפוט' יכול לטעון הכל ע"כ אין לומר שהאפוט' יכול לטעון הכל אף על פי שידוע לו שהם שקר אלא אותם שנר' לנו שהם שקר שאין לב"ד לטוענן הוא יכול לטוענן דאיהו קים ליה בגויה דמילתא ובטענה דלא מוכח מילתא שהוא שקר אף על גב דלא שכיח כולי האי יש לדיין לטעון אף על פי שלא טען האפוט' דדי לנו מה שחדשו סופרים דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי ואף בזו אין הכל שוין בה כמו שכתב הרמב"ן ז"ל בפרק הגוזל בס' המלחמות שדעת הרי"ף והגאונים דאף במילתא דלא שכיחא טענינן ליתמי יע"ש. ובמלוה שפורע עליה ריוח כגון של הקדש אי אמרינן בה חזקה לא פרע אניש גו זמניה כיון שיש לו הנאה בשהייתו כגון שהריוח מועט הנה הרב מהר"ר אליהו ן' חיים ז"ל כתב בסי' ט"ו איפשר דכי האי גונא עשוי לפרוע אף על פי שהריוח מועט וכולי אבל הרא"ש ז"ל כתב דין אין אדם פורע תוך זמנו אפילו בעסק דלא הוי כל ההנאה שלו וכו'. ואף על זה פקח עיניו החכם הפוסק נר"ו והקשה על הרא"ש למה כתב שאם היה אביהן קיים לא היה נאמן לומר תבעם ראובן ממני ונתתים לו משלי

דמילתא דלא שכיחא היא כי מי דחקו ליתן וכו' דשמא שמעון היה חפץ בכך לתת לו ממעותיו כדי שיהא כל הריוח לו לבדו והוזקק לומר דבעניינו של הרא"ש מיירי דהוא שכיח ליה להלוות מעותיו ולא היה צריך להחזי' המעות לראובן שהיה לו בהם הנאה בפלגא דמלוה. וקשה דמי לחשו להרא"ש ז"ל בכך והלא שמעון זה כבר מת אמאי לא טעני' ליה שלא מצא להשתכר במעותיו ושמא כשתבע ראובן מעות המשכונות שיהא כל הריוח שלו. ואני אומר אינו צריך שאם אמרנו במלוה שפורע עליה ריוח אפילו דבר מועט דעביד אניש דפרע גו זימניה הוי מטעם לפי שהריוח שנותן הוא קבוע וברי הזיקא שהרי אמרו למדה תורה דרך ארץ דליזבן אינש ברתיה ולא לוזיף ברביתא מ"ט האי מגרעא ואזלא והאי מתוספה ואזיל ולא חלקת בה בין רבית מרובה לרבי' מועטת ועוד דבפרק שום היתומים גבי כתובת אשה פרכינן מי שבקי' מזוני דודאי קמפסדא ועבדינן הכרזה הילכך מזדקקי' לה אפילו בנכסי יתומים קטנים ומזבני' בלא הכרזה ולא שני לן בין כתובה מועטת לכתובה מרובה שאין הפסד המזונות כנגד הפסד פרעון הכתובה משום דמזונות קביעי כל יומא הכא נמי כל מידי דאגר נטר קשה להשהותו אבל במי שיש לו עסקא של חבירו שאם ישתכר נוטל מחצה ואם יהיו בטלים לא הפסיד כלום אעפ"י שיש לו מעות משלו להשתכר בהם ניחא ליה שיהיו מעותיו מוכני' בידו אי מתרמי ליה זבינא ומי מזקיקו לתתם לבעל העסקא ובהא ודאי אמרינן חזקה לא פרע גו זמניה שכל אותו הזמן יש לו זכות בהם והם משועבדים לו והרב מורינו מהר"ר אליהו ז"ל לא היה מהבהב באותו הנדון אלא מפני שהדבר מוכיח שלזכותו ולהנאתו של מתעסק נעשה התנאי ההוא וחלף עבודתו שטורח לגבות נכסי היתומים שהיה קשה לגבותם נתנו לו שישתכר במעות שיגבה להשנים בתתו ליתומים ששה למאה לבד ובזה אמר שיש לאומר שיאמר דכל כי האי גונא מילתא דלא שכיחא היא שיחזירם ליתומים ונמצא שיגע לריק אבל אדם שהוצרך ליקח בריוח אפילו דבר מועט איכא למימר דמשלא הוצרך להם החזירם.

ועדיין יש לומר נהי דאדם עשוי להחזיר בתוך הזמן כדי להרויח הרבית אעפ"י שהוא דבר מועט מ"מ היכא שכותב בפנקסו כך וכך לויתי מן הכיס ביום פ' אם איתא שהחזיר לכיס למה לא כתב החזרה או העביר קולמוס על כתב ההלואה וכבר הביא החכם הפוסק נ"ר ההיא דמייתי בפ' האשה שלום מתני' דמס' מ"ש מצא כלי וכתוב עליו קוף קרבן ת' תרומה וכולי רבי יוסי אומר אפילו מצא חבית וכתוב עליה תרומה ה"ז חולין שאני אומר אשתקד היתה מלאה פירות תרומה ופנוה ומפ' בה' קמפלגי מ"ס אם איתא דפנינהו מגרר הוה גריר להו ומ"ס אימור אשתלויי אשתלי אי נמי לפנחיה שבקיה וכתבו בתוס'

ד"ה אשתלי בירו' אמר ר' יונה ור' יוסי הוו שותפי בגרבי דחמרא דמך רבי יונה אמר רבי מני בריה כל גרב דכתיב ביה רבי יונה דידי הוא אמר ליה ר' יוסי אשתקד דידך השתא דידי ומשמע שהתוספות והרא"ש פוסקים כהא דאמר רבי יוסי אשתקד וכולי והוקשה לו להחכם נר"ו אהא דכתב הרא"ש באותה תשובה שאם אביהם היה קיים לא מצי למימר החזרתי כיון שנמצא שם ראובן כתוב על המשכונות ומאי שנא מההיא דירו' אשתקד דידך והשתא דידי ולא אמרי' מגרר היה גריר ליה דאימור אשתלי ואסברה ליה אנא דשנא ושנא דהכא הפתקים שע"ג המשכונות שכתוב עליהם שם שמעון מוכיח שאותם המשכונות משל שמעון ומעותיו הם ולעולם הם בחזקה זו ושוב אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתים ממנו דחשיב כמפקיד אצל חבירו בעדים והרי הן יוצאים מתחת יד הנפקד דאינו נאמן הנפקד לומר לקוח הוא בידי כדתניא פרק חזקת ראה טליתו ביד אומן וכולי אבל התם בעובדא דרבי יונה ורבי יוסי לא היה רבי יוסי אומר של אביך היתה ולקחתיה הימנו אלא אשתקד דידך השתא דידי כלו' אותו היין נטלו וזה יין שלי הוא שכנסתיו לתוכו ואין הכתיבה שע"ג הגרב ראיה על יין זה שבתוכו כמו שהפתקים ראיה על המשכונות שהכלים עשויים להריק ולמלאת אבל הכלים אינן עשויי' להנתק מכלי זה ולקשר' בכלי אחר ולכך כת' הרא"ש ז"ל שאילו אביה' קיים לא היה נאמן לומר תבע ראובן המעות ונתתים משלי ולא חששתי להסיר הפתקי' ולא מטעם דהי"ל להסיר הפתקי' דודאי אימור אשתלי אלא דלא מהימן להוציא המשכונות מחזקת ראובן אלא העמידה על חזקתה כמו' שהיו ואעפ"י שהם ברשותו כדאמ' בכלי' העשויין להשאיל ולהשכיר מפקינן מיתמי והוא הדין נמי באותה שנה אם היה רגילות למכור ולהכניס יין אחר לתוכן או שהדבר ידוע שאותו היין נמכר ולקחו אחר הואיל ואין זה היין הראשון אין ראיה מרושם שע"ג החבית אלא נקט אשתקד משום דאורחא דמילתא שבהתחדש השנה ישן מפני חדש יוציאו.

אבל מה שתמה ידידנו החכם נר"ו על מה שאמר מהרי"ק ז"ל בשרש קס"א דאי לאו משום די"ל אשתקד הוה דידיה דר' יונה וכו' אבל בשנה ראשונה אשר נכתב השם היה מודה רבי יוסי שמא כיון דעביד מעשה ליכא למיחש לאמלוכי דאלת"ה גם אשתקד אמאי הוה דידיה נימא דנכתב השם ע"מ להניח שם פירותיו ונמלך ר' יונה ולא הניחם אלא ודאי לא חיישי' לאמלוכי והוקשה לו להחכם הנז' מי הכריחו למימר דאשתקד מדוייק נימא דקושטא דמילתא קאמר כמ"ש מדברי הרא"ש אומר אני איברא דאשתקד לאו דוקא אלא כלומר אין זה היין שבתחילה ואפילו הכי דייק שפיר מהרי"ק ז"ל דאי חיישת לאמלוכי גם אילו היה של אשתקד כלומר היין הראשון נימא דכתב ע"מ להניח את של ר' יונה

שם ונמלך ולמה הוצרך לומר שאין זה אותו היין אלא ודאי לא חיישינן לאמלוכי ומה שאמר ומתניתין נמי תוכיח דקתני אשתקד וכו' ומשני פנחיה ופנחיה ברשימא בעלמא סגי אף על פי שלא היה שם תרומה מעולם משמע שהוא סבור שמתחילה כתב עליה תרומה לפנחיה כי היכי דלבדלו אנשי וז"א דלשון לפנחיה שבקיה משמע הניחו כמות שהיה והיינו כשפנה יין של אשתקד אבל באותו יין עצמו בחזקה קמייתא קאי ואין דרך שיכתוב לכתחילה שם תרומה או קרבן על החולין דשויה אנפשיה איסורא ושמא לא יהא נאמן אחר כך לאוכלו דאינו סומך על אמתלאה זו אי נמי דילמא אתי לידי חשדא שיראוהו אוכל מהם וכן מוכח שם בדברי הרא"ש שכתב כשאנו מוצאין דבר שכתוב בו שם פ' אין לנו לומר שנכתב לפנחיה דלא אמרו התם אלא לפנחיה שבקיה ובנ"ד לפנחיה לא שייך אבל איפשר שפרע ומה שלא כתב הפרעון אימור אשתלי.

אלא שיקירנו החכם השלם נר"ו חדש לנו בזה סברא מחודשת דאין לומ' שמא פרע שהרי הרשב"א יהיב טעמא על מ"ש בפנקס שמא פרע והא דלא צוה מלאך המות אנסיה כמ"ש בחשן משפט סימן ק"ז אלמא אשתלי ולהרמב"ם ז"ל שפסק בה' מעשר כת"ק דמצא חבית וכתוב עליה קוף קרבן תיו תרומה לא אמרינן אשתלויי אשתלי ואומר אני דיילדא אמיה גברא דכוותיה תילד ואי לא לא תילד אף על גב דאית ליה פירכא דטעמא דמלאך המות אנסיה לא יכפור בו הרמב"ם דלאו דהרשב"א הוא דגמרי' ערוכה היא בס"פ המוכר את הבית וטעמא דאשתקד דקאמר רבי יוסי בירושלמי מוכיח שהוא עיקר מההוא עובדא דר' מני בריה דר' יונה וגבי דינא דמתני' דמעשר שני פשיטא דהלכה כסתם מתני' ור' יוסי יחידאה הוא והך עובדא דר' מני דקאמר אשתקד וכו' אפילו כת"ק אתא דע"כ לא אמר ת"ק אלא לענין איסורא דאזלי' לחומרא דאף על גב דרובא דעלמא לאו תרומה היא מכל מקום כיון דכתיבה זו היו רגילין לכתוב תי"ו תחת תרומה אתרע לה רובא ואזלי' לחומרא ור' יוסי סבר כיון דאיכא למימר אשתקד היתה לא אתרע רובא הילכך גבי ממונא דאפי' במקום רובא אין הולכין אחר הרוב אמרינן אשתקד כ"ש היכא דליכא רובא אבל בודאי מה שתמה החכם שיחיה על הרב מהר"י ן' לב ז"ל שאמר כי מה שכתב הטור בסימן ק"י וכן אם הודה בכתב ידו על המטלטלין שבידו שהם מעסק של פ' מוציאין מידם דמיירי בשהודה קודם מותו שפיר קמתמה דודאי דברי הטור הם משום דאיתנהו בעין לעולם הם בחזקה זו ומפקי' מיתמי כמו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר וכמו פקדון בעדים.

איברא שמתוך דברי הרא"ש בתשובה זו שטרח לדקדק ממתני' דפרק כל הנשבעין דחנוני על פנקסו שיש ללמוד מפנקס שאד' רגיל לעשו' בתוך ביתו ולכתוב בו כל ענייניו

משמע דלאפוקי מטענת פרעון קאתי שאל"כ מי לא ידע דמה שכותב אדם על פנקסו אמת הוא דודאי אם לא לוה לא היה כותב לויתי מפ' ואם לא הפקד אתו לא היה כותב יש בידי מפ' דטענת שלא להשביע וטענת לפנחיה לא הזכירם הרא"ש על הפתקאות שעל המשכונות שכתוב עליהם שם הבעלים אבל בפנקס שאד' כותב לא שייכי הני טענתא ואם לזה בא להוכיח לא מייתי מידי מחנוני על פנקסו שכותב שחייבים לו אחרים אלא בא להוכיח שאד' שהוא רגיל לכתוב בתוך ביתו כל ענייניו בפנקס כל מה שנושא ונותן בשל אחרים שבידו ודאי קפיד ודייק טפי לכתוב מה שנושא ומה שנותן ומייתי מדקתני לא שיאמר כתוב על פנקסי שאתה חייב לי מנה כלומר דלא הוי כשהלוה עצמו מכחישו אלא כשאמ' לו תן לבני וכו' וסומך על מה שמוצא כתוב בפנקס ומשם יש לדקדק נמי מדנקט שאתה חייב ולא נקט שנתתי לך דומיא דהוא אומר נתתי דעלה קאי שהם אומרים לא נטלנו ללמד דה"ה אם שלחו לו ע"י שליח לפרוע ואמר שליח פרעתי והוא אומר לא קבלתי שהרי כתוב בפנקס שאתה חייב לי ואני דרכי לכתוב כל מה שאני מקבל וברי לי שלא פרע לי אז שא"כ הייתי כותב' לפניו ולא תימא אינו טוען ברי אלא שסומך על מה שמוצא כתוב כדאמר בפ"ב דכתובות גבי עדות דע"ה לא מצי מדכר מבעל דבר עצמו דילמא סמוך עליה הכא אע"פ שמתוך כך זכרה שפיר דמי שאם הוא מסתפק שמא קבל ולא כתב ודאי דלא משתבע אלא ברי לי שלא נתן לי דבר שלא כתבתיו בפנקס אלמא דרך חנוני על פנקסו מילתא דלא שכיח ונ"מ דהיכא דמית כיון דמילתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי וג"כ לא טעני' בכה"ג שחזר ולקחם לעצמו דפרעו ושכח ולא כתב בפנקס כגון במי שיש בידו עסקא של ראובן ויש בידו ממון שלו ושל אחרים וכותב הכל בפנקסו מסתמא כל מה שהוא משנה מממון לממון אינו משנה עד שהוא כותב לאלתר שכל עצמו של פנקס לא נעשה אלא לענין שלא יבא לידי טעות אי נמי מחשש מיתה כי לא ידע האדם את עתו והא דכתב הרא"ש ז"ל דקתני לא שיאמר כתוב על פנקסי לומר דפנקס לא הוי הוכחה כנגד כל אדם וכו' אלא דוקא היכא דיש רגלים לדבר כגון שצוה לו ב"ה ליתן לבנו וכו' לא בא לומר דיש רגלים לדבר דקושטא קאמר דאדרבא מ"ה איפשר שכתב כן ע"ד ליתן לו כמו שאמר ב"ה ושוב לא בא ולא נתן אלא רגלים לדבר שהאמינו קאמר ומ"ה נשבע ונוטל דמשא"ל תן לבני שלא בפני קאמר ודאי המניה כשיאמר נתתי ובאותו הנדון כתב ובעינ' שניכר ששמעון היה רגיל לכתוב על כל ענייניו בפנקס ויש רגלים לדבר שכל מה שכתוב בו שהוא אמת שהרי שטר ועדים מעידים וכל בני ביתו יודעים יש לילך אחר הפנקס וכל בעל עסק מוחזק בעסקיו שמכירי' בפנקס שלו עכ"ל וצריך לבאר אם יש שטר ועדים פנקס מאי עבידתיה

דקאמר יש לילך אחריו אלא הכי קאמר יש רגלים לדבר שהממון נכנס בידו וכל מה שכתוב בפנקס אמת שכן מוכי' מהשטרות והעדים מעתה יש לילך אחר הפנקס ללמוד ממנו על מה שלא כתב שאילו החזיר ונתן המעות משלו היה כותב כן בפנקס ולא תימא סמך על מה שנמצא פתקי שם הבעלים על המשכונות שהרי כאן לא הזכיר הרא"ש ז"ל הפתקים וכבר פסק הרא"ש למעלה שהפתקים ראיה גדולה על המשכונות ועכשיו לא נסתייע הרא"ש מהם אלא מהפנקס לבדו. והטור סי' צ"ה בדין חנוני על פנקסו הביא דין זה שדקדק הרא"ש מדנקט חנוני על פנקסו דמתוך זה פסק שיש לדון על פי פנקס וכו' ואפילו להוציא מן היתומים וכו' והא דאפיק מיתמי לא היה שום חשש אלא שמא החזיר ואפ"ה הוציא ע"פ הפנקס ומה שהזכיר הטור אחר כך והיה כתוב בכל פתק שם ראובן קושטא דמילתא קאמר ואגרא נקטיה כמו שמוכיח מתוך תשובת הרא"ש וכתב עלה הרב בב"י ועיין בתשובת הרשב"א שכתבתי בסי' ק"ו והיא התשובה שהביא החכם הפוסק נ"ר למעלה ואינה מנגדה לתשובת הרא"ש שלא בכל פנקס אמר הרא"ש דאזלינן בתריה אלא דומיא דחנוני שדרכו להקיף ולקבל וכותב הכל בפנקס וכן מתעסק בנכסי אחרים שבידו וכותב הכל בפנקס מה שהוא לוקח ומה שהוא נותן ויש רגלים לדבר שכל מה שכתוב בו לא יחטיא השערה ממנו נקח על זה שאילו החזיר היה כותב אבל פנקס של כל אדם דלא הוי על עיסקא שכותב על פנקסו לויתי מפ' מנה איפשר שפרע ולא חש לכתבה והכל לפי ראות הדיין אם היה טענה רחוקה דלא שכיחא כלל או אם שכיח קצת ובנדון דידן לא הוי כאותו ענין ולא דומיא דחנוני על פנקסו כ"ש שאפילו פנקס מסודר אין כאן אלא כותב אחת הנה בכתב אחד ואחת הנה בכתב אחר ושמא שהיה לו כתב אחר שכתוב בו הפרעון ונאבד.

ועל טענת אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אי שייך במה שכתב בפנקס לויתי כך וכך כבר הביא החכם הפוסק נ"ר תשובת הרא"ש שבכלל ס"ז שהביא בח"מ סימן ס"ה בשטר של ראובן שמת שנמצא כתוב עליו בכתב ידו שחציו לשמעון דלא עדיף מה שכתב משאילו הודה ונתקשו חכמי הדור בתשובה זו עם תשובה אחרת שבכלל ס"ה הביאה הטור סי' פ"א שכתב אם הודה בכתב ידו שחייב מנה לפ' אינו יכול לטעון שלא להשביע עצמי הודתי דכולי האי לא הוה עביד שלא להשביע את עצמו ותרצו היכא דלא הוציא השטר מידו עשוי שלא להשביע ולא עדיף מהודאה אבל כשנתן הודאתו ביד הלוה ודאי עדיף דכולי האי לא עביד אניש והחכם הפוסק נ"ר חלק בענין אחר שכשהוא מתחייב יכול היה להתחייב בע"פ ולמה כתב אבל כשמודה על שטר שבידו א"א להודות אלא אם כן יכתוב על גבו שמי שיקראנו יראה מה שכתוב ע"ג ובהא לא שייך לומר דכולי האי

לא עביד והחילוק נכון הוא אלא שכבר נתקשה בתשובה זו להרא"ש שבכלל פ"ו שכתב דלא שייך הכא טענת שלא להשביע דהיינו דוקא כשאומר בפני העולם וכו' והלא אין אדם יודע ושומע החוצה ור' דסבירא ליה דכשאינו מוציא הכתב יד החוצה אמרינן למאי כתביה ומי ידע בו ונדחק לומר שסמך על מה שאמר בסוף שלא היו לשמעון בני בית זולת אשתו וכו' ואין זה נרא' שלא הזכיר הרא"ש זה אלא על טענת פנחיה ולא על טענת השבעה. אבל נ"ל דדוקא כשכותב ע"ג השטר שייך לומר טענת שלא להשביע כשיצטרך כשיוציא השטר לגבות בו שלא יראה עשיר בפני השומעים אבל בדברים שבביתו כגון המשכונות שהיו לו בבית מי רואם ומי יודעם זולתי קורות ביתו וזה אין סברא שרוצה להסתיר מבני ביתו כי מהם אין כל דבר נעלם ובכותב בכתב ידו שהוא חייב בין מסרו ליד המלוה בין מסרו ליד אחרים הואיל וכתב ונתן והוציאו מתחת ידו ליכא טענת השבעה דכולי האי לא עביד אינש שיכולין לתובעו ע"י הכתב. אבל כותב ומעכב בידו לאו כלום הוא אפי' ראוהו עדים דשמא כתב ללות ולא לוה או סבור להקנות את השטר ולא הקנה ולכך לא קפיד מלכתוב ולשון הטור שכתב שאם הודה בכתב ידו אף על פי שלא מסר ללוה קאמר מיהו לאחרים נתן דאי לא כן היאך מקרי הודה בכתב ידו ולמאן מודה ולשון הרא"ש מוכיח כן שכתב לא עדיף מאלו הודה לו בפני עדים משמע דהשתא לאו בפני עדים מיירי ועוד יש לחלק שלא כתב הרא"ש דכולי האי לא עביד אינש שלא להשביע אלא בהודאה שהוא חייב דכיון שהלה רואה שטורח לכתוב סבור שהוא אמת שחייב לו ממקום אחר או גזלו ורוצה לפרוע אי נמי מאחר דשעבד נפשיה רוצה להתחייב לו כדאמרינן בריש פרק הנושא דמתחייב אדם אף במה שאינו חייב ובהיתר יבא הלה ויתבענו אבל כשמודה שאותו השטר הוא של פלוני בין בכתב בין בעל פה אדם עשוי לכך שלא להשביע את עצמו ובטוח הוא שלא יבא אותו פלוני לגבותו שהרי הוא עצמו יודע שאין לו באותו שטר כלום וכה"ג חלקו התוס' בפ"ב דכתובות גבי הא דאמר האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן דמוקמינן דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והקשו התו' להמניה במגו דאי בעי מחיל ליה וי"ל דאין דעתו למחול ולהפסיד חובו אבל כשאומר אמנה לא מפסיד מידי שאין הלוה גזלן. ולפי שיטתנו יצא לנו דבנ"ד אף על פי שיש לאיש הזה בני בית לא שייך טענה דהשבעה מהטעם שכתב הרא"ש בתשובה זו דוקא כשאומר בפני העולם שלא יחזיקוהו בעשיר אבל מן הצופה ולפנים בביתו ובחומותיו אין לומר טענה זו.

ועל ספק ממון עניים הנה זה כשלשים שנה כתבתי על הגהת מרדכי שכתב דמעות דמספקא ליה אם הם של צדקה חייב ליתנם לצדקה שהביא מהרר"י אדרבי ז"ל סימן

רכ"ג ולמד ממנה דלא אמרינן בשל עניים המע"ה ודקדקתי בסוגיות דפ' הזרוע ופרק ב' דבכורות ובסוף סוטה ובפ' קמא דיומא ובירושלמי דפאה והבאתי הא בעיא דפרק מי שמת דהקדיש כל נכסיו והעלתי שהדבר מוכרח מכל הסוגיות שספק שבין אדם לעניים הרי הוא ככל ספק שבממון שהמע"ה ותמהתי מאותה הגה"ה שבמרדכי שלמד מספק לקט דאמר קרא עני ורש הצדיקו דהא ודאי דוקא במתנותיו קאמר וממקומו הוא מוכרע דהתם בסמוך אמרינן בירושלמי ריש לקיש בשם בר קפרא לא תטה משפט אביונך בריבו בריבו אי אתה מטהו אבל אתה מטהו במתנותיו אלמא כל שאינו ממתנותיו שזכתה לו תורה קורא אני עליו בריבו והרי אתה דנו כדרך שאתה דן בין אדם לחבירו והעמדנו דברי ההגה"ה דוקא דומיא דספק לקט דאתחזק שם הלקט וכגון שהיו בידו מעות של צדקה ומעות משלו ונמצאו שם מעות ואין ידוע אם משלו אם משל צדקה הואיל והדבר שקול אמרינן צדק משלך ותן לו אף על גב דבאינש דעלמא הואיל ונמצא ברשותו המע"ה גבי עניים יש לזכותם מדיוקא דבריבו דס"ל דטעמא דמתנות לא הוי בכלל ריבו משום דבמתנות ליכא למימר העמד ממון על חזקתו אע"פ שהיא שלו מתחילה שכבר זכתה לו תורה בהם כגון ספק לקט דתנן חורי נמלים שבתוך הקמה וכולי שלא ידענו מהיכן גררו וה"ה ספק צדקה שנתחלפה או שנמצא ואין ידוע מהיכן היה אעפ"י שהצדקה היתה מעיקרא משל ב"ה וכ"ש אם היה משל אחרים אע"פ שנמצא עכשיו ברשותו דבשל כל אדם אמרינן המע"ה בעניים לא וכבר ישבתי תשובת מהר"ם בסי' רנ"ט בתשובותיו על ד' וה' כיסין שהיו בתיבה ונטלה הבת הקטנה ב' דינרין ואינו יודע מאיזו מהן נטלה השיב דכיון דנטלה מן הקבוע כמחצה על מחצה דמי והמע"ה דקשה טעמא משום דקבוע הא לאו הכי אזלי' בתר רובא והא קי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כדמוכח בריש המני' ובהמוכר פירות ובכמה דוכתי אלא נראה דכי אמרינן הכי היינו היכא דאיכא למימר אוקי' ממונא בחזקת מריה אבל כאן דהוחזק שם ממון אחרים אין לממון הנמצא חזקה קמייתא אלא משום שנמצא ברשותו הילכך רובא עדיף דומיא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב דתפיסה דהכא הויא תפיסת ספק במה שאין ידוע שהוא שלו אבל בשל עניים הואיל והספק שקול שייך לומר הצדיקו הצדיקהו במתנותיו כדנפ"ל בפ' הספינ' לענין הכרע דכתיב צדק צדק משלך ותן לו. ומה שקשה לכאורה על זה בפ"ב דבכורות גבי בכור מת א' מהם ר"ט אומר יחלוקו ר' עקיבא אומר המע"ה דאמר רב פפא הכל מודים כשהפקיד אצל ב"ה כלומר דהויא כהן מוציא לא נחלקו אלא בחצר ב"ה ורועה כהן וכו' ושם פירשתי. וקרובים דברי החכם השלם נ"ר להיות כדברי שכתב דלא מספקא ליה אלא במעות שלא הוחזק בהם מעולם אבל מה שדמהו למציא'

ואמר דכה"ג אמרינן גבי מציאה כיון דלא הוחזק בו דנימא דלוקמי בחזקת מרייהו אי למציאה מדמי ליה כגון ס' הנוח דאסור מאי אירייא של עניים אלא הכא ברשותו נולד הספק ובשל אחרים הי"ל לומר המע"ה ומשום דבשל עניים הוא קרינן ביה עני ורש הצדיקו אבל שייך להביא ראיה ממציאה מההיא דספ"ק דכתובות גבי מצא תינוק מושלך אם רוב ישראל ישראל למאי הילכתא להחזיר לו אבדתו וכתבו התוס' ואפילו לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שבהיתר באו המעות לידו ומדעתו נתנם לו הלוקח אבל הכא מודה דאזלי' בתר רובא וזה סיוע לדברי מהר"ם דאמר דוקא משום דהוי קבוע הכא נמי בספק שקול מצדיקים את העני. זהו על פי דרכו של בעל ההג"ה ההוא אבל יש לנו לומר שהירוש' כפשוטו מתפרש דוקא במתנותיו שזכתה לו תורה וחייבה לב"ה לתת לו או לעזוב לפניו לפיכך אינו רשאי לזכות בנמצא ברשותו מספק ועשאו הכתוב כאילו אינם ברשותו אבל ממון של צדקה של עניים שכבר יצא ידי פסידה או עזיבה כממון אחרים דמי וזה דעת שאר כל המפרשים ז"ל. וראיתי למהר"ר שמואל חיון ז"ל בתשובה סי' ל"א העמיד דברי ההגהה של המרדכי דוקא היכא דמספקא ליה שמא אלה המעות הקדישם לעניים אז ומחייבינן ליה לצאת ידי חובת נדרו ומיהו הלשון שבמרדכי לא משמע כן שכתב דמי שיש בידו מעות ומספקא ליה אם הם של צדקה או לאו אלמא בנמצא קמיירי ובין שלו בין של אחרים משמע.

והביא שם הא דאיבעיא לן בפ"ק דנדרים אם יש יד לפאה ויש יד לצדק' ולא איפשיטא וכתב הר"ן ז"ל משם הרמב"ן והרשב"א דאזלינן לחומרא משום דהוי תיקו דאיסורא וכן כתב הרא"ש שם והקש' אמילת' דהרשב"א מדידיה אדידיה שכתב בתשובה הביאה בי"ד סי' רנ"ט דמייתי הך בעיא דפרק מי שמת חלק כל נכסיו לעניי' מהו וסלקא בתיקו דאיסורא ויש מי שפסק בקול' כתיקו דממונא ולקולא ולזה דעתי נוטה והרא"ש ז"ל שכתב שם בנדרים דאזלינן לחומרא כאן בפרק מי שמת פסק דאינו חוזר מטעמא אחריתי אלמא לא חשיב ליה בספק איסורא כמו שדקדק מהר"ר ישראל במכתביו סי' נ"ג וכמה כרכורי' כרכר כדי ליישבן ולבסוף העלה דדוקא בההיא דפ' מי שמת פוסקים לקולא דמצינן למימר איהו קים ליה בנפשיה שלא גמר להקנות מחיים אבל התם גבי יד מספקא לן אי כשאמר והדין אי לצדקה קאמר או לנפקותא לא מצי אמר לנפקותא איכוונ' שהדבר מוכיח טפי דלצדקה קאמר ואמר כי לא נעלם מעיניו הדוחק שיש בדבר ואין אנו חוששין על הדוחק למה שיש בו מן הסתירה דבאומר לנפקותא איכוונ' מאי קמבעיא לגמרא אפי' תימא יש יד הא בעינן פיו ולבו שוין ומהימן לומר כך היה בלבי

מתוך שהוא נאמן על פתחו דקי"לן נשאלין על ההקדש כדמוכח בפ' שום היתומים דתנן המקדיש את נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ר' אליעזר אומר כשיגרשנה ידיר הנאה ר' יהושע אומר אינו צריך ומוקי פלוגתי' בשאלה דהקדש ואתיא דר' אליעזר כב"ש דאמ' הקדש טעו' הקדש אלמא לב"ה נשאלים על ההקדש אלא ע"כ בעיין בשמודה דלהקדש נתכוון מ"מ גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו כדאמר בפ' שבועת שתים ואם יש יד לצדקה הרי הוא כאילו בטא. והתם נמי גבי ש"מ לא מספקי' בדעתו באותה שעה אם גמר לתת מתנה מחיים דהא ודאי להדיא כתב מתנת בריא מתנת עלמין דלא למהדר מינה וכי אמר לא גמרתי להקנות מחיים מי צייתי' ליה להכחיש דברי השטר אלא אנן הוא דאמדי' לדעתיה כי מה שגמר לתת מתנת בריא דלא למהדר מינה היינו משום שסבור כי מת הוא ולא יחיה דאילו מספקא ליה אם יחיה היה מתנה אם מתי דומיא דר' שמעון בן מנסיא דמייתי עלה הרי ששמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחרים וכו' דאמרינן מסתמא אילו היה יודע שבנו קיים לא היה נותן לאחרים מתנה גמורה ומספקא לן במקדיש נכסיו אם אומדנא זאת מוכרחת דש"מ כל לגבי הקדש שביק אינש נפשיה ואפי' אם היה מסתפק אם ימות היה גומר לתת לעניים הילכך בין בבעיא דנדרים ובין בבעיא דפרק מי שמת בשכוונתו ליתן לעניים מיירי אלא שאנו דנין על דבריו ומספקא לן מילתא. גם מה שחלק ידידנו החכם השלם נ"ר למי שפסק גבי ידות לחומרא דבעיא דידות לענין נדרים איבעיא דאיסורא נינהו וספק איסורא לחומרא ובעיא דכותב כל נכסיו לענין ממון איבעיא וספק ממונא לקולא לנתבע ובבעיא דידות גופא דהר"ן ז"ל פסק לקולא והרמב"ן והרשב"א פסקו לחומרא וכן נחלקו רבוותא בבעיא דכותב כל נכסיו אמר דבהא פליגי דכל היכא דאשכחן מילתא דאית ביה איסורא וממונא אשכחן דפליגי רבוותא כגון בההיא דשלהי נדרים שכתב הר"ן פסק הנגיד אף על גב דפלוגתיהו לענין איסורא וקי"ל הילכתא כרב באיסורי אפ"ה כיון דעיקר פלוגתייהו בדינא תליא נקטי' כשמואל אבל התוספות והרא"ש פסקו כרב וכן הביא מ"ש הרא"ש בפ' דו"ה במה שנחלקו רב ושמואל בנגיחות ובווסתות ומה שאמר הטור ח"מ סימן ס"ז גבי ספק לענין חוב בשביעית דאיכא ממונא ואיסורא. ולדידי לא מחוורא מילתא לתלות הדבר באותו מחלוקת דדוקא לענין פלוגתא דרב ושמואל שמסרו זה הכלל בידינו דהלכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני דמילתא דאיכא איסורא וממונא אזלינן בתר מילתא דאתמרא עלה פלוגתא דאמרינן כי איתשיל איסורא אתשיל והראשונים שמסרו הכלל על זה סמכו דנחזי אנן על מה הוב' עיקר מלתייהו וכן לדברי הרא"ש שכתב דשמוא' בקי טפי בדינין ורב באיסורין כיון דלענין ממונא אתשיל מסתמא דק בה שמואל טפי ונחית לעומקא דדינא ורב אף על גב

דבקי באיסורי לא רמי אדעתיה למידק כיון דלאו לענין איסורא אתשיל וכן איפכא אבל לענין ספקא שאנו מסתפקים בדבר אפילו לענין ממונא אתשיל ואזלינן להקל על הנתבע מכל מקום כיון דשייך נתבע באיסור אם לספק ממון לא יחוש יחוש לספק איסור ואפי' היכא דהוו תרתי דסתרן כגון בההיא דספק מגרימתא דפרק אלו טרפות דאמרינן תרתי עבד לך רב אפרשך מספק איסורא ומספק ממונא והטבח עצמו פטור מלפרוע שמא אינה מוגרמת ואסור לאוכלה שמא היא מוגרמת הילכך כל היכא דאיכא איסורא וממונא יש לחוש לספק האיסור אלא שיש מקום שלא נאמר כן כמו שבארתי במקום אחר והנה מהר"ר שמואל חיון ז"ל כתב דראב"ן ומהר"ם דפסקי בההיא דמי שמת לחומרא יחידים נינהו ולא חיישינן להו ותמהני שידוע הוא שמהר"ם ז"ל באחרונים אין ערוך אליו וראב"ן בראשונים גדול שמו ואיך לא נחוש לדבריהם במילתא דאיסורא ולא דמי לתרי ספיקי ספקא דמילתא וספקא דרבוותא דחד ספקא הוא דאת"ל דממון עניים הוא וחיי' לפרוע לא נשאר שום ספק אחר ואת"ל דכל ספק עניים לחומרא לא נשאר עוד ספק אחר ומהר"י במכתביו סימן נ"ג שכתב אין לחייב מטעם דניזיל לחומרא ראה דברי הפוסקים לקולא א"ז ואשירי ולא ראה דברי ראב"ן ומהר"ם דפסקו לחומרא מדלא הביא דבריהם ונ"ל דבהא תליא פלוגתא דאי פליגו בההיא בעיא דידות דלהר"ן ז"ל דבעיא דיד לצדקה הוי דומיא דבעיא דיד לפאה כי היכי דהתם לא שייך נדר הכי נמי גבי צדקה דאמר הרי זו צדקה והדין דחשיב כמו נדבה בקרבנות דאע"ג דקאי בבל תאחר מכל מקום נדרא מיהא לא הוי כדתנן כנדרי כשרים לא אמ' כלום כנדבותיהם נדר בנזיר ובקרבן שהכשרים אינן נודרין אלא נודבין וכיון דנדבה היא לא מחייב באחריותה ובהכי ספק ממונא איקרי וספקא לקולא ואפי' תימא דמחייב בבל תאחר כדאמר בגמרא ה"מ ודאי דבעמוד והוצא קאי אבל ספקא דמדינא פטור לא שייך בה בל תאחר. ולהרמב"ן והרשב"א בעיא דיד לצדקה כשאמר בלשון נדר היא דנפ"ל מבפי' זו צדקה דאי לא מחייב מדין נדר מאי קמבעיא ליה אם יש יד הא אפי' אמר בהדי' בדבורא בעלמא לא מחייב דל"א אמירתו לגבוה אלא בשל בדק הבית ולא בשל עניים בשלמא פאה כיון דבדבורא מתפיסה כל מה שמוסיף יש לה דין פאה דהפאה אין לה שיעור אבל אי אמר הרי זו לצדקה האיך יזכו עניים בה ואיפשר נמי דס"ל דבכה"ג ליכא בל תאחר כמ"ש רש"י לקמן אמתני' דנדרי כשרים דגבי נדבה ליכא בל תאחר דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה וע"כ צ"ל לדידיה דהא דאמרינן הכא דאתקש לקרבנו' לענין בל תאחר היינו דוקא כשהוציאו בלשון נדר אבל הר"ן כתב לקמן דאע"ג דאמר הרי זו דילמא פשע בה ומאחר לה יותר מג' רגלים ולשטתי' אזיל דמפרש שמעתא דהכא באומר הרי זו וכן מוכח בתשובותיו

בסימן ח' דבפיך זו צדקה חל על אחד משני דרכים או כעין נדר או כעין נדבה שהאומר סלע זו לצדקה זכו בו עניים כדין נדבה ומכל מקום אפילו אם עבר עליה בבל תאחר לא קעבר משום בל יחל ומשום מוצא שפתיך תשמור דמאחר שחל ההקדש על הספק הרי נתקיימו דבריו אבל באומר הרי עלי אם לא הביאו עובר בלא יחל דברו ובהא ניחא הא דקשיא ליה להר"ן ז"ל הא דאיבעיא לן אם יש יד לצדקה בתר דאיבעיא לן אם יש יד לפאה ולא איפשיטא שלא נראה לו מה שפירשו בה רבותינו וכתב דהני תרתי בעי' לאו בהדדי איתמר ולא שייכי באת"ל ובצדקה שהוציא' בלשון נדר א"ש דאיכא רבותא בצדקה דמחוייב לקיים נדרו ודמי טפי לנדר ומיהו לא בעי למימר את"ל דאין יד לפאה דהוי כעין פשיטות' משום דמשמע ליה לתלמוד' דבתרוויהו סלקי בתיקו משום דאין הקדש למחצה וא"ת ואמאי לא קאמר גבי צדקה דנדר כיון דאתן קאמ' וקעבר עליה משום לא יחל וי"ל דמכל מקום לא קעבר משום לא יחל ולא לקי דלא נאמר לא יחל בנדר שאוסר החפץ על עצמו כדכתיב לאסור איסר על נפשו או בשבועה דאסיר נפשיה בשבועה אבל הא לאו שבועה היא דאסר נפשיה ולא איסור דחייל אחפצא הוא אלא רבוייא הוא דמרבי' מבפיך זו צדקה דחייב לקיים מוצא שפתיו אבל מלקא לא לקי וא"ת היכי קאמר אם תמצא לומר יש יד לצדקה דאין הקש למחצה הא ע"כ הוי הקש למחצה דלא קעבר בלא יחל כנדרים וי"ל דמשום הא לא מקרי הקש למחצה דלא אתרבי אלא בעשה דכתיב ועשית כאשר נדרת וכולי אשר דברת בפיך וגבי לאו דלא יחל לא אתרבי הילכך לא לקי (דאם כן) אזהרת לאו שמה אזהרה ואזהרת עשה לא שמה אזהרה דהא נדבה נמי כתיב בהך קרא ולית בה אזהרה דלא יחל. והנלע"ד כתבתי הצעיר יוסף בכמהר"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן קכה

אבל באומות כלל לא וא"ת לשתוק קרא דמכם דמהיכ' תיתי דמקבלין הא איצטרי' איש איש לרבויינהו י"ל דמ"מ ס"ד דמצדיקי א"ה נקבל להכי אתא קרא למעוטינהו לגמרי לשון התו' וראיתי מה שנתקשה בו הרב הכהן ז"ל דלפי המסקנא קרא דומיא בן נכר למאי אצטריך ומקהי בה אקהייתהא וגמרא ערוכה היא בידינו דאמרינן בפ"ק דתמורה דסד"א הואיל ובני נח אינן מצווין אלא על מחוסר אבר בבמה דילהון דילמא אנן נמי נקבל מינייהו קמ"ל מכל אלה הוא דלא מקבלין וגם התוס' בפ"ק דע"ז כתבו כן דלהכי אצטריך קרא והם דברי הגמ' בתמור' וזה גרם לו לרב ז"ל שנתקשה עוד בסוף דבריו על דברי התוס' שהקשו א"כ לשתוק קרא מיניה ומהי תיתי דמקבלין דנימא דמכם אתי לאפוקי דלא נימא דקרא דומיד בן נכר אתי למימר הא תמימי' תקריבו והשתא

אמרי' דאצטריך לעבור עליהם בלא תעשה ועשה ואולי חשב הרב ז"ל דהוי כעין הא דאמרי' בעלמא לעבור עליו בשני לאוין דאמרי' בפ' כל שעה היכא דאיכא למדרש דרשינן ולא מוקמי' ליה בלאוין יתירי וזה אינו דאי שתיק מקרא דמכם ומסברא לית לן דנקבל מינייהו לא דייקי מקרא דומיד בן נכר הא תמימים תקריבו דהא לגופיה אצטריך לעבור עליהם בלאו ועשה דסד"א דהוו כתמימים לגבייהו ולית בהו אלא איסורא מסברא וכיון דאיצטריך קרא ללאו היכי דייקינן הא תמימים תקריבו הא אין עליך לומ' אלא הא תמימים אינם באזהרה ולית בהו אלא איסורא גרידתא ומ"ש התוס' ללאו ועשה היינו אי דרשי' בכם חלקתי ובאומות כלל כלל לא איכא עשה דבכם חלקתי דהוי לאו הבא מכלל עשה אפילו בתמימים ובעלי מומין נוסף עליהם לאו דומיד בן נכר עוד נתקשה הרב ז"ל בתי' התוספות שכת' דמ"מ ס"ד דמצדיקי א"ה נקבל א"כ השתא קרא דאיש איש לרבות רשיעי אתי' דלצדיקי לא אצטריך א"כ לשתוק קרא דמכם ומקרא דאיש איש שמעינן דבאומות לא מקבלין מנייהו כל עיקר וחתר להשיב בזה ודחק עצמו להפך הסברא ממקשה למתרץ וקושיא מעיקרא ליתא דכי כתב התוס' דס"ד דמצדיקי האומות נקבל היינו לומ' שאין לנו לחלק בין ישראל לאומות ואי לא כתיב אלא מן האדם דמשמע ולא כל האדם לא היינו ממעטים לכל הרשעים בין דישראל בין דאומות וכי אתי רבוייא דאיש איש טפי אית לן לרבויי פושעי ישראל ולא פושעי האומות להכי כתיב בכם לומר בכם חלקתי ולא באומות שאפילו רבתה תורה פושעי האומות לקרבן והשתא דאתינא להכי אין אנו צריכין לתרץ דקרא דאיש איש אתיא לרבות רשעי האומות דהא בהדיא קאמר גמרא לרבות את העכו"ם שנודרים נדרים ונדבות כישראל משמע ולא טפי מישראל אלא דודאי לרבות צדיקי דידהו אתי אע"ג דמסברא אית לן דמקבלין סד"א מכם מעטינהו לגמרי קמ"ל וכ"ת לשתוק מתרוייהו ולכתוב מן האדם הא מצדיקי קביל מרשיעי בין דישראל בין דאומות לא תקבל ואפילו אי כתיב איש איש טפי הו"ל לרבויי רשעי ישראל מרשעי האומות להכי כתיב מכם בכם חלקתי ויש לנו לומר שכל זה הוא בכלל דברי התו' שתירצו וי"ל דס"ד דמצדיקי האומות נקבל והשתא קרא דאיש איש יש לך לפרשו בשני פנים או לאתויי רשעי האומות או לצדיקי בתר דכתיב מכם כדפרישית.

וב"כ תניא אדם לרבות את הגרים מכם להוציא את המומרים ומה ראי' לומר כן אמור אדם לרבות את המומרים מכם להוציא אחר שריבה הכתוב ומיעט ת"ל בני ישראל מה בני ישראל מקבלי ברית אף הגרים וכו' ואימא מה ישראל בני מקבלי ברית וכו' ת"ל מכם ועכשיו אל תאמר אלא מה ישראל מקבלי ברית וכולי וצריכא דמעיקרא נמי למילף דרשא דמכם מכח בני ישראל והשתא רוצה ללמוד דרשא דבני ישראל מכח דרשא דמכם

ועוד קשה דאחר שריבה הכתוב ומיעט דהא לא מסרן הכתוב אלא לחכמים ומרבה אני את הגרים שהם כישראל לכל דבריהם דכתיב תורה אחת יהיה לכם ולאזרח ומוציא אני את המומרים שהם פושעים ומפירי ברית ונראה דכי פריך ומה ראית לומר כן ודאי ידע דאדרבא איפכא מסתברא והכי מסיק לבסוף אלא ה"ק ודאי אי שתיק קרא לגמרי מסברא לא הוה ממעטים לא גרים שהם בכלל ישראל ולא מומרי' שאעפ"י שחטא ישראל הוא ואצטריך מכם להוציא את המומרים והשתא כדי שלא נטעה ונמעט גרים נמי מיניה אצטריך קרא לרבויינהו להכי פריך ומה ראית.

תם ונשלם חלק השני שבח לאל בורא עולם.