שו״ת · אחרונים · פני יצחק

שות פני יצחק חב

רבי יצחק אבולעפיה

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות פני יצחק חב

רבי יצחק אבולעפיה

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שות-פני-יצחק-חב/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

שו"ת פני יצחק ח"ב או"ח הקדמה 4
שו"ת פני יצחק ח"ב או"ח 8
סימן א 8
שו"ת פני יצחק ח"ב יו"ד 21
סימן ב 21
סימן ג 48
סימן ד 96
שו"ת פני יצחק ח"ב אה"ע 103
סימן א 103
סימן ב 141
סימן ג 150
סימן ד 194
סימן ה 209
סימן ו 226
סימן ט' 278
סימן ז 286
סימן ח 326
סימן ט 355
שו"ת פני יצחק ח"ב חו"מ 393
סימן א 393
סימן ב 481
השו"ת פני יצחק ח"ב השמטות 501

שו"ת פני יצחק ח"ב או"ח הקדמה

הקדמה:

לרבי יצחק בן משה אבולעפיא ז"ל:

בס"ד הקדמת המחבר בשפה רפה מדבר:

הני מילי ממולייתא. מלין ע"ג מלין לישנא דבישות"א אל פחת בית"א. קא מי מילתא כי אין בית' אשר אין שם ממהדורי מילי:

הני אחריני אסופא דמילתא העלמ"א יוצאת למיגדר מילתא דאמירן בעלמא עלמו"ת טופפו"ת מקרבן מילי:

הני נמי שורות החיצוניות הדרא דקנת"א למאי דביני פני ריש גרגותא ויצחק בא מול פני הני מילי:

הני דבתרא הוא בהדי שותא. לעומת המסגרת אסיפא דביתא הוא הדבר אשר אמרתי הא והא במילי:

הני דאמרן ערב רב עלה אתם דחיקא מילתא בעלמא דין על פני יצחק זיבולא בתרייתא הלא הוא פטומי מילי:

מילתא כנגד כל ישראל הנה העלמ"א. הלא היא ברכת את הבריאה תבל בנעימה. ימין ה' רוממה. בשביל ישראל שנקראו ראשית חכמה. בניו"ת ברמה. סמוכין בעלמא. קאי עליה אסדרא דקדושה קדש ישראל פני העדה כולם קדושים גזע ישישים בני שלשים אברהם יצחק ויעקב דמשתבח קובה"ו בשבחייהו:

מילתא דתליא באשלי רברבי. זאת התורה כרוה נדיבי מלאכי אלהי"ם ברן יחד כוכבי. טענין ללוק"ח קו"ל המצ"ר לישראל דינא הוא דמעכבי זכו בעלמא יצאו גדודים שרפים עומדים פני משה לולי ה' אלדי"ו עמו דורש טוב לעמו היושבי בשמים יצחק כי הוא אמר בני הם היינו רביתייהו: מילתא דבדידיה. רב חסד"א נקיט בידיה. וידבר ה' אל משה משתעי בהדיה אחוז בכסא כבודי מה' מסעד"י. ואנכי אהיה עם פיך והוריתיך מורי בעלמא ותצא דינ"א בהדי כבשי דרחמנא פני אלדי"ם מלך עוזר ומושיע מגן וצינה ותנתן דת לבני אברהם זרע יצחק להם לבדם נתנה ופרס סודרא עלייהו: מילתא דעדיפא טובא. אורייתין כשרה צדק ילין בה. שבצדק"י עריב"ה במדב"ר בערב"ה שהכל דשין בה לאכול מפריה ולשבוע מטובה שובעא: בעלמא והמשכילים יזהירו כזוהר נהירין פני. הרוצה ליהנות יהנה הנה משמני והיה כי יקרא גיל יגיל יצחק ירנן שמחה לאיש במענהו וה' ענהו ענהו:

מילתא דאתיא מכללא זאת תורה לעולה חן חן לה והנה מנורת זהב כולה חוזרת על אכסניא שלהי ברחובות תתן קולה מקול הקורא באסיפה בעלמא ויהי בשל"ם אגר נטר לפום צערא על:

פני טר"ח טירחא יתירה למרבה המשרה כס פלפלא דקובה"ו חדי ויהי יצחק לדבריהם דרבנן דפקיע שמייהו:

מילתא דאמור רבנן ה"ן מוסיפין על הדברו"ת תוספת דרבנן כעין דאורייתא תקון לכל הדברות. לפקוח עינים עורות. והיו למאורות להבין הבין ולהורות סברא:

בעלמא סברי מרנן בהוויות דאביי. ורבא ומלאו פני תבל תנובה לפום חורפא פלפלא רטיבא שונ"ה שהוא גול"ה:

ביצחק יקרא וכל העם ישמחו איש אל רעהו:

מילתא מסיעת"א לאוקומי גירסא סייעתא דשמיא. וזה פריה למיהוי כספרייא. משאו. ומתנו באמונה שקלא וטריא. וקם לו תלמודו בידו אסמכתא:

בעלמא סמכא דעתיה אדאזיל ואתי את פני הקדש בעלמא דאתי ומייתבא דעתיה בינן של קדושים את אברהם ואת יצחק ואת יעקב דקובה"ו תבע ביקרייהו: מילתא בטעמא טעם כעיקר דאורייתא ותנן בבחירתא גמרא גמור זמורת"א שמעתתא בעיא צילותא ר"ב צל"י עד אשר דק ומעיין בה עיון בעלמא ויקם על צל"ח פנים במשפט פני סמיכי ויצץ ציץ ציצים ופרחים כולם נכוחים עלו בו שמחים יג"ל יצחק אבי חדודי כי יצא כלי למעשהו:

מילתא חדתא אל שמועה כי באה. ובא אליה ושנא"ה. ויח"ד יתר"ו חדשה באר"ש ועשה פרי תבואה.. זה יכתוב ידו אמירה נעימה כתיבה זכר: בעלמא דתלינהו לקשיטי מתלא תלי פני שיטי. הכותב מלילות לקוטי בתר ליקוטי נהר"א " ופשטיה זר"ח:

יצחק משחקת בתבל ארש"ו צדק יקראהו:

מילתא דכתיבא בס' הזכרונות בעט"ים מזומנות מעלה עליו הכתוב כאלו הקריב כל הקרבנות טוב שם מבנים ומבנות כהלכת גוברין דרך גבר: בעלמא כל שישנו בשמירה ישנו בזכירה על פני. כל אחיו כי יתנו במלחמתה של תורה זכור לטוב כי קרבן ה' במועדו ועקידת:

יצחק מעשה הכתב יחשב לאיש ההוא:

מילתא דעבידא מעשה רב למען דפו"ס דפיס"ה מחיים חקק וחצ"ב על האבני"ם מעלנא אית ליה מן הרמתים ממעל לחשב רחמנא אחשביה חשיבא בעלמא והיה עליהו ככותב ס"ת פני עמודי נחלת עבדי עם שרידי עם. אלק"י אברהם ופחד:

יצחק אביר יעקב יהיה בעזרו יסובבנהו יבוננהו:

מילתא דאתיא מקל צעיר אנכי קטני הכ"א לעומת המחברת שהיתה חגרת דנא כתבא זוהי סיבה הכתוב קבעו חובה עפ"י הדברים האלה דאמירן בעלמא. הני מילי דאמרן מה לפנים פני הדבי"ר זאת היתה לי סיב"ת עשויה במחברת הזאת השנית זו משלי:

פני יצחק ח"ב כן פניו למטה והנה אין מראהו:

מילתא. דתמיהא מדכר דכירי אינשי עדת בהון. אתו דרדקי האידנא כפיתו בסרבליהון. ידאון נשרייא לקינהון בעורון ובתמהון טפויי מילתא: בעלמא יחשבו גם הם נגד פניהם פני חכמים בעיניהם וחכמים אומרים אינם לא לגנאי כל השומע יצחק חוכא ואטלולא איש את רעהו:

מילתא דמגניא קלניא מתעביד חוצפא יסגי מאיש שוגה ולשונו תהגה היזמי והיני דלא מסתג' אבולי ואסטרטוגי תבני בן גינת תונבא: בעלמא אסף מים בחפניו ולא הסתיר פניו פני הדור מה רמו עיניו נערי קבוצים ילכו העצים כי כל רואיהם שחוק יצחק וזה יהיה משפט הנער ומעשהו:

מילתא דתימה דברת בני האדם עלי דידי כ"ע מרנני ומפתי צוורני צוורני והקצ"פ יענה הראיתם בן פוטי זה ינוד הקנ"ה עושה מעשה קוף בעלמא דחק ונכנס לפנים מן האגף פני המדבר קוצים וברקנים במחצלת של קנים מאן דחמא חמא יצחק אלי אמור יאמר שאהו בחיקך ויאמר השליכהו:

מילתא בהדי איניש תומה"א בוקעת. גם לי לבב ונפשי יודעת. ערכי עלי חס"ר קובעת. ולא חדא לטיבותא גם בלא דעת. כגבר אין גברא דלאו: בעלמא וגם פה לא עשיתי מאומה זיו:

פני אדם להבל דמה אר"ש על בלימה כסתה כלימה פני בדבר:

יצחק נגד בני אדם יאמרו בלעגוהו:

מילתא כדנא תאמרון את קסת"י נתתי פשטתי את קטנת"י. את נערי בני ישראל תזל כד"ל אמרתי ועלימו תטוף מלתי והנה קמה אלומתי לצוותא: בעלמא כי לא לחכמים ולא לנבונים פני זקנים פני ילכו כי רבים לוחמים דורסי"ן אותה לגנאי בעיני:

יצחק סחוב והשלך אמרו אלי קים משכ"הו:

מילתא דאתיא מדרס"א מדר"ס לפרושים חובתי היא ואעשנה היתה לי עדנה קריה נאמנה על כת"ב תנשאנה דאמר רחמנא תקריבו את קרבנכם אליא: בעלמא ואת פתשגן כתב הדת הוקם על עבודת:

פני האיש כמתנת ידו להקריב לי במועדו. ואזכור את בריתי זכור לאברהם: ליצחק קרב זה אל זה וישחטהו ויחטאהו:

מילתא זוטרתי הנה ארש"י ספרי זוטא האף אמנם דכתותי מכתת שיעוריה תלמיד דאורי ממלא צנא דקרי מצלינן האידנא אקציר"י תפלה קצרה לפקידה בעלמא דתתקבל ברעוא קבלה ואילך נוכח:

פני ה' זכרה לי אלד"י לטובה מלא כף נחת. רוח ליצחק לאלפי רבבה ובניו היו את מקנה"ו:

מילתא דיליפנא מסבא ההוא סבא קדישא מלאך מלמעלה לבוש הבדים ומלאך פניו כמראה הלפידים הצב"י ישראל ראש העמודים האי תנא בעלמא. גאון עוזינו ראש"ל וילבש הודו שריון:

פני המלך דמיונו כאריה מני"ר עט"ר וצ"ת הרה"ג הגאון אבימל"ך: ליצחק מרן זקני הוא אדוני רב חנ"א זצוק"ל רב מאד מחנהו:

מילתא דהגדת"ה אם אמרתי אספרה בשבח המגיע לחד בדרא עמודא דנורא האי גברא רבה ארי שבחבורה משירי כנה"ג כתר תורה אין די באר לשליש ולרביע סימנא:

בעלמא. ומשאתו יגרו אלים פני גדולים כובשים פניהם בקרקע עטרה בראש כל אדם ויעט"ר:

יצחק בוצין בוצין מכת"פיה אשר זרח"ו בו למינהו:

מילתא מעלייתא במתק ודשן עדיו. ירעש כלבנון פריו ונבקע הר הזיתים מחציו כי ממנו תוצאות חיים מעשה נסים למקוצעות המשכן בירכתים כלילא באילמא. אשרי עין ראתה פנים שלו פני שכינה זהירי באחוורי אפי נהר"ה מכיפיה מיראה את פני זקן:

יצחק לדידי מאה כתרי כולהו ברכתא נינהו:

מילתא אגב אורחיה קמל"ן שמעיה דרב אנכי קריתי ושניתי בצלו חמדתי וישבתי ויפקד המלך לבא חמ"ד זו:

טבריא ת"ו האלך וקראתי קריאת הגבר זרוזי:

בעלמא. וארוצה אל איש האלקי"ם אל מול פני המנורה הטהורה הביאני המלך חדריו מלמ"ד שנתמלא הבית כולו אורה וישב יצחק על התורה ועל העבודה יקראני ואענהו:

מילתא בעלמא לנער דעת ומזימה לי תרומה הנה יוצא המימ"ה מקור מים חיים שחידודו קידם חדד ותימא לי יאור"י נחת הר"ח ושמ"ה דין גרמא בעלמא תפלה לעני מציל אני מול האלקי"ם:

פני אל חי יה"ר זכותיה בקופתיה אגוני מגנא על בית:

יצחק וע"כ הקרב אינהו ואביזרייהו:

מילתא דאמור רבנן אוקירו לנשייכו זאת חובתי ואעשנה ברוב ברכות יחולו ויאתייו כנחלים נטיו על ראש זוגתי זו אשתי הצדקת הכשרה אשה יראת ה' ה"ת היא אסתר ת"מ רב ברכות ממארי דעלמא כי היא החזיקתני והיא סמכתני בעבור:

פני להוציאם לאורה אורה זו תורה פני יצחק ראשון ושני ואל השלשה ומילי דדרשא הייני שבחייהו:

מילתא דאסוותא רפואה קרובה לבא. בא יבא משיח לפי תומו רפידתו זהב מרכבו. מדוע בושש רכבו לבא ייתי ונחמיניה ישפו"ט שלום שלמא בעלמא. יאר פניו אתנו לשכון כבוד בארצנו פני מלך ביופיו תחזינה עינינו וחסידיך ירננו אברהם בראש יצחק כנגד יעקב בנתיים מרגלא בפומייהו: עבדא די נאו"ם שיחת דקל"א יצחק לשוח שיחה קלה לישנא קלילא מילתא דלא חזייא:

עבדא דנן עפר סתמא איקרי דמיתי לקאת מדבר כי קאקי חיוירי שוה לחיה: עבדא קמיה מאריה לפום רבנן כרע כחזרא בקידה ובהשתחוויה:

עבדא כמקרקעי ארעא דרבנן זעירא דמן חברייא עזי וזמרת יה:

אני הצעיר יצחק בכמהר"ר משה אבואלעפייא:

שו"ת פני יצחק ח"ב או"ח

סימן א

שאלה ראובן ושמעון סוחרים נשתתפו עם סוחר אחד ערל בעגלות וסוסים שקנו יחד שלשתם בשות' גמו' חלק כחלק יאכלו ומסרו העגלות והסוסים ליד גוים עגלנים לעשות בהם מלאכתם בשכר טרחם ועמלם שנותנים להם מן האמצע מכללות הריוח אשר עולה להם משכירות העגלות והיה הנשאר חולקי' ביניהם בשוה מיד חדש בחדשו והגוים העגלנים אלו הם עושים מלאכה בעגלות והסוסים הנ"ז גם ביום ש"ק אי. לזאת יורנו מורה צדק אם ראובן ושמעון הנ"ז עבדי איסורא במה שעושים הסוסים והעגלות מלאכה ביום ש"ק כיון שיש להם חלק בהם או לא ואת"ל דעבדי איסורא אי מצו ליטול חלקם מהריוח העולה מהסוסים הנז' ביום ש"ק או לא. על הכל יבא דברו הטוב המורה לצדקה ויכתוב על ספר חוקה ונלכה באורחותיו ויבא שכמ"ה:

תשובה עם דידענא בנפשאי ערכי עלי ולא צילא דעתאי מרוב עבודה קשה עול הציבור והיחיד אשר השתרגו עלו על צוארי עלי היו כולנה והקיפו עלי יחד ולא יתנוני השב רוחי לשאת ולתת בדבר הלכה בדרך ארוכה כחפצי ורצוני כמאז וכמקדם מכל מקום לאהבת השואל לא יכולתי המלט ולהשיב פניו ריקם ולאפס הפנאי בחרתי לי דרך קצרה

כאן בדברי תורה מה שנוגע לענין דינא דוקא ותו לא מידי וזה החלי ה' אלהים יעזור לי לכוין לאמיתותה של תורה הקדושה ולא אכשל בדבר הלכה אכי"ר:

ואען ואומר כי הנה נא למדנו להועיל מכל דברי הראשונים אשר אספם וקבצם מרן הק' ז"ל בב"י א"ח ססי' רמ"ה כמה אופני התר גמור לישראל המשותף עם הנכרי בבהמות שיוכל הישראל השותף ליהנות משכרם אפי' משכר שבת שעושה בהם הנכרי מלאכה בשבת וחולק עם שותפו הישראלי בשוה בהתר גמור ולית ביה שום נדנוד איסור לא משום שביתת בהמתו ולא משום שנוטל שכר שבת כלל והם אלו:

אופן הראשון הוא זה שקודם ובשעת שיתופם יחד הישראל עם הנכרי בבהמות אזי. יתנה עמו תחילה הישראלי עם שותפו הנכרי שהנכרי יטול שכר יום שבת כולו לעצמו והישראלי יטול בעדו יום חול באופן זה מותר גמור הוא האיש הישראלי לחלוק אח"כ עם שותפו הנכרי בשוה אפי' שכר שבת שעושה בהם מלאכה הנכרי בשבת ולית ביה לא משום איסור שביתת בהמה ולא משום איסור שנוטל שכר שבת כיון שהתנה עמו מתחילה שיטול הנכרי כל שכר שבת והוא יטול בעדו כל יום אחד מימות החול ותנאי זה מהני לכתחילה לדעת שבולי הלקט והריב"ש ז"ל דלא כסברת הכלבו והריצב"א ז"ל לדעת מרן ז"ל בב"י שהבין בדעת ריצב"א שחולק על התר התנאי הנ"ז מדלא כתב התר זה וכבר עמד ע"ד מרן ז"ל הנז"ל הרב מהרי"טץ ז"ל בסי' ע"ו דהריצב"א שכתב שאינו מוצא תקנה להתיר אם לא שימכור וכו' איירי בשכבר נשתתפו בסתם ולא התנו מתחילה דשוב לא מהני התנאי הנ"ז כלל ע"ז הוא שכתב דאינו מוצא התר כי אם ע"י שימכור וכו' אבל אם התנו מתחילת שותפותם תנאי הנ"ז יודה הריצב"א דשרי לכתחילה אתד"ק יעש"ב ואכמ"ל בזה: אופן השני להתיר לישראל השותף עם הנכרי ליהנות משכר שבת אפי' כשלא התני בתחילת שותפותם יחד התנאי הנ"ז דטול אתה חלקך בשבת וכו' דתו לא מהני להתנות כן אחר שכבר נשתתפו בסתם כנז"ל הנה עכ"ז יש אופן ותקנה להתיר לישראל ליטול חלקו משכר הבהמה בשבת על ידי שימכור הישראל חלקו באותם בהמות לנכרי שותפו או שילוה אותם לו בהלוואה גמורה ויזקוף הדמים על הנכרי ושתהיה אחריות הבהמות על הנכרי באופן שיהיה רשות ביד הנכרי למוכרם ולהוציאם אם ירצה שלא ברשות הישראל בכה"ג שרי ליה לישראל ליטול חלק בריוח שכר שבת ג"כ משותפו הנכרי העושה בהם מלאכה בשבת ולית ביה שום איסור דשביתת בהמתו ולא משום דנוטל הישראל שכר שבת כלל וזהו האופן של ההתר שכתבו הריצב"א ז"ל בתחילת דיבר בקדשו כמ"ש מרן ז"ל בב"י בשמו:

אופן שלישי להתיר כנז"ל ויותר קיל מאופן הב' הנז"ל והוא זה דאפי' שלא יהיה רשות ביד הנכרי להוציאם שלא ברשות ישדאל עכ"ז שרי על ידי שילוה אותם הנכרי ויזקוף דמיהם עליו ויעשם אפותיקי על הדמים דבכה"ג נמי שרי ותיקון זה ג"כ הוא מדברי קדשו של הריצב"א ז"ל וכמ"ש מרן ב"י ז"ל בשמו ועל תיקון זה כתב מרן ז"ל בב"י דבמחלוקת הוא שנוי: אופן רביעי להתיר לישראל המשותף עם הנכרי בבהמות והנכרי עושה בהם מלאכה בשבת שיטול הישראל חלקו בריוח של יום שבת ג"כ והוא הוא מ"ש. מרן ז"ל בב"י מדעת עצמו ומשם רבו מהריב"ר ז"ל והוא זה דהיינו שיזהיר הישראל לנכרי שותפו שלא יעשה בהם שום מלאכה בשבת כלל ושאם יעבור הנכרי על אזהרתו זאת ויעשה בהם מלאכה בשבת ואירע בבהמות ההם איזה אונס מיתה ביום שבת שתהיה אחריותם עליו דנכרי ואפי' אחריות אונס דבכה"ג נמי שרי לגמרי אלא שהצריך מהריב"ר ז"ל לכתוב כן בערכאותיהם על שותפו הנכרי וצידד בזה דעת מרן ז"ל בב"י אם הוא לעיכובא להנצל ישראל מאיסורא או לפרסומי מילתא ולזכות הישראל בדינו אם יכחש הנכרי וכתב ע"ז שני צדדים ועכ"פ אם כה יעשה האיש הישראלי השותף עם הנכרי בבהמות אזי שרי ליה להישראלי ליהנות משכר בהמתו גם במה שעשתה בשבת כיון דהשתא אינה בהמת ישראל שהרי קנאה הנכרי להתחיב בה באונסין וכמבואר כל זה בדברי מרן ז"ל בב"י שם:

אופן חמישי איתיה בתקנתא להתיר להישראל השותף עם הנכרי בבהמות ליהיות משכר שבת של חלקו בבהמות אפי' שלא עשה שום תיקון של התר בשום אופן מהאופנים של ההתר הנז"ל כלל הוא על ידי שיטול הישראלי משותפו הנכרי כל חלקו בריוח שכר הבהמות העולה לו מידי חדש. בחדשו או מידי שבת בשבתו בכללות יחד ונמצא שנוטל הישראל שכר שבת בהבלעה בכלל כל ימי החדש או השבוע דבכה"ג נמי שרי ליה לישראל ליהנות משכר שבת בהבלעה אלא שעשה איסור הישראלי שלא התנה מתחילת השיתוף שלו עם הנכרי שיטול חלקו בשבת והוא יטול כנגדו יום אחד בחול ואיסורא דעבד עבד ומאי דהוה הוה אבל עכ"פ לא הפסיד הישראלי מליטול חלקו גם מריוח שבת בהבלעה כיון דמשום איסור שביתת בהמתו ליכא מאחר שיש לנכרי חלק באותם בהמות ובעל כרחו דהישראל עושה הנכרו מלאכה בהם בשבת בעבור חלקו כמ"ש כ"ז הריב"ש ז"ל בתשו' שהביאה מרן ז"ל בב"י שם ונלע"ד ברור בדעת עליון הריב"ש ז"ל דס"ל למר דקרא דכתיב למען ינוח שורך וגו' לא איירי קרא אלא בשכל הבהמה דישראל היא לבדו דוקא ולא כשיש לנכרי עמו חלק בה בשותפות וטעמא דקרא קאמר הריב"ש ז"ל משום דלא ימנע הנכרי מלעשות בה מלאכה בשבת בעבור שיש לו לישראל חלק בה

ובעל כרחו דישראל עושה בה הנכרי מלאכה בשבת בעבור חלקו נמצא דבשותף ישראל עם הנכרי בבהמה ס"ל להריב"ש ז"ל דליכא איסור על הישראל משום שביתת בהמתו כלל דהכי דייק קרא לומר שורך וחמורך שיהיו כולם שלך דוקא ולא בשיש לנכרי בהם שותפות עמך כדאשכחן הכי בשס' בכמה דוכתי טובא דדריש הכי למעוטי שותפות הנכרי וכבר האריך הרחיב בזה הגאון האמיתי החק"ל ז"ל ביו"ד ח"ב סי' שחקר הוא ז"ל חקירת חכם דאמאי לא ממעטינן מקרא דאת כספך לא תתן לו בנשך לומר כספך המיוחד לך דוקא אסור עליך להלוותו ברבית ולא כשהוא משותף עם הנכרי במעות ושם ראו הביא לנו כמה בקיאות מש"ס דילן דדריש הכי למעוטי שותפות ישראל עם. הנכרי יעש"ב נפלאות מתורתו אין חקר לתבונתו:

ועם דהוא ז"ל בסוד"ק זו הלכה העלה דנקטינן לחומרא ליטול רבית מן המעות שיש לו בשותפות עם הנכרי יעש"ב מ"מ שאני התם דשותפות בזוזי נינהו וזוזי כמאן דפליגי דמי ולזה יש לאסור על הישראל ליטול רבית העולה מחלקו במעות המשותף בהם עם הנכרי משא"כ בשותפין ישראל ונכרי יחד בשוורים ובהמות דלא אפשר לפליגינהו אינהו גופייהו ס"ל להריב"ש ז"ל דמקרא דלמען ינוח שורך וכו' ממעטינן שפיר מניה שותפות דישראל ונכרי בשור וחמור ולית ביה איסורא מדאורייתא דשביתת בהמה כלל כיון דלאו כולהו דישראל נינהו ומדאורייתא לית בהו איסורא כלל רק מדרבנן דוקא אית בהו איסורא דנוטל שכר שבת ע"ז כ' הריב"ש ז"ל דהאי איסורא זוטא אית ביה תקנה על ידי שיטול שכר שבת בהבלעה בכלל ימי החדש או השבוע כיון שעיקר האיסור כשנוטל שכר שבת בלתי הבלעה אינו אלא מדרבנן בעלמא א"כ כל שאינו נוטלו אלא בהבלעה מותר גמור הוא כדין כל שכר שבת בהבלעה דהתירוהו הש"ס והפוס' ז"ל בעלמא כמו שיראה המעיין בטור ובב"י א"ח סי' רמ"ד ורמ"ה ורמ"ו ובסי' ש"ו וסי' תקב"פ ובשאר ספרן של צדיקים הפו"ס ז"ל לא ע"ט האסף פה א"כ ה"ה והוא הטעם הכא נמי בשותפות ישראל עם הנכרי בבהמות דשרי ליה לישראל השותף ליהנות משכר שבת בהבלעה זהו סברת הריב"ש ז"ל בתש"ו הנז"ל וכמבוארים כן דבריו ז"ל להדיא וכמש"ל ועם דחזינן לריצב"א ז"ל דרב תנא הוא ופליג על הריב"ש ז"ל בעיקר הסברא במאי דס"ל להריב"ש ז"ל דבשותפות ישראל עם הנכרי בבהמה לית בה איסורא דאורייתא משום דשביתת בהמתו כנז"ל הנה אמת דבזה ודאי פליג עליה להדיא הריצב"א ז"ל וס"ל למר דגם בשות' ישראל ונכרי בבהמה אית ביה איסורא דאורייתא משום שביתת בהמה כמ"ש כן הריצב"א ז"ל להדיא בתחילת ד"ק וכנז"ל מ"מ מצינן למימר שפיר דעכ"פ מודה הריצב"א להריב"ש ז"ל במאי דהתר לישראל ליטול שכר שבת בהבלעה וכל מאי דטרח ויגע הריצב"א ז"ל

למצא תקנה אחת ושתים להתיר אינו אלא לסלק האיסור מעל האיש הישראלי השותף עם הנכרי בבהמות להצילו מן האיסור שבו מכל וכל ע"ז מצא שני אופני התר גמור דעל ידם ליכא תו שום איסורא כלל לא כן בהאי התרא דהריב"ש ז"ל דהיינו בהבלעה הרי כתב הריב"ש ז"ל להדיא דהאיסור כבר עושה ומאי דהוה הוה ובלוקחו שכר שבת בהבלעה לא פלט מן האיסור אשר כבר נעשה ולעולם מצינן למימר דלא פליג בזה הריצב"א ז"ל כלל וכמדובר:

אופן ששי להתיר ג"כ לגמרי ולסלק האיסור לגמרי מעל האיש הישראלי השותף עם הנכרי בבהמות אפילו. אם כבר נשתתפו בסתם בלתי שום תנאי דאתה טול חלקך בשבת ואני בחול כנגדו כנז' ואפילו שלא עשה שום אופן התר ותקנה מכל הנז"ל אפי"ה איתיה בתקנתא והיא זאת שיחזור הישראל השותף עם הנכרי בהם ויבטל אותה שותפות לגמרי ויחלקו ביניהם הבהמות הנז' או דמיהם בם דהיינו ישמנו ביניהם דמי שיוויין ושוב יחזרו להשתתף בהם יחד מחדש ובעת שותפות השנית יעשה תנאי הנז' הישראלי עם הנכרי שותפו וכה יאמר לו אתה טול חלקך כל ריוח יום שבת ואני אטול כנגדו ביום חול כדין תנאי הנז' המועיל בשעת שותפותם הראשונה ממש וכמעשהו בראשונה כך מעשה התנאי הנ"ז עצמו מועיל בעת שותפותם. הב' וכי היכי דאם התנו כזאת בשעת שותפותם הראשונה היה מועיל לסלק האיסור לגמרי ולהתיר לישראל לחלוק שוב עם שותפו הנכרי בכל הריוח בשוה ה"ה והוא הטעם דמהני נמי האי תנאה גופיה כשיבטל השות' הראשונה לגמרי ביטול גמור כדינו ויחזור וישתתף עמו שנית ובה שעתא יתנה הישראל עם שותפו הנכרי התנאי הנז' עצמו להועיל לו לסלק. מעליו האיסור לגמרי וגם להיותו מותר גמור לחלוק עם שותפו הנכרי כל הריוח בשוה ותיקון ואופן זה הנה הוא נלמד יפה יפה ממ"ש התוס' ז"ל גבי שדה ותנור ומרחץ וריחיים המשותפים בהם ישראל ונכרי יחד דצריך להתנות כן בשעת שותפותם בהם התנאי הנז' שיאמר הישראל לנכרי טול אתה חלקך בשבת ואני אטול בעדו יום חול ואם לא התנו כן בשעת שותפותם לא מהני להתנות כן אחר שכבר נשתתפו בסתם ואסור לישראל ליהנות משכר שבת העולה מהם ועכ"ז כתבו התוס' ז"ל והביא דבריהם מרן ב"י סי' רמ"ה דאי מבטל הישראל אותה שותפות שיש לו עם הנכרי בהם ויחזור להשתתף עמו בהם מחדש ובשעת שיתופם שנית יתנה עמו התנאי הנז'. עצמו מהני ליה בתר הכי האי תנאה כדי שיוכל ליהנות משכרם גם במה שעושים בשבת ולחלוק עם שותפו הנכרי הריוח בשוה דחשבינן לאותה שותפות הראשונה אשר היתה בסתם כאלו לא היתה מעולם ומדבריהם ז"ל יליף מרן ז"ל בב"י שם דה"ה והוא הטעם להיכא דהוו שותפין ישראל ונכרי בחנות בסחורה בסתם

דמצו לבטל השות' ההיא ולחזור להשתתף יחד ואזי יתנה הישראל עם הנכרי התנאי הנז' עצמו דשרי יע"ש ומנייהו ילפינן נמי שפיר דה"ה. והוא הטעם להיכא דהוו שותפין ישראל ונכרי יחד בבהמות והיתה שותפותם בסתם בלתי תנאי הנז' כלל דשפיר יכול הישראל לבטל אותה שות' ויחזור להשתתף עם הנכרי יחד בהם ובעת השות' הב' יתנה עם הנכרי התנאי הנז' דאתה טול חלקך בשבת ואני ביום חול בעדו דבהכי שרי ליה ליהנות משכר שבת ולחלוק עם שותפו הנכרי כל הריוח בשוה וכדין שותפים בשדה ומרחץ וכו' הנז"ל ממש דמאי שנא הא מהא. וליכא שום סברא לפלוגי ביניהו בין ה הנושאים להחמיר בזה ולהקל בזה דכולהו שוו בשיעורייהו אינהו ואביזרייהו תורה אחת ומשפט אחד להם ממש וכמובן:

הנה נא ערכנו. משפט ששה אופנים של התר בשותפות ישראל ונכרי ביחד בבהמות כדי שיוכל. הישראלי ליהנות משכר שבת ג"כ והם מדברי גדולי הפוס' ז"ל וככל האמור ומדובר. אכן צריכים אנו לעמוד על דעת מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו על כל אשר יאמר כי הוא זה כידוע וחובה עלינו לברר וללבן דעתו דעת עליון אי ס"ל להלכה בכל הששה אופנים. של ההתר הנז"ל ואי עביד איניש חד מהני אופנים הנ"ז סגי או דילמא רב תנא הוא ופליג על חד או תרי מהני אופנים הנז"ל הנה כי כן חל עלי חובת ביאור דעתו הרמה. ואומר דהנה כל הארבעה אופנים של ההתר הניתנים למעלה מדברי שבולי הלקט והריצב"א ומהר"י בי רב ז"ל והריב"ש ז"ל אחד הרואה למרן ז"ל בשולחנו הטהור א"ח ס"י רמ"ו ס"ה שפסק התר התנאי בשעת השיתוף דהוא האופן הראשון הנז"ל וגם אם לא התנו בתחילה פסק לתרי אופני ההתר דהריצב"א ז"ל שהם אופן הב' ואופן הג' הנ"ל ועוד פסק לאופן ההתר שכתב אותו מרן ז"ל בב"י מדעת עצמו ומשם רבו מהריב"ר ז"ל שהוא הוא האופן הרביעי. הנז"ל והילך לשון מרן ז"ל בש"ע הנז' וז"ל אם ישראל ונכרי שותפים בבהמה מותר לעשות בה הנכרי מלאכה בשבת ע"י שיתנה עם הנכרי בתחילה כשקנו אותה שיטול הגוי בשבת וישראל ביום חול ואם לא התנה בתחילה אסור אעפ"י שהתנו אח"ך וגם ילוה אותם לנכרי וכו' ויש מתירים וכו' ויש מתירים ע"י שיזהיר הישראל את הגוי וכו' עכ"ל. הרי לפנינו דמרן ז"ל בב"י ובש"ע פסק להלכה התר הארבעה אופנים הראשונים המ"ל ותו לא מידי ואלו אופן החמישי הנ"ל שהוא ההתר דהריב"ש ז"ל שאפי' לא התנו בתחילה כלל עכ"ז שרי ליה לישראל השותף עם הנכרי בבהמות ליטול משכר שבת ג"כ בהבלעה כנז"ל לא העלהו מרן ז"ל בשה"ט כלל ולכאורה נראה דמדהשמיטו מרן בש"ע ש"מ דלא שמיע ליה. כלומר לא ס"ל כהריב"ש ז"ל בהתר הנז' ולזה. השמיטו בש"ע:

ועם דחזינן בספרן ש"ץ הפוס' ז"ל ובעלי הכללים ז"ל דפליגי רבנן בהאי כללא בדעת מרן ז"ל דאית דסברי דכל שמרן ז"ל השמיט בש"ע איזה דין וסברא שהביאה בב"י משם הפוס' ז"ל ש"מ דהדר ביה מרן ז"ל. בש"ע ולא ס"ל כוותיה ואית דסברי דכמה דינים מוסכמים שמביאם בב"י ול' העל' להלכה בש"ע ולא גמרינן מדהשמיטם בש"ע ש"מ. דלא ס"ל כותיה וכמ"ש הרב יד מלאכי ז"ל בכללי הש"ע דשם הביא מחלוקת הפוס' ז"ל בזה יע"ש וכ"ב הרב ויוסף אברהם ז"ל בס"י כ"ו וגם אנא עניא הארכתי בעניותי בזה בסה"ק פני יצחק ח"א סי' כ"ב יעש"ב וא"ך נמצא דגם דין זה דהריב"ש ז"ל דעסקינן ביה שהביאו מרן ז"ל בב"י בסתם ולא פסקו בש"ע לכאורה נראה דבמחלוקת הוא שנוי בין הפוס' ז"ל הנז"ל אי דעת מרן ז"ל בש"ע כהריב"ש ז"ל בהא או לא:

ברם לענד"ן פשוט דבהאי דינא דהריב"ש ז"ל שהתיר לישראל השותף עם הנכרי בבהמות ליטול שכר שבת בהבלעה כ"ע מודו דגם מרן ז"ל יסבו"ר ול"ו ידע כהריב"ש ז"ל בין בב"י בין בש"ע ודאי דס"ל כהריב"ש מדחזינן למרן ז"ל בב"י סי' רמ"ה הנז' שהביא דברי הריב"ש ז"ל הנז' באחרונה ולא הגיה עליו כלום ש"מ דאודויי מודה ליה וס"ל כוותיה בטעמו ובדינו דאל"כ לא הוה שתיק מרן ז"ל מלחלוק עליו ומדסתם בב"י דברי הריב"ש ז"ל ולא השיגו כלל וגם הביאו באחרונה מוכח להדיא דס"ל למרן ז"ל בב"י כוותיה וכטעמיה דהריב"ש ז"ל וכמדובר וגם בש"ע כד דייקינן שפיר בלשון הטהור של מרן ז"ל מצינן למימר שפיר דגם מרן ז"ל בש"ע סבר לה מר כהריב"ש ז"ל בהתר שלו הנ"ז כוותיה וכטעמיה. ואולי מרן ז"ל בש"ע רצה להורות לנו אופני ההתר להאיש ישראלי המשותף בבהמה עם הנכרי שיוכל הנכרי לעשות בה מלאכה בשבת וליטול הישראלי ריוח גם ממה שהוא עושה מלאכה בשבת ולית ביה שום איסור דנוטל שכר שבת שהוא מדרבנן הגם דליכא ביה איסור תורה משום שביתת בהמה בלא"ה כיון דאין כל הבהמה שלו ויש לנכרי שותפו חלק בה לא ימנע הנכרי מלעשות בה מלאכה בע"כ של הישראל בעבור שיש לו חלק בה וכמ"ש הריב"ש ז"ל וכנז"ל ומצ"ל דגם מרן ז"ל אזיל ומודה להריב"ש ז"ל בטעמו וממשו הנז"ל ונמצא דלא נשאר על ישראל השותף רק איסורא דרבנן דנוטל שכר שבת כשלא התנו מתחילה התנאי הנז' ע"ז הורה לנו מרן ז"ל בש"ע דאיכא אופני התר גמור להנצל הישראל השותף ולהסיר מעליו גם החי איסורא דרבנן דרביע עליו דאסור ליטול שכר שבת ולזה בתחילה דבר בקדשו מרן ז"ל בש"ע וכתב. בזה"ל אם ישראל ונכרי שות' בבהמה מותר לנכרי לעשות בה מלאכה בשבת ע"י התנאי שיתנה עם הנכרי בתחילת שותפותם לומר לו טול אתה חלקך בשבת ואני בחול ובזה שרי ליה לישראל חלוק עם הנכרי שותפו בכל הריוח בשוה כדין שדה

ומרחץ ותנור וריחיים וחנות סחורה כמ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' רמ"ה ס"ג היכא דהתנו וכו' יע"ש וכ"ב הרב מג"א ז"ל על דין זה דשותפות בבהמה בסי' רמ"ו. סקי"ג יע"ש ושוב כתב מרן ז"ל בש"ע דאם לא התנו כן בתחילת השיתוף אסור ולא פירש לנו מרן ז"ל את שיחתו בהאי תיבת אסור שכתב מהו כוונתו רק כתב סתם אסור ואנחנו לא נדע אם ר"ל אסור ליהנות ישראל משכר שבת כמ"ש מרן ז"ל גופיה בסי' רמ"ד בדין שות' בשדה ותנור ומרחץ או ר"ל אסור לעשות בה הנכרי מלאכה בשבת והנראה ברור בכוונתו ז"ל בהאי לשון אסור שכתב דר"ל אסור לעשות בה הגוי מלאכה בשבת שזהו דבר והופכו דהיינו הפך לשון מותר וכו' שכתב בתחי' ד"ק היכא שהתנו כנז"ל ואולם אם נאמר שזהו כוונתו דהאי אסור ר"ל אסור לגוי לעשות בה מלאכה בשבת הא ודאי הגוי לא ישמע לדיננו ולא ימנע לאסור עליו שלא לעשות מלאכה בה בשבת דבעל כרחו של הישראל עביד בה מלאכה בשבת וא"כ עכצ"ל דהאי לשון אסור שכתב מרן סתם קאי על הישראל השותף עם הנכרי שעשה איסור במה שלא התנה עם שותפו הנכרי בתחילת שותפותם. לומר לו טול אתה חלקך בשבת ואני בחול כנגדו וכיון שלא התנה עמו כן עשה הישראל איסור הגם דשרי ליה לחלוק עם שותפו הנכרי גם הריוח של יום שבת בהבלעת כל ימי החדש או השבוע כמ"ש הריב"ש ז"ל מ"מ עשה איסור במה שלא התנה עמו קודם שותפותם וכדי להנצל האיש הישראלי גם מהאיסור הנז' לגמרי מכל וכל ע"ז הודיענו מרן ז"ל בשולחנו דאיתיה בתקנתא להסיר מעליו האיסור לגמרי ע"י שלשה אופנים של התר הבאים בשה"ט שהם תרי מנייהו מתשו' ריצב"א ז"ל והשלישי ל"ו בא מדעת עצמו ומדעת רבו מהרי"ב ז"ל כנז"ל דע"י שלשה אופנים הללו נסתלק מעל ישראל השותף גם האיסור דרבנן הנז"ל לגמרי וכמבואר. ואולם ההתר של הריב"ש ז"ל שהתיר לישראל ליטול שכר שבת בהבלעה התר זה לא הוצרך מרן ז"ל להעלותו פה על שה"ט הגם דהכי ס"ל למרן ז"ל כהריב"ש ז"ל שגם זה היתר גמור הוא כשנוטל שכר שבת בהבלעה כדין כל שכר שבת בעלמא שהוא מותר בהבלעה כדכתב מרן ז"ל גופיה בסי' ש"ו ובשאר דוכתי והוא משנה וש"ס ערוך ומוסכם מכל הפוס' ז"ל כידוע וסמך מרן ז"ל פה בסי' רמ"ו על מ"ש במ"א כנז"ל וכל כוונת מרן ז"ל פה בסי' רמ"ו להורות לנו את הדרך אשר נלך בה להנצל מכל צד איסור לגמרי משא"כ בהתר הריב"ש ז"ל שהוא בהבלעה עם דהוא היתר גמור הוא ליטול שכר שבת בהבלעה מ"מ עכ"פ כבר עשה איסור ישראל השותף שלא התנה בתחילה עם שותפו הנכרי לומר לו טול אתה חלקך בשבת וכו' כנז"ל וע"ז הראה לנו מרן ז"ל שלשה דרכים של התר לסלק האיסור לגמרי אכן לעולם דאזיל ומודה מרן ז"ל לסברת הריב"ש ז"ל דאם לא התנה עליו בתחילה כלל וגם לא

עשה שום אופן מדרכי ההתר הנז' בש"ע כלל דמ"מ שרי ליה לישראל השותף ליטול שכר שבת בהבלעה וזה ברור אצלי בדעת מרן ז"ל וכמשי"ר המעיין והכי מוכח להדיא בדעת מרן ז"ל ממאי דחזינן למרן ז"ל גופיה בב"י א"ח סי' רמ"ה הנז"ל שהביא מ"ש הר"ן ז"ל גבי מרחץ שלקחוהו ישראל ונכרי בשותפות והגוי מחמם בשבת בשביל חלקו ונותן מחצית מה שמשתכר לישראל ובימי החול שניהם מחממים אותו ע"ז כתב הר"ן ז"ל בספ"ק דע"ז דנ"ל דשרי וכו' יעש"ב. הרי לפנינו דמרן ז"ל הביא דברי הר"ן ז"ל שמתיר לישראל ליטול שכר שבת בהבלעה משותפו הנכרי במרחץ ומדטרח מרן ז"ל לישב דעתו כדי שלא יוקשה עליו מדברי הרמב"ם ז"ל ופי' דברי הרמב"ם באופן שיסכים הרמב"ם לדינו של הר"ן ז"ל ש"מ דס"ל כוותיה דהר"ן וכטעמיה כדאמרי' בעלמא דמדשקיל ושרי תלמודא אליבא דר"פ ש"מ דהלכתא כוותיה וכמו שהאריך הרחיב בכלל גדול זה הרב יד מלאכי ז"ל באות ת"ט ות"י ותי"א יעש"ב וזכורני שראיתי בספרן ש"ץ הפוס' ז"ל דכתבו להדיא שגם בפוס' איתיה לכללא דנא ואכמ"ל בזה לאפס הפנאי וה"נ מדשקו"ט מרן ז"ל בב"י אליבא דהר"ן ז"ל וישב דברי הרמב"ם ז"ל לדעתו והוא ז"ל לא חלק עליו בדין כלל ש"מ דהכי ס"ל נמי כהר"ן ז"ל וכמדובר. והרי להדיא דעת מרן ז"ל כהר"ן ז"ל דאפי' דרכם של ישראל והנכרי השותפין במרחץ ששניהם מתעסקים ביחד בחול וביום שבת מתעסק הנכרי לבדו עכ"ז שרי ליה לישראל לחלוק עמו גם ריוח השבתות בהבלעת שכר ימי השבוע או החדש או השנה וגם הרמב"ם מודה לזה וכנז"ל וא"כ ה"ה והוא הטעם בנדון הריב"ש ז"ל בשותפין ישראל ונכרי בבהמה לטחון בריחיים דליכא איסור דאוריתא משום שביתת בהמה כדיהיב טעמא הריב"ש ז"ל וליכא רק איסורא דרבנן דנוטל שכר שבת דודאי מודה מרן ז"ל להריב"ש ז"ל דשרי לישראל ליטול חלק בריות שבת בהבלעת שאר ימים באין ספק כלל וגם מדלא נרגש מרן ז"ל ע"ד הריב"ש ז"ל הנז' מדברי הרמב"ם ז"ל הנז"ל כמו שנרגש מהם ע"ד הר"ן ז"ל וסתם בב"י כדבריו ז"ל ש"מ דליכא לאקשויי ע"ד הריב"ש הנז' מדברי הרמב"ם ז"ל כלל דכמו שפירש הוא ז"ל דברי הרמב"ם לדעת הר"ן הכי נמי מתוקמי שפיר לדעת הריב"ש ז"ל והדברים פשוטים לכל ישר הולך ושופט בצדק:

ודברי מרן ז"ל שבב"י הללו במ"ש ע"ד הר"ן ז"ל הנז' פסקם מור"ם ז"ל בס' המפה שבסי' רמ"ה ס"א בהגהה דעל מ"ש מרן ז"ל שם ס"א כדברי הרמב"ם ז"ל הנז' ממש כתב ע"ז מור"ם ז"ל דיש מתירים השכר וכו' וכל זה וכו' עכ"ל יע"ש שהוא הוא חילוק מרן ז"ל בב"י אשר כתב ע"ד הר"ן ז"ל הנז"ל וכמ"ש המעיין בס' המפה יע"ש וממילא יתיישב לנו דעת מרן ז"ל בדין שדה ומרחץ ותנור וריחיים שאסר מרן ז"ל לישראל השותף עם הנכרי

בהם ליטול ריוח שבת כלל כדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דפליגי ע"ד הרא"ש ורי"ו ונקטי לחומרא בבעית הש"ס דבעי סתמא מאי ודלא כהרא"ש ורי"ו ז"ל דנקטי לקולא להתיר לישראל ליטול שכר שבת בהבלעה ולחלוק עמו בסתם בשוה משום דהתם מיירי כשאין שניהם מתעסקים תמיד ביחד במלאכה או בסחורה אלא הנכרי מתעסק לבדו ביום שבת וישראל ביום חול כנגדו ומשו"ה אסר מרן ז"ל לישראל השותף ליטול חלק בריוח השבתות אפי' בהבלעה וכדעת הרמב"ם ז"ל וכמ"ש מרן ז"ל גופיה בב"י ע"ד הרמב"ם ז"ל לדעת הר"ן ז"ל וכנז"ל אבל אם היו שניהם יחד מתעסקים תמיד במלאכה או בסחורה וביום שבת מתעסק בה הנכרי לבדו בהא ודאי שרי לישראל השותף עם הנכרי ליטול חלק בריוח השבתות בהבלעת שאר ימים וכנז"ל וכ"ש אם גם בימי החול אין ישראל השותף מתעסק כלל אלא הנכרי לבדו שותפו או שלוחו מתעסק תמיד במלאכתם ונותן לישראל שותפו חלק מכל הריוח בכללות דודאי שרי לישראל השותף ליטול חלקו גם מריוח השבתות בהבלעת שאר ימים וליכול וליחדי בלתי ס' כלל וכן ראיתי להרב מגן אברהם ז"ל בריש סי' רמ"ד סק"א שכ"כ וז"ל וא"כ אם הם אינם עושים כלום רק שהגוי מסיק התנור ואופין בו ונותנים שכירות אע"ג דישראל אסור לקבל השכירות משום שכר שבת מ"מ רשאי לחלוק סתם בהבלעה כמ"ש בב"י בסוס"י זה בשם הריב"ש יע"ש וגם בס"י רמ"ו סקי"ג כתב הרב מגן אברהם ז"ל שם וז"ל ומ"מ הוא נוטל יום אחד כנגדו של יום השבת והוי שכר שבת שלא בהבלעה ומזה היה יותר היתר שלא יאמר טול אתה וכו' אלא יחלקו סתם כל השבוע ביחד ב"י סו"ס רמ"ה בשם ריב"ש וכ"כ רלנ"ח סו"ס ק"ו ומ"מ דוקא בהפסד גדול שרי לחלוק סתם ד"מ ועס"י רמ"ה ס"א בהגהה עכ"ל יע"ש: הרי דהרב מג"א י"ל אייתי דברי הריב"ש ז"ל ע"ד מרן ז"ל שבש"ע ואם היה דעת מרן ז"ל דלא כהריב"ש ז"ל לא היה הרב מג"א ז"ל מביא דברי הריב"ש ע"ד מרן שבש"ע בסתם והיה מודיענו כזאת דאין כן דעת מרן ז"ל וכמו שכ"כ הוא ז"ל לקמן בסקט"ז ע"ד מור"ם ז"ל שם שכתב דאפי' היתה הבהמה כולה של ישראל שרי וכו' כתב עליו המג"א ז"ל שם שדעת מרן ז"ל בזה אינו כן יע"ש ומדסתם לעיל דברי הריב"ש ז"ל ולא כתב שאין כן דעת מרן ז"ל מוכח להדיא דגם מרן ז"ל בש"ע מודה לדינו של הריב"ש ז"ל וכמו שנתברר לעיל דעת מרן ז"ל ממ"ש בב"י ע"ד הר"ן ז"ל ומכל ההכרחיות הניתנים למעלה וברור:

אלא דחזיתיה למר הרב מטה יאודה ז"ל בסי' רמ"ה ובסי' רמ"ו שכתב בזה דברים תמוהים טובא לענ"ד דהנה בסי' רמ"ה סק"ה אייתי דברי מרן ז"ל שבב"י במ"ש ע"ד הר"ן ז"ל לישב דברי הרמב"ם ז"ל לדעתו הנז"ל וכתב ע"ז וז"ל וכאן בש"ע מדלא הזכיר חי' הר"ן ז"ל משמע דדעתו להחמיר כנראה מסתם דברי הרמב"ם וכו' וכן עיקר דאע"ג דמור"ם

ז"ל בהגהה כתב חילוק הר"ן בסמוך בשם י"א אין לתפוס אלא דברי הש"ע דבתריה גרירן וכו' עכ"ל ולענ"ד אחר המחי"ר הראויה אליו את כבודו ואת גודלו כי רב הוא דבריו ז"ל בזה לא זכיתי להבינם כלל דמ"ש הוא ז"ל דמדלא הזכיר כאן מרן בש"ע חילוק הר"ן משמע דדעתו להחמיר הא לא מכרעא כלל דכבר כתבו הפוס' ובעלי הכללים ז"ל בדעת מרן ז"ל דדרכו דרך הקדש בשולחנו הטהור לתפוס כלשון הרמב"ם ז"ל דברים כהווייתן ככתבם וכלשונם ממש ומה שיתפרשו דברי הרמב"ם ז"ל הכי נמי יתפרשו דבריו ז"ל שהעתיק דברי הרמב"ם ז"ל ממש וכמ"ש הרב יד מלאכי ז"ל בכללי מרן בש"ע אות משם הרב הלכה למשה ז"ל יע"ש וכ"כ שאר פוס' ומפרז"ל כמו שיראה הרואה לא ע"ט האסף פה גם ראיתי להרב החבי"פ ז"ל בס' הבהיר לב חיים ובחוקות החיים סי' דדרך מרן ז"ל בש"ע לסמוך על דעת עצמו במ"ש בכ"מ ובב"י בפירוש דברי הרמב"ם ז"ל עם שבש"ע העתיק דברי הרמב"ם ז"ל ככתבם וכלשונם ממש עכ"ז הוא ז"ל מסתמיך ואזיל עמ"ש הוא עצמו בדעת הרמב"ם ז"ל בכ"מ או בב"י יע"ש וכ"כ גדול דורנו ראש"ל הרב הגאון כמהרר"א אשכנזי ז"ל בתשו' כי באה בס' הבהיר בני בנימין וקרב איש בח"ב ח"מ סי' ל"א בדע"ה ע"ג בד"ה ונבא וכו' דהכי אורחיה דמרן ז"ל לסמוך בש"ע על מ"ש הוא עצמו בב"י ע"ד הרמב"ם ז"ל וכנז"ל וא"כ הכא נמי אף שסתם בש"ע כלשון הרמב"ם ז"ל ממש ולא הזכיר מה שחילק הוא עצמו בב"י כדעת הרמב"ם ז"ל לדעת הר"ן ז"ל מה בכך כיון דזה דרכו דרך הקדש להעתיק בש"ע לשון הרמב"ם ממש ומה שיפורש בדברי הרמב"ם הכי נמי יתפרש בדבריו ז"ל שבש"ע וכ"ש הכא דהוא עצמו בב"י אוקים לדברי הרמב"ם הכי כמ"ש מור"ם ז"ל בהגהה בשמו והכי אורחיה דמרן בש"ע לסמוך על פירושו שכתב בכ"מ או בב"י והגם דהכא בב"י פירש כן דברי הרמב"ם ז"ל ליתובי דעת עיון הר"ן ז"ל שלא יחלוק ע"ד הרמב"ם ז"ל כנז"ל מ"מ כיון דלא אשכחן חולק ע"ד הר"ן ז"ל ודברי הרמב"ם מתוקמי שפיר לדעתו כמ"ש מרן בב"י עצמו א"כ מאין הרגלים לומר דמרן ז"ל בש"ע חולק ע"ד הר"ן וע"ד בב"י וגמירי דאפושי פלוגתא לא מפשינן ומה גם דמדחזינן למרן ז"ל בב"י דשקו"ט אליבא דהרן ז"ל ש"מ דהכי ס"ל כוותיה וכטעמיה כמש"ל דכלל זה נאמר גם בדברי הפוס' ז"ל כרשום בזכרוני שכן ראיתי כתוב בס' הפוס' ז"ל נז"ל באופן שכל דברי הרב מטה יהודה ז"ל בזה הם תמוהים לענ"ד ולא זכיתי להבינם ואין לסמוך עליהם בזה כנלע"ד פשוטן:

תו חזיתיה למר הרב מטה והודה ז"ל בסי' רמ"ו סקי"ד שהביא דברי הריב"ש ז"ל הנז' בב"י סוס"י רמ"ה במה שהתיר ליטול הישראל שותף הגוי שכר שבת בהבלעה אפי' לא התנו בתחילה וכתב ע"ז דבש"ע השמיט היתר זה דהריב"ש בלא התנו וכתב אסור

סתם דמשמע אפי' בהבלעה דניצול משום איסור שכר שבת אסור מיהא משום שביתת בהמתו ולא ניחא ליה הך טעמא דיש לגוי חלק ועושה בע"כ והחמיר כס' הריצב"א ועשה כמו פשרה בין שתי הדעות דלגבי תנאי מתחילה לא חשיבא בהמה של ישראל ודלא כהריצב"א ז"ל כיון דאשכחן להדיא לשבולי הלק"ט דסבר כהריב"ש ז"ל אבל בתנאי דאחר השיתוף כיון דלא אשכחן מאן דמתיר בפי' פסק להחמיר וכו' עכ"ל יע"ש:

ונוראות נפלאתי על דברי קדשו הללו במ"ש אבל בתנאי דאחר השיתוף כיון דלא אשכחן מאן דמתיר בפי' וכו' דמי זה אמר דמהני תנאם אחר השיתוף הלא גם הריב"ש ז"ל אסר התנאי דלאחר השיתוף כמבואר בד"ק ז"ל להדיא וכנז"ל רק מה שהתיר הריב"ש ז"ל הוא דשרי לישראל השותף ליטול חלקו גם מריוח השבתות בהבלעה דוקא וכבר נתבאר דבזה כ"ע מודו דשרי ומרן ז"ל ג"כ הכי ס"ל דשרי ליטול שכר שבת בהבלעה אפי' שעשה איסור במה שלא התנה בתחילה וכבר גילה לנו דעתו בהתר שכר שבת בהבלעה עה בסי' ש"ו ובשאר דוכתי טובא דשכר שבת בהבלעת שאר ימי השבוע או החדש או השנה שרי ולא יחלוק ע"ז שום פוסק כלל וכבר בררנו אחת למעלה דמרן ז' שלא הזכיר התר זה דהריב"ש ז"ל משום דכל כוונתו במ"ש אופני ההתר המוזכרים בד"ק אינו אלא כדי לסלק ולהסיר ולהציל האיש הישראלי השותף עם הנכרי מן האיסור לגמרי משא"כ בהתר זה דהריב"ש ז"ל עם דמותר לו לחלוק עם שותפו הנכרי גם שכר שבת בהבלעה מ"מ כבר עשה איסור במה שלא התנה בתחילת השיתוף ולא נסתלק האיסור הזה על ידי התר זה כלל כמ"ש כן הריב"ש ז"ל להדיא משא"כ בהנהו אופני ההתר שפסקם מרן ז"ל בש"ע נסתלק האיסור לגמרי על ידם אף שלא התנה בתחילת השיתוף כלל וכמו שנתבאר ודברי הרב מטה יהודה ז"ל גם בזאת נפלאו ממני ולית לן למסמך עליהו כלל והדברים ברורים:

איך שיהיה הנה נתבאר. מכל האמור ומדובר. מריש ועד כען דכל החמשה אופנים של ההיתר הניתנים למעלה הבאים בדברי מרן ז"ל בב"י משבולי הלקט והריצב"א ומרבו מהרי"ב ומהריב"ש ז"ל הנז"ל כולם עלו לרצון לפני מרן ז"ל הן בב"י הן בש"ע רק דבש"ע דעתו כסתם דלא כיש מתירים קמא אלא כסתם וכיש מתירים בתרא שהוא דעת עצמו ודעת רבו מהרי"ב ז"ל ומיהו היכא דלא אפשר לישראל לעשות כסברת הסתם וגם אינו יכול לעשות כיש מתירין בתרא יכול לעשות כיש מתירין קמא ולהכי כתב מרן ז"ל בש"ע את סברת יש מתירים קמא וכמ"ש כ"ז הרב מטה יאודה ז"ל בסי' רמ"ו סקי"ג יעש"ר גם היתר הריב"ש ז"ל שהוא האופן החמישי הנז"ל כבר בררנו והכרחנו דודאי.

גם מרן ז"ל מודה לו בהתר הנז' ודלא כמ"ש הרב מט"י ז"ל מאחר שדבריו ז"ל תמוהים וכמש"ל ובדור:

פש גבן לבאר אם יסכים מרן ז"ל בש"ע גם לאופן הששי הנ"ל שהוא שיכול הישראל השותף לבטל השותפות הראשונה שיש לו עם הנכרי בבהמות הללו ולחזור ולהשתתף עמו בהם מחדש ובשעת שיתופו השני יתנה עם הנכרי שותפו וכה יאמר לו אתה טול חלקך בשבת ואני ביום חול כנגד ועל ידי תנאי זה יהיה מותר לישראל השותף הנזכר לחלוק עם שותפו הנכרי גם שכר השבתות בשוה. וכמש"ל שזה נלמד מדין שדה ומרחץ ותנור וריחים המשותפים בהם ישראל ונכרי יחד שכתבו התוס' ז"ל שאם לא התנו בתחילת שותפותם יכולים לבטל אותה שותפות לפי שעה ביטול גמור. ושוב יחזרו להשתתף יחד בתנאי הנז' עצמו ושרי ומנייהו יליף מרן ז"ל בב"י סי' רמ"ה דה"ה אם הם שות' בחנות בסחורה ולא התנו בתחילה שיכולים לבטל אותה שות' ויחזרו להשתתף יחד ויתנה עם שותפו הנכרי הנז' וכמש"ל כ"ז:

ונראה ברור דכיון שכבר פסק מרן ז"ל בשה"ע. סי' רמ"ה ס"ג כסברת הפוס' הנז"ל א"כ ה"ה והוא הטעם הג' בדין שותפים בבהמות. שיכול הישראל השותף עם הנכרי בהם לבטל אותה שותפות הראשונה לפי שעה ושוב יחזור וישתתף. עמו שנית ובעת השיתוף הב' יתנה עם שותפו. הנכרי התנאי הנז' עצמו דהיינו שיאמר לו אתה טול חלקך בשבת ואני ביום א' חול כנגדו. ובזה יכולים אח"כ לחלוק כל הריוח בשוה חלק כחלק יאכלו גם ריוח השבת וכמ"ש מרן ז"ל בש"ע ס"ב היכא דהתנו וכו' יע"ש ה"ה הכא דשרי דמאי שנא ומאי אולמיה דהאי מהאי וכמובן:

ועוד דכיון שכבר כתב מרן ז"ל בש"ע בדין. ישראל ונכרי שותפין בבהמה התיקון וההתר של הריצב"א ז"ל דהיינו שימכור וכו' כנז"ל א"כ מה לי שימכור או יבטל השות' דכולהו חד שיעורא נינהו וכמובן והכי חזינא להרב יד אהרן ז"ל ולהרב מטה יהודה ז"ל שם סוף סקי"ד ובדס"ב ריש ע"א דבהכי ניחא להו להרבנים הנז"ל דברי מרן ז"ל בב"י ממה שהקשה עליו הרב מהריט"ץ ז"ל סי' ע"ו יעש"ב והדברים פשוטים דודאי הכי ס"ל למרן ז"ל גם בשותפות בהמות ישראל ונכרי יחד דאם לא התנו בתחילה שיכולים לבטל אותה שותפות ולחזור ולתנות בשעת השיתוף הנז' ויען שכבר בסי' רמ"ה ס"ג כבר פסק מרן ז"ל דין זה בדין שדה ומרחץ כיע"ש לזה לא הוצרך מרן ז"ל לחזור ולשנות דין זה באופן בבהמה דילמד סתום מן המפורש ולא הודיענו מרן ז"ל בסי' רמ"ו בדין שותפות בבהמות אלא דרכי היתר דלא שייכי בדין שדה ומרחץ ותנור וריחים ואולם היתר דשייך התם והכא כגון ביטול השות' הראשונה שהיתה בלתי תנאי הנ"ז ושחזרו להשתתף בהם יחר

בתנאי הנ"ז וכבר השמיענו כזאת היתר זה מרן ז"ל בש"ע סי' רמ"ה בדין שדה וכו' ודאי דגם פה בשות' בבהמה דמהני ושפיר מצי ישראל השותף לעשות כן לכתחילה ובכזה ליכול ולחדי כל ריוח שיעלה לחלקו מהם גם מריוח משכר שבתות וי"ט ונכון לבו בטוח דזהו היתר גמור ומוסכם לדעת מרן ז"ל. ג"כ וכמש"ל ופשוט:

הכלל העולה מכל האמור ומדובר מראש וע"ס לנדון דידן דנשתתפו הישראלים עם הנכרי בסוסים ועגלות בסתם בלתי שום תנאי הנז"ל כלל כנראה מדברי השאלה המוצגת לפננו שלא התנה ישראל עם הנכרי קודם שיתופם עמו בתנאי הנ"ז דהיינו שיאמרו לו אתה טול חלקך בשבת ואני בחול כנגדן רק נשתתפו עמו בסתם ועשו איסור בזה בשוגג מחמת חסרון ידיעתם בדין זה א"כ איפה אם קשה עליהם מאד לעשות אופני ההתר שנתבארו בדברי מרן ז"ל שבש"ע דהיינו הארבעה אופני התר עי"ל עכ"פ שרי להו ליטול חלקם בריוח השבתות ג"כ בהבלעת שאר ימי השבוע או החדש או השנה בכללות יחד כנז"ל ואם יכולים ישראלים הללו השותפים הנ"ז לבטל אותה שותפות ביטול גמור לפי שעה ולחזור ולהתנות עם שותפם הנכרי התנאי הנ"ז עצמו בעת שותפותם עמו פעם שנית מ"ט ומ"ן דבזה יסתלק מעליהם אפי' אותו איסור שוגג שכבר עושה לגמרי ובזה יהיה מותר להם ליטול ריוח שבת גם בלא הבלעה ולחלוק עמו שוה ככל האמור ומדובר הנעל"ד כתבתי וצור ישראל יצילני משגיאות ויראני מתורתו נפלאות אמן. כי"ר פי המדבר זעירא דמן חברייא והוא הצעיר יצחק אבואלעפייא ס"ט:

שו"ת פני יצחק ח"ב יו"ד

סימן ב

שאלה ראובן שמעון לוי ויאודה המה שוחטים ובודקים במתא דסורא וכולם כאחד היו שו"ב במקולין אחד לכל הקצבים של כל העיר ב"ב ושאב"ב ונוטלין שכרן מהם מן הכשרות דוקא. ויהי היום בא שמעון אחד מהשו"ב הנ"ז וגילה אין חכם באשי נר"ו שראובן השו"ב עמהם כבר נכשל פעם אחת בשחיטת עוף אחד בעיוה"כ שלא שחטו. כהוגן ונתנו לבעליו בחזקת כשר ופעם שנית ג"כ בבדיקת הריאה שלא בדק כראוי והעלים עין מסירכא המטרפת וכ"ז עבר זמן רב בין כל אחת ואחת מהשמיים הנ"ז וכעת ג"כ מזה כמה ימים נכשל ויצאה נבילה מתחת ידו בבהמה אחת שלא שחט בה רק סימן אחד דוקא ושוב בא הוא שמעון הנ"ז וחביריו שאר השו"ב ויבדקו הריאה מבפנים ומבחוץ ומצאוה כשרה לגמרי והכשירוה וחתמו על גבה חותם כשר והם לא היו יודעים שנשחטה שלא כהוגן עד שכבר הקצב בעל אותה הבהמה הוליכה מהמקולין לחנותו

למוכרה לישראל אזי נודע להם מבנו של שמעון הנ"ז שהגיד להם שהוא היה עומד סמוך לראובן השוחט בעת ששחט אותה הבהמה וראה וידע שלא שחט בה רק סי' אחד דוקא והיא נבילה גמורה אזי שאלו את פי ראובן השוחט הנ"ז אם אמת הדבר הזה והשיב שבאמת כן היה שמרוב הבהלה והחיפזון של הקצבים שזה מושכו אצלו לשחוט לו וזה מושכו אירע לו באותה בהמה שלא נשחטה כהוגן רק בסי' אחד ומרוב הבהלה שכח מלהגיד להם כדי להטריפה והיה כשומעם מפי עצמו כן תכף רצו והלכו כולם כאחד וראובן עמהם לחנות הקצב הנ"ז והטריפו לבהמה הנ"ז ע"י הסרת כל החותמות הכשר שהיה חתום על גבה כנ"ז והלכו להם גם העיד עליו שמעון השו"ב הנ"ז דלפעמים ראובן הנ"ז שחט מיושב ולא מעומד גם אמר לו עליו שקודם בואו למקולין מביתו שותה יין שרף הרבה מאד ואח"ך יבא למקולין לשחוט ולבדוק עמהם וכן לא יעשה והח"ב הנז' נר"ו שמע את כל דברי שמעון השו"ב הנז' אשר הגיד לו על ראובן הנז' ושמר הדברים בלבו ימים מספר כשבוע אחד הן חסר הן יתר מ"מ ולא נודע הדבר לב"ד הקבוע בעיר הנ"ז כלל לא מפי הח"ב הנז' ולא מהשו"ב הנז' ולא מזולתם כלל ושוב אחר ימים הנ"ז שלח הח"ב המ' נר"ו וקרא לב"ד הקבוע במתא וגם שלח וקרא לכמה ת"ח אחרים מחכמי העיר הנז' וצירפם עם הב"ד ועמו והביא לפניה' כולם את ראובן השו"ב הנ"ז ואת שמעון ולוי ויאודה השו"ב הנז"ל ועמד על רגליו שמעון השו"ב הנ"ז והעיד לפני ב"ד הקבוע ולפני שאר הת"ח שנצטרפו עם הב"ד ככל הנז"ל בפני ראובן השו"ב הנז' ושאר השניים השו"ב שהם לוי ויאודה הם אמרו שלא היה להם ידיעה משחיטת אותו עוף ששחט בעיוה"כ כלל וגם בבדיקת הריאה חד מנייהו אמר שהוא זכור מזה והב' אמר שאינו יודע מזה כלל גם בזאת הפעם האחרונה ששחט בבהמה רק סי' אחד לא ראוהו כלל רק כן הוגד להם מפי בנו של שמעון השוחט הנז' וגם שמעון עצמו כן העיד ששמע הדבר הרע הזה מפי בנו והודאת ראובן אח"ך כנז"ל והנה ראובן השו"ב הנ"ז כשומעו את כל אשר העיד עליו חבירו שמעון הנ"ז הכחישו בפניו לשמעון הנז"ל בכל הפעמים שעברו מזה זמן רב שכבר נתבאר לעיל שעפ"י עדות שמעון הנ"ז עצמו ההוא אמר שהשתי פעמים שעברו שנכשל בהם ראובן הנ"ז אחת בשחיטה ואחת בבדיקה בין כל פעם ופעם עבר זמן רב ביניהם ומפ"כ הנ"ז לפ"ג של עתה הפעם שיצאה בהמה נבילה מתח"י עפ"י הודאתו הנ"ז עבר ג"כ זמן רב מזל"ז ועל כל הב"פ שעברו הנ"ז ראובן הנ"ז הכחישו. לשמעון בפניו ובפני שאר השו"ב ובפני הת"ח והב"ד שישבו לקבל עדות שמעון השוחט הנ"ז על ראובן הנ"ז וכה אמר שלהד"מ כלל ושקר ענה בו חבירו שמעון הנז' ולא הודה כי אם על הפעם הזאת האחרונה והתנצל לפני ב"ד ות"ח הנז' שמרוב הבהלה והחיפזון אירע

לו כן וששכח לגלות אוזן חביריו הבודקים הנז' כדי להטריף הבהמה בבדיקת הריאה ושכחתו היתה ג"כ מט' הבהלה. גם מע' החכם באשי הנז' הי"ו העיד על ראובן השוחט הנ"ז שכשרצו יחידי העיר לבטל מעשיו בתיקון הגאבילה שתיקן להם שלא ברצונם ורצו לבטל תקנתו הנ"ז ע"י שיקחו איזה שוחט וישחוט להם אצל הגוים בלתי גאבילה כלל ועי"ז תתבטל הגאבילה שתיקן הוא עצמו שלח מקודם והביא את ראובן השוחט הנ"ז והשביעו ש"ח בת"כ ע"ד המב"ה ועל דעתו שלא ישמע לקול היחידים ולא ילך וישחוט להם אצל הגויים כלל וביום המחרת עבר על שבועתו זאת ראובן הנ"ז ושחט אצל הגויים בשר לרוב מאד ועי"ז נתבטלה הגאבילה ונמצא שראובן הנ"ז הזיד ומעל בשבועתו והרי הוא פסול עוד להיות שו"ב כלל וראובן השוחט הנז"ל השיב ע"ז שלא עבר על השבועה במזיד כלל רק באונס גדול שהקונסול שלו גבר עליו ללכת ולשחוט אצל הגויים כרצון יחידי העיר גם רוב הק"ק יצ"ו הם הכריחוהו ללכת ולשחוט להם אצל הגויים והוא אנוס בזה זאת ועוד כי קודם ששחט אצל הגויים מע' הח"ב הנ"ז עצמו נתן רשות לכל שאר השו"ב ללכת הם ג"כ לשחוט אצל הגויים ובראותו ראובן שגם שאר השוחטים באו למקולין לשחוט אצל הגויים חשב בדעתו שגם לו ג"כ ניתנה לו רשות ממנו לשחוט אצל הגויים ג"כ והוחלה שבועתו לגמרי ושוב אחר כל זה כעס עליו ח' באשי נר"ו הנ"ז כעס גדול ונידהו והחרימו לפני ב"ד הקביע ולפני הת"ח הנ"ז וגירשו מביתו וילך לו לביתו אבל וחפוי ראש ושוב ביום הב' הלך לישיבה החכם באשי הנז' נרו וחזר ואסף וקבץ את ה"בד והת"ח עצמם שהיו במעמד הראשון כדי לדון דין ראובן הש"וב הנז' עפ"י העדיות והשמועות שהועד עליו. בפניו במעמד הראשון ופתחו כולם לחובה עליו וענו ואמרו עליו שהוא פסול לגמרי מלהיות שו"ב כלל ואחד חכם מב"ד הקבוע רצה ללמד עליו זכות בדין עפי' סברת הפוס' ז"ל וכעם עליו ח' באשי הנז' והשתיקו גם אחד מהשוחטים התריס ודיבר קשות עם. אחד מב"ד הקבוע וגמרו על השוחט הנז' שהוא פסול לגמרי כנ"זל וכל אחד מהם לדרכו פנה וביום הג' שלח ח' באשי הנ"ז אחר השוחט שהטיח דברים קשים עם אחר מב"ד הקבועים וכתב לו נוסח מעב"ד על ראובן השוחט הנ"ז שהוא פסול להיות שו"ב וכל האוכל משחיטתו ה"ה אוכל נו"ט ואפ"י אחר שוחט עומד ע"ג לא מהני ליה וכו' וחתם במעב"ד הנ"ז ח' באשי הנ"ז ושלח המעב"ד הל"ז עם הקוואץ להב"ד ולכל הת"ח הנז' וחתמו בה והניחה אצלו למשמרת והעביר השוחט הנ"ז לגמרי מאומנותו ופסקיה לחיותיה לגמרי זה שנה תמימה והיה ראובן השו"ב הנז' צועק ואינו כענה וטוען על אותם המעמדות שעשו עליו ועל המעב"ד הנז' שכתבו וחתמו עציו כמה טענות והגדולה שבהם כי ח' באשי הנז' נר"ו הוא שונא לו ומבקש רעתו להתנקם

ממנו מחמת שביטול הגאבילה היה על ידו שהשביעו שלא ישחוט אצל הגויים ועכ"ז הלך ושחט וביטל הגאבילה אשר תיקן הרב הנז' ונתבטלו מעשיו ואינו מאמין לו שהיה אנוס כנז' כלל וא"כ הו"ל הח"ב הנז' שונא גמור לו והו"ל ג"כ נוגע בדבר ואית ליה הנאת הנקימה דעדיפה מהנאת הממון ובכן פסול הוא לדונו כעת ואם אמת שאינו שונא לו רק עתה לש"ש מתכוון א"כ אמאי לא ערער עליו ממה שמעל בשבועתו מאותו יום ששחט לגוים ונתבטלה הגאבילה ע"י ולמה שתק עליו כ"כ זמן רב יותר מח' חדשים עד עתה שנפל ונכשל בשחיטת הבהמה שלא כהוגן אלא ודאי מזה מוכח שלא לש"ש מתכוין עתה רק להתנקם ממנו כנז"ל והו"ל שונא גמור ונוגע בדבר שאינו כשר לא להעידו ולא לדונו כלל גם שלשה מחכמי העיר שנצטרפו עם ב"ד הקבוע וישבו לקבל עדות עליו ביום הא' וביום ה"ב ישבו במושב אחד כולם יחד לדונו ועלתה הסכמתם שהוא פסול כנ"ז גם הם פסולים לקבל עדות עליו ולדונו כלל מתרי טעמי תריצי חדא שהם קרובים זל"ז קורבה גמורה הפוסלת אותם לקבל עדות ולדון יחד כלל והם פסולין זע"ז פיסול גמור מחמת קורבה גמורה ראשון בראשון ושני בשני ממש ויותר ועוד טוען דגם אלו הת"ח הקרובים זל"ו הנ"ז הם נוגעים בדבר טובא מחמת שבן אחד מהם ישבו הם ומינו אותו הם עח' באשי הנ"ז נר"ו להיות שו"ב בציבור עם שאר השו"ב הנ"ז במקום ראובן השו"ב. הנ"ז וזכה ונטל חלקו של ראובן בשכר השו"ב ולסיבה זאת חפרו עליו שוחה עמוקה וקשרו קשר ביניהם ובין חביריו השוחטים עם מע' חכם באשי ר"ו להמתין עליו עד שי שיפול באיזה פעם שיוצאת מתח"י נבילה וטריפה דאזי ימצאו מקום להרבות עליו עונות וחטאים ופשעים על שלשים ועל רבעים כדי לפוסלו לגמרי להתנקם ממנו ולהשים את הבחור בן אחד מהת"ח הנ"ז במקומו וליטול שכרו מה שהיה נוטל ראובן הנ"ז כולו או מקצתו ולחלק השאר בין שאר השו"ב הנ"ז עוד טוען ראובן השוחט הנ"ז דשמעון השו"ב הנ"ז אשר העיד עליו כעת כל הדברים הרעים הנ"ז הנה הוא שונא לו ומבקש רעתו ולשלם לו מדה כנגד מדה כי פעם אחת. לימים שעברו נכשל שמעון הנ"ז עצמו בסירכא אחת המטרפת שהעלים עין ממנה ובדק הבהמה מבפנים והוציא ידו בחזקת שהיא כשרה לגמרי ולא אמר להם שיש בה איזה סירכא כלל וכשבדקו אותה בחוץ מצאו בה סירכא המטרפת ונתרעמו עליו איך לא הרגיש בה כלל ואמר להם שלא חש לבדוק יפה מאחר שסומך על הבדיקה הב' שמבחוץ ולא קבלו ממנו שאר השו"ב הנ"ז תשובתו הנ"ז והסכימו הם להעבירו כמה ימים ושלחו לו פתקא בכתיבת ידם שהסכימו עליה להעבירו ל' יום ולא קבל מהם עד שבא ראובן השוחט הנז' וגילה אוזן אחד מהדיינים הקבועים ולמדו עמו בדין זה וראה הדיין ההוא שאין צורך להעבירו ל'

יום רק כמה ימים ובקד"ח סגי ליה כיון דהתשו' שהשיב שמעון ע"ז שסמך על הבדיקה הב' יש מקום פטור בספרים וכן היה ומאותו יום והלאה שמר איבה ושנאה גדולה שמעון הנז' על ראובן הנ"ז עד שנפל כעת בפח יוקשים מצא מקום בע"ח לגבות את חובו ממנו עשרת מונים והרבה פשעיו חינם וגמולו ישלם לו עשר ידות א"כ כיון דהוא שונא גמור לו פסול הוא להעידו כלל. עוד טוען. ראובן השוחט הנז' דמאחר שח' באשי הנז' הי"ו אינו יכול לדונו ולא להעידו מט' השנאה הנ"ז גם הת"ח הקרובים זל"ז אשר הזמינם הרב הנ"ז לדונו עם הדיינים הקבועים גם הם פסולים לדונו הם מצד קורבתם זל"ז והן מצד דהו"ל נוגעים בדבר בעבור בן אחד מהם דמטי ליה ולהם הנאה רבתי בפיסול ראובן הנ"ז כדי למלאת מקומו בן אחד מהם כנז"ל א"כ גם הדיינים הקבועים ושאר ת"ח שצירפם עמהם ח' באשי הנ"ז נר"ו לדונו כולם יחד גם אלה נפסלו כולם כאחד ע"י צירופם עם אותם הפסולים לדונו ובכן כל המושבות שישבו יחד לדונו ולפוסלו גם את הראשון גם את ה"ב וגם המעב"ד שכתבו וחתמו עליו שהוא פסול לגמרי וחתמי עלה כולם כאחד הכל הוא בטל ומבוטל לגמרי דהכל נעשה ונגמר עליו בפיסול גמור שלא כדת ש"ת כלל. ואם לא היה הח"ב הנ"ז מזמין כל הת"ח הקרובים הנ"ז ומצרפם עם הב"ד הקבוע בעיר כלל והיו דנים אותו הב"ד הקבוע לבדם והיו פוסלים אותו בדין היה מקבל עליו את הדין אמנם בעת שישבו עמהם הקרובים והפסולים עמו לדונו כולם יחד ויצא חייב בדינו בהסכמת כולם שפתחו כולם לחובה עליו אינו מקבל עליו את דינם שפסלוהו לגמרי גם טוען ראובן הנ"ז דמדעשה כן ח' באשי הנ"ז לצרף עם הב"ד אותם הת"ח כדי לדונו מה שלא עשה כן בשום דין אחר זולתו לצרף עם ב"ד הקבוע שום ת"ח זולת הב"ד הקבוע לבדם הם דנין בין איש לרעהו ועל פיהם יקום דבר בין באיסור והתר בין בד"מ ואפי' ח' באשי הנ"ז עצמו אינו דן עמהם כלל בשום דין גם חכמי העיר ג"כ מעולם אינם מכניסים עצמם עם ב"ד הקבוע לדון עמהם לשום אדם כלל ואפי' לפעמים ירצו הב"ד לצרף עמהם איזה ת"ח מחכמי העיר מאחד מהקרובים הנ"ז או מזולתם עכ"ז המה לא ירצו ואינם מערבים עצמם בשום דין ובשום ענין כלל כידוע ומפורסם בכל העיר א"כ איפה מדוע בזה הדין שלו כולם נקבצו באו ונועדו עליו יחד כולם מפעם ראשונה שקראם הרב הנ"ז ולא סירבו כלל ואם לא ידעו בפעם הראשונה למה קראם ולמה הזמינם עכ"פ בפ"ב היה להם לסרב ולמאן מלדונו וכבר יש ב"ד קבוע בעיר לדון כל ריב וכל נגע ומה להם ולצרה הזאת להכניס עצמם בדין עסק ואפי' דהוא לדעתם אפרושי מאיסורא הוא מ"מ תתקיים המצוה הזאת ע"י הב"ד הקבוע ככל דיני אפרושי מאיסורא הנופל בעיר באיזה דבר שיהיה אלא ודאי מכ"ז מוכח בבירור שגדלה שנאתם

אתו עמו הת"ח הנ"ז ו"ח באשי הנז"ל וקשר גדול קשרו עליו כולם יחד עם השו"ב הנ"ז להעיד עליו כזאת וכזאת לפניהם ולפני הב"ד והם ידונו אותו לחובה לפוסלו לגמרי וישב בן אחד מהם במקומו ויחלקו ביניהם חלקו של ראובן כמו שכן היה מעשה שלא עברו ימים מועטים עד שבא הבחור הנ"ז בן של אחד מהת"ח הנז"ל והכניסוהו למקולין עם שאר השו"ב ונטל חלק גדול עמהם מחלקו של ראובן הנ"ז והשאר חילקוהו שאר השו"ב ביניהם כידוע. הן אלה טענות ראובן השוחט הנ"ז אחד באחד יגשו והיה צועק ואינו נענה ואדביני ביני רצה יחיד אחד מיחידי העיר ללכת לכפר אחד רחוק מהעיר מאד ולהתעסק שם כמה חדשים ולקח עמו את ראובן השוחט הנ"ז ושחט לו עופות ובהמות לרוב מאד כי לא ידע בפיסולו לגמרי כיון שלא הכריזו עליו בבכ"נ וב"מ שראובן הנ"ז נפסל לגמרי אפי' לשחוט ליחיד אחד וחשב שהעבירוהו מלהיות שו"ב בציבור ולא ליחיד גם בחזרתם היחיד הנ"ז וראובן הנ"ז שחט עוד ראובן הנ"ז גדי אחד ליחיד אחר והכשירו וכשומעם הב"ד ורת"ח הנ"ז הטריפו הגדי הנ"ז באכילה לגמרי כידוע וכראות ראובן שכן עשו לו אז נתברר לו שפסלוהו לגמרי מלשחוט ולבדוק לא לציבור ולא ליחיד לעולם ועד אזי הרבה ריעים ללכת אצל הקונסול שלו יר"ה לחלות פני ח' באשי הנז' לחוס ולרחם עליו לבקש לו תקנה לחזור לאומנותו להביא טרף לביתו כי איש עני הוא נודד ללחם ממש והקונסול שלו יר"ה ריחם עליו ושלח שלוחיו לח' באשי הנ"ז לחלות פניו ולא קבל הח"ב הנ' להחזירו אפי' שיהיה משרת ממש לשאר השו"ב כלל וכדי שלא יתכעס עמו הקונסול שלו הנ"ז ויהיה מוקפד עמו הלך הרב הנ"ז עצמו אצל הקונסול של ראובן השוחט הנ"ז והתנצל ממנו באמור אליו שדבר זה שנפסל ראובן הנ"ז לא יצא ממנו כלל כי אם הוא מהב"ד הקבוע בעיר שהם חכמים הרוחניים דוקא והם דנוהו לראובן ופסלוהו רק הוא מוכרח לעשות ככל אשר יורו הדיינים הרוחניים ולזה חתם עמהם גם הוא וגזר על ראובן והעבירו א"כ מה בידו לעשות והוציא לו מחיקו המעב"ד של פיסול ראובן הנז' החתומים בה הב"ד ושאר הת"ח הנ"ז ג"כ והראה אותו להקונסול הנ"ז יר"ה ומסרו בידו והראה לו חתימות הב"ד ואמר לו שאלו הם הרוחניים שדנו אותו לפוסלו ולא הוא והניח אצל הקונסול הנז' יר"ה המעב"ד הנז"ל והקונסול הנ"ז יר"ה חשב בדעתו שאפשר שכן הוא האמת ונתרצה ונתפיס עמו וכה אמר שהוא יראה עסק זה עם הרוחניים ויראה מה לעשות עמהם והרב הנ"ז חזר לביתו ותכף שלח הקונסול הנז' אחר הב"ד הקבוע הרוחניים שיבואו אצלו וביום המחרת הלכו אצלו עם כמה יחידים ה"י ושאל מהם להגיד לו האמת והצדק על נפשם ועל יהדותם ועל אמונתם וישרנותם אם עפ"י דין תורתנו ה"ק יש איזה תקנה להתיר ולהכשיר לראובן הנ"ז לחזור

לאומנותו כדי להתפרנס הוא וביתו ממלאכתו והגיד להם ג"כ את כל אשר דיבר עמו ח' באשי נר"ו שהוא אינו דן לשום אדם כלל רק מקיים גזירת הדיינים הרוחניים בכל אשר ידונו בין איש לרעהו אשע"כ מבקש מהם שיגידו לו אם יש לראובן הנ"ז איזה תקנה כנ"ז והשביעם בתורתנו הק' שיגידו לו האמת וכשמוע הב"ד הנ"ז את דבריו הנ"ז נשאו ונתנו בינם לבין עצמם בדין ראובן הנ"ז בתורה שבע"פ שלדעתם כפי מה שהם זוכרים מסברות הפוס' ז"ל שאם ירצה ראובן לעשות התשובה דפז"ב יהיה לו תקנה כפי הדין לחזור להיות כשר שו"ב לרבים כבראשונה ואמרו כן להקונסול הנ"ז יר"ה אז חילה פניהם והפציר בהם הקונסול יר"ה הוא והיחידים מבני עמנו יצ"ו שנמצאו ובאו עם הב"ד אצל הקונסול יר"ה שיתנו להם בכת"י ובחת"י הפסק דין שלהם הנ"ז ולרוב ההפצר בהם מהקונסול והיחידים הנ"ז כתבו וסתמו מעב"ד ומסרו בידו וזה נוסח המעב"ד הב' הנ"ז אות באות תב"ת וז"ל זאת מאיתנו נחנא ב"ד דח"ל על אודות ראובן מזרחי שהיה שוחט בציבור ונפסל מכמה טעמי ככתוב במעב"ד של פיסולו ומשם באר"ה הן עתה עלתה הסכמתנו שעפ"י הדין הגמור אם יעשה ראובן הנ"ז התשובה שבפו"ב כתקנה וכהלכתה אין נגרע דבר ממנה כלל ושוב יקבל עליו דברי חברות ויבדקו סכינו ג"פ רצו' ויבחנוהו בדיני הח"י טרפיות אם הוא בקי בהם אזי יהיה לו תקנה לחזור לכשרותו ולמלאכתו עם שאר השוחטים וע"ד אמו"ץ כתבנו וח"ש וכו' ור"ל שהתש"ו הנז' לא תהיה פחות מ"ל יום רצו' ובלבד שיעשנה כתחז"ל הצעיר פ' הצעיר פ' ולקח הקונסול הנז' מידם המע"בד והניחה אצלו כדי לשולחה ליד ה"ח באשי להסכים עמהם כאשר אמר לו בתחי' כנז"ל ובהשמע הדבר הזה לח' באשי הנ"ז ולהת"ח הנ"ז שבן כתבו הב"ד וחתמו ומסרו ביד הקונסול יר"ה היטב חרה להם מאד על הב"ד ונתקבצו ובאו לישיבה וקבצו עמהם שאר ת"ח שלא הגיעו להוראה כלל ושלחו מהם ב' ת"ח קטנים להביא את הב"ד הנ"ז לשפוט אותם ולריב עמם חינם והב"ד הנ"ז כשומעם כן לא רצו ללכת אצלם כלל כדי שלא להיות גרמא מחלוקת. וקטיגורייא ביניהם יחד וגמירי ת"ח מרבים שלום דוקא ולא מח' וככן נתקבצו הת"ח והלכו לבתי כמה יחידים מגבירי העיר והתחילו לדבר עמהם תועה על הב"ד שפסקו את הדין של ראובן השוחט הנ"ז דמהניא ליה התשו' דפז"ב דשלא כדין פסקו וטעו ב"ד בהוראה זו ושראובן זה השוחט אסור לאכול משחיטתו לפי אחר שיעשה התש"ו דפז"ב ושכותי ועע"ז יותר טוב ממנו והלהיבו לבבות היחידים ההם והראו להם תשו' מהרשד"ם יו"ד דס"י מ"א ותשו' הרב משפ"ץ ז"ל בס"י ע"ה ולמדו לפניהם דבריהם ז"ל עד שנכנסו הדברים באזניהם וחשבו שבאמת טעו ב"ד בהוראתם הנה כי כן יורנו מ"ץ האמת במה שהוא אמת אם יש ממש בטענות ראובן הנ"ז ואם טעו ב"ד ח"ו בהוראתם

כדעת המעוררים הנ"ז או לא ואי מצו המעוררים הנ"ז להרהר ולערער אחר הב"ד הקבוע בעיר ולומר עליהם דשלא כדין פסקו אחר שכל הק"ק יצ"ו קבלום עליהם והם דיינים מומחים מכל חו"ר העיר הזאת על הכל יבא דברו הטוב ויורנו מדרכיו ונלכה באורחותיו ויבא שכמ"ה:

תשובה הדבר פשוט הרבה מאד ומבואר בספרן ש"ץ הפו' ז"ל דהתשו' דפז"ב מהניא ומגנא לראובן זה השוחט וכמו דיפה הורו ב"ד הקבוע בעיר וה' עמם מלמד שהלכה כמותם דאע"ג דהרא"ש ז"ל בתשו' הביאה מרן ז"ל בב"י יו"ד סי' קי"ט כתב וז"ל ואם הוציא טרפה מתח"י ב' ו"ג פעמים אם עשה במזיד או שלא חשש לבדוק כל הצורך רשע הוא בעיני ואף אם היה מקבל עליו דברי חברות להיות זהיר מכאן ולהבא לא היה לבי נותן לסמוך עליו עוד עכ"ל יעש"ב אין ללמוד מד"ק דגם התשו' דפז"ב לא תהני ליה נמי דהא ודאי ליתא דדוקא בא לאפקי קבלת דב"ח אכן אם יעשה התשו' דפז"ב ודאי דמהניא ליה בלתי ס' כלל וכמו שכן הבינו בדברי הרא"ש ז"ל הללו כל הבאים אחריי ז"ל ועד אחרן הראה יראה להרב דב"מ ז"ל בתש"ו יו"ד סי' א' ולהרב פר"ח ז"ל יו"ד סי' קי"ט יע"ש והדברים פשוטים:

והנה אמת דכיון דראובן זה השוחט דנ"ד נוטל שכרו מהקצבים מן הכשרות ולא מן הטרפות כנ"ז בשאלה א"כ נמצא דאית ליה חימוד ממון ומהפעם הראשונה שנכשל. ויצאה טרפה מתח"י היה צריך לו לעשות התשו' דפז"ב כדי שיוכל לחזור להיות שו"ב בציבור וכהסכמת הגאון הרא"ם ז"ל בתשו' ח"ב סי' כ"ד ונמשכו אחריו כל הפוס' ראשו' ואח' ז"ל עד שכתב הרב פר"ח ז"ל ביו"ד סי' קי"ט הנ"ז דכל הפורש מדברי הרא"ם ז"ל הללו כפורש מן החיים יע"ש וא"כ אם כנים דברי השוחט שמעון אשר הגיד והעיד עליו כעת שכבר נכשל לשעבר בשחיטה ובבדיקת הריאה פעם ופעמי' שיצאו נבילה וטרפה מתח"י מלבד זאת הפעם האחרונה א"כ קובל אני עליו ועל שאר חביריו השו"ב שידעו מזה וכפי דבריהם שבין כל פעם ופעם עברו ימים רבים במספר ירחים דאמאי העלימו עין ולא גילו אוזן הב"ד מפ"א כדי לנדותו ולהכריזו ולהעבירו מאומנותו לגמרי עד עשותו התשו' דפז"ב או לפחות להעבירו חדש ימים עד שיקבל עליו דב"ח בפני ב"ד מומחין כדי שיהיה מתיירא מהם ויהיה זהיר משם ולהלאה ואפ"י אם כה יאמרו שהם העבירוהו ימים מספר וקבל עליו דברי חברות לא יועיל ולא יציל כלל כיון דהם כאיש אחד חבירים וגומלין זא"ז לבו גס בהם ולבם גס בו ובאמת שהקולר תלוי בצוארם והמכשלה הזאת תחת ידם ושארי להו מארייהו וכזאת וכזאת זאת מצינו להרב דב"ע י"ל יו"ד סי' ב' היטב חרה לו על שני עדים כשרים שהעידו שעשה השוחט דנ"ד שהייה

גמורה בשחיטתו באופן ששחט ב"פ בבהמה אחת והכשירה והאכילה לישראל ושוב העידו בדבר והשוחט הנ"ז הכחישם והשיב ע"ז הרב ז"ל דאלו העדים צריכים דו"ח טובא דלפי דבריהס שהשוחט הזה עשה שהייה גמורה למה לא אמרו עדותם לב"ד תכף בראותם ולא היו מכשילים לישראל לאכול בשר נבילה ולמה המתינו להעיד עדותם אחר זמן שאכלו ישר' מאותו בשר ואם דבריהם אמת צריכים ב"ד העיר לייסרם ולקונסם קנס גדול על מה שהכשילו לישר' וכו' אתד"ק יעש"ב ואוקי באתרין גם הרב משפט צדק ז"ל בח"ב סי' ב' כתב על נ"ד יותר מזה כיעו"ש גם על הפעם הזאת האחרונה אשר העיד עליו שמעון השוחט שלא שחט בה ראובן כי אם סי' אחד והודה ראובן ע"ז כנ"ז בשאלה עברו ימים רבים מאותו מעשה עד שהגיד הדבר לב"ד ולשאר הת"ח ואזי העבירוהו ופסלוהו והניחוהו לשחוט ולבדוק עמהם כ"כ ימים וכן לא יעשה והקולר תלוי בהם ולא על הב"ד שלא ידעו ולא שמעו עליו מכ"ז כלל ודי בהערה זו. איך שיהיה מאי דהוה הוה ועכ"פ עתה הפעם הזאת האחרונה שהעיד עליו ששחט בבהמה רק סימן אחד והכשירה ועי"ז גילו לב"ד ולשאר הת"ח הי"ו את כל חטאתיו ופשעיו שעברו א"כ כעת הכל נחשב עליו כפעם אחת דוקא וכיון דאית ביה חימוד ממון ודאי דצריך לעשות התשו' דפז"ב מאליו ומעצמו כדי שיהיה לו תקנה לחזור לאומנותו לשו"ב בציבור וככל אשר הורו ופסקו את הדין כעת הב"ד הקבוע בעיר כמבואר במעב"ד שלהם ושפיר דנו ויפה כיוונו להלכה:

ואפ"י אם היה הענין של ראובן זה דשוחט דנ"ד שכבר נכשל ונפסל והועבר ב' וג' פעמים בעדות ברורה על כל פעם ופעם והעבירוהו ב"ד בכל פעם ופעם עכ"ז עתה הפעם נמי הוה מהני ליה התשו' החמורה דפז"ב כדי שיוכל לחזור לאומנותו דלא אשכחן בפוס' ז"ל שיאמרו שאין לו תקנה עוד עולמית אפי' בתשו' דז"ב זולתי זאת מצינו להגאון החק"ל ז"ל ולהרב הגדול ראש"ל מר בריה דרב מהרד"ח ז"ל בתורת זבח שלו שכתבו דפשטה ההוראה והוקבע המנהג בעירם עוב"י אזמיר יע"א מזמן הגאון החק"ל ז"ל גופיה שאחר שיצאה טריפה מתח"י פ"א והעבירוהו ל"י והחזירוהו בקד"ח ועוד יצאה טריפה. מתח"י פ"ב וחזרו והעבירוהו רוהו ל"י והחזירוהו בקד"ר אזי בפ"ג מעבירין אותו בהחלט ואפ"י שיעשה התשו' דז"ב ל"מ ליה ולא מידי מאחר שכן הוקבע המנהג אצלם יע"ש וע"ע בנדיב לב יו"ד ח"א שכ"ב הרב הנ"ז גופיה בכמה מתשו' יע"ש וכ"כ הרב אח"י וראש ז"ל ביו"ד סי' ג' בתחי' הסכמתו לתש"ו הרב מהרד"ח ז"ל יע"ש א"כ בכל ערי ישראל שלא הוקבע המנהג כן אצלם כלל כאתרא דידן שמעולם לא הועבר שום שו"ב שנכשל ב' וג' פעמים אפי' במרד גמור שהעבירוהו בהחלט גמור כלל ודאי דלכ"ע מהניא ליה התשו' דז"ב אפ"י אחר ג"פ ואין לקפח פרנסתו לגמרי בהחלט כלל כל כ"ש וק"ו שכבר

כתבנו שראובן זה דנ"ד עדין לא הועבר מאומנותו ולא הועד עליו בב"ד שנכשל ויצאה טריפה מתח"י כי אם עתה הפעם שהודה. ולא בוש על זאת הפעם האחרונה ואז גילו עליו חביריו השו"ב שכבר נכשל פעם ו"ב. קודם זאת המעשה הרע לימים שעברו כנז"ל דודאי הכל נחשב כעת לפעם אחת דוקא וגם הגאין החק"ל ומר בריה מהרד"ח ז"ל אזלו ומודו דמהניא ליה התשו' דפז"ב אפי' לפי המנהג שהוקבע אצלם כמבואר כן בדבריהם ז"ל ובפרט בדברי הרב מהרד"ח ז"ל בתורת זבח שלו והבאתי ד"ק בסה"ק פני יצחק ח"א סי' ט' יעש"ב ותו לכי דייקינן שפיר לא חזינא בנ"ד בראובן זה השוחט דנ"ד שנפסל כדין וכהלכה אפי' פעם אחת כלל אפי' על הפעם הזאת האחרונה שבעבורה הצריכוהו ב"ד הקבוע התשו' דפז"ב דהנה נודע הסכמת כל הפו"ס ראשו' ואח' ז"ל דכדי לפסול אדם ולהוציאו מחזקת כשרותו ולהעבירו ממינויו צריך שיעידו עליו ב' עדים כשרים ונאמנים שלא יהיו קרובים זל"ז ולא לבע"ד המעידים עליו ושלא יהיו נוגעים בדבר ע"י עדותם מחמת הנאת ממון או הנאת הנקמה והשנאה עם הבע"ד המעידים עליו ואזי יעידו עליו שראוהו בעיניהם שעבר עבירה פ' הפוסלת אותו והמוציאתו מחזקת כשרותו ואחר שיעידו בזאת בפניו בב"ד אחר האיום והגיזום והדו"ח שיעשו בהם ב"ד אזי יהיה נפסל כדת ש"ת והב"ד יעשו בו משפט כתוב לנדותו ולהכריזו ולהעבירו וכיוצא בהם כל שלא באו עליו ב' עדים כשרים כנ"ז אפ"י העיד עליו עד אחד כשר ונאמן שלא שחט כהוגן וכדומה לזה אם הוא מכחישו הו"ל עד אחד בהכחשה ולאו כלום הוא כמ"ש הגאון מוהריק"ו י"ל בשו' ג"ל על אחד שהעד על השוחט ששחט שלא כהוגן והשוחט מכחישו דאינו נאמן עליו לפוסלו דהו"ל ע"א בהכחשה ולאו כלום הוא והעד עצמו מותר לאכול משחיטתו יעש"ב ונמשכו אחריו כמה וכמה מן הפוס' ז"ל ומכללם מרן ז"ל פסק כוותיה בשה"ט יו"ד סס"י א' יע"ש ועד אחרן הרואה יראה להרב שפת הים ז"ל בסי' ס"ב לענין פיסול השוחט בע"א בהכחשה דלא נפסל השוחט בכך כלל יעש"ב. ועם שהגאון החק"ל ז"ל בח"א יו"ד סי' קצ"ד פליג עליו דהרב שפת הים ז"ל מט' דדין זה דע"א בהכחשה מידי פלוגתא לא נפקא ומספק איסור נפסל השוחט בע"א אף שהוא מכחישו וכ"ש בשוחט לאחרים דלא מן השם הוא זה להכשירו עפי"ד מוהריק"ו אתד"ק יעש"ב ונמשך אחריו מר בריה דרב הרב מהרד"ח ז"ל בנדיב לב ח"א סי' ובתשו' כי באה בס' הבהיר אחי וראש ו"ד סי' ג' יעש"ב מ"מ אנו אין לנו אלא דעת ז"ל אשר קבלנו הוראותיו גם במידי דאיסורא בין להקל בין להחמיר כידוע וכיון דהכא בדין זה דע"א בהכחשה בשוחט פסק מרן ז"ל כמוהריק"ו ז"ל להקל נקטינן כוותיה. והרואה יראה למוהריק"ו ז"ל שם שכתב בתוד"ק דאפי' יהיה אמת עדות העד שראובן שחט שלא כהוגן

מ"מ לא נפסל עולמית דאם ילבש שחורים וכו' יחזור לכשרותו וכו' עכ"ל ועם שסיים שם מוהריק"ו ז"ל דאפי' דנלע"ד ע"ד דאין לפסול השוחט מעדותו של זה מ"מ יש לדונו לפי מה שהוא אדם עכ"ל וכן סיים מרן ז"ל בשה"ט דהכל לפי מה שהוא אדם יע"ש מ"מ היינו דוקא כדסיים בתר הכי מוהריק"ו ז"ל התם וז"ל ואם הוא אותו שוחט אשר כבר נכשל בענין הבדיקה כאשר כתבת לי בשכבר אי לדידי הוו צייתי בני קהלכם היו מעבירים אותו לגמרי כיון שיש רגלים לדבר עכ"ל מבואר מד"ק הללו להדיא דעצה טובה קמל"ן והינו דוקא היכא דברור הדבר שנכשל כבר בעדות ברורה הא לאו"ה דלא נתברר עליו מכבר בעדים כשרים שנכשל כבר בענין השו"ב כי אם קול הברה שמענו ורינון בעלמא הוא דנפק עליה ולא נתברר ולא אתחזק ההוא קלא בב"ד לא מפקינן ליה מחזקת כשרות דכל ישר' בחזקת כשרים ורוב מצויין אצל שחיטה מומחים הם ולא משגחינן בההוא קלא היכא דלא אתחזק בב"ד בעדות ברורה וכ"כ הרה"ג מופת הדור מהרח"פ ז"ל בתשו' כי באה בנדיב לב ח"ב סי' א' יעש"ב. ומאחר עלות כל האמור נבא לנ"ד ונאמר דכיון דבנ"ד לא באו עדים כשרים שיעידו על ראובן זה השוחט ולא עד אחד שיעידו בשום פעם מהפעמים שהעיד עליו כעת אחד מהשוחטים ששחט שלא כהוגן או בדק והכשיר ויצאה טריפה מתח"י כלל כי אם עתה הפעם שהעיד עליו עד אחד מחביריו השו"ב עמו שכבר נכשל פעם ושתים הן בשחיטה הן בבדיקה והכחישו ראובן זה השוחט בכל העבר ואמ"ל בפה מלא שלהד"מ כלל ושקר ענה בו ושאר השו"ב הם אמרו שלא ראו ולא ידעו מכל מה שעבר כבר כי אם קול הברה שמעו דוקא נמצא דזה השוחט המעיד עליו עתה על שעבר אינו אלא ע"א בהכחשה ולאו כלום הוא לדעת מרן ז"ל שפסק כמוהריק"ו ז"ל וכנז"ל. ולא עוד אלא דבנ"ד גרע טפי דאפי' ע"א כשר נאמן בעדותו על ראובן זה השוחט ליכא הכא כלל דשמעין זה המעיד עליו הוא חבר עמו בשו"ב וכבר נודע מ"ש הפוס' ז"ל דהשוחטים לא מהימני להעיד זע"ז לפוסלו ואפי' אם יעידו ב' וג' שו"ב כולם באחד על חבירם השוחט ובודק עמהם שיצאה נבילה או טריפה מתח"י אינם. נאמנים לפוסלו עפ"י עדותם מ"ט דכל אומן סני לחבריה וגם הו"ל נוגעים בדבר דמטי להו הנאה טובא שנוטלים חלקו בשכר השו"ב שהיה נוטל עמהם וכמ"ש מרן החבי"ב ז"ל בכנה"ג ח"מ סי' ל"ד ל"ז משם מהריב"ל ז"ל דשוחט המעיד על טבח אחר שיצאה טריפה מתח"י הו"ל נוגע צעדות יע"ש וכן הסכים הרב כרם שלמה ז"ל ביו"ד סי' י"א והרב זרע אמת ז"ל בתשו' יע"ש עוד זאת שזה העד השוחט אית ליה נמי הנאת הנקמה שמעיד עתה על ראובן להתנקם ממנו ולשלם לו מדה כנגד מדה מחמת שלשעבר רצה ראובן הנ"ז לפוסלו לשמעון העד הנ"ז מטעם. שלא בדק הריאה בפנים

כהוגן כנ"ז בשאלה וידוע דהנאת הנקמה יותר גדולה מהנאת ממון וכמ"ש הגאון הרא"ם ז"ל בח"ב סי' כ"ד וכ"כ שאר פו"ס ז"ל וכן הסכמת הרב נאמן שמואל ז"ל בכ"ב ל"א. והרב שפת הים ז"ל בסי' הנ"ז לפסול עדות השוחט על שוחט אחר חבירו מ"ט נוגע בעדות גם מ"ט שנאה גלויה שהיה בין העד השוחט עם חבירו יעש"ב ונמשכו אחריהם רבני אזמיר יע"א בדור שלפנינו והכשירו את השוחט דנדונם אשר העיד עליו אחד מהשו"ב שיצאה טריפה מתח"י והוא מכחישם ולא חשו לעדות העד השוחט מתרי טעמי הנז' והחזירוהו למלאכתו בלתי עשותו התש"ו דפז"ב כלל כמבואר בנדיב לב ח"א סי' ובס' אחי וראש יו"ד סי' ג' עש"ב. ועם שהגאון החק"ל ז"ל ביו"ד סי' קצ"ז עמד על תרי טעמי הללו ודחאם מהלכה ואסיק לה דבאיסורין גם נוגע בעדות כשר לעדות יעש"ב ונמשכו אחריו מר בריה הרב מהרד"ח ז"ל והרב אחי וראש ז"ל שם בס"י ג' שקראו. ערער על רבני אזמיר ז"ל הנ"ז שהכשירו לאותו שוחט דנ"ד יעש"ב אמנם מ"מ המעיין בדברי הגאון החק"ל ז"ל שם יראה דגם הוא מסכים הולך דכשיש רגלים לדבר ומעשיהם מוכיחים דלא העידו כי אם להנאתם לא מהימנינן להו ובהכי תריץ יתיב תשו' הגאון הרא"ם ח"ב סי' כ"ד הנ"ז עם תש"ו אחרת להרא"ם ז"ל גופיה בח"א ותשובת הרב נאמן שמואל הנ"ז יעש"ב וא"כ בנדון זה איכא רגלים לדבר טובא ומעשים מוכיחים על שמעון השוחט שהעיד על ראובן זה דנ"ד על לשעבר מה שלא גילה אוזן הב"ד עליו כל דבר בזמנו הא ודאי איכא רגלים לדבר טובא דלא העיד עליו כזאתי אלא להנאתו ולתועלתו ומשנאתו אותו ואית ביה תרתי לריעותא הנאת ממין והנאת הנקמה וכל ישר הולך ישפוט בצדק כן וכמבואר. מעתה לא פש גבן כי אם עדות השוחט הזה האחרונה שהעיד על השוחט הלזה דמזה כמה ימים יצאה נבילה מתח"י ששחט בבהמה רק סימן אחד דוקא כפי אשר הוגד לו מבנו אשר בזה הודה ולא בוש ראובן הנ"ז שבאמ"וץ כן היה מעשה ונתנצל שמרוב הבהלה והחיפזון של הקצבים הגויים שכח להגיד לחביריו השו"ב להטריפה דזה ודאי פושע הוי ואין בהתנצלותו ממש בדין כלל ואין לך מיקל ופושע גדול מזה ורשע הוא בעיני בלתי ס' כלל דהגם אמנם דקי"ל בעלמא דאין אדם נפסל עפי' הודאת עצמו שעשה עבירה פ' משום דקי"ל דאין אדם משים עצמו רשע מ"מ היכא דאיכא עד אחד המעיד עליו שעשה עבירה פ' והוא מודה על עצמו בכה"ג אמרי' אדם משים עצמו רשע כמ"ש הגאון מוהריק"ו ז"ל בסי' ג"ל הנז' על נדון כזה דנ"ד ממש עצמו כיעו"ש והבי"ד מרן הכנה"ג ז"ל בח"מ ס"י ל"ד הגהו"ט אות נו' וכ"כ כמה פוס' ז"ל יע"ש וכן הסכים הרב דב"מ ז"ל בא"ח סס"י ה' על נ"ד בש"ץ שהעיד עליו ע"א שגנב והוא עצמו הודה שגנב והיו טוענים ומהפכים בזכותו דה ש"ץ דלא נפסל בהודאתו שגנב כיון. דקי"ל אין אדם

משים עצמו רשע וע"ז השיב הרב ז"ל שם דלא אמרי' הכא אין אדם מע"ר כיון דיש ע"א שגנב והודה הוא שגנב בכה"ג אמרי' אמע"ר כיון שאינו מכחיש להעד וכמ"ש הרשב"א ומוהריק"ו וכו' יע"ש ועם שהרב ב"ד ז"ל בא"ח ס"י כ"ט פליג ע"ז וס"ל למר דאינו נפסל כי אם עפי' ב' עדים דוקא והאריך בזה יעש"ב כבר תמה עליו הרב חשק שלמה ז"ל בסי' ל"ד אות מ"ה שדבריו תמוהים וכו' ובסוד"ק אייתי בידיה תשו' הרב פ"מ ז"ל בח"א סי' פ"ט שכתב דאפי' דאיכא ע"א והוא מודה לדברי העד אמרינן אאמע"ר ופלגינן דיבוריה יע"ש וע"ע להרב חשק שלמה ז"ל שם סקמ"ד שעמד שם ג"כ על נדון הרב"ד והדב"מ ז"ל הנ"ז מתשובת הרשב"א והרשב"ש שכתבו דלא אמרו אאמע"ר אלא לענין עדות בלחוד וכו' וסיים וז"ל אמנם כר דייקינן פורתא נראה דזה אינו מוסכם וכו' נראה דלאו דוקא לפסול המודה לעדות אלא אף לפסול עצמו למידי אחרינא אמרי אאמע"ר כיון שבא לפסול עצמו ולחייב גופו וכ"ש וכו' דודאי לפי ס' וכו' כ"ש לפסול עצמו לשחיטה וכיוצא עכ"ל יעש"ב וע"ע להגאון החק"ל ז"ל ביו"ד ח"א ס"י קצ"ג ולהגאון הרב מהר"א קובו ז"ל בשער אשר ח"א אה"ע סי' ג' דל"ז ע"ג וע"ד ולהרב בני משה מגא"ר ז"ל בה' עדות סי' מ"ש בזה. עש"ב ואכמ"ל בזה:

הנה נתבאר דדין זה מידי פלוגתא לא נפקא אם נפסל השוחט בעדות ע"א. ובהודאת עצמו או לא וכל זה מיירי בעד כשר ונאמן שמעיד שראהו בעיניו שלא שחט בבהמה רק סי' אחד והשוחט מודה לדבריו כנדון מוהריק"ו ומרן ז"ל ודעימיהו משא"כ בנ"ד דכמה ריעותי רבתי אשתכח בהאי סהדותא דהאי טבחא חדא דהוא העד הוא שוחט ג"כ וחבר הוא עם ראובן הנז' ושאר השוחטים ם ואית ליה חששא דהו"ל נוגע בעדות מהנאת ממון דמטי ליה בהעברת ראובן מאומנותו כנ"ז וגם אית ליה שנאת הנקמה והשנאה כנז' ועלית על כולנה שגם הוא מודה שלא ראהו בעיניו שלא שחט כהוגן רק שמע כן מבנו והיה צריך להב"ד ולשאר הת"ח שישבו יחד לדון ראובן להביא בן השוחט המעיד משמו לקבל עדותו של הבן עצמו מפיו כדת ש"ת ולא לסמוך על עדות אביו שאמר משם בנו דהו"ל עד מפי עד ולא מהני ול"מ ולא עשו יפה כלל הב"ד והת"ח לסמוך ע"ד האב לבדו אם לא שנאמר שבאמת הם לא סמכו כי אם על הודאת ראובן עצמו השוחט לבד שהודה ולא בוש שבאמת כן עשה ועם שידעו הדין דקי"ל אין אדם משים עצמו רשע והכא דל מהכא עדות השוחט עליו דהו"ל עמ"ע ואית ליה הנאת ממון ונקמה א"כ לא נשאר בלתי כי אם הודאת פיו ולשונו של ראובן השוחט שכן אירע לו ועם שהיה להם מקום להקל עליו בתשו' קלה במקומו מ"מ גודא רבה שדו עילויה דראובן להחמיר עליו להצריכו התשו' דפז"ב כדי להכשירו לשחוט בציבור כבראשונה לצאת יד"ח כל הפוס' ז"ל דאחר

עשותו זאת התשו' דפז"ב כדינא שוב לית דין ולית דיין שיאמר דלא מהניא ליה דודאי אליבא דכ"ע מתכשר בהכי באין ס' כלל וכמבואר יוצא מכל הפוס' ז"ל כמ"ש המעיין: ובהכי נמי יצאו יד"ח כמה וכמה מהפוס' ז"ל דס"ל דהמועל בשבועה ועבר על שבועתו במזיד פסול הוא לשחיטה ג"כ כידוע וה"נ הרי העיד עליו החכם באשי נר"ו שמעל בשבועתו כנז"ל בשאלה מזמן ח' חדשים קודם שהועד עליו כעת מ"מ גם לזאת מהניא ליה התשו' דפז"ב הנ"ז לחזור לכשרותו ולאומנותו שכן הדין ג"כ בשבועות במ"ש הטור בח"מ סי' ל"ד וכ"כ כל הפוס' ז"ל ועד אחרן הרואה יראה להרב דב"מ ז"ל בתשו' א"ח סס"י ה' הנ"ז בעובדא דנ"ד בש"ץ שמעל בשבו' ועלתה הסכמתו שם דמהניא ליה התשו' דפז"ב לחזור להיות ש"ץ ולהיות שו"ב להבא יעש"ב ואוקי באתרין ובכן יפה דנו יפה הורו הב"ד הקבוע בעיר להכשירו לראובן זה דנ"ד ע"י התשז' ח"ב להועיל לו ג"כ על כל מה שעבר ובזה יצאו יד"ח כל הפוס' ז"ל וכמדובר:

ומה שקראו ערער על הב"ד הנ"ז הת"ח הי"ו מתשו' מהרשד"ם ז"ל יו"ד ס"י מ"א כנ"ז בשאלה הא ודאי שכל ערעורם הוא ממ"ש מהרשד"ם ז"ל בתשו' הנ"ז וז"ל הרי מתו"ד אתה רואה שהיוצא טרפה מתחי' אפי' בפ"א לבד אם היה הנאה לטבח ההוא אפי' בפרוטה. נכנס בגדר המוכר דברים האסורים שכתב הטור ז"ל דמשמתין אותו וכ"ש וק"ו האיש הזה אשר שאלת עליו ומסתמא י"ל ריוח בכשרה יותר מבטריפה ויצאה טריפה מתח"י פעמים שלש כאשר כתבת ואוי לו ולמזלו לאוכל בשר נמכרת עוד משחיטתו כי תשובתו קשה עד מאד וכמ"ש ודי בזה לענין הנוגע בטבח הזה שותפו ש"ע והמרחם עליו בדבר הזה לסיבת עניותו נקרא עוכר שארו אכזרי כי אין מרחמין בדין הזה הנוגע לאיסור עכ"ל יעש"ב:

הנה ודאי דמדברי מהרשד"ם ז"ל הללו הוא שקראו ערער הת"ח והלהבו את לבות הבעלי בתים והיחידים יצ"ו הנ"ז והראו להם הדברים בשורשן כדי להלהיב לבם יותר ולהראות להם שהב"ד הקבוע אשר הכשירוהו בתשו' דז"ב טעו בדין ונקראים עוכרים ג"כ ח"ו:

ותמהני עליהם טובא איך מלאם לבם לעשות כן ולהרהר אחר פס"ד של ב"ד הקבוע בעירם ולומר עליהם שטעו ח"ו בהוראתם זאת מכח דברי מהרשד"ם ז"ל הללו אשר אינו דומה נדון מהרשד"ם ז"ל כלל דהתם מיירי בטבח שיצאה מתח"י פעמים שלש בעדות ברורה ע"י עדים כשרים ונאמנים על כל פעם ופעם לא בקול הברה ובדברי שנאה ונקמה ובעדות אחד או ב' משאר השו"ב דפסילי למסהד עליה אי מט' דהו"ל נוגעים בעדותם ואי מט' שנאה ונקמה כנז"ל כגוונא דנ"ד:

ותו דגם מהרשד"ם ז"ל אזיל ומודה גם על נדון דידיה דמהניא ליה התשז' דפז"ב רק כתב דתשובתו קשה מאד והיינו מסיבת עניותו קשה עליו מאד ללכת. למקום שאין מכירין אותו וילבש שחורים ויחזיר. אבידה לבעליה בדבר חשוב או ישחוט לעצמו ויוציא טרפה בדבר חשוב דזאת התשו' נקראת תשו' חמורה ובפרט לסיבת עניותו. ואה"ן שאם ירצה אותו שוחט לעשות התשו' החמורה הזאת ודאי דאזיל ומודה מהרשד"ם ז"ל גופיה דמהניא ליה לחזור לכשרותו ולהיות שו"ב לרבים באין ספק כלל וכדמוכחי ד"ק להדיא הכין וא"כ מלבד דאין מדברי מהרשד"ם ז"ל הללו שום סתירה למה שפסקו הב"ד בנד"ז עוד בה דאדרבה איתי. להו סייעתא גדולה מדבריו ז"ל וכמובן: ומה שערערו מע' הת"ח. הנז' בשאלה על הב"ד שהורו התר לשוחט דנ"ד ע"י התשו' דז"ב והמה ראו כן תמהו מתשו' הרב משפט צדק ז"ל בח"ב סי' ע"ה שדבריו ז"ל הם הפך הוראת ב"ד הנ"ז ובזה הלהיבו לבבות מע' היחידים והבע"ב של העיר יצ"ו והודיעום שטעו ב"ד בדין זה גם בזה לא צדקו הת"ח הנז' כלל ושארי להו מאריהו להת"ח הנז' שמהרהרים אחר ב"ד יפה מומחה ופקיע וקבוע במתא וכנראה שכל השגת וערעור הת"ח הנז' הוא ממ"ש הרב מש"ץ ז"צי בתוך התשו' הנז' על אותו ב"ד שהרשוהו לאותו שוחט שכבר נפסל ב' וג' פעמים שיצאה טריפה מתח"י והעבירוהו ונשבע ג"כ שלא ישחוט עוד כלל ושוב נתנו לו רשות ב"ד וחזר ושחט בציבור וחזר לסורו הרע ויצאו ב' וג' פעמים טריפות מפח"י ושוב נתמנה. ב"ד אחר באותה העיר וסילקוהו ופסלוהו וכתבו הסכמה גדולה שהוא פסול לגמרי לשחוט כלל לא לרבים ולא ליחיד וע"ז האריך הרב. ז"ל בתשו' הנז' ואחר שהעלה שאותו ב"ד הראשון שהרשוהו לשחוט ב"ד הדיוטות נינהו דאפי' קבלת דברי חברות לא קבל עליו השוחט הנז' כלל ושוב הביא לתשו' הריב"ש והרשב"א והרא"ש והרא"ם דס"ל דכיון דלוקח שכר מן הכשרות דוקא והו"ל חימוד ממון א"כ אפי' בקד"ח לא הוה סגי לא עד שיעשה התשו' דפז"ב אפי' מפ"א ובתר הכי אייתי בידיה מ"ש מהרשד"ם ז"ל בסי' הנז' על ההוא שוחט דנ"ד כנז"ל סיים. עלה הרב הנז' ז"ל שם בדקפ"ו ע"ב וז"ל וא"כ בנ"ד שהוא מנוי מהציבור ולוקח שכר מהכשרות ולא מהטריפות שיש בדבר ח"מ אפי' מפ"א היה הדין להעבירו ולעשות התשו' ההיא ובנ"ד יצאה טריפה מתח"י כמה פעמים וא"כ מי הורה לב"ד ההוא להרשותו לשחוט עוד ובודאי דעתידים ליתן את הדין על הכל שהוא נשבע וכו' וא"כ אפי' מפ"א לא היו רשאים להתיר שבועתו אם לא שחזר בתשו' שפז"ב בלתי ערמה באופן שהשו"ב הלזה בפ"א היו חייבים לסלקי ושלא להחזירו עד שיעשה התשו' שז"ב בל"ע מאחר שיש בדבר ח"מ וכו' וכ"ש שעבר כמה פעמים כאשר בא עדות הב"ד ואומר אני כי לדעתי מי שהוא באופן זה שהוא ח"ס וגם מנוי מהצבור

ויצאו טריפות מתח"י ב' וג"פ שלא יספיק לו התשו' דפז"ב דדיו וכו' באופן שהב"ד אשר בימים ההם עתידים ליתן את הדין וכוי עכ"ל הצל"ע:

הנה ודאי שמדברי הרב מש"ץ ז"ל הללו הוא שמצאו מקום כת המעוררין להרהר אחר הוראת הב"ד שהורו ופסקו דמהניא התשו' דפז"ב לראובן זה דנ"ד:

ואני אומר שארי להו מארייהו להת"ח המערערים יצ"ו שלא נתנו לב להבין ולמען דעת במאי עסיק מר הרב מש"ץ ז"ל ועל איזה שוחט. ועל איזה ב"ד באו דבריו ז"ל הנ"ל דאחד הרואה בשאלת המש"ץ ז"ל בעיניו יראה ובלבבו יבין דשנא ושנא נ"ד מנדון הרב ז"ל ורב המרחק ביניהם כרחוק מזרח ממערב ממש באין ס' כלל כמשי"ר המעיין שכל ד"ק הנז"ל לא קאי כי אסעל אותו ב"ד הראשון שהרשוהו לחזור ולשחוט ולבדוק אחר שנתברר להם בעדות ברורה שכבר כשל ויצאו טריפות מתח"י ג"פ והם החזירוהו אפי' בלתי קבלת דב"ח כלל ומכ"ש בלתי עשותו התשו' שכפז"ב כלל ע"ז כתב עליהם הרב ז"ל דאותו ב"ד שעשו כן שלא כדין עשו והם עתידים ליתן את הדין דודאי הגמור דב"ד הדיוטות נינהו ובאמת דשלא כדין עשו ועתידים ליתן את הדין בלתי ס' כלל ובמ"ש הרמ"ץ שם והרבנים ז"ל שהסכימו עמו בסוף התשו' הנז"ל יעש"ב ולא היו דבריהם ז"ל הנז' על ב"ד המכשרים אותו אחר עשותו התשו' דפז"ב בלתי ערמה כלל דבהא ודאי אילי ומודו כולהו ז"ל דאפי' שיצאה טריפה מתח"י ב' וג"פ בבירור גמור עכ"ז מהניא ליה התשו' דבפז"ב בלתי ס' כלל כ"ש בנ"ד דליכא שום עדות צרורה שיצאו טרפות מתח"י אפי' פעם אחת לשעבר כלל וכמדובר:

ומ"ש הרב מש"ץ ז"ל דלדעתו מי שהוא באופן זה שלא תספוק לו התשו' דפז"ב מטעם דיו וכו' כנז"ל הנה מלבד דמרן החבי"ב ז"ל בכנה"נ יוד סי' קי"ט הגה טו' אות העתיק דברי הרב מש"ץ ז"ל הללו בלשון אפשר כיע"ש הגם דעינינו לא ראו בדבריו ז"ל דבלשון אפשר אמרה הרב ז"ל למלתיה מ"מ מרן החביב ז"ל ידע ובקי טפי מינן וכן הבין בדבריו ז"ל וא"כ ספיקו מוציא מידי ודאן של כל הפוס' ז"ל דס"ל בפשיטות גמור דגם בג"פ מהניא ליה התשו' דפז"ב וכמשי"ר המעיין בס' ש"ץ הפוס' ז"ל וכמש"ל: עוד זאת הגם דנימא דהרב מ"ץ ז"ל גופיה לאו בד' אפשר אמרה למילתיה מ"מ ע"כ לא ס"ל להרב ז"ל הכי אינו אלא באופן כאותו שוחט דנדונו שיצאה טריפה מתח"י ג"פ בעדות ברורה ע"כ פעם ופעם וכגוונא דנ"ד דשני הבתי דינים העידו עליו שבאו עדים כשרים לפניהם והעידו בפניו כזאת וכזאת על טבח כזה הוא שכתב הרב ז"ל דלדעתו אחר כ"ז לא תספיק לו התשו' דפז"ב לא כן בכה"ג דנ"ד שלא באו עדים או שום עד כשר או פסול רחוק או קרוב שאמר ויעיד על ראובן זה דנ"ד שיצאה טריפה מתח"י בשום פעם כלל זולתי עתה

הפעם שבא השוחט הב' והעיד עליו שכעת נכשל ראובן ושחט שלו כהוגן שכן שמע מבנו ושכבר נכשל א"כ פעם ופעמים לימים שעברו ומכח זה קול הברה יצא בעיר על ראובן זה השוחט שזה דרכו כסל להיות מיקל ופושע וכבר כתבנו דלקלא דלא אתחזק בב"ד לא חיישנן ליה לפסול אדם שהוא בחזקת כשרות ככל ישר' שהם בחזקת כשרים ועדות השוחט הב' הנז' עליו אינה עדות ברורה וכשרה כ"כ חדא דהו"ל ע"א בהכחשה על העבר וגם על מה שבעתה אינו אלא עמפ"ע וגם דאית ליה הנאת ממון ונקמה וגם בהודאת ראובן עצמו על זאת הפעם האחרונה במח' שנויה אי פלגינן דיבוריה פש גבן עדות ח' באשי הי"ו שהשביעו ועבר על שבועתו הנה אין ספק דבכגו"ד דנ"ד גם הרב מש"ץ ז"ל אזיל ומודה דודאי מהניא ליה התשו' דבפז"ב ובמו שהורו ב"ד הצדק וזה פשוטו ברור לכל ישר הולך ושופט בצדק וראיה גדולה לזה ממ"ש עוד הרב משפ"ץ ז"ל גופיה שם סמוך ונראה בדקפ"ו סוף ע"ב וז"ל ואומר דאף אם ימצא איזה חולק עמ"ש בסמוך שבשנים או בג"פ לא יחזירוהו עם התשו' ההיא מ"מ בנ"ד שאחר שהרשוהו הב"ד ההוא שלא כדין כאמור אח"כ יצאה מתח"י פעמים שלש טריפה לכ"ע קשה להיות לו תקנה לע"ד ומה מאד צדקו הב"ד האחרון לירד לעומקא דדינא שכתבו בגזירתם שלא יורשה לשחוט ולבדוק בשום צד שבעולם כלל ועיקר. וזה אם לא יעשה תשו' הגונה עכ"ל יע"ש:

הרי להדיא מבואר יוצא מפ"ק הרב משפ"ץ ז"ל גופיה דאפי' אותו שוחט שנשאל עליו הוא עצמו שגזרו ב"ד האחרון עליו להעבירו לגמרי בהחלט גמור ושלא יורשה לשחוט עוד בשום צד שבעולם כלל וכתב עליהם הוא ז"ל שצדקו וירדו לעומקא דדינא עכ"ז סיים עלה דכל זה אם לא יעשה תשו' הגונה כנז"ל דש"מ להדיא דבעשותו אותו שוחט עצמו תשו' הגונה יוכל לשחוט ולבדוק מיום ההוא והלאה ברבים וזה ברור מאד בד"ק ז"ל בביאור גמור שאין אחריו ביאור:

והכי חזינא ליה למני"ר הרב משפ"ץ ז"ל גופיה שם בסוף אותה תשו' הנז' אחר חיתום כל הסכמות גדולי הפוס' לפסק דינו הנז' ה"ה מהרש"ח ומהרח"ש ומהרש"פ ז"ל סיים עליהו הרב משפ"ץ ז"ל שם וז"ל אחר כ"ז עשה השוחט הנז"ל התשובה הראויה והתרתיו עם חומרות רבות ושבועות. בפני רבים ודברים של חומרות רבות עכ"ל:

הא קמן להדיא דהרב משפ"ץ ז"ל גופיה התיר והכשיר לאותו טבח עצמו אחר עשותו התשו' הראויה והיינו ודאי התשו' דהפז"ב עם חומרות ושבועות והחזירו לאומנותו להיות שו"ב בציבור וכמבואר ובודאי דכ"ש וק"ו בנדון דידן דיסבור הרב ז"ל דמהניא

ליה התשו' דפז"ב וכל החומרות שהטילו עליו הב"ד ועוד יטילו עליו חומרות אחרות דבודאי הגמור דשפיר יכול לחזור לאומנותו אחר כ"ז וכמובן:

וגדולה מכ"ז החכם עיניו יחזו בתשו' הרב משפ"ץ ז"ל גופיה שם בח"ב סי' ב' באותו שו"ב שנשאל עליו הרב ז"ל שם אשר באמת השחית והתעיב להוציא טריפות מתח"י ח' פעמים במשך שנתיים ימים ונשבע ג"כ ש"ח בס"ת והעיז פניו והתריס והטיח דברים קשים נגד מהרשד"ם ז"ל ונגד כל חו"ר העיר והסכימו עליו ועל שמעון חבירו הסכמה חמורה מאד שהם פסולים לשחוט עוד לגמרי ובהחלט גמור ושוב הת"ח שבעיר התירוהו משבועתו ורצו בני העיר ההיא להחזיר לשמעון לבד ולא לראובן ונשאל הרב ע"כ זה להורות להם איזה דרך ישכון אור ע"כ פרטי השאלה וע"ז האריך הרחיב הרב ז"ל למעניתו וזו הלכה העלה דאותם בעלי תורה אשר התירוהו משבועתו עתידים ליתן את הדין כיון שהיתה השבועה עד"ר וכו' ובסוף תשו' הרמתה הנז' כתב וז"ל הכלל העולה דהנה ראובן זה פסול להיות עוד שו"ב עד עשותו ביתר שאת תשובה דאיתא בפז"ב ובלאו"ה אסורים הציבור להחזירו וכו' וגם שמעון צריך לעשות התשו' ההיא הגם שלא יצאה טרפה מתח"י כי אם פ"א אחר שנוטל שכר מן הכשרות ולא מהט' וכו' יעש"ב:

הנה לפנינו מבואר יוצא מפ"ק הרב משפ"ץ ז"ל גופיה בשוחט רע ומר הרבה מאד אשר אין כמוהו לרוע אשר הרבה להשחית ועכ"ז התירו והכשירו הרב ז"ל עצמו אחר עשותו התשו' דפז"ב לחזור להיות שו"ב ברבים ובזה ניצול מכולם ויצא זכאי בדינו מכל התועבות אשר פעל ועשה להוציא כמה וכמה טריפות מתח"י ומהש"ח שנשבע עד"ר שלא לשחוט עוד כלל כנז"ל א"כ מזה ג"כ מוכח להדיא דמ"ש הרב ז"ל בסי' ע"ה שלדעתו שלא תספיק לו התשו' דז"ב אחר שיצאה טריפה מתח"י ג"פ כנז"ל אינה אלא בלשון אפשר אמרה וכמ"ש הכנה"ג ז"ל וכנז"ל וכמו שכבר הוכחנו לעיל ממ"ש באותה תשו' דסי' ע"ה בתר הכי סמוך ונראה ובסוף תשו' הנז"ל וכמו שנתבאר והדברים ברורים:

ובכן אנכי לא ידעתי מה מקום מצאו כת המעוררים והמהרהרים אחר מעב"ד דנ"ד מדברי הרב משפ"ץ ז"ל הללו דמה כל החרדה הזאת אשר חרדו עליהם מאחר שגם הב"ד לא הכשירוהו והתירוהו לחזור לאומנותו ולהיות שו"ב ברבים כי אם אחר שיעשה התשו' דפז"ב כהלכתה ואחר שיקבל עליו דב"ח ויבדקו סכינו ג"פ רצופים ויבחנהו בדיני שחיטה ובדיקה יפה יפה ככל הכתוב במעב"ד דידהו כנז' בשלה א"כ תמיה אני טובא ע"כ חכם ויחיד המערער על הוראתם זאת ואין ספק דמצד שנאה ופניות שיש להם עם השוחט הלזה הם המדברים ומערערים הגם דידעו לה להאי מילתא עכ"ז כופין על האמת פסכתר ומכסים השמש בכברה ולא מן השם הוא זה ודי בזה:

ופוק חזי בספרן ש"ץ הפוס' ז"ל שנשאלו על כמה וכמה שו"ב בציבור דגריעי טובא מהאי טבחא דנ"ד ועכ"ז הכשירוהו לחזור ולשחוט ברבים בתיקון קל מאד בלתי עשותו התשו' דפז"ב כלל ואם אמרתי אספרה ולהביא כל נדונות שבאו בפוס' ז"ל תקצר היריעה מהכיל ואינו אלא יגיעת בשר זולתי הרואה יראה להרב ב"ד ז"ל ביו"ד סי' ולהרב דב"מ ז"ל ביו"ד סי' א' דהוה עובדא בנ"ד בשוחט אחד אשר נכשל ונפסל פעמים שלש שיצאה טריפה מתח"י בעדים כשרים ונאמנים ועכ"ז הכשירוהו והחזירוהו להיות שו"ב לציבור עם שוחט אחר עמו כמ"ש הרב מט"י ז"ל על נ"ד יעש"ב והמה בחכמתם הן כל יקר ראתה עיניהם לתשו' הרא"ם ומהרשד"ם והמ"ץ ז"ל וזולתם דכל רז לא אניס להו ועכ"ז לא הצריכוהו שיעשה התשו' דפז"ב כלל כמשי"ר המעיין והסכימו בתר תקנת הרב מטה יוסף ז"ל כיעו"ש:

וכמו כן עין רואה להרב משכנות הרועים ז"ל במערכת ט' אות דמייתי התם דהוה עובדא בזמנו בשוחט שיצאה טריפה מתח"י וטען השוחט ששכח לבדוק הצד הב' דאין בהתנצלותו זאת שום ממש ופושע גמור הוי ועכ"ז הכשירו והחזירו הרב ז"ל בתשו' קלה בעירו מבלתי שיטצרך לעשות התשו' דפז"ב כלל כיעו"ש והגם דנדונו אפשר דלא נכשל רק פ"א דוקא מ"מ לדעת הגאון הרא"ם ז"ל וכל הבאים אחריו כל דאית לטבתאי ח"מ אפי' מפ"א אין לו תקנה עד שיעשה התשו' דפז"ב כנז"ל אם לא שנאמר חדא מתרתי או דבאותו. שוחט לא הו"ל ח"מ כלל א"נ אפי' את"ל דהו"ל ח"מ מ"מ נראה בעיני קדשו להקל עציו בתשו' קלה. בעירו כהסכמת הרב מט"י והב"ד והדב"מ ז"ל אפי' דהוה בנדונם ב' וג"פ כנז"ל ותו דבנ"ד כבר מילתא אמורה דכל מה שהעידו כעת על ראובן זה דנ"ד השוחט הכ' הנ"ל כולם אינם נשבעים רק פ"א דוקא ועל האחרונה שבהם אנו דנין עליה דהעדות עוד החכם עיניו יחזו בתשו' אחי וראש יו"ד סי' " ג' ובתשו' הרב נדיב לב ח"א יו"ד סי' דבנדון דידהו הוה עובדא דנפסל השוחט ויצאה טריפה מתח"י שלש פעמים וכפי מה שקיימו וקבלו ונהגו בעירם עוב"י אזמיר יע"א הוראת הגאון החק"ל ז"ל מארי דאתרא דבג"פ שוב אין לו תקנה כלל עולמית אפי' בתשו' דפז"ב כלל ועכ"ז רבני העיר ב"ד הצדק שבאותו. זמן נראה בעיני קדשם והכשירוהו והחזירו אותו לאומנותו שו"ב בציבור מבלתי שיעשה התשו' שבפז"ב כלל ולח עוד אלא שנתנו לו ג"כ חזקת שחיטת עופות לכל הציבור הוא לבדו מה שלא זכה. לזה מקדמת דנא ועם ששני המאורות הגדולים הרב אחי וראש והרב מהרד"ח ז"ל שם קראו ערער על הרבנים הב"ד ז"ל על הכשרם להשוחט המ' אחר שכבר נפסל ג"פ ופשטה ההוראה אצלם דשוב אין לו תקנה עולמית ועשו פס"ד ארוך לפוסלו לגמרי ולחלוטין והאריכו למעניתם כיעוש"ב הנה

עכ"ז מדבריהם ז"ל עצמם מבואר יוצא שהרבנים הב"ד הקבוע אצלם לא הטו אוזן כלל לדבריהם ז"ל ונשאר אותו שוחט ובודק בהכשר עפ"י הוראת הב"ד ההוא וגם כל הציבור לא חשו לדברי האוסרים והפוסלים אותו כלל וכמו שיראה המעין בד"ק ומשם באר"ה: עוד הרואה יראה בתשו' הרב מהר"י ערב ז"ל כי באה בס' הנורא שער אשר ח"א להגאון מהר"א קובו ז"ל הנד"מ ביו"ד סי' ב' שאירע בזמני שוחט אחד בעי"ת סופייאה יע"א שיצאה טריפה מתח"י ג"פ ויותר וגם נתפס בחימוד ממון במה שהעיד לשקר מחמת ח"מ ופסל אותו הרב הנז' ז"ל מלהיות עוד שו"ב כלל ואפי' דבתר הכי נטל סמיכה חדשה מחכם אשכנזי והת"ח שבעיר סמכו על אותה סמיכה והחזירוהו לאומנותו בתשו' קלה במקומו וקבל עליו דב"ח גם התנו עמו דמאז ולהלאה לא יבדוק רק סירכא קלא דוקא ועכ"ז כתב הרב הנז' בשאלתו הנז' וז"ל עכ"ז לא נראה בעיני שמהני תיקון זה דמדינא בעי תשו' חמורה דפז"ב משום דהוי מזיד וכמ"ש וכו' ועל ידי יד כהה הסכים הרב הגאון מוה"ד ר"מ דעובי שאלוניקי יע"א וכו' ובראות הת"ח שבסופייאה הסכמת עטרו"ת הרב המפורסם הנ"ל הודו ואמרו שהחי' השוחט הנ"ז הוא פסול להיות שוחט לרבים והכריזוהו בבהכ"נ שהוא פסול והן עתה נשאלתי מאת יחידי סופיאה וכו' אם יש תיקון להשוחט הזה והכשר להחזירו לאומנותו שהוא איש עני וכו' מבלי שיצטרך לילך למקום שא"מ אותו וכו' וע"ז השיב הרב הנז' שם בסוד"ק וז"ל וע"מ ששאלו אם יש איזה תיקון והכשר להחזירו להשוחט וכו' הנה בזה חיפשתי ולא מצאתי לו תיקון כי אם התיקון שכתב הרב מט"י ז"ל ביו"ד סי' ג' בד"ה אך את זה ראיתי צד זכות להשוחטים הנז' בהצטרפות אחר עמהם שכל אחד מאלו לא ישחוט אצל הבע"ב וגם לא ילכו להמקולין כי אם בהצטרפות אחד משאר השוחטים הכשרים וכו' ובתנאי שיראה סכינו וכו' וכמו כן בבדיקת הריאה וכו' עכ"ל הרב מהר"י ערב ז"ל יעש"ב:

הרי לפננו שהרב הנז' אחר שכבר פסל אותו שוחט לגמרי עד שיעשה התשו' דפז"ב עכ"ז בתר הכי חזר והכשירו בסומכי נפשו. על התיקון שכתב הרב מטי' ז"ל כנז' עם דהשוחט ההוא גרע טובא משוחט זה דנ"ד ולא הצריכו עוד לעשות התשו' דז"ב כלל הגם דמדינא היה צריך לאותה תשו' כמ"ש הוא ז"ל עצמו בשאלתו ועכ"ז הכשירו הוא ז"ל גופיה בתיקון קל מאד וכנז"ל: וכמו כן עין רואה להגאון מופת הדור מהררא"ק ז"ל שם בשער אשר די"א ע"ב הן ל"ו הובאה הסכמתו הרמה לתשו' הרב מהר"י ערב ז"ל הנז' הראשונה הפוסל אותו שו"ב לגמרי וז"ל אנכי הרואה וכו' ואחרי שעמדתי ע"ד לדידי חזי לי דכפי השאלה המוצגת לפנינו דברים ככתבן הא ודאי זו אינה צ"ל וכו' דהשוחט הנז' ה"ה פסול גמור ודינא יתיב להעבירו מלהיות עוד שוחט לרבים וכל האוכל משחיטתו

אוכל נו"ט והשוחט הנז' חטא רבים נשא שהכשיל לרבים וכו' כי כן שוהד"ן והלכתא כוותיה דר"י נר"ו וידי תכון עמו עת"ד ומה"א וכו' עכ"ל יעש"ב:

אחד הרואה ד"ק הנז' בעיניו יראה ובאזניו ישמע כמה וכמה החליט מאמרו וגז'רתו הגאון ז"ל הנז' בפיסול השוחט דהוא הח"ל והנה עכ"ז כשחזר ונשאל שנית מהרב מהר"י ערב ז"ל עצמו על התיקון והכשר השוחט הנ"ז בצירוף שו"ב אחר עמו וכמ"ש הרב מט"י ז"ל וכנז"ל הנה חזר הגאון ז"ל הנ"ז מגז'רתו הנ"ז והסכים ע"י הרב הנז' ז"ל בהכשר הנז' והשיבו גדולה תשו' בדברים שבכתב הן ל"ו הובאו ד"ק שם סמוך ונראה וז"ל קבלתי וכו' ועל ענין חזרת השוחט לאומנותו אם כבר נתרצו היחידים ליקח שוחט אחר מומחה ובקי ושיהיה זה השוחט עומד בצידו ויפרנס את עצמו וכו' מ"ט ומ"ן עכ"ל יע"ש הרי שגם הגאון מהרא"ק ז"ל חזר והסכים בהכשר השוחט הנז' שהוא יותר רע ומר הרבה מאד משוחט זה דנ"ד ועכ"ז ארי יעלה בהסכמה שיחזור לאומנותו להיות שו"ב לציבור בצירוף שו"ב אחר עמו בלתי תשו' דז"ב ולא זולתה כלל ולפי"ז מן הראוי היה כי ממנו נקח לדון ולהודות התר ותיקון זה גם בשוחט זה דנ"ד להקל מעליו עול התשו' דז"ב היותו ג"כ עני מרוד נודד ללחם איה ממש כאשר שמענו עציו מפי מגידי אמת והאיכא בהדיה בלאו"ה עוד שלשה שו"ב כשרים ומומחים ושיהיה זה ג"כ בצידם משמש במקולין עמהם ויראה סכינו להם קודם שחיטה וא"ש וגם לא יבדוק הריאה לבדו כי אם בצירוף חד ותרי מניהו ככל אשר הורונו ולימדונו להועיל הרב מט"י והגאון מהרא"ק ומהר"י ערב ז"ל הנ"ז ומי לנו גדול מהם אלא דמע' ב"ד הקבוע בעירו כן נראה בעיניהם שלא להקל מעליו ואוקמוהו אדינא דש"ס ופוס' שלא להכשירו עד שיעשה התשו' דפז"ב א"כ מי שם פה לאדם לפצות פה ולצפצף אחר ב"ד יפה בזה ולומר הפך הוראתם דלא מהניא ליה התשו' דז"ב כלל אחרי ראותנו כל הני רבותא קמאי ובתראי ז"ל ויותר מהמה שנטו להקל טפי בנדונות דידהו שלא הצריכוהו. לתשו' דו"ב כלל הא ודאי דכל המערער בזה אחר ב"ד זה אינו אלא מחמת עוצם השנאה לשוחט זה בלתי ס' כלל וכמו שנתבאר. ומה שטענו עוד דמאחר שהסכימו הב"ד הנז' והת"ח הנז' וזולתם וכתבו וחתמו שהוא פסול אפי' באחר עע"ג וכל האוכל משו"ב ה"ה אוכל נו"ט וכו' וחתם עמהם חכם באשי נר"ו ושוב הלך השוחט הנ"ז לכפר אחד עם יחיד אחר מן יחידי העיר ושחט לו במזיד עופות ובהמות רבות ימים רבים וגם בחזרתו להעיר הזיד ושחט לבית גביר אחד גדי אחד וכשומעם הב"ד הנז' אסרו עליו מלאכול בשר הגדי הנז' ג"כ שוחט זה עבר על גזירת ב"ד ות"ח והזיד ושחט אחר שכבר פסלוהו לגמרי א"כ שחיטתו אסורה לעולם ואין לו תקנה עוד עולמית כנז' כ"ז בשאלה שלפנינו הנה כנראה שלמדו כן ממ"ש הרא"ש ורי"ו ז"ל ופסקו

מרן ז"ל בשה"ט יו"ד סי' א' ס"ח שאם הטילו הקהל חרם שלא ישחוט כי אם פ' ושחט אחר שחיטתו אסורה וע"ש בש"ך ובשאר פוס' ז"ל ובפר"ח ובפרי תואר ואכמ"ל. אכן לענד"ן ברור דלא צדקו הטוענים כן גם בזה כלל דאין הנדון דומה לראיה כלל דהתם שאני שהכריזו כן בב"כ בתוך קהל ועדה מישראל וכל ישראל שבעיר שמעה אזנם הסכמת הקהל משא"כ בנ"ד דלא הכריזו עליו בבהכ"נ שזה השוחט הוא פסול לגמרי כאשר כתבו וחתמו דייני וחכמי העיר ולא היה עליו שום כרוז שהוא פסול כלל ולא שמעה אזנם שמץ מנהו כלל וגם השוחט הזה עצמו לא הודיעוהו פה אל פה הסכמתם וגזירתם שגזרו והסכימו עליו שהוא פסול לגמרי ושכל האוכל משו"ב ה"ה אוכל נו"ט כדי שיזהר וישמר מלשחוט עוד כלל כמו שעשו בק"ק סופייאה יע"א שפסלוהו לאותו שו"ב בפניו והכריזו עליו בבכ"נ שהוא פסול וכו' וכמ"ש הרב מהר"י ערב ז"ל בשאלתו הנז"ל כמש"ל ואלו הכא בנ"ד לא עשו מכ"ז כלום רק העבירוהו ושוב דנו אותו שלא בפניו ופסלוהו וכתבו וחתמו עליו שהוא פסול לגמרי וכו' כנז"ל וכ"ז היה בינם לבין עצמם הב"ד והת"ח והרב ח' באשי נר"ו והניחו המעב"ד הנ"ז ביד חד מנייהו למשמרת ושום יחיד מיחידי העיר לא ידעו ולא שמעו מזה המעב"ד כלל רק אפשר אחד מעיר או ב' לבד וגם זה השוחט עצמו לא ידע מהמעב"ד הנ"ז כלל א"כ ודאי דאין זה בכלל מ"ש הרא"ש ורי"ו ומרן ז"ל הנ"ז ולא דמי כעוכלא לדנא כלל וזה ברור מאד לענ"ד. ועוד כיון דב"ד של העיר לא הכשירוהו והתירו לו לשחוט כעת כי אם אחר שיעשה התשו' דפז"ב כהלכתה א"כ ג"ז מתכפר ונסלח לו ע"י אותה תשו' החמורה שהטילו עליו ולא אמרי' דעי"ז נפסל עולמית אפי' שיעשה התשו' דז"ב דזה לא ניתן ליאמר כלל דהיינו לאסור הבשר ששחט קודם עשותו התשו' הנז"ל אמנם אחר עשותו התשו' דז"ב כדינה אין שום ספק בדין דודאי חוזר לכשרותו לגמרי וברור. ועוד דאם כנים דברי ראובן השוחט הזה בכל מה שטען כמובא בשאלה שלפנינו שאלו הת"ח שישבו לדונו עם הב"ד הם קרובים זל"ז קורבה הפוסלתם לדון יחד לזולתם וגם נוגעים בדבר מחמת שרוצים למנות בן אחד מהם להיות שו"ב ברבים במקום ראובן השוחט הנז' כמו שכן היה אח"כ וגם אם כנים דבריו במה שטען על. שמעון השוחט הב' שהעיד עליו דשונא אותו שנאה עצמית מחמת שהוא היה רוצה לפוסלו ולהעבירו לשעבר במה שלא בדק הריאה כהוגן וכעת הוא מבקש להתנקם ממנו ולשלם לו גמולו בראשו מדה כ"מ וגם במה שטען על ח' באשי הי"ו ששונא אותו ג"כ שנאה גמורה מחמת שביטול הגאבילה שתיקנה הרב הנז' נר"ו היה הביטול שלה על ידו והוא העד הוא הדיין ככל הכתוב בשאלתנו הנה ודאי אם כנים הדברים שבאמ"וק הכי הוה עובדא ככל הנז"ל בודאי הגמור דכל. המושבות ומעמדות שישבו כולם יחד עם

ב"ד העיר לקבל עדות השוחט הב' עליו ולדונו הכל כאשר לכל בטל לגמרי דלא סליק שפיר לפי"ד כלל דהו"ל האי נדון כנדון הגאון הרא"ם ז"ל שבח"ב סי' כ"ד הנז' דהעלה הרא"ם ז"ל שם וז"ל ואלה הדברים מורין שהם מכוונים להפליג כנגדו וכיון שכן הוא אין דנין בדייני אותה הכת ולא מביאין ראיה מאנשי אותה הכת כדי לפוסלו למנות אחד מאנשי מקומם ואעפ"י שלא פירשו בהדיא שכוונתם להוציאו או שהם שמחים ביציאתו מ"מ ידים מוכיחות בכאן דקי"ל י"מ הווין ידים וכ"ש כשמעשיהם מורים על מחשבתם שמכח ההתפעלות שבהם וההתרעמות ממינויו כדי למנות אחד מאנשי מקומם הילכך אם הדבר כן כמ"ש פשיטא שאין בעדות זו ולא בדינות זה ממש וזה אצ"ל עכ"ל הצל"ע יעש"ב וכזאת כתב הרב גבעות עולם ז"ל בתשו' סי' ב' בסוד"ק וז"ל העולה מן המדובר שזכה ראובן הבודק בדינו והוא פשוט בעיני ובודאי דכל כהאי לא אניס להו לחו"ר העיר יע"א הי"ו אם לא שהאמת הוא שהשנאה מקלקלת את השורה ומסיבת השנאה שיש לקצת מבני העיר עמו ורוצים לנקום ממנו ולפסוק לחיותיה ולהמיתו ברעב לו ולכל ב"ב הסמוכים עליו מגלגלין עליו ומבקשים עילה כ"ד כדי לפוסלו מאומנותו ולגרשו מן העיר וכבר אירע מעשה בנדון זה בזמן הרא"ם ז"ל כמ"ש בח"ב סכ"ד שמחמת שנאתם שהיה להם עם הבודק שלא היה חולק להם כבוד העידו עליו וכו' ואעפי"כ זיכה הוא ז"ל לבודק ופסל לעדים כיון שראה כוונתם רצויה לרודפו כ"ש בנ"ד שאפי' לפי טענתם נלע"ד שיצא ראובן זכאי בדינו ובחזקתו עומד כבתחי' ולא פסלינן ליה מאומנותו וכו' עכ"ל יע"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין ממש ומן הפעולות יוודעו הכחות ודי בזה לכל ישר הולך ושופט בצדק: אלא דאכתי פש גבן לצאת ידי חובת דעת עליון הגאון החק"ל ז"ל בח"א יו"ד סי' קס"ט ובס"י קצ"ג שעלתה הסכמתו שם לפסול את השוחט בקול ובאומדנא בעלמא שיצא עליו אעג"ב דליכא עדות ברורה והביא ראיות לדבר מכמה וכמה גדולי הפוס' ז"ל יעש"ב וא"כ לפי"ז יוצא לנו במכ"ש בראובן זה דנ"ד דמלבד הקול שיצא עליו שיצאה טריפה מתח"י פעם וב' ומיקל בשו"כ ומשתכר קודם לכתו למקולין עוד בה דהאיכא קמן עדות חבירו השוחט הב' אשר העיד עליו כעת שכבר נכשל פעם וב' ושלש ותו איכא הודאת פיו ולשונו אשר הודה ולא בוש על הפעם האחרונה שיצאה נבילה מתח"י א"כ לפי"ז נפק"ל לדינא במכ"ש שנפסל השוחט הזה לגמרי ולחלוטין וכדעת עליון הגאון החק"ל ז"ל כנז"ל וכמבואר. אכן אחר הראות היטב נלע"ד דאכתי אית ליה תקנתא בתשו' החמורה דפז"ב כנז"ל דהנה על מה שהעיד חבירו השוחט הב' ועל הודאת פיו ב"כ כבר כתבנו ע"ז לעיל כל הצורך ואין צורך לכפול הדברים ועל הקולות והאומדנות שיצאו עליו שלדעת הגאון החק"ל ז"ל נפסל לגמרי בכך השוחט

ההוא נלע"ד דלא כתב הרב הגאון ז"ל כן אלא היכא דלית ליה להההוא שוחט שונאים ואויבים כלל ולא אנשים הנוגעים בדבר אומנותו כלל ועכ"ז יצא עליו הקול ואומדנות המוכיחות טובא אזי פסלינן ליה להההוא שוחט לגמרי וכדעת הגאון החק"ל ז"ל והכי מוכח להדיא מכל ראיותיו שהביא מגדולי הפוס' ז"ל כמו שיראה המעיין וגם בעינן נמי דאתחזק ההוא קלא בב"ד דוקא:

ברם בבגו"ד דנ"ד לנוכרים דברי אמת דאית ליה להאי טבחא דנ"ד שונאים ואויבים רבים הן מהשו"ב חביריו הן מהת"ח. הנז' הן מזולתם ורבו כמו רבו הרודפים אחריו עד חרמה המבקשים רעתו לקפח פרנסתו כל אחד כפי פנייתו והנה המה המוציאים דיבה עליו והם מחזיקים את הקולות בפני כל אדם כדי להכניסם בחשש איסור שלא יאכלו משחיטתו הא ודאי בכל כה"ג בודאי הגמור דלא חיישי' להאי קלא כלל דאמרי' בשופי דאויבים שלו הם הם דאפיקו עליה קולות וברקים רבות רעות כל כמה דלא אתחזק האי קלא בב"ד ע"פי עדות ברורה וכדכתבו הפוס' ז"ל וכידוע ובהא ודאי שגם הגאון החק"ל ז"ל אזיל ומודה בהא באין ס' כלל כיון דאית ליה אויבים וכנז"ל וכמ"ש הרב ב"ח ז"ל בתשו' סי' צ"ט וסי' ק' וז"ל ומה שהיה קול לעז יוצא וכו' אין ס' שלעז זה אינו אלא מאויבים דאפיקו לקלא להעמיד קצת רגלים להוצאת הלעז דהלא אשכחן טובא וכו' והנה מהרי"מ כתב וז"ל כ"ש בזמננו שרבו ע"ה המתכבדים בת"ח ומוציאים דיבה וכו' ע"כ ק"ו בדורותנו ששונאים זא"ז ביותר שמוציאים דיבה ומטילים מום וכו' דאין ס' דאויבים אפיקו לקלא וכו' עכ"ל יעש"ב וכ"ש בימים הרעים האלה ובז"הז דשנאת חינם הלא היא ברבת ובתוס' מרובה בעו"הר וכ"ש הכא דלאו שנאת חינם הוא אלא שנאה מחמת הנאת ממון והנאת הנקמה ובריר לן טובא דאית ליה אויבים ושונאים דבודאי הגמור דלא חיישי' תו לבת קול כלל וזה פשוט ומבואר בכל הפוס' ז"ל. ועוד שכבר כתבנו וברנו לעיל שאחר עשותו התשו' דפז"ב כהלכתה הגם דנימא דלית ליה אויבים כלל וחיישי לקלא בעלמ' אפילו דלא אתחזק בב"ד ונפסל ה שו"ב בכך וכדעת עליון הגאון החק"ל ז"ל וכנז"ל מ"מ אחר עשותו התשו' דפז"ב כהלכתה משוט הדבר דנכשר בכך לגמרי ויצא זך ונקי בכל מכל גם מהקולות ואומדנות דמקמי הכי והקולות יחדלון לגמרי ופנים חדשי' באו לכאן בלתי ס' כלל והדברים פשוטים עד מאד: וכבר אירע מעשה רב כזאת וכזאת בדור שלפננו בעוב"י אזמיר יע"א בזמן הרבנים הגדולים רבני וגאוני אזמיר יע"א בבנו של הר"הג ראש"ל כמהרד"ח ז"ל שמתחי' וראש היה שו"ב בכפרי אזמיר יע"א בציבור ושוב בא לאזמיר יע"א ושחט במקולין ויצאו עליו כת המעוררין ואמרו עליו שהוא פסול להיות שו"ב כלל מחמת כמה עבירות גדולות אשר פעל ועשה

ח"ו שהם חילול שבת ושתיית יי"ן ואכילתו נבילות וטריפות ח"ו ונודע הענין לרבני וגאוני ב"ד הגדול שבאזמיר יע"א והמה בחכמתם לא נתברר להם העבירות שעשה הנז' והכשירו בתר הכי להיות שו"ב בציבור גם. באזמיר יע"א במקום הר"הג ח"ד בדרא מר אביו ז"ל ועמד אחד חכם מהרשומים שבעיר וקרא עליו ערער ועשה פס"ד ארוך והעלה להלכה שהוא פסול מלהיות שו"ב לגמרי ונודע הדבר הזה. למרן החבי"ף ז"ל וגזר אומר שינתן הפס"ד של הרב האוסר ז"ל ביד הר"הג מהרד"ח ז"ל לעיין בו וישיב עליו כהלכה ואח"כ מני"ר הרב מהרח"ף והרבנים שעמו ז"ל יראו ויעיינו בב' הפסקים והם יכריעו בין שניהם אם לפוסלו אם להכשירו וכן היה ועמד הר"הג מסרד"ח וסתר כל הפס"ד של הרב הפוסל לבנו ודחה כל דבריו וראיותיו בב' ידים ובתוך תשו' הרמתה הן לו' הובאה בריש ספרו הנחמד נדיב לב ח"ב בד"א ע"א ואילך ושם אסיק להלכה וז"ל כלל העולה לענין דינא לקענ"ד ביראת שדי על פני אמינא ולמ"ס דהעמדה והערכה בענין זה מגרעות נתן דמלבד דאין בדברי הפוסל הנז' שום ממשות כדי לחוש ולהחמיר עליו דאין להוציא שום אדם מחזקת כשרותו כי אם בעדות ברורה לא בהוצאת ש"ר כאמור דהעידו עדים ואין גם אחד כמבואר בתשו' הרב"ח וכו' יעש"ב ואחריו לו קם מני"ר הרב המפורסם בקדושתו ובחסידותו מהרח"ף ז"ל אשרי יולדתו ארי עלה בהסכמה לפס"ד הרב הגדול ראש"ל מהרד"ח ז"ל בתשו' הנז' וסתר והרס כל בנין של הרב האוסר בשתי ידיו קדש וסמך ידו הטהורה עכ"ד הרב מהרד"ח ז"ל וסו"ד עמד לנגדו סברת הגאון מר זקנו החק"ל ז"ל שהעלה לפסול השו"ב אפילו בקול ובאומדנא לבד ויצא לחלק שני חילוקי דינים יפים וטובים להכשיר ותרווייהו מישך שייכי בנ"ד ואחרון עיקר שכתב הוא ז"ל שם וז"ל ועוד כי בלאו"ה מה שאנחנו באים לפסול את השוחט ע"י קול ואומדנות אינו אלא אחר שנתאמת להם להב"ד אותו הקול והחשד שראוי לחושדו ולפוסלו והוא נלמד מק"ו ממ"ש משם תשו' הרב"ח הנ"ל דאפילו בדאיכא ב' עדים שהעידו על פיסולו עכ"ז אינו נפסל אלא כשהוא בב"ד כ"ש כשאנחנו באים לפוסלו מחמת קול ואומדנא כי בודאי צ"ל דוקא בב"ד ונראה להם לפי דעתם שראוי לחושדו ולהעבירו וכמ"ש כן בהדיא הרב ב"ח גם את זה וז"ל אבל ע"י קול בעלמא אפילו בקלא דלא פסיק לא מיקרי פסול כל זמן שלא נתברר פיסולו בב"ד וכמש"ל וכו' וכן ראוי להורות בענינים כאלו וכיוצא כפי מה שיראה בעיני הדיין והב"ד שבעיר אל השופט אשר יהיה בימים ההם ואלו בנ"ד שוחט זה לא שמענו ולא ראינו בשום ב"ד שעמד על השוחט הזה לפוסלו לא מחמת עדות ולא מחמת הקולות כי כן אין מקום לפוסלו וכו' ועדיפא מינה תשוב ותראה בס' אבק"ר סי' קפ"ז וכו' וז"ל ומחמת נבילה נמי אלו נמצאת אחריו אפילו פ"א לא יקרא בכך חשוד אם

לא שיהיה מועד להאכיל נבילות פעמים שלש כי בזה ודאי יצא עליו קול שהוא חשוד להאכיל נבילות ובנ"ד מעולם לא יצא עליהם קול בכך וכו' הרי דאפילו ביותר רע ומר הענין וכו' וכיון הרי השוחט הזה כשר לשחוט ולבדוק ומ"ג למ"ש בשם תשו' מהרי"ץ ז"ל כי דוקא כשנחשד בדבר ג"פ ואזי יצא הקול וכאן לא יצא עליו קול ולא נחשד בשום חשד בבירור ומהיות חייבנו את השוחט הנז' שיקבל מחדש תשו' גמורה ומלקות וכן עשה גם קבל דב"ח ובכן אין מקום עוד לפקפק כלל וכל האוכל משו"ב סמוך לבו לא יירא וכו' עכ"ל הטהור יעש"ב:

הנה הבאתי את כל דב"ק הצל"ע כי מהם נקה ונובין ונדון לנ"ד ודון מנייהו מלכי ואוקי באתרין דרוב ככל דבריהם ז"ל הם שייכים ומגיעים לענייננו זה ומנייהו נפיק היתר גמור בשופי לשוחט זה דנ"ד במכ"ש וק"ו כשיעשה התשו' דבפז"ב כאשר הורוהו ב"ד הצדק דאזי פשוט מאד דלכ"ע הותר שוחט זה להיות שו"ב בציבור כמאז וכמקדם בהדייהו דשאר השו"ב חביריו כאשר היו באמנה כהוראת ב"ד יפה שבעירו ומ"ט ומ"ן אם יוסיפו עליו איזה חומרות בתעניות וסיגופים ומלקות ג"כ כמעשה רב מרן החבי"פ ז"ל כנז"ל דאז בודאי הגמור אין מקום עוד לפקפק עליו כלל וכל האוכל משו"ב אחר עשותו כ"ז סמוך לבו לא יירא כלל וכאמור:

ומתוך דברי קדשם של הגאונים מהרח"פ ומהרד"ח ז"ל הנז' בתשובותיהם הנז' החכם עיניו יחזו תוכחת מגולה להרב האוסר לאותו שוחט ומערער על מעשה ב"ד של עירו אחר שכבר הרשוהו רבני ודייני עירו איך מלאו לבו להרהר אחד מעב"ד כיון דקם דינא וב"ד בתר ב"ד לא דייקי והרב הגדול מהרד"ח ז"ל אייתי בידיה תשו' הרב משפט צדק ז"ל בח"ב סס"י כ"ט דאחר שהאריך הרחיב למעניתו בנדון שלו שפסלו והסכימו בגזירת נח"ש שלא למנותו ושוב מינוהו רבני העיר ע"ז כתב הרב ז"ל בסוד"ק דודאי כדין עשו והביא לשון רש"י והרא"ה ז"ל על לאו דלא תסור דאל יאמר אדם איך אוכל חלב מה שהוא חלב גמור או איך אהרוג האיש זכאי אלא יאמר כך ציוה הנותן תורה שנעשה ככל אשר יורנו השופט כי רוח השי"ת על משרתי קדשו וישמרם מן הטעות ומכשול ולא יצא מפיהם כי אם האמת עכ"ל ואוקי באתרין עכ"ל הדבז"ל יע"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין נמי ובתחילת תשו' הרב מהרד"ח ז"ל שם כתב וז"ל והואיל דנפק מפומך שאין לערער על דבריהם כלל אי מצד הדין דב"ד בתר ב"ד לא דייקי וכו' תו מה כחך לפצות פה נגד מ"ש הרבנים דאין לך אלא שופט שבימיך וכו' עכ"ל יע"ש:

וכזאת וכזאת כתב מרן החבי"פ ז"ל בתשו' הנז' בסוד"ק וז"ל ואם באו להרהר וכו' יש להשיב ע"ז מכמה טעמי תריצי חדא שהרבנים הנז' רבני מתא כבר היו באותו זמן ודאי

כי ידעו. והכירו בשוחט הלזה שלא היה בו שום דופי דקי"ל חזקת חבר וכו' וכבר מהרשד"ם באה"ע סי' טו"ב הרחיב הדיבור והוכיח במישור שאין מקום להרהר אחר מעב"ד שהתירו איזה דבר בראיות מרובות ובפרט אם נתנו לו כח הרשות שיהיה הוא הדיין בדין ההוא וסילקו עצמן מאותו הדין כי אין מקום להרהר עוד בזה ועיין להגו"ר יו"ד כ"א בענין הכשר שוחט שכתב. וז"ל דכיון שיצא הדבר מתח"י ב' דחזקה שעשו כהוגן יע"ש א"כ ה"נ כיון שיצא התר שחיטת שוחט זה מתח"י הב"ד כאמור בודאי שעשו כהוגן ואין להרהר עוד בזה כלל והוא ברור ומ"ג דקי"ל בש"ס ובפוס' דב"ד בתר ב"ד לא דייקי וכו' ואיך נעלם ממנו כ"ז תכ"ד והרהר וכו' וא"ת דהרי אפסיקא הלכתא לדידן שאם עברו ודייקו שיש להשיב על פס"ד שדנו משיבים כמ"ש הגאון החק"ל וכו' כאן בנ"ד כבר וכו' ולא ראינו דבר בצד מה לפוסלו לשוחט הזה וכו' עכ"ל הזה"ב וההדר"ת יעש"ב ודון מנייהו מלכי ואוקי באתרין שיש לתמוה טובא על אלו הת"ח יצ"ו המערערים והמהרהרים אחר מה שפסקו ודנו והורו רבני ודייני מתא והם המה רבנן ודייני הקבועי' במתא דידהו ואין עוד זולתם והם ב"ד מומחים וקבלום עליהם כל יחידי העיר יצ"ו מזה שנים רבות והם רבנן דפקיע שמייהו בארץ ובחו"ל איך מלאם לבם של אלו הת"ח הנז' יצ"ו להרהר אחר הוראתם ולהלהיב לב של כמה וכמה יחידי העיר יצ"ו ולומר להם בפה מלא שטעו. ב"ד בהוראתם ושלא כדין ח"ו הכשירו לשוחט זה ואיך לא חשו להא דקי"ל דאפי' ב"ד בתר ב"ד לא דייקי ואלאו דלא תסור. וכו' וכ"ש הם דאינם בתורת ב"ד כלל והדבר ידוע לכל שיש להם פנייה גלויה ומפורסמת בעבור הנאת בן אחד מהם שמינוהו הם שוחט ובודק בציבור במקים ראובן השוחט הנז' בלתי רשות ב"ד העיר כלל כפי הנשמע לנו בבירור גמור: ומה גם אנן בדידן דקבלנו הוראות מרן ז"ל גם במ"ש בתשו' כמ"ש בזה בעניותי במ"א וחזינן ליה למרן ז"ל בתשו' אבק"ר סי' א"ך דהשג ישיג עמ"ש הרדב"ז ז"ל שם דהא דאמרי' בעלמא דלא חישינן לב"ד טועים ה"מ בזמניהם אבל האידנא בזמננו זה דייקינן ודייקינן כמ"ש רי"ו בשם הרשב"א ז"ל וכו' ע"ז כתב עליו מרן ז"ל בהשגתו שם דלא דק דלא אמר כן הרשב"א אלא בדין ההוא שהוא זר אבל בשאר דינים גם בזה"ז לא דייקינן בתר ב"ד וזה פשוט וכו' עכ"ל יע"ש וא"כ הכא בנ"ד דאינו דין זר כלל ולא עוד לא שהוא פשוט ומבואר בש"ס ופוס' וזיל קרי בי רב וספרין פתיחו דהתשו' דפז"ב מהניא ומגנא ומצלא אפי' לטבח ששו"ב לעצמו ומוכר לאחרים ויצאה טריפה מתח"י דמהניא ליה התשו' דפז"ב ופסקו מרן ז"ל בשה"ט סי' ל"ד מח"מ וביו"ד סי' קי"ט וכ"ש בשו"ב לאחרים רק שנוטל שכרו מן הכשרות לבד דודאי מהניא ליה התשו' דפז"ב כנז"ל ועיין למרן ז"ל באבק"ר סי' ר"ז יע"ש וא"כ נמצא דלא

טעו ב"ד בהוראתם כלל והגם שהת"ח המערערים עליהם עברו ודייקו מתשו' מהרשד"ם והמשפ"ן ז"ל. כנז"ל כבר בררנו לעיל בארוכה דהם שגו בסחה ומלבד דאין מדבריהם ז"ל שום ראיה להחמיר כלל אלא אדרבא מד"ק ז"ל סייעתא רבתי להוראת הב"ד הנ"ז וכמש"ל וא"כ נמצא דאדרבא הת"ח המערערים הנ"ז הם טעו ושגו בערעורם ולא צדקו בכל דבריהם וטענותהם להחמיר כלל וככל האמור ומדובר לעיל ועיין עוד להרב עיר וקדיש מהרמב"ן ז"ל בס' הנחמד בני בנימין הנד"מ בס"ב סי' א' וסי' ט' מ"ש בדין זה דב"ד בתר ב"ד ל"ד יעש"ב ואכמ"ל בפרט זה. והמורם מכל הנז"ל דלא יפה עשו אלו הת"ח יצ"ו המערערים הנז"ל ושארי להו מארייהו במה שפעלו ועשו להרהר אחר ב"ד יפה אשר הורו כדין וכהלכה. וקראו עליהם ערער לא זו הדרך ולא זו העיר ולא מן השם הוא זה:

ובכן עלה בידנו לענין דינא דראובן זה השוחט דנ"ד ראוי והגון הוא' להכשירו ולהחזירו לשו"ב בציבור עם שאר השו"ב שהיו עמו אחר עשותו יפהיפה התשו' דפז"ב ויקבל עציו ג"כ דב"ח ויבדק יפה בסכינו ג"פ רצו' ויבחן ג"כ בדינים של השו"ב וילקה ויעשה תשו' גמורה מלב שלם בלתי שיקוה לשום תועלת והנאה בעוה"ז כלל ואזי הרשות נתונה בידו לחזור ולהיות שו"ב לאומנותו כאשר היה באמנה אתו וככל המדובר:

אמנם כל זה שכתבנו הוא לענין דינא דוקא אם ירצו הציבור הק"ק יצ"ו להחזירו כי הכל תלוי ברצון ק"ק יצ"ו ובהסכמתם דוקא ואם לא ירצו הטוב בעיניהם יעשו ככל מ"ש הגאון ראש"ל הרב מהרד"ח ז"ל ז"ל בתחי"ד קדשו הנז"ל ומשם בארי"ה הנלע"ד כתבתי וצור ישראל י"מ וימ"ן לבל נכשל בדבר הלכה ויזכנו לכוין לאמתה של תורה אמן כי"ר נס"ו הלכ"ד צעיר הצאן קדשים החו"פ עוב"י דמשק יע"א ברב עז ושלום:

זעירא דמן חבריא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

סימן ג

שאלה ראובן לוה משמעון סך ק' אר ות וכתב לו שטר מכר ושכירות על רביע ביתו הדר בו בלתי הטבה כמנהג מקומו שאין כותבין בשטרי מש' הטבה כלל רק סומכים על אמונתם כידוע. ואחר זמן מה פרע ראובן הלוה הנכר לשמעון המלוה הנז' שליש הקרן שחייב לו בשטר הנז' ונכתב פרעונם בסתם ע"ג השטר הנז' ואחר זה מכר שמעון הנז' את השטר הנז' ללוי בכתיבה ומסירה או בקנין אודיתא כי לא נתברר לי כעת באיזה הקנאה משתי הקנאות הנז' היתה מכירת השטר הנ"ל ללוי הנ"ל ושוב ראובן הלוה הנז' היה פורע ללוי הקונה הנז' סכי השכירות הנ"ל. העולה עליו על מה שנשאר חייב בשטר הנז' כפי החש' הדק היטב כל ששה חדשים ככתוב בשטר הנז' עד שעלה בק"ץ סך

הריוח שכבר פרע ללוי הנ"ל לסך כ"ה אריות ושוב עבר קרוב לשתי שנים ולא פרע עוד ראובן הנז' ללוי הנ"ל כלום לא קרנא ולא פירי עד שנלב"ע לוי הנז' וחלי"ש וכעת עמד נכדו של לוי הנ"ל ותבע בדין מראובן הלוה הנז' קו"פ עד יומא כי האידנא וראובן הלוה טוען כנגדו דמלבד דאינו חייב בדין לפרוע ריוח בתור' שכירות כנגד המעות שנשאר חייב בשטר הנז' דכיון שנודע לו בעת מפי סופרים ומפי ספרים דמיום שפרע לשמעון המלוה ראשון שלו שליש מעותיו נתבטל שטר המכר ושכי' שבידו לגמרי והדרא ארע' לדידי ואסור ליתן ריוח על שארית הקרן שנשארתי חייב משום איסור רביה עוד זאת רוצה אני לנכות עליך הסך כ"ה אריות שפרעתי כבר לזקנך בתורת ריוח ושכי' בטעותי בדין מעיקר הקרן שאני חייב. לך כי לא הייתי יודע שיש איסור רבית בזה ושכבר נתבטל המכר בפרעון שליש הקרן ועתה שנודע לי דין זה אני מנכה אותם עליך מעיקר הקרן והיה הנשאר אני פורע לך והיורש של לוי השיבו שגם הוא אינו חפץ שיטול רבית כלל וכתורה יעשה כי כן יורנו מ"צ להיכן הדין נוטה ויבא שכמ"ה:

תשובה הרואה יראה שכבר נשאלו ע"ז שני המאורו' הגדו' ה"ה הרב הגדול מופת הדור מרן מהר"ח פלאגי זצוק"ל והה"ג רבינו חיי"א ז"ל בתשו' כי באה בס' הבהיר אחי וראש להרב חיי"א ז"ל עצמו ביו"ד סי' ח' ודעת עליון מרן החבי"ף ז"ל דאין כאן איסור רבית כלל כמבואר בדב"ק יעש"ב ואולם אחריו לו' קם הרב חיי"א ז"ל וחדית לן שיש בזה איסור רבית מטעם כעיקר מכיון דהלוה כבר פרע מקצת הקרן אשר חייב וקבלם ממנו. המלוה בסתם בלתי שום תנאי כלל כבר נתבטל המכר הראשון אשר מכר הלוה אותו קרקע להמלוה שלו ע"י אותו פרעון דמקצת כאלו חזר והקנה המלוה להלוה שלו כל אותו קרקע שהיה מכור לו בקנין כסף כל דהוא אשר פרע הלוה למלוה דידיה ומה שנשאר חייב הלוה למלוה תשלום מעותיו הו"ל מלוה בעלמא גבי הלוה ולא מצי תו המלוה ליקח ריוח כלל בעד מעותיו הנשארים על הלוה משום דאית בהו איסור רבית דחמיר אחד"ק יעש"ב. נפלאות מתורתו:

וא"כ לכאורה נראה דדין זה במח' הוא שנוי בין שני גדולי הדור שלפננו הנ"ל ז"ל. ולפי"ז ודאי הדין נותן דכל המוחזק מהם מצ"ל קי"ל כחד מנייהו מלכי דמסייע ליה לזכות במה שבידו דאם היה המלוה תפוס ומוחזק משל הלוה מצ"ל קי"ל כהרב החבי"פ ז"ל והפוסק דעמיה ז"ל דס"ל דליכא בכה"ג איסור רבית כלל ואכיל וחדי ואפי' את"ל דאיכא איסור רבית וכדעת הרב אחי וראש ז"ל עכ"פ אינו אלא אבק"ר דקי"ל אינה יוצאה בדיינים ברם אם הלוה מוחזק בשלו בקרנא ופירי והמלוה קא תבע מניה ריוח מעותיו בתו' שכי' עפ"י השטר שבידו אזי הלוה מצ"ל קי"ל כהרב אחי וראש ז"ל דס"ל למר דאיכא בזה

איסור רבית אפי' שהוא מדבריהם ואיני יכול לפרוע לך ריוח מעותיך הנשארים בטלות אצלי כיון שיש בהם איסור. רבית זה היה נראה לכאורה במושכל ראשון שכן שורת הדין נותנת כיון דחזינא דהאי דינא פלוגתא דר כוותא דהני תרי גאוני בתראי ז"ל הנז':

אמנם האמת יורה דרכו דאין כאן מחלוקת בין הרבנים הפוס' הנז' ז"ל כלל וה"ט משום דחזינן למני"ר מרן החבי"פ ז"ל בסוף תשובתו הרמתה הנ"ל דלא סמך בזה על דעתו הרחבה ולא החליט מאמרו בהתר זה כלל ותלה הדבר עד אשר אם יסכים עמו הרב ר' חייא ז"ל הנ"ז כמשי"ר הרואה בסוף תשו' הרב מהרח"פ ז"ל הנז' שכ"כ להדיא וחזינן להרב חיי"א ז"ל דרב תנא הוא ופליג ע"ד הרב מהרח"פ ז"ל שבתשו' הנז' והעלה בהחלט גמור לאיסורא ולא קחזינן תו למרן החבי"פ ז"ל שחזר להעמיד פסק דינו כלל לא התם ולא בשום ספר מספריו הקדושים הנמצאים אצלנו כעת ולא עוד אלא דחזינן למני"ר הרב מהרח"פ ז"ל בס' הבהיר גנזי חיים במערכת הרי"ש אות באסיפתו לס' הפוס' המדברים בדיני רבית ובא לציו"ן ג"כ האי תרתי תשו' דידיה ודהרב חיי"א ז"ל המובאים בס' אחי וראש ס"י הנז' יעו"ש ומדחזינן דמשתק קא שתק ליה אחר שהן כל יקר ראתה עיני קדשו תשו' הרב אחי וראש ז"ל הנז' הא ודאי בכה"ג אמרינן שתיקה כהודאה דמייא בלתי ס' כלל ולא מצי תו המוחזק לומר קי"ל כס' הרב מהרח"פ ז"ל הנ"ז כלל כיון דהוא ז"ל גופיה תלה הדבר בהסכמת הרב חיי"א ז"ל וכדחזינא למני"ר גופיה הרב מהרח"פ ז"ל שכ"כ להדיא בגנזי חיים בכללי הקי"ל בדק"ל סוף ע"ב וז"ל ופוסק שכותב בפסק שלו אם יסכימו עמי רבני פו"פ ומצינו שלא הסכימו עמו בודאי דאין לומר קי"ל כאותו פוסק מאחר שלא החליט לפסוק כדבריו כי אם על סמך הסכמת הרבנים כל שלא הסכימו עמו בטלה דעתו לגבייהו כ"ן מ"ד הרמ"ז וכו' וכ"כ הרב אהל יצחק וכו' עכ"ל יע"ש וכמו שכ"כ מהרח"פ ז"ל ע"ד הפוס' זולתו ה"ה והוא הטעם דאמרי' הכי על דברי עצמו ז"ל והוא פשוט וא"כ קם דינא כדעת עליון הרב ר' חיי"א ז"ל לאסור איסר על המלוה בשטר מכר ושכי' וקבל מהלוה מקצת מעותיו דאסיר ליה תו למשקל ריוח בתורת שכי' על שארית מעותיו הגם דנקיט בידיה שטר מכר ושכי' כיון דנתבטל אותו מכר מעיקרו והדרא ארעא למארה באותו מקצת שכבר קבל מהלוה בסתם וכטעמיה דמר הרב חינוך ב"י ז"ל ומלוה בעלמא הוא דפש ליה גביה דלוה ואסור ליקח עור עליהם שום ריוח כלל מחשש איסור רבית דחמיר טובא וככל מ"ש הרב ר' חיי"א ז"ל:

ולפי"ז תורה יוצאה בנ"ד דאם הריוח שכבר פרע ראובן הלוה לקונה השטר אשר המה עלו לסך כ"ה אריות כמ"ש בשאלה גם אלו הדין נותן לנכות אותם הלוה על המלוה הב' שהוא קונה השטר הנז' ונכ"ה ל"ו ינכ"ה עליו משארית הסך שנשאר חייב הלוה לקונה

השטר הנז' כדין כ אבק רבית דעלמא דהגם דלא מפקינן מניה מ"מ מנכינן עליה מעיקר הקרן שנשאר חייב למלוה שלו ולא חשיב אפוקי מניה כלל ל וכסברת י"א בתרא דאייתי מרן ז"ל בש"ע יו"ד סי' קס"ו ס"א יע"ש וכמ"ש כל בעלי הכללים בדעת מרן ז"ל היכא שכותב מרן ז"ל בשה"ט י"א וי"א דדעתו כי"א בתרא מדהביאה באחרונה: והכי חזינא למר שארי הרב מהר"מ פארדו נר"ו בספרו הבהיר שמו משה הנד"מ בסי' כ"ה שכ"כ להדיא בדעת מרן ז"ל בהאי דינא גופיה שדעת מרן ז"ל כי"א בתרא כפי הכלל המבו' ושכ"ן מתשו' מרן ז"ל באבק"ר סי' קל"א יע"ש ודבריו נאמנו מאד כמשי"ר המעיין:

ובכן שורת הדין נותנת דמצי הלוה דנ"ד לנכות על המלוה כי' הנז' מעיקר הקרן שחייב לו עדין כל הסך כ"ה אריות שנתנם לו בטעות בדין בתו' ריוח ושכי' והיה הנשאר עליו מהקרן שלם ישלם לו ותל"מ:

ולא דמי נ"ד למ"ש רבינו הטור ז"ל ביו"ד סי' קע"ב ופסקו רמ"א ז"ל שם בהגהה ס"א על דין משכנתא דאיסורא שאם כבר אכל המלוה פירות המשכונה ובא הלוה לנכות על המלוה הפירות שאכל דלא מנכינן לה מידי משום דהואיל דהמשכונה היא ברשות המלוה והלוה עליה מתחי' אי מנכינן ליה מחובו הו"ל כאלו מוציאין מידו בדיינים יע"ש וא"כ יאמר האומר לכאורה דה"ה בנ"ד אי מנכינן ליה מחובו הו"ל כאפוקי מניה כדין המשכונה הנז' וכמובן:

דהא ודאי ליתא לע"ד דלא דמי נ"ד לדין המשכונה הנז' כלל דהתם שאני דאכתי המשכונה קיימא ברשות המלוה ולא נפקא מתותי ידיה עדין כלל משא"כ הכא בנ"ד בשטר מכר ושכי' והקרקע היא ברשות הלוה ונפרע המלוה מקצת מעותיו בסתמא דלפום טעמא דהרב חב"י ז"ל וכפי מ"ש הרב חיי"א ז"ל ע"י פרעון אותו מקצת הדרא ארעא למארה בקנין כסף כל דהוא וכבר נתבטל המכר הראשון לגמרי ומלוה בעלמא הוא דפש ליה גביה דלוה וכבר נפקא ארעא מתח"י דמלוה והדרא למארה בקנין כסף לחודיה ונמצא כעת אי שקיל מלוה מניה דלוה ריוח מעותיו הנשארים רבית גמור הוא דשקיל מניה ולא יהיה לא אבק רבית הו"ל ממש כדין כל אב"ר דבעלמא דהגם דלא מפקינן מניה מ"מ מנכינן ליה מעיקר חובו וכדעת י"א בתרא דפסק מרן ז"ל כוותייהו בסי' קס"ו ודינא יתיב בנ"ד דמנכה הלוה על המלוה מחובו כל סך הריוח שלקח ממנו כבר בטעות בדין ומשלם לו הנשאר וככל האמור: וראיתי בתשו' ישמח לב ביו"ד סי' ט"ו שגם. הוא נשאל ע"ז ממש ואייתי בידיה תשו' הרב אחי וראש ז"ל הנז' דאוסר והקיפו בחבילות של קושיות ודחיות ודחה ד"ק בדין זה בב' ידים יעש"ב ולענ"ד אין מקום לכל קושיותיו ודחיותיו כלל וכמו שאבאר בס"ד. תחילה וראש שפט בדעתו דהקו' אשר הק'

הרב מט"ש ז"ל על טעמו של הרב נאמן שמואל ז"ל מדין מתנה ע"מ להחזיר דשייכא נמי על טעמו דהרב חב"י ז"ל ומכח זה רמי ומקשה ע"ד הגאון החק"ל ז"ל דנתפייס בטע"ז של החב"י ז"ל דמה יענה למ"ש הראשו' ז"ל בדין מתנה עמ"ל דבעי הקנאה מחדש בחזרתה לבעליה גם דשלו היתה מעיקרא ומכח קו' זאת שפט דלא ראה ולא זכר שר הגאון החק"ל ז"ל דברי הראשו' ז"ל הנ"ל ואלו הוה שמיע ליה דבריהם ז"ל הוה הדר ביה אתד"ק יעש"ב ואני אומר דלק"מ וח"ו שנעלם דבר מהגאון החק"ל ז"ל דכל רז לא אניס ליה ברם האמת יורה דרכו דקושיא זאת מדין מתנה עמ"ל לא חיילא כי אם על טעמו דהרב נ"ש ז"ל דוקא וכדהק' הכי המט"ש ז"ל אכן על טעמו דהרב חב"י ז"ל לא חיילא עליה כלל דההחילוק ברור ופשוט מאד דהתם שאני דמתנת חנם היא וליכא בחזרתה שים קנין כסף אפי' כל דהוא כסף ליכא כלל ובמה חוזר ומקנה המתנה הנז' לבעליה להכי הוא דהצריכו הראשו' ז"ל התם הקנאה מחדש זולת קנין כסף דליתא בה וכגון הגבהה או משיכה או ק"ס כל מידי כדיניה משא"כ במכר ושכי' בין בהטבה בין בלתי הטבה דאיכא בחזרה קנין כסף אפי' כ"ד בהא ודאי שפיר נקנית הקרקע לבעליה בההוא כספא אפי' כ"ד כדין כל קרקע דבעלמא שנקנית בכסף מה תאמר דבאתרא דכתבי שטרא לא קנה בכסף לחוד עד שיכתוב את השטר להא קאמר הרב חב"י ז"ל דזיל בתר טעמא וכמבואר בד"ק ומה דמות יערוך דין זה לדין מתנה עמ"ל ולא קרב זא"ז כלל וכמו שנתבאר והוא ברור מאד ולפי"ז מבואר יוצא דשפיר יש לסמוך על טע"ז דהרב חב"י ז"ל בין בדאיכא שטר הטבה בין בדליכא הטבה כלל דהא ודאי שוו בשיעורייהו וחד טעמא אית להו וכמובן ודלא כמ"ש בתשו' ישמ"ל הנז' דליכא למסמך אטע"ז בדליכא הטבה וחיליה מדין מתנה ע"מ להחזיר כמבואר בדבריו שם דהא ודאי ליתא כלל וכמדובר והוא ברור. עוד כתב בתשו' ישמ"ל הנז' לדחות מ"ש הרב חיי"א ז"ל דהכא לא חשיב עייל ונפיק אזוזי וכו' והוי כאלו זקפם עליו במלוה וכו' ותמה עליו דהיכי הוי כאלו זקפם וכו' וא"כ כל עייל ונפיק אזוזי נימא ביה הכי וביטלת דין זה לגמרי וכו' עכ"ל ולק"מ דההחילוק ביניהם מבואר מאליו דהתם הא קחזינן ליה דקא עו"ן אזוזי ותובע דמי קרקעו וחצרו בכל עת ורגע א"כ היכי אפ"ל ביה דהו"ל כאלו זקפם עליו במלוה משא"כ הכא דאדרבא חזינן ליה דקביל מניה מקצת מעותיו וכתב פרעונם ע"ג השטר ולא תבע ממנו השאר בחושבו שהם נתונים לריוח היום והוא עתיד ליטול ממנו הריוח שלהם בכח שטר המש' שבידו עליו א"כ ודאי דאמרי' בכה"ג דהו"ל כאלו זקפם עליו במלוה בפי' מחדש אחר פרעון אותו מקצת כיון דבלאו"ה הם זקופים ועומדים במלוה הכתובה בשטר שבידו עליו דכיון שנכתב פרעון המקצת ע"ג השטר ממילא ודאי השאר שלא נפרעו עדין הם זקופים ועומדים

על הלוה בהלואה בשטר ואין מן הצורך שיזקפם עתה מחדש אחר פרעון המקצת בפי' גמור דכתיבת פרעון המקצת ע"ג אותו שטר מורה להדיא דהשאר נזקפו עליו במלוה וסתמו כפירושו אלא שדעת המלוה היתה ליטול ממנו ריוח בתורת שכי' על שארית מעותיו בכח השטר שבידו ואנן אסרינן עליה ליטול ממנו ריוח עליהם כלל מן דינא משום איסור רבית דחמיר טובא וכנ"ל והדברים ברורים גם מ"ש עוד בתשו' ישמ"ל הנ"ל לטעם ב' שכתב הרב חיי"א ז"ל דהו"ל כמוכר שדהו מפני רעתה משום דיותר ניח"ל למלוה לקבל מעותיו בחזרה ולא לזכות במקח וכו' ודחה דבריו אלו בדברים הדברים אשר אין מן הצורך להשיב עליהם דכל ישר הולך דן ידין דהא מו"ץ כמ"ש הרב רבינו חיי"א ז"ל וטעמו ונימוקו עמו וכ"ע יודו לזה דכל מלוה מעותיו בשטר מכר ושכי' טפי ניח"ל לקבל מעותיו ולהחזיר הקרקע לבעליה ובפרט כשלא קנה רק חלק מה מאותו קרקע וזה ברור מאד:

עוד כתב שם בדל"ב ע"א בד"ה וגם וכו' דהוא לא ידע לאיזה צורך היה כל ההצעות אשר הציע בארוכה וכו' עכ"ל והחכם עיניו יחזו דהרב חיי"א ז"ל לא הציע דכר או חצי דבר ללא צורך רק כל דב"ק הם המה צורך רב ועצום להכריח פירושו וחילוקו האמיתי בד' הרשב"א ז"ל אשר לכאו' נראין ד"ק תמוהים ובלתי מובנים במה שהצריך להמלוה להתנות שזה היפך דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל ואם נאמר דהריטב"א ז"ל פליג עליהו זה אינו חכמה כלל וגם אפושי פלוגתא הוי ולא מפשינן ולזה מוכרחים אנו לחילוקו של הרב רבי חיי"א ז"ל בין אם קבל המלוה מקצת מעותיו בסתם להיכא דהתנה. המלוה עם הלוה בשעת פרעון המקצת שהוא יאכל כל הפירות כמאז ומקדם דאם קבלם בסתם הוי נקנה הקרקע בחזרה לבעל הקרקע באותו מקצת מעות שפרע לו אפי' שהוא כ"ד ואזי נאסר על המלוה ליטול עוד מהלוה שום ריוח כלל על הנשאר משום איסור רבית אכן אם קבלם לאותו מקצת ובעת ההיא התנה עליו המלוה. שהוא יאכל כל פירות המשכונה כולה עד שיפרע לו כל חובו ונתרצה הלוה בכך אזי המכר קיים ביד המלוה ואז שרי לזה לאכל פירות כל המשכונה שבידו ואסור עליו לפחות ללוה מהשכירות כנגד המעות שקבל ממנו אלא דאותו מקצת שפרע לו הוו גביה בפקדון עד שישלם. לו כל חובו במושלם וחילוק זה ישר ונכון בטעמו ונימוקו והוא מוסבר ומוכרח בדברי הריטב"א ז"ל לישב דבריו ולהשוותו עם הרמב"ן והרשב"א ז"ל וכמבואר. ומ"ש עוד בתוך דבריו הנז' וז"ל והיינו שמכר לו בחזרה ד' ידות מהחצר וכו' ע"כ לא ידענא מאי קאמר דאיה איפא המכר שמכר לו בחזרה דמכר בפי' אין כאן כלל רק דאנן עסיקנן באופן דקבל המלוה מן הלוה מקצת מעותיו בסתם ומסתמא פיחת המלוה ללוה מן הריוח ושכי' כנגד

המקצת שקבל ממנו ובדעת המלוה ליטול מהלוה ריוח ושכירות בעד מעותיו הנשארים אצל הלוה ועל דא קא צווח הרב חיי"א ז"ל דכיון דקבל המלוה מקצת מעותיו בסתם כבר חזרה ונקנית הקרקע להלוה בקנין כסף כל דהוא ושארית המעות מלוה בעלמא הוא דאית ליה למלוה גבי לוה והיכי מצי המלוה ליטול מהלוה ריוח ושכי' אחר שכבר נתבטל מקחו לגמרי מכר אין כאן ושכירות אין כאן והו"ל הריוח שיטול הוא רבית ואסור ודברים אלו דברי טעם הם והדין עמו בלתי ס' כלל גם מה שתמה עוד ע"ד רבינו חיי"א ז"ל דאיך לא זכר דברי הגאון החק"ל וכו' ע"כ גם בזה לק"מ שכבר הרב ז"ל זכר עשה למ"ש הגאון החק"ל ז"ל באומרו שרבו המתירים וכו' ועכ"ז ס"ל למר דכל מ"ש החק"ל ז"ל ע"ד מהרימ"ט ז"ל א"ש אם לא יקבל המלוה מהלוה שום ריוח ושכי' עד אחר שיפרע לו הלוה כל הקרן וירצה הלוה לזכות בקרקעו בחזרה אזי יכול ורשאי המלוה שלא לחזור למוכרה לו רק בריוח כו"ך כרצונו ברם אם בעוד הקרקע ביד המלוה בתורת מכר גמור מקבל מן הלוה ריוח בשם שכי' בעד כל שנה כו"ך כפי מה שקצבו ביניהם וכ"ש אם כבר קבל מהלוה מקצת מן הקרן ושוב פיחת לו מהשבי' כנגדם וגובה ממנו ריוח על השאר כפי החש' הא ודאי אין לך חוכא ואטלולא והערמת רבית גדול מזה וככל אשר דיבר בקדשו הרב חיי"א ז"ל והוא ברור עוד כתב בתשו' ישמ"ל הנז' וז"ל עוד הוסיף לומר וכו' דמאן פלג ליה וכו' עכ"ל ודברי הרב חיי"א ז"ל ברור מללו דקאי על נדונו דמיירי דבעת שפרע לו הסך ח' אלפים אריות מהקרן ושני אלפים מהשכי' שהיה חייב עד אותו היום ונמצא שקבל ממנו סך יו"ד אלפים ואז לא היה חייב עוד הלוה למלוה שום ריוח כלל זולתי שנשאר חייב לו שני אלפים מהקרן דוקא וברוב הימים ושנים נתחייב הלוה למלוה ריוח ושכי' שני אלפים ו"ג מאות על הסך שני אלפים של הקרן שנשאר חייב כנז"ל ועתה המלוה תובע מהלוה כל הסכום הנ"ל קרנא ופירי וע"ז הוא שכתב הרב חיי"א ז"ל דשני אלפים של הקרן חייב הלוה לפורעם לו אך סכי הריוח שתובע ממנו אית בהו איסור רבית ולא חשיב סלוקי בלא זוזי דההיא מיירי לגבי הקרן אבל הכא היינו במה שעלה לו שכי' לפי דעתו של המלוה וה"ל דהכא אנו דנים על הריוח ושכי' שתובע המלוה וה ן הלוה בעד הסך שני אלפים של שארית הקרן וע"ז טוען הלוה דאית בהו איסור רבית והיכי מצינן לאפוקי מניה רבית אתד"ק וכוונתו ז"ל והוא ברור ופשוט ואין מקום למ"ש עליו בתשו' ישמ"ל הנז' דזה חידוש גדול ומאן פלג ליה וכו' ולא ידעתי איך נעקר דינא דסלוקי בלא זוזי כמ"ש עליו בתשו' הנז' והוא פלא:

עוד כתב בתשו' הנז' וז"ל ונחזור וכו' עד אין זה אלא דברי תימה יעש"ב וכל חכם לב ישפוט בצדק דשפתי צדיק הרב חיי"א ז"ל ברור מללו דעל המלוה להתנות עם הלוה

בעת שפורע לו מקצת מעותיו או רובם כה יאמר לו דאף שמקבלם ממנו בעת הוא על מנת שהוא אוכל כל פירות של המשכונה עד שיפרע לו כל מעותיו ואם יקבל עלין הלוה כן ויפרע לו המקצת או הרוב של חובו עפ"י התנאי הנז' אזי אותם המעות שפרע למלוה מעיקר הקרן הן רב או מעט אינם אלא בתורת פיקדון אצל המלוה ואוכל המלוה כל פירות המשכונה בהיתר גמור ואם לא יתרצה הלוה בתנאי זה לא יפרע לו כלום מהקרן עד אשר יזדמן לו כל הקרן שחייב למלוה ויפרעם לו בבת אחת וכל שלא התנה כן המלוה עם הלוה רק קבל מקצת מעותיו או רובם מיד הלוה בסתם הו"ל כאלו גילו דעתם להדיא שפורעם לו מדמי מקנת הקרקע שלו וע"י פרעון זה המקצת או הרוב הרי ממילא חזר והקנה המלוה ללוה כל הקרקע שלו בקנין כסף לחוד כמ"ש הרב חינוך ב"י ז"ל ובזה. נמצא הלוה אוכל פירות קרקעו בהתר גמור בלתי שום חשש איסור רבית כלל ולעומת זה אם יאכל המלוה מפירות הקרקע הזה אפי' בעד שיור מעותיו הנשארים אצל הלוה קאי באיסור רבית גמור כיון דכבר נתבטל המקח שלו לגמרי והדרא ארעא למ"ק בקנין כסף גמור והיכי מצי תו המלוה לאכול שכי' הקרקע אפי' בעד מעותיו הנשארים ולזה כתב הרב חיי"א ז"ל דשניהם לא יכונו דכדי להיות מותר הלוה לפחות לעצמו על המלוה ריוח בעד מה שכבר פרע לו צ"ל דנתבטל המכר שקנה המלוה ע"י אותו מקצת שקבל המלוה מהלוה בסתם ולא התנה אז עליו המלוה ע"מ שהוא יאכל כל פירות הקרקע וא"כ אזי נאסר על המלוה ליטול עוד שכי' הקרקע הלזו כלל ואם התנה כן המצוה על הלוה ועכ"ז נתרצה הלוה ופרע לו אותו מקצת בתנאי זה א"כ אסור עליו לפחות לעצמו משכי' הקרקע כנגד מה שפרע וז"ש דשניהם לא יכונו וכו' הוא פשוט וברור בדברי הרב חיי"א ז"ל כמשי"ר המעיין:

באופן דאין מקום לכל מ"ש בתשו' ישמ"ל הנז' לדחות דברי הרב חיי"א ז"ל וכמדובר ותו דכבר הלכה רווחת דמצי המוחזק לומר קי"ל כחד לגבי תרי ותלת כידוע:

ובכן קם דינא דמלבד דפטיר ועטיר הלוה דנ"ד ואסור עליו לתת למלוה שלו הקונה השטר הנז' שום ריוח ושכי' בעד מעותיו שחייב לו בהלוואה בעלמא משום דאית בהו איסור רבית וכדעת עליון הרב חיי"א ז"ל והלוה שהוא המוחזק בשלו מצ"ל קי"ל כוותיה וכטעמיה דהרב חיי"א ז"ל וכנז"ל עוד זאת הדין נותן לנכות על המלוה מעיקר חובו כל הסך כ"ה אריות שכבר פרע לו בתורת ריוח ושכי' בטעותו בדין כנז"ל והיה הנשאר חיובא רמיא על הלוה לפורעם לו משלם וככל האמור:

ואין לומר דכיון דזה הסך כ"ה אריות שכבר פרע הלוה דנ"ד למלוה שלו הקונה השטר הנז' הוא נתנם לו בתו' ריוח ושכי' א"כ נמצא דכבר מחל אותם הלוה למלוה הנז' ולא

מצי הלוה השתא לנכותם על המלוה מעיקר חובו כלל בתר דכבר נתנם לו בתו' ריוח ושכי' דהו"ל מחילה גמורה שמחלם הלוה למלוה ואפי' למטוניה דהרב חיי"א ז"ל דאית בהו איסור רבית עכ"פ מד"ק ז"ל נראה להדיא דאינו אלא אבק רבית ומחילה מהניא במה שכבר אכל המלוה אפי' ברבית דאורייתא כ"ש באבק"ר וכמו שכ"ן להדיא מד' מרן ז"ל בש"ע יו"ד סי' ק"ס ס"ה וז"ל אבל אם לקח ממנו רבית וצריך להחזירו לו מועלת מחילה לפוטרו כמו בכל גזל עכ"ל וכתב ע"ז הרב באה"ט ז"ל סק"ד דבמקום שמועלת מחי' הוא אפי' ברבית דאורייתא עכ"ל וזהו דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ד דהלמו"ל שכ"כ להדיא דמחי' מהניא ברבית אפי' ברבית דאורייתא שלא כדעת הגאונים ז"ל יע"ש וכתב מרן החביב ז"ל בתשו' בע"ח יו"ד סי' קפ"א דברבית דרבנן נקטי' קולא כד' הרמב"ם ז"ל דס"ל דמחילה מהניא יע"ש וכ"כ בכנה"ג יו"ד סי' ק"ס הגהט"ו יע"ש וא"כ כיון דגם בנ"ד ליכא אלא רק איסור רבית דרבנן ודאי דתפסינן להקל דמחילה מהניא ולא מנכינן עליה מעיקר חובו ולא מידי אחר שכבר מחל אותם למלוה:

אמנם הא ודאי ליתא בנ"ד כיון דהלוה עומד וצווח דכשפרע לו אותם הכ"ה אריות בתורת ריוח ושכי' לא היה יודע שיש בזה איסור רבית כלל ושוב כשנודע לו מסברת הרב חייא ז"ל משך ידו מלפרוע ריוח כלל כי לא רצה להכשילו למלוה באיסור רבית ותובע עוד לנכות מה שכבר פרע לו א"כ היאך נאמר שמחלם לו לגמרי ובאנו לד' הרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דמחילה מועלת ברבית וכנז"ל שזה לא נאמר אלא היכא דמחל בפי' גמור הסך שכבר נתן לו ואמ"ל בפה מלא מחולים לך מעכשיו וכמ"ש כן להדיא מרן החביב ז"ל בתשו' הנז' ובכנה"ג שם הגהט"ו אות י"ט דכל מחילה ברבית שאינה בפי' אע"ג דשתק ול"א כלום אלא דמתוך מעשיו נראה שהודה ומחל לא הויא מחילה יע"ש וכ"כ האחרונים ז"ל כמ"ש הרב בירך יצחק והרב סמיכה לחיים יו"ד סי' ט' ולהרב ש"ב סי' ש"ט יעש"ב ואכמ"ל בזה א"כ כ"ש בנ"ד דמלבד דליכא מחי' בפי' כלל עוד זאת דאפי' שתיקה והודאה נמי ליכא ולא עוד אלא דצווח ועומד דלא מחל כלל ורוצה לנכותם מעיקר א"כ ודאי ליכא בנ"ד שום מחילה כלל ודינא יתיב לנכותם מחובו וכנז"ל וכמ"ש הרב פרמ"א ז"ל בח"א סי' קט"ו על נ"ד יעש"ב וה"ה והוא הטעם בנ"ד וכמו שנתבאר והדברים ברורים: והנה כל זה שכתבנו מריש. ועד כען הוא בהנח"ה סובר"ת אפי' שהיה השטר דמכר ושכי' דנ"ד ביד המלוה הראשון ולא מכרו לזולתו כלל עכ"ז דינא יתיב שאינו יכול עוד ליטול מהלוה ריוח בתו' שכי' על שארית מעותיו אחר שכבר גבה מקצתם בסתם מן הלוה ואם כבר פרע לו הלוה איזה ריוח ושכי' על שארית חובו שורת הדין נותנת לנכותם מחובו הנשאר עליו עפ"י טענת הקי"ל שיטעון הלוה כס' הרב חיי"א

ז"ל ומינה ילפינן אנן בעניותן דה"ה והוא הטעם אם המלוה הא' מכר שטרו לאחר וככל האמור ומדובר מה למעלה והיינו ג"כ במונח גמור דמכירת השטר הנז' להקונה היתה הקנאתו כדין וכהלכה כדת של תורה:

אמנם כעת אנכי הרואה דמצד אחר אסור לזה הקונה השטר הנז' ליטול ריוח מעותיו מהלוה בכח שטר המקנה שבידו לשטר המש' מן המלוה הא' בין אם נאמר שקנאו בכתו"מ בין אם נאמר שקנאו בקנין אודיתא כנז' בשאלה שלפנינו שלא החליט השואל באיזה הקנאה משתים או היתה הקנאת השטר מש' הזה להקונה הזה דנ"ד:

ולדידי חזי לי דבשתי הקנאות הללו לא הועילו לו להקונה הזה לקנות השטר דנ"ד בכדי שיוכל ליטול מהלוה ריוח מעותיו בתו' שכי' כלל עפ"י הדין הגמור וכמו שאבאר בס"ד:

ואומר דאם היתה הקנאתו הקנאתו בכתו"מ ודאי דלא קנה כלום כיון דמרן ז"ל בסי' ס"ו ס"ד פסק כהרא"ש ז"ל דס"ל דשטרי ראיה אינם נקנים בכתו"מ כלל כיע כיעו"ש והני שטרי דידן דמכר ושכי' וכיוצא משטרי מקח וממכר. דבעלמא אפי' בלתי שכי' כלל אינם אלא שטרי ראיה נינהו אפי' לדעת מרן ז"ל בסי' קצ"א דפסק להדיא דשטרי דידן שטרי קנין הם יע"ש מ"מ כיון דהשתא בזה"ז נהגו להקנות להקרקע בק"ס לחוד ומתנים המוכר והלוקח בשעת הק"ס שהמכר הוא בק"ס לחודיה בלתי שיצטרך הקונה לשום הקנאה וזכיה אחרת שבעולם כלל וכמו כן מבארים הדבר הזה בתוך שטר המכר כנז"ל והו"ל כפריש להדיא שיקנה בק"ס לחוד ועוד נהגו הני ספרי דווקני דידן לכתוב שטר המכר בזה"ל ממ"ש וז"ל לפ"ע ח"מ בא פב"פ וכו' ואמ"ל אתם הוו עלי ע"ג וקנו מידי קגו"ש וכו' וכתבו בכל ש"ז וכו' וחתמו ותנו ביד פב"פ להיות בידו לעדות ולזכות ולראיה מהימנא מחמת מה שאני מודה לפניכם הודאה גשו"ק מיד פב"פ הנ"ז סך כו"ך ובעד ובעבורם מכרתי לו וכו' וכו' ע"ס השטר כידוע ומפורסם שכן הוא נוסח שטרי מכר דידן וגם בסוף השטר כותבין העדים וז"ל ולראיית אמו"ץ כתבנו וח"ש וכו' עכ"ל וא"כ ודאי דבכה"ג דנא כ"ע יוד דהני שטרי דידן הכתובים בנוסח זה דודאי שטרי ראיה נינהו אפי' לדעת מרן ז"ל בסי' קצ"א וליכא מאן דפליג בזה כלל וכמ"ש מור"ם ז"ל בסי' קצ"א הנז' ע"ד מרן ז"ל הנז' בהגהתו יע"ש: והכי מתבאר להדיא מדברי מרן ז"ל בתשו' אבק"ר סס"י ע' שכתב וז"ל ואעפ"י שכתבו וכו' דהני שט"ד וכו' מ"מ י"ל כיון דהשתא לא משמע להו לאינשי דשטר הוי אלא לראיה בעלמא וכו' משום דבזה"ז אין רגילין לקנות בשטר לא במכר ולא במתנה אלא מקיימים המכר או המתנה באחד הקנינים דשייכי בהו וכותבין השטר לראיה והשתא כיון דלכ"ע לא מש' להו דשטר הוי לקנין אלא לראיה בעלמא שהרי רובא דרובא דשטרות הנוהגים בין בנ"א אינם אלא שטרי הודאות והלואות שאינם

אלא לראיה ובפרט בשטר זה שידים מוכיחות שלא נכתב אלא לראיה שהרי מתחיל מודעת זאת וכו' עכ"ל יע"ש:

א"כ כ"ש וק"ו בהני שטרי דידן דכתבי ביה ככל הנז"ל דפשיטא דגם מרן ז"ל דפסק בס' קצ"א כדעת רוב הפוס' ז"ל דס"ל דשטרי דידן שטרי קצין נינהו וכמש"ל מ"מ אזיל ומודה בשטרי דידן הבאים בנוסח הנ"ל דאינם אלא שטרי ראיה נינהו וכמ"ש מרן ז"ל עצמו בתשו' הנ"ל וכיון שכן אתאן למ"ש מרן ז"ל בשה"ט סי' ס"ו כהרא"ש ז"ל דשטרי ראיה אינם נקנים בכתו"מ וכנז"ל:

ולפי"ז נמצא דלוי זה דנ"ד שקנה השטר דמכר ושכי' מהמלוה הא' בכתו"מ נראה דלא קנה כלום והמעות שלו שנתן לבעל השטר אינם אלא הלוואה ע"פ גביה בעלמא ואם ירצה לוי הקונה להחזיר לו השטר עצמו בטענה זאת שלא קנה כלום ותובעו להחזיר לו מעותיו ופירותיהם לא מצי למשקל מניה ריוח בעד מעותיו שהיו בטלות אצלו דודאי רבית גמור הוי וגם כל הריוח שכבר קבל מיד הלוה בעל הקרקע בתו' שכי' רבית נינהו ומפקינן לון מניה וכ"ש דמנכינן לון עלוהי מעיקר חובו דכיון דהקרקע לא קנה שכירות מאן דכר שמיה זולתי לדעת ר"י ודעמיה דאייתי רבינו הטור ז"ל בסי' ס"ו דס"ל דגם שטרי ראיה נקנים בכתו"מ דלא כהרא"ש ז"ל ובנ"ד לא מצי הקונה בכתו"מ שהוא מוחזק בסך הריוח שכבר קבל לטעון קי"ל כר"י ודעמיה ז"ל דס"ל דשטרי ראיה נמי נקנים בכתו"מ וכדין אכל הריוח מן הלוה ואנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו גם להוציא ולא טענינן קי"ל דלא כמרן ז"ל כידוע וכבר מרן ז"ל פסק כהרא"ש ז"ל דשטרי ראיה ל"מ בהו כתו"מ וגם בתשו' אבק"ר סי' ע' הנ"ז גילה דעתו להדיא דהני שטרי מכר דידן אינם אלא שטרי ראיה ולדעתו בסי' ס"ו דפסק כהרא"ש ז"ל אינם נקנים בכתו"מ כלל כנז"ל.

ותו דגם הלוה דנ"ד הוא מוחזק ג"כ טפי בעיקר הקרן שחייב לקונה השטר והוא נמי מוחזק בקרקע שלו דהוא מאריה קמא וקאי בה השתא נמי א"כ עליו דוקא להרים דגל הקי"ל ולא קנה הקונה השטר כלל ובדין הוא דמנכי עליו מעיקר חובו כל הסך שכבר פרע לו בתו' ריוח ושכי' בטעות וככל האמור:

והכי חזינא להגאון גדול דורנו הרב מהרר"א קובו ז"ל בס' הבהיר שער אשר ח"ב בתשו' ח"מ סי' י"ט שעמד בזה בנ"ד שקנה המלוה שטר חזקה בכתו"מ ואכל פירות החזקה כמה שנים ופסקיה לדיניה בסכינא חריפא דר"ק הוי לדעת הסוברים דשטרי ראיה ל"מ בכתו"מ והלוה הוא המוחזק בחזקת מ"ק יעש"ב אלא דחזיתיה למר בדב"ק דנתחלפו לו הסברות דהרא"ש ודר"י ז"ל מזל"ז והא ודאי דט"ס נפל בד"ק פעם ושתים וצריך לתקן ד"ק כמשי"ר המעיין ואכמ"ל:

ועין רואה להרב שבט בנימין ז"ל בסי' ק"ח שעמד בדין זה דשטר משכ' אם נקנה בכתו"מ או לא ומתלא תלי לה להאי דינא בפלוגתא דהרא"ש ור"י ז"ל הנ"ל וכתב עוד דבא מעשה לידו והוצרך לעשות ולכתוב שני קניינים יע"ש וכבר מילתא אמורה דהני שט"ד דנהגינן בהו האידנא לכ"ע שטרי ראיה נינהו ולא מהני בהו כתו"מ להרא"ש והטור ומרן ז"ל דס"ל דשטרי ראיה אינם נקנים בכתו"מ וכמש"ל וע"ע בכנה"ג סי' ס"ו הגהט"ו אות ל"ה מ"ש בזה ויש בדבריו ג"כ ט"ס הניכר כיעו"ש וע"ע להרב ש"ך ז"ל סי' ס"ו סקמ"ד ומ"ה ויש לעמוד קצת בד"ק לכאורה יע"ש ועיין בתשו' זרע יעקב למהרי"ן ז"ל סי' ן' יע"ש ואכמ"ל בזה. המורם מכ"ז דהקנאת שטרא דנא דמכר ושכי' בכתו"מ לא מהניא כלל וכנז"ל ונמצא שלא קנה כלום ומעותיו שנתן אינם אלא הלוואה בעלמא גבי הלוה או גבי המלוה ראשון וכל סך הריוח שקבל מן הלוה רבית גמור נינהו ומנכינן להון מעיקר הקרן של הקונה השטר הנז' והדברים ברורים:

אתאן לצד שנאמר דהקנאת השטר דנ"ד הן היתה בקנין אודיתא ואמינא דהן אמת דקנין אודיתא מעלנא אית ליה בין לשטרי קנין בין לשטרי ראיה וכיוצא וכמ"ש מרן ז"ל בתשו' אבק"ר סי' ק"ה. וכ"כ הרדב"ז ז"ל בח"א סי' קל"ו ציינו הכנה"ג בסי' ס"ו הגהט"ו אות ס"ב דהודאה מהניא לקנין שטרות יע"ש וע"ע להרב משכה"ר ז"ל במ"ע א' אות ח' יעש"ב:

אמנם בקושטא כל זה אינו אלא לקנין שטרות שאין בהם ריוח ושכי' ברם להתיר לקונה השטר ליטול ריוח ושכי' מהלוה בכח קנין אודיתא הא ודאי צריכה בבה דבאנו למח' הראשו' ז"ל אי קנין אודיתא הוי מדאורייתא או מדרבנן וכמו שיר' המעיין בס' ש"ץ האח' ז"ל שהאריכו בזה עיין בס' מוצל מאש סיו"ד ובס' בני משה מגא"ר סי' ולהרב ידי דוד קראסו ז"ל סי' ד"ן ובברכ"י ח"מ סי' מ' ובקצות החושן ס' קצ"ד ובחוקי חיים סי' מ"ב ובשאר פוס' ז"ל עצמו מספר ע"ע הלא בספרתם וא"כ לכת הסוברים דקנין אודיתא אינו אלא מדרבנן דוקא א"כ היכי מצי קונה השטר באודיתא ליטול ריוח מן הלוה כיון דמדאורייתא לא קנה כלום באודיתא לדעת רוב. הפוס' ז"ל דס"ל דלא אתי קנין דרבנן ומפקיע דאורייתא:

עיין בס' הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט זה לא עת האסף פה ועד אחרן עין רואה להרב בני משה מגאר ז"ל שהאריך הרחיב בזה כיד ה' הטובה עליו יעש"ב וא"כ מצי הלוה בעל הקרקע שהוא המוחזק בממונו ובחזקת מ"ק לטעון קי"ל כמ"ד דקנין אודיתא אינו אלא מדבריהם ומן התורה לא קנה כלום וכמ"ד דלא אתי קנין דרבנן ומפקיע איסור דאורייתא וכל מה שכבר נטל וקבל מהלוה ריוח בתו' שכירות אינו אלא רבית גמור ומנכינן לון עלוהי מעיקר החוב שלו ועיין ג"כ בס' הבהיר שמו משה הנד"מ בדמ"ג ע"ג מ"ש בזה

יעש"ב וע"ע להרב כהונת עולם ז"ל בביאורו להלכות רבית בדל"א ע"ב שכתב וז"ל דע שבנוסחי שט"ע מהגו"ר וכו' כתוב והודה המתעסק שקבל שכט"ו ולענד"ן פשוט דלאו למימרא דסגי באודיתא בכדיני ממונות אף שלא נתן לו דכיון דאיסור הוא ל"מ ביה מחי' והודאת שקר אלא הענין שבאמת נתן לו דינר וכו' עכ"ל והגם דחזינא להרב שבט בנימין ז"ל בסי' ש"ט דפליג עליו וס"ל למר דגם בהודאה לחוד שקבל שכט"ו מהני והוכיח כן מד' הראשו' ז"ל יעש"ב מ"מ היינו דוקא בדין שכט"ו של המתעסק דלאו איסור רבית גמור ואפי' מדבריהם אינו ואפי' שלא קבל שכט"ו כלל רק משום מיחזי כרבית הוא דוקא וכמ"ש הוא ז"ל שם יעו"ש. ברם באיסור רבית גמור מדאורייתא או אפי' רבית דרבנן ודאי דאזיל ומודה גם הרב ש"ב ז"ל דהודאה ל"מ בהו ולא מידי ופשוט:

שוב נזכרתי אני עני מ"ש בעניותי בסה"ק פני יצחק ח"מ סי' כ"ב בדקנ"ה ואילך שכבר עמדתי אנא עניא בפרט זה שם בנדון ההוא אי קנין אודיתא מהני להפקיע איסור רבית או לא ושם העלתי בעניותי דדין זה הוי פלוגתא דרבוותא הרב ב"ח ז"ל עם הרב ט"ז ז"ל ביו"ד סי' קס"ח שדעת עליון הרב"ח ז"ל מהניא אודיתא גם להתיר איסור רבית ולהרב ט"ז ז"ל דפליג עליה ס"ל דל"מ האודיתא להפקיע איסור רבית יעש"ב:

ובכן הדין נותן בנ"ד שהלוה שהוא המוחזק הן בממונו הן בקרקע שלו מצ"ל קי"ל כהרב ט"ז ז"ל דל"מ הודאה להפקיע איסור דבית ויש לו לנכות עליו כל מה שכבר אכל ממנו ריוח מעיקר חובו והנשאר לו מהקרן שלם. ישלם לו וכמדובר:

ולפי האמור נפק"ל לדינא דזה הקונה האי שטרא באודיתא לא מצי הדר על המלוה הא' שמכר לו השטר באודיתא בטענתו עליו דכיון דאינו יכול ליטול מהלוה ריוח מעותיו בתו' שכי' א"כ החזר לי מעותי וקח לך שטרך בחזרה כיון דמדאורייתא אין כאן מכר כלל: דהא ודאי ליתא כלל כיון דוה שמכר לו השטר הוא המוחזק בדמי השטר א"כ מצי טעין קי"ל כמ"ד דקנין אודיתא הוי מהתו' א"נ כמ"ד דאתי קנין דרבנן ומפקיע איסור דאורייתא ושטר זה הוא מכור לך כדין ואין אני חייב להחזיר לך מעותיך כלל וגם הלוה בעל הקרקע שהוא המוחזק בקרקעו ובממון שחייב בשטר הנז' מצי טעין קי"ל כמ"ד דקנין אודיתא אינו אלא מדבריהם ול"מ להפקיע איסור רבית ומה שכבר לקחת ממני בתו' ריוח אני מנכה אותם עליך מעיקר הסך שאני חייב לך והשאר אפרעם לך וכמש"ל:

אכן כפי הטעם הראשון שכתבנו לעיל לבטל הקנאת השטר הלזה בכתו"מ מט' דשטרי ראיה אי"ן בכתו"מ וכנז"ל הא ודאי דלפום ה"ט קושטא קאי דמצי הדר זה הקונה האי שטרא על המוכרו לו שיחזיר לו כל מעותיו שנתן לו מאחר דאין כאן מכר כלל או לעשות לו הקנאה אחריתי המועלת לו לפו"ד דאורייתא ברם אסיר ליה למשקל מניה

ריוח מעותיו ע"כ מה שעבר לא ממי שמכר לו השטר ולא מהלוה דכיון דלא קנה כלום ואין כאן מכר כלל נשארו מעותיו בהלוואה גבייהו ואם יקבל מהם ריוח אינו אלא רבית גמור וכמדובר:

ואין לומר דכפי"ז מצי טעין קונה השטר הלזה על הלוה דנ"ד אי שתקת ולא תנכה מחובי שאצלך מאומה שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ואגבה ממנו כל הקרן שלי שנתתי או בעד שטרא דנא והוא יגבה ממך קו"פ בכח שטר המכר ושכי' שיהיה בידו וכדאמרינן הכי להאי טענא בש"ס בפ' שני דייני גזירות וכן פסקו כל הפוס' ז"ל לטענה זאת דאי שתקת כמשי"ר המעיין בטוש"ע ח"מ סי' קי"ח וקי"ט וקמ"חכיעו"ש כיעו"ש:

וגם אין לומר ג"כ בנ"ד דמצי טעין הקונה שט"ד דנ"ד על הלוה טענת מאי אפסדתיך במה שאני קניתי השטר שעליך מן המלוה א' שלך מאחר דאלו היה נשאר השטר בידו היית חייב לפרוע לו כל ריוח מעותיו בתו' שכי' בשלימות עד תום פרעון כל הקרן שלו א"כ השתא נמי תפרע לי ג"כ כמו שהיית חייב לפרוע לו כדאשכחן בש"ס וכפוס' ז"ל דאיתא להאי טענתא דמאי אפסדתיך כמשי"ר הרואה בס' ש"ץ הפיס' ז"ל וכידוע. דלא היא וכ"ז ליתא בנ"ד כלל כיון דאיכא בנ"ד לתא דאיסורא דרבית דחמיר טובא אם יגבה קונה השטר הזה ומן הלוה שום ריוח ככל הנז"ל הא ודאי בכגו"ד לא ניתנו ליאמר לא טענת אי שתקת וכו' ולא טענת מאי אפסדתיך וכו' ואפי' אי הוה טעין הכי לא צייתינן ליה דלא ספינן ליה איסורא בידים עפ"י הטענות הנ"ל וזה ברור:

ותו דאעיקרא דדינא הני תרי טענתי דאי שתקת ודמאי אפסדתיך הנ"ל שתים זו לא נאמרו כי אם במי שבא להחזיק ולזכות במה שבידו בטענותיו הנ"ל ולא להוציא מחבירו עפ"י הטענות הנ"ל וכדחזינא להגאון מהר"מ ז"ל הוב"ד בהג"א בפ' שד"ג שכ"כ להדיא אהך טענתא גופא דאי שתקת וכו' דלא נאמרה לא להחזיק ולא להוציא יע"ש וכ"כ הגאון האורו"ת ז"ל ס"י ל"א דלא אשכחן טענה זו דאי שתקת בשום מקום להוציא מיד המוחזק אלא להחזיק יעש"ב ומינה יליף נמי הגאון הרב שער אשר ז"ל בח"ב סי' כ"ח בדמ"ב ע"ב גם לטענת מאי אפסדתיך דבתר דשקו"ט טובא בדברי כל הפוס' ז"ל הם המדברים בטענה זאת דמאי אפסדתיך והעלה להלכה דלא נאמרה טענה זו כי אם היכא דליכא דררא דממונא כלל כמו שהכריח כן הוא ז"ל ברוחב מבינתו מדברי הש"ס והפוס' ז"ל דדא נמי איתא לסתום פי הטוען כן בנ"ד כיון דאיכא בנ"ד נמי דררא דממונא והן לו יהיה דאיכא פוס' דפליגי על הני חילוקא דהגאון ז"ל הנ"ל ויסבו"ר ולו ידע דגם בדאיכא דררא דממונא ניתנה ליאמר הך טענתא דמאי אפסדתיך מ"מ בנ"ד דהלוה הוא המוחזק מצ"ל קי"ל כהגאון הרב שער אשר ז"ל בחילוקו הנז' וכמובן:

עוד זאת אסיק הגאון הנז' ז"ל בתר הכי וכתב דאעיק' לא מצינו בדבריהם דרבנן האי מילתא דמאי אפסדתיך כי אם דוקא היכא שבא להחזיק במה שבידו ולמפטר נפשיה שלא יתן כלום לשכנגדו אך היכא שלא נמצא הממון תחת ידו ורוצה לזכות בטענה זו ולהוציא הממון מתח"י מי שימצא בו פשיטא. ודאי דל"א לה וכו' אתד"ק:

יעש"ב ודון מנייהו ואוקי באתרין בנ"ד והוא הטעם בנ"ד ממש וכמובן: ועם דבנ"ד עפ"י הב' טענות הנ"ז הוא בא להחזיק ולזכו' במה שבידו באותו הסך כ"ה אריות שכבר קבל מהלוה בתו' ריוח ושכירות וכנז"ל מ"מ כיון דביד הלוה לנכות מחובו הסך הנז' ועפ"י הב' טענות הנז' שיטעון קונה השטר עליו מתחייב הלוה לפרוע לו כל קרנו משלם א"כ הו"ל הקונה הנז' בא להוציא מהלוה עפ"י טענותיו הנ"ל וכבר מלתא אמורה מהפוס' ז"ל דלהוציא ל"א הני תרתי טענתי הנ"ל וכמדובר:

ועוד שכבר כתבנו לעיל דבכגו"ד דנ"ד דאיכא לתא דאיסור רבית אמרי' ליה לכי תיהדר ולא ספינן ליה השתא איסורא בידים הגם דבעלמא קי"ל כל דאית ליה רווחא לטוען אי שתקת וכו' דינא יתיב דאעפ"י שלא החזיר השטר עדין הו"ל כאלו החזירו ול"א ליה לכי תיהדר וכמ"ש מרן והסמ"ע ז"ל בסי' קמ"ח יעו"ש מ"מ בדאיכא איסור רבית אמרי' ליה לכי תיהדר דומיא להיכא דלית ליה רווחא לטוען אי שתקת וכו' דלא שמעינן ליה ואמ"ל לכי תיהדר כמ"ש הסמ"ע ז"ל בסי' קי"ח יע"ש וה"ה בנד"ן דכ"ז שלא החזיר השטר למאריה אמרי' ליה לכי תיהדר כדי שלא להכשילו באיסור רבית וברור: וכ"ש וק"ו אם טוען כן קונה השטר דנ"ד על הלוה כדי לגבות ממנו גם הריוח ושכי שעדין לא פרעם לו דהא ודאי דלית ליה שום זכות בדין בטענה זאת דאי שתקת וכו' כיון דלית ליה שום דיוח והנאה בהחזרתו השטר הזה לבעליו כיון דאסור עליו לגבות ממוכר לו השטר שום ריוח בעד מעותיו שהיו בטלות אצלו משום איסור רבית וכבר כתב הסמ"ע ז"ל בסי' קי"ח וקמ"ח דכל דלית ליה שום ריוח בהחזרתו לא מצי לטעון אי שתקת וכו' יע"ש ועמ"ש עליו הרב ש"ך והרב ט"ז ז"ל שם ואכמ"ל עוד בזה הנלע"ד כתבתי לענין הלכה דוקא אך לא למעשה עד אשר אם יסכים עמי חד מרבנן דפקיע שמיה אזי ישמח לבי גם אני וגם ידי תכון עמו גם למעשה וצור ישראל י"מ וימ"ן ויזכני תמיד לכוין לאמתה ש"ת לבל אכשל בדבר הלכה אמן כי"ר הלכ"ד עבד נרצע לכל יודעי דת ודין ומתאבק בעפר רגליהם ושותה בצמא את דבריהם צעיר אנכי זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

אמר המחבר יא"ה ס"ט אאז"ר האיר וזרח ל עבר פנינו ונראה בעליל ס' הבהיר רוח חיים ח"ב הנד"מ להרב הקדוש מרן החבי"פ ז"ל ז"ל וראיתי לו ז"ל בח"מ ס"י מ"ח דאייתי

בידיה מ"ש מני"ר גופיה בתשו' אחי וראש הנ"ל ומאי דפליג עלוהי הרב חיי"א ז"ל וכתב ע"ז דהוא ז"ל במקומו עומד ולא הדר מסברתיה כלל והביא מעשה רב מרבני ירוש' ת"ו ז"ל כמ"ש הרב שבט בנימין ז"ל בזכרונותיו יע"ש ומ"מ לדעתי המעט הוא דאכתי לא נמלטנו מדין קים לי ומצי הלוה המוחזק לטעון קי"ל כהרב חיי"א ז"ל וכמ"ש בעניותי לפנים האר"ש הסכמת הפוס' ז"ל דמצ"ל קי"ל כחד לגבי תלת וכידוע:

ולא שייך בהאי דינא לומר אי איתא להאי חידושא דדינא דחדית לן הרב חיי"א ז"ל לא הוה משתמיט שום פוסק הקודם לו להשמיענו כזאת דהא ודאי ליתא וכמשי"ר המעיין בשורש הכלל הזה ועד אחרן עין רואה בס' הבהיר רוח חיים הנז"ל בסופו תשו' מאהבה להרה"ג ראב"ד מקו' מהרר"ח נסים מודעי נר"ו מ"ש ע"ד הרב כפי אהרן ז"ל מ"ש בפרט זה ומשם באר"ה ודון מניה ואוקי באתרין ומה שהביא ראיה מרן החבי"פ ז"ל ממעשה רב כנז"ל באמת אמרו אין למדין הלכה מפי מעשה ועיין בכלל בזה בס' הפוס' ז"ל אשר נקבצו באו בס' הבהיר גנזי חיים מע' א' אות יעש"ב וע"ע בתשו' הרב צדק ומשפט נר"ו הובאה בראש הספר הנז' מ"ש בזה וממנו נקח נובין ונדון לנ"ד וכמשי"ר המעיין והדברים ברורים גם אלה פי המדבר שיח יצחק ס"ט:

וזאת להודיע שהפסק דין הנ"ל הגיע ממני לחו"ר עיה"ק טבריא ת"ו יצ"ו למען יצמדו בו ולהסכים עמדי אם יערב להם והתובע שהוא יורש של קונה השטר הנז' הוא דר שם ונודע הדבר לו ולאהובו ושלחו מתם שאלת חכם לגדול בדורו מני"ר מע' הרב המופלא וכבוד ה' מלא ראש ב"ד מקודש כמהר"ר יש"א ברכה נר"ו להסכים עמו ומני"ר נר"ו מסר שאלתו ותשו' לשני ת"ח רבנים ועצומים כוללי תהלות ישראל כמהר"ר יצחק אשכנזי הי"ו וכמהר"ר יעקב מאיר הי"ו והמה בחכמתם עשו פס"ד והסכימו עמו לזכותו בדין ולחיב הלוה לפרוע כל סך השטר בלתי ניכוי כלל ואם הריוח ושכי' העולה עליו עד זמן הפרעון ומני"ר הרב יש"א ברכה נר"ו הסכים עמהם בפסק דינא הנז' וכשומעי אנא זעירא שלחתי והרציתי דברי לפניהם הפס"ד שלי הנז"ל בקצר אמיץ והגיע לידם הק' ועכ"ז בעומדם יעמודו כפי הסכמתם הראשונה ושלחו לי פסק דינם לעיין בו אני הדל והנני מעתיק את כל דברי הרב המופלא יש"א ברכה הנ"ז נר"ו ואת כל דברי מע' הרבנים טובים השנים הנז' יצ"ו ומה שהשבתי להם כפי הנלע"ד הכל מסודר יפה יפה והדבר מסור ביד כל יודעי דת ודין להכריע ולהוכיח ביניו"ו זה ואת אשר יבחרו בו יקריבו אליהם והם רשאים ולא אני וזה החלי וה' אלהים יעזור: וזאת התורה תשובת מע' הרב המופלא ראב"ד מקודש ב"ד הגדול שבירוש' ת"ו כמהר"ר יש"א ברכה הי"ו במכתבו הטהור לי לשמי וז"ל יום ז"ך ניסן שנת ברכו"ת טו"ב:

רוב שלום עד בלי ירח מקרית מלך רב כמו פורח:
אל משכן כבודו שואפ וזורח כבוד הרב הגדול רב משרשיא מבני עליה ר"מ ור"מ כקש"ת פחד יצחק יהיה בעזרו ועליו יציץ נזרו כיר"א:
רב נכבד יקרת מכתבו הבהיר האירה אל עבר פני ובתוכו רצוף האי פסקא דדינא דשדר לן מר. ובאמת כבר מלתי אמורה ומי אנכי ומה אני. ארי נעשה שואל אחוה דעי מה ידעתי ולא ידע כי רב גובריה ורב חיליה כל רז לא אניס ליה ואולם לעשות רצונו חפצתי ולשאלת רב נדרשתי והנני בא להשיב מפני הכבוד. קראתי בכל לב צוף דבש אמרי נועם אשר העמיק הרחיב ברוחב בקיאותו אשרי יולדתו:
והנה מזה כמו שש חדשים שביקש מאתי חרש"מ להשיב לו על השאלה הנז' ותכף לקבלת כתבו הודעתיו דמלתא כדנא הוא קמחא טחינא כי אני עני הייתי נמנה בב"ד של שם ההג"י כמהר"י ישראל ז"ל בעל המ"ח ס' שנות ימין ויד ימין ומשנהו הרה"ג ראש"ל מוהר"א אשכנזי ז"ל וחלקי בינם אנא נפשאי נמניתי עמהם ואתא עובדא כדנא קדמנא והרה"ג ראב"ד ז"ל זכר עשה לתש"ו הרב חיי"א ז"ל ולא היה מצוי פעה"ק ירושת"ו ולא אחד בהם וכתב לרודיס יע"א והעתיקו הפס"ד אוב"א ושלחוהו לידנו ותכף ישב הרה"ג גדול הנאמר באברהם ז"ל והאריך הרחיב בעוצם בקיאותו וישבנו כל יש"ק בביתו ונשאנו ונתנו ע"כ דברי הרב חיי"א ז"ל והלכה זו העלינו דלא כוותיה. ועד יומא כל מ"ש והאריך הרה"ג אחד היה אברהם ראש"ל ז"ל הוא ביד בנו כמהרי"ץ הי"ו מכתיה"ק ז"ל בעצמו ועכ"ז יען ששרטט וכתב חר"ש חכם הי"ו הנ"ז מ"ש מצודתו מסרתי דבריו לבני גילו אילני דמלבלבי הרבנים כוללי תהלות כמהרי"ץ אשכנזי הי"ו בריה דרבינא הנז"ל וכמהר"י מאיר הי"ו היושבים עמי בישיבתי ומצטרפים לנוספים בב"ד העי"א ונשאו ונתנו כיד ה' הטובה עליהם והסכימו כוותיה ועד אחרן הציגו לפני כל דברי החר"ש חכם וגם ראיתי כל דבריהם ובקשו ממני להשתעשע בדבריהם ואם תעלה הסכמתי עמהם הלכה למעשה. וכשאני לעצמי ידענא בנפשאי ערכי עלי ובפרט כי רבו מאד טרדותי ושגבו תלאותי לא יתנוני השב רוחי. ובפרט מיום פטירת הצדיק אבד הרב הפקיד כמהרמ"ן ויניסטי ז"ל כתרוני הקיפוני עול הציבור והיחיד הכשיל כחי ואפי"ה פניתי אל לבי לבקרים לרגעים וזה מה שהשיגה דעתי באותו פרק בקצור נמרץ וזה לשוני:
וכשאני לעצמי אחר ראותי דברי ידי"ן השואל ך מר"ש יצ"ו ודברי טובים ה"ב הנחמדים מזהב פרווים הי"ו אמינא דבנדון זה גם הרב חייא ז"ל יודה כי הוא בעצמו כתב בנדונו כשהביא מקצת המעות המוכר לא אמר לו שום דבר הלוקח להמוכר רק בסתם הביא לו המעות וכתב ע"ג השטר שקבל כו"ך: מוכח שאם היה אומר הלוקח להמוכר הנה

לך בעד מעותיך לא היה בו שום חשש איסור רבית כלל וכמ"ש הוא עצמו ז"ל וכן פסק מרן ז"ל ביו"ד סי' קע"ד ס"ד והוא הלכה פסוקה כדפריש להא רבא להא דרב ספרא ב"פ אז"ן דס"ד ע"ב. וא"כ טענינן ליורש דהוא בא ושטרו בידו כי המוריש כשקבל מקצת המעות לא הגיעו אפ' לשליש דצא כנדון הרב חיי"א ז"ל שפרע ד' חלקים (ונשאר חלק החמישי) ובפרט שהיה ת"ח ודאי שאמ"ל למוכר קנה לך קרקע בעד מעותיך דדינא הוא ששניהם אוכלים פירות. ואפ' אם יאמר המוכר שלא אמר לו המוריש כלום רק קבלם בסתם מקצת המעות אינו נאמן דאנן סהדי דלא שביק היתרא ואכל ס' איסורא וכמ"ש בעה"ת בשמ"ה ופסקו מרן ז"ל בשה"ט ח"מ סי' ס"ז במוכר שט"ח לחבירו שעבר עליו שביעית טענינן ללוקח שהמוכר הי"ל פרוזבול ואבד ואם הודה שלא הי"ל פרוזבול אינו נאמן ואם י"ל נכסים למוכר נאמן וישלם המוכר ללוקח עכ"ל ועיקר הטעם כתב הבעה"ת ז"ל דמ"ס דלא שביק היתרא ואכיל איסורא יע"ש ודון מינה לנ"ד דטענינן ליורש וללוקח ואם היה מורישו קיים היה טוען בהתר לקחתי היה נאמן ועמ"ש מור"ם ז"ל בסי' קס"ט סכ"ד דאם טען הלוה באיסור לקחת והמלוה טוען בהתר לקחתי דישבע המלוה ויגבה דהש"ך הצ"ע דממקום שהביא ממ"ש מרן ב"י משם המרדכי הוא להפך שכתב בפי' דאם יש שטר או משכון גובה בלא שבועה ועין להטז"ז ומ"ש להליץ בעד מור"ם ולהרב נקה"כ מ"ש על הרט"ז יע"ש ולפקע"ד דברי מור"ם אין להם שחר דמשמע דפליג על מרן ז"ל וקי"ל כמרן ז"ל דמרן ז"ל כתב בפי' שם באותו סעיף עצמו וז"ל ראובן. שאמר לשמעון לקחת ממני רבית מיד ליד וש' משיב לא לקחתי אלא עי"נ נאמן בלא שבועה וכתב הש"ך ז"ל ה"ט דאל"ה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא יע"ש ואנן קי"ל כוותיה ועיין בס"י קע"ז סי"א ומ"ש הש"ך ז"ל ועיין בח"מ ס"י פ"ב סיו"ד' ובפרט דאיכא נאמנות בשטר וקבלת ס' הפוסק וע"י לה' זל"א בח"ג אות שי"ן:

ועוד זאת שניא נ"ד מנדון הרב חיי"א ז"ל דהתם הלוה היה חייב פירות סך שני אלפים והותר ולא רצה לשלם מ"ט איסור רבית וה"ב אלפים שהיה חייב מהקרן רצה לשלם לו ולא תבע לנכותם כנגד ה"ב אלפים שנתן לו בתחי' לחש' הפירות וגם הרב חיי"א ז"ל לא עלה על דעתו לזכותו שינכה מהקרן יען הוי סלוקי בלא זוזי משא"כ בנ"ד דכל שנה היה פורע לו השכי' עד שנגלה ס אחי וראש ודימה הלוה בדעתו דזכה בדינו ויצא לתבוע תבע לנכות מהקרן נגד מה שאכל מהפירות דהוי אפוקי ממונא וכמ"ש הטויו"ד ס"י קע"ב וכתב שם מרן הב"י ז"ל דזהו דעת רש"י ז"ל והה"מ כתב בפ"ו מה"מ שכן דעת הרשב"א ושאר מ"פ והוא ז"ל כתב שכן מטין דעת הרא"ש והטור ז"ל ופסקו מור"ם ז"ל שם ס"י קע"ב סוף ס"ח יע"ש ועיין להר"ן ז"ל בתשו' ס"י כ"ט דמוכח מדבריו ז"ל דאבק

רבית אינו מנכה מן היורשים ועיין בתשו' רע"ק איגר ז"ל ס"י פ' ודון מינה ואוקי באתרין ע"כ הגיע קיצור מ"ש מצודתי באותו פרק מלבד מ"ש טובים הב' הרבנים כי באמת יפה כתבו ויפה כיוונו ולא היה לי פנאי להשתעשע בדבר. הם יצ"ו:

מעתה הנני בא להשיב על מ"ש כת"ר שחידש לנו דמורישו של רש"מ הי"ו הוא קונה שני שקנה מלוקח ראשון וע"ז נכנס לבית ה"ס כיצד היתה ההעברה מלוקח א' ללוקח ב' אם בכתו"מ אם באודיתא ונו"ן בזה דאם זכה בכתו"מ הני שטרי דידן שטרי ראיה נינהו ולא קנה כאשר הביא רו"מ נוסח שטרות שכו"ת וכו' וא"כ הוי המעות הלוואה אתד"ק: ואנא דאמרי לישרי לן מר דבכל שטרות כותבין בתחילה אתם הוו עלי עד"ג וקנו מידי קגו"ש וכו' וכתבו שטר וכו' ובסוף השטר כו"ת ואנ"ס קנינו מידו קנו"ש וכו' ע"כ הכתוב וכו' כבגו"ד מגופה של קרקע ואפי' בדירה שאין בה ממש כתב מור"ם ז"ל בח"מ ס"י רי"ב משם הרמב"ן ז"ל דאם כתבו קנין באחרונה מגופה ש"ק קנו מידו ועיי' להרב משכה"ר באות א' ס"י ח' שכתב משם הרשב"א בכמה תשו' שהקונה שטר הקנאה בקנין אגב אם כתוב קנין באחרונה מגופה ש"ק קנו מידו הגם שאין קרקע נקנה אג"ק יעש"ב ובפרט שבשטרות דידן נוהגין לכתוב וכך אמר פ' המוכר להקונה פ' אי בעית קני בשטרא א"כ קני בכספא וכו' דודאי דהוי שטרי קנין איכא דכ"ע: ותו אפי' למטוניה דמני"ר דשטר כתו"מ שכתב הלוקח א' ללוקח ב' הוי שטר ראיה כדבעי לומר כבוד הודו משא"כ האמת לפענ"ד א"כ אמינא דל מהכא השטר הרי קנה החצר בכסף לחודיה דדינא הוא דקונה בכסף וכן דעת מרן ז"ל בתשו' לאה"ע בדיני כתובה ס"י ו' וז"ל ואין לומר דאעפ"י שנתן לו כסף לא קנה כדאמרי' בפ"ק דק"י גבי קרקע לא שנו אלא במקום שאין כות' שטר אבל במקום שכות' שטר לא קנה עד שיכתוב שטר משום דה"נ הרי. כתב לו שטר ואעפ"י שי"א דשטר שאמרו היינו שדי מכורה לך אבל שטרי דידן לא כבר כת' המ"פ שכדברי הא"ו דשט"ד נמי מהנו עיקר ועוד שאפי' לדברי החולקים ע"ז כיון דבז"הז אין אנו נוהגים לכתוב שטר דשדי מכורה לך הו"ל מקום שאין כות' שטר עכ"ל יע"ש:

הראת לדעת דאם אנו רוצים לומר דשטרי דידן שטרי ראיה נעשה כאתרא דלא כתבי שטרא וקונה בכסף וכ"ש דקונה בכסף ובק"ס דנקנה קרקע בחליפין כידוע ואין נסתר מחמתו ח"ו מרן ז"ל בתשו' אבק"ר ס"י ע' דלכי תידוק יפה. בדבריו ז"ל בקנה אחד ובסגנון אחד הם עולים כמתבאר למעיין היטב ואין צ"ל איברא דתשו' מרן ז"ל באה"ע כתוב בשאלה שמכר לו השפחה ולא כתב לו שטר ואיך כתב בתשו' הה"נ הרי כתב לו שטר ואולי ט"ס נפל בל' השאלה וצ"ע עכ"פ נקטינן מדבריו דבקנין כסף לחוד מהני

ופסק את הדין להוציא השפחה מיד האלמנה שהיתה מוחזקת בה וליתנה ביד שמעון הקונה יעש"ב:

ואעיקרא דדינא נחזי אנן דדברי מרן ז"ל ח"ו סתראי נינהו דבס"י. ס"ו פסק כהרא"ש דשטרי ראיה אינם נקנים בכתו"מ ואיך כתב בסי' קצ"א דשטרי דידן שט"ק הם אבל כבר עמד הכנה"א שם בס"י ס"ו האגט"ו אות לה' דדעת מרן ז"ל באמת. דשטרי דידן שט"ק הם ומ"ש בסי' ס"ו דעת הרא"ש דשטרי ראיה אי"ן בכתו"מ יע"ש:

והאמת דלמטוניה דמנ"יר דשטרי מכר דידן אינם אלא שטרי ראיה א"כ יורנו מדרכיו איך קנה הקונה הראשון שהרי הרא"ש ז"ל פירש דבריו דה"ט דשטרי ראיה אי"ן בכתו"מ יען שהקונה הא' לא קנה השרה באותו שטר והיאך נייפה כח ה"ב לקנותו באותו שטר וכו' יע"ש בלשון הטור שהביא משם אביו ז"ל שכ"כ בפסקיו. ואם אנו אומרים דשטרי ראיה הוו שטרי. דידן א"כ בטלים המה כל שטרי מכר שמוכר קרקע שלו לחבירו וזהו תמורת המנהג שעינינו הרואות שמוכרים זל"ז בתים וחצרות ומנחילין לזרעם אחריהם באין פוצה פה ופוק חזי מאי עמא דבר:

כל זה כתבתי לפי דרכו דרך הקדש דכתב במונח שמכר השכר בכתו"מ וע"ז נכנס לבית ה"ס אי מהני או לא:

וכשאני לעצמי לא ידעתי אענה אמאי לא עלה ע"ד כבודו שמכר הקונה ה א לקונה ה"ב שמכר לו כל זכות ושעבוד וכל שי"ל בחצר פ' וכג"וד הויא מכירה גמורה וקנה הקונה ה"ב כל זכות ושעבוד שהיה להקונה ה"א בחצר באין תפונה כאשר כן העלה מהריט"ץ ז"ל בס"י קס"ט שנשאל באחד שלוה מחבירו ל' גרוש ונתן לו חצירו משכנתא בנכייתא ואח"כ מכר המלוה המשכונה לאחר בעד סך יו"ד גרוש וכתב לו שטר מכר שמכר לו כל כח וזכות ושעבוד שהי"ל בחצר הנז' ועז' בא הלוה לשלם להקונה ה"ב הסך יו"ד גרוש באו' דראובן הקונה ה"א מכר דבר שאינו שלו והמכר בטל ומה שנתן הוא היו"ד גרוש יקבל ואם רוצה לנכות מהיו"ד גרוש' הפירות שאכל שהם רבית כיון שהמכר בטל ע"ז והמלוה תובע ל' גרוש שכתוב בשטר המשכונא וגם השכי' שעבר והלכה זו העלה דחייב הלוה לשלם הסך ל' גרוש והשטר מכר חזק כראי מוצק ואחר החתימה חזר ונכנס לבית ה"ס כי היה צריך לכתוב שטר כתו"מ וכו' וגם בזה עלה בהסכמה דלא בעי כתו"מ ושפיר קנה בכח השטר שמכר לו כל כח וזכות ושעבוד שהי"ל בחצר הנ"ז יעש"ב ואמאי לא ניחא ליה למני"ר לאוקומי בהאי טעמא מאי לא ידענא:

פש גבן לידע אי דינא יתיב כד' הרב חיי"א ז"ל. דבשעה שהביא הסך ל' ליראה נתבטל המכר והוו שאר המעות הלואה גביה. וא"כ לא קנה הקונה ב' שום זכות וכח בחצר וכיון

שלא נשאר שום כח וזכות להקונה הא' בקצר כדי שימכרנו לאחרים ולזה כבר מילתא אמורה דטעניק ללוקח דודאי בשעה שהביא לו מקצת המעות אמ"ל קנה לך חלק בחצר כנגד המעות שנתת לי ולא יוכל המוכר להכחיש ולומר שלא דיבר לו מאומה רק בסתם קבלם מלבד דלאו כ"כ לחוב לאחרים וכאמו"ל עוד זאת יתירה דאמ"ל קנה כנגד מעותיך ויש ידים מוכיחות שכן עושה שהכי כתב על עצמו שמכר כל כח וזכות שהי"ל בחצר פ' ומאיין י"ל כח וזכות מאחר שכבר נתבטל המכר והוי מוכר דשא"ש. וידוע דאח' אפי' אם לא נכתב ט"ס הוא וא"כ חוזר הקונה ה"ב עליו אם לא בהכרח לומר דאנ"ס דלא שביק היתרא ואכיל איסורא וכמ"ל:

ותו אמאי לא יוכל להקנות לו השטר באגב וכד"פ מרן ס"י ס"ו סיו"ד וליכא בזה. אין קרקע נקנה אג"ק דכבר כתב הרב משה"ר לדאי איכא קנין בשטר דגופה ש"ק קנו מידו וכמש"ל ובפרט שהשטר מקנה אותו אג"ק ואמאי לא חש מני"ר בהקנאה זו ועיין בתו"ס ב"ב דע"ט בד"ה נקנה השטר וכו' שכתבו דקנין אגב אלים וחשיב כמסירה וכו' יע"ש וע"י להלח"ש בקונ"ט קנין אג"ק ץ ס"י י"ד דשטר מכירת קרקע נקנה באגב וכתב כ"ע ובפרט בנ"ד דאיכא כתו"מ:

ועין רואה להרמ"ה בחי' לבתרא בפ' מש' בדרכ"א '' מה"ס שכתב דכתו"מ הוי מדרבנן מדחזינן דאם מחל המלוה מחול לו ואי מדאורייתא לא היה יכו"ל ושוב כ' דקנין אגב הוי מדאורייתא ואם ק"ס הוי מהתו' יעש"ב: כי מן הבאר התמיהה קיימת דלא חש מני"ר להכי והי"ל להקשות דאף דנימא דשטרי דידן שטרי קנין הם אפי"ה הוי רבית דאורייתא כמשה"ק גבי אודיתא למ"ד דהויא מדרבנן. ולבבי לא כן יחשוב דאף אי נימא דאודיתא לאו הקנאה היא מ"מ מ"ט הודאת בע"ד כ"ק ע"ד קנו מדאו' כמ"ש גאון עוזינו הרב חיד"א ז"ל בחיים שאל ח"ב סי' ל"ח סי"ב ועין ב"ס תפארת אדם בזכרונותיו האחרונות שאסף להקת הפו"ס דהכי ס"ל דהוזאת בע"ד כקע"ד הוי מדאו' יע"ש ועיין בתו"ס גיטין ד"ד ע"א בד"ד דקי"ל וכו' ד"כ מר"ת דשטר מכר בהודאת בע"ד סגי אפי' בלא עידי מסירה יע"ש ובפרט דמרן ז"ל בתשו' ס"י ק"ד וס"י קמ"ז ב"ס אבק"ד פסיקא ליה דאודיתא הוי הקנאה וכ"פ בשה"ט ס"י מ' ס"א ובכ"מ פי"א מה"מ וכמ"ש הבא"הג ז"ל:

ומה גם דלפקע"ד אמינא דכ"ע יודו בנ"ד אפי' אם היה איסור רבית ב"ס היה ספק אבק רבית דהוי מדבריהם דאתי דרבנן ומפקיע איסור דרבנן כ"ש דמצינו דאתי דרבנן ומפקיע מדאו' וכמ"ש הנמק"י ב"פ האשה רבה והר"ז ב"פ השולח דאפי' בקום עשה בשמיטה אתי דרבנן ומפקיע מדא"ו שהרי שמיטת כספים בזה"ז דר' ומפקיע שעבודא דאו' מ"ט הפקר ב"ד הפקר וכת"י רבא ב"פ השולח יע"ש וע"י ארעא דרבנן בק"א:

זהו מ"ש מצודתי כפי מיעוט קנו שכלי דשטר מכר דנ"ד בכל האופנים חזק כראי מוצק ובפרט אם הוא מכר הזכות והשעבוד כמ"ש מהריט"ץ ולית ביה שום חשש רבית ולא אבק"ר כלל והוא רחום יכפר כי נטיתי מדרכו דלהאמת נתכוונתי ועידי בשמים כי האמת אהובה באמת ובתמים ובוחן לבות וכליות ינחני במעגלי צדק י"מ וימ"ן ויהיו דברי לה עשויים באמת וישר כ"ד ע"ה ידידו ומוקירו ומכבדו כערכו הכותב בקיצור נמרץ קראה סירוגין מרוב טרדותי עלו על צוארי הכשיל כחי ולאפס הפנאי לא אעלה ארוכה הצעיר יש"א ברכה ס"ט:

ומודע לבינה כי גם דברי מעל"ת מסרתים למ"ע טובים השנים הרבנים הנז"ל וגם המה כתבו תשו' נצחת ואת כל ונוכחת ואני בעוניי. לא י"ל פנאי ללמוד כל מ"ש מצודתם ולפקע"ד יפה כתבו וכיוונו להלכה כאשר עיני. כת"ה תחזינה מישרים וישמח צדיק בפירות הארץ הי"ו וד"ב לרב וגדול שכמותו צנה וסוחרה אמתו וש"ב נח"ה האי"ש ס"ט: בס"ד וזאת תשובת הרבנים ועצומים הנאהבים והנעימים טובים ה"ב פמהרי"ץ אשכנזי וכמהרי' מאיר העי"א וז"ל הצריך לענינינו:

ונען ונאמר מילתא כדנא זה ימים לא כבירים נשאול נשאל מאת אדוני הארץ הרב גאון יעקב יצ"ו הנז"ל ובו בפרק פקד עלינו להשיב תש"ו ואנחנו צעירי הצאן השבנו כפי קט השאלה לזכות את המלוה. יהנה בעתה נשיב ע"ד הרב הפוסק יצ"ו:

הנה עמ"ש כת"ר יצ"ו דה"ל רווחת דמצ"ל קי"ל כחד לגבי תלת וכו' כל לגבי דידן זאת העלינו בקונ"ט הא' דמלבד דאחרי הגלות לנו פסק מעט"ר וצ"ת הרה"ג הגאון המפ"ו האש"ל גדול הנאמר באברהם זצוק"ל הנהו בכתי' כמוס תח"י והסכימו ב"ד רבה שבאותו זמן ה"ה האב"ד הרה"ג גאון יעקב ישראל ז"ל והרה"ג ה"ה ז"ל ואתו עמו יחי עוד לנצח הרה"ג יש"א ברכה. יצ"ו ועשו מעשה רב אחרי ראותם דברי הרב חיי"א ז"ל ופסקו דלא כוותיה הרי נעשו ה' פו"ס ברורים דלא כהרב חיי"א ז"ל וא"כ הא ודאי פשיטא דלא מצ"ל הלוה קי"ל כהרב חיי"א ז"ל דהוא יחידאה הוי. ובפרט שדבריו המה תמוהים כאשר תמה עליהם הרה"ג גאון יעקב ישראל ז"ל והמה בכתובים וכאשר עיני המעיין תחזינה מישרים. זאת ועוד כי בעיקר הדין מי נקרא מוחזק זאת העלינו אחרי. בינותנו ב"ד הפו"ס ז"ל דהמלוה נקרא מוחזק ועליו להרים דגל הקי"ל ונציגה נא לפני כת"ר יצ"ו מ"ש. בקונ"ט ה"א בפרט הלזה וז"ל ונראה לזכות את המלוה והוא דכיון דבנ"ד במכר מעיקרו שניהם מודים דזה מכר וזה קנה אלא שאחר שנתן מקצת הדמים נולד ה"ס דל"ס הרב חיי"א ז"ל הוי שפיר חזר ומכרו וקנה הלוה ול"ד הרבנים שכנגדו עדין לא יצא מרשות המלוה א"כ חשיב המלוה מוחזק ולא אמרינן בכי הא אוקי ארעא בחמ"ק כיון.

דלדברי שניהם הקרקע הוא קנוי למלוה ואיהי. ניהו מ"ק ואמרי' אוקי ארעא בחזקתיה. וסעד מצינו לדברינו ממ"ש מהר"י אדרבי ז"ל בס"י רי"א דנשאל במכר והטבה אם יש הפרש בין הלוקח והמוכר שז"א לא מכרתי ולא קבלתי לא דמי המקנה ולא דמי השכי' וז"א כבר נתתי לך דמי המקנה ואתה. מכרת לי לזה השיב דכיון דלדברי כולם שמעון ירב ברשות בתורת מכי' החלטית ובדין ירד נמצא שהחזקה בחזקת ש' עומדת והביא ראיה מתשו' הכרם הידועה להרשב"א בסי' תאע"ב יעש"ב וכ"פ מרן ז"ל בשהט"ו סי' ק"נ ס"א וא"כ בנ"ד ד"ב מודים שמכר למלוה אלא דזה טוען דכפי ס' הרב חיי"א ז"ל הוי כחזר ולקחו הא ודאי דעל הלוה להביא ראיה ועם דמהרשד"ם בסי' רמ"ט ט לא סל"ה ה"ד בנ"ד שהי"ל למוכר הטבה בידו ובנאמנות וכו' וכיון דהוא גובה ה"ה אומר דכבר נתן לו דמי המקנה אבל הכא דלא כתיב ביה נאמנות פשי' דיודה הרב ז"ל דנאמן הקונה דכיון ד"ב מודים שקנה איהו ניהו מ"ק לאוקומי ארעא בחזקתיה ועי' למהרש"ג ב"ס מ"י סי' ט"ל שהסכים למהרי"א בפרט הלזה יעו"ש:

איברא דלכאו' זה עומד לנגדנו מ"ש מרן ז"ל בב"י סי' ק"ג בההיא דשומא הדרא דאייתי הטור ז"ל מ"ש הגאון ז"ל בהוציא המלוה הוצאות ולא השביח הקרקע אם גובה הוצאותיו או"ל וכ' הב"י ז"ל דכיון דאיכא פלוגתא דיינינן לקולא ואינו גובה המלוה והסמ"ע והכנה"ג חלקו עליו וס"ל דגובה הוצאותיו יעיין ל"ה נאמן שמואל ז"ל בסי' ק"ב ש"כ בכל מכר ע"מ להחזיר בכל ענין ס' שיפול אי אמרי' אוקי ארעא בחמ"ק או היכא דקאי תיקום דזה תלוי בפלוגתא דמרן הב"י עם הסמ"ע ודעי' בההיא דשומא הדרא. ואף דהוא ז"ל כתב ד"ס מרן יחידית היא מלבד דכל לגבי דידן לא נפקל"מ דאתכא דמרן. סמכינן וכבר פסק בשה"ט דאינו גובה זאת ועוד שראינו להרב שער אשר ז"ל בסי' כז' שהביא להקת הפו"ס כמרן ז"ל ומה גם במכר והטבה דחייב להחזירו מכח תנאו גם הסמ"ע ודעי' יודו.. דבחזקת הלוה עומד יעש"ב:

ואל יקשה בעיניך דברי מהרי"א ודעי' הנז"ל איך כתבו בפשי' דבמכר והטבה דהמלוה הוא המוחזק ולא נרגשו מ"ד מרן ודעי' הנז"ל דס"ל דהיכא דהקרקע עומד לחזרה ה"ה בחמ"ק כנז"ל הוי תיובתייהו ולא דמי לא לתשו' הכרם דהרשב"א ולא לדהרמב"ם ז"ל דאינהו מודו בקרקע דאינו עומד לחזרה דהא ליתא ובורכא היא דשאני נדון מהרי"א שהם מוחזקים בטענותהם דבהא ודאי אפ דהקרקע עומד לחזרה. מו"ק לארעא בחזקת המלוה דלמאי אהני ליה שטר זביני שבידו אם לא יוכל שכנגדו לומר פרעתי אמנם בדבר דהוא מ"ח הפו"ס אזי מוק' ארעא בהזקת הלוה דהוא מ"ק ועיין להנ"ש ז"ל בס"י ק"ב.

שח"י חי' זה ממ"ש מתש"ו הרשב"א דבס"י קפ"ח לנ"ד יע"ש ובכן בנ"ד דתלוי במח' הפוס' לדעת מרן ודעימיה אמרי' אוקי ארעא בחזקת הלוה ומצ"ל קי"ל:

ואין לומר דשאני נ"ד מההיא דמרן ז"ל דהתם כיון דאפסיקא הל' דשומא הדרא דאם זה נתן לו כל המעות א"כ הדרא ארעא ליד הלוה אלא דנפל הפרש ביניהם בענין ההוצאות שהוא דבר מבחוץ בהא הוא דס"ל למרן ז"ל ודעימיה דהלוה הוא המוחזק אמנם בנ"ד דעיקר פלוגתייהו דהרב חייא ז"ל עם שכנגדו אם כשנתן לו מקצת המעות נתבטל המכר והדרא ארעא בזה יודו מרן וסייעתו ז"ל דהמלוה הוא המוחזק כיון דהספק הוא בחזרה: דזה אינו דגם בנדון מרן נמי פלוגתייהו תליא בחזרת הקרקע דלמאן דס"ל דחייב לשלם לו גם הוצאותיו אם לא נתן לו אינו חייב להחזיר ואפי"ה ס"ל למרן ז"ל דהלוה הוא המוחזק וכמ"ש הרב ב"מ שלטון ז"ל בדצ"ט ע"א שדחה דברי מהרח"א ז"ל כדכת"י יע"ש אע"כ ט' דמרן הוא דכל שהקרקע עומד להחזיר בודאי בכל מין ס' שיפול הלוה הוא מ"ק וא"כ ה"ה בנ"ד הלוה הוא המוחזק ויכו"ל קי"ל. האמנם אחרי ההתבוננות היטב נראה דל"ד נ"ד להההיא דמרן ז"ל דהיינו דוקא היכא דתלוי מחלוקתם ב"ס דדינא ואינו תלוי מח' בדעת המוכר אך אם הוא דבר התלוי ב"ד המוכר כהך דנ"ד דכל עיקר יסודו דהרב חיי"א ז"ל הוא מ"ט דסמך דעת הקונה לזכות בכסף והמוכר מסתמא. דעתו לקנות ולדעת כת שכנגדו לא זה כיון לקנות ולא זה כיון לקנות ואלו היה מפרש דברו המוכר ואומר דאין רצונו לקנות אפי הרב חיי"א ז"ל יודה דאינו יכול לכופו ואם תלוה נתנם וזה קבלם ע"ד שלא לקנות לא נתבטל המכר וליכא לתא דרביתא וכמ"ש הרב חיי"א ז"ל גופיה בסו"ד יע"ש וא"כ גם עתה דנתנם בסתם והוא קבלם בסתם אפי' מרן ז"ל ודעימיה יודו דעל הלוה לה"ר שהמוכר כיון לקנות ונתבטל המכר דמנ"מ דהיכא דנתן כל המעות הקרקע עומד לחזרה ע"כ כיון דבמקצת המעות אינו יכול לכופו הדר דינא דעל הלוה לה"ר:

ועוד נלע"ד לה"ר דאמרי' בכגו"ד אוקי ארעא בחוקת המלוה והוא ממ"ש הרב"ד בח"מ סי' כ"ט דאחר שכתב דהמלוה נק' מוחזק ובמ"ש מהרש"ך כ' בדל"ד ע"ג דדב"ז אינו מוסכם ותלוי במח' הראשונים בהך דשומא הדרא אי בעינן הקנאה מחרש וא"כ נמצא דלד' הריטב"א והנ"י ז"ל בעינן הקנאה מחדש ולד' הרשב"א והר"ן לא בעינן הקנאה מחדש וא"כ נמצא דל"ד הריטב"א והני' קנויה למלוה לגמרי והוא נקרא מוחזק ול"ד הרשב"א והר"ן אינה קנויה לגמרי וברשותא דמ"ק קאי ולא יצאה מרשותו לעולם וא"כ הלוה הוא מוחזק עכת"ד וא"כ לגבי מכר והטבה דאף דהיכא דנתן כל המעות לא בעינן קנייה מחדש וכ"ס הרמב"ם ומרן ז"ל בשומא הדרא וכמש"ל מ"מ היכא דנתן לו מ"ק הדמים דאז מן הדין היה צריך הקנאה גמורה ואפי' ל"ס הרב חיי"א ז"ל ומאי דל"ב

הקנאה הוא מט' דסמכא דעתיה לקנות בכסף ולאו משום דדמו לשומא הדרא א"כ כיון דהקניה הוא מכאן ולהבא ועד עתה היתה הקניה ביד המלוה אליבא דכ"ע איהו ניהו המוחזק וכ"ש בנ"ד דליכא הטבה דגם להרב חיי"א ז"ל עקר סמך המנהג דל"ב קניה חדשה אפי' בנתן כל המעות הוא מט' דס"ד כנז"ל בהא ודאי המלוה הוא המוחזק ופשי' דבנ"ד דליכא הטבה כלל ואינו מחויב להחזיר מדינא גם מרן ודעימיה ייודי דהמלוה הוא המוחזק דל"ד להיא דשומא דמחויב להח יר מדינא משום ועשית הישר והטוב וז"ן ברור ועיין ב"ס טוב לישראל סי' שהאריך בזה יעש"ב ודרך אגב ראה ראינו להתומים ז"ל בס"י ק"נ סקיו"ד שחי' בין הא להיא דמצרנות ד"פ מרן ז"ל בזבן כ"ק ושור ק"ק והמצרן טוען דלכ"ע הוה מוזיל דעל המצרן לה"ר דהתם שאני דההזלה בגוף הקרקע והלוקח טוען לא נתן לך קרקע רק כפי שיעור מעותיך כי הנשאר הוא אצלי במתנה דאוזיל גבאי וכיון דהסכסוך היא בגוף הקרקע שפיר הוי הלוקח מוחזק אכל כאן שלא השביח כלל אין כאן סכסוך בגוף הקרקע רק תביעה בעלמא הדין עם המוחזק יע"ש וכ"כ המשכה"ר אות שי"ן ס"י כ"כ שחילק חי' זה וז"ל דשאני גבי מצרן כיון דקא טעין וכו' אין כאן חלוק לדינא דב"מ וכו' וכן גבי זבן ב"ק ושוה ק"ק דאין בין המצר זוכה עד דיהיב ללוקח כל דמי ארעא וכו' ושוב כתב שכבר ראה חי' זה בתומים יע"ש והוא ממש כחי' הרב מהרש"א ז"ל שכתב בשמו הרב ב"מ שלטון ז"ל וכמש"ל ודחאו ב"ב ידים אך בזאת נאותה להרב משכה"ר במ"ש בתחי"ד היכא דקא טעין לשאר מילי דלית בהו דינא דב"מ כלל דבהא אין הקרקע עומד לחזרה אשל"כ בההיא דזבן ב"ק ושוה ק"ק כיון דעכ"פ אם נתן לוה מאתים הקרקע עומד לחזרה הוי ממש כדין שומא ולעיקר הק"ו דלא ליהוי דברי מרן סתראי אהדדי או נאמר כמ"ש הסמ"ע ש"ם בסי' קע"ג סי"ב ע' דשאני ההיא דמצרן דליכא חזקת מ"ק כיון דהמוכר נסתלק אשל"כ בהך דשומא הדרא דהדרא לגבי המוכר דאיהו מ"ק:

הדרן למ"ד דבנ"ד אפ מרן יודה דעל המלוה להרים דגל הקי"ל וכו' זה מ"ש בקונ"ט ה"א בפרט הלזה גם לעיקר נ"ד העלינו בקונ"ט ה"א וכו' דבנ"ד יודה גם הרב חיי"א ז"ל דשאני בנ"ד דהוא בעצמו אזיל ומודה דבמה שפרע סך מה מהקרן לא ס"ד לקנות בכסף לחוד ביון שאח"כ היה פורע לו שכי' נגד מה שנשאר לו וגלי אדעתיה דנחית לפדות לחצאין כההיא דהרשב"א והריטב"א ודעתו לקנות כנגד מעותיו וכההיא דפסק מרן ז"ל ביו"ד סי' קע"ד ס"ד וכל די"ל דלהיתרא קא מכוונו ל"א דאיסורא עבד ע"ע למיספי אבק"ר וגם הרואה יר' דעיקר נדונו של הרב חיי"א ז"ל הוא מחמת שנתן רוב המעות וכמ"ש פעמים שלש הרב חיי"א ז"ל כיעו"ש בדבריו אשל"כ בנ"ד דאעיק' עיקר סמך המלוה להיות

בטוח על הקרן ועל הריוח הוא על המשכונא ומה"ית לאמר דבקבלת מעט מזער מהקרן סמך דעתו מוכר לקנות ולבטל המקח ולהיות פורח באויר על מעותיו צועק וא"נ הא ודאי אין הדעת סובלתו ואומ"ד הוא דמעולם לא עלה ע"ד. לבטל המכר. גם בנ"ד מפו' יוצא מתוך השטר מלבד השכ"י וכו' דזה מורה להדיא דמעולם לא היה בדעתם לבטל המכר דאל"כ שכי' מ"ד שמיה. וכ"ז כתבנו למטוניה דהרב חיי"א ז"ל דבנ"ד יודה האמנם אעיק' דברי הרב חיי"א ז"ל תמוהים במ"ש בקונט' הא' אצ"ל הדברים זולת אחת אשר נפקל"מ לע"ד במ"ש הרב ז"ל בדל"ה ע"ג וז"ל דהכא מכר לו בלתי ערמה וליתיה בחזרה וכו' ואחהמ"ר לא יצדק זה אלא במכר והטבה אשל"כ בנ"ד דזה מכר לו לצמיתות ואם רוצה להחזיק במקחו הרשות בידו וכמ"ב מרן מהריט"א ז"ל בחק"ל יו"ד ח"כ ס"י ך' עם כי נכנס לבית הס' מאחר דהוא קרקע ואמרי' בחזקת בעליה עומדת עכ"ז. פסק דהלוקח הוא המוחזק ויכו"ל קי"ל ועין להר"הג חק"ל ז"ל ח"א לח"מ סי' ה"ן ד"ס ע"ב בד"ת והנה וכו' שכ' כאמור ופליאה בעינינו למ"ש הרב ישרי לב ז"ל באות ח' סי' י"ח שכתב משם הרב מ"א ז"ל בחק"ל ח"ב סי' דאינו יכול להחזיק דאמרי' אוקי ארעא בחמ"ק והרואה. יראה בדב"ק דלא נכנס בסניף זה דקרקע בח"כע כי אעי"ק לא נ"ל מ"ש רצ"ץ ז"ל ועין להרב ישרי לב אות שי"ן דע"ו ע"ג וד' פסק החרי"פ יצ"ו שכ' דדעת מ"מ החק"ל בנז"ל והרב בעהמ"ח לא העיר עליו כזה ועיין להרב תפארת אדם חיו"ד סי' ל"ז ומעשה אברהם סי' ל"ז דפ"ח ע"ד דמדינא יכול הלוקח להחזיק במקחו בהסכמת הרב שפת הים. ביו"ד סי' ד' והחק"ל וכו' ועד אחרן להרה"ג שמו משה יצ"ו בח"מ סי' ב' יעו"ש וממוצא דברינו אלה בין יבין הקורא מש"ל דבנ"ד דליכא הטבה ואינו מחויב להחזיר דאף מרן ז"ל יודה דעל המלוה להרים דגל הקי"ל:

והנה כ"ז כתבנו באותו נדון אשר הוצג לפנינו בימים ההם ולעת עתה בנ"ד מלבד. דשייכי הט' הנ"ל זאת ועוד אחרי ראותנו באופן השאלה דהקונה הא' מכרו לאחר אחרי שאפרע סך מה מהקרן והלוה נתרצה במכר זה ופרע להקונה הב' שבהא ודאי דבנדון כזה יודה הרב. חיי"א ז"ל דכיון דכל חיליה הוא דדעת הלוה לבטל המכר דס"ד לקנות בכסף אשל"כ בנ"ד דשילם השכי' לקונה הב' הורה לדעת דמעולם לא עלה ברעיונו לקנות דאם קנה היאך נתרצה במכר זה וגם לתת לו שכי' והדברים ברורים:

תו כתב מע"כ יצ"ו ולפי"ז נמצא דלפי זה שקנה השטר הנז' בכתו"מ לחוד ודאי דלא קנה כלום והמעות שנתן לבע"הש אינם אלא כמלוה גביה ואם ירצה הקונה וכו' לא מצי ליטול ממנו ריוח דהוי רבית וגם מן הלוה לא מצי ליטול וכו' וגם כל הריוח שכבר אכל מן הלוה מצי הלוה לנכותם והוא ברור עכ"ל ובל לגבי דידן מאי דפשיטא ליה

למר צריכה רבה והוא דאעיק' דמילתא איתא באז"ץ דס"ו ע"ב אמרן השתא דאמו"ר א"ס ל"ק הדרא. ארעא והדרי פירי וכו' התם זביני הכא הלואה ופירש"י הכא הלוואה ומיחזי כרבית שמתחי' בהלואה בא לו וכר"ק דמי דאין אב"ר בדבר הלואה אלא בדבר מכר עכ"ל המתבאר ב"ד רש"י ז"ל הוא דדוקא היכא דתחי' הוא הלואה א"א דהפירות הוא רבית המחי' לא הויא מחי' אבל היכא דתחי' נעשה במכר הגם דהמכר אינו מכר ומה שמחל לו הפירות שאבל הוא בטעות מחי' בטעות כי הא הויא מחי' ודברי רש"י ז"ל מבוארים יותר בה' הריטב"א הו"ד בש"מ שם וז"ל ומיהו כי מהני מהני מחי' התם גבי זביני דמתחי' וע"ס בתו' זביני נחית ליה לוקח ובתו' זביני אכל ומחיל ליה מוכר ואין בזה משום רבית והרי"פ ז"ל כ' וז"ל וזביני דליכא איסורא הויא מחי' מחי' א"כ בהלואה דאיכא איסורא לא הוי מחי' מחי' ע"כ וביאר דבריו הנ"י ז"ל וז"ל נראה דעת הרב ז"ל דבהלואה אנ"ס דלא נח"ל לאיניש למיעבד איסורא ואי ודאי דזבינו בטיל ליה והויא הלואה לא הוה שביק ליה למיכל משום איסור רבית עכ"ל ומבואר.. יותר בחי' אנשי שם וז"ל פי' שקנה בענין זה. דליכא איסורא כמו דקל שקנה על ה"ס והחזיק. בדקל לצורך פירותיו והוא מחל לו מדעתו אלא שהמכר בטל מאליו לאפוקי זביני דאית ביה איסורא ומרן ז"ל בש"הט סי' ר"ז דעתו כרש"י והרי"פ ז"ל כידוע דסת' וי"א הלכ' כסת' וא"כ ממנו נובין ונדון לנ"ד לד' רש"י ודעי' דט' דהדרי פירי הוא דבתו' הלוואה נחית וא"כ בנ"ד דבתו' זביני נחית והפירות כי אכל אותם בתו' זביני אכלינהו אלא דיכול לחזור בו כיון דקנין גרוע א"כ ש"ד לפירות דקל ומחי' כהאי הויא מחי' וליכא איסור רבית:

והתוס' ז"ל שם בד"ה הכא זביני דחו פירש"י וכתבו משם. ר"ת ז"ל דהכא הלואה דהלוה לא הקנא אלא בתו' מכר והמכר אינו כלום דא"כ ל"ק והוי מחי' בטעות ול"מ אבל התם גבי פירות דקל הוא ולאו מחי' בטעות היא דנהי דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכי דלוקים. בהימנותיה עכ"ל ודברי ר"ת ז"ל מבוארים יותר בנ"י משם הרשב"א ז"ל דטעמא דזביני דלא הוי מחי'. בטעות שהרי דעתו למכור באמת אלא שהענין בעצמו מפני שלא באו הפירות עדין בעוצם ל"מ משום דלא ס"ד ומשו"ה יכו"ל בו אבל מ"מ פירות שאכל כבר ה"ה כאלו קנאם עכ"ל ומינה יוצא לנד"ן דב' דעתם זה להקנות וזה לקנות אלא דהקנין הוא גרוע ומשו"ה יכו"ל בו אך הלוקח סמיך דעתו על המוכר דליקום בהימנותיה והוי דומה ממש לפירות דקל וליכא. שום צד רבית. גם מדברי הרב פלפלא חריפא בפ' אז"ן אות ש' בסו"ד שכ' וז"ל. ועוד חייבים אנו לחלק בין היכא שאין המקח מתקיים ע"י שהוא בדשלב"ל להיכא שאין המקח מתקיים ע"י שהוא בא"ס דאם הוא בא"ס ל"א דבעי למיקם בהימנותיה וכו' משא"כ פירות דקל הוי כמו בידו לענין דלא הוי אסמכתא שהרי

הדקל ראוי. וכו' הילכך אמרי' דמסתמא בעי למיקם בהימנותיה עכ"ל נראה דהוא מכוון אל האמור וכ"מ ג"כ בדרישה ס"ס קפ"ב בסו"ד שהק' וז"ל וא"ת והיא גופה טעמא מאי זכו' יע"ש ועיין בסמ"ע סי' ר"ז סקכ"ב יע"ש אלא דכ"ז אינו שוה לנו דזולת דברי הדרישה דס"ל כד' הטור דגבי את ונוולא אחי לית ביה משום מחי' בטעות אין מכ"ז שהבאנו ראיה כ"כ לנ"ד דל"ד לפירות דקל ולמוכר שט"ח לחבירו בעדים דכתבו משם ר"ת דמכאן י"ל דאם קדם וגבה דלמ"מ דשם ליכא ביטול מכר דמה שמכר לו דהיינו הפירות או השט"ח כבר הם אצל הקונה ובזה הוא דאמרי'. דלמ"מ וליכא שום שייכות רבית לא כן בנ"ד דכיון דלא קנה חוזר הקרקע לבעליו והלה מחזיר לו את המעות נמצא דעד עתה היו בהלוואה אביה ואם אין אתה מוציא הפירות שאכל אית בזה איסור רבית ובמ"ש רהז"ה ז"ל בדין משכנתא בנכייתא וכו' שכ' וז"ל ואי ק"ל הא ק"ל דמחילה בטעות הויא מחי' בזביני וכו' שאני הכא כיון דהדרא ארעא למארה והדרי זוזי למארייהו הו"ל כהלוואה ואסירא עכ"ל נמצא דכיון שמתבטל המכר. והדרי זוזי הוי רבית הפירות שאכל וכ"ן מד' הרמב"ם ז"ל שכ' בפ"ו מה' מל"ול א"א גבי המוכר באסמכתא. וכו' וה"ה לכל מי שלא קנה קנין גמור מתחי' שהוא מחזיר את הפירות מפני שאם אכל את הפירות ה"ז. רבית של תורה יע"ש:

וכיוצא לנ"ד כתב מרן ז"ל בש"הט ח"מ סי' רל"ב סט"ו שאם קנה קרקע ולאח"ז נראה בו מום אם רוצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל ודין זה פסקו הרמב"ם בפ"ו מה"מ וכתב ה"המ ז"ל שם שזה נלמד מהא דאמרי' באז"ן. שאם המקח בטל הדרא ארעא והדרי פירי. מיהו בהא אי"ל דל"ד לנ"ד דהתם שאני כיון שהלוקח בא לחזור בו ואמ"ל המוכר אלו הייתי יודע שסופך לחזור בך לא הייתי מניחך לאכול הפירות אשל"כ בנ"ד דאין הלוקח בא לחזור וכ"כ המחנ"א ז"ל בהזו"מ סי' ל"ו יעש"ב:

אך מצינו דומה לנ"ד ממ"ש בסי' רל"א סיו"ד גבי פחות מבן עשרים שמכר קרקע מנכסי אביו דחוזר ומוציאה מהלקוחות ומוציא ממנו הפירות שאכל וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפט"ו מה"מ יע"ש ודון מינה לנ"ד הפירות שאכל הוו רבית:

איברא דמור"ם ז"ל שם שכתב דכ"ז שחפץ הקטן במה שעשה וכו' והלוקח אכל פירות הקרקע א"צ לשלם מה שאכל והם תשו' הרמב"י ז"ל ולכאו' הוא סותר לפסק הרמב"ם ומרן ז"ל הנז' ועיין להרב ב"ח שהק' כן והצ"ע והסמ"ע תי' דאינהו מיירי שלא אכל בפני הקטן יע"ש מוכח שאם אכל בפני הק' גם הרמב"ם ומרן ז"ל יודו דלמ"מ וא"כ ה"ה בנ"ד אם אכל בפני המוכר למ"מ ונ"ד עדיף מקטן דעכ"פ יש ביד המוכר להקנותו בקנין טוב אלא דטעה ומכרו בקנין גרוע ועיין להרב אדרת אליאו קובו ז"ל סי' כ"ד דכ"ו

ע"ב ובכנ"הג בהג"הטו ובתשו' ח"א סי' קע"א דחלקו על הסמ"ע בתי' זה דבפי' אתמר בד' הרמב"ם דאפי' בהיותו כאן אסור ללוקח לאכול הפירות והוא ז"ל חילק בין מתנה למכר והרב מעיל שמואל בדס"ח כתב וז"ל אבל עדין צריכים ליישב להרמב"ם ז"ל דבגמ' מ"ש אפי' אי שמיט ואכיל למ"מ ובחי' וכו' הוא מיושב דהתם אמר לא עשה ולא כלום מ"ש דמעשיו בטלים ממילא בר חזרה שאלו היה צריך לחזור בו היה אומר יכו"ל בו עכ"ד ומתוך קושייתו נראה דלא נחית לחלק כמו שחילקנו מההיא דפירות דקל לנ"ד דהדרא ארעא והדרי זוזי ומתי' מתבאר דה"ה לנ"ד אף דמרן ז"ל בסי' ס"ו לא כתב הך לישנא דיכול לחזור מ"מ לא כתב ג"כ דלא עשה ולא כלום אלא דלא קנה ושפיר מצ"ל הר"ל דיכול לחזור בו ומ"ש בסי' ר"ט וריי"א גבי דשלב"ל ודשב"ב דנקט בלשונו לא קנה ויכו"ל בו:

גם לפמ"ש הרב בת"כ ז"ל בבית וועד סי' ז' דע"א ע"ב ז"ל הצ"ל דל"א הרמב"ם אלא באסמכתא וכו' דמעיק' לא באו. המעות ליד המוכר בהחלט ההקנאה ואם לוקח לא היה דעתו לקנין החלטי והלוואה היא וז"ש הרב ז"ל וה"ה לכל מי שלא קנה קנין גמור בתחי' אבל היכא דבשעת הקנין דעת שניהם שוה זה למכור לחלוטין וזה לקנות וכו' אלא שנמצא גרעון יוצא ממ"א כל כה"א וכו' ואי שמיט ואכיל למ"מ שלא היה בזה שום צד הלוואה מצד דעתם ודרך הלוואה אסרה תורה וכו' יעש"ב דון מינה לנ"ד כיון דדעת שניהם זה למכור וזה לקנות לחלוטין אלא שמחוסר קנין המועיל אמרי' בזה דליכא רבית ומחי' בטעות כה"ג הוי מחי' ועיין בתשו' מהרמ"א סי'. ג"ן ודון מינה ואוקי באתרין וכן לט' הב' שכ' הבת"כ שם בדע"א ע"ד וז"ל המ"ש הרמב"ם ע"ב לא נחית עלה מדין רבית משום דמשמע ליה דאין כאן רבית דאו' וטעמא דהואיל מהתו' כל שהוא אדם בן י"ג מעשיו קיימין וכו' ממכרו ממכר זכה הלוקח במקחו זכות תורה וכיון שכן אע"ג דמדרבנן אין מקחו קיים מ"מ כיון דמהתו' זכה מעתה הפירות שאכל מד"ת ליכול וליחדי ואין שום לתא דרביתא דאו' מקרי אלא רבית דרבנן וכיון שכן אמאי כ' הרמב"ם דמוציאין הפירות וכו' אעכ"ל דהרמב"ם ז"ל לאו משום רבית נגע בה שלא דקסבר שאין מחי' קטן מועלת עכ"ל וכיוצא בזה כ' הפרמ"א ז"ל בס"י י"א דל"ח יע"ש וה"ד בי"ד כיון דבד"ת מעות קונות ואיכא עליה מי שפרע דאם בדשלב"ל דיכו"ל בו הוא במי שפרע וכמ"ש מהריב"ע ז"ל בתשו' הוב"ד בסי' רכ"א ז"ל למציעא על דמ"ז ע"כ יע"ש אלא דמדרבנן הוא דלא קנה בם משום גזל ליכא כיון דמחל לו ומחיצה כהאי הויא מחי' ועיין ארעא דרבנן אות א' סימן ע"א ובקהלת יעקב אות א' סי' ב"ך דאסמכתא גופה דלא קני הוי דרבנן דמדאו' קני ואפי"ה כ' הרמב"ם דהוי ר"ק וצ"י וכ"מ מ"ד המחנ"א בחו"המ סי' ל"ו שכ'

וז"ל אבל עדין י"ל ע"ז דנראה דכל כה"ג דהתם אדעתא דמקח נחתו אלא שאח"כ נתבטל המכר מחמת מום וכיוצא ל"ש בזה לתא דרבית והו"ד למוכר שדה גזול ולא הכיר בה הלוקח דקי"ל דיש לו שבח וליכא משום רבית דכיון דלא הכיר בה אדעתא דמקח קא נחית ול"ד למוכר שדה באסמכתא דהתם מעיק' לא אמר להקנותו ומשום הלוואה נקט לה לחוד וכו' עש"ב:

האמנם כל מ"ש עדין לבינו מהסס בנ"ד כיון שאפי' אם ירצה המוכר להעמיד המקח בידו עכ"פ בעי קנין מחדש הקנאה מועלת לפו"ד וא"כ בין אם נימא כמ"ש הסמ"ע גבי קטן דאם אבל בפניו הוי מחי' ובין אי אימא כמ"ש הרב בת"כ ז"ל דטעמא הוא משום דלאו בר מחילה ובנ"ד בר מחילה הוא עכ"ז יש לחלק דשאני גבי קטן דהקנין נעשה כדינו. ואיכא למימר זיל לאידך גיסא דג"ד עדיף מקטן דקטן אין יכולת בידו בשום אופן להקנות ואפי"ה אלו היתה מחילת קטן מועלת היתה מחילתו מחילה ברם בנ"ד דשניהם בני הקנאה נינהו ואם בידם להקנות כדין אלא דטעו שלא עשו בקנין המועיל א"כ שפיר אמרי' דמחי' מחי' ועיין להרב ב"ד הפוס' הנ"ל ובבע"הס שמ"ז ובתשו' ירך אברהם סיו"ד דיש לצדד לכאן ולכאן אך בזאת לא נשים מחסום לפינו כי יותר נוטה דעתנו לצד דהוי מחילה ועיין מהרא"ש ז"ל סי' ט"ז ובסי' רכ"ט יע"ש עכ"פ מאי דכשי"ל למני"ר יצ"ו אתמהה לבבנו לא כן ידמה וע"ע להמחנ"א בדיני רבית סי' ל"ד ודון מניה ואוקי באתרין:

ונהיה שעשועים עוד במ"ש מני"ר כת"ר יצו וז"ל אתאן לצד שנאמר דהקנאת האי שט"ד היתה בקנין אודיתא וכו' ובכן הדין נוטה לענ"ד דהלוה המוחזק יכו"ל קי"ל כהרט"ו וכו' ולפי"ז תורה יוצאה דלוי הקונה לא מצי למהדר וכו' דהא ודאי ליתא וכו' אתד"ק ופליאה נשגבה היא בעינינו כי דבריו אלה אינם מובנים אחהמ"ר הן במ"ש בתחי"ד דהלוה הוא המוחזק ומצ"ל קי"ל דמה לו להלוה להתעבר על ריב לא לו מבלי שום תועלת כיון דהמלוה ה"א הוא יריב לו ק"ופ והמלוה הא' נתרצה במכר זה וכמ"ש כת"ר יצ"ו בסו"ד כשיחזור הקונה על המלוה ה"א וישיב לו אנא קי"ל כמ"ד דמהני וא"כ איך שייך בו לומר דהלוה הוא המוחזק דאין התביעות תלויים ביניהם ואין הלוה בע"ד של הקונה הב' לבטל. המכר ואפי' למטוניה אם יתן הרבית לא עליו האיסור כי הוא לא לוה ממנו ואי שייך צד איסור אפי' למטוניה הוא על המוכר הראשון ואפי' על לפני עור אינו עובר הלוה מכמה טעמי כמ"שיר המעיין ואין לומר דיכול הלוה לומר לו לאו בע"ד דידי את כיון שלא קנית דאדרבא כיון דהלוה הוא שוכר בעלמא ואין לו שום אחיזה בקרקע שכבר מכרו להקונה ה"א א"כ יאמ"ל הקונה ה"א צא מן הבית כי הבית אינו שלך ואני עם המוכר נשתווה ומה לך לבקש תואנה לטעון בעד אחרים ואיהו המלוה הא' מתרצה

במקחי והיינו דאמרי אינשי הקונה והמקנה מתרצים במקח והסרסור מעכב ואדרבא אם יפרע לו הלוה לזה הקונה השטר ק"ופ אין בו דין חזרה ולא יוכל המלוה הא' לחזור על הלוה דלא גרע נד"ז מההיא דר"ת הנ"ל במוכר שט"ח בלי כת"ומ דאחר שגבה אינו יכו"ל ולא ראינו שהזהיר ר"ת ז"ל לדרוש ולחקור אם קנאו דכיון דלא קנאו בדין בכת"ומ הו"ל המעות הלואה ויהיה עליו עון רבית אם יפרע לו בשלימות ותימה גדולה היא איך קראו ללוה מוחזק אחר שאין לו אחיזה בע"כ הקרקע כלל אם עמ"ש בסו"ד דכשחוזר על המלוה יאמ"ל קי"ל דקנית וכו' דלמטוניה דמני"ר יצ"ו יאמ"ל הקונה לך אתה וגבה שטרי ממנו ותנהו לי ובכגו"ד כופין וכו' וז"פ וברור אך אי איכא לספוקי הוא אם באו להתדיין עם המוכר והמוכר יאמר קי"ל דלא קנית דבזה באמת י"ל כיון דהמוכר הוא המוחזק בקרקע פשיטא דעליו להרים דגל הקי"ל יען דהס' הוא בעיקר הקניה אם קנה או לאו אך עכ"ז כיון דכבר כתבנו דדעתנו נוטה דמכר המתבטל מחוסר הקנאה ליכא צד ר"ק ואולי יהיה בו צד אב"ר א"כ כיון דעכ"פ קנה מדרבנן אזל ליה גם צד אב"ר ומה אם שכבר אכל השכ"י ליכא שום סברא לומר דמנכינן ליה ומהתימה על מני"ר יצ"ו כי הוא בעצמו בספרו הבהיר פני"י באותה תשו' זיכה לראובן אף דהיה בקנין אודיתא דממוצא דבר יחזה קורא נעים דאין שום צד שיטעון הקונה הב' אי שתקת וכו' ומאי אפ' וכו' ומה שדחה מני"ר דכיון דאיכא בנ"ד לתא דרבית וכו' ליתא דעל הלוה ליכא שום צד א"ר כיון דבאמת הוא חייב ליתן השכי' להקונה הא' יען דשטר שבידו עומד בתוקפו ואי איכא צד נדנוד רבית הוא בין המלוה עם. הקונה הב' כמז"ל: אתאן לסיפא דמילתא כ"ז כתבנו לפלפולא בעלמא ולהתלמד למ"א אחר דבנ"ד לא באו להתדיין המקנה והקונה ע"ע הקניה והלוה. אין לו שום שייכות בזה ולעיקר נ"ד בעיקר מח' דהרב חיי"א עם הרב החבי"פ ז"ל כ"כ בקונט' ר"א וככחנו אז כ"ע ובפרט שכבר עשו מעשה רב ב"ד רבה ופ' דלא כהרב חיי"א ז"ל כנז"ל ומי יבא להרהר אחריהם ועיין דומה לזה להרב"ע יו"ר סי' י"ב והרואה יראה דאותם הטעמים שייכים גם לנדון הרב חיי"א ז"ל וזה דבר השמיטה עמ"ש כת"ר יצ"ו דאין למדין הלכה מפי מעשה וכו' עיין בהשמטות ע"ס לב המים המודפסות בסו"ס סמ"ל בדק"ס ע"א ואילך דיש חי' בזה אשר איזה מהם איתנהו בנ"ד יע"ש ויהיו דברינו להל' ול"מ אם יסכים עמנו עט"ר הר"הג האב"ד מקו' גאון יעקב יש"א ברכה יצ"ו ואזי ישמ"ל גם אנו כי סמך ידו על ראש הצעירים:

הצעיר יצחק אשכנזי ס"ט:

הצעיר יעקב מאיר ס"ט:

בס"ד זאת תשובתי:

על דברי קדוש אלהים גאון יעקב הר"הג יש"א ברכה נר"ו:
נפתחו וארא מראות אלדי"ם עולים מן האר"ש הנ"ה ארש"ו אר"ש טובה ורחבה מנוהרת' יד"הק מני"ר רב אחאי גאון הר"הג ראש ב"ד מקוד"ש היינו ת"ק תנא ירושלמאה בקש"ת כמהר"ר יש"א ברכה נר"ו גדולה תשובה אשר השיב לי לשמי על הפס"ד קטן הכמות והאיכות אשר שלחתי אני הדל לשם גבוה מני"ר נר"ו להאיר עיני בתורתו והיתה תשובתו הרמתה בכתב איש רבי ככל הכתוב בדב"ק מה למעלה מראש וע"ס הועתק מהעיקרי ממ"ש בלתי שום תוס' ומגרעת ח"ו כלל ואהיה שעשועים ואתעלסה באהבים בדב"ק:
וחזיתיה למני"ר נר"ו דרב תנא הוא ופליג עלי דידי בפס"ד הנ"ל ודחה כל דברי בכ' יד"ק כנ"ל:
וכשאני לעצמי הנלע"ד כתבתי ובמקומי אני עומד וככחי אז כחי עתה כי עיינתי היטב בכל דב"ק ולא מצאתי בהם כדי שביעה לדחות מ"ש בעניותי ואם לדין יש תשו' ותורה היא וללמוד אני צריך והנני בא בעת להשיב בדבר הלכה אך לא בדרך ארוכה כי עול הציבור והיחיד השתרגו עלו על צוארי ולא יתנוני השב רוחי כי הן אני נשארתי לבדי נושא בעול ועלי היו כולנה זוהי סיבה שלא אוכל לבא בארוכה ולשאת ולתת בדבר הלכה רק למה שנוגע לענין דינא ותל"מ וזה החלי וה' אלהי"ם יעזור לי כיר"א: ראשית הג"ש העיד בגודלו רו"מ כת"ר נר"ו שבזמן הרבנים הגאונים ב"ד הגדול שבירוש' ת"ו ה"ה הר"הג קדו"ש יעקב ישראל ז"ל והר"הג מ"מ הגאון המפורסם ראש"ל כמהר"א אשכנזי ז"ל ורו"מ כת"ר שיחל"א בא מעשה לפניהם. כזאת וכזאת ושלחו מתם לאי רודיס יע"א והעתיקו להם תשו' הרב חיי"א ז"ל כי אינו בנמצא ס' אחי וראש במח"ק ירוש' ת"ו ובהגיעו לידי"הק עיינו כו היטב ונ"ון בד"ק וחלקו עליו והכריעו למעשה דלא כוותיה דהרב חיי"א ז"ל וא"כ לפי"ז לית דחש לס' הרב חיי"א ז"ל אתד"ק וכל לגבי דידי אנא דאמרי דשני הגאונים הנ"ל ז"ל ורו"מ כת"ר שיחל"א דרב גובריהו ורב חילייהו לאורייתא אפי' לאפוקי ממונא מיד המוחזק הפך ס' רבי חיי"א ז"ל כי המה בחכמתם הרמה דנו להכריע והכריעו להלכה דלא כהרב חיי"א ז"ל אשר לא כן אנן יד עניי אין בידנו להכריע ולאפוקי ממונא הפך הקי"ל וכבר עלתה הסכמת רבני הא"ח ז"ל בכללי הקי"ל דהמוחזק מצ"ל קי"ל גם נגד הכרעת הא"ח ז"ל כיון דגם כלל זה מידי פלוגתא לא נפיק כידוע וא"כ הגם דהגאונים הנ"ל ז"ל הכריעו עו דלא כהרב חיי"א ז"ל מ"מ אכתי המוחזק מצ"ל כהרב חיי"א ז"ל וקי"ל במ"ר דגם נגד הכרעת הא"ח ז"ל מצ"ל קי"ל וברור.
ולקמן בתשובתי ע"ד הרבנים טובים ה"ב הנ"ל יצ"ו אכתוב עוד בזה ומשם באר"ה:

עוד כתב כת"ר י"צו וז"ל וכשאני לעצמי אחר ראותי וכו' אמינא דבנד"ז גם הרב חיי"א ז"ל יודה וכו' עד ודון מינה לנ"ד דטענינן ללוקח וכו' עכ"ל הטהור בפרט זה וכנז"ל:
והנה טרם כל אבא להשיב עמ"ש כפ"ר בתוד"ק הנז' לחלק מנ"ד לנדון הרב חיי"א. ז"ל דהתם פרע ד' חלקים מהקרן משא"כ בנ"ד דלא הגיעו אפי' לשלש וכו' ככתוב בדב"ק לזאת אשיב לדבר הזה יסלח אדוני דבפי' דב"ק וטעמו ונימוקו דהרב חיי"א ז"ל ליכא לפלוגי בין רב למעט כלל דזיל בתר דע"י אותו פרעון. נתבטל המכר לגמרי בקנין כסף אפי' כל. דהוא וכן באו דבריו ז"ל מבוארים להדיא הכי שכ"כ הוא עצמו בתוד"ק פעמים שלש שבדל"ד ע"א כ"כ וז"ל דכיון דכל קניינו אינו אלא בכסף אפי' במקצת קנה וכו' עכ"ל וכ"כ עוד בתר הכי וז"ל ולפי"ז במה שנתן לו שמעון מקצת הדמים ובפרט שנתן לו. קרוב לרובם וכו' עכ"ל וכ"כ עוד שם ע"ב וז"ל וממוצא דבר מוכרחים אנו לומר דמעיק' כשהחזיר הלוה מקצת המעות ובפרט בנ"ד דהחזיר רובם וכו' עכ"ל יע"ש:
הרי להדיא דלא אכפת ליה להרב חיי"א ז"ל אם הפרעון היה מקצת או רוב דכולהו חד דינא וחד טעמא אית להו ושוו בשיעוריהו וס"ל למר דהמכר מתבטל בקנין כסף כל דהוא אלא שבנדונו מעשה שהיה כך היה ואתי בפרט ובמכ"ש ובמובן וזה ברור בדבריו ז"ל וכמ"שיר הרואה:
אתאן לעיקר חילגקו דמני"ר יצ"ו מדקי"ל טענינן ליורש וכו' ואני אומר לישרי לן מר בהאי חילוקא דבנ"ד לא מצינן לטעון ליורש הכי כלל מכמה טעמי תריצי חדא דהכא בנ"ד המוריש ליגרש זה אינו אלא לוקח שני שהוא קנה השטר מן המלוה לוקח א' ופרעון מקצת הדמים שפרע הלוה היה ליה המלוה הא' וא"כ מנ"ל למוריש לידע אם הלוקח הא' אמ"ל למוכר קנה לך וכו' כדי לטעון מן היורש דידיה וכי תימא כיון שהוא המוריש שלו א"כ לוקח אנן טענינן ליה האי טענתא הא ודאי ליתא דאינו נקרא לוקח אלא לוקח הקרקע שקנהו קנין גמור בדרך שהקרקע נקנה בו לא לוקח השטר בכתו"מ או באודיתא שזה אינו בכלל טענינן ללוקח וז"פ וברור וכי תימא דטענינן ללוקח ראשון שכן אמ"ל למוכר בשעת פרעון מקצת הדמים קנה לך וכו' הא נמי ליתא דהרי הלוקח הא' הוא לפניו חי וקיים והוא מודה באמת וצדק שלא אמ"ל כלום בשעת הפרעון הנז' ושפיר יש לנו להאמינו בזה כיון דכבר קבל מעותיו ונסתלקה הנאתו ועוד שהשכל מחייב ומסייע ליה שלהד"מ ביניהם בעת הפרעון הנז' כלל כיון דדין זה דחדית לן הרב חיי"א ז"ל לאסור איסר משום רבית הוא דבר חדש. אשר לא שיערוהו ראשו' ואח' הקודמים לו ז"ל כלל ותורתו דידיה היא ומקום הניחו לו לחדש דבר מעתה להאי דינא א"כ מסתמא ודאי דלא אמ"ל הלוקח למוכר ולא כלום וז"פ וברור:

וליכא למימר בכה"ג דנ"ד טעמא דלא שביק היתרא וכו' דומיא דשביעית דאייתי ראיה מינה מני"ר יצ"ו דשאני התם דאיסור שביעית. ידוע וברור לכל משא"כ. הכא דכ"ע לא הוו ידעי לה להאי חידושא דדינא אפי' רשומים שבדור דאית בכה"ג אפי' ספק איסור רבית עד כאן שנראה בעליל ס' הבהיר אחי וראש ונודע דלדידיה איכא בכה"ג אסור רבית וא"כ בודאי הגמור. שלא אמר הלוקח למוכר בשעת פרעון מקצת מעותיו קנה לך וכו' וכמדובר וכה"ג יצא לחלק הרב ש"ך ז"ל ביו"ד סי' קס"ט סק"פ ממ"ש מור"ם ז"ל שם דהמלוה בשטר נשבע ונוטל דלא דמי למ"ש מרן ז"ל בסי' קס"ב ס"ה דישבע הלוה וכו' דהחי' מבואר בתשו' הרא"ש ז"ל גופיה דהכא ליכא למימר דלא שביק היתרא וכו' דלא סליק אדעתיה שיוקרו החטים וכו' משא"כ התם איכא בודאי איסור וכו' יע"ש והבי"ד הבא"הט ז"ל בס"י קס"ב וקס"ט יע"ש ומכ"ש. בנ"ד די"ל דלא סליק אדעתיה דינא חדתא דנא דהרב חיי"א ז"ל וכמדובר וברור:

ועוד דלא נעלם מעיני דמני"ר יצ"ו דלרוב ככל הפוס' ז"ל לא טענינן ליורש אלא דוקא כדי לאוקומי ממונא בידיה דלא מפקי' מניה ברם לא טענינן ליה כדי לאפוקי ממונא מזולתו לדידיה וכמו שבא הדבר מבואר הכי להדיא בס' שכ' הפוס' קמאי ובתראי ז"ל ועד אחרן ליעיין מר בתשו' הרב ידי דוד קראסו ז"ל בסי' קכ"ו וקכ"ז ובתשו' מופת דורנו הר"הג ראש"ל ח"ד בדר"א ז"ל בנדיב לב ח"ב ח"מ ס"י כ"ו שהאריכו בזה כיד ה' הטובה עליהם וזו הלכה העלו דלא טענינן להו אלא כדי שלא להוציא מידם ולא להוציא מאחרים להם יעש"ב ודון מנייהו ואוקי באתרין דלא טענינן ליורש הכי בנ"ד כיון שע"י טענה זאת אנו באים לחייב הלוה לפרוע לו קרנא ופירי בשלימות ונכ"ה ל"א ינכ"ה מחובו כלום וכה"ג לא טענינן ליה ולא כלום וכמבואר בדבריהם ז"ל וברור:

ועוד דכיון דלא נהגו מעולם שום אדם המלוה לחבירו בשטר מכר ושכי' ונהיגי נמי לפרוע הלוה למלוה שלו קמא קמא וכותב ומעלה פרעונם ע"ג השטר לא נהגו כלל לומר המלוה ללוה בשעת פרעון קמא קמא קנה לך וכו' כלל משום דלא הוה שמיע להו עדין דאיכא איסור בדבר אם יטול ממנו שכ"י משם ואילך אם לא יאמר לו קנה לך וכו' עד דאתא הרב חיי"א ז"ל וחדית לן מדעתיה ומסברא דנפשיה האי חידושא דדינא וכ"ע לא הוה ידעי לה להאי מילתא כלל במש"ל וע"ח וכ"ע נמי יעידן יגידון דהכי הוא באמ"וץ א"כ איפא הו"ל האי טענתא מילתא דלא שכיחא כלל וטענת שקר הויא והלכה רווחת דלא טענינן ליתמי טענתא דשקרא ובמלתא דלא שכיחא וכדסתם לן הבי מרן ז"ל בשה"ט ח"מ ס"ד דקי"ל כדעתו כסתם כידוע ועיין בכנה"ג ז"ל שם שהאריך בזה ואנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל דפסק בסתם דלא טענינן ליתמי מילתא דל"ש בטענת נאנסו

וכדומה והאי טענתא דנד"ן אין לנו מילתא דל"ש גדולה מזאת ובודאי דלא טענינן לה ליתמי אפי' ליתו"ק כלל וכמדובר והדברים ברורים ולא מיבעיא דאנן לא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא וכנז"ל אלא אפ"י אם טען האפו"ט דידהו מילתא דלא שכיח דאנן לא צייתינן ליה וכמ"ש הרדב"ז ז"ל בחדשות ס"י ה' דאם טען האפו"ט מילתא דל"ש ונראה לב"ד דשקר הוא טוען כדי להעמיד ממון היורשים בחזקתם מצוה על ב"ד לדון עפ"י אומדנא להוציא מן היתומים דיתמי דאכלי דלאו דידהו וכו' עכ"ל וכ"כ מהרימ"ט ז"ל בח"א ס"י קי"ב בתוד"ק וז"ל ועדין אין הח"י מיושר וברור מה בין האפוט לדיין דאי מילתא דשכיחא היא גם הדיין יטעון כן ואם דלא שכיחא גם האפו"ט לא יטעון כן וכו' אלא נ"ל שדעת הרא"ש ז"ל דמילתא כהאי דל"ש טפי אין לו לדיין לטעון אם לא שיטעון כך האפו"ט דאז מהני להו ליתמי משום. דהאפו"ט קים ליה במילי דאבוהון דיתמי ואם לא היה נ"ל שקרובים דבריו להיות כן לא היה טוען כן בעדם דאיהו ידע יתמי דאכלי וכו' וכ"ש שלא יהיה האפו"ט חוטא ולא לו הילכך אע"ג דאנן דלא קים לן במילתייהו לא טענינן דבר שאינו יודע כ"כ אפו"ט מיהא דידע מצי טעין ובלבד שנאמר לו שיהא זהיר שלא יטעון דבר שנ"ל שאינו כן וכו' עכ"ל יעש"ב ובתש"ו מהרימ"ט ז"ל גופיה בח"ב ס"י קכ"ד וז"ל ויש לתמוה מאחר שלא הותר לדיין לטעון מילתא דל"ש כולי האי אע"ג דלא מוכח כ"כ שהוא שקר מי התיר לאפו"ט לטעון וכי מפני שהוא אפו"ט יאבד מעותיו וכו' ואפו"ט נמי לא אמרן אלא שמינהו אבי יתומים ואינו מוכח שהוא שקר דהוא ידע במילי דאבוהון וי"ל שהדבר אפ"ל אמת אבל אם הוא מכיר שאין הדברים אמת אסור לטעון וכו' עכ"ל יעש"ב:

הרי לפנינו. דאפ"י מילתא דלא שכיחא כולי האי ע"ג דל"מ כ"כ שהוא שקר אסור לדיין לטעון כן בעבור היתומים כ"ש הך טענתא דנ"ד דהיא מוכחא טובא שהיא שקר ול"ש כלל והפך סוגיין דעלמא ופוק חזי מאי עמא דבר וכמש"ל ודאי דלא טענינן להו הכי כלל וברור ועיין עוד להגאון מהריט"א ז"ל בשמחת יו"ט ס"י ל' דקי"ד ע"ד שכתב דאפ"י למ"ד דטענינן ליתמי נאנסו ומילתא דל"ש מ"מ כ"ע מודו דלא טענינן להו. שהיא רחוקה מן הדעת יעש"ב וכבר מילתא אמורה דטענה זאת דבנ"ד שכתב כת"ר יצ"ו הנ"ל היא רחוקה מאד מן הדעת ואנ"ס דלא אמר הכי וכ"ע לא ידעי לה להאי דינא דהרב חיי"א ז"ל וכמש"ל ופשוט:

ותו דגם בנדון הרב חיי"א ז"ל אמאי לא טענינן ללוקח שהוא המלוה בשטר מכר ושכ"י דבעת פרעון רוב מעותיו אמר לו למוכר קנה לך וכו' אלא ודאי דס"ל להרב חיי"א ז"ל דכל מילתא דל"ש לא טענינן ללוקח כלל וה"ה ליתמי נמי. לא טענינן להו וכמדובר

וליכא למימר דהתם מיירי דהלוקח מודה דקבלם בסתם ולא אמ"ל כלום. ומעשה שהיה כך היה דזה ודאי דוחק עצום לאוקומי נ"ד בהכי ועכצ"ל דהרב ז"ל דיבר בהווה ובמנהג העולם דמקבלין דין מן דין בסתמא ולא אמרי זל"ז ולא מידי והוא פשוט:

ותו דהמעיין היטב בדברי הרב חיי"א ז"ל בעיניו יראה ובלבבו יבין דכוונתו ז"ל במה שקבל המלוה מקצת או רוב. מעותיו בסתם ולא אתני מלוה בהדי לוה שהוא יאכל כל פירות המשכונא רק קבלם בסתם ומבוארים ד"ק הכי להדיא בדל"ד ע"ד יעש"ב:

אלא דבסוד"ק בדל"ד ע"ג נרגש הוא ז"ל ע"ד עצמו וכתב דאין לצדד ולומר כדי למצא היתר בנ"ד מדינא דמרן ז"ל דבס"י קס"ו ס"ר דאם אמ"ל קנה לך וכו' וע"ז דחה הרב ז"ל דל"ד כלל לדהתם מתרי טעמי ואחרון עיקר דהתם מוכר לו בלתי ערמה וליתיה בחזרה ומשו"ה הותר לו ללוקח לאכול הפירות משא"כ בנ"ד דבקושי התירו וכו' עכ"ל יע"ש מוכח להדיא דס"ל להרב ז"ל דהאי דינא דמרן ז"ל לא שייך בנ"ד כלל וכמבואר וה"ה והוא ה"ט בנ"ד ואין הפרש מנ"ד לנדון הרב ז"ל אפי' כמלא נימא כלל ולא מפקינן ממונא מיד הלוה המוחזק עפ"י הטענה הלזו שכתב כת"ר יצ"ו וככל האמור ומדובר: תו חזיתיה למני"ר יצ"ו דאייתי בידיה מ"ש מור"ם ז"ל בס"י קס"ט סס"ד ומשכ"ת הש"ך ז"ל וכתב ע' מור"ם ז"ל שדבריו אין להם שחר וכו' כנז"ל ואנכי לא ידעתי איך מלאו לבו לכתוב על הגאון רמ"א ז"ל כזאת ולא עוד לא דהבין כת"ר יצ"ו דמור"ם ז"ל פליג ע"ד מרן ז"ל וכמ"ש כת"ר יצ"ו ועין רואה להרב באר הגולה בס"י קע"ז על מ"ש מרן ז"ל גופיה שם בסי"א יצא לחלק יפה יפה ממ"ש מרן ז"ל בס"י קס"ט למ"ש בס"י קע"ז ובהכי לא פליג מור"ם ז"ל בסס"ז קס"ט הנ"ז ע"ד מרן ז"ל שבס"י הנ"ז כלל וכמשי"ר המעיין ותמהני טובא עליה דמני"ר יצ"ו דמאחר שכבר ציין למ"ש מרן ז"ל בס"י קע"ז איך לא שלטו עיני קדשו ב"ד הרב באר הגולה הנ"ז הוא פלא: ומ"ש כת"ר יצ"ו בסוד"ק הנז"ל וז"ל ובפרט דאיכא נאמנות בשטר וקבלת ס' הפוסק וכו' עכ"ל לא ידענא תנא אהיכא קאי דאי קאי על. נ"ד הרי בשטר המכר דנ"ד ליכא לא נאמנות ולא קבלת ס' הפוסק כלל זולתי דבשטר השכירות נהגינן לכתוב נאמנות בסוף שטר השכ"י והוא על פרעון השכ"י דוקא כידוע ואין זה ענין למאי דמסקינן ביה כלל וכמובן:

כתב עוד כת"ר יצ"ו וז"ל ועוד זאת דשניא נ"ד מנדון הרב חיי"א ז"ל דהתם הלוה היה חייב פירות וכו' וכו' עד שנגלה ס' אחי וראש וכו' עכ"ל כנז"ל:

ואני תמיה אם יצאו דברים אלו מפ"ק מני"ר יצ"ו שהרי בנדון הרב חיי"א ז"ל כשפרע. הלוה בתח"י רוב הקרן וכל הפירות שעבר זמנם לא היה אז שום חשש איסור רבית כלל זולתי אחר שנשאר חייב הלוה משארית הקרן סך שנ' אלפים גרוש וברוב הימים עלה

עליהם ריוח ושכ"י יותר מ"ב אלפים גרוש כמבואר כ"ז בגופא דעובדא דידיה כמ"ש הוא ז"ל בתח"י דב"ק יע"ש וא"כ היכי הוה מצי הלוה לנכות ממקצת הקרן שנשאר חייב הפירות שכבר פרע בתחילה כלו באותו זמן לא היה בהם שום איסר רבית כלל אפ"י לשיטתיה דהרב חיי"א ז"ל והיינו טעמא דהרב חיי"א ז"ל דלא עלה על דעתו לזכותו. ללוה שינכה מהקרן כלל יען דבהיתר גמור לקחם המלוה דלא נתבטל המכר עדין והדברים ברורים. עוד כתב כת"ר נר"ו וז"ל מעתה הנני בא להשיב עמ"ש וכו' דאם היה בכתו"מ וכו' ובכה"ג קנו מידו וכו' עכ"ל: ולא זכיתי להבין דב"ק בזה כלל דהא על שטרי מכר הללו עצמם שכתב נוסחם כתר יצ"ו עלייהו ממש איפליגו קמאי ז"ל אי הוו שטרי קנין כמו שטר מכר דשדי מכורה לך או לא ואית דסברי דאינם אלא שטרי ראיה כיון דלא כתב לו בשטר שדי מכורה לך כמבואר כ"ז בדברי הר"ן ז"ל בפ"ק דק"י ובב"י ח"מ ס"י קצ"א ובש"פ ז"ל וגם דמרן ז"ל בס"י קצ"א פסק להלכה. כ"ד רוב הפו"ס ז"ל דס"ל דהני שטרי דידן שטרי קנין נינהו לזה כתבתי אני עני בקונ"ט ה"א דבשטרות מכר כאלו דנ"ד דמוכח מתוכם דאינם אלא שטרי ראיה ממ"ש בהם וז"ל וחתמו ותנו ביד פב"פ להיות בידו לעדות ולזכות ולראיה מהימנא מחמת שאני מודה לפניכם שנטו"ק מידו סך כו"ך וכו"כ מכרתי לו וכו' ובסוף השטר כו"ח העדים ולראיית אמו"ק וכו' עכ"ל השטר כנהוג פה עירנו יע"א כידוע על נוסח זה כתבתי בעניותי שם דבכה"ג כ"ע מודו ומרן ז"ל מכללם דאינם אלא שטרי ראיה וע"ז הבאתי בעניותי ראיה חותכת מתש"ו מרן ז"ל עצמו באבק"ר ס"י ע' שכ"כ להדיא יע"ש ועתה ראיתי עוד למהרשד"ם ז"ל כח"מ ס"י רכ"ה ולהר"א זרע אברהם ז"ל בתש"ו ח"מ ס"י ח' דצ"ג ע"ג שכ"כ להדיא דבנוסח שטרי מכר שכותבים בהם לשון הודאה לכ"ע הו"ל שטרי ראיה נינהו יע"ש ועמ"ש בזה בתש"ו אחרת אשר לי באופן שלא זכיתי להבין ד"ק בזה כלל וכמדובר:

כתב עוד כת"ר יצ"ו וז"ל ותו אפ"י למטוניה וכו' וא"כ אמינא דל מהכא השטר הרי קנה בכסף לחודיה וכו' עכ"ל בנז"ל:

ושותיה דמני"ר יצ"ו לא גמירנא דאטו אנו באים לדון על עיקר שטר המכר שכתב הלוה למלוה ראשון שלו אי מהני השטר או לא כדי לדון עליו ולומר דקנה בכסף לחוד או בק"ס נמי הלא אנן עסקינן בקונה השטר מיד המלוה בכתו"מ מ לחוד אהא הוא דכתיבנא דלא קנה השטר הנ"ז בכתו"מ לחוד כיון דאינו אלא שטר ראיה ואלו היה המלוה שהוא לוקח א' מקנה לו גוף הקרקע בכסף ובק"ס והיה כותב לו בשטר כן החרשתי דאנה"ן דהיה מועיל לפו"" ד ברם בעת שהקנהו השטר בכתו"מ מה יתן ומה יוסיף אם הלוקח א' קנה

הקרקע בכסף ובק"ס הא ודאי אתמהא טובא ופליאה נשגבה היא בעיני אם יצאו דברים אלו ג"כ מפ"ק מני"ר יצ"ו:

וכבר הבאתי בעניותו בקונ"ט ה"א דברי הרב שבט בנימין ז"ל בס"י ק"ח שעמד בזה אי שטרי מכר ושכירות נקנים בכתו"מ או לא ותלי לה במ"ח הראש"ו ז"ל אי שטרי דידן שט"ק הם או שטרי' ראיה נינהו ושבא מעשה לידו וכתב שני קניינים הנז"ל יעו"ש והוא ממש כדכת"י בעניותין ועיין שער אשר ח"ב ס"י י"ד וט"ו מאי דשייך מהתם לנ"ד יעש"ב:

וחזיתיה למני"ר נר"ן בתוד"ק הנ"ז נרגש ע"ד מרן ז"ל שבתש"ו אה"ע ס"י ו' מדיני כתובה דבשאלה כתוב שלא כתב לו שטר ונדחק כת"ר יצ"ו לומר דט"ס נפל בשאלה ככתוב בד"ק הנז"ל ולדידי ק' הדבר לומר ט"ס כיון דגם במפתחותיו כתוב כן להדיא כיעו"ש ואולם לע"ד ליישב ולומר דכוונת השואל לומר שלא כתב לו שטר קנין דהיינו שפחתי מכורה לך אמנם עכ"פ שטר ראיה כתב ומסר בידו כיון דהניחה אצל בעלה המוכר לו ואיך יפרע דמיה ויניחנה אצל המוכר מבלתי קחת בידו שטר ראיה והשואל קיצר כמובן וע"ז השיב מרן ז"ל דהרי כתב לו שטר וע"ז אייתי מרן ז"ל שפיר פלוגתא דקמאי הנ"ז אי שטרי דידן ש"ק נינהו או שטרי ראיה הם כמובן זה נלע"ד יותר נכון ופשוט:

עוד כתב כת"ר וז"ל ובאמת דלמטוניה דשטרי מכר דידן אינם אלא שט"ר א"כ יורנו מדרכיו וכו' עסה"ל ותמיהתו זאת איני מכירה ולא ידעתי מה כל החרדה הזאת שהרי כבר כתב הר"ן ז"ל בפ"ק דק"י אהאי דינא גופיה. דשטרי ראיה אין הקרקע נקנית ע"י ופסקו מור"ם ז"ל בס"י קצ"א ס"ד וסיים הר"ן ז"ל שם וז"ל וכשכותב אותו שטר נקנה בכסף משעה א' וכו' עכ"ל וכ"כ הסמ"ע ובאה"ג שם וכ"כ ג"כ מרן ז"ל בתש"ו אבק"ר סי' ע' הנז"ל וז"ל דאע"ג שכתבו הרי"פ והר"ן ז"ל שנראה עיקר וכו' משום דבזה"ז אין רגילים לקנות בשטר לא במכר ולא במתנה אלא מקיימין המכר והמתנה ב"א מן הקניינים דשייכי ביה וכותבים שטר ראיה וכו' עכ"ל יע"ש וא"כ אין עוד מקום לתמיהתו הנ"ז כלל וכמובן ופשוט:

עוד כתב כת"ר יצ"י וז"ל וכשאני לעצמי לא ידעתי אענה אמאי לא עלה ע"ד שמכר וקנה וכו' כמ"ש מהריט"ץ בס"י קס"ז וכו' ותו אמאי לא יוכל להקנות לו השטר באגב וכו' עכ"ל ואיני רואה מקום לתמוה עלי דידי כזאת כי אנכי ידעתי דלא נהגינן באתרי דידן דהתובע והנתבע שום שטר כי אם בכתו"מ או בקנין אודיתא דוקא שכן הורגלו ונהגו ולא בשום הקנאה אחרת כלל וה"ט דידי דלא נסתפקתי בנ"ד כי אם על הקנאת השטר בכתו"מ או באודיתא וידעתי בי"ס שיש הקנאות אחרות המועילות לפי"ה ומציאות לא שקלת מעלמא ותש"ו מהריט"ץ ז"ל הנז"ל כבר ציינה הרב ש"ב בס"י ק"ח הנ"ז ופשוט:

כתב עוד כת"ר וז"ל ועיין להרב לח"ש וכו' דשטר מכירת קרקע נקנה באגב לפ"ע ובפרט בנ"ד דאיכא כתו"מ עכ"ל הנה דינא דהרב לח"ש ז"ל אינו ענין לנ"ד כלל כיון דידעינן בבירור דלא היתה הקנאת השטר בקנין אגב ככל וכמש"ל אבן מ"ש מני"ר יצ"ו בתר הכי וז"ל ובפרט בנ"ד דאיכא כתו"מ עכ"ל כנז"ל הנה דברים אלו אין להם הבנה כלל דהא מארי דאברהם ע"ז אנו דנים לומר דל"מ כתו"מ כיון דהני שטרי דידן דנהגינן למכתב האידנא אינם אלא שטרי ראיה לכ"ע כמש"ל וא"כ מה"ל אומרת ובפרט וכו' אתמהא טובא:

עוד כתב כת"ר נר"ו וז"ל ועין רואה להרמ"ה וכו' כי מן הבאר התמיהא קיימת וכו' עסה"ל הנה דין זה דאייתי מהר"מה ז"ל דקנין כתו"מ הוי דרבנן הרואה יראה דרוב ככל הפו"ס ז"ל הכי ס"ל כידוע ברם אנא עניא עדיפא מינה קאמינא דגם דנימא דקנין כתו"מ הוי מדאורייתא מ"מ בשטרי דידן דהוו שטרי ראיה לכ"ע לא מהני בהו כתו"מ אפ"י מדרבנן כלל ובזה סרה מהר תלונת כת"ר יצ"ו מעלי וכמובן:

עוד כתב כת"ר נר"ו וז"ל ולבבי לא כן יחשוב וכו' עסה"ל ואנכי עפר כבר הבאתי בעניותי בקונ"ט ה"א כל להקת הפו"ס ז"ל הם המדברים בפרט זה ומרן ז"ל מכללם ושוב כתבתי דכ"ז ניחא אי לא הוה איסור רבית ברם בדאיכא איסור רבית נחלקו בזה הרט"ז והרב"ח ז"ל אי מהניא הודאה להפקיע איסור רבית או לא וכתבו דהלוה המוחזק מצ"ל קי"ל וכו' ואם כן מה הוכח יוכיח מני"ר יצ"ו מדין הודאת בע"ד והפקר ב"ד וכו' הלא כ"ז אינו מצילנו מדין איסור רבית לדעת האוסרים והדברים פשוטים. סו"ד האמת אגיד ולא אכחד מאדוני שלא מצאתי מקום בכל מ"ש רו"מ כת"ר נר"ו מראש וע"ס לדחות מ"ש אני בעניותי בקונ"ט ה"א ומי יתן והיה זה שהיה דוחה אותי כת"ר יצ"ו בדברים המצודקים בראיות נכוחות וברורות ומקובלות הלא לאמונה שהייתי רץ אחריו ומודה על האמת ואיני בוש מלומר הדרי בי ואולם כעת לישרי לן מני"ר יצ"ו ובמקומי אני עומד ואף כי גדולה אהבה עכ"פ האמת יותר אהובה וצור ישראל י"מ וימ"ן אמן כי"ר הלכ"ד נא"ה אפר כירה מוכן לשרתו אנא זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

בס"ד וזאת תשובתי:

ע"ד הרבנים העצומים טובים השנים הנ"ל העי"א הן כל יקר ראתה עיני האי פסקא דדינא דשדרו לי שני צנתרות הזהב מיקירי ומנקיי הדעת שבירו"ש ת"ו מ"ע הרבנים כוללי תהלות ישראל ה"ה כמהר"ר יצחק אשכנזי יצ"ו וכמהר"ר יעקב מאיר ינ"ו אתה ה' תשמרם לע"ל כיר"א:

ואשא עיני ואראה תשובתם הרמתה וילינו בעמק בעומקה של הלכה וחזיתינהו לרבנן דבתר דידי קא אזלי ועלתה הסכמתם דלא כוונתי בדין הנז"ל וחייבו ללוה לגדל פר"ע כל סך הקר שחייב להקונה שטרא ונכ"ה ל"א ינכ"ה מהם כלום הרוח שכבר פרע כל בתר איפכא ממ"ש בעניותי לענין דינא בקונ"ט ה"א בריש אמי"ר בכל הכתוב בדב"ק ומשם באר"ה:

וכשאני לעצמי כמעט שעברתי ע"כ דב"ק וחזרתי על לימודי פעם ופעמים האמת אגיד ולא אכחד שבדבריהם יצ"ו לא ראיתי טעמים מספיקים וראיות מצודקים לדחות דברי כלל ומי יתן והיה זה והייתי תכף מודה להם במודים דרבנן והייתי אומר בפה מלא נצחוני בני והדרי בי ואולם לעתות כאל לא חזינא בהאי כהאי סימנא כלל ככל דב"ק והנני בא להשתעשע בתורתם ולהתעלס באהבים להשיב מפני הכבוד ע"כ מ"ש המה בחכמתם אשרי יולדתם וממני ומהם יתקלס עילאה וזה החלי וה' אלדי"ם יעזור לי:

הנה תחילה וראש כתבו מעכ"ת יצ"ו וז"ל הנה עמ"ש דהל' רווחת דמצ"ל קי"ל כחד לגבי תלת וכו' כל לגבי דידן זאת העלינו בקונ"ט ה"א דאחר הגלות לנו וכו' הרי נעשו ה' פו"ס ברורים דלא כהרב חיי"א ז"ל והא ודאי פשיטא דלא מצ"ל הלוה קי"ל כהרב חיי"א ז"ל דיחידאה הוא ובפרט שדבריו תמוהים וכו' עכל"ל כנז"ל:

וכל לגבי דידי לא כן אנכי עמרי דמלבד מ"ש בעניותי לעיל על דבריו של גדול מני"ר הרה"ג יש"א ברכה יצ"ו בפרט זה דמה שחלקו עליו גדולי דורנו ב"ד הגדול שבירו"ש ת"ו אינו אלא הכרעה שהמה בחכמתם הכריעו ז"ל כמרן החבי"פ ז"ל ודלא כהרב חיי"א ז"ל ושאני אינהו ז"ל דרב גברייהו ור"ח ובידם להכריע משא"כ אנן יתמי דיתמי וכבר הסכימו רבני הפו"ס ז"ל הבאים ב"ס ש"ץ בעלי הכללי הקי"ל ה"ה הרחש"ש והמט"ש ואורח משפט וזולתם ז"ל דהמוחזק מצ"ל קי"ל גם נגד הכרעת הא"ח ז"ל כמשי"ר המעיין וספרין פתיחו עוד זאת דאפי' למטוניהו דמני"ר יצ"ו דסברי מרנן דהרב חיי"א ז"ל יחידאה איהו נגד ה' פו"ס כמ"ש כת"ר יצ"ו עכ"ז אכתי מצי מסתמיך הלוה דבנ"ד על מ"ש הרב ידי דוד קאראסו ז"ל בס"י קכ"ו וקכ"ו וקמ"ב דאפ נגד עשרה פו"ס ויותר מצ"ל קי"ל כחד פוסק העומד נגדם כל שהפו"ס המפורסמים לא גילו דעתם בהאי דינא והוכיח במישור כזאת וכזאת מתשו' מהריב"ל והרב פרמ"א ז"ל ודחה ב"ב ידיו קדש דברי הרב חס"ל וזכו"ל והכריח הדבר בראיות נכוחות ועצומות מ"ד גדולי הפו"ס ז"ל דמצ"ל קי"ל נגד המנהג ונגד סוגיין דעלמא יעש"ב נפלאות מתורתו: והכי חזינא לגאון דורנו הרה"ג ראש"ל ח"ד בדרא ז"ל ב"ס הבהיר נדיב לב ח"ב ח"מ ס"י מ"ב בדמ"ב ע"א דהני כללי דל"א קי"ל נגד המנהג ונגד סוגיין דעלמא לאו כללא הוא מאחר דחזינן לכל רבני הא"ח

ז"ל משתמשים בכלל הקי"ל אפ במקום דלא נהגו כן וכו' ובמילתא כדנא העלה הדב"מ כח"ב ס"י ק"ו דמצ"ל קי"ל והביא סמוכות מ"ד מהרש"ך בח"א ס"י ט' שכתב דיכו"ל קי"ל אעפ"י שיאמרו החולקים דמעשים בכל יום שנוהגים לעשות הפך סברת שכנגדם יע"ש א"כ וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ מרן החבי"פ ז"ל ב"ס הבהיר סמ"ל ח"מ ס"י ט' דאמר"י קי"ל גם נגד סוגיין דעלמא יע"ש בדב"ק ע"א וע"ע בגנזי חיים בדקל"א ע"א בד"ה וכהא וכו' שכ"כ משם הרב אהל יצחק ז"ל יע"ש הרי לפנינו כמה פו"ס ז"ל דס"ל כשיטת הרב ידי דוד ז"ל הנ"ל וא"כ גם בנ"ד מצי הלוה המוחזק ליסמך שפיר עלייהו ולומר קי"ל כוותייהו וקי"ל כהרב חיי"א ז"ל והדברים ברורים:

ותו אפי' למטוניהו דכת"ר יצ"ו ויהיבנא להו כל דילייהו דהרב חיי"א ז"ל יחיד הוא בזה עכ"ז לא נעלם מכת"ר יצ"ו מ"ש רבני הא"ח ז"ל דהיכא דהוא מוחזק מעיקרו יכו"ל קי"ל כ"פ יחיד אפי שכל חכמי ישראל חלוקין עליו בפ"י כמ"ש מרן החבי"ב ז"ל בכללי הקי"ל בשם מהרשד"ם ז"ל ועם דהוא ז"ל גמגם ע"ז וחלק עליו מ"מ הרב כב"ע ז ל קאי כוותיה כמ"ש המט"ש ז"ל שם ועלתה השכמת כל הא"ח ז"ל דמצ"ל קי"ל כמ"ש מרן החבי"פ ז"ל בתשו' סמ"ל ס"י ט' ובגנזי חיים אות א"ך והרב אורח משפט ז"ל שם אות כ"ב יעשב ואכמ"ל בזה ודון מנייהו ואוקי באתרין:

עוד כתבו כת"ר יצ"ו וז"ל ועוד כי בעיקר הדין מינקרא מוחזק זאת העלינו אחרי בינותנו יב"ד הפו"ס דהמלוה נקרא מוחזק וכו' וכו' עד זה מ"ש בקונ"ט ה"א בפרט זה עכ"ל:

ואני אומר בדבר הזה יסלחו הצדיקים דאנכי הרואה דאפ"י אחר בינותם בד' הפוס' ז"ל עכ"ז לא עיינו בפרט זה יפה יפה. ככל הצורך והוא הדבר דמאחר דכל חילייהו דכת"ר יצ"ו הוא מתשו' הר' מהרי"א ז"ל והוא ז"ל גופיה כל חיליה דמר הוא מתשו' הכרם דלהרשב"א ז"ל הידועה א"כ מדוע לא זכרו שרים אותה פלוגתא דרבוותא דמהרש"ך ומהר"א ששון ז"ל עם מהרי"א ז"ל כנ"ל דל מהרש"ך ומהרא"ש ז"ל איתא להו דלא אמרה הרשב"א לדיניה בתשו' הכרם הנז' דהמלוה הוא המוחזק אינו אלא בשכבר ירד הלוקח לתוכה וקאי בה השתא משא"כ אם הלוה שהוא המוכר ירד בתוך הקרקע שלו ולא ירד הלוקח לתוכה כלל אזי גם הרשב"א ז"ל אזיל ומודה דהלוה שהוא המוכר הוא הנקרא המוחזק ולדעת עליון מהרי"א ז"ל אפי' שהמוכר דר בתוך שלו עדין ולא ירד הלוקח לתוכה כלל עכ"ז ס"ל דהלוקח הוא המוחזק כמ"ש מרן החבי"ב ז"ל בשגם בכגה"א בכ"מ גמגם ע"ז טובא מ"מ בתשו' בעי חיי ח"מ ח"א ס"י פ"ז עמד בזה בנ"ד והסכים לחילוק מהרש"ך ומהרא"ש ז"ל הנ"ז וכתב שם דסברת מהרי"א ז"ל יחידאה היא ואינו יכו"ל קי"ל כוותיה יע"ש הגם דהרב חש"ש ז"ל בס"י ב"ט הגב"י אות מ"א והרב אבני שוהם

ז"ל בביאורו לס"י כ"ט כתבו דלא פליגי גדולי הפו"ס ז"ל קנ"ז אם הלוה שהוא המוכר לקח בשכירות מהלוקח דבזה לכ"ע הלוקח הוא המוחזק כיעו"ש מ"מ מרן החביב ז"ל פליג ע"ז וס"ל רש"ך דאם בכה"ג שדר הלוה בשכירות ס"ל למהרא"ש ז"ל דהלוה הוא המוחזק מדלא ירד בתשו' אביניהם בהכי גוס הרב אבני שוהם פיה שלמה בדצ"כ ע"א כ"כ להדיא יע"ש וכ"כ הרב כרם שגם ז"ל בס"י ע"ו והרב מגן שאול בס"י ו' יע"ב ס"י הגאון מהריט"א ז"ל דהסכים בחק"ל יו"ד א' דיכול הלוקח קרקע בת"ו מכר ושכ"י לגופיה במקחו עפ"י תשו' הכרם הנ"ל כיעו"ש איה ורשב"א בקדושת יו"ט ס"י ט"ו כתב בפשיטות אמור דהרש"בא ז"ל מיירי בירד הלוקח לתוכה ומוחזק בה שכ"כ ושוב אייתי בידיה למהרש"ך ומהרא"ש ז"ל כ"ט יעש"ב ומה שד"ק ע"ז הרב מט"ש ז"ל בס"ב באורך ובתשו' מירא דכייא ס"י י"ב כבר בא חכם הריעש"ב משפט ז"ל בס"י כ"ט אות י"ד ותריץ יתיב וכבר ראיתי להרב מהר"א חיון ז"ל בס' הבהיר בזה בתשו' די"ד ע"א מאות ו' ע"ס התש"ו והאריך הרחיב כיד ה' הטובה עליו ואייתי בידיה כל להקת הפו"ס ראשו' ואח' ז"ל בפרט זה ולא הניח פינה וזוית ולא היתה קריה אשר שגבה ממנו בענין זה ושקו"ט טובא ופלפל בחכמה אי אעיקרא דדינא האי תשו' הכרם אם היא מוסכמת מכל ואם מרן ז"ל דקבלנו הוראותיו ס"ל כוותיה דהרשב"א בזה או לא ס"ל כוותיה ועמש"כ להדיא הרב ארעא דישראל ז"ל וסו"ד אין ולאו ורפיא בידיה יעש"ב נפלאות מתורתו וא"כ מאחר עלות כ"ז נפל היסוד ונהרס הבנין אשר בנו המה בחכמתם להחשיב המלוה מוחזק מכח תשו' הכרם הלזו כיון שבנ"ד לא ירד הלוקח לתוכה כלל אלא הלוה שהוא בעל הקרקע מ"ק הוא דר בתוכה כמאז ומקדם ואהלים כאשר המה הנה הנם ביד הלוה אפי' שהשכירו לו הלוקח מ"מ לא נמלטנו מ"ס מרן החבי"ב ז"ל ודעמיה דס"ל ל"ד מהרש"ך ומהר"א ז"ל דאם בכה"ג המוכר שהוא הלוה הוא המוחזק גם להרשב"א ז"ל דמצי הלוה המוחזק בביתו ובממונו לומר קי"ל כוותייהו וכהרב ארעא דישראל ז"ל וכהרב חיי"א ז"ל וכמדובר וזה פשוט וברור:

ותו דבלאו"ה אם בפלוגתא דר"י ורשב"ם ז"ל ב"ס דתרי ותרי או ב"ס דדינא מי הוא המוחזק אי מ"ק הוא המוחזק או מאן דקאי בה השתא הוא המוחזק הרי מרן ז"ל בתשו' אבק"ר ס"י קכ"ו פסק להדיא דהמוחזק הוא מאן דקאי בה השתא כיעו"ש והיינו כ"ס רשב"ם ז"ל וכמובן א"כ כ"ש וק"ו בנ"ד דהלוה תרתי איתנהו ביה דאיהו מ"ק דהאי ארעא ואיהו נמי קאי בה השתא דודאי הוא המוחזק ועליו להרים דגל הקי"ל והוא פשוט ויש לי בזה אריכות דברים בפרט זה ואכמ"ל בזה:

זאת ועוד אחרת אנא דאמרי דאפי' למטוניייהו כת"ר יצ"ו דס"ל דהמלוה הוא המוחזק ועליו להרים דגל הקי"ל משא"כ האמת לע"דן וכמש"ל מ"מ גם לדידהו בנ"ד לא מצי ה ורש של קונה השטר לטעון קי"ל כלל כיון שגם מורישי לא היה זוכה בדין אלא בטענת קי"ל והוא כבר עלה שמים ולא טען בחיים חייתו טענת קי"ל בפרט זה כלל א"כ גם אנן לא טענינן ליתומים דידיה האיט"ע דקי"ל ואפי' איהו טען לא צייתינן ליה כלל כיון דמוריש בחייו לא טען כזאת כלל וכדחזינן למרן החבי"ב ז"ל בכנה"ג בכ"מ ובתשו' בעי חיי ח"מ ח"א ס"י קס"ד בדקצ"ה ע"ג שכ"כ משם הרב מהר"ש גאון ז"ל דהזוכה בט' קי"ל אין יורשיו זוכים באותו ממון אלא א"כ טען המוריש בחייו קי"ל אבל כל שלא טען בחייו קי"ל ומת אפילו שהיה יכו"ל קי"ל אין יורשיו יכו"ל קי"ל יע"ש ודון מניה ואוקי באתרין דכיון דהקונה ה"ב לא היה זוכה באותו ממון דלא כהרב חיי"א ז"ל אלא ב"ט קי"ל כהחולקים ע"ד הרב חיי"א ז"ל וקי"ל כהרב מהר"י אדרבי ז"ל דס"ל דהמלוה הוא המוחזק אעפ"י שלא ירד לתוך הקרקע המכור לו דלא כמהרש"ך ומהרא"ש ז"ל וכדומה דכיון שבעודו בחיים לא טען כזאת ומת אע"ג שהיה יכו"ל קי"ל וכסברת מהרש"א ז"ל הנז"ל ועם דמרן החבי"ב ז"ל בכנה"א ובתשו' הנ"ז כתב עליו דלא ידע מנ"ל הא יע"ש מ"מ הרואה יראה להרב עדות ביעקב ז"ל בס"י כ"ה בדנ"ט ובדקנ"ט שהבי"ה מהרש"א ז"ל הנ"ז וכתב דהכי ס"ל להרב הגאון מהר"מ ב"ב ז"ל יע"ש גם הגאון מהריט"א ז"ל בשמיו"ט ס"י ל' דקט"ו ע"א וע"ב העמיס העמיק כן בדעת עליון הרב בעה"ת ז"ל יעש"ב ועמ"ש עליו הרב ערוך השולחן ז"ל בח"מ ס"י כ"ה אות י"ד יעש"ב והכי חזינא לגדול אחרון הרב ערך השולחן ז"ל בתשו' ח"מ סס"י י"א דהסכים לדינא הכי עפי"ה מהרש"א והרב עדב"י ז"ל דלא כרב החביב ז"ל וכתב דהו"ל רובא נגד מרן החבי"ב ז"ל יע"ש הגם דחזינא להרב אורח משפט ז"ל בכללי הקי"ל אות ק"א דהביא בידו כ"ז ושוב הביא כוונת מהרש"א ז"ל לדרך אחרת כיעו"ש עכ"פ כל הפו"ס הנ"ז ז"ל לא הבינו בכוונתו הכי והו"ל רובא דרובא נגד הגאון הרב א"מ ז"ל וכמבואר:

באופן דכדי להחשיב יורש הלוקח מוחזק ועליו להרים דגל הקי"ל כמ"ש כת"ר יצ"ו כפי האמור וכמדובר רובא דרבוותא הנ"ז ס"ל דלא מצי היותו לזכות ב"ט קי"ל כיון דמורישו בחייו לא טען כן בחייו וכמדובר וא"כ גם מטעם הדר דינא דהלוה הוא המוחזק ועליו להרים דגל הקי"ל הוא דוקא ולא יורש המלוה וכמבואר:

ותו איכא טעמא אחרינא בל"ד שלא להחשיב הלוקח דג"ד מוחזק להחזיק במקחו ולטעון קי"ל אפי' מורישו של היורש דנ"ד אפי' לסברת מהרי"א ז"ל והגאון החק"ל ומהריט"א ז"ל והוא הדבר כמ"ש הגאון מ"מ ראש"ל ח"ד בדרא ז"ל בנדיב לב ח"כ ח"מ ס"י ט'

דהיכא דהלוקח תבע המעות שלו בב"ד שוב אינו יכול להחזיק במקחו שהרי גילה גם דעתו שאינו רוצה לזכות במקח יע"ש וגם דלא איירי הרב ז"ל בנ"ד אלא במטלטלין ולא בקרקע מ"מ זיל בתר טעמיה דתרוויהו חד דינא וחד טעמא אית בהו וכמובן:

ועין רואה להרה"א חק"ל תנא דבי אליהו מני נר"ו בתשו' הרב טוב לישראל ז"ל הנז"ל בדי"ד ע"ב דאיירי בקרקע ואייתי ראיה לנ"ד מדברי הרה"א האש"ל הנ"ז ז"ל ועם דהרב טו"ל ז"ל שם גמגם טובא בעיקר דינו דהרב ז"ל מ"מ לא שבקינן ודאן של הרבנים הנ"ז ז"ל מפני גמגומו וז"פ וברור: ועוד הרואה יראה בכל מ"ש כת"ר יצ"ו בפרט זה במה שהביאו בידם מ"ד הפו"ס ז"ל וממ"ש מרן ז"ל בדין שומא הדרא וכו' הכל כאש"ל שורת הדין נותנת דהלוה הוא המוחזק בנ"ד ועליו להרים דגל הקי"ל וכמ"ש כת"ר יצ"ו עצמם בתחי"ד עד דבתר הכי הם עצמם מסברא דנפשיהו יצאו לחלק מדעתם הרחבה והם אמרו דבנ"ד גם מרן ז"ל יודה דהמלוה הוא המוחזק עפ"י החילוקים שכתבו מסברתם לבד והמעיין היטב בעיניו יראה ובלבבו יבין דלא נהירין דב"ק יצ"ו בח"י הנ"ז כלל אם את ה"א אם את ה"ב והם דחויים מאליהם ואין צורך להאריך בדחייתם וכמשי"ר המעיין וישפוט בצדק ואנו אין לנו לבדות חלוקים וסברות מדעתנו להוציא ממון מיד המוחזק ואין לנו אלא מה שבא מבואר ב"ס ש"ץ הפו"ס ז"ל ולכל הדברות והאמירות הנאמרים באמת ב"ד הפו"ס ז"ל ודברי מרן ז"ל בהדיא דשומא הדרא הדין נותן בשופי גמור דהלוה הוא המוחזק לטעון קי"ל להחזיק במה שבידו וכדין שומא הדרא לדעת מרן ודעימיה ז"ל וכמ"ש כת"ר יצ"ו עצמם בתרה"ד עד מ"ש בד"ה האמתם וכו' ולא עד בכלל וע"מ להרב ידי דוד קאראסו ז"ל בתש"ו סי' כ"ד מ"ש בזה יעש"ב:

עוד בתבו כת"ר יצ"ו וז"ל גם לעיקר נ"ד זאת העלינו וכו' דבנ"ד גם הרב חיי"א ז"ל יודה וכו' עסה"ל כנז"ל:

ואנא זעירא כבר בתיבנא בעניותין לעיל בתשובתי ע"ד הרה"ג ישא ברכ' נר"ו שגם מכ"ר יצ"ו חילק כן דאחר המחי"ר לא נהירא לי חילוק זה כלל לאפוקי ממונא מן המוחזק עפ"י חי' זה כיון דטעמו ונימוקו דהרב חיי"א ז"ל הוא משום דכל שקבל בסתם ולא אתני המלוה בהדי לוה ע"מ שיאכל הוא כל הפירות של המשכונא מסתמא אמר"י דבחזרת מקצת המעות נקנית הקרקע ללוה בקנין כסף כל דהוא ולא בעינן שיגלה דעתו בפ"י שכיון לקנות קרקע בפרעונו מקצת הדמים אלא כיון שהחזיר הלוה ללוקח שהוא המלוה שלו מקצת מעותיו ממילא קנה הקרקע שלו בקנין בסף לחודיה במ"ש הרב חינוך כ"י ז"ל דעליה סמיך הרב חיי"א ז"ל ומה שהיה הלוה פורע שכי' לקונה השט' כפע' בפע' אין מזה שום הוכח' כלל כיון דלאו כ"ע ואפ"י ת"ח רשומים גמירי האי דינא דחדית לן הרב

חיי"א ז"ל דאם יפרע הלוה שכ"י על שאר הקרן שחייב אחר שכבר פרע המקצת איכא איסור רבית והא ראיה דמקמי דחדית לן רב חיי"א ז"ל האי דינא לא הוה שמיע להו לאינשי ואפי' לרבני הדורות שקדמוהו ז"ל דאיכא איסור רבית בכך לא דהרב חיי"א ז"ל הוא חדית לן האי דינא ומקום הנחו לו וכמש"ל ומשו"ה מקמי דידע הלוה דנ"ד לסברת הרב חיי"א ז"ל דאוסר מחמת שלא היה נראה בעליל עדין ספר הבהיר אחי וראש להרב הנ"ז ז"ל היה פורע השכי' בחושבו דלית ביה שום איסור רבית כלל ובתר דידע הלוה לסברת הרב חיי"א ז"ל דאוסר משך ידו מלפרוע לו כלום ודינא קתבע לנכות מהקרן מה שפרע כבר בתו' שכי' בטעות בדין היה פרעונו ולא שייך למימר בכה"ג דכל דיש לומר להיתרא מכוון וכו' כיון דאין האיסור ברור וידוע כלל וכנז"ל וא"כ הדר דינא דהאמת יורה דרכו דנ"ד ונדון הרב חיי"א ז"ל שוו בשיעורייהו ואין הפרש ביניהם לענין דינא כלל וכמדובר:

עוד כתבו וז"ל ואם דהרואה יראה דעיקר נדונו של הרב חיי"א ז"ל הוא מחמת שנתן רוב המעות וכו' ע"כ וכבר כתב כזאת מני"ר הרה"ג יש"א ברכה נר"ו בקונט' הנ"ל ואנכי עפר בתשו' עד"ק הוכחתי במישור מ"ד הרב חיי"א ז"ל משלש לשונות דהרב ז"ל דלא שנא ליה להרב ז"ל לחלק בין רב למעט כלל וח"י זה ליתא כלל וכמובן:

עוד כתבו וז"ל וכו' כתבנו למטוניה דהרב חיי"א ז"ל וכו' האמנם אעיק' דברי הרב הם תמוהים וכו' עכ"ל ותמהני טובא על יופי שלימותם דאטו מפני שדבריו ז"ל תמוהים נדחית סברתו לגמרי הא ודאי אתמהא טובא דמי יודע דאם היה הרב ז"ל בחיים עדנה היה משיב בחכמתו תשו' נצחת ע"כ תמיהותיהם דמי כמוהו מורה ורב גובריה הוא ולא נעלם מכת"ר יצ"ו דכמה קו' והשגות ותמיהות עצומות רבו ע"ד הרמב"'ם ישאר גדולי המחברים ז"ל מהרבנים הבאים אחריהם ז"ל כידוע ועכ"ז לא דחו דבריהם ז"ל מהלכה ומידי סברתם לא יצאנו וע"ז ועל כיוצא בזה הם אמרו לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה כידוע ועיין להרב אורח משפט ז"ל בכללי הקי"ל אות בדין סברא זרה ומחודשת מ"ש בזה יעש""ב:

עוד כתבו מעכ"ת יצ"ו וז"ל זולתי אחת אשר נפל"מ לע"ד במ"ש הרב ז"ל בדל"ה ע"א וכו ואחהמ"ר לא יצדק זה אלא במכר והטבה וכו' עכ"ל: וכבר כתיבנא בעניותין לעיל דכיון דהלוקח לא ירד לתוך הקרקע שקנה והמוכר שהוא הלוה עצמו הוא דר בתוכה וקאי בה השתא גם הרב מהריט"א ז"ל גופיה אזיל ומודה דלא חשיב הלוקח מוחזק כלל וכדחזינן ליה למני"ר גופיה ז"ל בקדושת יו"ט ס"י ט"ז שכ"כ בפשוט ב"ד הרשב"א ז"ל ושכ"ם מהרש"ך ומהרא"ש ז"ל ושכ"כ מרן החבי"ב ז"ל בתש"ו וממ"ש הרב ארעא דישראל ז"ל

וככל מש"ל אין צורך לכפול הדברים אשר מפני הנהו טעמי תריצי דכתיבנא לעיל הדין נותן בפשוט גמור דהלוה דנ"ד דוקא הוא המוחזק ועליו להרים דגל הקי"ל וכמדובר:
ועוד דהרואה יראה דהרב חיי"א ז"ל מסתמיך ואזיל עמ"ש הוא עצמו בתחי"ד דבעירו יע"א כבר הוחזקו ונהגו להיות עושין שטרי מכר ושכי' כאלו בלתי שום הטבה וסומכין על אמונתם ומנהגם ואין המלוה יכול להחזיק במקחו וכדנהגינן אנן באתרוותא דידן ומעולם לא זיכו ב"ד ללוקח להחזיק במקחו כלל כיון שכבר נהגו להחזיר המתנה בפרוע לו מעותיו וא"כ הגם דנימא למטונויהו דמדינא מצי הלוקח להחזיק במקחו משא"כ האמת לענ"ד מ"מ הרי קי"ל מנהג מבטל הלכה וכאלו כתוב וחתום שטר הטבה דמי ממש וזה פשוט וברור:
עוד כתבו וז"ל והנה כ"ז כתבנו באותו נדון וכו' ולעת עתה וכו' אשל"כ בנ"ד דשילם השכי' לקונה ב' וכו' עכ"ל וכבר השבתי ע"ז לעיל דאין כאן שום הוכחה ממה ששילם השכירות להקונה ב' כלל כיון שהיה זה מחסרון ידיעתו מסברת הרב חיי"א ז"ל וכמש"ל אין צורך לכפול הדברים: כתבו עוד וז"ל וכו' הוא למטוניה דמר דנ"ד דומה לנ"ד הר"ח ז"ל וכו' עכ"ל גם ע"ז כבר כתבתי וביארתי לעיל דאין שום הפרש מנ"ד לנדון הרב חיי"א ז"ל כלל כמשי"ר המעיין וישפוט בצדק:
עוד כתבו וז"ל תו כתב וז"ל ולפי"ז נמצא דלוי זה שקנה השטר הנ"ז בכתו"מ לחוד לא קנה כלום והמעות שנתן לבעה"ש אינם אלא כמלוה גביה ולא מצי ליטול ממנו ריוח דהוי רבית וגם מן הלוה וכו' וכל לגבי דידן מאי דפשיטא ליה ליהצ"ר והוא דאעי"ק דמילתא וכו' האמנם כ"ז שכתבנו עדין לבנו מהסס בנ"ד כיון וכו' דיש לצדד לכאן ולכאן וכו' ויותר נוטה דעתנו לצד דהוי מחילה וכו' עכ"ל וכל לגבי דידי כל מה שכתבו והאריכו בזה המה בחכמתם יצ"ו הוא ללא צורך שאינו ענין לנ"ד כלל דבודאי הגמור אם יחזור קונה ה"ב או יורשיו על הלוקח א' לתבוע ממנו ריוח מעותיו שהיו בטלות אצלו כיון דהקנאת השטר לו בכתו"מ ל"מ כלום כיון דשטר ראיה הוא כנז"ל והמעות שנתן לו אינם. אלא הלוואה גביה פשוט הדבר דאיסור גמור הוא על הקונה השטר בכתו"מ ליקח מלוקח א' שום ריוח כלל דהו"ל רבית גמורה בלתי ס' כלל ואין מי שיאמר דשרי כלל ולא אמרה אדם מעולם וכל מ"ש הפו"ס ז"ל שהביאו כת"ר יצ"ו בפרט זה אי הוי מחילה או לא אינו אלא בשכבר אכל המלוה הפירות לא כן בכה"ג דנ"ד דאכתי לא קבל הקונה ב' וב"ך מלוקח ראשון שום ריוח כלל רק עתה הפעם תובע ממנו ריוח מעותיו שהיו בטלות אצלו בכה"ג ודאי כ"ע מודו דאסור על הלוקח א' לתת לקונה השטר ממנו שום ריוח כלל ואין מי שיתיר בזה כלל וזה פשוט וברור:

אתאן לצד הב' דהיינו אם קונה השטר או ב"ך יתבעו מן הלוה ריוח בת"ו שכ"י בכח שטר כתו"מ שבידם ודאי כיון דכל קנייתם השטר היתה בכתו"מ לחוד לא קנו השטר כיון דשטר ראיה הוא ואי"ן בכתו"מ לדעת מרן ז"ל כמש"ל א"כ היכי מצי ליטול ריוח ושכי' מן הלוה דהא כיון שאין לו קרקע שכירות מאן דכר שמה והרי מעותיו אינם אלא הלואה בעלמא גבי הלוקח א' או גבי הלוה דלעיקר קרנו בלי שום ריוח אהניא ליה עכ"פ הקנאת כתו"מ לגלויי מלתא בעלמ' ברם ליטול ממנו ריוח ושכי' אינו אלא רבית גמור ואם היה הענין שכבר פרע הלוה להקונה ה"ב תשלום הקרן שלו ולא נשאר לו גבי הלוה מידי מן הקרן כלל וגם פרע לו ג"כ רוח בתו שכי' ועתה בא הלוה להוציא מן הקונה ב' או מיורשיו הריוח שכבר פרע אזי באנו לסברת הפו"ס ז"ל שכתבו כת"ר יצ"ו בשמם אי הו"ל מחילה או לא והנה אמת דיש לצדד לכאן ולכאן וכמ"ש כתר יצ"ו ועם שהמה בחכמתם יצ"ו אסיקו מדעתייהו דיותר דעתם נוטה דהוי מחילה אנא נפשאי יותר דעתי נוטה דלא הוי מחילה כיון דלא מחל בפי' וצווח הלוה ואומר דכל מה שנתן לו ריוח היה בטעות בדין מחוסר ידיעתו מסברת הרב חיי"א ז"ל וכמש"ל אמנם אנה"ן מודינא להו דלא הוה מפקינן מניה אותו הריוח שכבר אכל מאחר דאינו לא אבק"ר ואינה יוצאה בדיינים ברם הן כהיום הזה דאכתי הלוה חייב למלוה שלו תשלום הקרן ולא פרע ממנו כלום עדין ועתה רוצה לנכות עליו הריוח שכבר פרע ולשלם לי הנשאר חייב מן הקרן בהא ודאי הדבר פשוט ומבואר לנע"ד דיכול לנכות עליו אותו הריוח שכבר פרע בטעותו בדין כדין כל אבק"ר דעלמא דהגם דאינה יוצאה בדיינין מ"מ מנכינן עליה ה"ה נ"ב ד"ד דמנכי עלוהי מן הקרן שחייב לו לדעת מרן ז"ל דס"ל כי"א בתרא וכמש"ל והיה הנשאר שלם ישלם לו והדברים ברורים והארוכות בזה הוא אך למותר: עוד כתבו כת"ר וז"ל ונהיה שעשועים וכו' ופליאה נשגבה היא בעינינו כי דבריו אלה אינם מובנים הן במ"ש בתח"י דהלוה הוא המוחזק ומצ"ל קי"ל דמה לו להלוה להתעבר ע"ר ל"ל וכו' וכו' עסה"ל כנז"ל יע"ש:

ואני תמיה על יופי עיונם איך לא נחתו להבין דברי הפשוטים והברורים לעיני כל ישר הולך ושופט בצדק והוא דהלוה דנ"ד מצי לפטור עצמו מן המלוה ה"א מלתת לו שום ריוח כלל בעד שארית הקרן שחייב לו בטענת קי"ל כהרב חיי"א ז"ל וככל האמור ומדובר בראשית מאמר דהכי עסקינן אנן בג"ד ונמצא דהלוה אינו עובר ומתעבר ע"ר ל"ל כאשר חשבו המה בחכמתם יצ"ו דלא היא וכמובן ולכן אם קונה השטר באודיתא יתבע מן הלוה ריוח ושכ"י בכח הקנאת אודיתא שבידו בלאו"ה ר"ל מלבד סברת הרב חיי"א ז"ל הנ"ל ודאי דמצי הלוה לאשתמוטי מניה דקונה השטר הנז"ל שלא לפרוע לו שום ריוח

כלל בטענת קי"ל כמ"ד דקנין אודיתא אינו אלא מדרבנן ומדאורייתא לא קנה הקונה השטר כלום כדי שיוכל ליטול מהלוה ריוח ושכי' דמכר אין כאן שכירות אין כאן כיון דמדאורייתא המעות שנתן ללוקח א' אינם אלא הלוואה גבי דלוה דהא מיהא עכ"פ אהנייא ליה להקונה קנין אודיתא דנא לסך הקרן מיהא לענין שיהיה הקונה ה"ב מלוה של הלוה אך לענין ליטול ממנו שכירות ודאי לא מהנייא ליה האודיתא לדעת הרב ט"ז ז"ל וא"כ אם הלוקח א' מתרצה עם קונה השטר במכר זה מאי איכפת ליה ללוה בזה אטו ברצון המלוה ה"א תליא מילתא הלא עכ"פ הלוה דינא קא משתעי עם קונה השטר וטענתו ברורה כשמש להפטר מתביעתו ונמצא א"כ דהמשל שהביאו ממוכר ולוקח מתרצים והסרסור מעכב אין לו מקום ולא שייך בנ"ד כלל וכמובן והדברים ברורים:

עוד כתבו כת"ר יצ"ו ו וז"ל יאמר לו קונה ה"ב צא מן הבית כי אינו שלך וכו' עכ"ל ושיחתם בזה איני מכיר דאפי' למטונייהו כ"ז ניחא אם היה נקנה השטר בקנין המועיל לפי"ד מן התורה א"כ אנ"הן דהוה מצ"ל ליה צא מן הבית וכו' משא"כ השתא הכא הלא יאמר לו הלוה אתה לא קנית הבית כלל ומעותיך אינם אלא הלוואה בעלמא גבאי וכנז"ל: וכ"ש לפי מ"ש אנא עניא למעלה ראש דכיון דאם הלוקח הראשון לא ירד לתוך הקרקע שקנה כלל אכתי הלוה הוא המוחזק בשלו ועליו להרים דגל הקי"ל ובפרט בנ"ד דהמלוה ה"א וה"ב תבעו מעותיהם בב"ד כמה פעמי' מן הלוה דתו אינו יכול להחזיק במקחו כלל וכמש"ל ולפי"ז נמצא דהמלוה ה"א והקונה השטר ממנו הם הם שאין להם שום אחיז' בגוף הקרקע כלל והלוה שהוא בעל הקרקע מ"ק וקאי בה השתא הוא המוחזק ודלא כמ"ש הם יצ"ו וכמדובר:

עוד כתבו וז"ל גם עמ"ש בסו"ד דכשחוזר על המלוה יאמ"ל קי"ל וכו' דלמטוניה יאמ"ל הקונה לך אתה וגבה השכי' ממנו ותנהו לי ובע"ד כופין וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי היאך פשוט וברור להם הכי דהא אנן עסקינן בנ"ד שפרע הלווה למלוה ה"א מקצת הקרן ואם היה נשאר השטר בידו ולא היה מוכרו לזולתו היה צריך המלוה א' לעמוד עם הלוה בדינא ובדייני אם יוכל ליטול עוד ממנו ריוח ושכי' כנגד המעות שנשאר חייב לו הלוה או לא ובאנו למח' הרב חיי"א ז"ל עם הרבנים שכנגדו ז"ל אם נתבטל המכר בפרעון אותו מקצת או לא ויכו"ל הלוה קי"ל כהרב חיי"א ז"ל וא"כ השתא הכא דהלוקח א' כבר מכר שטרו בקנין אודיתא וקבל מעותיו הנשארים מהקונה ב' א"כ אם יחזור עליו כעת הקונה ב' להחזיר לו מעותיו מוכרח לטעון קי"ל כמ"ד קנין אודיתא הוי מדאורייתא ולא מצ"ל לוה הקונה ב' לך אתה וגבה השכי' מהלוה ותנהו לי כיון דלא יכול לגבות מהלוה כלום כי יטעון עליו הלוה קי"ל כהרב חיי"א ז"ל כנז"ל וא"כ ודאי דהוי כבע"ד

זה נהנה וזה חסר ובכגו"ד אין כופין כלל וזה ודאי פשוט וברור באמו"ק: כתבו עוד וז"ל ומהתימה עליו כי הוא בעצמו בס' פני יצחק באותה תש"ו זיכה לראובן אפי' דהיה בקנין אודיתא עכ"ל ונוראות נפלאתי עליהם יצ"ו איך ולמה לא השגיחו יפה באותו נדון ובמ"ש אני עני שם בס"י הנ"ל בדקפ"ה ע"ב וע"א ומשם באר"ה דכיון דלוי המוחזק כעת כנדון ההוא בסך השטר לא החזיק בדין כי חזקתו היתה עי"ג ול"מ כלל א"כ ודאי דזכה ראובן בשטר בהודאת יעקב ע"כ לשוני שם יעש"ב וא"כ מה זו תמיהא עלי דידי מהתם דהתם שאני דראובן הוא הוא המוחזק ובידו לזכות בשטר ובסך הכתוב בו בטענת קיי"ל כמ"ד דקנין אודיתא הוא מדאוריתא וקי"ל כהרב ב"ח וקצות החושן ז"ל דס"ל דמהניא אודיתא להפקיע לאיסור רבית א"כ וככל מ"ש בעניותי שם והוא פשוט:

ומה שהביאו ראיה מתשו' הרב דרכי נועם ז"ל ס"י י"ב הרואה וראה דליכא שום ראיה והוכחה מהתם כלל ולא קרב זא"ז כי התם מיירי בשטר עיסקא ופרע ממנו מקצת וליכא בהא שום ביטול מכר כלל משא"כ בנ"ד וזה פשוט מאד:

סו"ד אנכי עפר במקומי אני עומד וככחי אז כחי עתה בדין זה שלא מצאתי בכל דבריהם יצ"ו שום טעם מספיק לדחות מ"ש בעניותי אפי' כמלא נימא כלל ככל אשר הוכחתי ובירורתי הדברים היטב והנלע"ד כתבתי כעת להלכה ולמעשה וצור ישראל י"מ וימ"ן ויזכני תמיד לכוין בהלכה ע"ד אמת לאמיתו כעת הזאת תמיד כל הימים אמן כי"ר הלא כ"ד נא"ה המשתוקק לחזות בנועם זיו פנ"ק תוככי ירוש' הבנויה אנא זעירא דמן חברייא: הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

סימן ד

שאלה ראובן השכיר ביתו לשמעון בסך ח"י אלפים לבנים לערך הזהב פ' בסך כך וכך לבנים בתורת שכירות מוקדמת לשנים רבות ותנאי עשו ביניהם שאחר עבור ה' שנים יש להם רשות השוכר והמשכיר לתבוע זה מזה זה הבית וזה המעות וכתנאי גו"ש שיפרע הכל בבת אחת ניכוי סך מה לארבעה שנים שעברו וגם התנו ביעהם שיפרע לו כל סך הנז' לערך הזהב הנז' בסך הנ"ל כנ"ל כמבואר כז' בשטר השכירות הנ"ל בשעבוד וכו' בנאמנות וכו' ובלשון חיוב וכו' ומשם בא'רה ככל הנז"ל והנה השוכר הנ"ל השכיר הבית לאחרים על ידו והיה לוקח השכירות לעצמו כל הד' שנים הנ"ל ואחר עבור ה' שנים הנ"ל באותם ימים נלב"ע השוכר הנז' וחלו"ש ונשארה אלמנתו ובנו יתום קטן מאשתו הראשונה ועמדה אלמנתו ותבעה מראובן המשכיר הנ"ל ע"י ב"ד הצדק מעות השכירות הנ"ל כדי להוריק לו הבית ולמוסרו בידו וברשותו והמשכיר הנ"ל פרע לה ע"י ב"ד הצדק סך עשרת אלפים לבנים לערך הזהב הנ"ל בסך ח' למאה יותר מהסך

הכתוב בשטר הנ"ל שכן היה הזהב שוה בעת הפרעון הנ"ל ונשאר עליו ח' אלפים לבנים מהסך הכתוב בשטר הנ"ל והאלמנה הנ"ל קבלה מידו הסך יו"ד אלפים לבנים הנ"ל בשתיקה ומסרה בידו הבית שלו והתחי' ראובן להשכי' ביתו על ידו ולוקח השכירו' לעצמו ושטר השכ"י הנ"ל נשאר ביד האלמנה הנ"ל כדי לנכות ממנו התשלום הנ"ל בכח שטר שכירה ועברו יותר מ"ב שנים אחרות שלא פרע לה עדין התשלום הנ"ל כי מ"ע הב"ד יצ"ו לא רצו למסור בידה תשלום הסך הנ"ל עד שתשבע שבועת אלמנה והיא אינה רוצה לשבע כלל וזוהי סיבה שעיכבה פרעון התשלום הנ"ל ביד המשכיר הנ"ל עד יעמדו לדין אפו"ט היתום הנ"ל עם האלמנה וישתוו ביניהם וכעת כבר נשתוו ביניהם אפו"ט היתום עם האלמנה הנ"ל ונמסר השטר ביד האפו"ט הנז"ל והן עתה תובע לדין האפו"ט הנ"ל לראובן המשכיר הנ"ל וטען עליו שתי טענות חדא שרוצה לגבות ממנו שכירות הבית של שתי שנים שעברו מיום שפרע העשרת אלפים לבנים ונמסר הבית בידו כנ"ל שכל הש"כי הנ"ל הם מגיעים לשוכר הראשון שנלב"ע ולב"ך כ"ז שלא פרע להם כל הסך הנשאר להם עספ"א. ועוד שנית כי כי אינו מחשב לו הזהב כי אם לערך הכתוב בשטר דוקא שכן נתבאר בשטר שנטו"ק ממנו סך כו"כ לבני' לערך הזהב בכו"כ ותנאי מפ"ו בשטר ג"כ שגם אחר עבור הד' שנים יפרעם לו לערך הזהב כנ"ל וגם היו"ד אלפים שפרע כבר לא יחשוב אותם כי אם לערך הכ"ז כשטר שבידם דוקא ולא בערך הזהב של עכשיו וראובן המשכיר הנ"ל משיב על טענה ה"א הנ"ל דכיון דכבר קבלו ממנו ע"י ב"ד הצדק סך יו"ד אלפים לבנים ומסרו בידו הבית והשכירה לעצמו ולא מיחו בידו הב"ד והאלמנה כלל הרי נתרוקן זכותם לגמרי מן הבית ואחולי אחילו גביה התנאי הנז' ה"כ בשטר שיפרע הכל בבת אחת ועל טענתו ה"כ הנ"ז היתה תש"ו דהוא קבל מראובן ח"י אלפים לבנים אם הוא יפרע להם ח"י אלפים לבנים בערך. ששוה הזהב עכשיו ולא בערך הכתוב בשטר דלדעתו איכא איסור רבית אם יפרע באותו ערך אעפ"י שהתנא כן ביניהם בשטר הנ"ז התנאי בטל כיון א דאיכא לתא דרביתא וכתורה יעשה אי לזאת יורנו מ"ץ הדין עם מי ויבא שכמ"ה:

תשובה נלע"ד דהדין עם ראובן המשכיר הנ"ל ב"ב הטענות הנ"ל ואשיבה ידי על אחרון ראשון לענין מה שתובע האפו"ט ממנו לגבות בערך הכתוב בשטר דלענד"ן אין הדין עם האפו"ט דהא ודאי לא נפיק מאיסור רבית דרבנן אם יפרע לו כעת לאותו ערך הכתוב בשטר דהגם דקי"ל דאם עשאם דמים בתח"י שרי ללוות סאה בסאה ולתת לו יותר אפי' אם הוקרו אח"כ אם עשאם באותם דמים של עכשיו וכפי מה שפסק עמו וכמו כן אם הוזלו ופסק עמו בשעת הלוואה צריך שיתן לו כפי מה שפסק עמו בשעת הלוואה כמ"ש

הרב ב"ח ז"ל בקונ"ט אחרון אשר לו ליו"ד בס"י הס"ב יע"ש ובנד"ן כיון שכתב בשטר סך כו"כ לבני' לערך הזהב הלירא בסך כו"כ לבנים הרי עשאם דמים ממש כמבואר יוצא מדברי הרדב"ז ז"ל בתשו' הישנות ס"י קפ"ו ומדברי הרב מהרשר"ם ח"מ ס"י ע"ד ומתשו' מהרימ"ט בראשונות ס"י יו"ד יע"ש וזה פשוט וכמו כן אם יש ללוה דינר אחד או סאה אחת או יצא השער קי"ל דמותר ללוות עליהם כמה סאין וכמה דינרין כמ"ש מרן ז"ל בש"ע יו"ד ס"י הס"ב יע"ש מ"מ בקובע זמן לפרעון כנ"ד הנה הרמב"ם ז"ל בפי"ד מ"ה מלו"ל והביאו רב"י הטור ז"ל שם בס"י הנ"ל דאסור אפי' יצא השער או י"ל דינר אחד יע"ש ושם בב"י כתב מרן ז"ל שכן דעת הסמ"א ורי"ו ז"ל ושהעיד רי"ו ז"ל שזהו דעת הרי"פ ז"ל ותמה עליו מרן שם דמנ"ל הא ב"ד הרי"פ וכו' יע"ש וכתב מהר"י באסאן ז"ל בס"י ס"א דמצ"ל המוחזק קי"ל כהרמב"ם והרי"פ והסמ"א ורי"ו ז"ל ואעפ"י שאין הכרח ב"ד הרי"פ בה"ל אולי ראה ד"ק בתשו' יע"ש וגם הרב"א ז"ל באסיפת זקנים למציעא דקס"ד ע"ד מהספר כתב דגם הגאונים ז"ל ס"ל בזה כהרמב"ם ז"ל ושם כתב משם הריטב"א שכן הוא ג"כ דעת רש"י ז"ל והתו"ס יע"ש וכבר פסק מרן ז"ל בשה"ט ח"מ ס"י ה"א דדינר זהב לגבי מטבע כספפירא הוי יע"ש ועיין בתשו' מהר"י באסאן ס"י ס' פס"ד מרב וגדול לא נודע שמו דנ"ד הוא כנ"ד ממש שכתוב בשטר השו"ת דנ"ד כו"כ לבנים לערך הזהב בכו"ך וזיכה הרב ז"ל למוחזק ב"ט קי"ל כהרמב"ם דבקובע זמן אסור אפי' י"ל ויצא השער ופירש עוד דברי השטר דנ"ד ש"כ כנז"ל דאם היה הכוונה שיהיו הפרחים קרן קיים הול"ל בשטר שהוציא ראובן תרס"ג פרחי זהב ומל"ל ה"פ אלפים לבנים כיון שהפרחי זהב הם פירא אלא ודאי וכו' עכ"ל והסכים ע"י הרב מהרי"ב ז"ל שם ס"י ס"א דיכו"ל קי"ל וכו' ע"ל וגם בפ"י דברי השטר כתב ז"ל ומ"מ דעתי נוטה לפ"י ה"א וכדברי ה"ה וכו' ואע"ג וכו' מ"מ היה אפ"ל דכיון דנפ"מ חוכ ל"ש המוחזק נאמר שאין פי' השטר שא כפ"י ה"ב שכתבנו שלכך כתוב לערך וכו' שיקחם וכו' דעכשיו מצ"ל קי"ל וכו' עכ"ל יעש"ב וכבר ראיתי להגאון החק"ל ז"ל בח"א מח"מ ס"י קנ"ד שהאריך הרחיב בזה להתיר למלוה לגבות בערך הכתוב בשטרו מכמה טעמים ועמד בכל הסניפים ובפרט בהדיא שכתב הרב תה"ד ז"ל ופסקו רמ"א ז"ל בש"ע יו"ד ס"י קס"ב הנ"ז דבזה"ז מותר ללוות דינר בדינר וכו' יע"ש והגאון החק"ל ז"ל שם נפק דק ואשכח בכולהו טעמי פלוגתא דרבוותא ומידי ס' רבית לא נפיק אם אין לו ולא יצא השער יעש"ב נפלאות מתורתו וגם ב"ד הרמב"ם ז"ל הנ"ל דאוסר בקובע זמן לפרעון אפי' י"ל או יצא השער והוכיח במישור מ"ד הפו"ס ז"ל דאית דס"ל דהרמב"ם ז"ל אוסר בקובע זמן אפ"י דאיכא תרתי לטיבותא דהיינו י"ל או יצא השער אלא דהעלה הרב ז"ל שם דרוב הפו"ס

חולקים עליו ושאין לומר קי"ל כהרמב"ם ז"ל בזה יע"ש וחזר הרב ז"ל ושנה פרקו בחק"ל מ"ב ח"מ סי' ט' ושם בדקפ"ח ע"ד הוסיף להוכיח כן דלא מצ"ל קי"ל כהרמב"ם ז"ל וז"ל והנה בעתה נ"ל להוכיח כן שהרי אפ"י בא"י ומערב שהסכימו לדון כהרמב"ם ומרן הב"י הרי מסתם דברי הב"י והש"ע יו"ד סי' קס"ב נראה דעתו דלא כהרמב"ם והרי כתב הגו"ר שבא"י ומערב קבלו דעת מרן אפ"י נגד הרמב"ם וכו' ולא חשו בזה ל"ד הר"מ שראו שהם דברי יחיד אנן נמי לית לן למיחש עכ"ל יעש"ב ואני אומר שאני מני"ר דרב גובריה ורב חיליה לדחות דעת הרמב"ם ז"ל מהלכתא לגמרי אפ"י להוצא מיד המוחזק דלא כהרמב"ם ז"ל ואולם אנן יתמי דיתמי מה כחנו יפה לאפוקי ממונא נגד דעת הרמב"ם ז"ל אמנם תמהני טובא עליה דמני"ר ז"ל איך מלאו לבו לומר שהם דברי יחיד מאחר שדעת הגאונים ורש"י ותו"ס לדעת הרי טב"א והרי"פ לפי"ד רי"ו ז"ל ורי"ו ז"ל גופיה והסמ"ג כולהו ס"ל הכי לדינא בדעת הרמב"ם ז"ל דבקביעות זמן אסור אפי' יצא השער ויש לו כנז"ל ומהרשד"ם ז"ל בכמה תשו' מיו"ד וח"מ חשש להחמיר כד' הרמב"ם ז"ל והבי"ד הוא עצמו בתחי' -"ק שם דקפ"ה ע"א וכתב עליו דאיכא מאן דס"ל בצד זה כמהרשד"ם וכו' יע"ש ובדקפ"ח ע"א יע"ש וא"כ איך אחר כ"ז יהיו דבריו דברי יחיד ואין לחוש לו הא ודאי אתמהא טובא לענ"ד: ומ"ש עוד דמסתם דברי הב"י וכו' הנה הרואה יראה למרן בש"ע שם דלא גילה דעתו בזה כלל והשמיט להאי דינא לגמרי ואסר סאה בסאה וכל מידי אפי' לא קצב זמן לפרעון ושוב התיר ביש לו מעט או ביצא השער ומצ"ל דאיירי בלא קצב זמן לפרעון כדכתב להדיא ברישׁ דבריו בצד האסור אם אין לו מעט ולא יצא השער ואי הוה ס"ל דביש לו או יצא השער מותר אפי' בקבע זמן דלא כהרמב"ם ז"ל הו"ל לאשמועי' הכי בהדיא לאפוקי מדעת הרמב"ם ז"ל וכמ"ש כלל זה בדעת מרן הרב מופת הדור עיר וקדיש כמהרח"פ ז"ל ב"ס הבהיר חוקות החיי' בדס"ז ע"ד יע"ש ומדסתם לן מרן בש"ע כנ"ז מוכרח דההתר ביש לו או ביצא השער מיירי בלא קבע זמן לפרעון כלל וכדקאמר בתחי' הסי' בצד האסור אפי' שלא קצב זמן גם צד ההתר בלא קבע זמן דוקא איירי דש"כ הול"ל כצד דהתר המותר אפי' בקבע זמן לפרעון וזה פשוט ואם בב"י לא חזינן למרן דפליג בהדיא אהרמב"ם בזה רק תמה ע"ד רי"ו שצירף להרי"פ ז"ל עם הרמב"ם בסברא זאת וע"ז תמה דמנ"ל הא ותל"מ כיעו"ש ואיך הוא ז"ל דן ידין דמדסתם בב"י נאמר דמרן פליג ע"ד הרמב"ם בזה הא אדרבא איפכא מסתברא למימר וכנז"ל או לצד הפחות לא גילה מרן ז"ל דעתו בדין זה כמאן ס"ל ועוד יש לתמוה טובא ע"ד הגאון ז"ל הנ"ל דאמר מר דמסתם דברי מרן ז"ל בב"י ובש"ע נראה דלא ס"ל כהרמב"ם ז"ל כנ"ז דאיך יתכן לומר כן בד' מרן ז"ל דהא אפי' הרא"ש והרשב"א ודעימייהו ז"ל החולקים על

הרמב"ם ושרו ביש לו ויצא השער אפי' בקבע זמן לפרעון עכ"פ אזלי ומודו לאסור אם אינו רשאי לפרוע תוך הזמן אפי' י"ל ויצא השער כמבואר להדיא בדבריהם ז"ל אשר הובאו בב"י שם ופסקם מור"ם ז"ל שם ס"י קס"ב יע"ש וחזינן ליה למרן ז"ל בש"ע שם שהשמיט סברתם הנ"ל לגמרי והתיר בסתם ביש לו או יצא השער א"כ אטו היתכן לומר דמדסתם בש"ע ש"מ דמתיר גם בכה"ג דאסרי הרא"ש והרשב"א ופליג עלייהו איהו ז"ל מדיליה ומדנפשיה הא ודאי זה לא אמרה אדם מעולם והס כי לא להזכיר אלא ודאי צ"ל דמאי דמתיר מרן ז"ל בסתם ביש לו או יצא השער היינו בלא קצב זמן לפרעון כלל אמנם אנה"ן בקצב זמן לפרעון וכ"ש כשאינו רשאי לפרוע תוך הזמן ודאי דאזיל ומודה מרן דאסור לא דבהכי לא איירי מרן ז"ל וא"כ מה שאנו מוכרחים לומר בדעת מרן כי היכי דלא ליפליג ע"ד הרא"ש והרשב"א ז"ל דאסרי הוא עצמו נאמר בדעתו ז"ל כי היכי דלא ליפלוג ע"ד הרמב"ם ז"ל והדברים ברורים גם מ"ש הגאון החק"ל ז"ל מהאו"ה ז"ל שכתב דבא"י ומערב קבלו דעת מרן גם נגד דעת הרמב"ם כנ"ל לא זכר שר פה מ"ש הרב מ"מ ז"ל בשניות ח"מ ס"י ל"ד דפליג ע"ד הגו"ה ז"ל בזה וס"ל למר דמאן דסמיך ע"ד חד מניהו לא משתבש יע"ש וכבר הביא מח' זו הרב חש"ש ז"ל בכללי הקי"ל יע"ש ולא עוד אלא דהגאון החק"ל גופיה באה"ע ס"י מ"ה ובמ"ב ח"מ סס"י כ"ה זכר עשה לדברי שניהם יע"ש וכבר נרגש מסתירת ד"ק הנז"ל מר בריה דרב הרב אורח משפט בכללי הקי"ל אות י"ג יע"ש וא"כ בנד"ן מצי המוחזק לו' קי"ל כהרב מ"מ ז"ל דס"ל דגם נגד מרן מצ"ל קי"ל כהרמב"ם באתריה כנ"ל והגם דהגאון החק"ל שם במ"ב ח"מ ס"י כ"ה בתר דאייתי דעת הע"ה והמ"מ ז"ל הנ"ל הכריע הוא ז"ל מדיליה דבמקום דמרן נגד הרמב"ם אין לנו לדון אלא כרוב הפוס' ז"ל יע"ש הנה ראיתי להרב בית אברהם ז"ל בסי' ס' דק"י ע"ב בדין מתחייב בדשא"ק דרוב הפוס' ומרן פליגי על הרמב"ם ורבותיו ז"ל ועכ"ז כתב הוא ז"ל בפ"י דאפי' באתריה דמרן מצ"ל קי"ל כהרמב"ם יע"ש וזהו הפך הכרעת הגאון החק"ל ז"ל הנז"ל וכמבואר והרב בית אברהם ז"ל אזיל בשיטת הרב ר' אבהו המ"מ ז"ל וכמבואר ועיין בס"הק לב נשבר סי' ה' מ"ש בעניותי בפרט זה יעש"ב באופן דזאת מצינו דאפי' במקום דמרן ז"ל פליג להדיא עליה דהרמב"ם ז"ל בש"ע עכ"ז מצ"ל קי"ל כהרמב"ם אפי' באתריה דמרן ז"ל אפי' דרוב הפוס' פליגי ע"ד הרמב"ם לדעת הרב מ"מ והרב מר בריה ז"ל כ"ש בנ"ד שדעת מרן אינו מבורר דפליג ע"ד הרמב"ם. בזה ומצ"ל הכי והכי דבודאי הגמור דמצ"ל המוחזק. קי"ל כהרמב"ם ודעימיה דאסרי בקבע זמן אפי' ביש לו ויצא השער וכמדובר ודלא כמ"ש הגאון החק"ל ז"ל אחהמ"ר הראויה אליו את כבודו ואת גודלו ובפרט כי ראיתיו להגאון החק"ל גופיה במ"ב ס"י ד' דקע"ו

ע"א שכ"כ להדיא וז"ל ומה גם דכתב הרב מ"א ס"י ע"ה דא"י אתריה דהרמב"ם היא וכ"כ ש"פ וא"כ לכשתמ"ל דאין ברירה בדעת מרן הש"ע אין ס' דנקטי' כהרמב"ם וכו' עכ"ל יעש"ב והוא ממש כדכתי' אנן בעניותין ובנ"ד אין ס' דאין ברירה כלל בדעת מרן ז"ל בש"ע ובב"י וכמדובר:

ועוד שכבר כתבנו דאפי' הרא"ש והרשב"א החולקים בפ"י ע"ד הרמב"ם ז"ל בזה מ"מ אזלי ומודו ליה לאסור בלוה לזמן ולא יוכל לפרוע תו"ז אפי' ביצא השער כנז"ל ובנ"ד פשוט הדבר דאינו יכול המשכיר שהוא הלוה לפרוע תו"ז ה"ד שנים שקצבו ביניהם כלל ואם השוכר לא יוכל לתבוע מעותיו תו"ז כנז"ל כלל שכן התנאי ביניהם מפורש בשטר כנ"ז בשאלה שאחר עבור ה"ד שנים דוקא אזי הרשות בידם לתבוע זמ"ז וא"כ בנ"ד כ"ע מודו דאסור אפי' יצא השער וה"ה נמי אפי' עשאם דמים ג"כ ואין אנו צריכים לטענת קי"ל כהרמב"ם כלל וכמבואר פש גבן היתרא דאם יש לו דינר אחד הנה ישבע המשכיר היסת שלא הי"ל בעת ההיא אפי' דינר אחד אם יטעון שכנגדו בריא שהי"ל למשכיר בעת ההיא דינר אחר ולא יפרע לו כעת אלא תשלום הח"י אלפים לבנים בערך ששוה הזהוב עכשיו ולא יותר כנלע"ד פשוט לדינא כעת ולא למעשה כי למעשה אני מבטל דעתי נגד דעת עליון הגאון החק"ל ז"ל ומה גם כי רואה אנכי שכבר פשט המנהג משנים. קדמוניות בעירנו זאת לכתוב כן בשטרי עי"ס ומשכנתות ומכר ושכי' ושו"ת ודייני דייני כסברת הגאון החק"ל ז"ל והוקבע המנהג להיתרא כדפשט המנהג להתיר שטרי עי"ס עצמם וככל מ"ש החק"ל ז"ל בח"מ ח"א סס"י א קנ"ד הנז"ל וכן הסכימו כעת כל רו"ח עירנו יצ"ו להתיר מכח המנהג הנז"ל וסוגיין דעל מא ודדייני הכי אזלא כמעשים בכל יום כידוע שוב נד"מ ס' קרית ארבע להרב המופלא כמהרי"ץ עקריש נר"ו חד מרבני קושטא יע"א ובתשו' ס"י ד' דקס"ו ע"א נשאל בזה בחלוקת הליראס שהוקרו והאריך הרחיב למעניתו כיד ה' הטובה עליו והתיר בפשיטות וכסברת הגאון החק"ל ז"ל וחייב למשכיר לשלם לשוכר מעותיו כמו שהתנו א' בשעת הלוואה יעש"ב ברם בדין קובע זמן לפרעון דהרמב"ם ודעימיה אסרי לא עמד הרב הנ"ז נר"ו במח' זו כלל זולתי שם בדקס"ח סוף ע"ב הביא מ"ח עו בקצר אמיץ משם הגאון החק"ל ז"ל וסמך עליו גם בזה שאין לומר קי"ל כהרמב"ם בזה ולא נתעורר עליו כלל בזה יע"ש ואנא עניא הנלע"ד כתבתי והמעיין יבחר:

אתאן לטענת האפוט' דנ"ד הראשונה שטען על המשכיר כנז' בשאלה הנה נלע"ד דגם בזה הדין עם המשכיר דהן אמת דקי"ל דמשכונא סתם נפדת לחצאין ואין המלוה נגרע מן הפירות של המשכונא כלום אלא אוכל המלוה פירות כל המשכונא עד שיתפרע ע"ס

פרוטה אחרונה דכולה משכנתא דידיה אשתעבד ליה לכולה מלוה דיליה ואנו רואים המעות שכבר נתן כאלו הם פקדון ביד המלוה כמ"ש כ"ז הרשב"א ו"ל בתשו' הביאה מרן ז"ל בב"י יו"ד ס"י קע"ב ופסקה מור"ם ז"ל שם בהגהה וכ"כ עוד מרן ז"ל בב"י ח"מ ס"י ע"ד מחו"ב משם בעה"ת והר"ן ז"ל יע"ש מ"מ נלע"ד פשוט דהיינו דוקא כשהמלוה נשאר בידו הבית או השדה הממושכנות לו והוא דר בהם והם בידו עדין אזי יוכל לעכב עליו ולומר לו או תפרע לי כל מעותי בב"א כעת או אני אוכל כל פירות המשכונא שבידי עד שתפרע לי הכל עספ"א דהכי מוכחי ודייקי דברי הרשב"א ז"ל אמנם אם כשקבל ממנו ד"מ חצי הסך של המשכונא והוריק לו הבית או השדה ומסרם ביד בעליהם לעשות בהם כרצונו וכגוונא דנ"ד הא ודאי שוב אינו יכול עוד המלוה לתבוע מהלוה שלו שכירות הבית או השדה בטענה שעדין נשאר לו חצי דמי המשכנתא דודאי אמרי' בכה"ג דאחולי אחיל גביה ונתרוקן זכות המלוה מפירותהם לגמרי מדחזינן ליה דבהגיע לידו חצי הדמים שלו הוריקם ומסרם בידו והדברים פשוטים לענ"ד וא"צ חיזוק כלל ועיין בזה להרב יד המלך דפ"ד ע"ב ובמאמר מרדכי דפ"ט ע"א וע"ב ולהרב ירך אברהם ח"ב ד"ו ע"ד נוה נצדקק בפכ"ג מה"ל מלו"ל הטו"ב אחי וראש חיו"ד ס"י ח' ובש"פ ז"ל ע"ע הלא בס' ואכמ"ל: ועוד נלע"ד לומר דכל מ"ש הרשב"א ובעה"ת והר"ן הנ"ל דנשאר המלוה אוכל פירות כל המשכונא עד שיפרע עספ"א כנז"ל זהו דוקא במשכונא ממש לא כן בכה"ג דנ"ד שהוא בתורת שכירות מוקדמת לשנים רבות לה דמי למשכונא כלל וכמ"ש מרן ז"ל להדיא בב"י ובש"ע יו"ד סס"י קע"ד דבכה"ג שהוא בתו' שכי' מותר אפי' שיהיה אחריות הקרקע משריפה או נפילה על בעל הקרקע יע"ש ש"מ דחילוק גדול יש בין משכונא ממש לכשהוא בתו' שכי' מוקדמת כנ"ל יכיון שכן ה"ה והוא הטעם לדין זה א"כ וכמובן ומאחר דהאי שטרא דנ"ד הוא מבואר מתוכו דהוא שטר שכי' מו"ק ולא משכנתא כלל ואם בשעבוד וכו' ובנאמנות וכו' לפרעון סך המוקדמים הנ"ז א"כ אחר שפרע להם המשכיר היו"ד אלפים לבנים ומסרו בידו הבית ריקם לדור בו הוא וב"ך או להשכירו כרצונו א"כ נשארו תשלום הסך ח"י אלפים לבנים בהלוואה גביה ואפי' שהתנו בתוך השטר הנ"ז שיפרע הכל בב"א מ"מ כשנתרצו וקבלו ממנו אותו הסך הנ"ז והחזירו לו ביתו לרשותו ולא תבעוהו בדינא ובדייני לקיים תנאו לפרוע הכל בב"א ולא עוד אלא שהיה פרעון אותו הסך הנ"ל ע"י מ"ע הרב דאב"ד הצדק נר"ו כנ"ל בשאלה הלא חייבו לפרוע הכל בב"א הא ודאי מסתמא אמרי' דמחלו לו התנאי הנ"ל ופרעון זוזא זוזא הוי פרעון ואין להם עליו אלא תרעומת כמ"ש מרן ז"ל בש"ע ח"מ ס"י ע"ד יע"ש וזה ברור ולא שייך למימר בנ"ד שכירות ליומיה ממכר הוי ובכן שרי למכור סאה

בסאה או דינר בדינר אפי' אין לו כלל ולא יצא השער כל שהוא דרך מקח וממכר וה"ה בדרך שכי' כנ"ד ואם הוי ממכר לכל השנים המושכר לו הבית הכת"ו בשטר השכי' ובכן מגיע לשוכר ה"א כל סכי השכי' שקבל המשכיר מהם בשנים הללו כל זמן שלא פרע להם תש' מעותיהם ע"ס פ"א דהא ודאי ליתא כלל כיון דאיכא תנאי ה"ד שנים הנ"ל ואיכא נמי שעבוד ונאמנות על פרעון הסך כולו א"כ הדר הו"ל הלוואה גביה ועיין בתשו' מהר"י אדרבי ומהרשד"ם ז"ל הידועה והוד"ק בתשו' הרב מט"ש ז"ל במ"א סי' י"ב ובמ"ש הרב מט"ש ז"ל גופיה שם ובמ"ש אני עני בספרי הקטן פני יצחק ח"א בתשו' ס"י ו' בדין משכנתא דסורא ב"ל שכי' יעש"ב וע"ע במ"ש אני עני בתשו' פני יצחק ח"ב יו"ד סי' נ"ד ומשם באר"ה ואכמ"ל בזה והנלע"ד כתבתי וצו"י י"מ וימ"ן כיר"א כ"ד זעירא דמן חברייא: והוא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

שו"ת פני יצחק ח"ב אה"ע

סימן א

שאלה ראובן שהיה דרכו לנסוע תמיד לכפרים אשר סביבות העיר הלזו לישא וליתן שם עם הגויים הכפריים פעם היה מתעכב שבועות שתים ופעם חדש ימים ופעם יותר עד שפ"א נסע לדרכו להכפרים הנז' עצמם ולביתו לא חזר זה ב' שנים מ"מ ונעלם ולא נודע מה היה לו ואולם תכף להתעלמותו יצא הקול עליו שנהרג בדרך הכפרים הנז' אלא שלא נמצא עליו שום עדות שנהרג בדרך הנז' זולתי קול בעלמא דוקא ותו לא מידי ואח"כ שמעון אחי ראובן הנעלם הנ"ז חשד ב"ב ו"ג בנ"א מהגויים של כפר מהכפרים הס' שאחיו הנז' עובר עליהם תמיד שהם הרגוהו וכיסו את דמו ולקחו את כל אשר לו והביאם בכח המלכות יר"ה לדון עמו פה העירה בפני השופטים של המל' יר"ה על הריגת אחיו הנז' ונתפחדו הגוים הנז"ל פן יתחייבו בדמו לפני המל' והוכרחו להתפשר עם שמעון הנז' בסך מה בעד דמי אחיו ולמחול להם תביעתו מהם וכן עשה והלכו להם הגוים הנז'. לכפר שלהם בשלום יחדיו. ושוב נתלמד שמעון הנז' מלאכת אחיו ראובן הנז' הנעלם וגם נשתתף עם איש יאודי אחד מפה עירנו והורגלו ללכת לכפרים הנז"ל עם סחורות שהיו לוקחים עמהם מפה העירה וגם פתחו חנות בכפר אחד מהכפרים הנז' ונעשו סוחרים שם בקבע ובכל מועד ומועד היו חוזרים לבתיהם לש'. ויהי היום אחר חג השבועות נסעו לדרכם מביתם ללכת לכפר שלהם שהחנות שלהם שם שניהם יחד ולקחו עמהם מפה כמה סחורות כדי למכור שם בחנות שלהם וקודם הגיעם למקומם חשך עליהם היום והוכרחו לישן בכפר אחד הסמוך לאותו כפר שבו החנות שלהם רחוק

ממנו ב' שעות מ"מ ונתאכסנו שם בבית השיך של הכפר הנז' וישנו שם ויהי בבוקר בזריחת השמש נסעו לדרכם ללכת לכפר שלהם הנקרא כנאכיר ויש להם נושא אדם א' שהטילו עליו סחורותיהם והם הלכו על רגלם עם החמור שלהם ושוב לא הגיעו לכפר שלהם הנז' כלל ואחר כמה ימים נסע יאודי אחר מפה העירה לאותו כפר שלהם הנז' ושאל עליהם לבני הכפר הנז' והשיבום שלא באו אצלם עדיין מיום שהלכו לחוג בביתם והם מצפים להם מתי יבואו אצלם כדי לקנות מהם סחורות הצריך להם וחזר היאודי הנז' לפה העירה והגיד כן לקרובי הנעלמים הנז' ששאל עליהם בכפר הנז' ובכל הכפרים אשר עבר עליהם בדרך הנז' ולא נמצאו כלל ותכף נתעוררו קרוביהם הנז' וחששו שמא נהרגו גם הם בדרך הנז' והגידו למלכות שנתעלמו ב' יאודים בדרך הנז' ותכף שלחה המל' יר"ה כמה אנשי חיל עם כמה יאודים לבקש עליהם בכל הדרך הנז' ובכפרים הנז' אולי ימצאון והגיעו לכפר הסמוך לכפר שלהם הנז' ושאלו את פי השיך של הכפר הנז' הנקראת דאר כבייר ואמר להם השיך הנז' שהיו ישינים אצלו שני היאודים הנעלמים הלז הידועים לו ובבוקר הוא נסע לדרכו לחרוש והם נסעו לדרכם ללכת לכפר כנאכיר הנז' שבו החנות שלהם עם החמור שלהם הנז' ושוב לא ידע מה נעשה בהם ואח"ז יצאו האנשי חייל עם היאודים המחפשים הנז' לבקש עליהם בדרך ההוא בין הכפר הנז' לאותו כפר שלהם ויש שם בדרך ההוא מן. הצדדים יער גדול והרים ובקעות ומערות צורים תוך ההרים שביער הנז' ונטו המחפשים הנז' אל היער הנז' אולי הרגום שם כי ראו מרחוק עופות רבים שפורחים ונחים ביער הנז' ויהי הם מחפשים ביער הנז' אנה ואנה וימצאו שם שתי אבנים גדולות וגללו את האבנים ההם וימצאו תחתם דם קרוש הרבה מאד שעדין לא נבלע בארץ ונשאר קרוש ע"פ האדמה ומכוסה באבנים ההם אזי הבינו שבאותו מקום נהרגו הב' יאודים הנז' והלכו ביער הס' עוד מעט אנה ואנה וימצאו שם כמה וכמה אצבעות של בנ"א ועצמות רגל ושוק וארכובה ושערות הראש כולם דבוקים עם עור של גולגולת הראש וגם ראו והביטו במערה אחת שביער הנז' ומצאו שם בגדים בלויים וראש חמור וחתיכת ד' כנפות ובגדי ומלבושי הב' היאודים הנז' בלויים ומלוכלכים בהם שלהם והביאו הכל אצלנו לפה העירה ונשותיהם של ההרוגים הנז' הכירו בטביעות עינא בגדי בעליהם ההרוגים הנז' שהם הם והתחילו לבכות ולצעוק על הריגת בעליהם והקריבו משפטם לפני המלכות יר"ה ועכ"ז לא נתוודע בבירור אם באמת הם הם ההרוגים הנז' ומי הרגם ושוב היה יאודי אחד בכפרים אחרים מתעסק במלאכתו ושמע דברים מפי גוי פלשתי אחד על אודות ההרוגים הנז' וקבלו ב"ד עדותו וז"ן במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ב"ד דח"ל כד אתא קדמנא ה"ר פ' ואחר האיום

והגיזום כדחזי קם על רגליו והעיד ע"ן וע"י וכה אמר אנא כונת פי' גב"ל אל שיך וגאיין גויים וערלים מכאר״יה יעב"ו תל"ג מן אל גב"ל אל מ"ז ומן גום לתהום איג"א וואחד דורזי וקאלי מל"ת מא סמטת פי' תנין אל יאוד אלזי קתלו וקולתלו מין האין אל יאוד ופי"ן קתלו גאווב׳ני אין כאנו אתנין יהוד טאלעין אילא כנאכיר ובאתו פ"י אל דאר כ'בייה ענד אל שיך ואנבחו תאני יום ואכד"ו רגיפי"ן כ'ובז מן ענד אל שיך ומשיו ושאפוהום תלאתיה מן קריית זאכייה וסחבוהום לל וועֿרא אל וואחד מנהום נטר פ"י אל וועֿרא ואל אתנין מנהום פאת"ו לל וועֿרא ושקפוהו"ם סוקתלוהום קתליה שניעא חיתא עמלי לחמהום מתל אל קאוורמא וקולת להו מה תער"ף מין הנין הל יהוד אלזי קתלו גאווב׳ני אל וואחד מן אל יהוד אל מקתולין אבייצ'אני ושערו אשקר ואל תאני קציר ושערו אסווד וזאלך אל כלאם כולו סמעתו מן אל נטר אל מ"ז אלדי כאן נאטיר פ'י אל וועֿרצו וכל גומליה קאלי אל דורזי אל מ"ז אין חצ". מן אל חכומיה עסכר וגאבוהום בכ'ישיה מע גוברת ראסהום ושערהום וראס אל חמאר מעהום מע גומלת אוואעי מן. אוואעיהום וסאלנא לל דורזי אל מ"ז שו מצלחת הל יהוד בתלך אל אר"ץ וקאלי אין ליהום דוכאן פ"י כנאכיר וביייאעין שראיין בכנאסר ובעאם אל מאצ"י קתלו אכ"ו אחד מן אל יהוד אל מקתולין פ"י אר"ץ זאכייה ודפע"ו מצארי מבחבחא וקתלו הל אתנין פ"י גובאר אל מצארי אלזי חטו אהל זאכייה ופ"י סאעתהא אנא ארתעבת ונזלת לזלתהא עלא קטנא ובת הונין והל כ' ברייה כזאלך סמעתהא פ"י קטנא ע"כ הגיעה עדות העד ה"ר פ' הנ"ז וקבלנו עדותו כראוי וכו' וחתימי עליה ג' דיינים יצ"ו וזה פתרונה בלה"ק איך הייתי בהר אל שיך ובאים גויים וערלים חמרים למלאת שלג מן ההר הנ"ז ומכללם בא אחד פלשתי ואמר לי מסל"ת לא שמעת בשני היאודים שנהרגו אמרתי לו מי הם אלו ה"ב יאודים והיכן נהרגו והשיבני. שהיו ב' יאודים הולכים לכנאכר וישנו בכפר דאר כבי"ר אצל השיך ובבוקר לקחו שני פת לחם מבית השיך והלכו וראו אותם ג' בנ"א מכפר זאכייה וגררום לתוך היער האחד מהם שמר ביער וה"ב מהם נכנסו ליער וחתכו אותם והמיתו אותם מיתה בזויה עד שעשו בשרם כמו בשר אל קאוורמא ואמרתי לו אינך יודע מי הם אלו היאודים שנהרגו השיבני האחד מהיאודים ההרוגים הוא לבן ושערותיו אדומות וה"ב הוא קצר קומה ושער שלו שחור ואלו הדברים כולם שמעתים מן השומר הנ"ז שהיה שומר ביער ובכלל אמר לי הפלשתי הנ"ז איך בא מן המלכות חייל והביאום בתוך שק עם גולגולת ראשיהם עם שער שלהם וראש החמור שלהם עם כמה בגדים מבגדיהם ושאלתי להפלשתי הנ"ז מה עסק אלו היאודים בארץ הנז"ל ואמר לי שיש להם חנות בכפר כנאכיר ונו"ן בכנאכיר ובשנה שעברה הרגו אחי אחד מאלו היאודים ההרוגים

בארץ זאכייה ופרעו מעות הרבה והרגו אלו ה"ב בעבור המעות שנתנו אנשי זאכייה ובה שעתה נתפחדתי הרבה וירדתי באותה הלילה לכפר קטנה וישנתי שם וכן זאת השמועה ג"כ שמעתיה בקטנא ע"כ פתרון העדות והעתקה מלשון ערבי ללה"ק. הנה כי כן יורונו המורים לצדקה ויכתבו ע"ס חוקה אם יש היתר לנשותהם של אלו ההרוגים עפ"י העדות הנז"ל להתירם מכבלי עיגונם ולמצוה רבה תחשב להם ויבא שכמ"ה:

תשובה הנה יש להסתפק לכאו' בעדות זו ד' ספיקות ואלו הם א' אי מהניא עדות הגוי הפלשתי הלזה מפי הגוי הראשון השומר ביער ואת"ל דמהניא אכתי יש להסתפק ולו' דל"מ כיון דלא ביאר שיחותיו הגוי הפלשתי הלזה אם כשסיפר לו הגוי הראשון הנ"ז היו דבריו אלה אליו במל"ת או ע"י שאלה ממנו או מזולתו דאם היה ע"י שאלה ל"מ עדותו כלל לדעת רוב הפוס' ז"ל וכעת שבאו דבריו בסתם ניחוש לדעת כמה פוס' ז"ל דחיישי להחמיר שמא היו דבריו ע"י שאלה וכמו שיתבאר לפנינו בס"ד:

הספק ה"ב והוא גדול אצלי יותר והוא זה שלא נזכר בדברי הגוי הפלשתי הלזה שמות ההרוגים המבוקשים אצלנו ולא שם אביהם ולא שם עירם כלל וכל הפוס' ז"ל הסכימו להחמיר דבעינן שיזכיר הגוי מל"ת שמו וש"א וש"ע שלשתם יחד ואי בציר חד מנייהו ל"מ להקל וכידוע:

הספק ה"ג הוא זה שלא נזכר בדברי הגוי הנז' שנקברו ההרוגים הנז' וגם קבורה לא הי"ל כלל וידוע דעת הרמב"ם ז"ל דגם בנהרג ביבשה ובלתי מלחמה בעי' דלימא מת וקברתיו ורבים חשו לסברתו להחמיר כידוע: הספק ה"ד הוא זה דשמא הגוי השומר ביער שהגיד לגוי הפלשתי הלזה שקר ענה ולהד"ע כלל דלא יתכן להיות שהרוצחים יהרגום בפניו ואדרבא עושים במחשך מעשיהם כדי שלא יראה אותם שום אדם שלא יתגלה קלונם ועונם פן יתוודע הדבר למלכות יר"ה ויתחייבו בדמם כידוע והנה הוא אומר כן מכח קול הברה ששמע וכדי להתפאר א"נ להטיל אימה אמר כן ולא מהימן בדבריו הללו ובפרט כי מחזיק עצמו לרוצח שהוא נמנה עם הרוצחים לאותם היאודים וידו במעל עמהם ואין אדם משים עצמו רשע ורוצח גמור ולא ייירא ולא יחת שמא יהיה נתפס על ההרוגים הנז"ל ואינו נאמן בזה כי אם מתפאר ומתהלל בדבר שקר וכזב ולא יהיה אלא ס' למיחש מיהא בעי ובפרט הנה אלה רשעים אשר פיהם דיבר שוא וכו' ויש לחוש להחמיר בכ"ז כידוע. באופן הנה לפננו ד' ספקות דנפלו בהאי סהדותא דנ"ד שראוי לכל מ"ץ להתבונן בהם להתיר הס' הללו בראיות נכוחות כדי להתיר נשותהם של אלו האומללים הי"ן והנה נודע מ"ש ההאשוני' רז"ל שראוי והגון לחפש ולהפך בזכות נשים העגונות להוציאם ממאסרם ומכבלי עיגונם וחיובא רמיא ע"כ יודעי דת ודין למצא להם

צדדי היתר עד מקום שידו מגעת בטו"ט ודעת ובידיעה מכרעת וזאת חובתי ואעשנה וזה החלי וה' אלדים יעזור לי לכוין לאמיתה של תודה ולא אכשל בדבר הלכה ח"ו כיר"א:
הנה ל"ס ה"א הנ"ז כבר נודע פלוגתא דקמאי דאיכא בהאי דינא דלדעת הריב"ש בס"י שע"ט וש"פ לא מהניא שום עדות גוי מפי גוי אפ"י שיהיו ב' שניהם מסל"ת כיון דעיקר הימנותא דגוי מל"ה בעיגונא דאתתא חידוש הוא א"כ הבו דלא לוסיף עלת ול"מ הגוי מל"ת כי אם במל"ת שמצא פ' הרוג או מת או נמצא בעת מיתתו או הריגתו ותל"מ שהרי אין הגוי בקי להכיר אם חבירו הגוי היה מל"ת או מתכוין להעיד אתד"ק יע"ש ודעת הר"ן ז"ל בתש"ו סי' ג' דמהניא עדות גוי מפי גוי ובלבד שיהיו ב' מל"ת שיעיד הגוי ה"ב במל"ת שגם חבירו הגוי ה"א המגיד לו היה מל"ת אבל אם היה ע"י שאלה ל"מ יע"ש ואולם הרב תה"ד בס"י רל"ט ס"ל למר דבכל גוונא מהניא עדות גוי מל"ת מפי גוי אפ"י שלא הגיד הגוי ה"ב על הגוי הראשון ששמע ממנו שהיה ג"כ מל"ת לא חיישי' לו' שמא ע"י שאלה היו דבריו דכיון שה גוי הב' באו דבריו בסתם ולא פי' שיחותיו אם הגוי הא' סיפר לו כן מעצמו ל"ת או ע"י שאלה מסתמא לא תלינן לו' שמא ע"י שאלה סיפר אתד"ק עש"ב וכבר הביא דעת עליונים למעלה ז"ל מרן ז"ל בב"י אה"ע סי' י"ז יע"ש וכדעת הגאון מוהריק"ו ש"ו קכ"א אפליגו ביה רבוותא ז"ל דמרן ז"ל בב"י שם ובתשו' אה"ע אשר לו ז"ל הבין בדעתיה דמוהריק"ו דקאי בשיטת הרב תה"ד ז"ל כמבואר ב"ד מר"ן ז"ל יע"ש וכן הבינו ג"כ כמה פו"ס ז"ל הבאים אחר מרן ז"ל אמנם כמה מהפוס' ז"ל חלקו על מרן בזה וס"ל דמוהריק"ו ז"ל קאי בשיטת הר"ן ז"ל הנז"ל דמחמיר מהרב תה"ד ז"ל ויש מהם ג"כ שהבינו דעת הר"ן ז"ל נמי דס"ל כהרב תה"ד ז"ל כמבואר כ"ז בספרי הפוס' ז"ל אשר נקבצו באו בכנה"ג אה"ע סי' י"ז הגב"י ובי"א אה"ע סי' הנ"ז ח"א וח"ב בהגב"י ע"ע הלא בספרתם לא ע"ט האסף פה והנה הגם דחזינא שכתבו כל גדולי הפוס' ז"ל שהעידו בגודלם שכבר פשטה ההוראה והמנהג להקל כדעת התה"ד ז"ל דכל בסתמא לא חיישינן והסכימו להקל בזה עפ"י הוראת הרב תה"ד ז"ל הנ"ז ומרן ז"ל בתשו' אה"ע ד"ק מכללם כמ"ש בשמם הרב כנה"ג והי"א ז"ל שם וכ"כ כמה וכמה מרבני האח' ז"ל ועד אחרן אתה תחזה להרב נחפה בכסף ק"א ס"י ט' דחן ע"א והגאון החק"ל ז"ל. במ"ב אה"ע ס"י יו"ד דצ"ט ע"ד והרב ידי דזד הנד"מ דר"ו ע"ד ועוד כמה אח' רבו מספר באופן כי כולם תפסו במושלם להקל עפ"י הוראת התה"ד ז"ל ושלא לחוש לס' הר"ן וכ"ש לס' הריב"ש ז"ל הנז"ל דלית דחש לה כלל כמ"ש הרואה וכ"כ אני עני בתשו' אחרת אשר לי בכת"י בהתר עגונה אשת שעבאן אל חאצבאני ושם ג"כ הבאתי בקצור סברות הפוס' הנז' שנטו להקל עפ"י עדותם שכבר פשטה ההוראה להקל כהרב תה"ד ז"ל יע"ש וכ"כ

הרב הגדול מופת דורנו ז"ל מהרהד"ח ז"ל בס' הנחמד נדיב לב ח"ב אה"ע ס"י ו' דכ"ט ע"א וע"ד דהעיקר כהרב תה"ד ז"ל יע"ש ברם מ"מ למיחש מיהא בעי לסברת הריב"ש ז"ל הנ"ז וכ"ש ל"ס הר"ן ז"ל הנז"ל כיון שדעתם ז"ל להחמיר ומי יקל נגדם באיסור ערוה החמורה בפרט ורואני בכמה וכמה מהפוס' ז"ל הנז"ל ויותר מהמה דחיישי לסברתם להחמיר והמה בחכמתם הוצרכו לבקש בנ"ד אופן ואופנים להסכים בנ"ד להריב"ש והר"ן להקל כאשר החכם עיניו יחזו דברים בשורשן את מקורם הערה הלא בספרתם וגם אני בעוניי בפס"ד עיגונא הנז"ל עיקר סמכין נמי על הטעם ה"ב שכתבתי שם באותו נדון הנ"ז דלא שייך לאומרו בנדון זה כמו שיראה המעיין. ומה גם דכל מה שהעידו בגודלם הראשו' ואח' ז"ל דכבר פשטה ההוראה. והמנהג להקל גם בסתמא כדעת התה"ד ז"ל דלא כהר"ן והריב"ש ז"ל כנז"ל רואה אנכי עתה הפעם דלא יועיל כ"ז להקל בנ"ד עפ"י הוראת התה"ד ז"ל הנ"ז מאחר דאנן בדידן קבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל ע"כ אשר יאמר כי הוא זה וכ"ש כשדעתו להחמיר ובפרט באיסור ערוה החמורה כידוע ועינינו הרואות למרן דהגם דבתשו' אה"ע אשר לו ד"ק תפס עיקר להקל כ"ס הרב תה"ד ז"ל וכ"כ כל הפו"ס ז"ל שדיברו בזה שכן הוא דעת עליון מרן ז"ל בתשו' ע"ע מ"מ חזינן ליה למרן ז"ל בשה"ט אה"ע סי' י"ז סט"ז דפסק כהר"ן ז"ל דוקא שכ"כ וז"ל גוי מל"ת מפי גוי מל"ת משיאין ע"פ עכ"ל יע"ש הרי דקדק מרן ז"ל בלשונו הטהור למינקט גמל"ת מפי גמל"ת דמוכח להדיא דס"ל למרן ז"ל דבעי' שיעיד הגוי ה"ב שגם הגוי ה"א היה מל"ת והיינו עפ"י שיטתיה דמר בב"י שם שכן הבין הוא ז"ל והכי משמע ליה בדעת הר"ן ז"ל שהגוי ה"כ יסיח ל"ת שגם הגוי ה"א הגיד לו ל"ת שכן מדוקדקים דברי הר"ן ז"ל שבתשו' הנז' ש"כ מל"ת מפי גמל"ת ודלא כ"ס הפוס' הבאים אחר מרן שצידדו בד' הר"ן דקאי נמי בשיטת התה"ד ז"ל כמ"ש הרואה בדבריהם ז"ל עיין ח"מ וב"ש סקמ"ח תומת ישרים סי' קל"ג וקל"ה פ"מ ח"ב סי' ז"ך מהר"י קצבי סי' י"ג מטה יוסף ח"א אה"ע סי' ט' ושאר פוס' ז"ל ע"ע וא"כ לדעת מרן ז"ל בב"י שהוכיח מדקדוק דברי הר"ן דהכי ס"ל כנ"ל א"כ כשהעתיק מרן ז"ל בשה"ט דברי הר"ן ונקט הכי בלישניה במל"ת מפי גמל"ת ודאי דס"ל הכין דבעי' שהגוי ה"ב יגיד ל"ת שגם הגוי ה"א הגיד לו מל"ת שלא ע"י שאלה כלל אבל בסתם חיישי' להחמיר שמא היו דבריו ע"י שאלה ודלא כהרב תה"ד ומוהריק"ו ואלו סברת התה"ד הנ"ז לא העלה על שה"ט כלל רק מיר"ס ז"ל הביאה בהגהתו שם ש"מ דמרן ז"ל בש"ע פסק להדיא כהר"ן ז"ל דוקא וידוע דעיקר קבלתנו להוראות מרן ז"ל באתרוותא הדין הוא דוקא למ"ש בש"ע דאלו למ"ש בתשו' במח' היא שנויה כידוע וא"כ מאחר דדעת עליון מרן ז"ל בש"ע כהר"ן ז"ל ובנ"ד לא ביאר דבריו הגוי ה"ב שהגוי ה"א

המגיד לו היה מל"ת שלא ע"י שאלה כלל רק באו דברי הגוי ה"ב בסתם ולא ידענו איך עברו הדברים בינו לבינו ולדעת הר"ן ומרן כוותיה פסק בש"ע חיישי' להחמיר כנ"ז ומי יוכל להקל בזה נגר דעת מרן בש"ע ובפרט באיסור ערוה ההמורה כנ"ל והכין חזינא להרב ערך השולחן אה"ע ס"י י"ז אות ל' שכן הבין בדעת עליון מרן ז"ל בש"ע דס"ל כהר"ן ז"ל שכ"פ וז"ל דין ט"ז גמל"ת מפי גמל"ת וכו' משמע דבעי' שהגוי ה"א היה במל"ת כמ"ש מרן בב"י מתשו' הר"ן וכ"ן דעת מוהריק"ו ש"ו קכ"א במ"ש הרב מהרימ"ט ס"י ב"ן וכו' ונראה משום דהריב"ש ס"ל דגוי מפי גוי ל"מ הכריע מרן דאנה"ן דמהני אלא שצריך שגם הגוי ה"א היה מל"ת וכו' עכ"ל הצל"ע יע"ש ור"ל דכיון דחזינן בהאי דינא ג' סברות בדבר דלהרב"ש ל"מ גוי מפי גוי כלל ולהתה"ד ז"ל לא מבעיא דמהני אלא דתלינן להקל גם בסתמא ואמרי' דודאי גם הגוי ה"א היה מל"ת ולא ע"י שאלה כלל ולהר"ן ס"ל דמהני גוי מפי גוי אלא דבסתמא לא תלינן להקל אלא דבעי' שהגוי הב' יגיד בפ"י שגם הגוי ה"א הגיד לו מל"ת שלא ע"י שאלה כלל ומאחר דאיכא ג' דעות בזה מסתבר ליה למרן ז"ל למינקט להלכה כס' הר"ן ז"ל שהיא סברא מציעתא וכ"כ הרב לב שמח בס"י ג' וכן הבין גם הוא ז"ל בדעת מרן ז"ל דס"ל בש"ע כהר"ן ז"ל יעש"ב וא"כ אע"ג דרוב ככל הפוס' נקטו להקל עפ"י הורא' הרב תה"ד ז"ל מ"מ כיון דמרן ז"ל מחמיר מאן ספין ומאן רקיע להקל נגדו בערוה החמורה וכ"ש לדידן דקבלנו הוראותיו בש"ע ובפרט בשהוא להחמיר ככל הנ"ל ומי יעצור כח להקל נגדו חלילה: והגם דהרב מהראנ"ח ז"ל ח"א ס"י ס"ה וע"ד ס"ל למר דפלוגתא דנא דהר"ן עם התה"ד ז"ל תליא בפלוגתא אחריתי דאפליגו הר"ן ותה"ד גופייהו אי בעי בעדות גמל"ת קשר דברים או לא והיכא שבאו דברי הגמל"ת בלתי הקדמת קשר דברים כלל דעת הר"ן ז"ל דל"מ עדותו כלל כיון שבאו דברים בלתי קשר דברים א"כ הוי מתכוין להעיד ול"מ א"כ ה"ט נמי דס"ל ה"נ כשבאו דברי הגמל"ת. ה"ב מפי גוי אחר בסתם דל"מ משום שצריכים אנו להוסיף על דבריו ולומר שחבירו הגיד לו בק"ד ובהקדמת דברים אחרים ומהיכא תיתי להוסיף אנו על דבריו ועל עדות הגוי הא' שהיה בקשר ובהקדמת דברים אחרים מה שלא הוזכר בעדות הגוי השומע מפיו. שאמר כן וא"כ כ ה"ט דהר"ן דמחמיר בעדות גוי מפי גוי דבעי' שיהיו שניהם מל"ת משום דלשיטתיה אזיל וכנז"ל אבל הרב תה"ד דלא בעי התם קשר דברים כלל אלא כל שאומר הגוי ל"ת בלתי שאלה כי מת או נהרג אפ שבאו דבריו בלתי שום קשר ובלתי הקדמת ד"א כלל חשיב שפיר מל"ת א"כ כשאומר הגוי ה"ב במל"ת ששמע מפי חבירו הגוי שאמר פ' מת בסתם מהני כיון שאין שום ריעותא בדבריו המגרעת כחה של עדות ואם באנו לומר שמא מתוך שאלה או איזו אמתלאה אחרת סיפר הגוי ה"א כן אנו

באים להוסיף על דבריו ומהיכא תיתי לבדות מלבנו מה שלא הוזכר בדברי הגוי המגיד בשמו אתד"ק מהראנ"ח ז"ל יע"ש ומכח זה כתבו רבני האח' ז"ל דכיון דבאותה פלוגתא אי בעי' קשר דברים או לא כבר עלתה הסכמת כל הפו"ס להקל כהתה"ד דלא בעי' ק"ד כלל אלא אפ"י אומר הגוי ל"ת פ' מת סתם מהני א"כ לפי"ז הה"ן דגם במח' זו דהר"ן עם התה"ד ז"ל דנקטי' להקל כהרב תה"ד דלא בעי' שיאמר הגוי הב' בפי' שגם הגוי הא' היה מל"ת אלא אפ"י בסתם נמי מהני כמ"ש הרב מהריב"ר ז"ל בתשו' כי באה בדב"מ ח"ב ס"י קי"ב דק"ל ע"ב והרב מהרמ"א ז"ל ב"ס הבהיר דברי מרדכי בתשו' ס"י ט"ו דק"מ ע"כ והרב פרמ"א ח"א ס"י קפ"ה עפי"ד מהראנ"ח ז"ל הנ"ז וכ"כ עוד כמה מהפוס' האח' ז"ל עפי"ד מהראנ"ח ז"ל הנז' ע"ע הלא ב"ס וא"כ נימא אנן נמי דכיון דבאותה פלוגתא דקשר דברים נקטי' לקולא דלא בעי' ק"ד כלל ודלא כהר"ן ז"ל כהסכמת כל הפו"ס שתפסו להקל בלתי ק"ד כלל דלא כהר"ן ז"ל כמ"ש אצלי בתשו' הנ"ל א"כ ה"ה והוא הטעם דבדין הוא דנתפוס להקל גם במח' זו דהר"ן ותה"ד בעדות גמל"ת מפי גוי דנקטי' לקולא כ"ס תה"ד דלא כהר"ן דפלוגתייהו הא בהא תליא דזיל בתר טעמא כמ"ש מהראנ"ח ז"ל וטעמו ונימוקו עמו וכדאמרן:

אמנם אנכי הרואה דעם דרוב האח' ז"ל תפסו כדברי מהראנ"ח ועפ"י הנחתו ויסודו הנ"ז שהניח יסוד מוסד והנח"ה סוברת דתרי פלוגתא דהר"ן עם התה"ד הנ"ל. הא בהא תליא וכנז"ל מ"מ חזינא דאין הכל מודים למהראנ"ח במונח ויסוד זה דחזינא למהרש"ך ח"ב ס"י מ' שכתב בפשיטות בעד הר"ן ז"ל דנכרי המספר לנכרי חבירו לא בעי הר"ן קשר דברים וכ"כ מר"ן החבי"ב בכנה"ג אה"ע ס"י י"ז האב"י אות ק"ב וז"ל אפי' לדעת הר"ן נכרי המספר לנכרי חבירו א"צ שיאמר קשר ענין לפניו או לאחריו הרד"ך בס"י הנ"ז הרש"ך ח"ב ס"י מ' מורה אחד הו"ד בסוף תשו' הרשב"א הרב אחי ס"י ל"ח ובתשו' ס"י צ"ה ע"כ והרב מהרש"ך ז"ל שם תמה טובא מכח זה על הרב הפוסק שבנדונו שטרח לצאת ידי חובת דעת הר"ן ז"ל וע"ז כתב עליו וז"ל ובזה יש לתמוה הרבה על כת"ר כי מ"ש הר"ן וכו' היינו בנכרי המספר לישר' וכו' אבל וכו' העולה מכ"ז שלא היה צריך כת"ר לטרוח לכתוב מ"ש וכו' עכ"ל יעש"ב ונראה שהרב מהרש"ך ז"ל סובר כמ"ש הרב תומת ישרים בס"י קל"ד דס"א ע"ב ושאר פוס' הנז"ל דס"ל דלא פליגי הר"ן והתה"ד ז"ל ומה שחשש הר"ן בתשו' ס"י נ' אפי' לשאלת גוי מגוי היינו משום שהגוי ההוא שלחו הישראלית לבקש את המשומד משא"כ בגוי דעלמא יע"ש אמנם כבר כתבנו דמרן ז"ל בב"י ס"ל למר דהר"ן פליג אתה"ד לגמרי כני"ל והכי ס"ל לכמה פוס' ז"ל וא"כ אין לתמוה על הרב הפוסק דבנדון מהרש"ך ז"ל דהאריך טרחא לצאת יד"ח דעת הר"ן ז"ל כי רבים

אשר אתו ועיין במהרש"ך ח"א סס"י כ"ו יע"ש איך שיהיה הא קמן דעת כמה מגדולי הפוס' ז"ל דס"ל הדעת הר"ן דב כרי המספר לנכרי חבירו לא בעי הר"ן קשר דברים כלל וכבר נרגשו מהרד"ך ומהרש"ך שם דא"כ אמאי הצריך הר"ן שהגוי הב' יגיד שאם הגוי ה"א היה מל"ת וכתבו ז"ל דהיינו טעמא לאפוקי שלא היה ע"י שאלה יע"ש וכ"כ הרפ"מ ח"ב ס"י ז"ך דהגם דלא בעי הר"ן ק"ד בגוי המגיד לגוי עכ"פ מצריך הר"ן שהגוי הב' יאמר ל"ת שהגוי הא' סיפר לו ל"ת בלתי שאלה יע"ש וכבר השיגו הרב י"א אה"ע ח"ב סי' י"ז הגב"י אות ס"ב שכבר קדמוהו שרים מהרד"ך ומהרש"ך בחי' זה יע"ש ואם מדברי הרב משפ"ץ ח"א ס"י ז' יש להוכיח דאזיל בשיטת הרבנים הנ"ז כיעו"ש וכ"כ בפשיטות הב"ש בס"י י"ז סקל"ח וע"ש בסק"מ הרי לפנינו כמה רברבי דל"ש להו כלו' לא ס"ל מונח ויסוד זה של מהראנ"ח ז" וכמבואר:

ומה גם דמרן ז"ל פליג עם הר"ן ז"ל בההיא פלוגתא דקשר דברים וס"ל דל"ב ק"ד דאזיל בשיטת רבו מהריב"ר ומהרי"ט והריב"ש ז"ל דלא כהר"ן ומהרד"ך כמתבאר בד"ק בב"י סי' י"ז ובתשו' אה"ע ס"י ג' וכן הסכימו כל הפוס' האח' בדעת מרן ז"ל וכמ"ש בעניותי בתשו' הנז"ל ואלו הכא בהאי פלוגתא פסק להדיא בשה"ט כהר"ן דבעי' גמל"ת מפי גמל"ח כנ"ל ש"מ דלא תליא הא בהא כלל ודלא במהראנ"ח ז"ל:

ולא עוד אלא אנכי הרואה דמהראנ"ח גופיה לא קאי בהאי סברא דידיה למסקנא שהרי בסי' ע"ג אחר ש"כ ככל מ"ש בסי' ס"ה אסיק וז"ל ומיהו מדברי הריב"ש בסי' שע"ז נראה דבדבר שמסופק לנו היאך היה או היאך נאמר תלינן לחומרא וכו' נראה דלא סגי אם לא שנדע שהגוי הא' הסיח ל"ת אבל מן הסתם. וכו' וזה שלא כדברי מהר"י ז"ל ולא עוד אלא שהריב"ש במל"ת ל"ב ק"ד וכו' ואפי"ה מחמיר לחוש וכו' ע"כ ובנדון ההוא יצא יד"ח הריב"ש יען האומר ה"ב דנדונו היה ישראל כיעו"ש ומן התימה על הרב מהרי"ן הי"י בתשו' הדב"מ ח"ב סי' קי"ב הנז"ל שבתחי' כתב וז"ל וא"כ אך דהריב"ש רבו החול' עליו בגוי מפי גוי דס"ל דמהני מ"מ לענין שצריך שיגיד הגוי הב' שהגוי הא' היה מל"ת הר"ן ומוהריק"ו בחדא שיטה קיימי לדעת מהרימ"ט ומתו"ד נראה שנטה דעתו להחמיר כד' הר"ן ומוהריק"ו וכ"ן מתו"ד מהרא"ש בס"י הנ"ז שחוכך להחמיר כד' הר"ן ומוהריק"ו ובתר הכי נתפייס במ"ש מהראנ"ח כנז"ל כאלו הם הלמ"מ והוא תימה שלא זכר שר דאיכא טובא דלא ס"ל הא דמהראנ"ח ז"ל כמש"ל ותו דמהראנ"ח גופיה לא עשה עיקר מדברים אלו ולא סמך עליהם כנז"ל וכן ראיתי לנכדו הרב פ"מ ח"ב ס"י נ"ז דנ"ג ע"ג בד"ה איברא וכו' שכ"כ וז"ל רואה אני דמרן זקני לא תקע יתד תקועה. על פי' זה וחוזרני

למ"ש וכו' עכ"ל יע"ש. מוכח להדיא מד"ק הללו דאין לסמוך ע"ד מהראנ"ח הנ"ז להקל והא ודאי דהרב פ"מ עיקר סמכיה עמ"ש מהראנ"ח בס"י ע"ג הנז"ל וברור:

וא"כ מכ"ש וק"ו לדידן דקבלנו דעת מרן בש"ע ובדין זה פסק להדיא כהר"ן דבעי' גמל"ת מפי גמל"ת כנ"ל איך נוכל להקל נגדו ויש לתמוה על כמה מרבני האח' ה"ה הרב פרמ"א ח"א ס"י קכ"ה דרי"ט והרב נח"ב והגאון החק"ל ז"ל שכתבו ככל מ"ש הרב מהר"י ן ריי ז"ל ולא נתעוררו מדברי מרן בש"ע שדעתו להחמיר כנז"ל ודוחק לחלק דכיון דרובא דרבוותא שסמכו להקל עפ"י הוראת הרב תה"ד דלא כהר"ן ה"ט באומרם שכן פשט המנהג כ"ס תה"ד ז"ל כמו שיראה הרואה בד"ק ז"ל שכן העידו בגודלם שכן נתפשט המנהג וא"כ מאחר שכבר נהגו להקל כס התה"ד תו חיישי לדעת מרן אפי' שהוא מחמיר כמ"ש בעלי הכללים ועין בהרב שו"ג ז"ל בכללי מרן ז"ל שכ"ח יע"ש דהא ודאי ליתא דהתינח אם היה מנהג זה קדים קודם מרן ז"ל הוה א"ש ברם בדין לא היה מנהג קדום בזה למרן כלל דאל"כ הו"ל למרן בב"י להודיענו כזאת דנתפשט המנהג בזה כתה"ד דלא כהר"ן ז"ל כמו שהודיענו כן בהדיא פלוגתא דהר"ן ומהרד"ך דס"ל דבעי' קשר דברים בגמל"ת שם כתב מרן בב"י משם רבו מהריב"ה ומהרי"ט דנתפשט המנהג דלא כהר"ן דלא בעי' ק"ד יע"ש והיותר תימה על הרב מהרמ"ג ז"ל בסי' ט"ו הנ"ז ש"כ דמרן בש"ע פסק כתה"ד דלא כהריב"ש יע"ש ולא יעיר דמרן פסק כהר"ן דלא כתה"ד ז"ל. וכנז"ל ולפי"ז תורה יוצאה לנ"ד להחמיר כיון דלא ידעינן אם הגוי ה"א הגיד לגוי ה"ב במל"ת או ע"י שאלה ומספיקא נקטי' לחומרא כהר"ן וכד' מרן בש"ע דפסק כוותיה וככל הנז"ל מלבד שצריכים אנו לחוש לס' הריב"ש דמחמיר טובא וס"ל דל"מ שום עדות גוי מפי גוי אפ"י דיהוי שניהם מל"ת לדעת כו"כ פו"ס ז"ל שהבינו בדבריו דהכי ס"ל למר ומרן ז"ל מכללם כמ"ש בב"י ובתש"ו וככל מש"ל ולפי"ז לכאורה נשותהם של אלו הנעלמים דנ"ד עדין הם בכבלי ברזל העיגון ולא מצאנו להם התר לכאו' בספק זה וכמדובר:

אכן אחר הראות היטב מצאתי להם פתח תקוה והיתר גמור אפ"י לס' הריב"ש והר"ן ז"ל וממילא יוצא לנו התר אפ"י לדעת מרן בש"ע דס"ל כהר"ן ז"ל והוא ממ"ש כמה גדו' הפוס' ז"ל הו"ד בכנה"ג הא"ע סי' י"ז הגב"י אות וביא שם אות ריז דס"ל לחלק בין להריב"ש בין להר"ן ומוהריק"ו ז"ל דאם משיחת הגוי ה"ב ניכר ונראה דהגוי ה"א המגיד לו היה מל"ת ולא ע"י שאלה מהני אפי' להריב"ש והר"ן ומוהריק"ו ז"ל יע"ש וכ"כ להדיא מרן גופיה בתש"ו אה"ע ד"ק ע"ג דבזה כ"ע יודו דמהני יע"ש וע"ז סמכו כמה וכמה מהפוס' ז"ל להסכים להקל בנ"ד גם להריב"ש והר"ן ומוהריק"ו ז"ל כמ"ש המעיין בד"ק לא עת האסף פה. והנה בנד"ן הרואה יראה בדברי הגוי ה"ב הלזה המגיד

ל"ת לישר' השומע דמשיחתו ניכר ומוכח להדיא דגם הגוי ה"א המגיד היה ג"כ מל"ת שלא ע"י שאלה כלל וזה מוכח ממ"ש הגוי ה"ב הלזה שכל אלו הדברים שמעתים מן השומר הנ"ז שהיה שומר ביער וכו' שמדבריו הללו ניכר שהגוי הא' השומר הנ"ז סיפר לו כל אלו הדברים שלא ע"י שאלה ממנו כלל רק כמספר לו חידושים שאירע בו ובזולתו שכן דרך הגוים וזולתם כשימצאו יחד מספרים זל"ז חידושים אשר לא ידע אותם חבירו השומע לו וחבירו הוא שומע ממנו החידושים הנז' וכמו כן הכא באומרו שכל הדברים הללו שמעתים מן השומר וכו' תיבת שמעתים כן מורה להדיא שהיה ה"א מל"ת שלא נשאל ממנו ומזולתו כלל והרי זה דומה ממש למ"ש הרב אשדות הפסגה באה"ע סי' ב' על נ"ד שאמר הגוי ה"ב ש"פ הגוי סיפר לו דכתב הרב ז"ל דלשון אומרו מילוק ונטו שר"ל סיפר לי מזה נראה שהיה הגוי ה"א מל"ת ולא ע"י שאלה יע"ש ומניה יליף לנ"ד הרב במ"ח מוצירי ח"ב אה"ע סי' ו' יע"ש אוף הכא בנד"ן שאמר שכ"ז שמעתים משומר היער שתיבת שמעתי מוכחת טפי דהיה השומר מספר לו ל"ת בלתי שאלה כלל וכמדובר ולענ"ד הא דנ"ד עדיפא טובא מנדון הרבנים הנ"ז שאמרו התם דמאומרו סיפר לי ניכר דהיה ה"א מל"ת כנ"ל הגם דהוה מצ"ל דלשון סיפר לי יש במשמעו נמי דע"י שאלה סיפר לו משא"כ לשון שמעתי מ"פ אין במשמעו ע"י שאלה כלל וא"כ נ"ד נפיק במכ"ש מנדון הרבנים הנז"ל וכמובן וע"ש שם להרב במ"ח ז"ל מ"ש בזה קודם לזה יע"ש דהוא תנא דמסייע ע לן למאי דכתיבנא בעניותין כיעו"ש ולפי"ז יצאנו יד"ח הריב"ש והר"ן ומוהריק"ו בנ"ד דכ"ע יודו דמהני בנ"ד כיון דמשיחת הגוי ה"ב ניכר ומוכח להדיא דכל מה שהגיד לו הגוי ה"א היה מל"ת שלא ע"י שאלה כלל וליכא למיחש תו בנ"ד לסברת הר"ן ומוהריק"ו והריב"ש ז"ל כלל עפי"ד הפו"ס הנ"ל וכמו שנתבאר. והגם דהרב אליה רבה בקונ"ט עיגונא די"ל ע"ב הביא להקת הפוס' שכ"כ בדעת הריב"ש ואיהו ז"ל פליג עלייהו והכי אמר מר דלהריב"ש ל"מ עדות גוי מפי גוי בשום אופן אפ"י דיהיו שניהם מל"ת כ"ש אם משיחת הגוי ה"ב ניכר שהיה הגוי ה"א מל"ת דל"מ והוכיח במישור שכ"כ כמה פוס' בדעת הריב"ש דכל אפייא שוין יע"ש נמצא דדעת הריב"ש בח"י הנ"ז במח' הוא שנוי וכמבואר וא"כ לכאורה יש לחוש לדעת אותם פוס' דס"ל. בד' הריב"ש לחומרא דלא שנה וכנ"ל הנה מ"מ יש להקל בנ"ד גם להם ז"ל מכח ס"ס והוא זה ספק אם הלכה כהריב"ש דמחמיר טובא כנ"ז או כהר"ן והתה"ד ז"ל ואת"ל דהל' כהריב"ש שמא הלכה כד' הפו"ס דס"ל כד' הריב"ש דאם משיחת הגוי ה"ב ניכר שהגוי ה"א היה מל"ת גם הריב"ש מודה דמהני והוא מתהפך שפיר כמובן וס"ס זה עצמו כתבו הרב חס"ל ח"ב אה"ע סי' ו' דס"ב ע"ג יע"ש ודון מניה ואוקי באתרין וכמדובר: תו איכא בנ"ד ס"ס

אחרינא תריצא והוא זה דכבר ידוע דאיכ' פלוגת' אחריתי בין רבוות' קמאי אי שאלה מגוי לגוי מזקת דלא נחשביה מל"ת או לא דלדעת הר"ן והרב"ש ז"ל ודעימייהו הנשאל מגוי לגוי ומשיב לא חשיב תו מל"ת ולדעת הרב תה"ד סי' רל"ט שאלה מגוי לגוי אינה מזקת וחשיב שפיר מל"ת וכן פסק מור"ם ז"ל בהגהת סט"ו יע"ש וכבר האריכו בזה להקת הפוס' ראשו' ואח' ז"ל ע"ע הלא בס' לא השאירו עוללות ועד אחרן אתה תחזה להרב נוכח השולחן באה"ע סי' י"ד ד"ך ע"ג שעמר במבוכה זו והאריך בזה וסו"ד כתב וז"ל הרי הוכחנו מכמה רבים ועצומים דאזלי בשיטת הרב תה"ד ז"ל ובפרט תלתא סהדי מהרי"ל ומהרא"ח והפ"מ שהעידו שפשטה הוראה להקל א"כ פשיטא דיש מקום להקל וכדאי הם כל הרבנים שזכרנו לסמוך עליהם במקום עיגון וכו' מעתה גם אנן בדידן יש לדון להקל בנ"ד ולו' דאף דנר' דהר"ן ומהרי"ו מחמירים מ"מ כיון שכבר פשטה ההוראה להקל כס' התה"ד וכן היא הסכמת הא"ח ש"כ לעיל אין לנו להחמיר וכו' עכל"ל עש"ב ולא יהיה אלא מח' שקול בין הפו"ס ז"ל אפי"ה י"ל להקל מכח ס"ס והוא זה ס' אם הגוי הא' היה מל"ת או עפ"י שאלת הגוי ששאל ממנו וס"ל דעפ"י שאלת הגוי ה"ב היו דברי הגוי ה"א עדין ס' הוא דאפ"ל דשאלת גוי לגוי אינה מזקת ולא מפקא מתורת מל"ת וכ"ס התה"ד ודעימיה ולעולם מל"ת קרינן ליה והוא ג"כ ס"ס המתהפך שפיר וכמובן וכבר ראיתי לכמה מגדו' הפוס' הא"ה שעשו בנד"ד הך ס"ס דנא ועלה לרצון לפניהם לדון להקל בכח ס"ס הנ"ז ראשון אדם המעלה שהוליד הך ס"ס דנא הוא הרב מהרי"ך ז"ל בתש"ו שהוצאה במ"מ אה"ע סי' מ' דדכ"ב ע"א יע"ש וכ"כ הרב כר"ש אה"ע סי' א' דל"ו ע"ר והרב נח"ב אה"ע סי' ט' דח"ן ע"ד והרב חס"ל סי' הנ"ז דס"ב ע"ג וע"ד והרב ידי דוד דר"ו ע"ג וע"ד יעש"ב אוף אנן נמי בעקבותהם נלך לדון להקל בכח ס"ס הנ"ז וכמדובר והגם דנימא דמרן ז"ל אזיל בשיטת הר"ן דמחמיר בתרי ספיקי הנז"ל עכ"ז אין לחוש כיון דאיכא קמן ס"ס להקל וכבר כתבתי בעניותי בספרי הקטן פני יצחק יו"ד סי' ט' בפס"ד עגלות. דכלאים דבס"ס יש להקל אפי' דמרן מחמיר ב"ב הספיקות יעש"ב ועתה ראיתי שכ"כ הרב רב ברכות נר"ו הנד"מ באות ס' והביא ראיה לזה מדברי הגאון הרב מח"ב יו"ד. יע"ש עם דלענ"ד איכא למישדי נרגא בראייתו הנז"ל דלא איירי התם הרב מח"ב אלא ב"ב ספיקי דבחד מנייהו מחמיר מר"ן ז"ל כיעו"ש מ"מ הדין דין אמת דעבדינן ס"ס לקולא הגם דמרן מחמיר בב' הס' וכמ"ש שם וע"ע להרב נוכח השולחן שם דכ"ב ע"ב מ"ש בפרט זה דס"ס נגד מרן יע"ש ומה גם בכה"ג דנ"ד דמרן בתשו' אה"ע מדיני גמל"ת ס"ל להקל ב"ב הספקות כיעו"ש ועיין להגאון מהר"מ לובלין ז"ל בסי' ק"י דס"ט ע"כ ש"כ וז"ל אבל מד' מהריק"א בתשו' נראה שהוא פוסק כ"ס זו של מהרא"י בעל תה"ד עכ"

יע"ש ותו דכבר כתבנו דכל הפוס' ראשו' ואח' ז"ל תפסו להקל כס' התה"ד ז"ל והעידו שכן פשט המנהג וההוראה להקל כתה"ד ב"ב הספיקות הנ"ז וכנז"ל א"כ ודאי דעבדי' ס"ס להקל בשופי ואין לחוש עוד להחמיר כלל. באופן עלה בידנו התר הספק הראשון דאתרע בנ"ד בעדות הגויים הנ"ז גם את ה"א גם את ה"ב דחשבינן לראשון ג"כ ודאי מל"ת ותלינן להקל מכמה ס"ס הנ"ז מעתה הותר הס' ה"א הנ"ז לגמרי וככל מה שנתבאר:

מעתה אשימה עיני אל הס' ה"ב שנסתפקנו בנ"ד והוא גדול אצלי דלא הוזכר בדברי הגוי הנ"ז מי הם אלו היאוד ם שהגיד לו הגוי הא' שנהרגו באותו יער מה שמם ומה שם אביהם ושם עירם ואנן קי"ל דשמו וש"א וש"ע בעי' כדי להתיר לנשותהם וע"כ לא נחלקו הפוס' הראשו' כי אם אי סגי בתרי מנייהו דהיינו שמו וש"ע או שמו וש"א אבל בהעדר כולם ליכא מ"ד דמהני ואפי' בתרי שמות מנייהו החמירו טובא כל הפוס' ראשו' ואח' ז"ל וחששו להחמיר לדעת רבי' ישעיה ז"ל ודעימיה דס"ל דשלשתם בעי' לעיכובא ואי בציר חד מנייהו ל"מ כלל כמבואר כ"ז במר"ן ז"ל בב"י אה"ע סי' י"ז ובכנה"ג וי"א שם כמ"ש הרואה ובכן אנן מה נענה ביום שידובר בנ"ד דליכא הזכרת שם אפ"י חד מנייהו כלל ושמא על יאודים אחרים דאתו מעלמא הם מגידים שנהרגו ביער ההוא ולא על אלו המבוקשים אצלנו אשר אנו באים להתיר נשותהם והגם שנתנו בהם סימנים בגופם ושערם גוץ וארוך שער שחור ואדום כנז"ל וגם הכר בגדיהם לנשותיהם כנז"ל בשאלתנו הנה נודע דלא סמכינן אסימנא כאלו כלל דלאו מובהקים כלל נינהו דכמה יאודים איכא בשוקא מהם קצרי הקומה מהם ארוכים לבנים ושחורים וגם בשערם מהם אדום מהם שחור או לבן כידוע וגם אסימני כלים כבר נודע דחיישי' לשאלה לחומרא כמו שעלתה הסכמת כל הפוס' ז"ל כידוע וא"כ מאן מוכח דעל אלו דוקא הגיד מה שהגיד הגוי ה"א שנהרגו והנה אמת דלכאורה ספק גדול הוא זה וצריך נגד ובר נגר דליפרקניה. אמנם אחר הישוב היטב בענין ראיתי ונתון אל לבי שגם ספק זה מצאתי לו פתח תקוה פתוח לרווחה להתירו באופן פשוט ומוסכם מכל הפוס' ז"ל כפי מה שנלע"ד והוא הדבר דהנה נודע מ"ש הר"ן ז"ל בתשו' סי' ג"ל דאעפ"י שאמרו בתו"ס אין מעידים עד שמכירים שמו וש"ע לא בא למעט שאין סומכין על אומד הדעת כגון שמעידין על גופו דארוך וגוץ וכן למעט שאין סומכין על עדות שמו בלא שם עירו אבל ודאי כל שמעיד דדבר ברור שא"א לספק באחר משיאין את אשתו אעפ"י שלא הוזכר שמו ודבר ברור הוא זה עכ"ל יע"ש הנה מבואר יוצא מד"ק דהא דהצריכו רז"ל שמו וש"א וש"ע לאו מלתא בלא טעמא וגזירת מלך היא אלא ה"ט הוא כדי שנדע על מי הוא סח הגוי וכיון שהדבר ברור לנו על מי מדבר דהיינו כשהעד מעיד בדבר ברור שא"ל לספק באחר תו אין אנו צריכים

להזכרת שמו ולא לש"א וש"ע כלל וכנ"ל וכ"כ מהרשד"ם באה"ע סי' פ' וז"ל מה שצריך שמו וש"א וש"ע כ"ז פשיטא דלאו הלכתא בלא טעמא הוא דנימא דבר זה חק הוא וגזירת מלך והבו דלא לוסיף עלא אלא טעמא רבה איכא והוא כי היכי דנדע על איזה אדם מדבר עד שאפי' לא הזכיר שם. המת כלל אלא שנתן בו סי' מובהקים היי עדות ומשיאין א"א עכ"ל וכ"כ עוד הרב הנז' גופיה בכמה מתשו' אה"ע אשר לו ובח"מ סי' שפ"ב וכל חיליה דמר הוא מכח תשו' הר"ן ז"ל הנ"ז וכ"ם מהרח"ש בהרבה מתשו' ובפרט בס"י כ"ג וכ"כ כמה וכמה מהפו"ס ראש"ו וא"ת אשר נקבצו באו בכנה"ג אה"ע סיי"ז הגב"י מאות ש' ואילך ובי"א שם ואכמ"ל וע"ע ל למהרשד"ם אה"ע סי' רמ"ג בעדות שלא בא זכר שם המת וכו' כללא כייל לן והכי אמר מר שאין טעם בשמות דאין השם רק למען דעת מי הוא המת או הנהרג המעידים עליו וכל מה שאנו מכירים אותו יהיה מאיזה צד שיהיה די ושכ"כ הר"ן בתש"ו עכ"ל יע"ש וע"ז סמכו כל הפוס' ז"ל להקל ולהתיר בנ"ד אף בלא הזכרת השם כלל כל דאיכא הוכחה ברורה בנ"ד שידעו בבירור על מי סח הגוי באיזה אופן שיהיה אשר המצא תמצא איזו הוכחה בנ"ד כמ"ש המעיין הלא בספרתם לא עת האסף פה זולתי הצל"ע ותל"מ הנה הרב מהרי"ט ז"ל בתש"ו כי באה בבנימין זאב סי' ז' כתב דכל שאנו יודעים דבעלה של זו היה רגיל בפרדס והעידו דאותו שהיה בפרדס נהרג דבר ברור מיקרי וכו' עכ"ל ע"ש והרב המ"ב סי' ק"ה כתב בגמל"ת שאמר ב' אנשים שהוליכו סחורה של גוי פ' נהרגו ואנו יודעים מי הם האנשים ששלח הגוי דבר ברור מיקרי וכו' עי"ש וגם בתשו' סי' ק"ט להרב הנ"ז כתב גמל"ת שאמר ב' יאודים שהיו נו"ן עם גוי פ' נשבו ונהרגו דבר ברור מיקרי ואעפ"י שלא הזכיר שוש"א וש"ע וכו' וראיה לכ"ז ממ"ש הרמב"ם בפי"ג מה"ג הכ"ד וז"ל בא אחד ואמר אמ"ל ב"ד או אנשים כשתלך למקום פ' אמ"ל שמת יצחק ן' מיכאל ובא השליח ואמ"ל והשליח א"י מי הוא זה הואיל ואנו יודעים פ' הידוע בשם זה הרי אשתו מותרת וכו' יע"ש וכ"כ הדב"מ אה"ע סס"י י"ט יע"ש הנה נתבאר מכ"ז דבידוע לנו בבירור על מי סח הגוי או העד אעפ"י שלא הזכירו שמותם כלל דבר ברור מיקרי ואין לחוש ולהסתפק באחר והכי מוכח להדיא מחש"ו הרמב"ם דעכו המוסכמת מכל הביאה מרן בב"י שם סי' י"ז שהגויה לא העידה על שמו ולא ע"ש אביו וש"ע זולתי שאמרה שהוא היה מודעתנו ועושה מלאכתו כשהיה בעכו וכו' והעלה דאשתו מותרת יע"ש הרי דהיכא דאנן ידעינן בקושטא על מי מדבר הגוי אז עדות של הגוי על המיתה וידיעתנו שהוא פב"פ דבר ברור מיקרי וכמבואר וכ"כ עוד כו"כ מהפו"ס ז"ל ע"ע וע"ע למרן החבי"ב ז"ל בתש"ו בע"ח אה"ע סי' ח' ובבאר מ"ח

מוצירי ח"ב סי' ו' מ"ש עוד בזה דגם הם ז"ל הסכימו להקל ולהתיר בדבר ברור גרוע מכל הנז"ל אפי בלא הזכרת השם כלל כיעו"ש:

ובכן מכ"ז נובין ונדון להקל בנ"ד אפי' בלא הזכרת השם כלל כיון דידוע לנו בבירור שאלו שני היאודים הנעלמים והמבוקשים כעת שאנו באים להתיר נשותהם הם הם שהיו ישנים בכפר אל דאר כאבייה בבית השיך כאשר העידו היאודים המחפשים עליהם שכן אמ"ל שיך הכפר הנ"ז שנתארחו אצלי בלילה ובבוקר הלכו להם כמו שהגיד הגוי הפלשתי הלז ממש וגם ידוע לנו בבירור שאלו היאודים שנתעלמו מו המבוקשים אצלנו הם הם ולא זולתם שיש להם חנות בכפר כנאכיא ולא יש שם שום חנות ליאודי אחר כלל וכן אמר הגוי ה"ב הנ"ז להעד הישראלי השומע ממנו שיש להם חנות בכפר כנאכיר. וגם ידוע לנו בבירור שבאמו"ץ אחיו של אחד מאלו הנעלמים הנ"ל נתעלם בשנה שעברה באותו דרך ובאותו מקום ולא נודע מי הכהו ונתפסו בני הכפר הסמוך לשם ע"י המלכות יר"ה והוצרכו לרצות ליורשי הנעלם ברצי כסף ככל מ"ש הגוי ה"ב כנ"ל. וגם אנן ידעינן בבירור שאלו ה"ב יאודים הנעלמים והמבוקשים כעת הם הם שנסעו מביתם לדרכם ללכת לכפר כנאכיר והם צריכים לעבור על הדרך הנז"ל וכן אמר הגוי הנ"ז שהיו ב' יאודים הולכים לכנאכיר וכו' א"כ מכ"ז מוכח להדיא דאין לך דבר ברור גדול מזה דעל אלו היאודים המבוקשים אצלנו כעת הוא סח הגוי ל"ת שנהרגו אעפ"י שלא הזכירם בשמם כלל אין להסתפק בזולתם כלל והם הם שנהרגו רי"ד וינ"ז ונשותהם הותרו מכבלי עיגונם בלתי ס' זה כלל וכמו שנלמד כ"ז מנדונות הרבנים הנ"ז ולדידי נ"ד עדיפא מדכולהו וכמ"ש המעיין וישפוט בצדק כל אמרי פי וע"מ בפרט זה להרב באר המים מסי' ס"א ואילך ולהרב חק"ל מ"כ אה"ע סי' זחט"י ולהרב ראש משביר אה"ע מסי' ג' ואילך ולהרב החסיד ראש"ל מהרח"א גאגין ז"ל בס' הטהור חוקי חיים סי' י"ט בתש"ו הרמתה ובתש"ו הרבנים ז"ל שעמו מ"ש בזה עש"ב ולהרב ידי דוד הנד"מ סי' יו"ד וי"ב ובסוף הספר דר"ח ע"ג וכשאר ספרי הא"ח ז"ל עצמו מספר והדברים ברורים והאריכות בזה עוד הוא יגיעת בשר ואך למותר ועלה בידנו התר ברור בשופי לספק ה"כ שנפל בנ"ד ויצא דינו לאורה להקל בו ג"כ וככל מה שנתבאר אחת למעלה:

אלא מעתה אשימה עיני אל הספק ה"ג דאתרע בהאי סהדותא דנ"ד שלא הוזכר בדברי הגוי ה"ב שהגיד לו הגוי ה"א שאלו ה"ב יאודים נהרגו ונקברו ולדעת הרמב"ם ז"ל צ"ל מת וקברתיו ורבים ועצומי' חשו לסברתו לחומרא ובפרט אם נדין דין נדון זה דהוי כמלחמה קטנה דודאי צ"ל מת קברתיו לכמה וכמה רבוותא קמאי ובתראי דחיישי טפי לבדדמי וכמ"ש בזה הנו"ה ההא"שו והכ"ח ז"ל ובנ"ד לא הוזכר בדברי הגוי ה"ב שום

רמז מזה וגם קבורה לא הי"ל ולכאו' נראה דאכתי לא הועלנו כלום בתקנת הני נשי להתירם ממאסרם משום ספק זה כמדובר:

אמנם בהיות מן החיוב המוטל עלינו לחפש חיפוש מחי' לכל צדדי וטעמי ההתר בעיגונא דאתתא כאשר הזהירונו רז"ל וע"כ לחפש"י יצאתי למצא להם צדדי ההתר בכל הספקות הנ"ל וכן אעשה גם בס' זה להסכים להקל גם לד' הרמב"ם ולכל הבאים אחריו דחיישי לסברתיה באופנים נאותים דכ"ע מודו בהו דאז"לי להקל בנ"ד אפי' בהעדר קברתיו וכדבעי' מימר קמן בס"ד: והנה טרם כל אודיע למניין הסכמת כו"כ מגד"ו הפוס' ראש"ו וא"ח ז"ל שהחליטו מאמרם דאין לחוש לס' הרמב"ם והיא ס' יחידית כמ"ש הרב מהר"א אלפנדרי ז"ל בס' אליה רבה בתש"ו סי' ב' די"ו ע"ב שאסף איש טהור כל סברות גדו' הפו"ס דס"ל הכי ושכבר נתפשט המנהג להתיר ביבשה גם בלא אמר קברתיו ושכן נעשו מעשים בכ"י בשאלוניקי יע"א להתיר גם בהעדר קברתיו וכתב עוד דגם הרי"פ ז"ל לא הצריך קברתיו אלא במים ומלחמה דוקא ולזה הסכים הרז"ה וע"ז כתב הרשב"א בתשו' ומי יקל ראשו נגדם אבל ביבשה אין מי שיאמר דבעי' דלימא מת וקברתיו רק הרמב"ם והוא ב"א וכמ"ש וכו' יעשר"ב ודבר ה' בפיהו אמת דהכי חזינא להרי"פ ז"ל בתש"ו סי' קי"ט הסל"ה להדיא דביבשה לא בעי' קברתיו אפי' בלסטיס דהוי מלחמה קטנה יע"ש ומזה אני תמיה ע"ד כו"כ מרבני האח' ז"ל שנסתפקו ונבוכו ב"ד הרי"פ אי ס"ל כהרמב"ם דבעי' קברתיו ביבשה ג"כ או לא דאשתמיט מנייהו מלכי תש"ו הרי"פ הנז"ל דמשם בארי"ה בא"ר דרב תנא ופליג להיא על הרמב"ם בהא וכמבואר:

באופן שרוב ככל הפוס' ז"ל פה אחד הסכימו שלא לחוש לס' הרמב"ם המצריך קברתיו גם ביבשה עד שהכר"ש באה"ע סי' ג' דמ"ד ע"ב כתב דהמחמיר לא יפה עושה דמוציא לעז על הראשו' משום חשש ממזרות ואין רו"ח נח"ה יע"ש וכ"כ מר בריה הדב"מ בכמה מתש"ו ובפרט סי' ז' הק"ח ע"ב והב"ה סי' ד' והראש משביר בכמה מתש"ו והרב ידי דוד הנד"מ בכמה תש"ו ושאר פוס' רבו מלמנות וכבר הארכתי קצת בזה בתש"ו אחרת הנז"ל ושם ג"כ הודעתי ה"ן כתיב כו"כ טעמא וסניפים לצאת יד"ח הרמב"ם ז"ל מארי דכל אתרוותא הדין דקבלנו הוראותיו כ"ש להחמיר כידוע וגם לצאת י"ח כל להקת הפוס' דחיישי לסברתיה הגם שלא קבלו הוראותיו ושם הבאתי בעניותי כל הטעמים דשייכי להקל לכ"ע בההוא נדון אשר מהם וכמעט רובם מישך שייכי הכא בנד"ד ע"כ אמרתי להביא מהם פה כל ה"ט ההם דשיכי נמי לנ"ד בתוס' נופך קצת ובתר הכי אוסיף עוד טעמי אחרינ מאי דשייכי תו הכא לנ"ד מאי דלא שייכי בההוא נדון כמ"ש הרואה זה יצא ראשו' מ"ש הר"ן בתש"ו הביאה מרן בב"י ובכ"מ דאין ס' שכל שהגוי מכירו א"צ

שיאמר קברתיו יע"ש מלתא בטעמא ורובא דרבוותא סמכו ב' ידיהב קדש על חי' הר"ן ז"ל הלזה ומניה ילפי להקל בנ"ד גם בלא קברתיו ע"ע הלא בס' וכבר נקבצו באו באסיפת זקנים הכנה"ג והי"א יעש"ב וע"ע למהרח"ש בק"ע ד"ך ע"א טעמא טעים למה. במכירו אצ"ל קברתיו יע"ש והרב א"ת שם הח"י ני"ב כתב דכל דמכירו הוא מעמיד עצמו לראות סוף מיתתו וכ"כ בשמו הרב"מ ח"א אה"ע סי ה' וסי' ז' וע"מ בכנה"ג אות קפ"ז ובי"א אות רע"א אי הר"ן וההה"מ אמרו דבר אחד או לא וע"ע בי"א אות הע"ד הי מנייהו עדיף הזכרת השם או מכירו עדיף יע"ש באופן המורם מכל דבחדא מנייהו סגי או מכירו או מזכירו בשמו תו אצל"ק וכמבואר ואתה תחזה למרן החבי"ב בתש"ו אה"ע סי' ח' שם להקל בנ"ד בלא קברתיו עפ"י חי' הר"ץ ז"ל הנ"ז במכירו וכתב דבנ"ד משיחת הגוי ניכר שהיאודי הנהרג היה ניכר אצלי בחייו בלי ספק מדאמר היאודי בה"א הידיעה יע"ש והגאון מהר"א אביגדור ז"ל בתש"ו הובאה בגבעת שאול ד"ח ע"ג כתב להקל בנ"ד בלא קברתיו עפי' ח"י הר"ן הנ"ז במכירו וכתב דבנ"ד שהערל העיד שזה היה חתנו של הרר"ן א"כ בודאי הכירו מחיים וניחא אפי' להרמב"ם יע"ש וא"כ אוף ה"נ בנ"ד שהגוי ה"א הגיד לחבירו הגוי הב' שאלו הב' יהודים שנהרגו אחד מהם הוא אחיו של ההרוג ה"א שנהרג שם ולקח מהם אחיו ההרוג כעת כופר נפש אחיו ע"י המל' יר"ה וגם שי"ל חנות בכפר כנאכיר ככל דברי הגוי ה"ב שכן שמע מהגוי ה"א א"כ בלתי ס' שהגוי ה"א הוא מכיר אותם לאלו הב' יאודים בחייהם הכרה מעליא בטיב הידיעה בהו סי' בתוך סי' כנז' וכיון דמשיחתו ניכר להדיא שהוא מכירם תו אצ"ל קברתים דתו ל"ח דאמר בדדמי וכחי' הר"ן הנז' ונ"ד דמי ממש לנדון הגאון ז"ל הנז"ל וכמבואר ודמי נמי למ"ש הרב י"א שם אות ה"פ במי שאמר אותו שהיה מעיר פ' מדידע שהיה מעיר פ' ודאי שמכירם היטב וברור: והגם שהרב א"ד שם די"ז ע"כ כתב דהאי הכרה בעי' אנן לידע שהיה מכירו ולא סגי בשיחת הגוי שנראה שהיה מכירו ל"ד הר"ן ז"ל יע"ש הנה מלבד דהוא עצמו כתב שם עוד דמהרא"ש סי' י"ד ומהרח"ש סי' ג' אינם מבינים כן ב"ד הר"ן יע"ש גם מרן החבי"ב בתש"ו ח' הנ"ל הכי ס"ל בפשיטות כנ"ל וגם הרב י"א שם אות ער"ה הביא דברי הג"ר הנ"ל וכ' עציו דמכללות דברי הפוס' נראה שהם חולקים ע"ז יע"ש וגם דאיכא חולקים על ח"י הה"מ והר"ן ז"ל כשמם הכנ"הג שם אות קע"ד קמ"ה והי"א הגב"י אות הנ"א הנ"ב ובי"א ח"ח הגבי"י אוה צ"ח דאפי' בהזכרת שמו אינו מועיל וה"ה כמכירו מ"מ כבר כתב שם הכנה"ג דחומרא יתירה היא וכל שמזכיר שמו או מכירו בזה די ביבשה יע"ש וכתב ע"ז החס"ל ח"ב כמ"ה ע"ב וז"ל והכי חזינא לכל האח' דלא חשו להחולקים כלל וכל א' מייתי ח"י חה"מ והר"ן בנדונו ותו דהן לו יהא מח' האיכא ס"ס ס' אי הל' כהר"מ

דגם ביבשה בעי קברתיו או לא ואת"ל דה"ל כוותיה דילמא גם הוא ז"ל מודה במכירו או מזכירו בשמו וכחי' הר"ן וההי"מ והוא מתהפך וכה"ג עשה הדב"מ סי' ט' דקל"ו סע"ב שהביא תי' מהרי"ס השייך לנ"ד ו"כ אח"כ וז"ל ואף דאיכא כמה תי' בדבר כבר כת' כמה מרבוות' להתיר בא' מהתי' מס"ס ס' אי קי"ל כמ"ד דאצל"ק ואת"ל דצריך דילמ' ק"ל כהר"ים והוא מתהפך יע"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין וכמובן ומנייהו ילפי' נמי לנ"ד דהגם דלפי תי' מהרי"ס ז"ל יוצא לנו לנ"ד להחמיר להצריך לו' קברתיו כיון דהגוי הא' ההוא אמר דנמצא בעת הריגתם דבהא הוא דמצריך הרמב"ם לו' קברתיו דחיישי' לו' בדדמי אמר כיעו"ש מ"מ תסגי לן להקל בנ"ד עפ"י חי' הר"ן ז"ל במכירו הנז' ובכח ס"ס ככל מה שנתבא' עוד יש לצרף בנ"ד גם של"א קברתיו אפי' לד' הרמב"ם הטעם שכ' הריטב"א ב"ד הרמב"ם דכל היכא דמכריז הגוי ואמר מאן איכא בבי פ' בזה סגי בלא קברתיו דכיון דמעייל נפשיה לאכרוזי ולמימר הכי אי לאו דקי"ל דשכיב לא הוה אמר יע"ש הביאו מרן בב"י שם וכתב הרב"א בתש"ו סי' ל"ב דלאו דוקא הכרזה אלא הה"ן כל שהוסיף דברי' ול"א פ' מת לבד והכריח כן מל' הרמב"ם שלא נזכר בדבריו הכרזה זו וכ"כ המשפ"ץ ח"א סי' ח' ד"מ ע"א והפ"מ ח"א די"ב ע"ג ומהראנ"ח בתש"ו דרכי נועם אה"ע סי' ד"ן דקנ"ב ע"כ והמטה יוסף ח"ב סי' ד' יע"ש והרב עדות ביהוסף ח"ב סי' י"ד כתב דאם אמר הגמל"ת דבר ההריגה ב"פ הו"ל כמכריז ואף שאמירת פ"ב הוה ע"י שאלה וכו' חשיב ב"פ והו"ל כמכריז יע"ש וכ"כ הכר"ש אה"ע דצ"ז ע"ד יע"ש וע"ע להחס"ל שם דמ"ה ע"ב מ"ש בזה ע"ש וא"כ ה"נ בנ"ד שכפל הגוי ה"א דבר הריגתם פעמים שלש וגם הוסיף דברים הרבה היכן נהרגו ובשביל מה נהרגו ואיך המיתוס וחתכום ככל הנ"ל בדבריו הא ודאי עדיף נ"ד מכל נדונות הרבנים הנז' דודאי הו"ל כמכריז ול"ב קברתיו כלל וכמדובר וגז' ברור תו איכא בנ"ד ט"א להקל בנ"ד בלא קברתיו כלל לכ"ע והוא ממ"ש הגאון הרא"ם בתש"ו ה"ד מרן ז"ל בכ"מ פי"ג מה"ג והכנה"ג את"ע סי' י"ז הגה"טו אות קמ"ה והי"ל שם אות הנ"ה הנ"ח ובח"כ אות נ"ו שלא הצ"צ קברתיו אלא היכא דשייך לומר דאמר בדדמי כגון מלחמה והמפולת וטביעה במשאל"ס וכיוצא אכל היכא דל"ש לומר לא וגבי גמל"ת שאמר איש יאודי וכו' דמצריך הרמב"ם קברתיו ה"ט משום דגבי הליכה בדרך שייך נמי אומ"ד דומיא דטביעה כי לפעמים הולכי שיירות כשהולכים בדרך יקרה שום מקרה לאחד שנשאר מן החבורה ולא מצאוהו חושבים באומד ודאי מת או נהרג דאזלי בת"ר נפסדים ורוב נפסדים הם מתים או הרוגים בודאי אתד"ק יע"ש ורוב ככל הפוס' ראש"ו וא"ח ז"ל הסכימו להקל עפי' חי' הגאון הרא"ם ז"ל הלזה כמ"ש בשמם הרב י"א שם אות רכ"ט יע"ש וא"כ בנד"ן שלא היה מלחמה ולא מפולת ולא

טביעה במשאל"ס ולא מהולכי דרכים בני חבורה יחד עם אלו הנעלמים כלל ודאי דל"א בדדמי ואצל"ק גם להרמב"ם כפי חי' הרא"ם הנז' וכהסכמת רבים אשר אתו וכמדובר ועוד דכה"ג דנ"ד דהגיד הגוי ה"א דהרגום לפניו ליכא אותו חשש שחשש הרא"ם ז"ל וכמ"ש החס"ל שם דמ"ד ע"ג על נ"ד דהוא כעין נ"ד ממש שהעיד שהרגוהו לפניו וכתב די"ל בלא קברתיו עפ"י חי' הרא"ם הנ"ל דליכא בזה החשש של הרא"ם ז"ל וכ"ע דמניין זה ראה למהרח"ש בק"ע דא"ך ע"כ ש"כ דלפי ט עמו של הרא"ם יוצא לנו דאם אמר הרגתי את פ' בדרך דאצל"ק גם להרמב"ם דתו ליכא להך חשש דבדדמי שחשש הרב ז"ל וכו' ע"כ וכמו כן נימא אנן בנ"ד וכו' וכן ראיתי להבנ"ד דל"א ע"ג ומהרי"ד סי' ד' ודב"מ סי' י"ב דקס"ב ע"ג בנ"ד שראו אותם כשהרגו' שכת' דלא שייך אותו חשש של הרא"ם וכ"כ ג"כ הרב ס"ח סי' ט"ז דל"ג ע"כ בנ"ד שאמר אני יודע מי הרגו יע"ש וע"ע להחס"ל שם ע"ד ובדמ"ה ע"א דשקו"ט ב"ד מהרח"ש והעלה דגם למהרח"ש אין חי' בין אומר הרגתי לאו' נהרג דבכולהו ל"ח לבדדמי ואצל"ק להרא"ם ז"ל וכמ"ש בפש"י הרבנים הנ"ל עש"ב מעתה ממילא כפי האמור בנ"ד דהיה המעשה לפניו מרחוק מעט אף אם נאמר דהיה בדרך אצל"ק לכ"ע לד' הרא"ם וכמבואר וכן העלה להל' החס"ל שם דמ"ה ע"א לנ"ד כיעו"ש והדברים ברורים תו איכא ט"א להקל בנ"ד גם בלא אמירת קברתיו לכ"ע והוא ממ"ש מהרשד"ם אה"ע סי' ע"ט והמ"ץ ח"א סי' ו' ז' דהא דבעי הרמב"ם קברתיו ה"ד באו' איש פ' מת אבל באו' נהרג ל"ב קברתיו גם להרמב"ם ז"ל יע"ש ועם שהכנה"ג שם הגהט"ו אות קס"ה כתב ע"ז דאין גם א' מהפוס' שיודה למהרשד"ם בחי' זה יע"ש מ"מ חזינן לכמה מגדו' הפוס'. והא"ח ז"ל שסמכו להקל עפ"י חי' הרשד"ם הנז' וכמ"ש בשמם הוא שם אות רמ"ב והכי חזינא אנא עניא להרב המוסמך מארי דאתרין הרי"ף ז"ל בתשו' כי באה בנאספות שבסו"פ יד אהרן אה"ע ח"א סי' ב' שחי' כן להדיא כחי' הנז' ושוב כתב שכן מצא אח"כ למהרשד"ם שכ"כ יע"ש והסכים עמו שם חתנו הרב מהרש"ו ז"ל יע"ש וכ"כ עוד מהרש"ו גופה בתש"ו. בנוספות שם סי' ד' וע"ש בסי' ה' וכן ראיתי לגדול אחרון מרבני זמננו הרב שם חדש ז"ל בתשו' כי באה בס' הבהיר חוקי חיים למופת דורנו הרב ה"ג ר"ל מהרח"א גאגין ז"ל דל"ב ע"כ דייק מלשון העדים דבנ"ד שאמרו לוס מאטארון דר"ל שהרגום דודאי ר"ל מיתה גמורה ול"ח לדדמי ושכן דקדק מהריב"ל וכו' ושכן מצא בתשו' מהרמ"י סי' קי"ג דכיון דהגוי אמר הרגו פ' חזקה שראה אותו שנהרג דאי לא קי"ל שנהרג לא הוה קאמר הכי וכ"מ במהראנ"ח סי' ע"ד שכ' דכיון שמעיד שנהרג תלינן ול"ק. למלתא אחריתי וכ"כ הרשד"ם דבנהרג ל"ב קברתיו רל"ל כ"כ דהעיד בדדמי עכ"ל יע"ש גם הרב מהרי"ף ז"ל הו"ד שם בחוקי חיים דל"ח ע"א כ"כ

וז"ל זאת ועוד יש לצרף לנ"ד ס' מהרשד"ם א"הע סי' פ"ט שכ' וז"ל דאי חישי' לבדדמי ה"ד באו' מת דאיכא חשש עילוף לא כן באו' נהרג וכן ס"ל למהרמ"א סי' קי"ג לחלק בין מת לנהרג ואיבא דמרן המאסף פקפק ע"ז וכתב דלא מצא חי' זה הנה המ"ץ חי' כן ג"כ הרב עבי"הו ח"ב סי' פ"ה דנ"ט ע"א חי' כן מדעתו ושוב הביא שכן מצא בכ"י למהר"י מברונא ושהכריח חי' זה מהראש"ו גם הרב י"א אות הל"ד כתב לחלק כן משם הרב חוט השני וכ"כ הרב עה"ג כח"י הזה גם מההא"ב והפ"מ ח"ג סי' מ"ד נראה דס"ל כחי' הרשד"ם דבנהרג ל"ש לו' בדדמי ואפי' היכא דאיכא פחד ובהלה דשייך טפי למיחש בדדמי וכו' באופן דיש ויש להקת הפוס' דס"ל כחי' מהרשד"ם ומסתבר טעמיה לענ"ד וכמ"ש ואף להחולקים מידי ס' ל"י ואית לן לעשות ס"ס והוא מתהפך שפיר וכ"כ ראש משביר ס"י י"ל דאתי עלה לרפאת שבר של"א קברתיו בח"י הרשד"ם הנ"ל עכ"ל יע"ש גם החס"ל שם דמ"ד ע"ג נסתייע בפשי' להקל בנ"ד עפ"י חי' הרשד"ם הנז"ל יע"ש באופן דאשכחן לכמה וכמה פו"ס קמאי ובתראי דהסכימו לחלק כן בין אומר מת לאו' נהרג דבנהרג ל"ח דאמר בדדמי ואצל"ק וככל הנז"ל ובכן בנד"ד שאמר הגוי הא' לגוי הב' כמה פעמים שנהרגו א"כ ל"ח תו דאמר בדדמי ואצל"ק ואפ"י את"ל ששאר הפוס' פליגי ע"ז כמ"ש הכנה"ג וכנז"ל מ"מ אית לן למעבד ס"ס לקולא וכדברי הרב מהרי"פ ז"ל הנ"ל וכמבואר עוד יש טעם אחר ברור ומוסכם שלא לחוש בנ"ד לקברתיו אפ"י להרמב"ם ודעי' והוא זה דמאחר שעלתה הסכמת כל הפוס' דלא בעי' דוקא שיאמר קברתיו אלא ה"ה אם אמר טל טלטלתיו או קברוהו או טלטלוהו אחרים נמי מהני כמו קברתיו כמ"ש הר"ן והריב"ש בתש"ו ובמ"ש מרן בב"י ובתש"ו בשמם וכ"כ שאר הפוס' קמאי ובתראי כמ"ש הכנה"ג והי"א ז"ל משמם ע"ע א"כ אלו ההרוגים הי"ן ודאי שהרוצחים הרגום משום חימוד ממון כדי לקחת הממון שבתוך חיקם והמלבושים א"כ ודאי כשהרגום בלתי ס' שטלטלום כדי להפשיט המלבושים שעליהם ולחפש בחדרי בטנם על המעות שלהם וא"כ ודאי אין לך טלטול גדול מזה ואם היה עדין חי אחד מהם או נודד כנף או פוצה פה ומצפצף ודאי שהיו משלימים הריגתם לגמרי כדי שלא יתרפאו ויקומו וילשינו עליהם למלכות וכמ"ש כן להדיא הרב פ"מ ח"ב ס"י ח' וז"ל וכיון שהרוצח הרגו משום ח"מ א"כ פשט ידו בחיקו לחפש אם הי"ל מעות וקרוב לודאי שפשט כתנתו מעליו ואין לך טלטול גדול מזה יע"ש וכ"כ הכר"ש באה"ע ס"י ט"ז שאין לך טלטול גדול מזה ומהני במקום קברתיו יע"ש וכ"כ הרא"ש משביר בתש"ו אה"ע ס"י ט"ז ובשאר תשו' על נ"ד יע"ש וכ"כ כל הא"ח בנ"ד ע"ע ודון מנייהו ואוקי באתרין וכמובן והגם דנימא דכל כוונת הרוצחים הללו דנ"ד שהרגום אינו אלא לנקום נקמתם מחד מנייהו שהציל מעות מהם

בעד דם אחיו ההרוג לשעבר כמ"ש הגוי ה"ב משם הגוי ה"א במ"ש בקב"ע דנ"ד הנה מ"מ לא יבצר ופשיטא ודאי כי הפשיטום ולקחו מלבושיהם ומעות שעמהם וטלטלום בכך והו"ל כקברתיו וכנ"ל והדברים ברורים וע"ע להרב חס"ל שם דמ"ה ע"ב בד"ה עוד איכא וכו' מ"ש בטע"ז ומניה נמי ילפי' להקל לנ"ד וכמובן:

תו איכא בנ"ד ט"א להקל בל"א קברתיו לכ"ע והיא זה דכיון דאיכא כמה מרבוותא דס"ל דבעד אחד דעלמא ל"ח לבדדמי כמ"ש הרשב"א במיוחסות ס"י קכ"ח והר"ן בתשו' שכן דעתם נוטה אלא דמי יקל ראשו נגד הרי"פ והרמב"ם יע"ש א"כ יש להקל בשופי מ"ט ס"ס וכמ"ש הפ"מ ח"ב ס"י ס' משם הרב ברוך בן' חיים ז"ל שהתיר בנ"ד אפ"י של"א קברתיו מ"ט ס"ס דבמח' שנויה ההיא דאתמר בש"ס דע"א במלחמה צל"ק אי ה"ד באשה המעידה על בעלה שמת במלחמה או אפי' בעד דעלמא נמי ומאחר שכן אפי' את"ל דה"ל כהרי"פ והרמב"ם דבמלחמה אפי' בע"א דעלמא צ"ל קברתיו עדין י"ל אי דוקא במלחמה גדו' או אפי' בנפלו לסטים על שיירא דבזה נס' הריב"ל ושם הביא דברי המרדכי דדוקא במלחמה גדו' אתמר ולא בשיירא וכו' והרב פ"מ שם בהסכמתו הוסיף עוד לו' דגם מהריב"ל לא נסתפק אלא בשיירא גדו' לא בשיירא קטנה דנפלו לסטים עליה ואף אם נאמר דגם בשיירא קטנה אמרה מהריב"ל מ"מ האיכא ס"ס כמ"ש הרב המורה ואף דס"ס זה אינו מתהפך היטב אין בכך כלום לענין עיגונא יע"ש וכבר ראיתי להרב מהרי"פ שם שנסתייע מ"ד הפ"מ לנ"ד ותמה עליו דהאי ס"ס מתהפך היטב יע"ש ודבריו נכונים וכן הסכים הוא ז"ל לנ"ד להתיר בל"א קברתיו מ"ט ס"ס הנ"ז יע"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין ממש כמובן וע"ע להרב חס"ל שם דמ"ז ע"ד מד"ה הן אמת וכו' עד דמ"ט ע"ג מ"ש בזה עש"ב ואכמ"ל:

עוד יש ט"א להקל בנ"ד בל"א קברתיו כלל והוא זה דאיכא טובא מרבוותא קמאי דס"ל דאי חייש"י בדדמי ה"ד בישר' המעיד אבל בגוי דלא מכוין להעיד ל"ח לבדדמי והו"ד במרדכי:

והגמ"י בפרק י"ג מה"ג ורמז ד"ק מהראנ"ח סימן קי"ח ומרן בתשובות דף ק"ט עמוד ב' כתב דרוב הפוסקים סל"ה יעויין שם ורוב הא"ח ז"ל עשו סניף להתיר עפ"י סברתם יע"ע וכן כתב הרב מהרי"פ שם בחוקי חיים דל"ח ע"א וכ"ע וז"ל השתא דאתינן להכי י"ל לעשות ס"ס באו"א יותר מרווח והוא ס' אי הל' כהרמב"ם דמצריך קברתיו או כהחו' עליו ואת"ל וכו' שמא אעיק' דמלתא הל' כהנהו רבוותא דסברי דבגוי ל"ח לבדדמי ואפ"י את"ל דלהרמב"ם דלשיטתיה קיימינן ל"ש גוי ל"ש ישראל חיישי' שמא קי"ל כוותיה בהא דצל"ק לגבי ישר' דוקא ולא קי"ל כוותיה לגבי גוי ומידי ס' ל"ן וכו' ושו"ר למהדמ"ל

סי' קכ"ח ולעביה"ו ח"ב סי' כ"ה עלו בקב"ץ כל הני טעמי תריצי וכ' להתיר אפ"י בל"א קברתיו וכו' עכ"ל יעש"ב וכ"כ הראש משביר בתש"ו וכ"כ שאר א"ח ז"ל דנסתייעו להקל בנ"ד בל"א קברתיו מ"ס הראשו' הנ"ל וכנ"ל ומנייהו נילף להקל בנ"ד וכמובן: ועוד מט"א אין לחוש בנ"ד מהעדר קברתיו מכח ס"ס אחרינא כתבו מהרח"ש בתש"ו ס"י ד' ובכמה מתשו' והוא זה ס' אי הלכה כהרמב"ם דבעי קברתיו גם ביבשה ובלתי מלחמה או כהחו' עליו ואת"ל וכו' שמא העד המעיד הזה ל"א בדדמי שהרי כל עיקר ט' הרמב"ם דמצריך קברתיו הוא מ"ט שמא אמר בדדמי וכל כה"ג מתירים אעפי' שאינו מתהפך יע"ש וגדול הדור ר"ל הרב חוקי חיים ז"ל שם דל"א ע"א סמך בזה להקל בטע"ו ודחה דברי הבע"ח ז"ל שפקפק עליו בזה כיון שאינו מתהפך ג"כ עש"ב גם הרב מהרי"פ ז"ל שם דל"ו ע"ג בתר דשקו"ט ב"ד מהרח"ש הנ"ז כתב בסוד"ק וז"ל וילענ"ד דגם מהראנ"ח ודעי' דס"ל דבעיגונא דאתתא אף שאתה מרבה ס' וס"ס כולהו חדא ס' דהו"ל ס' אם בעלה של זאת קיים או"ל מ"מ בחסרון אמירת קברתיו אזלי ומודו דל"א חדא ס' הוא דא"כ איך אמרו אם נשאת ל"ת כיון דאין כאן רק ס' א' והוי ס' דאו' אעכ"ל דאמי' קברתיו אינו אלא דרבנן דהם הצל"ק וכל דל"א הוי סד"ר וכיון דמספק"ל אי ה"ל כהר"מ או"ל א"כ הוי שפיר סד"ר ואזל"י להקל עכ"ל יעש"ב ועיין ג"כ בתש"ו הנוספות שבסו"ס י"א אה"ע ח"א ס"י מ"ש ג"כ ע"ד מהרח"ש הנ"ז ולהרס"ל שם דמ"ב ע"ד מד"ה ונבא עתה וכו' עד דמ"נ ע"ד מ"ש בזה ע"ד מהרח"ש הנ"ז וב"ד הפו"ס המדברים בפרט זה עש"ב ואכמ"ל:

זאת ועוד אית לן טעמא רבתי להקל בכה"ג דנ"ד לכ"ע אפי' בל"א קברתיו והוא זה דאיכא רבוותא טובא קמאי ובתראי דס"ל ז"ל דהא דבעינן קברתיו ה"ד בעד הרואה לא בעד השומע דהוי עמפ"ע כמ"ש מהריב"ל בכמה תשו' ומרן בתש"ו דקכ"א ע"ב ומהרימ"ט ס"י ל"ב ועוד כו"כ מגד"ו הפו"ס אשר כולם נקבצו באו בכנה"ג ס"י י"ז הגב"י אות קע"ב ובי"א שם אות רמ"ז יע"ש והמורם מד"ק דבעד מפ"ע תלינן להקל שהראשון אמר קברתיו או טלטלתיו אפי' במשאל"ס כל שהגוי ה"א הגיד ל"ת וגם הגוי השומע מפיו הגיד ג"כ ל"ת ובאו דבריו סתם יש להתיר בשופי מ"ט ס"ס והוא זה ס' אי הל' כהר"מ וכו' ואת"ל וכו' שמא לא הצריך הר"מ ל"ו קברתיו אלא בעד הרואה לא בעד השומע והוא מתהפך שפיר כמ"ש בכנה"ג ובי"א שם וש"פ א"ח ז"ל ועד אחרן אתה תחזה להרב מהרי"פ שם בחוקי חיים דל"ז ע"ד שהאריך בטע"ז וראו הביא לנו תש"ו מרן שבסס"י י"א דפשיטא ליה חי' זה מעד הרואה לעד השומע דבעד השומע לית לן בה אם ל"א קברתיו ומאי דמספק"ל למהריב"ל פש"ל למרן ז"ל וכו' ובסוד"ק כתב וז"ל. ומעתה בנ"ד דהוי עמ"ע נר' דלא קפדינן אם ל"א קברתיו עכ"ל יעש"ב וכ"כ הרב המוסמך מארי דאתרין הרי"ף

ז"ל בתשו' נבחר מכס"פ הנד"מ ס"י מ"ח ונ"ב דהסכים להקל בנ"ד עפ"י חי' זה כמש"י מהרא"י בכתביו ומהר"מ בתשו' דשייכי ומהריב"ל בתשו' ע"ש וכן תראה לכל האח' שתפסו להקל בטע"ז בהעדר אמירת קברתיו ע"ע ועיין ג"כ ב"ס ידי דוד קראסו ז"ל הנד"מ בכמה מתשו' גם בפרט זה סמך להקל כמו שיר' הרואה וא"כ אוף אנן נמי בנד"ן כיון דהוי עמפ"ע מל"ת וישראל העד ג"כ השומע מהגוי ה"ב באו דבריו בסתם מה ששמע מהגוי ה"ב ודאי דתלינן. להקל שמא הגוי ה"א אמר ג"כ לגוי ה"ב שקברום או טלטלום ולא חש להאריך הסיפור לישר' השומע ממנו וכמ"ש הרי"פ שם וכל הפי"ס הנ"ז ובפרט דאית לן ס"ס בזה והוא מתהפך שפיר כנז"ל דודאי יש להקל ולהתיר בשופי בנ"ד גם מטע"ז אפי' בל"א קברתיו בלתי שום פקפוק כלל וככל האמור. ומדובר: ועוד דהאמת יורה דרכו דבנ"ד ליכא למיחש דילמא אמר בדדמי כי היכי דליבעי דלימא קברתיו כלל לכ"ע אפי' לד' הר"מ ז"ל כיון דאמר בפי' דהרגום והמיתום מיתה בזויה ומשונה דחתכו בשרם חתיכות רבות כבשר מליח כ"כ בקב"ע א"כ הא עדיפא מקברתיו או טלטלתיו בעשר ידות דליכא למיחש תו לבדדמי כלל ואין אנו צריכים עוד בנ"ד לכל הטעמים הנ"ז כי בטע"ז לחוד די והותר לסלק חששת דבדדמי והא עדיפא מקברתיו בלתי ס' כלל וכן ראיתי להרב המוסמך הרי"פ ז"ל בתש"ו שם ס"י ן' שכ"כ וז"ל וכ"ש בנ"ד בעדות ר"י הלוי שאמר שחתכו ראשו לצד אחד והגוף ל"ב דבכה"ג ל"ל עכ"ל עי"ש וכן מתבאר שפיר מ"ד כל הפוס' האח' ז"ל כמ"ש המעיין ואכמ"ל באופן. הנה נא ערכנו כמה וכמה טעמים שונים מפס' ומפ"ס טעמי תריצי הנאמרים באמת מפום רבנן קדישי גדו' הפוס' ז"ל להקל בנ"ד אפ"י של"א קברתיו לכ"ע וגם הנה נמצא אתנו כמה וכמה ס"ס בנ"ד שלא להצריך קברתיו ואם בס"ס אחד התירו. כ"ש היכא דאיכא ספיקי טובא כה"ג דנ"ד ובפרט דבל"א קברתיו הוי איסור דרבנן וכמ"ש מהרח"ש דמטע"ז אמרו דבחסרון קברתיו אם נשאת ל"ת וכמ"ש כ"ז ג"כ הרב מהרי"ף שם בחוקי חיים דל"ח ע"א יעש"ב ומה גם בנ"ד דכבר יצאו נשותהם של אלו הנעלמים מאיסור אשת איש דאורייתא עפ"י עדות היאודים אשר הלכו לחפש עליהם והביאו עצמות וגידים ובגדיהם מלוכלכים בדם וכדבעי' למימר קמן בס"ד א"כ בלאו"ה לא קיימי נשותיהם של אלו רק באיסור דרבנן דרביע עלייהו דוקא וכל ס' שיפול בעדות זו הו"ל סד"ר ואזלי' ביה לקולא ככל ס' איסור דרבנן כידוע וכמ"ש כ"ז ג"כ ויותר. מזה הרב חס"ל ז"ל על נ"ד שם בדמ"ט ע"ג וז"ל באופן דבין הכי ובין הכי מכל מ"ש נראה ודאי דאף של"א קברתיו וכו' אינו מזיק מאחר דאיכא כמה ס' וככל הנז"ל ואעיק' דין זה דקב' אפי' במלחמה עיקרו אינו אלא מד"ר וכו' וכ"כ הגו"ר וכו' ועיין ג"כ להא"ר סי' א' וכו' דהביא דברי מהרח"ש ש"כ דהך מלתא דבעי' קברתיו קלישא טובא

ובמילתא כ"ד יל"ד וכו' וכ"ש בנ"ד דמכל. ההוכחות בו"ט שכ"ל אין ס' דיצאת מאיסור תו' דהשתא הוו תרי דרבנן דאעיק' דין זה דקברתיו אפי' במידי דאו' אינו אלא מד"ר ובנ"ד עוד בה דהנדון עצמו הוא מד"ר איברא וכו' אפ"י לפי"ז בנ"ד לא אכפת לן דבנ"ד כ"ם דאיכא כמה ס"ס המתהפכות וככל הנ"ל באופן דמכל מ"ש פשוט ופשוט דאין לחוש כלל למה של"א קברתיו וז"פ ומבואר וד"ב לס' זה עכ"ל יעש"ב ודוק מניה ואוקי באתרין ואוף אנן נימא דעפ"י כל האמור די בזה והותר לס' זה שכבר יצא לאור משפטו לקולא ולהתרא וככל מה שנתבאר מה למעלה: ובכן אקומה נא ואשובב"ה תשו' ניצחת להתיר הספק הרביעי שנפל בנ"ד דאפשר דלא מהימן הגוי ה"א בכל דבריו דשמא אמר כן כדי להתפאר ולהטיל אימה וכו' ככל הנז"ל ברישׁ אמי"ר בס' זה. לזאת אשיב דאין לנו לחוש מכ"ז כלל דמלבד השורש הגדול אשר השרישונו הראשונים ז"ל וכלל גדול מסרו בידנו דלעולם בעדות עיגונא דאתתא לעולם אנו הולכים ודנים עפ"י גופה של עדות דברים ככתבם אשר נכתבו בקב"ע בב"ד ועליהם אנו סומכים לדין כפי המובן ממשמעות פשט הדברים אשר באו במכתב בקב"ע אך אמנם במה שלא בא דבר ממנו במכתב בגופו של עדות ולא זכר לדבר לא נחתינן נפשין לאחמורי ולמימר דילמא הכי הוה או הכי הוה דא"כ אין לדבר סוף ולא מצאנו ידינו ורגלינו להתיר עיגונא אחת מיני אלף ולא שבקת חיי ואין לנו לבדות דברים וחששות מליבנו לחוש שכך היה כדי להחמיר ולעגן בנות ישראל כמ"ש כ"ז ויותר מזה מרן ז"ל בתשו' אה"ע דק"ז ע"ג ומהרח"ש בס' נ"ו דבעיגונא אין לנו אלא מה שיראה מפשט העדות ושכ"ן מדברי התה"ד כסוף סי' קס"א וכ"כ הרב מהר"ש הלוי אה"ע ס' ג' והרב א"ס בהש"ו והדב"מ אה"ע סי' ט' וקי"ב וקי"ג דאזהרה שמענו מפי רבותינו דבעיגונא אין לנו לדון בדמיונות ושפיטות אלא כפי המובן מהעדויות הבאים לפנינו וכ"כ מוהריק"ו שורש קנ"א והרב מ"ץ ח"נ דק"ד וק"ה והרב פרמ"א בכמה מתשו' יע"ש והרב ראש משביר והרב באר המים ז"ל באה"ע בכמה מתש"ו ושאר פו"ס א"ח ז"ל עצמו מספר ע"ע הלא בספרתם וזוהי סיבה וטעם כעיקר דניתן כח לחכמי ישראל שבכל דור ודור לעשות חיל בדיני עיגונא דאתתא כי אין לנו בזה לאהוב את השמא כמ"ש ה' מופת הדור ר"ל כמהרר"ח ז"ל בס' ישרי לב הנד"מ באה"ע אות ע' סי' ט' ויו"ד יע"ש וה"ה והוא הטעם בנ"ד שאין לנו לבדות חששות מלבינו כזאת וכזאת כדי להחמיר ולעגן בנות ישראל בטענות שמא כך היה וכך היה ואין לנו אלא מה שיראה מפשט עדות הגוי המל"ת ותו לא מידי כהסכמת כל הפוס' הנז"ל ועין בתש"ו הדב"א ז"ל סי' ל"ב שכתב דאין מדקדקים בעדות אשה עגונה וכל המחמיר ודורש בדברים אלו לא יפה עושה ואין רוח חכמים נוחה הימנו שעיקר תקנתם בעיגונא הקלו משום עיגון יע"ש והרואה יראה

לסרב ג"ר כ"ג סי' ה' וי"ד ו"ך כמה הפליא לדבר על המתעקשים בהיתר עגונות יע"ש. וא"כ מאחר עלות כל אלה איך הותר לנו לחוש ולומר שמא כך הוא כוונתו וכך הוא כדי להחמיר לעגן בנות ישראל העניות והאומללות האלה כיון דהרי לפנינו גוי מסל"ת מגיד אומר כי כה וכה הוה עובדא מאן שם לן למשכוני נפשין ולחשוש חששות כאלה לאחמורי עלייהו ולהניחם בכבלי ברזל העיגון באבלם ויגונם בצערם ועוניים הא ודאיי לא תהא כזאת בישראל כמו שלימדונו להועיל כל הפוס' הנ"ז ויותר מהמה ככל האמור ומדבר ומה גם. לכי נידוק שפיר ניחזי אנן דכל החששות הנ"ז בספק זה הבל הם ואין בם מועיל וכולם הם חששות רחוקות מאד כמו שאבאר בס"ד:

דהנה אמת דחזינא ליה להרב דבר משה ז"ל בח"א אה"ע סי' י"ב דנסתפק כזאת בנ"ד בספק ה"ג שאומר הגוי שנמצא שם בעת ההריגה וסיפר איך היה ענין ההריגה דיש לחוש דמשקר בזה יען כי אין דרך. ההורגים להרוג בפני בנ"א ואדרבה הוא פונה לכאן ולכאן לראות היש רואה אותו למען לא ילשינו אותו לשופט העיר ויהרגוהו בדין וזה שהעיד כן הוא שקרן ודילמא אמר כן מקול הברה וע"ז השיב בדקכ"ב סע"ד איברא דכ"כ מהרד"ך בבית כ"א ח"ט וח"י דפשיטא דכל הורג אדם תחי' פונה כה. וכה לראות אם אין איש ואח"כ הורגו שעושה מעשהו בסתר ואין להעלות על הדעת שהיא דקדקה בו היטב בהריגתו ולא לדקדק בו אמינא אלא אפי' לראותו וכו' שאין אדם הורג בפני חבירו שחושש הוא שמא יוודע הדבר וכדכת"י עכ"ל. אמנם ע"ד מהרד"ך הללו עמדו עליו כל הבאים אחריו וחלקו. עליו בפה מלא ובאותו נדון עצמו דהחמיר הרב חלק עליו הרב מהרי"ט והתיר אותה האשה. גם מרן ז"ל בב"י כתב עליו די"ל גמגומים ע"ד דאין לנו להוציא הגוי מחזקתו מסל"ת. ואף הרב מהר"י שאמנם המחמיר בענין זה הרבה הו"ד בתשו' מרן כתב ע"ד מהרד"ך הנ"ז שדבריו הללו הם מתמיהים לכל בעל שכל כ"ש למה שכתב מרן שם דאם היינו חוששים ומספקים בכל עדות אשה בכל החששות והספקות האלו לא היה היתר לשום אשה עגונה אחת מני אלף אלא כל שיראה מפשט דברי העדות להתיר שרינן לא ולא נמשכן נפשינו לבדות דברים.. מלבנו לחוש ולומר שמא כוונת זה הייתה כך וכך כדי להחמיר ולאסור כמו שעשה מהרד"ך בההוא עובדא דמשה סוסי ועד"ז הלך שם מרן בכל אותה התשו' יע"ש עכ"ל הצל"ע כעת הנך רואה דלית דחש להאי חששא דמהרד"ך זולתו ומלבד דכלל גדול בידינו דהלכה כבתראי וכדברי המיקל בעיגונא דאתתא. עוד בה דבנ"ד ברור הדבר דגם מהרד"ך ז"ל דחייש להחמיר בההוא נדון אזיל ומודה בנ"ד להקל דליכא האי חששא בנ"ד כלל דהתם מיירי הרב ז"ל באיש או אשה שאומרים שראו הריגת פ' איך הרגו אותו הרוצחים והמה רואים ולא

שייכי עם הרוצחים כלל שאינם הם מכלל הרוצחי' רק דאתרמי בעת ההריגה שנמצאו ועיניהם ראו הריגתו משא"כ בנדון דידן דזה הגוי המל"ת הראשון המגיד לגוי ה"ב הוא היה ג"כ בקשר רשעים מכלל הרוצחים שלשתם יחד ומיראתם שלא יעבור זה מקודם בדרך ההוא ויראה אותם שהם רוצחים וילשין עליהם למלכות הניחו אחד מהם שומר בראש היער להביט ולראות העוברים ושבים והשנים מהם הם ההורגים א"כ כיון שהוא ג"כ בכלל הרוצחים ובקשר שלהם שוב אין להם פחד ממנו שמא ילשין עליהם ויגלה עוונם למלכות כיון שהוא עמהם בסודם ובקשר רשעים שלהם וא"כ תו ליכא ההיא חששא דמהרד"ך דחש להחמיר בנדונו שייכא בנ"ד כלל וגם הוא ז"ל אזיל ומודה בנ"ד להקל וכמדובר. ומלבד כי חילוק זה הוא ברור ומוסבר מצד עצמו. עוד בה כי מצאתי חי' זה כדמותו ממש יוצא מפ"ק מרן החביב ז"ל בתשו' אה"ע ס"ס ח' בענין העדר אמירת קברתיו דלא היה בנ"ד וע"ז כתב הרב ז"ל דאפ"י למאן דמחמיר ומחשיב נ"ד כמלחמה קטנה בנפלו עליהו לסטים הוא מת ואני נצולתי דבההוא פחדא הוה יתיב הוא ג"כ ומתוך שהוא בהול אומר בדדמי וכו' יע"ש גם הרב' בצלאל אשכנזי ס' ל"ב כתב דאין לחוש דכיון דמסהיד לבתר ג' יומי דילמא חזייה לבתר ג' יומי דנהרג דכבר האריך מהר"ם בכיוצא בזה דכיון דמעיד בסתם דנהרג תוך ג' ימים או ראה שהרגוהו והיה עם ההורגי' ה"נ בנ"ד נימא דראה שהרגוהו הערביים והיה עם ההורגי' וכו עכ"ל יע"ש וכ"כ הרב מהראנ"ח כח"א סי"ך דצ"ז ע"א עפ"י תשו' מהר"ם הנז' יע"ש והביא ד"ק הרב דב"מ ז"ל שם דקכ"א ע"ב וע"א והוכיח במישור מר"ן דכשרואה הריגתו עדיפא טובא ואין לחוש לשום חששא ובתר הכי נרגש הוא ז"ל ממ"ש מהרימ"ט אה"ע ס"י ל"ו דס"ל למר התם דאפי' אמר נהרג בפני ואין בו ס' חיישי' שמא אומר מה שלא ראה בדדמי ליה מפני הקול ששמעו וכו' יע"ש וע"ז יצא לחלק הרב דב"מ ז"ל ממ"ש מהרימ"ט לנ"ד חילוק נכון ומוסבר מאד והוא שייך בנד"ן והוא דע"כ לא אמר מהרימ"ט הכי כי אם בנ"ד שלא מצאנו חידוש בפי העד מהריגת אותם האנשים שגם אנחנו שלא ידענו דבר מסל"ת שפו"פ נהרגו וכו' אבל בנ"ד שמצאנו חידוש בפי האשה בשם הגוי שראה ענין הריגת שו האנשים האומללים הי"ד ושתחי' לקחו לבחור וכו' והרגוהו וחתכו את ראשו דהוא דבר חידוש שאין אנו יודעים מזה וכו' כל כי האי נראה שאין לחוש לדימוי וכ"כ הרב פרמ"א ח"א ס"י קי"א דכל שמעיד הגוי הנמצא שם בעת ההריגה עדיף טפי ול"ל לדדמי והגם דמידי פלוגתא לא נפקא מ"מ כיון דרבו המתירים הכי נקטינן ובס"י נ"ו כתב בסו"ד וז"ל העולה ממ"ש כיון דרבו המתירים והמקילים בענין שלפנינו ראוי להקל כ"ש שנלע"ד כ"ע מודו דל"א דאיכ' למתלי בדבר דמה שהעיד. העד הא' היינו מה שנשמע קול הברה אלא

כל שאין אנו רואים תוספת בדברי העד ממה שנשמע בקול הברה אבל כשיש תוס' בדבר תלינן כי מה שהעיד העד הכל לפי ראות עיניו והכא בנ"ד כיון שהעיד שבשתיה הולך בשיירא אלא' הב' יאודים בדרך במלון במקום זה הרגו פ' הרי תוס' דברים אלו והוראת המקום שהיה שם ההריגה מורה היותם עידי. ראיה ולא מפי השמועה וכו' ואע"ג דהרב מהרד"ך כתב דברים הפך זה וכו' פוק חזי מ"ש ע"ד ה"ה מהריק"א בתשו' וכו' וכבר נודע מ"ש מהראנ"ח ע"כ דברו ה"ה מהריק"א שכבר קבלנו הוראותיו בכל תפוצותנו ועל ענין זה כתב מהרח"א ז"ל ובלשון הזה אמר יסוד יסדונו לנו רבותינו וכתבו הרב בתשו' אין לנו אלא כל מה שיראה מפשט דברי העדות וכו' עכ"ל ודון מנייהו ואוקי באתרין דאיכא בנ"ד תוספת דברים הרבה בדברי הגוי ה"א לגוי ה"ב עאכ"ו ועדיף נ"ד מכל נדונות הרבנים ז"ל הנ"ז דודאי אין לחוש דמשקר ומקול הברה ששמע הוא אומר כן וככל הסכמת הפוס' ז"ל הנז"ל ובפרט למה שכתבנו לעיל דמשיחתו ניכר שגם הוא היה ידו במעל ונמנה עמהם בקשר רשעים בהריגת אלו האומללים הי"ד ובכה"ג ודאי דליכא למיחש דמשקר ומקול הברה שמע וכיוצא וככל האמור ומדובר מה למעלה ועל חששת דשמא להטיל אימה או להתפאר אומר כן ושקר ענה וכנז"ל בריש אמ'יר בספק ה"ד הנז"ל הנה על חששת התפארות הנז"ל כבר כתב מהרלנ"ח ז"ל בח"א הס"י ע"א דליכא למיחש להתפארות. כלל הגם שבנ"ד איתא להאיי חששא טפי מנ"ד כיעו"ש וכ"כ ה' החביב ז"ל בבע"ח אה"ע ס"ס ח' דליכא למיחש להתפארות בנ"ד כלל ויליף לה מר במכ"ש מנדון מהראנ"ח הנ"ז יע"ש וכן מתבאר מדברי ה' תומת ישרים ז"ל ה"ד הכנה"ג ז"ל באה"ע ס"י י"ז הגב"י אות קמ"ט דאפי' בגוי הרוצח עצמו שאומר הכאתי ל"פ הוא נאמן בלי ספק כלל ולא חיישי' לא להתפארות ולא להטיל אימה וכתב ע"ז הכנה"ג שם וז"ל דין זה אמת ולא מצינו שום פוסק חולק עליו יע"ש וכ"כ ה' יד אהרן שם אות רכ"ט משם הרב מהרי"ץ ב"ס נחלה ליאושוע ס"י י"א יע"ש ועיין ג"כ להרב מהרש"ך ח"ד ס"י פ"ז דאפי' ההורגים עצמם היו מתהללים ומתפארים עצמם שהרגו ב' יאודים אפ"ה אין לחוש לזה כלל דלא חישינן להכי אלא כשנתכוון להטיל אימה וכו' ושם דחה דברי מי שהיה ר"ל דיש לחוש לזה דליתא ואין להעלותו על לב יעש"כ וכ"כ הרב כר"ש אה"ע ס"י ט' דקאמר הגוי להדיא שנשתבח שנהרגו ועכ"ז פשיט ליה להרב דאין לחוש לזה כלל מכח דברי מהר"ם שבתשו' ולא חש הרב להא דשבח עצמו כלל כיעו"ש וכבר הארכתי בענין זה דחיישינן שמא להטיל אימה וכו' בתשו' אחרת אשר לי בהתר עגונה אשת שעבאן ושם הבאתי. דברי כל הפו"ס ז"ל המדברים בפרט זה וראש המדברים בזה הוא מהר"ם ז"ל בתשו' הובאה בתשו' דשייכי ל"ס נשים ס"י ט' ושם נאמר

להדיא משם ר"י ב"מ ולהרב ר"א שכתבו שגוי רוצח שאומר אנכי מותתי את איש פ' נאמן דכיון דגוי מסל"ת נאמן מה לי שהוא הרוצח ומה לי שאינו רוצח וליכא למפסליה משום דאי"ל דמשקר והאי דקאמר הוא הרגו דילמא למירמא אימתא אמר הכי וכו' אבל. הכא לא מוכחא מילתא וכו' לא תלינן להחמיר וכו' יעש"ב ואחריו נמשכו כל הפו"ס ראש"ו וא"ח. ז"ל דכל דלא מוכחא מילתא טובא דלמירמי אימתא אמר הכי לא תלינן להחמיר כלל ככל מ"ש בעניותי שם עשב"י ודון מנייהו ואוקי באתרין דליכא למיחש בנ"ד לא למירמי אימתא ולא להתפארות כלל וכבר ראיתי להרב ידי דוד הנד"מ ס"י ת' דר"ז ע"א שעמד ב"ס זה בנ"ד שאמרה הגויה דודי אמר לאבי שהוא הרגו אם נאמן הגוי לומר שהוא הרגו וע"ז השיב ראו הביא לנו דברי מהר"מ שבתשו' הנ"ז ואסף איש טהור כל להקת הפו"ס הראש"ו והא"ח. ז"ל דכולם פה אחד סברי מרנן דאין לחוש להתפארות ולא להטיל אימה אף ברוצח עצמו האומר אני הרגתי את"פ ושקו"ט בהא טובא הרב ז"ל ובסו"ד כתב וז"ל ותו דאעיקרא הא דחיישי"י דלהטיל אימה קעבידו וכו' היינו דוקא היכא שאומר כן הגוי ליש' דהיינו שאו' אהרוג אותך כמו שהרגתי ל"פ וכדמוכח כן מעובדא דנ"מ ההוא גוי שאמר לישׂ' וכ"כ כל הפו"ס ז"ל יע"ש אבל כשאומר כן גוי לגוי אחר כנ"ד לא חיישי' להכי כלל ומלבד שהשכל מחייב כן עוד מצאתי למהרש"ך ח"ד סי' פ"ח שכ"כ להדיא יע"ש ועין לה' יא' אות שס"ה יע"ש באופן שעלה בידינו מכל מה ש"כ דגוי האומר הרגתי אפי' דשיבח את עצמו כן בפני הגוים אין לחוש לזה כלל כ"ש בנ"ד דלא שבח עצמו:

דאין לספק בזה כלל וכלל עכ"ל יעש"ב וממנו נקח לדון ולהורות כן בפשיטות בנ"ד כיון שהגוי. ה"א היו דבריו עם גוי אחר ולא עם ישר' כלל דודאי דאפי' היו דבריו בדרך התפארות ולשבח עצמו עם רעהו הגוי אפ"ה אין לחוש דמשקר כלל כ"ש דלא חזינן בדבריו של הגוי ה"ב אמ"ל כן הגוי ה"א בדרך שבח והתפארות כלל דודאי אין לספק בזה כלל ועיקר וכמדובר. ועל מה שחששנו בריש אמי"ר בספק זה. דאם נאמר שזה הגוי נמנה עם הרוצחים הו"ל כרוצח גמור שאומר הרגתי את פ' ואין אדם משים עצמו רשע וכו' כנז"ל הנה אמת שהרב סם חיי ס"י ט"ז דל"ב ע"א כתב סברא זו דגם בגוי אמרי' אין אדם משים עצמו רשע יע"ש ואולם כבר השיגו בזה הרב חס"ל אה"ע סי' ו' דמ"ד סע"ד דדוחק לי' בגוי דאינו משים עצמו רשע וה"ט דהרב מהרח"ש. בדכ"ז ע"ד דלא חש להשיב ע"ז כלל יע"ש ועוד דגם הרב סם חיי שם אזיל ומודה באומר הרגתי את"פ דמהימן ולא בעי' שיאמר מת וקברתיו דאי לאו דקי"ל שהרגו לגמרי לא הוה משים עצמו רשע כיעו"ש וכן מתבאר מדברי מהר"מ שבתשו' הנ"ל ומדברי המרדכי ומכל הפוס' ז"ל

והדברים פשוטים ודי בכל זה לספק זה והאריכות בזה עוד אך למומר: העולה מכל מ"ש דהותרו כל ה"ד ספיקות הללו לקולא ונתבארו ונתבררו ונתלבנו שפיר יפה יפה מפי סופרים ומפי סופרים כשמש בצהרים והותרו נשותיהם של אלו ההרוגים הי"ד מכבלי עיגונם ככל האמור ומדובר אחת למעלה וכל זה שכתבנו הוא במונח דנשותיהם של אלו עדין הם בחזקת איסור אשת איש מן התורה אכן האמת יורה דרכו דבלאו"ה בלתי עדות. העד מה ששמע מפי הגוי מסל"ת ה"ב שהגיד לו מה ששמע מן הגוי המל"ת הראשון כבר יצאו הנשים הללו מאיסור אשת איש דאוריתא עפ"י עדות כמה יאודים שהלכו לבקש עליהם ומצאו מקום מלא דם לח ורך ועצמות וגידים ושערות ראשיהם וקצת מבגדיהם וה"ד כנפות שלהם מלוכלך בדם ותבואו הכל לפה העירה והכירו נשותיהם את בגדי בעליהם שהם הם אלו שבזה ודאי יצאו נשים אלו מאיסור אשת איש דאוריתא ולא רביע עלייהו כי אם איסור אשת איש מדרבנן כמ"ש הרב המבי"ט ז"ל בתשו' ח"א ס"י קל"א דמי שיצא מביתו ללכת למ"א ולא הגיע לשם ולביתו לא חזר ונשכח ונאבד זכרו ובאו עדים והעידו שמצאו הרוגים באותו הדרך דמאורייתא תלינן דהוא הוא הנהרג ולא אחר ועדיף זה ממי. שנטבע במשאל"ס וכו' יעש"ב ורוב ככל האחרו' ז"ל עשו סניף בנ"ד להקל מכח תשו' הרב המבי"ט ז"ל הנ"ז כמו שהארכתי בזה בתשו' אשת שעבאן הנ"ז ושם אספתי באמרי"ם כל סברות הפו"ס ז"ל שסמכו להקל עפ"י תשו' המבי"ט ז"ל ובפרט היכא דאיכא תרתי לגריעותא כגוונא דנ"ד דהינו שנשכח ונאבד זכרם זה כמה חדשים ולא נודע מקומם איה ונודע לנו שיצאו מכאן מביתם ללכת לכפר כנאכיר לחנות שלהם שם ולא הגיעו לשם וגם לביתם לא חזרו וגם הועד מפי כמה יאודים שהלכו לחפש עליהם ומצאו עצמות וגידים ושערות ובגדים באותו הדרך הגם שלא מצאו הרוג שלם מ"מ הו"ל כמצאו הרוגים שלמים כיון דאף במצאו הרוג שלם עסקינן בלא הכירוהו כלל כ"ש אם הכירו בגדיהם שהם הם כנ"ד וכן מצאתי להרב ראש משביר ז"ל בח"א אה"ע סי' ט' הי"ב ע"כ שכתב בנ"ד שהוא דומה בזה לנ"ד ממש וז"ל וכ"ש בנ"ד אם נצרף עדות ה"ב משבתי משה שהעיד שהביאו ממקום שאמר שנהרג חתנו של הרמ"ז עצמות וגידים וקצת חתיכות ממלבושיו מלוכלכות בדם וחתיכה אחת מ"ד כנפות שלו והכירו שהם של הר' שבתי ההרוג הנה אעפ"י שלענין סי' בכלים איכא פלוגתא דרבוותא אי חיישי' לשאלה ולענין הלכה לא סמכינן אסי' כלים וכו' מ"מ תהני לן להנצל מסכנתא דאיסורא דאורייתא כמ"ש דעת עליון המביט סי' קל"ה וכו' א"כ אמור מעתה וכו' יעש"ב הרי להדיא דאפי' במצאו עצמות וגידים וקצת מלבושים ס"ל להרב ז"ל דדמי למ"ש המבי"ט ז"ל שמצאו הרוג באותו דרך כמבואר בד"ן וזה פשוט באופן כי הנה נמצא בנ"ד הני תרתי

לגריעותא דבעי המבי"ט ז"ל כי היכי דתיפוק אשת הנעלם מאיסור א"א דאורייתא לדעת רוב ככל האח' ז"ל כמ"ש הרב באר המים אה"ע סי' ס"ב וסי' ס"ז והרב חס"ל אה"ע סי' ו' והכ"ט ע"ב וא' והחק"ל אה"מ סי' יב ובמ"ב סי' ז' וח' יעש"ב וכבר בתשו' אחרת אשר לי בעינינא דאיתתא אשת אבו צאלח הנעלם שם הבאתי דאיכא כמה פוס' דחולקים ע"ז דלא בעי תרתי לגריעותא הנז' אלא בחדא מנייהו סגי להוציא האשה מחזקת איסור א"א דאורייתא יעש"ב עכ"פ בנ"ד כאן נמצא וכאן היה הני תרתי לגריעותא שכתבו המבי"ט ז"ל בתשו' קל"ה הנז"ל ונמצא דכל הפוס' אזלי ומודו בנ"ד דנפק"ל הני נשי דנ"ד מאיסורא א"א דאורייתא לדעתיה דהרב המבי"ט ז"ל וכבר כתבנו דרוב ככל הפו"ס ראשו' ואח' ז"ל סמכו להקל עפי' ס' המבי"ט ז"ל בסניף גדול וכמ"ש הרב באר המים ב"ב תשו' הנז"ל שאסף איש טהור אמבוהא דרבנן קדישי דסמכי בנ"ד להקל עפי"ד הרב המבי"ט ז"ל וכן הסכים הוא ז"ל ג"כ כיעש"ב:

איברא דחזינן לרבנן קדישי כמה וכמה מהפוס' ז"ל דס"ל בדעת המבי"ט ז"ל בתשו'. זו דס"י קל"ה דבעי כמי שיעבור עליו י"ב חדש וכמ"ש המבי"ט גופיה בח"א ס' שכ"ו כי שם נאמר בד"ק להדיא דבעיא המתנת יב"ח כדי להיות נאבד ונשכח זכרו לגמרי וכמ"ש נשכחתי כמת מלב וכו' יע"ש וס"ל להפוס' ז"ל דגם באותה תשו' דסי' קל"ה מיירי נמי המביט ז"ל בעברו עליו יב"ח ער שהרב מהרמ"א ז"ל הו"ד בנו"ר אה"ע כ"א סי' י"א בהעתיקו דברי המבי"ט שבסי' קל"ה העתיק ג"כ בדבריו ז"ל ועברו עליו יב"ח פקע מיניה איסור דאורייתא וכו' יעש"ב והסכים עמו הנו"ר שם בס"ס יב' ובכלל א' סי' כ' דנ"ד ע"ב וכ"כ בכוונת המבי"ט בסי' קל"ה הרב מהרי"פ ז"ל הו"ד בחוקי. איים סי' י"ט דט"ל ע"ב והרב נוכח השולחן אה"ע סי' י"ד די"ט ע"כ דגם באותה תשו' דס"י קל"ה בעי המבי"ט שיעבור עליו יב"ח כדי שיהיה נשכח ונאבד זכרו לגמרי ולא ישמע עליו שהוא חי וקיים יע"ש וכבר הרב מהרג"ק ז"ל בתשו' כי באה בנאספות שבס"ס יד אהרן ח"א אה"ע סי' י"ב דטעמא טעים למלתיה דהמבי"ט שבסימן שכ"ו שהצריך המתנת יב"ח עם דלא ראינו שנתנו רז"ל דבריהם לשיעורין ולא חזינא לשום אחד מהפו"ס ז"ל דהצריכוה שתמתין יב"ח כ"ס המבי"ט אמנם טעם המבי"ט ז"ל הוא דלא הצריכוה הפו"ס המתנת יב"ח היינו דוקא בענין שאותו נדון הוא עפ"י עדות שראוהו או מצאוהו מת אלא שיש איזה ספיקות בענין כפי כל ענין וענין אבל כשהעניין הוא קול הברה מבלי ראות שום אדם בעולם אע"ג דמדינא מותרת כדהורה ה"מ ז"ל כיון דלא נשמע עליו שהוא קיים מ"מ אינה מותרת להנשא מיד אלא עד שתברר הדבר כמה זמן עבר עליו מיום שנתעלם ושלא נשמע עליו שהוא קיים רואים אם עברו עליו יב"ח מותרת להנשא דעל הסתם כל יב"ח

בחזקת שהוא קיים וכשעברו עציו יב"ח ולא נשמע עליו שהוא קיים מותרת להנשא עכ"ל עש"ב ולפי ד"ק יוצא לנו דבכה"ג דנ"ד לא בעי המבי"ט א המתנת יב"ח כלל וגם בנדון המבי"ט שבסי' קל"ה לא בעי המבי"ט התם המתנת יב"ח כלל ודלא כהרבנים ז"ל הנז"ל וכמובן וכן ראיתי להרב מופת הדור מהרח"פ ז"ל בס"ה הנדמ' חיים ושלום אה"ע סי' א' אחר שהביא תשו' המבי"ט דסי' קל"ה הנ"ז ושכ"כ הרב תה"ד ז"ל בסוף סי' קצ"ט ואסף איש טהור כל להקת הפו"ס ז"ל דבעו להמבי"ט תרתי לגריעותא להוציאה מאיסור תורה דהיינו שהועד שמצאו הרוג באותו דרך ושהנעלם היה מהלך לדרכו באותו דרך כנז"ל וגם אסף וקבץ כל הפוסקים שסמכו בזה לנ"ד עפ"י ס' המבי"ט ז"ל ראשו' ואח' רבני אשכנז ורבני ספרד ז"ל ציין את מקומם ואת מקורם הערה שוב כתב וז"ל והנה אמת כי המבי"ט בח"א סי' קל"ה כתב כן להקל בנמצא הרוג בדרך ונאבד אדם אחד דאמרינן שזהו ההרוג ויצאה מאיסור א"א דאו' ובזה לא נתן הרב המבי"ט גבול שיעור הזמן המוגבל כמבואר בדבריו שם דאין זה תלוי בשיעור זמן כמובן כי תכף שבא העד הראוי להעיד מהני ועיין להרב נודע ביאודה ח"א סי' מ"ז ובס' נאמן שמואל הסי' מ"ח ובס' נטע שעשועים בסימן פ"ב דע"ה ע"ב ברם בסי' שכ"ו לא מיירי הרב המבי"ט כי אם כשלא יש עדות ברורה עליו שמת אלא שיצא עליו קול הברה שמת שלא נשמע עליו שהוא קיים כמ"ש בתשו' הרמ' שכתב בכה"ג שתנשא אפי' שלא בא עליו עדות ברורה שמת אלא שיצא עליו קול הברה שמת בלי שום עדות ואפי' גמל"ת בפרטות על האיש הזה שראו הרוג כתב הרב המבי"ט וז"ל ומפני כן תשו' זו כתוב שלא נשמע עליו שהוא קיים נ"ל שלא תנשא זו עד מלאת יב"ח מיום התעלמותו אם לא ישמע עליו תו"ז שהוא קיים נ"ל שנשכח זכרו בין החיים וזכר לדבר נשכחתי כמת מלב שהם יב"ח עכ"ל וכו' הרי דבתשו' זו דסי' שכ"ו דהתיר בשיעור זמן שעברו יב"ח ונשכח זכרו אינו מזכיר באותה תשו' שצריך שיהא נמצא הרוג בדרך כמ"ש בסי' קל"ה כי בסי' קל"ה הוא ע"י עדות ובסי' שכ"ו הוא בלתי ראות דהוא אלא קול הברה שנשמעו עלי שמת כי האיי לחודיה קאי והאיי לחודיה קאי ואחהמ"ר מהנו"ה ז"ל לק"מ משה"ק ע"ד מהרמ"א דהמבי"ט הצריך עבור זמן יב"ח גם כי ימצא הרוג בדרך דליתא להא כלל כמבואר בסי' שכ"ו דהזכיר זמן יב"ח לא הוזכר כלל הא דנמצא הרוג בדרך והוא ברור ועמ"ש בס' שמן המשחה ד"ץ ע"ב ססי' ק"א מקוע"ט עיגונא יע"ש עכ"ל בקיצור ולא זכר שר שכבר קדמו בזה הרב מהררא"ק ז"ל בתשו' הנאספות הנז' שחילק בין דא לדא כחילוקו ממש וכנז"ל וכן נראה שכן הבין בדעת עליון המבי"ט ז"ל שבסי' קל"ה דלא בעי' התם המתנת זמן יב"ח הגאון הרב שב יעקב ז"ל בסי' י"א דאייתי ראייה לס' המבי"ט שבסי' קל"ה הנז"ל מסוגיית

פסחים דיו"ד דעל ובדק ולא אשכח וכו' דמייתי הש"ס התם ברייתא שדה שאבד קבר בתוכה ונמצא בה קבר דסבר רבי דקבר שאבד הוא קבר שנמצא וקיי"ל כוותיה יע"ש נראה ודאיי דגם הוא ז"ל מפרש דברי המבי"ט שבסי' קל"ה כדמפרש להו ה"ה מהרח"פ ז"ל דצא בעי' בכה"ג המתנת יב"ח אלא תכף תלינן דזה דהרוג שנמצא בדרך הוא הוא שנאבד מכח הראיה הנ"ז שהביא לו וכמובן:

וראיתי להגאון הרב נודע ביאודה ז"ל בתשו' סי' מ"ו שכתב ע"ד המבי"ט והשב יעקב ז"ל הנז"ל וז"ל וגם דברי המבי"ט וש"י לאו דסמכא נינהו דהא בכל דרך שיירות מצויות וא"כ אין ס' שהלכו בדרך הזה הרבה בנ"א ואמאי נימא על ההרוג שנמצא שהוא פ' ולא אדם אחר שא"כ היה בדרך זה וכו' עכ"ל יע"ש ואני תמיה עליו טובא מסוגיית בכורות דכ"ד ע"ב שהביאה הוא עצמו שם בסע"ב דאתמר להדיא ר"ח בר אבא מ"ט ל"א כר' אסי אמר לך בשלמא שדה דרכה למקבר בה כי היכי דקבר בה האיי קבר בה איניש אחרינא אלא קדשים וכו' ואידך וכו' יע"ש הסוגייא וכפירש"י התם הרי מבואר מסוגייא זו דבהא קמפלגי ר' ורשב"ג ורשב"ג דסב"ל דתיבדק כל השרה ולא תלינן בקבר הנמצא ולא בעיא בדיקה וה"ה לנדון המבי"ט הגם דאורחייהו דאינשי טובא למיזל באותו דרך עכ"ז תלינן כקבר בהרוג הנמצא דהוא הוא הנתעלם לס' רבי דקיי"ל כוותיה וראיית הגאון שב יעקב לדעת המבי"ט הנ"ז אמתני ותקיפא ודברי הגאון הרב נוב"י ז"ל בהא לאו דסמכא נינהו אחהמ"ר מכת"ר וכדמוכח מהסוגייא דבכורות הנ"ז וכמדובר עכ"פ נמ"ל דגם דעת הגאונים ושב יעקב והנוב"י ז"ל ס"ל בדעת המבי"ט שבסי' קל"ה דלאלתר נפק"ל מאיסור תורה ולא בעי המתנת יב"ח וכדהבין ה"ה מהרח"פ ז"ל וכמובן ודלא כהרבנים ז"ל הנז"ל:

וכן נראה ברור דעת הגאון החק"ל ז"ל באה"ע סס"י י"ב שכן הבין בדעת המבי"ט בסי' קל"ה דלאלתר נפקל"י מאיסור תורה ולא בעי' בכה"ג העברת יב"ח דבתר דהביא ס' המבי"ט שבסי' קל"ה הנ"ז וכתב דכ"כ מהריו' סי' ע"ט דקאי כוותיה וכטעמיה ממש ושקו"ט בס' המבי"ט הנ"ז אם נמצא חולק עליו וסו"ד לא מצא חולק עליו כלל זולתי למהרשד"ם באה"ע סי מב"י שנראה קצת חולק עליו יעש"ב והרואה יראה דתשו' מהרשד"ם הנ"ז בנדון דידיה דלא עברו על ההרוג דנ"ד רק ד' חדשים כמבואר בשאלתו ואי הוה ס"ל להחק"ל דבעי המבי"ט ז"ל המתנת יב"ח מאי ראיה הוה מייתי ממהרשד"ם אם לא ודאי שגם הוא ז"ל ס"ל בדעת המבי"ט דבסי' קל"ה דלא בעי התם המתנת יב"ח ומש"ה השוה למהרשד"ם דפליג עליה דהמבי"ט בסי' זו וכמובן וכן ברור דעת הכר"ש ז"ל. באה"ע סס"י ו' דיליף מתשו' מבי"ט לנ"ד להוציאה מאיסור תורה הגם דאותו ההרוג

דבנ"ד לא עברו עליו יב"ח כי אם ד' או ה' חדשים למרבה כיעו"ש ש"מ דס"ל למר בדעת המבי"ט דלא בעי המתנת יב"ח כלל אלא דלאלתר נפק"ל מאיסור תורה ומשו"ה יליף לנ"ד מתשו' המבי"ט הנ"ז וכמובן ובהכי אין מקום כלל. למה שחולק הרב באר המים ז"ל אה"ע סי' ס"ז דס"ע ע"ד והוכיח סילוקו מתשו' הרב כר"ש בסי' הנ"ז ומתשו' הרב חק"ל דס"י י"ב הנ"ז כיעו"ש ועפ"י מ"ש בדעת הכר"ש והחק"ל ז"ל אחהמ"ר ליתא לדבריו כלל ואעיק' דדינא חילוקו הנ"ז אינו מוסבר כלל דמה לו אם הועד מפי גמל"ת דראה הרוג בדרך ההוא ולא הכירו כלל ומה לי אם המת לפנינו ויש לנו ספק בדין בהכרתו משום. דאשתהי וכיוצא דכמו דהתם איכא למימר דבעי' המתנת יב"ח להוציאה מאיסור תורה ולא מהניא חזקת המקום והזמן לחודה הה"ן נימא הכי כשהמת לפנינו והכרתו מסופקת מצד הדין דליבעי נמי המתנת יב"ח ולא סגייא חזקת המקום והזמן לחודה משום דאכתי איכא למיחש דשמא האי אינש אחרינא הוא וההוא אזל לעלמא ואכתי חי וקיים ומש"ה בעי שיעבור עליו יב"ח שלא ישמע עליו דהוא חיי וישכח זכרו לגמרי אזי אמרינן כאן נמצא וכו' ולא חיישי' תו לאינש אחרינא דאתרמי ואשתכח בההוא אתרא דאי איתא להא הוה משתמע על הנעלם איה מקומו כיון שעברו עליו יב"ח. ותו אני תמיה עליו טובא במ"ש עוד הוא ז"ל שם דס"ט ע"א אחר שהביא דברי המבי"ט דסי' קל"ה הנ"ז כת הפוס' אמבוהא דרבנן שסמכו דעתם על תשו' המבי"ט להוציאה מאיסורא דאורייתא כל דאין בה תרתי לריעותא וכתב ע"ז דהיינו בגוי המל"ת שראה הרוג באותו דרך ובאותו ומן וגם דנשכח זכרו דהיינו שעבר עליו יב"ח כמ"ש המבי"ט גופיה בסי' שכו' עכ"ל יע"ש ואחהמ"ר מכת"ר אין אלו הני תרתי לגריעותא שכתבו הפו"ס ז"ל וראש המדברים בזה הוא הרב פ"מ ז"ל בח"א סימן ג"ן דיצא לחלק מנ"ד לנדון המבי"ט דשאני נדון המביט דאיכא התם תרתי לגריעותא דהיינו שהועד מפי הראוי להעיד או מפי גמל"ת שראו הרוג באותו דרך ובאותו זמן הן אלה הני תרתי לג ריעותא דנתבארו בדברי המבי"ט מדקדוק דבריו ז"ל כמ"ש הפ"מ שם ואחריו נמשכו הרב פרמ"א בח"ב סי' ס' וכל הפו"ס האח' ז"ל כמו שיראה הרואה בספריהם לא עת האסף פה אמנם זה שכתב הרב באר המים דריעותא תנינא היה שיעבור עליו יב"ח הני מלי ליתנהו כלל לא בדברי הרב המבי"ט בסי' קל"ה ולא בדברי הפו"ס ז"ל אלא דהאמת יורה דרכו דהרב ז"ל נמשך בזה בתר דעת הרב מהרמ"א דהעמיס כן בתוך תשו' המבי"ט הנ"ז והאו"ר ז"ל שם כמש"ל עוד ראיתי להרב הנ"ז ז"ל שם בריש ע"ד שכתב וז"ל וכ"ן דעת הרב מהרמב"ח בתשו' הביאה האו"ר בכ"א ס"ח דל"א ע"א וכו' דב דבעי תרתי לריעותא דוקא דבהכי קיימא תשו' המבי"ט וכו' עכ"ל יע"ש והרואה יראה דאדרבא מהרמב"ח ז"ל בתשו' הביאה הגו"ר שם כ"א

שי' ו' ורמזה הרב יד אהרן אה"ע ח"א הגב"י אות תרמ"ט ס"ל למר להדיא דאפי' בלא נמצא שום הרוג בדרך כלל מ"מ בנתעלם יב"ח סגי להוציאה מאיסור תורה כיעו"ש והוא עצמו שם בסי' ס"א דנ"א ע"א וע"ד הביא תשו' מהרמב"ח הנ"ז ועמד עליו במאי דמדמי טביעה בים ליבשה דגם מהרי"א והמבי"ט לא אמרוה אלא ביבשה והבו דלא לוסיף עלה דזיל בתר טעמא וכו' וכן נקטי כל האח' ז"ל להקל בנ"ד עפי"ד המבי"ט ביבשה דוקא וסו"ד הניח דברי האו"ר ומהרמב"ח דילפי מיניה גם לנטבע בים בצ"ע ואפי"ה יליף מנייהו מני"ר גופיה להקל בנ"ד דהוי בים להוציאה מאיסור תו' יעש"ב ועין להרב נוכח השולחן ז"ל ועין עוד להרב באר המים גופיה שם בסי' ש"ב דס"א ע"ד שהביא ג"כ לתשו' מהרמב"ח לנ"ד דביבשה יע"ש ועיין להרב נוכח השולחן אה"ע סי' י"ד שהביא לתשו' מהרמב"ח הנ"ז שמצאה בדת"י ושוב כתב שכבר הביאה הגו"ר ז"ל ומינה הוכיח הוא ז"ל דסל"י למהרמב"ח ז"ל דלא בעי' תרתי לריעותא כדי להציאה מאיסור תורה דהיינו שימצאו הרוג בדרך נמי אלא בנתעלם מן העין לחוד יב"ח סגי להוציאה מאיסורא דאורייתא כיעו"ש וזה דלא כמו שהבין בדעתו ז"ל ה' באר המים ז"ל בתשו' סי' הנז"ל וכמובן איך שיהיה נמצינו למדים מכל האמור דהא דבעי' תרתי לגריעותא הנ"ז במ"ח היא שנוייה בין הפו"ס הא"ח ז"ל וגם אי בע"י לדעת המבי"ט בתשו' סי' קל"ח המתנת יב"ח כדי להיות נשכח ונאבד זכרו לגמרי גם זה במח' הוא שנוי בין הפו"ס ז"ל ככל הנז"ל והנה בנ"ד הא אשתכח הנהו תרתי לגריעותא שהצריכו הפו"ס בדעת המבי"ט דהיינו שנמצא הרוג באותו דרך ובאותו זמן וגם האנשים האומללים הללו הללו נתעלמו מין העין באותו דרך ובאותו זמן ונמצא דבהא לכ"ע נפק"ל הני דידהו מאיסור א"א דאורייתא לדעת המבי"ט ז"ל וככל מה שנתבאר ברם אכתי לא יצאנו יד"ח כת הפוס' ז"ל דבעו המתנת יב"ח שישכח ויאבד זכרם לגמרי אזי הוא דנפק"ל הני נשי מאיסור תורה ועם דרבו הסוברים דבכגו"ד דנ"ד וכנדון המבי"ט דסי' קל"ה לא בעי' המתנת יב"ח וכנז"ל מ"מ הואיל ונפק מפומייהו דרבנן קדישי אמבוהא דגברי רברבי דס"ל הכי דבע"י המתנת יב"ח וככל הנז"ל הנה כי כן נלע"ד להחמיר על הני נשי דנ"ד להמתין עד עבור יב"ח מיום התעלמות בעליהם האומללים הנ"ל דאזי נפק"ל מאיסור תורה לגמרי לדעת המבי"ט וכל הפו"ס דסמכי עליה לסניף גדול כנז"ל ואז לא רביע עלייהו רק איסורא דרבנן ועפ"י עדות העד הישראלי הזה שהעיד מה ששמע מפי גוי מל"ת מפי גמל"ת אזי מותרים הם להנשא לכתחי' הגם דאיכא ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא בכל ספק וספק שנפל בהאי סהדותא עכ"ז הו"ל ספק באיסורא דרבנן ואזלינן ביה לקולא וכ"ש דאיכא ס"ס בכל חדא מהספקות הנ"ל טובא דאפי' הוה נ"ד איסורא דאורייתא הוה דייניגן ביה

לקולא בס"ס כ"ש דאינו אלא סד"ר לדעת המבי"ט וסייעתיה ועבדינן ס"ס בכל גם לסברת המבי"ט הנ"ז ונימא הכי ואת"ל וכו' דילמא הלכתא כהרב המבי"ט ודעימיה כמ"ש הרב מהראנ"ח ז"ל בתשו' הו"ד בנאספות שביד אהרן אה"ע ח"א די"ז ע"ב יעי"ש ועם דהרב מהרמ"ג ז"ל בתשו' כי באה בגו"ר כ"ג סי' י"א דצריך שיעבור עליו ג' שנים כדין חזקת הבתים יע"ש כבר דחה זה הרב גו"ר ז"ל שם ד דמי לממונא יע"ש והגם דהרב מהרח"פ ז"ל בחיים ושלום סי' הנ"ז ישב דבריו ז"ל יע"ש אחהמ"ר מכת"ר לא הונח לי ולא שמיע לי כלו' לא סל"י ישובו ז"ל כמ"ש המעיין ועוד בה שכבר הרב ראש משביר ז"ל ח"א אה"ע סס"י ט"ו שהביא דברי מהרמ"ג הנ"ז וכתב עליו דלא מצינו בשום פוסק דהחמיר יותר מיב"ח יעש"ב גם הרב שבות יעקב ח"ב סי קט"ו ובכנסת יחזקט סי' ג"ן לא הצריך כי אם המתנת יב"ח דוקא יע"ש ואתה תחזה להרב נוכח השולחן אה"ע סי' י"ד די"ט ע"א שכתב וז"ל והשתא אפ"ל דדף מי שחלק על ס' המבי"ט היינו משום שלא ירדו לחלק בין תוך יב"ח לאחר יב"ח אבל אנה"ן לאחר יב"ח שהרי נאבד זכרו כ"ע יודו לס' המבי"ט הלזו וכו' עכ"ל יעש"ב:

באופן דנלע"ד להחמיר על הני נשי שלא יוכלו להנשא לכתחי' כי אם עד עבור ועד מלאת יב"ח מיום התעלמות בעליהם האומללים לכל הפחות ומהיות טוב ימתינו עוד יב"ח אחרים לצאת יד"ח הרב מהרמ"ג ז"ל שהצרך לפחות ב' שנים כמבואר בד"ק אזי מותרים הם להנשא לאחרים אפי' לכתחי' עפ"י העדות הנז' בצירוף סברת המבי"ט ותה"ר ומהרי"ו וכל הפוס' דסמכי עליהו להקל ובכח ס"ס וככל האמור ומדובר מה למעלה:

עוד יש לצרף ולסנף גם פה בנדון שלפנינו עם סברת המבי"ט והרב תה"ד סי' לק"ט ומהרי"ו סי' ע"ט הנז"ל ועם העדות הנז' דאשתכח בנ"ד לסברת הרא"ש ורבינו משולם ז"ל דס"ל דמשיאין אשה עפי' קול הברה בעלמא שמת או נהרג בעלה כמ"ש מרן הב"י באה"ע סי' י"ז תש"ו ה"ס ז"ל הנז' ומהרי' בי רב בתש"ו סי' י"ג והמבי"ט ח"ו סי' שכ"ו וסי' קפ"ח הביאו לתש"ו הרא"ש ז"ל משם הגאונים ז"ל ה"ה רבינו משולם בן רבנא קלונומוס על ראובן שהיה רגיל לילך לסחורה מהלך יום אחד ולפעמים מתעכב חדש אחד ופעמים ג' ופעמים ד' ופ"א הלך לשם ולא חזר ונשמע שנהרג לשם ולא בא אפי' גמל"ת אומר אני ראיתיו הרוג ועל השמיעה כלום יכולה אשתי להנשא וכו' כיון שלא נשמע עליו שהוא קיים סומכים ע"ד הגוים ומשיאין את אשתו מפני תקנת עגונות עכ"ל יע"ש ולזה הסכימו מהרי"ד והמבי"ט בתשו' הנז' יע"ש והגם דהרב מהר"א אלפנדרי ז"ל בס' א"ר בק"ע דקי"ד ע"ד ובתש"ו סי' ג' כתב שאין גם אחד מהראשו' ואח' שסמכו ע"ד ר"מ להתיר אשה עפי' קול הברה בעלמא שיצא על בעלה שנהרג יע"ש וכ"כ מהרח"ש

בק"ע ובתש"ו וכ"כ שאר הפוס' ז"ל וכמ"ש בשמם הכנה"ג אה"ע סי' י"ז הגב"י אות ט"ל וביד אהרן שם אות יע"ש מ"מ הרואה יראה בנאספות ס"ס יד אהרן ח"א סי' י"ב הנז' תש"ו הרב מהרג"ק ל"ז שהאריך בזה והעלה שדעת הרא"ש ומהריב"א דמהר"מ אל אלאשקר ומהרימ"ט ז"ל כולהו ס"ל כר"מ ל להתיר אשה עגונה בקול הברה בעלמא יעש"ב והגם דלענין דינא למעשה ראוי להחמיר בדבר ערוה החמורה שלא להתיר אשה בקול הברה בעלמא כיון שרוב ככל הפוס' הראשו' ואח' פליגי על ר"מ ודעימיה בזה וכמ"ש כן הרב מהרג"ק ז"ל גופיה שם כיעו"ש ולזה הסכימו כל הא"ח ז"ל ובפרט אנן בדידן דקבלני דעת מרן להחמיר וחזינן ליה למרן ז"ל בב"י שם דאחר שהביא תש"ו ר"מ ז"ל הנז' בשם מצאתי כתוב סיים וכתב וז"ל ובתש"ו להרמב"ן סי' פ' כתוב מה ששמעה שמת בעלה נראה שלא שמעה כן אפי' מפי גוי אחד אלא קול הברה בעלמא ואם הדבר כן אינה מותרת להנשא וכ"כ בתה"ד סי' רכ"ב עכ"ל יע"ש מוכח להדיא דס"ל להחמיר כס' הרמב"ן והתה"ד ז"ל מדהביא סברתם באחרונה אמנם מ"מ נוכל לסנף ולצרף סברת ר"מ הנז' ודעימיה המקילים ומתירים אשה בקול הברה בעלמא אל העדיות דאשתכח בנ"ד ולהתיר לגמרי כמ"ש הרב המבי"ט גופיה בסי' שכ"ו הנז' וז"ל וגם אין דעתי נוחה להתיר בעדות זה וכו' ואיני רואה צד לסמוך על היתום כ"א בהצטרף תשו' רמ' וכו' עכ"ל יע"ש וכמו כן נאמר בנ"ד בהצטרף העדות דנ"ד לסרע"ת וסיעת מרחמהי הנז"ל יש להתיר לגמרי ולא עוד אלא אפי' רוב הפוס' הראש"ו והא"ח דפליגי על ה"מ וס"ל דאין משיאין אשה עפ"י קול הברה בעלמא כנז"ל הנה אמת בנ"ד אזלי ומודו דיש להתירה לגמרי משום דע"כ לא פליגי על ר"מ ז"ל אלא דוקא בקול הברה לחוד אבל כשיש קצת עדות המסייע לקול הברה בעלמא אף שאין בעדות כדאי להתיר עכ"ז אלים כחיה דקלא דהברה ושרינן לגמרי וכמ"ש כן להדייא הרב לב שמח באה"ע סי' ד' דאייתי בידיה לנ"ד סברת ר"מ ודעי' וכתב עלה דמיראי הוראה הוא ולא יסמוך ע"ז לבד להתיר מ"מ בהצטרף העדות אל סברת ר"מ יש להתיר ויליף לה מר מתש"ו המבי"ט הנז' יעש"ב והרב דברי אמת ז"ל בתש"ו סי' ד' דל"א כתב דאפשר דלא פליגי רבינו משולם עם כל הגדולים הללו דהנדון של ר"מ הוא כמ"ש מהרמ"א ראובן היה רגיל לילך בסחורה מהלך יום א' ומתעכב שם פעמים חדש פעמים ג' פעמים ד' פ"א הלך לשם ולא חזר ונשמע שנהרג וע"ז כתב הרב מכיון שלא נשמע עליו שהוא קיים והיינו אבד זכרו וכמ"ש המבי"ט שם שעברו יב"ח בזה הוא שהתיר ר"מ עפי' הקול שיצא שנהרג ראובן וכו' וקרוב לזה הם דברי מהרי"א בפי"כ סי' לק"ט וכו' יע"ש והרב נוכח השולחן שם די"ט ע"ב בתר דאיתי תש"ו מהרמב"ח בדר"י דס"ל דבעברו יב"ח נפק"ל מאיסור תורה בנתעלם לחוד או נטבע

אפי' שלא הועד כלל שמצאו שום הרוג בדרך ההוא כנז"ל כתב דדוגמא לס' מהרמב"ח הנז' מצא בתש"ו הד"א ז"ל הנ"ל דשני נביאים מתנבאים בסגנון אחד דבמה שעברו יב"ח דלדעת ר"מ תנשא אפי' לכתחילה ומכ"ש דאזיל ומודה לס' מהרמב"ח דלכל הפחות נפקא מאיסור תורה והדברים ברורים וכו' עכ"ל ועש"ב ועיין להרב באר המים סי' ס"ב ע"ב שהביא סמוכות לס' התה"ד בפי"כ סי' לק"ט והמבי"ט סי' קל"ה מתש"ו רבינו משולם הנז' וכתב דהגם דלא ק"ל כר"מ בהא מ"מ אנן בדידן נקטינן בידן הך להוציא האשה מאיסור תורה מתורת א"א בהצטרפות ס' מהררי"א דסי' ק"ט ומהרי"ו סי' ע"ט ושכ"כ הרב נאמן שמואל דס"ד ע"ב שהחזיק תשו' מהרי"א והמבי"ט מתש"ו ר"מ יע"ש ולא זכר שר להרב דברי אמת בסי' הנז' וכמובן ואתה תחזה להרב מהרי"ף ז"ל בתש"ו כי באה בס' הטהור חוקי חיים דט"ל ע"א דאייתי בידיה לנ"ד ס' ר"מ והמבי"ט הנז' ודעימייהו שהסכימו שבהצטרף סי' המבי"ט אל העדיות יש להתיר לכתחי' וסיים עלה וז"ל אמוך מעתה יראה לענ"ד דיש ויש כדאי להתירה לכתח"י להנשא דהשתא לרובא דרבוותא לית בה אלא איסור דרבנן כיון דאבד זכרו זה כמה שני' ולפי"ז נמצא דפלוגתת ר"מ ודעימיה בנ"ד הוי במידי דרבנן וכיון דהוי במידי דרבנן יש לנו לילך אחר המיקל הוא הר"מ ודעימיה דמאחר דמצינו דהרגמ"ה כתב בשם אביו הר"י ז"ל דבמ"ת היתר אשה הלך אחר המיקל ומשמע אפי' באיסור. דאורייתא ומטעם דבעיגונא דאתתא הקלו א"כ. תסגי לן להחמיר ולילך אחר המחמיר באסורא דאורייתא לא כן באיסורא דרבנן ובהצטרף לו גם העדות וכו' דפשיטא דתלינן להקל ונוסף עוד דאית לן למיתי עלה מ"ט ס"ס והוא דאף את"ל דפליגי רבוותא אסברת המבי"ט ומידי ספיקא לא נפקא וי"ל ס' אי הל' כהמבי"ט דלית בה רק איסור דרבנן או לא ואת"ל דהל' כמ"ד דיש בה איסור דאו' שמא אעיק' דמילתא אין כאן איסור כלל אפי' דרבנן דקי"ל כר"מ דמשיאין ע"י קול הברה וכו' עכ"ל יעש"ב ודון מיניה ומיניה ואוקי באתרין להבין להורות להקל דאחר עבור זמן יב"ח מיום התעלמות בעליהם ולמרבה כ"ד חדשים נפק"ל הני נשי מאיסור תורה לדעת המבי"ט ותה"ד ומהרי"ו ודעימייהו כנ"ל ובהצטרף להו סברת ר"מ ודעימיה והעדות דאשתכח בנ"ד יש כדאי גדול להתירם להנשא אפי' לכתחילה בס"ס וככל הנז"ל בלתי ספק כלל וכמו. שנתבאר וממוצא דבר אתה למד להקל ולהתיר לשוק גם לאשת ראובן הנעלם הראשון דנ"ד אחר עבור עוד יב"ח דוקא כיון שכבר עברו עליו יב"ח ראשונים וגם יש בידינו עדות ישראל ששמע מפי' גמל"ת מפי' גמל"ת שבעבור שנהרג אחיו של אחד מאלו ההרוגים לשעבר ולקחו מהם מעות בעד דמו הרגו אחיו ג"כ וכו' כנ"ז בקב"ע הנז' כנז' בשאלתנו א"כ הרי הועד ג"כ על ראובן דנ"ד שגם הוא נהרג הגם שלא הזכירוהו

בשמו וגם לא הזכרו שנקבר תורה יוצאה להתירה לאשת ראובן מכל הטעמים הנז"ל ומה גם שכבר עבר עליו יב"ח שנאבד זכרו ונשכח כמת מלב שלא נשמע עליו שהוא קיים כלל ובהצטרף ס' התה"ד ומהרי"ו והמבי"ט ולכל הא"ח דסמכי עלייהו וגם בצירוף סברת ר"מ ודעימיה דס"ל דמשיאין אשה בקול הברה בעלמא כנז"ל הא ודאי גם אשת ראובן ההרוג הראשון הותרה לגמרי מכבל עיגונא וכבר כתבנו דמהיות טוב תמתין היא ג"כ עד עבור כ"ד חדשים מיום התעלמות בעלה כנז"ל ואזי שרייא להתנסבא לכל גבר די תצבי עפי' הדין האמת והצדק:

הכלל העולה מכל האמור ומדובר דשלשה נשים אלו העגונות האומללות הותרו מכבלי עיגונם ומותרים להנשא לכתחי' וככל האמור ומדובר הנלע"ד כתבתי לא להלכה ולא למעשה נתכוונתי זולתי לקיים דברי חכמים באתי אשר חייבונו להפך בזכות בנות ישראל העגונות ולמצוה רבה תחשב וכל המרבה להפך בזכותם ולהתירם ממאסרם ה"ז משובח ותחשב לו לצדקה ויכולה זו המצוה זו שתגן עליו ועל זרעו ועל זרע זרעו להצילו מכל צרה וצוקה פוק חזי מש"כ נאמן שמוחל סי' ר"ן דס"ג ע"ג וז"ל גם את זה לעומת זה ראיתי כל הספרים מלאים ויורו המורים ומביאים צדדים וצדי צדדים לשוטט בדרך התרה והיה להם דבר זה למטה עז ולמקל תפארה כמ"ש בעל ס' ברכת אברהם בהקדמת ספרו שבהיותו בקרב צרה התפלל לאל נורא יגן בעדו זכות פסק שעשה להתיר עגונות להנשא לגברי ויעתר לו ה' ויוציאהו לאורה וע"ז אנו מובאים אולי נוכל להתיר אשה מכבלי העיגון עכ"ל יעש"ב הנה ד"ק הללו הם הרהיבוני וממחיצתי הוציאוני לצדד בהיתר עגונות הללו דנ"ד אולי בזכות זה יזכני ה' להבנות בב"ז זש"ק ויאמר לצרותי די ויזכני לכוין לאמיתה של תור' אמן כי"ר ואם יסכימו שני רבני הדור יצ"ו גם אני מסכים עמהם להלכה ולמעשה בשריותא דהני נשי וישמח לבי גם אני אפי' דמטי לי עמייהו שיבא מכשורא ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו וצו"י י"מ וימ"ן כיר"א הכ"ד עבד נרצע לכל יודע דת ודין זעירא דמין חברייא: והוא הצעיר יצחק אבואלעפייא ס"ט:

הסכמת מוה"ר הגדול הגאון המפורסם הרש"ל מלך ירושלים כמהר"ר אברהם אשכנזי נר"ו. בשריותא דהני תרי נשי שנאבדו בעליהם ביחד לבד חוץ מאשת הנעלם דאשתקד והסכמת רב אחאי גאון עמית בתורה מני"ר הרב המופלא ראש ב"ד מקודש ב"ד הגדול שבירו"ש תו' כמהר"ר יעקב שאול אלישר היו' יהש"ל כיר"א הלא הם כתובים ומודפסים בס' הבהיר בני בנימין וקרב איש הנד"מ להרב הגדול עיר וקדיש כמהרמב"ן ז"ל ולמ"ע הרב יש"א ברכה נר' הנז' שר המסכים בשריות דהני תרי נשי לבר מקמייתא וכהוראת מוה"ר ראש"ל נר"ו יע"ש בס"א סי' י"ד ט"ו יע"ש נפלאות מתורתם ברוך שבחר בהם

ובמשנתם וחפץ הייתי מאד להשתעשע בתורתם ואולם אין הפנאי מסכים עמי כי עול הציבור והיחיד השתרגו עלו על צווארי ולא יתנוני השב רוחי וחוששני מחטאת עינוי הדין ח"ו דין גרמא שלא מצאתי פנאי להשתעשע בד"ק ואם ה"ן לי פה להשיב בדבר הלכה בהתר אשת הנעלם הראשון הגם שלא מצאו הרוג בדרך כיון שזה במח' הוא שנוי כמ"ש בארוכה בתשו' אחרת כת"י בהתר העגונה אשת אבו צאליח אל מנג"ד יעש"ב ואולם להיותי מיראי הוראה אני ואיני סומך על דעתי אפי' בדבר קל כביעתא בכותחא כ"ש באיסור ערוה אי. לזאת גם אני הנני מבטל דעתי בהתר העגונה הראשונה והדרי בי וכעת הנני מסכים עמהם. לאוסרה לגמרי כאשר הורו מ"ע הגאונים הנז' יצ"ו עד שיבואו עד או עדים שיעידו עדות ברורה שבאמת נהרג ואזי נעמוד עה"ד ועה"א בעדות הנז' וכעת היא אסורה לגמרי ותל"מ:

סימן ב

שאלה איש אחד אשכנזי מארץ רחוקה בא לפה עירנו יע"א מזה שנים רבות קרוב ל"מ שנה ובבואו לפה היה יותר מבן כ"ד שנה ונשא אשה פה ונשאר עמה נשוי שנים רבות ומזה ב' שנים נלב"ע וחלי"ש ולא הניח זרע מנה כלל ובימי חוליו אשר מת בו ציווה לפני עדים כשרים כמה צוואות בחילוק נכסיו ובכלל דבריו בצוואותיו הנ"ל אמר לעדים שאין לו יורשים כלל וחילק כל נכסיו להקדשות ולאשתו הנ"ל ואמר עוד שאם באולי יבא איזה יורש לו הניח לו סך מה מנכסיו בתורת ירושה כמבואר כ"ז בשטר הצוואה הנ"ז ומשם באר"ה.. והן עתה אלמנתו הנ"ז עמדה ונתקדשה לאיש זר דעלמא קדושין גמורים בעשרה בנ"א ובכוס וברכת אירוסין ובעבור סיבה שביניהם הוכרחו לעכב החופה והנישואין דהיינו ברכת חתנים וכתובה יותר מירח ימים ובכל לו הימים שבנתים אחר האירוסין הנ"ל היה הארוס שלה הנ"ז מתייחד וישן עמה בביתה יומם ולילה בחדר המיוחד להם ואוכלים ושותים וישינים יחד לבדם כאיש ואשתו לכל דבר והם מודים בפה מלא שכבר טבלה ונטהרה לו ובא עליה כמה פעמים לשם נישואין גמורים בט"מ כדת ש"ת אלא דלא אסתייעא להו מלתא לעשות חופה ונישואין דהיינו לברך ז"ב ולכתוב כתו' לסיבתם הנ"ל וכעת בטלה הסיבה שלהם ורוצים לעשות חופה וסעודת נישואין וכתו' כתחז"ל. וקצת חכמים יצו' ערערו וחשו לאוסרה מלינשא עם ארוסה ולא עם זולתו משום חשש דילמא יש לבעלה הראשון האשכנזי הנ"ל אח במד"ה והרי היא זקוקה ליבם שלה אי לזאת יורנו מ"ץ אם לאוסרה מלינשא לשוק משום האי חששא או דילמא מותרת היא להנשא לשוק ולא חיישי' האי חששא הנ"ל יבא דברו הטוב ויורנו מדרכיו דרכי ה' ויבא שכמ"ה: תשובה נלע"ד פשוט דאשה זו מותרת לינשא לשוק לארוסה הנ"ל ולא מענינן

לה משום חששא זאת דשמא יש לו אח לבעלה ה"א כלל כיון דלא הוחזק לן דאית ליה אחים כלל ודין פשוט הוא ומוסכם מכל והעלהו מרן ז"ל על שה"ט באה"ע סי' הנ"ז סו' וז"ל לא היה מוחזק באחים ואמר י"ל אחים אינו נאמן בא אחד ואמר אני אחיו אינו נאמן ואפי' ע"א או קרוב מעיד עליו שהוא אחיו אינו נאמן להוציאה מחזקתה עכ"ל הרי דעדיפא מינה התיר מרן ז"ל דאפי' הוא עצמו אמר שי"ל אחים או בא אחד ואמר שהוא אחיו וע"א מעידו שהוא אחיו עכ"ז אינו נאמן להוציאה מחזקתה כנ"ל א"כ כ"ש בנ"ד דאדרבא הבעל עצמו הודה קודם פטירתו שאין לו יורשים כלל ואין גם א' שיאמר שהוא אחיו ולא שום עד קרוב או רחוק שיעיד שי"ל אח במד"ה מהיכא תיתי לן לחוש לאוסרה מספק ולהוציאה מחזקתה וזה פשוט ומבואר וכן ראיתי להרב ב"ד ז"ל באה"ע סי' צ"ו דנשאל כנ"ד ממש ורע קצת מנ"ד דאלו התם לא נמצא כי אם עד אחד שהעיד שכן אמ"ל האורח הנפטר שאין לו אחים ולא בן ואלו בנדון דידן איכא תמן תרי סהדי דצוואה הנ"ל הנ"ל שהעידו שכן אמ"ל הנפטר שאין לו יורשים כלל כנז"ל והשיב הרב ז"ל על נד"ד דאפי' ליכא שום עד כלל מותרת להנשא לשוק וחיליה דמר ממ"ש הריב"ה ז"ל בטור אה"ע סס"י זק"ן וז"ל אשה שאין לבעלה לא בן ולא אח וחמותה וחמיה במד"ה ומת בעלה מותרת להנשא לשוק וכו' והשתא הדברים ק"ו אם ביודעים בודאי שיש לבעלה אב והוא נשוי לא חיישי' שמא הוליד אביו בן משום דהוי ס' נתעברה חמותה ס' לא נתעברה ואת"ל נתעברה שמא ילדה בת כ"ש הכא דלא ידעי אם י"ל אב מעיק' ושהוא נשוי דאיכא ספיקי טובא שמא אין לו אב ואת"ל י"ל שמא אינו נשוי ואת"נ נשוי שמא ל"ן אשתו ואת"ל נתעברה שמא ילדה בת ואע"ג דהתם מיירי בידוע שאין לו אח אחר אלא זה שאנו חוששין בעת שנתעברה. תמותה ואי"ל דמשו"ה ל"ח שנתעברה כיון שהיה בחזקה שאין לו אח אבל הכא דלא ידעינן בודאי שאין לו אח דשמא י"ל אח ואינו בחזקת שאין לו אח חיישי' שמא י"ל מ"מ איכא ספיקי טובא שמא אין לו אב ואת"ל י"ל אינו נשוי ואת"ל נשוי ל"ן ואת"ל. נתעברה ילדה בת ואת"ל ילדה בן שמא גם האורח י"ל בן משא"כ התם דמיירי בידעינן בודאי שאין לו בן. ועוד ממ"ש הריב"ה שם היה מוחזק באחין ואמר אין לי אחין כתב הרז"ה שהוא נאמן להתירה והרי"פ והר"מ והרא"ש ס"ל דא"נ וע"כ לא פליגי על הרז"ה אלא במוחזק באחין אבל בלא הוחזק גם הם מודו להרז"ה דנאמן במ"ש שאין לו אח להתירה לשוק עכ"ל הרב"ד ז"ל יעש"ב ודון מיניה ואוקי באתרין ממש דהני תרי טעמי תריצי הנאמרים באמת בד"ק של הרב"ד ז"ל איתנהו בנ"ד דהכי הוי נמי נ"ד דלא הוחזק באחים כל ימי היותו דר בעירנו זאת כי מעולם לא נשמע עליו שי"ל אחין במד"ה כלל ובשעת מיתתו ג"כ אמר בפי' שאין לו יורשים כלל הוי כאלו

אמר בפי' שאין לו בנים ולא אחין כלל א"כ בודאי הגמור דאשתו מותרת לינשא לשוק מתרי טעמי הנ"ל חדא דהאיכא נמי בנ"ד כל הנהו ספיקי טובא שכתבם הרב ב"ד ז"ל על נ"ד וה"ה לאומרם נמי על נ"ד כמבואר וגם מטעם הב' שכתב הוא ז"ל דכיון דלא הוחזק באחין ואמר ג"כ בש"מ דאין לו אחין כ"ע מודו להרז"ה דנאמן להתירה לשוק וכנ"ל ומינה נמי לנ"ד וכמובן ואע"ג דספק האחרון שכתב הוא ז"ל בטעמו הא' והוא זה דשמא גם האורח י"ל בן הנה לכאורה יראה דליתיה להאי ס' בנ"ד כיון שאמר לעדים בש"מ שאין לו יורשים כלל דמינה נפיק שאין לו בנים ג"כ כלל וא"כ דל מהכא בנ"ד הס' הזה מ"מ הא ודאי. בורכא הוא שהרי בנדון הרב ב"ד ז"ל הנ"ל הכי הוה נמי שהעיד העד שאמ"ל האורח הנפטר שאין לו אחין ולא בן ועכ"ז לא חש הרב ז"ל להודאת פיו להעד הנ"ל ועבד ס' דשמא י"ל בן ולא תימא דמשום דלא הוה תמן רק עד אחר ה"ט דלא חש ליה הרב ז"ל ונסתפק עדין שמא י"ל בן הא אם היו ב' עדים ע"ז אה"ן דלא הוה עביד הך ס' דשמא י"ל בן דעכצ"ל דלאו משום דליכא תרי סהדי הוא דעלה ונס' בזה דשמא י"ל בן דאפי' הוו תרי סהדי אכתי הס' איתיה משום דמ"מ אין זה נקרא ידיעה בודאי שאין לו בן באמת כיון דעכ"פ לא נתברר לנו זה ולסהדי כן אם מפיו אנו חיין לא כן התם בדברי הריב"ה ז"ל דמיירי דידעינן בודאי שאין לו בן מלבד הודאת הבעל וכמ"ש כן להדיא הרב"ד ז"ל שם גם הרואה יראה להרב ז"ל בטעמו הב' הנ"ל דהסכימה דעתו פה בנ"ד הנ"ל דחשיב שפיר לא הוחזק באחין דמשו"ה כתב דבזה כ"ע מודו להרז"ה דנאמן במ"ש שאין לו אח להתירה לשוק כנ"ל ונד"ן דכוותה ממש דחשבין ליה שפיר לא הוחזק באחין ואמר ג"כ בש"מ אין לי אחין דנאמן להתירה לשוק וככל מ"ש הרב ב"ד ז"ל בתשו' הנז' וכמדובר איברא דלכאורה נראה דהרב ב"ד ז"ל תבריה לגזיזיה מתשו' זו למ"ש בסי' צ"ח מחאה"ע שם דהתם בחלקו"ת ישית דלא חשיב אינו מוחזק באחין אלא דוקא באדם שהוא מאותה העיר ולא הוחזק באחין הרי הוא בחזקת שאין לו אחין דאי הו"ל אחין מידע הוה ידיע ומדלא נודע לו אחין שמ"י לית ליה אחין ובהכי מיירי הטור ז"ל בסי' זק"ן שכ' וז"ל לא היה מוחזק באחין ואמר י"ל אחין אינו נאמן וכו' דכיון דלא הוחזק באחין זהו חזקה שאין לו אחין דאם הי"ל אחין בהכרח היה נודע לבני העיר וזה אין שייך אלא כשהוא מאותה העיר אבל באורח שבא מארץ רחוקה שאין כאן מי שיודעו ומכירו מה שייך לומר דהוחזק שאין לו אחין דמהיכן יש הוכחה שאין לו אחין רבים שם בארץ מולדתו דילמא י"ל אחין שם בארץ הרחוקה ההיא ולא אתנו יורע מאומה וכו' יעש"ב הרי דבתשו' זאת ס"ל למר דלא חשיב אינו מוחזק באחין כיון שהוא גר בארץ ובא מארץ רחוקה הפך מ"ש בסי' צ"ו הנ"ל שהרי התם נמי מיירי בנ"ד באורח שבא מארץ רחוקה

כמבואר בד"ק שם ועכ"ז חשביה הוא ז"ל התם ללא הוחזק באחין וכנ"ל ולכאורה הני תרי פיסקי דרב ז"ל סתרי אהדרי וק' לזווגם יחד וכבר עלה בדעתי לישב ד"ק ולחלק בין דא לדא בשינוי דחיקי ובאנפי רחיקי ואולם לא ערבו לי וה"ט שלא העלתים ע"ס אם לא שנאמר דהני מילי שכתב הרב ז"ל בסי' צ"ח הנ"ל בחי' הנ"ל אינם מתורת הרב ב"ד ז"ל גופיה רק הם דברי השואל שם דהכי מוכח התם ממ"ש וז"ל ועתה יורנו מורנו אם אשה זו מותרת להנשא כי הנה אעפ"ישכ הטור וכו' יע"ש מוכח להדיא דכ"ז מדברי השואל גופיה ותשובת הרב גופיה על אותה השאלה עצמה לא נמצאת שם כלל ומוטב לסבול דוחק זה משנאמר דסותר דברי עצמו ח"ו שו"ר דבלאו"ה לק"מ דה"ט דהרב ב"ד ז"ל בסי' צ"ח לא חשיב ליה לא הוחזק באחין עפ"י חילוקו הנ"ל הוא משום דנמצא בנ"ד אחיו מאמו וגם עד אחד כשר שהעיד שאמ"ל הנפטר שי"ל אח מאב בעירו כנז' בשאלתו משו"ה ס"ל להרב דאתיא עדות העד הנ"ל ומרעא להך חזקה דלית ליה אחין כיון שאינו בן עיר רק הוא מארץ רחוקה בא כיון דעדות העד מנגדת להך חזקה הנ"ל משא"כ בההיא דסי' צ"ו הנ"ל אדרבא איכא התם עדות העד דמסייע לחזקה הנ"ל דלי ליה אתין וחי' זה ברור ופשוט לענ"ד והוא נכון ומינה לנ"ד דאיכא קמן עדות תרי סהדי שאמ"ל הנפטר שאין לו יורשים כלל וכנ"ל ומסייעי להך חזקה דאית לן בגוויה דלית ליה אחין א"כ הגם שהוא בא מארץ רחוקה ואינו מאותה העיר עצמה לא אכפת לן בזה ולא חיישי' תו שמא י"ל אחין כנ"ד דסי' צ"ו הנ"ל וברור ועפיד"ק של הרב ב"ד דסי' צ"ו הנ"ל דעם דהוה תמן עד אחד שהעיד מפי האורח הנפטר שאמר שאין לו אחין ולא בן עכ"ז ארי עלה ונסתפק דשמא י"ל בן וה"ט משום דלא ידעינן בודאי שאין לו בן כי אם מפיו דוקא וכנ"ל ומיניה ילפי' לנ"ד וכמדובר א"כ ממילא נפק"ל דאין לחוש עוד בנ"ד ולא בנדון הרב"ד ז"ל להחמיר ממ"ש מהריב"ל ז"ל בח"ב סי' י"ט להשוות דעת רשב"ם והטור יחד בדין לא היה מוחזק באחין ויצא קול שיש עדים שיעידו שי"ל אחין במד"ה אפי' אמר הוא בש"מ אין לי אח ה"ז חוששת וכו' וכתב: ע"ז מהריב"ל שם דהא דבעי' לחוש להחמיר שיצא קול שיש עדים הוא דוקא היכא דלאו קים לן בודאי שאין לו בנים משו"ה דוקא היכא דיצא קול שיש עדים חוששין אבל היכא דקים לן בודאי שאין לו בנים אפי' בלא קול שיש עדים חוששין וכו' עכ"ל יעש"ב ולכאו' נראה שזהו הפך מ"ש הרב ב"ד ז"ל בסי' צ"ו הנ"ל והפך מה שהעלינו אנן בדידן להתיר בנ"ד עפי"ד. הב"ד ז"ל הנ"ל וכבר עלה במחשבה לומר דמ"ש מהריב"ל דהיכא דקים לן בודאי דאין לו בנים אפי' בלא קול שיש עדים חוששין לאו למימרא דאפי' בלא קול כלל חוששין דמהיכא תיתי לחוש אפי' בלא קול כלל כיון דלא הוחזק באחין ואיכא ספיקי טובא לקולא כמ"ש הרב"ד ז"ל בסי' צ"ו

כנ"ל אלא ר"ל אפי' בלא קול שיש עדים אמנם עכ"פ קול מיהא בעי' כי היכי דניחוש אפי' קלא דלא אתחזק בב"ד דעכ"פ קלא מיהא בעי' כדי לחוש בהם ובלתי קול כלל וכגונא דנדון הרב"ד ז"ל ודנ"ד דליכא שום קלא כלל יודה מהריב"ל ז"ל דלא חיישי' לאוסרה מספק כלל ולא כתב רשב"ם ז"ל התם בפ' י"ן על ההוא גברא דהוה מוחזק לן דלית ליה אחי וכו' דהיה לנו לאוסרה מס' כיון דודאי אין לו בנים יע"ש אלא דוקא אי לאו מוחזק לן דלית ליה אחי כמבואר להדיא הכי בדברי רשב"ם הנז' יע"ש ברם במוחזק לן דלית ליה אחי וגם אמר בש"מ אין לו אחין ולא נפק עליה כלל קלא דאית ליה אחין ודאי דלא אסרינן לה מס' כלל וכמדובר אכן המעיין יפה בד' רשב"ם ומהריב"ל הנ"ל ובשאר פוס' ז"ל ימצא סתירה לזה ואכמ"ל בזה. אמנם האמת יורה דרכן דבלא"ה אין אנו צריכים לזה כלל כיון דהסברא פשוט לומר דכל כה"ג דנ"ד דהרב"ד ודנ"ד לא חשיבי דקים לן בודאי שאין לו בנים כלל כי היכי דליחוש לאוסרה מספק אפי' בלא קול כלל כיון דישנו תחת האפשרות דאית ליה בנים בעירו ובארץ מולדתו כיון דבא לפה עירנו גדול בשנים ודאי שהיה נשוי שם דלא מסתבר לו' דנשאר רווק כ"כ שנים רבות ובפרט שהוא מבני אחב"י האשכנזים יצ"ו דהם משיאים בניהם ובנותיהם בעודם קטנים משנכנסו למצוות כידוע מנהגם הטוב עד היום הזה ומחר בכלל ושבח אני את מנהגם זה כי טוב הוא מאד ובפרט בהאי גברא דנ"ד דנשמע עליו ג"כ דהיה נשוי אשה בקמ"ר קושטא רבתי יע"א קודם בואו לפה כי כן שמעתי עליו ואפי' שאמר הוא בש"מ דאין לו בנים אין זה מוציאנו מידי ס' דשמא י"ל בנים וחשב בדעתו שכבר מתו כיון שהוא דר פה העירה כ"כ שנים רבות ולא נודע לו מהם כלל דזה ג"כ מוכרחים אני לאומרו בדעת הרב"ד ז"ל בסי' צ"ו הנ"ל דהתם נמי אמר האורח הנפטר דאין לו בנים ועכ"ז נסתפק הרב ז"ל בנ"ד דשמא י"ל בן וכנז"ל וה"ט משום דלא קים לן בודאי דלית ליה בנים וכמש"ל באופן דעפ"י תשו' הרב ב"ד ז"ל דסי' צ"ו הנ"ל יצא ההתר בשופי לנ"ד דאשה זו מותרת להנשא לשוק ולא חישי' לה לעגנה ולאוסרה מספק משום שמא י"ל אח לבעלה במד"ה כלל וכמדובר ואחר החיפוש חזיתיה למהריט"ץ ז"ל בסי' ז"ך דנשאל על אחד שבא מארץ אחרת ונשא אשה פה ואמר שאין לו אחין ושוב העיד עליו ע"א שי"ל אח בעירו אם מותרת אשתו להנשא לשוק ושם כתב הרב ז"ל דקצת מחכמי העיר התירוה לינשא ושאר חכמי העיר אסרוה והוא ז"ל ג"כ הסכימה דעתו לכת האוסרים אותה והן קדם הביא ראיה להתירה לשוק מתשו' הרא"ש ז"ל שהביאה מרן בב"י סי' זק"ן הנז' על אחד שנשא אשה ומעולם לא נודע ולא נשמע שי"ל אח אמנם אחי האשה אמר שהיה באשכנז וראה אחד שאמר שהוא אחיו ועתה מת הבעל והיא רוצה לינשא והשיב הרא"ש ע"ז דמלתא דפשיטא הוא דכיון דהאשה הזאת

עומדת בחזקת שאין אחין לבעלה אינה נאסרת לשוק על מאמר אחיה וכו' ואפי' עד כשר לא היינו חוששים לעדותו דכל היכא דאתחזק היתרא ואמר עד אחד שהוא אסור אינו נאמן עכ"ל הרי מוכח מהכא דאפי' עד כשר שהעיד שי"ל אחין אינו נאמן לאסור כיון שהיא בחזקת היתר וא"כ הכא בנד"ז הוי דומה ממש להההיא דהרא"ש וכו' וכן הביא עוד ראיה להתיר ממ"ש הטור בסי' קנ"ז לא היה מוחזק באחין וכו' הנז"ל ושוב דחה הוא ז"ל ראייתו מתשו' הרא"ש ויצא לחלק כחי' הרב ב"ד ז"ל דבס"י צ"ח הנ"ל ממש ואייתי ראיה לחילוקו הנ"ל מדקדוק דברי השואל להרא"ש שכתב בארץ מגוריהם וגם אייתי ראיה לדבריו ממ"ש רשב"ם בפי"ן ושוב הוק' לו ממ"ש רש"י בפ' האומר דהיכא דלא מוחזק לן בש"מ לא באחי ולא בבני קיימא הך אתתא בחזקה שאינה זקוקה ליבום וכו' ותי' דברי רש"י ורשב"ם יחד דרשב"ם מיירי ביודעים בודאי שאין לו בנים משו"ה בעינן חזקה דלית ליה אחי לאפוקה מחזקת איסור מספק משא"כ בההיא דרש"י דלא מוחזק לן לא באחי ולא בבני אלא הדבר סתים משו"ה סגי לה להתירה אפי' בדליכא חזקה דלית ליה אחי אלא בדלא מוחזק לן דאית ליה אחי סגי דאם תאמר שמא י"ל אחין ואתה בא לאוסרה נאמר שמא י"ל בנים והיא מותרת הילכך בחזקת היתר עומדת כיון שאין אנו יודעים בודאי שאין לו בנים והיינו כמ"ש הרב ב"ד ז"ל בס"י צ"ו הנ"ל אשר צירף ספק דשמא י"ל בנים להאורח דנ"ד בהדי שאר ספיקות הגם דהאורח אמר בפי' שאין לו בנים כנז"ל ושוב הביא לנו מהריט"ץ דברי הטור ז"ל ואוקמינהו באינו מוחזק דאין לו בנים וכדאוקימנהו מהריב"ל בח"ב סי' י"ט הנ"ל ומינה דן את הדין לנ"ד דיודעים בודאי שאין לו בנים ואינו מוחזק דאין לו אחין א"כ הוי דומיא למ"ש רשב"ם בפי"ן ואסורה אפי' בלא עד כלל אלא מספק אסורה כ"ש בעד אחד שמעיד שי"ל אחין וכו' עכתד"ק עש"ב.

והנה מה שדקדק הרב מהריט"ץ ז"ל במשפט הלשון בין או' מוחזק דלית ליה אחי ובין או' לא הוחזק דאית ליה אחי דבאו' מוחזק דלית ליה אחי היינו בחזקה ברורה ובידיעה ודאית ובאו' אינו מוחזק דאית ליה אחי היינו בחזקה סתמית וכגוונא דנדון דידיה הנה הרואה יראה להרב ב"ד ז"ל בסי' צ"ח הנ"ל דפליג עליה בזה וס"ל למר דהכל אחד דכיון דלא הוחזק באחין זהו חזקה שאין לו אחין וכו' יע"ש ועכ"פ בחילוק הנ"ל בין אדם שבא מארץ רחוקה לאיש בין עיר תרווייהו הסכימו לחי' הנ"ל הב"ד סי' צ"ח ומהריט"ץ ז"ל שם וכמש"ל ומ"מ לענד"ן דבגוונא דנ"ד גם מהריט"ץ סי' ז"ך הנ"ל אזיל ומודה להקל בנ"ד להתירה לשוק וה"ט דהרואה יראה בד"ק שם דכל הכרח שלו דאוקים עובדא דנ"ד במונח שאנו יודעים שאין לזה בנים משום שבא לכאן בחור וגם הבאים משם אמרו שאין לו בנים וגם בתר הכי חזר וכתב הרב ז"ל וז"ל וגם הוא בחזקה שאין לו בנים מכמה טעמי

חדא שהוא בחור ועני וכו' כדי שיתנו לו אשה הגם כי עני הוא ומעשים בכל יום באים בחורים וכו' וא"כ ה"ה בחזקת שאין לו בנים עכ"ל יע"ש ולעילא מן כל שם כתב וז"ל אבל בנ"ד זה האיש ר"ד בא מקרוב מארץ מרחקים ארבל שמה ולא שייך לו' דהאשה היתה לה חזקה שאין אחין לבעלה שהרי לא הו"ל חזקה לפי כי עתה מקרוב בא מארץ לא עבר בה איש לבא לגבולותינו כי אם מזמן לזמן לעתים רחוקות הילכך ליכא חזקה וכו' עכ"ל יע"ש:

והנה כל זה ליתיה בנדון דידן חדא דזה האיש. הנפטר זה לו יותר משלשים שנה שהוא דר. בעירנו זאת ויותר מכ' שנה שנשא אשה זאת וקבע דירתו פה דירת קבע נשוי עם אשתו הנז' והוא מערי אשכנז ששיירות מצויות בים באניות ועוברים ושבים רבים מהתם להכא ומהכא להתם הרבה מאד וכמה אשכנזים יצ"ו דרים פה עמנו היום מלבד ק"ק אשכנזים רבים הדרים בא"י ת"ו כידוע ותמיד בא יבא להם כתבים וכתבי העתים מערי אשכנז להם כידוע וגם בבואו לפה עירנו האיש הנפטר דנ"ד היה גדול בשנים הרבה והגד הוגד לי מפי מגידי אמת דהיה נשוי אשה בעוב"י קושטא יע"א כנז"ל א"כ מכ"ז ודאי יודה מהריט"ץ ז"ל דלא דמי נדו"ד לנדו"ד להחשיבו בחזקת ודאי שאין לו בנים אלא ה"ה בספק אם י"ל בנים או לא אמנם באחין אינו מוחזק דלית ליה אחי אלא סתם וכדכתב איהו ז"ל על נדו"ד דהא ודאי בנ"ד אינו ניתן ליאמר עליו דאינו מוחזק דלית ליה אחי אלא סתם כיון דכל ההוכחות שכתב הרב ז"ל לנדונו ליתנהו בנ"ד ולא עוד אלא אדרבא הם בהפך וא"כ מאין ולאין לדמותו לנ"ד דהרב ז"ל ולאחמורי עלה מס' אפי' בלתי קול כלל אלא ודאי דגם איהו ז"ל אזיל ומודה דדמי נ"ד לנדון הרא"ש ז"ל ממש שכתב השואל שם וז"ל אשה שנשאת לבעל זה כמה שנים בארץ צרפת ומעולם לא נראה ולא נשמע ולא נודע שהיה לבעלה אח אמנם וכו' כי רחוק הוא שלא היה הבעל מודיע לה או שלא היה יודע בארץ מגורותיהם הדבר הזה והשיב ע"ז הרא"ש וז"ל הא מלתא דפשיטא היא כיון דהאשה הזאת עומדת בחזקת שאין אחין לבעלה אינה נאסרת לשוק וכו' עכ"ל כמש"ל ד"ק ונד"ן דכוותה היא ממש דזה כמה שנים רבית הוא נשוי עם אשתו הנז"ל ומעולם לא נראה ולא נשמע ולא נודע שיש לבעלה אח כלל ואלו היה לבעלה אחין ודאי שהיה הבעל מודיע לה או שהיה בא אצלו האח או היו מריצים כתביהם זל"ז וגם היה נודע פה אצל כל האשכנזים הדרים פה ובא"י ת"ו כל כך שנים רבות שהיה דר פה עירנו ונעשה כאלו הוא בן עיר ממש כיון שנשתקע פה כ"כ שנים הרבה מאד אלא ודאי הדבר ברור מאד דהוחזק דלית ליה אחי כלל וכי היכי דהרא"ש ז"ל אחשבה לאותה אשה דנ"ד שהיא עומדת בחזקת שאין אחין לבעלה ואינה נאסרת לשוק כנז"ל ה"נ בנ"ד האי

אתתא עומדת בחזקת דלית ליה אחי' ואינה נאסרת לשוק וכדברי הרא"ש ממש והדברים ברורים לענ"ד וגם נדון הרב ב"ד ז"ל דבסי' צ"ח הנ"ל לא דמי לנד"ד כלל דהתם נמי אותו האיש דנ"ד שבא מהניאני"ם תכף שבא אצלם נשא אשה ולא עברו ח'. שבועות מנישואיו עד שמת והגיד אחיו מאמו וע"א כשר שי"ל אח בעירו ודמי ממש. לנדון מהריט"ץ. דסי' ז"ך הנ"ל משא"כ נ"ד דעברו כ"כ שנים רבות. יותר מל' שנה והוא נשוי וכו' וכו' כנז"ל. והשתא. דאתינן להכי מצינן לאוקומי שפיר אותה תשו' דהרב"ד דסי' צ"ו דמיירי בגוונא דנ"ד ממש ובהכי אין נסת"ר מחמת"ו ממ"ש הוא עצמו בסי' צ"ח הנ"ל וכמובן והרואה יראה דנדון דידן עדיפא מנדון הרא"ש והב"ד ז"ל הנ"ל דליכא בנ"ד שום עד המעיד שי"ל אח לבעלה לא קרוב ולא רחוק כלל ואפי' קלא בעלמא ליכא כלל ואיכא אומדנות רבות דמוכחי טובא דלית ליה אחי כלל וככל הנז"ל והא ודאי דיש לסמוך עכ"ז להקל בעגונה הזאת להתירה לשוק. דכלל גדול בידנו דבעיגונא הקלו וכידוע והחכם עיניו יחזו בתשו' מהרימ"ט ז"ל ח"א. סי' פ"ב דמד"ק מוכח להדיא כחילוקנו הנ"ל אשר חילקנו בעניותנו מנ"ד לנדון מהריט"ץ ז"ל ממ"ש וז"ל והך מילתא וכו' ואותו הנדון וכו' יע"ש וכ"כ הגאון חתם סופר ח"א אה"ע סי' מ"א וז"ל ועין בתשו' מהרי"ט וכו' יע"ש וע"ע להגאון הנ"ל שם סי' ע"ח יע"ש וע"ע בתש"ו הגאון נודע ביאודה מ"ח אה"ע סי' קמ"ג קמ"ד קמ"ה ובשב יעקב סי' מ' בגדי כהונה. סי' ל"ג מקור מים חיים ח"ב סי' ג' ובפני משה ח"א י"א ע"ע הלא בספרתם וכן העלה להלכה ולמעשה הרב משחא דרבותא אה"ע סי' קנ"א וכן ראיתי להרב משכנות הרועים ז"ל במע' ח' אות. נ"ן שנשאל על כיוצא בזה דנ"ד והוכיח במישור מסוגיא דקי' ודב"ב ומדברי רש"י בקי' ורשב"ם ז"ל דכל אשה בחזקת היתר עומדת אח"מ בעלה והעלה להתיר מס"ס ואייתי לן מ"ש מהריט"ץ והמשד"ר ז"ל ובסיד"ק הביא חי' הרב"ד ז"ל דסי' צ"ח הנ"ל וכתב ע"ד דאין לסמוך ע"ז כלל יעש"ב באופן דמכל דברי הפוס' ז"ל הנ"ל מתברר להדיא חילוקנו הנז' וכ"ע מודו ביה להקל בגוונא דנ"ד דדמי ממש לנדון הרא"ש ז"ל הנז"ל והדברים פשוטים ואכמ"ל עוד בזה: ועוד יש לצרף טעמא אחרינא תריצא להקל בנ"ד להתירה לינשא לגמרי לארוסה הנ"ל והוא זה דכיון דבתר הקי' שנתקדשה האשה הנז' דנ"ד לארוסה הנ"ל עוד נתייחדה עם הארוס שלה תמיד יום ולילה לא ישבותו ובבית אחד סגור עליהם ישינים בלילה כאיש ואשתו ממש והוא יחוד גמור הראוי לביאה כאשר כל השכנים שלהם יעידון יגידון ע"ז והן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה א"כ הוי דינייהו כנישאת נישואין גמורים ממש כמ"ש מרן בשה"ט אה"ע סי' נ"ד וז"ל ואפי' אם קדשה בביאה אסור לו לבא עליה ביאה ב' בבית. אביה עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתייחד עמה ויפרישנה לו ויחוד זה הוא הנקרא כניסה

לחופה והוא הנקרא נישואין בכל מקום עכ"ל יע"ש גם בסי' ס"א ס"א כתב מרן ז"ל וז"ל כיון שהכניס האיש ארוסתו לחופה הרי היא כאשתו לכל דבר אעפ"י שלא נבעלה וכו' עכ"ל יע"ש ובסי' ס"ד ס"ה כתב מרן וז"ל ואלמנה אין חופה קונה בה אלא ע"י יחוד של ביאה וכו' עכ"ל יע"ש וכתבו הפוס' ז"ל דר"ל יחוד הראוי לביאה אף שלא בא עליה. ואף לדעת הב"ח והב"ש ז"ל שם דס"ל דצריך להיות ביאה ממש ול"מ יחוד לחוד יע"ש הנה בנ"ד הארוס והארוסה מודים בפי' שבא עליה כמה פעמים וכבר כתב מרן החבי"ב ז"ל בכנה"ג אה"ע סי' ס"א בהגהט"ו אות ג' משם מהראנ"ח ז"ל דהיא נאמנת לומר שבא עליה יע"ש ומה גם דאנא עניא הטלתי עליהם ח"ס אם אמת הדבר שבא עליה וענו ואמרו אמן ואמת הדבר בא עליה כמה פעמים ואיכא עדים נמי שראו אותם ישינים בלילה במטה אחת ואומדנא רבה דמוכחא טובא דהכי הוי ובלא"ה האיכא עידי יחוד והם עידי ביאה וכמש"ל גם מור"ם ז"ל שם בסי' נ"ה ס"א כתב וז"ל וי"א דחופת בתולה משיצאה בהינומא ואלמנה משנתייחדו עכ"ל יע"ש וכבר כתב מרן שם ס' נ"ה ס"א וז"ל והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה משיערה בא קנאה ונעשית נשואין וה"ה כאשתו לכל דבר וכו' עכ"ל והכא מרן איירי אפי' בלא חופה כלל כמ"ש הר"ן ז"ל הביאו מרן בב"י שם והבאה"ט שם דכיון שבא עליה לשם נישואין קונה בלא חופה עכ"ל יע"ש והגם דסיים מרן שם וז"ל וצריך לברך ברכת חתנים בבית החתן קודם הנישואין עכ"ל לאו למימרא דצריך לעיכובא משמע אלא דלכתחי' קאמר הוא דצריך וכמ"ש מרן שם להדיא בס"ג וז"ל אירס וכנס לחופה ולא בירך בד"ח ה"ז נשואה גמורה וחוזר ומברך אפי' אחר כמה ימים וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ מור"ם ז"ל בסי' ס"א וז"ל כנסה לחופה ולא בירך ברכת חתנים הוי חופה גמורה דאין הברכות מעכבות ומברך אחר כמה ימים וכו' עכ"ל וכבר כתב הרב כנה"ג שם משם הרדב"ז ז"ל. דמותר לו לבא עליה וע"ש וכ"כ הרב ב"ש ז"ל הביאו הבאה"ט סי' נ"ה סק"ח יע"ש ואעפ"י שלא כתב לה כתובה עדין דינה כנשואה ממש וכמ"ש הרב המוסמך מארי דאתרין הרי"ף ז"ל בשו"ת נבחר מכסף הנד"מ סי' מ"ד דאפי' דאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה מ"מ דינה הוי כנשואה שהרי גם כשלא בירך היא אסורה דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה ואפי"ה הויא נשואה גמורה וכו' יעש"ב וכמ"ש ג"כ בדין יחוד דאלמנה יע"ש וע"ע בס' ויקרא אברהם להרב מהרא"ד נר"ו באה"ע סי' יו"ד מ"ש בזה ואכמ"ל והשתא דאתינן להכי דבאלמנה ביחוד הראוי לביאה כנ"ד חשיב כניסה לחופה ודינה כנשואה אפי' שלא בא עליה עדין וכ"ש אם בא עליה לשם נישואין כנ"ד דא"כ הוי דינה כנשואה גמורה לגמרי לכל דבריה ואם נשאת לא תצא בנ"ד דהגם דבזקוקה ליבום ונשאת. לזר אפי' בשוגג קי"ל דתצא ואפי'

הוי לו בנים ממנה ונאסרה עליו ועל היבם כמ"ש מרן ז"ל בש"ע אה"ע סי' קנ"ט ס"ב יע"ש זהו דוקא בידוע שיש לה יבם בודאי וזקוקה היא לו בודאי אבל משום חששא בעלמא כה"ג דנ"ד ודאי דאם נשאת לא תצא וגדולה מזו כתב הרב ב"ש שם סי' קנ"ט והבי"ד ה"ד הבאה"ט שם דאם אין יבם ידוע בודאי אפי' נפק קלא בעלמא שיש לה יבם לא תצא יע"ש כ"ש וק"ו בנ"ד דליכא אפי' קלא בעלמא זולתי חששא רחוקה ואיכא כמה ספיקי. טובא להקל דודאי הגמור דאם נשאת לא תצא וכמדובר. הכלל העולה מכל מ"ש דהותרה אשה זו דנ"ד מכבלי עיגונה וה"ה מותרת להנשא לבעלה המקודשת לו הנז"ל הנלע"ד כתבתי והותרה ונשאת אשה זו לבעלה הנ"ל בכתובה ובב"ח כתחז"ל בהסכמת חו"ר עירנו יצ"ו ג"כ וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות ויזכנו לכוין לאמיתה של תורה ולא לכשל בדבר הלכה אכי"ר פי המדבר זעירא דמן חבריא:

והוא הצעיר:

יצחק אבואלעפייא ס"ט:

סימן ג

שאלה יאודי אחד מעיר חאצבייא שהיה תושב שם עם שאר תושבי העיר ההיא שהיו שם מאז ואח"ך יצאו. מהעיר הנז' כל היאודים. התושבים ונתיישבו בעיירות אחרות מהם בנידון ומהם בבירות ומהם פה עירנו דמשק יע"א וכל בני העיר הנז' היאודים שנתיישבו בה זה דרכם לדלג על הערים והכפרים אשר סביבות עירנו זאת הקרובים והרחוקים כדרך יום כה וכדרך יום כה מהם עושים גבינה ומהם מוכרים וקונים בכפרים הנז' וברוב ככל בכל שב"ק חוזרים לביתם ולפעמים שובתים בכפרים ההם ויש שנשארים ט"ו ימים ויותר לפעמים והנה יאודי אחד מהם זה שמו שעבאן אל חאצבאני נתיישב פה ונשא אשה מפה והיתה מלאכתו קונה סחורות מפה העירה ונוסע לכפרים הנז' למכור שם ולהביא טרף לביתו ובכל עת שנגמרה סחורתו והיה חוזר לביתו לפה וקונה פ"א וחוזר ונוסע לדרכו ויהי היום קנה סחורה מפה דהיינו כא"ם. וכדומה ונסע לדרכו לכפר יאנטר ומזרעא נחלווא למכור סחורתו שם כמנהגו ולא חזר לביתו כלל וכשנתעכבה ביאתו לביתו יותר מהנהוג שאלו עליו אשתו וקרוביו לשאר היאודים הנוסעים להתם ואמרו להם שאינו נמצא שם כלל בכל הכפרים הנז' ובכן נתפחדו עליו שמא נהרג שם ויצאו לבקשו ולחפש עליו בכל הכפרים הנז"ל ולא מצאוהו כלל ועכשיו זה קרוב לשתי שנים שנעלם זה האיש שעבאן ולא נודע מי הכהו ואיה מקומו ואנה הלך והנה אשתו הענייה והאומללה יושבת גלמודה קשורה בכבלי העיגון והיא קטנה בשנים בת ך' שנה בוכה ומבכה ודמעתה על לחיה על אלוף נעוריה ועל בתוליה שאם לא תמצא היתר תשאר

עגונה כל ימי חייה עד שילבין ראשה וכל לבב אנוש הרואה בצערה יקרע סגור לבבו ובני מעיו מתחתכים עליה ונלאו כל קרוביה למצוא איזה עדות על בעלה הנז' לדעה מה היה לו ואחר כל עמל וטורח מצאו ג' עדים יאודים מבני עירם הנז' ששמעו מפי גוים מסל"ת והביאום לב"ד הצדק וקבלו עדותה בזא"ז וזה נוסח הקבלת עדויות וז"ל במותב תלתא וכו' אתא קדמנא פב"פ והעיד לפנינו ע"ן וע"י אחר האיום והגיזום וכה אמר בל בלשון ערבי אנא כונת אכ"ד כא"ם בקטנא ימן מדת שהרין תלאתיה מהקו עלי ערלים פוואכרייה מן עיתא קאלולייא יאודי מא פתשתו' על אל יאודי אלדי את קיתל קולתלו ואין מקתול קאלולי כי' חוראת יאנטה מן מדת שהרין כוננא מארקין הוניך שופנ"א יאודי מקתול הוניך ע"כ באה עדות העד ה"א הנז"ל וביאור דבריו בלה"ק אני הייתי לוקח כא"ם בכפר קטנא מזה זמן ב' וג' חדשים עברו עלי ערלים מוכרי כלי חרס מן כפר עיתא אמרו לי יאודי לא בקשתם על היאודי שנהרג אמרתי לו היכן הרוג אמרו לי בין האילנות של כפר יאנטה מזה ב' חדשים היינו עוברים דרך שם ראינו יאודי הרוג שם ע"כ עוד בא עד שני ונתקבלה עדותו בב"ד וז"ל אנא כונת מתשארך מעא מוסאן' ן' סלמו"ן טלענא מן הון לראסאל עין ווצלנא למרא אם אבראהים איגי"ת אל מרא קאלת לינא אללא יקתול אלי קתל שעבאן גי"ת אנא גשמת חאלי קולתלהא ווינהו מנשאן איש קתלוה קאלת מנשאן מרא באעלהא כאמא"ת קולתלהא מני אל מרה קאלתלי אוכ"ת פנד"י אל זער קולתלהא אנא ואין קתלוה קאלת קתלוה מא בין אר"ץ אל מזרעא וחלווא אמא יקתול אלי קתלו ע"כ באו דברי העד הב' הנז' וזהו ביאורו בלה"ק וז"ל אני הייתי משותף עם משה בן שלמה יצאנו מכאן לכפר הנקרא ראס אל עין מזה זמן קרוב לשנה הגענו אצל אשה שמה' אם איבראהים באה האשה ואמרה לנו ה' יהרוג למי שהרג שעבאן באתי אני עשיתי עצמי פתי אמרתי לה היכן הוא ובשביל מה הרגוהו אמרה לי בשביל אשה מכר לה כאמא"ת אמרתי לה מי זאת האשה אמרה לי אחות הגוי הנקרא פנד"י אל זער אמרתי לה אני היכן הרגוהו אמרה לי הרגוהו בין ארץ אל מזרעא וחלווא ה' יהרוג למי שהרגו ע"כ:

עוד נתקבלה עדות עד אחר וז"ל אין כוננא נחנא בל ציע"א אסמהא צבורא עמל נלום כרו"ק איגי"ת ואאדאה גויה קאלת יא יהודי מא מעכם צאבון לל ביע רדינא גווא"ב מא מעאנא רדית קאלת לינא למא יעמלו מעכום מתל מא עמלו מע שעבאן אל חאצבאני אלדי עיונו מכסראת אלדי קתלוה בין ציעית מזרעא ובין ציעי"ת חלווא ונתנא מן כופנ"א רגענ"א כל חאצ"ר מן כלאם אל גויה מסל"ת ע"כ באו דברי העד הא' הנז' וזה ביאורו בלה"ק היות היינו אנחנו בכפר הנקרא לאבורא עסוקים לקבץ סמרטוטים באה אשה אחת גויה אמרה לנו אין עמכם צאבו"ן למכור השבנו לה אין עמנו אמרה לנו תזהרו

שלא יעשו עמכם כמו שעשו עם שעבאן אל חאצבאני אשר עיניו טרוטות שהרגוהו בין כפר הנקרא מזרעא ובין כפר הנקרא חלווא ואנחנו מפחדנו חזרנו תכף מדברי הגויה המסל"ת הנ"ל ע"כ באו עדיות הנז' ולא נמצא עוד שום עדות אחרת כלל ואולם ידענו היטב כי שעבאן הנז' היה בכפרים הנ"ל וגם באותם הימים לא נשמע שנעלם או נהרג שום אדם בכפרים הנז' ולא במ"א ולא נפקד לא מעירנו זאת ולא מעיי רות אחרות בכל סוריא וא"י ת"ו זולת שעבאן הנז' הנה כי כן יורנו מ"ץ אם יועילו העדיות הנ"ל להתיר לאשת שעבאן הנז' מכבלי עיגונה אם לא ולמצוה רבה תחשב לו ושכמ"ה: תשובה עם שידעתי ביני שאיני כדאי לדון ולהורות ומיראי הוראה אנו ובפרט באיסור ערוה החמורה מ"מ להיות כי עגמה נפשי עד מאד מראות ברע צער באשה העגונה הלזו ובצער אביה ואחיה וכל קרוביה ומה גם דא דאיכא מצוה רבה בדבר כידוע ע"כ דחקתי עצמי לבקש ולמצא פתחי היתר להענייה הנז' עפ"י העדיות. הנ"ל כאשר חייבונו רז"ל הפוס' ראשונים ואח' דחיובא רמיא ע"כ יודע ספר לחפש צד זכות לבנות ישראל העגונות שלא יצאו לת"ר ח"ו ובפרט בדור הרע הזה שרבו המתפרצים כידוע ומה גם דהיא ילדה ורכה בשנים ואם לא נתירוה עפ"י הדין בכח העדיות הנ"ל תשאר עגונה כל ימי. חייה ואיכא סכנה בדבר כמ"ש הפוס' ז"ל ועד אחרן הרב מר ואהלות ז"ל בתשו' אה"ע ססי' ט' והרב נוכח השולחן ססי' י"ד דבעגונה קטנה וילדה בשנים הקלו יותר משום תקנתה אפי' בדבר הראוי להחמיר מכח הדין כמ"ש הרב הגאון כנסת יחזקאל סי' מ"ט יע"ש ובכן אני בעקבותיהם אלך וזה החלי וה"א יעזור לי:

ואען ואומר הנה אמת עדות העד הראשון לא אטכל בה כלל כיון דאית בה ספיקי טובא ובפרט שלא הגידו מי הוא זה היאודי שמצאוהו הרוג ומה שמו וכו' אי לזאת אביטה אראה עדות הב' מה שהעיד ששמע מהגויה ואציגה נא תחי' הספקות דאית בה ואח"ז אבאר היתרם אחת לאחת:

הנה הספק הא' הוא זה שבאו דברי הגויה בלתי קשר דברים כלל ולדעת הר"ן ז"ל בתשו' הביאה מרן ז"ל בב"י סי' י"ז מחמיר טובא בהא דבעי שיהיה דברי הגוי מסל"ת בקשר דברים בין לפניו בין לאחריו ואי לא הוי הכי לא מיקרי מל"ת יע"ש ומרן ז"ל בתשו' דקי"ד נראה דאזיל בשי' הר"ן ז"ל יע"ש:

הספק הב' הוא זה שלא אמרה הגויה הנז' אם היא ראתה אותו כשנהרג או אחר שנהרג או עפ"י השמועה ששמעה שהרגוהו אמרה שנהר דאם הוא כן עפ"י השמועה יש לחוש להחמיר מתרי טעמי חדא דשמא הגוי הראשון שהגיד לה שנהרג שעבאן דילמא לא היה מל"ת ולדעת הריב"ש סי' שע"ז בעי' שיעיד הגוי מסל"ת שהוא נמצא בעת הריגתו או

ראהו הרוג אבל במה שהעיד מפי גוי אחר אין זה כלום שהרי אין הגוי בקי להכיר אם חבירו הגוי הגיד לו במסל"ת או היה מתכוין להעיד והבו דלא לוסיף עלה יע"ש ואפי' לדעת הר"ן בתשו' סי' ג' החולק ע"ז וס"ל דעדות גוי מפי גוי מהני דלא גרע מאשה מפי אשה מפי שפחה מ"מ מצריך הר"ן שם שיעיד הגוי הב' במל"ת ששמע מגוי אחר מל"ת ואי לא"ה ל"מ וכמ"ש בשמם מרן בב"י יע"ש ויש לחוש לסברתם להחמיר:

זאת שנית דאם עדות הגויה דנ"ד היתה עפ"י שמועתה מאחרים יש לחוש דשמא שמעה על איש אחד ששמי שעבאן יאודי או ישמעאלי והיא חשבה דעל שעבאן זה דנ"ד הוא מה ששמעה דנהרג ואפשר דשעבאן זה דנ"ד עדין הוא חי וערק ואזל לעלמא שכן מצינו למרן ז"ל בתשו' דק"ח דחשש כזאת בנ"ד שאמרה התוגרמית ליאודי אחד אנה הנחת את חביב חבירך ואמרה לו שהרוצחים אמרו שהרג אותו וכתב מרן ז"ל דחיישי' דילמא חביב אחר היה והגויה מתוך שהיתה מכרת לחביב חבירו של זה חשבה שעליו היו אומרים יע"ש ובצד"ן י"ל דכוותה וכמדובר הספק הא' שנפל בעדות זה דשמא יצא הקול על שעבאן דנ"ד שנהרג והגויה הלזו אמרה כן עפ"י הקול שיצא שנהרג. וחזינן לגדולי הפוס' ז"ל הרשב"ש בתשו' הבי"ד מהרימ"ט בח"א סי' ב"ן ולהרב תה"ד סי' ר"ם ובכתבים סי' קס"א דחיישי להא טובא ופסלי עדות גמל"ת משום הך חששא והרב מהר"י סמוט ולמהרימ"ט שם ובח"ב סי' ל"ה ול"ו ולשאר פוס' ז"ל שנמשכו אחריהם להחמיר בהך חששא יע"ש וא"כ גם בנד"ן י"ל כן:

הספק הד' דאשתכח בהאי סהדותא הוא זה דלא הזכירה הגויה הנז' בדבריה שם אביו ושם עירו כלל זולתי שמו לבד וכבר הסכימו רוב ככל הפוס' ז"ל דבשמו לבד אין להתיר כלל דכמה שעבאן איכא בשוקא יאודים וישמעאלים כידוע וע"כ לא נחלקו הפוס' כי אם בדאיכא תרתי דהיינו שמו ושם אביו או בשמו וכינוייו או בשמו וש"ע דרבו הסוברים דבתרי מנייהו סגי להקל אכן בשמו. לבד אין גם אחד מהפוס' דס"ל להקל ובפרט שדעת מרן ז"ל בתשו' הנז' דל"מ להקל כי אם בדאיכא שלשתם יחד יע"ש וא"כ בנ"ד דליכא אלא שמו לכאורה ל"מ כלל. הספק הה' שלא אמרה הגוי מת וקברתיו או מת וקברוהו אחרים ולדעת הרמב"ם ז"ל צריך. שיאמר מת וקברתיו וכל האח' ז"ל חשו לסברתו להחמיר ואיכא כמה רבוותא דס"ל דגם הרי"פ והרז"ה קיימי בשיטתיה דהרמב"ם דמצריך קברתיו אפי' ביבשה ומי יוכל להקל נגדם כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן ז"ל בב"י שם. הן אלה חמשה ספיקות דאשתכחו בעדות זו להחמיר והנני בא להתירם ולבארם עפי"ד הפוס' ז"ל ובתר הכי אשימה עיני על עדות הב' בס"ד. הנה לספק הא' דלא היה קשר בדבריו איברא דהכי ס"ל להר"ן ולמהרד"ך ז"ל כמ"ש בשמם מרן בב"י שם אכן הרואה

יראה למרן ז"ל שם שכתב עוד משם מהרי"ט ז"ל הנתפשט המנהג בכל ב"ד דלא כהר"ן ז"ל וכן דעת רבו מהרי"ב ומהר"ם והריב"ש סי' ש"ב כולהו ס"ל דלא כהר"ן ומהרד"ך יע"ש וכ"כ מהריב"ל ומהרשד"ם ומהרי"ל ומהרש"ך ושאר הפוס' ראשו' ואח' ז"ל אשר כולם נקבצו באו בכנה"ג ויד אהרן אה"ע יע"ש גם מרן ז"ל בב"י שם נראה ברור מד"ק שנטה דעתו להקל כדעת רבו והפוס' ז"ל הנ"ל גם בתשו' מרן אה"ע סי' ג' בנדון דשלמה כרוב ובסי' ח' דחה מהלכה לס' הר"ן הנ"ל וכבר עמד ע"ד מרן ז"ל הרב מ"ץ ז"ל בח"א סי' ו' ותמה עליו ממ"ש בדקי"ד נגד ב' תשו' הנז' והב"י יעש"ב וכבר ראיתי לרבני האח' ז"ל דתירצו דברי מרן ז"ל יחד ולעולם דס"ל למרן. דלא כהר"ן ומהרד"ך וכמ"ש מהר"ש הלוי ז"ל בתשו' כי באה בסוף יד אהרן אה"ע ח"א סי' ט' ועיין ג"כ במהר"ש הלוי אה"ע סי' ד' ובדברי מרדכי בתשו' סי' יעש"ב ועוד דאפי' הר"ן לא החמיר והצריך ק"ד אלא כשבאו דברי הגוי בלתי ק"ד כלל לא לפניו ולא לאחריו אבל כשבאו דבריו בק"ד לפניו או לאחריו שפיר מיקרי מסל"ת כמבואר בהדיא בדברי הר"ן גופיה יע"ש ובנ"ד האיכא ק"ד לאחריו שדיברה הגויה בשביל מה הרגוהו ובאיזה מקום נהרג כמ"ש העד ששמע מפיה כנז"ל והגם שדברי הגויה שדיברה אח"כ היה ע"י שאלה ששאל אותה העד מ"מ כיון שתחי' דברי הגויה היתה בלתי שאלה תו לא אכפת לן אם שאל אותה בתר הכי ועין להרב ראש משביר ז"ל ח"א סי' יו"ד דט"ז ע"ב בנדון כיוצא בזה שכ"כ יע"ש. ועוד כיון דהגויה הנז' לא כיוונה להודיע דבר חידוש ממיתת שעבאן והריגתו כי אם דיברה על הידוע שחשבה הגויה שכבר נודעה הריגת שעבאן ליאודי המדברת עמו אלא דממילא אנו ידענו ממנה דנהרג שעבאן א"כ בכה"ג ודאי דגם הר"ן ומהרד"ך ומר"ן באותה תשו' שבדקי"ד ודעימייהו אזלי ומודו דשפיר הוי מל"ת כיון דלא כיוונה להודיע עליו שנהרג אלא כמדברת על הידוע וגדולה מזאת כתב הרב משאת משה ז"ל בח"א אה"ע סי' מ"ב דאפי' אמר הגוי לישראל הידעת ממיתת פ' כסבור הגוי דקדמה הידיעה חשיב שפיר מסל"ת אפי' להר"ן ז"ל יע"ש ודוק מינה ואוקי באתרין וכמובן ועוד י"ל ט"א דאפי' הר"ן ומהרד"ך ודעימייהו מודו בנ"ד דשפיר הויא מסל"ת כיון דניכר לעין כל מדבריו הנ"ל שהיא כמתאוננת ודואגת על הריגת שעבאן עד שמרוב צערה עליו קללה למי שהרגו ודמייא הא עובדא דנ"ד לעובדא דש"ס דאמר חבל על פ' ולההוא דאמר ווי להההוא ברשא זריזא ולמאן איכא בי חסא ובי חיואי דכולהו חשיבי מסל"ת אפי' להר"ן ז"ל וכמ"ש מרן ז"ל בתשו' אה"ע סי' ח' דקי"ז לישב דעת הר"ן ההיא מאן דאיכא בי חיוואי שנראה שמתאונן על מיתתו יע"ש וכ"כ הרד"ך גופיה הבי"ד הרב מכתב מאליהו בקונט' עיגונא יע"ש כ"ש בנ"ד שדבריה מורים בהדיא שמתאוננת ודואגת עליו כנז"ל וכן ראיתי

למהרמ"ג סי' ב"ן שנשאל כנ"ד ממש שאמר הגוי ה' ינקום נקמתו וכתב דשפיר מיקרי ק"ד אפי' להר"ן ז"ל וכ"כ מהראנ"ח ח"א סי' ך' בנ"ד שאמר הגוי אוי לפ' שהרגו אותו וכ"כ הרב מ"ץ ח"א סי' ו' וכן הסכימו כל האח' ז"ל דכל שדואג ומתאונן הגוי על מיתת היאודי שפיר הוי קשר דברים לכ"ע כמ"ש בשמם הרב י"א שם אות קנ"ה יע"ש וע"ע להרב בעי חיי אה"ע סי' י"א שכ"כ יע"ש והגם דהרב מ"מ ז"ל באה"ע סי' ט"ל די"ז ע"ג כתב דאיכא חולקים על טע"ז יעש"ב מ"מ בנ"ד בהצטרפות שאר הטעמים דאיכא בנ"ד גם החולקים הנז' יודו להקל בנ"ד וברור. ועוד ראיתי להרב עדות ביהוסף ח"א סי' י"ד שכתב דאפי' לדעת הר"ן אם הגוי אמר דבריו בקול רם בפני כמה אנשים ואמר דבריו בפ' הו"ל במכריז ולא מעייל נפשיה להכריז בשקרא וכו' יע"ש וה"נ בנ"ד דכוותה שדבריה היו בקול רם בפ' ה' יהרוג למי שהרג אותו ומסתמא היו דבריה בפני רבים אף שלא פי' העד דבריו כן מסתמא תלינן הכי ועיין ג"כ בגו"ר אה"ע כ"ג סי"ו יע"ש:

עוד ראיתי ט"א כתבו הרב פרמ"א ח"א סי' ל"ז דאפי' לדעת הר"ן אם הגוי אתא לנחומי ואמ"ל חל"ש הוי מסל"ת יע"ש ולאו דוקא שאמר הגוי חל"ש אלא ה"ה אם אמר הגוי ה' יהרוג למי שהרגו שזהו ג"כ אתא לנחומי וכנ"ד וברור:

עוד ט"א כתבו הרב סם חיי סי' י"ז ונ"ב דאפי' לדעת הר"ן אם אמר הגוי למי שהוא קרובו או אהובו מסל"ת הוי יע"ש ובנד"ן דכוותה שדברי הגויה באו עם אהובו של ההרוג ומבני עיר אחת הם ג"כ כידוע ואתה תחזה להרב דברי מרדכי ז"ל בסי' ט"ו הנ"ל דקל"ט ע"ד יליף להקל לנ"ד מדברי הרב ס"ח הנ"ל עם שהכריח בתחי' דהרב פ"מ לא ס"ל הכי יע"ש אוף אנן נמי הגם דחזיא להרב פרמ"א ז"ל בח"כ סי' כ"ג דנ"ה ע"ד שהשיגו להרב ס"ח בטעמו הנ"ל יע"ש מ"מ אנן ילפינן להקל עפי"ד הס"ח הנז' וכמדובר:

עוד ט"א כתבו הרב ס"ח בסי' י"ז דאפי' לדעת הר"ן היכא דהוי עד מפי עד תלינן להקל שהראשון אמר הדברים בקשר יע"ש ולזה הסכימו כל האח' ז"ל כמשי"ר הרואה ובנד"ן הוי עמ"ע ותלינן להקל וכמדובר וע"ע להרב מהרמ"ג ז"ל שם דק"מ ע"ב יע"ש:

עוד ט"א כתבו הרב פ"מ בח"ב סי' ז"ך והרב מ"מ בשניות סי' א' דלא הצריך הר"ן ז"ל ק"ד אלא דוקא כשבא הגוי אצל הישראל אבל בהלך הישראל אצל הגוי לא בעי' ק"ד והכי דייקי דברי הר"ן גופיה יע"ש וגדולה מזו כתב מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' נ"ב ומהראנ"ח בדרכי נועם סי' ד"ן דקנ"ב ע"ב דאפי' מצא הגוי בשוק כל עוד שהגוי לא בא אצל הישראל חשיב מסל"ת יע"ש ובנד"ן הכי הוי שזה העד הישראלי הוא הלך לבית הגויה ולא היא באה אצלו להגיד לו וכמבואר באופן דבהצטרף כל הני טעמי הנ"ל נתבאר יפה דגם הר"ן ומהרד"ך ודעימיהו מודים דרבנן בנ"ד דשפיר הוי מסל"ת בק"ד וכנ"ל ובכן אבא

להתיר הס' הב' בס"ד הנז"ל דחיישנא כי שמא עפ"י השמועה אמרה ולהריב"ש ז"ל ל"מ וגם להר"ן צריך שיעיד הגוי הב' ששמע מגוי הא' שהיה ג"כ מסל"ת כנז"ל וגם חששנו דשמא שמעה על שעבאן אחר כמש"ל ע"ז אמינא דמלבד דהרב תה"ד ז"ל בפסקיו סי' רל"ט תנא הוא ופליג ע"ד הר"ן והריב"ש וס"ל למר דגוי מפי גוי לא חיישי' שמא הגוי הא' לא היה מסל"ת יע"ש ואחריו נמשכו להקל כל גדולי הפוס' ז"ל הרא"ם ז"ל בח"א סי' ע"ד ומרן ז"ל בתשו' ד"ק ומהריב"ל ומהרשד"ם ומהרש"ך וכל הבאים אחריהם ז"ל כמ"ש בשמם הכנה"ג והי"א ז"ל יע"ש הלא בס' וכ"כ הגאון החק"ל ז"ל במ"ב סי' יו"ד דצ"ט ע"ד דאין לחוש לס' הר"ן בזה וכ"כ הרב נחפה ככסף ח"א סי' ט' דנ"ח ע"א וע"ד ועשאו ס"ס יע"ש וע"ע להרב ידי דוד קראסו ז"ל בדר"ו ע"ד שאריך בזה יע"ש וכ"כ הרב הגדול ראש"ל מהרד"ח ז"ל בנדיב לב אה"ע סי' ו' דכ"ד. ע"א דהעיקר כמ"ש הרב תה"ד ז"ל יע"ש:

איברא דמרן ז"ל בשה"ט אה"ע סי' י"ז סט"ז כתב וז"ל כותי מסל"ת מפי גוי מסל"ת משיאין ע"פ עכ"ל הרי שדקדק לומר גמל"ת מפי גמל"ת דמוכח דבעי שהגוי הב' יגיד לפי תומו שגם הגוי הא' הגיד לפי תומו כמ"ש מרן עצמו בב"י שכן הוא דעת הר"ן ז"ל וכמ"ש הרב ערוך השולחן שם וכמו שהארכתי בזה בתשו' אחרת אשר לי בהיתר ב' נשים עגונות יעש"ב ומשם באר"ה:

אמנם בנ"ד בלא"ה אין אנו צריכים לזה כלל דע"כ לא נחלקו הר"ן ותה"ד ז"ל ודעימייהו אלא דוקא באומר הגוי ששמע מפי גוי אחר שפ' מת או נהרג אבל כל שלא בא בדברי הגוי הב' ששמע מפי גוי אחר כלל כה"ג דנ"ד דלא אמרה הגויה כלום ששמעה כן מפי אחרים לא באו דבריה בסתם ובפשיטות גמור ששעבאן אחד נהרג הא ודאי דלא חיישי' לה ששמעה מפי זולתה אלא תלינן שראתה אותו הרוג ולפי"ז גם נ"ד לא דמי לנדון מרן שבתשו' חביב הנז' דחייש לה מה דשמעה על חביב אחר שנהרג דשאני התם שאמרה בפי' שהרוצחים אמרו לה לא כן בנ"ד וזה ברור ומוסכם כמשי"ר הרואה ועיין להרב חס"ל ח"ב דס"ב ע"ד שכ"כ משם מרן בתשו' והכנה"ג יעש"ב: אמנם מה שיש לעמוד בנ"ד לפי"ז הוא על הספק הג' שנפל בעדות זו דשמא מ"ש הגויה בסתם ובפשיטות גמור דשעבאן נהרג הוא מחמת הקול וההברה שיצא עליו שנהרג הוא שאמרה כן ולא שראתה אותו הרוג או שמעה לפחות מפי מגידי אמת שהגידו לה על שעבאן זה דנ"ד שנהרג וכדחזינן להרשב"א ותה"ד ז"ל דחיישי להא טובא כמ"ש בשמם מהרימ"ט בח"א סי' ב"ן ובח"ב סי' ל"ה ול"ו וגם הוא ז"ל גופיה נמשך אחריהם להחמיר יע"ש גם מהר"י סמוט ז"ל הו"ד בתשו' מרן ז"ל אה"ע סי' ב' והרב מ"ב סי' ק"ט דק"ס ע"ד מחמירים

בזה מובא ותו חזינן הכי לכמה מהאח' ז"ל דחיישי לסברתייהו להחמיר ובקשו להם כמה טעמים להסכים בנ"ד גם להמחמירים הנז' שיוד בנ"ד להקל ע"ע וא"כ אוף אנן נמי חובה עלינו להמציא בנ"ד טעמי תריצי לצאת יד"ח כת הפוס' המחמירים הנ"ל וכמו שאבאר בס"ד הנה מלבד דכמה מהראשו' והאח' ז"ל ומרן מכללם בתשו' סי' ג' בנדון שלמה כרוב הסכימו להקל שלא לחוש בעדות גמל"ת דשמא מחמת הקול הוא שמעיד כן בפשוט ושגם הרב תה"ד לא חשש לזה אלא בטביעה משום דרוב הנטבעים מתים שכן הוא הסכמת רוב העולם לא ביבשה וכמ"ש מהרשד"ם סי' מ"ז והכריח כן מדברי התה"ד עצמו יע"ש ומרן בתשו' הנז' כתב עליו דיפה חילק ודחה דברי מהרי"ס בזה דלפי דבריו לא שבק חיי. לכל עדות' גמל"ת וכו' יע"ש ולחילוק זה הסכימו רוב ככל הפוס' כמ"ש בשמם הכנה"ג והי"א ז"ל והראש משביר בכמה תשו' יע"ש וכתב הרב פרמ"א ז"ל בח"א סי' נ"ו וקי"ג ובח"ב סי' פ"ט דכיון דרבו המתירין הכי נקטינן יע"ש ועיין להרב זר"א אה"ע סי' יו"ד דכתב דהלכתא כהני בתראי יע"ש והגם דהרב פ"מ ז"ל ח"ב סי' כ"ו כ"ז כתב דלא חילקו מטביעה להריגה אלא דוקא בישראל המעיד סתם לא בגוי המסל"ת יע"ש מ"מ רבו החולקים ע"ד הפ"מ הנז' כמ"ש הרב מהר"י ן' ריי הו"ד בדב"מ ח"ב ח"מ סי' קי"ב והרב מהר"א אלפאנדרי בס' אליהו רבה בתשו' סי' ב' ובראש משביר שם ועיין ג"כ ביד אהרן אה"ע סי' י"ז הגב"י אות ע"ח באופן דלית דחש לחי' הפ"מ הנז' וכמשי"ר הרואה ועיין להרב עזרת נשים סקל"ו שכ' דחי' הפ"מ הנז' הוא מאיש לוקח הרב מ"ץ ז"ל דל"ד ע"א ורמוז במהרשד"ם סי' מ"ו ושכן דעת מרן ז"ל בתשו' דקי"ב ע"ג יע"ש ומ"מ אמינא דגם הרב פ"מ בחי' הנז' וכל גדולי הפוס' ז"ל הנז' דחיישי להחמיר כנז"ל יודו בנ"ד להקל ולא חיישי לה להאי חשש בנ"ד כלל וכמו שאבאר בס"ד חדא שכבר כתב הפ"מ עצמו בח"ב סי' כ"ז ומהר"י ן' רי שם דלא חששו לזה הרשב"א ותה"ד ודעימייהו אלא דוקא אם נודע לנו בבירור שנתחזק הקול קודם שבא העד להעיד או גמל"ת דבהא הוא דחיישי' דעפ"י הקול שיצא הוא שאומר אבל בנ"ד שלא נודע לנו בבירור שנתחזק הקול מקודם מאין הרגלים לבדות מלבנו לומר שנתחזק הקול קודם שהסיח גוי זה לפוסלו וכו' וכ"כ הפ"מ גופיה בח"א סי' מ"ב ובח"ג סי' י"ו וכ"כ הרב י"א שם אות ס"ו משם כמה פוס' ז"ל וכ"כ הפרמ"א שם והב"ד אה"ע סי' י"ד ובכמה תשו' והדב"מ ז"ל בכמה תשו' והרב סדר אליהו רבה שם ד"ך ע"ב ומהרח"ש בתשו' סי' ל' ובפרט בתשו' הדב"מ סי' ח"י דק"ם ע"ג בטעמו הב' האריך בזה יע"ש ודוק מיניה ואוקי באתרין להקל בנ"ד כיון שלא נודע לנו שכבר יצא הקול באותו כפר שנהרג שעבאן זה דנ"ד כדי לחוש לדברי הגויה ולומר דשמא עפ"י הקול הוא שאמרה כן דודאי אין לחוש לזה דמי זה אמר שכבר יצא

קדל"פ עליו שנהרג וכשלא נודע בודאי מציאות הקול אין לנו לחוש ולומר דשמא יצא הקול כבר כדי לפסול עדות הבא אחריו וכ"ש שאין לבדות מדעתנו ולומר שכבר יצא הקול מקדמת דנא כדי לפסול עדות גמל"ת וכהסכמת כל האח' ז"ל הנז' וכ"כ הרב ראש משביר בכמה תשו' יע"ש וע"ע להרב שמן המר ז"ל אה"ע סי' ב' דח"י ע"ג שכ"כ יעש"ב תו איכא ט"א להקל בנ"ד כתבו הרב כר"ש אה"ע סי' ז' דק"ו ע"ב דגם לה' מהרי"ס ז"ל לא חשש לזה להחמיר אלא דוקא בנ"ד דנתקבל כמה עדיות ואוושא מילתא טובא וכו' אבל בנ"ד דלא אתחזק הקול טובא אלא כדרך כל הארץ וכו' גם הוא יודה דל"ח לומר על המגיד דאמר בדדמי מכח הקול דאל"כ לא הנחת בת וכו' יע"ש ולזה הסכים מר בריה הדב"מ ז"ל בסי' ז' ובסי' ח' דק"ס ע"ג והב"ד סי' י"ד יע"ש ובנד"ן ברור שלא נתחזק הקול כי אם כדרך כל הארץ ודאי דכ"ע מודו דנקטי' להקל ולא חיישי' דאמרה בדדמי עפ"י הקול וכמדובר:

עוד יש ט"א דלא חיישי דאמרה בדדמי עפ"י הקול. לכ"ע כתבו הרב ד"ן סי' כ"ב דצ"ב ע"ב דאם סיים מקום שנהרג תו אין לנו לחוש דאמר בדדמי מחמת הקול הברה שיצא שהרי סיום המקום אינו בכלל קול ההברה ואפי' היה מוכן לפורענות אותו מקום להריגה אפי"ה לא חיישינן וכו' עכ"ל וכ"כ הרב פ"מ ח"ב סי' ז"ך והרב פרמ"א ח"ב סי' כ"ט וע"ע בדב"מ אה"ע דק"ם ע"ב וא"כ גם בנ"ד כיון דסיימה המקום שבו נהרג שעבאן ודאי דתו לא חיישינן דעפ"י הקול הוא. שאמרה כן וכאמור גם הרב פרמ"א ח"א סי' נ"ו כתב דכשיש תוס' דברים בדברי העד ממה שנשמע מקול ההברה תלינן דמה שהעיד העד הכל לפי ראות עיניו וכו' עכ"ל יע"ש ובנ"ד ודאי שיש תוס' דברים בדברי הגויה הנז"ל שאמרה להעד המגדת לו דבשביל מה שמכר לגויה אחת הרגוהו וגם קיללה למי שהרגו ודאי דל"ח תו דאמרה כ"כ בדדמי מחמת הקול יכמ"ש הפוס' הנז"ל תו איכא דט"ל להקל בנ"ד כתבו הרב מ"ץ ח"א סי' ח' דט"ל ע"ד דאם הזכיר הגוי המסל"ת. והוכיח כן מדברי התה"ד גופיה יע"ש וגם על טע"ז סמכו האח' ז"ל ע"ע אוף ה"נ בנ"ד דהזכירה הגויה הנז' בדבריה מיתת שעבאן פעמים שלש א"כ שוב אין כאן ספק לומר דאמרה בדדמי וכנ"ל עוד יש ט"א להקל בנ"ד לכ"ע ממ"ש הרב פ"מ ח"ב סי' ע"ד וח"ג סי' ט"ז דאפי' תימא דהגוי שמע מפי אחרים ודאי דלאו קול הברה שמע דאי איתא הול"ל יצא הקול ש"פ נהרג אבל האומר נהרג סתם ודאי דברירא ליה מילתא שנהרג יע"ש וכ"כ מהרי"ב ז"ל בסם חיי סי' ט"ו יע"ש וכ"ש בנ"ד דאמרה שנהרג במקום פ' וה' יהרוג ודאי דבריא לה טובא דנהרג דאל"כ לא היתה מקללת בפי' למי שהרגו ופשוט. עוד יש לצרף מיתה אין מקום עוד לספק דאמר בדדמי מכח הקול. בנ"ד סברת הגאונים ז"ל דס"ל דבעד אחד לא

חיישי' דאמר בדדמי זולתי באשתו אמרו כמ"ש בשמם הרשב"א ז"ל במיוחסות סי' קכ"ח והר"ן בתשו' סי' ן' וע"א והרב פ"מ ח"ב סי' ס' ושאר פוס' ז"ל ע"ע גם יש לצרף סברת הגהמי"י בפ"ג מה"ג דס"ל דבגוי מסל"ת כיון דאינו מכוין להעיד ל"ח ליה. דאמר בדדמי יע"ש וכ"כ המ"ן שם ד"מ ע"ד דלדעת ההגהמי"י הנז' שוב אין מקום לספק זה יע"ש וכ"כ הראש משביר בכמה תשו' ובהון רב סי' ד' יע"ש ועלית על כולנה דבעד השומע טפי תלינן להקל וכמש"ל ועמ"ש בזה הרב יד אהרן שם הגהב"י אות פ"ב יע"ש באופן דמכל הטעמים אין לנו עוד לחוש בנ"ד הך חששא והותר בפשיטו' גם ספק זה וכמו שנתבאר מעתה אשימה עיני על הספק הד' הנ"ל שלא הזכירה הגויה שם אביו וש"ע וכמה שעבאן איכא בשוקא ב"ב ושאב"ב וכנז"ל ואומר דהדבר ברור דאין לספק דעל שעבאן גוי קאמרה הגויה הזאת מתרי טעמי תריצי חדא דבאמת לא נהרג בין הכפרים שום גוי ששמו שעבאן ולא גוי אחר כלל ועוד דאם על גוי היו דבריה מה לה לדבר כזאת עם זה העד היאודי לקלל בפניו למי. שהרגו דמה לו ולצרה הזאת יאודי זה המדברת עמו ומאי איכפת לו בזה ובודאי אלו היה דבריה וכוונתה על גוי הרוג ששמו שעבאן לא מדברת כזאת עם יאודי אלא ודאי דעל שעבאן יאודי היו דבריה בלתי ס' כלל ובפרט דממ"ש העד היאודי שאמרה לו הגויה שהרגוהו על אודות שמכר כאמאת לעיר פ' וידע העד שפיר דעל שעבאן היאודי קאמרה די וכבר כתב מהרשד"ם בסי' מ"ג הנז' דהאריכות בזה מותר וכו' יע"ש וע"ז סמך הרב דברי אמת בתשו' סי' ט' דל"ד ע"ב יע"ש א"כ מה שיש להסתפק בדבריה הוא דשמא על איזה יאודי אחר ששמו ג"כ שעבאן היו דבריה דאתא מעלמא ונהרג שם ושעבאן זה דנ"ד אזל לעלמא ועדין חי ומאן מוכח דעל שעבאן בעל אשה זאת דנ"ד באו דבריה ואולם הרואה בס' הפוס' ז"ל ימצא מקום ופתח פתוח לרווחה להתיר בנ"ד הגם שלא הזכירה ש"א וש"ע כלל והוא שראיתי למהרשד"ם באה"ע סי' ז"ן שנשאל כנ"ד ממש שאמר הגוי ליאודי יכהו ה' למי שהרג את מרדכי כי מיום אשר הרגו את מרדכי לא מצאו מנוח וכו' והשיב ע"ז בתוך התשו' וז"ל ועל מה שלא הזכיר העד אלא שם מרדכי לבד לזה אני אומר דמשו"ה לא הפסידה אשה זאת זכותה וה"ט שכל מי שי"ל עינים לראות יראה שאין בדברי הגוי הבנה כלל אם לא שנאמר שהיה מדבר על מרדכי ידוע ביניהם דאל"כ איך אמר מיום שהרגו את מרדכי הול"ל מיום שהרגו יאודי אחד שמו מרדכי מדקאמר את מרדכי נראה דעל מרדכי ידוע ביניהם מדבר וכבר אמר שאין בעיר ההיא מרדכי רק מרדכי ד"ב וגם כי זה מרדכי היה הנ"ל בכפר ההוא כל ימיו וכו' עכ"ל והנה הגם דהוא ז"ל דקדק והוכיח מדברי הגוי שאמר כי מיום שהרגו את מרדכי וכו' שמדבר על מרדכי הידוע ביניהם כנז"ל מ"מ ה"ה והוא הט' שיש לדקדק

כן ולהוכיח במישור גם מתחי"ד הגוי שאמר יכהו ה' למי שהרג את מרדכי דמאומרו את מרדכי סתם נראה ברור דעל מהדכי הידוע לו ולשומע קאמר דאל"כ הול"ל יכהו ה' למי שהרג יאודי אחד שמו מרדכי ומדקאמר סתם את מרדכי נראה דעל אותו הידוע לשניהם הוא דקאמר וכמ"ש הוא ז"ל על אומרו מיום שהרגו א"מ כנז"ל וזה ברור בדעתו ז"ל וכ"כ עוד מהרשד"ם גופיה שם בסי' ג"ן ובסי' מ"ג יעוש"ב הנה למדנו מג' תשו' הללו דמהרשד"ם ז"ל דס"ל למר דכל שהגוי המסל"ת דיבר בה"א הידיעה או כמדבר על הידוע לשניהם בשמו לבד סגי ואין אנו צריכים עוד לא לשם אביו ולא לש"ע כלל דעיקר מה שהצריכו הזכרת שמו וש"א וש"ע לאו הלכתא בלא טעמא וגזירת מלך היא אלא הט' כדי שנדע על איזה איש מדבר ואם נודע לנו זה מצד אחר פשיטא דמהני אפי' בלא הזכרת שמו ג"כ כלל כמ"ש הר"ן ז"ל בתשו' הביאה מרן בב"י שם וכמ"ש מהרשד"ם גופיה שם ובתשו' ח"מ סי' שפ"ב והכי ס"ל נמי למהרי"ט ז"ל רביה דמהרשד"ם הוד"ק בבנימין זאב סי' ז' ובקונט' עיגונא למהרח"ש דל"א וכ"כ מרן ז"ל בתשו' סי' ג' בנדון שלמה כרוב דבמדבר על הידוע בשמו לבד סגי להתיר יע"ש וכן הבין בדברי מהרי"ט ומרן ז"ל מהרח"ש בתשו' סי' ל' כמ"ש מהריב"ר בדב"מ ח"ב ח"מ סי' קי"ב והאריך בזה יע"ש וכ"כ הרב פ"מ ח"א סי' פ"ד בד' מרן יע"ש וכ"כ הפרמ"א ח"א סי' ל"ו וסי' נ"ו והוסיף שם לומר שאם היה רואה מהרשד"ם דברי מרן מהריק"א ז"ל היה מתיר בפה מלא יע"ש ולזה הסכים בפשוט מהרימ"ט א"הע סי' כ"ג ובסי' ל"ו ובסי' ל"ד יע"ש וכ"כ מהרא"ח בפ"מ ח"ב סי' כ"ו והפ"מ עצמו שם סי' ז"ך ומהריב"ר בפ"מ ח"א סי' מ"ג והרב ד"ן סי' ס"ג ובני יעקב בסי' ז' ובסי' ט' כתב וז"ל אין גם אחד מהפוס' יחלוק ע"ז שזה מוסכם מכל וכ"כ הרב שמ"א סי' ק"א ומהריק"ש בערך לחם יחס טע"ז למהרשד"ם ח"מ סי' שפ"ב יע"ש וכ"כ הרב נ"ש סי' נ"ב ונ"ה רס"ז ע"ג ומוהריק"ו הו"ד בנ"ש סי' מ"ט וכ"כ הכר"ש א"הע סי' ב' וח' והדב"מ בכמה תשו' ומהרש"ל בתשו' הנאספות ביד אהרן חי' ט' ובמהר"ש הלוי א"הע סי' ד' יע"ש וע"ע להגאון החק"ל ז"ל במ"ב א"הע סי' ו' דכ"ג ע"א שאסף איש טהור כל להקת הפוס' דס"ל להקל בטע"ז לבד בהזכרת שמו לחוד גם הכריח מדברי מהרימ"ט ומהריק"ש ז"ל דכי מדבר הגוי על היאודי הידוע וניכר לו ולמי שמדבר עמו הגם שלא יהיו דבריו כמדבר על הידוע בכה"ג הוי כמדבר על הידוע ובפרט במדבר על הידוע לו ולשומע והגוי המגיד עצמו יודע בבירור שגם לישראל השומע היה הנהרג ידוע וניכר לו ג"כ דאז לכ"ע אין חשש לאסור אפי' למהריב"ל ודעימיה אפי' בשמו לבד ושכ"כ הרב מטה יוסף ח"א א"הע סי' ט' וי"א וי"ג ומהר"ש נאוי ומהרי"ז וכהונת עוצם והב"ד ש"ל יעש"ב הרי לפנינו דעת כל הפוס' ז"ל הנ"ל דס"ל להקל בטע"ז לבד דהיינו

כשדברי הגמל"ת מורים על איש ידוע למגיד ולשומע דאפי' לא הגיד הגוי אלא שמו לבד דסגי להקל ולהתיר ואין אנו חוששים לא לש"א ולא לש"ע כלל כנז"ל וא"כ מזה נלמוד בנ"ד בפשיטות גמור להקל אף שלא הזכירה ש"א וש"ע כיון שדבריה באו כמדברת על איש ידוע וניכר לה ולשומע שכן אמרה ה' יהרוג למי שהרג שעבאן ולא אמרה ה' יהרוג למ"ש יאודי אחד ששמו שעבאן מוכח מזה להדיא דעל שעבאן הידוע לשניהם הוא דקאמרה ולזה דיברה סתם כמדברת על הידוע דאלולי לא היתה הגויה יודעת שזה שעבאן ההרוג היה ידוע וניכר להעד המדברת עמו לא היתה אומרת כן בסתם וכמ"ש מהרשד"ם ומרן והפוס' הנ"ל ובפרט שזה שעבאן הנעלם דנ"ד היה רגיל תמיד ללכת לכפרים הללו כל ימיו להסתחר שם הנז' בשאלה א"כ מזה נראה בבירור שאין מקום לספק בשעבאן יאודי אחר כלל וכמ"ש מהרשד"ם בסי' ב"ן הנז' וגם מדברי העד. היאודי דנ"ד המעיד מה ששמע מהגויה מוכח להדיא שהבין מדבריה דעל שעבאן המבוקש דנ"ד היא מדברת עמו שכן אמר בעדותו דכשאמרה לו הגויה הדברים הנז' עשה עצמו פתי ושאל אותה היכן הוא הרוג ובשביל מה הרגוהו הרגוהו כנז"ל בעדותו א"כ ניכרים הדברים דעל שעבאן הידוע לו ולה היו דבריה עמו א"כ הרי נתברר לנו בירור גמור על איזה שעבאן אמרה לו ואין אנו צריכים שתזכיר עוד ש"א וש"ע כדי שנדע על מי מדברים שכבר נתברר לנו זה מטעם הנז' כהסכמת כל הפוס' הנז"ל ומרן בראש שר המסכים לזה וככל מה שנתבאר:

ועוד ידוע מ"ש הרב בנימין זאב ז"ל בסי' ז' ומהרי"ט שם בסי' ח' והרדב"ז בחדשות סי' רי"א דהא דבעינן שם עירו היינו דוקא כשהמגיד או. המעיד הם מעידים בעיר אחרת אבל כשהוא מגיד או מעיד בעיר עצמה שממנה ההרוג אז ודאי אפי' להזכיר ש"ע דהא עליה קאי וכ"ש כשהמגיד והשומע מאותה העיר עצמה ואמר פ' מת או נהרג על פ' דמאותה העיר קאמר וכו' יע"ש וכ"כ מהרח"ש בקנ"ע דל"א משם מהרי"ט ז"ל הנז' ושם הביא ד"ק ככתבם כמ"ש בשמו הרב ב"ז הנז' וכ"ב מרן בתשו' סי' ג' בנדון דשלמה כרוב יע"ש וכמ"ש הכנ"הג א"הע סי' י"ז אות רי"ד מהג"הטו ועמ"ש עליו הגאון החק"ל במ"ב סי' ו' דפ"א ע"א יע"ש וכ"כ מהר"א אביוב ז"ל הו"ד במהרשד"ם א"הע סי' ר"מ והגם דמהרשד"ם דחה ד"ק בטע"ז וגם שדי נרגא גם בטעם הראשון הנ"ל שכתבו מהרשד"ם בג' תשו' הנ"ל הנה פה בסי' ר"מ נרגש הוא ז"ל ממ"ש במ"א והסכים פה דאין לסמוך על טע"ז לבדו כיון שלא ראהו בשום פוסק אם לא בהצטרפות ט"א כיעו"ש והנה אמת דבג' תשו' דמהרשד"ם דסי' מ"ג וג"ן וז"ן הנז"ל מלבד הט' הנ"ל עוד כתב שם ט"א כדי להקל בהזכרת השם לבד כיעו"ש וא"כ מה שרצינו לעיל להביא ראיה מג' תשו' מהרשד"ם

הנ"ל למילף מניה להקל בנ"ד בהזכרת שמו לבד מחמת שבאו דברי הגויה כמדברת על איש ידוע לשניהם כנז"ל השתא דחזינן למהרשד"ם גופיה בתשו' זו דסי' ר"מ שכתב כנ"ל א"כ נראה דליכא תו שום ראיה מהנהו ג' תשו' דמהרשד"ם הנ"ל וכמבואר וכמו שכן ראיתי להרב מהר"ח עשאל ז"ל בכרם שלמה סי' ד' מא"הע שתמה בזאת ע"ד מהרימ"ט ודעימיה דילפי מג' תשו' מהרשד"ם הנ"ל להקל בטע"ז ואתמהא דמהרשד"ם גופיה בסי' ר"מ גילה דעתו דאין לסמוך על טע"ז לחוד אם לא בהצטרף עוד ט"א והודאת בע"ד כק' עדים דמי וכו' יעש"ב ומ"ל שדעת מהרשד"ם ז"ל במ"ז הוא שנוי בין הפוס' ז"ל אי ס"ל דסמכינן על טע"ז לחוד בהזכרת השם לבד או לא אמנם שאר גדולי הפוס' שהם מרן ומהרימ"ט ורובא דאיתיה קמן הנ"ל פשיטא להו מילתא טובא לסמוך להקל בטע"ז לחוד אפי' בשמו לבד כמש"ל וכבר ראיתי להרב ראש משביר בסי' ט' דשק"וט טובא בזה ובסוד"ק כתב וז"ל מ"מ העולה לענין דינא הנה מצאנו לרוב הפוס' שס' הכי דאפי' בשמו לבד אם דברי המל"ת מורים ובאים על איש ידוע ביניהם וגם שהמל"ת מדבר כעיר עצמה של הנעדר יש להתיר בהכי ושכן דעת גדולי הפוס' וכו' עכ"ל יעש"ב וכ"כ עוד הרב הנז' גופיה בהון רב סי' ד' וסי' ה' והוסיף שם לומר דאפי' בכפרים הסמוכים לעיר הנעדר הוי כעיר הנעדר ויש להתיר בהכי ושכן דעת גדולי הפוס' וכו' יעש"ב וכן הסכים מר בריה דהרב הנז' שם בראש משביר סי' ך' יעש"ב וע"ע להגאון החק"ל ז"ל שם סי' ו' שכתב דאין. חולק ע"ז זולת רשד"ם בסי' ר"מ והם דברי יחיד ואם היה רואה דברי הרא"ם ורבו מהרי"ט היה מתיר וגם מהרח"ש לא החמיר כי אם מפני שלא ראה דברי הפוס' הנז' ואם בא לידו בדין עיגונא בטעם היתר זה לבד היה מתיר וכו' יעש"ב א"כ איפה בכ"דן דאיכא הני תרי טעמי תריצי דהיינו שדברי הגויה באו בסתם כמדבר על איש ידוע ביניהם ואם דבריה עמו היו בכפרים הסמוכים לעיר. הנעדר דהוי. כמדברת בעירו ממש כנז"ל ומצאנו ראינו לרוב ככל גדולי הפוס' ראשו' ואח' ז"ל דס"ל דאפי' בשמו לבד ובטעם אחד מב' טעמים הנ"ל סגי להקל כ"ש בהצמדם יחד תרי טעמי הנ"ל דרוב ככל קמאי ובתראי ס"ל להקל בשמו לבד א"כ גם בנ"ד נקטינן להקל בהזכרת השם בלבד. הואיל. ואיתנהו בנ"ד תרי טעמי הנ"ל וכמדובר ועם דהגאון החק"ל שם דפ"ב ע"א כתב דהגם דמהרי"ט מתיר כשמעיד בעיר הנהרג גם בשמו לבד וכו' לדידן נראה ודאי דאין להקל כ"א בהזכיר שמו וש"א וכו' יע"ש מ"מ בצירוף גם הטעם הא' הנ"ל ודאי דיודה להקל בשופי אפי' בשמו לבד כדמוכח מד"ק שם ובסי' ח' ויו"ד יעש"ב:

ובהכי ארווחנא נמי דהגם דחזינן לכמה פוס' ז"ל דס"ל דאין להקל ולהתיר כשמדבר על הידוע וניכר לשניהם למגיד ולשומע כנז"ל אלא דוקא כשדברי הגוי המל"ת באו בה"א

הידיעה כמ"ש הרב שפת הים בא"הע סי' ו' דכל מ"ש מהרשד"ם ומהרח"ש. ומהרימ"ט והפ"מ וכו' אכתי לא יגהה מזור לנ"ד שלא אמר בה"א הידיעה וכו' דדמי לדמהריב"ל שאמר אוי ליוסף שנהרג וכו' ולפי"ז אין מקום להתיר עפ"י עדות זו בשופי עכ"ל יעש"ב והכי מוכחי דברי הרב כר"ש סי' ג' ובסי' ח' דדוקא בנ"ד דהיה בה"א הידיעה הוא דמהני כיעו"ש וכן מוכח מד' הרב פ"מ ז"ל בההיא דהנער קארה אוגלגן משמע דבעי' ה"א הידיעה והביד"ק הרב בני יעקב סי' ט' ובמ"מ סי' ל"ח דרי"ו ע"א יע"ש וכ"כ עוד כמה מהאח' ז"ל ע"ע אמנם נלע"ד ברור כיון דרבו החולקים כנגדם דלא חששו לה"א הידיעה כגוונא דנ"ד דאין כאן ה"א הידיעה כלל ואיכא למיחש שמא על שעבאן אחר היא אומרת והיתה חושבת הגויה שהיה אותו שעבאן ניכר אצל היאודי' זה המדברת עמו כמו שהיה ניכר אצלה וזה היאודי' הבין דבריה דעל שעבאן זה דנ"ד המבוקש באו דבריה עמו וכדחייש להא הרב שפת הים ז"ל שם על חשש דנ"ד וכדחייש נמי מהריב"ל על יוסף דנ"ד כנז"ל אכן מ"מ כיון דרבו הסוברים דלא בעי' ה"א הידיעה דלא חיישי' להא ואם איכא נמי בנ"ד הטעם הב' הנ"ל בצירוף ב' הטעמים הנ"ל קרוב לודאי דיודו כ"ע להקל בנ"ד וכמדובר: אלא דאכתי פש גבן לצאת יד"ח מהריב"ל ז"ל בח"א סי ז' בנדון יוסף הנ"ל דחזינן ליה להרב ז"ל דמחמיר טובא בזה כיון דלא הזכיר הגוי ש"א וש"ע הגם דבנדונו הנז' איכא נמי הני תרי טעמי הנ"ל שדברי הגוי המל"ת היו בעיר הנעדר גופה וגם דבריו מורים ובאים על איש ידוע ביניהם ואפי"ה החמיר מהריב"ל ז"ל שם משום דחיישי' שמא הגוי היה חושב בדעתו דכמו שהיה ניכר יוסף זה ההרוג אצלו וידוע לו כן הוא ג"כ ניכר וידוע להיאודי דמדבר עמו ושמא הוא יוסף אחר ולא יוסף המבוקש לנו יע"ש והרואה יראה לכל רבני תאח' ז"ל דחיישי להא דמהריב"ל לחומרא וביקשו להם טעמים שונים להסכים בנ"ד גם דעת מהריב"ל ז"ל להקל וכל אחד לדרכו פנה ולחלק יצא כמ"שיר הרואה בס' הפוס' ויעוין ביד אהרן שם הגב"י מאות תל"ה ואילך ועד אחרן הרב שפת הים ז"ל שם הוכרח לצאת יד"ח מהריב"ל מריבוי הוכחות שהיו בנדודו. יע"ש ובדרך הלוכו בדברי הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט זה למדתי מד"ק כמה טעמים נכונים להסכים גם דעת מהריב"ל להקל בנ"ד חדא ממ"ש הרב דב"מ א"הע סי' ז' דק"ז ע"ג וז"ל ומלבד זה מילתא אחריתי איכא בנ"ד להתיר וכו' דכיון שההא"ק והר"ם ב"ן השומעים מפי הגוי הן הם היו יודעים. את הרי"ש והרש"פ ההרוגים דמן הנראה שהיו מעיר אחת או ממחוז אחד אין ס' דעל אלו היו דברי הגמל"ת וע"ז אמר שידעם בשם וכו' יע"ש והגם שהוא ז"ל בדב"ק הנז' לא כ"כ כדי לצאת יד"ח הריב"ל ז"ל כי אם להוכיח במישור דעל הידועים לו ולהם קאמר ושוב בתר הכי הביא קו' מהר"ח עשאל ז"ל והוא ז"ל יצא לישע

הרבנים לחלק מנ"ד לנדון מהריב"ל הנז' ובדק"ז ריש ע"א כתב דכ"ש בנ"ד דאיכא כמה הוכחות וכו' יע"ש מ"מ האיכא נמי בנ"ד הוכחה רבה ועצומנה דכיון שהעד היאודי זה שדיברה הגויה עמו הוא היה עם שעבאן ההרוג המבוקש אצלנו הם מעיר אחת וחברה אחת להם כידוע זה לגויה הנז' עצמה שהם מבני עיר אחת ואהובים ז"לז מקדמת דנא שהיו הולכים ובאים אצלם יחד וא"כ אם שיחתה של גויה זו היתה על שעבאן אחר היה ראוי לה לפרש דבוריה על איזה שעבאן מדברת עמו שלא יחשוב דעל שעבאן בן עירו ואהובו היא מדברת לו אלא ודאי. דעל שעבאן אהובו ובן עירו היא מדברת עמו בלתי ס' כלל וכמדובר עוד ראיתי להרב מהר"ח עשאל ז"ל בכר"ש סי' ד' שנ"ט לשבח להתיר בנ"ד אפי' לדעת מהריב"ל ז"ל והוא זה דאיך אפש"ל דזה אשר הסיחו התוגרמיות היה על איש מעיר אחרת אחר שידוע לנו בבירור שזה האיש ידוע לתוגרמית וא"כ אם שיחתם של התוג' היה על איש אחר היה ראוי להם לפרש ולברר מאיזה מקום היה לבל תחשוב האשה השומעת שהיה אותו שבעירם וכו' עכתד"ק יע"ש ומד"ק הנז' ילפי' כל הפוס' הבאים אחריו להקל בנדונם ע"פי טעמו הנז' כמ"שיר הרואה א"כ אף אנן נמי ילפי מהכא להקל בנד"ן כיון שברור לנו דזה שעבאן דנ"ד המבוקש ידוע ומפורסם לגויים בני הכפרים הנז' לאנשים ולנשים יותר דרגיל למכור אצלם תמיד ומכירים אותו היטב וגם לגויה הלזה ידוע לה וניכר אצלה היטב וא"כ אי איתא דשיחתה עם זה העד היאודי השומע מפיה הוא על שעבאן אחר היה לה לפרש דבריה מאיזה מקום היה לבל יחשוב השומע שדבריה היו על אותו שבעירם וכנז"ל וכמ"ש הרב מהרח"מ ז"ל הנז' ממש וכהסכמת האח' ז"ל לטעמו הנז' וכמדובר והרב ראש משביר ז"ל בסי' ט' הנ"ל סמך ב' ידיו ג"כ על חי' הרב הנז' ז"ל דנא וצירפו להסכים גם למהריב"ל להקל בנ"ד יע"ש. ומאי דשדי נרגא הרב מהרי"ד ז"ל בדב"מ ס"סי י"ט מנדון מהריב"ל ז"ל דהוא כמו נדון זה ואפי"ה לא התיר מט' הנ"ל יע"ש כבר תי' שפיר הרב רא"מש ז"ל שם דשאני נדון מהריב"ל שאין אנו יודעים כן רק מפי המגיד מפי גמל"ת משא"כ נדון מהרח"ע ודעימיה הוא שנודע לנו בלאו"ה שהמבוקש ידוע לגוים וכו' וזהו חילוקו דמהרח"ע ז"ל ומזה דן את הדין בנ"ד יע"ש וא"כ דון מיניה ואו"ב דידוע לנו שלא מפי העד הנז' דשעבאן זה דנ"ד המבוקש ידוע לגויים כיון דרגיל למכור אצלם תמיד כנז"ל א"כ אם שיחתה של הגויה הנז' הוא על שעבאן אחר הי"ל לפרש לבל יחשוב השומע דעל שעבאן המבוקש היא מדברת עמו ובזה נצולנו מהדין ערעורא דהרב מהרי"ד ז"ל על החי' הנז' וכמובן: אלא דחזיתיה למר הרב ראש משביר ז"ל שם שהביא מ"ש הדב"מ סי' ך' שכ' דטע"ז לא אפשר אלא היכא שמזכיר שמו וש"א או שמו וסי' אחר וכמ"ש בכר"ש סי' ד' ועם שהוא

ז"ל תמה ע"ז וז"ל ולא ידעתי למה הוצרכו שתים כיון דמודה מהריב"ל היינו אפי' בשמו לבד דהא בשמו לבד איירי מהריב"ל אבל בב' שמו וש"ע או ש"א לא חייש מהריב"ל האי חששא ושכ"כ מהרי"ד בהסכמתו בס"סי י"ט הנז' ובמהרח"ש סי' מ"ד יע"ש הנה עכ"ז חש לה מר הרב רא"מש ז"ל שם לסברת הרב דב"מ ז"ל דהצריך בטע"ז ג"כ שמו וש"א או שמו וסי' אחר דעם שדבריו תמוהים עכ"פ מידי סברתו לא יצאנו ורואה דמ"ש בזה הרב רא"מש ז"ל שם לצאת יד"ח הדב"מ ז"ל מישך שייך נמי בנ"ד כמ"שיר הרואה בד"ק ונ"ד עדיפא כיון דיודעת הגויה הנז"ל דשעבאן המבוקש שיצא קול עליו שנהרג דזה העד שדיברה עמו הוא אהובו וקרובו ומבני עיר אחת הם ויתכן שיהיו ג"כ שכנים יחד א"כ אי איתא דעל שעבאן אחר קאמרה היה לה לבאר שיחתה לבל יחשוב זה השומע דעל אותו שעבאן הבן עירו ואהובו שיצא הקול עליו שנהרג היא אומרת כן והוא ממש החילוק שכתבתי למעלה בריש אמי"ר לצאת יד"ח מהריב"ל ז"ל וכמובן:

עוד כתב הרב ראש משביר ז"ל שם ט"א לצאת יד"ח הרב דב"מ ז"ל להקל בנדונו ולדעתי המעט הוא דניתן ליאמר גם בנד"ן והוא זה הכי אמר מר דכיון דשם מקו' נראה שאינו מורגל ואינו בנמצא כי אם בזרות וא"כ באנו למ"ש מהרמ"א ז"ל בסי' מ"ב על שם ברזילי דאינו בנמצא אלא בזרות ולא נהיגי ביה אינשי הוי מסוים טפי משמו וש"א הנהוגים וכן דעת הרדב"ז בחדשות סי' ס"א על שם אבו שוואריב דהוי כמזכיר לשמו וש"א וש"ע יע"ש וכתב הרב סדר אליהו רבה בסי' ב' שכן דעת ריא"ז ומהרש"ך ועם שכתב הוא ז"ל דלבו נוקפו לסמוך על טע"ז להתיר הנה כתב עליו הרב רא"מש ז"ל שם שאם היה רואה להרדב"ז הוה מתיר בפה מלא גם הוא ז"ל בטע"ז ושוב נרגש הוא ז"ל שם ממ"ש מרן ז"ל בתשו' דק"א דהגם דשם היביבי משונה ואינו בנמצא כן אחד מני אלף אין זה מוציא מידי ס' יע"ש שנראה מד"ק דפליג ע"ד הרדב"ז וכו' ואסיק דמ"מ יהני לן שם זה דלא רגילי ביה אינשי כמו שמו וסי' אחר וגם לא שייך מ"ש מהריב"ל דכמה יוסף איכא בשוקא וכו' יעש"ב וא"כ אוף ה"נ בנ"ד דשם זה של שעבאן ביאודים אינו בנמצא אלא בזרות רק אחד מעיר או ב' ממ' ולא נהיגי ביה אינשי יהני לן זה השם להיות כשמו וסי' אחר וכנז"ל והגם דשם זה של שעבאן הוא כינוי לשם שבתי שכן קורין בלשון ישמעאל לשבתי שעבאן כמ"ש מהרשד"ם א"תע סי' נ"א יע"ש מ"מ הרי נמצא בעירנו זאת כמה בנ"א ששמם שבתי וכן נקראים גם אצל הגוים בשם שבתי ולא בשם שעבאן כלל א"כ מי שנקרא בשם שעבאן ביאודים ודאי שהוא זרות ואינו בנמצא כ"כ והוי מסוים טפי והו"ל כמזכיר שמו וש"א כמ"ש הרדב"ז על שם אבו שוואריב ולדודי שם זה דשעבאן גרע טפי משם היביבי שהוא נדון מרן ז"ל ומשם ברזילי שהוא נדון מהרמ"א ז"ל משום דשמות

הנ"ל אפשר שיקראום כן גם מן העריסה והוא שם העצם שלהם לא כן שם שעבאן לא יתכן לקוראו שם העצם שלו מן העריסה כן כלל ודמי לשם אבו שוואריב דנדון הרדב"ז ז"ל דלא אפשר לקרותו כן כי אם עד שיגדלו מאד שערות שפמו מאד מאד יותר מכל אדם אזי בשם יקראוהו אבו שוואריב גם שם שעבאן לא יקראוהו כן כי אם עד שיגדל ויהיה מלאכתו בין הגויים אזי יכנוהו בשם שעבאן גם היאודים כדי שיקראוהו ויכירוהו בשמו גם הגויים הנושא ונותן עמהם ובזה רווחא אשכחנא דגם לדעת הרב יד"א ז"ל בהג"הטו אות ש"ן דהשוה דעת מרן להרדב"ז דלא פליגי יע"ש וע"ע להרב מהרמ"ג ז"ל בתשו' סי' ט"ו הנז"ל מ"ש בזה יעש"ב וגם לי אני הדל נלע"ד דגם הרדב"ז ז"ל שם לא סמך על טע"ז לחוד כי אם בצירוף כמה טעמים דאשתכח. בנ"ד כמבואר בסוד"ק יע"ש ונמצא דהרדב"ז ומרן ז"ל לא פליגי כלל וכ"ע מודו דבטע"ז לחוד לא סמכינן להקל וכמ"ש מרן ז"ל על שם היביבי כנ"ל מ"מ האי שמא דשעבאן דנ"ד הגם דנימא דעכ"ז אינו ממלא מקום שמו וש"א וש"ע אי משום דטע"ז לחודיה לאו בר סמכא הוא כמ"ש מרן ז"ל אם לא בצירוף טעמים רבים כמ"ש בהרדב"ז ז"ל שם ואי משום כיון דשכיחי בשם שעבאן הגם דהנם מועטים א"כ חיישי' לשעבאן אחר ברם עכ"פ כיון דלא רגילי אינשי כ"כ בהאי שמא וכנז"ל א"כ יהני לן להיות כשמו וסי' אחר לצאת יד"ח הדב"מ ז"ל דבסי' ך' דבעי נמי סי' אחר בהדי ההוא טעמא דהמבוקש ידוע לגוים וכו' כנז"ל וגם בזה ניצולנו ג"כ מחששת מהריב"ל ז"ל שכ' דכמה יוסף איכא בשוקא וכו' וכמש"ל ובר מן דין ומן דין הרי מצאנו ראינו להרב דב"מ ז"ל גופיה בסי' ה' שסמך על חילוק זה דמהר"ח עשאל ז"ל הנ"ל בשמו לבד ולא הצריך שם שום סי' אחר כלל וכן הסכים שם הרב מהרא"ג ז"ל דק"ג ע"ב יע"ש וכמ"ש הרב רא"מש ז"ל כיעוש"ב:

עוד יש טעם כעיקר בנ"ד שיסכים בו גם מהריב"ל ז"ל להקל בנ"ד והוא לקוח ומפורש יוצא מפ"ק הרב מהר"ש נאווי ז"ל הוד"ק במטה א"הע סי' א' והוא זה דע"כ לא החמיר מהריב"ל ז"ל אפי' במדבר על הידוע אלא באומר פ' מת או נהרג אבל כשהגוי מדבר עם הישראל ומנחמו על מיתתו חל"ש פ' וכו' ודאי דעל אותו הידוע קאמר. וגם מהריב"ל יודה דמהני וכו' עכתד"ק יע"ש וא"כ גם בנד"ן שאמרה הגויה בסתם ה' יהרוג למי שהרג שעבאן שדברים אלו הם כמתאוננת ומנחמת לזה היאודי המדברת עמו ודברים אלו הם נחמה גמורה יותר מחל"ש וכו' וכיון שכן דהיא מנחמת ליהודי זה ובאו דבריה בסתם כמדברת על הידוע ודאי דעל הידוע ביניהם קאמרה וכמ"ש הרב הנז' ממ"ש וכמובן ואפי' להרב מטה יוסף שם שגמגם בחי' מהרש"ן הנ"ל וס"ל דחששת מהריב"ל שייכא אפי' כשהגוי מנחם ליאודי על מיתת המת או ההרוג מ"מ הנה הוא ז"ל בחלקות ישית

דלא חשש מהריב"ל כי אם כגוונא דנ"ד שהגוי מדבר בפ"ע אבל כשמדבר עם אחר בהא ודאי דעל היאודי הניכר וידוע ליאודי המדבר עמו וכו' יעש"ב והרב ראש משביר שם די"ב ע"ד נסתייע מחי' המט"י הנז' לנ"ד וכתב עליו שכן מורים ובאים דברי מהריב"ל וכו' יע"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין כיון שהגויה הנז' התחילה לדבר עם זה העד היאודי וכה אמרה לו ה' יהרוג וכו' אי לאו דקים לה בודאי שזה שעבאן ההרוג ניכר וידוע למי שמדברת עמו לא היתה מדברת עמו ומזכרת לו שמו בסתם ומגדת לו המאורע והיכן נהרג ובשביל. מה הרגוהו. וכמ"ש המט"י ז"ל ממ"ש וכמובן. ועוד איכא טעמה אחרינא להקל בנ"ד גם למהריב"ל ז"ל והוא זה כיון שהזכירה הגויה הזאת בדבריה שם אומנותו שהיה מוכר אצלם כא"ם ומשום דמכר לאשה אחת גויה כאמאת הרגוהו כנז' בדבריה וידוע לנו שזה שעבאן המבוקש דנ"ד זה דרכו תמיד לוקח עמו מפה העירה כא"ם וזולתו כדי למכור שם ומלאכתו בכך וכן סיפרו לי גם עתה הפעם שהלך ולא חזר אנשים סוחרים יאודים שקנה מהם כא"ס ונסע לדרכו שם למכור וכיון דזאת מלאכתו ואומנותו הוי כבר כתבו כמה מגדולי הפוס' ז"ל דשם אומנותו ממלא מקום אביו כמ"ש בשמם הרב יד"א ז"ל שם באות ש' יע"ש והגם דהאי אומנות דנ"ד לא דמי לפ' רצען או צורף שבזה הוא שכתבו הפוס' דשם אומנות מהניא במקום ש"א כמ"שיר הרואה מ"מ גם זה כיון דמלאכתו בכך תדיר ג"ז אומנותו הוי ולא דמי למ"ש הרב פ"מ ח"א סי' מ"ב דאומנות צאבונני"ס שאין להם חנות אלא על רגליהם עומדים דאפי' למ"ד דשם אומנות מהני היינו אומנות בקבע כגון רצען או צורף וכו' יע"ש הטעם משום דעל רגליהם עומדים ומוכרים לא כן בגוונא דנ"ד דהולך לכפר וקובע מקום חנות וכדומה כדי למכור שם תדיר וישן שם בכל לילה עד שימכור כל סחורתו הא ודאי דשם אומנותו הוי ומהני למלאת מקום ש"א והגם דאם אמר הגוי שהיה מוכר סחורה במקום פ' לא מהני אפי' לסימן מן בעלמא כמ"ש הרב מ"ג סי' ע"א יע"ש מ"מ שאני התם דאין מלאכתו בכך תדיר רק אותו הפעם ותל"מ משא"כ בנ"ד דמלאכתו בכך ולא אמרה שהיה מוכר כא"ם כי אם בדבריה הזכירה מלאכתו ואומנותו היכרא וסימנא מעליא טובא הוי ומהני למלאת חסרון שם אביו ועם שראיתי להרב מ"מ ז"ל בסי' מ"ד דרל"ג ע"ג שכתב דסימן הפרקמטיא שנמצאת איתו מעסק הקאזקליק מגן שויא לא לעזר ולא להועיל הגם דאיכא העדאת העדים אשר בצאתו הוליך עמו מעסק הקאזקליק דאימור איניש אחרינא הוא ההולך ממקום למקום ובא טעון מעסק הקאזקליק והוא שמת ואין זה היכר וכו' ולא עוד אלא אפי' היה אומר היאודי הקאזאז וכו' לא היה מספיק וכו' והן רבים המחזרים בעירות טעונין מעסק זה וכו' עכתד"ק יעש"ב ולכאורה מדב"ק הללו נראה להחמיר בנ"ד שלא לסמוך על טע"ז

כלל ובדברי הרב ז"ל הללו וכמבואר ברם הרואה יראה דליכא שום תברא לנ"ד מדברי הרב ז"ל הללו כלל דשאני נדון הרב הנז' דלא הזכיר שמו כלל ה"ט דהחמיר הרב ז"ל אפי' שאמר היאודי הקאזאז וכו' וכ"ש באומר שהיה עמו קאזקליק וכו' כיון שלא הזכיר שמו כלל משא"כ בנ"ד דהזכירה שם שעבאן בפי' והזכירה ג"כ שמכר כא"ס ואנן ידעינן בבירור שזה שעבאן המבוקש דנ"ד הוציך עמו כא"ס וכנז"ל הא ודאי דהיכרא מעליא הוי ושם אומנותו ומלאכתו הוי ומהני למלאת מקום ש"א לדעת רוב הפוס' ז"ל דס"ל הכי דשם אומנותו ממלא מקום ש"א וכנז"ל דהגם דמהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ח"י החמיר טובא בשמו ושם אומנותו דאפשר דל"מ אפי' למ"ד דבשמו וש"א סגי והרב יד"א ז"ל שם אות ש' תמה על כמה פוס' שכ' להפך יעש"ב מ"מ כבר כתב הרב פרמ"א ז"ל בח"א סי' קי"ג דכיון דלא אמרה מהריב"ל אלא כמסתפק בהצטרפות הב' טעמים הנז' ואפי' בחד מנייהו ראוי בזה להקל כיון שרוב הפוס' הסכימו להקל בשמו לבד כשמדבר על איש ידוע ביניהם יע"ש וכ"כ מהריב"ד ז"ל בדב"מ ח"מ סי' קי"ב דקל"ה יעש"ב ומה גם דרבים חולקים ע"ד מהריב"ל בספקו הנ"ל והם ז"ל ס"ל בפשיטות דמהני כמ"ש בשמם מהרש"פ ז"ל בכהונת עולם סי' ט"ו והרב באר המים סי' ס"ב והכרם שלמה סי' ג' והרב ידיו ש"מ סי' ט' דכ"ג ע"ג והרב ידי דוד קראסו ז"ל א"הע סי' ט' יעש"ב והגם דחזינא להרב מ"מ ז"ל שם ולהרב מהר"א אלפאנדרי ז"ל בדי"ב ע"ג שכ' דלא מלאו לבו ואינו תוקע עצמו ע"ז בהיתר האשה והוצרך לטעם אחר והרב ידש"מ ז"ל חש לה מר וכתב דבנ"ד איכא הוכחה אחריתי וכו' כיעו"ש הרי גם בנ"ד איכא הוכחה אחריתי שדבריה היו כמדבר על איש ידוע ביניהם ובעיר הנהרג ככל הנז"ל והגם דגם בזה החמיר מהריב"ל ז"ל וכנז"ל וגם לא היו דבריה בה"א הידיעה ויש להחמיר בזה במ"ש הרב שפת הים ז"ל וכמש"ל מ"מ הרי אית לן ס"ס גמור שמא הלכה כרוב הפוס' ז"ל דס"ל בפשיטות דבשמו ושם אומנותו סגי דלא כמהריב"ל שנסתפק בזה ואת"ל דהלכה כמהריב"ל היש לחוש ולהחמיר בזה שמא הלכה כרוב הפוס' דס"ל דהיכא דמדבר על הידוע ביניהם לא בעינן ה"א הידיעה ושפיר מתהפך ועיין דברי אמת דל"ד סע"ב שכתב מעין זה יע"ש ע"ע להרב נאמן שמואל סי' ן' דגם מהריב"ל מודה בידוע וניכר לשניהם ולא היה מתאונן אלא מגיד להם הענין מודה דשרי והסכים עמו הגאון החק"ל במ"ב א"הע סי' ו' וחיזק דבריו יע"ש גם הרב הסכים דאם העיד הגוי בעיר הנהרג ועיקר דבריו להגיד להם מיתתו אפי' מהריב"ל מודה דחשיב כהזכיר ש"א וש"ע כיון שעדותו היה בעיר הנהרג יעש"ב:

באופן שע"פי כל האמור ומדובר עלה בידנו היתר גמור בשופי לאשת שעבאן דנ"ד ע"פי עדות הגויה הב' הלזו אפי' שלא הזכירה רק שמו לבד כיון דאיתנהו בנ"ד הנהו תרי טעמי

תריצי חדא שדבריה היו כמדברת על איש ידוע ביניהם וגם שהגדתה היתה בכפר הסמוך לעיר הנעדר דהוי כמגדת בעירו עצמה ובצירוף שהזכירה ג"כ שם מלאכתו ובצירוף כל שאר הטעמים הנ"ל ודאי דיש להתיר בשופי אפי' למהריב"ל ז"ל הגם דחסר מכאן ש"א וש"ע וכמדובר ובפרט דהשתא הכא דנ"ד דהוי עד מפי עד דס"ל למהרמ"א סי' מ"ד וקי"ח דתלינן שהראשון הזכיר ש"ע כמ"ש בשמו הכנ"הג שם והרב ד"ן סי' ל' וע"ע בידי"א ז"ל שם הג"הטו אות שס"ח ובשמן המר ס' ב' ואכמ"ל. אלא מעתה אבא אל הס' הה' שנסתפקנו בעדות הגויה הזאת שלא אמרה מת וקברתיו או מת וקברוהו והנה נודע דהרמב"ם ז"ל מצריך מת וקברתיו לעיכובא כמ"שכ פי"ג מה"ג והגם דחלקו עליו רוב ככל הפוס' וס"ל דבמת או נהרג ביבשה בלי מלחמה לא בעי' שיאמר קברתיו והרמב"ם ז"ל יחיד הוא בזה וגם כתבו גדולי הפוס' מהרי"ט והרשד"ם בכמה תשו' דכבר נתפשט המנהג להקל בלא קברתיו. וגם מרן ז"ל בש"ע סתם דלא כהרמב"ם ז"ל וכ"כ בתשו' א"הע סי' ח' דאין להחמיר בחסרון קברתיו יע"ש ומה שנראה מתשו' מרן סי' י"א דחייש לס' הרמב"ם ה"ט משום דנ"ד היה בצפת"ו וראוי לחוש לד' הדמב"ם משום דמארי דאתרא הוא כמ"ש מהרמ"ג סי' ס"ה והכנ"הג הג"הטו אות קכ"ה והיד"א שם אות קצ"ב יע"ש וא"כ אנן בדידן נמי ראוי לנו לחוש לס' הרמב"ם להחמיר כיון דבכל אתרוותא הדין קבלו עליהם ג"כ הוראות הרמב"ם להחמיר כמ"ש הגאון הרב ברכ"י ז"ל בא"ח סי' שמ"ה משם מהרי"פ ז"ל והגם דמרן סתם בש"ע להקל בלא קברתיו דלא כהרמב"ם ז"ל מ"מ כיון דבתשו' סי' י"א חייש לד' הרמב"ם להחמיר והט' משום דהתירה דהרמב"ם הוא כנז"ל וכבר ראיתי להרב יד"א ז"ל שם שתמה ע"ד הרב מהר"י זאבי ז"ל בזרע אברהם סי' ד' שכתב בפשיטות דנקטינן. כסתם הש"ע דל"ב קברתיו יע"ש והוא ז"ל תמה עליו מתשו' מרן סי' י"א יע"ש ומה גם דחזינן לרוב ככל הפוס' שלא קבלו עליהם הוראות הרמב"ם כלל במקומם ועכ"ז חיישי בנ"ד להחמיר להצריך קברתיו כד' הרמב"ם והוכרחו להמציא בנ"ד טעמים שונים להסכים גם דעת הרמב"ם להקל בנ"ד גם בהעדר קברתיו כמ"שיר המעיין וא"כ גם בנ"ד ודאי שראוי לחוש להחמיר וחיובא עלן לבקש איזה טעמים כדי להסכים גם להרמב"ם להקל בנ"ד אפי' של"א קברתיו ומידי עוברי בד' הפוס' ז"ל בפרט זה ראיתי בפשוט כמה טעמים נכונים להקל כנ"ד לכ"ע זה יצא א' ממ"ש הרב המגיד ז"ל ע"ד הרמב"ם הנז"ל דאם הגוי מזכיר את המת וההרוג בשמו לא בעי' קברתיו גם לדעת הרמב"ם ז"ל יע"ש ולחילוק זה הסכימו כמה וכמה מהפוס' להקל בנ"ד בחסרון קברתיו היכא דאיכא הזכרת שמו כמ"ש בשמם הרב יד"א ז"ל הגב"י אות רנ"א ורנ"ב ורנ"ג ובכנ"הג שם יעש"ב ובנ"ד הא איכא הזכרת השם בפי' בדברי הגויה הנז' וא"כ

לפי"ז לא בעי' קברתיו לכ"ע ועם שיש כת הפוס' המחמירים אפי' בהזכרת השם כמ"ש בשמם היד"א ז"ל שם אות רנ"א יע"ש עכ"פ אין לן ס"ס גמור והוא זה ס' אי בעינן קברתיו או לא ואת"ל דבעינן שמא הלכה כהר"מ ודעימיה דבמזכיר את שמו לא בעי' קברתיו והוא מתהפך שפיר וכמובן ועוד כתב הר"ן ז"ל בתשו' והבי"ד מרן ז"ל בב"י ובכ"מ שם דכל שהגוי מכירו אין ס' דא"צ קברתיו דיותר אדם בקי במי שמכירו וכו' יע"ש ורובא דקמאי ובתראי ז"ל סמכו יד"ק ע"ד הר"ן הללו להקל בנ"ד כמ"ש בשמם הכנ"הג שם הגב"י אות קפ"ז וביד"א שם אות רמ"א ואילך יעש"ב ובנ"ד ברור הדבר כשמש בצהרים דכל בני הכפרים הנז' והגוי הנז' מכללם מכירים אותו לשעבר שהיה תדיר אצלם מסתחר שם וגם מדברי הגויה הנז' ניכר להדיא דמכרת אותו לשעבר כנז"ל וא"כ לא בעי' בכה"ג שתאמר קברתיו דלא חיישינן דאמרה בדדמי וכמ"ש הר"ן וכמדובר. עוד יש ט"א להקל בנ"ד שלא לחוש לקברתיו והוא עפ"י מ"ש מרן ז"ל בב"י משם הריטב"א ז"ל דכל היכא דהגוי מכריז ואמר מאן איכא בבי פ' בזה סגי בלא קברתיו דכיון דמעיי"ל נפשיה לאכרוזי ולמימר הכי אי לאו דקי"ל דשכיב לא הוה אמר וכו' עכ"ל יע"ש ומניה יליף הרב עדות ביהוסף ח"ב סי' י"ד דאם אמר גמל"ת דבר ההריגה ב"פ הו"ל כמכריז ואף שאמירת פ"ב היה ע"י שאלה וכו' חשיב ב"פ והו"ל כמכריז יע"ש והרב כר"ש דל"ז ע"א יע"ש שכ"כ ובנד"ן הרי אמרה הגויה הנז' ב"פ ה' יהרוג למי שהרג שעבאן כנז"ל א"כ הו"ל כמכריז ואי לאו דקים לה דנהרג בודאי לא הות אמרה הכי זה פעמים וכבר כתב המ"ץ ז"ל בח"א סי' ח' דמ"ח ע"א דלאו דוקא הכרזה אלא כל שמתאונן עליו וכו' יע"ש גם מהרב"א ז"ל בסי' ל"ב כתב דלאו דוקא הכרזה לא הה"ן כל שהוסיף דברים ולא אמר פ' מת לבד והכריח כן מלשון הרמב"ם שלא נזכר בדבריו הכרזה זו וכ"כ הרב מ"ץ שם ד"מ ע"א והרב פ"מ ח"א די"ב ע"ג ומהראנ"ח בד"ן סי' ד"ן דקנ"ב ע"ב והמטה יוסף ח"ב סי' ד' יע"ש ובנד"ן הרי התאוננה עליו והוסיפה דברים רבים וכמבואר וברור:

תו איכא ט"א להקל בנ"ד אפי' שלא אמרה קברתיו והוא ע"פי תי' הרב מהר"י סאניח ז"ל הביאו מרן ז"ל בב"י שם דלא הצריך הרמב"ם שיאמר קברתיו אלא כשהגוי נמצא בעת מיתתו או הריגתו דחיישי' דאמר בדדמי וכו' אבל היכא דלא נמצא מודה הרמב"ם דאצ"ל קברתיו עכתד"ק יע"ש ושיבחוהו רבנן לחילוק וכתבו עליו אשרתא דהייני שהוא תי' נכון נאה ומשובח כמ"ש מהרמ"ג סי' ב"ן ומהריט"ץ ז"ל בתשו' מובאה בס' נבחר מכסף הנד"מ להרי"ף ז"ל בסי' ד"ן כתב דלפי חי' מהרי"ס ז"ל הנז' אם לא נמצא כעת מיתתו או הריגתו אפי' אינו מזכיר שמו ואינו מכירו עכ"ז מהני אפי' של"א קברתיו יע"ש ועיין ונש"ות מהריט"ץ גופיה סי' ל"ו יע"ש ולהרב עזרת נשים דמ"ה ע"ב ס"ק צ"ו כתב

דמהרי"ס מחלק כחי' ה"ה והר"ן והריב"ש ז"ל דבמזכיר. שמו ומכירו אצ"ל קברתיו ובלא הזכרת שמו צל"ק מיהו ה"מ כשנמצא שם בעת מיתתו דאיכא תרתי לריעותא חדא דלא הזכיר שמו ואידך דנמצא שם כעת מיתתו בהם היכא דאיכא חדא לטבותא דהזכיר שמו אע"ג דנמצא שם או דלא נמצא שם אע"ג דלא הזכיר שמו אצ"ל קברתיו וגם ה"המ ז"ל אפשר דאית ליה חי' מהרי"ס ז"ל ומאחרונים ולא פליגי ושכן מצא בתשובות מהרב"א סי' ל"ב יע"ש ורוב ככל הפוס' ראשונים ואח' ז"ל הסכימו וסמכו על תי' מהרי"ס ז"ל הנז"ל להקל בנ"ד כמ"שיר המעין בס' הפוס' ז"ל אשר כולם נקבצו באו בכנ"הג סי' י"ז הנז' הגב"י אות דפ"ו וביד"א ח"א שם אות ש"ץ ובח"ב אות קל"ה יע"ש וכתב מהרח"ש בקונט' עיגונא דכ"א ע"ד דכל היכא דלא ידעינן מדברי הגמל"ת שנמצא שם דייניו מסתמא דלא נמצא יע"ש וכ"כ הרב ד"ן סי' כ"ד דקנ"ב ע"ב והרב נאמן שמואל סי' נ"ו ד"ע ע"א והכר"ש סי' ג' הנז' והדב"מ סי' ט"ו ומעיל שמואל סי' ח"י וכמה פוס' זולתם ציינם היד"א שם אות שצ"א וכ"כ הרב ב"ה א"הע סי' ז' וז"ל ונ"ז הוא. ודאי כשידוע או שיש הוכחה שנמצא שם בעת הריגתו אבל מן הסתם אין לנו לחוש שנמצא שם ושאמר בדדמי דתרי חששות לא חיישי' וכו' יע"ש וא"כ בנד"ן דהגויה אמרה שמו בפי' וגם מכירתו לשעבר כנז"ל וגם היא אשה דודאי לא נמצאת שם בעת הריגתו בלתי ספק כיון דהיא אשה ולא אפשר ג"כ שהרוצח יהרוג אותו בפניה ולא בפני זולתה מלבד ג"כ דמסתמא אין לנו לחוש דנמצאת שם בעת הריגתו כנז"ל א"כ ודאי דאצ"ל קברתיו כלל לכ"ע כיון דאיכא נמי הני תרתי לטיבותא הנז"ל וכמדובר. ועוד איכא ט"א שלא לחוש בנ"ד מחסרון קברתיו ממ"ש הרא"ס ז"ל בתשו' והביאו מרן ז"ל בכ"מ בפי"ג מה"ג שלא הצריך הרמב"ם שיאמר קברתיו אלא היכא דשייך אומדנא דדעתא כגון מלחמה ומפולת וטביעה במשאל"ס וכיוצא בהם היכא דל"ש אום"ד לא והכא גבי גמל"ת שאמר איש יאודי וכו' מצריך הרמב"ם קכרתיו ה"ט משום דגבי הליכת הדרך שייך נמי אום"ד דומיא דטביעה דלפעמים הולכי שיירות כשהולכים בדרך יקרה שום מקרה לאחד שנשאר מן החבורה ולא מצאוהו חושבים באום"ד ודאי מת או נהרג דאילו בתר רוב נפסדים הרוב נפסדים הם מתים או הרוגים בודאי וכו' עכתד"ק יע"ש ורוב. בכל הפוס' ז"ל הסכימו וסמכו על חי' זה דהרא"ם. ז"ל כמ"ש בשמם הרב יד"א ז"ל שם שם הג"הטו אות רכ"ט יע"ש וא"כ בנד"ן שאמרה הגויה מל"ת דשעבאן נהרג בין הכפרים ולא מההולכי דרכים היא עמו כלל וגם אינו עת מלחמה ומפולת כלל ודאי דל"ח דאמרה בדדמי ואצ"ל קבדתיו כפי חי' הגאון הרא"ם ז"ל הנז' וכהסכמת רבים אשר אתו וכמדובר:

ותו איכא ט"א להקל גם בלא קברתיו והוא ע"פי מ"ש מהרשד"ם ז"ל בא"הע סי' ע"ט והרב מ"ץ סי' ו' ז' דהא דבעי' קברתיו דוקא באומר איש פ' מת אבל באומר נהרג לא בעי' קברתיו יע"ש ועם שהרב כנ"הג שם בהג"הטו אות קס"ה כתב ע"ז. דאין גם אחד מהפוס' ז"ל שיודה למהרשד"ם בחי' הנ"ל מ"מ רבני האח' ז"ל עשו סניף להיתרא ע"פי ס' מהרשד"ם הנז' כמ"ש בשמם הרב יד"א ז"ל שם אות רמ"ב יע"ש וכן ראיתי אני עני להרב המוסמך מארי דאתרין הרי"פ בש"ות שלו כי באה בנאספות שבסו"ס יד"א א"הע ח"א סי ב' שכ"כ בפי' כחי' מהרשד"ם ז"ל הנז"ל ושוב כתב דאח"כ מצא כן למהרשד"ם יע"ש והסכים עמו שם הרב מהרש"ו ז"ל יע"ש וכ"כ עוד מהרש"ו גופיה בנאספות שם סי' ד' יע"ש ושם בסי' ה' עי"ש וכן ראיתי להרב שם חד"ש ז"ל בתשו' כי באה בחוקי חיים להרב הגדול האש"ל ח"ק לישראל מהרח"א גאגין ז"ל בדל"ב ע"ב דדייק מלשון העדים דבנ"ד שאמרו לוס מאטארון דר"ל מיתה גמורה ולא חיישינן לבדדמי ושכן דקדק מהריב"ל וכו' ושכ"מ בתשו' מהרמ"א סי' קי"ג דכיון שהגוי אמר הרגו פ' חזקה שראה איתו שנהרג דאי לאו קים ליה שנהרג ול"ח למלתא אחריתי וכ"כ מהרשד"ם דבנהרג ל"ב קברתיו וכו' עכ"ל יע"ש תו חזיתיה למר הרב מהרי"פ ז"ל בתשו' הו"ד שם בחוקי חיים דל"ח ע"א שכ"כ וז"ל זאת ועוד יש לצרף לנ"ד ס' מהרשד"ם סי' פ"ט דקאמר מר דאי חיישי' לבדדמי ה"ד באו' מת דאיכא חשש עילוף לא כן באו' נהרג וכן ס"ל למהרמ"א סי' קי"ג לחלק בין מת לנהרג. ואיברא דמרן המאסף פקפק ע"ז וכתב דלא מצא חי' זה הנה המ"ץ וכו' חי' כן גם הרב עב"י ח"ב סי' פ"ה דנ"ט ע"א חי' כן מדעתו ושוב היכא שכן מצא בכ"י למהר"י מברוגא ושהכריח חי' זה מהראש"ו גם הרב יד"א אות רל"ד כתב לחלק כן משם הרב חוט השני וכן חי' הרב ע"ג דע"ו ע"ב כחי' הזה ע"ע גם הרב מהרא"ב והפ"מ ח"ג סי' מ"ה נראה דסובר כן כחי' הרשד"ם דבכה"ג לש"ל בדדמי ואפי' היכא דאיכא פחד ובהלה דשייך טפי למיחש לבדדמי וכו' באופן דיש ויש להקת הפוס' דס"ל כחי' מהרשד"ם ומסתבר טעמייהו לענ"ד ואף להחולקים מידי ס' לא נפיק ואית לן לעשות ס"ס והוא מתהפך שפיר וכ"כ הרב ראש משביר סי' י"א דאתו עלה לרפאת שבר שלא אמר קברתיו מחי' מהרשד"ם הנ"ל יעש"ב ודון מינייהו ואוקי באתרין ממש והדברים פשיטים: עוד יש ט"א להקל בנ"ד גם שלא אמרה קברתיו והוא זה דמאחר שעלתה הסכמת כל הפוס' ז"ל דלא בעי' דוקא שיאמר קברתיו אלא ה"ה אם אמר טלטלתיו או קברוהו או טלטלוהו אחרים נמי מהני כמו קברתיו כמ"ש מרן ז"ל בב"י שם משם הר"ן ז"ל וש"פ וכ"כ הכנ"הג והיד"א ז"ל שם משם רובא דרבוותא קמאי ובתראי ז"ל יע"ש א"כ זה שעבאן דנ"ד שנהרג בדרך בין הכפרים הנ"ל ודאי כי הרוצח שהרגו בלתי ס' שטלטלו

כדי להפשיט מלבושיו ולקחת המעות שבחיקו ואין לך טלטול גדול מזה ואם היה עדין חי או נודד כנף ודאי שהיה משלים עליו להורגו יפה כדי שלא יקום וילשין עליו וכן ראיתי להרב פ"מ ח"ב סי' ח' שכ"כ וז"ל וכיון שהו שהרוצח הרגו משום חימוד ממון א"כ פשט ידו בחיקו לחפש אם הי"ל מעות וקרוב לודאי שפשט כתונתו מעליו ואין לך טל טלטול גדול מזה יע"ש וכ"כ הרב כר"ש בסי' ט"ז שאין לך טלטול גדול מזה ומהני במקום קברתיו יע"ש וכ"כ הראש משביר בס"סי ט"ז על נ"ד יע"ש ומהם נקח לדון כן גם בנ"ד וכמובן:

תו איכא טעמא אחרינא שלא לחוש לקברתיו כלל בנ"ד והוא זה דאיכא כמה מרבוותא דס"ל דבעד אחד לא חישי לבדדמי כמ"ש הרשב"א במיוחסות סי' קכ"ח והר"ן בתשו' סי' ן' וע"א שכן דעתם נוטה אליו דמי יקל ראשו נגד הרי"פ והרמב"ם יע"ש וא"כ יש להקל בשופי מט' ס"ס וכמ"ש הרב פ"מ בח"ב סי' ס' משם הרב ברוך בן' חיים ז"ל שהתיר בנ"ד אפי' שלא קברתיו מט' ס"ס דבמ"ז שנויה ההיא דאתמר בש"ס דע"א במלחמה צ"ל קברתיו אי הי"ד באשה המעידה על בעלה שמת במלחמה או אפי' בעד דעלמא נמי ומאחר שכן אפי' את"ל דה"ל כהרי"פ והרמב"ם דבמלחמה אף בע"א דעלמא צ"ל קברתיו עדין י"ל אי דוקא במלחמה גדולה או אפי' בנפלו לסטים על שיירא דבזה נסתפק. מהריב"ל ושם הבי"ד המרדכי ז"ל דדוקא במלחמה חמה גדולה אתמר ולא בשיירא וכו' והרב פ"מ בהסכמתו שם הוסיף עוד לומר דאם מהריב"ל לא נסתפק אלא בשיירא גדולה לא כן בשיירא קטנה דנפלו לסטים עליה ואף אם נאמר דגם בשיירא קטנה אמרה מהריב"ל מ"מ האיכא ס"ס כמ"ש הרב המורה ואף דס"ס זה אינו מתהפך היטב אין בכך כלום לענין עיגונא עכ"ל יע"ש וכבר ראיתי להרב מהרי"פ ז"ל הנז' בחוקי חיים שם שנסתייע מדברי הפ"מ הנז' לנ"ד ותמה עליו דהאי ס"ס מתהפך היטב הוא יע"ש ודבריו נכונים וכן הסכים הוא ז"ל כנ"ד להתיר בל"א קברתיו מט' הנ"ל דהוי ס"ס ונקטי' לקולא יע"ש וממנו נקח לנ"ד וכמביאר עוד יש ט"א להקל בנ"ד גם בחסרון קברתיו הלא זה הדבר דאיכא טובא מרבוותא קמאי דס"ל דאי חיישי' דאמר בדדמי הוא דוקא בישראל המעיד אבל בגוי שאינו מכוין להעיד לא חיישי' והוד"ק במרדכי ובהג"מיי פי"ג ורמז ד"ק מהראנ"ח סי' קי"ח ומרן בתשו' דק"ז ע"ב כתב דרוב הפוס' ס"ל הכי יע"ש ורוב האח' עשו סניף להתיר ע"פי סברתם ז"ל וכ"כ הרב מהרי"ף ז"ל הנז' בחוקי חיים דל"ח ע"א וכתב עוד וז"ל והשתא דאתינן להני יש לנו לעשות ס"ס באו"א יותר מרווח והוא ס' אי ה"ל כהרמב"ם דמצריך קברתיו או כהחולקים עליו ואת"ל דה"ל כהרמב"ם שמא אעיק' דמלתא הלכה כהנהו רבוותא דס"ל דבגוי ל"ח לבדדמי ואפי' את"ל דלהרמב"ם

דלשיטתיה קיימינן לא שנא גוי לא שנא ישראל חיישי' שמא קי"ל כוותיה בהא דמצריך קברתיו לגבי ישראל דוקא ולא קי"ל כוותיה לגבי גוי ומידי ס' לא נפיק וכו' ושו"ר למהרמ"ל סי' קכ"ח ולהרב עבי"רו ח"כ סי' כ"ה עלו בקבץ כל הני טעמי תריצי וכתבו להתיר אף דל"א קברתיו וכו' עכ"ל יעש"ב ודון מנייהו ואוקי באתרין ממש וכמובן ועוד מט"א אין לחוש בנ"ד מחסרון קברתיו מכח ס"ס אחר כתבו מהרח"ש בתשו' סי' ד' ובכמה תשו' שלו והוא זה סי' אי קי"ל כהרמב"ם דבעי קברתיו או כהחו' עליו ואת"ל דה"ל כהרמב"ם שמא העד הזה המעיד לא אמר בדדמי שהרי כל עיקר טעם הרמב"ם דמצריך קברתיו הוא מס' שמא אמר בדדמי וכל כה"ג מתירים אעפ"י שאינו מתהפך יע"ש והרב החסיד האש"ל אג"ן הזהר ז"ל שם בחוקי חיים דל"א ע"א סמך בזה על טע"ז ודחה דברי הרב בע"ח שפקפק עליו בזה כיון שאינו מתהפך יע"ש גם הרב מהרי"ף שם דל"ז ע"ג אחר דשק"וט בדברי מהרח"ש הנז' כתב בסוד"ק וז"ל וילענ"ד דגם מהראנ"ח ודעימיה דס"ל דבעיגונא דאתתא אף שאתה מרבה ס"ס כולהו חד ספיקא דהו"ל ס' אם בעלה של זאת קיים או לא מ"מ בחסרון אמירת קברתיו אזלי ומודו דל"א חד ס' הוא דא"כ איך אמרו אם נשאת לא תצא כיון דאין כאן אלא ס' אחד והוי ס' דאורייתא אמכ"ל דאמירת קברתיו אינו אלא מדרבנן דרבנן. הוא דהצריכו לומר קברתיו וכל דלא אמר הוי ס"דר וכיון דמספק"ל אי הלכה כההמב"ם או לא א"כ הוי שפיר ס"דר ואזלינן להקל עכ"ל יעש"ב הרי דהגם דגם אתריה דמר אתריה. דהרמב"ם ז"ל וקבלו עליהם הוראות הרמב"ם. ובפרט להחמיר מ"מ בדאיכא ס"ס נקטינן להקל כדקי"ל הכי גם דלגבי מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו אי איכא ס"ס הגם דבחד ספק דעת מרן להחמיר. עבדינן ס"ס להקל אפי' נגד מרן ז"ל ככתוב אצלי במ"א וא"כ ה"ה לדעת. הרמב"ם ז"ל ומזה נובין ונדון האי ס"ס גופיה להקל בנד"ן וכמובן ועיין ג"כ בתשו' הנאספות שבסו"ס יד"א ז"ל הנז' בסי' מ"ש ג"כ ע"ד מהרח"ש ז"ל הנז"ל יע"ש:

זאת ועוד אחרת אית לן טעמא רבתי בנ"ד להקל גם בלא קברתיו והוא זה דאיכא רבוותא טובא קמאי ובתראי ז"ל דס"ל דהא דצ"ל קברתיו הי"ד בעד הרואה ולא בעד השומע דהוי עד מפי עד כמ"ש מהריב"ל בכמה תשו' ומרן ז"ל בתשו' דקכ"א סע"ב והרב מהרימ"ט סי' ל"ב ועוד כמה וכמה מגדולי הפוס' ז"ל אשר כולם נקבצו באו בכנ"הג סי' י"ז הג"הטו אות קע"ב וביד"א שם אות רמ"ז יע"ש והמורם מהם דבעמ"ע תלינן להקל שהראשון אמר קברתיו או טלטלתיו אפי' במשאל"ס או קברוהו או טלטלוהו אחרים כל שהגוי הראשון היה מסל"ת יש להתיר בשופי מט' ס"ס והוא זה ס' אי ה"ל כהרמב"ם או לא ואת"ל כהרמב"ם שמא לא הצריך לומר קברתיו אלא בעד הרואה לא בעד השומע והוא

מתהפך שפיר כמ"ש הכנ"הג וביד"א שם ועד אחרן אתה תחזה להרב מהרי"ב ז"ל בתשו' הנז' בחוקי חיים דל"ז ע"ד שהאריך בטע"ז והוא הביא לנו תשו' מרן שבסי' י"א דפשיטא ליה חי' זה מעד הרואה לעד השומע דבעד השומע לית לן בה אי ל"א קברתיו מט' דל"ח דאמ"ל בדדמי ומאי דמספק"ל למהריב"ל פשיטא ליה למרן וכו' ובסוד"ק כתב וז"ל ומעתה בנ"ד דהוי עמפ"ע נראה דלא קפדינן ביה אם ל"א קברתיו עכ"ל יע"ש וכן ראיתי להרי"ף ז"ל בש"ות נבחר מכסף הנד"מ סי' מ"ח וב"ן דכן הסכים להקל בנ"ד ע"פי החי' הנז' מעד הרואה לעד השומע דתלינן להקל בעד השומע יותר מבעד הרואה כמ"ש מהרא"י בכתביו ומהר"ס בתשו' השייכי' ומהריכ"ל וכו' יעש"ב וא"כ בנד"ן כיון דהוי עמפ"ע והראשון היה מסל"ת תלינן להקל שמא הגויה המל"ת אמרה כי קברוהו או טלטלוהו וידעה בו שנהרג בודאי ולא חש להאריך הסיפור לישר' השומע ממנה וכמ"ש הרי"ף ז"ל שם וכל הפוס' הנ"ל ובפרט דאית לן ס"ס בזה והוא מתהפך שפיר וכנז"ל דודאי יש להקל להתיר בשופי בנ"ד גם מטע"ז אף שלא אמרה שנקבר בלתי שום פקפוק כלל וככל האמור ומדובר. באופן הנה נא ערכנו טעמים רבים שונים מפ"ס ומפ"ס טעמי תריצי הנאמרים באמת מרבנן קדישי גדולי הפוס' ראשו' ואח' ז"ל להקל בנ"ד אף שלא אמרה קברתיו וכנז"ל והרי נפשט להיתר גם האי ספקא נמי וככל המדובר ועלה בידינו היתר. גמור לאשת שעבאן דנ"ד מכבלי העיגון לגמרי ע"פ עדות הב' של הגויה הלזו בצירוף כל הטעמים האמורים למעלה. וכדי לחזק ולקיים היתרה יותר אשימה עיני על הקבלת עדות השלישית דבאה בשאלה דנ"ד הנז' בריש אמי"ר. והנה אנכי הרואה דעדות הגויה הב' הזאת הנה היא יותר חזקה להיתר טפי מעדות הגויה הא' הנז"ל וכמו שאבאר בס"ד הנה הס' הא' אשר נסתפקנו כבר באותו עדות הגויה הא' הנז' ממ"ש הר"ן דבעינן קשר דברים בעדות הגמל"ת כנז"ל הנה בעדות הלזו ליכא האי חששא כלל דהרי באו דבריה בפי' לפניו ואין לחוש מצד זה כלל וכמבואר וגם הס' הב' והג' שנסתפקנו באותה עדות הנ"ל דשמא ע"פי השמועה או מחמת הקול שיצא וכו' הגה כבר נתפשטו ספיקות האלו מה למעלה ונתבארו יפה יפה להתיר ולא חיישי' להו בנ"ד כלל וגם בעדות הגויה הב' הלזו נאמר כן בפשיטות הכל כמש"ל ועל הספק הד' הנז"ל שנפל בעדות הנז"ל דליכא שם אביו וש"ע כנז"ל הנה בעדות זאת הרי דזכירה בפי' שמו וש"ע שכן אמרה שעבאן אל חאצבאני שר"ל מעיר חאצביא א"כ הרי יש כאן בעדות זו שמו וש"ע דעדיף טפי משמו וש"א כמ"ש כן כמה פוס' ז"ל ועיין בידי"א ז"ל הג"הטו אות רצ"ה יע"ש והגם דאפי"ה אין להקל ח"ו בשמו וש"ע לבד כיון שרוב ככל הפוס' מחמירים בזה לחוש לדעת הסוברים דשלשתם בעינן לעיכובא דהיינו שמו וש"א וש"פ כידוע מ"מ אהני לן

מיהא השתא הכא בנ"ד בעדות זאת דהזכירה הגויה שמו וש"ע ואית לן נמי ההוכחה רבתי דכתיבנא לעיל שכל שדברי הגמל"ת באו בסתם כמדבר על הידוע דרובא דרבוותא קמאי ובתראי ס"ל להקל אפי' בהזכרת השם לבד כמ"ש כ"ז לעיל בארוכה א"כ כ"ש וכ"ש בהאי סהדותא דנא שהזכירה שמו וש"ע דודאי יש להקל בשופי בהוכחה הנז' כיון שגם הגויה הלזו באו דבריה כמדברת על איש ידוע ביניהם שכן אמרה להיאודים הנז' שלא יעשו עמכם כמו שעשו עם שעבאן אל חאצבאני שהרגוהו וכו' ומדלא אמרה כמו שעשו עם איש אחד שמו שעבאן אל. חאצבאני ואמרה בפשוט עם שעבאן אל חאצבאני וכו' ודאי דהוי מדברת על שעבאן הידוע לשניהם א"כ בהא ודאי נלע"ד דכ"ע מודו דיש להקל ולהתיר כיון דאיכא שמו וש"ע וגם שמדברת על איש ידוע ביניהם וגם הטעם הב' הנז"ל דעדותה והגדתה היתה בכפר הסמוך לעיר הנעדא דהוי כמגדת בעיר הנעדר עצמו כנז"ל א"כ לא בעינן תו שתזכיר שם אביו כלל והגם דאיכא פלוגתא בפוס' על ב' הטעמים הנז' הן על הטעם הא' במדבר על הידוע ביניהם דמידי פלוגתא לא נפקא בפוס' ז"ל כמש"ל וכמ"ש הרב מכתב שלמה ז"ל בסי' ד' ובפרט כשבאו הדברים בחסרון ה"א הידיעה דחייש טובא להחמיר הרב שפת הים ז"ל וכ"ן קצת מדברי שאר הפוס' ז"ל דלא נטו להקל ע"פי טע"ז כי אם בדאיכא ה"א הידיעה נמי כמ"שיר הרואה וגם בטעם הב' שההגדה היתה בעיר הנעדר או בכפר הסמוך לו פליגי ביה גדולי הפוס' ז"ל וכמש"ל בעדות הגויה הראשונה דנ"ד כנז"ל הנה אמת דמ"מ אית לן למיזל לקולא ולהתיר בכח ס"ס פשוט ומתהפך שפיר והוא זה ספק אי מעיקרא בעי' שלשתן לעיכובא דהיינו שמו ושם אביו וש"ע ושמא הלכה כמ"ד דלא בעינן שלשתן ואת"ל בעינן שלשתן שמא הלכה כמ"ד דבמדבר על איש ידוע לשניהם אף דלא הוי בה"א הידיעה מהני ובר מיפך שפיר הוא וכמבואר וכבר כתבתי לעיל דמעין זה כתב הרב דברי אמת דל"ד סע"ב יע"ש וכמש"ל והדברים פשוטים. איברא. דגם בעדות הגויה הלזו נמי דהזכירה ש"ע איכא לאסתפוקי טובא דלכאורה נראה דלא חשיב שפיר כהזכרת שמו וש"ע דבעלמא דאימא דשעבאן זה דאמרה עליו גויה זאת שעבאן אל חאצבאני אין זה שעבאן דנ"ד המבוקש אצלנו רק שעבאן אחרינא הוא ובעל השם הוא וכדחזינן למהרימ"ט א"הע סי' כ"ג דחייש לזה בנ"ד וז"ל אלא שיש להסתפק כי שמא בעל השם הוא שקורין לו בשם איזנימיטלי לא שהוא דר עתה באיזנימיט או נולד שם ועדין אני אומר כאלו מעיר אחרת הוא שהיו אביו ואמו באיזנימיט כהא דאמרי' בגמ' וכו' עכ"ל יע"ש וחזינן תו לכמה מרבני האח' ז"ל דחיישי טובא לס' מהרמ"ט הנז"ל כמ"שיר הרואה להרב זרע אברהם סי' ח' ולמהריב"ר ז"ל בדב"מ ח"מ סי' קי"ב ולהדב"ד סי"ט והרב צרור הכסף סי' ד'

והדב"מ סי' י"ב יעש"ב וא"כ בנד"ן לבאורה יש לחוש לס' מהרימ"ט הנז' להחמיר וליכא ש"ע בנ"ד כלל והדרן לקמייתא דליכא אלא שמו לבד וחסר מכאן ש"א וש"ע וכמובן אמנם שבתי וארא דבנ"ד אין כאן בית מיחוש מס' מהרימ"ט הנז"ל כלל דמלבד דחזינן לכמה וכמה מגדולי האח' ז"ל דלא חשו להא ופשיטא להו מלתא טובא דליכא למיחש להא כלל וגם דמהרימ"ט עצמו לא אמרה אלא כמסתפק וקי"ל דאין ס' מוציא מידי ודאי וכמ"ש מהריב"ר ז"ל שם והרב ראש משביר ז"ל בהון רב סי' ז' ובכמה מתשו' הבאים בספרו רא"משׁ ח"א א"הע מ"מ עוד בה לצאת יד"ח מס' מהרימ"ט ודחייש' לספקו הנז' כבר כתב מהריב"ר ז"ל בדב"מ סי' הנז' דקל"א ע"ג דכיון דבנ"ד דברי הגמל"ת הוו כמדבד על איש ידוע ביניהם ולדעת מהרי"ט ומרן ומהרשד"ם והרימ"ט ז"ל בשמו לבד ובהוכחה כזו סגי להתיר אף דמהריב"ל ומהראנ"ח מחמירים וגם מהרח"ש חשש לדבריהם מ"מ בהצטרפות דבנ"ד עדין אפ"ל דאיכא שמו וש"ע ממ"ש יצחק פיליבלי וכו' והיכא דאיכא שמו וש"ע עם הוכחה כזו לא מצינו מי שיחמיר זולת למהראנ"ח ראוי להקל וכו' עכ"ל יע"ש ודוק מיניה לנ"ד דראוי להקל וכדברי הרב ז"ל ממש וכמובן:

ועוד כתב הרב מהריב"ר ז"ל שם דשאני נדון מהרימ"ט דבאלי איזנימיטלי דהתם לא היה ידוע שאותו באלי המבוקש היו מכנים אותו בשם איזנמטלי אלא שמתחי' חשב הרב ז"ל לומר כיון שאמר באלי איזנימיטלי הרי שמו וש"ע אמור דלשון איזנמיטלי הוא שהיה דר עתה באיזנימיט ואח"ך כתב דשמא בעל השם הוא שקורין לו בשם איזנימיטלי לא שהיה דר עתה שם אלא שהיה בתחי' באיזנימיט ואפשר שבאלי אחר מעיר אחרת הוא שהיו א"וא מאיזנימיט והיו מכנים אותו בשם איזנימיטלי וא"כ אין כאן ש"ע שאינו מורה לשון זה על שם עירו שהוא דר עתה אלא כמו כינוייו על שהיה מתחי' משם ובאל"י זה כיון שלא היה ידוע שהיו מכנים אותו בשם איזנימיטלי א"כ אין כאן לא כינויו ולא שם עירו אבל בנ"ד שהוא ידוע שהיו מכנים אותו מאז ומקדם לזה המבוקש בשם פיליבלי אף שאינו מורה על היותו דר עתה בפיליבי וליכא שם עירו מ"מ כיון שהיו מכנים אותו בשם פיליבלי הרי שמו וכינויו אמור דעדיף משמו וש"א וכיון דאיכא שמו וכינויו אף דאפשר שיש אחר ג"כ שמכנים אותו כך כל היכא שלא הוחזק אחר מהני כמו למאן דס"ל דשמו וש"א סגי אף דאפ' שיש אחר בשמו וש"א כזה משום דלא הוחזק וכו' עכ"ל יעש"ב ומד"ק הללו יליף הרב מהרמ"ג בספרו הבהיר דברי מרדכי בש"ות סי' ט"ו להקל בנ"ד שהוקבע שם חמיו של המבוקש בשם רודיסלי והוא ידוע וניכר לכל בכינוי זה וכו' יע"ש ובכן בנד"ן דהוקבע לשעבאן דנ"ד כינוי זה בין היאודים והישמעאלים ושכן קורין אותו תמיד כולם שעבאן אל חאצבאני בפי הכל לאפוקי מאיש אחר תולדת דמשק

ששמו ג"כ שעבאן לכך כינו לשעבאן דנ"ד המבוקש אל חאצבאני וא"כ הרי יש בנד"ן שמו וכינוייו וכבר הסכימו כל הפוס' דכינוי עולה במקום ש"א וכידוע ובנ"ד לא הוחזק אחר כלל ששמו וכינייו שעבאן אל חאצבאני רק שעבאן זה המבוקש דנ"ד וכמ"ש מהריב"ר ז"ל על נ"ד וכנז"ל והדברים ברורים. ועוד מצד אחר אין לנו לחוש בנ"ד מס' מהרימ"ט הנז"ל דלא נסתפק מהרימ"ט ז"ל אלא בשמו לבד עם הכינוי איזנימיטלי לחוד רם בדאיכא סי' אחר עם שמו וכינוייו הנז' אפי' שאינו סי' מובהק כ"כ תו ליכא למיחש ולומר דשמא בעל השם הוא וכמ"ש כן הרב ראש משביר בסי' ג' ד"ז ע"ב וז"ל ועוד דלא נסתפק מהרימ"ט אלא בשמו לבד אבל בדאיכא ד"א כגון שם אומנות ליכא למיחש והכא איכא ד"א שהיה בא מאיגריבוז ואיכא תלתא אתרמי שמו כשמו ושהיה בא מאיגריבוז ושנתגדל במיססרה וגם שאמר כמדבר על הידוע ונאמר כ"כ ושחושב הגוי וכו' דהוי ד' אתרמי וכו' עכ"ל יע"ש וא"כ אוף ה"נ בנ"ד שאמרה הגויה שעבאן אל חאצבאני אשר עיניו טרוטות וכו' דהגם דהאי סימנא דעיניים טרוטות לאו סי' הוי כלל כמ"ש מרן ב"י סי' י"ז בשם הרמ"ה ובתשו' מרן א"הע סי' י"א יע"ש ועיין להרב מ"ץ ז"ל בח"א סי' ח' ולהרב מ"מ ז"ל בס"י ומהרח"ש ז"ל בתשו' סי' מ"ח וש"פ ז"ל ע"ע מ"מ סימנא בעלמא הוי דלא גרע האי סי' מסימנים הגרועים דמייתי הרמב"ם ז"ל ובהדיא קאמר בש"ס גופו בארוך וגוץ ועכ"ז אחשבינהו בהדי שמו וש"ע וא"כ אין לחוש דילמא אתרמי שעבאן אחר והוא בעל השם מאצבאני שנתגדל בחאצבייא וגם דבריה היו כמדבר על הידוע ולומר כ"כ שהיו עיניו טרוטות ג"כ ושחושב הגוי וכו' דהוו תלתא וד' אתרמי כולי האי לא חיישינן וכמ"ש הרב הנז' משם גדולי הפוס' ז"ל וכמבואר וע"ע בהון רב סי' ז' הנז' שכתב עוד כמה טעמים אחרים נכונים שיסכים בהם. גם הרב מהרימ"ט ז"ל להקל יע"ש וכ"כ הרב הנז' גופיה בספרו ראש משביר א"הע סי' ט"ז יעש"ב ומהם נובין ונדון בנ"ד להקל אפי' לדעת מהרימ"ט ז"ל וכמובן וע"ע שם בהרמ"ש סי' ט"ז הנז' מ"ש הוא ז"ל והרב הפוסק ז"ל דבנ"ד לצאת י"ח חסרון ש"א יע"ש א"כ הדרן לדידן דכיון דאיכא בנ"ד תרתי לטיבותא דהיינו שמו וש"ע וגם שבאו דבריה כמדברת על הידוע ביניהם לכ"ע יש להקל ולהתיר אשת שעבאן הלזו דנ"ד אפי' למהריב"ל שהחמיר באותו נדון דאוי ליוסף וכו' הנז' דשאני התם דלא הוה בנ"ד אלא שמו לבד ולא מצינו מי שמחמיר בדאיכא שמו וש"א או שמו וש"ע ובהוכחות הנז' דמדבר על הידוע ושהיו עיניו טרוטות וככל האמור ומדובר וברור וכן ראיתי להרב ראש משביר שם סי' ג' הנז' דעמד בזה על נ"ד דליכא ש"א רק שמו וש"ע והביא לנו מהרב נאמן שמואל בסי' מ"ז שכתב על נ"ד דאינו חסר בעדות הג' רק הזכרת ש"א וע"ז כתב דכיון דפשטיות דברי העד מורה שמדבר על איש

ידוע להם שכן אמר זאבאלי דוד סינאנקלי כאן הרגו אותו וכו' אין צורך להזכרת ש"א ע"ש ומניה דן הרב רא"מש ז"ל לנ"ד שמדבר על הידוע ביניהם א"כ אין צורך להזכרת ש"א וסגי בשמו וש"ע וכו' ובזה. נראה דכ"ע מודו וכו' עכ"ל יעש"ב וע"ע להרב הנז' שם סי' י"א דהאריך להוכיח במישור דבגמל"ת המדברת על הידוע ביניהם ואיכא שמו וש"א מהניא הני הוכחה הנז' למלאת ש"ע יעש"ב וכ"ש. דמהניא ההוכחה הנז' למלאת במקום ש"א שכבר כתבנו דשמו וש"ע עדיף טפי. משמו וש"א וכנז"ל ובהאי עדות הגויה הב' הלזו דנ"ד טפי אית לן להוכיח במישור מדבריה דמדברת על שעבאן הידוע לה ולהם מדנחתה לפרש שיחתה לומר שעבאן אל חאצבאני אשר עיניו טרוטות דאומרה אל חאצבאני הוי ה"א הידיעה ממש ומדנחתה לפרש כ"כ דבריה ודאי כי כיוונה להודיעם על אותו שעבאן הידוע לה ולהם לבל יחשבו על שעבאן אחר וכזאת חזיתיה למר הרב ע"ד בא"הע כ"ג סי' י"ג שכתב דאפי' מאן דמחמיר כשמדבר על איש הידוע אם אמר היאודי הבחור שהוא יוסף גיליב"י לשון זה מוכח שפיר שבא לברר ולהסיר הס' שלא יעלה ע"ד שמא אחר נזדמן לי הידוע לי וע"כ אמר שהיא יוסף ג"י הידוע לך עכ"ל יע"ש שכתב ע"ז שבזה יוצא מידי כל פקפוק וקרוב לזה ממש כאב הרב ב"ד ז"ל בהסכמתו בדב"מ סי' טו"ב שכתב לחלק מנדון מהריב"ל דאוי לו ליוסף וכו' לנ"ד וז"ל ונ"ל דדוקא בההיא דמהריב"ל לא הוי זו טענה דהי"ל לפ' שלא יסבור השומע וכו' דאי"ל לא חש לפ' אבל בנ"ד דנחית לפרש וכו' דנראה דקפיד להשומע להודיעו על איזה בכור קאמר וא"א דהיה אחר היל"ל לגמרי דבמ"ש שהיה מתאכסן לא עשה כלום דהא איכא אחר שהיה מתאכסן ג"כ ולא ידע השומע ע"מ הוא אומר אל"וד ליכא בכור אחר שהיה מתאכסן אלא זה עכ"ל וע"ע בראש משביר סי' ט' ד"ט ע"א שלמד מזה לנ"ד יע"ש וה"ה והוא הטעם לנ"ד דמדנחתה לפ' הגויה הב' דנ"ד להשומע וכה אמ"ל שעבאן אל חאצבאני שעיניו טרוטות דנראה דקפדה להודיע להשומעים על איזה שעבאן מדברת דהוא הידוע לה ולהם שהוא חאצבאני ועיניו טרוטות וא"ל דהיה אחר היל"ל לגמרי דבאומרה אל חאצבאני אשר ע"ט לא עשתה כלום דהא אפשר דאיכא שעבאן אחר שהוא ג"כ חאצבאני וע"ט אל"וד דליכא התם גבייהו שעבאן אחר שהוא חאצבאני וע"ט אלא זה וכ"כ עוד הרב ראש משביר בסי' י"א וז"ל וא"כ אף הכא נאמר בנ"ד דהוי כמדבר על הידוע ונחית לפרש שהיה משרת של חיים קופיני א"א דאיכא אחר לא עשה כלום אל"ו דעל משרת של חיים קופינו שהוא אליה הנודע לנו קאמר וכו' עכ"ל יע"ש בדכ"א ע"ג וה"ה והוא הט' לנ"ד וכמדובר. עלה בידנו דהרווחנו יותר בעדות הב' הגויה הלזו יותר מעדות הגויה הא' הנז"ל בהזכרת ש"ע ג"כ וגם מדברת על הידוע להם יחד כנ"ל דבזה יצא ההתיר

פשוט לאשת שעבאן הלזו דנ"ד לכ"ע וככל האמור וליכא למימר דאדרבא נימא לאידך גיסא דגויה זאת לא משיבא כמדברת על הידוע ביניהם קאמרה דא"כ למה הוצרכה לומר אל חאצבאני אשר עיניו טרוטות הא בלאו"ה הם יודעים אותו דהוא הידוע אלא ודאי דהגויה חשבה דלא היו אלו היאודים מכירים מי הוא זה ולזה הוצרכה לומר להם אל חאצבאני אשר עיניו טרוטות ואכתי איכא למיחש דעל שעבאן אחר קאמרה דזה אינו די"ל דאדרבא גויה זאת באה להוכיח דבריה שהוא על אותו שעבאן הידוע ביניהם אמרה אל חאצבאני אשר עיניו טרוטות לבל יחשבו השומעים שאינה אומרת על הידוע ביניהם דאל"כ הי"ל איש אחד שמו שעבאן וכו' וכמש"ל וכזה ממש כתב הרב דב"מ ז"ל בסי' ז' דק"ט ע"ד על נ"ד והדברים פשוטים אך ורק איכא לאסתפוקי בעדות הגויה הב' הלזו ספקא חדא דלא אשתכח בקמייתא הלא זה הדבר באומרה להם שלא יעשו עמכם כמו שעשו עם שעבאן וכו' דלכאורה נראה דלא חשיבא גויה זאת מסל"ת ול"מ דחיישי' בה שמא שקורי משקרא ולא כיוונה לומר כן אלא למירמי אימתא על אלו היאודים ולאיימם ולהפחידם אמרה כן ושקר דיברה א"נ כדי לתת ממון אלו היאודים לאיזה גויים מבני הכפר שלה כדי לשומרם בדרך ההוא ולהנאת בני עירה דיברה שקר או"ד מיראתה על אלו היאודים פן יקראם אסון בדרך ההוא ואח"כ יגיע נזק לה ולבני הכפר שלה מצד המל' יר"ה וכיוצא באלו החששות אמרה כן ולעולם שלא נהרג שעבאן הנז' בדרך ההוא כלל וא"כ אין בדבריה שום ממש להתיר ע"פי דבריה כיון דלא חשיבא מסל"ת וכמדובר.

אכן גם ע"ז פקחתי עיני וראיתי הדבר פשוט דמבואר בפוס' ז"ל דאין לנו לחוש מכל אלו החששות כלל דחזינן להרמב"ם ז"ל בתשו' הבי"ד מרן ז"ל בב"י א"הע סי' י"ז הנז' שנשאל כנ"ד וז"ל ראובן היה נ"ון בחוץ ויצא לישא וליתן כמנהגו בכפרים של עכו ובא אצל יאודי אחד והפקיד כליו אצלו וכו' המתין ג"י ולא בא וכו' לימים עברו יאודים אחרים מב"ע דרך שם אמ"ל גויה אחת לאן אתם הולכים אמ"ל לכפר פ' אמ"ל אל תזוזו מכאן לכו חזרו לבתיכם שמא יארע לכם מה שאירע ליאודי אחר שאלו אותה מה אירע לו אמ"ל הוא היה מודעתנו וכו' תשו' זאת האשה מותרת וכו' וכל אלו הדברים הולכים לעיקר אחד והוא שאין מדקדקים בעדות אשה עגונה וכל המחמיר וד"וח בענינים אלו לא יפה עושה ואין דעת חכמים נ"ה עכ"ל יעש"ב הרי להדיא שלא חשש הרמב"ם ז"ל לחששות אלו הנז' בנ"ד כלל וכן תראה למהרשד"ם א"הע סי' ג"ן הנז' שהאריך בזה להקל ושלא לחוש להחמיר בחששות הנז' ואייתי בידיה תשו' זו דהרמב"ם ז"ל דעכו הנז' ותשו' מהר"מ ז"ל דס"ל להדיא דכל היכא דלא מוכחא מילתא מתוך הדברים לא מקמי הכי ולא לבתר הכי דלמירמי אימתא קעביד לא תלינן להחמיר וכו' יעש"ב והסכימו עמו תרי אשלי רברבי

ה"ה מהר"ש הלוי ומהר"א ירוש' ז"ל יעש"ב ומהם נקח לנ"ד במכ"ש שאין לנו לחוש בגויה הנז' דלמירמי אימתא כיוונה ושקורי משקרא שהרי נדון מהרשד"ם הנז"ל יותר גרוע שהיה היאודי לן בבית הגוי ויש לחוש בו יותר כמ"ש מהרשד"ם שם ועכ"ז הסכימו שלשת הרועים ז"ל הנ"ל דל"ח להא כלל והתירוה לינשא כנ"ל ומכ"ש לנ"ד הגויה הנז' אין לה עסק עמהם כלל רק מצאתם לאלו היאודים בתוך הכפר ולא היו אורחים אצלה כלל ודיברה עמהם ביום דודאי סיפרה להם האמת מה שעבר ומסל"ת היא שפיר וככל מ"ש מהרשד"ם ז"ל שם ומשם באר"ה דאין צורך להעתיק כל ד"ק ז"ל בזה וספרין פתיחו ותשו' מהר"מ הנז' במהרשד"ם ז"ל הן לו הובאה בתשו' מימוני' דשייכי לפי"ג מה"ג יע"ש שכתב ושנה ושילש דלא תלינן להחמיר אלא במילתא דמוכחא טובא מתוך דבריו כמ"ש מהרח"ש בח"ג סי' ט"ן יע"ש וכדברי מהר"מ הנז' כ"כ הגמרא למס' קי' סי' תתצ"ו וכן הסכים מוהרי"קו שורש קכ"א והרב ת"הד סי' רל"ט ובכתביו סי' רכ"ג יע"ש ונמשכו אחריהם כל גדולי הפוס' ז"ל בהסכמת מהרשד"ם ז"ל בתשו' הנ"ל ואם מהריב"ל ז"ל עם שבח"א סי' ח"ן החמיר בנדון הרשד"ם הנז' מהך חששא גופה כיעו"ש הנה בח"ב סי' ט"ו בתוך התשו' שם הביא הנדון הנז' וכתב ע"ז שהוא נסתפק בו אם כוונתו לאיים וכו' ולא רצה ליטפל בו לא להחמיר ולא להקל איברא שאחד מן הח' המובהקים שבשאלוניקי כתב להקל והותרה האשה וכו' עכ"ל יע"ש וכבר הרב פר"מ בתשו' מים חיים א"הע סי' י"ב האריך הרחיב בזה בנ"ד והביא לתשו' מהר"מ הנז' ולכל הפוס' שהסכימו עמו ולתשו' מהרשד"ם ומהריב"ל הנז' וכתב דלמ"ש מהריב"ל בח"ב סי' ט"ו אנו ש"ו והכי קי"ל להיתרא כיון שהתירוה בכנופיא ומעשה רב יעש"ב וכ"כ הרב נחפה בכסף ח"א א"הע סי' ט' משם הרב ר' אבהו ז"ל והרב מחנ"א ז"ל חתים עלה יע"ש וכן דעת מהרש"ך ח"ב סי' מ' ומרן בתשו' א"הע דק"ך ע"א יע"ש וכ"כ הגו"ר א"הע כ"א סיו"ד דל"ז ע"א והכריח כן מדברי הרמב"ם ז"ל ג"כ וכמ"ש מהר"מ גופיה בתשו' דשייכי סי' י"ג הנז' יע"ש ולזה הסכים הרב אליה רבה בתשו' סי' א' דכ"ה ע"א בד"ה ובר מן דין וכו' יעש"ב וכ"כ הראש משביר ז"ל בסי' א' ובסי' יו"ד וי"א וסי' כ' יע"ש וכ"כ כל האח' ז"ל ע"ע וכן י"ל לדון ולהורות בנד"ן להקל כיון דלא יש שום הוכחה בדברי הגויה הנז' דכדי לאיים עליהם הוא שאמרה כן כלל ואפי' רמז שמץ מנהו ליכא לדיוקי מדבריה א"כ אין לנו לבדות מדעתנו ולומר דכוונתה לאיים עליהם ושקורי משקרא אלא אין לנו אלא פשט דבריה דאמרה האמת במה שהוא אמת והויא מסל"ת גמורה בלתי שום ספק כלל וכמו שלמדנו להועיל מתורתם של הראשונים ואח' ז"ל וכמדובר:

ואתה תחזה עוד למהרמ"א ז"ל בסי' כ"א הנשאל כנ"ד ממש שהתוגר אמר ליאודי לא תלך בדרך זה חזור לאחוריך שלא יהרגוך כמו שהרגו לאברהם וכו' וע"ז פסק הרב ז"ל דהויא ע"א שפיר משום כיון שהגוי שאמר כן לא שאל מן היאודי שום דבר כדי לומר דלמירמי אימתא בעי וכו' יע"ש ונד"ן דכוותה וכמובן אם הרב דב"מ ז"ל סי' ח' נשאל כזאת וכתב בתשו' דאין לחוש דלמירמי אימתא הוא דאמרו כן כיון דלא מוכחא מילתא יע"ש: ועוד יש לחלק בין אם המאיים תלה ההריגה בו שהוא יהרוג אותו כמו שהרג לזולתו לבין אם תולה ההריגה באחרים כגוונא דנ"ד דבכה"ג אפשר דלא חיישי' דמשקר כדי לאיים כיון דלא תלה ההריגה בו ולא דמי לעובדא דש"ס דההוא גברא דאמר לישר' קטול אספסתא וכו' ואי לא קטילנא לך וכו' ושו"ר דכן חילק מהר"א ווינטורה ז"ל הו"ד בחק"ל מ"כ דצ"א ע"א ונסתייע ממ"ש הרא"ש ומהרא"י ז"ל יע"ש ועם שהגאון החק"ל ז"ל שם דחה דבריו בחי' הנז' מ"מ כבר נרגש בתר הכי מתשו' מהרמ"א והדב"מ הנז' ותי' דהתם שאני דאין שום הנאה לגוים שאמרו כן יעש"ב וכמו כן בנ"ד ובמכ"ש נפק"ל לנ"ד כיון דאשה גויה שאמרה להם כן דאין לחשוד בה שאמרה להם כן להפחידם כדי שיתנו לה מעות כדי שתלך עמהם לשומרם בדרך ומה גם דלא תבעה מהם בפיה שו"ד לעצמה ומה ששאלה אותם אם יש להם בורית היינו דרצונה לקנות מהם בורית בכסף מלא כדרך כל המוכרים וקונים אצלם וא"כ לא חיישינן בה דלמירמי אימה עלייהו בעיא ובפרט שתלתה ההריגה באחרים וכנדון מהרמ"א והדב"מ ז"ל וגם הגאון החק"ל ז"ל מודה להקל בכה"ג דנ"ד ך וכמובן:

הרי נתבאר יפה יפה ונפשט להיתר גמור האי ספקא שנפל בהגדת הגויה הלזו דנ"ד דאין לחוש ממנו כלל וכמדובר גם מאי דחיישנן בה דשמא כוונתה לאיים עליהם כדי שיתנו מעות לבני הכפר שלה שומרם בדרך ולהנאת בני עירה כיוונה ושקורי משקרא הגם דלית לה הנאה היא כלל הנה נתבאר דגם חששא זאת ליתא כלל ומלבד מש"ל משם כל הפוס' ז"ל דכל היכא שאין לנו שום הוכחה כלל מדבריה לחוש דלהכי כיוונה אין לנו לבדות מדעתנו דברים וחששות רחוקות כדי להחמיר וכמש"ל עוד בה. דכבר בא הדבר מפורש יוצא מפ"ק מרן ז"ל בתשו' א"הע סי' ד' דק"ח שכתב בפי' דכל דלא מטי להההוא נכרי השנה מדיבוריה אלא לאחריני אין חוששין שכ"כ וז"ל דשאני התם בההוא עובדא דקטול אספסתא וכו' דהוה מטי הנאה לדידיה מההוא דיבור אבל הכא דלא מטי הנאה ליה כלל אע"ג דהוה מטי הנאה לגויים חביריו אי לאו דקושטא הוא לא הוה אמר וכו' ועוד דלא תלינן דמכני הנאת העד וכו' אלא היכא דמוכחא מילתא טובא וכו' עכ"ל יע"ש וע"ע בראמ"ש סי' ג' מ"ש בזה יע"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין וכמובן המורם מכל

האמור דעדות הגויה הב' הלזו דנ"ד ה"ה שר"וק וחשיבא שפיר מסל"ת ואין לחוש בה כל הנהו חששות הנ"ל ולפי"ז תורה יוצאה דבחורה זאת אשת שעבאן דנ"ד הותרה מכבלי העיגון עפי' הב' עדיות של הגויות הנ"ל ובפרט בהצמדם יחד וככל האמור ומדובר אך אמנם מה שעומד לנגדי ככותל לכאורה הוא מ"ש הרי"פ ז"ל בש"ות נבחר מכסף הנד"מ בא"הע סי' ז"ן שנשאל כנ"ד על אשת אליה הרופא שהעיד עליו גמל"ת וכה אמר יא מסכין כצר אל חכים מא כאן אגוואד"ו אללה יקתול אלדי קתלו אלדי הוא עוו"ץ אל בדווי שריך אל אימיר פ"י אל גאמוס ע"כ וביאור דבריו בל"הק הי עני כצר אל חכים כינוי אליה הרופא כמה היה טוב ה' יהרוג למי שהרגו שהוא עוי"ץ הערבי שותף השר בשוורים ע"כ ועל עדות זו השיב הרב ז"ל בתוך התשו' הנז' וז"ל ועוד אני אומר בלשון זה שאמר אללה יקתול קאתלו שאין כאן הוראה על שנהרג כי שמא אמר קאתלו על המכהו מכות ופצעים שכן בל' ערבי אומרים על המכה לחבירו באבן או באגרוף קתל פלג"ן לפלג"ן דהיינו הכה ופצוע עכ"ל יע"ש ולפי ד"ק הללו לכאורה נפל פתא בבירא כל מ"ש אנן בעניותין בהיתר אשת שעבאן דנ"ד הכל חלף הלך לו לכאורה כיון דבכל הב' עדיות דשתי הגויות דנ"ד לא הזכירו בלשונם שם מיתה בפי' זולתי לשון קתל דוקא כנדון הרי"פ ז"ל ממש אם הגויה הא' אמרה אללה יקתל הלי קתל שעבאן שזה ממש כנדון הרי"ף ממש ואם הגויה ה"ב כן אמרה אלדי קתלוה וכו' כנז"ל וכפי"ד הרי"ף ז"ל הנז' אין במשמעות לשון זה שנהרג שעבאן כלל דמצ"ל שהכוהו הכאות ופצעות דוקא וע"י ההכאות נעשה בעל מום ומשום כיסופא ערק ואזל ליה לעלמא ומה"ט לא חזר לביתו כדאמרי' הכי בש"ס דיבמות דקט"ו יע"ש וא"כ ממילא אזדא ליה כל מ"ש בעניותי מריש ועד כען:

ואולם אחר הישוב בענין היטב ראיתי ונתון אל לבי דאין כאן שום סתירה לנ"ד מדברי הרי"ף ז"ל הנז"ל כלל מתרי טעמי תריצי הנאמרים באמת לענ"ד חדא דאעיקרא דמלתא מ"ש הרי"ף ז"ל דאין במשמע לשון זה שנהרג וכו' לדבר הזה יסלח האדון דאם בנ"ד לא היה כי אם הכאות ופצעות לאליה הרופא ואולם חי הוא א"כ אמאי הוצרכו הגמל"ת להתאונן עליו כ"כ ולומר הי עני וכו' ולהתחנן לפני ה' שיכה למי שהכהו וכו' ועוד אמאי לא דקדק הרי"ף ז"ל בדברי הגמל"ת דנ"ד שאמר עליו כמה היה טוב וכו' דמלת היה לשון עבר בין בל' תורה בין בל' בנ"א ומזה מוכח שכעת אינו בעולם כלל דאל"כ הול"ל כמה הוא טוב וכו' ועוד דהאמת יורה דרכו דלשון קתל פ' לפ' לא יאמר כי אם על ההורג ממש אחד לחבירו אומרים עליו הרג פ' לפ' אבל על המכה לחבירו אין אומרים קתל כלל אלא אומרים צר"ב פ' לפ' קתליה שלשון צר"ב הוא הכה פ' לפ' והנה אמת שגם

ההכאה נקראת בל' ערבי קתליה כידוע מ"מ על המכה לחבירו דוקא אין אומרים בסתם קתל פ' לפ' דלשון זה בסתם אינו מורה כי אם שהרג פ' לפ' בלתי ס' כלל אבל על המכה לחבירו אומרים הבכ"א בל' ערבי צרכו קתליה פ' לפ' שמזכירין בפי' לשין צר"ב שר"ל הכהו הכאות פ' לפ' אמנם כל שלא הזכירו בלשונם לשון צר"ב שהוא הכאות כלל אלא אמרו בסתם קתל פ' לפ' אין לשון זה מורה כי אם על הריגה ממש הרג פ' לפ' וזה פשוט וברור אצל כל יודעי חק ומשפט לשון הערבי האמיתי ושאלתי אני עני לכמה וכמה בנ"א הבקיאים הרבה בל' ערבי והסכימו בזה לדברי שכן הוא באמת משפט הלשון של הערבי בלתי ס' כלל וכדכתי' בעניותין והרי"ף ז"ל איידי דטריד מר בגרסיה ואינו מורגל בל' ערבי מאד לא חש לדקדק ולשאול על לשון ערבי ככל הצורך ומה גם שלא הוצרך בנ"ד לעדות הגמל"ת הנז' שכבר בלאו"ה העלה להתיר בנ"ד מכח עדות הג' והד' דאשתכח בנ"ד ולזה כתב מ"ש לדחות עדות הב' הנז' כלאחר יד יע"ש:

ועוד דאפי' יהיבנא ליה כל דיליה להרי"ף ז"ל שכן הוא משפט לשון ערבי כמ"ש הוא ז"ל על נדונו כנ"ל מ"מ יודה הוא ז"ל בגוונא דנ"ד דודאי משמעות לשונם של הגויות דנ"ד הוא שנהרג שעבאן דנ"ד הריגה ממש בלתי ס' כלל כיון דחזינן ליה דסיימו המקום שבו נהרג שכן אמרו שהרגוהו בין כפר פ' לכפר פ' דאלו היה משמעות דבריהם שהכוהו לבד ולא שהרגוהו אמאי אצטריכו תרווייהו לסיים המקום אשר בו הכוהו יהיה באיזה מקום שיהיה וכי כל המכה לחבירו אינו מכהו אלא במקום מיוחד ומוכן לפורענות והא חנן קא חזינן מעשים בכל יום בתוך העיר בשווקים וברחובות כי ינצו אנשים יחדיו והכה איש את רעהו באבן או באגרוף כידוע אלא ודאי מדהוצרכו לסיים המקום והוא מקום מיוחד ומוכן לפורענות כידוע לנו מוכרח לומר דמשמעות לשונם במ"ש קתלוה לשעבאן אינו מורה כי אם על הריגה דוקא דהיינו שהרגוהו ממש ושאני נדון הרי"פ ז"ל הנז' דלא סיים אותו הגוי מל"ת דנדונו המקום שבו נהרג אליה הרופא כמבואר שם בשאלה דידיה והרי זה דומה למ"ש אני עני לעיל משם הרב פ"מ והרבד"ן ז"ל דאם סיים הגמל"ת המקום שבו נהרג תו לא חיישי' שמגיד כן מחמת הקול יע"ש והדברים פשוטים וא"כ הדרן לקמייתא לכל מ"ש בעניותי בהיתר העגונה הלזו דנ"ד שהוא אמת ויציב לענ"ד בלתי ס' כלל ואין לנו לחוש להחמיר מדברי הרי"פ ז"ל כלל דאין לנו אלא פשט דברי העדות וכמ"ש כל הפוס' ז"ל וברור ודע דכ"ז שכתבנו והעלינו בהיתר עגונה זאת ע"פי כל הטעמים הנ"ל מפ"ס ומפ"ס וככל הנז"ל הוא אפי' אם היתה אשת שעבאן דנ"ד הות קיימא באיסור אשת איש מדאוריתא אפי"ה הותרה מכבלי עיגונה ע"פי כל הטעמים הנ"ל וכמבואר בפוס' ז"ל כ"ש וק"ו לדעת כמה וכמה פוס' ז"ל מהראשו' והאח' ז"ל

שהביא ד"ק לקמן בס"ד דס"ל דבכה"ג דנ"ד כבר יצאה עגונה זאת מאיסור א"א דאוריתא ולא הוה רביע עלה רק איסורא דרבנן דוקא דבזה תנוח דעתנו יותר ויותר בהיתר עגונה זאת שיש להתירה לכתחי' בשופי גמור לכ"ע אפי' לכת המחמירים בכל פרט ופרט ובכל סניף מהסניפים והפרטים שנתבארו אחת למעלה עכ"ז בכה"ג דנ"ד כ"ע אזלי ומודו דנקטי' לקולא כיון דלית עלה רק איסורא דרבנן דוקא וכמו שאבאר בס"ד: הנה כתב המבי"ט ז"ל בח"א סי' קל"ה דמי שיצא מבתו ללכת למ"א ושוב לא נודע ממנו מה נעשה בו כי למקום שהיה חפצו ללכת לא הלך ולביתו לא חזר ונאבד זכרו ולא נודע מקומו איו אם הועד שבאותו דרך מצאו הרוג אע"פי שלא הכירוהו יצאה אשתו מידי איסורא דאורייתא ועדי עדות זו מעדות משאל"ס דהוא דבר שרובו למיתה שאם היה חי היה שב לביתו וכו' עכתד"ק יע"ש וכ"כ עוד שם סי' קי"ג ובח"ב סי' ק"ד יע"ש ומה"ט גופיה כתב המבי"ט ז"ל גופיה שם בסי' שכ"ו בסוד"ק וז"ל ומפני כי בתשו' זאת כתוב שלא נשמע עליו שהוא קיים צ"ל שנשכח זכרו בין החיים וזכר לדבר נשכחתי כמת מלב וכו' עכ"ל יע"ש ובודאי דר"ל דכיון דנשכח זכרו בין החיים יצתה אשתו מאיסור תורה ולית עליה אלא איסור דרבנן כמ"ש איהו גופיה בסי' קל"ה וכ"כ תשו' הנז' וכיון שכן ואיכא נמי פלוגתא דרבוותא בעיקר הדין הו"ל ס' דרבנן ולקולא וכ"כ הרב מהרי"ף ז"ל הוד"ק בחוקי חיים סי' י"ט דט"ל ריש ע"ב בכוונת המבי"ט ז"ל כמ"ש בסי' שכ"ו הנז' יע"ש גם מ"ש המבי"ט בסי' קל"ה וכ"כ תשו' הנז' דיצאה אשתו מידי איסורא דאורייתא מיירי נמי שעברו עליו יב"ח מיום שנתעלם כיון שכתב הרב ז"ל לשון ונאבד זכרו ולא יהיה זה אלא בעבור עליו יב"ח וכדכתב הוא ז"ל גופיה באותה תשו' דסי' שכ"ו הנ"ל וכן כיוין בפשיטות גמור בדברי המבי"ט ז"ל הרב מהרמ"ג ז"ל הו"ד בגו"ר א"הע כ"ג ס"סי י"א וז"ל וזכור אל תשכח ס' המבי"ט בסי' קל"ה שאדם שנאבד ומצאו הרוג ועברו עליו יב"ח פקע מיניה איסור דאורייתא וכו' והרב צידד לומר דאפי' איסור דרבנן לית עלה ולדידן למ"ל הכי אך למימר דפקע מניה איסור דאו' כך נ"ל עכ"ל הרי להדיא שהעמיס בדברי המבי"ט דבסי' קל"ה תיבות ועברו עליו יב"ח מה שלא ביארו המבי"ט גופיה ועכצ"ל שלמדו הרב מהרמ"ג ממ"ש המבי"ט גופיה בסי' שכ"ו וס"ל למר דילמד סתים מן המפורש וגם הדברים מוכרחים ממ"ש ונאבד זכרו כמדובר והסכים עמו הרב גו"ר ז"ל שם בס"סי י"ב יע"ש וכ"כ הרב נוכח השולחן ז"ל בא"הע חי' י"ד הי"ט ע"ב בכוונת המבי"ט ז"ל יעו"ש איברא דחזינא להרב פ"מ ז"ל בח"א סי' נ"ג שכתב ע"ד המבי"ט דבסי' קל"ה הנז' דזו קולא גדולה ומדקדוק כל דברי הא"ח ז"ל יראה שהם חולקים יע"ש מ"מ הא קא חזינן להרב פ"מ גופיה בח"ב סי' ח' שהביא שם ס' המבי"ט הנז' וכתב בכל מ"ש בח"א הנז'

וסיים דמ"מ בהצטרף סברתו זאת עם שאר הטעמים נראה להחשיב תשו' החמר למסל"ת יע"ש וזאת מצינו ג"כ להרב נאמן שמואל בסי' נ"ה שהביא ס' המבי"ט הנז' ומ"ש הרב פ"מ ז"ל עליו וא ישר וקיים סברת המבי"ט הנז' ואייתי סמוכות לסברתיה ת"ק דמסייע ליה וקאי כוותיה הוא הרב ת"הד ז"ל בכתביו סי' קל"ט שנראין דבריו בבירור שדעתו ז"ל דמי שנשתקע שמו ואבד זכרו זה כמה שנים דיצאה אשתו מאיסור תורה ותמה טובא על הרב פ"מ ז"ל דאדרבא אשכחן לגדולים ראשונים דס"ל כהמבי"ט וגם בא"ח נא מצינו מי שיחלק על סברא זאת וסיים עלה דבהצטרף העדות אל ס' הלזו פשיטא דתלינן להקל אפי' לכתחי' ושכ"כ ג"כ מהר"מ אלקלעי ז"ל וסו"ד הסכים להקל ע"פי ס' המבי"ט הנז' כיון דבנ"ד נודע שהנעלם יצא מאיגריבוי ללכת לטוויץ הגם שלא נמצא בנ"ד שום עדות שנמצא הרוג בדרך ההוא יעו"ש ואיברא שזוהי קולא גדולה עד מאד להקל בכך אפי' שלא נמצא שום עדות שנמצא הרוג באותו דרך דאפי' המבי"ט גופיה לא הקל בדבר כי אם כשיש עדות שמצאו הרוג באותו דרך כמבואר בד"ק וכבר ראיתי להרב פרמ"א ז"ל בח"ב סי' ס' שנשאל גם הוא ז"ל על אותו נדון דהרב נ"ש ז"ל הנז' ושם הביא מ"ש הרב מ"ש ז"ל להקל עפי"ז. המבי"ט ז"ל ותמה עליה. דהמבי"ט בס' זאת ודחה כל דברי הרב נ"ש ז"ל ואסיק דגם המבי"ט גופיה לא סמך להקל בסברתו אלא בשביל שמצאו הרוג באותו דרך יעש"ב גם ראיתי להרב מ"מ ז"ל בא"הע סי' מ"ד תמה ע"ד המבי"ט הנז' ג"כ יע"ש וגדול אחרון הרב במ"ח מוצירי ז"ל ח"א א"הע ס"סי ו' סמך את ב' ידיו ע"ד המבי"ט הנז' ותמה מאד ע"ד הפ"מ הנז' והסכים להקל בנ"ד וכמ"ש הרב נ"ש ז"ל יעש"ב ואתה תחזה להגאון החק"ל ז"ל מ"ב בא"הע ס"סי י"ב דאייתי בידיה לסברת המבי"ט הנז' לנ"ד וראו הביא לנו ת"ק כמסייע ליה להמבי"ט להגאון מהרי"ו סי' ע"ט דקאי כוותיה וכטעמיה ממש ושק"וט בס' המבי"ט. הנז' אם נמצא חולק עליו וסו"ד לא מצא חולק עליו זולת למהרשד"ם בא"הע חי' מ"ב שנראה קצת שחולק עליו וסיים דמ"מ סברת המבי"ט הנז' סניף גדול מיהא הוי יעש"ב ולדידי מאי דאייתי ממהרשד"ם סי' מ"ב לא מכרעא כלל דשאני התם שלא עברו על ההרוג דנ"ד רק ד' חדשים כמבואר בשאלתו וכבר כתבנו דאפי' המבי"ט בתשו' זאת בעי עכ"פ שיעברו עליו יב"ח שלא נשמע עליו שהוא חי וקיים ובזה נקרא נאבד זכרו כנז"ל הן אמת שראיתי להרב מהר"ר גבריאל קונפורטי ז"ל בתשו' כי באה בסו"ס יד"א ח"א א"הע בנאספות סי' י"ב שהבי"ד הרב המבי"ט דסי' שכ"ו הנז' דהצריך שתמתין אשת. הנעלם יב"ח כנז' ותמה עליו שם בדכ"א ע"ב דאמאי צריכה המתנת יב"ח דלא ראינו שנתנו חז"ל דבריהם לשיעורין ולא ראינו לשום אחד מהפוס' דהצריכוה בהכי שתמתין יב"ח ותי' דעת המבי"ט דהא דלא

הצריכו הפוס' המתנת יב"ח אלא דוקא בענין שאותו נדון הוא ע"פי אותו עדות שראוהו או מצאוהו מת אלא שיש איזה ספיקות בענין כפי כל ענין וענין אבל כשהענין הוא קול הברה מבלי ראות שום אדם בעולם הה"ן דמדינא מותרת כדהורה ר"מ ז"ל כיון דלא נשמע עליו שהוא קיים רואים אם כבר עברו עליו יב"ח מותרת להנשא דעל הסתם כל יב"ח בחזקת שהוא קיים וכשעברו עליו יב"ח ולא נשמע עליו שהוא קיים מותרת לינשא עכ"ל יעש"ב ולפי ד"ק גם בנדון מהרשד"ם הנז' אין צורך מן הדין להמתין יב"ח כיון שיש בנ"ד עדות שמצאוהו הרוג אלא שנפל ספק אי הוי הגוי מסל"ת או לא כיעו"ש גם מד"ק מוכח דלהמבי"ט שהצריך יב"ח לא בעי ג"כ שימצא איזה עדות שמצאו הרוג בהדרך אלא כל שעברו עליו יב"ח מיום שנתעלם ולא נשמע עליו שהוא קיים מותרת להנשא כמבואר בד"ק הנז"ל וכן הוא דעת מהר"מ ן' חביב ז"ל בתשו' כ"י הביאה הרב נוכח השולחן ז"ל בסי' י"ה הנז' וע"ע בתשו' מהרמב"ח ז"ל הוצא בגו"ר א"הע כ"ג סי' ז' ובסי' י"ו דס"ל כהמרי"ט וכנז"ל וזה הוי כמו שהבינו הרב נ"ש והבמ"ח מוצירי ז"ל בדברי המבי"ט שלא כמ"ש הרב פרמ"א הנז' ובאמת דמתשו' המבי"ט דסי' קל"ה הנז' מבואר דבענינן נמי שימצא עדית שמצאו איזה הרוג בדרך ההוא ושנודע ג"כ דזה הנעלם יצא ממקום פ' ללכת למקום פ' ולא הגיע לשם ולביתו לא חזר כמ"ש הרב פרמ"א והגאון החק"ל בס"סי י"ב הנז' שבזה הוא שמיקל המבי"ט ז"ל כנז"ל וכ"כ עוד הגאון החק"ל ז"ל גופיה בדעת המבי"ט ז"ל בחק"ל הנז' סי' ח' ומזה תמה ע"ד הרב נ"ש ובמ"ח ז"ל הנז' שסמכו להקל בנ"ד ע"פי ס' המבי"ט ז"ל הנז' אפי' שלא הועד שום עדות שמצאו הרוג בדרך ההוא שנסע בו הנעלם דהמבי"ט בסי' קל"ה קרי בחיל דתרתי בעינן להוציא אשת הנעלם מאיסור תורה יעש"ב ועמ"ש בנאספות הנז' ס"סי יו"ד דט"ו ע"ב תשו' מרן החבי"ב ז"ל דשם הביא תשו' המבי"ט דסי' קל"ה ונסתייע מינה לנ"ד וכ"כ וז"ל כ"ש בנד"ז שא"צ לזה ושעדות הגויה מהני בהצטרף הסניף האחר דאבד זכרו ולא נודע מקומו אייו כי גם בעדויות אלו יש לתפוס בדעא המקילים וכו' עכ"ל יע"ש ועוד שם סמוך ונראה הובאה תשו' מהראנ"ח ז"ל ושם בדי"ז ע"ב כתב וז"ל עוד יש לצרף. לזה סניף אחר והוא ס' המבי"ט וכו' ואף שזוהי קולא יתירה כמ"ש הפ"מ וכו' מ"מ עשאה הרב עצמו לסניף ובסוד"ק שם הסכים להקל בנ"ד מכח ס"ס וחד ס' מנייהו הוא שמא הלכתא כהמבי"ט וכו' יעש"ב גם הרב כרם שלמה בא"הע סי' ז' צריף ס' המבי"ט אל העדיות דנ"ד להוציאה מאיסור תו' ולהתירה לכתחי' ע"פי העדיות דנ"ד יעש"ב וע"ע להרב פרמ"א ח"א ס' ג"ג ובח"ב סי' ץ' ובד"ן סי' ס"ד שהביאו ס' המבי"ט הנז' להקל לסניף גדול בנ"ד יע"ש וכבר כתבנו שכן הסכימו לס' המבי"ט הנז' הרב מהרמ"ג והגו"ר בכ"ג סי' י"א וסי'

י"ב וכ"כ הגו"ר שם סי' ך' יע"ש והגם דהרב מהרמ"ג שם הצריך שיעברו על נעלם ב' וג' שנים ויליף לה מר מדין חזקת הבתים יע"ש כבר דחה דבריו ז"ל בזה הגו"ר שם בס"סי י"ב דלא דמי לממונא יע"ש ותו דלא חזינן בשום פוסק שהצריך. יותר מיב"ח וכמ"ש המבי"ט גופיה בסי' שכ"ו הנ"ל ועכ"פ יב"ח מיהא לכ"ע בעינן לענ"ד אמנם לדעת הגאון החק"ל ז"ל בס"סי י"ב הנז' נראה ברור מד"ק דלהמבי"ט בסי' קל"ה לא בעי' המתנת יב"ח אלא כל דאית ביה הני תרתי הנז' דהיינו שנודע שיצא הנעלם ממקומו ללכת למ"א וגם המצא ימצא איזה עדות שנמצא הרוג בדרך ההוא בזה סגי להוציאה מאיסור תורה ומזה הוליד מ"ח בין המבי"ט למהרשד"ם ז"ל וכנז"ל ולענד"ן כמש"ל דמה שהצריך המבי"ט בסי' שכ"ו הנז' המתנת יב"ח מיום שנתעלם היינו כדי להתירה להנשא לכתחי' אמנם להוציאה מאיסור תורה בזה ס"ל להגאון החק"ל ז"ל דלא בעי' יב"ח אלא דכיון דאית ביה הני תרתי הנז' די והותר להוציא אשת הנעלם מאיסור תורה ודלא כמהרמ"ג והגו"ר ז"ל הנז"ל וע"ע להגאון החק"ל ז"ל שם ס"סי ז' שהביא שם דברי הרב מהר"א וינטורה ז"ל שרצה להקל בנ"ד ע"פי ס' הרת"הד והמבי"ט ז"ל והוא ז"ל דחה דבריו בב' ידים דלא דמי נ"ד למ"ש ת"הד והמבי"ט ואייתי בידיה נמי דברי מהרמ"ג שהצריך המתנת ב' וג' שנים ולא ערער עליו כלום יע"ש גם הרב שבות יעקב ז"ל בה"כ סי' קט"ו הצריך המתנת יב"ח כדי להתירה להנשא לכתחי' וז"ל בהם כיון שהדבר הזה נעשה בקרוב ועדין לא אבד זכרו ב"הח וז"ל נשכחתי וכו' אין להתיר את האשה הזאת עד מלאת יב"ח מיום שנאבד אם לא ישמע על זה שהוא קים אז אבד זכרו ב"הח וכו' יע"ש ובס' כנסת יחזקאל סי' נ"ג יע"ש הרי שכדי להיתרה להנשא לנתחי' הוא דבעי יב"ח אכן כדי להוציאה מאיסור תורה אפי' בפחות מיב"ח נמי נפק"ל מאיסור תו' וכנז"ל גם ראיתי להרב ראש משביר בס"סי ט"ז דאייתי לנ"ד ס' המבי"ט דסי' קל"ה ולכמה פוס' מהנ"ל דסמכו להקל בנ"ד עפי"ד המבי"ט ז"ל הנז' ותמה ג"כ ע"ד מהרמ"ג ז"ל במ"ש המתנת ב' וג' שנים דלא מצינו בשום פוסק דהחמיר יותר מיב"ח יעש"ב וע"ע לו ז"ל שם בסי' י"ב דכ"ד ע"ד דאייתי התם נמי ס' המבי"ט דס"י קל"ה הנז' וכתב עליו דהיינו כשעברו עליו יב"ח מיום שנאבד וכו' ואף שאין דברי המבי"ט הם הלכה כמ"ש במ"א מ"מ מהני לנ"ד וכו' עכ"ל יע"ש ואתמהא דאדרבא בס"סי ט"ז הנז' הסכים לדברי המבי"ט ואסף איש טהור להקת הפוס' דס"ל כוותיה ואיך כתב פה בסי' י"ב שדבריו אינם הלכה והוא פלא שו"ר להרב הנז' גופיה שם בסי' ט' די"ב ע"ב דאחר שהבי"ד המבי"ט ולכמה פוס' דס"ל כוותיה בתר הכי אייתי בידיה תשו' מהרח"ש ז"ל ח"ג סי' נ"ז והוכיח מינה הוא ז"ל דס"ל למהרח"ש דאין לסמוך ע"ד המבי"ט בזה משום דמדקדוק דברי כל הפוס' נר' שחולק עליו וכמ"ש הפ"מ וכו'

יע"ש ואפשר דמשו"ה כתב התם בסי' י"ב שדברי המבי"ט אינם הלכה כמ"ש במ"א דעל תשו' זאת כיון וכמובן אמנם אכתי ק"ל עליה דמר דהרי כבר הביא הוא ז"ל שם בסי' ט' גופיה ובסי' ט"ז מ"ש הרב נאמן שמואל ז"ל והרואה יראה דשם הרב נ"ש ז"ל דחה דברי הרב פ"מ ז"ל בזה וכמש"ל ועוד דמאי דהוכיח מתשו' מהרח"ש דלא ס"ל כהמבי"ט לענ"ד לא מכרעא כלל דשאני נדון מהרח"ש הנז' דלא נודע שיצא לדרך הרוג הר"ח ממקום פ' ללכת למקום פ' כדי לסמוך על העדות דנ"ד שהעידו שמצאוהו הרוג והכירוהו בסי' גופו וכו' לומר ולתלות בו שהוא הוא הר"ח שיצא בדרך ההוא שכבר כתבנו דהמבי"ט תרתי בעי שיצא ממקום פ' ללכת למ"א ושיבא שום עד ויעיד שמצא הרוג בדרך הזה עצמו אזי תלינן ביה וכמ"ש הגאון החק"ל ז"ל במ"ב סי' י"ב ומכח זה דחה החק"ל גופיה בסי' ח' שם דברי הרב הפוסק דבנ"ד שרצה ללמוד מד' המבי"ט הנז' לנ"ד יעו"ש ובנדון מהרח"ש הנז' הגם שהועד שמצאו הרוג מ"מ עדין חסר לדעת בבירור שזה הר"ח יצא ממקום פ' ללכת למקום פ' ושיעיד העד שמצא ההרוג באותו הדרך עצמו מאי דליתיה כ"ז בנ"ד דמהרח"ש שם וגם בנ"ד דהרב ראש משביר ז"ל גופיה שרצה לסמוך ע"ד המבי"ט ז"ל מדהועד בנ"ד שהביאו ממקום שנהרג ההרוג דנ"ד עצמות ובגדים דאהני ליה האי עדות להנצל מאיסור תורה כמ"ש המבי"ט וכו' יע"ש בדי"ב ע"ב הנה אכתי חסר התנאי הב' דלא נודע אם יצא ההרוג דנ"ד לאותו הדרך שנמצאו בו העצמות והבגדים כדי לתלות בו ומפורש יוצא בדברי המבי"ט ז"ל דתהתי בעי' להוציאה מאיסור תו' ובנדון דידיה וכמהרח"ש ז"ל ליכא רק חדא מניהו ומה זו סמיכה ע"ד המבי"ט ז"ל להוציאה מאיסור תו' ובדהק' כן הרב חק"ל ז"ל במ"ב סי' ח' ע"ד ה"ה דבנ"ד ובס"סי ז' הנז' יעש"ב וע"ע להרב מר ואהלות ז"ל א"הע סי' ז' שהסכים לס' המבי"ט דבסי' קל"ה הנז' יע"ש גם הרב נוכח השולחן ז"ל בתשו' א"הע סי' י"ד עם דכתחי' גמגם ע"ד המבי"ט הנז"ל שוב אייתי בידיה תשו' מהרמב"ח ז"ל כת"י דקאי כוותיה דהמבי"ט ז"ל וגם הכריח בד' מרן ז"ל בב"י דהכי ס"ל נמי יע"ש ובסוד"ק בדי"ז ע"ב העלה דכשעברו עליו יב"ח כ"ע יודו לסברת המבי"ט ז"ל הנז' ומה גם דהת"הד ז"ל ומהרי"ו ז"ל ס"ל כהמבי"ט ולכ"ע נפקא מאיסור תורה ובס"ס. מותרת לגמרי יעש"ב ואחרי כותבי כ"ז את זה ראיתי הרב הגדול מופת הדור כמהרח"ף ז"ל בספרו הבהיר חיים ושלום א"הע בסי' א' דאייתי לנ"ד דברי המבי"ט ז"ל הנז' וכתב עליו דהרשב"ש בתשו' סי' רס"א פליג עליה וס"ל דאכתי רביע עלה איסור תורה ואם נשאת תצא וכן דעת מהרש"ך והרדב"ז ז"ל ושוב הביא מ"ש הגור ז"ל דמ"א ע"ג דגם המבי"ט לא התיר אלא כשנמצא מת באותו דרך וכתב עליו דהאמת כן הוא וכמ"ש הרב פ"מ ז"ל בח"א סי' ג"ן ואסף איש טהור הוא ז"ל שם להקת הפוס' ז"ל

התם ס"ל כדעת המבי"ט ז"ל כל הפוס' ז"ל המצויינים למעלה ויותר מהמה מרבני וגאוני אשכנז וספרד ז"ל וכתב עוד שם הדברי המבי"ט שבסי' קל"ה הנז' שנא ושנא ממ"ש איהו גופיה בסי' שכ"ו דבסי' קל"ה דמיירי שנמצא הרוג בדרך ונאבד אדם אחד דתלינן שזהו ההרוג ויצאה מאיסור א"א דאו' ובזה לא נתן הרב ז"ל גבול ושיעור זמן יב"ח כלל כמבואר בדבריו ז"ל דאין זה תלוי בשיעור זמן דתכף שהועד כן מהני וציין בזה להגאון הרב נו"בי ז"ל ח"א סי' מ"ז ולהרב נאמן שמואל ר"סי מ"ח ולנטע שעשועים ד"סי פ"ב משא"כ באותה תשו' דסי' שכ"ו לא מיירי המבי"ט שם אלא ביצא עליו קול הברה שמת שלא נשמע עליו שהוא קיים ולא נמצא עליו עדו' ברור' שמת כלל משו"ה הצריך המבי"ט ז"ל שיעברו עליו יב"ח אתד"ק יעש"ב וכבר נתבאר למעלה דכמה מהפוס' ז"ל פליגי עליה דמני"ר בהא וס"ל דדברי המבי"ט ז"ל בב' תשו' הנז' שוו בשיעורייהו ובתרוויהו מצרכי העברת יב"ח וכמש"ל ואכמ"ל עוד בזה. איך שיהיה כמ"ל דכמעט רוב ככל הפוס' קמאי ובתראי ז"ל כולם נסתייעו להקל בנ"ד עפי"ד המבי"ט שבסי' קל"ה הנז"ל להוציא האשה מאיסור תורה ולהקל אפי' לכתחי' בכל ספק שיפול בעדות הנוגע לה כיון דאינו אלא ספיקא דרבנן דאזלינן ביה לקולא ככל ס' איסור דרבנן בעלמא וא"כ איפה אוף אנן בדידן בעקבותיהם נסעה ונלכה לסמוך ע"ד המבי"ט הנז"ל להקל בכל ספק שנפל בעדות הגויה הא' שהזכירה שמו לבד ובעדות הב' שהזכירה ג"כ שם עירו ואית לן נמי תרתי הוכחות גדולות חדא שדברי הגויות הנ"ל באו בסתם כמדברים על איש ידוע להם ולשומע מהם וזאת שנית שהגידו כזאת בכפרים הסמוכים לעיר הנעלם דדינייהו הוי כמו שהגידו בעיר הנהרג עצמה כמש"ל וגם היאודים השומעים מן הגויות הנז' הם ג"כ מעיר הנהרג והעידו מפי הגויות הנז' בעיר הנהרג וגם ידענו מהם בבירור שהם עצמם הבינו בפשיטות גמור שדברי הגויות הנ"ל הם המדברים על שעבאן זה המבוקש דנ"ד הידוע להם דוקא ולא היו דברי הגויות הנז' להם על שעבאן אחר כלל וכמש"ל וא"כ הגם שבכל אחת משתי הוכחות הנ"ל אשכחן פל פלוגתא דרבוותא ואיכא פוס' דמחמירים וס"ל דלא יועיל להקל בהוכחה זו כי אם כשהוזכר שמו ושם אביו אזי יועיל לנו חדא מתרתי הוכחות הנ"ל למלאת חסרון שם עירו ואית מאן דמחמיר יותר דאפ' בתרי הוכחות הנז' יחד לא מהני אלא למלאת חסרון שם אביו לבד או ש"ע לבד כמבואר בדברי הפוס' ז"ל שהבאתי לעיל ומשם בהר"ה ברם מ"מ השתא הכא דאשתכח נמי בנ"ד עדות העד הא' שהעיד מפי הערלים מסל"ת שהגידו לו שמצאו יאודי הרוג בין הכפרים הנז' וגם נודע לנו דזה העלוב שעבאן דנ"ד יצא מביתו ללכת להכפרים הנ"ל להסתחר שם ולא הגיע לשם ולביתו לא חזר א"כ הא קמן דאיכא בנ"ד הני תרתי דבעי המבי"ט

ז"ל להוציאה מאיסור א"א דאוריתא ולאוקומה באיסור דרבנן כנז"ל א"כ בודאי הגמור דאשת שעבאן הלזו דנ"ד כבר יצאה מאיסור תורה ע"פי הגדת הערלים הנז' שמצאו הרוג בדרך ההוא עצמו ותלינן ביה דהוא הוא שאבד הוא הוא שנמצא ולא נשאר עליה רק איסורא דרבנן דוקא ובתר הכי נפל לנו ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא בעדות הגויות הנ"ל גם את הא' גם את הב' אי סמכינן עליהו להקל לגמרי אפי' בשמו לבד ע"פי הגדת הגויה הא' או בשמו וש"ע עפי"ד הגויה הב' הנ"ל כיון דאיכא תרי הוכחות הנ"ל או לא א"כ ספיקא באיסורא דרבנן הוי ואזלינן ביה לקולא ככל שאר ס' דרבנן וכמ"ש כל הפוס' שסמכו ע"ד המבי"ט ז"ל הנ"ל דבכל ספק שיפול בשריותא דאתתא דכה"ג דלא קיימא רק באיסור דרבנן נקטינן ליה לקולא דע"כ לא החמירו כת הפוס' ז"ל אפי' דאיכא תרי הוכחות הנ"ל כשלא הוזכר רק שמו לבד דס"ל למחמירים דלא יועילו ולא יצילו הני תרי הוכחות הנ"ל רק למלאת חדא מניהו החסרים דהיינו או שם אביו או ש"ע ולא אהני לן הוכחות הנ"ל למלאת חסרון ש"א וש"ע כנז"ל כ"ז אינו אלא כשהאשה קיימא באיסור א"א דאורייתא אכן בדלא קיימא כי אם באיסורא דרבנן וכבר יצאה מאיסור תו' וכגוונא דנ"ד לדעת המבי"ט ז"ל ודעימיה אזי כ"ע. מודו דיש להקל לגמרי בב' הוכחות הנ"ל אפי' בהזכרת שמו לבד וכ"ש בדאיכא תרתי שמו וש"ע כנ"ד ע"פי עדות הגויה הב' כנז"ל וה"ה והוא הנ' לכל שאר הספקות שנפלו בנ"ד בעדיות הא' והב' כיון דאשכחן בהו פלוגתא דרבוותא הוו ספק איסור דרבנן ונקטי' לקולא בכולהו ספיקי דאית בהו לכ"ע ומאחר שזה קרוב לב' שנים שנתעלם שעבאן זה דנ"ד ונשתקע שמו ונאבד זכרו לגמרי בודאי הגמור דאשתו זאת דנ"ד הותרה מכבלי עיגונה לגמרי ע"פי העדיות והטעמים הנ"ל בלתי שום ס' כלל לדעת המבי"ט ורוב הפוס' דעימיה ז"ל ככל האסור ומדובר והגם דאשכחן להרשב"ש והרדב"ז ודעימייהו דפליגי ע"ד המבי"ט ז"ל בסברתו הנ"ל וס"ל ז"ל דאכתי קיימא באיסור תו' וכנז"ל מ"מ האיכא קמן ס"ס המתהפך שפיר וכמובן ומלבד כל הטעמים הנז"ל עוד יש לצרף עם סברת המבי"ט ז"ל הנ"ל סניף אחר בהיתר עגונה זאת דנ"ד והוא זה דהנה נודע סברת הגאון רבינו משולם ז"ל הביא ד"ק מרן ז"ל בב"י א"הע סי' י"ז והבי"ד ג"כ המבי"ט ז"ל בסי' שכ"ו הנז' ומהר"מ אלאשקר ז"ל סי' קי"ג ומהר"י בי רב ז"ל הו"ד במבי"ט ח"א סי' קפ"ח ובתשו' מהריב"ר סי' י"ג דס"ל ז"ל דמשיאין ין אשה ע"פי קול הברה בעלמא שיצא על פ' שנהרג והכי ס"ל. לכל גלולי הפוס' ז"ל הנז' עצמם והכי ס"ל נמי להרא"ש ז"ל כמ"ש בתשו' הביאה המבי"ט בסי' שכ"ו הנז' יע"ש והגם דהרב מהר"א אלפאנדרי ז"ל בסא"ר בק"ע דקי"ד ע"ג ובתשו' סי' ג' העלה דאין גם אחד מהראשו' והאח' שסמכו ע"ד ר"מ ז"ל הנז' להתיר אשה ע"פי קול הברה בעלמא שיצא על

בעלה שנהרג יעש"ב וכ"כ מהרח"ש בק"ע ובתשו' וכ"כ ש"פ ז"ל כמ"ש בשמם הכנ"הג באה"ע סי' י"ז הגב"י אות ט"ל וביד"א שם יע"ש מ"מ הרואה יראה בנאספות שבסו"ס יד"א א"הע ח"א סי' י"ב הנז' תשו' הרב מהרג"ק ז"ל שהעלה שדעת הרא"ש ומהריב"ר ומהרמ"א. ומהרמ"ט ז"ל כולהו ס"ל כר"מ ז"ל להתיר אשה בקול הברה בעלמא יעש"ב ועם דהאמת לדינא ולמעשה ראוי להחמיר כיון שרוב הפוס' ז"ל פליגי על ר"מ ז"ל בזה וכמ"ש כן הרב מהרג"ק ז"ל שם מ"מ נוכל לסנף ולצרף סברת ר"מ ז"ל הנ"ל ודעימיה המקילים בקול הברה לחוד אל העדיות דנשתכח בנ"ד ולהתירה לגמרי לכתחי' כמ"ש המבי"ט גופיה בסי' שכ"ו הנז' וז"ל ואני אין דעתי נוחה להתיר בעדות זה וכו' ואיני רואה צד לסמוך על היתרם כי אם בהצטרף תשו' ר"מ ז"ל וכו' עכ"ל יע"ש וכמו כן נאמר בנ"ד דבהצטרף העדיות דבנ"ד לסברת ר"מ ודעימיה ז"ל הנ"ל יש להתיר לגמרי ולא עוד אלא אפי' לרוב הפוס' דפליגי על רבינו משולם ז"ל וס"ל דאין משיאין אשה בקול הברה בעלמא כנז"ל הנה אמת בנ"ד אזלי ומודו דיש להתירה לגמרי משום דע"כ לא פליגי עליה דר"מ ז"ל אלא דוקא ביצא קול הברה לחוד אבל כשיש קצת עדות המסייע לקול הברה אף שאין בעדות כדאי להתיר אלים כחיה דקלא דהברה ושרינן לה לגמרי וכמ"ש כן להדיא הרב לב שמח ז"ל בא"הע סי' ד' יע"ע וע"ע להרב דברי אמת סי' ד' דל"א שכתב דלא פליג רבינו משולם עם שאר הפוס' ז"ל דהואז"ל מיירי בעברו עליו יב"ח ולא נשמע עליו שהוא קים בזה הוא שמתיר ר"מ ז"ל ע"פי הקול שיצא עליו שנהרג כיון דאבד זכרו כמ"ש המבי"ט וכו' יע"ש ומינה נילף לנד"ן וכמובן שו"ר להרב מהרי"פ ז"ל בתשו' כי באה בחוקי חיים דט"ל ע"א שכתב ככל מ"ש בעניותי בפרט זה ע"פי ס' ר"מ ז"ל הנז"ל ובתר הכי ראו הביא לנו לס' המבי"ט דסי' קל"ה ולכמה אחרונים ז"ל שהסכימו עמו וסברי מרנן שבהצטרף ס' המבי"ט הנז' אל העדיות יש להתיר לכתחי' וסיים עלה הוא ז"ל וז"ל אמור מעתה דבנ"ד דכבר עברו יותר מח' שנים לכל הני רבוותא לית בה אלא איסור דרבנן ובהצטרף לה ס' ר"מ וגם העדות הא' הנזכר בו שמו ולענ"ד דיש ויש כדאי להתירה לכתחי' להנשא דהשתא לרובא דרבוותא לית בה רק איסור דר' כיון דאבד זכרו זה כמה שנים ולפי"ז נמצא דפליג ר"מ והעי' בנ"ד הוי במידי דרבנן וי"ל לילך אחר המיקל הוא הר"מ ודעימיה דמאחר דמצינו דרגמ"ה כתב בש"א ז"ל דבמ"ח היתר אשה הלך אחר המיקל ומ"ש אפי' באיסור דאו' ומ"ט דבעיגונה הקלו א"כ תסגי לן להחמיר באיסורא דאו' לא כן באיסור דרבנן ובהצטרף לו גם העדות הנזכר בו שמו מיהא יראה דפשיטא דתלינן להקל ונוסף עוד דאית לן למיתי עלה מט' ס"ס והוא דאף את"ל דפליגי אס' המבי"ט ומידי ס' ל"ן וי"ל ס' אי הל' כהמבי"ט דלית בה רק איסור דר' או"ל ואת"ל

וכו' שמא אעיק' דמלתא אין כאן איסור כלל אפי' דרבנן דקי"ל כר"מ וכו' עכ"ל יעש"ב ודוק מיניה ואוקי באתרין וה"ה כמבואר דכל מ"ש הוא ז"ל בפרט זה שייך ממש בנ"ד וכמדובר הכלל העולה מכל האמור ומדובר דעגונה זאת אשת שעבאן דנ"ד כבר הותרה מכבלי עיגונה לגמרי ואם זקוקה ליבם מותר היבם ליבמה או לחולצה דכבר אפסיקא הל' בש"ס דיבמות דצ"ג ע"ב דעד אחד נאמן ביבמה ואפי' גמל"ת ואפי' אשה ושפחה וכדפסקו כן כל הפוס' ומרן מכללם בש"הט א"הע סי' קנ"ח יע"ש ואחר החליצה או אם אינה זקוקה ליבם כלל מותרת להנשא לכתחי' לכל גבר די תצבי הנלע"ד כתבתי ולא להלכה ולמעשה נתכוונתי כאשר מראשית כזאת הודעתי ולא באתי אלא לקיים דברי רז"ל אשר הזהירונו להפך בזכות בנות ישראל העגונות ולמצוה רבה תחשב וכל המרבה להפך בזכותם ולהתירם ממאסרם ה"ז משובח ותחשב לו לצדקה ויכולה מצוה זו שתגן עליו להצילו מכל צרה וצוקה ופוק חזי מ"ש הרב נאמן שמואל ז"ל בסי' נ"ה דס"ג ע"ג וז"ל אנכי הרואה וכו' ע"ס לשונו הטהור יעש"ב אשר ד"ק הללו הם הרהיבוני וממחיצתי הוציאוני לשוטט ולצדד כמה צדדים בהיתר עגונה זאת דנ"ד אולי בשכר זאת יזכני ה' להבנות בב"ז זש"ק ויתן לי האלקי"ם די מחסורי לעבודתו ולירא‍תו אכי"ר נס"ו ויהיו דברי אלה לפני מע' הרבנים המובהקים רבני מתא יצ"ו ואם יעלו לרצון לפניהם דברי אלה למעשה מ"ט ומ"ן וישמח לבי גם אני וגם ידי תכון עמהם ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו וצו"י י"מ וימ"ן ויזכני תמיד לכוין לאמיתה של תורה ולא אכשל בדבר הלכה אמן כי"ר הלכ"ד עבד נרצע לכל יודעי דת ודין זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר:

יצחק אבואלעפיא ס"ט:

הסכמת שני המאורות הגדולים הרבנים המובהקים היושבים ראשונה על כסא ההוראה פה עוב"י דמשק יע"א יצ"ו:

הן כל יקר ראתה עינינו את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת עמיתנו בתורה מע' הרב המובהק זר"ק פחד יצחק יהיה בעזרו בהיתר העגונה הנז' ועברנו ע"כ ד"ק אחת לאחת וראינו שלא הניח פינה וזוית בכל הספקות אשר יש להס' והביא ראיות מדברי הפוס' ז"ל להיתר העגונה הנז"ל ורצה לעמוד על דעתנו הנה כי כן זאת מאיתנו גם אנחנו מסכימים ומעריבי"ם לדעת מע' הרב הפוסק הנז' הי"ו עליון למעלה דאתתא דנא יצאה מכבלי העיגון מכח הראיות אשר הביא הרב הנז' הי"ו גם מ"ש הרב הפוסק נר"ו ע"ד הגאון הרי"פ ז"ל בתשו' סי' ז"ן מא"הע גם בזה יפה כיון והאמת איתו כי כן משפט הלשון של ערבי בזמננו זה בלתי ס' כלל ומה גם שסיימו מקום הריגתו וכל מ"ש הרב פחד

יצחק נר"ו יפה דן יפה כיון להלכה ובכן דא תהא למיקם ביד האשה העגונה. הנז' שהיא מותרת להתיבם או לחלוץ ואחר החליצה שריא להתנסבא לכל גבר די תיצבי כנלע"ד להלכה ולמעשה כה דברי צעירי צאן קדשים הבע"הח פה מתא דמשק יע"א בשלהי ח' אייר זיו שנת כתור"ה יעשה התרל"ה לפ"ק ברב עז ושלום:

הצעיר אהרן יעקב ס"ט:

הצעיר יעקב פרץ ס"ט:

אמר הכותב יא"ר ס"ט:

הנה אנכי שלחתי עוד תשובתי הנ"ל בהיתר העגונה הנז' למר שארי לי יאורי מני"ר הרב המופלא ר"מ ור"מ דק"ק נא אמון יע"א זר"ק כמהר"ר משה פארדו נר"ו לעמוד עליה וגם הוא נר"ו משה בהסכמ"ה עלה בהיתר העגונה הנז' ושרטט וכתב על דברי הנ"ל פס"ד ארוך ונחמד מאד בתוס' נופך משלו תורה דיליה בראיות נכוחות מפ"ס ומפ"ס ויען כי ברוב הימים נאבד או נגנב ממני פס"ד שלו הנ"ל בקשתיהו ולא מצאתיהו דין גרמ"א שלא הדפסתיו פה אחר קונטריסי הנ"ל וחע"ד ול"מ ותהי זאת נחמתי שבודאי הרב הנז' נר"ו הניח אצלו העתק פס"ד שלו הנ"ל ובודאי בעז"ה ידפיסנו בכלל פסקיו ותשו' וכל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה וד"ב:

גם אלה פי המדבר שיח:

סימן ד

שאלה יאודי אחד שהיה לו בן ששמו צאליח ולכך היו קורין לאתו כל העם מקצה אבו צאליח על שם בנו הנז' והיה מלאכתו מנגי"ד דהיינו ממלא כרים וכסתות ותופרם וזה דרכו תמיד מסבב בכפרים הסמוכים לעירו לעשות מלאכתו שם בבית הגויים בכפרים להכין טרף לביתו והיה חוזר לעירו כפעם בפעם. פעם אחת הלך לכפרים הנז' ולא חזר ונעלם ויצא הקול עליו בקלא דלא פסיק שנהרג בדרך בין הכפרים הנז'. ואולם לא נמצא שום עדות עליו עד עתה שעבר עליו קרוב לז' או לח' חדשים שנעלם ונשכח ונאבד זכרו לגמרי בא יאודי אחד מעירו והעיד עליו מה ששמע מפי גויה אחת. וז"ל הקבלת עדות במותב וכו' כד אתא קדמנא פ"ב פ' ואחר האיום העיד בפננו בתע"ג ע"ן וע"י וכה אמר כיף אנהו כאן נאיים בל דימאם ענד גויה וואחדה אלדי מעתהד אכזיל ענדהא וקימת תאני יום מיתה ארוח על גדיידיה וקאלת לי אל גויה הנז' לא תרוח בצרב צף אל בוז לאין מווגו"ד אבו צאליח אל יאודי אל. מנגי"ד מקתול קולת להא מנין בתערפי אין אל יאודי אבו צאליח אל מזכור מקתול בדרב. אל מ"ז פגאוובתני אין אנא נהאר אל בארח כונת ראייחא לענד בנתי לל גדיידית וכונת ראכבה בגליה וקאלי אבן בנתי אלו"י כאן

מעי שופי אל סיתי וואחד מקתול וגפלית אל בגליה מן אל קתיל וארמתני חאלן קדמת ושופתו אין הוא אבו צאליח אל יאודי אל מנגי"ד אל מ"ז מקתול יעאצץ עלה לסאנו וקולת אל חצרתי אל חצרתי יקתול קתאלו ורוחת ודשרתו לענד בנתי ל"ל גדיידיה וקולת לבנתי יא בנתי יא חצרתי אל יאודי אבו צאליח אל מנגי"ד. מקתול בארצכם קולי לל שיך לאגלמא יציר כצארא עלא אל צעה אל גדיידי"ה אל מ"ז האדא אלדי סמעת מן אל גויה אל מ"ז ע"כ הגיעה עדות העד הנז' וקבלנו עדותו כראוי וכו' ע"כ נוסח קבלת עדות וחתימי עלא ג' ת"ח הי"ו:

והילך פתרון עדות העד מלשון ערבי לל"הק תיבה בתיבה ממש. וכה אמר איך אני הייתי ישן בכפר אל דימדר בבית גויה אחת אשר אני נהוג להתאכסן אצלה. וקמתי אני ביום הב' ללכת לכפר אל גדיידי"ה ואמרה לי הגויה הנז' לא תלך בדרך של אילנות האיגוזים לפי שנמצא שם אבו צאליח היאודי שמלאכתו מנגי"ד הרוג. שם אמרתי לה מהיכן את יודעת את היאודי אבו צאליח הנז' הרוג בדרך ההוא והשיבה לי איך אני יום אתמול הייתי הולכת אצל. בתי לכפר אל גדיידי"ה והייתי רוכבת פרדה ואמ"ל בן בתי שהיה רוכב עמי תראי זקנתי אחד הרוג ונתפחדה הפרדה מן ההרוג והשליכה אותי תכף נתקרבתי וראיתיו איך הוא אבו צאליח היאודי אל מנגי"ד הנז' הרוג ונושך על לשונו ואמרתי ווי ווי יהרג הורגו והלכתי והנחתיו לאצל בתי לכפר אל גדיידי"ה ואמרתי לבתי בתי ווי היאודי אבו צאליח אל מנג"ד הרוג בארצכם תאמרי לל שיך כדי שלא יבא הפסד על הכפר אל גדיידי"ה הנז' זהו מה ששמעתי מן הגויה הנז' ומ"ש ע"כ:

עוד נתקבל פ"א עדות העד הנז' ששאלו אותו אם הגויה הנז' יודעת ומכרת לאבו צליח הנז' בחיים חיתו ואם יודעת ג"כ שהוא יודע ומכיר לאבו צאלח הנז' בחיים חייתו ולכך דיברה עליו כמדבר על הידוע לשניהם:

והשיב שהייתה מכרת אותו בחיים חייתו שהיה עושה להם מלאכתו בביתה כמה פעמים וגם יודעת בו שהוא ג"כ מכיר אותו היטב ושהם מעיר אחת ונמצאו. יחד בכפר הנז' כמה פעמים ולהכי דיברה עמו עליו כמדבר על הידוע לשניהם והוא ג"כ הבין בדבריה שעל אותו אבו צאליח הידוע לו היו דבריה ולא על זולתו כלל ונתקבלה עדותו הנז' בג' ב"ד יצ"ו זולת הג' ב"ד הנז'. הנה כי כן יורנו המורה לצדקה אם יש היתר לאשת אבו צאליח הנז' ע"פ עדות הנז"ל להאירה מכבלי עיגונא ולהנשא לכתחילה כי זה לה ח' שנים מ"מ עגונא ויבא שכמ"ה:

תשובה הנה בעדות הלזו יש להסתפק בה ששה ספקות ואלו הם. א' שלא הזכיר שמו ושם אביו ושם עירו זולתי קראתו בשם אבו צאליח היאודי לבד וכבר ידוע הסכמת

הפוסקים ז"ל דכדי לצאת ידי חובת כל הפוס' בעינן שיזכיר העד שלשתם שהם שמו ושם אביו או שמו ושם עירן אבל בחדא מנייהר לחוד דהיינו בשמו לחוד בלתי הזכרת שם אביו או ש"ע לכ"ע ל"מ. וכ"ש בנדו"ד דליכא אפי' שמו כ"א אבו צאליח היאודי דנהי דבאומרה היאודי נמלטנו מחשש דשמא אבו צאליח אחר מהישמעאלים א"כ באומרה היאודי לא אתייא אלא לאפוקי אבו צליח ישמעאל ברם אכתי אין אתנו יודע על איזה אבו צאליח יאודי היא מדברת דכמה יאודים איכא הנקראים בשם אבו צאליחי ואפשר דעל. אבו צאליח אחר היא אומרה ולא על המבוקש אצלינו כעת ומאן מוכח ' ועם שאמרה הגויה הלזו ג"כ אבו צאליח היאודי אל מנג"ד דהיינו מלאכתו תופר כרים וכסתות עכ"ז אכתי מצ"ל דאתרמי דהוה התם אבו צאליח יאודי אחר שהיה ג"כ מלאכתו כן והוא שמצאתו הרוג וזה אבו צאליח המבוקש כעת עדיין בחזקת חי ואזל לעלמא ומי יוציאנו מידי חששא זאת להתיר אשתו של זה המבוקש כעת. ואפי' דנימא דנחפש חפוש בעירנו זאת שאם לא יצא מעירנו זאת שום איש יאודי אחר ששמו אבו צאליח ולא חזר כ"א זה אבו צאליח המבוקש כעת דבכה"ג בעלמא מהני מ"מ בנדו"ד ודאי דל"מ חיפוש ול"מ כיון דתוגרמה זאת לא העידה בכלל דבריה הנז' שזה אבו צאליח שראתה אותו ההוא זהו שיצא מדמשק ובא אצלם ושוב הלך מאצלם לדרך הנז' ושם נהרג כ"א אמרה סתם שבדרך הנז' מצאה אבו צאליח היאודי אל מנגד הרוג א"כ ל"מ חיפוש בעיר זו כלל דאפשר אבו צאליח אחר אתא מעלמא וא"כ היה צריך בדיקה וחיפוש בכל העולם וזה לא אפשר ופשוט וא"כ הספק הנז' כדקאי קאי וכמבואר:

הספק הב' הוא זה דהנה נודע דלדעת הרמב"ם ודעימיה ז"ל בעינן שיאמר העד מת וקברתיו ואי לא חישינן דאמר בדדמי שמא לא מת ממש אלא שנתעלף ונדמה לה שמת וכל הפוס' ראשונים ואא' ז"ל חשו לסברתו כידוע ובנדו"ד לא אמרה כ"א שראתהו הרוג ומת ואלו קבורה לא היתה לו ולכאורה לא מהני ולא מדי כנז"ל:

הספק הג' דשמא הגויה הלזו שקורי משקרא ולהד"מ שלא ראתה הרוג לשום אדם כלל וכל כונתה למרמי אימתא ע"ז האיש השומע ולכאורה דמי הא להההיא עובדא דש"ס דאמ"ל קטול אספסתא ושדי למותא ואי לא קטלנא לך כדקטלנא לפ' דאסיק הש"ס דל"מ דלמירמי אימתא קא מכוין כיע"ש בפ' בתרא דיבמות יע"ש ופסקוה להלכה כל הפוסקים ומרן ז"ל פסקה בסי' י"ז סי"ד ועיין למורם שם:

הספק הד' שמא ראתה אותו אחר ג' ימים שנהרג ואנן קי"ל דאין. מעידין עליו אלא תוך ג' ימים כידוע ומי זה אמר שראתה אותו תוך ג' ימים להריגתו וכל דאיכא ספיקא קמן

דעת הרשב"א ז"ל הביאו הר' המגיד ז"ל פ"ג מה"ג דאזלינן לחומרא יע"ש ורבים חשו לסברתו כידוע:

הספק הה' שמא לא חשיבה גויה זאת מל"ת כיון דשאל אותה העד השומע בנתים מ היכן את יודעת שאבו צאליח הנז' נהרג והשיבה לו אח"כ ואפשר דנפקא לה תו מתורת מל"ת וכסברת הרב מהר"י קאנדיוטו ז"ל הביא דבריו מרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג א"הע ס' י"ז הג"הטו אות קפ"ה ולכאורה נראה שהרב כנ"הג ז"ל שם הסכים עמו בזה יע"ש:

הספק הו' הוא זה דלא נתבאר בדברי הגויה הנז' שראתה אותו אם היה פרצוף פניו וחוטמו קטנים אוי לאו דמשנה שלימה שנינו אין מעידין עליו אלא א"כ פרצוף פניו וחוטמו. קטנים כדתנן בפ' בתרא דיבמות ופסקוה כל הפוסקים ז"ל וא"כ שמא לא היה פרצוף פניו וחוטמו קטנים כשראתה אותו הגויה הנז"ל ואפשר דחישינן לזה לחומרא:

וכדי לצאת ידי חובת כל הספיקות הנז"ל להתיר אשה זו מכבלי עיגונא צריך אני לעמוד תחלה וראש למען דעת אם יצאה אשה זו מידי איסור דאוריתא כיון דזה יותר מז' שנים שנעלם בעלה אבו צאליח הנז' ומיום. התעלמותו יצא עליו קלא דלא פסיק שנהרג בדרך אלא דלא היה עליו עדות ברורה או אפי' עדות מפי גוי מל"ת עד עתה ובכל הזמן הנז' נשכח כמת מלב ואבד זכרו ממש ולא נודע עליו שהוא חי בעולם כצל וא"כ יש לדון דנפקא לה מאיסורא דאוריתא דאשת איש ולא נשאר עליה כ"א איסורא דרבנן דוקא וכדחזינן לה למר הרב המבי"ט ז"ל בח"מ סי' קל"ה שכתב וז"ל מי שיצא ממקום פ' ללכת למקום פ' לביתו ולא הגיע לשם ונאבד זכרו ולא נודע מקומו ואיו ובא גוי מל"ת ואמר שראה יאודי באותו הדרך נהרג באותו הזמן הוא דבר שרובו למיתה שאם היה חי היה שב לביתו:

ונראה דעדיף עדותו זו מעדות משאל"ס דאם נשאת לא תצא וטעמא דסברא הוא דקרוב להתגלות מי שנאבד בישוב שיצא ממקום אחד ונאבד ולא נודע אנה הלך ונשכח זכרו ממי שנאבד בים שפירש בספינה ולא נודע לאיזה מקום הלכה הספינה ונשכח זכרה שהנאבד בישוב אחר שמחפשין בישוב ולא נמצא מי שראה אותו ומי שפגע בו דעתו של אדם סומכת יותר לומר שמת או שנהרג והנאבד בים אין מקום לחפש אחריו וגם שנשכח זכרו אין הדעת סומכת כ"כ לומר שנטבע ומן האפשר שהוא באיים רחוקים והוי ספיקא דאורייתא ונותנים עליו חומרי חיים ומתים וכמו כן אם הועד כי באמצע הדרך נהרג אדם והודע כי באותו הדרך בא פ' שיצא ממקום פ' ונאבד זכרו עדיף עדות זו. להתיר יותר ממי שהועד עליו שנטרפה ונהפכה הספינה ונטבעו בים שאם נשאת אשתו לא תצא אע"פי שיש לחוש שמא נזדמנה לו דף ונענע ראשו ע"כ גל וגל משום דהכא אם.

נזדמנה לו. הצלה מן הרוצחים ולא היה הוא הנהרג היה נודע מקומו איו בכל הישוב ולא היה נשכח זכרו כיון שנתעלם בישוב הוי סברא טפי שנהרג ממי שנטבע בים ולהכי אם אשתו נשאת לא תצא וכמ"ש הרב ז"ל וכיוצא בדברים אלו שרובם למיתה והרי דבר זה כיוצא באלו שאיש א' יאודי שהוא ידוע שיצא ממקום א' ללכת לביתו למקום אחר ולא הגיע לשם ונשכח זכרו בכל אותם המקומות ובא גוי מל"ת ואמר שנהרג אחד באותו הדרך באותו העת שרוב כל מי שנשמע עליו דבר זה הוא למיתה ואין אחד מני אלף שאמר עליו דבר זה שישוב עוד לביתו וא"כ אם נשאת אשתו לא תצא דלא הוי אסורא אלא מדרבנן דמדאורייתא אזלינן בת"ר וכו' ואחר שיצאנו מסכנת אסורא דאורייתא נוכל למצוא איזה טענה בעדות זו להתיר אותה אפי' מדרבנן והוא וכו' עכ"ל הצ"לע:

והנה. בדברי הרב המבי"ט ז"ל הללו נחלקו הפוסקים הבאים אחריו בדעתו ז"ל דס"ל דבכה"ג נפק"ל מאיסור תורה ולא רבע עלה כ"א איסורא דרבנן כנז"ל אי היינו דוקא היכא דאיכא נמי עדות גוי מל"ת שמעיד שמצא הרוג באותו הדרך ובאותו הזמן או דילמא דלא בעי נמי האי תנאה דאיכא עדות גמל"ת שמצא הרוג בדרך ובזמן ההוא אלא כל שיצא ממ"א ללכת למ"א ולא הגיע לשם. ונאבד זכרו לגמרי סגי בהא דנפק"ל אשתו מאסור תורה. דהרב פ"מ בח"א ס' ת"ן יצא לחלק מנ"ד לנדון המבי"ט ז"ל וז"ל דשנייא נ"ד מנדון המבי"ט ז"ל דנדון המבי"ט הוא בדהועד מפי הראוי להעיד או בעי מל"ת איך ראו הרוג באותו הדרך אז תלינן. שהוא ראובן כיון שבלכתו באותו הדרך נתעלם מן העין א"כ יצאה אשתו מחשש איסור דאורייתא אב בנתעלם מן העין לחוד בלתי שום עדות שמצאו באותו הדרך שום הרוג אף מהרמ"ט יודה דאכתי לא נפקא מאיסורא. דאורייתא כנראה למדקדק בדבריו וכו' עכ"ל הצ"לע יע"ש:

וכן כתב הרב מטה יוסף ז"ל ח"א הע ס' ח' דמ"ג ע"א וב' דאין דברי המבי"ט ז"ל אמורים אלא היכא דאיכא תרתי דנאבד זכרו וגם שאח"כ בא גמל"ת ואמר שמצא הרוג באותו דרך יעש"ב וכ"כ ה' פרמ"א ז"ל ח"ב סי' ס' דנדון המבי"ט ז"ל אינו אלא בדאיכא תרתי לגריעותא יעש"ב וכן מתבאר מדברי מהרמב"ח הו"ד בס' גו"ר א"הע כלל ג' סי' ח' סוף דל"ד ול"ה ע"א וכן מדברי הגור גופיה שם סי' ב' ומדברי הרב כר"ש א"הע ס"ס ו' וגם מדברי הרב א"נ בקונטריס עיגונא די"ז ע"ב וג' וכ"כ בסי' גבעת שאול סי' א' ד"ח ע"ד וס"ח די"ט ע"ד והביאה הח"מ בק"ע סי' ד"ן וכ"כ הרב ד"ן סי' ס"ב דקס"ב ע"ב וסי' ס"ד בתשו' מהרא"ב מנחת שמואל א"הע סי' ט"ו דמ"ד ע"א מ"מ ח"ג א"הע סי' ב' דכ"ד ע"ד לב שלמה א"הע ס"ס כ"ז דל"א ע"א ושם במ"מ הת"ה דקל"ב ע"א עדות ביהוסף ח"ב ס"סי כ"ד דס"ג ע"ד כ"הע סי' ל"ו בנ"א ס' ו' דז"ך ע"ג שב יעקב ס' ש"ז דע"ו ע"ב וסי'

טו"ב דע"ז ח"ב חק"ל א"הע ס' י"ב ד"ל ע"ד ובחק"ל מ"ב ס' ז' דצ"א ע"ב ובסי' ח' דצ"ג לב שמח ס' ה' דכ"ב ע"ד שמן המור א"הע די"א ע"ב ראש משביר ח"א א"הע ס' ט' די"ב ע"ב וס' ט"ז דל"ו ע"ד באר הגנים סי' ס"א וס"ד וס"ו מירא דכיא ס"סי ט' שמן הרוקח ח"ב ס"סי ל"ד בתי כהונה ס' ש"ן דמ"ו ע"ג חסד לאברהם ח"ב א"הע ס' ו' יע"ש:

אכן הרב נאמן שמואל סי' מ"ח וסי' נ"ה דס"ה ע"א וע"ב ס"ל למר בפשיטות דהרב המבי"ט ז"ל לא בעי' תרתי לגריעותא הנז' להוציאה מאיסור תורה אלא כיון שיצא ממ"א ללכת למ"א ולא הגיע לשם כלל ונשכח זכרו סגי בכך נפק"ל מאיסורא דאורייתא ואם נשאת לא תצא ושם בסי' נ"ה הנז' ראו הביא לנו דברי ה' פ"מ שבח"א סי' ג"ן בחי' הנז' ודחה דבריו ז"ל ושוב אייתי סייעתא לס' המבי"ט ז"ל הנז' מתשובת ה' ת"הד בכתביו ס' קל"ט ומתשו' מהר"י בי רב סי' י"ג וסיים וז"ל וא"כ אין זאת סברא יחידית ונמצאת בגדולים וגם בא"ח לא מצאנו מי שיחלוק בסברא זאת וכו' עכ"ל יע"ש. גם באר החיים א"הע ס' ו' הבין כן בדעת המבי"ט ז"ל ומביא הכא דאיה לנ"ד וגם הוא דחה דברי ה' פ"מ ז"ל וכתב דהפ"מ גופיה בח"ב שעשה סניף מתשו' המבי"ט הנז' ז"ל וסיים וז"ל ולדידי חזי לי דכדאים הם הרת"הד ומהרמ"ז ז"ל לסמוך עליהם ולהוציא מאיסורא דאורייתא בטעם זה לחוד עכ"ל יע"ש גם ה' הפוסק שבנדון ה' חס"ל ס' ו' וה' הפוסק שבנדון ה' חק"ל מ"ב א"הע ס"סי ז' וסי' ח' הכי נמי ס"ל וכ"ש ה' נאמן שמואל ז"ל וה' במ"ח ז"ל הנז"ל. והגם שהרבנים חס"ל וחק"ל ז"ל שם חלקו עליהם מ"מ מידי סברתם לא יצאנו וא"כ בנ"ד שזה האיש הנעלם אבו צאליח הנז' בשאלה שנודע לכל שיצא מביתו לעשות מלאכתו בכפרים הסמוכים לפה העירה ולחזור לביתו כפעם בפעם והלך לשם ולביתו לא חזר ונשכח זכרו ונאבד הגם שלא הועד שום עדות שמצאו הרוג בדרך הנז' ובזמן ההוא כלל עכ"ז נראה ברור שדין זה במחלוקת הוא שנוי אם. יצאת אשתו מסכנת איסורא דאורייתא או לא ככל הנז"ל והא ודאי דאזלינן לחומרא לומר דאכתי אשתו באסור תורה קיימא כיון דרוב הפוס' ז"ל ס"ל דלא סמכו על דברי המבי"ט ז"ל להקל כוותיה אפי' בדאיכא תרתי לגריעותא כ"א לסניף מיהא וכמ"ש ה' חס"ל ז"ל ס' ו' הנז"ל יעש"ב וזה ברור:

אמנם רואה אנכי דבנ"ד אפשר דכ"ע יודו דנפק"ל אשת הנעלם הנז' מאיסורא דאורייתא כיון שעברו זה כמה שנים יותר מז' שגם דנשכח ונאבד זכרו לגמרי וגם מיום שנתעלם כבר יצא קול הברה שנהרג בדרך ההוא ובכה"ג חזינן להי' המבי"ט ז"ל גופיה בתשובה אחרת שם בח"א סי' שכ"ו שכתב על נ"ד אחר שהביא תשובת רבינו משולם ז"ל. דס"ל דאפי' בקול הברה בעלמא שנשמע שנהר ולא נשמע עליו שהוא קיים אעפי' שלא בא מעולם שום גוי מל"ת מותרת אשתו להנשא וגובה כתובתה סיים ע"ז וז"ל בתשובה זו

יש מקום להתיר אפי' שלא היה אלא הברה בעלמא וכו' ומפני כי בתשובה זו כתוב שלא נשמע עליו שהוא קיים נ"ל שלא תנשא עד מלאת י"ב חדש מיום התעלמותו אש לא ישמע עליו תז"ז שהוא קיים נ"ל שנשכח זכרו מין החיים וזכר לדבר נשכחתי כמת מלב שהם יב"ח עכ"ל יע"ש:

הרי דהמבי"ט ז"ל בתשו' זו קרי בחייל דבעברו עליו יב"ח דיצא דליכא עדות גמל"ת שמצא הרוג בדרך אפי"ה התירה לינשא בעברו עליו יב"ח ע"פי קול הברה בעלמא בצרוף עדויות שאין לסמוך עליהם לבד כיע"ש:

והן אמת כי רוב הפוס' ז"ל האחרונים ס"ל דגם באותה תשו' דהמבי"ט ז"ל סי' קל"ה וכו' מיירי דהמבי"ט ז"ל התם נמי בעברו עליו יב"ח ג"כ וכבר הארכתי בזה בתשובה אחרת על אשת הנעלם שעבאן אל חצבנאי ואספתי באומרים כל סברות הפוס' ז"ל דס"ל הכי עש"ב:

מ"מ הרואה יראה לה' נוכח השלחן ז"ל בא"הע סי' י"ד דאיתי בידיה תשו' מהרמב"ח בכ"י דס"ל למר דבעבר עליו יב"ח נפק"ל מאיסור תורה והכריח הדבר יע"ש והיא התשו' שהביאה הגו"ר א"הע סי' ג' ס' ז' וע"ע שם בסי' י"ו דס"ל כהמבי"ט יע"ש וה' נוכח השולחן הכריח שם בדעת מרן בב"י ז"ל דס"ל למר. כהמבי"ט ז"ל ובסו"ד די"ט ע"ב העלה הוא ז"ל דכשעברו עליו יב"ח כ"ע יודו לס' המבי"ט ולכ"ע נפקא מאיסור תורה ובס"ס מותרת לגמרי יעש"ב גם בהיותי בעי"ק בירושלים תו' שנה שעברה ראיתי שם ספר הנחמד חיים ושלום א"הע ח"ב הנד"מ לה' הגדול מופת הדור מוהרח"פ ז"ל והעתקתי ממנו מ"ש שם בסי' א' וז"ל הלא אמת כי המבי"ט ס' קל"ה כ"כ להקל בנמצא הורג בדרך ונאבד אדם אחד דאמרי' שזה הוא הנהרג ויצאת מאיסור א"א דאו' ובזה לא נתן המבי"ט גבול שיעור הזמן המוגבל כמבואר בדבריו שם דאין זה תלוי בשעור זמן כמובן כי תכף שבא העד הראוי להעיד מהני ועי' לה' נ"ב ח"א ס' מ"ז וכ"ש ר"סי מ"ח ונט"ש ר"סי פ"ב דע"ה ע"ב ברם סי' שכ"ו לא מיירי המבי"ט כ"א כשלא יש עדות ברירה עליו שמת אלא יצא עליו קול הברה שמת שלא נשמע עליו קול שהוא קיים כמ"ש בתשו' הר"מ ש"ס בכה"ג שתנשא אפי' שלא בא שום עדות ברור עליו שמת בלי שיצא קול הברה שמת בלא שום עדות ואפי' גוי מל"ת בפרטות על האיש הזה שראהו הרוג כתב המבי"ט ומפני וכו' ע"כ ועיין עז"ן די"ט ע"ב הרי דבתשובה זו. דסי'. שכ"ו דהתיר בשעור זמן שעברו יב"ח ונשכח זכרו אינו מזכיר באותה תשובה שיהא נמצא ההוא בדרך וכמ"ש בסי' קל"ו כי בסי' קל"ה הוא ע"י עדות ובסי' שכ"ו הוא בלתי ראיית הרוג אלא קול הנשמע עליו שמת כי האי לחודיה קאי:

ואחהמ"ד מהגו"ר ז"ל לק"מ מ"שהק ע"ד מהרמ"ג כי המבי"ט ז"ל הצריך יב"ח גם כי ימצא הרוג בדרך דליתא להא כלל כמבואר בסי' שכ"ו דמירי בנתינת זמן יב"ח לא הוזכר כלל הא דנמצא הרוג בדרך והוא ברור ועמ"ש בס' שמן המשחה ד"ץ ע"ב ס"סי ק"ג מקו' עיגונא ע"ש עכת"ד בקיצור נמצינו למדין דבעברו עליו יב"ח הגם שלא נמצא שום הרוג בדרך לס' המבי"ט ז"ל מותרת להנשא אפי' לכתחלה והגם דלא קי בזה כהמבי"ט ז"ל מ"מ כדי להוציאה מאיסור תורה כ"ע מודו דנפק"ל מאיסורא דאוריתא הגם שלא נמצא שום הרוג בדרך כ"ש וק"ו בנדו"ד דעברו עליו יותר מז' שנים ונשכח ונאבד זכרו לגמרי ובאותם הימים שהלך ולא חזר תו"מ יצא עליו קול הברה שמת ונהרג כידוע ודאי דבכה"ג דנ"ד כ"ע מודו דיצאה אשתו מאיסור תורה וקיימא באיסורא דרבנן ועפ"י העדיות והספיקות שנתבארו לקמן לפנינו יוצאת א"כ מאיסורא דרבנן ומותרת להנשא לכתחלה לכ"ע ובפרט דאמינא ולמ"ס דע"פי העדות דנד"ד אין אנו צריכים לכל הנ"ל דהגם דנימא דאכתי רביע עלה איסור א"א מדאוריתא מ"מ ע"פי העדות דאשתכח בנדו"ד יצאה אשה זו מכבלי עיגונה ושרייא להתנסבה לכתחילה וכמו שנבאר בס"ד:

ולהיות דימים האלה ימי המעשה לאוקומי גירסא וימי התשובה אינון ואין הפנאי מסכים עמדי להאריך בכל פרט ופרט להתיר הספקות הנז"ל. בריש אמיר ע"כ אבא בדרך קצרה ואען ואומר הנה על התר הספק הראשון דלא נזכר שמו ושם אביו ושם עירו לזאת אשיב דשמו ודאי הא איכא דכיון דכ"ע קורים אותו בשם אבו צאליח שר"ל שהוא היה אביו של צאליח שהיה בנו שמו צאליח והכי אורחייהו דאינשי דכשהאדם בא בימים ולו' בן קורים אותו אביו של פ' כידוע א"כ הרי שמו ממש דאפי' בכנוייו הסכימו הפוס' ז"ל דהוי כשמו כ"ש בשם זה אביו של פ' דודאי הוי כשמו ממש וזה פשוט' ועיין להרב גט פשוט ז"ל בריש סי' קכ"ט שהכשיר לכתוב כן בגט אפי' במקום שם המגרש והביא ראיה מאבוה דשמואל יעש"ב ועיין להגאון החיד"א ז"ל בחיים שאל סי' ל"ז באשה שהיתה לקראת אם לולו מ"ש בזה יעש"ב וע"ע בס' הוראה דב"ד להרב מהרמ"פ ז"ל בד"ד מ"ה שהעתיק שכ"כ בירושלם ת"ו בתמוז תרי"ג במקום שם אבי המתגרשת בת אבי נסים וע"ש מ"ש בזה. ושם אביו דליכא הא איכא שם אומנותו וכבר עלתה הסכמת כל הפוס' ז"ל דשם אומנתן ממלא במקום שם אביו וכמו שהאריך בזה גדול אחרון הרב באר המים בתשובה א"הע סי' ס"ב ושם אסף איש טהור כל להקת הפוסקים ז"ל דס"ל הכי יעש"ב וגם כבר הארכתי בתשו' אחרת הנז"ל דכשהגוי מל"ת מדבר על הידוע ובפרט בה"א הידיעה כגוונא דנדו"ד אבו צאליח היאודי אל מנג"ד נהרג בדרך ההוא וגם איכא קמן העדאת העד השומע שהעיד שהגויה הנז' היא. מכרת ויודעת להאיש הזה אבו צאליח

הנעלם בטוב הידיעה מקדם קדמתה שהיה עושה לה ולכל בני הכפר מלאכתו בביתם וגם יודעת הגוייה הנז' שהעד השומע המדברת עמו יודע ומכיר לאבו צאליח. הנז' שהם מבני ערי אחד ושם נמצאו יחד כמה פעמים בכפר הנז'. באופן שזה אבו צאליח הנעלם ידוע וניכר בין שניהם דהיינו לגוייה הנז' ולהעד השומע המדברת עמו ולהכי באו דבריו בפשיטות כמדבר על הידוע דאל"כ הול"ל איש אחד יאודי שמו אבו צאליח נהרג באותו דרך ומדאמרה אבו. צאליח היאודי אל מנג"ד הוי מדבר על הידוע בין שניהם וכאמור ממש ובכה"ג עלתה הסכמת רוב ככל הפוסקים ז"ל דבשמו לבד סגי ומסגי ולא בעינן תו לא שם אביו ולא שם עירו כ"ש וק"ו בנדו"ד שמו ושם אומנתו דהוי במקום שם אביו כנז"ל דודאי דלא בעינן תו שם עירו כיון דהיו דבריו כמל"ת במדבר על הידוע בין שניהם כנימוס ממש וגם דבנדו"ד דאיכא שם עירו נמי כיון דסיחת הגוייה במל"ת להעד השומע ממנה היו הדברים שהיא מדברת בכפר הסמוך לעיר הנעלם ובכה"ג עלתה. הסכמת כל הפוס' האח' ז"ל דהוי ממש כמעיד הגמל"ת בעיר הנעלם ממש דלא בעינן התם שיזכיר שם עירו כיון דהוא עומד ומעיד בעיר הנעלם ה"ה כשהיו דברי הגוי בכפרים הסמוכים לעיר הנעלם וכמ"ש בעניותי בתשו' שעבאן הנז' משם האח' ז"ל וכ"כ ה' באר המים ז"ל בסי' ס"ב הנז' על נ"ד בעדות ב' דהוי כנ"ד ממש דהוזכר שמו ושם אומנתו וחסר שם עירו וגם היו דברי הגמל"ת במדבר על הידוע בין שניהם כנימוס והאריך בזה ה' ז"ל כיד ה' הטובה עליו והביא כל ס' הפוס' ז"ל שדיברו בזה והעלה להלכה להתיר מט' הנז' יעש"ב וממנו נקח לנדו"ד ודון מינה ואוקי באתרין וגם עי' להגאון חק"ל ז"ל במ"ב א"הע סי' שכ"כ יעש"ב באופן דהאריכות בזה כעת אך למותר כי הכל מבואר בדברי הפוס' ז"ל הנז' ובתשו' אחרת של הנז"ל ומה בצע להעתיק ולכפול הדברים וסכרין פתיחו לך נא ראה. הרי לפנינו התר הספנק הראשון דנ"ד כמשחל בניתא מחלבא ויצא לאורה להתיר אשת הנעלם דנ"ד אפי' לכתחלה ובפרט אחר שעברו עליו זה כמה שנים ואין לחוש עוד להחמיר משום דלא נזכר שם אביו ושם עירו להדיא וככל הנז"ל והדברים ברורים:

גם לספק הב' שלא נזכר בדברי הגוייה מל"ת מת וקברתיו. הנה הארכתי בתשו' אחרת הנז"ל בזה ושם קבצתי כעמיר כמה וכמה טעמים מפ"ס ומפ"ס דלא בעינן בכה"ג דנדו"ד דלימא הגוי מל"ת קברתיו יעש"ב ומהם נקח לנ"ד דכולהו טעמי איתנהו בנ"ד וכמו שיראה הרואה וגם זה ברור מאד: וגם על הספק הג' דאשתכח בנ"ד דשמא כל כונת הגויה הלזו דוקא למרמי אימתא וכו' כנז"ל הנה גם ע"ז פקחתי עיני שם בפסק אשת שעבאן הנז' ושם הבאתי כל דברי הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט דס"ל דכל כה"ג דנד"ד ליכא למיחש להאי חששא מהטעמים הנאמרים באמת בדבריהם המובאים בפסק דין

הנז' ומשם באר"ה דה"ה והוא הטעם לנ"ד דאין לחוש לזה כלל דאין שום הפרש בניהם אפי' כמלא נימא כלל וכמו שיראה המעיין שם וישפוט בצדק: אתאן לספק הד' דאתרע בנ"ד הלזה דלא אתרע בההוא נדון כלל והוא זה דשמא ראתה אותו אחר ג' ימים להריגתו ואנן בעינן שיראה הרואה את הנהרג תוך ג"י דוקא ובספק דס"ל להרשב"א וסיעתיה ז"ל דאזלי' לחומרא וכנ"ל בריש אמיר':

הנה על זה כבר ראיתי בספרי הפוס' ראשונים ואחרונים המובאים בב"י א"הע סי' י"ז ובכנ"הג שה הגב"י מאות תל"ו עד אות תמ"ט וביד אהרן שם מ"ק ומ"ת הג"בי יעש"ב והרואה יראה בדברי הפוס' ז"ל הנז' דנקטי' להקל בס' אשתהי דיבשה שכן פשט המנהג להקל אפי' בעד הרואה ובפרט בעד השומע מפי עד הרואה דודאי נקטי' להקל דהראשון ראהו תוך ג"י להריגתו וככל מ"ש גדולי הפוס' ז"ל המובאים שם ע"ע הלא בספרתם. ועד אחרן החכם עיניו יחזו להגאון ה' ב"ד ש"ש ז"ל בתשו' א"הע סי' ג' דק"ג ע"ב מ"ש בזה וז"ל הספק הד' מה שלא נזכר בדברי הגוי כשראהו מושלך לשמכי הלז אם היה בתוך ג"י להריגתו או לאחר ג"י ואם היה לאחר ג"י לית ביה היכרא וכדתנן פ' האשה בתרא אין מעידין אלא עד ג"י. ופרש"י ז"ל משום דחיישינן שמא נשתנה פניו ואין זה שהם שבורים. אמנם כתבו התוס' והרא"ש ז"ל שם בשם ר"ת דאם גופו שלם אין מעידים עליו. ואפי' אחר כמה ימים דניכר הוא וכו' אמנם מהרי"ק הסכים דהיכא דאינו נחבל בפנים וגם גופו שלם מאחר דרבותי' בעלי התוס' ז"ל כתבו שהוא דבר פשוט להתיר וכן מוהר"ר עזריאל דבתראה. הוא הלכה למעשה כר"ת וכן הר"מ דבתרא הוא וכן הטור לא הביא שום חולק פשיטא דנראים הם לסמוך עליהם שלא בשעת הדחק וכ"ש בשה"ד ומרן מהרי"קו בסי' ו' מתשו' נראה שהסכים לזה ובסי' י"ד בפי' אתמר וז"ל ועוד דאפי' אחר ג"י כיון דמשמע מדברי הגוי שהיה גופם שלם נראה דשפיר יכול להעיד עליהם אפי' אחר כמה ימים לדעת ד"ת וכן הסכים מוהרה"ם וכ"כ מהר"מ בשם ר"ת וכתב מהרי"ק דאפי' לדברי החולקים עליהם נראה דה"ד וכו' ובנ"ד דמשמע שהיה כל גופם שלם וגם לא היו נחבלים בפנים שהרי לא אמר הגוי כן אפי' לא ראה אותם עד אחד כמה ימים שרי עכ"ד מרן וכתב הכנ"הג שכן הסכים מוהרמ"ג בסי' ק"ה יע"ש. נ מצינו למדין דבנ"ד לדעת מר"ן ז"ל מעידין עליו אפי' אחר כמה ימים דמסתמא אמרינן דהיו גופו ופרצופו שלמים ומשו"ה יש להעיד עליו אפי' לאחר כמה. ימים אכן הר"ב מהרשד"ם ז"ל בסי' נ"ד לא מלאו לבו להתיר ולסמוך על ס' ר"ת הלזו גם מהרח"ש וכו' וא"כ אכן נמי בנד"ד אין לנו להקל. אמנם כ"ז אם הוא במונח שעברו עליו ג"י בודאי אבל אם נמצא הרוג וליכא דידע אם עברו עליו ג"י או לא הנה בזה יש מחלוקת עצום בין הפוס' ראשונים

גם בזה כתב ר"ת דתלינן דנמצא תוך ג"י להריגתו כ"כ התוס' והרא"ש ז"ל משמו אלא שהתוס' כתבו דין זה דמסתפקים והרא"ש והטור וריי"ו כתבו משמו בדרך זה ודאי וכ"כ הר"ן והריב"ש בתשובו' שהתוס' לא כתבו הדבר בבירור אל אדיכול להיות אמנם הרואה יראה שכפי מה שהגיה מהרש"ל ז"ל בהגהותיו בדברי התוס' נראה שאין להסתפק בזה וכ"כ הפרמ"א בזה וכ"כ הפרמ"א בסי' קי"ג ובח"ב סי' נ"ג יע"ש וכ"פ ה' סדר אליהו בסי' ב' ונסתייעו בזה מדברי ריי"ו והרא"ש ז"ל שכתבו לס' ר"ת בפשיטות גם מפסקי תוס' וא"כ דבריהם ברורים יע"ש. אמנם הרשב"א נסתפק בדבר וכתבו משמו הר"ן וה"ה והריב"ש ונ"י ז"ל דאפשר דהא דאין מעידין עליו עד ג"י הו"ל ספיקא דאורייתא ואפשר דהו"ל חששא דרבנן ולישנא דמתני מכרעת לחומרא ונ"י כתב דמסתבר לקולא והרשב"א תלה בג"י המשנה והריטב"א כתב דמסתבר לקולא ויש חוששין להחמיר עכ"ד והר"ן והריב"ש שנטו להחמיר וכו' אמנם מרן מהריק"א בתשו' סי' י"ב ומהריב"ן סי' י"א נטו להחמיר בספיקו של הרשב"א גם בש"הט הביא סברת אחרונים וכו' וא"כ בנד"ד היה נראה להקל כס' המקילין מאחר שרבו המה גם שהאפ"מ ופרמ"א הכי ס"ל והמה ראו כל דברי הפוס' ונטו להקל ומה גם שכתב הפ"מ סי' ס"ז שכך עלתה הסכמת כל האחרונים. אמנם מי יערב אל לבו להקל נגד דברי מר"ן וכו' אכן כ"ז אלו היה העד לפנינו והוא אומר דלא ידע אם עברו ג"י אבל אי ליתיה קמן דלשייליה או שהוא עד השומע מפי עד הרואה ולא ידע העד הב' אם העד הראשון נתברר לו שהיה בתוך ג"י או לא הנה בזה כתב הר"ב בסי' כ"א ומהרמ"א בסי' מ"ג קי"א אפי' הרשב"א דנסתפק בזה להחמיר והוא ראש המדברים בעניין זה כי ממנו תורה זו יוצאה מודה בזה דתלינן שהעד נתברר לו שהוא תוך ג"י וכו' ואחרי סברא זו דיש להקל בעמפ"ע. דאו הביא לנו הכנ"הג אות תנ"א להקת הפוסקים ראשו' ואחרו' שהסכימו בזה להקל לענין אשתהי וכו' וא"כ אנן נמי הא ודאי גם בנ"ד נמי סמכינן אהא עכ"ל יע"ש:

וממנו נקח לדון ולהורות כן בנ"ד דהוא עד מפ"ע דודאי דסמכינן אהא להקל בס' אשתהי וכמדובר. וע"ע להרב באר הגנים א"הע ס' מ"ח שהתיר ספק זה בס"ס ככל הנז"ל יע"ש: תו איכא טעמא אחרינא תריצא להקל בכל כה"ג דנ"ד והוא זה דכיון דמסתמא אמרינן דהו"ל גופו ופרצופו שלם כמ"ש מרן בתשו' ומהרמ"א ז"ל וכנז"ל ובהא איכא פלוגתא דרבוותא דלר"ת מעידין עליו אפי' לאחר כמה ימים. א"כ הו"ל ס"ס ספק אי הלכה כמ"ד דהיכא דגופו שלם לא בעינן תוך ג"י ועוד ספיקא אחריתי שמא תוך ג' ראהו והו"ל ס"ס המתהפך וע"ז סמך מהרשד"ם ס' ל"ה וכו' ומהרח"ש בקו"נ ובסי' ה' ומ"ו ומהרי"ק סי' י"ד ועוד כמה וכמה פוסקים נקבצו באו ג"כ בדברי הגאון מהרש"ל ז"ל שם בב"ד דק"ד ע"א

יע"ש. ועוד איכא לצרף לזה בנ"ד מ"ש מהר"ם בתשו' דבאדם ניכר וידוע למעדיו מעידין אפי' לאחר כמה ימים וסעיף זה הביאו מהראנ"ח ס' ב' והפ"מ ס' פ"ד ופ"ז וה' בני יעקב וה' מהרש"ל שם וסיים וז"ל סוף דבר דלית לן למיחש מאמת הספק הד' עכ"ל יעש"ב:
והגם דאנן בדידן קבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל ובפרט החמיר באיסור ערוה החמורה וחזינן ליה למרן ז"ל בש"הט א"הע סי' י"ז ס' כ"ח שבתחילה הביא ס' ר"ת דס"ל דהא דאין מעידין עליו אא"כ תוך ג"י ה"ד כשהוא חבול בפניו אבל אם אינו חבול בפניו מעידין עליו אפי' אחר כמה ימים ע"י טביעות עיניו של גופו וצורתו ושוב כתב מרן ז"ל וז"ל ואינו מחוור בעיני האחרונים עכ"ל ומדרבו ס' האחרונים החולקים על ר"ת באחרונה ש"מ דחייש מרן לסברתם ודלא כר"ת וא"כ ה"מ להקל ולמעבד ס"ס לקולא במקום שמרן י"ל מחמיר דלא כר"ת ז"ל:
הנה מ"מ לית לן למיחש להא כללא דכבר נתפשט ההוראה דעבדינן ס"ס לקולא אפי' במקום שמרן ז"ל מחמיר וכמו שהארכתי בזה בעניותי בזה בספרי הקטן ס' ט' בפסק עגלות דכלאים והבאתי שם כל סברות הפוס' ש דס"ל יעש"ב ואכמ"ל שו"ר במאי דקמן בנדו"ד כה"ג ממש דקיימינן ביה בהאי ספיקא גופיה עמד עליו גדול אחרון מופ"ה ה' מהר"מ לבטון ז"ל בס"ה נוכח השלחן א"הע ס' י"ד שנסתפק בזאת בנ"ד שם דכ"ב ע"ב ועמד בס' מר"ן ז"ל שנטה דעתו להחמיר בש"הט דלא כר"ת וא"כ מי שם פה להקל הפך הסכמת מרן והגם דבאמת אנן קחזינן רבים ועצומים מגדולי הראשונים והאחרונים שהקלו בכיוצא בנ"ד מכח ס"ס שעשו והוא ס' דאשתהי ג"י ואמת"ל דאשתהי ס' אי קי"ל כר"ת דס"ל דכל שגופו שלם מעידין עליו אפי' אחר כמה ימים עי' מהרשד"ם ומהרח"ש הא ניחא לדידהו דלא קבלו עליהם הוראת איזה פוסק להקל או להחמיר משא"כ אנן דקבלנו ס' מרן בין להקל בין להחמיר לדידן לא חשיב ס"ס ושכ"כ ה' אורים גדולים סי' קנ"ז ואף אנן נאמר בס"ס דידן כיון דמדברי מרן נראה דלא ס"ל כר"ת היכי אמרינן ס' אי הלכה כר"ת דבגופו שלם מעידין אפי' אחר כמה ימים דלגבי דידן פשיטא דלא קי"ל הכי וכו'. האמנם ראיתי שאין סברא זו מוסכמת וכו' ומעתה כיון דהיא גופא הוייא פלוגתא אפשר דשפיר איכא למימר ס"ס כה"ג דהיינו ס' אי אשתהי או לא ואמת"ל אשתהי ס' אי קי"ל כר"ת וכדעת מאן דס"ל דעבדינן ס"ס בכה"ג: ועוד נראה ברור דבכה"ג דחזינן דעת מר"ן בתשו' ס' ו' סמך על ר"ת ולא עוד אלא דגם בש"הט לא דחה ס' ר"ת מהלכה אלא שכתב עלה שאינו מחוור בעיני האחרונים ז"ל וכתבו הח"מ והב"ש דלא נדחו דבריו לגמרי לא דמצטרפים להקל וכ"כ בתשו' שהביא הח"מ ס' נ"ה וכו' אשע"כ מקום יש בראש לעשות ס"ס אליבא דכ"ע ועי' במהרח"ם בק"ע ד' מ"ד ע"א וע"ג שהביא

כל הפוסקים והסכים כן להלכה ולמעשה יע"ש גם ביד אהרן א"הע סי' י"ז הגב"י אות תקצ"ד אסף רבים ועצומים ועי' ג"כ לה' מר ואהלות א"הע ס' ט' מ"ש בזה:
דבר הלמד מכל האמור דהותר הספק הד' דנ"ד לגמרי ויצא משפטו לאור להקל ואין לחוש לו כלל וככל האמור ומדובר מה למעלה:
ועל הספק הה' דשמא לא הוי הגויה מל"ת כיון דשאל אותה העד השומע כנז"ל. הנה הדבר פשוט דאין כאן ספק כלל דודאי חושבים הגויה מל"ת כיון דהתחילה להגיד מל"ת בלתי שום שאלה כלל ומה ששאל אותה מנין ידעה וכו' זה אינו מזיק כלל כי זו הלכה פסוקה ומוסכמת מכל הראשונים והאחרונים ז"ל ופסקו מרן ז"ל בש"הט א"הע ס' י"ז סט"ו וז"ל גוי שהסיח ל"ת תחילה אע"פי ששאלו אותו אח"כ ובדקוהו עד שיפרש כל המאורע הרי זה נאמן ומשיאין על פיו עכ"ל ע"ש. ועיקר שורש דין זה הוא מהרי"פ ז"ל שהביא דין זה מההיא עובדא דפונדקית ע"ש והוא מוסכם לכל וס' ה' מהר"י קאנדיוטו ז"ל שהביא ה' כנ"הג ז"ל כנז"ל כבר עמדו על דבריו האחרו' ז"ל ושק"וט בה טובא ועד אחרן אתה תחזה לה' ראש משביר ז"ל בח"א א"הע סי' ג' שעמד בזה כיד ה' הטובה עליו מדד ע"ד עד ד"ו ע"ד ובסו"ד כתב וז"ל איך שיהיה העולה מכל האמור שדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל אם אמר הגמל"ת שיאודי אחד נהרג וע"י שלה אמרה שהוא פ' הוי מל"ת כיון שבתחלה קאמר במל"ת נהרג וכו' וא"כ בנדו"ד ליכא לספוקי בהכי והוי מל"ת אע"פ שפי' מי הוא זה היאודי ע"י שאלה וכן הסכימו בית דיננו ובראשם ה' מ"ג ז"ל עכ"ל יעש"ב:
הנך רואה הסכמת הפוס' ז"ל דס"ל בגדולה מזו דנ"ד אפי' דהזכרת שמו לא הגיד העד כ"א ע"י שאלה אפי"ה הוי מל"ת דבתר התחלה אזלינן כ"ש וק"ו בנ"ד דהזכרת שמו והרתו ושם אומנותו והמקום שנהרג בו הכל כאשר לכל היה במל"ת בלתי שום שאלה כלל דודאי דלכ"ע חשוב מל"ת והשאלה שביאר אח"כ אינה מזקת כלל ופשוט וע"ע להרב ידי דוד ז"ל הנד"מ ס' י"ב שדחה דברי מהרי"ק ז"ל הנז' מהלכה יעש"ב:
אתאן לספק הו' דאשתכח בנ"ד שלא הגידה הגויה הלזו מל"ת אם ראתה להההרוג דנ"ד פרצוף פניו וחוטמו קיימים או לא דמשנה שלימה שנינו אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם וכן פסקו כל הפוס' ז"ל כידוע והגם דס"ל לר"ת ודעמיה דהיכא דגופו שלם לא בעינן פרצוף פנים ופדחת וחוטם שיהיו קיימים מ"מ מלבד דרבו החולקים ע"ז ומר"ן ז"ל בש"ע מכללם עוד בהד גם את זה לא ידענו מפי הגויה מל"ת שאמרה בפי' שהיה כל גופו שלם או לא כי לא נתבאר זה בדבריה כלל וא"כ הדרן לספקין דשמא לא היה פרצוף פנים ופדחת וחוטם קיימים ואין מעידין עליו לכ"ע וכנז"ל: אמנם ראיתי להרב ס' אליהו

רבה בתשו' סי' ב' שנסתפק כזאת בנ"ד שהוא כנ"ד שנשאל הרב ז"ל על חמר אחד שהגיד שראה אותו הרוג וע"ז ארי עלה ונסתפק הרב ז"ל שם וז"ל אמנם עדיין נשאר לנו לברודי שהחמר הלז הסיח שראהו הרוג באותו מקום ולא ביאר במה הכירו שהוא פ' זה אם בטביעות עינא ואם בסימנא אם בט"ע עדיין אפשר שלא הכירו יפה ובפרט שעל הרוב סח ואפשר שהיה חבול בפנים ואם בסמנא לא כל הסמנים כדאים אמנם כבר עמד על חקירות כאלו מהרשד"ם ספ"ט וכתב שאין לדקדק ולהחמיר כ"ך שהמדקדק בעניינים כאלו אין רו"ח נוחא המינו והטעם שהרי הרי"פ לא כתב אלא כשמודע ליה שהוא פ' לא כתב פרצוף פנים גם בספרי הרמב"ם לא נזכר ואפי' את"ל שצריך היינו אם היה המעיד בפנינו ראוי לחוקרו ולדורשו בדבר הזה לראות איך הכירו אבל עתה שאין העד לפנינו אלא עד מפי עד אית לן להקל ולומר שהכירו היטב בצורת הפנים ועוד דבחזקת שלם היה ונעמידנו על חזקתו כיון שלא אמר שהיה נכרת וראיה ממ"ש הרמב"ם וכו' עכ"ל ועם שדברי הרב הללו הם במת בים נלע"ד דל"ש בין מת בים או בהריגה וכמו שמתבאר מהראיות שהביא מהרי"פ והרמב"ם והעומד על תשו' מהריב"ל ח"א ס' ו' יראה שהנדון שם בגוי שהל"ת שראה לפ' הרוג כהא דנ"ד ונא עקפק בה כלום מנין הכירו שהיה אותו פ' או שמא היה בפנים נשחתות וכו' וכן תמצא לה' ז"ל בסט"ו מח"ב גם בסי' י"ג מח"ב על עדות הרי"ג מפי גוי שראה לאותו פ' הרוג מושלך ארצה וה' ז"ל קיים ההיתר ע"פי עדותו ולא פקפק בו הרב כלום איך הכירו ואם היה ההרוג בפנים נשחתות אלא אדרבה כתב הרב שם דעים היות היה שם עדות אחר שהעיד שהאשה הלכה לבקשו מצאוהו הרוג ויאכל כל בשרו לא נימא כיון דבשאר העדיות לא פירש אם ראוהו פב"פ עם החוטם או אם היה נחבל בפניו או שנאכל כל בשרו ילמד סתום מן המפורש דהא ליתא וכיון דעדות הריגה שהוא מספיק לא העיד על יום ידוע ולא על שעה ידועה אלא בסתם אפ"ל דבתסי' ראהו הגוי שסיפר להריג' ואח"ך ראו אותו הקרובים שהלכו לבקשו בתחילה היה גופו שלם לא נאכל בשרו ואח"ך נאכל עכ"ל מהריב"ל ז"ל וגדולה מזו תמצא דמר"ן מהריק"א ז"ל בתשו' מדיני גמל"ת ס"ד יע"ש גם העומד ע"ד מהרש"ך ס"ד בח"ב יראה שהנדון שם כנ"ד ממש ולא פקפק בה הרב מצד זה כלל גם העומד ע"ד מהרח"ש סי"ג יראה כן ובסוף כתב ועוד שלפחות הדעת נוטה שהכיר את יוסף יפה שהוא הזכירו וניכרים דבריו שהיה מכירו עכ"ד והרי כל עדות הגוי שם שמצאו הרוג וכל הדבר שכת' הרב וניכרים דבריו וכו' הוא שהיה מכירו בחייו יע"ש סו"ד מה לנו להאריך בדברים פשוטים כי אין לנו לחוש לספיקות כאלו כ"ז דליכא רעותא. קמן עכ"ל עש"ב ותשו' מר"ן ז"ל שציין לנו הרב ז"ל היא לענין אשתהי ג"י וע"ז כתב מר"ן ז"ל שם דאפי' היה

אחר ג"י כיון דמשמע מדברי הגוי שהיה גופם שלם וכו' שפיר יכול להעיד עליהם וכו' וכנ"ד דמשמע שהיה כל גופם שלם וגם לא היו נחבלים כדגים שהרי לא אמר הגוי כן וכ"ן עכ"ל יע"ש:

הרי שכתב להדיא דמסתמא אמרי' שהיה כל גופם שלם ולא נחבל בפניו מדלא ביאר הגוי דבריו דאם איתא דלא היה גופם שלם הי"ל לפרש ועוד הביא הרב תנא דבי אליהו ז"ל שם מדברי מהרנ"ח ח"א סי' פ' שנסתפק בתחי'. שמא לא ראה גופו שלם ובסוף התיר ולא חש לה יע"ש וגם מדברי הפ"מ בסי' צ"ו הביא שכת' שם שעל הסתם הגופות שלמים בפרצופיהם נמצאו וכ"ז שלא פי' שנמצא נחבל בפנים או חסר איזה דבר על הסתם דינינן לה שנמצאו שלמים וכמו שמוכיח מתשו' ב' המאורות הגדולים מר"ן ומהריק"א ומהרשד"ם ספ"ט עכ"ל גם מצאנו להרב פרמ"א סכ"ג מח"ב כתב ובנ"ד ודאי ראה גופו שלם כל שלא פי' הגוי דלא היה גופו שלם ע"כ גם הרב בני יעקב ס"ז הביא מ"ש מר"ן ומהרשד"ם הנז"ל ומהרח"ש סמ"ה דהיכא דבאו דברי העד סתומים ולא פי' אם היה גופו שלם יש לנו לתלותו בחזקת שלם שאם מצאו חבול הי"ל וסמך ע"ז לגבי אשתהי ג"י להתיר בס"ס יע"ש:

והגם דחזינן למהרח"ש בס"ו ומ"ה שלא סמך כ"ך על דעת מהרשד"ם הללו דתלינן בחזקת שלם אלא התיר מט' ספק שמא ראה גופו שלם וס' אחר דבסמ"ה אחר שהביא דברי מהרש"דם כתב עוד נראה שיש לצרף ולצדד לזה להתיר מט' ס"ס שמא מצא שלם ואת"ל שנשחת וכו' שאיברא דלענין ס' ר"ת הייתי סומך עמ"ש מדברי מהרש"דם דמוק' ליה אחזקת' אחר שהיה שלם ובהצטרפ ט"א שכתבתי אכן בס"י בעדות הסי' נראה שסמך ע"ז ומ"מ כבר מצינו לרובא דרבוותא שסמכו ע"ז ואפ' דמהרח"ש כתב כן ג"כ לרווחא דמלתא גם מהר"ש הלוי סי"א כתב דאף דהעד אי':

נו או שהיה עד מפי עד וכו' שלא ראהו חבול בפניו גם הכנ"הג סי"ז הג"הטו אות שע"א כתב כן משם המ"ב סק"ט ועם דמהרמ"ה סי' נ"ו ס"ל דמסתמא ל"א שהיה שלם מ"מ כבר כתב הרב מהר"א אלפנדרי ז"ל שם דכיון דזה הפך הסכמת כל האחרונים אין לזוז מדבריהם וכ"כ הגאון מהרש"ב ז"ל בב"ד ש"ש סי' ג' בס' הג' דק"ב ע"ד יע"ש ודון מניהו ואוקי באתרין ממש וכמובן:

תו חזינא דאיכא ט"א בנ"ד דאין לחוש ולומר שמא לא היו פ"פ ופדחת וחוטם קיימים וכנז"ל והוא ממ"ש להפ"מ ז"ל ח"א ספ"ד טעם מחודש שמ שמועיל בנ"ד המציאו והוכיחו מדברי מהרח"ש סי' ה' ע"א גוי המגיד שמצא להר"מ שוכב הרוג וגם מכה בצווארו שכתב שם וז"ל ולמעשה כל שגופו שלם ולא נחבל בפנים ולא נודע אם הוא

תוך ג"י כה"ג דנ"ד וכו' הרי שבלשונו זה כתב כל שגופו שלם וכו' ואלו בס"ו לא כתב כנ"ד משום דבנ"ד דסי' ו' לא היה ברור בדברי העד שהיה גופו שלם כי אם להיות הדבר עמ"ע ולא פי' בדבריו העד הראשון תלינן שהיה שלם אמנם בנ"ד דסי' ה' כי בא הדבר מפורש בדברי העד הראשון כתב היכא שגופו שלם כנ"ד משום דשם היה ברור בדברי העד הראשון והוא מדקאמר שמצאו הרוג וגם מכה בצוארו דנראה מזה בפשיטות שהיה פרצופו שלם זולת בצוארו שהיה לו מכה ומדהזכיר מכה שהיה בצוארו מכלל דכל שאר גופו היה שלם ומנא קא יליף הפ"מ ז"ל לנ"ד דשאמרה הגויה שהי"ל טוייאדאס בראשו דמשמע מדלא פרט אלא הטוייאדאס מכלל דכל שאר הגוף שלם וכ"כ מהר"א ברודו ז"ל שם ועוד הסכימו הרבנים הנז' שם להיות הדבר עמ"ע ולא הזכיר שהיה חבול מוקמינן ליה בחזקת שלם יע"ש וע"פ ד"ק הו"א הטעם בנ"ד דמדאמרה הגויה לעד השומע שראתה את אבו צאלח הרוג ונושך את לשונו ולא פרטה שאר חבלות כלל מוכח להדיא שכל פרצוף פניו וגופו היה שלם לגמרי וכן הוכיח מהרש"ל ז"ל שם דק"ג ע"ב מדברי הרבנים הנז' לנ"ד דלא פרט כי אם נקור העינים מכללא משמע דשום חבלה אחריתי לא הוה ביה וכההיא דמהרח"ש והפ"מ ז"ל הנז' וא"כ נמצא דאף אם נאמר דמהרח"ש לא הסכים בההיא דמהרשד"ם דמוק' ליה בחזקת שלם מ"מ בהא קא אזיל ומודה כמ"ש הפ"מ ז"ל סו"ד אין כאן בית מיחוש כלל וכו' ואין מי שיפקפק בזה כלל עכ"ל יע"ש וכ"כ הרב הגד' ראש על ארץ בבל יע"א כמהר"ר משה חיים ז"ל בפס"ד עגונא אשר הובא בס' הנחמד הנד"מ רב ברכות להרב נכדו היו בסו' הספר יע"ש:

הכלל העולה דנלע"ד דאשת הנעלם אבו צאלח אל מנג"ד דנ"ד שריא להתנסבא לכל גבר די תצבי כי הותרה מכבלי ע גונא לגמרי ע"פ הדין האמת והצדק כנלע"ד להלכה אבל למעשה עד אשר יסכימו עמי רבנן דפקיע שמייהו מע' הרבנים המובהקים יצ"ו ואם יעלו דברי לרצון לפניהם גם ידי תכון עמהם להיות סניף להם בשריותא דהאי איתתא ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו וצו"י י"מ וימ"ן אכי"ר הלכ"ד זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

סימן ה

שאלה אשה שמחלה מכתובתה לבעלה בשטר מחי' וז"ל להיות שעברו דברי ריבות בין איש לאשתו פ"ופ עד ששאלה אשה להתגרש מבעלה ולגבות ממנו הסך שהכניסה לו ותכשיטיה ובלאותיה שהכניסה דוקא ושוב עמדו מתווכי הש' ביניהם וגמרו ביניהם שלסוף זמן החמש שנים אם לא ילדה לזש"ק חייבת להתגרש מבעלה ותקח בעד כתו' סך ת"ק גרוש דוקא מלבד תכשיטיה ובלאותיה שהכניסה לו ואם לא תרצה להתגרש

בז' הנז' אזי אין לה על בעלה שום פ"ק גם מהסך ת"ק גרוש ולא מזונות ומחלה לבעלה הסך שבע מאות גרוש הנשאר לה. מסכי כתו' ככתוב בשטר כתו' ולא נשאר לה עליו זולתי סך ת"ק גרוש הנז' ושטר כתו' הנז' הוא בטל ומבוטל וגם אם נשארו נשואים זע"ז כל ימי חייהם בין נשארה עמו לבדה בין נשא אא"ע אין לה עליו כתו' רק הסך ת"ק גרוש הנ"ל דוקא וכו' את"ד שטר המחי' הצ"לע ואח"ז נתחרטה האשה הנז' ממחי' הנ"ל וטענה שמחילה בטעות הייתה להיות שהטעה אותה אחד מקרובי בעלה באמור אליה כי ע"פי הדין הגמור אינו חייב בעלה לתת לה בעד כתו' זולתי מה שהכניסה לו דוקא שהם סך ש' גרוש ובלאותיה ותכשיטיה אשר הכניסה לו דוקא בין אם יגרשנה עכשיו בין בהגיע זמנו לישא אא"ע ודוקא אם תתאלמן ממנו אזי גובה מהיורשים כל כתובתה ואולם אם יגרשנה בחיים חייתו לא תוכל לגבות ממנו בדין כי אם מה שהכניסה לו דוקא ולזה נתרצית לקחת מבעלה עוד שני מאות ומה שהכניסה כשיגרשנה וכעת שאלה אשה לכמה ת"ח ואמרו לה שאין הדין כן שגם אם יגרשנה בעלה חיובא רמייא עליה לפרוע לה כל סכי כתו' משלם א"כ היא חוזרת בה מהמחי' הנ"ל ותובעת כל סכי כתו' אם ירצה בעלה לגרשה ובעלה טוען כנגדה שכבר נתרצית במחי' וביטלה לשטר כתו' הראשונה ביטול גמור בשטר המחי' הנ"ל. והיא טוענת שהכל היה בטעות וגם מכחשת לעדים שלא אמרו לה למחול על הנשאר מסכי כתו' כלל ואם היתה יודעת שצריכה למחול לא היתה מוחלת כלל כי היא חשבה בדעתה שבלאו"ה מצד הדין אינו חייב לה בעלה בכל סכי כתו' כמו שהסביר לה אחד מקרוביו כנ"ל ומ"ש העדים בשטר המחי' שמחלה לבעלה ת"ש כתו' להד"מ שלא מחלה כלל ושטר המחי' הנז' הוא כתוב בל"הק והיא אינה יודעת בל"הק כלל והיו צריכים העדים לפרש לה בלשונה כל הכתוב בשטר הנז' ותאמר להם בפי' שהיא מוחלת לבעלה ת"ש סכי כתו' ואפי' את"ל שהאמת כדבריהם שמחלה לו הכל היה בטעות גמור מאחר שהיתה סבורה דמן הדין אינו חייב בעלה בכל סכי כתו' כשיגרשנה זולתי כשתתאלמן כמ"ש לה קרוב בעלה הנז' ושאלו את פיו והודה שכן אמר לה ושגם הוא היה טועה בדין הנה כי כן יורנו מ"ץ הדין עם מי ויבא שכמ"ה: תשובה. נלע"ד ברור דהדין עם האשה וצדקה בטענתה הנז' ומחילה בטעות הוייא וה"ה בטילה ומבוטלת דהלכה רווחת בש"ס דמחילה בטעות לא הוייא מחי' ותלמוד ערוך הוא במס' גיטין ובתרא וכמה דוכתי וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מר"ן ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ב וז"ל ואפי' לא נאנס כלל וסבור שאין לו בידו יותר ונמצא שי"ל מחי' בטילא דכל דלא ידע לא מצי מחיל ואע"פי שהוא כותב לו הריני מוחל לך וכו' אין בדבריו כלום עד שיאמר מרצוני בלי שום אונס יודע אני שי"ל בידך יותר וכדתניא וכו' עכ"ל וכבר הרב

מהרמ"א ז"ל בתשו' סי"ד נשאל על כעין נ"ד במורשה הכלה דנתפשר בעד כתו' הכלה בסך מועט בעבור שהטעהו אחד מן החכמים שאמ"ל שמן הדין חמותה קודמת לגבות כתו' ועתה נודע לכלה שאין הדין כן אלא אדרבא היא קודמת ורוצה לחזור בה מן הפשר הנז' וע"ז השיב הרב ז"ל וז"ל מעתה טענה שטוען מורשה הכלה וכו' טענתו טענה כי היתה פשרה בטעות כמ"ש מוהרי"קו סקי"א. וז"ל על אודות א' מהאחין שנתפשר עם שאר אחיו לפטור חלקו מירשת אביו בעבור ס"מ באשר היה סבור שלא היו הנכסים מרובים וכו' נלע"ד דבר פשוט שאין באותה פשרה ממש שהרי הל' רווחת דכל קנין ומחי' בטעות חוזרים וכדמוכח בפ' חז"ה גבי רב ענן וכו' הרי לך בהדייא דהוה חשיב כמ"ד לך חזק וקנה וכיון דאיכא למתלי דבטעות הוא ל"מ המחי' דאע"ג דהוא מלתא דלא עבידי אינשי למיטעי דמסתמא הו"ל למידע וכו' ואפי"ה חשיב מחי' בטעות כ"ש וכ"ש דלא שהטעוהו אחיו וכו' עכ"ל ומהראיה שהביא נראה ברור שאפי' לא אמרו למורשה דבר כי אם שהיה טוען דאסיק אדעתיה שכתו' חמותה היתה קודמת נראה דמהימן משום דהוי מלתא דעבידי אינש למטעי ואנס' דהכי אסיק אדעתיה דאלת"ה מאי אכפת ליה למעבד פשרה ולאפסודי ממון רב דמאן מעכב בידיה דלא ליגבי כל שטר כתו' משלם דלאו בשופטני עסקי' אלא ודאי דאסיק אדעתיה דחמותה. היתה קודמת ומה עבד וראיה גמורה מ"שך הפ"ח שהביא מוהרי"קו דהתם טעה מאליו במאי דלא הו"ל למיטעי כ"ש בהא דנ"ד דאפי' לא אמרו לא דבר ודאי דלא נתפשר אלא דטעה בהכי והוי מלתא דעבידי אינשי למטעי דלאו כ"ע דינא גמירי ואדרבא מס' הוה מס' טפי דחמותה היתה קודמת לכלתה וכו' עכ"ל יע"ש: הנה הבאתי כל ד"ק הצלע"י כי ממנו נקח להבין ולהורות בנ"ד שהדין עם האשה לבטל המחי' הנז' דמחי' בטעות הוייא שכן הטעה אותה קרוב של בעלה הלא הוא אמר לה דע"פ הדין אינו חייב לה בעלה כשיגרשנה כי אם מה שהכניסה לו דוקא כמו שכן טוענת בפה מלא אם אמת הדבר שכן אמר לה ודאי דהוי מחי' בטעות ולאו כלום הוא וכן מתבאר שפיר מתשו' הרב פ"מ ז"ל בח"כ סי' ט"ו דראובן דנ"ד טען כי סבור היה שהדין עמה שהיתה אומרת לו שיש בידה פס"ד ממ"הרי והשיב הרב ע"ז דאף דאמ"ל כן מ"מ מידע הוה ידע דכל העולם חלקו וכו' ומחו ליה וכו' יע"ש מוכח הא בעלמא הוה מהני ליה האי טענתא וכמובן ולא עוד אלא דלמדנו מתשו' מהרמ"א ז"ל הנ"ל דאפי' את"ל שלא הטעה אותם שום אדם בזה אלא דהיא בעצמה חשבה בדעתה שכן הוא הדין שאינו חייב לה בעלה כשיגרשנה זולתי מה שהכניסה לו דוקא ומשו"ה נתרצית כעת במה שנתחייב לה בעלה מחדש עוד ר' גרוש כשיגרשנה יתר ע"מ שהכניסה לו ובזה מחלה שאר התוס' הכ' בכתובתה עכ"ז נראה

דהיא נאמנת בטענתה הנ"ל ומחי' בטעות הוי ול"מ מידי וכמ"ש מהרמ"א ז"ל להדיא הכי על נ"ד ואייתי ראיה גמורה מההיא דפ' חזקת כנז"ל וכן מתבאר: להדיא מתשו' הרשב"א הנ"ל ברישׁ אמי"ר שכ"כ וז"ל ואפי' לא נאנס כלל וסבור שאין לו בידו יותר ונמצא שי"ל מחי' בטלה דכל דלא ידע ל"מ מחיל וכו' עכ"ל כנ"ל ה"ה ה"נ בנ"ד היתה סבורה שאין לה עליו בדין יותר ממה שהכניסה לו וכעת נמצא שיש לה עליו בדין כל סכי כתו' כשיגרשנה הא ודאי דמחילתה בטלה וכתו' הראשו' במק"ח וכנז"ל:

והגם דהרב מהרמ"ט ז"ל הנ"ל כתב ע"ז דמורשה הכלה טעה במלתא דעבידי אינשי למטעי דלאו כ"ע דינא גמירי וכו' כנ"ל וא"כ יאמר האומר דאין כן בנ"ד דטעותה הוא במלתא דלא עבידי אינשי למטעי כלל דמי פתי יסבור כזאת דאם יגרשנה בעלה לרצונו דלא יתחייב בדין לפרוע לה זולתי מה שהכניסה דוקא. וא"כ אין להאמינה כעת בטענתה בלתי אם תברר שכן הטעוה באמת הא לאו"ה לא מהימנא בטענתה זאת כעת הא ודאי בורכא דהנה מלבד שכבר הודה קרוב בעלה שכן אמר לה ושגם הוא היה טועה בזה כנז"ל בשאלה עוד בה דאחר האמת דליכא לפלוגי בהכי כלל דמלבד דהראיה שהביא מוהרי"קו והוא ז"ל מההיא דרב ענן דהוי בטעה. מאליו במלתא דלא הו"ל למיטעי כלל ואפי"ה אמרי עלה דמחי' בטעות היא ואינה כלום כמ"ש מהרמ"א ז"ל גופיה הכי להדיא כנ"ל אלא דבנ"ד מצא מקום הרב ז"ל לבטל המחי' דנ"ד מכ"ח כ"ש והעדיפה מינה דהטענת היה במלתא דעבידי אינשי למיטעי ולעולם ס"ל ז"ל דאפי' דהטעות היה במילתא דלא עבידי אינשי למטעי אפי"ה המחי' בטלה וכדמוכח להדיא מההיא דרב ענן וכמובואר:

ועוד דבנ"ד אנס' דהכי אסקה אדעתא טעות כזאת ושכן הטעוה אחרים באמת ולא היתה צריכה לברר דבריה וטענתה דאלת"ה למה לה להתפשר ולהתרצות מבעלה בסך ת"ק גרוש בה' ולהפסיד עצמה בסך ת"ש אריות הנשארים לה מכתו' דמאן מעכב בעדה שלא תגבה הכל בעת שיגרשנה בעלה דלא בשופטנית עסקי' אלא ודאי דהאי אסקה אדעתה דמן הדין הגמור אינו מתחייב בעלה כשיגרשנה אם לא מה שהכניסה לו דוקא כמ"ש לה ובסיבת טעותא הנה נתרצת בסך מועט נוסף ע"מ שהכניסה לו ומחלה לו הנשאר ופשיטא דהוי מחי' בטעות ולאו כלום הוא כיון דקי"ל דחזקה אין אדם מוחל ממונו בכדי כל שי"ל כח לתובעו בעדים ושטר או ראיה כמ"ש מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי קי"ו וכן מבואר בדברי כל הפוס' כמ"ש הרב נחפה בכסף ז"ל בח"ב א"הע סי' י"ד דצ"ד ע"ד יע"ש וא"כ למה לה למחול לבעלה ממון שלה דברור לה בכתו' שיכולה לגבותו מבעלה כשיגרשנה בדינא ובדיני ואין לו שום טענם ופיטור כלל ממנו אם לא שנאמר בהכרח

דמחי' בטעות היתה ול"מ מידי וכמדובר: והגם דכתבו הריב"ש ז"ל בסי' ת"פ והרב מהרא"י ז"ל בפו"ך סי' ר"ל דאחזוקי אינשי בדטעו בדינא לא מחזיקנן והרבה ראיות לנא ומוכח מד"ק להדיא דגם במלתא דלא ברירא לכ"ע והויא פלוגתא דרבוותא אמרי' הכי דלא מחזקי' לאינשי דטעו בהכי כיעו"ש מ"מ דבר מהריב"ל ז"ל בח"ב סי' ע"ג חקר ע"ז חקי' עצומה דאשכחן בש"ס בכ"מ דאמרי' אטו כ"ע דינא גמירי ואיך אמרי' נמי דאחזוקי אינשי בדלא גמירי והטעו ל"מ וע"ז כתב דיל"ח בין דאיכא רגלים לדבר להלכה ונ"ל ושכן מצא בתשו' מוהרי"קו סי' קי"א יעש"ב עוד ראיתי למהריב"ל גופיה בח"א סע"ו דמוכח להדיא מד"ק התם דס"ל למר דהיכא דהדין הוי פלוגתא דרבוותא לכ"ע אמרי לאו ד"ע כינא גמירי ברם אם הדין הוא מוסכם לכ"ע ל"א הכי דטעה בדין וסבר שהדין בהפך יע"ש עוד ראיתי לו ז"ל בח"א סצ"ב שכתב וז"ל ואע"פי שיש מקום לחלוק ולו' דהיינו דוקא כשהדין ברור ומוסכם מכל הפוס' ז"ל אבל בנדון השותף דאיכא דעת ר"ת דס"ל החולקים בין שניהם לא מלתא פסיקתא היא ובכה"ג לאו כ"ע דינא גמירי מ"מ על החילוקים דקים ושינוי רחיקי לא סמכינן להוציא ממון מבעליו ואמרי' דודאי ידע דהכל היה שלו אלא שרצה לתת לו במתנה ולא כל כמיניה לומר טעיתי בדין וכו' עכ"ל יע"ש והרב מהר"י הלוי ז"ל בכלל ח' סס"ו עלתה הסכמתו דדוקא במידי דהוי פלוגתא דרבוותא אמרי' דלאו כ"ע דינא גמירי אפי' להוציא ונסתיע מתשו' מהריב"ל דסע"ו הנז' ושכ"כ מהרש"ח יע"ש וכ"כ מהרימ"ט ח"מ סי' ב"ן דהכי אמרי' דלא טעו היינו דוקא בדבר הברור וידוע לכל וכו' יע"ש נמ"ל מכל הני רבוותא דבדבר הברור ומוסכם לכל לא מחזקי' לאינשי דטעה בהכי וכ"ש כשהוא להוציא דודאי ל"א הכי וא"כ ה"ן בנ"ד אין להאמין אותה בטענתה שטוענת כעת דלא נתרצית בסך ת"ק גרוש בעד כל כתו' כי אם משום שהיתה סבורה שאינה יכולה לחייבו בדין בכל סכי כתו' כשיגרשנה דכיון שזה דבר ברור ומוסכם לכל דבעלה חייב בכל סכי כתו' כשיגרשנה מרצונו ולית ביה שום ספיקא כלל ודאי דלא מחזקי' לה לו' דמתחי' טועה היתה בהכי ואפי' שהודה לדבריה הקרוב לבעלה שהוא אמ"ל כן מכח שגם הוא טועה היה בכך לא מהמנינן ליה דלא מחזקינן ליה לטועה בכך וכנז"ל ולא דמי לההיא עובדא דרב ענן דפ' חזקת דהתם נמי טעה במלתא דלא עבידי אינשי למיטעי כלל וכמ"ש מוהרי"קו ומהרמ"ט ז"ל כמש"ל ואפי"ה אמרי' התם דמחי' בטעות היא ולאו כלום הויא כנ"ל דשאני התם דלא היה הטעות בדין כלל כי אם במקום הכותל הראשון וכיון דתרוויהו לא הוו ידעי אמרי' דמחי' בטעות הוי ואינא כלום לא כן היכא דהטעות היה בדין שהוא פשוט וברור ומוסכם לכל בהא ודאי אמרי' דלא טעו אינשי בהכי וכמתבאר בד' גדולי הפוס' הנז' וכמדובר:

אמנם נלע"ד דבכה"ג דנ"ד כ"ע מודו דמחזקי' להו דמחי' בטעות היתה כאשר היא טוענת דמלבד דבנ"ד איכא רגלים לדבר דמחי' בטעות היתה מעיק' משום דהיתה סבור השאינה וכו' לחייבו בדין בכל סכי כתו' ומשו"ה מחלה דאל"כ מעיק' מאי סבר ולבסוף מאי סבר לחזור בה ממחי' ותו דקי"ל חזקה דלא שדי איניש זוזיה בכדי כנ"ל וא"כ אין לך הגלים לדבר גדול מזה הח"י זה כתבו מהריב"ל בח"ב סי' ע"א כנ"ל ועליו הסכימו כל האח' ז"ל ע"ע הלא בס' לא עת האסף ועד אחרן החכם עיניו יחזו בתשו' הרב הגדול מופת דורנו האש"ל כמהרד"ח ז"ל בס' הבהיר נד"ל ח"ב ח"מ ס"סי ל"ב יע"ש וכבר כתב מרן החבי"ב ז"ל ככנ"הג ח"מ ע"ש הגב"י אות י"ב אחר שהביא לנו תשו' מהריב"ל דח"ב סי' ע"ג הנ"ל כתב וז"ל והוי יודע שאין דברי מהריב"ל אמורים אלא כשטעה בדין דלכ"ע אין הדין כן כמ"ש הטוען הזה אבל כשטעה בדין דפלוגתא דרבוותא הא והאי פשיטא שנאמן לו' שטעה בדין וחשב שאין חולק שהרי וכו' עכ"ל יע"ש מוכח להדיא מד"ק דבדטעה בדין המוסכם לכ"ע ואיכא רגלים לדבר בהא קאמר מהריב"ל דמהימן לומר טעיתי בדין כיון דאיכא רגלים לדבר וא"כ הגם דנימא דנ"ד טעותה היה בדין דלכ"ע אין הדין כן אפי"ה מאחר דרגלי לדבר איכא כמש"ל יש להאמינה כעת בטענתה וכמדובר וע"ע בתשו' הרב מהר"י זאבי ז"ל הוד"ק בפרי הארץ ח"ב ח"מ ס"ז דקיי"א ע"ב שכתב וז"ל שהרי כל האח' אית להו דבכל דבר דהוי פלוגתא דרבוותא מלתא דשכיחא הוא שיטעה האדם באותו דין ויסבור וכו' עכ"ל יע"ש הרי שכתם דכל האח' ס"ל הכי כנז"ל וכן מבואר דעת מר"ן ז"ל בח"מ סי' קנ"ד בבד"ה. עמ"ש הטור ז"ל שם סל"ח בשם תשו' הגאון וכו' יע"ש והגם דנימא דנ"ז מיפ' לא נפיק ומצ"ל המוחזק קי"ל וכמ"ש הרב נד"ל ז"ל שם ומה גם דחזינן ליה למהריב"ל גופיה בח"א סי' צ"ב דהתם החליט מאמרו דאמרי' כ"ע דינא גמירי אף דאיכא רגלים לדבר וכבר עמד עליו בזה הרב קהלת יעקב אלגאזי ז"ל דקפ"ד ע"ג יע"ש וכיון דמהריב"ל גופיה מאריה דהאי חי' לא השוה את מדותיו בחי' זה א"כ ודאי דמידי ס' לא נפיק וסמי בידיה דהבעל דנ"ד שהוא מוחזק לו' דקי"ל וכמבואר ומה גם כפי מ"ש מוהרי"קו בשו' ד' משם רבינו אביגדור ז"ל דלא כל הענינים שוים ובעי' דוקא שהדעת טועה בכך ורגילים שאר בנ"א לטעות בכך הא לאו"ה הויא מחי' גמורה כיעש"ב מ"מ האמת יורה דרכו דבנ"ד כ"ע מודו דנאמנת אשה זאת בטענתה דטועה היתה בדין מעיק' ומשו"ה מחלה ומחי' בטעות היא ומגן שוייא משום דאנן עסקי' בנ"ד באשה המוחלת לבעלה ותלמד ערוך הוא לפנינו בפ"ק דקי' די"ג ע"א דאמרי' התם בפשיטות גמור גבי שתיקה דלאחר מ"מ לאו כלום היא וכו' ופריך רב אחאי התם אטו כולהו נשי דינא גמירי סברה אי שדינא להו ומתברי מתחייבנא בא"ח ע"כ הרי מבואר דאפי' להקל באיסור

ערוה החמור אמרי' דנשי לא גמירי דינא וכמבואר וכ"כ מהרד"ך ז"ל בבית י"ז חדר י"ג והביא ד"ק הרב ק"י שם יע"ש ועיין למרן החבי"ב ז"ל בתשו' בע"ח ח"מ ח"א סי' פ"ג ופ"ח יעש"ב ובסי' ר"ל וק"א. חשן משפט סי' י"ב י"ג י"ד מ"ש בזה תו חזינן להר"ן ז"ל בפ' האשה שנפלו ולהר"מ בפ"ו מז"ומ הי"ב שכ"תב משם הרשב"א ז"ל לענין אשה שנתנה כל נכסיה במתנה דיש לחוש להכרחה שכ' הרשב"ט דלהיותה אשה א"א שתדע בנוסח השטרות לתלות בה שסמכה ע"מ שנוהגים לכתוב בנוסח השטרות דנשי לא ידעי כולי האי וצריך שיעדו העדים שכך אמרה להם בפי' יע"ש ומדברי הרשב"א הללו ילפי כל הפוס' ז"ל לפקפק בנ"ד באשה הנותנת או מתחייבת או מוחלת שצריך שיעידו העדים בפי' שאמרו להם האשה כל לשני שפירי דכתיבי בשטרא כמ"ש המעין במהרש"ח סל"ד והדב"מ ח"ב ח"מ סי פ"א ובש"פ ז"ל ע"ע הלא בס' והחכם עיניו יחזו דכל מ"ש הפוס' ז"ל לחלק בד' הרשב"א ממ"ש בסי' תרכ"ט למ"ש בסי' אלף קנ"ו והכנ"הג בח"מ סי' מ"ט הגב"י אות י"ב ובסי' קמ"ו הגב"י אות ח' יע"ש כ"ז אינו מענינינו הנוגע לנ"ד דאנן עסקי' בטעות בדין כמ"ש המעין והי והדברים פשוטים וא"כ כיון דקי"ל דהני נשי לאו דינא גמירי והדעת נותן דהני נשי יטעו בכך א"כ ודאי דגם בנ"ד בטעות מחלה כמ"ש כן ומגן שוייא ועם דמסוגייא דקי' הנ"ל לא ילפינן דנשי לאו דינא גמירי אלא דוקא לאוקומה אחזקת פנוייה דאית לה וגם מד' הרשב"א הנ"ל לא למדנו דאשה א"א שתדע וכו' רק לאוקומי ממונא אחזקתיה ברם להוציא ממון בטענה זו אכתי לא שמענו מכל האמור מ"מ הרואה יראה למהרשד"ם ז"ל בתשו' ח"מ סי' שכ"א דמתברר מניה דגם בדבר דכשכנגדו הוא מוחזק דיינינן הך כללא דנשי לא גמירי דינא. אפי' להוציא יע"ש וכן מתברר מתשו' הרב ת"ח סי' פ"ז דאהניא הט' דאשה לא ידעה אפי' להוציא יע"ש וכן מתבאר מדברי מר"ן החבי"ב ז"ל להדייא בתשו' בעי חיי ח"מ ח"א סי' פ"ג דצ"ד ע"א בד"ה ומה שבא בשאלה וכו' יעש"ב ואכתי לא אשכחן מאן דפליג עלייהו בזה ומסתמא נראה דכ"ע מודו דאהניא האי טענתא לאשה דנשי לאו דינא גמירי אפי' להוציא והכי קי"ל להל' בלתי ס' כלל וה"ה בנ"ד דיינינן הכי וכמבואר ומה גם דכבר. ידוע הסכמת כל הפוס' ז"ל דכדי להיות המחי' כדין צריך לכתוב בפי' בשטר המחי' שאמר המוחל בפ"מ יודע אני בבירור גמור שי"ל בידך יותר ועדין אתה חייב לי סך כ"וכ ועכ"ז אני מוחל וכו' כמו שהאריכו בזה הגאון הרב חק"ל ז"ל בח"מ ח"ב סכ"ו והרב החסיד ראש"ל חוקי חיים ז"ל בסי' ן' והמט"ש סי' רמ"ז הגב"י יעש"ב וכל שלא כתב כן להדייא ונתברר אח"כ הטעות המחי' בטילה וכ"ש בנ"ד דבאשה עסקי' דודאי בעי' שיעידו העדים בפי' שכן אמ"ל יודעת אני וכו' כמ"ש הרשב"א והר"ן הנ"ל הא לאו"ה מחילתה בטילה וכמדובר

ועם דהעדים דנ"ד הם המה ת"ח רשומים שבעיר ובודאי שלא העידו כזאת אם לא אמ"ל כן בפי' מ"מ כל שלא העידו בפי' שכן אמ"ל יודעת אני וכו' יכולה היא שתטעון טעיתי בדין ומחילתי בטעות ולאו כלום היא ובלתי ס' ואנס' שלא אמרה להם דברים הללו יודעת אני וכו' בפי' ומה גם דהעדים הנ"ל לא באו לדון ביניהם כלל זולתי הביאום להעיד על האשה ובעלה שנתרצו ויאותו באופן זה ותל"מ ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ח שב' להדיא דאפי' הטעוה ב"ד אפי"ה מחי' בטעות הוי ואינא כלום יע"ש. והגם דהרב פר"ח ז"ל בתשו' מים חיים סי' י"ג הוכיח במשור מד'. התוס' ז"ל דס"ל דמחילא בכתב אלימא הל"מ תו לטעון מחי' בט' הואי ועם דמהרשד"ם והרב פ"מ ז"ל ס"ל דלא שנא בע"פ לא שנא בכתב מצ"ל מחי' בטעות הואי עכ"ז מצ"ל המוחזק קי"ל כהתוס' ז"ל יעש"ב וכן הסכים הרב דב"מ ז"ל בח"ג סי' ט"ו יע"ש וע"ע בתשו' מר"ן החביב"ב ז"ל בא"הע סי' ך' יע"ש מ"מ מאחר דאנן בדידן קבלנו עלינו הוראות מר"ן הב"י ז"ל כידוע וחזינן ליה למר"ן ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ב דהביא לנו תשו' הרשב"א ז"ל הנז"ל דס"ל להדייא דאפי' המחי' בכתב ל"מ מידי כשהיא בטעות כמ"ש מהרשד"ם ז"ל שהוכיח כן שם מתשו' הרשב"א הנ"ל יע"ש ומר"ן ז"ל הביאה בסתם בלתי חולק ודאי דהכי ס"ל למר ג"כ גם מתשו' מר"ן ז"ל בא"הע בדיני גביית כתו' ס"ס יו"ד מוכח להדיא דהכי ס"ל בפשיטות דפשרו ומחי' בטעות אפי' בכתב ל"מ מידי שהרי נ"ד הפשרה בכתב היתה כמבואר בשאלה שם ואפי"ה בטולי בטלוה המבי"ט ומר"ן ז"ל לאותה פשרה מדין פשרה בטעות כיעו"ש וכן נקיט בפשוט מר"ן ז"ל גופיה בתשו' אבק"ר סי' קמ"ב יע"ש א"כ ודאי דאזיל בשיטת הרשב"ה ומהרשד"ם ז"ל דאין לחלק בין מחי' בכתב למחי' בע"פ ומה גם דראיתי להגאון החק"ל ז"ל במ"ב ח"מ סי' י"ב דר"א ע"א שכתב שהרב מהרח"פ ומהרש"ח ז"ל בתשו' משפטים ישרים ספ"ה הוכיחו ג"כ מד' התוס' ז"ל דבכתב אע"ג דלא ידע דמחיל הוי מחי' והוא ז"ל עמד בזה ודחה ד"ק והסכים שאין דבריהם נראין כלל והעיקר כמהרימ"ט ומהרשד"ם והפ"מ ז"ל שלא חלקו בין כתיבה לבע"פ יעש"ב ולו יהיה מ"ח הפוס' ז"ל בזה כבר קבלנו הוראות מרן הב"י גם במ"ש בכ"י ובתשו' כידוע והגם דאיכא קצת פוס' דס"ל דסברא שמביא מר"ן בב"י בסתם והשמיטה בש"ע ש"מ דלא ס"ל הכין וכתבתי אני עני במ"א דמצ"ל המוחזק קי"ל כוותיהו מ"מ בפרט זה דחזינא למר"ן ז"ל בב' תשו' הנ"ל דפשיט ליה כאותה סברא שהביא בסתם בב"י א"כ ודאי הגמור דכ"ע מודו בהא דל"א מדהשמיטה וכו' וכמובן ועם שכתבתי בעניותי במ"א דמצ"ל המוחזק קי"ל כמ"ד דלא קבלנו דעת הר"ן בב"י ובתשו' כמ"ש הרב ויוסף אברהם נר"ו בסי' כ"ג והרב רב ברכות ט"ו במע' ק' אות א' יע"ש מ"מ כעת דהרי פי ענה דנתברר לי ברור גמור מפום רבנן

קשישאי דכבר. נתפשט המנהג אצלנו לדון כמר"ן ז"ל דוקא גם במ"ש הב"י ובתשו' והכי דייני כל רבני עירנו הקדמונים ז"ל דור אחר דור ובכן אין מקום עוד למוחזק לו' קי"ל דלא כמר"ן ז"ל מר. באתריה כלל וכמש"ה פ"מ ז"ל בח"א סי"ב דו"ך ע"ב והרב כר"ש א"הע סי' ל"ד דצ"ב ע"ד דכל שנהגו הרבנים לפסוק כן דור אחר דור ג' דורות מוציאים מיד המוחזק ע"ש ועיין בס' חוקות החיים להרב הגדול עיר וקדיש מהרח"פ ז"ל הנד"מ בסי' י"ז ומ"ח דנ"ו ע"ב ובסי' ס"ז מ"ש בזה ואכמ"ל בזה עוד וברור והגם דהרב פר"ח ז"ל בתשו' הנז' והרדב"מ ז"ל ח"ג בסי' הנ"ל כתבו דביכול לברר קודם המחי' ולא בירר לא אמרי' בכה"ג מחי' בטעות היא ואינה כלום אלא אמרי' ידע ומחיל והוכיח כן מתשו' הג' שהביא הש"ך בס"מ סי' כ"ה ומתשו' מוהרי"קו ז"ל וגם הדב"מ שם האריך בזה וכן הסכים לדינא יעש"ב א"כ גם בנד"ן כיון דתלי"ת יש אלקי"ם שופטים בארץ דאיכא דיני בארעא דקביעי במתא ההיא א"כ בידה לברר קודם שתמחול לבעלה מידי לשאול אותם היא עצמה על הדין ועל האמת ויכולה לידע מהם דינא היכי הוי וכיון שכן מאחר שהיתה יכולה לברר מהם אמיתות הדין ולא ביררה ודאי דלא מצא תו לטעון טענת מחי' בטעות כלל אלא חשבינן ליה דידעה ומחלה וכמ"ש הרבנים הנז"ל וכמדובר:

אמנם הא ודאי בורכא היא בנ"ד כיון דאחר האמת כבר שאלה אשה לאותו קרוב והוא ג"כ הודה ולא בוש שכן הוא טעה והטעה אותה א"כ חשבה בדעתה שכן הוא הדין באמת ומה יש לה לברר יותר מזה ותו דלאו אורחייהו דהני נשי היקרות והנכבדות למיזל לב"ד למשיילינהו. דכל כבודו בע"פ כתיב כדאי' במס' שבועות בתוס' שם בד"ה וע"ע במ"ש מר"ן בש"ע ח"מ סי' קכ"ד ס"א יע"ש וכו' ובתשו' הרשב"ש סס"י ר"ל ובהר שכ"ק סי' ו' ח"ג ובש"פ ז"ל יע"ש ותו אי ליתא להאי טענתה בנ"ד א"כ גם בנדון הרב מהרמ"א ז"ל דסי' יו"ד הב"ל דהמורשה שלה טוען שהטעוהו אחד מן החכמים וכו' כנז"ל נימא דכיון דהיתה היא והוא וכו' לברר הדין מדייני העיר קודם שנתפשרו ולא בירר ידע ומחיל ואמאי פסקיה לדינא בפשי' דהויא מסי' בטעות ול"מ אלא ודאי כדכתי' בעניותין דכיון דאמ"ל א' כן חשיב כבירר ולא מחייב לשאול את פי חכמי העיר ודייניה וה"ה והוא הט' לנ"ד ממש דכיון דשאלה אשה לאחד הקרוב לבעלה הנה בדעתה שכן הוא הדין בודאי משו"ה נתרצת למחול שאר סכי כתו' לבעלה כיון דכלא"ה אין לה עליו בדין יותר ממה שהכניסה כמי שהטעה אותה הקרוב הנ"ל וכעת דאתבריר לה שטעה בדין והטעה אותה ג"כ הו"ל המחי' והקנין בטעות הוא ואין בו ממש וחוזרת בה כעת והדין עמה שיכולה לחזור בה כמדובר:

איברא דחזינא ליה להרב דב"מ ז"ל שם בסי' הנז' דס"ל למר דכל דהמוחל מחל דבר קצוב עד סך מה אפי' לא אמר יודע אני וכו' הו"ל כאלו אמר יודע אני וכו' כיון דפי' דבריו ומחל דבר קצוב ושכ"כ הכנ"הג בסי' י"ב דיליף לה מר מדברי הרמ"ע ואיתי לן מ"ש הרב פ"מ ז"ל בח"א בח"א סי' ז"ן דס"ל איפכא ודחה ד"ק כי לדעתו ז"ל זה מוסכם לכ"ע ואין חולק ע"ז זולת הפ"מ ז"ל יעש"ב אכן הרואה יראה להרב מחנ"א ז"ל בדיני אונאה סי' י"ז שכתב שזה מ"ח בין הרשב"א והרמב"ם יע"ש ועמ"ש עליו הרב נחב"ך ז"ל ח"ב א"הע סי' י"ד שהכריח בד' קמחנ"א ז"ל וסיים ע"ז וז"ל וא"כ מידי ס' דפלוגתא לא נפקא לדעתו ז"ל יע"ש וא"כ בנ"ד דאיכא דבר קצוב במחי' כיון דבפי' אתמר בשטר המחי' דנ"ד שמחלה הסך ת"ש גרוש הנשאר לה מכתו' ולא נשאר חייב לה בעלה כשיגרשנה זולתי הסך ת"ק גרוש דוקא כנז' א"כ הו"ל כאלו אמרה בפי' יודעת אני וכו' ומצי הבעל המוחזק למטען קיי"ל כדעת הרמב"ם והרב"ע ז"ל דכל שפי' במחי' דבר קצוב הו"ל כיודע אני וכו' כנז"ל ולא מצי תו לטעון טענת מחי' בטעות משום דלא אמרה בפי' יודעת אני וכו" וכמדובר: ברם הא נמי ליתא לענ"ד. כלל בנ"ד משום דדבר הוכיח במשור הרב נחב"ך ז"ל שם דצ"ד ע"ב מדברי הפוס' ז"ל ומד' הדב"מ ז"ל עצמו דלא כתב כן הרב דב"מ ז"ל דבפי' דבר קצוב מהניא המחי' והו"ל כיודע אני וכו' אפי' להרשב"א ז"ל אלא דוקא היכא דביד המוחל לברר דאז איכא למימר דכיון דבידו לברר ופירש במחי' דבר קצוב חשבינן ליה כאלו אמר יודע אני וכו' ולא מצ"ל שלא ידע אבל כל שאין בידו לברר כ"ע מודו דאפי' פי' דבר קצוב. ג"כ מצ"ל מחי' בטעות הואי ופטומי מילי בעלמא נינהו כסברת הרב פ"מ וכו' גם מ"ש המחנ"א וכו' לדעת הרמב"ם הט' נמי משום דבידו לברר וכו' יעש"ב וא"כ כפי"ז בנד"ן דלא שייך הא דבידה לברר וכו' כמש"ל דכיון דכבר שאלה אשה לאחד מהקרובים והטעה אותה והיא גם היא א אדיבורה דידיה קא סמכא ולא עלה בדעתה. שהטעה אותה בדין ושהוא גם הוא לא ידע הדין על בוריו ועיין בפ"מ ח"ב סי' כ"ו שכ"כ ויליף לה מתשו' מנהרי"קו ש"ו קי"א והבי"ד הנח"ב שם וגם דלאו אורחי דנשי למיזל לב"ד למשיילינהו כנז"ל נמצא דבנ"ד היא מוצאת מהדין חילוקא דבידה לברר או לא ותו שכבר ביררה כנ"ל משו"ה נתרצית למחול השאר דפטומי מילי בעלמא הוייא מחילתה כיון דבלא"ה אין הדין מחייב לבעלה במה שמחלה כמ"ש לה הקרוב אליו ונמצא שטעה בדין והטעה לה ודאי דמחי' בטעות היא זו ויכולה לחזור בה וכאמור ומדובר והגם שלא גילתה דעתה האשה הלזו בעת שמחלה שאר סכי כתובתה שמפני שאמרו לה כן היא מוחלת הכל שלא היה גילוי דעת ממנה בשעת המחי' אמרי' דמסתמא מחלא לגמרי ולא מצי למיהדר בה השתא בטענת מחי' בטעות וכמ"ש מור"ם ז"ל בהגהה ס"סי כ"ה עמ"ש

מר"ן ז"ל כש"ע דיין שטעה וכו' יע"ש והוא ממ"ש הרב העטור ז"ל בשם הרי"פ ז"ל הביאו מר"ן ז"ל בב"י סי' י"ב ובכ"מ בפ"י מה' סנהדרין יע"ש והם דברי הרי"פ ז"ל בתשו' סי' קכ"ד יע"ש אכן מ"מ דעת מר"ן ז"ל נראה ברור דלא ס"ל הכי מדלא כתב כן בסי' כ"ה הנז' וכן בסי' י"ב סי"ד וט"ו פסק לתשו' הרשב"א ז"ל שהביאה בב"י מוכח להדייא דלא בעינן גילוי דעת כלל וכן מבואר דעתו להדייא בתשו' א"הע הנז' דנ"א ע"ב הוא והמב"ט ז"ל יעש"ב והגם דמתשו' מר"ן באבק"ר סי' קמ"ב כראה לכאורה מד"ק שם דבעי גילוי דעת מעיקרא ליתא דשאני התם המעשה שהיה כך היה הלא דבדוקא בעי מר"ן גילוי דעת אלא דעת אלא משום דבנ"ד הכי הוה עובדא כתב כן ועיין בתשו' הרב יד מלאכי ז"ל כי באה בס' תודת שלמים סי' א' דע"ה ע"א שאסף איש טהור להקת הפוס' ז"ל דס"ל דלא בעינן גילוי דעת כלל מצ"ל מחי' בטעות מכח האומדנא לב"ד יע"ש וכן מתבאר מדברי מר"ן החבי"ב ז"ל בתשו' בעי חיי ח"מ ח"א סי' ע"ג שהסכים לדעת מר"ן והמבי"ט ז"ל ובתר הכי כתב' וז"ל מעתה אין צורך להאריך ולבאר שנאמן בנימין לומר שמפני ספק החכם המורה הא' נתפשר דבכל תשו' הרבנים שקר' בא הדבר שאין צורך לעדים כל שטוען שמפני כך נתפשר אומר הוא דבשביל פסק הדיינין נתפשר ונאמן וכ"כ וכו' יעש"ב וע"ע להרב ירך אברהם מ"ח סי' א' יא' מ"ש בזה גם הוא ז"ל יע"ש ובס' במ"ח דל"ב ע"ד יע"ש:

מעתה צריך לבאר למען דעת הטעות שטעה הקרוב הנ"ל והטעה אותה ג"כ כנז"ל והוא כי הנה נודע מ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' והביאה מר בריה רבינו הטור ז"ל בא"הע סי' קי"ח וז"ל מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנו אין לה מן הדין לגבות זולתי מה שהיא טוענת ותברר מסכום נדי' ולא תחוש למה שימצא כתוב מתנה לכתו' כי רוב הכתו' נוהגים בהם להוסיף ע"מ שיטול הבעל ולא יחוש הבעל לתו' ולהוסיף על עצמו מה שלא קבל לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין בזה אמרז"ל כי כתב לה אדעתא למיקם למיפק ולמיסב לא כתב לה וכו' ואם תבע הוא הגירושין אינו יכול לגרשה אלא לרצונא או להחד שיפרע לה כל סכום כתו' עיקר הנדונייא ותוה' וכו' עכ"ל עש"ב וכ"כ הרב פרי האדמה ז"ל בח"ג דל"ו ע"א ואייתי בידיה תשו' הרא"ש הנ"ל יע"ש הנה מבואר דנ"ז דהאשה תובעת מבעלה שיגרשנה אינה וכו' לגבות ממנו רק מה שהכניסה לו דוקא אבל תוס' שהוסיף לה מדיליה בכתובה אינה גובה כלל דאדעתא למיסב ולמיפק לא כתב לה ואם הוא תובע הגירושין שרצונו לגרשה אזי חייב לפרוע לה כל סכי כתו' גם התוס' בכלל כמבואר בד' הרא"ש ז"ל הנ"ל וכנ"ל וכו' מיירי אם היא תובעת הגירושין מבעלה בשאט ובנפש בלתי שוכי סיבה וכמו כן אם הוא תובע לגרשה בלתי שום סיבה

כלל או שהם בתוך הזמן שהתנו ביניהם דהיינו יו"ד או חמש שנים לבתולה או לאלמנא הנהוג כהם אם הגיע זמן היו"ד שנים לבתולה או ה' שנים לאלמנה וגרושה ולא ילדה לו זש"ק ורצון הבעל לישא אא"ע אי מצי למיקם בסיפוקייהו ואשתו הראשונה טוענת עליו אם תרצה לישא אשה אחרת תפטור אותי בגט ותן לי כתובתי כי איני וכו' לסבול צרה עמי בהא אשכחן להריב"ש סצ"ה ולהרב"ה ח"ב סי' שכ"ז דס"ל ז"ל דיכולה לטעון על בעלה וחייב בעלה לגרשה קודם שיש"א אחרת כמ"ש שם וכ"כ הרב תומת ישרים סי' פ"ד יע"ש ולדברהם ז"ל ודאי דינא הכי הוי דצריך לפרוע לה כל הכתובה עם התוס' אין נגרע דבר דומייא למאי דקי"ל הנושא אשה אשהתה עמו עשר שנים ולא ילדה דיוציא ויתן כתובה דהיינו גם התוס' בכלל יע"ש הרב על אליאו ז"ל בח"א א"הע סי' י"ג יעש"ב א"כ הה"ן לדעת הריב"ש ורדב"ז והרב ת"י ז"ל הנ"ל בשהתה יו"ד שנים לא ילדה ורוצה גט וצ"ע דס"ל ז"ל שיכולה לטעון עליו הא פטור אותי בגט ואח"כ תקיים המצוה א"כ ודאי דצריך לפרוע כל הכתו' וגם התוס' כיון דמן הדין מחייבינן ליה לגרשה קודם שישא אא"ע וכן מבואר בדברי הרדב"ז ז"ל יע"ש:

אמנם זאת מצאתי להגאות מה"רין מיגש ז"ל בתשו' הנדפסות בס"ס לקוטין הרמב"ן בסי' ק"ן שפסק להדייא דהדין עם הבעל ליש"א א"ע וטעות האשה מהבל תמעט יע"ש. ולפ"ד אם ירצה לשומעה לה בעלה לגרשה אין לה עליו תוספת כלל דהררי דינא כדין אם תובעת היא הגירושין ממנו ממש שאין לה עליו תוס' וכמש"ל בשם הרא"ש ז"ל ובודאי דאלו הוהו שמיע להו לגדולי הפוס' הנז' ודאי דהוי הדרי בהא ופסקי כוותיה גם ראיתי למרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג א"הע סי' קנ"ד הגה"הט אות נ"ד שכתב וז"ל ונ"ל שאין דין הרדב"ז אמור שיכולה לו' פוטרני בגט ותן לי כתו' אלא דוקא כשלא התנו בפי' שאם שהתה יו"ד שנים ולא ילדה אחרת יקח לו אבל אם התנו כן בפי' נושא אא"ע ואין לומר פוטרני בגט וכן דאיתי פה תורייא שנוהגים להתנות וכו' עכ"ל עש"ב והרב קול אליאהו בפי' הנז' נשאל ע"ז בנ"ד ואייתי לן דברי הפוסקים הנז' ומ"ש הרב כנ"הג ע"ד הרדב"ז ז"ל כנ"ל והולד מד"ק דכ"ש לפי מה שנוהגים לכתוב בכתו' במקו' הללו שלא ישא אא"ע אא"כ שהתה עמו יו"ד שנים וכו' דכיון דהרב המאסף פשיטא ליה אפי' אם אינו כתוב עליה אפי"ה נושא עליה ואינא יכו"ל פוטרני בגט וכתו' כ"ש וק"ו כשכות' שלא ישא אא"ע אא"כ התה וכו' דמשמעו' כששהתה ישא עליה בלא גט וכיון דאין גט אין כתובה וכו' עכ"ל יע"ש וגם מניה דמר אשתמיט תשו' הגאון ומהרימ"ט (מהריב"מ) ז"ל הנ"ל שלא הזכירו כלל וע"ע להר' ויקהל אברהם זלה"ה בא"הע סי' מ"ט בזה עש"ב ובכן דון מנייהו ואוקי באתרין כיון דגם באתרי דידן נהיגי להתנות בכתו' שלא ישא

אא"ע אא"כ שהתה וכו' כידוע א"כ בודאי הדין נותן שאם שהת' יו"ד שנים ולא ילדה לו זש"ק שיכול לישא אא"ע ואינא יכולה לומר פוטרני בגט וכתו' וכהסכמת הפוסקי' ז"ל הנ"ל וכשתתבע מבעלה ש שיפטרנה בגט כי אינה יכולה לסבול צרתה בצידה וירצה בעלה לגרשה הדר דינא דאין לה עליו שום תוס' כלל וכמדובר ואם כל זמן דאגידא ביה. אשתו הראשונה לא יהבי ליה אתתא אחריתי ורצונו לפשר לזו כדי שיוכל לישא אא"ע בת בנים הא ודאי דחיובא רמי עליו לתת לה כל סכי כתו' גם התוס' דהדר דיניה כאלו הוא תובע הגרושין ממש וכמובן שו"ר הדבר מבואר בס' הון יוסף להרב מהרי"ז ז"ל בסי' א' ד"ב ע"א שכ"כ וז"ל ולעניין התוס'. מצ"ל קי"ל וכו' והדברי' ק"ו אם הבעל רצונו לישא אא"ע והיא מיאנה מגרש אותה קודם ואח"כ יעשה. מה שלבו חפץ דאין לה לא עיקר ולא תוס' אלא בלאותיה הקימים וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ שם בד"ג ע"ב בהסכמת רבני ירושת"ו יע"ש והדברים ברורים וכו' מיירי בדמצי למיקם בסיפוקיהו דתרתי נשי הא לאו"ה מדינא דגמ' קי"ל דיוציא ויתן כתובה כמ"ש מר"ן ז"ל בש"הט א"הע סי' ל' יע"ש וכתב ע"ז הרב. קול אליאו ז"ל שם וז"ל אך הכל תלוי לפי ראות עיני הדיין שאם רואה שיש אהבה בינהם ואף אם ישא אא"ע יקח לו בית אחר כמ"ש הרמב"ם ז"ל ויזכור לו מעשה הראשונה ויתנהג עמה כהלכ' גוברין יאודאין מוטב ואם יראה הדיין. כי גדלה השנא' ביניהם ויש לחוש שלא ישגיח עליה אע"פי שיש לו כדי לזון גם ב' חזר הדין כאלו אין בידו לזון את ב' וכופין אותו שיוציא ויתן כתו' כנלע"ד עכ"ל יע"ש:

ואני ברגליו אעבורה לחלק עוד חי' אחר בזה וכבר כתבו הרב הנ"ז גופיה שם לדעת הריב"ש ז"ל והוא זה דמאי דקי"ל דנושא אדם כמה נשים והוא דמצ"ל בסיפוקיהו היינו דוקא דברירא לן דאית ליה אבל היכא דלא ידעינן אי אית ליה. או לא מן הספק יוציא ויתן כתו' ואח"כ ישא אחרת יע"ש והוא חי' נכון ומוסבר דאל"כ כל א"וא מצ"ל דאית ליה ומצ"ל בסיפוקייהו ומה גם דלענין דזה נכנס בכלל ס' שבועה דאזלי' ביה להחמיר דכיון דנשבע לה בכתו' לקיים תנאי כתו' ותנאי ב"ד מראש וע"ס כנהוג להשביע החתן בז"הל ממש כידוע ואתייא מכללא על מזוניכי וסיפוקיכי וכו' וגם נשבע לה' שלא ישא אא"ע וכו' וכיון שיש ספק אי מצי למיקם בסיפוקייהו דתרתי או לא אזלי' להחמיר והדברים ברורים:

עוד נלע"ד לחלק בזה חי' אחר והוא אמיתי ונכון לענ"ד והוא זה דניחזי אנן בהאי גברא נמי אם הוא כילי וקמצן אפי' באחת ולא עלתה לו לזון ולפרנס אותה כפי כבודו שהוא מקמץ עליה ואינו זנה ומפרנסה כפי יכולתו וכ"ש אם אחרת יקח לו עליה דודאי יאחז דרכו בקמצנו וכיליות יותר מהימים הראשונים בזה וכל כיוצא בזה הגם דידעינן ביה

בבירור דאית ליה לזון כמה נשים דינינן ביה כלו אין בידו לזון את שתיהן וכופין אותו שיוציא ויתן כתו' והכל תלוי לפי ראות עיני הדיין וכמ"ש הרב קול אליאו ז"ל וכנז"ל וע"ע להרב מהר"י עייאש ז"ל בבית יאודה א"הע סי' ה' ך מ"ש בזה יעש"ב:

ובכן נבא לברר הטעו' של הקרוב והאשה דנ"ד ע"פי מ"ש בשטר המחי' המוצג בשאלתנו בראש אמי"ר דהנה מ"ש בתחי' הצעת דברים ששאלה אשה להתגרש ולקחת את שלה דוקא הא ודאי דינא הכי הוי דאם היא תובעת הגירושין ודאי שאין לה על בעלה זולתי מה שהכניס' לו וכמ"ש הרא"ש וכנז"ל ברם מ"ש אח"ך שבסוף זמן החמש שנים תתחייב להתגר' מבעלה ולא תגבה ממנו כי אם שך ת"ק גרוש זה ודאי טעות גמורה דע"פי הדין אם הוא תובע הגירושין חייב לפרוע לה כל כתובתה עיקר ותוס' וכמ"ש הרא"ש וכנז"ל ואם נאמר דכוונתם בזה הוא אם תרצה היא להתגרש ממנו משום דאינה וכו' לסבול צרתה בצידה ועכ"ז ויתר לה בעלה משלו עוד ב' מאות גרוש הנה מלבד דאין במשמעו' לשון השטר הנ"ל כן עוד בה א"כ מהו זה שכתבו בתר הכי שאם בז' הנז' לא תרצה להתגרש ממנו שאין לה שום פ"ק אם מהסך ת"ק אריות ולא מזונות וכו' וגם מ"ש אח"ך שאם נשארו נשואי' יחד זע"ז כל ימי חייהם בין נשא אא"ע בין שלא נשא אין לה כתו' עליו זולתי הסך ת"ק אריות וגם למה הוצרך בעלה להתנות עמה שתמחול לו הנשאר מכתובתה כיון דבלא"ה כ"ז שהיא תובעת הגירושין אין לה עליו תוס' כלל זולתי מה שהכניסה לו דוקא וכנז"ל אלא ודאי הדבור ברור כשמש שרצו להתנות עליה להתחיב להתגרש ולע"כ כ"ז שירצה בעלה לגרשה ולא תגבה התוס' וזהו הטעות שהטעו אותה הקרוב אליו שהסביר זה שהדין הוא שאם יגרשנה בעלה בחיי' חייתו אין לה עליו תוס' אפי' שהוא תובע הגירושין זולתי כשתתאלמן דוקא וכמו שכן טוענת בפה מלא שמחילתה בטעות הייתה ואותו קרוב הודה בזה וכבר כתבנו שהשכל גוזר ומחייב שפן הוא האמת כמבואר בכל הפוס' ז"ל דחזקה דאין אדם מוחל ממונו בכדי אם לא דהיה מוטעה או שלא היה לו שטר וראייה שהיה יכול לגבות בו או שסבור שאין לו ונמצא שי"ל ככל מש"ל וא"כ הדבר פשוט דשטר מחי' דנא ה"ה בטל ומבוטל כדקי"ל קנין ומחי' בטעות חוזר ולאו כלום הוא ואפי' אם היה שם שבועה היתה בטלה מכח הטעות הנ"ל וחזר הדין להיות שטר כתובתה שבידה שר"וק וחזק כראי מוצק ואם ירצה הבעל לגרשה משום דכ"ז דאגידא ביה האי אתתא לא יהבין ליה אחריתי הא ודאי דחייב הבעל לפרוע לה כל סכי כתו' עיקר ותוס' משלם כמש"ל והדברים ברורים:

עוד הנה מקום אתי לבטל. שטר מחיל' דנא דנ"ד מכח התנאי הכתוב בכתו' שקבל הבעל ע"ע בקנין וש"ח וכו' שלא יפתנה למחול לו כתובתה כולה או מקצתה ואם מחלה לא

יהיה מחול כנהוג להתנות לכתוב כן בכל כתובות דידן כידוע וא"כ ה"ן בנ"ד שהמחילה שלה הייתה ע"י פיתוי והטעהה מהקרוב לבעלה. ואינו רחוק שיהיה אותו קרוב מלומד מבעלה להטעותה ולפתותה למחול לו יותר מחצי כתובתה ודאי דל"מ מחילתה מכח התנאי ג"כ וכמ"ש מר"ן ז"ל בתשו' א"הע דיני נישואין סי' ד' וז"ל ומ"מ אם מנהג פשוט וכו' לכתוב בכתו' תנאי שלא יוכל לפתותה למחול ואם מחלה לא יהיה מחול וכו' וא"כ אין מחילתה כלום אע"פי שי"ל גמגומי דברים על מי שעבר ופיתה את אשתו אם אותה מחי' בטלה מפני תנאי. זה דאכ"ל מחי' קיימת דהיאך אדם מתנה דאם ימחול לא הוי מחי' מחי' אם כפי הדין הוא מחי' ואפשר דבקניין מצי לסלוקי נפשיה מההיא מחי' וכו' מ"מ בנד"ז בלאו"ה יל"ח ולו' דאין ענין אותו תנאי לכאן דבאותו תנאי לא מיעט אלא שלא יפתנה למחול אבל אם היא תבא ותמחול מעצמה אינו בכלל ובנ"ד משמע שהוא לא פיתה למחול אלא אדרבא היא פיתתה אותו למחול לו כדי שלא ישא אחרת עליה וא"כ פשיטא שאין זה בכלל התנאי עכ"ל יע"ש:

הרי להדייא מבואר בדברי מר"ן ז"ל הללו דבכל כה"ג דנ"ד דהמחי' שלה אדרבא היא כדי שישא אא"ע ויוכל לגרשה באיזה עת וזמן שירצה וע"י פותוי וקטטות ומריבות כמ"ש העדי' בתחי' הצעת דבריהם בשטר המחי' הנז' וכהודאת הקרוב הנ"ל ודאי דל"מ מתחי' כלום וכמבואר ועם דמרן ז"ל גמגם בתנאי זה דהיאך אדם מתנה דאם ימחול ל"מ אם כפי הדין מהניא מח"י מ"מ כתב עוד דבקנין מצי לסלוקי נפשיה מההיא מחי' כנז"ל ועם שכ' זה מרן בלשו' אפשר מ"מ כבר כ' הפוס' הא"ח ז"ל דאפ' שכות' הפו' ז"ל הוא בודאי וכמ"ש אני עני בזה קצת במ"א ושם הבאתי מ"ש בזה הרב הגדול מופת הדור מהרח"פ ז"ל בנשכ"ח יע"ש ואכמ"ל:

וראיתי להרב תורת חסד ז"ל בתשוב' סי' פ"א ופ"ב ופ"ד שרמז בש"ות מרן ז"ל הנ"ל וכתב עליו וז"ל ואע"פ שמהרי"ק נסתפק בדין זה אי מועיל זה התנאי ונראה מדבריו שכ"ן לו עיקר שמועיל לבטל המחי' אין זה מספיק ממ"ש בע"הת משם העיטור דל"מ תנאי כה"ג וכיון שכן אכתי לא נפיק מידי פלוגתא עכ"ל יע"ש והנה משה"ק ע"ד מרן ממ"ש בע"הת משם העיטור בדין מוכר שט"ח לחבירו דקי"ל דאם חזר ומחלו מחול וע"ז כתב העיטור דאפי' התנה עמו שלא יוכל למוחלו ל"מ תנאה ומצי מחיל יע"ש וראיתי שכן פסק מרן ז"ל גופיה דין זה עצמו בש"הט סי' ס"ו סכ"א יע"ש ובב"י שם כתב הטעם העיטור בזה הוא משום דא"א ל להתנו' שלא יוכל לעשו' מה שהוא יכול לעשות יע"ש והיינו ממש כמ"ש בתשו' הנ"ל בגמגומו הנ"ל ואולם אכתי מצ"ל דלא מיירי בע"הת והעיטור והטור ומר ז"ל בדין הנז' כי אם התנה עליו בלתי קנין שלא יוכל למחול אכן

אם קבל עליו בקנין שלא יוכל למחול אפשר וקרוב לודאי דכ"ע אזלי ומודו דבקנין מצי לסילוקי נפשיה וכמ"ש מרן ז"ל בתשו' הנ"ל וכנז"ל וכן מוכח מלשון מרן ז"ל שבסי' ס"ו סכ"א הנ"ל דבלתי קנין איירי דתחי' כתב וז"ל או יקבל עליו הלוה בקנין וכו' ושוב כתב ואפי' אם התנה עמו שלא יוכל למחלו אם מחלו מחול ואי איתא דנ"ז בקנין איירי הול"ל להההיא ואפי' אם התנה עמו בקנין כמ"ש בתחי' יקבל עליו הלוה בקנין וכו' כנ"ל אלא ודאי צ"ל דבתנאי זה לא מיירי בקנין כלל וכמדובר ובכן אין מקום עוד לענ"ד לקוש' הרב ת"ח ז"ל בראייתו שהביא ממ"ש העיטור לדחות דברי מרן ז"ל שבתשו' הנ"ל דבנקל י"לד וכמדובר:

ואין להק' ע"ז דאי איתא דדינא הכי הוי דאפי' אם מחלה ל"מ מחילתה כנז"ל א"כ למאי הלכתא תקינו רבנן שבועת אלמנה שלא מחלה וכו' כיון דבלאו"ה אפי' אם מחלה ל"מ מחילתה כפי התנאי הכתוב בכתו' כנז"ל דהא ודאי אינה קו' כלל חדא דעיקר שבועת אלמנה הוא משום דחיישי' שמא אתפסה צררי בעלה בחייו ולכך טרם כל משביעין אותה דלא אתפסה צררי ואגב. נמי משבעינן לה בגלגול דלא מחלה וכו' כמבואר מדברי מרן הב"י בא"הע סי' צ"ו וביד אהרן שם הגב"י אות ט' יע"ש וע"ע להרב ערוך השולחן א"הע שם מ"ש בזה יע"ש ואכמ"ל בזה:

ועוד דאפי' את"ל דגם שבועה שלא מחלה נמי היא מעיקר השבועה ג"כ כמו שבו' דלא אתפסה צרורי מ"מ לק"מ שכבר נתבאר בדברי מרן ז"ל שבתשו' הנ"ל בחי' הנ"ל דאותו תנאי דלא יפתנה למחול וכו' לא בא למעט דק שלא יפתנה הוא למחול אבל אם היא תמחול מעצמה אינו בכלל וכו' יע"ש כנז"ל וא"כ משו"ה משבעינן לה שלא מחלה מעצמה וכנדון מרן ז"ל הנ"ל או כיוצא בו:

ותו דבלאו"ה נמי לק"מ קו' הנ"ל דחיישינן לה שמא מחלה לבעלה כתו' באופן המועיל לפו"ד שלא תתבטל מחילתה מכח התנאי הנז' והיינו בל' הודאה שתודה לפני עדים שכבר נתקבלה כתו' מבעלה ותכתוב לו התקבלתי וכו' כמ"ש הפוס' ז"ל דבכה"ג תועיל מחילתה לפו"ד ואינה מתבטלת משום תנאי הכתו' הנ"ל כמבואר בפוס' ז"ל ועיקר שורשוי ממתני' דכתוב' דד"ן ע"ב והיא כותבת לו התקבלתי וכו' ובש"ס שם דנ"ו ע"א ובפירש"י שם ובפי' הרא"ש בשיטתו בס' אישי ה' ובחי' הריטב"א שם ובמהרשד"ם א"הע סי' קע"ט ובמהרח"ש ק"ע סי' ך' דקל"ו ע"א ובח"ב סי' ך' ובכר"ש א"הע סי' מ"ה ובכנ"הג א"הע סי' קי"ח הגב"י אות ז' ובמ"מ ח"א א"הע סי' ל"ב ובפרמ"א ח"א סי' יו"ד י"א הכ"א עדות ביהוסף ח"ב סי' כ"ח גו"ר א"הע כ"ד סי' יו"ד וט"ו אדרת אליאו סי' י"ב פני אהרן א"הע סי' ז' חיים ביד הנד"מ יע"ש ד"ק הלא בספרתם ואכמ"ל בזה עכ"פ

עלה בידנו ביטול מחיל' האשה הלזו דנ"ד אם מכח התנאי הכ' בכתו' ובכל האמור ומדובר שו"ר להרב כנ"הג ז"ל בח"מ סי' ר"ט הג"הט אות מ' שהק' כזאת משבועת אלמנה למ"ד מוחל חוב שלא הגיע זמנו ליגבות הוי דשלב"ל ול"מ ותי' דשמא מחלה בשבועה דאע"ג דמצד הדין לא קנה חייבת להשלים מכח שבועתה יע"ש ותיר' זה ניתן ליאמר לקו' דילן נמי דשמא מחלה בשבועה וכו' כמובן אמנם לכת הפוס' דס"ל קא"כ שא"כ לא אתי שפיר תי' זה דמרן החבי"ב ז"ל וצ"ל לדעתם ז"ל דתירוצו הכ' שם לקושייתו הנז"ל והוא ז"ל לשיטתיה אזיל דס"ל דחייב להשלים מכח שבועתו כמ"ש הוא ז"ל בכ"מ מע"הג ומתשובותיו דלא כמהריב"ל ודעימיה כמ"ש אצלי במ"א בזה באורך ואכמ"ל בזה וע"פי האמור החכם עיניו יחזו דאין מקום עוד למ"ש הרב חלקת מחוקק ז"ל בסי' ק"ה ס"ק שהביא ראיה משבועת אלמנה שלא מחלה דבסי' צ"ו דמזה מוכח לדעתו ז"ל דמהניא המחילה הגם דתפיס שטרא יע"ש ולענ"ד למאי דכתיבנ' בעניותין ליכא מינה שום הוכחה כלל דאיכא למימר חדא משינויי הנ"ל ואפשר דלזה כיון הרב ב"ש ז"ל שם שכתב על הראיה מסי' צ"ו הנז' יש לדחות יע"ש שו"ר להרב פרמ"א ז"ל בח"א סי' קנ"ח שכ' דבנ"ד דהוי מחילה מחיים שאם תתאלמן או תתגרש לא תגבה כתו' לא נכלל בתנאי זה הכתוב בכתובה דתנאי זה אינו אלא כשבאה למחול לאח"מ וכו' ומן הדין מחילתה מחילה והסכים דעת מרן ז"ל בתשו' הנ"ל לחילוקו הנ"ל יע"ש ולפי דבריו ז"ל למדנו עוד ת' מרווח למאי דאנן משבעינן להאלמנה שלא מחלה דה"ט משום דחיישינן לה שמא מחלה מחיי' וכמובן ומינה יוצא לנ"ד דהוי מחילה מחיי' לגמרי כמבואר בשטר המחי' דנ"ד דינא נפיק כפי חילוק הרב ז"ל הנז דמחילתה קיימת ולא. מתבטלה מכח תנאי הכתובה הנז' וכמבואר: אלא דשו"ר להרב מר ואהלות ז"ל בתשו' א"הע סי' ב' שעמד בנ"ד על ספק זה ואיתי לן מ"ש מרן ז"ל בתשו' הנ"ל ואם הביא דברי הרב פרמ"א ז"ל ודחה ד"ק בב' ידיו ורב תנא הוא ז"ל ופליג עליה בחי' הנ"ל וס"ל למר דגם בכה"גו דהיינו מחילה מחיים נכנסה בכלל התנאי הנז' יע"ש ודבריו בזה נכונים הם בטעמם כמ"שיר המעיין וכיון דאשכחן מאן דפליג ע"ד הרב פרמ"א ז"ל בסי' הנ"ל ואיכא שבועה בנ"ד הו"ל ספק שבועה וקי"ל להחמיר וכמ"ש הרב ת"ח ז"ל בסוף תשו' הנז' יע"ש ברם מ"ש עוד הרב מר ואהלות ז"ל שם לעיל מזה ע"ד מרן שבתשו' הנ"ל וז"ל וכיון דמרן ז"ל לא אמרה אלא בדרך אפשר ובכה"ג מבואר בשם העיטור דל"מ תנאי ומ"ש שם אפי' בקנין עי"ש בתשו' הת"ח וכו' עכ"ל יע"ש לדבר הזה יסלח האדון שכבר כתבנו דרוב הפוס' ס"ל דלשון אפשר שכותב. הפוס' הוא בודאי גמור ואם הא הבע"הת משם העיטור אין הכרח ולא שום משמעות דמיירי בקנין כלל ואדרבא דקדקנו מלשון מרן שבש"ע דלא מיירי

בקנין וכנז"ל והמעיין יבחר גם עתה ראיתי ג"כ להרב נוכח השולחן ז"ל בא"הע ס"סי ט"ו שעמד בזה הוא ז"ל ג"כ על אותו נדון עצמו שנשאל עליו הרב מר ואהלות ז"ל הנז"ל וחזיתיה למר שגם הוא ז"ל נתעצם מאד בראיית הרב ת"ח ז"ל מדברי העיטור הנ"ל ואמר עליו שיותר מזה הול"ל דמרן עצמו בסי' ס"ו פסק להדיא דהעיטור במשנה סתמית ואיך בתשו' לא נזכר מזה יע"ש ואנא עניא כבר כתבתי מה שנלע"ד דראיה זאת לא מכרעא כלל וכבר הודה הרב ז"ל גופיה שם בתשו' הנ"ל שלא ראה תשו' מרן ז"ל במקומה כלל ואם ראיתי לו ז"ל שם שעמד בחת"י שבועת אלמנה הנז' ולא מצא מענה לחקי' זו כי אם עפי"ד הרב פרמ"א ז"ל בחי' הנז' יע"ש ולענ"ד אין צורך לזה וכמש"ל ובסוד"ק ראו הביא לנו מ"ש הרת"ח ז"ל דלא מצי פטר נפשיה דבעל בט' קי"ל משום ד דקי"ל ס' שבועה להחמיר ואיהו ז"ל אסף יקבץ ה' טעמים להקל בשבועה זו דנ"ד לזכות לבעל יעש"ב ואנא עניא כבר הארכתי בפרט זה דשבועת החתן דנ"ד בספרי הקטן פני יצחק בסי' ט"ו ובסי' כ"ו ובתשו' כת"י והעליתי שם לענ"ד דאין להקל בשבועת החתן הלזו דנ"ד משום צד ואופן כלל ואמרי' בה ס' שבועה להחמיר יעש"ב ואכמ"ל בזה והכלל העולה מכל מ"ש דלכל הדברות מחילת האשה הלזו דנ"ד ה"ה בטילה לגמרי ואין בה מועיל כלל לענ"ד הנלע"ד כתבתי לא להלכה ולא למעשה רק תורה היא וללמוד אני צריך ותל"מ וצו"י י"מ וימ"ן ולא אכשל בדבר הלכה אמן כי"ר פי המדבר זעירא דמן חברייא:

הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

סימן ו

שאלה ראובן נשוי אשר בעיר דמשק יע"א עיר מולדתם של האיש והאשה הנז' ומנהג דמשק יע"א לכתוב בכתובות מכלל התנאים תנאי אחד וז"ל הדירה פה דמשק יע"א ובמקום אשר יטב לשניהם וכו' ובסוף התנאי' כתוב שנשבע החתן ש"ח בת"כ ע"ד המב"ה וע"ד הנב"י לקיים כל הנז"ל וראובן זה ואשתו זה להם כמה שנים דרים בעירם ומתפרנס ממלאכתו וכעת נסע לביירות ומצי פרנסה במלאכתו יותר בריוח כמעט כפלים בהכנסתו שהיית' לי בדמשק ק יע"א ושלח אחר אשתו שתבא אחריו לדור עמו לביירות ולא קבלה ללכת אחריו ולעזוב ארץ מולדתה ומשפחתה וקרוביה ומיודעיה וגם טוענת שאפי' בעירה אין לה חיות עמו מרוב קמצנותו וגם אין לו אהבה עמה מחמת שהיתה נשואה עמו קרוב לח' שנים ולא ילדה לו כלל זוהי סיבה שמסרבת וממאנת מללכת אחריו בשום צ"ו כלל והוא טוען שהיה מתפרנס בעירו בדוחק ובצער וכעת הוא בריוח בפרנסתו כי הוא מרויח במלאכתו יותר מכפלים ואינו חוזר לעירו הנז' כלל בשום אופן וטוען ראובן שאם לא תרצה אשתו לבא אצלו שהוא מוכן לגרשה בלתי כתו' ותוס' או

ישא אא"ע ודינא בעו שני הצדדים הנז' אחד האיש ואחד האשה ומה גם כי אביה טוען בריא כי קודם הקי' של בתו הנז' עם חתנו הנז' התנה עליו בקג"וש שלא יוכל להוציאה מעמו כלל ועיקר בשום אופן ועידי הקניין קיימים יבואו ויעידו כן יורנו מו"ץ הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה הנה אמת דלפום דינא היה הדין נות שיכול הבעל הנז' לכוף לאשתו הנז' שתבא אחריו לדור עמו בבירות יע"א אפי' שלא הי"ל טענת הריוח פרנסתו הנז' כיון דשתי עירות לו שהם דמשק וביירות הם שוים בכל מילי חדא שהם תחת מלכות אחת ושפה אחת להם ותרוייהו מקום שרובם גוים נינהו ובתרויהו שכיחי שוקים ומרחצאות וכל בני הכפרים מביאים להם כל מידי דמיזן אין נגרע דבר משום אחת מהם כלל ותרויהו הוו כרכים או תרוייהו עיירות או מדינות נינהו ובתרווייהו מצוי רופא ואומן וכל הדברים הצריכים להם ומקום תורה נינהו כידוע לכל ולמפורסמות אין צריך ראייה והחוש לא יכחיש כ"ז כלל וגם באוירם שוו בשיעורייהו ותרווייהו נוה היפה מקרו כידוע ובכן לכ"ע זולת לר"ת למהר"ם ז"ל ודעימייהו הדין נותן שהבעל יכוף לאשתו שתלך אחריו לדור עמו במחוז חפצו כשהם שוים כנ"ל אלא דלדעת ר"ת ז"ל דס"ל דמתני' דתני ג' ארצות לנישואין יאודה ועבר הירדן והגליל וכו' בכפיית האיש מיירי ולדידיה הדין יוצא דאם שניהם מארץ אחת ונשא באותה הארץ אין אחד מהם כופה לשני להוציאו ממדינה לכפר או להפך אבל ממדינה למדינה או מכפר לכפר האשה יכולה להכריחו שילך עמה למקומה הואיל והם שוים אבל הוא אינו יכול לכוף לאשתו כלל כמ"ש הטור בשמו ז"ל בסי' ע"ה יע"ש ומהר"ם ז"ל הו"ד במרדכי חש לה מר לס' ר"ת ז"ל והטיל פשר דבר דכיון דאיכא פלוג' אזלי' לחומרא הכא והכא דהיינו היכא דהבעל רוצה לכוף אותה לא כייפינן לה דחיישי' לס' ר"ת ז"ל ומכ"ש דאין כופין אותו ללכת אחרי אשתו כלל כס' רוב הפוס' ז"ל דס"ל דלא כר"ת ז"ל יעו"ש ועם דחזינין לכמה וכמה פוס' ז"ל דחיישי לס' ר"ת ולפשרת מוהר"ם ז"ל הנ"ל מ"מ אנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו וכבר מרן ז"ל בב"י ובש"ע סי' ע"ה פסק להדייא דלא כר"ת ז"ל ולא חש לסברתו כלל ולא לפשרת מוהר"ם ז"ל כיון דרוב ככל הפוס' הראשונים פסקו דלא כר"ת ז"ל הנז' כלל כמ"ש מרן ז"ל בב"י להדיא יעו"ש. וגם בש"הט לא הזכיר לח' ר"ת הנז' כלל כמ"שיר הרואה א"כ אנן בכידן לית לן לחוש לס' ר"ת ז"ל הנז' כלל וממילא דינא נפיק דמצי הבעל לכוף לאשתו שהלך אחריו כששני המקו' שוים בכל וכדכתיבנא לעיל. וכבר ראיתי לכמה וכמה פוס' ראשונים ואחרונים הם המדברים בפרט זה וכן עלתה הסכמת' לכוף האשה שתלך אחר בעלה ואם יא תאבה האשה ללכת אחריו מפסדת כתו' ותוס' ומזונות

כשרוצה הבעל לגרשה או תלך אחריו לדור עמו במחוז חפצו וכגוונא דנדו"ד כמ"שיר הרואה בכל ספרי הפוס' ז"ל דמה בצע להעתיק דברי קדשם מאחר דספרין פתיחו וכותלי ב"המד יוכיחו ע"ע הלא בספרתם ספיר גזרתם חלקם בחיים כ"ן ז"ל:

אמנם מה שיש לעיין בנ"ד הוא דכ"ז ניחא אם לא היה תנאי זה כתוב בכתו' שהוא נשבע לה בעת הנישואין שהדירה פה דמשק יע"א וכו' כנז' בשאלה שלפנינו וכיון שהתנית עמו שלא יוציאנה מעירם ונשבע ע"י כנז"ל הא ודאי דינא הוא שאינו יכול לכופה ללכת עמו אפי' למקומות השוים שאלמלא השבועה היה הדין נותן שיכול לכופ' עכשיו שנשבע ע"ז שוב אינו יכול ללכת למ"א כלל אפי' לשוין וכ"ש שאינו יכול לכופה ללכת אחריו מכח תנאו ושדעתו הנ"ל דודאי תנאי זה הכתוב בכתוב' הדירה פה דמשק עדיף מאלו התנה בפי' שלא יוציאנו מעירה דאלו התם מצ"ל דאלו הבעל רוצה לדור בא"י ת"ו הוה מצי לכופה לעלו' לא"י ת"ו דאמרי' דלא שלל בתנאו שהתנה שלא יוציאנה כי אם לאפוקי שאר ארצות חו"ל ולא בא למעט גם דירת א"י ת"ו וכמ"ש מוהריט"ץ ז"ל בתשו' סי' רכ"ז במי שהתנה על עצמו שלא יוציאנה מתחום מצריים וכעת רוצה ללכת לא"י ת"ו כתב הרב ז"ל וז"ל הכלל העולה דראובן זה פטור משבועתו דלא עלה ע"ד במה שהתנ' שלא יוציאנו מתחום מצריים לשלול א"י דהכל מעלין לא"י ובודאי שלא התנה שלא יעשה מצוה וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ הרב מוהרמ"ג סי' מ"ד יע"ש לא כן בהתנה בנ"ד שכתוב בכתו' הדירה פה דמשק חזינן למוהריט"ץ גופיה בסי' ה' שכתב דאם התנה כן אינו יכול לכופה לעלו' לא"י כיון שהתנה דאין לומר דלא אתא לאפוקי א"י אלה לאפוקי שאר ארצו' חו"ל הא ליתא דכיון שכתב בפי' הדירה פה דמשק משמע דוקא לא זולת אפי' א"י עכ"ל יע"ש הרי להדייא דתנאי זה שהדירה פה דמשק עדיף טפי מאם התנה שלא יוציאנה מעירה לעניין דירת א"י וכנז"ל והחילוק ביניהם הוא ברור לענ"ד דכשהתנה בלשון זה הדירה. פה דמשק הוא כלל הכללים וממעט אפי' א"י לא כן כשהתנאי הוא שלא יוציאנה שפיר אפשר לפרש שאין כוונתו לשלול א"י ובהכי מיתרץ לענ"ד קושית הרב יד אהרן ז"ל בסי' ע"ה הג"הטו אות כ"ב שהק' על מוהריט"ץ דידיה אדידיה ממ"ש בסי' ה' הנז' למ"ש בסי' רכ"ז הנז' וסיים שיש לחלק קצת וצ"ע עכ"ל יע"ש ולענד"ן דהחי' ברור הוא וכמ"ש בעניותיך:

אמנם אי ק' לענ"ד הא ק' ממ"ש בסי' ר"ז מוהריט"ץ גופיה דמשם מוכח הפך ממש ממ"ש בסי' ה' הנז' ואין מקום לחלק ביניהם כלל וז"ל שם תדע דהא בנשאה בחו"ל ובודאי תנאי הדבר שישכון שם על הסתם או אפי' התנה בפי' הדירה במקום פ' עכ"ז יכולה לכופו לעלו' מהארץ ההיא לעלות למקום פ' שבא"י ואם לאו יוצא ויתן כתו' עכ"ל יע"ש

הרי להדייא שתשו' זו סותרת לאותה תשו' דסי' ה' הנז"ל דאלו התם קא פסיק ותני שאם כתב הדירה פה דמשק אינו יכול לכופה לא"י כנז"ל ואלו הכא קאמר אפי' שאמר הדירה במקום פ' עכ"ז יכולה לכופו לעלות לאר"י ואין מקום לחלק הדבר והופכו קתני וצל"ע: איברא דדברי מהריט"ץ גופייהו שבסי' ה' צריכים אצלי תלמוד דלאו רישיה סיפיה ולאו סיפיה רישיה שהרי בתר הכי סיים מהריט"ץ גופיה שם וכ"כ וז"ל איברא דצ"לד וכו' אבל אם התנה בפי' שידור בצת"ו ונשבע ע"ז בודאי שאינו יכול לעבור על תנאו משום חיבת ירוש' תדע דהא אפי' ירושה דאורייתא אם התנה לבטלה קודם נשואין תנאו קיים וכו' מכ"ש וק"ו וכו' שוב כתבתי בתשו' אחרת הפך מזה דאפי' כתוב בפי' הדירה בחו"ל יכול לכופה לעלות לא"י ול"ד לירושה וכו' עכ"ל יע"ש הנך רואה דהוא ז"ל גופיה סתר הדין שכ' הוא עצמו בתחי' דהיכא שכתוב הדירה בכתו' שאינו יכול לכופה לעלות לירוש' וחזר הדין שאפי' כתוב הדירה בצת"ו ונשבע ע"ז כופין אותה לעלות ליר"ש וה"ה להיכא שנשבע שהדירה בחו"ל כופין אותה לעלות וכמ"ש כן בפי' בתשו' דסי' ר"ז הנז' ובודאי דלזה כיון פה שכ' שוב כתבתי בתשובה אחרת והוא על תשו' דסי' ר"ז הנ"ל וא"כ תול"ת כלל מ"שהקהרב יד אהרן ז"ל הסתי' הנז"ל כיון שבתשו' זאת דסי' ה' עצמה כתב בפי' דשוב כתב בתשו' אחרת הפך זה ומן התימא מהרב יד"א ז"ל דמלבד דלא זכר שר אותה תשו' דמוהריט"ץ דסי' ר"ז הנ"ל עוד בה דלא הבין בעין יפה מ"ש מהריט"ץ בסי' ה' עצמו דנרגש וכתב שוב כתבתי וכו' כנ"ל וא"כ מאי מקשה תו עליה קו' הסתירה הנ"ל וכבר ראיתי להרב בירך משה ז"ל בסי' ח' שהק' כן ע"ד הרב יד"א ז"ל קושייתיהו הב' הנז' והניח צ"ע יע"ש ובאמת שהוא פלא על הרב יד"א ז"ל:

אכן גם דברי מהריט"ץ שבסי' ה' האחרונים הנ"ל קל"ט דא"כ איך בתר הכי חזר הרב. גופיה לקיים דבריו הראשוני שכ"כ וז"ל ואין לומר דמאי דנקט הדירה פה צ"תו הוא לאפוקי ח"ל וכו' אלא ודאי מדפי' ואמר בצת"ו מ"ש דוקא וכו' וכן בחו"ל כשכותב הדירה פה דמשק מש' דוקא לא זולת אפי' לא"י יע"ש הרי דהרב ז"ל חזר וקיים דבריו הראשונים הנ"ל שהם הפך מ"ש בתשו' אחרת שהזכירה כבר א"כ ק"ט מה הועלהו במ"ש הוא ז"ל דשוב כתב בתשו' אחרת הפך מזה כיון דסו"ס הרי קיים דבריו הראשונים ולאיזה עניין הביא לנו פה מ"ש בתשו' האחרת הפך מזה מאחר שלא הסכים פה כמ"ש בתשו' האחרת וממ"ש פה שוב כתבתי בתשו' אחרת הפך מזה מורה להדיא שדברי אותה התשו' האחרת הם האחרונים והם העיקר וא"כ למאי נ"מ חזר לקיים דינו הראשון דהוא דלא כהלכתא עוד זאת קל"ט ע"ד מהריט"ץ הצ"ל שכ' בתחי' שאם התנה בפי' שידור בצת"ו שאינו יכול למהדר על תנאו משום חיבת ירוש' והביא ראייה מירושה דאוריית'

דאמאי הוצרך הרב ז"ל להביא ראייה מירושה תפ"ל דהשבועה חלה במידי דרבנן בשוא"ת וכמ"ש הטו"ר והרא"ש ומר"ן בסי' רל"ט יע"ש בב"י שהוא מוסכם מכל וה"נ כיון שנשבע לדור בצת"ו אע"פ שנשבע לבטל מד"ת עלית ירוש' ת"ו שפיר חיילא עליה השבו' בשוא"ת וגם עמ"ש מהריט"ץ גופיה בתשו' האחרת שכ' הפך דס"ל התם דאפי' התנה בפ"י שידור בחו"ל כופה אותה לעלות כנז"ל ואמאי כופין אותה לעלו' ויעבור על שבו' כיון שהשבו' היא במידי דרבנן בשוא"ת גם ק"ל עליה דמהריט"ץ כפי התשו' שכ' בהפך דאפילו התנה שהדירה בחו"ל כופין אותה לעלות. א"כ נמצא דההיא תשו' דסי' רכ"ז נמי דלא כהלכתא דמוכח מהתם שאם התנה שלא יוציאנה הפ"י לא"י שאינו יכול להוציאה דדוקא בנדו"ד שלא התנה בפי' שלא יוציאנה אפי' לא"י רק התנה סתם שלא. יוציאנה מתחום מצרים הוא דאמר דמסתמא לא עלה ע"ד לשלול לא"י שלא לעשות מצוה הא אם התנה בפי' שלא יוציאנה מתחום מצרים אפי' לא"י חלה עליו השבו' ואינו יכול לכופה לעלות לא"י והט' כיון דישיבת א"י היא מדי דרבנן חיילא עליה השבו' בשוא"ת וכמ"ש מהרש"ך סי' קי"ט ומהרמ"ג סי' מ"ד יע"ש והגם שכ' מהריט"ץ שם בסד"ק דסי' רכ"ז הנ"ל וז"ל ולא מיבעיא בנדו"ז אלא אפי' התנה בא"י והתנה שיוציאנה כתבתי דאינו יכול להוציאה לבטל המצוה עכ"ל דמשמע מדבריו אלה שאין השבועה חלה אפי' כשהתנה בפי' שיוציאנה וה"ה לכאורה כשהתנה בפי' שלא יוציאנה אפי' לא"י דלא חלה השבועה אמנם הא נמי ליתא דאדרבה מסד"ק הנז' מוכח להדיא דס"ל למר כדכתיבנ' מעיק' דאי איתא דאפי' התנה שלא יוציאנה אפי' לא"י לא חלה השבועה לישמעי' דינא בהכי דביה קא עסיק והכי הול"ל דל"מ בנד"ז שהתנאי הוא שלא יוציאנה מתחום מצרים דודאי אין כוונתו לשלול א"י שלא יעשה המצו' אלא אפי' התנה. שלא יוציאנה מתחום מצרים אפי' לא"י דבנד"ז הוא דעסיק הרב ז"ל ולמה לו להמציא אופן אחר בהפך אלא שכוונתו ז"ל כמש"ל שאם התנה בפי' שלא לעלות לא"י השבועה חלה עליו ואינו יכול לכופה וה"ט משום דקי"ל דהשבוע' חלה ע"ד דרבנן בשוא"ת ומשו"ה כשהתנה בפי' להוציאה מא"י שהוא עובר על מצוה דרבנן בק"ע לא חלה השבוע' כדקי"ל ביו"ד סי' רל"ט יע"ש וכפי מה שהוכחנו מדברי הר' מהריט"ץ שבסי' ה' הנ"ל כמ"ש שוב כתבתי וכו' דאותה תשו' שכ' בהפך היא האחרו' א"כ נמצאו שתי תשו' הללו דסי'. ה' ורכ"ז משנה שאינה צריכה כלל דלאו אליבא דהלכתא נינהו ובכן קל"ט על הרב"ד"א ז"ל איך למד מתשו' זו דס"ל. למהריט"ץ שאם התנה שלא להוציאה אפי' לא"י שאינו יכול להוציאה ואדרבה הכל בתר איפכ' דהעיק' הוא כמ"ש בתשו' האחר' הפך זה שהיא האחרונה וממילא קם

דינא לדעת מהריט"ץ ז"ל שאפי' התנה בפי' שלא יוציאנה אפי' לא"י כופין אותה לעלות כמ"ש בתשו' האחרת שהיא האחרונ' וכנז"ל:

ואשר אני אחזה לי בישוב דברי מהריט"ץ הנ"ל שהתכת דבריו כן הוא דהנה בראשונה כתב אבל אם התנה בפי' שידור בצ"תו ונשבע ע"ז בודאי שאינו יכול לעבור על תנאו משום חי' ירוש' וע"ז הביא הרב ראייה מירושה דאוריתא שמתנה עליה ותנהו קים וכ"ש וק"ו במצות עלית ירוש' ת"ו שאינה מן התו' והכוונה הוא שה"ל למ' הכא שנשבע על תנאו שידור בצת"ו שהשבו' חלה אלא אפי' בתנאי בעלמא בלא שבו' מחייב לקיים תנאו והביא ראיה מירושה דאוריית' כנז"ל וע"ז הוא אומר שוב כתבתי בתשו' אחרת הפך זה דאפי' כתוב בפי' הדירה בחו"ל יכול לכופה לעלו' לא"י וכו' עד וה"ה מא"י לירוש' דר"ל דעמ"ש דאפי' בתנאי בלא שבועה חייב לקיים תנאו והביא ראייה מירושה דאו' אהא הוא שכ' דבתשו' אחרת כתב להפך שאפי' התנה הדירה בחו"ל וה"ל תנאי בעלמא בלא שבו' דכופין אותה לעלות ודחה הראיה של הירושה וע"ז כתב ה"ה מא"י לירוש והו"ל כתנאי בעלמא בלא שבו' בזה הוא שכופין אותה לעלות לירוש' אבל כשהתנאי הוא בשבו' כנדון הר' ז"ל ודאי דחלה השבו' וחייב לקים תנאו ושבוע' ומשו"ה חזר הרב לקיים דבריו הראשונים מאחר שכתוב הדירה בצת"ו ונשבע ע"ז חייב לקיים תנאו ושבוע' זה נלע"ד ברור בכוו' דברי מהריט"ץ הנז"ל ז"ל ובכן סרו מהר מעליו כל הקו' הנז"ל וכמובן ולפי"ז נמצא דמהרמ"א בסי' מ"ד ומהריט"ץ ז"ל חל חלוקים הם היכא שהתנה שלא להוציאה לא"י דלדעת הרב מהרמ"א ז"ל חל עליו התנאי אפי' שלא היה בשבו' כלל ולמהריט"ץ לא חל עליו התנאי כיון שלא נשבע ע"ז וכמובן ולפי"ז קל"ט ע"ד הרב יר"א ז"ל שהשוה אותם יחד בדין זה דתרויהו ס"ל דאפי' בתנאי לחוד שלא יוציאנה אפי' לא"י אינו יכול לכופה וכתב זה משם מהרמ"א ומהריט"ץ ז"ל ומדבריו מוכח דאפי' בתנאי לחוד בלא שבו' הדין כן למהריט"ץ ז"ל ולפום מ"ש בעניותין אינו כן דעת מהריט"ץ ז"ל וכמדובר ואם נאמר דהר' יד"א ז"ל מיירי בתנאי ובשבועה ק"ט א"כ איך כת' כן בדעת מהרמ"א ז"ל הלא דברי מהרמ"א ז"ל ברור מללו דאפי' בתנאי לחוד בלא שבו' אינו יכול לכופה לעלות לא"י כמבואר בתשו' הנז' להדיא משא"כ דעת מהריט"ץ וכ' ש"ל ודברי הר' יד"א ז"ל בזה צל"ע:

אך מאי דק"ל ע"ד מהריט"ץ ז"ל הנז"ל הוא זה במ"ש וז"ל ואין לומר דמאי דנקט הדירה פה צת"ו הוא לאפוקי ח"ל אבל לא לאפוקי ירוש' הא ליתא דא"כ לימא הדירה בא"י ועוד דאפי' אם לא היה כותב שום דבר אינו יכול להוציא' לחו"ל וכו' ומדפי' ואמר בצת"ו משמע דוקא ואינו מוציאה אפי' לעלות לירוש' עכ"ל והדברים תמוהים טובא דהא אכתי

י"ל דמאי דנקט צת"ו אינו אלא לאפוקי שאר ארצות שביהוד' ולא לאפוקי ירוש' שלא לעשות את המצוה וכתב דא"כ לישתוק מצת"ו ואפי"ה אינו נכול להוציא' לשאר ארצות ומדנקט צא"ו מש' דאתא לאפוקי אפי' ירוש' הא נמי ליתא דאכתי אמרי' דלא נקט צח"ו אלא לאפוקי מעיר לעיר ומכרך לכרך בגליל עצמו במקומות השוים ולא לאפוקי ירוש' ת"ו דאלו בסתם שלא הזכיר צת"ו היה יכול להוציאה בגליל גופי' במקו' השוים אמט"ל נקט צת"ו למעוטי מקו' השוים בגליל עצמו ולא. למעוטי ירוש' ת"ו א"כ אין מקום לומר מכיון שהזכיר צת"ו שאינו יכול לעלותה לירוש' כ"א מט' שכ' לבסוף דכשהזכיר דמשק משמע דוקא לא זולת אפי' א"י ה"נ כשהזכיר צת"ו משמ' דוקא לא זולת אפי' ירוש' וא"כ מאי ל"מ בנ"ד דקאמר כמ"ש ל"מ בנ"ד דכשאמר צת"ו דאין מקום לאחר למעט ובודאי דבא למעט ירוש' אלא אפי' כשאמר דמשקדיש מקום לומר שבא למעט הו"ל אפי"ה ממשמעות דמשק מ"ש לא זולת אפי' לא"י כנז"ל והרי אפי' אמר בצת"ו איכא למימר שבא למעט מקו' השוין שבגליל ואין מקום לומר דבא א"כ למעט אפי' ירוש' אלא ממשמעות צת"ו דמ"ש דוקא ולא זולתה וא"כ שוים הם דמשק וצת"ו ומה הלשון אומרת ל"מ בנ"ד וכו' דקאמר סו"ד דברי ה' מהריט"ץ ז"ל הללו צ"ע:

איך שיהיה המורם מכל. האמור דכשאומר הדירה פה דמשק ודאי דבא למעט שאר ארצו' חו"ל אפי' למקו' השוין בכל מילי ולא עוד אלא. דלדעת הרב מהריט"ץ בסי' ה' בא למעט א"כ אפי' א"י ת"ו כנז"ל אלא שחזר בו מזה בסי' ר"ט וכנ"ל וכן דעת מהרמ"א בסי' מ"ד הנ"ל כמסקנת מהריט"ץ בסי' ר"ז הנז"ל עכ"פ כ"ע מודו דאינו יכול לכופה לעלות לחו"ל אפי' למקו' השוין ממש וככל הנ"ל מכח שבועתו הנז"ל וא"כ. בנד"ד לא מצי ראובן לכוף לאשתו שתלך אחריו לביירות אפי' דהוו שוו בשיעורייהו בכל מילי ואיהו גופיה נמי מחייב לחזור לעירו מכח אריה דשבועתא דרביע עליה ויתפלש באפר ויקים שבועתו. פש גבן לבאר הדין אם יזכה ראובן בטענתו שטען דפה דמשק פרנסתו בדוחק ובצער ושם מצא כדי גאולתו בריוח גדול. אי משום. ה"ט מצ"ל אדעתא דהכי לא נשבעתי או לא. ולכאורה נראה דבנ"ד במח' הוא שנוי דלדעת מהריב"ל בח"א סי' ע"ב והרב משפטי שמואל סי' ט"ל לא מהניא ליה האי טענתא דדוחק מזונות לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי מאחר דדוחק דחסרון מזונות הוי מלתא דשכיחא והו"ל לאתנוי ומדלא אתנו איהו דאפסיד אנפשיה דומיא למי שנשבע שלא ישא אא"ע דלא לשתמיט שום פוסק דלימא דהיכא דאין לו בנים ממנה שיוכל לו' אדעתא דהכי לא משום דהוי מלתא דשכיחא והו"ל להתנות יעש"ב והרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תק"ט רב תנא הוא ופליג א אל יהו וס"ל למר דמהניא לבעל האי טענתא דחסרון מזונות למימר אדעתא דהכי ל"ן

יעש"ב ומהרש"ך ז"ל בח' סי' מ"ה נראה לכאו' דפליג ע"ז שהרי הוא ז"ל הכריח שם דבכל אונס אפי' דשכיח סגי לפטור בין בנדרי אונסין בין באונסין דעלמא כההוא דאתפיס זכוותיה ומאי דמשני בגמ' אונס' דל"ש שאני הוא לפי סברת המק' דס"ל יש אונס בגיטין וקושטא דמלתא כההיא דשמואל. דאמר לא שמה מתייא היינו משום דאין אונס בגיטין כדמסיק בפ"ק דכתו' וכו' דלפי מסקנת. הגמרא דאין אונס בגיטין לא צרכינן תו לו' דמתני' דנדרי אונסין או באונסין דעלמא בעי' אונס דל"ש אלא אונס דשכיח סגי והנהו תי' דתי' בנדרים וכתוב' דמש' מנייהו דאונס דשכיח אבע"ל לאתנויי דיחויא בעלמא נינהו דלמסקנא דמלתא לא קיימי ומזה תמה ע"ד מהריפ"ל ממ"ש בתשו' לתרץ מאי דק"ל ע"ד הרא"ם ז"ל במ"ש דאומ"ד דכל הנודרים סתמא ע"ד כשהם מתפללים באותו הב"הכנ וכו' והו"ל מלתא דשכיחא והי"ל להתנות וכדאמרי' לא שמה מתיא משום דהו"ל אונס דשכיח ולא התנה ותי' הרבז"ל דשאני ההיא דאיכא אומדנא דלא ניח"ל דליהוי גיטא ומשו"ה והוי מלתא דשכיחא הו"ל להתנות משא"כ בנדון הרא"ם דאיכא אומדנא אע"ג דהוי מלתא דשכיחא ל"א הו"ל להתנות דסמיך על האומ"ד וע"ז תמה עליו מהרש"ך שם דתפ"ל דמ"ש בגמ' אונסא דשכיח שאני הוא דיחויא בעלמא ולמסקנא טעמא הוי משום דאין אונס בגיטין ולא שאני לן בין אונס דשכיח או דל"ש דלא אבע"ל לאתנויי יעש"ב הנה מתבאר מד"ק דס"ל למר דאפי' במידי דשכיח לא הו"ל לאתנויי וא"כ ודאי דמהרש"ך ז"ל חולק על מהריב"ל באותו נדון דח"א סי' ע"כ הנז"ל שנשבע שלא יוציאנה וכו' ולא אתדר ליה מחמ' חסרון כיס דיסבור מהרש"ך ז"ל דהגם דהוא מידי דשכיח ל"א דהו"ל לאתנויי וכופין אותה ללכת אחריו וכדס"ל להרדב"ז ז"ל דלא כמ"ש מהריב"ל ומהרש"ק ז"ל הנ"ל וכנז"ל. אכן חזינא למהרש"ך ז"ל גופיה בח' סי' ל"ו שנשאל ע"ז ממש ודן את הדין שיכול לישא אא"ע אם לא תרצה לבא אחריו משום דהוא מלתא דל"ש שתראה האשה את בעלה מצטער על מזונותיו ולא תרצה ללכת אחריו והביא תשו' מהריב"ל הנ"ל דס"ל דדוחק מזונות הוי מלתא דשכיחא ולחלק יצא דהיינו דוקא בשבועה שלא יוציאנה אמרי' הכי דנראה הקפדה שאפי' יהיה לו צער מזונות שלא יוכל להוציא' וכו' יעש"ב הרי דמהרש"ך גופיה אייתי לן תשו' מהריב"ל דסי' ע"ב הנ"ל ולא חלק עליו ואדרבה הוכרח לחלק מנ"ד לנדון מהריב"ל הנ"ל וגם הוכרח לחלק שם מאד למי שנשבע שלא ישא אא"ע ולא הי"ל בנים ממנה דלא אשתמיט שום פוסק לומר שיכול לישא אא"ע מט' דאדעתא דהכי ל"ן וחייב לקיים שבועתו אפי' במקום מצות פ"ור וכתב דשאני התם דהוי מלתא. דשכיחא והו"ל להתנות מדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה וכדברי מהריב"ל בסי' ע"ב הנזכ' ממש כיעו"ש ולפי"ז ק"ט דברי מהרש"ך ז"ל אהדדי

ממ"ש בסי' מ"ה הנז"ל למ"ש בסי' ל"ו הנז' כמבואר וכמו כן קל"ט ע"ד מהריב"ל ז"ל דבסי' ע"ב הנ"ל למ"ש איהו גופיה בח"ג שהביאה מהרש"ך בסי' מ"ה הנ"ל דס"ל למר התם דהיכא דאיכא אומדנא אפי' באונס דש' ל"א הו"ל לאתנויי ולפי"ט גם בנדונו דסי' ע"ב כנז"ל אין לך אומדנא גדולה מזו שתראה' האשה לבעלה בדוחק מזונות ולא תלך אחריו ודאי די"ל דאדעתא דהכי לא נשבע ואם בנשבע שלא ישא אא"ע ולא ילדה לו איכא אומדנא גדולה דאדעתא שיהיה יושב ובטל מפ"ור. לא נשבע מיהו מנדון מהריב"ל דסי' ע"ב שנשבע שלא יוציאנה אין כאן קו' כלל דשאני התם דנראה הקפדה שאפי' יהי"ל דוחק מזונות שלא. יהיה יכול להוציאה וכמ"ש מהרש"ך ז"ל וכנז"ל משו"ת לא מהניא ליה האומדנא הנז' בהם בנשבע שלא ישא אא"ע ולא ילדה לו בנים ק"ט אמאי ל"מ ליה האומדנא אע"ג דהוא מלתא דשכיחא ובדעתו בההיא תשו' דח"א דאייתי מהרש"ך ז"ל וכמדובר: וראיתי להרב נת"מ ז"ל בדר"מ ע"ד שתמה ע"ד מהריב"ל דבסי' ע"ב הנ"ל וע"ד מהרש"ך דבסי' ל"ו הנ"ל וז"ל ובעיני יפלא דנהי דמלתא דש' היא שאין אדם יכול להתפרנס בעיר זו וכו' מ"מ מלתא דל"ש הוא שתראה האשה לבעלה וכו' והנני מוסיף להפליא הפלא ופלא על הרב מהרש"ך וכו' וא ואתמהא דכיון דנחית הרב גופיה לטע"ז גם בנדון מהריב"ל הו"ל מלתא דל"ש וכו' וצל"ע עכ"ל יעש"ב ולענד"ן דמ"ש מהרש"ך דנרא' דהקפד' וכו' ה"ט משום שהיה רוצה להוציאה מעיר לכרך או מכרך לעיר כמ"ש בדברי השואל דמן הדין אינו יכול להוציאה וכן בספקו של מהריב"ל גופיה לא נסתפק כי אם באופן זה שרוצה להוציאה מעיר לכרך כמ"ש וז"ל איברא שאם זה האיש ראובן לא היה נשבע ולא היינו באים לדון לא מכת הדין שהיה רוצה להוצי' מעיר לכרך וכו' לפי שהיה מוצא להרויח מזונותיו וכו' דהדין היה נותן שינכל להוצ' וכמ"ש בת"הד וכו' יע"ש נראה מוכרח דמה שנשבע שלא יוציאנה הכוונ' היתי' אפי' אי דחיקא ליה שעת' שמצד הדין היה יכול להוציאה עכ"ז נשבע שלא יוציאנה והוה ליה מלתא דשכיח' דאל"כ מאי אהנייא ליה השבו' הלזו הא אפי' בלתי שבו' לא היה יכול להוציאה כ"א כדדחיקא ליה שעתא אלא ודאי דכוונתו בשבועתו זאת שאפי' דחיקא ליה שעתא שמצד הדין אם לא היתה השבועה. היה יכול להוציאה עכ"ז נשבע שלא יוציאנה ולא מצ"ל לא נשבעתי אלא על אופנים אחרים שכפי הדין אינו יכול להוציא' מ"מ נשבעתי שלא להוציאה אבל על אונס דדוחק מזונות לא נשבעתי ע"ז ואהא קאמר הרב ז"ל דהו"ל אונס' דשכיח והו"ל להתנות וק"ל נמצא דמהרש"ך ז"ל אזיל בשיטת מהריב"ל בההוא נדון דסי' ע"ב הנ"ל בנשבע שלא יוציאנה וכמו שנתבאר:

ועל מ"ש מהרש"ך ז"ל בסי' מ"ה הנז"ל דלמסקנא דקי"ל אין אונס לגיטין תו לא צרכינן לו' דמתני' דנדרי אונסין או באונסין דעלמא בעי' אונס דל"ש אלא אפי' אונסא דשכיח סגי ומ"ש בש"ס אונסא דשכיח אבע"ל לאתויי דיחויא בעלמא הוא ולמסקנא לא קיימא כנז"ל קל"ט עליה דמר שהרי כל חיליה הוא מכח תשו' הרא"ש ז"ל שהביאה דמינה משמע דגם באונס דשכיח אמרי' אדעתא דהכי לא נשבעתי כמבואר בד"ק ואלו. הרא"ש ז"ל גופיה בכלל ל"ד בההיא דנשתמדה אחות המשודכת השיב הרא"ש ז"ל דהדין עם שמעון דאפי' שלא פי' שום תנאי בשעת עשיית הקנס כיון שאירע אונס כזה דאנס' וכו' יש לנו לומר שבאונס שאינו רגיל המרות בבנות ישראל דאדעתא דהכי לא נשבע יע"ש הרי דהרא"ש גופיה לא זיכהו לשמעון אלא משום דהמרה בבנ"י לא שכיח ברם אי הוה שכיח אמרי' הנ"ל להתנות ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה:

ותו ק"ל מדאמרי' הש"ס דמציעא דק"ו דאמר רבא נהר מלכא סבא לא עביד למסכר וכו' ועי"ש בפירש"י דשם דמבואר יוצא דבאונס דשכיח אמרינן הו"ל לאתנויי ומדלא התנה איהו ה"א והכא רבא גופיה קאמר לה ומפליג בין אונס דשכיח ללא שכיח ואי איתא לדברי מהרש"ך ז"ל דהנהו תירוצי דנדרים וכתובות דיחויא בעלמא נינהו איך רבא גופיה בההיא דמציעא מסכים לזה לדינא:

ובזאת ק"ל ע"ד מהריב"ל באותה תשו' דבח"ג דמייתי מהרש"ך ז"ל שכת' דבדאיכא אומ"ד אף באונס דשכיח לא הו"ל להתנות דסמיך על האומדנא כנז"ל דנר' הפך מ"ש הוא עצמו בח"א סי' ע"ב הנז"ל בנשבע שלא יוציאנה דפסק הוא ז"ל דל"מ להוציאה אפי' דאית ליה דוחק מזונ' משום דהו"ל מלתא דשכיחא והו"ל להתנות וכן בההיא דלא ילדה דהוי מלתא דשכיח וכנז"ל הא התם נמי איכא אומ"ד דאדעתא שתראהו בצער המזונות ולא תלך אחריו לא נשבע וכן אדעתא דליבטל מפ"ור לא נשבע והם אומדנות גדו' כמש"ל ואף גם זאת ק"ל מתשו' הרא"ש ז"ל בנשתמדה אחות המשודכת הנז"ל דהתם כמו איכא אומ"ד טובא וכנז' בד"ק ועכ"ז אתי עלה הרא"ש ז"ל מט' דהמרה בבנ"י לא שכיח וש"מ במלתא דשכיחא אע"ג דאיכא אומ"ד אמרי' הו"ל להתנות והוא הפך דברי הרב מהריב"ל דבח"ג הנז"ל ולולא דברי עצמו שבסי' ע"ב הנ"ל היינו יכו"ל בד' הרא"ש ז"ל דלעולם מכח האומ"ד לבד מצי לפטרו מן הקנס אפי' בדשכיח ומ"ש דהמרה בכ"ע לא שכיח לקושטא דמלתא קאמר בהם אפי' אי הוה שכיח ההמרה בבנ"י מכח האומ"ד לבד ראוי לפוטרו מן הקנס וכדמוכח מסוף תשו' הרא"ש הנז' דאתי עלה מכח. האומ"ד לבד ולא הזכיר בלשונו טעמא דלא שכיחא כלל כיעו"ש ברם מה נענה למהריב"ל גופיה בההיא דסי'

ע"ב שכת' שם וז"ל וההיא דהרא"ש ומוהרי"קו מלתא דל"ש ולא הו"ל לאתנויי ומצ"ל אדעתא דהכי עכ"ל יע"ש:

וחזון הרבתי להרב מהרח"ש ז"ל בא"הע סי ג"ל דרמי ומק' למהריב"ל דידיה אדידיה דבסי' ח"י כתב במי שנשבע שלא ישא אא"ע ונפלה יבמה קמיה דחיילא השבועה אפי' אם נאמר דלא אסיק אדעתי' שימות לו אח בלא בנים והביא ראיה מההיא דנטולה אני וכו' ומהנודרת הנאה מיבמה וכו' מ"ש דאע"ג דל"א אדעתיה חיילא השבועה וזה סותר למ"ש בסי' ע"ב הבז"ל דס"ל התם דבמילתא דל"ש דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה לא חיילא השבועה די"ל א"ד ל"ן ומכח קו' זאת העלה דתרתי בעי' לפטור עצמו משבועתו אומ"ד ומלתא דל"ש ובההיא דהרא"ש ודמוהרי"קו תרוויהו איתנהו לא כן בנטולה וכו' דנים דהוא מלתא דל"ש מ"מ כיון דליכא אומ"ד חיילא השבועה עכתד"ק יעש"ב:

ואם דבריו אלה הם אליבא דמהריב"ל נינהו קש"ט דמה יענה לתשובת מהריב"ל דבח"ג הנז' דס"ל התם דבאומ"ד לחוד אפי' דהוי מידי דשכיח מהניא האומ"ד וכנז"ל ואם כדברי מהרח"ש הנז"ל שכ' דתרתי בעינן הרי הכא ס"ל למהריב"ל איפכא. ועוד ק"ל מדברי הרא"ש בכלל ח' בההיא שנתקלקלו חובותיו שהעניות שכיחא וכמו שכתב מהרש"ך וכל הפוסקים. ז"ל ואפילו הכי פטריה הרא"ש באומ"ד לבדמיהו לזה "י"ל דס"ל. למהרח"ש. דנדון הרא"ש הנז' הוי שול"ש וכמ"ש הרב מהרא"ש ז"ל יע"ש ובהכי. א"ש דלא תק"ל להרא"ש ז"ל דידיה אדידיה דנשתמד' אחות המשודכ' דבעי תרתי כפי"ר מהרח"ש הט' ובההיא דנתקלקלו חובותיו פטרו הרא"ש מטע' אומדנא לבד וכמש"ל אכן ע"פי מ"ש מהרא"ש ז"ל דההיא דנתקלקלו הויא שול"ש א"ש. וזהו הכרת גדול לפרש ההיא תשו' דכלל ח' בשול"ש ולא ידעתי אמאי לא הכריח כן מהרא"ש ז"ל והוכרח להכריח מכח פסקי הרא"ש ז"ל יע"ש דבפשיטות הו"ל לאוכוחי הכי מתשו' הרא"ש עצמם שהם לכאו' סותרות עצמם לדעתיה דמהרש"ך ז"ל וכמדובר וראיתי להרב פ"מ ז"ל בח"א סי' ס"ב שעמד בסתי' דברי מהריב"ל ז"ל ממ"ש בח"ב סי' כ"ב הנז' למ"ש בח"ג סי' קכ"ב הנ"ל ותי' בב' אנפי חדא דהאומ"ד היא היתה אם כל הדברים אפי' במלתא דשכיח וכמ"ש בח"ג סי' הנז' אכן בתשו' דח"ב הנז' אע"ג דאיכא אימדנא גדולה מ"מ כיון דבהך שבועה שלא ישא אא"ע רווחא שביק לגרמיה דברשות ב"ד יטול לישא וכו' יעש"ב דתמצא דתכלית חילוקו הוא דאם השבועה. החלטית ולא תליא ברשות ב"ד ודאי מכח האומ"ד יכול לישא אפי' במלתא דשכיחא כההיא דלא ילדה אבל בתולה השרויה ברשות בית דין דלגבי רשות בית דין ליכא אומדנא אז יש לחוש בין שכיח לדלא שכיח. כמבואר כל זה בדברי. קדשו יעיין שם. באורך ולעניות דעתי קל"ט חי' זה דהרי כל חיליה דמהריב"ל הוא מתשו'

הרא"ש בנשתמדה אחות המשודכת והא התם אע"ג דהאומדנא היא גדולה עד. מאד כנז' בד' הרא"ש דאנס' וכו' ובאלו התנה וכו' ועכ"ז אתי עלה הרא"ש מטעם דהוי מלתא דל"ש דהמרות בבני"י ל"ש ואין לומר דלאו דוקא נקט הכי אלא לקושטא דמלתא קאמר וכמש"ל דהא מהריב"ל גופיה אית ליה שדברי הרא"ש הללו בדוקא וכמש"ל ותוק"ל מתשו' מהריב"ל דאי' ע"ב הנז"ל שנשבע שבועה. החלטית שלא יוציאנה ואפי"ה דן מהריב"ל התם משום דהוי מלתא דשכייחא הו"ל להתנות אע"ג דאיכא אומדנא דמוכח שאין הדעת סובלת שתראה האשה לבעלה בדוחק מזונות ולא תלך אחריו כנז"ל ועוד דבההיא תשו' גופה אייתי הרב ז"ל ההיא דנשבע שלא ישא וכו' דלא אשתמיט וכו' והתם סתמא קתני אפי' בשבועה החלטית דלא שבק רווחא לגרמיה כלל דומיא לנשבע שלא יוציאנה דהויא בהחלט ועוד שהרי מהריב"ל ז"ל בסי' ט"ז נשאל על שבועה החלטית שלא ישא ופסק דחיילא עלייה השבועה אע"ג דאיכא התם נמי אומ"ד דלא נשבע לבטל מצות יבום הקודמת לדעתו ז"ל וכל חיליה דמהריב"ל התם הוא מתשו' הריב"ש דבסי' שצ"ה ונדון הריב"ש התם הוא בשבועה החלטית ואפי"ה דן הרב דחיילא השבו' בכולל ואפי' במקום ביטול מפ"ור יע"ש באופן שדברי הרב פ"מ ז"ל בחי' זה נפלאו ממני עוד תי' הרב פ"מ ז"ל שם דברי מהריב"ל יחד בהקדמת מ"ש התוס' ז"נ בסו"פ הגוזל קמא דע"כ ל"א אדעתא דהכי אלא כשהדבר תלוי בדעתו לבד אכן היכא דתלוי בד' שניהם כגון לוקח ומוכר ל"א א"ד ובכן בההיא תשו' דח"ג הנז' התם הדבר תלוי בדעת עצמו לבד לא כן ההיא דנשבע שלא ישא אא"ע דתלוי ג"כ בדעא האשה משו"ה הוכרח הרב בנסתם הרחם לטעמא דמלתא דל"ש ול"א אדעתיה להתנות והט' דנשבע של"י אא"ע ולא ילדה דהויא מלתא דשכי' ולא התנה דחיילא עליה השבו' משום דהו"ל להתנות דאומ"ד לא מהניא ליה ובמתתוב לדעת חבירו נמי לחלק יצא דלפעמי' מהניא ליה האומ"ד ותלוי בגודל ובשיקול האומ"ד יעש"ב דכתב פ"ז כדי להשוות דעת התוס' עם הרא"ש בההיא תשו' דנתקלקלו קלו חובותיו יע"ש אשר מד"ק הנז' מבואר יוצא דהוא מפרש להאי תש"ו דהרא"ש ז"ל כדפי' מהרש"ך דמה שירד מנכסיו הוי מידי דשכיח ודלא. כמהרא"ש ז"ל שכתב דזה הוי מלתא דשול"ש ולא אסיק אדעתיה כנז"ל דאי הוה ס"ל להר' פ"מ ז"ל כמהרא"ש ז"ל בזה לא הוא' מק' מידי מהתוס' להרא"ש ז"ל כיון דאמרי דהרא"ש אתי עלה מט' דל"ש ול"א אדעתיה ולאו מכח האומדנא וכמובן וא"כ לפ"ט תק"ל מתשו' הרא"ש האחרת ההיא דנשתמדה אחות המשודכת דאמאי הוכרח הרא"ש ז"ל לטעמא אחרת דל"ש דהא התם נמי האומדנא היא. גדולה מאד ולא גרעא מההיא אום"ד דנתקלקלו חובותיו ותו ק"ל עליה מאותה תשו' דמהריב"ל שנשבע שלא יוציאנה ואתרע אונס דוחק

מזונות דהא ודאי אמדינן דעתיה שאם היו מפרשים בעת התנאי דאפי' יהיה לו דוחק מזונות ודאי דלא היה נשבע ע"ז מיהו לזה י"ל וכמש"ל לדעת מהרש"ך ז"ל וכמובן:
והנה אמת דכל מ"ש הרב פ' ז"ל בתשו' הנז' לא יועיל לנו כי אם לדעת מהריב"ל ז"ל דוקא ברם לדעת מהרש"ך ז"ל דס"ל דבכל אונס אפי' דשכיח לא הו"ל. להתנות אפי' בדליכא אומדנא כנז"ל לא ניצולנו עדין מכל מה שהקשינו עליו והגם דהרב פ"מ ז"ל השוה דעת מהרש"ך למהריב"ל כבר עמדו ע"ז הרב משל"מ ז"ל בפ"ג מה' שבועות ושאר פוס' ז"ל והרבו להשיב עליו בזה ע"ע ולענד"ן לישב ולומר. שדעת מהרש"ך לחלק בין מתחייב לדעת עצמו למתחייב לדעת אחרים וכמ"ש חרב פ"מ ז"ל וצ"ל לדעתו דההיא תשו' דהרא"ש דכלל ח'. שנתקלקלו החובות נשבע לדעת עצמו הוי דלא מיקרי לדעת אחרים אלא כעין מוכר וקונה דהתם כל. אחד הוא מתחייב לחבירו משו"ה אונס דשכיח לא הוי אונס דהו"ל להתנות ומדלא התנה איהו ד"א ובנדון. הרא"ש הנז' לא היה שום חוב ולא שום שעבוד נכסים מצד אל צד כלל כי אם הוא נשבע לבדו לתת בתו וה' אלפים עמה וא"כ הוי מתחייב לדעת עצמו ומשו"ה סגי ליה בההיא אונס דשכיח לא כן בההיא תשו' דכלל ל"ד דהוכרח הרא"ש לטעמא דהוי מלתא דל"ש משום דהתם היה חיוב מב' צדדים והו"ל כעין לוקח ומוכר ובהכי נמי מתרצא ההיא דמציעא דמקבל שדה מחבירו הנז"ל וכן לא תיקשי מדידיה אדידיה ובזה אתו דברי מהרש"ך ז"ל על נכון וכמדובר:
שו"ר להגאון הרב חיים שאל ז"ל בח"א סי' י"א שכבר עמד ע"ד מהריב"ל ומהרש"ך והרב פ"מ ז"ל הנ"ל ושק"וט בד"ק טובא יעש"ב וע"ע שהרב ידי דוד ז"צ בסי' ב' ובסי' ס"א שגם הוא. ז"ל עמד בכל תשו' מהריב"ל והפ"מ ז"ל הנז"ל יעש"ב וע"ע במ"ש אני עני בס"הק פני יצחק בסי' ס"ו דע"ח ע"א יעש"ב ואין הפנאי כעת מסכים עמי. לעמוד בד"ק הרבנים המ' ז"ל ואכמ"ל. עוד בזה לדאתן עלה הנה כפי מ"ש בעניותי לישב דברי מהריב"ל בפי"ד מהרש"ך ז"ל דלא אמרה הרב ז"ל אלא היכא שרוצה להוציאה ממקום שכפי הדין אם לא היה שבועה אינו יכול להוציאה כי אם משום דוחק מזונות בהוא אמינא דכשנשבע שלא להוציא' דאפי' בדאית ליה דוחק מזונות נשבע וממילא נפק"ל בנ"ד דמעיקר הדין היה יכול לכופה ללכת אחריו אפי' שלא הי"ל דוחק מזונות בהא נימא דגם מהריב"ל יודה דהיכא דלא אתדר ליה יכול להוציאה דלא ישבע זה כי אם שלא לכופה בלתי שיהיה לו דוחק מזונות וממילא אי דחיקא ליה שעתא הנ"ל כמלת' דל"ש ולא אסיק אדעתיה ואולם מה כחי יפה בחי' זה כיון שלא מצאתיו בדברי הפוס' ז"ל ואדרבא הרואה יראה בדברי הפוס' ז"ל המדברים כפרט זה ימצא כל בתר איפכא וכמ"שיר המעיין ואכמ"ל:

איך שיהיה המורם מכל האמור דאם נשבע שלא יוציאנה ודחיק ליה עלמא ורוצה לדור כמ"א כדי ליתן בריוח לדעת מהריב"ל ומהרש"ק ז"ל לא מצי לכופה ללכה אחריו אפי' למקומות השוין דלא מתניא. ליה האי טענתא דדוחק מזונות. למטען אדעת' דהכי לא נשבעתי וכנז' ולמהריב"ל ולמהרמ"ג ז"ל סי' מ"ד מהניא ליה האי טענה אפי'. במקום שבועה דמצ"ל א"ד ל"ן ויכול להוציאה יע"ש וכבר הובאו ד"ק בכנ"הג א"הע סי' ע"ה הגב" אות י"ב וביד אהרון שם אות ט"ו וט"ז יע"ש ובני משה שלסון סי' ט' ובשאר פוס' ז"ל ע"ע הלא בספדאתם ואכן בנד"ן כיון דפלוגתא דרבהותא הוי במקום שבועה הא קי"ל ס' שבועה להחמיר כידוע ואינו יבול להוציאה בע"כ אפי' דאית ליה במקומו חסרון מזונות טובא וכמו שנתבאר ומה גם הלא הויי ס' שקול דרוב הפוס' ז"ל אזלי להחמיר בדאיכא שבועה וכמ"שיר המעיין ופשוט:

ועוד דכ"ז שכתבנו מגדולי הפוסקים ז"ל הנ"ל דאיפליגו בדין זה אי מהניא לבעל טענת. חיסור מזונות או לא בדאיכא שבועה כ"ז אינו אלא לדעת הרב ת"הד ז"ל בסי' רט"ו דס"ל למר דהאי טענת מזונות מהנייא ליה לבעל לכוף לאשתו ללכת אחריו אפי' מכרך לעיר ומעיר לכרך היכא דליכא שבועה ורבו הסוברים כוותיה וכמ"ש הכנ"הג ז"ל בשמם בסימן ע"ר הגב"י יע"ש. ומשו"ה איפליגו גדולי הפוס' ז"ל הנז"צ היכא דאיכא שבועה שלא להוציאה אי מהניא ליה תו טענת דוחק מזונות אי לא וככל הנז"ל וה"ט משום דכולהו אזלי בשיטת הרב ת"הר ז"ל הנז"ל ולא נחלקו כי אם בדאיכא שבועה שלא להוצואה וככל האמור ומדובר:

וא"כ אנן כדידן דאתרא דמרן ז"ל יתבינן וקתלקי הוראותיו כידוע ואפי' במ"ש בכ"י ובפרט זה חזינן למרן ז"ל בכ"י סי' ע"ה בא"הע דאייתי סברת הרב הז"ל הנז' וכתב עליו דאע"פ שכתב הדבר בפשוט אין דבריו נראים לו יע"ש והכי נמי ס"ל כמרן ז"ל כמה וכמה פוס' ז"ל דלא כמ"ש הרב הנז"לו כמ"ש הכנ"הג ויד"א ז"ל שם א"כ לדעת מרן דקביא לא מהניא האי טענתא דחסרון מזונות לכוף הבעל לאשתו שתלך אחריו למ"א היכא דמן הדין אינו יכול להוציאה אפי' שיהיה לו דוחק. מזונות אפי' שלא נשבע שלא להוציאה פ"ש היכא דאיכא שבועה שלא. להוציאה דלא מצי להוציאה אפי' למקום שהדין נותן שיכול להוציאה כגון למקומות השוין ממש וטענת דוחק מזונות מגן שריא לדעת מרן ז"ל ודלא כהרב ת"הד ז"ל וכנז"ל וא"כ חזר הדין דאיכא בנ,ד שום סצ' שבועה אלא ודאי איסור שבועה:

רביע עליה ואין פוטר אותו ממנה בהאי טענה דדוחק מזונות כלל לדעת מרן ז"ל ודעימיה:

והגם שכתב מהריט"ץ ז"ל בסי' רצ"ב דלא פליג מרן על הר' ת"הד ז"ל בעיקר הדין רק משום שהרתה"ד ז"ל כתב דין זה בפשיטות ע"ז הוא שכתב מרן דלא נראה בעיניו יע"ש ונמשכו אחריו בסברא זאת הרב מים רבים בתשו' א"הע סי' י"א. והרב משכנות הרועים ז"ל במערכת א' אות' נ"א סמך ובא לו ע"ד מהריט"ץ ז"ל הנז' הוא. והרבנים ז"ל שהסכימו עמו שם יעש"ב מ"מ הרואה יראה לכל הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט זה כולם כאחר הבינו בפשיטות גמור דמרן ז"ל פליג עליה דהרב תה"ד ז"ל אם בעיקר דינו כמשי"ר הרואה הלא בספרתם ודלא כמ"ש מהריט"ץ י"ל אם הרב יר"א בסי' ע"ה דחה דברי מהריט"ץ ז"ל בלשון ואעפ"י. וכו' שכתב מרן ז"ל יע"ש ודקדוק עצום ונכון הוא כמובן ואתה תחזה א"כ בבירך משה סי' יו"ר דל"ד ע"א שכתב הרב מהרח"מ ז"ל וז"ל הגם כי רבים הפוס' דפש"ל כהודאת הרב ת"הד סי' רט"ו מ"מ מאחר דמרן ב"י כתב דלא נראו לו דבריו הכי נקטי' עכ"ל יע"ש והרב בית יאודה עייאש ז"ל בתשו' א"הע סי' ח' כתב דהריב"ש ומר"ן פליגי על ת"הד ולכך מר"ן כ"י השמיט טענה זו מספרו הש"ע דאזיל לטעמיה דאין טענת מחיה טענה לענין זה וכו' עכ"ל יע"ש והגם דאסיק הרב ז"ל בתר הכי הפך מרן ז"ל שכ"כ וז"ל ובנ"ד יראה הדיין אם טענתו ברורה. דצר לו המקום בעיר פא"ס שהיא עירו ועירה אז ודאי דהדין עמו לפי"ד האחרונים ואף להריב"ש ודעימיה אפשר דיודה בנדון כזה וכו' יע"ש הגם דבארצות המערב פנימי וחיצון יע"א קבלו עליהם ג"כ הוראות מרן ז"ל אפשר דלא קבלו עליהם כי אם הוראות מרן שבש"ע מה שפסק להדיא בש"הט ולא קבלו עליהם גם מ"ש בב"י ובתשו' הגם דאנן כדידן קבלנו עלינו גם מ"ש בב"י וכתשו' מ"מ אפשר דלא קבלו עלייהו אינהו אלא מ"ש בש"ע דוקא ואפי' דנימא דקיבלו עלייהו גם מ"ש בב"י נמי מ"מ רצה הרב ז"ל לפסוק דינו אליבא דכ"ע גם אליבא דהריב"ש ומרן ז"ל כמ"ש הוא ז"ל להדיא הכי וז"ל ואף להריב"ש וכו' כנז"ל וזהו לדעת הרב ב"י עייאש ז"ל הנז"ל ברם למ"ש הרב משכ"הר ז"ל והרבנים שכמו ז"ל שפסקו את הדין להדיא דלא כמ"ש מרן ב"י ע"ד הת"הד ז"ל וסמכו ג"כ ע"ד המהריט"ץ ז"ל כנז"ל בל' חדא מתרתי או דסמכו עצמם עמ"ש מהריט"ץ ז"ל כנז' ואנן לא מצינן למסמך הכי כיון דחזינן דרוב הפוס' לא הבינו כוותיה דמהריט"ץ ז"ל כנז"ל או אפשר דגם בעו"בי תונס יע"א בזמן הרבנים ז"ל הנ"ל לא הוה בריר להו מלתא אי קבלו הוראות מרן גם במ"ש בב"י ולהכי פסקו את הדין בסכינא חריפא כס' הרב ת"הד ז"ל ודעימיה וכמובן:

איברא זוהי שקשה ע"ד הרבנים הנז"ל לכאורה דמרן ז"ל לא זו בלבד בב"י פליג ע"ד הרב ת"הד ז"ל וכנז"ל אלא גם בש"ע נמי רב תנא הוא ופליג עליה דהרב ת"הד ז"ל להדיא וכדחזינן ליה למרן ז"ל בש"הט סי' קנ"ד ס"ט שכתב וז"ל אם הדבר ידוע שאינו רשאי

לעמוד במקום שנשאה מפני סכנת נפשות כופין אותו לגרשה כי היא אינה צריכה ללכת אחריו עכ"ל ומקור דין זה הוא מתשו' הרא"ש ז"ל הביאה בנו הטור ז"ל שם סי' קנ"ד בארוכה יעש"כ הרי להדיא דאפי' שיש לבעלה סכנת נפשות אם ישאר בעירו עמה עכ"ז אינה חייבת לילך אחריו וכופין אותו לגרשה כ"ש וק"ו כשיש לבעלה. טענת חסרון מזונות דודאי יסברו הרא"ש והטור ומרן ז"ל דאינה. חייבת ללכת אחריו ואדרבא כופין אותו לגרשה כנז"ל והשתא זוהי שק' לכאו' ע"כ הפוס' ז"ל המסכימים לדינו של הרב ת"הד ז"ל. דבטענת דוחק מזונות שומעין לו דאיך לא זכרו שרים לתשו' הרא"ש הנז' שפסקוה להלכה הטור ומרן בסי' קנ"ד כנ"ל דהוא הפך ממש מדינו של הרב ת"הד ז"ל וכמבוא' ומכ"ש דק"ט יותר ע"ד הרב משכ"הר בר ומהר"י עייאש ז"ל הנז"ל שלא נרגשו מדין זה דבסי' קנ"ד הנז"ל והדבר תמוה טובא לכאורה:

אמנם שבתי ואראה דלק"מ ע"כ הרבנים ז"ל הנז"ל מדברי הרא"ש והטור ומרן ז"ל דבסי' קנ"ד הנז"ל שכבר ראיתי לכמה פוס' ז"ל שנרגשו מתשו' הרא"ש ז"ל הנז"ל דהויא הפך דינו של הרב ת"ה ז"ל הנז"ל ראשון בקדש חזינא למהריק"ש ז"ל בערך לחם א"הע סי' ע"ה שכתב וז"ל אם אינו יכול להתפרנס באותה מדינה עיין תשו' הרדב"ז וכו' ומהרשד"ם וכו' ואע"פי שהרב המחבר חלק על מהרא"י בארוך אחרי רבים להטות ועיין סי קנ"ד ס"ט עכ"ל הנה הרב ז"ל עם שפסק בתחי' לא כמרן בב"י משום טעמא דאחר"ל שוב ציין לנו האי דינא דמרן. סי' קנ"ד ס"ט הנז' כנראה דר"ל דאין הדין דבסי' קנ"ד הנז' סותר לדינו של הרב ת"הד ז"ל הנז' דדוחק לומר דחזר בו ממ"ש בתחי' דלא כמרן כי נרגש בתר הכי מההוא דינא דבסי' קנ"ד ס"ט דהא ודאי לא ניתן ליאמר כלל רק צ"ל לדעתו ז"ל דאין זה סותר כלל. כי אצלו החילוק פשוט ביניהם ולרוב פשיטותו אצלו לא הוצרך לבארו ולהעלותו ע"ס ואפשר דאף הוא ז"ל היה מכוין למ"ש הרב בני משה שלטון ז"ל בסי"ט דעם דכתב בתחילה דטעמא דמרן כ"י לא נראה בעיניו דברי הרמ"ה ז"ל הוא מכח מ"ש הרא"ש בתשו' הט' בטור סי' קנ"ד דהיא הפך דינו דת"הר ז"ל הנ"ל כנז"ל מ"מ בתר הכי לחלק יצא וכתב וז"ל ואפשר גם כן דפי' בת"הד היה מודה בזה שאם היתה טוענת שאם לא ירצה לישב כאן שיגרשנה שהדין עמה וכו' יעש"ב גם ראיתי להרב דברי מרדכי גלאנטי ז"ל בתשו' סי' ט' ולהגאון נודע ביאודה ז"ל בח"א אה"ע סי' ס"ו דכתבו חילוק אחר והוא זה דסכנ' נפשי' קילא לגבי דידה מחסרון מזונות דהיא לוקה ג"כ עמו בחסרון כיס ועש"כ תו חזינא להרב מהרח"מ ז"ל בבירך משה ס"סי יו"ד שפירש דברי הרא"ש שבתשו' הנז' עפ"ד הר"ן ז"ל סי' ל"ח באופן דלא תיקשי מינה לסברת הרב ת"הד ז"ל ובסוד"ק כתב שאם הרב בני משה שלטון ז"ל נתכוון לזה יע"ש באופן דזאת

מצינו לכמה פוס' ז"ל שנרגשו כבר מתשו' הרא"ש הנז' ולחלק יצאו כל חד לפום חיליה כנז"ל וא"כ תו לק"מ ע"ד הפוס' המסכימים לדעת ת"הד ז"ל בטענת חסרון מזונות הנז' ולא ע"ד הרב משכ"הר והרבנים שעמו ולא ע"ד הרב מהר"י עייאש ז"ל ממ"ש הרא"ש והטור ומרן סי' קנ"ד הנז' דאפשר וקרוב לודאי דס"ל כאחד מהתי' ומשו"ה לא חשו להזכיר תשובת הרא"ש הנ"ל כלל דלדידהו שנה ושנה מתשו' הרא"ש. הנז' דינו של הרב ת"הד ז"ל הנ"ל מכח החי' שכ' הרבנים הנז"ל וכמדובר. אכן האמת יורה. דרכו דדברי. הרא"ש שבתשו' הנז' והטור ומרן בסימן קנ"ד דפסקוה להלכה כנז' זה מורה להדיא דלא כסברת הרב ת"הד ודעימיה הנז' במכ"ש וק"ו וכל התי' והחי' הנז"ל ויותר מהמה כולם דחוקים הם מאד וכבר נדחי בפוס' הנז' עצמם דהחילוק שכתב הרב בני משה שלטון ז"ל הנז' כבר הרב בירך משה ז"ל דחאו בשתי' מתשו' מהרשד"ם דבסי' קנ"ה וסו"ד הניח הדבר בצ"ע יע"ש גם החילוק שכתבו הרב דברי מרדכי ונודע ביהודה ז"ל כבר הרב דברי מרדכי גופיה שם הודה שלא הנאהו חי' זה והוא גם כן נגד מה שכתב מהרשד"ם וכו' יע"ש. גם הגאון נו"בי ז"ל שם לא מלאו לבו לכוף לאשה ע"פ חילוקו הנז' אלא כתב דכל חד ליקום אדוכתיה כמבואר בד"ק יע"ש. גם החי' שכתכ הרב מהרח"מ ז"ל כבר דחאו הרב בירך משה בר"סי ח' ובס"סי י"א יעש"ב. באופן דכל הדברים יגעים וכל ישר הולך ישפוט בצדק דהרא"ש והטור ומרן בסי' קנ"ד פליגי ע"ד הרב ת"הד ז"ל הנז' בלתי ספק כלל והעיקר אצלינו כמ"ש הרא"ש והטור ומרן בסי' קנ"ד דאפי' משום סכנת נפשות של בעל אין כופין אותה ללכת אחריו ואדרבה כופין אותו לגרשה כ"ש וק"ו משום חסרון מזונות דידיה דאין לכוף אותה כלל ותו. הגם דנימא דאין מדברי הרא"ש והטור דבסי' קנ"ד הנז' שום סתירה לדינו של הרב ת"הד ז"ל הנז' כלל וככל החי' שנאמרו בזה בדברי הפוס' ז"ל מ"מ אנן בדידן קבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל גם במ"ש בב"י כידוע ואפי' היכא שהב"י חולק ע"ד הש"ע בפי' ס"ל להגאון החק"ל בא"ח דהב"י עיקר יע"ש וממ"ש. עליו בזה הרב יוסף אומץ ז"ל בסי' יע"ש וע"ע להגאון החק"ל ז"ל ח"מ סי' נ"ד שהאריך בזה להכריח דקבלנו הוראות מרן גם כמ"ש בב"י ובתשו' יעש"ב וא"כ כיון דחזינן למרן בב"י א"הע סי' ע"ה כתב ע"ד הרב ת"הד שלא נראו בעיניו הרוב ככל הפוסקים הבינו דבריו כפשיטות גמור דפליג עליה הת"הד גם בעיקר הדין וכמש"ל. וגם פשט דברי הרא"ש והטור ומרן ז"ל שבחי' קנ"ד מוכיחים להדיא דלא כסברת הרב תרומת הדשן ז"ל וכנז"ל ודאי דהכי נקטינן להלכה ולמעשה ואין לזוו מדעת מרן ז"ל גם במ"ש בב"י וכמדובר:

שו"ר להרב מהר"א דיין ז"ל בספרו הבהיר הולך תמים ופועל צדק בתשו' סי' א' שנשאל במי שרוצה ללכת לא"י ת"ו ואשתו אינה רוצה והאריך בזה טובא ועמד ברוב ככל. דברי

הפוס' ז"ל הנז"ל יעש"ב נפלאות מתורתו וסהדי במרומים שלא ראיתיו עד הנה והנה מקום אתי לעמוד בכל ד"ק ברם אין הפנאי מסכים עמדי כעת ואכמ"ל:

ואחרי כותבי כ"ז את זה ראיתי להר' כפי אהרן נר"ו הנד"מ בא"הע סי' י"ב תשו' ארוכה לה' מהרמ"פ נר"ו כנדון כזה והאריך בעיקר המשנ' דתני ג' ארצות וכו' ועמד ג"כ ע"ד הרא"ש והטור ומרן שבסי' רנ"ד. הנז' דהוו הפך דעת הת"הד ז"ל ואייתי גם מ"ש הרב דברי מרדכי והנוב"י ז"ל הנז' וגם הוא נר"ו דחאם ומדיליה יצא לחלק חילוק אחר מנדון הרא"ש לנדון הת"הד ז"ל יעש"ב ושם בסי' י"ג עמד ע"כ ד"ק ה' כפי אהרן נר"ו ודחה חילוקו דלא ניתן ליאמר בדברי מרן ז"ל גם דחה חי' הרב כ"מ שלטון ז"ל בב' ידים וסו"ד אסיק וז"ל והיותר קרוב אצלי היות דעת מרן. גם בש"ע מבואר דלא כת"הד מכח הך תשו'. הרא"ש ואפשר דמ"ש בסי' ע"ה בב"י ע"ד הת"הד דאין נ"ל דבריו עיקר סמיכתו היתה על תשו' הרא"ש ומבוארים דבריו הפך ת"הד כי באמת דכל החי' שנאמרו לעיל אין בהם כדי שביעה כי היכי דלא ליסתרו דברי הרא"ש לד' הת"הד ופשטן ש"ד ממשמשים ובאים דפלגן בהדייהו ונמצא דדעת מרן בב"י ובש"ע דלא כת"הר עכ"ל הנה מבואר בד"ק כמ"ש בעניותי ועלץ לכי שנתכוונו בזה. לדעת אחת ומ"ש דמרן בב"י עיקר סמיכתו היתה וכו' כבר קדמו בזה הרב ב"מ שלטון ז"ל בסי' ט' הנז' שכ"כ להדיא ע"ר מרן דכל חיליה הוי מתשו' הרא"ש הנז"ל. וכבר הוא נר"ו הזכיר לס' הרב. ב"מ שלטון לעיל. מזה ומה בא לחדש דבר מעתה עוד. ראיתי להרב הנז'. נר"ו שהעיר ע"ד הרבנים משכ"הר ודעימיה וע"ד מהר"י עייאש. ז"ל מדברי מרן בב"י וכו' יע"ש ואנא עניא כבר כתבתי מה שנלע"ד ביה דאינו רחוק לומר דהאי כללא דאית לן אנן דקבלנו. הוראות מרן גם במ"ש בב"י. אינהו בדידהו לית. להו כיון דאשכחן דקרו עליה ערער הא"ח ז"ל ועז"ל ועל מ"ש מרן בש"ע סי' קנ"ד אפ' דס"ל כחד מהנהו חי' שכתבו הפוס' ז"ל ובהכי לק"מ עלייהו וכמדובר אחת למעלה:

תו חזיתיה להרב הנז' שהביא לנו מ"ש הוא עצמו בתשוכה אחרת דכל כה"ג שכותב מרן בב"י ע"ד איזה פוס' שאין דבריי נראין לו ובש"ע משמיט הדין ההוא לגמרי במח' הוא שנוי אי חזרה הוי או לא ובזה תריץ יתיב דברי הרב משכ"הר וכו' דס"ל דחזרה הוי וכו' יעש"ב:

ואחהמ"ר אין דבריו נראים בעיני כלל בפרט זה דלדידי הדבר פשוט אצלי דבכל מקום שכותב מרן בב"י ע"ד איזה פוסק שאין דבריו נ"ל כה"ג דנ"ד שכתב. בסימן ע"ה באבן העזר ע"ד הת"הד ז"ל ע"ז וכן כתב בסימן ת' מא"הע ע"ד מהרי"ק ז"ל בדין תוספת שבזמנינו יע"ש. וכן ההיא דח"מ סי' ע"י אשר הביא הוא נר"ו וכמו כן בכ"מ שכותב

מרן ז"ל בב"י אתה חילייך דין מדעת עצמו בלשון ונ"ל וכו' כדאשכחן למת כב"י שכ"כ בדוכתי טובא ג"ז הוא פסק הצכה גמור שפוסק מרן בב"י ואפי' שהשמיטו בשדע לית לן כה לדידן שקבלנו הוראותיו גם במ"ש בב"י הכי נקטי' כמ"ש כב"י דמה שהשמיטו בש"ע שוא משום דאין דרכו של מרן בש"ע להעלות על ש"אט חילוקי דינים מדעת עצמו לרוב. הפנוה רק:

אאא מעלה ע"ש דינים שפסקו עמודי ההוראה ושאר הראשוני' ודל ותל"מ כידוע ולא נכנסי דיציט שפוסק בב"י מדעת ענמו בכלל מ"ח האחרונים א"ל שהביא הרב י"מ ז"ל בכצלי הש"ע דהתם עסקינן על איזה דינים וסכרות שמביא בסתם בכ"י מהראשונים ומשמיטם בש"ע כזה הוא דאיפליגו הא"ח ז"ל אי חורה היי או לא כמ"שיר המעיין בדבריהם ז"ל בסם במה שפוסק מרן להדיא בכ"י כגוונא דנ"ד ודכוותיה כנז"ל כהא כ"ע מודו רלאו חזרה הר במה שהשמיט' בש"ע מאחר שכבר גילה דעתו בכ"י דהני ש"ל למר וככר קבלנו הוראותיו אפי' במ"ש בכי כא"ל ואני תמיה טובא על הרב המ' נר"ו דלדידיה ק"ט דלפי דעתו א"כ היכי משכחת לה האי בללאארכתבי הא"ח ז"ל דאנן בדידן קבלנו הוראות מרן א אבמ"ש בב"י כח"ל ושהכ"י עיקר כנז"ל לדידיה היכי משכדל האי כללא לסברת הפוס' דס"ל דכיון שהשמיטה בש"ע הדר ביה אלא ודאי האמת יורה דרכו דהאי תרי כללי האי לחודיה קאי והאי לחו"ק ולא נגעי ולא פגעי זב"ז כצל וכמ"ש בעניותי וברור:. ' ראיתי להרב המ' נר"ו שם שיצא לידק בדבר חדש כדעת מרן ז"ל שכתב דעל מבוכה זו ישכו והעלו דאין לזוו מקבלת מרן אפי' אם המנא ימצא איזה פוסקים מגדול. הראשו' אשר עלו לנו אחר. זמן מרן ז"ל הפך דעתו לא אמרי' אלו היה רואה מרן ד"ק היה חוזר בו אף כי להתופסים דגל הק"ל משתמשים הרבה מזה מ"מ לנו שקבלנו דעת מרן לא יועיל זה וכו' עכ"ל יע"ש ואם בזה לענ"ד אין זה אמת כלל דלא עדיף מרן ז"ל מכל שאר גדולי הפוס' המפורסמים דאמרי' בהו אלו היה רואה וכו' ואי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה וגם במרן אמרי' הכי דמאי שנא ומאי אולמיה ופוק חזי ההוא כללא דחדית לן הגאון מהריט"א ז"ל בשמחת יו"ט סי' א' ד"ט ע"א בדעת עליון מרן ז"ל והרב החסיד ראש"ל רב אג"ן ז"ל בחוקי חיים דנ"ט יע"ש דעיקר חילוקם והכלל שלהם הוא הוא ג"כ מן השורש והכלל הנז' דאלו היה רואה ושמיע ליה ואלו היה עומד וכו' הוה הדר ביה כיעו"ש וגם ספר בדק הבית למרן ז"ל יוכיח דראה בה מר שלא ראה בב"י ולפעמים רבים חוזר בו מרן בבד"ה ממ"ש בב"י כידוע ואם כת הפוס' דס"ל על הסברות שמביא מרן בב"י בסתם והשמיטם בש"ע דאמרי' דחזר בו טעמייהו הוא משום דאמרי' דבתר הכי דאה מרן ז"ל חולקים על אותה הסברא שהביאה בב"י בסתם ומשו"ה חזר כו והשמיטה

בש"ע מאחר שראה שאינה מוסכמת וכו' הוא הפך ממש ממ"ש הרב הנז' נר"ו בכללו הנז' גם טעמו דיהיב לן הרב הנזכר הוי במה שראו עיני קדשו וכו' אין בו טעם לשבח כלל דלא עדיף מרן גופיה מגברי רברבי דאתי מחמתייהו כיון דאפי' בדעת הרמב"ם ושאר ראשונים ז"ל אמרי' בהו אלו הוה שמיע להו וכו' א"כ כ"ש דאמרי' הכי גם בדעת מרן ז"ל והדברים פשוטים לענ"ד:

שו"ר להרב כפי אהרן נר"ו גופיה בתשו' אחרת שם בדקי"ח ע"ד שכתב הוא עצמון ע"ד מרן אלו היה רואה וכו' יע"ש והוא הפך ממ"ש אשא רביי' עצמו והגרא' שחזר בו ממ"ש כאן אלא דלא ידענא. הי מנייהו קדים איך שיהיה כל שאי דידי לא שמיע לי ולא סבירא לי להני כללי דסבר הרב הנז' נר"ו דאסיק הכא מדעת מרן ז"ל ולא מייתינן להו כלל והעיקר אצלי כמ"ש בעניותי דוקא וכמש"ל והדברים פשוטים וע"ע בס"הק לב נשבר סי' ס' רמ"ש בעניותי שם רמזתי מ"ש אצלי כאן עי"ש:

תו חזיתיה למר הרב הני' נר"ו בסוד"ק שם שכת' על נ"ר וז"ל ובכן אין ס' אצלי דגם מצרים היא נחשבת מהמלך הג' יר"ה בלי ס' ותראבלס היא תחת ממשלתו וכו' עכ"ל יע"ש ואתמה' טובא שלא. זכר שר בעת הזאת שדבריו אלה הם הפך מ"ש מהריע"ט בח"א סי' מ"ו דהזכירו הוא נר"י בתשו' זאת עצמה לעיל מוס שכתב להדיא וז"ל הילכך אין האיש היה יכול לכופה לשבת בעזה חדא דאין עזה נתשבת לא"מ וכו' והיא תחת מלכות אחר וכו' עכ"ל יע"ש וא"כ ודאי דה"ד תראבלס דהיא כעזה ואיך פסיק ותני הוא נר"ו. דלא כמהרימ"ט ז"ל והוא פלא עצום:

איך שיהיה נחזור לדעתן עלה שדעת מרן ז"ל ברור דס"ל דלא. כהרב. ת"הד ז"ל וס"ל האי דטענת דוחק מזונות אינה טענה כלל ואנן בתריה גרירי ואפי'. כמ"ש בב"י וכמ"ל אפי' שלא היה נשבע כלל כ"ש בנ"ד דאיכא שבועה הדידה בה דמשק וכו' שאינו יכול עוד להוציאה אפי' למקו' ה ההיא ודאי איסור שבועה ולא ספק שבועה כלל ובכל האמור ומדובר. וכ"כ בפשיטות גמור הרב מוהרמ"ט ז"ל בבירך משה סי' יו"ד בד"ל ע"א וז"ל דבשלמא מה שנוהגין לכתוב בכתובה הדירה בעיה"ק ת"ו היינו ליפות כח האשה שאפי' אם ירצה להוציא' מעיר לעיר באותה הארץ שמעיקר הדין יכול להוציא' כמש"ל בפ"ד לזה בא התנאי כדי שתוכל לעכב על ידו וכו' עכ"ל יע"ש וממנו נקח לדון ולהורות לנ"ד שכן נוהגים לכתוב בכתו' ברורה פה דמשק וכו' דחד דינא נינהו וכמובן:

שו"ר דאכתי בנ"ד ליכא אלא ס' איסור שבועה ולא ודאי איסור שבוע' ונ"מ לאסוקי ממשכ' מניה וכדבעי' מימר קמן בס"ר דהנה באתרא דידן דמשק יע"א מלבד מה שנוהגין לכתוב כתובת הדירה פה דמשק יע"א עוד נוהגין להוסיף תנאי אחר סמוך ממש לתנאי

הנז' וז"ל הדירה פה דמשק יע"א ובמקום אשר ייטב לשניהם ע"כ, והונא דבהאי תנאה בתרא איפליגו בפירושא דמלתא דנא תרי אשלי רברבי ה"ה הרב מהרר"א לניאדו ז"ל והרב מהרמ"ג ז"ל הובאו ד"ק בבירך משה להרב מהרמ"ג גופיה בסי' כ"ב וכ"ג דהרב מהרא"ל ז"ל הנז"ל שם בסי' כ"ב פירש לכוונת התנאי האחרון הנז"ל דהאי ובמקום אשר ייטב. לשטתה ר"ל על החצרות ועל הבתים בתי דירה שידורו שם בדמשק כמקום אשר ייטב לאיש ולאשה והאי תנאה בתרא קאי אתנאה קמא הדירה בדמשק ובחצר ובית אשר ייטב לשניהם אתד"ק בס"סי כ"ב הנז' יע"ש: ואולם הרב מוהרמ"ג ז"ל שם בסי' כ"א רוח אחרת אתו בכוונת התנאי הנז"ל ותכלית דבריו הוא דאי אית ליה באתריה חסרון מזונות ובמ"א טוב לו ולאשתו בריוח פרנסתם מצי לדור במ"א ובלבד שיהיו מקומות שוין לדעת מרן ז"ל דפליג על הת"הד ז"ל אתד"ק ועש"כ ובכן בנדון דהבעל טוען כי בבירות יע"א מצא כדי פרנסתו בריוח גדול משא"כ בהיותו דר פה דמשק יע"א שהיה ניזון בדוחק גדול הנה לדעת מהרמ"ג ז"ל ליכא עליה שום איסור שבועה ומצי לכופה ללכת אחריו כיון שכן היה התנאי מעיקרא במקום אשר ייטב לשניהם דעקר לתנאה קמא שהתנו הדירה וכו' היכא דבאתריה אית ליה חסרון מזונות והנ"ל ולדעת הרב מהרא"ל ז"ל דס"ל למר דתנאה קמא שהיא הדיירה וכו' קאי בדוכתיה לעולם ועד ואפי' אית ליה באתריה דוחק מזונות וכמ"א מצא פרנסתו בריוח ולא בצער אפי"ה לא מצצי לכופה ללכת שם מכח תנאו הראשון הנז' שנשבע עליו והרי תנאה בתרא קאי על דירתא בבתי וחצרות דמשק ולא על עיירות אחרות כלל א"כ לדידיה דמהרא"ל ז"ל בנ"ד אריא דשבועתא רביע עליה דראובן ולא מצי לכופה ללכת אחריו כלל משום חומר השבועה הנז' וחזר הדין לומר דליכא בנ"ד אלא ס' שבועה דוקא מכח מחלוקת הגדולי' ז"ל הללו בפי' תנאי האחרון הנז"ל וכמו שנתבאר: והנה עם שאיני כדאי להכריע בין הרים גדולי' ז"ל הללו איזה מהם פירושו עיקר מ"מ האמת אגיד ולא אכחד שנלע"ד עיקר כפי הרב מהרא"ל ז"ל הנז"ל דהוא יותר מרווח ומשמעותו ניכר יותר בריוח דהכי ובמקום אשר יטה לשניהם לא קאי אלא על דירת הבתים והחצרות לדמשק עצמה דוקא והם שני תנאים גמורים הא' שהדירה תהיה פה דמשק יע"א ולא יוכל להוציאה למ"א אפי' לשוין כלל וגם תנאי שני על דירת הבתים והחצרות שידורו במקום אשר ייטב לב' שלא יוכל לדור בבית וחצר שאינו הגון לאשתו וגם היא אינה יכולה לכוף בעלה לדור בחצר ובית שאינו הגון לו כי אם במקום אשר ייטב לב' דווקא דהשתא שפיר אצטריכו שני התנאים הנז"ל. ותרוויהו צריכי למכתבינהו ואז אתי שפיר טפי האי ר"ו של ובמקום וכו' דהוא תנאי כ' נוסף על תנאי הראשון וכאלו אמר בפי' הדירה וכו'. ואם במקום וכו'

וכמובן משא"כ פירוש הרב מהרמ"ג ז"ל הנז"ל זוהי שקשה טובא דא"כ לא היו צריכים לתנאי קמא שהוא הדירה פה דמשק כלל כיון דבלאו"ה אינו יכול להוציאה מעירה אם לא למקומות השוין ומסתמא כל אדם אינו מניח עיר מולדתו והולך לדור במ"א אם לא דביש ליה בעירו ובעיר אחרת דכוותה מצא פרנסתו ברייח הא לאו"ה לא וא"כ לאיזה צורך התנאי הראשון הנז' הא בתנאי הב' לחודיה הוה סגי דכשהוא אומר הדירה במקום אשר יטב לשניה' הוה שמעינן דדוקא היכא דדחיקא ליה שעתא באתרייהו ובמקום אחר ימצא מנוח אשר ייטב לשניהם מצי לדור שם ואין אשתו יכולה לעכב על ידו כלל כדפירש לה מהרמ"ג גופיה ז"ל וא"כ למה הוצרכו לתנאי הראשון הנז' כלל דאין לומר דס"ל למהרמ"ג ז"ל דאי לא הוו כתבי אלא תנאה בתרא הנז' דוקא לא הוה מפרשינן ליה על דירתם בעיר אחרת כלל אלא דהוה מפרשינן ליה על דירתם בבתים וחצרות של דמשק עצמם כדפירש לה הרב מהרא"ל ז"ל הנז' וכנז"ל דזה ודאי דוחק עצום לפרשו כן דנמצא דלא התנו כלל שלא לדור בעיר אחרת דכוותה וזה אינו סברא כלל להניח תנאי הדירה בעיר אחרת שלא להתנות עליו כלל שהוא העיקר ומתנים על הטפל שהוא הדירה בחצרות ובתים של דמשק הא ודאי אין הסברא מחייבת כן כלל משא"כ אם נפרשהו לתנאי האחרון הנז' שהוא על דירתם בעיר אחרת באשר ייטב להם מכלל הן אתה שומע לאו דהיכא דלא ביש ליה בהאי מתא לא מצי אזיל למתא אחריתי אפי' דכוותה מכח התנאי הנז' שלא הורשה לצאת מעירו כי אם היכא דדחיקה ליה שעתא בעירו ובאחרת יטב לשניהם דוקא וא"כ הדק"ל למאי אצטריכו לתנאה קמא כלל ותו ק' דלפי פירושו דמהרמ"ג ז"ל הנז' צ"ל דהאי וי"ו לחלק ואם בלשון בנ"א אמרי' הכי לדעת הרשב"א ומרן ז"ל כמבואר כ"ז בדבריו ז"ל יעש"ב והן אמת דהכי קי"ל להלכה ברם א"א לפרש כן בנוסח הכתובות דילן דהא חזינן דמקמי האי תנאה הנז' כתוב לעיל מניה תנאה אחר וז"ל מעשה ידיה לו ועליו לספק כל צורכיה בריאה או חולה עכ"ל ועיין להרב מהרמ"ג ז"ל בבירך משה סי' ד' דכ"ה ע"ד מה שפירש בתנאי בריאה או חולה הנז' יע"ש הרי דבתנאי זה נחתי למכתב תיבת או חולה דהוה סגי למכתב בריאה וחולה ואנן מפרשינן לה או חולה ומדחזינן דהכא בהאי תנאה נחתי לכתוב או חולה ובתנאי הנז' שאחריו כתוב הדירה וכו' ובמקום וכו' ולא אמר או במקום וכו' ש"מ דאינו לחלק כלל רק הוא תנאי בפ"ע וכדס"ל למהרא"ל ז"ל דוקא:

אשר מכל אלין דהוו הנלע"ד ברור דהפירוש היותר פשוט ומרווח בלשון התנאים הראשון והב' הנז' הוא כמ"ש הרב מהרא"ל ז"ל דוקא וכבר כתב הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' ש"ר וז"ל שאלת מ"ט יד בע"הש ע"הת הודיעני נא אם כלל לכל דבר ואפי' יש בשטר

לשון שיש בו שני משמעיות אפי' האחד דחוק והאחד מרווח ואפי' כשב"ד מכירין מתוך הכתב שכיון למשמעות שהוא לתועלת בע"הש אם לאו תשובה כל שמשמעותו ניכר לב"ד מתוך הכתב שהוא כן דנין אותו ואפי' ליפו"ך של בע"הש וכן אם דרכם של בנ"א לכתוב לן בענין שיש בו יפו"ך לבע"הש דנין ואפי' שאפשר לדונו במשמעות אחר שהוא ליפוי הלוה ולגרעון לבע"הש וכו' עכ"ל יע"ש:

והגם דחזינא למוהרי"ק ז"ל בשורש ז' שכתב דבלשון מסופק בשטר הגם דמשמע קצת כבעל השטר אפי"ה אמרי' יד בע"הש ע"הת יע"ש וכן הסכים הרב מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' נ"ו יעש"ב הא ודאי דמוהרי"ק ומהרשד"ם ז"ל לא פליגי אתשו' הרשב"א ז"ל הנז' דאינהו מיירי היכא דמשמע קצת כבעל השטר ולא משמע יותר רק קצת משו"ה ס"ל ז"ל דאם במשמע קצת אמרי' יד בע"הש ע"הת משא"כ היכא דהמשמעות הוא יותר שכן ניכר משמעותו לב"ד מתוך הכתב או שכן דרכם של בני אדם לכתוב כן וכגוונא דנ"ד בהא ודאי יודו מוהרי"ק ומהרשד"ם להרשב"א ז"ל שכן דנין אותו אפי' שהוא ליפו"ך בע"הש וחילוק זה ברור מאד ומוכרחים לאומרו בדעת מהרשד"ם ז"ל דחזינן ליה בח"מ סי' שס"ו אייתי לנ"ד תשו' הרשב"א הנז"ל יע"ש ולא הזכירו למוהרי"ק ז"ל כלל כיעו"ש א"כ מוכרח לחלק לדעתו ז"ל כדכתיבנא וראיתי להרב החסיד ראש"ל מהרח"א ז"ל בחוקי חיים סי' י"א שהסכימה דעתו דהרשב"א ומוהרי"ק פליגי אהדדי ומכח זה תמה על הרב מהרש"ח ז"ל שהוכרח להוכיח דפליגי מתשו' אחרת להרשב"א ז"ל ותמה עליו דלא היה צריך לזה דמתשו' דח"ב סי' ש"ה הנ"ז מוכרח דפליגי יע"ש ואחהמ"ר הראויה אליו לדידי חזי דמהאי תשו' דסי' ש"ה ליכא ראיה כלל דפליגי וכמש"ל ואשתמי' מניה ח"ו תשו' מהרשד"ם דסי' שס"ו הנז' וכמדובר:

עכ"פ דבר הלמד מדברי הרשב"א ומוהרי"ק הנז"ל דדוקא היכא דלשון השטר הוא מסופק ומשתמע לתרי אנפי ושניהם שקולים או אפי' דחד מנייהו נוטה קצת ליפו"ך בע"הש אפי"ה אמרי' יד בע"הש ע"הת ברם היכא דמשמעותו ניכר יותר לב"ד מתוך הכתב שהוא כן דנין אותו כן ואפי' שהוא ליפו"ך של בעה"ש וכן אם דרכן של בני אדם לכתוב כן בענין שיש בו יפו"ך לבע"הש דנין אותו כן אע"פי דאפשר לדונו במשמעות אחר לגרעון כח בע"הש וכמ"ש הרשב"א ז"ל וכנז"ל א"כ בהאי תנאה דכתיב בכתוב' הדירה פה דמשק ובמקום אשר ייטב לשניהם דאית ביה תרי פירושי דמהרא"ם ומהרמ"א ז"ל הנז"ל למר כדא"ל ולמר כדא"ל והפי' היותר מרווח ופשוט ומשמעותו ניכר לב"ד מתוך הכתב לענ"ד המעט הוא כפי' הרב מהרא"ל ז"ל הנ"ל ואם כן דרכם של בנ"א לכתוב וי"ו הנוסף היכא דצריכה הו"ו להוסיף והיכא דצריך או לחלק כתבי או וכה"ג דנוסח

הכתובה כנז"ל ולא חזינא שום קושייא על פירוש מהרא"ל ז"ל הנז' כלל לא כן בפי' הרב מהרמ"ג ז"ל אית ביה כמה תירוצי לענ"ד כנז"ל הא ודאי לענ"ד דבכה"ג דנין אותו כפי' הרב מהרא"ל ז"ל אפי' שהוא ליפו"ך של בע"הש הנז"ל כנלע"ד ברור ומה גם בהצטרף לזה מ"ש מהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ק"א דאם הלשון מסופק ואיכא אומדנא לאחד מן הפירושים אזלינן בתר אומדנא יע"ש והכא איכא אומדנא רבתי בנ"ד המסייעא לפי' הרב מהרא"ל ז"ל הנ"ל והוא מדחזינן דהתנו עליו קודם הנישואין סמוך לחופה בקע"ש שלא יוכל להוציאה לדור במ"א כלל כנ"ז בשאלה א"כ אין לך אומדנא גדולה מזו ואזלי' בתרה לפרושי התנאי שבכתובה הנז' הכי אפי' אם היו שני התי' שקולים ממש וגם אפי' אם היה סתם הלשון הפך האומדנא וכמ"ש שם מהראנ"ח להדיא יע"ש ועיין בכנ"הג סי' מ"ב הג"הט אות ל' ולהרב חש"ש ז"ל שם אות כ"א שהביאו דברי מהראנ"ח ז"ל הנז"ל ומ"ש בזה יע"ש בהם יש לדחות זה משום דנוסח זה נהוג בכל הכתובו' משנים קדמוניות ולאו בהאי כתובה דאשת ראובן בלבד הוא דכתיב הכי כדי לסייע ב"י מהרא"ל ז"ל מכח האומדנא הנז"ל אכן העיקר הוא כדכתיבנא מעיקרא דהפי' היותר פשיט ומרווח הוא מ"ש הרב מהרא"ל ז"ל דוקא ואפי' לא היה נשבע על התנאי הנז' הוה מפרשינן ליה הכי כמ"ש מהרא"ל ז"ל דוקא דיוק שהוא יותר פשוט ומרווח כנז"ל כ"ש השתא דאיכא שבועה בהדיה דודאי דיש לנו לפרושי הכי לחומרא ואיכא ודאי איסור שבועה ולא משום ספק איסור שבועה הוא דמחמרינן עליה ברם כבר מלתי אמורה דאיני כדאי לחלוק ע"ד הרב מהרמ"ג ז"ל ומי אנכי להכניס ראשי בין שני הרים גדולים ז"ל להכריע ביניהם דכיון דמהרמ"ג ז"ל הסכים לפירושו בתנאי הכתובה הנ"ז א"כ הריני מבטל דעתי מעתה נגד דעתו ז"ל וחזרנו לדין דספיקא הוי וספק שבועה להחמיר וכמדובר וכבר כתבתי דהגם דקי"ל ס' שבועה להחמיר כנז"ל וא"כ לכאורה לא נפק"ל מידי אי הוה ס' איסור שבועה או ודאי איסור שבו' כיון דבין הכי ובין הכי אית לן למיזל לחומרא ולא מצי הבעל דנ"ד לכוף אשתו שתבא אחריו הגם דליכא אלא ס' שבועה וכנז"ל מ"מ נ"מ לחיוביה ממונא דהיינו במזונות אשתו ובכתובתה משלם דאם נאמר כמו שפירש הרב מהרא"ל ז"ל בפי' התנאי האחרון הנז' כנז"ל דינא נפיק דלא מצי ראובן דנ"ד לכוף אשתו להוליכה לבירות הגם דנימא דבירות ודמשק תרוויהו שוו בשיעורייהו בכל מילי כמש"ל בריש אמיר מ"מ כיון שנשבע ע"ז שהדירה פה דמשק וכו' אסר עצמו אף במותר לו וכמ"ש מהריב"ל בח"א סי' ע"ב הנזכר וז"ל ואומר דבנ"ד פשיטא ופשיטא דאין האיש ראובן יכול להוציא את אשתו אף שיהיה במלכית אחת ושיהיה מעיר לעיר ומכרך לכרך דכוותא דכיון שנשבע אסר עצמו אף במותר וכו' עכ"ל וכ"כ מהרח"מ ז"ל בב"מ סי' יו"ד ומהרמ"ג גופיה סימן

נ"ג יעי"ש וכמש"ל בארוכה וכיון שכן דאריא דשבועתא רביע עליה ואינו יכול להוליכה למ"א כלל מכח השבוע' חזר הדין להיות כמו שמן הדין לא מצי להוציאה למלכות אחרת או מכרך לעיר ומעיר לכרך ואם היא אינה רוצה ללכת עמו מתחייב לה בשארה כסותה ועונת' ובכתובת' ובתוס' משלם אם היא רוצה להתגרש והוא אינו רוצה לגרשה אלא לעגנה או שתלך אחריו דלפום דינא לא מצי לעגנה אלא או לפרוע לה כל סכי כתובתה משלם ולגרשה או לישב עמה בעירה ולהתחייב לה בשבו' כהסכמת רוב הפוס' ז"ל הו"ד בתשו' הרב מהרח"מ ז"ל בבירך משה סימן יו"ד הנז' מדל"ה ע"ג ואילך. יעש"ב ודוק מנייהו ואוקי באתרין ממש מכח חומר השבועה וכנז"ל אכן לדעת עליון הרב מהרמ"ג ז"ל בסימן נ"ג הנז"ל דפירש לכוונת התנאי דבמקום אשר ייטב לשניהם דקאי על דירת העיירות היכא דבאתריה אית ליה דוחק מזונות ובמ"א ייטב לשניה' מצי ללכת להתם וכופה אשתו שתלך עמו כנז"ל א"כ לדידיה דינא נפיק בנ"ד דמחייבה אשת ראובן הלזו דנ"ד לכוף כאגמון ראשה וללכת אחר בעלה לבירות יע"ח מאחר דשם מצא כדי פרנסתו בריוח ואין על בעלה שום איסור שבועה כלל דלהכי אהני דאי תנאה בתר' הנז' אפי' לה' מרן ז"ל דפליג ע"ד הת"הד ז"ל כנז"ל א"כ הדר דינא כאלו אין כאן שום תנאי ושבועה כלל וא"כ הדין נותן דמצי הבעל דנ"ד לכוף לאשתו לבא אחריו כיון דמן דינא יכול להוליכה מעירה לעיר אחרת דכוות' וכנז"ל ואם תמאן ותסרב היא מלבא אחריו והבעל טוען או שתבא אחריו או לגרשה בלי כתובה ותוס' והיא מונעת מלהתגרש אזי הדין נותן דפטור ועטיר הבעל משבו' ומפסדת ג"כ עיקר כתובה ותוס' כמ"ש הפוס' ז"ל וכמ"ש בשמ' הרב מהרח"מ ז"ל שם דל"א ע"ג יע"ש ועמ"ש ע"ז הרב מהרמ"ג ז"ל שם סימן י"א דכל חד מנייהו מצי טעין קי"ל יעש"ב וכיון דאין אנו יכולים לחייבו בשבו' ובעיקר כתובה ותוס' עפי"ד מהרא"ל ז"ל משום דעומד לנגדנו ככותל סברת מהרמ"ג ז"ל בפי' התנאי האחרון הנז' ומצי טעין הבעל קי"ל כוותיה וכמ"ש מהרמ"ג גופיה בסימן כ"ג הנז' יע"ש א"כ הגם דאזלינן לחומרא בעיקר השבועה ולא מצי לכוף לאשתו ללכת אחריו מ"מ גם אין בידינו כח לכוף לבעל אם ילך מעירו לחייבו ממון ועיקר כתו' ותוס' דמצ"ל קי"ל כדעת מהרמ"ג ז"ל שבסי' כ"ג דלדידיה אדרבה היא חייבת ללכת אחריו למקום שמוצא פרנסתו בריוח כמש"ל והכי חזינא למרן החבי"ב ז"ל בכנה"ג חמ"מ סימן מ"ב הגב"י אות ט"ז שכ"כ וז"ל כשהלשון תלוי ומסופק יד בע"הש ע"הת אפי' יש שם חרם או שבועה או ת"כ מהר"מ מינץ ז"ל סימן ט"ו וי"ו אמר המאסף והוא תימה דס' שבועה להחמיר וכן ס' חרם להחמיר כמ"ש הרשב"א בתשו' סימן ש' והרב מהראד"כ בתשו' כ"י סי' מ"ט כתב דשטר שיש לפרשו בב' פנים יש להחמיר ולפרשו בכוונה דמתקיימת השבועה ונראה

דודאי הנשבע או מקבל החרם יחוש לעצמו אמנם אין ב"ד כופין על כך כיון שהלשון מסופק יד בע"הש ע"הת וכו' עכ"ל יע"ש הרי להדיא כדכתיבנא וראיתי להר' משאת משה ז"ל בח"מ ח"א סימן י"ט שעמד בזה בנ"ד וכתב דמהרש"ך בראשונות ס"ל דבספק שבועה כייפינן להוציא יע"ש ולא הודיענו הרב ז"ל היכא כתב כן מהרש"ך ז"ל בח"א ואדרב' אנכי הרואה למהרש"ך ז"ל בח"א סימן ס' דנראה מד"ק דס"ל דאין כופין כיעו"ש וכן הבין מד"ק הנז' הרב פ"מ ז"ל בח"א סינ"ו דס"ה ע"ג אלא שהביא שם למהרש"ח ז"ל דס"ל דכופין אף להוציא בספק שבועה והוא ז"ל הסכים שם לדעת מהרח"ש דכופין יעש"ב עכ"פ דעת מהרש"ך בח"א סימן הנז' הוא דאין כופין דלא כמ"ש בשמו הרב מ"מ ז"ל וכן ראיתי עוד למהרד"ך גופיה בח"ב סימן ג' דס"ל נמי התם דבספק איתור' וממונא יכו"ל המוחזק קי"ל יע"ש וכ"כ עוד איהו גופיה בח"ג סימן מ"ח דבלשון מסופק וסובל ב' פירושי' וכגוונ' דנ"ד לא אמרינן ס' שבועה להחמיר להוציא מיד המוחזק יע"ש וזהו הפך ממש ממ"ש בשמו הרב מ"מ ז"ל וכמבואר דלפי"ד המ"מ ז"ל נמצ' דמהרש"ך ז"ל סותר דברי עצמו ח"ו והא ודאי ק"ט שו"ר למהרש"ך ז"ל בח"א סימן תמ"ה שכתב שם דאי לענין איסורא אתשיל לא מצ"ל קי"ל יע"ש והביא ד"ק מרן החבי"ב ז ל בכנ"הג בכללי הקי"ל אות ס"ו יע"ש ואפשר דהר"ב מ"מ ז"ל אף הוא היה מכוין לתשו' מהרש"ך הנז"ל גם ראיתי להרב כהונת עולם בביאורו ליו"ד סימן קס"א ד"ז ע"ג שעמד ע"ד מהרש"ך אף דבח"א סימן קס"ט וח"ב סי' ר"נ נראה דלא מפקינן ממונא מניה מ"מ בח"ג סי"ל נראה דמפקינן וכתב מהר"י הלוי שם שבח"ג נראה שהיתה מסקנתו וכו' יעש"ב ולא זכרו שרים שבח"ג גופיה סי' מ"ח הנז' ס"ל דלא מפקינן כנז"ל ושו"ר ג"כ להרב פ"מ ז"ל בח"ב סימן ט' שהביא דעת מהרש"ך ז"ל דס"ל דכופין יע"ש:

תו חזיתיה למר הרב מ"מ ז"ל שם שהוכיח מתשו' מהרא"ש ז"ל שדבריו נוטים להוציא למתבונן בהם יע"ש ואנא עניא התבוננתי בהם יפה כפי עיוני המעט הוא ולא חזינא בהו שום הוכחה דס"ל בפשיטות להוציא יעו"ש ואדרבא הרואה יראה למהרא"ש ז"ל גופיה בסי' קס"ב שהניח דין זה בספק יע"ש וכבר ראיתי להרב כה"ע ז"ל שם שעמד ג"כ ע"ד מהרא"ש ז"ל וז"ל ובדעת מהרא"ש ראיתי למהר"י הלוי שם בשמו דמפקי' ובש"ך ס"סי קע"ז כתב בשמו דבמ"ח שקול לא מפקינן והפותח יד בתשו' מהרא"ש ז"ל יראה דבכל גוונא מספק"ל והיא בסי' קס"ב וכ"כ בשמו מהרש"ל שם והפ"מ ח"א וכו' עכל"ל יע"ש גם מ"ש עוד הרב מ"מ ז"ל שם דמהראד"ב ז"ל כת' להדיא דבס' חרם ב"ד עצמם חייבים להפרישו מן האיסור ומטפלים בו וכו' עכ"ל הן אמת שכ"כ מהראד"ב בס"סי רי"א לענין הטוען נגד המוחזק אי בעי הרשאה או לא כתב דלא בעי הרשאה כיון דהוי

מלתא דאיסורא וכל אחד מישר' הוא בעל דינו וב"ד עצמם חייבים להתטפל לאפרושי מאיסורא וכו' יע"ש אמנם כבר הבאתי לעיל מ"ש הרב כנ"הג בסי' מ"ב משם מהראד"ב בתשו' כ"י שכתב בשטר שי"ל בב' פנים שי"ל לפרשו בגוונא דמתקיימת השבועה ונראה דודאי הנשבע יחוש לעצמו אמנם אין ב"ד כופין אותו על כך כנז"ל ואם נאמר דהאי סיומא דונראה וכו' הם דברי מהראד"ב עצמו ק"ט ממ"ש מהראד"ב גופיה בס"סי רי"א הנ"ל וכבר הרב מ"מ ז"ל גופיה שם זכר עשה לדברי הכנ"הג דבסי' מ"ב הנז' ובהכרח לומר דהוא המבין דהאי סיומא דונראה וכו' הם מדעת עצמו דמרן החבי"ב ז"ל ודלא כס' מהראד"ב ז"ל אלא שזה דוחק עצום לומר כן:

אכן אחר העיון יפה חזינא דהגם דנימא דהאי סיומא הנז' הם דברי מהראד"ב עצמו או דמרן החבי"ב ז"ל אמרה למלתיה גם לדעתיה דמהראד"ב ז"ל עכ"ז לא תק"ל ול"מ מההיא תשו' דמהראד"ב סי' הי"א דאייתי לן הרב מ"מ ז"ל כי הנה הרואה יראה למהראד"ב ז"ל שם סי' רי"א הנז' דאתי עלה דמילתא להוכיח דלא נסתלק המחזיק ראשון כצאתו את העיר מט' דספק חרם להחמיר ועוד כתב טעם ב' דאפי' לא היה חרם בהסכמה לא נסתלק מחזיק א' כיון שהיה פורע מעות החזקה כנהוג וכו' יעש"ב וכיון שכן שפיר כתב בסיפא דמלתיה דלא מצ"ל לאו בע"ד דידי את כיון דהחזקה היא בחזקת א' ולא נסתלק ממנה והו"ל מלתא דאיסורא וחייבים ב"ד להפרישו מאיסור והיינו משום דכפי טעם ב' הנז' לא משום ס' חרם אתינן עלה עם הרוצה להחזיק שלא כדין אלא משום ודאי חרם שכתוב בהסכמה דכיון דודאי הוא למחזיק ראשון א"כ הבא להוציאו נלכד בודאי חרם וחייבים ב"ד להפרישו ברם אלו לא היה אלא ס' חרם לא היה כותב הרב ז"ל דב"ד מצווין להפרישו אלא דהוא יחוש לעצמו כמ"ש הכנ"הג בדעתו ז"ל ובהאי א"ש דברי מהראד"ב יחד וכמ"ש הכנ"הג ודלא כהרב מ"מ ז"ל וכמובן עוד יש לעמוד לענ"ד ע"ד הרב מ"מ ז"ל בעיקר הוכחתו שם מתשו' מהרשד"ם ז"ל דבסימן ס"ב דס"ל מר דבספק איסורא דאית ביה ממונא לא מצ"ל קי"ל יעו"ש נלע"ד דליכא הוכח' כלל ומימלא אזדא לה משהק' המ"מ ז"ל שם והניח דבריו בצ"ע יע"ש וכמו שאבאר בס"ד דהנה יש לתמוה עוד לכאורה דחזינא למהרשד"ם גופיה בסי' שס"א ור"ה דכנ"הג בכלל הקי"ל אות ס"ו ס"ל למר התם דאפי' באיסור' מצ"ל קי"ל יע"ש הפך ממ"ש בסימן ס"ב הנז' והדבר תמוה לכאורה וליתובי דעתיה צ"ל באחד מתרי אנפי או דנימא דבסימן ס"ב שלא היו תשו' מוהריק"ו מצויים אצלו דן הר' ז"ל מדעתו דאפי' דאית ממונא עם איסור' אפי"ה ס"ל למוהריק"ו ז"ל דלא מצ"ל קי"ל מידי דהוה באיסור' לחודיה אכן בסי' שס"א כבר ראה לדברי מוריק"ו ז"ל בדוכתייהו דלא אמרה למלתיה דלא קי"ל במלתא דאיסורא אלא

דוקא באיסור' לחודי' דלא פתיך ממונא בהדיה בהא הוא דס"ל דלא קי"ל אבל אי פתיך ממונא בהדי איסורא מצ"ל קי"ל משו"ה הדר ביה הרב ז"ל ממ"ש בסימן ס"ב הנ"ל ואסיק הכא בסי' שס"א דבממונא ואיסורא יחד מצ"ל קי"ל:

או נימה דמהרשד"ם ז"ל בסי' הנז' ס"ל כסברת הרב הפוסק כמהר"י הלוי ז"ל בסי' ב"ן דס"ל דהא דקי"ל דהיכה דאיכא איסור' וממונא ל"א קי"ל היינו דוקא היכא דאפי' לסב' המתיר איכא איסורא דרבנן ברם היכא דלסברת המיקל לא נשאר אפי' איסורא דרבנן אפי' דלסברת המחמיר איכא איסורא דאורייתא מצ"ל קי"ל יע"ש והשתא א"ש מ"ש בסי' שס"א הנז' כיון דלדעת הרמב"ם ור"ח והר"ן ש ז"ל שכתבו דאי גזר המלך שכל אחד יתן כסף גולגלתו אפי' ת"ח חייבים ואין כאן שום איסור אפי' מדרבנן התם מצ"ל קי"ל משא"כ ההיא תשו' דסימן ס"ב דעכ"פ אפי' לס' המיקל אכתי איכא איסור אבק"ר דרבנן משו"ה פסק הרב ז"ל דלמ"ל קי"ל וגם אותה תשובה דמהרשד"ם דסי' רנ"ו דמתיב עלה הרב מ"מ ז"ל שפיר מתוקמא בהכי והוא דאי מפרשינן דמכירה לחוד וירושה לחוד אין כאן שים איסור ואמאי מפקינן מיד המוחזק משום ספיקא דאית ביה דספק ירושה בכלל מכירה ובזה סרה מהר תלונת הרב מ"מ ז"ל יע"ש וכמובן שו"ר להרב מ"מ ז"ל גופיה ביורה דעה סימן ח"י דף ע"ב ע"ג דנרגש מתשובה מהרשד"ם דסימן שס"א הנזכר וכתב דהדר ביה מהרשד"ם בסימן שס"א ממה שכתב בסימן ס"ב יעויין שם שכן כתב מלתא בלי טעמא אמאי הדר ביה מהרשד"ם ז"ל. ואנכי עפר טעמא רבה אמינא שכן ראוי להיותו חוזר בו אחר ראיתו לדברי מהרי"קו ז"ל שם ביורה דעה סימן ח"י הנז' שכתב דמהרא"ש בסימן קס"ב ס"ל למר דבאיסורא דאית ביה ממונא מצ"ל קים לי יע"ש ולא זכר שר דברי עצמו מ"ש בח"מ סימן י"ט הנז' דהוכיח ממהרא"ש ז"ל להפך מרז"ל ומה גם דגם בסימן קס"ב גופיה לא החליט מאמרו כלל אלא הניח הדבר בספק כיע"ש וע"ע להרב מ"מ ז"ל גופיה בכמה תשובו' מיו"ד וח"מ דס"ל דכופין גם להוציא כמ שיר המעיין לא ע"ט האסף וע"ע לו ז"ל בח"א דח"מ סימן ב' בד"ה אמור מעת' וכו' יע"ש ועיין להר' דב"מ ז"ל בח"א יו"ד בכמה תשו' ובח"ב ק"י ובח"ג הל' רבית סימן ד' מ"ש בזה יעש"ב וכבר ראיתי לכנ"הג בכללי הקי"ל אות ס"י הנז' שאסף איש טהור פלוגתא דרבוותא הלזו אי אמרינן קי"ל במלתא דאית בה איסורא וממונא ובהרב חש"ש שם אות ע' וע"א שהאריך בזה ואסיק וז"ל ולענין הלכה גם בזה יפה כח המחזיק ומצ"ל קי"ל כמ"ד שאני יכו"ל קי"ל וקי"ל וכו'. ואף כי המח' הוא אי מצ"ל קי"ל או לא גם בזה כבר כתבנו דמסקנא דמלתא דיכו"ל קי"ל לעניין מט"ל אך אמנם יש לאיים עליו דהוא מלתא דאיסורא ואם יחוש וכו' תע"ב ואי לא ציית דנין לו דין הקי"ל וכו' עכ"ל יעש"ב וע"ע

להרב חסד לאברהם ז"ל בח"ב ח"מ סימן ל"ו שכן עלתה הסכמתו לאיים עציו וכו' ודלא כהרב פאת נגב ז"ל דגמגם בזה דלאיים עליו וכו' יעש"ב:

ובכן בנד"ז ראובן זה יכול לפטור עצמו מחיוב ממון שבו' ועיקר כתו' ותוס' בטענת קי"ל כפי' הרב מהרמ"ג ז"ל בתנאי הכתו' הנז' אלא דאנן אמרינן ליה דיחוש לעצמו משום ס' שבועה דשמא ההלכה היא כפי' הרב מהרא"ל ז"ל הנז' וכפי פירושו נמצ' הוא עובר על שבועתו ואי לא חייש ולא ציית דיינינן ליה דין הקי"ל וכמסקנת הרב כה"ע והא"ח ז"ל הנז"ל: ומה גם דיש לצרף לזה ג"כ סברת הרב מהריב"ל ז"ל בח"א סימן קי"ג דס"ל דהנשבע יש. לאל ידו לפרש לשון הסתמי והכללי לעשותו חלקי ופרטי וכל לישנא דמשתמע וכו' ואפי' נשבע לדעת חבירו מהימן לומר לכך נתכוונתי דמאן לימא לן שלא היה דעת חבירו ג"כ על הפרטי ההוא וכו' אתד"ק יעש"ב ולפד"ק מצי נמי ראובן דנ"ד לטעון ולומר לכך נתכוונתי בשבועתי זאת הדירה וכו' ובמקום וכו' כמ"ש מהרמ"ג ודלא כמהרא"ל ז"ל הנז"ל ואפי' שנשבע לדעת אשתו מאן לימא לן שלא היה דעתה ב"כ לזה דוקא ובדברי הריב"ל ז"ל הנז"ל אלא דחזינא בתר הכי דאי אתינן עלה מהא דמהריב"ל הנז' לא איריא ולא חזי לאצטרופי כלל דמלבד דרוב הפוס' ז"ל חלוקים עליה דמהריב"ל בהאי סברא הנז"ל דהיאך התיר מטעם מאן לימא לן וכו' כיון דאין חבירו אומר כן בפי' הו"ל ספק שבועה דדילמא חבירו היה דעתו בהפך ויש לדון בו להחמיר וכמ"שהק עליו הרב מ"ץ בח"א סימן ע"ב יעש"ב וכ"כ כמה וכמה פוסקים ועד אחרן החכם עיניו יחזו להגאון החק"ל ז"ל בא"הע סימן מ"ג שהאריך בזה ואסיק דסברת מהריב"ל הנז' במח' שנוייה ורוב הפוסקים פליגי עליה וס"ל דלא מצ"ל לכך נתכוונתי ואזלינן לחומרא יעש"ב:

זאת ועוד דאעיק' בנ"ד גם מהריב"ל מודה דלא מהימן לומר לכך נתכוונתי וכו' כיון דכל חיליה דמר מהריב"ל ז"ל הוא מכח הסברא דמאן לימא לן דלא היה חבירו ג"כ דעתו כן כנז"ל ודאי טעמא דל מהכא בנ"ד דליכא למימר האי כלל כיון דחזינן לה דקודם החופה והקי' התנו עליו בקנ"וש שלא יוציאנ' מעירה כלל בשום אופן כנז' בשאלה שלפננו א"כ הרי בפי' גילוי דעת האשה דנ"ד שאין רצונה לצאת מעירה כלל וא"כ ודאי כשהתנו עליו בכתו' הדירה ובמקו' וכו' ונשב' ע"ז והאי כי דעתה הוא שלא יוציאנה מעירה כלל וכפי' מהרא"ל ז"ל דוקא וא"כ כיון שנשבע לדעתה כי לא מצ"ל לכך נתכוונתי אפי' לדעת מהריב"ל ודעימיה וכמובן והשתא דאתינן להכי אפי' נימא דהעיקר הוא כפי' מהרמ"ג ז"ל בתנאי הכתובה הנז' מ"מ שאני הכא בנ"ד דאיכא תנאי בפי' קודם החופה שלא יוכל להוציאה למ"א כלל ואנן אתנאה קמא סמכינן דוקא דהוא תנאי גמור בינו לבינה

לא כן מ"ש בכתובתה הדירה וכו' סרכייהו דשאר כתובות נקיט ואזיל וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובת כלל ל"ג סי"ב דהעיקר הוא תנאי הא' שקודם הנישואין הנעשה בקנ"וש הוא העיקר דוקא והכתוב' נכתבה כמו שרגילים לכתוב ולא נעקר תנאי הראשון וכדברי הרא"ש ז"ל הנז"ל וכמדובר שו"ר דאין אנו צריכים לכל זה בנ"ד דהרואה יראה בס' ש"צ הפוס' ז"ל ראשו' ואח' בעיניו יראה ובלבבו יבין דהגם דבמידי דאיסורא דפתיך ממונ' בהדיה עלתה הסכמ' הג"ח ז"ל דמצ"ל קי"ל כנז"ל מ"מ היינו דוקא בכגון איסור אב"רב וכיוצא משאר איסורין משא"כ באיסור שבועה אפי' בס' איסור שבועה מלבד דרוב ככל הפוסקים ז"ל סברי מרנן דחייב להשלים שבועתו דלא כמהריב"ל ז"ל דס"ל קנין אין כאן שא"כ כמ"שיר המעיין בדבריהם ז"ל הלא בספרת' וכבר נקבצו באו בכנ"הג וחש"ש ומט"ש בסימן ס' ובשאר דוכתי ע"ע עוד בה החכם עיניו יחזו למרן החבי"ב ז"ל בתשובה בע"ח ח"מ סי' א שכתב וז"ל ואע"פ שיש מגדולי המורים סוברים דכל דהוי פלוגתא דרבוותא דיכ"ל קי"ל אפי' נשבע יכו"ל קא"כ שא"כ המעיין בס' כנ"הג סי' ס' בהגב"י אות מ"ט יראה שרוב האח' וכמעט כולם חולקים ע"ז וס"ל דחייב להשלים מכח שבועתו וסוגיין דעלמא הכי אזלא וכו' עכ"ל יע"ש גם בתשו' בע"ח הנז' סימן ע"ג כ"כ וז"ל ואיברא וכו' והן אמת וכו' מ"מ סוגיין דעלמא אזלא דכופין אותו להשלים שבועתו וכן עלתה הסכמתו במ"א וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ עוד שם בסימן ע"ח וז"ל ואע"פי שמהריב"ל וכו' כל גדולי האח' הבאים אחריו חלקו עליו והסכימו דכופין אותו להשלים שבועתו והכי אזלא סוגייא דעלמא וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ עוד ה' החבי"ב ז"ל גופיה בתשוב' כע"ח ח"ב סימן פ"ג ובכמה דוכתי ע"ע וכ"כ הרב תורת חסד ז"ל בס"סי ע"א ופ"א ובכמה מתשו' יע"ש וכן הסכים הרב מט"ש ז"ל בסימן ס' מאחר דמרן החבי"ב ז"ל סגר עלינו המדב'ר והעיר בגודלו דהכי אזלא סוגיין דעלמא יעש"ב וכ"כ גדול אחרון הרב חוקי חיים ז"ל בסי' כ' וז"ל ואולם מאי דאיכא לספוקי בנ"ד הוא יען איכא שבועה וכיון שכן אע"פי שיהיה ס' זו במ"ח שנוייה יש לחייבו לבעל מכח השבועה ולא מצ"ל קי"ל דס' שבועה להחמיר וכמ"ש מהרשד"ם בא"הע סימן רי"ז וכו' והגם דמהריב"ל וכו' כבר חלקו עציו כל גדו' האח' וכמ"ש הכנ"הג וכו' מ"מ סוגייא דעלמא אזלא דכופין אותו וכו' עכ"ל יעש"ב עליו הרב מר ואהלות ז"ל בדקמ"ה ע"ג לחזק דבריו הראשונים שבספרו הנז' בא"הע סימן י"ב ועמ"ש אני עני על דבריהם ז"ל בס"הק פני יצחק ס"סי ט"ו יעש"ב דמשם בא'רה דשנא ושנא חומר איסור שבועה משאר איסורין והדין נותן למיזל לחומרא גם בספק שבועה אפי' לאפוקי ממונא וכהסכמת הרב החביב' והמט"ש ז"ל הנז"ל ודלא כדס"ל למהריב"ל ז"ל דקא"כ שא"כ וכמש"ל:

וראיתי להרב מר ואהלות ז"ל שם בסי' י"ב הנז' שנטה דעתו להקל בנ"ד הגם דאיכא שבועה ע"פ מ"ש הרב פרח מט"א ז"ל בח"א סימן קכ"א שיצא לחלק דע"כ לא נחלקו עליה דמהריב"ל בההיא דקא"כ שא"כ אלא גבי מתחייב בדשא"ת ומשום דמאותה שעה חל הספק עצמו אם הוא חייב או לא איכא למימ' לכך השביעוהו כדי שלא יפטור עצמו מכח הקנין לבד ברם היכא דמתחילה היה החיוב ברור אלא שלאח"ז נפל הס' י"ל ודאי דהשבועה לא היתה אלא אם יהיה חיובו ברור ואין כאן חיוב שבועה ושכ"כ מהרימ"ט ז"ל ביו"ד סימן כ"א וכו' ומזה תמה הרב מר ואהלות שם ע"ד הרב לב שלמה בסי' כ"ט שהסכימה דעתו להחמיר בנ"ד מכח השבועה כהסכמת רוב הפוסקים שחלקו עליה דמהריב"ל ז"ל וכתב עליו הוא ז"ל דלא עיין בס' הפוסקים ואייתי בידיה האי חילוקא דהרב פרמ"א הנז' דבכ"הג דנ"ד דנפל הס' אחר שנשבע כ"ע מודו למהריב"ל ז"ל דאמרינן קא"כ שא"כ יעש"ב וכן ראיתי להרב פאת נגב ז"ל בא"הע סימן טו"ב שכתב להקל בשבועה דנ"ד ע"פ החילוק דמהרימ"ט והפרמ"א ז"ל הנז"ל יעש"ב וא"כ לכאורה נראה דגם בנ"ד יש להקל כיון דנפל הס' עתה הפעם אחר שנשבע דבכה"ג כ"ע מודו למהריב"ל ז"ל וכדברי הרבנים ז"ל הנז"ל וכמבואר:

ועם שהרב החסיד ראש"ל מהרח"א ז"ל הנז' שם בחוקי חיים סימן כ' הנז' הביא דברי הרב מר ואהלות הנז' ואחר דבריו וז"ל ואני אומר דלא נעלם מעיני הרב דבר זה דהנה החי' הא' וכו' אחד הרואה בשורשן ש"ד יראה שעיקר חי' זה שורשו פתוח ממהריב"ל הביאו מהרימ"ט שם והיינו היכא שהפיטור ידוע כגון אסמכתא ודשלב"ל חייב לקיים שבועתו משום שהוא דבר ברור וידוע לכל ועכ"ז חייב עצמו בשבו' אבל בדשא"ק וכו' גם השבועה היתה בטעות ומזה דן מהרימ"ט והפרמ"א יע"ש ודבר זה כבר עמד וראה הרב לב שלמה וכו' הכי דראהו ועמד עליו ודחה אותו וכו' עכ"ל יע"ש אחהמ"ר הראויה אליו כל דבריו בזה הם תמוהים מאד דכל ישר הולך ישפוט בצדק ההיא חילוקא שכתבו מהרימ"ט והפרמ"א ז"ל הנז' אינו ענין כלל לאותו חילוק שכתב מהריב"ל גופיה שחילק בין מתחייב באסמכתא ודשלב"ל למתחייב בדשא"ק וחילוק מהרימ"ט והפרמ"א הנז' הוא מתחייב בדשא"ק דבשעת השבועה נפל הספק להיכא דבשעת השבועה היה החיוב ברור בלתי ס' כלל ולאח"ז נפל הס' דנדון הרב פאת נגב ומר ואהלות ז"ל וכיוצא וכנדון מהרימ"ט ז"ל והפרמ"א ז"ל ותמהני טובא על הרב החסיד ז"ל שלא השגיח יפה בזה וחשב דשני החילוקים הנז' חדא נינהו וליתא כלל ודבריו צל"ע ומה גם דאשתמיט מניה דמר נמי שבדברי מהרימ"ט וההפרמ"א ז"ל בחילוקם הנז' כן כתבו ג"כ מהרש"ך ומהרש"י ז"ל כמ"ש בשמם הרב פאת נגב ז"ל שם וכ"כ עוד הרב פרמ"א ז"ל גופיה בח"ב

סימן י"ב החילוק הנז' עצמו אחר שכבר הביא חילוק דמהריב"ל ז"ל מתחייב באסכמתא ודשלב"ל למתחייב בדשא"ק חזר וחילק הוא ז"ל מדיליה מתחייב בדשא"ק גופיה להיכא שנתחייב בדבר ברור ובתר הכי נפל הס' וככל מ"ש בח"א סימן קכ"א יעש"ב וכן מתבאר להההיא מדברי מרן החבי"ב ז"ל בתשובה במ"ח ח"מ סימן ע"ג דאחר שהביא סברת מהריב"ל דס"ל במתחייב בדשא"ק ונשבע דקא"כ שא"כ וחלקו עליו רוב הפוס' ז"ל כתב עוד וז"ל ואף לפי חילוקו של מורי הרב ז"ל ביו"ד סימן כ"א דכל שהמקח בטל מעיקרו כאס' ודשלב"ל ודשא"ק חייב להשלים מכח השבועה אבל כשהקנין נעשה כדין ושוב אתייליד ריעותא הואיל והופקע הקנין הופקעה ג"כ השבועה הכא בנ"ד חייב להשלים מכח השבועה דהמקח בטל מעיק' וכו' עכ"ל יע"ש הרי להדיא מבואר יוצא מד"ק דתרי. חילוקי נינהו דמהריב"ל לחוד ודמהרימ"ט לחוד ולא קרב זא"ז כלל וכן מתבאר מכל הפוס' ז"ל והדברי' פשוטי' מאד ובכן ע"פי החילוק דמהרימ"ט ופרמ"א ז"ל ודעימייהו תורה יוצאה להקל בשבועה דנ"ד והגאון הרב מר ואהלות ז"ל הנז' ודלא כמ"ש הרב החסיד ז"ל הנז' וכמו שנתבאר ולפי"ז ג"כ הדרא קו' הרב מר ואהלות ז"ל ע"ד הרב לב שלמה ז"ל הנז' לדוכתא איך לא ראה חילוק גדולי הפוסקים ז"ל הנז"ל להקל וכמדובר ברם אחר הראות היטב נלע"ד דאין להקל בנ"ד מכח החי' הנז' וגם הרב לב שלמה ז"ל יפה כיוין שלא הזכיר טעם החי' הנ"ל כלל דלא שייך בנ"ד כיון שכתוב בכתובה דנ"ד לשון זש"ק ולשון הזש"ק סובל שני פירושים או דבגמר. סימניו אפי' לא חיה ל' יום הוי שפי' זש"ק או דבעי' שיחיה ל' יום כדי שיהיה נקרא זש"ק כדאשכחן בפוס' דאיפליגו בזה וכמו שהאריך בזה הרב לב שלמה ז"ל שם דכל שק"וט דידיה הוא היכא שכתב בכתובה זש"ק יע"ש וכן הרב מר ואהלות והרב חוקי חיים ז"ל האריכו בזה בתשו' הנ"ל וכן ראיתי להרב נוכח השולחן ז"ל בא"הע ע סימן י"א שהאריך בזה יעש"ב ונמצא א"כ לפי"ז דבעת שנשבע החתן לקיים כל התנאים שבכתובה ומכללם תנאי הנ"ל בה שעתא נפל הספק בפי' דלישנא דזש"ק ולכך השביעוהו ודמי ממש למתחייב בדשא"ק דס"ל לרוב ככל הפוס' ז"ל דחייב להשלים וכופין אותו לקיים שבועתו דלא כמהריב"ל ז"ל ולא אתייליד שום ריעותא ושום ספיקא בתר הכי כלל אלא בעת שנשבע נפל הס' וכמדובר: וכמו כן בנדון דידן נמי בה שעתא נפל הס' בתנאי זה דהדירה וכו' ובמקום וכו' דסובל ב' פירושים דמארא"ל ודמהרמ"ג ז"ל ולא תתייליד שום ריעותא ושום ספקא בתר הכי כלל והוי ממש דמתחייב בדשא"ק ונשבע דבההיא היא שעתא נפל הס' פלוגתא דהרמב"ם ורבותיו עם שאר הפוס' ז"ל ואין הפרש ביניהם כלל וכמבואר אמנם בנדון הרב מר ואהלות ז"ל דאינו כתוב בכתו' לשון זש"ק כלל כי אם והירושה לחצאין וכו'

כדכתב הרב הנז' ג גופיה בתשו' הנז' וכמו כן בנדון הרב פאת נגב ז"ל הנז' בהא ודאי דהוי אתייליד הריעותא והספק בתר הכי ושייך שפיר בהו להקל מכח האי חילוקא דמהרימ"ט ודעימיה הנז"ל וכמובן גם החילוק השני שכתב הרב פרמ"א ז"ל שם להקל מכח דברי הסמ"ע ז"ל יע"ש כבר כתב הרב מר ואהלות ז"ל דלא שייך בנ"ד יע"ש ומינה לנד"ן כיון דהקנין והשבועה כולהו בחדא מחתא הווין כידוע גם החילוק השלישי כתבו הרב פרמ"א ז"ל שם ומניה יליף הרב מ"וא ז"ל שם להקל בנ"ד יע"ש כבר דחאו יפה הרב החסיד הנז' שם שנמצינו למדים דליכא שום סייעתא לנ"ד לדון להקל מכל הנהו תלתא חילוקי דכת' הר' פרמ"א ז"ל בסימן קכ"א הנז' כלל והדין נותן להחמיר בהאי שבועה דנ"ד וכופין אותו לקיים שבועתו כהסכמת מרן החבי"ב ז"ל כיון דסוגיין הכי אזלא וכן הסכימו הבאים אחריו כל ישרי לב כמ"ש המט"ש והרב חקי חיים ז"ל בסי' ך' הנז' וכמדובר:

ואגב אורחין חזיתיה תו למני"ר הרב חוקי חיים ז"ל שם סימן ך' הנז' דרמי ומק' ע"ד הרב מר ואהלות ז"ל שרצה לדון להקל בס"ס והק' עליו הוא ז"ל וז"ל ועוד דאפי' יהיבנא ליה כל דיליה אנן קבלנו הוראות הר"מ ומרן ז"ל וכו' עכ"ל יע"ש ולא זכיתי להבין ד"ק הללו כלל דאדרבא היא הנותנת דכיון דאנן קבלנו הוראות מרן והר"מ ז"ל הא אינהו ס"ל דבגמר סימניו די ולא בעי' שיחיה ל' יום א"כ לדעתם הדין נותן לזכות לבעל בכל הנכסים ואין אנו צריכים לס"ס כלל אלא שהרב מר ואהלות עשה ס"ס לצד שנאמר דהויא שבועה דאורייתא ואזלי' בס' לחומרא עכ"ז בס"ס אזלינן לקולא ותו דאפי' היו הרמב"ם ומרן ז"ל מכת הסוברים דלא סגי בגמר סימניו ובעו שיחיה ל' יום דוקא עכ"ז שפיר עבדינן ס"ס להחזיק ולזכות הבעל בכל הנכסי' א"כ דהספק האחד הוא נגד דעת מרן ז"ל כמ"ש הגאון הרב חיד"א ז"ל ביעיר אוזן אות ס' סי' ל"ב והרב קול אליאו ז"ל בא"ח סי' וא"ו וביו"ד בכמ' תשו' יע"ש והגאון החק"ל ז"ל ביו"ד ח"א סי' קכ"ו וכמו שהארכתי בעניותי קצת בזה בספרי הק' פני יצחק בפסק העגלות הכלאים יעש"ב באופן שדברי הרב החסיד חקי חיים ז"ל בזה א זכיתי להבינם וצל"ע שוב נזכרתי שכב' תמהתי עליו בזה בסה"ק פני יצחק ח"א סי' י"ו וע"ע מ"ש בעניותי בס"הק לב נשבר סימן נ"ד לחזק דברי הנז"ל ומשם בארה ואכמ"ל עוד בזה עוד ראיתי להרב החסיד ה נז' בחקי חיים שם סימן ל"ח דס"ו ע"ג שכתב וז"ל הגם דראובן ושמעון הם מוחזקים וכו' הא ליתא דכבר סגר לנו הדלת מרן החבי"ב ז"ל וכו' מ"מ סוגיין דעלמא דכופין אותו להשלים שבועתו וכן ראיתי בספר משאת משה וכו' יע"ש הא קמן דגם פה בסימן ל"ח עלתה הסכמתו הרב החסיד הנז' ז"ל הנז' ככל מ"ש הוא ז"ל בסימן כ' וכנז"ל. ומידי עוברי בתשו' הרב החסיד הנז' בסימן ל"ח הנז'

חזיתיה למר בדס"ד ע"ב וע"ג דפקפק בנדון דידיה דאיכא חומר שבועה ואייתי בידיה מידי מ"ש הרב משאת משה חו"מ סי' י"ט משם מהראנ"ח הביאו הכנ"הג ביו"ד סימן כ"י דכל דאיכא חומר שבו' לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה והרב משאת משה ז"ל שם יצא לחלק מנדון מוהראנ"ח דאיכא שבו' לנ"ד דליכא ביה שבועה רק חיובא בעלמא ואייתי ראייה הוא ז"ל גופיה לחילוקו הנז' מהא דאמרינן בפ"ק דמציעא אמתני' דזה אומר כולה שלי וכו' יעש"ב וכתב עליו הרב החסיד ז"ל שם וז"ל הן אמת דיש לעמוד ע"ד המ"מ טובא חדא במאי דחזינא שמביא כדמות ראיה לחילוק זה דמפני חומר שבועתו אמרינן יד בע"הש ע"הע וכו' ואחהמ"ר דבריו מן המתמיהים וכו' וכו' עכ"ל יעש"ב ואנכי עפר לדידי חזי לי דאדרבא כל דבריו תמוהים מאד הם ולא ידעתי איך הבין כזאת מעיק' דראיית הרב מ"מ ז"ל היא להוכיח דהיכא דאיכא חומר שבו' אמרינן יד בע"הש ע"הע אשר לא דימה ולא עלתה על הרב מ"מ ז"ל להביא ראיה לזה כלל דכל עיקר ראייתו הוא להיכא דליכא סרך שבועה כלל וכגוונא דנדון דידיה דוקא וכמ"ש מני"ר גופיה בתר הכי ומה שדחק לזה הוא ז"ל באומרו דגם ראייתו ראיה נשמע מינה דאפי' דאיכא חומר שבוע' וכו' ע"כ דבריו תמהים טובא דמה ענין שבועת עצמו שכבר נשבע בשטר לשבוע' ב"ד בהשה' וכמ"ש הוא עצמו בתר הכי וז"ל ועוד דאעיק' דדינא מה דמות יערוך וכו' עכ"ל והרואה יראה דהם דברים ראוים אליו דוקא דמה דמות יערוך הוא ז"ל דין עבר לעתיד לתמוה מזה ע"ד מהראנ"ח ורמ"מ ז"ל ז"ל הא ודאי אתמהא טובא ולא זכיתי להבין דבריו הללו ג"כ וצ"ע עוד כתב הרב החסיד ז"ל שם בע"ד שכתב וז"ל נחזור על מאי דאתינן עלה בעיקר חילוקו שרצה לחלק וכו' והדבר ק' דהרי כתב מהרמ"מ בסי' ט"ז דאף אי איכא חומר שבועה אי הוי לישנא דמש' לתרי אנפי אמרינן ידו עה"ת והביאו מרן החבי"ב וכו' מ"מ אסיק דהנשבע יחוש לעצמו אבל אין ב"ד כופין על כך כיון דהלשון מסופק וכו' הכי דאית ליה דגם בדאיכא חומר שבועה אמרינן דידו ע"התח הפך חילוקו של הרב מ"מ באופן שדבריו צל"ע עכ"ל יע"ש והרואה יראה דלא סיימו קמיה דמר תשו' הרב מ"מ ז"ל גופיה הנז"ל דהתם בדנ"ח ע"ב בד"ה תו אי"ל וכו' עמד ע"ז ואייתי בידיה מ"ש הרב כנ"הג בסי' מ"ב הנז' ושכ"כ מהרמ"ח גופיה ושק"וט בהא והכריח מדברי מהרשד"ם ז"ל וזולתו דלא כוותייהו יעוש"ב וא"כ מאי מק' תו עליו מדברי מהרמ"ע והכנ"הג הנז"ל והוא פלא עצו' ותו קל"ט עליה דמר הר' החסי' ז"ל שם דהו' עצמו בתשו' הנז' גופה ובסי' ד' הנז"ל הסכים למ"ש הרב החבי"ב ז"ל בתשו' דבס' שבועה אזלינן לחו' ולא מצ"ל קי"ל כלל וכופין אותו לקיים שבועתו כנז"ל וזה הפך ממ"ש מרן החבי"ב גופיה בסימן מ"ב הנז' וא"כ מאי מק' תו ע"ד הרב מ"מ ז"ל מדברי הכנ"הג דבסימן מ"ב הנז' וגם איך ח"ו

שכח דברי עצמו הנז"ל ודוחק לומר דס"ל למר לחלק מלשון המסופק בשטר ואית ביה שבועה דהתם תלינן להקל דאין ב"ד כופין אותו רק הנשבע יחוש לעצמו ודוקא לא כן היכא דאית ספיקא דאינה בעיקר הקנין ואית ביה שבו' התם הוא דאמרינן דב"ד כופין אותו לקיים שבועתו דבהאי הוא דאיירי מרן החבי"ב ז"ל בתשובה בע"ח הנז"ל דהא ודאי אינו דמאי שנא הא מהא ואין סברא כלל לחי' זה ולא טעם וריח כלל וגם לא חזינא בס' הפוס' ז"ל דמיפלגי בהאי כלל ואדרבא חזינא כלפי לייא דכולהו שוו בשיעורייהו וחד דינא אית להו וכדס"ל להרב מ"מ ז"ל בההיא וכמבואר אך דא עקא דקל"ט דברי מהרמ"ח ז"ל אהדדי מ"ש בשמו הכנ"הג ביו"ד סימן צ' יוצא לנו דבספק שבועה אזלי' לחו' גם לחייבו ממון כנז"ל ואנן חזינן למהראנ"ח ז"ל גופיה בח"א סימן פ"א דס"ל למר דרק הנשבע יחוש לעצמו ואין ב"ד כופין אותו כלל יע"ש ואיך יתקיימו ב' מקראות הללו וק' לזווגם ותמהני מהרב מ"מ ז"ל דאייתי לן שני תשו' מהראנ"ח הנ"ל בסי' י"ט הנז' ולא נרגש עליו כלום והוא כלא וצ"ע ועיין להרב הרמ"א ז"ל בח"א סימן קכ"א שנרגש ע"ד מהראנ"ח ז"ל ממ"ש בח"ב סימן ס"ז למ"ש בחלק ראשון סימן כ"ה והצריך עיון יעיין שם ועיין להרב דברי אמת ז"ל בתשובה מדמ"א ואילך דהעמיק הרחיב בזה ולהרב שבט בנימין ז"ל בסימן ש"א ובסימן ש"ו מ"ש בזה יעש"ב ואכמ"ל עוד בזה הדרן לענייננו דהסכמת מרן החבי"ב ז"ל בתשו' מהראנ"ח ז"ל והרב חקי חיים ז"ל דבספק שבועה אזלינן לחומרא וסוגיין דעלמא אזלא דכופין אותו לקיים שבועתו דלא כמהריב"ל ז"ל וכנזכר למעלה וכן הסכים הגאון החק"ל ז"ל בא"העז סימן מ"ד ובכמה דוכתי מתשובתיו ז"ל עיין עליו. וכן נהגו חכמי ורבני קושטא יע"א כמו שכתב הרב משנת רבי אליעזר טולידו ז"ל בח"א דקפ"ה ע"א אות ד' אחר שהביא תשו' הרב החבי"ב ז"ל הנז"ל כתב וז"ל וגם אנן בדידן הכי נהגינן עכ"ל יע"ש וכ"כ הרב הגדול עיר וקדיש מהרח"ף ז"ל בכמה דוכתי מספריו הטהורים כמ"שיר הרואה בנשמת כל חי ח"ב ח"מ סימן טו"ב דמ"ד ע"א ובהשמטותיו שם ד"ק ע"ג ובחקרי לב ח"ב סימן מ"ג דף קנ"ב ע"ד ושכ"כ הר' לב שלמה בא"הע סימן כ"ט הנז' ובח"מ סימן ל"ו וד"ן והרב שפת הים יו"ד סימן כ"ג דל"ז ע"ג יע"ש באורך וכן כתב הרב יד המלך יע"ש ועד אחרן החכם עיניו יחזו להר' מהרח"פ ז"ל הנז' בס' הבהיר הנ"מ חקות החיים בח"מ סימן מ"ט מדס"א ע"א ואילך שהאריך הרחיב בזה ואסף איש טהור כל להקת הפוס' ז"ל דס"ל הכי ושוב כתב הוא ז"ל מדיליה להכריע כוותייהו וז"ל ונראה דכוותיה דהרב מט"ש ז"ל מסתבר וכו' כי כן אחרי שהכנ"הג עמד וימודד אר"ש בתשו' סימן ע"ג ובכלל עמד בפרטות בהא דבפתיך איסור' בהדי ממונא אומר קי"ל ועכ"ז סגר עלינו המדבר דבמקום חומר איסור שבועה אין לומר קי"ל כן יהיה

וכן יקום והכי נקטי' כי מי לנו גדול בדורו מומחה ופקיע וכל רז לא אניס ליה וכל דברי הפוס' ראשו' ואח' כמאן דמנח בכיסתיה דודאי כוותיה נקטינן אחרי שכתב דכן אזלא סוגיין דעלמא והכי דייני דייני וכן הוריתי הל"מ וכן הוא המנהג וא"כ אומר אני דל"מ בעירנו אזמיר יע"א וכו' אלא אפי' בשאר מקומות עירות וכפרים שאינן תחת ממשלתנו נראה להכריע ולומר כי כך יאותה להם לפסוק הלכ' להחמי' מכח שבועה דעם שכתב הכנ"הג בסי' ס' אות מ"ט בשם תשו' מהר"ם דכ' כ"י שכתב שדעתו נוטה להחמיר על הנשבע אבל אין ב"ד כופין אותו כיון שיש לנו אילן גדול לסמוך עליו מהריב"ל ז"ל יע"ש דזהו כתב הרב ז"ל קודם שנתפשטה המח' בין הרבנים אכן עתה בדור אחרון שראינו שרבים המה הסוברים כס' מהרשד"ם להחמיר מכח שבועה וגם עינינו הרואות כמה מרבני האח' אשר עשו עיקר דב"ז להלכה ולמעשה א"כ מאן ספין ומאן רקיע להיות דן את הדין הפך כל הרבנים הללו ובמקום איסור שבו' וכו' וא"כ וכו' אמאי אין אנו חוששים לס' מהרשד"ם החולק בזה וס"ל דיש איסור שבועה שהיא יותר חמורה שעובר על לא תשא שהוא איסור חמור מד"ת וא"כ הרי מצינו ס' הרבנים דס"ל דהכרעת האח' הכרעה ושלא לומר קי"ל נגד הכרעתם וכ"כ בפרטות מז"ה הרב הגאון החק"ל מ"ב א"הע סי' ט"ו דקי"א ע"כ יע"ש והגם דגם בזה מדי פלוגתא ל"ן ויכו"ל קי"ל וכו' מ"מ בכה"ג דאית לן איסור חומר שבו' י"ל למינקט כהכרעת רבני האח' אשר החמירו לדון להחמיר משום איסור חומר שבו' וא"כ כל דיין ודיין שבא הדין לפניו באשר שבועה ירא יפסוק להחמיר משום חומר איסור שבו' ומה גם כי י"ל אילן גדול לסמוך עליו הרב מט"ש שהכריע בדברי מרן החבי"ב לפסוק להחמיר וכמ"ש עוד כפשיטות שם בח"מ סימן כ"ה בכללי הקי"ל אות ס"ב והכרעתו הכרעה וא"כ כוותיה נקטי' ועוד וכו' ובכן מ"ש ה"ה נר"ו משם הרב אביר יעקב נר"ו מה כחנו יפה וכו' ולעד"ן דבמקום שיש לחוש לחומר איסור שבו' כחנו יפה וכך היא חובתנו וכך יפה לנו לדון ולהכריע ולהוציא מיד המוחזק כאשר הוכחנו ומ"ג וכו' כי גם בכל מדינה ומדינה ובכל עיר ועיר יש לו לכל דיין לפסוק אח הדין כן ואל ייירא ואל יחת משום ערעור ע הדיין שפסק שלא כדגל הקי"ל וכו' כי בכה"ג באיסור שבו' יש כח ביד הדיין שלא לדון בדין הקי"ל ולבסוף כהכרעת רבני האח' וגם בהסכמתנו ושיקול דעתנו כי י"ל לדיין לסמוך ע"כ הני אשלי רברבי וזו אצ"ל עכ"ל יעש"ב וע"ע לו ז"ל בחוקות החיים שם סי' י"ג דח"י ע"ב שכ"כ בקצור יע"ש וא"כ איפא מאחר עלות כל זה מי זה יערב אל לבו לדון להקל בטענת קי"ל במקום איסור חומר שבו' הא ודאי הס כי לא להזכיר ולפי"ז בנ"ד אם לא תרצה אשת ראובן דנ"ד ללכת אחריו חיובא דמיא עליה לפרוע כל כתובתה עם התוס' משלם ולגרשה וכל זמן שאינ' מתגרשת

ממנו חייב בשבו' ולא מצי פטר נפשיה בט' קי"ל כפי' הרב מהרמ"ג ז"ל בתנאי הדירה הנז' דאכתי אריא דשבועתא רביע עליה ע"פי פירו' הרב מהרא"ל ז"ל הנז' ואין פוטר אותו וככל האמור ומדובר:

אלא דאכתי אנכי הרואה דלכאור' עדין הנה מקום אתנו לפטור לראובן דנ"ד מחיוב ממון הכתובה והתוס' ומשבו' והוא ממה שעינינו הרואות לכמה מרבני האח' ז"ל שנטה דעתם להקל בהאי שבועה דהחתן כנ"ד מכמה ריעותי וספיקי דתשתכחו בה וסו"ד העלו דאינה אלא איסורא דרבנן ואזלינן בספיקא להקל וכ"ש היכא דאיכא ס"ס לקולא וכמ"ש הרב מר ואהלות ז"ל בתשובה סי' י"ב ובתשו' שבסוף ספרו דנ"ז יעש"ב וכן ראיתי להרב נוכח השולחן ז"ל בא"הע סימן ט"ו בסוד"ק אסף וקבץ חמשה ספקות הנופלים בשבועה זו והסכימה דעתו להקל בה דלא כמ"ש הרב ת"ח ז"ל יעש"ב והאי חזינא להרב שבט בנימין ז"ל בס"סי ש"ו הנז' שנטה להקל בזה יע"ש תו חזינא להרב מהר"א חיון ז"ל בספרו הנחמד טוב לישראל בתשו' שהאריך בזה והסכים להקל בספקתה יעש"ב ועם שאני הדל בס"הק פנ"י ס"סי ט"ו הנז' הארכתי קצת בזה והסכמתי להחמיר בה דלא כמ"ש הרב מר ואהלות ז"ל יעש"ב ועתה ראיתי להרב שמן המשחה ז"ל בס"סי ע"א עד ע"ג שכ"כ יע"ש מ"מ מודינא להו דאינו אלא מדרבנן כיון דאינה בשם ולא בכינוי ולא מחמרינן בה אלא בודאה ולא בס' וא"כ כהר דינא להקל גם בנ"ד בספר איסור שבועה הלזו כיון דמדרבנן היא ואית בה ס' דפלוגתא דרבוותא בפי' התנאי הדירה וכו' כנז"ל וכמדובר:

אמנם מצד אחר אכתי יש מקום לחייבו לראובן דנ"ד בכל תנאי כתובה והוא מאחר דמושבע ועומד ג"כ שלא לגרשה בע"כ ושלא לישא א"א וכו' כנהוג בכל הכתובות דעלמא דאכתי פה דמשק יע"א א"כ כיון שאינו יכול לגרש' בע"כ מכח השבועה א"כ כל זמן שאינה מתגרשת ממני מרצונה הטוב אכתי מחייב בשבו' משלם וכמ"ש הר"ן ז"ל בתשו' סימן ל"ח וז"ל ולא עוד אלא שאני או' שאף לעלות לא"י אינו רשאי שאע"פ ששנינו הכל מעלין לא"י היינו לענין שאם אינה רוצה לעלות תצא שלא בכתובה וכו' אבל כל שלא נתן לה גט כיון דמחייב לה בשבו' לא כל הימינו לעקור לאו זה בידים וכו' וכ"ת יתן לה גט שהרי אשה מתגרשת בע"כ וכו' אף בזה אינו רשאי וכו' שאנו מוחזקים שיש חרם בקהלות בדבר או נקנת ר"ג ז"ל ודב"ז פשט איסורו בכל ישר' וכו' וכיון דלגרש אינו רשאי אף להניחה עגונה ולילך לא"י אינו רשאי וכו' עכ"ל יע"ש והביא דבריו מרן ז"ל בב"י סי' ר"כ בסתם בלתי חולק ע"ש ומדלא כתב עליו כלום מדיליה ש"מ דס"ל כוותיה הרי להדיא דס"ל להר"ן ז"ל דכיון דלא מצי לגרשה בע"כ אפי' משום חרם ר"ג ז"ל מחייב לה בשבו' כ"ז שלא נתרצית להתגרש מרצונה הטוב הגם שהיא הגורמת שמונעת עצמה

מלהתגרש מניה כנ"ל א"כ היכא שנשבע שלא לגרשה בע"כ שחייב לה בשבו' כ"ז שלא נתן לה גט מרצונה הטוב וכ"כ מהראנ"ח ז"ל בח"ב סימן מ"ג במי שנדר ללכת לארץ ישראל ואין אשתו רוצה ללכת לארץ ישראל עמו דפסק הרב שם דאפי' התרה א"צ כיון דמן הדין אינו יכול לילך דמשועבד לה בשבו' ובע"כ אינו יכול לגרשה מפני חרם הקהלו' וכמ"ש הר"ן ז"ל וכו' עכ"ל יע"ש גם הרב פ"מ ז"ל בח"א סימן ה' והר' מחנ"א ז"ל בה"א סימן א' הביאו לתשו' הר"ן ז"ל למילף מינה לנ"ד יע"ש וכ"כ הרב בני משה שלטון ז"ל בסי' ל"ד דבז"הז שאין האשה מתגרש' בע"כ ואינו יכול לכופה לעלות לא"י מחייב לה בשבו' ואין פוטר אותו מהם כמ"ש הר"ן בתשו' סימן ל"ח וכו' יעש"ב וכ"כ הרב ב"ד ז"ל בא"הע סימן מ"ב דל"ד ע"ב וז"ל ובר מן כל דין כיון שראובן נשבע שלא לגרשה בע"כ א"כ הגם דנימא דכופין גם בז"הז מ"מ נראה דהבחירה ביד האשה לעלות או להפסיד כתו' שאם רוצה שלא לעלות ולהפסיד כתו' אין כח ביד הבעל לומר לא כי אלא תבואי אתי דהא קתני כופין או תצא בלא כתובה מש' מה שתרצה חיא תעשה והשתא יראה דזהו דוקא כשהבעל יכול לגרשה אז שייך לומר שאם אינה רוצה לעלות יוציאנה על כרחה ולא יתן לה כתו' אבל כשנשבע שלא לגרשה על כרחה אם היא אינה רוצה לעלו' מה יכולים לעשות לה לכפות אותה אין יכולים שהרי או תצא אמרו ולגרשה בע"כ א"א שמושבע ועומד לילך לו בלא גט נמי אינו יכול דאסור לעגנה משום עליית א"י וכמ"ש מהר"ם והר"ן וכו' והשתא ע"כ מ"ש הרבנים מהריב"ל ומהרשד"ם ושאר רבוותא דכופין הוא כשאין לו שבועה שלא לגרשה בע"כ ואם נאמר דכיון שכ' סתם היינו אפי' בי"ל שבועה צ"ל ע"כ שלא ראו תשו' הר"ן ז"ל עכ"ל יעש"ב ודון מנייהו ואוקי באתרין ממש דשוו בשיעורייהו עליית א"י ת"ו ולהוליכה למקומו' השוין בתרווייהו הדין נותן שיכול לכופה ללכת אחריו ואם לא תרצה תצא בלא כתובה א"כ כעת שאינו יכול לגרשה בע"כ מכח שבועתו ולכופה לילך עמו אינו יכול ולענה ג"כ אינו יכול א"כ הדין נותן שחייב לה בשבו' עד שיפייסנ' להתגר' מרצונה הטוב וכו' שלא נתן לה גט ברצונה חייב לה בשבו' ואין פוטר אותו כלל וכמ"ש הר"ן וכל הפוס' ז"ל הנז"ל והדברים ברורים:

והגם דראיתי להרב מהרחמפ"ד ז"ל בתשובות הובאה בבירך משה למהרמ"ג ז"ל בס"סי יו"ד הנז"ל דאייתי דברי הר"ן ז"ל הנז"ל ונרגש מכל גדולי הפוסקים ז"ל שכתבו דמפסדת כתובתה ולא חששו לשבועה ולא לחרם ר"ג ז"ל כלל ואייתי דברי הרב ב"ד ז"ל הנ"ל ולא עלו לרצון לפניו כלל וההוא ז"ל השיא כוונת הר"ן ז"ל לדרך אחרת דלא מיירי הר"ן לא במי שרוצה לעלות לא"י והיא אינה רוצה ולא למי שרוצה ללכת למקום אשר מן הדין יכול להוליכה אלא כל דבריו קיימי אתחילת ד"ק ועל נ"ד שנשבע שישתדל ללכת

לסביבו' א"י וכו' אמנם במי שרוצה לעלות לא"י או למקום שהדין נותן שתבא אחריו גם הר"ן מודה דבהכי לא תיקן רגמ"ה וכו' יע"ש הנה מלבד שאין דבריו ז"ל נכונים בזה לענ"ד אחהמ"ר הראויה אליו שאין פשט דברי הר"ן סובלים פירושו הנז' כלל וגם אין דבריו ז"ל עומדים נגד כל דברי הרבנים ז"ל הנז"ל שלא הבינו כזאת בדברי הר"ן ז"ל הנז"ל ויחיד הוא בפירושו הנז' ולית לן למינקט כוותיה נד כל הפוס' ז"ל הנז"ל עוד בה דאיהו גופיה כתב להדיא פעמים שלש בדמ"ד ע"א וע"ב וע"ג דאם נשבע בפי' שלא לגרשה בע"כ לבו מהסס וכו' דשמא אם נשבע בפי' שלא לגרשה בע"כ לא יוכל לגרשה בע"כ כדי ללכת למקום שהדין נותן דיכול להוליכה ודוקא בדאיכא אומדנות דמוכחי טובא בנ"ד דהיינו כשנשא שמעון דנ"ד את בת לוי גילה דעתו דאינו נושא אותה אלא אדעתא להוציאה ממקומה ושינה ג"כ נוסח כתיבתה משאר כתו' דעלמא בהא ודאי איכא למימר דכשנשבע לה שלא יגרשנה בע"כ ושלא ישא אא"ע לא נשבע לה גם כשתסרב מלבא אחריו וכו' יעש"ב א"כ בנ"ד דליכא האי אומדנא כלל ואדרבא נהפוך הוא דאיכא אומדנא איפכא דמוכחא טובא דקודם שנשא ראובן דנ"ד את אשתו התנו עליו בפי' בקג"וש שלא יוכל להוציאה מעירה לדור במ"א כלל כנז"ל א"כ הגם דלדידיה דהרב ז"ל מסתפ' בזה ולבו מהסס כנז"ל אין ספיקו של הרב ז"ל מוציא מידי ודאן של הרבנים ז"ל הנ"ל הפשיט להו מדברי הר"ן ז"ל הנ"ל דלא מצי לגרשה בע"כ בט' אדעתא דהכי לא נשבעתי כנז"ל וחייב לה בכל תנאי כתובה עד שיפייסנה להתגרש מרצונה הטוב וכמדובר:

והגם דהרב בני משה שלטון ז"ל ודעמיה התירו לבעל לישא אא"ע מטעמא דהוא אינו יכול לבא אצלה מחמת דדוחק מזונות ואדעתא הכי לא נשבע וכמ"ש מהרש"ך וכו' כיעו"ש כבר כתיבנא לעיל דלדידן דקבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל דס"ל דטענת דוחק מזונות אינה טענה כלל דלא כהרב ת"הד ז"ל א"כ לא מצי תו למטען אדעתא דהכי לא נשבעתי וככל מש"ל וברור: וראיתי להרב מהרחמפ"ד ז"ל בתשו' הנז' דמ"ד ע"ג דרמי ומק' שתי תשו' של הרב ב"מ שלטון ז"ל אהדדי דבסי' ל"ד הנז' עלה בהסכמה דבז"הז שאין האשה מתגרשת בע"כ ואינו יכול לכופה שתבא לא"י מחייב לה בשבו' ואינו יכול להפטר ממנה וכפשטות דברי הר"ן ז"ל יע"ש ואלו בסי' ט' במסרבת לבא אחר בעלה פסק דאין לה עליו שבו' מסתמא גם שם על זמננו איירי והניח הדבר בקו' יע"ש ולענד"ן דלק"מ דבסי' ט' נמשך הרב ז"ל בתר סברת הת"הד ומהרש"ך ז"ל דס"ל דמהניא טענת מזונות אם בדאיכא שבו' שלא ישא אא"ע מצ"ל אדעתא דהכי ל"ן יעו"ש משא"כ ההיא דסי' ל"ד דליכא התם האי טענה דחסרון מזונות כי אם משום מצות עליית א"י ת"ו ע"ז הביא מ"ש הר"ן ז"ל דלא אתיא האי מצוה דישוב א"י ודחיא לאו דלא יגרע דהוא מן התורה

כיעו"ש וא"כ ליכא תו אפי' ריח קו' כלל לענ"ד וכמובן: איברא דלכאורה נראה דאכתי מידי ס' שבועה לא יצאנו דחזינא שדברי הר"ן ז"ל הנז"ל אינם מוסכמים מכל דהרא"ם ז"ל בח"א סי' ל' נשאל במי שמורד על אשתו בטענת מאיסה עליו ורוצה לגרשה וליפטר ממזונותיה אלא דמצד התקנה לא מצי לגרשה בע"כ ע"ז השיב הוא ז"ל דמאחר דהבעל רוצה לגרשה הגם דמצד התקנה אינו יכול לגרשה בע"כ מ"מ אינו חייב במזונותיה כיון דהעיכוב הוא מצד האשה ולא מצד הבעל וכו' עכ"ל יעש"ב וזהו הפך דברי הר"ן ז"ל הנז"ל ממש כמבואר גם ראיתי למהר"א ששון ז"ל בסי' ר"ן אייתי דברי הרא"ם הללו והסכים כוותיה וכתב עליו הנפק דדינו אמת מסוגיא דפ' המדיר האומר איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתובה וכו' יע"ש גם הרב ב"ח ז"ל בא"הע ר"סי ע"ז בדין מורד הסכים כהרא"ם ז"ל בזה יע"ש וע"ע להרב ב"ש ולהרב חלקת מחוקק ז"ל שם בר"סי ע"ז יע"ש והרב כנ"הג ז"ל בא"הע סי' ע' בהג"הטו אות ד' ובכנ"הג ח"מ סי' כ"ו הג"ה טו אות ח"י הביא דברי הרא"ם ז"ל הנ"ל ומהרא"ש והב"ח הנ"ל והביא כנגדם כת החולקים ע"ז והם הרא"ש ומהרמ"מ ותומת ישרים ומהרש"ך ז"ל דפליגי ע"ד הרא"ם הנז"ל וס"ל דלא מגרע כח האשה בזה להפסיד מזונות הגם דהיא הגורמת והעיכוב בא מצידה שאינה רוצה להתגרש מרצונה עכ"ז חייב בעלה במזונותיה ולענין דינא הסכים הוא ז"ל דמצי הבעל המוחזק לומר קי"ל כהרא"ם ז"ל ודעימיה דפטרי יתיה כיון שהעיכוב בא מצידה יע"ש וכ"כ מרן החבי"ב גופיה בתשו' במ"ח ח"מ ח"א סי' י"ז והרב מעיל צדקה סי' ל"ג יע"ש ולפי"ז גם הר"ן ז"ל וכל קדושים עמו הנז"ל ודאי דפליגי ע"ד הרא"ם ז"ל הנז"ל כמובן:

ואת זה ראיתי להרב מהרחמפ"ד ז"ל בתשו' הנז' בסוד"ק הנ"ל אחר שהביא דברי הר"ן ז"ל הנ"ל נרגש מזה וכתב דלכאורה נראה דהרא"ם והב"ח פליגי ע"ד הר"ן ז"ל וכו' יע"ש ולא ידעתי אמאי כתב כן בלשון לכאורה דהא ודאי פליגי וכמדובר וא"כ לפי"ז אם נאמר דהאי שבועה דנ"ד אינה אלא מדרבנן וכמ"ש רבינו הא"ח ז"ל הנז"ל ותליא במ"ח הראשון הר"ן ודעימיה עם הרא"ם וסיעתיה ז"ל הגם דרוב הפוס' ז"ל ס"ל כהר"ן ז"ל וכמבואר מ"מ גדול כח המוחזק ומצ"ל קי"ל כהרא"ם ז"ל ודעימיה וכמ"ש הכנ"הג ז"ל כנז"ל וכ"כ הרב שבות יעקב בח"ב סי' ק"מ יע"ש והגם דאיכא שבועה כיון דאינה אלא מדרבנן ואית בה ספקא דדינא דפלוגתא דרבוותא ז"ל הנז"ל אזלינן בה לקולא ככל סד"ר דעלמא וכמדובר: אמנם שבתי וראה דאכתי חיוב הבעל דנ"ד בשבו' בדוכתיה קאי ולא מצ"ל קי"ל כהרא"ם וסיעתיה כלל והוא דחזינא להרב פרמ"א ז"ל בח"א סי' כ"ד שיצא לחלק דאם נשבע בפי' שלא לגרשה בע"כ גם הגאון הרא"ם ז"ל מודה דחייב במזונותיה הגם דהיא המעכבת מלהתגרש דלא מיירי הרא"ם אלא היכא דהעיכוב בא מכח תקנה בעלמא יעש"ב ועם

שלכאורה נראה דמרן החבי"ב בכנ"הג ובתשו' הנז' פליג ע"ד הפרמ"א בחי' הנז' כנראה מריהטא דלישניה כיעו"ש וכן ראיתי להרב מהרימ"א ז"ל הו"ד בפאת נגב א"הע סי' טו"ב כ"כ יע"ש כבר ראיתי ג"כ להרב ידיו של משה ז"ל בא"הע סי' ח' שהסכים לחילוק הרב פרמ"א ז"ל הנז' ונרגש מד' מרן החבי"ב ז"ל וכתב דבנדון מרן החבי"ב ז"ל לא היה שם שבועה שלא לגרשה בע"כ רק שבו' שלא לישא אא"ע דוקא ובהכי ניח"ל נמי מ"ש הכנ"הג בא"הע סי' ע"ז הג"ה טו אות ג' דלכאורה דבריו שם סתרי למ"ש במקו' הנז' וע"פ האמור א"ש דבסי' ע"ז מיירי הכנ"הג בחרם רגמ"ה ובשבו' דשלא יגרשנה בע"כ דבהא ודאי מודה הרא"ם דחייב הבעל במזונותיה יע"ש גם ראיתי להרב שמן המשחה ז"ל בדס"ג ע"א וע"ב דהסכים לחי' הרב פרמ"א והרב ידיו של משה הנז' ופירש דברי הכנ"הג שבח"מ סי' כ"ו ושבתשו' י"ז הנ"ל באופן נאות שגם מרן החבי"ב ז"ל אזיל ומודה לחי' הנז' ותריץ יתיב לקו' הרב מהרמ"א ז"ל מדברי הכנ"הג דסי' ע"ז הנ"ל באו"א יע"ש שכתב דריא"ז והכנה"א לא באו אלא לענין לגרשה בע"כ דריא"ז כתב דהרשות בידו לגרשה ולזה כתב הכנ"הג דלא איירי ריא"ז במקום דאיכא חרם רגמ"ה או שנשבע שלא לגרשה בע"כ דאז בודאי אין שומעין לו לגרשה אבל לענין מזונות יודה להרא"ם ז"ל עכ"ל יע"ש ולענ"ד אין זה נכון דהא הכנ"הג ז"ל ע"ד רבינו הטור ז"ל קאי דכתב דמורד ממזונות נמי הוי מורד וכופין אותו לזונה ע"ז הביא דברי ריא"ז וחילק מדיליה בין היכא דליכא חרם רגמ"ה ולא שבו' להיכא דאיכא חרם ר"ג או שבו' כיעו"ש והדבר ברור דהיכא דאיכא חרם ר"ג או שבו' חזר הדין להיותו מורד וכופין אותו לזונה ולכן העיקר לענ"ד כמ"ש הרב ידיו ש"מ ז"ל כנז"ל והשתא דאתינן להכי מצ"ל דגם הרב מהרא"ש והרבנים שעמו בסי' ד"ן ונ"ו דאזלי כולהו בשיטת הרא"ם ז"ל אפי' היכא דאיכא חרם רגמ"ה כמבואר כ"ז בדבריהם ז"ל והכי ס"ל להב"ח והב"ש בר"סי ט"ז והכי ס"ל להרב מ"ץ ז"ל וכנז"ל עכ"ז י"ל דכולהו אזלי ומודו בדאיכא שבועה שלא לגרשה בע"כ דחייב הבעל במזונותיה וכדאמרי' הכי בדעת הרא"ם ז"ל ולא דמי לחרם רגמ"ה דס"ל ז"ל דפטור ממזונותיה כיון דמצד חרם רגמ"ה אינו יכול לגרשה דשאני חרם רגמ"ה שלא הביא האיסור הוא על עצמו כלל משא"כ בנשבע בפי' שהוא הביא האיסור על עצמו דבהא כ"ע מודו דחייב הבעל במזונות אשתו הגם דהיא המעכבת מלהתגרש ברצונה כיון דאין בידו לגרשה בע"כ מכח השבועה אשר נשבע בפיו ובשפתיו:

באופן דכעת לא אשכחן מאן דפליג ע"ד הרב פרמ"א והרב ידיו ש"מ ז"ל בחילוקם הנז' דהיכא שנשבע בפי' שלא לגרשה בע"כ מודה הרא"ם ז"ל כנז"ל דלא אשכחן דפליגי ע"ז

כי אם היכא דמצד התקנה בעלמא או אפי' דאיכא חרם רגמ"ה דוקא ברם בנשבע בפי' שלא לגרשה בע"כ אפשר וקרוב לודאי דכ"ע מודו דחייב הבעל וכדאמרן:
ואתה תחזה להרב זכו"ל ז"ל בח"ב א"הע אות מ' שכתב וז"ל אם הבעל רוצה לגרשה ואינו יכול מפני התקנה והיא אינה רוצה להתגרש פטור ממזונות רא"ם ח"א סי' ל' והרב פרמ"א ח"א סי' כ"ד כתב דהיינו כשהעיכוב מחמת תקנת רגמ"ה אבל אם העיכוב מחמת שבועה שנשבע שלא יגרשנה בע"כ חייב במזונות ועיין תשו' מהריב"ל ח"א סי' ע"ב מהרש"ך ח"ב סי' ל"ו דיש להכריח מדבריהם דס"ל חי' הרב פרמ"א ז"ל מכת"י ה"ה מהרי"ך עכ"ל יע"ש הרי להדיא דגם הרב מהרי"ך ז"ל הוא המבין דאיכא לפלוגי בין היכא דאיכא חרם רגמ"ה לחוד להיכא דנשבע בפי' כנז"ל וכדכתיבנא למדנו מד"ק דגם מהריב"ל ומהרש"ך ז"ל קיימי בשיטת הרב פרמ"א ז"ל בחי' הנז' וכבר ראיתי להרב כנ"הג ג"כ בא"הע סי' ע' הג"ה טו אות ה' הנז' שכתב שכן נראה מד' מהרש"ך ח"ב ס"סי ל"ו שחולק על הרא"ם יע"ש וכ"כ בכנ"הג ח"מ סי' כ"ו אות ח"י הנז"ל וע"ע להגאון החק"ל ז"ל בא"הע סי' ל"ד שהביא דברי מהרש"ך ח"ב סי' ל"ו הנז' שהביאום הכנ"הג והבאה"ט בסי' ע' ותמה עליו מתשו' הר"ן ז"ל הנז"ל יע"ש וכבר הבאתי לעיל מ"ש הרב ב"ד ז"ל בא"הע סי' מ"ב דכל הרבנים דס"ל דכופין הוא כשאין לו שבו' וכו' או שלא ראו תשו' הר"ן ז"ל יע"ש וע"ע להגאון ושב הכהן ז"ל בסי' נ"ה שכ' דלא כ"כ הרא"ם אלא במקום דליכא חרם רגמ"ה רק תקנת הקהלות וכו' יע"ש וע"ש בסוף הספר בקונט' חתנו ז"ל שהאריך בזה וע"ע בס' טוב לישראל למהרא"ח ז"ל בקונט' התשו' בדח"י ע"א וע"ב מ"ש בזה דכל גדולי זמננו תפסו שיטת הרא"ם אף במקום דחל חרם רגמ"ה יע"ש ואכמ"ל: המורם מכל האמור הוא דבנשבע להדיא שלא לגרשה בע"כ כ"ע מודו דחייב הבעל בשבו' כ"ז שלא נתן לה גט מרצונה וליכא מאן דפליג ע"ז כלל דלא אשכחן דפליגי כי אם היכא דאיכא תקנת הקהלות או אפי' חרם רגמ"ה ברם היכא דאיכא שבו' כ"ע מודו דחייב ואין פוטר אותו כלל וכאמור ובפרט דאיכא נמי שבועה בהדיא לזון ולפרנס אותה ומספר כתו' נלמוד דכן כתב לה ואנא אזון ואפרנס וכו' וכמ"ש הרב ידיו של משה ז"ל שם וז"ל אבל בכתובות שלנו שזה מחייב עצמו ואנא אזון וכו' בקנין ושבועה שלא לגרש א"כ הרי מן הדין מוזהר שלא לגרשה בע"כ וחייב ליונה ומה שייך לומר שהעכבה שלה ולא דידיה הרי הוא מוזהר ג"כ ע"ז וע"ז וכו' עכ"ל יע"ש נמצ"ל דמלבד דאיכא שבועה דשלא לגרשה בע"כ עוד בה איכא שבועה אחריתי לזונה ולפרנסה ג"כ דהשבועה דכתיבא בכתובה לבסוף ע"כ התנאים קאי בין אתנאי ב"ד בין אתנאי כתובה וא"כ לא מצי תו פטר נפשיה ממזונותיה בשום טענה שבעולם כלל ויתפלש באפר ויקיים שבועתו דאפי' את"ל דאיכא

חולקים ע"ד הרב פרמ"א והרב יש"מ ז"ל הנז"ל וסברי דאפי' היכא דאיכא שבועה שלא יגרשנה בע"כ ס"ל להרא"ם וסיעתיה דפטור ממזונותיה כיון שהעכבה מצידה שאינה רוצה להתגרש משא"כ האמת לענ"ד כנז"ל מ"מ כיון שנשבע ג"כ לזונה ולפרנסה כנז"ל הא ודאי כ"ע מודו דחייב לזונה ולפרנסה עד שיפייסנה להתגרש מרצונה הטוב בלתי ס' כלל ועי' במהרח"ש א"הע סי' י"ז וכמ"ש עליו הרב שמן המשחה ריש הל' גטין יע"ש ואכמ"ל:

ואפי' נימא דגם בזה איכא פלוגתא דרבוותא ודלא כמ"ש הפרמ"א ויש"מ ז"ל מה שאינו לענ"ד מ"מ לא מצי הבעל דנ"ד לפטור עצמו בשבו' בטענת קי"ל ולהקל בשבועתו מכח דהויא ס' שבועה דרבנן דאזלי' בה לקולא דכ"ז ליתיה בנ"ד כלל משום דבנ"ד איכא ס"ס להחמיר והוא זה ס' אם הלכה כהר"ן וכרוב הפוס' ז"ל דעמיה או שמא ה הלכה כהרא"ם וסיעתיה ואת"ל דהל' כהרא"ם ודעימיה דפטרי אפי' היכא דאיכא חרם רגמ"ה שמא הלכה כהרב פרמ"א ויש"מ ז"ל הנז' דס"ל דהיכא דאיכא שבועה שלא לגרשה בע"כ גם הרא"ם ודעימיה מודו דחייב במזונותיה וכנז"ל וכיון דאיכא בנ"ד ס"ס להחמיר הגם דהשבועה עצמה אינה אלא דרבנן ואית בה חד ספקא דפלוגתא דהר"ן והרא"ם ז"ל הנז"ל עכ"ז דאיכא כנגדו ס"ס להחמיר אזלינן לחומרא וכמו שלימדנו להועיל האי תנא דידן הרב משל"מ ז"ל בפ"ד דבכורות ה"א ובפ"ח מה' אבות הטו' ה"ה דהא דקי"ל דס"ד לקולא הי"ד אי ליכא כנגדו ס"ס להחמיר אבל אי איכא ס"ס להחמיר הו"ל ההוא ס' דהתרא מיעוטא יעש"ב מלתא בטעמא וכן הסכימו אחריו כל הפוס' ז"ל כמו שתראה להרב פר"ח ז"ל ביו"ד סי' ס"ט סקמ"ד ולהרב שע"המ ז"ל בה' מקוואות דע"ט והביא שם לכמה פוס' ז"ל דסל"ה יע"ש וע"ע לו ז"ל בה' אישות פ"ה דט"ל מ"שהק ע"ז ולהרב ע"הש ז"ל בא"ח סי' ת"ד וביו"ד סי' ס"ט אות כ"ח מה שתי' יע"ש והכי נקטי' בפשיטות גמור הגאון מהריט"א ז"ל בשמיו"ט ובהליו"ט בכמה דוכתי וכל האח' ז"ל ע"ע הלא בס' ואכמ"ל בזה וא"כ בנד"ן הגם דנימא דהא שבועה דנ"ד אינה אלא מדרבנן וכדס"ל לכ לכמה מרבני אחרוני זמננו ז"ל וכנז"ל והגם דאית בה נמי חד ספיקא לקולא וכמש"ל מ"מ כיון דאיכא ס"ס להחמיר כנז"ל ודאי דאזלי' לחומרא וחייב ראובן דנ"ד בשבו' ובכל תנאי כתובת אשתו עד שיפייסנה להתגרש מרצונה הטוב או עד שתסכים עמו לדור במ"א וככל האמור ומדובר וכבר ראיתי להרב הרמ"א ז"ל בפאת נגב א"הע סי' טו"ב הנז' דבתר דשק"וט בכל הנז"ל זכר עשה להאי ס"ס להחמיר הנז' גופיה ודנהפוך הוא וכו' אלולי כמה טעמי תריצי דאשתכחו בנ"ד להקל דלא שייכי בנדון דידן כלל כמ"שיד המעין חדא ההוא חילוקא דמהרימ"ט והפרמ"א ז"ל לא שייך בנ"ד כיון דבנ"ד בעת שנשבע נפל

הספק ולא אתייליד שום ריעותא בתר הכי כלל וככל משל"ל וגם מ"ש דאין ב"ד כופין על הס' וכו' ג"ז ליתיה בנ"ד לדידן אחר שמרן החבי"ב ז"ל סגר עלינו הדלת והעיד בגודלו דסוגיין דעלמא אזלא ל שלל דכופין אותו לקיים שבועתו וכן עלתה הסכמת כ האח' ז"ל כמש"ל והרב הנז' לא ראה כ"ז וליה סמך ע"ד מהראנ"ח ז"ל דס"ל באחת מתשו' דבס' שבו' אין ב"ד כופין וכבר הארכנו בזה לעיל והוכחנו במישור דאין כן הסכמת כל האח' ז"ל וע"ע בנדיב לב ח"ב סי' ל"ב מח"מ להרב ראש"ל מהרד"ח ז"ל שכן הסכים הוא ז"ל ג"כ יע"ש וגם ע"ע בנוכח השולחן ח"מ סי' ל' שכן נהגו לדון להחמיר בס' שבועה רבני וגאוני ירוש' ת"ו יע"ש גם הרב נוכ השולחן גופיה דגמגם ע"ז שם ובא"הע סי' ט"ו הנז' יע"ש הרואה יראה לו ז"ל גופיה שם בא"הע סי' י"א בסוד"ק אחד מן הטעמים שכתב הוא ז"ל על נ"ד דיחלוקו טעמו הרביעי הוא היה מט' שבועת החתן וס' שבועה להחמיר שכ"כ וז"ל ד' ממה שנשבע החתן דהוי ס' שבו' להחמיר אף שמהריב"ל בח"ג סי' קי"ד הקל אפי' בשבועה רבים חולקים עליו ועיין בכנ"הג סי' ס' הג"בי אות מ"ט ובחש"ש שם ועיין חק"ל א"הע סי' מ"ג דצ"א ולהרב חיד"א בחיים שאל בח"ב סי' מ"ח אות ל"ח יע"ש עכ"ל הנך רואה שהרב ז"ל בתשו' זו הסכים להחמיר בשבועה חתן הלזו כל בתר איפכא ממש ממ"ש בסי' ט"ו הנז"ל הגם דכל הנהו ספיקי שכתבם בסי' ט"ו איתנהו נמי בההוא נדון דסי' י"א הנז"ל וכמבואר:

גם הרואה יראה להרב מהרמ"א ז"ל שם דלא סמך להקל על הנהו טעמי הנז"ל לחודייהו ונפק דק ואשכח טעמי תריצי אחריני להקל בנ"ד מאי דלא שייך בנ"ד ועשה מכל הטעמים הנז' בד"ק ס"ס להקל כמ"ש הוא ז"ל בפי' שם בתר הכי וז"ל המורם וכו' משא"כ בנ"ד ודאי דיודה הרב ז"ל דיש להחמיר עליו ולכופו אפי' להוציא ממון כדי לקיים השבועה כיון דליכא בנ"ד הנהו טעמי שכתב הוא ז"ל על נדונו ואם ליכא בנ"ד ס"ס להקל נגד הס"ס להחמיר דאיכא בנ"ד וכדאמרן והדברים פשוטים וע"ע להרב פאת נגב ז"ל גופיה שם בסי' ח"י מ"ש בזה על נ"ד יע"ש אשר מדבריו ז"ל ג"כ תורה יוצאה לנ"ד דחייב ראובן בשבו' כיון שאינו יכול לגרשה בע"כ מחמת השבועה א"כ אינו יכול למנוע ממנו שבו' והוא נכנס במה שנתחייב בקנין ושבועה לזונה ולפרנסה דסתמא הוא כל שאינו מגרשה דאל"כ הו"ל לאתנויי ונמצא לפי"ז דאפי' לדעת הרא"ם ז"ל הכא חייב מכח הקנין והשבועה משום דהו"ל לאתנויי וכו' כמ"ש כ"ז הרב הנז' ז"ל יעש"ב ודון מיניה במכ"ש וק"ו לנ"ד דאינו יכול למנוע ממנה שבו' אפי' שירצה לפרוע כתובתה משלם אם אינה רוצה להתגרש ממנו ויתפלש באפר ויקיים שבועתו וככל האמור ומדובר:

הכלל העולה מכל מ"ש בעניותי דראובן זה דנ"ד חיובא רמיא עליה וכופין אותו בדין לקיים שבועתו ואין פוטר אותו כלל משבו' וכל זמן שהוא יושב יחידי בבירות יע"א ה"ה עובר על לאו מן התורה דשבו' לא יגרע וה"ה עובר ג"כ על שבועתו כהסכמת כל הפוס' ז"ל דלא כמהריב"ל ז"ל ובפרט בנ"ד דאיכא ס"ס להחמיר וכמש"ל כן נלע"ד ברור להלכה אבל למעשה עד אשר יסכימו עמי תרי מרבנן דפקיע שמייהו אף ידי תכון עמהם גם למעשה וצור ישראל יצילנו משגיאות וימ"ן ויזכני לכוין לאמיתה של תורה תמיד כל הימים אמן כי"ר כ"ד זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

נשאלתי אם כשמקדש החתן להכלה בטבעת הקדושין והכלה לובשת ביד ימינה בתי ידים אם צריכה הכלה להסיר הבת"י מידה כדי קבל וללבוש טבעת הקידושין בתוך אצבעה ממש או לא משום דבעינן שלא יהיה חוצץ שום דבר בין ידו לידה:

ואם תמצי לומר שצריכה להסיר הבתי ידים אם אירע שלא הסירה אותם ונתן לה החתן טבעת הקדושין על הבתי ידים אם מעכב וצריך לחזור וליתנו לה אחר הסרת הבתי ידים או לא. על הכל יבא דברו הטוב ושכמ"ה:

תשובה הנה אמת דלא מצאתי שורש וענף לדין זה לא בש"ס בבלי ולא בירושלמי להצריך להסיר הכלה הבתי ידים מיד ימינה כדי לקבל טבעת הקידושין בידה ממש ואם לא עשתה כן לא מהנו הקידושין וצריך לחזור ולקדשה פ"ב אחר הסרתה הבתי ידים זה לא אמרו אדם מעולם ויגעתי לחפש בתלמוד דידן ולא בירושלמי ולא מצאתי כלל:

אלא דלכאורה היה נראה להביא ראיה דלא מה מהני הקידו' בבתי ידים ממאי דאמרינן בקדושין ד"ח ע"א אמר לה התקדשי לי במנה זו ונמצא חסר דינר או דינר של נחשת אינה מקודשת ופריך בש"ס האי דינר של נחשת היכי דמי אי דידעה ביה הא סברה וקבלה ומשני לא צריכא דיהביה נהליה בלילא אי נמי דאשתכח ליה ביני זוזי ופירש"י ז"ל דאשתכח ליה ביני זוזי ולא הכירה בו מתחילה שהיה מעורב ביניהם עכ"ל:

והשתא אי איתא דיכול לקדשה בבתי ידים שלה ולא חיישינן לחציצה א"כ אמאי לא משני נמי דיהבינהו ניהלה בתוך כיס אחד כולם יחד וקבלתם מידו עם הכיס ושוב פתחה הכיס וראתה ביניהם דינר של נחשת אלא ודאי מדלא משני הכי ומהדר לתרוצי באוקמתי אחריני שמע מינה דבתוך הכיס ואמר לה התקדשי לי במנה זו שבתוך הכיס לא מהני כיון דהכיס חוצץ בין ידו לידה וממילא ש"מ דהוא הדין בבתי ידים דידה לא מהני כיון דחוצץ מידו לידה וליכא למימר דהאי אוקמתא דאמרינן היא היא אוקמתא בתראה דהש"ס דמשני דאשתכח ליה ביני זוזי וכפרש"י הנז' ז"ל דהא ודאי ליתא דהתם

מיירי דנתן לה כל המנה בידה ממש בלתי שום חציצה לא כיס ולא זולתו אלא דאותו דינר של נחשת היה מעורב בתוך המנה ולא הכירה בו מתחילה משא"כ אם היה נותן לה כל המנה בתוך הכוס מצינן למימר דלא מהני משום דהוי חציצה ולהכי לא משני לה הכי בש"ס:

איברא דחזינן בש"ס דקדושין די"ב ע"ב סוגייא ערוכה כל בתר איפכא מהוכחתינו הנ"ל והוא דהתם אמרינן ההוא גברא דקדיש בציפתא דאסא אמרו ליה והא לית בה שוה פרוטה אמר להו תיקדש בד' זוזי דאית בה שקלתא ואשתיקא אמר רבא הוי שתיקותא דלאחר מתן מעות ולאו כלום הוא ופירש"י ז"ל בציפתא דאסא במחצלת של הדס בד' זוזי דאית בה כרוכים היו בה עכ"ל:

והשתא אי איתא דלא מהני הקידושין כשיש דבר חוצץ ביניהם א"כ מאי איריא דלא הוו קדושין משום טעמא דהוי שתיקותא דלאחר מ"מ תיפוק ליה משום חציצה דהמחצלת של הדס אשר היו כרוכים בה הו"ל חציצה דומיא דבתי ידים ממש ומדיהיב טעמא הכא דלא הוו קי' משום דהוי שתיקותא דלאחר מ"מ שמע מינה דאי משום חציצה לא מעכבן כלל ולית לן בה וא"כ נמצאו תרי סוגיות הפכיות זו מזו ותרוויהו הלכתא פסיקתא נינהו וכמ"שיר הרואה בטור ומר"ן ז"ל בא"הע סי' כ"ח יע"ש וא"כ כדי לתרץ הסוגיות צריכים לנו לומר ולחלק בין לכתחילה לדיעבד דאנה"ן לכתחילה לא מצי לקדשה בדאיכא דבר חוצץ בין ידו לידה כלל ולהכי לא משני התם בד"ח ע"א דמיירי דנתן לה כל המנה בכיס אחד כיון דלכתחי' לא מצי למעבד הכי כלל משא"כ ההיא סוגייא דרי"ב ע"ב מיירי התם להדיא בההוא גברא דקדיש בציפתא דאסא דה"ל דכבר עבר וקדשה בדבר חוצץ מידו צידה ומצינן למימר דאנה"ן בדיעבד אם קדשה בדבר חוצץ כגון ציפתא דאסא או בתי ידים דקדושיו קידושין ואין צריך לחזור ולקדשה פ"ב בלתי חציצה כלל וא"ש תרי סוגיי הנז"ל ולא פלגן בהדייהו וכמובן:

אלא דאעיקרא דדינא פירכא דלא אשכחן בש"ס ובפוסקים ז"ל האי דינא דלכתחלה לא מצי לקדש בדבר החוצץ בין ידו לידה כי היכי דנימא האי חילוקא דידן מדיעבד לכתחילה ותו דכבר כתב הרדב"ז ז"ל בח"ה סי' ש"א ש"ה דאין להוציא דין מכח דהול"ל הכי ואמר הכי דשמא לא ידענו טעמו של התנא או האמורא אם לא שהם עצמם ידקדקו כן יע"ש וגם מרן ז"ל בב"י א"ח סי' תקמ"ח כתב דאין להוציא דין מכח קושיא יע"ש וכפי"ז אזדא לה האי חילוקא דידן וראייתנו הנ"ל לגמרי וכמובן:

ואחר החיפוש היטב ראיתי בפתחי תשובה הנד"מ על ש"ע א"הע בסי' ז"ך סוף סק"א וז"ל עיין בס' כרם שלמה בש"ות שבסוף הספר סי' פ"ו שכתב דיש להקפיד שלא תהא

חציצה בין הטבעת לאצבע ולכן אם הכלה מלובשת בתי ידים צריכה להסיר מיד ימינה ע"ש עכ"ל:

הנה מדכתב לשון זה יש להקפיד וכו' משמע דלכתחילה דוקא הוא דאמרינן הכי וכן מוכח נמי מדכתב צריכה להסיר וכו' דלשון צריך בש"ס ופוסקים ז"ל ר"ל צריך לכתחילה משמע כמ"ש מהריט"א ז"ל בלשון חכמים אות צ' סי' תנ"ח יע"ש ונפ"מ דהוא מדרבנן כמ"ש הרב הנז' שם סי' תנ"ה יע"ש ומה שהק' ממתני' דברכות והצ"ע יע"ש אדרבא דבריו ז"ל צ"ע דהתם נמי צריכין טבילה מדרבנן דוקא כמ"שיר המעיין וזכורני שכבר נתעוררו עליו האח' ז"ל בזה ולהכי קאמר צריך ר"ל מדרבנן ובכל מידי דרבנן איכא לפלוגי בין לכתחילה לדיעבד משא"כ במידי דאוריתא ליכא חילוקא מדיעבד לכתחילה כידוע ומנא תימרא דכל לשון צריך אינו אלא מדרבנן בעלמא תא שמע ותא חזי סוגיא ערוכה ביבמות דע"ב ע"א וזה פריה אמר רב הונא דבר תורה משוך אוכל בתרומה ומדבריהם גזרו עליו מפני שנראה כערל מיתיבי משוך צריך שימול ומשני מדרבנן ודקארי לה מאי קארי לה הא צריך קתני ומשני קתני בסיפא רבי יאודה אומר לא ימול מפני שסכנה היא לו אמרו לו והלא הרבה מלו בימי בין כוזיבא והולידו בנים ובנות שנאמר המול ימול אפי' מאה פעמים ואומר את בר יתי הפר לרבות את המשוך מאי ואומר וכי תימא האי המול ימול לרבות ציצין המעכבין את המילה ת"ש את בריתי הפר לרבות את המשוך הוא סבר מדקא נסיב לה הש"ס קרא דאורייתא היא ולא היא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא ע"כ הסוגייא:

הנה מבואר מסוגייא זאת מדפריך בפשוט ודקארי לה מאי קארי לה הא צריך קתני מוכח להדיא דכל היכא דאמרינן צריך ר"ל מדרבנן בעלמא והוא הדין בלשון הפוסקים ז"ל אמרינן הכי וכיון דכתב הרב כרם שלמה ז"ל צריכה להסיר מוכחא מלתא להדייא דאינו אלא מדרבנן ובדרבנן יש לחלק בין לכתחילה לדיעבד וכדאמרן:

ואגב אורחין בלומדי הסוגייא הנז' ראיתי ונתון אל לבי דמסוגייא זאת יש להביא ראיה חותכת לסברת הגאון מהריט"א ז"ל בקהלת יעקב באות עשה דלעולם בהם תעבודו שהביא דברי הר"ן ז"ל שכתב דהאי עשה לאו עשה גמור הוא דאל"כ היכי דחי לה ר"א משום תשלום מניין אלא עשה דרבנן היא והוא ז"ל תמה. עליו מסוגיית סוטה דר"עק ס"ל דלב"ת חובה ור"י ס"ל רשות ובעי בש"ס התם מאי טעמא דר"י איידי דכתב לא תחיה כל נשמה אצטריך נמי למכתב לעולם ב"ת למשרי אחד מהאומות שבא על הכנענית וכו' ופריך בש"ס ור"עק בהם תקנו נפקא ולעולם ב"ת לחובה ור"י בהם ולא באחיכם ור"עק מסיפיה דקרא נפקא וכו' יע"ש כל הסוגייא:

ואי עשה דרבנן היא אמאי צריך לאתויי ראיה מקרא ופריך מינה לר"י ולר"עק ותירץ הוא ז"ל דס"ל להר"ן דהא דקאמר הכא דלעולם ב"ת לר"עק חובה היינו אסמכתא בעלמא ושכ"כ התוס' ז"ל בב"ב דקמ"ז על הא דאמרינן התם מניין למתנת שכיב מרע מן התורה דלאו דוקא מן התורה אלא אסמכתא בעלמא יע"ש דנראה דאפי' בדרך אסמכתא צריך יתורא דקרא היכא דמשכח עכ"ל יעש"ב:

ואחד הרואה בד"ק דמהריט"א ז"ל שם יראה דלא מצא ראיה לזה מהש"ס דאפי' לאסמכתא בעינן קרא יתירה ולזה הוצרך לאסתייועי מדברי התוס' דבתרא הנז' וכמ"שיר המעיין והוא פלא עצום דנראה ברור דש"ס ערוך הוא הסוגייא דיבמות הנז' דאם באסמכתא בעינן קרא יתירה שהרי למסקנא אותה דמשוך הוי אסמכתא ואפי"ה קאמרי ליה רבנן לר"י וכי תימא דהמול ימול אצטריך לציצין וכו' ת"ש את בריתי הפר ואי אסמכתא לא בעי קרא יתירה תפוק ליה מהמול ימול דדרשי ליה לציצין וכו' וגם זה דמשוך נפקא ליה נמי מהאי קרא בדרך אסמכתא וא"כ שפיר מצ"ל נמי דהאי עשה דלעולם בהם תעבודו אינו אלא מדרבנן ובדרך אסמכתא וכדכתבו הר"ן והריטב"א ז"ל לר"עק דאמר חובה מדרבנן קאמר וכמ"ש:

אך אכתי ק"ט לענ"ד על דברי הריטב"א ז"ל דסתרי ד"ק אהדדי דאלו בפ' השולח כתב וז"ל מצוה שאני ואם תאמר וכי משום האי מצוה דחינן עשה שבתורה. ונראה דמהא שמעינן דלאו עשה גמור אלא איסורא דרבנן. ור"עק דאמר חובה מדרבנן יע"ש ואלו הריטב"א גופיה במציעא דס"ב והוב"ד באסיפת זקנים ז"ל על הא דאמרי התם אמר"א רבית קצוצה יוצאה בדיינים ר"י אמר אינא יוצאה מ"ט דר"י דאמר קרא בנשך נתן ותרבית לקח חיו לא יחיה חיים הוא דלית ליה ולא השבון. רב אדא ב"א אמר אל תקח מאתו נשך ותרבית ויראת מאלהיך. למורא ניתן ולא להשבון אמר"ן מ"ט דר"א אמר קרא וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דליחיי. ור"י האי וחי אחיך עמך מאי עביד ליה מבע"ל וכו' וכתב הריטב"א ור"י האי וחי אחיך מאי עביד ליה פי' שזהו מקרא של תורה ומיותר לדרשא. אבל קראי דר"י אינן אלא דרשא ואסמכתא ולכך לא פריך לר"א מאי עביד להו. עכ"ל יע"ש הרי להדייא דלהריטב"א ז"ל כיון דפריך בש"ס ור"י מאי עביד הוי דרשא גמורה א"כ דסוגייא דסוטה נמי דפריך ור"י ותירץ בהם ולא באחיכם נראה דהוי דרשא גמורה ואיך דלר"עק חובה מדרבנן. ולפי חומר הנושא נלע"ד ליישב על צד הדוחק דשאני הכא דקאמר בש"ס ור"י בהם ולא באחיכם. ור"עק מסיפיה דקרא נפקא דכתיב ובאחיכם בני ישראל וכו' ור"י איידי דכתב ובאחיכם כתב נמי בהם ע"כ. א"כ איפה אלו אמרה הריטב"א ז"ל דהוי דרשא גמורה היינו כדהתם דלר"א אית ליה דרשא אחת בפסוק. ור"י

אית ליה דרשא אחריתי באותו פסוק עצמו מאי דלית ליה לר"א אזי נשאר פסוק פנוי ובודאי דהוי דרשא גמורה. ואלו בכאן גם לר"ע נוכל לומר דמאי דכתיב לעולם ב"ת איידי דנקט ובאחיכם א"כ אין מקרא פנוי לומר דהוי דרשא גמורה לכך קאמר דהוי חובא מדרבנן ומדאורייתא ליתיה בעשה וקרא אסמכתא. וכבר הוכחנו מסוגייא דיבמות הנז' דגם במידי דאסמכתא ודרבנן אייתי ליה מקרא יתירה וכנז"ל:

ולענ"ד נראה להביא ראיה להר"ן והריטב"א ז"ל דהאי עשה דלעולם ב"ת אינו אלא חובה מדרבנן דוקא והוא מדתנינן בנזיר דס"ב נשים ועבדים יש להם נזירות אבל הרב כופה את עבדו לשתות ביין עבר מכנגד פניו ר"מ אומר לא ישתה רב יוסי אומר ישתה. ואמרי עלה בש"ס התם לימא בדשמואל קמפלגי דאמר שמואל המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור ר"ע אית ליה דשמואל ור"י לית ליה דשמואל. ומשני לא לכ"ע אית להו דשמואל וכו'. וכתבו התוס' שם לימא בדשמואל קמפלגי דהשתא קא ס"ד כיון דהעבד ברח מפניו מסתמא נתייאש ממנו האדון והיינו הפקר ר"מ אית ליה דשמואל וא"כ הרי הוא משוחרר ולכך לא ישתה דעתה הוא ברשותו עכ"ל יע"ש ואי איתא דעשה דלב"ת דאורייתא איך מן הסתם נאמר דזה נתייאש ממנו והוציאו לחירות ועבר על עשה דאורייתא לכך צ"ל דאינו אלא חובה דרבנן ומשום איזה דבר נדחית ולכך אדון זה כדי שלא לייגע לבקשו מיאש מיניה ומוציאו לחירות:

וחזינא להרמב"ם ז"ל בפ"ב דנזירות רי"ז דפסק עבד שנדר בנזירות וברח או שהלך מנגד רבו הרי"ז אסור לשתות יין והשיגו הראב"ד ז"ל דזה דלא כהלכתא שהרי רמ"א לא ישתה ור"י אומר ישתה. והרדב"ז בספר יקר תפארת הצ"ע דהא קיימא לן ר"מ ור"י הלכה כר"י. ומר"ן ז"ל בד"מ כתב דנראה דרבינו גריס איפכא יע"ש והנה אמת דלפי חומר הנושא דחקו למר"ן ז"ל לומר כן:

אכן נראה לע"ד דהרמב"ם ז"ל טעמו ונימוקו עמו להפך הגירסא מדגרסינן בגיטין די"ב עלה דמתניתין האומר תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי אם רצה לחזור ב"ב יחזור דר"מ וחכמים אומרים בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים. ואמרי עלה בש"ס תנייא אמר"א אמרנו לו למאיר והלא זכות הוא לעבד שיצא מתחת רבו אמ"ל חוב הוא לו שאם היה עבד כהן פוסלו מהתרומה אמ"ל הרי אם ירצה שלא לזונו רשאי אמ"ל ומה אלו עבד כהן שברח ואשת כהן שמרדה בבעלה אוכלים בתרומה וזה אינו אוכל אבל אשה חוב הוא לה שפוסלה מהתרומה ומפסידה מזונות. ובעי הש"ס מאי קאמ"ל ומאי מהדר להו הכי קאמ"ל השבתוני על המזונות מה תשיבוני על התרומה וכ"ת אי בעי זריק ליה גיטא ופסיל לה שביק ליה ועריק ואזיל לעלמא וכו' ע"כ. הרי בפשיטות ס"ל

לר"מ בעבד שברח דלא אמרינן דבעליו מתייאשים ממני. ואיך קאמר התם בש"ס דנזיר דר"מ ס"ל דשמואל וכשברח יצא בן חורין. לכך הוצרך הרמב"ם ז"ל להפך הגירסא. ור"י הוא דאמר לא ישתה ופסק כר"י דהכי ק"ל ר"מ ור"י הלכה כר"י:

אך לפי"ד הראב"ד והרדב"ז ז"ל לדעתי ק"ט וי"ל ודו"ק:

ומסוגיא דיבמות הנז' קל"ט מדאמרינן במציעא דל"א אמר ליה ההוא מרבנן לרבה אימא השב חדא זימנא תשיבם תרי זימני אמ"ל השב אפי' מאה פעמים משמע. תשיבם אין לי אלא לבית גנא וחורבא מנין ת"ל תשיבם. והכי אמרינן נמי בשלח תשלח והוכח תוכיח ועזוב תעזוב והקם תקים דשלח והוכיח ועזוב והקם אפי' מאה פעמים משמע תשלח לרבות אפי' דבר מצוה ככהן לטהר בו את המצורע תוכיח לרבות אפי' תלמיד לרב תעזוב אע"פי שאין בעליו עמו. והכי נמי תקם נמצא כשהתיבה מקור כולל אפי' מאה פעמים וכדפירש הרמב"ם בפי' המשנה הנז' יע"ש:

א"כ מאי קאמר התם בסוגיין דיבמות הנז' וכ"ת האי המול ימול לרבות ציצין המעכבים ת"ש את בריתי הפר ואמאי צריך קרא אחרינא כיון דציצין נפקי מתיבת ימול ודרשת אפי' מאה פעמים נפק"ל מתיבת המול דהיא מקור וכנז"ל:

וכזאת ק"ל מדאמרינן בקיו דכ"ב ת"ר אם אמור יאמר עד שיאמר וישנה. העבד עד שיאמר כשהוא עבד ע"כ. ולפי מאי דאמרינן במציעא דכיון דהוי תיבת מקור משמע הרבה פעמים א"כ בכאן דהוי תיבת אמור מקור לפחות יהיה ב"פ דמיעוט רבים שנים ויאמר עוד פעם אחרת א"כ צריך שלשה פעמים לפחות ואיך קאמר שיאמר וישנה דוקא:

ותו קל"ט עמ"ש התם בקדושין העבד עד שיאמר כשהוא עבד מאותה ששנינו בפרק השולח תניא האומר כל נכסי נתונים לפ"ופ עבדי אף עצמן לא קנו. מיתיבי הכותב כל נכסיו לשני עבדיו קנו ומשחררין זה א"ז אמר"א שאני התם דקרי להו עבדי וסבר דיכול לתת מתנה לעבדו אף בהיותו עבד. אמ"ל רפרם לרב אשי דילמא עבדי שהיה כבר מי לא תנן עד שיאמר כל נכסי נתונים לפלוני עבדי חוץ וכו' והא עבדי קרי ליה אלא עבדי שהיה כבר וכו' ע"כ:

א"כ איפה מהיכן יליף בברייתא דקידושין דצריך שיאמר בהיותו עבד נימא העבד שהיה כבר וליכא למימר דמיתורא דעבד קדריש הכי שהרי במנחות ד"ט פליגי בקרא דוהרים הכהן מן המנחה את אזכרתה ומר אמר מן המנחה שהיתה כבר. הגם דהתם נמי תיבת המנחה יתירה דהוי סגי לומר ממנה ואפי"ה דריש המנחה שהיתה כבר. ומן התימה על דברי מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קכ"ב דק"ל ממ"ש בפ' בני העיר ב"הכנ שחרב אין מספידין

בו שנא' והשמותי את מקדשיכם אפי' כשהם שוממים בקדושתן הם עומדים ואמאי לא נימא מקדשיכם שהיה כבר וע"ש מה שתי':
ובאמת ק"ט דאדק"ל מה"כנ לעבד תק"ך מעבד לעבד גופיה ויש לי אריכות בענין זה ואכמ"ל. ועיין בס' נשמת חיים בדרשותיו להספד ע"ש בזה ואכמ"ל ובמ"א הארכתי בעניותי בכלל זה:
איך שיהיה נחזור לענייננו לדאתן עלה דלמדנו מדברי הרב כר"ש ז"ל אשר הביא ד"ק הרב פתחי תשובה ז"ל דעכ"פ מדרבנן מיהא צריכה להסיר הבתי ידים מידה קודם הקדושין כפי"ז מצינן לחלק שפיר בין לכתחילה לדיעבד וכדאמרן:
אכן אכתי לא ידענא טעמו ונימוקו דהרב כר"ש ז"ל לאצרוכי הסרת הבתי ידים מידה קודם הקדושין דלא ליהוי חציצה מהיכן יליף לה הרב ז"ל להאי דינא. וס' כרם שלמה הנז' אינו בנמצא אתי עמי לראות הדברים במקומן אולי הביא הוא ז"ל איזה ראיה לדבריו הללו מהש"ס או מהפוסקים ז"ל ואחר החיפוש היטב בבתי מדרשות של הזולת אינה ה' לידי ספר כר"ש הנז' וראיתי לו בש"ות שלו סי' פ"ו שכ"כ וז"ל שאלה אם מקדש אשה בטבעת ונותן על אצבעה היש לחוש שלא תהא חציצה בין הטבעת לאצבע או לא. תשובה נראה לי דיש להקפיד שלא תהא חציצה והוא ע"פי מ"ש רמ"א בא"הע סי' קל"ט סי"ד וז"ל אבל לכתחילה אין לגרש אפי' ליתן הגט לתוך חצירה או לתוך מלבושיה אלא לתוך ידה ממש עכ"ל. והטעם משום דכתיב ונתן בידה עיין בלבוש והמרדכי בפ' הזורק כתב נהגו העם שלא לגרש ע"י נתינת גט תוך ביתו או חצירה ואפי' בתוך קלתה או בתוך מלבושיה והטעם פי' ר"י לפי שפעמים מלבושיה שאולים ואולי הבעלים ים מקפידים על כך וא"כ לא הוי גיטא כיון דלאו להכי אשאילנהו לכך טוב לתת גט לידה ממש עכ"ל וא"כ בקדושין נמי יש לומר דאתקש הוויה ליציאה. וכן מצינו כמה דברים בפוסקים בנדון זה להקיש הוויה ליציאה. ובש"ע סי' כ"ו ס"א הנוהגים קדש בטבעת ויש להם טעם בתקוני הזוכים ועיין לבוש שם ומשמע שיורה על שם קדוש ובודאי נכון שלא יהיה חציצה וכן הוריתי הלכה למעשה בעיר ברין כאשר סדרתי קדושין בשנת תר"ג ל"ג לעומר והיתה הכלה מלובשת בתי ידים מסוגרים בתכשיט ובעת אשר הקריתי להחתן שיאמר הרי את מקודשת צויתי שתסיר הבתי ידים עכ"ל:
הנה נתבאר לנו דברי הגאון הכר"ש ז"ל בשורשו ונודע לנו טעמו ונימוקו עמו משום דס"ל למר דילפינן הווייה ליציאה וגם זה אינו אלא לכתחילה דוקא דומיא דגט וכמבואר כ"ז בד"ק הנז' וכמו שיראה הרואה:

ברם אנא דאמרי אחר המחי"ר הראויה את כבודו ואת גדלו דהגאון כרם שלמה ז"ל הנז' אם הלכה נקבל ואם לדין יש תשובה דמלבד דכל כהאי גוונא דנ"ד אמרינן בפשיטות אי איתא להא מלתא דדינא דאיסור ערוה החמורה דבעינן לכתחילה דלא ליהוי דבר חוצץ מידו לידה לא הוה משתמיט שום פוסק מקמאי או מבתראי ז"ל דנימא הכי דהו"ל לאשמועינן האי דינא חידושא דדינא ומדלא אשתמיט חד מנייהו ז"ל דאשמועינן הכי ודאי דס"ל דליתא להאי דינא כלל ולא בעינן דלא ליהוי חציצת בת"י כלל ולא חישינן ביה אפי' לכתחלה וכדכתבו הכי בעלי הכללים ז"ל בכל כהאי גוונא דאמרינן הכי מדלא אשתמיט וכו' וראש המגידים בכלל זה מהריב"ל ז"ל בתשו' ואייתי סייעתא לדבריו מדברי הראשונים ז"ל כידוע שו"ר תשובת הרב הגדול מהר"ח מודעי נר"ו הב"ד בסוף ספר רוח חיים ח"ב להרב מהרח"פ ז"ל ושם ראיתי בדקס"ג ע"א וע"ב מ"ש בכלל זה ועפי' ד"ק יוצא לנו דבכל כה"ג דנ"ד לא אמרי' אי איתא להא וכו' דמקום הניחו לו יעש"ב:

זאת ועוד אחרת תמה אני טובא על הגאון כר"ש ז"ל הנז' דנראה ברור דח"ו אשתמיט מיניה דמר ש"ס ירושלמי ערוך בידינו בקדושין ריש פ' האומר דע"כ לא מקשינן הווייה ליציאה אלא בקדושי שטר דווקא אבל לא בקדושי כסף יע"ש:

והנה דחזינא להכי תנא המש"למ ז"ל בפ"ז דאישות היו"ד שכתב ע"ד הר"ן ז"ל בר"פ האומר שכתב בשם הירושלמי לחלק בין קדושי כסף לקדושי שטר דלא ראה לשום אחד מהמורים שחילקו חילוק זה בדוכתא דאמרינן היקשא דויצאה והיתה והניח הדבר בצריך אצלו תלמוד יע"ש. מ"מ אנן קא חזינן להר"ן ז"ל שם בר"פ האומר דק"י דהבי"ד הירושלמי הנז' בסתם בלתי חולק. י וכ"כ עוד הר"ן ז"ל גופיה בריש פ"ק דר"ן לעניין מחובר דע"כ לא מקשינן הוויה ליציאה אלא בקדושי שטר ע"ש וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף רכ"ו ובחידושיו לגיטין די"א ובחי' לקי' ד"ב יע"ש הביא ד"ק הרב שער המלך ז"ל בריש ה' גירושין ודס"ז ע"ד יע"ש. וכיון דהמקדש אשה בטבעת דומה ממש לקדושי כסף א"כ הרי בקדושי כסף לא מקשינן הווייה ליציאה כלל. רק בקדושי שטר דומיא דגט דוקא וכיון דהכי אמרינן בירושלמי בסתם ובתלמודא דבבלי לא אשכחן דפליג בהדיא ודאי דנקטינן כמ"ד בירושלמי בהדייא וכמ"ש כן כל בעלי הכללים ז"ל כידוע:

כללא דמלתא הנראה לע"ד דאם הכלה מלובשת בבתי ידים ביד ימינה דאין להסירם רם בעת נתינת הטבעת לידה מיד החתן המקדש אותה או מיד שלוחו כלל. ואפי' לכתחילה. ולית לן למיחש משום חציצה כלל:

אמנם הואיל ונפק מפומיה דמני"ר הגאון הרב כר"ש ז"ל דיש להקפיד לכתחילה להסירם וכן עשה מעשה ובכה"ג אמרינן כבר הורה זקן ויש לחוש לדבריו לכתחילה וכן עשיתי

מעשה אני הדל כדבריו ז"ל וצויתי לקרובי הכלה שיסירו לה הבתי ידים כדי לקבל מיד החתן טבעת הקדושין מידו לידה בלתי שום דבר חוצץ כלל וכן עשו ועשיתי כן כדי לחוש לדבריו ז"ל לכתחילה עם שע"פי הדין יש תשובה וכנז"ל וגם ראיתי אחרי רואי למהריב"ל ז"ל בח"ב סי' ג"ל שכתב משם הר"ן ז"ל דהאי דינא דירוש' אי מקשינן הויה ליציאה גם בקי' כסף נמי או לא הויא פלוגתא דרבואתא ז"ל והכי נקיט בפשיטות מרן שארנו הרב נשמת חיים ז"ל בדמ"ג סע"ב יע"ש וע"ע לו ז"ל שם דנ"א ע"ג יע"ש ואכמ"ל בזה ולפי ד"ק של הגאון הנ"ל ז"ל נראה ברוב דה"ה אם החתן לבוש בתי ידים גם שצריך להסירם קודם שיקדש כנז"ל הנלע"ד כתבתי וצור ישראל י"מ וימ"ן אכי"ר הלכ"ד זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

סימן ט'

תשובת מע' רב אחאי גאון דודי לי הרב המובהק רב משרשיא כמהר"ר שלמה רחמים אבואלעפיא הי"ו בן לאותו צדיק עט"ר אבינו מלכנו הרב הגאון ראש"ל כמהר"ר חנ"א זצוק"ל וז"ל:

אני שלמה מזה ימים בהיותו בשליחות מצוה ש"הד מעי"הק טבריא ת"ו נחני ה' ובאתי לעיר ביקורשט יע"א ושם נשאול נשאלתי מיח"ס הי"ו החרדים לדבר ה' להורות להם לפו"ד המנהג המחודש אשר נתחדש בימים האלה ובז"הז שהכלה מל מלבישים אותה בתי ידים בעת הקדושין והחתן מלביש לה הטבעת באצבעה ע"ג הבתי ידים ואיזה תלמידי חכמים ערערו בדבר והם אמרו כי הבת"י הוו חציצה לטבעת וע"ז שאלוני לחוות דעתי אם יש קפידא בדבר. ובו בפרק אני עניתי לפי מה שהיה רשום בזכרוני דליכא קפידא בדבר מההיא דאמרינן בגיטין בר"פ הזורק דע"ז זרק לה לתוך חיקה או לתוך קלתה וכו' ופסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות הכ"ב והטור והש"ע א"הע סי' למ"ד דבקדושין נמי דינא הכי וכ"ש וק"ו בבת"י:

והשתא הכא ב"ח כסליו העבר האיר וזרח אל עבר פנינו מ"ע הרב המופלא וכבוד ה' מלא ארי שבחבורה אספקלריא המאירה ר"מ ור"מ בעוב"י דמשק יע"א הרב המג"ן כמהר"ר: יצחק אבואלעפייא נר"ו ונשאול נשאל מעמדי לחוות דעתו בהאי דינא למען דעת מה יעשה ישראל ותכף להגעתו לחט"ול לעוב"י דמשק יע"א לא ארכו שם הימים שדר לן מר פסק דדינא ופסק לה בסכינא חריפא יעו"ש. לכך אמרתי אשנה פרק זה ולבא במגילת ספר כתוב כפי אשר תשיג ידי יד כהה ולהתעלס בדב"ק. וזה החלי בעזר צורי וגואלי:

הנה מלבד האמור למעלה בשאלה עוד מצאתי ראיתי ש"ס ערוך בקדושין דמ"ח ע"ב. מתניתין התקדשי לי בכוס של יין ונמצא דבש או של דבש ונמצא יין אינה מקודשת הרי דהיתה חציצה בכוס ואם לא משום דנמצא דבש וכו' היתה מקודשת דאין לך דבר חוצץ: ואם יאמר האומר דטעמא מאי דאם היה נמצא יין היתה מקודשת משום דבקבלתה הכוס נגעה ביין עצמו וליכא חציצה הא לא"ה אפי' דנמצא יין לא היתה מקודשת משום חציצה:

הא ליתא דהרואה יראה בטור וש"ע א"הע סי'. ל"ח כתבו וז"ל דמיירי שהיה הכוס מכוסה ולא הכירה בו עד אח"כ שאלו ראתה אותו וקבלתו סברה וקבלה ע"כ. א"כ הגם שהוא מכוסה ולא נגעה ולא פגעה ביין כלל עכ"ז היא מקודשת דלא חיישינן לחציצה. והגם כי הרמב"ם ז"ל לא פי' בדבריו שהיה מכוסה א"כ תידוק מינה דאית ליה חציצה משום דבמגולה ולה אמרינן נגעה בו. אי משום הא לא איריא דודאי דגם הרמב"ם ז"ל אזיל ומודה דדוקא מכוסה הדבר פשוט הוא דאי לא"ה ודאי דסברה וקבלה וכמ"ש מרן ז"ל בב"י סי' הנז' הדבר פשוט הוא. א"כ הנה גם הוא אזיל ומודה דלא חיישינן לחציצה וכמ"ש בהדייא דפסק להו דזרק לה לתוך קלתה דמקודשת. וכי תימא דלעולם אימא לך דחישינן לחציצה והא דאמרינן דאם נמצא יין היתה מקודשת ולא חישינן לחציצת הכוס שאני הכא דמיירי דקדשה בכוס ובמה שבתוכו משו"ה לא הוי חציצה בכוס הא נמי ליתא ממאי דגרסינן התם בברייתא ת"ר התקדשי לי בכוס זה תני חדא בו ובמה שבתוכו ותנייא אידך במה שבתוכו ולא בו ולא קשיא הא במייא הא בחמרא הא בציהרא. וכתב רש"י ז"ל בחמרא במה שבתוכו ולא בו דעבידי למשתייה ומהדרי הכוס למאריה וכן פי' ר"ח הבי"ד הרא"ש ז"ל. אבל הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' אישות הכ"ט ור"ת בד"ה הא במייא פירשו בסגנון אחר יע"ש.. מ"מ מדברי כולם למדנו דאפי' דמהדרא הכוס למאריה הוו קדושין הגם כי בשעת הקבלה היה הכוס חוצץ ומהברייתא נשמע למתניתין הגם כי הוא אמ"ל התקדשי לי בכוס זה אפי"ה אמרינן אם הוא בחמרא במה שבתוכו ולא בו דעבידי למשתיה וכו' א"כ ה"ה במתניתין מ"ש התקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא וכו' אינה מקו' הא אם נמצא יין וכו' היינו אומרים מקודשת במה שבתוכו ולא בו דעבידי למשתייה וכו'. וגם לפירוש הרמב"ם ז"ל ור"ת יודו דדנין דין אמת לאמתו אך בפי' הברייתות פליגי: והן עוד נביא מסיפא דמתניתין הנז' התקדשי לי בדינר זה של כסף ונמצא זהב וכו' אסיק עלה בש"ס הכא במאי עסקינן כגון דאמרה היא לשלוחא צא וקבל קדושי מפ' שאמ"ל התקדשי לי בדינר של כסף והלך ונתן לו דינר של זהב מ"ס קפידא ומ"ס מראה מקום היא לו ומאי נמצא דקא צייר בכלייתא ע"ב והכא יד שליח כידה דמי ואפי"ה אמרינן אי

נמצא שהוא של כסף הוייא מקודשת ואמאי הא הוייא חציצה שהדינר היה צרור בתוך הסמרטוט וכפירש"י ז"ל שם והוא חוצץ אלא ודאי דלא קפדינן אחציצה:
וכי תימא דעדיין יד הדוחה נטויה דשאני בבלייתא דהיא מדיליה ואמדינן דעתיה דניחא ליה לקדשה ומבטל הסמרטוט משא"כ בבתי ידים דלאו דיליה נינהו ואין בידו לבטלם נימא דהוייא חציצה:
וכפי"ז אזדא לה ראיית הרב הפוסק נר"ו שכתב וז"ל אלא דלכאורה היה נראה להביא ראיה דלא מהני הקידושין בבת"י ממאי דאמרינן בקדושין ד"ח ע"א אמ"ל התקדשי לי במנה זו ונמצא חסר דינר או דינר של נחשת אינה מקו' ופריך בש"ס האי דינר של נחשת היכי דמי אי דידעה ביה סברה וקבלה. ומשני לא צריכא דיהביה נהליה בלילייא א"ן דאשתכח ליה ביני זוזי. ופירש"י ז"ל דאשתכח ליה ביני זוזי ולא הכירה בו מתחילה שהיה מעורב ביניהם עכ"ל והשתא אי איתא דיכול לקדשה בבתי ידים שלה ולא חיישינן אחציצה א"כ אמאי לא משני נמי דיהבינהו נהלא בתוך הכיס כלם יחד וקבלתם מידו עם הכיס ושוב פתחה הכיס וראתה ביניהם דינר של נחשת. אלא ודאי מדלא משני הכי ומהדר לתרוצי באוקמתי אחריני ש"מ דבתוך הכיס ואמ"ל התקדשי לי במנה זו שבתוך הכיס לא מהני כיון דהכיס חוצץ בין ידו לידה. וממילא ש"מ דה"ה בבת"י דידה לא מהני כיון דחוצץ מידו לידה עכד"ק. וכפי האמור הא דלא תירץ בגמרא דנתן לה בכיס לעולם אימא לך דאפי' היה נותן לה בכיס לא הוי חציצה וכאמור. והא דלא תירץ בכיס דעדיפא מינא נקט דאפי' שהיו בידה ובלא ביטול משכחת לה דיהבא נהלה וכו':
ואפי' לפי דברי הרב הפוסק נר"ו שרצה לחלק בין לכתחילה לדיעבד אמאי לא תירץ הגמרא דמיירי שקדשה בדיעבד דהוייא מקו' ולא חיישינן לחציצה. ומוכרח אתה לומר ה"ה דהוה מצי לתרץ הכי אלא דעדיפא מינא נקט דאפי' לכתחי':
א"כ אף אנו נאמר כן דעדיפה מנא נקט וכאמור:
גם הראיה שהביא מההיא דדי"ב מההוא גברא דקדיש בציפתיא דאתא דלא חיישינן לחציצה אחר המחי"ר מכבוד רבנותו. דאיכא לפרושי לה כמ"ש הר"ן ז"ל דקדשה בה ובמה שבתוכה אלא שהם חשבו שלא היה שם כ"א הציפתא לבד ואמ"ל והא לית בה שוה פרוטה ואמ"ל אנא נמי תקדש בד' זוזי דאית בה אמרי ולכך לציפתא ליכא למיחש שהוא לא נתכוון לקדשה בציפתא לבד וכו' עכ"ל. ומדברי הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' אישות הכ"ה נמי נראה שכוונתו לקדשה בציפתא ובמה שבתוכה שכתב וז"ל נתן לה אגודה של הדס וכיוצא בה ואמ"ל הרי את מקודשת לי בזו וקבלא אותו אמ"ל והא אין בה שו"פ ואמר תקדש בד' זוזי המו המוחבאים בתוך האגודה אם אמרה הן הר"ז מקו' ואם

שתקה אינה מקו' במעות אלו שהשתיקה שלאחר מתן מעות אינה מועלת כלום ותהיה מקו' מספק מפני האגודה שמא שוה פרוטה במקום אחר עכ"ל. התם לדברי החולקים שהביאם ה"ה ז"ל שם ליכא לאוכחי מנייהו כלל דאיכא למימר התם דהדר מקדושי ציפתא וקדש בד' זוזי מ"מ ביטל האגודה דלא תהוי בה חציצה כי היכי דלהוו קידושין מעלייתא וכההיא דבלייתא:

המורם מכל האמור לפו"ד דגמרא דליכא למיחש לשום חציצה אפי' לכתחילה וכ"ש בבתי ידיים שהם דבוקים בידה וכאמור ומדובר:

פש גבן הא דהרב כרם שלמה ז"ל דכתב דיש להקפיד וכו' והוא ע"פי מ"ש רמ"א ז"ל בא"הע סי' קל"ט סי"ד אבל לכתחילה אין לגרש אפי' ליתן הגט תוך חצירה או לתוך ידה ממש עכ"ל. ולא סיים דברי רמ"א ז"ל שם שכתב ואפי' בדיעבד אין לגרש ולכן יש לטעות בדבריו במאי דכתב יש להקפיד דהיינו לכתחילה אבל בדיעבד אין לחוש:

ואולם הרואה יראה בדברי מור"ם ז"ל שכתב ואפי' בדיעבד אין להתירה וכו' ער שיבא הגט לידה ממש ועלה קאמר הרב כר"ש ז"ל דמקשינן הוויה ליציאה משמע לכל מילי ואפי' בדיעבד וא"כ מלת יש להקפיד בדיוק נאמרה ואפי' אדיעבד ומה שקשה לן על הרב כר"ש ז"ל הנז' הוא זה שכתב אדברי רמ"א ז"ל והטעם משום דכתיב ונתן בידה עיין בלבוש עכ"ד. דלא נמצא בלבוש דבר זה אחר דמור"ם עצמו כתב שם וכל זה מדינא וכו' אבל לכתחילא וכו' ואפי' בדיעבד וכו' והלבוש כתב דטעמא דמלתא דחיישינן דלפעמים שהם שאולים דכמ"ש הרב כר"ש ז"ל איהו גופיה הטעם הזה משם רבינו יחיאל ז"ל ולאו מדרשא דונתן בידה נפקא כ"א חומרא דחיישינן כנז' ואדרבה כל בתר איפכא דונתן בידה מינה מרבינן בפרק הזורק דע"ז ע"א גנה חצירה קרפיפה וכו':

גם מ"ש הרב כר"ש ז"ל וא"כ בקדושין נמי יש לומר דאתקש הוויה ליציאה לבבו לא כן יחשוב דשאני בגט איכא לן למיחש לטעם ר"י דאולי הבעלים מקפידים על כך לא כן בקדושין כל המשאיל בגדיו לאשה פנויה מסיק אדעתיה שתקבל בהם הקדושין וניחא ליה דלעביד מצוה כזו בממוניה והנה עינינו הרואות מעשים בכל יום ומאי דמקשינן הוויה ליציאה הוא בדבר דאתי מדרשא וכמו שמצינו בכמה דוכתי ועיין במרן ב"י א"ע סי' למ"ד שכתב וז"ל ומשמע דקדושין למתנה דמו וכו' וא"כ אפי' לחצירה שאינה משתמרת מקודשת ואפי' אינה עומדת בצדו וכו' עכ"ד משא"כ בגיטין כאשר יראה הרואה שם ולא אקשינן הוויה ליציאה משום דקדושין בדבר ההוא שוו למתנה משו"ה לא נקיש הוויה ליציאה. הכא נמי נדו"ד לא נקיש הוויה ליציאה דלחשש אולי הבעלים

מקפידים בקדושין הקיש מכזיב דלא אתקשו אהדדי ובגט גופיה ר"י ז"ל אמרה אולי הבעלים מקפידים וכו':

והא לך ראיה ג"כ דהיכא דאיכא לפלוגי בין הוויה ליציאה מפני איזה סברא מחלקינן מסוגייא דקדושין דמ"ג ור"י אמר מחלוקת לגירושין אבל לקדושין דברי הכל אביה ולא היא אתמר אר"י בר חנינא מאי טעמיה דר"י קדושין דמדעתה אביה ולא היא גירושין דבע"כ בין היא בין אביה. ה"א לא על לבי מדרשא וכו' ואמר חברותה כלא כר"י וצווח ריש לקיש ככרוכיא ויצאה והיתה וליכא דאשגח ביה ופירש"י ז"ל ויצאה והיתה כך היה צועק הא כתיב ויצאה והיתה הוויה כיציאה מה גירושין בין היא בין אביה אף קדושין בין היא בין אביה עכ"ל וכתבו התוס' ז"ל בד"ה צווח ר"ל ויצאה והיתה אע"ג דאפי' ר"ל לא מקיש הוויה ליציאה שהרי בקטנה היא מתגרשת אף ע"י עצמה לרבנן וכו' ואינה מתקדשת ע"י עצמה וכו' עכ"ל:

הא קמן דהיכא דאיכא לפלוגי בין הוויה ליציאה מפלגינן ואפי' לר"ל: עוד יש להביא ראיה עצמית הפך ממ"ש הרב כר"ש ז"ל דגם בקדושין יש לחוש דאולי הבעלים מקפידים על כך ממ"ש רמ"א ז"ל בא"הע סי' כ"ח סי"ט שאל כלי מאשה שיש לה בעל וקדש בו חוששין לקדושין אע"פי וכו' עכ"ל וכתב הרב חלקת מחוקק ז"ל ס"קט ל"ה וז"ל שאל כלי מאשה שיש לה בעל כלומר אע"פי שהודיעה שרוצה לקדש בו אשה מ"מ לא הוי רק ספק ק' וכו' ועכשיו נוהגים להקל קצת בזה כשאין להחתן טבעת שואלים מאשה אחרת העומדים שם בשעת החופה אף בלא רשות בעלה משום דמסתמא אין הבעל מקפיד ליתן מתנה ע"מ להחזיר עכ"ל:

הנה מבואר יוצא דבקדושין אין הבעלים מקפידים וכו'. והגם שכתב הרב ב"ש ז"ל שם ס"קט נו"ן וז"ל וח"מ כתב דבז"הז מקילין בזה ושואלים מאשה טבעת בלתי רשות בעלה ואיני יודע למה מקילין. ואין לומר משום דניחא ליה לאיניש דלעביד מצוה בממוניה זה אינו די"ל בכה"ג לא ניחא ליה כמ"ש בפרק אלו מציאות היכא דאיתא שום הפסד ממון כגון למוד וכו' עכ"ל אין מזה ראיה לסתור דזיל בתר טעמא משום פסידא דאמרינן לא ניחא ליה וכו' אבל בנדו"ד שהוא מקדש בטבעתו ואם יתן הטבעת על הבת"י השאולים אין מזה שום פסידא לבעל הבת"י דודאי הגמור שגם הרב ב"ש ז"ל יודה דניחא ליה וכו'. ובפרט להרב מגן אברהם ז"ל בא"ח סי"ד ס"ד שכתב וז"ל ואע"ג דבסי' תל"ז ס"ג אמרינן דניחא ליה לאיניש דלעביד מצוה בממוניה אפי' חסרון כיס שאני התם דדבר מועט הוא וכו' עכ"ל. הדבר מפו' יוצא דבדבר מועט אמרינן דניחא ליה ואפי' אם מקדש בדבר שיש בו פסידא בדבר מועט אמרינן דניחא ליה. כ"ש וק"ו הכא בנדו"ד שאינו מקדש בבת"י

עצמם כ"א מקדש בטבעתו ונותן אותה ע"ג הבתי ידים השאולים דליכא חסרון כיס ואפי' מועט וגם אינו מקדש בהם בודאי הגמור אמרינן דניחא ליה וכו':

מעתה לא צריך לדחויי דברי הרב כר"ש ז"ל כמ"ש הרב הפוסק נר"ו שכתב וז"ל תמה אני טובא על הרב כר"ש ז"ל דנראה ברור דח"ו אשתמיט מניה דמר ש"ס ירושלמי ערוך בידינו בקדושין ר"פ האומר דע"כ לא מקשינן הוויה ליציאה אלא בקדושי שטר דוקא אבל לא בקדושי כסף ע"כ ד"ק. דלפי דעתי המעט הוא דדחיה הזאת איכא למשדי בה נרגא דהרי תלמודא דידן הפך הירושלמי ממאי דתנן בגיטין דע"ח ע"א היתה עומדת בר"ה וזרקו לה קרוב לה מגורשת קרוב לו אינה מגורשת מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת וכן לעניין קדושין ובגמרא וכן לעניין קידושין אר"א אר"י לגיטין אמרו ולא לדבר אחר. איתיביה ר"א לר"א וכן לעניין קדושין שאני התם דכתיב ויצאה והיתה ופירש"י ז"ל ולא לדבר אחר כגון אם זרק לו חוב קרוב לו ואבד הגט הוא דבעל כרחה קנויה לה הלכך לאלתר הוי גיטא אבל בעלמא לא ע"כ:

הרי מבואר להדייא דאם לא ההקש של ויצאה והיתה היינו אומרים אם זרק לה הקי' קרוב לה ואבד לא הוו קדושין כמו החוב הגם כי נוכל לפרש דמ"ש וכן לענין קדושי שטר דאתקיש ליציאה. ה"א דהרי הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות הכ"א כתב וז"ל המקדש את האשה בכסף או בשטר אינו צריך שיתן הקדושין לתוך ידה אלא כיון שרצת לקבל הקידושין וכו' היו עומדים בר"ה או ברשות שאינה של שניהם וכו' עכ"ל וכתב ה"ה היו עומדים בר"ה ע"ס הפרק מבואר בהזורק בהקש הקדושין לגירושין עכ"ל וכן פסק מרן ז"ל בש"הט א"הע סי' למ"ד המקדש את האשה בכסף או בשטר א"צ שיתן הקדושין לתוך ידה אלא וכו' ע"כ. והגם דהטור ז"ל לא הזכיר בפי' קדושי כסף מ"מ הדבר מוכח מצד עצמו דאי לא"ה היל"ל דדוקא בקדושי שטר לא כן בקדושי כסף. גם מרן הב"י ז"ל הו"ל לכתוב שהטור חולק וס"ל דדוקא קדושי שטר אבל לא קידושי כסף ומדלא אמר הכי ש"מ הוא דבר פשוט אצלו דגם הטור הכי ס"ל דשטר וכסף הם דין אחד וקצר במובן:

עוד הדבר מוכח דתלמודא דידן הוא פליג על הירושלמי מההיא סוגייא דקדושין דמ"ג הנז"ל דאמר ר"י קידושין דמדעתה אביה ולא היא גירושין דבע"כ בין היא בין אביה. ופסק הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל פ"ג מה' אישות והטור והש"ע א"הע סי' ל"ז כר"י:

והנה אם איתא דבמקום דאיכא לחלק בין הקי' לגירושין מחלקינן דוקא בקדושי כסף אבל לא בקדושי שטר וכמ"ש הירושלמי. א"כ לפי"ז מ"ש ר"י אבל בקדושין דברי הכל אביה ולא היא משום דמדעתה ולא אקשינן הוויה ליציאה הוא דוקא בקי' כסף אבל בקדושי שטר מקשינן א"כ איך הטור והש"ע ז"ל שם פסקו כר"י ופירשו ז"ל בין בקדושי

כסף בין בקדושי שטר. וגם הרמב"ם ז"ל שם בתחילת הפרק פירש כל דיני הקדושין בכסף בשטר בביאה ואח"כ הביא דין הנערה דמשמע דאין חלוק בנערה בין קדושי כסף לקדושי שטר:

והן עוד יש לאל להביא כי תלמוד דידן חולק על הירושלמי וס"ל דכל ההויות הם דין אחד ולא נחלק ביניהם ממאי דאמרינן בכתובות דמ"ו ע"ב שטר וביאה מנלן אמ"ק והיתה לאיש אחר אתקוש הווייות אהדדי ע"כ ופירש"י ז"ל אתקוש הווייות אהדדי מה כסף ברשות אביה אף קדושי שטר וביאה ברשות אביה. הנה זה מבואר יוצא דכל ההווייות הם דין אחד: ומה שקשה על זה דמהכא משמע דאתקוש ההווייות אהדדי והא אמרינן בקדושין ד"ט ע"א בעי ר"ל שטר אירוסין שכתבו שלא לשמה מהו הווייות ליציאה מקשינן מה יציאה בעינן לשמה אף הויה בעינן לשמה או דילמא ההווייות להדדי מקשינן מה הויה דכסף לא בעינן לשמה אף הויה דשטר לא בעינן לשמה. בתר דבעיה הדר פשטה הויה ליציאה דאמ"ק ויצאה והיתה א"כ שמע מינא דלא מקשינן הווייות אהדדי: הנה הר"ן ז"ל בריש קדושין שציין עליו הרב הפוסק נר"ו כתב וז"ל שאפשר לדחות ראיה זה ולומר דאפי' מקשינן הויה דכסף ליציאה אינו בדין שיהיה הדינר טבוע לשמה שהרי אינה מתקדשת מפני טיבועו אלא מפני שיוויו עכ"ל אף אנן נמי נימא דאפי' דאתקשו הויות אהדדי אינו בדין שיהיה הכסף טבוע לשמה וכסף שאני בדבר הזה שהרי היא מתקדשת מפני שיוויו:

וראה זה חמותי ראיתי להרב פתחי תשובה הנד"מ על ש"ע א"הע סי' ז"ך שהבי"ד הרב הפוסק נר"ו מסקט"א והנה בסק"ג נגה לן בתשובת ח"ס סי' פ"ב שמצדד בנדו"ד לבטל הקי' מטעם שכבר היה הטבעת בידה וכו'. וז"ל הרב ח"ס ז"ל בתשו' הנז' וראיתי בב"ש רס"י למ"ד ומשנה למלך פ"ג דאישות סוף ה"א מייתי דהש"ך ורשד"ם מסופקים בזה וספרן של צדיקם אלו אינם תחת ידי כעת וספק דהני גברי רבוותא לא גריסנא ואנא מתניתא ידענא מהרי"ל בתשו' סי' ע"ח באשה שחטפה מעות מאיש ואמ"ל התקדשי לי בה הוה פשוט בעיניו דאינה מקו' משום דהו"ל טלי קדושיך מע"ג קרקע וכתב דמקרא ומסברא ומגמרא דאינה מקו' וכו' וממילא לא שבקינן פשיטות מהרי"ל ז"ל מפני ספיקא דגאונים אחרונים אלו שלא ראו דברי מהרי"ל ואלו ראוהו הדרי בהו וכו' וא"כ דבגט ובשחרור פסול טלי אי ס"ד בקדושין כשר הו"ל למחשביה בדרכים דשוו גיטי נשים לשחרורי עבדים כיון דליתא בקדושין ע"י גיטין ד"י ע"א. אלא ע"כ גם בקדושי שטר עכ"פ פסול טלי מע"ג קרקע וכיון דפסול בשטר ממילא פסול נמי בכסף דאתקוש הווייות

להדדי כמבואר בפשיטות בכתובות דע"ד ע"א זה נ"ל כוונת מהרי"ל הנ"ל וכו' יע"ש שהביא ג"כ דברי הר"ן הנ"ל:

והנה מ"ש הרב כמבואר בפשיטות בכתובות הוא דגרסינן התם מכדי כל תנאה מהיכן גמרינן ליה מתנאי בני גוב"ר תנאה דאפשר לקיימו ע"י שליח כי התם הוי תנאה תנאה דלא אפשר ליה לקיימו ע"י שליח כי התם לא הוי תנאה והא ביאה דלא אפשר לקיימה ע"י שליח כי התם והא הוי תנאה שאני התם משום דאתקוש הווייות להדדי ופירש"י ז"ל והא ביאה הבועל לשם קדושין. והא הוי תנאה כדאמרן לעיל הריני בועליך ע"מ וכו'. דאתקוש הווייות והיתה לאיש אחר כל הווייות קדושין במשמע כסף ושטר וביאה כי היכי דמהני תנאה בקידושי כסף ושטר דאפשר לקיימם ע"י שליח מהני נמי בביאה עכ"ל:

הא לך ראיה ברורה מהסוגייא הנז' כי התלמוד דידן חולק על הירושלמי וס"ל דאין חילוק בין הויה להויה דהנה בביאה אי אפשר לקיימה ע"י שליח ומדינא דלא מהני בה תנאה אפי"ה משום הקש הווייות להדדי מהני בה תנאה:

הכלל העולה בהא סליקנא בהא נחיתנא להלכה ולמעשה כמ"ש הרב המו"ץ נר"ו רב יצחק גאון דגם לכתחילה אין צריך להסיר הבת"י בעת הקדושין וכאמור: ואי ניחוש משום פסק הרב כרם שלמה ז"ל כבר דחה הרב הפוסק נר"ו מדלא אשטמיט שום פוסק מקמאי ומבתראי להודיענו דין זה באיסור ערוה החמורה דבעינן לכתחלה שלא יהיה שום דבר חוצץ:

ואני מוסיף נופך משלי לדחות דברי הרב כר"ש ז"ל דאפי' מור"ם בעצמו דאיהו מארי דשמעתתא לא אמרה אלא בגירושין וכדכתיבנא לחלק דלא דמו אהדדי דאי לא"ה הו"ל לפרש גם בקדושין דהוי ערוה החמורה א"כ אין ספק דליכא למיחש להא דכרם שלמה ז"ל אפי' לחששא בעלמא דאם באנו לחוש לכל סברא שבעולם אין לדבר סוף והרוצא לחוש לעצמו יחוש לא להורות נתן וכל החושש אינו אלא מן המתמיהין לחוש לדבר שאין לו לא שורש ולא ענף:

וכל קובל דנא אנא אמינא כיון דהבתי ידים בזמן הזה הם עדיי כלה אין לומר לה הורידי עדייך מעלייך אלא כלה תעדה כליה ובתי ידיה: הנראה לע"ד כתבתי וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות והיה את רצוני להשתעשע באור יקרות אמרות טהורות כסף צרוף במ"ש בדב"ק טוב פלפלא חריפתא הכא תדגימו נהוריתא ולשאוב מים עמוקים מלב איש על העדה דלביש מדה לתורה ולתעודה. ברם מה אעשה כי הזמן אלצני יען כי האלי"ת נעתר לארץ ויענה אותנו בגשמי רצון בו"ן וקשה עלי הדבר לשים

לדרך פעמי ברפש וטיט ללכת לבית מדרשו של שם מו"ה הגדול מעז ומגדול כהנא רבא מר שמואל זצק"ל כי שם נמצאו כל ספרי דבי רב ראשונים ואחרונים לכן אמרתי אסתפק במועט הזה וימים ידברו ורב שנים יודיעו חכמה ועת וזמן לכל חפץ והי"ז שלום. בסדר ולכל בני ישראל היה אור במושבותם שנת:

התרמ"ה וערבה שנתו ותהי:

המשר"ה:

ע"ל שכמו לפ"ג:

הכ"ד נא"ה דבק מאח זעירא דמן חברייא והוא:

הצעיר שלמה רחמים אבואלעפיא ס"ט:

הן כל יקר דאתה עיני כל מ"ש הרב דודי לי שלמה בחכמתו ישצ"ו מראש וע"ס בתשובתו הרמתה הנז' וכשאני לעצמי חפץ הייתי מאד להשתעשע בדב"ק ולהתעלס באהבים ואולם מה אעשה כי טירדות הציבור והיחיד לא יתנוני השב רוחי ולא ירפוני עד בלעי רוקי כידוע לכל יושבי ובאי שער עירי אמנם האמת אגיד ולא אכחד לי הנה מקום איתי להשיב כענין ולדחות כל ראיותיו שהביא מהסוגיות ומדברי הגאון מור"ם ז"ל נגד הגאון הכר"ש ז"ל ונגד דברי אני עני ולאפס הפנאי כנז"ל סמכתי על המעיין היטב בענין זה ואת אשר יבחר בו יקריב אליו ועכ"פ במקומי אני עומד לחוש לדברי הגאון הנז' לכתחילה וכן נהגתי לעשות כן בכל חתנים וכלות הלובשים בתי ידים לצוות להם להסירם לכתחי' מיד ימינם וכדכתיבנא בעניותין בריש אמי"ר ותו לא מידי גם אלה פי המדבר שיח יצחק המחבר ס"ט:

סימן ז

שאלה בחור אחר ושמו ראובן מתושבי אר"ץ יע"א נשא אשה בעירו הנז' ולא עברו ימים מועטים עד שבגד בה וישנאה ושילחה מביתו ושבה אל בית אביה כנעוריה והוא נסע לדרכו לדלג על הערים לקדש ולישא אא"ע ותכף רבני אר"ץ יע"א הריצו כתביהם לכל עיר ועיר לדייניהם וגדוליהם שלא יניחוהו לקדש לו אא"ע עד שיגמור עם אשתו הא' ובהגיע ראובן הנ"ל לפה עירנו דמשק יע"א תכף התרו בו בד"ץ ופקידי העיר יצ"ו שאין לו רשות לקדש לו שום בת ישראל כי אם עד שיביא להם כתב מרבני עירו צובה יע"א שכבר גמר עם אשתו הא' ואם יעבור על התראתם יכריזוהו ויחרימוהו כיון שעובר על התראתם ועל הסכמת עירנו שלא לקדש בצינעא בב' עדים וכו' והודיעוהו בפי' מתוקף ההסכמה שיש פה עירנו יע"א והוא סבר וקביל וענה להם שלא יעשה כזאת חו' כלל ושוב אחר יום או יומים הלך ופיתה לבתולה אחת מיוחסת ולאביה ולאמה באומרו

אליהם שהוא רוצה כעת להשתדך שידוכין בעלמא עם בתם הנז' ועל השידוכין לא גזרו כלל ואולם לא יקדשנה כי אם עד שיגמור עם אשתו הא' כאשר גזרו אומר רבני ופקידי העיר יצ"ו והם נתפתו לעצתו ועשו שידוכין בצינעא בב' עדים ושוב אחר ימים מספר פיתה בדבריו למשודבתו הנז' והוליכה לגינה אחת הסמוכה לעיר וחוצה לה והוליך עמו ב' עדים ריקים ופוחזים וקידשה בפניהם וחזרו לביתם והעלימו דבר הקי' והניחוהו בסוד נכמס מפחדם פן ישמע הדבר לרבני ופקידי העיר יצ"ו ויחרימוהו וינדוהו כאשר הודיעוהו בעת התראתם ושוב אחר ימים מספר בגד גם בזאת ויברח וימלט והניחה עגונה ואזי הוכרחה הבת הנז' לגלות לבדה"ק את מעשה הקי' ואת עידי הקי' ושלחו הב"ד אחר העדים וקבלו עדותם לפני הנערה את כל אשר נעשה בפניהם ועשו שטר קבלת עדות וז"ן:

במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ב"ד דח"ל כד אתו קדמנא ה"ר יוסף נסים סלאמיה י"צ ומאיר יוסף עבצאל"לה י"צ ואחר האיום והגיזום כדחזי ונשבעו ש"ח בתפילין ובגיזרת התו' הק' ובח"ח כדחזי שיעידו שיעידו ע"ן וע"י מה שנעשה לפניהם. עמד יוסף הנז' והעיד שבחדש סליחות בשעה שביעית מהיום יום ג' או יום ד' בשבוע קודם ר"ה שעבר ושאלנו אותו אנן ב"ד מהו החדש השיב שאינו יודע שאלנו אותו מה שמה של השנה ואמר שאינו יודע וגם שאלנו אותו על שנת השמיטה והשיב שאינו יודע ואמר הייתי יושב בבית הריחיים של דאר אל דרב ונכנסתי לגינה של המערבי לקחת אש לשתות עשן ראה אותי שם יאודי אחד פב"פ אמר לי סלאמיה מה אתה עושה פה אמרתי לו נכנסתי ליקח אש אמר לי בא והתעלס עמנו ה' דקים וישבתי עמהם שיעור ב' שעות וניגנתי ואנחנו יושבים אמר לי פב"פ הנז' צריך שתעיד זאת העדות אמרתי לו מה זאת העדות ראיתי הוציא אברהם אל חלבי המשודך עם לאה בת פ' לירא מגי"דייה ורביע מיגי"די והראה אותם לי ואח"כ נתנם ביד לאה הנז' ואמר לה הרי את מקודשת לי בכסף וזהב כדמ"וי ולקחה אותם והלכה. שאלנו אותו אנן ב"ד אימתי אמר לה אלו הדברים והשיב שקודם שנתנם בידה תפס אותם בידו ואמר לה הרי את וכו' ואח"ך נתנם ביד לאה ולקחה אותם והלכה ואחר כ"ז ישבנו לאכול ולשתות ועל העדות הזאת נתייחדנו לה אני ומאיר יוסף עבצ"אללה י"צ:

עמד מאיר ן' יוסף עבצ"אללה י"צ והעיד בז"הל יום ב' בכ"ה בחדש אלול שנת צ"ה לחש' הישמעאלים. שאלנו אותו אנן ב"ד על חשבון שנות בריאת עולם שמונים אנחנו ואמר שאינו יודע. גם על שנת השמטה אמר שאינו יודע. ואמר ביום ב' הנז' הוליכוני אברהם אשכנזי חלבי אל ונסים ההריאל חלבי עמהם לגינת אל מערבי כדי לטייל ולקחנו עמנו

ללאה בת פ' וישבנו לאכול ולשתות עד שעה ששית מן היום הנז' כדי שיבואו העדים פ"ופ שהם ת"ח בשביל עדות קי' אברהם אשכנזי הנ"ל ללאה הנז' והשכר אשר שתינו הוא מאצל הערל בעל הגינה ובשעה ששית לשביעית ואנחנו יושבים בא יוסף נסים סלאמיה ליקח אש לעשן יען הוא יושב וטוחן בריחיים של דאר אל דרב ואמר לנו פב"פ כנראה שהחכמים אינם באים ואמר לי שצריך שתעיד אתה מאיר ואמרתי לו אני לא נכנסתי להעדות והיתה תשובתו למעננו צריך שתעיד דבר מצוה. ואנן ב"ד שאלנו להעד אינך יודע שיש חרם כיצד תעיד והשיב לנו אני יודע החרם בתוך העיר לא חוץ לעיר. והוציא אברהם אשכנזי אל חלבי הנז' לירא מגידייה ורביע מיגי"די ואמר לנו תראו אתה מאיר ואתה יוסף ואתה נסים הררי מה בידי ואמרנו לו לירא מגי"דייה ורביע מיג"ידי ונתקרב ובא אצל לאה הנז' ואמר הרי את מקו' לי בכסף וזהב בטבעת זו ואנחנו העדים החזרנו אותו ואמרנו לו אמור במטבע זה וכך אמר והוא אומר לה אלו הדברים נתנם בידה וידו על המעות שבידה והלכה ד' אמות וחזרה וישבה עמנו נאכל ונשתה ואמרנו להם בס"ט כל דברי העדים הנז' נתקבלו לפני הבת לאה הנז' ושאלנו לה והודית ע"כ המ"ל כל הדברים האלה העידו העדים הנז' לפנינו אות באות ת"בת היום י"ז חשון שנת תרט"ל ליצירה ושרי"ב וקים:

הצ' שלמה סוכרי הצ' עזרא הכהן טראב ס"ט ס"ט:

הצעיר בכור יאודה מהאדיב ס"ט:

עד כאן באה נוסח הקבלת עדות רק הועתקה פה מלשון ערבי לל"הק ממש בלי שום תוס' ומגרעת כלל עוד נתקבלה עדות עד אחד אשר העיד לפני ג' ב"ד על העד של הקי' הב' הנ"ל וז"ן:

במותב תלתא כחדא הוינא אנן ב"ד דח"ל כד אתא קדמנא מע הש"דר מעי"הק צפת"ו ה"ה רב הכולל כמהר"ר חיים שבאבו יצ"ו והעיד לפנינו בתורת עדות ג"וש ע"ן וע"י שבליל ששי ג' ימים בח' כסליו שנת התר"טל ליצירה בא אצלו לבית אכסניא שלו הוא כו"ו חיים משה לניאדו יצ"ו ה"ר מאיר יוסף עבצ"אללה י"צ וביקש ממנו לעשות לו תיקון על עוונותיו שעשה בהיותו בנא אמון יע"א ומע' הש"דר הנז' יצ"ו שאל אותו לפרט לו העוונות שעשה שם כדי לתת לו תיקון השייך לו לכל עון ועון והודה לפניו שבא על אשתו נידה כמה פעמים וגם בא על הזונה ארמית ושתה סתם יינם והרב הנז' גזר עליו שיקבל עליו את הדין שישב על הקרקע כדין מנודה וכן עשה והתיר לו את נידויו וגם גזר עליו שיקבל ע"ע כמה תעניות לכפרת עוונותיו ושיחזור בתשו' שלמה ושלא ישוב

עוד לכסלה כ"ז העיד בפנינו הרב הש"דר הנז' יצ"ו וקבלנו עדותו כהוגן וכתחז"ל והיה זה בי"ז יום לח' טבת ש' התרט"ל ליצירה והש"וב וקיים:
הצעיר שמואל מיוחס הצעיר משה פרץ ס"ט ס"ט:
הצעיר יוסף ענתיבי ס"ט:
ובכן יורנו מ"ן מה משפט הקי' הללו ע"פי העדיות הנ"ל ואם צריכה הימנו גט או לא על הכל יבא דברו הטוב ישא"ק ויבא שכמ"ה:
תשובה הלא לאמונה דלא צילא דעתאי אגב טירדאי טרדין עלי אדמה ועול הציבור והיחיד לא יתנוני השב רוחי לבא בדרך ארוכה ולשאת ולתת בדבר הלכה כדמ"ל ובאמת אמרי שמעתתא בעיא צילותא ובפרט לאסוקי שמ' אליבא דהלכתא ולא בי היא כעת ולא היה מן הראוי לי להשיב שואלי דבר ומה גם כי מיראי הוראה אני אפי' בדבר פשוט כ"ש בטיב ג"וק ובאיסור ערוה החמורה ברם לרוב הפצרת השואל לא יכולתי המלט אמרתי ויהי מה לבא אחרי הקוצרים לאסוף ולקבץ ראשי אמרים מפ"ס ומפ"ס ויהי הקצר אמיץ ואיני אלא מראה מקום לכל ההערות והריעותות והספקות שנפלו בהאי סהדותא דהני סהדי ולא נצרכא אלא להקל הטורח מעל רבני ההוראה יצ"ו ויהיו דברי אלה לא להלכה ולא למעשה ואם אזכה ויעלו דברי אלה לרצון לפני מעו מו"ור עטרות ויעזר רבני וגאוני תקיפי ארעא קדישא ירוש' ת"ו יצ"ו ב"ד הגדול שבירוש' ת"ו ועל צבאם מע' מרן מלכא עט"ר וגאון עוזינו הגאון המפורסם הרש"ל גדול הנאמר באברהם נ"רו אזי ישמח לבי גם אני ואהיה סניף קטן למעלתם גם להל' ולמע' ואם לאו דברי לעו והיה כלא היו ואת"מ ואדעתא דהכי נחיתנא וזה החלי וה"א יעזור לי:
ואומר עם קנ"י רואה אני הנלע"ד ברור דקידושין הללו דנ"ד לית בהו מששא כלל לפו"ד ולא חלו בהם ידים להצריכה הימנו גט יען וביען דחזינא בקבלת עדות הנז' בשאלה כמה וכמה ריעותי וספיקי וס"ס טובא אשר בהצמדם יחד כולם ואפי' תלתא וארבעה ספיקי מנייהו די והותר להתיר בלא גט כ"ש בהצטרפות כולם כאחד דיהיה שו"הד נותנת להקל ולפטור ולהתיר את הנערה הזאת דנ"ד בלתי גט כלל אפי' שלא היה מקום עיגון בדבר כ"ש השתא הכא דחיישינן לעיגונא דידענא ביה בהאי גברא המקדש דהוא איש קשה ורע מעללים מאד כידוע ג"כ לכל יושבי עירנו ואר"ץ יע"א:
והנה טרם כל אובין ואדון בהאי קבלת עדות דנ"ד דאין לחוש עלה לפוסלה ממה שנתקבלה שלא בפני בע"ד הוא המקדש הנ"ל דכבר אנכי עפר עמדתי בעניותי בפרט זה על נכון בזה בספרי הקטן פני יצחק סי' יו"ד והארכתי שם בזה ואספתי באומרים שם שם כמה וכמה טעמי תריצי הנאמרים באמת בס' ש"ץ הפוס' ז"ל כמו שיראה המעין שם

מדמ"ה ע"ב בד"ה והשתא הכא ניהדר אנפין וכו' עד דמ"ט ע"ג והנני מעתיק פה מ"ש בעניותי שם בדמ"ט ע"ג כי ממנו נקח לדון להבין ולהורות גם בנ"ד וזה לשוני שם:

הנה נא ערכתי משפטי ההוראה עמודי התווך אשר כל בית ישראל נכון עליהם להקל בנ"ד בהצטרף צדדי ההתר חדא ותרי מיגו תלת ואת רבע חמשת כ"ש וק"ו בהצטרפות כולם ובהצמדם יחד וכו' כאשר נבארם תמידים כסדרן והנה נאמר ס"ס ספק אי הל' כמ"ד דעדות שנתקבלה שלא בבע"ד אפי' בדיעבד ל"מ ושמא הלכה כמ"ד דבדיעבד מהניא ודנין על פיה ותו אינם יכולים לחזור ולהגיד ואפי' את"ל דהל' כשיטת הסו' דגם בדיעבד ל"מ שמא הל' כמ"ד דאין חוזרים ומגידים ואין דנין ע"פי אותה עדות כלל ובטלה ונפסלה עדותם לגמרי מכל וכל וכו' ואפי' את"ל דהלכה ככת הסוברים דחו"מ שמא הל' כס' רוב ככל הפוס' ז"ל דס"ל דבעדות קי' ובכל מידי דאיסורא לא בעינן שיקבלו עדותם בבע"ד ובין להחמיר בין להקל צופים אמרוה וכמש"ל ונמצא לסברתם הך קבלת עדות דנ"ד ה"ה שהיא עשויה כדת וכהל' באופן המועיל לפו"ד ותו אינם יכולים לחזור ולהגיד כלום ואפי' את"ל דהל' כהפוס' החולקים ע"ז וס"ל דאין הפרש מאיסורא לממון ובכולהו בעי' בבע"ד שמא הל' כרבים הסוברים דכשאין הבע"ד בעיר הגם שאין העדים מבקשים ללכת למד"ה מקבלים שלא בפניו ולא בעי' שלחו לו וכו' כלל ובכן גם בנ"ד כיון שלא היה הבע"ד בעיר בשעת קבלת עדות העדים הדין נותן לדעתם ז"ל דקבלת עדות הלזו שהיא לפו"ד ואפי' את"ל הלכה ככת הסוברים דגם שאין הבע"ד בעיר אין מק' של"ב אא"כ היו העדים רדופים למד"ה א"נ עד דשלחו ליה ולא אתא הנה נאמר דשמא בנ"ד כ"ע מודו דמקבלים של"ב היכא דהוי לפטור את עצמו וכמש"ל א"נ היכא דזכות הוא לבע"ד וזכין לאדם של"ב וכמש"ל ובכל כה"ג הנ"ד הדבר ברור דכ"ע אזלי ומודו דמקבלים העדות שלא בפניו וקבלת עדות זו עלתה לרצון לפי"ד דכולהו איתנהו בה וה"ה שר"וק ועליהם נאמר כיון שהגיד שום אינו חוזר ומגיד וע"פי כל האמור ומדובר הנה נתבארו צדדי הס' והס"ס אשר חלו להיות בנ"ד וכו' עכ"ל שם:

והנה הבאתי פה הכתוב אצלי שם הצ"לע פה כל הני טעמי הנ"ל דשייכי שפיר גם בנדון זה דכולהו איתנהו נמי גם בנדון זה ונוסף עליהם פה בנ"ד שקודם שהגידו עדותם הני סהדי לפני בד"הץ מקבלי עדותם נשבעו נ"ב ש"ח בנק"ח בתפילין שיגידו האמת מה שנעשה לפניהם ובחרם חמור ככל הנז' כקבלת עדות דנ"ד הנז' בשאלה וא"כ אחר שנשבעו וקבלו עליהם ח"ח והעידו כזאת הגם שהיתה עדותם שלא בבע"ד המקדש הנז"ל שוב אינם יכולים לחזור ולהגיד בפני הבע"ד בסגנון אחר כלל וגם בלא"ה אינם יכולים לשנות עדותם ולהוסיף או לגרוע ממ"ש בתחי' וע"י השבועה והחרם חשיבי שפיר כאלו

העידו בתחי' לפני הבע"ד ממש כידוע בפוס' ז"ל וכמ"שיר המעיין ואכמ"ל. והחכם עיניו יחזו בתשובתי דסי' יו"ד הנ"ל בדס"ד ע"ג וע"ד הסכמת רבני וגאוני עי"ק טבריא ת"ו ומר ברישא מני"ר הרב מהרח"ש הכהן ז"ל על כל הפס"ד הנ"ל בשריותא דההיא בתולתא בלא גט כלל ע"פי אותה הקבלת עדות הנז' שהיתה שלא בפני בע"ד וכן נעשה הלכה למעשה שהותרה אותה הנערה לגמרי והלכה והיתה לאיש אחר ע"י הרבנים ז"ל הנז' עצמם כידוע:

ובכן מאחר שגם קבלת עדות הלזו דנ"ד איתנהו בה כל הס"ס הנז' א"כ הנה היא שר"וק לפי"ד ע"פ כל הטעמים הנז"ל הגם שנתקבלה שלא בבע"ד מכל הנהו טעמי תריצי הנז"ל ויותר מהמה כמ"ש בעניותי שם בדמ"ז ע"ד יע"ש א"כ עתה אקום אבא אעיר כל הריעותות והספקות דאתרעו בהדי סהדותא דנ"ד אשר מחמת רובם מתוך כולם סמי בידן להקל על הנערה הזאת דנ"ד ולהתירה ממאסרה ומכבלי עיגונה ובפרט לשבר מלתעות עול ראוי לנו להקל עליה לפוטרה בלא גט כלל וכאשר לימדונו להועיל הראשו' והאח' ז"ל דבכגו"ד למצוה רבה תחשב להם ולנו משום תיקון העולם ושלא יחרוך רמיה צידו כידוע וכבר הארכתי בעניותי קצת בזה בס"הק סיו"ד הנז' ובשאר תשו' שם כמ"שיר המעיין ואלו הם הריעותות אחד באחד יגשו וכמו שיתבארו לפנים בס"ד:

זה יצא ראשונה ששני העדים הללו לא ידעו לכוין ולומר באיזה שנה וכמה היא לשנות השמיטה והני תרי הוו מז' חקירות הצריכים לחקור את העדים בהם בדין כדתנן בפ' היו בודקים כידוע. והעד הראשון לא ידע ג"כ לכוין באיזה יום היה המעשה הרע הזה אם היה ביום ג' או ביום ד' מהשבוע נמצא שגם באיזה יום לא ידע לכוין אמריו בדקדוק גם באיזה יום בחדש ובאיזה חדש לא ידע העד הא' לכוונו והגם דמתחי' אמר בחדש סליחות וכו' עכ"ז אינו מספיק כ"כ לענ"ד וכששאלוהו ב"ד על שם החדש עצמו מה שמו השיב שאינו יודע כלל. וגם עם דבתחי' אמר ג"כ קודם ר"ה שעבר ג"ז אינו מספיק כלל דקי"ל בדין דאפי' אמר העד אמש הרגו או היום הרגו עכ"ז צריך שיכוין היום מהשבת ומהחדש והחדש עצמו והשעה והשנה והשבוע כידוע וגם העד הב' הגם דידע וכיוון היום והשעה והחדש מ"מ השנה והשבוע השיב ואמר שאינו יודע כלל ועם שנאמר דכיון דידע לכוין השנה עפ"י תש' הישמעאלים ידע מיקרי הגם דלא ידע לכוין השנה עפ"י חשבוננו לב"ע מ"מ באיזה שבוע לא ידע כלל ובפה מלא ההוא אמר שאינו יודע כלל נמצא ששני העדים יחד אמרו איני יודע בחקירות גופייהו וכמבואר:

ובכן לדעת כת הפוס' ז"ל דמצרכי דר"וח גם בעידי גיטין וקי' כדין ממש אפי' שאין האשה מכחישתם כלל כאשר הבאתי ד"ק בס"הק הנז' סיו"ד הנ"ל יעש"ב הא ודאי הדבר פשוט

דלדעתם ז"ל כל שאמרו אפי' באחת מז' חקי' איני יודע עדותם בטלה לגמרי וכדקי"ל הכי בדין ממש כידוע וא"כ ודאי דדינא הכי הוי בנ"ד דבטלה עדותם לגמרי כיון ששניהם אמרו איני יודע בחקי' עצמם וכמש"ל:

ולא עוד אלא דגם לרוב הראשו' ז"ל דפליגי ע"ז וסברי מרנן דעדות ג"וק דמו טפי לדיני ממונות ואפי' בארוסה דלית לה כתובה נמי לד"מ מדמינן לה ולא בעי' בהו ד"וח כלל וכבר ראיתי והבאתי ד"ק ז"ל בארוכה בתשו' יו"ד הנ"ל יעש"ב הנה מ"מ זאת מצינו להרב ש"ך ז"ל בח"מ סי' ל' ק"ה ובסי' נ"ד סקט"ז דס"ל למר להדיא דגם בדיני קנסות וממונות ובדין מרומה דממונות כי היכי דקי"ל התם דאם אירע שנחקרו העדים בד"מ והכחישו זא"ז בחקי' דעדותם בטילה ה"ה נמי אם אמר אחד מן העדים אינו יודע בא' מהחקי' דעדותם בטילה לדעת רוב הפוס' ז"ל זולת הריב"ש וכו' יעש"ב וא"כ כ"ש בעדות נשים דג"וק דהכי הלכתא לדעת הש"ך ז"ל דאם אמר אפי' אחד מהעדים איני יודע אפי' באחת מהחקי' דעדותם בטילה וכ"ש בדאמר אחד מהעדים באחת ושתים ושלש מהחקי' איני יודע וכ"ש בדאמרי תרוויהו אפי' באחת מהחקי' איני יודע דבטלה עדותם לגמרי לדעת רוב ככל הפוס' ז"ל כסברת הרב הש"ך ז"ל וכנז"ל:

ועם דחזינא להגאון הרב או"רות ז"ל בסי' הנז"ל ולהרב בית יאודה עייאש ז"ל בח"מ סי' ו' דפליגי ע"ד הרב ש"ך ז"ל בדינו הנז"ל יעש"ב מ"מ אפ"ל דלא פליגי עליה אלא בדיני ממונות אם אירע שחקרו ב"ד את העדים ובקנסות ובדי"מ דד"מ דבעי' בהו מדינא ד"וח בהו הוא דפליגי על הש"ך ז"ל וס"ל דלא מבטלינן לסהדותיהו לגמרי משום שאמר איני יודע בחקי' ברם בעדות נשים גיטין וקי' אזלי ומודו להש"ך ז"ל דאפי' אמר אחד מהם איני יודע אפי' באחת מן החקי' עדותם בטילה כ"ש אם אמר אחד מהם בשתים ושלש מן החקי' איני יודע וכ"ש אי אמרי תרוויהו באחת מן החקי' איני יודע דבטלה עדותם לגמרי וכדחזינן להרב"א ז"ל בתשו' סי' ה' ולמהרשד"ם א"הע סי' ל"ד הו"ד בכנ"הג ח"מ סי' ל' שכ"כ בדעת הי"א שהביאה הרב בע"הת ז"ל בשכ"ט ח"ד סי' א' והם דברי הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' מ"ג דס"ל דאפי' הכחישו ממש זא"ז בחקי' עדותם קיימת וכתבו ע"ז גדולי הפוס' ז"ל הנז' דלא כ"כ כי אם בד"מ ברם בעדות נשים דג"וק מיהו דאם הכחישו זא"ז בחקי' דבטלה עדותם לגמרי יע"ש והבאתי ד"ק אני עני בס"הק פני יצחק ח"א סיו"ד הנז"ל יעש"ב הרי דהגם דהרמב"ן ז"ל הוא ראשון בק' לכת הסוברים דלא בעינן ד"וח בעדות נשים אפי' בג"וק כלל דדמי לד"מ ובד"מ ס"ל ז"ל להדיא דאם הכחישו זא"ז בחקי' עדותם קיימת הנה עכ"ז כתבו ז"ל בדעתם ז"ל דמ"מ בעדות ג"וק אם הכחישו זא"ז בחקי מודו דעדותם בטילה כנז"ל א"כ אף אנו נאמר כן דעת הגאונים האור"ות והרב"י עייאש

ז"ל הנז"ל דלא פליגי ע"ד הש"ך באומר איני יודע רק בקנסות ובד"מ אבל בעדות נשים ג"וק מודו להש"ך ז"ל דאם אמר העד איני יודע אפי' באחת מהחקי' עדותם בטילה וכנז"ל אמנם לומר כן ג"כ בדעת הי"א והרמב"ן ז"ל ה"נ דמצו סברי דגם באומר איני יודע בא' חקי' דעדות ג"וק דבטלה עדותם הא והאי דלא מצ"ל ה"נ בדעתם ז"ל כיון דבעיקר הדין אי בעי' ד"וח בעדות נשים אפי' דג"וק ס"ל להרמב"ן ז"ל דלא בעי' בהו שום ד"וח כלל דדמי טפי לד"מ ואשכחן להרמב"ן והי"א ז"ל בדיני ממונות דס"ל להדיא דאפי' הכחישו זא"ז בחקי' עדותם קיימת א"כ דיינו לומר בדעתם ז"ל דאם הכחישו זא"ז בחקי' דעדות ג"וק מודו דבטלה עדותם דסלקינן חד דרגא לחוד ברם למיסק תרי דרגי ולומר בדעתם ז"ל דגם באומר איני יודע בעדות ג"וק דבטלה עדותם ג"כ לא מצינא למימר הכי דבהא אפשר דס"ל כהריב"ש ודעמיה דאם אמר איני יודע דעדותם קיימת וכנז"ל אבל בדעת הגאוני בתראי ה"ר האור"ות והרב"י עייאש ז"ל הנז"ל שפיר מצינן לחלק בדעתם ולומר דבעדות קי' אזלי ומודו לה' ש"ך ז"ל דגם באומר איני יודע עדותם בטילה כיון דאיכא כמה רבוותא קמאי דס"ל ז"ל בעיקר עדות נשים דגו"ק דבעי' בהו ד"וח כדי"ן ממש אפי' שאינו דין מרומה וכ"ש כשהוא די"מ דלכ"ע בעי' בהו ד"וח וגם רוב ככל הפוס' ז"ל ס"ל דגם בד"מ אם הכחישו זא"ז בחקי' עדותם בטלה דלא כס' י"א והרמב"ן ז"ל הנז' עד שכתבו הרב"א ומהרשד"ם ז"ל שם דסברת הי"א והרמב"ן ז"ל יחידאה הויא ולית דחש לה כיעו"ש א"כ מוכרח דה"נ ס"ל להני גאוני בתראי האור"ות והרב"י ז"ל הנז' ולא סלקינן בדעתייהו רק חד דרגא דוקא וכמובן:

וחזיתיה למרן ז"ל בתשו' א"הע דיני קי' סי' ב' שכתב וז"ל אבל יש מקום לבטלה מפני שהעד הא' אמר שא"י אם שמעה היא תהי לי מקו' ואם אינו ברור לו ששמעה אין כאן עדות שה"ז מכחיש את חבירו בחקי' בדבר שהוא עיקר העדות עכ"ל יע"ש והנה מדברי מרן ז"ל הללו נראה לכאורה דס"ל למרן ז"ל כס' הריב"ש ודעימיה דאם אמר איני יודע בחקי' עדותם קיימת ודלא כדס"ל להרש"ך ז"ל דאל"כ ק"ט ע"ד מרן ז"ל הנז"ל דמאי אירייא משום דמכחיש את חבירו תפ"ל דאפי' דאין כאן הכחשה לחבירו אין כאן עדות משום שאמר אחד מהם איני יודע בחק"י ובטלה עדותם לגמרי לדעת הש"ך ז"ל כדעת רוב ככל הפוס' זולת הריב"ש ז"ל אלא ודאי עכצ"ל דמרן ז"ל ל"ש ליה כלו' לא ס"ל בהא כהרב ש"ך ז"ל אלא כהריב"ש ז"ל ולזה הוכרח מרן ז"ל לבטל עדותם מט' דהו"ל הכחשה גמורה בין ב' העדים בחקי' גופה וכנז"ל ותמהני מהרב במ"ח מיצירי ז"ל בח"א א"הע סיו"ד ומרבני קושטא ז"ל שם סי' י"א והרב מהרא"ק ז"ל שם סי' י"ב דשק"וט בד' מרן ז"ל הנז"ל וגם נקטי להלכה בפשיטות גמור כס' הרב ש"ך הנז"ל דאפי' אמר אחד מהם

א"י בא' מהחקי' עדותם בטילה כיעוש"ב ולא נרגשו כלל מדברי מרן ז"ל הנז"ל ממה שלא ביטל עדותם רק משום דהו"ל מכחישים זא"ז בחקי' דמוכח דאלו משום אומרו איני יודע לא בטלה עדותם וכדס"ל להריב"ש ז"ל ואולי י"ל לדעתם דמרן ז"ל קושטא קאמר דהו"ל מכחישים זא"ז בחקי' ואנה"ן דס"ל נמי דגם באו' א"י עדותם בטילה לד' הרמב"ם ורוב ככל הפוס' ז"ל אלא דבפלוגתא לא איירי מרן ז"ל כיון דהריב"ש ומהר"י בי רב ז"ל ס"ל דבאו' א"י עדותם קיימת א"כ ס"ל למרן ז"ל דיש לחוש לסברתם להחמיר וכמ"ש הרב דברי יוסף ז"ל בסי' ט"ו דבאיסורא נקטי' להחמיר כהריב"ש דלא כהש"ך ז"ל יע"ש וגם כבר כתב הבמ"ח ז"ל שם דמרן ז"ל לא סמך על טע"ז לחוד שכבר כתב שם כמה סניפים ועליהם סמך לבטל אותם הקי' יע"ש ומיהו אכתי ק"ט ע"ד הרבנים ז"ל הנז' דאיך נקטי בפשוט דאם אמר איני יודע ג"כ עדותם בטילה דלא כהריב"ש ודעימיה וכנז"ל והוא פלא: איך שיהיה עכ"פ דבר זה מידי פלוגתא לא נפיק וסמי בידן למעבד בנ"ד ס"ס להקל והוא זה ס' אי הלכתא אזלא ככת הסו' דעדות נשים דג"וק בעי' בהו ד"וח כדי"ן ממש הגם דאין האשה מכחישתם ואת"ל דה"ל ככת החול' דלא בעי' בהו ד"וח וכדיני ממון ממש דמיין טפי אכתי איכא ס' שמא הלכה כרוב הפוס' ז"ל דס"ל דגם בד"מ וקנסות אם נחקרו העדים ואמר אחד מהם באחת מהחקי' איני יודע עדותם בטילה וכס' הרב ש"ך ז"ל ומינה ה"ה לעידי קי' דעדותם בטילה:

והגם דנימא דאין כאן ס"ס בהא ובכל גוונא פליגי הריב"ש וכת דעימיה ז"ל משא"כ האמת לענ"ד וכמש"ל א"נ אפי' נאמר דאין להקל לגמרי בהאי ס"ס לחודיה וכמו שכן הוא האמת לענ"ד דאפי' בג' ספקות אין להקל כי אם בארבעה ספיקי וכהסכמת הרבנים האח' ז"ל מ"מ עכ"פ כ"ע מודו ואין מי שיוכל להכחיש דודאי ספיקא חדא חשיב האי ספיקא באין חולק כלל ובצירוף שאר ספיקי דבעינן מימר קמן בס"ד ודאי דחזי לאצטרופי בהדייהו האי ספקא רבתי דנא הנז"ל להקל לגמרי בלתי שום פקפוק כלל והדברים ברורים: עוד החכם עיניו יחזו שיש הכחשה גדולה ועצומה בין שני העדים הללו דנ"ד באחת מז' חקירות והיא זאת שהעד הראשון אמר במעשה שהיה ביום ג' או ביום ד' בשבת והעד השני קרי בחייל שהענין הזה היה ביום ב' בכ"ה אלול נמצא שהם מכחישים זא"ז ביום הקי' עצמו דע"כ לא נסתפק העד הא' אלא דוקא מיום ג' ליום ד' אבל ביום ב' לא נכנס אצלו לבית הס' כלל דבריא ליה שלא היו הקי' ביום ב' כלל אלא או ביום ג' או בד' בשבת ואפי' שלא אמר בריא לי שלא היה ביום ב' חשיב שפיר הכחשה דהו"ל כאלו אמר בריא לי וכהסכמת הפוס' ז"ל וא"כ אין לך הכחשה גדולה מזאת באחת מהחקי' ששנו חכמים בל' המשנה בפ' היו בודקים כידוע והדבר פשוט

מאד וא"צ לאומרו דליכא למימר הכא דטעו עדים הללו בעיבורא דירחא מאחר שלא נחלקו עדים הללו על איזה יום בחדש כדי לומר כן ותו דאפי' דהיתה הכחשתם על איזה יום בחדש ג"כ אין לומר כן בנ"ד כיון דהעד הב' העיד דהיו הקי' בכ"ה בחדש א"כ תו לא מצ"ל דטעו בעיבורא דירחא כידוע במתנ"י התם ובפוס' ז"ל וז"פ מאד כ"ש השתא הכא בנ"ד דעיקר מחלוקתם על איזה יום בשבת היו הקי' ודאי דהו"ל מכחישים זא"ז בחקי' וכמדובר ומאחר שכן הגם דנימא דעדות גיטין וקי' דמי טפי לד"מ ולא בעי' בהו ד"וח כלל כדס"ל הכי לרובא דרבוותא ז"ל מ"מ הרי קי"ל אפי' בד"מ גופייהו אם נחקרו העדים והכחישו זא"ז בחקי' עדותם בטילה וכמ"ש מרן ז"ל בש"ע ח"מ סי' ל' יע"ש וא"כ כ"ש וק"ו בעידי קי' דאיכא כמה פוס' ז"ל דמצרכי בהו ד"וח אפי' שאינו דין מרומה וכנ"ל וכבר כתבתי בעניותי לעיל ובס"הק פני יצחק סיו"ד דס"ב ע"ג דאפי' לסברת י"א והרמב"ן ז"ל דפליגי וס"ל דאם הכחישו זא"ז בחקירות עדותם קיימת הני מילי דוקא בד"מ אבל בעדות קי' אזלי ומודו דעדותם בטילה כמ"ש גדולי הפוס' ז"ל הרב"א ומהר"שדם וזולתם מלבד מ"ש עוד גדולי הפוס' ז"ל הנ"ל דסברת הרמב"ן וי"א יחידאה היא ולית דחש להו יע"ש והכי חזינא לכמה וכמה מן הפוס' ז"ל דבטולי בטלינה לסהדותא דסהדי דנ"ד מט' הכחשה כמ"שיר המעיין בתשו' הריב"ל ומהרשד"ם ולמרן ז"ל בכמה מתשו' וזולתם קמאי ובתראי ז"ל רבו מלמנות ועצמו מספר וכמ"שיר הרואה. והגם דאשכחן בנדונות גדולי הפוס' ז"ל הכחשת העדים דנ"ד שז"א בב' בשבת וע"ז כתבו גדולי הפוס' ז"ל דהו"ל הכחשה גמורה בחקי' ובטלה עדותם כיעו"ש לא תידוק מנייהו דדוקא בהכחשה כזאת הוא דבטלה עדותם אבל בכה"ג דנ"ד עדותם קיימת דאין שום טעם וסברא לדון כן בדעתם ז"ל אלא דמעשה שהיה כן היה בנ"ד וה"ה והוא הטעם דגם בכה"ג דנ"ד שז"א בב' בשבת וז"א בג' או בד' דהו"ל מכחישים זא"ז בחקי' ובטלה עדותם לגמרי בלתי ס' כלל כ"ש בהצטרף לזה הספק העצום הראשון הנז"ל והספיקי וריעותי שיתבארו לפנינו בס"ד דודאי יש להקל ולבטל עדותם לגמרי וכנז"ל והדברים ברורים: תו חזינא הכחשה אחרת בין הני תרי סהדי דבנ"ד וגם היא באחת מהחקי' והיא זאת דהעד הא' ההוא אמר שבשעה שביעית נכנס לגינה לקחת אש ושוב ישב עמהם שיעור ב' שעות ואח"כ נעשו הקי' לפניו ולפני חבירו העד הב' א"כ לפי דבריו היו הקי' בשעה ט' מן היום וזה ברור ומבואר היטב בדברי העד הא' ואלו העד הב' העיד בפי' שבשעה ששית לשביעית בא אצלם העד הא' ובה שעתא נעשו הקי' לפניהם דהיינו בין שעה ששית לשביעית א"כ אין לך הכחשה גדולה מזאת בא' מז' חקי' דהיינו באיזה שעה ששנינו במתני' בפ' היו בודקים אחד אומר בג' שעות וא' אומר בחמש עדותם בטילה והכי הלכתא כת"ק דר"י

דהוא ר"מ דסתם לן כוותיה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה"ע יע"ש ולכ"ע אין אדם טועה כי אם ב' שעות חסר משהו דוקא והכא בנ"ד איכא שתי שעות ומשהו כמו שידקדק המעיין היטב בדברי שני העדים הללו וכ"ש לדעת מה"רי בי רב ומהרלנ"ה והמבי"ט ז"ל דס"ל דאין אדם טועה כי אם שעה אחת דוקא יע"ש והבי"ד הבנ"הג בח"מ סי' ל' הג"הטו אות מ"ב יע"ש ובש"פ ז"ל הלא בס' ילא ע"ט האסף פה ואכמ"ל:

עוד יש הכחשה אחרת בין העדים הללו דנ"ד והיא זאת דהעד הא' ההוא אמר בסוף דבריו דהוא וחבירו מאיר נתייחדו לעדות זאת ומדבריו אלו מוכח בבירור דר"ל דהם לבדם דו הוזמנו ונתייחדו לעדות זאת ואין עוד זולתם כצל. ואלו העד הב' העיד בפי' שהמקדש הנז' קודם הקי' קרא בשם שניהם ועוד קרא בשם איש אחר זולתם ששמו נסים הררי וכה אמר להם תראו אתה פ' ואתה פ' מה בידי וכו' ואמרו לו בידך מטבע כ"וב כנז' בקב"ע הבאה בשאלתנו והנה מדבריו אלו שקרא לשלשתם יחד מוכח להדיא שכוונתו לו' שיהיו שלשתם מוזמנים ומיוחדים לעדות זאת דאל"כ למה קרא בשם שלשתם יחד אם לא כיון להזמינם ולייחדם לכולם יחד להיות עדים עליו וכן הוא ג"כ כוונת העד הב' שהעיד כזאת והו"ל כאו' בפני ובפני חבירי פ' קדיש פ' לפ' וכו' שחשש בזה הת"הד ז"ל והבי"ד מרן ז"ל בב"י א"הע סי' מ"ב וכבר האריכו בזה הפוס' ז"ל ועד אחרן הרב ויקרא אברהם בא"הע סי' ו' והרב הקדוש מה"ד מהרח"פ ז"ל בס' חיים ושלום סי' כ"ב יעש"ב ואכמ"ל בזה וא"כ הו"ל ב' עדים הללו מכחישים זא"ז גם בזה גם העד הא' העיד שהראה לו המק' המטבעות שבידו ולא העיד שהראה אותם ג"כ לחבירו העד הב' וגם לא העיד שקרא בשם שום אחד מהם כלל וג"ז הו"ל הכחשה קצת בגוף מעשה הקי' מי היו עדים בדבר הקי' והגם דנימא דלא הויא הכחשה זאת רק בבדיקות דאיכא קמן סברת הרב מהרימ"ט ז"ל דס"ל דגם אם הוכחשו בבדיקות עדותם בטילה כמש"ל ורבים מהאח' הבאים אחריו ז"ל עשו סניף וספק קי' ע"פי סברתו וכמש"ל ודון מנייהו ואוקי באתרין וכמובן:

עוד רואה אנכי הכחשה אחרת בין שני העדים הללו דבנ"ד בגוף נתינת הקי' עצמם דהעד הא' בתחי"ד כה אמר שבתחי' הראה לו את שני המטבעות ואח"ך נתנם להנערה ואמ"ל הרי את וכו' והנה מדבריו אלו מוכח להדיא שהנתינה היתה בתחי' ואח"כ אמר לה הרי את וכו' שכן הבינו כל הפוס' ז"ל שהועד בנדונות דידהו כזאת והמה בחכמתם שפטו בצדק דהאמירה היתה לאחר מתן מעות ובאנו למ"ח הראשונים בההיא דקדיש בציפתא דאסא בקי' די"ב שנחלקו בה הראשו' ז"ל אי מהניא שתיקותא דלאחר מ"מ או לא ועיין למרן ז"ל בתשו' א"הע מדיני קי' סי' ד' והרב לח"ר סי' כ"ג ולמהריב"ל ח"ב

סי' ז' ולמהרשד"ם א"הע סי' ג"ל ובשאר תשובות ובכמה מתשובות גדולי הפוסקים ז"ל אשר נקבצו באו באסיפת זקנים הכנ"הג וביד אהרן ועד אחרן בתשו' גדול דורנו ראש"ל הרב הגדול מהרד"ח ז"ל בנדיב לב ח"ב א"הע סי' ז' ובשמן המשחה סי' ס"ח דע"ח ע"ב ובפרט בתשו' הגאון המפורסם ראש"ל מופת דורנו הרב הגדול כמהרר"א אשכנזי הי"ו הבאה בס' ישמ"ל א"הע סי' י"ב יעש"ב נפלאות מתורתו ברוך שחלק מחכמתו אשר לא הניח פינה וזוית ולא היתה קרי"ה אשר שגבה ממנו בפרט זה ג"כ וסו"ד זה הלכה העלה דמידי ס' לא נפקא כמ"ש הפוס' ז"ל וגם אם נאמר דבתוך כדי דיבור לנתינתו בידה אמר לה הרי את וכו' ותכ"ד בד"ד אף שלא הבינו כן הפוס' ז"ל כמהרימ"ט ודעימיה ז"ל מ"מ מידי ספק אחד לא יצאנו יעש"ב ובכן לפי"ז בנ"ד נמי כפי"ד עדות העד הא' בתחי"ד הנז"ל באנו לבית הס' ע"פי מ"ח הפוס' ז"ל הנז"ל ולפחות מידי ספיקא חדא לא נפקא וכמו שלמדנו מתורתם של ראשו' ואח' ז"ל ומתורת הגאון ראש"ל אברהם בראש נר"ו וכנז"ל ועם דבנ"ד עסקינן כדשדיך כבר מ"מ גם בדשדיך איכא כמה וכמה פוס' ז"ל דס"ל דלא מיהניא שתיקותא דלבתר מתן מעות אפי' בדכבר שדיך וכמ"שיר המעיין בס' ש"ץ הפוס' ז"ל הנז"ל וביותר מהמה ואכתי מידי ס' לא נפקא וכנז"ל. אמנם כ"ז דוקא כפי עדות העד הא' בתחי' דבריו:

ברם אחר ששאלו אותו בד"הץ מקבלי עדותו הנז' אחר שהעיד עדותו כנז"ל שהם הפסיקוהו ושאלוהו אימתי אמר לה אלו הדברים והיתה תשובתו להם שקודם הנתינה לגמרי אמר לה הרי את וכו' והמעות תפוסים בידו וכשגמר דבריו כולם שכן מורה אומרו בלשון ואח"ך אזי נתנם לה וזהו הפך ממש ממה שהעיד בראשונה וצריך לנו לדעת הי מנייהו עיקר אם דבריו הראשו' שהעיד קודם ששאלוהו הב"ד היו או דבריו האחרונים שבאו אחר שאלת הב"ד הנז' הם עיקר ואם נאמר שדבריו האחרונים הם סותרים למה שהעיד בתחי"ד בודאי הגמור שדבריו הא' הם העיקר כיון שדבריו האח' הה באו אחר כדי דיבור מעדותו הא' שהרי כדי דיבור אינו אלא ג' תיבות שהם שלום עליך רבי ומורי ויותר מזה הוי ודאי אחר כ"ד כידוע בפוס' ז"ל ובשאלת הב"ד הי"ו להעד הנ"ל שכן אמ"ל וז"ל אימתי אמר לה אלו הדברים עכ"ל הגם דנימא דלא אמרו לו יותר מזה עכ"ז הו"ל ה' תיבות עם שהסברא והשכל גוזר ומחייב לומר שדיברו עמי יותר מזה וביארו לו שיחותם בשאלתם זאת דאימתי וכו' דר"ל אימתי אמ"ל אלו הדברים שהם הרי את וכו' אם הוא קודם שנתן לה המעות או אח"ך והא ודאי שכן פירשו לו דבריהם כדי שיבין היטב שאלתם כיון דהעד הזה הוא ע"ה ריק ופוחז וכולי האי ואולי שיבין שאלתם ופשוט דהו"ל תשובתו להם לאחר כ"ד הרבה מאד בלתי ס' כלל וקרינן ביה כיון שהגיד וכו'

בהנחה סוברת הנז"ל שדבריו האח' הם המה סותרים ממש לאשר העיד בתחי' וכל שה עד סותר את עדותו לאחר כ"ד תו לא מהימן ולא מצי לחזור בו ולסתור עדותו ודבריו הראשונים הם העיקר וכמו שמבואר בכל הפוס' ז"ל ומרן ז"ל בש בש"הט ח"מ סי' כ"ט ובסמ"ע ובכנ"הג שם יע"ש בהגב"י אות ס"ג יע"ש:

והחכם עיניו יחזו להגאון ראש"ל הרב מהרד"ח ז"ל בנדיב לב ח"ב א"הע סי' ז' שנשאל בנ"ד כזאת ממש שהעד הב' דבנדונו בתחי"ד העיד שנתן לה ואמר לה הרי את וכו' ושוב שינה את לשונו ואמר שבתוך משיכת השור"א אמר לה הרי את וכו' וע"ז השיב הרב ז"ל בד"ה אתאן לעדות העדים וכו' שכ' וז"ל אף אם נתפוס דבריו האח' ול"א כיון שהגיד וכו' מאי ד לא משמע כן מד' מרן ז"ל וכו' מ"מ וכו' עכ"ל יע"ש ושם בתר הכי בדכ"ז ע"ג הוא היה מונה הכחשות העדים שבנ"ד ובאות ה' מנה הכחשה זאת עצמה שביניהם וכתב שם דמתו"ד השאלה י"ל דהוי תכ"ד דמהני בעדים לד' קצת פוס' עיין וכו' עכ"ל והנה מה שדן הרב ז"ל מתו"ד השאלה דחזרת העד היתה בתכ"ד ודאי דה"ט משום דאל"כ היו ב"ד מקבלי עדותו מבארים דהיתה חזרתו אחר כ"ד ולא הי"ל לסתום ולומר דשוב שינה א"ל וכו' גם מאומרם לשון זה דשוב וכו' כן מורה להדיא דהוא עצמו תכ"ד האחרון שלו תכף ומיד שינה את לשונו בלתי שאלת הב"ד אליו שלא שאלוהו ולא הפסיקוהו כלל ובתר הכי במקום ששאלוהו אם ראה אותה וכו' ביארו שיחתם וכתבו בפי' שחקרו את פיו וכו' ככתוב בקב"ע הבאה בשאלתו שם א"כ מוכח להדיא מד"ק דאם היה האופן בנ"ד שהפסיקו ב"ד את העד הזה ושאלוהו גם בתחי' וכנ"ל ודאי דהיה הרב ז"ל גוזר דהוי לאחר כ"ד ולא הוה מהניא חזרתו כלל:

וראיתי להמחב"ר ישמח לב בא"הע סי' י"ד שנשאל גם הוא על אותו נדון שנשאל הגאון הנז' ז"ל גופיה ובדל"ה ע"ד אמר ע"ז ותפס עיקר מה שהעיד העד הב' הנז' בתחי"ד ומה שאח"כ שינה לשונו אין חזרתו כלום דאחר שהגיד קי"ל אינו ח"ום וכו' וא"כ אין לנו אלא מ"ש בא' שאחר הנתינה אמר לה ובאנו למ"ח הפוס' וכו' עכ"ל יע"ש ושם בסי' ט"ו אייתי בידיה תשו' הגאון ראש"ל הנז' ז"ל ובדל"ח ע"א הביא הרב ז"ל מ"ש בזה וחלק עליו המ"ח הנז' בכח גדול ודיבר איתו קשות דברים קשים כגידים ובמושב לצים ל"ו ישב עמ"ש הרב ז"ל כי מתו"ד השאלה וכו' ואסיק דלא כוותיה יעש"ב והרואה יראה דלא צדק המחבר הנז' בכל דבריו גם בפרט זה והדין דין אמת כמ"ש הגאון הנז' ז"ל ומי כמוהו מורה סבא דמשפטים אשר קוטנו עבה ממתננו ומי ישום פה לדבר קשות כנגדו ח"ו וההי"ב ויפה דן יפה הורה הגאון ז"ל הנז' שכן יש לנו לדון כן באמ"ץ מתו"ד השאלה בלתי ס' כלל וכמש"ל וכל דחיות המחבר הנז' בזה ג"כ הכל הבל ורעות רוח

ואת כולם ישא רוח כמ"שיר המעין וישפוט בצדק וא"צ להאריך בזה שהדברים פשוטים מאד מצד עצמם:

ואולם בכה"ג דנ"ד הדבר ברור דהוי לאחר כ"ד ולא מהניא חזרתו כלל ודבריו הראשונים דוקא הם העיקר ולא מיבעיא לדעת המחבר ישמ"ל הנז' דנדון דידן אתי במכ"ש מנדונו דודאי דן ידין גם בנ"ד דהוא לאחר כ"ד אלא אף לדעת עליון הגאון הרב נד"ל ז"ל הנז' גם מני"ר ז"ל אזיל ומודה וישפוט בצדק בנדוננו דהוי אחר כ"ד ולא מהני דכיון שהגיד וכו' והדברים ברורים:

אמנם כל זה הוא ע"פי ההנחה סוב"ר שכתבנות לעיל דהעד הזה בדבריו האחרונים הנה הוא סותר עצמו לדבריו הראשו' וכנז"ל:

ברם אם נאמר דפרושי קא מפרש את דבריו הראשונים ואין דבר סת"ר לי כלל הנה בכה"ג ודאי דאפי' לאחר כ"ד מצי העד לפרש דבריו הראשונים כל שאינו סותר בהם לדבריו הראשונים כדקי"ל הכי בסי' כ"ט יע"ש: והנה מדברי הגאון הנז"ל מהרד"ח ז"ל הנז"ל מוכח להדיא דס"ל למר דיש בדברי העד סתירה ממש ולזה כתב דבנ"ד הוי תכ"ד כי היכי דתיהני ליה חזרתו ומכ"ש לדעת המחבר ישמ"ל הנז' דודאי הכי ס"ל בפשוט כיון דפסיק ותני בסכינ' חריפא דהעיקר מה שהעיד בתחי' ולא מהניא חזרתו כיון דהויא אחר כ"ד וכיון שהעיד וכו' כנז"ל:

ואולם אנכי הרואה למהרח"ש ז"ל בתשו' א"הע סי' ל"ו שנשאל על עידי קידושין שהעד הא' העיד בתחי"ד שלקח המקדש הטבעת בידו ונתן בידה ואמר לה תקחי זה הטבעת בשביל קידושין שלי והיא שתקה והניחתו בכיסה והעד הב' העיד שבתחי' אמר לה תקחי זה ואחר שנתן הטבעת בידה אמ"ל תראי שתקבלי אותו בשביל קי' שלי וכשמוע הרב ז"ל עדות העד הב' כנז"ל חזר ושלח וקרא את העד הא' ואמר לו שיפרש היטב תוכן הדבר מתי נתן הטבעת ומתי הזכיר הקי' אם קודם נתינת הטבעת או אח"כ ואיך היה וחזר העד ופירש דבריו ויצאו מכוונים ממש כדברי העד הב' הנז' וכתב הרב ז"ל דהעד יכול לפרש דבריו כדי שיהיה מכוון לדברי הב' וכמ"ש הר"ן וכו' וכ"ש הכא שיכול לפרש דבריו שמתחי' קיצר עדותו ואח"כ פירש תוכן הענין ונמצא שלדברי שניהם הו"ל שתיקה דלאחר מתן מעות וכו' עכ"ל הצ"לע: הנה מבואר יוצא מד"ק ז"ל הללו דס"ל למר דאף שאמר העד בתחי"ד שנתן לה ואמר לה עכ"ז יכול לפרש דבריו אפי' לאחר כ"ד איך היה הענין ובין אם יחזור ויאמר דאחר הנתינה כולה אמר לה כעובדא דהרב ז"ל ובין אם יאמר שבעודו נותן לה אמר לה מהימנינן ליה ומהניא חזרתו כיון דהוא מפרש את דבריו הראשונים ואין כאן סתירה בהם כלל ובלתי ספק דתשו' זאת דמהרח"ש ז"ל

נעלמה מעיני קול חי מדבר המחבר ישמ"ל הנז"ל אשר הסכימה דעתו לדון ולהורות בפשיטות גמור דחזרת העד דנדונו היא אחר כ"ד ולא מהניא כנז"ל והוא הפך ממש מדברי מהרח"ש ז"ל הנז"ל ואלו הוה שמיע ליה הך תשו' דמהרח"ש ז"ל הוה הדר ביה באין ס' כלל והיא סייעתא גדולה ועצומה למסקנת הגאון מהרד"ח ז"ל הנ"ל אלא דהוא ז"ל קושטא דמילתא קאמר דמתו"ד השאלה י"ל דהוי תכ"ד ולעולם דס"ל למר דאפי' שהיה אחר כ"ד נמי הוה מהני לדעת עליון מהרח"ש ז"ל דכיון דפרושי קא מפרש העד את דבריו הא' ואין נסת"ר מחמת"ו כלל ואולי דלזה כיון הרב מהרד"ח ז"ל שם במ"ש וז"ל ועיין למהרח"ש ז"ל וכו' ע"כ דנראה לכאורה דאף הוא ז"ל היה מכוין לתשו' ז"ל דמהרח"ש ז"ל ולזה כיון דהעד השני שבנדונו חזר ופירש דברי עצמו שבתוך משיכת השו"הא וכו' והעד הראשון לא פירש כן את דברי עצמו מזה דן ידין הרב ז"ל דהו"ל מכחישים זא"ז גם בדבר הזה וטעמו ונימוקו עמו וכמדובר:

והרואה יראה להגאון המפורסם הרש"ל גדול הנאמר באברהם נר"ו בתשו' הרמתה הבאה בס' ישמ"ל הנז' סי' י"ב הנז"ל בדכ"ח ע"ב שכתב וז"ל והנה כך הוה נ"ל בפשיטות דמשמעות שנתן לה ואמר לה היינו אחר שנתן לה אמר לה ואולם שוב בחפשי ראיתי למהרח"ש בסי' ל"ו וכו' ומלת אח"כ הוא אחר כ"ד המורם וכו' יעש"ב דשק"וט בדברי מהרח"ש ז"ל הנז' וסו"ד שם בע"ג בד"ה אלא דהדרי בי וכו' דכתב וז"ל כי ע"כ אלין דהוו נ"ל דמהרח"ש ז"ל אלו לא היה באפשר שהעדי' יבדקו היה דן דברי שניהם דכוונתם שאמ"ל אחר כ"ד אלא כיון שראה איזה שינוי בדבריהם והנם מצויין לבדוק שלח אחר הא' לבודקו יפה ואלו היה אומר שכוונתו דאמר בעת הנתינה היה חוזר לבדוק אחר הב' שיבאר דבריו יפה גם הוא וכו' עז"הל יעש"ב נפלאות מתורתו ודבריו נאמנו מאד וה' עמו מלמד שהל' כמותו ודלא כמ"ש ישמ"ל הנז' סי' י"ד וט"ו הנז"ל שהסכים דחזרת העד ל"מ כיון שהגיד וכו' דזה ודאי אינו אמת כלל וכאשר למדנו להועיל מתורת מהרח"ש ז"ל והגאון הרש"ל מגן אברהם נר"ו הנז"ל וכמבואר:

שוב עיינתי בתשו' הרב פרי הארץ ז"ל דבסי' ג' שרמז לנו הרב הרש"ל מהרד"ח ז"ל שם וראיתי לו ז"ל בדל"ה ע"א דאייתי לן תשו' מהרח"ש ז"ל דסי' ט"ל דס"ל התם בפי' כמ"ש התוס' ז"ל בכתו' בפ' ואלו נערות דכל זמן שעסוקים באותו ענין חשיב תכ"ד יע"ש ובודאי הגמור דעל תשו' זאת דמהרח"ש ז"ל הוא שכיוון הרב מהרד"ח ז"ל ודלא כמש"ל וברור: ואגב אורחי חזיתיה תו למהרח"ש ז"ל בח"א סי' ע"ח במודעא שכתבו בה העדים והכרנו באונסו כתב ע"ז וז"ל דאי איתנהו לסהדי שיילינן להו ואם אמרו שהם לא ראו אלא שמעו מפי ראובן נאמנים ואינם חוזרים ומגידים כיון דנוכל לקיים דבריהם אפי' בדוחק שמ"ש

במודעא והכרנו באונסו הוא מה ששמעו מפי ראובן ועבידי אינשי דטעו בהכי וראיה מתשו' הר"ן סימן מ' אתד"ק כיעו"ש גם ראיתי למהריק"ש ז"ל בתשו' סי' קי"ו שכתב דלשון הכרנו מצוי דמי שהוא ע"ה יטעה בו ויחשוב דמפי השמועה ג"כ הוא הכרה ואפי' מפי מוסר המודעא דלאו כ"ע ד"ג שותא דרבנן וכו' אתד"ק יעש"ב: וראיתי להרב חשק שלמה ז"ל בסי' כ"ט הגב"י אות י"ב דאייתי בידיה תשו' מהרח"ש ז"ל דסי' ע"ח הנז' לחודה ותמה עלי ממ"ש המבי"ט ז"ל בח"א סי' קמ"א על עדים שהעידו על השפחה שהיא משוחררת ואח"כ אמרו שמה שהעידו שנשתחררה הוא ע"פי השמועה ולא ראו בעיניהם וע"ז הביא המבי"ט ז"ל תחי"ד הך תשו' דהר"ן ז"ל שהביאה מהרח"ש ז"ל שאם נוכל לכוין דבריהם האחרוני' שלא יהיו מוכחשים לדבריהם הראשו' במה שהעדים מצויין לטעות וכו' אין בזה משום חוזר ומגיד וה"נ מצוי להעיד על מה ששמעו ידעו ושוב אך חילק דלא דמי דהתם עיקר העדות נשאר במקומו אלא שהם מפרשים בו דבר פרטי אבל הכא כשהם אומרים שמעו לא הויא עדותם עדות כלל א"כ ה"ה מכחישים את עדותם וכדכתב הר"ן כל שאינו סותר את עיקר דבריו הראשו' וכו' וכמ"ש אח"ך הילכך כל שאנו יכולים לכוין דברי העד כדי שלא תהיה עדותו מוכחשת יש לנו לכוין דבריו וכו' והלא אם כששמעו אינו עדות וידעו הוא עדות הרי סותרים ומכחישים דבריהם הא' וכו' עכ"ל המבי"ט ז"ל יעש"ב וזה הפך ממש ממ"ש מהרח"ש ז"ל בסי' ע"ח הנז' ונדחק הרב חש"ש ז"ל להשוותם יחד כיעו"ש ולא זכר שר לתשו' מהריק"ש ז"ל הנז' דגם עליו יעבור כוס התימה מדברי המבי"ט ז"ל הנז' ומה שרצה לידחק החש"ש בדברי מהרח"ש ז"ל דבריו לא יכונו בדברי מהריק"ש ז"ל הנז' וכמ"שיר המעיין היטב:

ואולם לענד"ן ברור דחילוק המבי"ט הר"ן ז"ל הנז"ל אינו מוכרח כלל אחהמ"ר הראויה אליו את כבודו ואת גודלו כן דברי הר"ן ז"ל ברור מללו דאפי' אם יסתרו דבריהם הראשונים ולא יהיה עדות כלל כל שבדבריהם האחרונים יכולים לפרש שזה היה כוונתם בדבריהם הראשוני' וכעובדא דנ"ד השפחה שאמרו עלה דהיא משוחרר ואח"כ פירשו דבריהם דמ"ש משוחררת הוא ע"פי השמועה דבכה"ג הוי מצויים העדים לטעות ולהעיד על מה ששמעו ידעו כמ"ש המבי"ט ז"ל גופיה שם וכנז"ל א"כ כיון דיכולים לכוין דבריהם מאי איכפת לן תו אם תתבטל העדות לפי דבריהם האחרו' שאמרו דמה שהעדנו הוא ע"פי השמועה וכיון דמצוי ועביד איניש דטעי בהכי מוכרחים לפרש דבריהם הא' שהיו ע"פי השמועה ואין כאן עדות כיון שאין בזה משום חוזר ומגיד ומעולם לא הזכיר הר"ן ז"ל שהם נאמנים לפרש דבריהם בפרט מהפרטים ותשאר העדות קיימת

כמו שחשב הרב המבי"ט ז"ל כמבואר בלשונו הטהור ות"ם אני ע"ד המבי"ט ז"ל שכתב חילוק זה בדעת הר"ן ז"ל מה שאין במשמעות דבריו ז"ל כן כלל:

ולא עוד אלא אנכי הרואה להר"ן ז"ל גופיה בתשו' סי' מ"ז שכן דעתו ז"ל מבוארת שאפי' אם בדבריו האחרו' יתבטל העדות לגמרי כיון שיכולים לפרש דבריו שלא יהיו מוכחשים מפרשינן וכהא דשמע ואמר סתם משוחררת והוא דהתם בסי' מ"ז נשאל הר"ן בעד אחד שאמר על אשה אחת שהיא זקוקה ליבם ואח"כ העיד ששמע מפ' שמת היבם מזמן רב ונסתפקו דכיון דהוא עצמו אמר בתחי' שהיא זקוקה ואח"כ העיד שמת מז"ר אינו נאמן והוי כיון שהגיד והרי היא זקוקה וע"ז השיב הר"ן ז"ל שם וז"ל ועוד דכל כה"ג לא מיקרי מכחיש דבריו הראשו' דאלו אמר בתחי' שלא שמע מעולם שמת ואח"כ העיד ששמע שמת כה"ג הוא הכחשה אבל זה לא אמר בתחי' אלא שהיתה זקוקה ליבם ובודאי דלאו כולהו אינשי דינא גמירי שיהיו בקיאין דאפי' עדותו של עד מפ"ע יהיה מספיק להתיר אשה להנשא וכל היכא דלא הוי אורחייהו דאינשי למידק כי הכא יכולים הם לחזור ולהגיד וכו' עכ"ל הצל"ע יעש"ב והרי הכא שלפי דבריו האחרונים נסתרה עדותו הא' שהעיד שהיא זקוקה ליבם ולא הוי חו"מ אלא התירה ע"פי דבריו האחרונים משום דיכולים לקיים שניהם כאחד משום דלאו כ"ע ידעי שע"פי עמפ"ע היא ניתרת ומדברי הר"ן ז"ל הללו מוכרחים אנו לפ' דברי הר"ן ז"ל שבסי' מ' שאפי' עקירת העדות לגמרי ע"פי דבריו האחרו' עוקרים אותה היכא דאפשר לפ' דבריו הא' שלא יהיו מכחישים לשניים כדהכא א"כ גם בעדות השפחה כיון דהעד העיד בנו הרב המבי"ט ז"ל דמצוי להעיד על מה ששמעו ידעו א"כ אפי' שלפי דבריו האחרונים שאמר שלא ראה אלא שמועה שמע שנשתחררה אפי' שאין כאן עדות לא חשיב חוזר ומגיד הואיל ויש מקום לדבריו הא' עם האח' שאינם סותרים זא"ז ואפי' אם שבדבריו הראשונים שהעיד סתם שהיא משוחררת הויא משוחררת ולפי מה שפירש אח"ך דמ"ש בתחילה משוחררת הוא ע"פי השמועה ואינה משוחררת לא יקרא חוזר ומגיד כיון דכך דרכם של בנ"א שעל מה ששמעו אומרים ידעו וזה נראה ברור ודברי הרב המבי"ט ז"ל לא ירדתי לעומקם וצל"ע:

ולבי אומר לי דאחר שכתב המבי"ט ז"ל תשו' זאת דסי' קמ"א אף הוא ראה תשובת הר"ן ז"ל דסי' מ"ז דקרי בחיל דאין לחלק כחילוקו הנז' וחזר בו בסי' ר"מ המבי"ט עצמו דשם נשאל בענין שטר שכתבו העדים שקבל עליו הארוס כ"ש ב"מ בכל תנאיו וכו' ועתה טוען ראובן כי מעולם לא הוציא דבר נזירות מפיו אלא שקראו לו שטר ע"פ התנאים ובכלל תנאי הנזירות הנז' וקראו בינו לבין עצמו ולא דקדק בו ואח"כ אמ"ל מודה אתה בכל מ"ש פה ואמר מ"א וכו' וע"ז השיב הרב ז"ל וז"ל ואם מכחישים את זה ואו' שקבל

נזי' בפי' כמ"ש בשטר או שכתי' יוצא מע"א אפי' לא יאמרו שו"ד אינו נאמן וכו' כיון שכ' בפי' שקבל אבל אם אומרים שלא קבל אלא שהודה כמ"ש הוא ז"ל דאף אם כתי' יוצא ממ"א יהיו נאמנים דלאו כ"ע דינא גמירי וסברי דהודאה במ"ש הוא כקבלה גופא וראיה ממ"ש הר"ן וכו' אתד"ק יעש"ב והרי כאן שאם כדברי השטר הוא נזיר שכתבו שקבל ואלו במה שהודו לדבריו שלא היתה קבלה אלא הודאה אין כאן נזירות ועוקרם עדותם שבשטר וזהו הפך חילוקו שבסי' קמ"א אם לא שנאמר שאח"כ ראה המבי"ט ז"ל לתשו' הר"ן דבסי' מ"ז וחזר בו ממה שרצה לחלק בדין השפחה כנלע"ד והרב ת"ש ז"ל שם רמי אהדדי תשו' המבי"ט דסי' קע"א עמ"ש בסי' ר"מ ויגע להשוותם בדוחק רב כמ"שיר המעיין וזה גורם לו שלא ראה תשו' הר"ן דבסי' מ"ז שהיא הפך חילוק המבי"ט קמ"א וכמש"ל ובודאי אלו ראה תשו' הר"ן דסי' מ"ז היה מסכים לדברנו שחזר בו המבי"ט ז"ל ומעתה לא נשאר שום מקום לתמוה ע"ד מהרח"ש ומהריק"ש ז"ל שכתבו הפך חי' המבי"ט ז"ל שבסי' קע"א ודבריהם אמת וא"צ חיזוק והכי אזלא שיטת כל הפוס' הרא' ולר"ג ז"ל וכמשי"ר המעיין בספרן ש"ץ ומשם בארה ועדי בשחק ושהדי במרומים שאחרי כותבי בעניותי כ"ז ראיתי להרב מהר"י מיוחס ז"ל בתשו' כי באה בס' הבהיר בני בנימין וקרב איש הנד"מ בח"מ סי' ו' שכבר קדמני בזה שנתעורר ע"ד המבי"ט והחש"ש ז"ל מתשו' הר"ן ז"ל דסי' מ"ז הנז' יע"ש והנאני שכיוונתי לדעתו ז"ל שלי"ת ומ"מ משנה ראשונה זו לא זזה ממקומה ומני ומניה דמר ז"ל יתקלס עילאה:

איך שיהיה הדרן לנ"ד שאמר העד הא' בתחי"ד שנתן לה ואמר לה יפה עשו בד"הץ מקבלי עדותו לשואלו אימתי וכו' ופירש דבריו יפה ולכאורה דבריו האח' כיון דיכול לפ' דבריו באיזה אופן שיהיה וכמש"ל:

אלא דעדין לבי מהסס משום דאכתי לא אשכחן בדברי גדולי הפוס' הנז' ז"ל אלא שיכול לפ' דבריו היכא דעבידי אינשי דטעו וה"נ אמרי' דמצוי לטעות ולומר שנתן לה ואמר לה אפי' היכא דהאמירה היתה בעודו נותן לה ומכ"ש דיכול לפ' דבריו ולומר דאחר שנתן לה אמר לה הרי את וכו' דבשתים זו אינו סותר את דבריו הראשו' כלל ברם לפרש דבריו הא' בהפך ממש שאמר לה קודם הנתינה לגמרי הפך ממ"ש בתחי' נתן לה ואמר לה זו לא שמענו מדברי כל הפוסקים ז"ל ואדרבא כל בתר איפכא למדנו מדברי הר"ן ז"ל ומכל הפוס' ז"ל הבאים אחריו דהיכא דסותר בדבריו האח' את הא' במקום דלא עבידי דטעו אינשי לא מצי למהדר ביה וקרינן ביה כיון שהגיד וכו' וכמש"ל והכא בכה"ג דנ"ד לא עבידי אינשי דטעו בהכי לומר בתחי' נתן לה ואמר לה במקום דצ"ל אמר לה ונתן

לה וזה ברור מאד ומ"מ מידי ספיקא לא נפקא אי מהניא חזרתו אחר כ"ד היכא דסותר או לא:

וראיתי להרב מט"ש ז"ל בסי' כ"ט אות הביא מהרב בית יעקב ז"ל שנשאל בעד שהפסיקו אותו ב"ד אי הוי אחר כ"ד ול"מ או לא יע"ש וכעת ס' בית יעקב הנז' אינו מצוי אצלי לראות דבריו בשורשן ומה הלכה זו העלה ועכ"פ היכא דסותר ממ"ש ובנ"ד לפחות מידי ספיקא לא נפקא וככל האמור ומדובר:

ואין לנו אנן בדידן לפרש דברי העד הזה הא' במ"ש בתחי' דנתן לה ואמר לה דר"ל דבעודו נותן ובעת הנתינה לידה אמר לה הרי את וכו' ובהכי יהיו דבריו שוים עם עדות העד הב' ולא הוי מוכחש ענינו כלל וכדחזינן למהרימ"ט ז"ל בח"ב סי' ל"ח שכ"כ להשוות שני העדים יחד דבנדונו יע"ש ועמ"ש עליו הרב פרי הארץ ז"ל בסי' ג' הנ"ל והרב שמן המשחה ז"ל בסי' יע"ש דזה ודאי לא ניתן ליאמר בנ"ד כלל דבשלמא אם לא היה העד הזה עצמו מפרש דברי עצמו בתר הכי כששאלוהו הב"ד כוז"ל אנה"נ דהוה מצינן לפרושי דבריו הכין ברם מאחר שהוא עצמו פירש דבריו והוא הפך ממש לאשר העיד בראשונה תו לא מצינן אנן לפרש דבריו הראשונים כדפי' להו מהרימ"ט ז"ל ולא בשום פי' אחר כלל וזה ברור:

באופן עלה בידנו דהעד הזה הראשון דבנ"ד בין אם נתפוס עיקר דבריו הראשונים שאמר בפי' שנתן לה ואמר לה והדברים כפשטם שהנתינה קדמה לאמירה והוי שתיקותא דלבתר מתן מעות ול"מ לרוב ככל הפוס' ז"ל ואפי' שנאמר שהאמירה היתה בתכ"ד לנתינה עכ"ז ל"מ וכמ"ש מהרימ"ט והפרה"א ז"ל והגאון ראש"ל אברהם בראש נר"ו בתשו' הרמתה הנז' שק"וט טובא בהאי מילתא וה"ן ס' בידו המלאה יעש"ב והנה א"כ נמצא דהעד הזה הוא מוכחש מחבירו הוא העד ה"ב הנ"ז שהעיד בפשוט שבעודו אומר לה הרי את וכו' נתן המעות בידה הפך מעדות העד הא' שהעיד בתחי"ד וכנ"ל ונמצאו מכחישים זא"ז בגוף נתינת הקי' עצמם שז"א שהאמירה היתה לאחר מ"מ וז"א לא כי אלא שהאמירה היתה בעודו נותן לה וכבר כתבנו לעיל דלא מצינן אנן לפ' דברי העד הא' שבתח"ד דכוונתו א"כ לומר שבעודו נותן לה אמ"ל וכדברי העד הב' כיון דהעד עצמו חזר ופי' דבריו להפך ממש כנז"ל ובכן לנד שנאמר דחזרתו מגן שויא כיון דהיתה לאחר כ"ד וסותר לדבריו הא' ממש וא"כ דבריו ה"א הם העיקר וכנז"ל וא"כ הרי הם מכחישים זא"ז בגוף נתינת הקי' שהוא עיקר קיום מעשה הקי' וביטולם ועדיפי מחקו"ד ובטלה עדותם וכדברי מהרימ"ט ז"ל ושאר רוב הפו"ס ז"ל ופשוטי:

וכמו כן אפי' נתפוס עיקר דברי העד הזה האחרו' ונאמר שהם עיקר ופרושי קא מפרש דבריו הא' ואפי' שהפסיקוהו הב"ד אפי"ה נקרא תכ"ד כיון דהדיינים הפסיקוהו לפ' דבריו הוי שאלתם צורך העדות לצד שנאמר שכן עלתה הסכמת הרב בית יעקב ז"ל ודבריו בזה במונח שהם מוסכמת באין חולק עליו כלל וגם לצד שנאמר שדברי התוס' ז"ל שבפ' ואלו נערות הם מוסכמים מכל מבלתי חולק כלל אשר מהם הוכיח במישור מהרח"ש ז"ל בסי' ט"ל הנז' שעסוקים באותו ענין הוי תכ"ד ומצו סהדי למיהדר בהו וככל מ"ש מהרח"ש ז"ל יעש"ב וכפי"ז דהכל נקרא תכ"ד ומצו הדרי בהו וא"כ לפי"ז דבריו הא"ח הם העיקר ודלא כמ"ש בס' ישמ"ל סי' י"ד וט"ו הנז' למ"מ אכתי לא נמלטנו מהכחשה גמורה שבין שני העדים הללו דנ"ד שהעד הא' ההוא אמר אחר ששאלוהו הב"ד אימתי וכו' השיב להם שאחר שגמר אומר הרי את וכו' נתן המעות בידה כנז"ל וזהו הפך עדות העד ה"ב שהעיד שבעודו אומר לה הרי את וכו' המעות נתנם בידה וא"כ אדתי הם מוכחשים זע"ז והגם שלכברי שניהם הועילו הק"י מ"מ מוכחשים בבדיקות מיקרי וממ"ן חד מנייהו משקר לדעת קצת פוס' ז"ל עם שהם מכחישים זא"ז במידי דלא נפ"מ לדינא עכ"ז בטלה עדותם עיין בפרי הארץ בסס"י ג' הו"ל ועד אחרן בס' ויקרא אברהם סי' ו' הנז' ובש"פ ז"ל ע"ע הלא בספרתם:

איברא דעדות העד הב' עצמה אינה מכוונת לכא"ו כלל דאיך יאמר דהוא אומר לה אלו הדברים המעות נתנם בידה ושוב יאמר דידו על המעות שבידה דמאומרו דידו על המעות שבידה מוכח להדיא דכבר נתן המעות בידה רק שידו מונחת עליהם והם כבר באו לידה ובעודו ידו מונחת על המעות שבידה הוא אמר לה אלו הדברים דליכא למימר דהיה בידה מעות אחרים משלה ועלייהו קאמר העד ה"ב הזה שידו מונחת על המעות שבידה דהא ודאי ליתא כלל ובודאי שלא כיון העד לזה כלל רק על שתי המטבעות של המקדש הזה הוא שאומר העד בלתי ס' כלל נמצא מזה שקודם שאמר לה המקדש הרי את וכו' כבר הניח המעות בידה לדוך ידה אלא דידו מונחת ע"ג המעות ההם כל עוד שהוא אומר לה אלו הדברים דהרי את וכו' דזה נלע"ד הפי' הפשוט בדברי העד ה"ב הזה בלתי ס' כלל וזה מכוון יותר למ"ש העד ה"א בתחי"ד טרם ששאלוהו הב"ד אימתי וכו' ונמצא לפ"יו דשני העדים הללו כיוונו עדותם דהאמירה היתה לבתר מ"מ דוקא ומה שהוסיף העד ה"ב לומר דהיתה ידו מונחת על המעות שבידה אין ידו מעלה ומורדת אם היתה ע"ג המעות. שבידה אם לאו מאחר דעכ"פ לדברי שניהם הנתינה היתה קודם האמירה ומה תוסיף ידו תת כחה אם היתה מונחות ע"ג המעות שכבר באו לידה ושוב אמ"ל הרי את וכו' בעידינו מונחת ע"ג המעות והגם כמהרימ"ט ז"ל בח"ב סי' ל"ח כתב דכל עוד

דעכין אכוקים במעות ועד שלא סילק ידו לא מיקרי נתינה יע"ש ועמ"ש ע"ז הרב פרי הארץ ז"ל בס"ג הנז' יע"ש מ"מ מהרימ"ט ז"ל כתב כן להשוות ולהסכים יחד דברי שני עדיו שלא יהיו מכחישים זאז' כיעו"ש וכבר כתבנו דבנ"ד אין אנו יכו"ל לפרש דברי העד. מה"א הנז' הכי כיון ששאלוהו הב"ד לבאר דבריו אימתי וכו' הוא עצמו פירש דברי עצמו להפך ממש ממ"ש בתחי"ד כמש"ל א"כ תו לא מצינן למימר בנ"ד בעדות הע"א הראשונה כן ובכן עדין הם מוכחשים זמ"ז ולא הועלנו כלום בין אם אם נתפוס עיקר מ"ש הע"א בתחי"ד בין אם נתפוס עיקר דבריו הא"ח אכתי הם מוכחשים זמז' ובטלה עדותם לרובא דרבוותא ז"ל וכמדובר:

איברא דכד הוינן בה חזינן דבנ"ד ליכא למיקם עלה דמילתא להקל בנ"ד מצד זה דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות כלל לכל הדברות והאמירות והצדדים הנז"ל. משום דבנ"ד מלבד דעסקינן בדשידך כבר מקמי הכי עוד זאת נראה דבנ"ד חשיב היה מדבר עמה על עסקי קידושיה דבכה"ג דהיה מדבר עמה עע"ק אפי' דבתר הכי נתן לה תחי' ואח"כ אמר לה הרי את וכו' ואפי' לא אמר לה הרי את וכו' כלל רק דנתן לה בסתם אפי"ה מהנו הקי' כידוע בפוס' ז"ל וה"נ בנ"ד כיון דהיו מדברים עם העדים הללו עצמם בתחי' וראשונה שיהיו עדים ע"ד הקי' כנז' בקב"ע המוצע לפנינו בשאלתנו בריש אמי"ר שכן העידו העדים עצמם א"כ בזה חשיב שפיר דהיו מדברים תחי' עע"ק וכמ"ש המרדכי בפ"ק דקי' משם רא"ז ז"ל דלא בעינן שיהיה מדבר עמה דוקא עע"ק תחי' אלא הה"ן אם היה מדבר עם אחרים בפניה יע"ש וכן הסכימו כמה וכמה מגדולי הפו' ז"ל ח"ב ס"י ס' וח"ג סי' ס"ו ובמהרשד"ם ז"ל א"הע סי' ג' ול"ח ולמהר"י הלוי ז"ל סי' ב' ולמהראד"ב ז"ל סי' כ"ג ולהפ"מ ז"ל ח"א סי' ס"ט ובפרי הארץ ז"ל ח"א סי' ג' הנז' ובירך אברהם א"הע סי' ב' ובמהר"י חנדאלי ז"ל סי' א ובאדרת אליאו ז"ל סיו"ד ובש"פ ז"ל רבו מלמנות ובפ"י אתמר בתש"ו מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קל"ד ובח"ג סי' ג"ל דהגם שלא דיבר עם האשה עצמה עע"ק רק שדיבר בפניה עם העדים שיהיו עדים חשיב שפיר דהיה מדבר תחי' עע"ק ואפי' דנתן לה תחי' אח"כ ואפ"י בשתיקה הוו קי' מורים יעש"ב ומסתמיות כל הפוס' ז"ל הכי מוכח דהכי ס"ל וכמ"ש כן הרב אדרת אליהו ז"ל שם וא"כ ה"ה והוא הטעם בנד"ן דקודם נתינת המעות של הקי' לידה דיברו עם העדים חחי' שיהיו עדים על הקי' וגם המקדש עצמו אמר לעדים תראו מה בידי וכו' כנז' בקב"ע הנז"ל ובודאי שהנערה הלזו היתה לפניהם ושמעה כ"ז בלתי ס' כלל ושוב פשטה ידה וקבלה ממנו המעות א"כ אפי' שלא היה אומר לה הרי את וכו' כלל היה מועיל הקי' וכ"ש שגם אמר לה בתר הכי הרי את וכו' ודאי דהוו קי"ג כיון דחשיב שפיר היה מדבר תחי' עע"ק

וכמתבאר כ"ז בדברי הפוס' ז"ל ויותר מהמה. וכמעט אין מי שיחלוק ע"ז וכמ"ש מהר"י הלוי ז"ל בסי' הנז' יע"ש:

אמנם כד משקיפנא פורתא אשכחנא דליכא תברא בנ"ד מצד זה ואכתי מידי ספיקא לא נפקא מכמה טעמי תריצי חדא דחזינן למהרש"ך ז"ל גופיה דלא עמד טעמו בו ותבריה לגזיזיה בח"ג סי א' דזו הלכה העלה שם דכיון דלא דיבר תחי' עם האשה עצמה עע"ק אפי' שהיו דבריו אלה עם העדים וכה אמר להם תהיו עדים שאני נותן לה זה בעד ק"י לא מהני ולא מידי לומר דחשיב כהיה מדבר עמה תחילה עע"ק כלל כיעו"ש וזהו הפך ממש למ"ש מע"ר גופיה באותם תשו' שבח"ב ובח"ג הנז' וכן תראה להרב הפוסק ז"ל שהביא מהראד"ב ז"ל בס"י כ"ג הנ"ל דקאי בשיטת מהרש"ך שבח"ג סי א' הנז"ל יע"ש וא"כ סו"ס אכתי מידי פלוגתא ומידי ספקא לא נפקא:

ותו דהאיכא קמן סברת הרמב"ם ז"ל בפ"ג דאישות ה"ח דס"ל למר דשאם דהיה מדבר עמה תחי' עע"ק מ"מ בעינן נמי שתתרצה היא ותאמר הן בפי' גמור וכמו שכן פירש דבריו ז"ל מרן ז"ל בכ"מ שם ועמ"ש ע"ז הרב לח"מ והמש"למ ז"ל שם והרב יד אהרן ז"ל בסי' ז"ך יע"ש ואתה תחזה לכמה מרבני הא"ח ז"ל שנסתייעו מזה ועשו סניף וסס' להקל בנ"ד מטע"ז כמ"שיר הרואה להרב במ"ח מוצירי ז"ל באה"ע סי' י"ד דס"ג ע"א יע"ש ובש"פ ז"ל הלא בס' ע"ע לא עת האסף פה ודון מנייהו ואוקי באתרין וכמובן: ועוד נלע"ד ברור דבכל כה"ג דנ"ד כ"ע מודו דלא חשיב כלל שהיה מדבר עמה תחילה עע"ק כלל משום דזה שהיה מדבר תחילה עם העדים הללו שיהיו עדים אינו המקדש עצמו שדיבר עמהם כזאת כלל רק הם דברי זולתו שהוא אחד מבחוץ וגם הוא א"כ לא ביאר דבריו יפה עם העדים שיעידו על ק"י ראובן עם לאה זאת הניצבת לפניהם כלל רק סתם דבריו עמהם שיהיו עדים ע"ד מצוה ותל"מ וכמבואר בדברי העדים הללו שבאו בתוך הקב"ע הבאה בשאלה ואפי' שאח"כ בא המקדש עצמו והראה להם המעות שבידו ואמר להם תראי מה בידי וכו' מ"מ הרי לא הזכיר להם למה זה הראה להם המעות הנ"ז ולא עלה על דל שפתיו שום רמז שהם כדי לקדש בהם את הנערה הזאת כלל וא"כ לע"ד ברור דבכה"ג דנ"ד לא חשיב כלל שהיה מדבר תחי' עע"ק לא עמה ולא עם אחרים לפניה ולא עם העדים עצמם ולא חשיב נמי אחרים דיברו בפניהם עע"ק כלל וגרע נ"ד ולא דמי לשום מכל נדונות הפו"ס ז"ל הם המדברים בפרט זה לא ראיתי כהנה כלל והדבר ברור אצלי מאד דבכה"ג דנ"ד כ"ע אזלי ומודו דלא חשיב כלל היה מדבר תחי' עע"ק וחזר הדין לומר לצד מהצדדים הנז' דלדברי שני העדים הללו או לפחות לחד מנייהו דאמירה היתה לאחר מתן מעות ולא הוו קי' גמורים לרוב ככל הפוס' ז"ל ולכל הדברות והצדדין

וצידי צדדין שכתבנו בעניותנו לעיל מידי ס"ס ומידי הכחשה ביניהם לא יצאנו ובצירוף האי ספיקא בהדי שאר ספיקות דאיתנהו בנ"ד הנאמרים באמת מה למעלה ומה שאני עתיד לבארם בס"ד יש לנו להקל לגמרי ולפוטרה בלא גט כלל וככל האמור ומדובר מה למעלה והדברים ברורים:

עוד יש דיעותא רבתי אמתני ותקיפא וספק גדול ועצום הוא מאד בקידושין הללו דבנ"ד מצד מ"ח גדולי הפוס' ז"ל שנחלקו בקי' כה"ג דנ"ד שהיו בב' עדים לבד הפך ההסכמה אי אפקיענהו רבנן לאותם הקי' מניה או לא כידוע וגם פה עיר עז לנו עוב"י דמשק יע"א כן הסכימו הרבנים הקדמונים מארי דאתרין ז"ל שלפני פנינו נ"ן בחרם חמור ובכל אלות הברית על כל המקדש בצנעא בב' עדים לבד שלא ביו"ד מישראל ומתוכם יהיה בראש הרב המרבי"ץ תורה או גברא בחריקיה אשר יורשה ממנו וגם מכללות היו"ד יהיו שני יחידי הק"ק והאיש אשר יעשה בזדון ע"פי ב' עדים ולא יהיה באותו מעמד יו"ד מישראל כנז' לא יהיו קידושיו קי' לא שרירין ולא קיימין וליהוו כעפרא דארעה וכדשא"מ ואותו כסף שנותן לאשה לשם קידושין הרי כאם הפקירוהו הפקר גמור בכח ב"ד יפה שבהם והפקיעו את קידושיו הפקעה גמורה וכו' כמו שבאה מבוארת הסכמת עירנו זאת בתשו' בירך משה להרב הגדול מארי דאתרין מהרמ"ג ז"ל ברסי' ג"ל יעש"ב וכבר כתבתי בעניותי בס"הק פני יצחק סי' י"ג וט"ז דחזרה ונתייסדה והוכרזה הסכמה זאת עצמה בזמן הרבנים מארי דאתרין מהרא"י ומה"ריפ ז"ל הקודמים לנו והכרזנו בהסכמה זאת בתוס' נופך חוזק ותוקף ובחרמות ונידויים בב"הכנ הגדולה ק"ק הלועזים תכב"ץ ביום שב"ק אחר חזרת התפילה ועלינו לתיבה יותר מיו"ד ת"ח הרשומים שבעיר כידוע ובכן הנה המקדש הזה דנ"ד הנה הוא עבר על חרם ההסכמה הלזו בזדון בנכל ובתרמית ואחר שכבר התרו בו בד"הץ יצ"ו שלא יעשה כזאת ואם יעבור יחרימוהו וכו' וגם הודיעוהו בפי' מתוקף ההסכמה הזאת ועכ"ז עבר על התראתם והסכמתם והודעתם הנז' והלך וקידש בב' עדים לבד והם ג"כ ריקים ופוחזים ביודעם ומכירם קאמינא אנא וידועים ג"כ לכל תושבי עירנו יע"א יצ"ו הנה בודאי הגמור דעבריינא ורשיעא יתקרי ואתאן לפלוגתא וגתא דרבוותא קמאי ובתראי ז"ל דאפליגו אם נפקעין הקידושין מכח ההסכמה הנז' שבאו דבריהם ז"ל בהסכמתם זאת בפי' גמור שהפקיעו והפקירו כסף הקי' בתוך הסכמתם הנז"ל דבכה"ג לרוב ככל הפוס' ז"ל הופקעו והופקרו קידושיו לגמרי וכבר אני עני הארכתי בעניותי בב' תשו' הנז"ל ושוב נד"מ ס' הבהיר נדיב לב ח"ב לגאון דורנו ראש"ל הרב מהרד"ח ז"ל ושם הובאה תשו' ארוכה ורחבה משני גדולי הדור רבני וגאוני עיר"ק ירוש' ת"ו יצ"ו ושם האריכו למעניתם ברוחב מבינתם בהסכמת עירנו זאת

יע"א הנז"ל עצמה ושק"וט בה טובא וצללו במים אדירים וסו"ד זו הלכה העלו דהסכמה זאת דבאתרין הנה היא מוסכמת מכל הפוס' ז"ל והרי היא שר"וק לפו"ד ולדברי הכל יצאה נערה זאת מאיסור תורה לגמרי דאפי' כת הפוס' ז"ל המחמירים להצריכה גט אפי' בהפקיעו כסף הקי' בפי' בתוך הסכמתם אינו אלא מדרבנן ומשום חומרא בעלמא דוקא הוא דחיישי להחמיר וכמ"ש הפו' ז"ל הו"ד בכנ"הג ויד אהרן א"הע סי' כ"ח הגב"י ובתשו' רבני וגאוני ירוש' ת"ו הנז' יצ"ו ובס"הק פני יצחק בב' תשו' הנז"ל ובס"הק לב נשבר סי' נ"ד ובשאר ספרן ש"ץ האח' ז"ל ע"ע הלא בספרתם והדברים עתיקים ופשוטים ומבוארים לעין כל חוזה:

והגם דהמקדש דבנ"ד אינו מתושבי עירנו זאת כלל ואיכא למימר דלא חלה עליו הסכמת עירנו זאת הנז' כלל דלא נכלל בתקנות ובהסכמות עירנו יע"א כי אם התושבים שבעיר דוקא וזה דהוא בא מארץ אחרת אינו נכלל ולא גזרו עליו הקדמונים ז"ל גזירתם והסכמתם הנז' כלל וגם ליכא למימר בכה"ג דנותנים עליו חומרי מקום שהלך לשם כיון דהוי חומרא דאתיא לידי קולא וכמ"ש המבי"ט ז"ל בח"א סי' ר"ו יע"ש וכ"כ ג"כ ש"פ ז"ל עיין בכנ"הג שם מ"מ בנ"ד ליכא למימר הכי כלל מתרי טעמי חדא דכבר נתבאר בשאלה דהתרו בו הב"ד הי"ו שאם יעבור ויתקדש בצינעא וחרימוהו וגם הודיעוהו מהסכמת עירנו זאת ואת כל תוקפה וגבורתה והוא סבר וקביל עליו לפניהם ולעיניהם א"כ הרי נכלל עתה הפעם בהסכמתנו זאת מכח ההתראה וההודעה הנז"ל ועיין במהר"י אדרבי ז"ל סי' יע"ש:

ועוד דכיון דהמקדש הזה דנ"ד הוא מעוב"י צובה יע"א הרי גם בצובה יע"א איכא הסכמה קדומה בח"ח ששום אדם לא יקדש כי אם ביו"ד כמבואר בתשו' המבי"ט ז"ל בח"א סי' ר"ו הנ"ל יע"ש א"כ ודאי דעבריינא יתקרי וחלה עליו הסכמת עירו ועירנו זאת יע"א בלתי ס' כלל וקידושיו ק"י ספק מדרבנן נינהו וכמדובר וזה פשוט:

באופן דמצד ריעותא וספקא דנא לחודיה יצאת נערה זאת דבנ"ד מקידושי תורה ואינה צריכה גט רק מדרבנן משום חומרא בעלמא דוקא ובצירוף שאר ספקות דאשתכחו בנ"ד הא ודאי דשרינן לה לגמרי בלתי גט כלל כמו שכן עלתה הסכמת כל הפוס' ז"ל להקל לגמרי בריבוי הספקות כידוע והוא פשוט וברור:

עוד יש בנ"ד ריעותא רבתי אחריתי וגם היא גדולה אצלי עד מאד והוא מצד העדים שהעידו על הקידושין דנ"ד עצמם שגם הם עברו על חרם ההסכמה הנז"ל מאחר שגם על העדים גזרו רבנן מתקני ההסכמה הזאת בגזירת נח"ש על המעידים בקידושין הללו

שיהיו בהחבא שלא ביו"ד וכו' כמבואר בתוך הסכמתם הבאה בבירך משה כנז"ל יעש"ב:

והנה הכא בנ"ד ברור הדבר מאד ששני העדים הללו דבנ"ד הוזמנו להעיד בודאי חשיבי דהגם דלפי דבריהם שמתחי' וראש נראין דבריהם שלא הוזמנו הם עצמם להעיד למקדש עדותם זאת מ"מ אחר זה הרי הם הוזמנו ונתייחדו לעדותם זאת כמבואר בדבריהם שבקב"ע הבאה בשאלתנו וזה ברור שהוזמנו להעיד אח"כ מיקרו באין ס' כלל. ומה גם שכבר כתבו הפוס' ז"ל דאין להאמין להעדים באומרם שלא הוזמנו רק נמצאו שם באקראי בעלמא ועוד דמ"מ היה להם לברוח ולהמלט קודם מעשה הק"י וכמ"ש רבני האח' ז"ל כידוע והגם דהב"ד יצ"ו מקבלי העדות ד"נד שאלו להעד הב' דאיך יעיד בזאת אטו אינו יודע שיש הסכמה בחרם גם על העדים והשיב להם שהוא יודע שהחרם הוא תוך העיר דוקא ולא חוץ לעיר כנז' בקב"ע הנ"ל. מ"מ הבל יפצה פיהו ואין להאמינו גם בזה לומר ששגג בזה מאחר דזאת הגינה שנעשו בה הקי' הללו היא סמוכה ממש לפתח העיר כידוע לכל ולעדים עצמם ובודאי דנחשבת בתוך העיר עצמה בלתי ס' כלל ועוד הרוחנו מזה מדבריו ג"כ שידע מחרם ההסכמה ועכ"ז עבר עליה וכיון שהוזמנו שניהם להעיד כנז"ל הרי רוב ככל הפוס' ז"ל ס"ל דנפסלו העדים גם לאותה עדות עצמה כמ"ש גדולי הפוס' ז"ל הו"ד בכנ"הג ויד אהרן א"הע סי' כ"ח ובעולת שמואל סי' ה' שם נקבצו באו כל סברות הפוס' ז"ל ועוד אחרן עין רואה בתשו' רבני וגאוני הדור יצ"ו הבאה בנדיב לב סי' ח' הנז"ל שגם המה בחכמתם האריכו למעניתם בפרט זה ג"כ בכל הצורך וגם במ"ח הפוס' ז"ל אי פלגינן דיבורייהו דסו"ד או לא וגם אם נפסלים העדים לאותה עדות עצמה אי דוקא מכאן ולהבא הם נפסלים וגם אם יכולים העדים לטעון טענת אשתלאי או מוטעין ושוגגין היינו או לא על הכל האריכו בכ"ז כיד ה' הטובה עליהם יעש"ב נפלאות מתורתם וגם אני עני הארכתי קצת בעניותי בכל סניפים הללו בס"הק סי' י"ג וט"ו הנז"ל ושם אספתי באומרים כל סברות הפוס' ז"ל המדברים בזה ואין צורך כעת לכפול הדברים ומשם באר"ה:

באופן דבהוזמנו שניהם להעיד כגוונא דנ"ד וכגון הסכמה דנא שבעירנו זאת דבפי' אתמר בהסכמתם דפקעת והפקרת כסף הקי' וגם גזרו והחרימו לעדים בפי' גמור וכנז"ל רוב ככל הפוס' ז"ל סברי מרנן דנפקעים הקי' וגם נפסלו העדים גם לאותה עדות עצמה וכמ"ש מהרח"ש ז"ל בא"הע סי' מ"ב וכ"כ כמה וכמה פוס' ראשו' ואח' ז"ל ע"ע הלא בספרתם:

אכן מ"מ לא פליטנא עדין מפלוגתא דרבוותא גם בכל פרטים הללו הנז"ל כיון דאיכא כמה מהפוס' ז"ל ומרן ז"ל מכללם דס"ל דלא נפסלו העדים רק מכאן ולהבא וגם י"ל דפלגינן דיבורייהו יע"ש וגם ממ"ח הפוס' אי מצו טעני אשתליין ושוגגים היינו וכיוצא בזה וכמ"ש בשמם אני עני ג"כ בס"הק הנז' בב' תשו' הנז' יעש"ב והמורם מכל האמור דמכל צדדים הללו מידי ספיקא לא נפקא וראוי והגון הוא גם ספקא דנא להצטרף בהדי שאר ספיקות שנפלו בנ"ד להקל ולהתירה לגמרי לנערה זאת דנ"ד בלא גט כלל ע"פי ריבוי הספקות וכמש"ל והדברים ברורים:

איברא דחזינא למר הרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' ר"ו הנז"ל שיצא לחלק ולומר דאפי' היתה ההסכמה בפי' להפקיע הקי' ומדעת בד"ח שבדור עכ"ז בנדונו היתה מקודשת כיון שזה שקדשה היה כבר משודך עמה ופשיטא דלא היתה כוונת המתקנים להפקיע קדושי המשודכת לו שהיא מזומנת להתקדש לו למחר תוך קהל ועדה וכו' שנראה שלא היתה תקנתם אלו על מי שהוא מקדש אשה שאינה משודכת לו בלי דעת אמה וקרוביה אבל אם היתה משודכת לו לא היה נכלל בתקנה אם לא שפירשו בפי' שהם כוללים נז' בתקנה וכו' עכ"ל יעש"ב וא"כ בנד"ן שכבר היא משודכת לו מקודם הקי' לא נכלל בהסכמה הנז' ולא חלה עליו ולא על העדים שלו כלל כיון דלא פורש בהסכמתנו שכללו בפי' גם על המקדש אשה המשודכת לו מקודם כמ"שיר הרואה: ולא עוד אלא רואה אנכי בלשון ההסכמה דכאתרין אשר הובאה בב"מ ר"סי ג"ל כנז' הנה נוכל לדיוקי מינה שפיר דעל המשודכת לו לא גזרו ולא תקנו כלל דבהצעת דבריהם בתחי"ד שם נאמר וז"ל ומלבד כי פתאיים עברו ונענשו אמילתיה דרב דמנגיד דמקדש בלא שירוכין וכו' עוד זאת היתה יתירה דנפ"מ חורבה וקלקולא וכו' עכ"ל יע"ש הרי להדיא מוכח מדבריהם הללו דכל עצמם לא באו לתקן ולהסכים בזאת אלא על שמקדשים אשה בלא שידוכין מזה הוברר דעל המשודכת לו לא גזרו ולא תקנו כלל וכדברי הרב המבי"ט ז"ל הנז"ל וא"כ לפי"ז לכאורה אין מקום עוד להני תרי ריעותי וספיקי בתראי הנז' כלל כנ"ד ואזדו להו לגמרי שלא ניתנו ליאמר בנ"ד כלל ואין לבטל ולהפקיע הקי' ולא לפסול העדים מכח ההסכמה כלל כיון דאנן עסקינן במשודכת לו כבר וגם העדים דנ"ד עצמם ידעי לה שכבר היא משודכת לו וכמ"ש בקבלת עדותם הנז' בשאלתנו ותו א מקום לפוסלם כלל וכדברי המבי"ט ז"ל הנ"ל על הפקעת הקי' ה"ה והוא הטעם ג"כ על פוסלות העדים מכח ההסכמה דכולהו אתו מטעם אחד שהוא מכח ההסכמה ובמשודכת לו לא גזרו ולא תקנו וכחילוק המבי"ט ז"ל וכאמור:

ברם אחר הראות היטב בספרן ש"ץ הפוס' ז"ל חזינא דהאי חילוקא דהמבי"ט ז"ל דס"ל למר דבמשודכת לא תקנו כנז"ל לאו הלכתא פסיקתא הוא ורבים לוחמים עליו דמלבד מ"ש בעניותי בס"הק פנ"י ח"א סיו"ד בדמ"ח סע"ב דהרדב"ז ומרן החבי"ב ז"ל פליגי עליה מסתמא בחי' הנז' שהרי נדון דידהו במשודכת לו מקודם מיירי ועכ"ז אתו עלה להפקיע הקי' ולפסול העדים מכח ההסכמה כיעו"ש גם הרב עדות ביעקב ז"ל בסי' ח"י מוכרח דה"נ ס"ל למר דלא כהמבי"ט ז"ל מדלא השיגו בזה להרב החבי"ב ז"ל ובפרט דמרן החבי"ב ז"ל כבר ציין חילוק המבי"ט ז"ל הנז' בשם אומרו בכנ"הג א"הע סי' כ"ח הגב"י אות מ"א יע"ש ועכ"ז בתשו' הרמתה הבאה בעדב"י סי' י"ז פסקיה לדיניה דלא כחי' המבי"ט ז"ל הנז' ולא חש ולא נרגש מד' המבי"ט ז"ל הנז' כלל כיעו"ש ש"מ דס"ל למר בפשוט דהאי חילוקא דהמבי"ט ז"ל לאו אליבא דר"ל הוי ופשוט:

עוד בה אנכי הרואה כעת דגם הרב מהרימ"ט בריה דרב המבי"ט ז"ל לא שמיע ליה כלו' לא ס"ל כחי' הרב ר' אבהו ז"ל הנ"ל כלל דחזינן ליה בח"א סי' קל"ח דגם נדונו היה במשודכת לו מקודם ועכ"ז אתי עלה הוא ז"ל לבטל הקי' ולהפקיעם ולפסול העדים מכח שעברו על חרם ההסכמה ולא נרגש מד' הרב מר אביו ז"ל בחי' הנז' דס"ל למר דבמשודכת לו לא תקנו כלל כנז"ל עם דבכל הסכמות עוב"י שאלוניקי ומ"ר קושטא יע"א לא כללו בפי' בהסכמתם גם על המקדש המשודכת לו ג"כ ועכ"ז הסכימה דעת עליון מהרימ"ט ז"ל שם להפקיע הקי' ולפסול העדים מכח ההתכמה דלא כחי' המבי"ט מ"א ז"ל הנז"ל והוא פלא אם לא שנאמר הרב תנא הוא ופליג עליה ומפני הכבוד לא רצה להביא דבריו ולחלוק עליו בפי' רק מסתמא דדוחק עצום הוא לומר שלא ראה דברי הרב מ"א ז"ל ואלו הוה שמיע ליה וכו' כי מי לנו גדול ובקי במילי דאבוה כוותיה דמהרימ"ט ז"ל כידוע א"נ דמהרימ"ט ז"ל ס"ל למר דגם הרב מר אביו ז"ל לא סמך בתשו' הנז' דסי' ר"ו על טע"ז לחוד להחמיר אלא בהצטרפות שאר הטעמים שכתב שם שהם העיקר אצלו ועליהם סמך באותו נדון להחמיר כיעו"ש:

באופן דנמצינו למדים דמשנה זו דהמבי"ט ז"ל בחי' לא נשנית בב"המד אבל שאר כל הפוס' ז"ל דהמעיין עוד בספרן ש"ץ הפוס' ז"ל בעיניו יראה כמה וכמה שנדון דידהו דעסקי ביה רבנן גם במשודכת לו כבר ומ"מ אתו עלה לבטולי ולאפקועי הנהו קידושי ולפסול עידיהן מכח ההסכמה ולא עלה על זכרונם חילוק המבי"ט ז"ל הנז' כלל וכמ"שיר המעיין:

ולא עוד אלא רואה אנכי דגם המבי"ט ז"ל גופיה תבריה לגזיזיה בח"א סי' מ"ט דשם יצא לישע להרב מהר"י בי רב ז"ל שביטל ופסל הקי' דאותו נדון מכמה טעמים ואתיא

מכללא איתי בידיה טע"ז להפקיע הקי' מכח התקנה וההסכמה כמבואר דבריו ז"ל שם ובתשו' מהריב"ר ז"ל גופיה בסי' מ"ב ובתשו' מהרלנ"ח סי' קל"ו ובתשו' מהר"מ אלאשקר ז"ל סי' ס' והנדון ההוא היה במשודכת לו כבר כמ"שיר הרואה שם ועכ"ז אתו עלה מהריב"ר והמבי"ט ז"ל להפקיע הקי' גם מכח ההסכמה הגם שלא נזכר בפי' הפקעת הקי' בהסכמתם ומכ"ש שלא נכלל בפי' בהסכמתם גם המקדש למשודכת לו כיעו"ש ותשו' זו דהמבי"ט ז"ל דסי' מ"ט הלזו אישתמיטיתינהו לרבני וגאוני עי"הק ירוש' תו' יצ"ו בתשו' הרמתה הבאה בנדיב לב ח"ב א"הע סי' ח' שכתבו מדעתם הרחבה בדעת עליון מהר"י בי רב ז"ל בדרך ארוכה ככל מ"ש הרב המבי"ט ז"ל שם כדעת רבו מהריב"ה ז"ל במיעוט שיחה נאה יע"ש וכיוונו לדעת המבי"ט ז"ל כיעו"ש ומזה למדנו ג"כ דכל גדולי הפוס' ז"ל הנז' שהם מהריב"ר ומהרלנ"ח ומהרמ"א והמבי"ט ז"ל עצמו כולהו ס"ל דאין לחלק בתקנה ממשודכת לו כבר או לא וכל אפייא שוים בזה וע"כ לא פליגי אלא אם נפקעים הקי' מכח ההסכמה או לא אבל לא פלוג רבנן בין משודכת לו לאיזה משודכת לו כלל דלא כס' המבי"ט ז"ל בסי' ר"ו הנ"ל וא"כ נמצא דכל גדולי הפוס' ז"ל הנז' חלוקים בזה ע"ד המבי"ט ז"ל שבסי' ר"ו הנ"ל וגם המבי"ט ז"ל גופיה ה"ן נסת"ר ממ"ש איהו גופיה בסי' מ"ט הנז' וא"כ דינא יתיב דאין מקום עוד לחוש ולהחמיר בנ"ד מכח חי' המבי"ט ז"ל הנז' ואין להכניסו בכלל ס' להחמיר מאחר דלית דחש ליה כלל וגם המבי"ט ז"נ עצמו לא עמד טעמו בז בסי' מ"ט הנ"ל וגם כבר מלתי אמורה לעיל דגם בסו' ר"ו הנ"ל לא סמך על טע"ז לחודיה כי אם בצירוף שאר הטעמים שכתבם שם בתחי"ד ובסוד"ק וכמש"ל וברור:

ועוד נלע"ד ברור דבכל כה"ג דנ"ד גם המבי"ט. ז"ל בסי' ר"ו הנז' שחילק כנז"ל שם עכ"ז אזיל ומודה בנ"ד דחיילא ההסכמה בחרם על המקדש דנ"ד ועל העדים דידיה אפילו שהיא משודכת לו משום דזיל בתר טעמיה דהמבי"ט ז"ל עצמו שם שנ"ט לחילוקו הנז"ל הכי אמר מר דה"ט משום דכבר היא משודכת לו ועומדת להתקדש לו למחר תוך קהל ועדה וכו' כיעו"ש משא"כ בנ"ד דגם השידוכין שלו היו בהחבא אך אם יום או יומים קודם הקי' והיה במחשך מעשיהם שלא כרצון ה' ורצון יריאיו ואינה עומדת להתקדש לו למחר תוך קהל ועדה כלל מאחר דכבר הוא נשוי אשה ראשונה בעירו ומושבע לה שלא ישא אא"ע ושלא יגרשנה בע"כ כלל וגם פה העירה כבואו לפה התרו בו בד"הז יצ"ו שאין לו רשות לקדש בצינעא אשה אחרת כלל עד שיגיע לידם כתב מרבני עירו יצ"ו שכבר גמר עם אשתו הא' והיתה הרש"ת ממנה ואם יעבור ויקדש בצינעא יכריזוהו בח"ח וגם הודיעוהו מחרם ומתוקף ההסכמה דבאתרין ועכ"ז איהו דידיה עבד ושם

בסתר אהלו לשדך ולארס בתולת ישראל ע"י הפתויים והסתות להנערה ולאביה ולאמה אשר לא כדת ש"ת א"כ איפא בודאי הגמור דמשודכת כזאת אינה עתידה להתקדש לו למחר תוך קהל ועדה כלל דלא יתכן שיניחוהו בד"הץ לעשות כרצונו הפך הדין הפשוט בלתי ס' כלל ובודאי הגם הרבנים הקדמונים מתקני ההסכמות הנז' דעירנו זאת ודצובה יע"א וכל שאר ערי ישראל טרם כל היתה כוונתם כתקנתם ובהסכמתם במכ"ש על נדון כזה וכיוצא בזה מלבד שאר בחורי ישראל הפנויים והשרויים בלא אשה כלל ופשיטא לי מילתא טובא דבכל כה"ג דנ"ד גם המבי"ט ז"ל בסי' ר"ו הנ"ל אזיל ומודה בנ"ד דחלה ההסכמה על המקדש זה דנ"ד ועל העדים דידיה הגם דשדיך כבר באין ס' אצלי מהטעם האמור והוא פשוט וברור:

וגם מאי דדייקינן בעניותין לעיל מלשון הסכמת עירנו יע"א בהצעת ד"ק שלא תקנו והסכימו להפקיע ולהפקיר כסף הקי' וגזרו נח"ש על העדים והמקדש כי אם באינה משודכת לו וכמש"ל גם את זה יש לדחות בנקל דליכא מהצעתם הנז' שום הוכחה לזה כלל דאל"כ בואו ונוכיח ג"כ מהצעת ד"ק על העדים ג"כ שהרי כתבו בהצעתם שמביאים עדים ריקים ופוחזים כיעו"ש וא"כ היתכן בעולם לומר שלא תקנו והסכימו וגזרו רק באופן שהעדים הם ריקים ופוחזים דוקא הא לאו"ה לא תקנו כלל הא ודאי בדותא היא וא"כ ה"ה והוא הטעם במשודכת לו:

אלא דבהצעתם הנז' המה בחכמתם באו להודיע ברבים טעמם ונימוקם לתקנתם ולהסכמתם הלזו ועל מה אדניה הוטבעו ולמה באו לידי מדה זו ומאיזה סיבה וסיבות ומה ראו על ככה ומה הגיע אליהם לתקן ולהסכים כזאת להפקיע ולהפקיר כסף הקי' לגמרי ולגזור נח"ש וכו' וע"ז הודיעו בהצעתם הנז' טעמם וטעמים שהובררו לכך ולא תידוק מדב"ק בהצעתם הנז' דדוקא בכה"ג תקנו והסכימו ולא בזולת זה דכשגזרו ותקנו לא פלוג רבנן ובכל גוונא תקנו והסכימו בין אם העדים הם ריקים ופוחזים בין אם יהיו נכבדים ויראי ה' וגם לא חילקו בין אם הנערה משודכת לו או לא כלל אלא על הכל היתה גזירתם ותקנתם והסכמתם ובפרט דכבר פירשו דבריהם בגזירתם אחר הצעתם הנז' באומרם ששום אדם לא וכו' יע"ש והאי לישנא דשום אדם הוא כולל בין אם היתה משודכת לו או לא והדברים ברורים:

באופן מצד זה שהיתה משודכת לו קודם הקי' כנ"ד איכא תברא להני תרי ספיקי בתראי ולא יגרע ולא יורע כחם מפני השדוכין שקדמו כלל והנה הנם ספיקות גדולות ועצומים מאד אשר מכחם יצאה נערה זו דנ"ד מאיסור תורה לגמרי ובצירוף שאר ספיקות הניתנים למעלה וכבעינן מימר לקמן בס"ד שו"הד נותנת להקל עליה לגמרי ולפוטרה בלתי גט

כלל אפי' שלא במקום עיגון כלל כיון דאסיר עלן לאחמורי עלה להצריכה גט שלא לפוסלה לכהונה ומשום שאר טעמי תריצי שכת' הפוס' ז"ל וכבר הארכתי בעניות גם בזה בס"הק פני יצחק ח"א ס"הי י"ג יעש"ב:

אשר ע"פי שני הספקות האח' הללו ניצולים אנחנו ג"כ ממה שהיה מקום להחמיר בנ"ד אפי' שהעדים הללו דנ"ד הם המה מכחישים זא"ז בחקירות ובבדיקות וגם אמרו איני יודע בחק"וד כמש"ל וגם אפי' לצד שנאמר דתרוויהו מודו או חד מנייהו דהאמירה ההרי את וכו' היתה לבתר מתן מעות וכמש"ל עכ"ז היה מקום להחמיר מצד פלוגתא דרבוותא ז"ל דאיפליגו בעדים המכחישין זא"ז בעדות קידושין דאיכא כמה פוס' ז"ל דס"ל דלא בטלה עדותם לגמרי דדל מהכא סהדא חדא מנייהו האומר איני יודע בחק"וד והמכחיש לחבירו בחק"וד והאומר דהאמירה היתה לאחר מ"מ אכתי פש גבן העד הב' שהעיד כהוגן בקידושי לאה לראובן דנ"ד וחזינן לכל הפוס' האח' ז"ל דהחמירו בקידושי ע"א להצריכה גט עם דרוב הראשו' ז"ל ס"ל בפשיטות דלא חיישינן לקי' ע"א עכ"ז באיסור ערוה החמורה חיישי רבנן לכל הסברות להחמיר כידוע וא"כ גם בנ"ד הנה מקום לחוש לסברת כמה מהפוס' ז"ל דס"ל דגם בעדים המכחישים זא"ז בחקו"ד ובגוף הקי' עצמם לא בטלה עדות שניהם דאכתי חיישינן לקידושי ע"א וכבר הביא מ"ח הפוס' ז"ל בזה הגאון האמיתי החק"ל ז"ל בא"הע סי' ך' בדמ"ה ע"ג יעש"ב:

והגם דגם ספק דפלוגתא דרבוותא ז"ל הלזו נוכל להכניסה בכלל הס"ס דבפלוגתא דרבוותא שנפלו בנדון זה וכמ"ש כן הרב הקדוש מופת הדור מהרח"ף ז"ל בס' חיים ושלום א"הע סי' כ"ב יע"ש מ"מ הנה אמת דהשתא דלא דאשתכחו בנ"ד נמי הני תרי ספיקי בתראי שהם ממה ריעותי רברבי וכנז"ל בכ"הג ודאי יודו כ"ע דלא חיישי' תו לקידושי ע"א כצל דמלבד דהא קמן דחבירו העד מכחישו בחק"וד רבות וכנז"ל עוד בה דגם בדידיה נפל בו הספק העצום הנז' אם נפסל גם לעדות זה ג"כ כיון שעבר על חרם ההסכמה וכסברת רוב הפוס' ז"ל דס"ל הכי וגם אם נפקעים הקי' עצמם מכח שעבר ומעל המקדש בחרם ההסכמה וכסברת רובא דרבוותא דס"ל הכי וככל מש"ל: וכבר הסכימו הפוס' ז"ל דהגם דחיישי' החמיר לקידושי ע"א מ"מ היינו דוקא היכא דליכא ריעותא וספקא אחרינא כלל ברם בדאיכא ספק וריעותא אחריתי בהרי ההוא ספיקי דפלוגתא בקידושי ע"א לכ"ע לא חיישינן תו להחמיר כלל כידוע בספרן ש"ץ ראשו' ואח' ז"ל הלא בס' לא עת האסף פה ועמ"ש בזה הרב ויקרא אברהם ז"ל בא"הע סי' ו' והרב ערך השולחן א"הע סי' מ"ב יעש"ב:

וכן ראיתי להגאון הרב מהרר"א קובו ז"ל בספרו הנחמד והנורא שער אשר הנד"מ כעת בתשו' א"הע ס"סי ל"א בדצ"ד ע"א וע"ב דאחר שהביא סניפים דשייכי להקל בנ"ד מחמת לשון גרוע של הקי' ופיסול עד אחד דכנ"ד הנוגעי' בדבר מחמת שכרו שוב אתא ואייתי מתניתא בידיה הני תרי ספיקי בתראי הנז"ל הבאים מכח ההסכמה הן משום הפקעת הקי' והן מצד פיסול העדים כנז"ל וכתב על שני הספקות הנז"ל שהם ריעותי אלימי אמתני ותקיפי טובא בהנך תרי סהדי וכו' ובסוד"ק כתב וז"ל ומאחר שכן דאיכא כל הני ריעותות בנ"ד ויש לעשות ס"ס להתיר ניצולים אנחנו ממה שהיה מקום לפקפק בנ"ד שלא להקל מצד גריעות הלשון וכו' דאפי"ה אין להקל משום דהכא בנ"ד המקדש והמתקדשת שניהם מודים דנתכוונו לשם קי' וכו' וכן ראיתי בתשו' אביר יעקב א"הע סי' כ"ד דהגם דבנ"ד היו בו כל הריעותות הנז"ל בלשון הקי' עכ"ז לא רצה להקל משום הט' דנתכוונו לש"ק שניהם ועוד טעם ב' שהיה שם בנ"ד שדיבר המקדש איזה דברים מקודם ואתי עלה מדינא דהיו מדברים עע"ק כיעו"ש ונאמר דהה"נ ככ"ד כיון שנתכוונו שניהם לש"ק ועוד דאיכא טעמם דשדיך דחשיב כמדבר עע"ק לדעת כת מרבוותא ואין לנו להקל דהגם דהלשון גרוע טובא כדאמרן דמ"מ כיון דאית לן הני ריעותי אחריני מצד פסלות העדים וכמש"ל הא והאי שפיר מקילינן ויש להתיר בלי פקפוק וכמ"ש הרב אביר יעקב שם דהגם דלא סמך עצמו להתיר מה"ט תריצי דגריעות לשון הקי' משום הנהו תרי טעמי דהוו בנ"ד אי משום דנתכוונו שניהם לש"ק אי משום דהיו מדברים תחי' עע"ק מ"מ מטעם פסלות העדים דהוה בנ"ד סמך עצמו להתיר בשופי וכיע"ש ואנן נמי בנ"ד הא ברירנא דמצדה פסלות העדים לבד יש לנו כדי להתיר בס"ס טובא ובפרט בהצטרף גם הנהו ספקי דגריעות הלשון פשיטא ודאי דיש להתיר בשופי הכל כדאמרן לעיל א"צ לכפול הדברים עכ"ל הטהור יעש"ב:

ובכן אוף אנן נמי בעקבותהם נזיל ונלכה באורחותיהם ונאמר דה"ה ה"נ בנ"ד דהגם דהיה מקום להחמיר בנ"ד בכל הספקות והריעותות הראשונות הנז' לדעת כת הפוס' האח' דחיישי לקידושי ע"א אפילו בהכחשתו מחבירו ובפרט כששניהם האיש והאשה מודים דנתכוונו לשם קי' ע"י העדים הנז' דיש לחוש ולהחמיר לדעת הפוס' ז"ל המחמירים בקידושי ע"א אפי' היכא שחבירו מכחישו בחק"וד או בעיקר הקידושין וכנז"ל הנה אמת דמ"מ כיון דאית לן השתא הכא הני תרי ריעותי וספיקי בתראי הנז' מצד הפקעת הקי' ופסלות העדים מפאת חרם ההסכמה וכנז"ל הא ודאי שפיר מקילינן ויש להתירה לגמרי בלי שום פקפוק כלל וכהסכמת שני המאורות הגדו' הרב אביר יעקב והרב מהררא"ק ז"ל

הנז' שכ"כ על נ"ד וכנז"ל ובהצטרף לזה כל הספקות והריעותו' דאיתנהו בנ"ד פשיטא ודאי דאין מקום לחוש עוד ולהחמיר משום צד ספק כלל וככל האמור ומדובר:

ואתה תחזה עוד להגאון גדול הדור הא'ח מהרר"א קובו ז"ל הנז"ל שם בסי' כ"ט מ"ש מני"ר ז"ל בדין המקדש בע"א וברוחב מבינתו האריך למעניתו כיד ה' הטובה עליו יעש"ב נפלאות מתורתו ברוך שחלק מחכמתו ודבריו נאמנו מאד ואינם צריכים חיזוק כלל כ"ש ממני אני הדל באלפי וממנו נקח נובין ונדון לנד"ד דכל ד"ק מישך שייכי לנ"ד וכמ"שיר המעיין א"צ להכפיל הדברים מעצמם מבוארים ובפרט דבנ"ד דאשתכח ביה יותר מתלתא ספיקי טובא וכמש"ל הנה בודאי הגמור דגם הגאון מהריט"א ז"ל המחמיר וחייש לה מני"ר להקל אפי' בתלתא ספיקי לפי מה שהבין בדעתו ז"ל הרב הגדול מהרח"ף ז"ל במ"ש בסי' ע"ה ולזה גם מני"ר מהרח"ף ז"ל גופיה רהיט אבתריה להחמיר גם בג' ספקות וכמ"ש בספרו הבהיר חיים ושלום בסי' א' וכ"ב יעש"ב עכ"ז הנה הוא עצמו שם בס"סי כת' להדיא דבד' ספיקי גם הוא יורה יורה ידין ידין דיש להקל בשופי לגמרי כיעו"ש כ"ש דיתיר בשופי כדאיכא טפי מד' ספיקי טובא וכגוונא דנ"ד כנז"ל וכ"ש לדעת הגאון מהררא"ק ז"ל בס"סי כ"ט הנ"ל שכתב ע"ד הרב מהרח"ף ז"ל שחילק בדעת מהריט"א ז"ל דדוקא באיסור ערוה החמורה הוא שהסכימה דעתו ז"ל להחמיר בג' ספקות וכנדון מהריט"א ז"ל דבסימן ע"ה משא"כ בשאר איסורי תורה שאינם איסור ערוה וכנדון מהריט"א ז"ל שבסי' י"א התם יש להקל בג' ספיקי וע"ז כתב עליו הרב מהררא"ק ז"ל שם דלא השגיח היטב וכו' יע"ש שהסכימה דעתו הרחבה בדעת עליון מהריט"א ז"ל דגם באיסור ערוה יסבו"ר ול"ו ידע מהריט"א ז"ל דיש להקל בג' ספקות אלא דשאני בנדונו דסי' ע"ה דהתם איכא דעת מרן ז"ל דס"ל להחמיר וס"ל למר מהריט"א ז"ל דלא עבדינן ס"ס להקל נגד דעת מרן ז"ל יעש"ב:

והנה אמת שגם אני עני בס"הק פני יצחק ח"א סי' י"ג דע"ב ע"ד ובסי' ט"ז דצ"ח ע"א כן חילקתי בעניותי בדעת עליון מהריט"א ז"ל להשוות דברי עצמו יחד ככל מ"ש הרב מהרח"ף ז"ל וכנז"ל ובו בפרק אנכי לא ידעתי שכבר קדמני בחי' זה הר"הג מהרח"ף ז"ל גם בתר הכי נד"מ ספר הבהיר נדיב לב ח"ב למוה"ר ראש"ל מהרד"ח ז"ל וחזיתינהו לרבנן גאוני דורנו רבני ירוש' ת"ו יצ"ו שם בא"הע סי' ח' שכ"כ בדעתיה דהגאון הרב מהריט"א ז"ל כיעו"ש גם כעת נד"מ ס' ישמ"ל וראיתי בב' תשו' א"הע שכ"כ משמיה דמני"ר הגאון ראש"ל גדול הנאמר באברהם נר"ו שהוא עצמו החותם ראשון באותה גדולה תשו' שבאה בנדיב לב סי' ח' הנז' יע"ש מעתה חלה על כולנו יחד תמיהת הגאון מהררא"ק ז"ל אשר תמה ע"ד הרב מהרח"ף ז"ל מדברי התוס' ז"ל אשר הגאון מהריט"א י"ל גופיה

כבר הביא דבריהם בדמ"ט ע"ג דס"ל להתוס' ז"ל דגם חליצה חשיב דבר שבערוה יע"ש והא ודאי אתמהא נמי טובא ע"ד הגאונים רבני ירוש' ת"ו יצ"ו ועלי דידי נמי דנתכוונו לדעת אחת עם הרב מהרח"ף ז"ל בחי' הנז"ל וכמדובר ועם שלענד"ן דיש לדחות קצת ועכ"פ באיסור יבמה לשוק ליבא רק לאו בעלמא דלא דמי לאיסור ערוה החמורה כאשת איש דאית. בה מיתת ב"ד וכרת וא"כ לכאורה נראה דאכתי החילוק הנז' בדעת עליון מהריט"א ז"ל בדוכתיה קאי וכדתי' אנן בעניותין בב' תשו' הנז' והוא הוא החי' עצמו שכתבוהו הרב מהרח"ף ז"ל והגאון ראש"ל אברהם בראש נר"ו וכנז"ל אכן מ"מ כיון דהגאון אייתי תחי' דברי התוס' ז"ל דס"ל דחליצה חשיב דבר שבערוה הגם דלית ביה רק לאו בעלמא ונטה דעתו ז"ל שם להקל בס"ס דפלוגתא דרבוותא ז"ל א"כ מוכרח דלא ס"ל לחלק בין הנושאים בדבר שבערוה גופה מהחמור לקל ועכצ"ל דשאני ההיא דסי' ע"ה דחש לה מר לדעת מרן ז"ל דמחמיר בנדון ההוא וככל מ"ש הרב מהררא"ק ז"ל ודבר ה' בפיהו אמת ולעולם בעלמא בדין דלא אשכחן למרן ז"ל דגילה דעתו בפשוט דס"ל להחמיר ומכ"ש כשדעת מרן ז"ל הוא מכת הסוברים להקל וכגוונא. דמקדש בע"א ובשני עדים המכחישים זא"ז דס"ל דבטלה עדותם לגמרי וכל כיוצא בזה בודאי הגמור דגם הגאון מהריט"א ז"ל מסכים הולך דיש להקל ולעשות ס"ס בג' ספיקי וכמ"ש הרב מהררא"ק ז"ל וכמדובר וכ"ש וק"ו אי אשתכח יותר מג' ספיקות וכנד"ד דפשיטא דיש להקל ולהתיר לגמרי בשופי בלי שום פקפוק כלל לכ"ע והדברים פשוטים וכן ראיתי כעת להרב משכנות הרועים ז"ל בדרצ"ז ע"א וע"ב שכתב וז"ל ואת"ל דאין כאן אלא עד אחד ואנן גרירי בתר מרן בש"ע דפסק שם דא"ח לקידושיו מ"מ מקובלני מגדול בדורו הרב ר"ן ז"ל דשמיע ליה דלא נפקא בלא גיטא אלא עד דמשתכח איזה ריעותא אחריתי אבל בלאו"ה חוששין לע"א ודבר ה' בפיהו אמת שכ"מ להרב דברי יוסף סימן ט"ו שכ"כ משם מהרי"ך ז"ל דא"ח כלל וכו' וכיון דא"צ גט אלא לכתחי' כשעדיין לא נשאת תסגי להו כל הנך סניפי להתירה לכתחי' ונתוועדנו יחד והסכמנו הס"ג מכאן והלאה דבתלתא ספיקי וכו' מקילינן לכתחי' וכו' עכ"ל הרי לפניו דגם רבני וגאוני עוב"י תונס המהוללה יע"א הקדמונים ז"ל כן עלתה הסכמתם דא"ח לקי' ע"א כלל כעדות הרב מש"דר ז"ל כ"ש בדאיכא תו ריעותא אחריתי בהדי הס' הא' הנז' דאזי לכ"ע לית דחש לקי' ע"א כ"ש כשחבירו מכחישו וכ"ש וק"ו בדאיכא כמה ספיקי וריעותי אחריני וכגוונא דנ"ד דלכ"ע אין מקום עוד לחוש ולהחמיר כלל וכמש"ל ועוד למדנו יפה מד"ק ז"ל ג"כ דבג' ספיקי נמי עלתה הסכמתם להקל ולהתיר לגמרי וככל הוראת הגאון מהררא"ק ז"ל הנ"ל וכ"ש ביותר מג' ספיקות וכגוונא דנ"ד דודאי ופשוט הדבר מאד דאין שום מקום עוד לחוש

להחמיר כלל וכל המחמיר עליה בגט אינו אלא מן המתמיהים ועוונו ישא כמ"ש הגאון רש"ל ז"ל וכמדובר:

עוד יש לצרף ולסנף לנ"ד סברת המרדכי ומהרי"ו ורמ"א והסמ"ע ז"ל בח"מ סי' ר"ח דס"ל דאם נשבע שלא למכור איזה דבר ועבר ומכרו המקח בטל דכל מילתא דאמ"ר לא תעביד אי עביד ל"מ יע"ש ומהראנ"ח ז"ל בח"א סי' כ"ד ומ"ב וס"ח יליף מזה למקדש בב' עדים לבד דכיון דאיכא הסכמה בחרם שלא לקדש בב' עדים וכו' ועבר וקידש לא אהנו מעשיו וסניף מיהא הוי אתד"ק יע"ש וכ"כ מהרש"ך ז"ל בח"א סי' זק"ן והרימ"ט ז"ל ח"א סקל"ח דעם דבתחי"ד מהרימ"ט ז"ל שם גמגם ע"ז מ"מ בסוד"ק עשאה סניף וס"ס להקל יע"ש וכבר מרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג א"הע סי כ"ח הגב"י אות ג"ן דאריך בזה יעש"ב גם ראיתי לכמה מרבני וגדולי האח' ז"ל שעשו גם הם בנדונות דידהו סניף וס"ס ע"פי סברא זאת להקל כמ"שיר הרואה להרב שמן המשחה ז"ל בסי' ס"ח ושם בסי' ס"ו דמ"ג ע"ד בד"ה וכפי"ז נראה וכו' יע"ש ומה שנטה דעתו ז"ל שם לכאורה לדחות טעם זה ממ"ש הרב מהרש"י ז"ל דהרמב"ם ז"ל ס"ל דהלכתא כאביי דאי עביד מהני ושוב דחאו יעש"ב הנה עין רואה להרב שער המלך ז"ל בה' גירושין בדכ"א ע"ב שגם הוא ז"ל הכריח בפלפולו דגם הרמב"ם ז"ל פסק כרבא דאי עביד ל"מ יעש"ב גם מה שחשש עוד הרב שמן המשחה ז"ל שם לסברת הרב מהרש"ק והרב ד"ן והרב נודע ביאודה ז"ל דס"ל דבעדות גטין וקי' גם המרדכי וסייעתיה מודו דאי עביד מהני יע"ש הנה מלבד להקת הפוס' ז"ל דאייתי הוא ז"ל התם דפלגן בהדייהו וס"ל דכל אפייא שוים לדעת המרדכי ודעימיה ז"ל וגם בעדות גטין וקי' ס"ל דאי עביד ל"מ יעש"ב עוד זאת הרואה יראה לכמה וכמה פוס' ז"ל שהביאו האי סברא דהמרדכי ודעימיה לסניף להקל גם בעדות גטין וקי' כגוונא דנ"ד כדיראה הרואה להרב נשמת חיים ז"ל בתשו' א"הע סי' ז' ולהרב ויקרא אברהם ז"ל בא"הע ס"סי וכתב שם שזה סניף גדול להקל יע"ש וכן יראה הרואה עוד לכמה אח' ז"ל לא עת האסף פה וע"ע בתשו' נדיב לב ח"ב ח"מ סי' ט"ו ומ"ה מ"ש בזה מני"ר ורבני שאלוניקי ז"ל יע"ש וא"כ גם אנן בדידן נילף מנייהו לעשות סניף וס"ס להקל בנ"ד גם מצא טעם זה כיון דהמקדש הנז' עבר על החרם של ההסכמה שבעירנו ועירו יע"א ואם עביד ל"מ וכסברת המרדכי ודעימיה ז"ל הנז"ל וכמדובר:

ומלבד דהמקדש הנז' דבנ"ד עבר על חרם ההסכמות וכנז"ל עוד זאת היתה יתירה בראובן זה המקדש דנ"ד שעבר ג"כ על השבועה שנשבע לאשתו ראי' בכתובתה שלא ישא אשה אחרת עליה וכו' וכנז"ל וכעת עבר על שבועתו וקידש לעצמו אא"ע ובאנו לדעת המרדכי ודעימיה דס"ל דאי עביד ל"מ וכמש"ל:

איברא דחזינן למרן ז"ל בתשו' א"הע דיני גיטין סי' י"ב ולהרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' של"ד ולמהרשד"ם ז"ל ביו"ד סי' צ"א דס"ל להדיא דקידושין לאו בכלל נשואין נינהו יע"ש וכ"כ הרדב"ז ז"ל הבי"ד הכנ"הג ביו"ד סי' רי"ו אות י"ז יע"ש וא"כ לדידהו ולשטתייהו בכה"ג דנ"ד שנשבע לאשתו הא' שלא ישא אא"ע וכו' ולא נשבע לה שלא יקדש אא"ע א"כ אם עבר וקידש אא"ע ולא נשאה עדין לא הוי עובר על שבועתו כלל כיון דאין קידושין בכלל נישואין לדעת כל גדולי הפוס' הנז' ז"ל וכנז"ל וכן ראיתי להרב מכתב מאליהו ז"ל בשער ח"י סי' כ"ב שכתב שכן דעת הרשב"א והר"ן ז"ל יע"ש וכ"כ הרב שער המלך ז"ל בפ"ח מה"ג די"ב שכן דעת הרשב"א בתשו' הביאה מרן ז"ל בב"י א"הע סי' ז"ך דאומר הרי את נשואתי לא שמענו שתהיה מקו' דלא תקרא נשואה עד שתבעל או תכנס לחופה יע"ש הרי להדיא דס"ל להרשב"א ז"ל דקידושין לאו בכלל נישואין הוו יע"ש:

ואגב אורחין הוק' לי לפי"ז עמ"ש הרב שער המלך ז"ל עצמו בפ"ו מה' יבום הי"א דאייתי התם מ"ש הרשב"א ז"ל בחי' בפ"ק דיבמות בההיא דהמגרש את אשתו ע"מ שלא תנשאי לפ' ועמדה ונשאת לאחיו ומת ונפלה לפניו שכתב' הרשב"א ז"ל שם דאפי' היא עצמה חולצת ואין אני קורא בה כל שאינה עולה ליבום וכו' דהרי זה כנודרת הנאה וכו' עכ"ל ותמה עליו הרב שע"המ ז"ל שם דשאני התם דקידושין תופסים בחייבי לאוין משא"כ בע"מ שלא תנשאי לפ' דלא תפסי בה קי' דקאי עליה באיסור ערוה וכו' עכ"ל יע"ש ואתמהא טובא דשכח ח"ו דברי עצמו מ"ש בה' גירושין הנז' בדעת הרשב"א ז"ל דס"ל דאין קידושין בכלל נישואין כנז"ל וא"כ באומר ע"מ שלא תנשאי לפ' וכו' הא ודאי דתפסי בה קי' אלא דחייב להוציאה דומה ממש לחייבי לאוין ולנודרת הנאה דתפסי בה קידושין ולכאורה דבריו צל"ע וי"ל בדוחק: ושו"ר להגאון החק"ל ז"ל ביו"ד ח"ג בד"פ ע"ג שהב"ד השע"המ ז"ל הנז' והשיגו בפשוט גמור דבע"מ שלא תנשאי לפ' אין אירוסין בכלל ושכ"כ הרשב"ש בסי' קל"ט יע"ש ולא זכר שר פה דזה במח' שנוי אי אירוסין בכלל נשואין או לא ועדיפא מנה הו"ל לאותובי עליה דהרב שע"המ ז"ל מיניה וביה וכמש"ל: עכ"פ לדאתן עלה לדעת כל גדולי הפוס' ז"ל הללו לא מיקרי ראובן זה דנ"ד עברין על שבועתו שנשבע שלא ישא וכו' ולא נכנס זה בסוג דכל מילתא דאמ"ר לא תעביד וכו' כיון דאין אירוסין בכלל נישואין וכנז"ל: אמנם הרואה יראה דאין זה מוסכם מכל הפוס' ז"ל דמלבד דמרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג א"הע סי' א' והבי"ד הרב נשמת חיים ז"ל שם שכתב דהרב ת"הד ומ"הרמ והרב ב"ז ז"ל כולהו ס"ל דאירוסין בכלל נישואין הווי יע"ש עוד זאת דהרואה יראה להרב החסיד מהר"י אלגאזי ז"ל בתוס' דרבנן סי' ולהגאון מר בריה הרב

מהריט"א ז"ל בשמחת יו"ט סי' צ"א הוכיחו במישור מדברי התוס' ז"ל שבפ' המגרש דפ"ב דס"ל להדיא דקי' בכלל נשואין יע"ש א"כ הרי אשכחן דהתוס' ז"ל וכמה גדולי הפוס' ז"ל דס"ל דאירוסין בכלל נישואין ולדידהו נפק"ל לדינא דאם נשבע שלא ישא ואירס לבד מיקרי עובר על שבועתו ולדעתם ז"ל באנו לס' המרדכי ודעימיה דס"ל דאי עביד לא מהני ובטלי קידושין וכנז"ל ועם דחזינא להגאון החק"ל ז"ל בא"הע חי' שדחה הראיה הנז' מדברי התוס' ז"ל הנ"ל יע"ש ותו חזינא להרב נשמת חיים ז"ל שם שהכריע דליכא ראיה מד' הת"הד והרב ב"ז ומהריב"ל ז"ל ודלא כהרב כנ"הג יעש"ב מ"מ מידי סברת הכנ"הג ומהריט"א ז"ל לא יצאנו ולדעתם ז"ל הנה אמה דהתוס' ז"ל וכל גדולי הפוס' ז"ל סברי מרנן דאירוסין בכלל נישואין כנז"ל ותו דגם הרב נשמת חיים ז"ל שם הודה למרן החבי"ב ז"ל שדעת מהר"מ ז"ל ודאי דהכי הוי דאירוסין בכלל נישואין יע"ש: נמצינו למדים דהאי כללא אי אירוסין הוי בכלל נישואין בל' בני אדם או לא במח' הוא שנוי בין גדולי הפוס' ז"ל ולדעת כת הפוס' ז"ל דס"ל דאירוסין נכלל בלשון נישואין א"כ כשנשבע שלא ישא גם הקידושין הוו בכלל ואם עבר וקידש באנו לסברת המרדכי ודעימיה ז"ל דאי עביד ל"מ וכמש"ל וע"ע להרב הקדוש מהרח"פ ז"ל בס' הבהיר חיים ושלום א"הע סי' כ"ב שהביא לנ"ד מח' הפוס' הנז' אי אירוסין בכלל נישואין או לא עפי"ד הכנ"הג יע"ש וע"ע בס' זוכרנו לחיים ח"ב א"הע אות ג' סי' כ"ט מ"ש בזה יע"ש והגם דבאמת רוב ככל הפו' ז"ל חולקים ע"ז וס"ל דבכה"ג דבדה האיסור מלבו אי עביד מהני ומרן ז"ל מכת הסוברים כן כמ"ש בש"הט ח"מ סי' ר"ח יע"ש מ"מ למאי דקמן סניף גדול מיהא הוי וכדאשכחן הכי לכמה פוס' ז"ל דעשאוהו סניף וצירפוהו לס' זה עם שאר ספקות דנפלו בנדונותט והסכימו להקל לגמרי וכמש"ל ודון מנייהו ואוקי באתרין וככל האמור ומדובר:

עוד יש בנ"ד סניף אחר להקל לגמרי בצירוף כל הנז"ל והוא זה דאחד מן העדים הנז"ל בתוך עדותו שהעיד בב"ד הנז' הודה בעדותו הנז' ששתו שכר בהיותם בגינה ההיא ביום הקי' הנז' מאצל הערל בעל הגינה והוא עשוי מסתם יינם בלתי ס' כלל וגם עדות הרב הש"דר מעיה"ק צפת"ו יצ"ו הבאה בשאלה שהעד הנז' הודה לפניו ולא בוש ששתה יין נסך וכמה עבירות חמורות רח"ל והגם דנימא דלא נפסל לעדות בהודאת עצמו משום דאין אדם משים עצמו רשע וכידוע מ"מ הרי יש לפניו עוד עד אחד שלא נתקבלה עדותו עדין והוא מוכן להעיד על העד הנז"ל שלפניו שתה יין נסך גמור כמה פעמים מקודם שהיו מעשה הקידושין הנז' ובדאיכא הודאת עצמו ועד אחד מעיד עליו כנז"ל הנה נודעה סברת ראב"ן ז"ל בסי' ז"ך די"ד ע"ג ובדק"א ע"ד דס"ל למר התם דבהודאת הבע"ד ועד

אחר המעיד עליו ג"כ משים עצמו רשע ופסול לעדות ולשבועה עפ"י עצמו ועד אחד שעליו יע"ש וכ"כ בשמו המרדכי בפ' חזקת דנ"ג סע"ג יע"ש וכ"כ מרן החביב"ב ז"ל בח"מ סי' ל"ד הג"הט אות ז"ן משם הרשב"א ומוהרי"ק ומהרשד"ם והמש"ץ ז"ל יע"ש וכ"כ הרב חש"ש ז"ל שם דהכי ס"ל נמי להדב"מ ז"ל בא"ח סי' ה' דלא כהרב"ד ז"ל בא"ח סי' כ"ט דפליג בזה יע"ש וכ"כ הרב ערוך השולחן ז"ל בח"מ סי' ל"ד הנ"ל שכ"ן שהוא דעת הרי"ף ז"ל בתשו' הביאה הטור בסי' פ"ז וכמ"ש הכנ"הג שם ושכ"כ הרב דברי אמת בקונט' ד"ל בדעת הרי"ף וכו' יע"ש וכן ראיתי להרב בני משה מגא"ה ז"ל בהל' עדות סי' ו' דאייתי התם מ"ש הרב כנ"הג בסי' ל"ד וכתב עליו דאשתמיט מניה דברי ראב"ן ז"ל הנז"ל וגם שם תמה ע"ד הרב ד"א ז"ל שלא זכר מ"ש הכנ"הג בסי' ל"ד וגם תמה על מ"ש הגאון הרב נודע ביאודה ז"ל בסי' ע"ב דפ"ג ע"ד שכתב בפשוט דלא כראב"ן ז"ל יעש"ב הרי לפנינו ראב"ן וכל גדוצי הפוס' ז"ל הנז"ל דס"ל בפשיטות דבעד אחד והודאת עצמו משים עצמו רשע ונפסל לעדות וכנז"ל וה"ה והוא הטעם בנד"ד דבהודאת עצמו לפני הב"ד והרב הש"דר הנז' נר"ו ועד אחד המוכן להעיד עציו ששתה יין הנה הוא נפסל לעדות ובטלה עדותו זאת לגמרי וכמבואר:

אלא שראיתי בס' ש"ץ הפוס' ז"ל שאין דין זה מוסכם רבים לוחמים ע"ז עד שאני תמיה ע"ד הרב בני משה מגא"ר ז"ל הנז' ש ששב דאין חולק ע"ז ודיבר קשות כנגד הגאון הנו"בי ז"ל דח"ו טעה בש"ה וכו' ומי לנו גדול מראב"ן דסל"ה לענין דינא עכ"ל יע"ש והוא פלא עצום עציו ועל דבריו ז"ל הללו שלא זכר שר דרבו החולקים ע"ד ראב"ן ז"ל הלא המה התוס' ז"ל בפ"ק דסנהדרין וכמ"ש הרב פ"מ ז"ל בח"א סי' פ"ט יע"ש וכן דעת הרב בית שמואל בסי' קט"ו סקכ"ד והח"מ שם סקכ"ח יע"ש וכל הפוס' ז"ל שנדחקו בדברי הרי"ף ז"ל שבתשו' הנז"ל שם בח"מ סי' ע"ז כולם חולקים ע"ז ולא אחד בהם שכ' כדעת הרי"ף ז"ל דס"ל כראב"ן ז"ל זולת הרב כנה"ג ז"ל שכ"כ בדרך אפשר ונמשך אחריו הרב ד"א ז"ל וכנז"ל גם מ"ש הרב כנ"הג בסי' ל"ד שכן דעת הרשב"א וכו' כנז"ל כבר תמהו עליו הרב חש"ש והגאון החק"ל ז"ל ביו"ד ח"א סי' קצ"ג שדברי הרשב"א ומוהרי"קו וגדולי הפוס' ז"ל הנז' אינם ענין לשיטת ראב"ן ז"ל כלל דלא איירי אינהו ז"ל לענין לפוסלו לעדות כלל רק לענין לפסלו לשחיטה וכיוצא מאחר שאינו מכחישו יע"ש וכ"כ הגאון האור"ות ז"ל סי' פ"ז בתומים סקכ"ז שדעת ראב"ן הוי הפך סתמיות דברי הרמב"ם והרשב"א וש"פ יע"ש הנלמד מזה דרבו החול' ע"ד ראב"ן ז"ל ודעימיה הנ"ל ונמצא דפיסול העד הזה דבנ"ד ע"פי הודאת עצמו יעד אחד המעידו במח' הוא שנוי ולרבוותא הנ"ל ז"ל אינו נפסל כלל ובחזקתיה קאי כיון דליכא רק עד אחד והודאת עצמו ואין אדם נפסל לעדות

ע"פי עד אחד וגם לא ע"פ הודאת עצמו דאין אדם מע"ר וכשיטת רוב הפוס' ז"ל הנ"ל ודלא כראב"ן ודעימיה ז"ל וכמבואר:

אכן מ"מ מידי ס' דפלוגתא דרבוותא ז"ל לא נפקא ולשיטת ראב"ן וסייעתיה ז"ל הרי העד הזה הוא מאיר דבנ"ד נפסל לעדות זאת ע"פי הודאת עצמו ועד אחד המעיד עליו וכנז"ל ובכן ממילא בטלה כל העדות דנ"ד לגמרי כיון שהוזמנו ונתיחדו בתר הכי שניהם יחד להעיד כנ"ל וכיון שנפסל אחד מהם בטלה גם עדות העד הב' כדקי"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה כל העדות ואין כאן אפי' מקדש בעד אחד כלל והגם שהרב כנ"הג ז"ל בח"מ סי' ל"ו הג"הטו אות א' הביא סברת יש מורים שלמדו מדברי התוס' ז"ל דס"ל דאע"פי שנמצא אחד מהם קרוב או פסול לא אמרי' דנתבטלה כל העדות אלא דלא הוי בב' עדים אבל לעד אחד מיהא מהני וא"כ אכתי יש לחוש לכת המחמירים להמקדש בעד אחד וע"ע להגאון הרב שב יעקב ז"ל בתשו' א"הע סי' מ"ש בזה יע"ש מ"מ כבר הסכימו כל רבני האח' ז"ל דאין לחוש לס' זו כלל ובהוזמנו שניהם לעדות זאת ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אין כאן קידושין כלל וכמו שראיתי הגאון מופ"הד מהרר"א קובו ז"ל בס' הנד"מ שער אשר בתשו' א"הע סי' ל"א שכ"כ בפשיטות ושכן ראה בתשו' אביר יעקב ז"ל בא"הע סי' כ"ד דקמ"ג שאסף וקבץ כל הצורך בזה יעש"ב עכ"ל: נמצינו למדים דגם מצד פיסול העד האחר בצ"ד בהודאת עצמו ובעדות העד אשר מוכן להעיד עליו שראהו כמה פעמים שותה יי"ן לפניו כנז"ל ודינו תלוי בפלוגתא דרבוותא קמאי ובתראי ז"ל כנז"ל הויא נערה זאת דנ"ד ס' מקודשת דוקא ובצירוף שאר הספיקות הנ"ל הדין פשוט להקל לגמרי להתירה בלא גט אפי' שלא במקום עיגון כלל וכמ"ש הגאון מהרא"ק ז"ל בס"ה שער אשר ס"סי כ"ט הנ"ל יעש"ב:

והגם שהודאתו של העד הזה ועדות העד המוכן ומזומן להעיד עליו אינו אלא ששתה תה יי"ן לרוב מאד ואינו אלא סתם יינם ואנן קי"ל דהשותה סתם יינם בז"הז לא נפסל לעדות רק מדרבנן ואחר שיכריזו עליו דוקא כדין כל הנפסל לעדות מדבריהם דלא נפסל רק אחר ההכרזה דוקא והוא מוסכם מכל הפוס' ז"ל כידוע וכמ"ש בא"הע סי' ל"ו מהרשד"ם ז"ל והרב עדות ביעקב סי' י"ז דל"ה סע"ד דהשותה סתם יינם בז"הז אינו פסול לעדות אלא מדרבנן ואחר ההכרזה ואפי' לסברת רי"א שכ' הרב העיטור ז"ל דהמקדש בפיסולי עדות מדרבנן אין חוששין לקידושיו מלבד דרבו החולקים ע"ז וכל הפוס' ז"ל החמירו להצריכה גט כמ"שיר הרואה עוד זאת דגם הני י"א עצמם לא כתבו כן כי אם במקדש בפיסולי עדות מדרבנן אחר שהוכרז עליהם בדינם דוקא וכו' אתד"ק יעש"ב וא"כ כפי"ז בנד"ד אין לפסול העד הזה דנ"ד בעבור שתייתו יי"ן שהוא סתם יינם בז"הז שאינו אלא

מדרבנן ועדיין לא הוכרז עליו כלל וכמ"ש גדולי הפוס' ז"ל הנז' וכן עלתה הסכמת כל האח' ז"ל וכמ"שיר המעיין ואכמ"ל:

אמנם האמת יורה דרכו דאכתי העד הזה דנ"ד הוא פסול גם מדאורייתא בעבור שתייתו סתם יינם וצא בעי הכרזה כלל כדין כל הפסול לעדות מן התורה וכמ"ש רבני וגאוני דורנו ב"ד רבה דעי"הק ירוש' ת"ו יצ"ו בתשו' הרמתה הבאה בס' הבהיר נדיב לב ח"ב א"הע סי' ח' בדכ"ט ע"ג וז"ל מיהו כיון דמרן וב"ד וכמה רבני ישראל גזרו בחרם על השותה סתם יינם כמ"ש אבי התעודה רב חיד"א ז"ל בש"ב יו"ד סי' קכ"ד אות כ' א"כ הו"ל עובר על החרם דפסול מדאורייתא ותלוי בפ"ד דרש"י ור"ת וכו' עכ"ל יע"ש ודוק מינייהו ואוקי באתרין וכמובן:

ועוד הא איכא קמן הודאתו של העד הזה לפני הרב הש"דר הנז' יצ"ו שבא על אשתו נדה כמה פעמים וביקש ממנו תיקון לנפשו ולעשות תשו' כנז"ל ואיסור זה הוא מדאורייתא בודאי וכיון שהודאתו היתה כדי לעשות תשו' ותיקון לנפשו לא אמרי' בכה"ג אין אדם משים עצמו רשע וכמ"ש התוס' ז"ל בכריתות די"ב ע"ב בד"ה או"ד וכו' יע"ש והרב החסיד מהר"י אלגאזי ז"ל בארעא דרבנן אות י"ז הביא ראיות רבות ונכוחות לדברי התוס' ז"ל הנז"ל יע"ש ועיין בכנ"הג סימן ל"ד סקס"ד ובשאר פוס' אח' ז"ל ועד אחרן אתה תחזה בתשו' הרב מהר"א חיון ז"ל כי באה בנדיב לב ח"ב א"הע סי' כ"ד בדנ"א ריש ע"ג שכ"כ יע"ש וא"כ גם צד זה הוא סניף גדול וראוי להצטרף בהדי שאר ספקות הנז"ל להקל לגמרי וכמדובר:

עוד יש ספק וריעותא רבתי בעד הראשון דנ"ד והוא זה דהנה העד הזה מלאכתו לנגן עם שאר האנשים המנגנים בתוף ובכנור בשמחות וגיל בבתי ב"ב ושאב"ב ושוב נתחבר עם הנהו נשי רשיעי המצרי"ות העברי"ות המנגנות לפני אנשים ב"ב ושאב"ב כי חצופות הם ואין ידינו תקיפא עליהם למונעם מכח החירות שניתן להם בעו"הר אמנם הטלנו והכרזנו בחרם חמור ובגזירת נח'ש שלא ילך שום אדם מנגן עם הבנות והנשים המנגנות החצופות הנז' לנגן עמהם ולסייעם כלל ומי שיעבור וילך עמהם הוא מוחרם ומנודה והנה העד הזה הא' דבנ"ד לא שמע לקול מורים והלך עם אחת מהנה כדרכו ככל הקדום ובד"הק יצ"ו כשומעם תכף הביאוהו לפניהם והניחוהו על פניו והתרו בו לבל ישוב עוד לכסלה ללכת עם האשה זונה החצופה המנגנת הנז' כלל ולא עם זולתה וקבל עליו כן לפניהם ושוב חזר לסורו הרע ודידיה עביד ולא הטה אוזן כלל וכ"ז היה מקודם שהעיד על הקידושין הללו בכמה חדשים כידוע לנו ולכל ח"ור עירנו יע"א יצ"ו א"כ הרי גם הוא נפסל לעדות מן אז והלאה ודינו תלוי בפלוגתא דרש"י ור"ת ז"ל ודעמייהו וכמו

שהאריכו בזה ב"ד הגדול שבירוש' ת"ו הרבנים הגדולים הנז' יצ"ו בתשו' הרמתה הנז"ל יעש"ב וגם אנכי עפר הארכתי בעניותי קצת בפלוגתא דרבוותא הנז' בס"הק פנ"י סי' י"ג וט"ז הנז"ל יעש"ב והכא לא מצי טעין טענת אשתלאיי ושוגג הייתי וכיוצא מאחר שכשעבר על החרם הנז' בפעם הא' חזרו בד"הץ יצ"ו והוכיחוהו ע"פ והתרו בו מחדש כנז"ל ועכ"ז עמד במרדו ודידיה עביד כנז"ל ולא עברו ימים מועטים במספר ירחים שהעיד על הקידושין הנז"ל וא"כ ראוי והגון ס' זה ג"כ להצטרפו עם שאר הספיקות הנז"ל להקל לגמרי ושור"הד נותנת דאינה צריכה גט כלל וכמדובר: אלא דאכתי פש גבן לברורי אי חיישינן לקלא דנפק על האי בתולתא דנא דנתקדשה. לראובן זה דנ"ד ויצא שמה בעיר מקו' אי מבטלינן ליה להאי קלא ולא חיישינן ליה או"ד דלמיחש מיהת בעי וכבר איפליגו בש"ס ובפוס' ז"ל בהאי דינא דקלא וחזינא לכמה וכמה מהראשו' והאחרו' ז"ל דאזלי לחומרא בנדונות דידהו להצריכה גט משום קלא דקי' דנפק עלה כמ"שיר המעיין בטור ובש"ע ובב"י א"הע סי' מ"ו ובכנ"הג ויד אהרן שם נקבצו באו כל סברות הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט זה ע"ע הלא בספרתם גם מע' רבני וגאוני עי"הק ירוש' ת"ו יצ"ו בתשו' הנז' האריכו המה בחכמתם ג"כ בסניף זה לבטולי ההוא קצא דנדונם יעש"ב גם אנא עניא בס"הק פנ"י בג' תשו' הנ"ל האריכתי בעניותי קצת בזה לבטוליה ההוא קלא דנפק התם יעש"ב ובכן גם בנדון זה למיחש מיהא בעי להאי קלא וחיובא רמיא עלן לבטוליה להאי קלא לפום דינא עפי"ד הפוס' ז"ל כדת מה לעשות:

ואחר הראות היטב בס' ש"ץ הפוס' ז"ל חזינא בקושטא דבנ"ד נמי לא חיישי' להאי קלא כלל דנ"ד עדיפא מכולהו נדונות הפו' ז"ל כפי מה שנתבאר בשאלה שלפנינו דהמקדש והעדים העלם העלימו את דבר הקי' מרוב פחדם שלא יענישום בד"הץ יצ"ו ולא גילו על עוונם לרוב ככל בני עירנו יצ"ו והגם דלא יבצר שנשמע קול הקי' הללו לקצת מבני עירנו מ"מ אין ולאו רפיא בידייהו דלא נתאמת להם עד שחלף הלך לדרכו המקדש הנז' ואזי הוכרחה הנערה לגלות און בד"הץ ותכף שלחו ב"ד אחר העדים וקבלו עדותם תכף ומיד והמה ראו בה שעתא כל הספקות הנופלות בקי' הללו ע"פי עדות העדים הללו ולא מיבעיא דלא אתחוק האי קלא בב"ד ולא בעיר כלל אלא אדרבא הוי קול ושוברו עמו דעל ידי קבלת עדותם הנז"ל אתרע ההוא קלא לגמרי והגם דנתעכב הדבר בבד"הץ ולא הורו בה שום התר כלל כ"כ זמן מעת קבלת עדותם ועד עתה מ"מ הא לא אכפת לן כלל לפו"ד משום דאמרינן דמימר אמרי אינשי כל העם מקצה דרבנן הם החמיצו את הדין כדי לעיין בדינה ועיינו בה רבנן ובדקו ומצאו שאין כאן קי' כלל וכדחזינן הכי למה"ריבל בח"ג סי' ל"ז ולהרדב"ז ח"ב סי' ד"ן ולהרב מ"מ א"הע סי' א' ולהגאון החק"ל

ז"ל בא"הע ס"סי ך' ובשאר פוס' א"ח ז"ל וכמ"ש בעניותי בס"הק הנז' סי' ט"ז הנז' יעש"ב ודון מינייהו ואוקי באתרין וכמבואר הכלל העולה מכל האמור ומדובר דנערה זאת דנ"ד הותרה לגמרי ואינה צריכה הימנו גט ושריא להתנסבא לכל גבר די תצבי ולית אינש די ימחא בידה מן דינא כלל והנלע"ד כתבתי לא להלכה ולא למעשה כלל כי אם ללמוד תורה באתי אך ורק אם יעלו דברי אלא לרצון לפני מ"ע רבני וגאוני דורנו יצ"ו ובפרט לפני ב"ד הגדול שבירוש' ת"ו ומר ברישא עט"ר וגאון עוזנו הגאון המפורסם ראש"ל גדול הנאמר באברהם נר"ו אזי ישמח לבי גם אני ואצטרף עמהם למעשה לסניף ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו דאדעתא דהכי נחיתנא וביה נמי סליקנא השתא וצור ישר' י"מ וימ"ן ויאיר עינינו בתו' אמן כ"יר נאום העבד זעירא דמן חברייא:
הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

סימן ח

שאלה ראובן נשא את לאה בת חנוך מזה זמן קרוב לשנתיים ימים ובעת כניסתו עמה לחופה מצא לה דם בתולים פעמים שלש ומזמן ההוא ועד עתה יושבת עמו ומשמשתו כשאר כל נשי דעלמא מבלי פוצה פה ומצפצף והן עתה חדשות מקרוב באו שבא טעון ראובן הנז' על אשתו בבד"ה יצ"ו שהיא אינה ככל הנשים ומיום קחתו אותה בריא בהשחתת זרע לבטלה יען שאינו יכול לבא עליה כדרך כל הארץ מחמת האוטם שיש לה ברחמה ואינו נכנס האבר כי אם מעט מזער ובה שעתא חוזר הזרע לחוץ וא"כ חשיב כמוציא ז"ל ורצונו לגרשה ולהפסידה כתובתה דאדעתא דהכי לא נשאה דסתם נישואין לאישות הוא וקרובי לאה טוענים דכיון דיש לו עכשיו קרוב לשנתיים ימים ולא דיבר מאומה מזה הענין בודאי שכל טענתו שקר והבל יפצה פיהו ומה גם שפעמים שלש ראתה דם בתולים והבעל מודה בזה ואם היא סתומה דם בתולים מנין לה ועוד אפי' את"ל כדבריו הנז' דהיא אטומה הי"ל לטעון האי טענה סמוך לחופה יום או יומים או חדש אחד למרבה וכיון דלא טען עד היום אימור השתא הוא שנעשה לה זה החולי ונסתחפה שדהו ואפי' את"ל דמתחי' היה לה זה החולי כיון דלא טען עד היום הזה אמרי' סבר וקביל דסתמא דאיניש אין שותה בכוס אלא א"כ בודקו יפה ואם נפשך לומר דלא אמרי סבר וקביל במום גדול כזה דסתם נשואין לאישות וכמו שטוען הבעל מ"מ אפי' לפי דבריו הא מיהא יש הכנסת עטרה ויותר וא"כ לא חשיבה אטומה ואינה ראויה לאיש וממילא חייב הבעל להמתין לה עד יו"ד שנים ולאחר זה הזמן יחדיו למשפט יקרבו לידע היכי לידיינו האי דינא לענין הכתובה והתוס' ואם אין רצונו להמתין לה יגדל פרע סכי כתובתה עיקר ותוס' הכל במושלם ואז מזומנת היא לקבל גיטה אף בתוך הזמן הנז' כל

אלו הדברים סידרו אותם אחת לאחת בפני מע' הב"ד יצ"ו והב"ד ציוו לקרובי האשה לבודקה ע"י נשים העבריות המיילדות הכשרות ושלחו מתם מע ג' ת"ח לקבל עדות הנשים הנז' וכן עשו וז"ן קבלת עדותם אב"א תב"ת הועתק מגוף העיקרי דוכרן סהדותא במותב תלתא כחדא הוינא כד אתו קדמנא הני נשי פ"ופ ואחר האיום והגיזום קמו ע"ר והעידו עדות ג"וש ע"ן הע"י איך היות אמ"וץ שנכנסו יחד אצל האשה פ' ובדקו אותה ברחם שלה אם היא ראויה לביאה אם לא והמה ראו שפתחה פתוח בחוץ ונכנס השמש דש מבפנים כמו רוחב שש אצבעות אבל בפנים ראו שיש בו מסך עור מפסיק על אם הוולד שלה ומגיע האבר עד המסך הנז' שהוא מפסיק לאם הוולד הנז' ואינה יכולה לקבל זרע בפנים אלא חוזר הזרע לחוץ שהוא מזריע בפנים ובדקו הנשים הנז' ביחד כולם את האשה הנז' והבדיקה היתה ע"י אצבעות וגם ע"י צנון ושיערו שיעור הצנון כמו רוחב ששה אצבעות בעומק תוך הרחם שלה כל אלה הדברים העידו הני נשי מראש וע"ס ולראיית אמ"וץ וכו' וכל הנז"ל קבלנו עדותם בפני הבעל והיה זה וכו' עכ"ל ואחר כ"ז עדין הבעל טוען דעכ"ז רוצה לגרשה עכשיו בלתי המתנת יום אחד ומבלתי שיפרע לה מעיקר כתובה ותוספת שום פ"ק ומתוך טענותיו טוען שאינו מאמין לעדות הנשים הנז' ורצונו לבודקה ע"י רופאי אליל ישראל או ארמאי ומע' הב"ד התירו לו בקום עשה שיביא רופאים ולבודקה וכן היה וז"ן העדות של הרופאים וז"ל אפי' שהאבר נכנס רוחב ד' אצבעות אבל אינה מולדת בשביל שהיא סתומה בפנים ע"כ וחתימי עלה ב' הרופאים יאודים שבדקו אותה ובכן לדעתו הבעל שנתחזקה טענתו להוציאה בלי המתנת יום אחד ובלי כתו' ותוס' כלל כלל לא וע"כ נפשם לשאול הגיעה ב' צדדים הנז' לידע מה יהיה משפט זה הנער ומעשהו עם ריבה זאת כי גדלה צעקתם עד לב השמים וכו' וכו' יורנו מ"ץ הדין עם מי ויבא שכמ"ה:

תשובה על שאלה זאת דבר נשאל עליה מרן מלכא גאון עוזינו הרב הגדול הגאון המפורסם ראש"ל תנא ירושלמאה גדול הנאמר באברהם נר"ו וכה היתה תשובתו הרמתה וז"ל ניחזי אנן בנ"ד דנכנס האבר תוך רחם אתתא ברוחב ד' אצבעות ודש מבפנים וגם זורה בתוכו ואינו מעכבו אלא פולטתו לחוץ אי איכא משום השחתת ז"ל ואסור לקיימה או לא הנה ביבמות. די"ב ג' נשים משמשות במוך ופירש"י מותרת לתת מוך במקום תשמיש כשהן משמשות כדי שלא יתעברו ע"כ ומד"ק מובן דהא לשאר נשים לא התירו משום דמצות הנשים על השחתת הזרע והתוס' שם משם ר"ת מיאנו בפירש"י וס"ל דלפני תשמיש אסור ליתן שם מוך דאין דרך תשמיש בכך והרי הוא כמטיל על העצים ואבנים אבל בנותנת אחר תשמיש אין נראה לאסור דהאי גברא כי

אורחיה משמש מידי דהוה אקטנה ואיילונית דלא אתסרו בתשמיש משום דלאו בני בנים נינהו ועיין תוס' דט"ל בד"ה שלש יע"ש וע"ש בתוס' הרא"ש ז"ל כ' כר"ת וא"כ נוכל לקיים פירש"י אעפ"י ששאר נשים אינן מצוות בהשחתת ז"ל מ"מ אין לה להשחית זרע האיש אם לא מפני הסכנה ול"ד לקטנה ואיילונית דלאו בני בנים נינהו ואפי"ה המשמש עמהן אין בו משום השחתת ז"ל דשאני התם דדרך תשמיש בכך וה"נ אם נותנת המוך אחר תשמיש לא היה בו צד איסור אבל בשמעתא דכל היד מוכחת שנותנת המוך קודם תשמיש הילכך שאר נשים אסור דהוי כזורע על העצים ואבנים עכ"ל וע"ע בתוס' הרא"ש ליבמות שם דלגמרי ס"ל כר"ת והנלמד מדבריהם דלשאר נשים לא הותר לתת מוך קודם תשמיש דעכ"פ האיש מצווה על השחתת זרעו ודוקא תוך התירו משום סכנה הגם דהוי כמטיל על העצים ואבנים להכי פירש"י ז"ל בכתו' דל"ו ע"א במ"ש התם בש"ס אשה מזנה משמשת במוך דהיינו שנותנת לאחר בעילה ושואבת הזרע יע"ש וה"מ דקודם תשמיש לא הותר אפי' במנחת המוך למעלה במקום שאין השמש דש דכנו"ד הבעל משמש כדרכו ולא אכפת להזונה משום המוך א"ו עיקר הקפידה משום השחתת זרעו המביא מבול לעולם דון מינה לנ"ד הו"ל כמוך לפני תשמיש ומפלת הזרע דהו"ל כמטיל על העצים ואבנים דאין זה דומה לאיילונית דמתקשה בשעת תשמיש דהתם סו"ס דש וזורה בפנים ושם נשאר הזרע ברחמה ואמרי' דרך תשמיש בכך אבל כשהאוטם דוחהו תכף בחוץ אין דרך תשמיש בכך וחייב להוציא מידי דהוה רואה מחמת תשמיש ג"ף דאסור להשהותה דחיישי' שמא יבא עליה עיין ביו"ד סי' קפ"ז סי"ב וכיון שכן כמו דהתם קי"ל בא"הע סי' קי"ז תצא בלא כתובה לא עיקר ולא תוס' ולא תנאי מתנאי כתו' שהרי אינה ראויה לתשמיש יע"ש ה"נ כן. איברא דשם לא אתמר אלא כשהיה לה בתחי' נישואיה אבל אם אירע לה אחר נישואיה אמרי' נסתחפה שדהו וא"כ י"ל כיון דשהה קרוב לב"ש ככל דיבר ממום זה אפ"ל דתחי' היתה ככל הנשים ומקרוב נתהווה לה זה האוטם ונסתחפה שדהו ויוציא ויתן כתובה כולה וצריך שיתן אמתלא הנראית לב"ד על שתיקותו עד עתה ודבר זה אפ"ל דיתברר ע"י רופאים או נשים בקיאות היודעות ומכירות אי הוי חולי חדש או ישן הן אמת דמצד הסברא י"ל אי אשה זאת לא נחלית בבית בעלה חולי שע"י יוכל להיות שמתהוה מום זה מסתבר לומר דמביאתו מבית אביה והוי חולי מבטן ומהריון או ע"י חולי שנחלית בבית אביה הגורם מום זה:

וראיתי בתשו' הרא"ש כלל ל"ג סי' ג' כעין נ"ד כתב דאסור לבא עליה כיון דלעולם הוא זורה בחוץ קרינן ביה ושיחת ארצה וגרע ממשמשת במוך דהתם הוא משמשת כדרך כל הארץ אע"פי שאין זרעו ראוי להזריע עי"ש ופסקו מרן בש"ע סי' כ"ג ס"ו ובסי' קי"ז

ס"ב וז"ל אשה שנבדקה ע"י נשים ואמרו שאינה ראויה לאיש אין לה לא כתובה ולא ת"כ עי"ש והוא ג"כ שם בתשו' הרא"ש וחזון הרבתי למהרש"ך ח"א סי' מ"ה דנשאל במי שטען על אשתו שאינה ראויה לאיש מחמת שנ"ל דעיקר מטרין לא הי"ל כי בבואו אליה הקושי אשר יש לה בפנים מונע הכנסת גשם בגשם ונבדקה האשה הזאת עי"ן מובהקות המיילדות העבריות ואומרות שבעלה א"א לבא עליה כי ה' סגר רחמה ס"ומ אין יוצא ואין בא ואפי' ע"י תרופות והשואל רצה לדמותה להך תשו' הרא"ש ז"ל שהביאה הטוא"הע סי' קי"ז והרב ז"ל כתב דאפי' דאין זה דומה להא דהרא"ש דהתם היינו שרחמה צר כמעט סגור שאין השמש יכול ליכנס ומום זה בלי ס' היתה יודעת שהי"ל א"כ נמצא שהיא הטעתו ולפיכך אין לה שום תנאי מת"כ ולא תוס' אבל מום זה שטוען חנוך על אשתו כי בבא עליה קושי שיש לה בפנים מונע הכנסת גשם בגשם יראה דמום זה הוא מום איילונית וכו' יע"ש ולכאורה דבריו תמוהים הנראה דהיינו נדון הרא"ש וכדעת השואל כפי מאמר בדיקת הנשים שאמרו שהיתה סוגרת ומסוגרת אבל הנראה בדעתו דהתם בנדון הרא"ש הבעל היה טוען שהיא טומטום אבל הכא לא טען במאמר הנשים אלא שאומר שמחמת הקושי שיש לה בפנים ומונע וכו' וגם הוזכר בשאלה שטען על שרואה דם מחמת תשמיש הרי דמשמש עמה ולהכי לא עשה רושם מדברי עדות הנשים ומדמי לה לאיילונית הכי היכי דהתם לא הו"ל למודע שמתקשה בשעת תשמיש ה"נ לא הו"ל למידע כפי טענת הבעל דקי"ל בעלמא הודאת בע"ד כק' עדים דמי וז"ב בכוונתו:

אלא דרואה אנכי למהרשד"ם ז"ל בסימן קי"ח דנשאל על נדון מהרש"ך ז"ל ופסק לדמות כהשואל דדימהו לתשו' הרא"ש עי"ש וכפי האמור דבריו מרפסין איגרי דלא דמיין לאהדדי ומה שנ"ל אופן האוטם דנדונם ובהכי יבואו הנשים חכמניות עם דברי הבעל שוין והוא במאי דאסברא לן הרב נו"בי מ"ת חא"הע סי' כ"ג ציור בית הרחם והכי אמר מר שהאיש בפגעו בין רגליה אינו פוגע תכף בפתח המקור רק דקודם הפתח יש שתי שפיות ועומק הסדק הזה היא הפרוזדור החיצון ובאמצע עומק הסדק הזה שם הוא פתח המקור וכ"ז שלא הגיע האבר לנקב ההוא שבאמצע הסדק אפילו דחק ונכנס כל עובי עומק הסדק ההוא ולא הגיע עד הנקב לא פגע ולא נגע בפתח המקור ובעומק הסדק באמצעיתו ממש ששם הוא מכוון הנקב שמשם יוצאים מי רגלים ושם הוא סגור בתולה ופתוח בבעולה וקודם הנקב לכ"ע אינו בכלל הראה דבעי' שיערה תוך הנקב הזה וזהו בפרוזדור החיצון ופרוזדור הפנימי קורא הכתוב מקור ממש ולעולם אין השמש מגיע לתוכו ועשה הכרחיות לזה דאלת"ה אלא דתכף מפי הסדק מתחיל הראה א"כ באשה בעלת בשר שסדר השפיות שלה עמוק ואי הבועל קטן האבר משכחת שיכניס

כל העטרה תוך חלל הסדק ועדיין לא יגיע לנקב שהוא פתח המקור אפי' לנשיקת האבר יע"ש שהאריך ולפי"ז יש להמציא תרי גווני אוטם יש אוטם באשה באמצע הפרו הפרוזדור החיצון וזה יכול להיות שהאשה בעצמה יודעת ויש אוטם בחלל הפרוזדור הפנימי שבאשה דבכגו"ד יכול לשבר בתולי' שהמה באמצע פרוזדור הנז' ויכול לשמש עמה בהכנסת העטרה ויותר הכל כפי מה שהוא אדם ואוטם זה מבפנים א"א לה למידע בתחי' אם לא ע"י שימוש שמגיע לשם ומונע ליכנס יותר בפנים כי הוא סגור מכל צדדיו ובכן אתו דברי הנשים ודברי הבעל שוים דהנדון היה דהאוטם מבפנים דמר מהרש"ך ס"ל דכיון דהוי בפרוזדור הפנימי והאיכא שימוש הבעל עמה עד אותו מקום נראה לדמותה לדין איילונית והשואל ומהרשד"ם דימו אותה לתשו' הרא"ש דסו"ס אינה ראויה לאיש כיון שחוזר הזרע ונפלט בחוץ ל"ד לאיילונית דשם נשאר הזרע תוך הרחם והיינו שלנו ממש דלפי דעת מהרשד"ם והשואל היינו ההיא דהרא"ש ומהרש"ך נשאר יחידי והיה נראה לומר דהתורת חסד בסי' צ"ז קאי כוותיה דכתב דאם אינו יכול לשמש עמה היינו ההיא דהרא"ש ושוב אינו מועיל טענת האשה אבל אם היה האופן כנדון מהרש"ך ח"א סי' מ"ה שדימה כדין איילונית הדין עמה בטענתה יע"ש הרי דמסתבר ליה כוותיה מיהו בסי' צ"ח דהתם רמי ומקשה כי קושיין דבח"ב סי' צ"ו דימה נדונו להרא"ש וסתר לדבריו דבח"א סי' מ"ה יע"ש וכן הגאון מוה"ר החק"ל מ"ב בסי' י"ב כתב דלא ירד לסו"ד והק' כקושיין יע"ש וכפי האמור לעיל במשמשת במוך שהונח מקודם דחשיב השחתת זרע' מינה יש סיוע למהרשד"ם אף דהוי הנחת המוך בפרוזדור הפנימי חשיב דמטיל על עצים ואבנים ואין סברא לחלק בין סגירת מוך לסגירת בשר דאיברא דהתם אי משכחת לה דסגר רחמה שלא במוך אלא בחתיכת בשר ועשתה אופן שתתקיים בתוכה נאסר כמו במוך ולא עוד אלא דמוך שואב הזרע ואינו נראה החוצה ואלו אוטם זה פולטת בחוץ הרי שיחת ארצה ממש כל שתכף פולטתו גם דברי הרא"ש הנז' יכולים אנו לפרש לפי דרכנו דנשאל באשה שיש לה אוטם בענין שאין השמש דש כראוי ולפעמים דש מבחוץ ולעולם זורה בחוץ כתב אע"ג דלפעמים דש מבפנים כיון דלעול' הוא זורה בחוץ קרינן ביה ושיחת ארצה וגרע ממשמשת במוך יע"ש הרי דהשמש דש אלא שאינו כראוי המובן דסגירת הרחם הוא בפרוזדור הפנימי אלא שאינה מקבלת הזרע דתכף פולטתו לחוץ ובדקדוק קרינן ביה ושיחת ארצה דקאמר מובן דבהכי מיירי דאי זורה מבחוץ כמשמעו לא הול"ל קרינן ביה אלא קרי כאן ושיחת ארצה ותו דבאותם הפעמים שדש בפנים למה לא זרה בפנים אלא הוא הדבר דאיברא שזורה בפנים ומחמת שתכף דוחהו בחוץ היינו דשייך לומר דלעולם זורה בחוץ דבשום פעם לא נשאר הזרע בפנים מכח האוטם שדוחהו

ולא דמי לאיילונית כלל דשם נשאר הזרע תוך הרחם ולהכי כתב דגרע מנותנת מוך לפני תשמיש דהתם סו"ס נשאר הזרע שם ולאט לאט שואבו המוך לא כן הכא דכולו יוצא לחוץ זה נר' פשט ד"ק ואת"ל דלא מיירי בהכי אלא דהאוטם בפרוזדור החיצון וא"ש דקאמר וגרע ממוך דהוי בפרוזדור הפנימי מ"מ אי לא גרע ממוך דינו יהיה שוה לדין מוך דחשיב כמטיל על עצים ואבנים ואסור לקיימה ובין כך ובין כך הרי מהרשד"ם ודעימיה פטרי לבעל מתוס' ות"כ אלא דמהרשד"ם מצריך נשים בקיאות שיודעים לבדוק ולברר החולי אם הוא מבית אביה או נולד לה בבית בעלה דאע"ג דהרא"ש ז"ל בתשו' לא חקר את זה דמשמע כל שמעידות שאינה ראויה לאיש די להוציאה בלי כתובה ות"כ מ"מ מסתבר ליה למהרשד"ם לדמותה לדין רואה מחמת תשמיש דמחלקינן אם היא תחתיו אמרי' נסתחפה שדהו ואפשר דהרא"ש מיירי דנתעורר לטעון תכף אחר הנישואין לא כן בנדונו שהיה נשוי עמה ב' שנים ומחצה אפ"ל נסתחפה שדהו והתימה על הח"מ ודב"ש ז"ל מפרשי הש"ע שעמדו לפ' דברי הרא"ש דקאמר שאינה ראויה לאיש דהיינו שהיא אטומה וכחי' מהרש"ך דתרי גווני אטומה. ולא נרגשו לפ' שצריך שהנשים הבודקים אותה יבדקו אם החולי הביאתו מבית אביה או נולד לה בבית בעלה כנראה דס"ל דכגו"ד א"צ לבדוק כל שמעידין שאינה ראויה לאיש וכו' ואפי' נולד בבית בעלה יוצאת בלא כתו' ולכאורה היה נ"ל דאין זה הכרח דאימור פשיט להו דחולי זה דסגירת הרחם אם לא הי"ל סיבה בבית בעלה הדבר פשוט דמבטן ומהריון הוא וכן משמע ליה למהרשד"ם אלא דע"כ היותר טוב הצריך בדיקת נשים היודעות ואם הגמ' לא הכירו תלינן דמבית אביה הביאתו אלא דאכתי לא יגהה מזור דלא הי"ל לסתום והול"ל דאם ידוע דהחולי נתהווה בבית בעלה כדחזינן כמה נשים דאירע להם כן דנוטלת כתובה משלם וכל ת"כ ומדלא ביארו מש' סתמות דבריהם דאין לחלק ובבל מקום שנתהווה זה החולי הבעל מגרש והיא פטיר ועטיר וכד הוינן בה ה"נ מסתברא דהנה מצאתי בתשו' מהר"י ן' מיגש ז"ל בסי' קכ"ט דכ' גבי ברייתא דמסכת נדה דף י"ב דאמרי' אשה שאין לה וסת דאסורה לשמש ואין לה לא כתו' ולא בלאות וכו' דמיירי אפי' אירע מקרה זה תחת בעלה מכח הכרחיות אשר עשה וכ' דאין לומר נסתחפה שדהו דזה לא נאמר אלא במי שראויה לזולת שיכו' לטעון ולומר לו אנא הא חזינן לזולתך ואנת מן שמיא הוא דקנסיך לגבי דידי ונסתחפה שדך אבל אם היתה אסורה לכ"ע לא נשאר עליה שמא דשדה ולא שמא דאישות והביא ראיה ע"ז מסוגיין דשלהי נדרים ומתשו' גאון ז"ל ואסיק לפיכך אין לה כתו' דודאי לא אסיק אדעתיה שיהא יושב ומצטער ועכ"ז יפרע כתו' אלא לא מפקינן מניה ממונא ואפי' שכבר קיים פ"ור וע"ש אמור מעתה דל"ד לרואה דם מחמת תשמיש

שאירע מקרה זה תחתיו דחייב דהתם לא נאסרה רק עליו וכשיוציאנה יכולה להנשא לאחר דאמרי' לא כל האצבעות שוות ולהכי אמרי' שפיר נסתחפה שדהו לא כן בנ"ד דהיא אטומה לכ"ע אסירא שוב אין לחלק אי אירע לה מקרה זה תחתיו או לא ובכל גוונ' פטור ואלו ראו מהרשד"ם ודעימיה את דבריו לא חלקו עליו ודמיון לזה עיין בח"מ סי' שכ"א ושכ"ב והמחנ"א ה' שכירות סי' ז' יע"ש איברא דהדבר מתמיה בתשו' זו דעשה עיקר מדברי ר"מ דלית הלכתא כוותיה וכמ"ש שם בש"ס וכ"פ כל הפוס' וכן תמה בני חכם בני כי ביצחק יקרא יצ"ו והיה נ"ל דחסר משם השאלה ולא נשאל אלא כגון נ"ד דנעשית אטומה אחר נישואה וע"ז מייתי למילף דינו מס' ר"מ ודו"ק: פש גבן למידע דאפ"ל דמדשתק כולי האי אחולי אחיל ונתפייס וכדאמרי' גבי מומין דאי בעל סבר וקביל ואי טעון ואמר דהיה סובר וממתין אולי תעשה רפואות תעלה ודאי דיועילו דבריו אלא דרואה אנכי דמהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל לא עמדו בנדונם עד"ז עבר זמן מה והנראה דל"ד לשאר מומין שבגופה דשייך לו' דנתפייס ומחיל משום דעיקר לקיחת אשה לאיש לשם ביאה כבר היא רואה לכך אבל במום שאינה ראויה לביאה דהכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה כגו"ד אנ"ס שאינו מתפייה ולא מחיל שאסור לישב עמה כדין רואה דם מחמת תשמיש וכ"ן סתמות הפוס' ז"ל כלל העולה מן האמור דאין לזאת רק נדונייתה והמוהר דנקרא נקד הכלול בנדונייתה כאשר כתבנו בספק אחר אבל כתו' ותוס' ות"כ לית לה מאחר שאינה ראויה לאישות לא שנא נחלית שאינו תחתיו ל"ש תחתיו ותוס' שלנו שנוי בפלוגת' דמוהריק"ו עם מרן ז"ל בב"י א"הע סי' ק' דדעת מוהריק"ו דינו כדין הנדוניא ולדעת מרן לא כן ומהרש"ך ח"א סי' מ"ה וח"ב סי' צ"ו כתב דדמי לקו"ד וכי היכי דאיבדה כתו' קו"ר גם תוס' לית לה והב"ש ז"ל סי' קי"ז סק"ג פליג עליה דהולך לשיטתו דסי' ק' דפ' מור"ם כמוהריק"ו ז"ל עי"ש ועיין מוהריק"ש ז"ל סימן קנ"ד ולהגו"ר א"הע כ"ד ס"יוד דכתבו דברי מוהריק"ו כלשון הזה ותוס' שלנו הנהוג בקצת מקו' דינו כדין מה שכלה ונאבד מהנדו' יע"ש ולפי"ז בנ"ד דפטור ממה שכלה ונאבד מהנדו' עיין בהר"ן סו"פ אלמנה נזונת ה"ה מה שכלה ונאבד מן הנקד שהוא המוהר פטור דבנדוניא חשבינן ועיין ב"ש סי' קט"ו ס"קד וסי' קט"ז קי"ז ס"קב ועיין בס' ירך אברהם ח"א א"הע סימן ח' מה שהאריך בענין זה ומסיק דאין לה אלא בלאותיה הקיימין יעש"ב ואולם ראיתי להרב ידי דוד קראסו ז"ל א"הע סי' ה' דכתב דהרמב"ם ומרן ז"ל בב"י ובש"ע לא כן דעתם וס"ל דנוטלת מה שהכניסה במשלם ומה שכלה ונאבד צריך להשלים יע"ש וצריך להתיישב בדבר ועיין הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב זהו מ"ש מצודתי בענין זה לפי צוק העתים וצו"י י"מ וימ"ן אכי"ר:

הכ"ד המעתיר לצור עוזי ומעוזי הצעיר אברהם אשכנזי ס"ט:
הן כל יקר ראתה עיני את השאלה הנז' ואת אשר נגזר עליה מפ"ק מע' הרה"א ראש"צ כמהרה"א אשכנזי נר"ו. ' והן אמת כי דבריו נאמנו מאד כפי השאלה המצגת לפניו ולזה הוצרך מני"ר ליכנס בחקי' אם אירע לה חולי זה תחת בעלה וגם אם אמרי' סבר וקביל ככל הכ' בדב"ק הנז' ברם כל לגבי דידי ליכא ספיקא כלל בכ"ז דהאי עובדא פה מחננו יע"א ועמדו לפני לדין הבעל עם קרובי האשה וטענו טענותם לפני לנוסח השאלה הנז' והוא זה חדא דהבעל וכל קרוביו טענו בריא שלא יוכל בעלה להוציא בתוליה כלל אפי' פעם אחת מחמת שלא יכול לבא עליה היותה אטומה לגמרי וגם שתכף אחר החופה צעק הבעל עם חמיו ואמ"ל שאינו יכול לבא עליה היותה אטומה ותכף הביאו אשה חכמה עם רופא אומן יהודי ופתח באזמל ועכ"ז לא הועיל כלום כי נסתמה אח"כ כבתחי' ממש ובכל הימים שעברו היה צועק הבעל עמהם והם היו אומרים לו ברמאות שכן דרך כל הבנות בתחי' נישואיהם עד שיעבור כמה שנים ולהיותו הוא בחור ופתי היה מאמין להם ומצפה אולי ברוב הימים תעלה ארוכה ומרפא למחלתה עד יומא כי האידנא כי לא יכול שאת עוד ומעולם לא סבר וקביל כלל וגם אשה זאת היא כעת בת ך' שנה ויותר ועדיין אין לה ווסת ואורח נשים כלל כ"ז טענת הבעל לפני בעומדם לדין ולפני קרובי האשה בבריא וגם אומר שיש לו בירור לכל דבריו הנז"ל וגם אחר זאת לא הכניסה לבעלה מבית אביה כלום וכל נדונייתה הוא מבעלה הנז' מהמוהר שנתן לה בתו' מוקדם החופה כנהוג בעירנו זאת יע"א וג"ז ברור אצלנו דהכי הוה עובדא בלתי ספק כלל א"כ איפה עין רואה כמה שינויי' והפרשו' בין מה שטענו לפני כנ' לבין מ"ש בשאלה הנז' בריש אמיר אין צורך לבארם וה"ה כמבואר:
ומ"ש מני"ר נר"ו לדמות נ"ד למשמשת במוך דאיכא איסור השחתת זרע כיון שפולטת הש"ז תכף ומיד הא ודאי דאינו ענין לנ"ד וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתוס' שכ' שאחר שהזריע בפנים יכולה לקנח במוך ולהוציא הזרע אפי' למ"ד אשה מצווה על השחתת זרע דאחר גמר המעשה מותרת לקנח במוך דלא מיקרי השחתת זרע אלא במי שגורם ע"י חימום להוציא זרעו לבטלה בין האיש בין האשה אבל לאחר שנעקר הזרע מן הגוף לא שייך בו השחתה ויש לי בזה אריכות דברים ואכמ"ל ובענין תשו' הרא"ש דכלל ל"ג סי' ב' הנז' בדב"ק הנה אמת דהמעיין היטב בתשו' מהרש"ך ח"א סי ע"ו והרב ת"ח סי' צ"ז והחק"ל במ"כ א"הע סימן י"ב יראה הרואה דכולהו רבנן סברי מרנן דתשו' הרא"ש הנז' לא איירי אלא באופן שהפתח סגור חותם צר שאין השמש יכול ליכנס ולפי מ"ש החק"ל והכי מוכח מ"ד ההת"ח ז"ל שכן היא דעת מהרשד"ם ז"ל באותה תשו' דא"הע סי' קי"ח אבל

כשהפתח פתוח והשמש נכנס לפנים אלא שע"י הקישוי שי"ל בפנים מונע הכנסת גשם בגשם אינה אלא איילונית ומתקשה בשעת תשמיש וכמ"ש מהרש"ך שם והסכים ע"י הרב ב"ש בסי' קי"ז סק"ט וכ"מ מדברי הרת"ח בסי' צ"ז וצ"ח וכן הוא דעת הרב עדות ביהוסף בחיו"ד יע"ש באופן שנמ"ל מד' מהרש"ך והרת"ח והחק"ל והב"ש והח"מ שם סק"ט דאיכא תרי גווני שאינה ראויה לאיש דכשהפתח סגור ואין השמש יכול ליכנס לפנים כלל בכגו"ד הוא שכתב הרא"ש ז"ל שאין לה לא כתובה ולא תנאי כתובה אבל כשהפתח פתוח שהשמש יכול ליכנס אלא שמחמת הקושי שי"ל בפנים מונע הכנסת גשם בגשם זוהי איילונית וכמ"ש מהרש"ך והת"ח ועדות ביהוסף שם וא"כ לנד"ד שהפתח פתוח שהשמש נכנס רוחב ד' אצבעות אלו שמשם והלאה אטומה וסתומה היא ודאי לא דמי לנדון הרא"ש דאיירי בהפתח סגור שאין השמש יכול ליכנס כלל דבהא הוא דאמרינן דהוי מקח טעות כיון שהיא ידעה שיש לה מום זה והטעתו והוי מקח טעות ואין לה עליו כלום לא כן באיילונית שהיא אינה יודעת שהיא מתקשה בשעת תשמיש ולא הטעתו היינו טעמא שיש לה תוספת מאחר שלא היתה יודעת שיש לה מום זה וחילוק זה הביאו מהרש"ך שם ובח"ב סי' צ"ז וא"כ הכא נמי בנד"ז דינה כאיילונית דהא ודאי מום זה לא היתה יודעת בו כיון שהפתח פתוח עד שיעור רוחב ד' אצבעות ואין דרכם של הבתולות למעך בפנים כי חוששים שלא ינשרו דם בתוליהן וסי' לדבר מועכות של בית רבי: ועוד בה מטעם שני שכתב הרב מהרש"ך שם בח"ב דחילק בין היכא דאינה ראויה לאיש לאיילונית דכשאינה ראויה לאיש שהפתח סגור מלבד שידעה שהיה לה מום זה והטעתו ליותר יפו"ך כתב דאפי' את"ל דגם מום זה לא היתה יודעת בו מה שאין הדעת סובל מ"מ יראה דלא דמי לאיילונית דבשלמא איילונית שעומדת תחתיו ומשמשתו כדין אשה עם בעלה בדין הוא שנאמר לאו כל כמיניה להפסדה אמנם בנד"ד שא"א לישב עמה כבעל עם אשתו פשיטא שאין לה עליו תוס' עכ"ל וגם טע"ז איתיה בנ"ד שהיא עומדת תחתיו ומשמשתו כדין אשה עם בעלה והגם דבנ"ד אינו יכול למרק כל האבר לפנים הלא גם באיילונית ע"י הקושי שי"ל מבפנים מונע הכנסת גשם בגשם ואמרו הנשים שהיא סוגרת ומסוגרת אין יוצא ואין בא ואפי"ה דן בה מהרש"ך ז"ל בתשו' שבח"א הנז' דהויא איילונית ויש לה תוספת ואפשר דנר' עדיף שהרי יכול לדוש ולזרות מבפנים ואין דבר מונע לא כן באיילונית שהקושי מונע הכנסת ג"בג ועיין בתשו' עדות ביהוסף הנז' והגם דמהרש"ך שם בסי' מ"ה וסי' ק"ז וקע"ד ובח"ב סי' צ"ז ובח"ג סי' לחלק יצא מתוס' דדינא דגמרא לתוס' הנהוג בז"הז דמוסיפין שליש מלבר דבתוס' הקצוב דחייב מן הדין ומוכרח להוסיף אותו דמי לעיקר כתובה וכיון דאיילונית לית לה

עיקר כתובה גם תוס' הנהוג בז"הז לית לה דהוא דומה לעיקר כתובה יעש"ב הנה זאת חזינן למוהריק"ו ז"ל דפליג וס"ל כל בתר איפכא דתוס' הנהוג בז"הז דמי לנדוניא ומרן ז"ל בב"י א"הע סי' ק' כתב ע"ד מוהריק"ו הנז' שאין דבריו נראין לו יע"ש ור"ל דאפי' תוס' הנהוג בז"הז שהוא ד"ק שליש מלבר שוה לתוס' האמור בגמרא ולא דמי לעיקר כתו' כדס"ל למוהרש"ך ולא לנדוניא כדס"ל למוהריק"ו ז"ל שהרי בש"ע סי' קי"ז פסק מרן ז"ל שדין איילונית כדין הנושא אשה מחייבי לא לאוין שאפי' לא הכיר בה יש לה תוס' ואי איתא דס"ל כמהרש"ך לא הי"ל לסתום אלא לפרש שדוקא בתוס' הנהוג בזמן הש"ס ולא בתוס' הנהוג בז"הז שהוא דבר קצוב מדסתם כולי האי נראה דהוא ז"ל אינו מחלק מתוס' הש"ס לתוס' דידן והכי מוכח מדברי מהרש"ך בח"ב סי' מ"ב דאחר דהביא דברי מוהריק"ו כתב וז"ל איברא שכתב] הר"הג מהרי"ק ז"ל וז"ל ואין דבריו נ"ל אמנם יראה לענ"ד דאיברא שאין הדין נותן שיהיה לזה התוס' הנהוג אצלנו דין נצ"ב במחי' מכבוד הרב מוהריק"ו מ"מ אין להפליא ולהרחיק שיהיה לו דין כתובה דהיינו מנה ומאתים וכו' ע"ש דמלשון זה שכ' אמנם ילענ"ד וכו' נראה שדעת מרן שכ' ע"ד מוהריק"ו שאין דבריו נ"ל היינו שכוונתו שאין לחלק בין תוס' האמור בש"ס לתוס' דבז"הז וע"ז כתב הוא ז"ל אמנם וכו' באופן כי ג' דעות נאמרו בענין תוס' הנהוג בז"הז דדעת מוהריק"ו דמי לנצ"ב ולמהרש"ך דמי לעיקר כתו' ולמרן ז"ל גם תוס' דבז"הז דמי לתוס' דהש"ס וכן בא הדבר מפורש בתשו' הרב משפט צדק ח"ב סי' ב' וכמ"ש כן הר"הג מני"ר נר"ו במיעוט שיחה נאה שלו הוא הביא לנו הג' סברות הנז' כמ"שיר הרואה כ"ז כתבתי לדינא דוקא אך למעשה העיקר כמ"ש הרב הגאון ראש"ל נר"ו מאחר שכך עלתה הסכמתו דאין לזאת האשה דנ"ד רק נדונייתה אשר הם בעין ככתוב בד"ק הנז' הנה ראוי לבטל דעתנו לנגד דעתו הרמה ומי כמוהו מורה ובפרט לזכות הבעל המוחזק וכל מה שכלה ונאבד מהנדוניא שלה פטור הבעל מהם לגמרי אפי' מכרם הבעל ואכלם או פיזרם לצורכו וכמ"ש הרב חסד לאברהם ז"ל בא"הע סי' ד' דט"ז ע"א וע"ע לו ז"ל שם דט"ז ע"ד דאייתי הוא ז"ל דברי מהריק"ש והגו"ר ז"ל בהעתקם לדברי מוהריק"ו ז"ל ודייק מלישנייהו דרב ז"ל לפטור בנ"ד מן התוס' לכ"ע לגמרי כיון דלדידהו התוס' כולו הוא כמו שכלה ונאבד מן הנדוניא וכמ"ש הרב פ"מ ז"ל יע"ש והוא כדדייק מני"ר נר"ו מדבריהם ז"ל ממ"ש ודבר ה' בפיהו אמת מיהו אנן לפי שטתיה דמני"ר נר"ו אין אנו צריכים לזה מאחר דמרן ז"ל חלוק ע"ד מוהריק"ו ז"ל ואנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל כידוע:

ברם מ"ש הרב מני"ר נר"ו וז"ל ולפי"ז בנ"ד וכו' לא זכיתי להבין דב"ק בזה דמה ענין המוהר לתוספת הנהוג שהוא שליש מלבר דעליו איפליגו מוהריק"ו ומרן ומהרש"ך ז"ל

ועל ההוא תוס' דמוהריק"ו הוא מ"ש מוהריק"ש והגו"ר ז"ל דס"ל למוהריק"ו דדינו כדין מה שכלה ונאבד מן הנדוניא כיון דהו"ל כדין נדוניא שאינה קיימת וכמ"ש הרב פ"מ בח"א סי' כ"ד דנ"ט ע"ג יע"ש ובמקום שנוטלת גם מה שכלה ונאבד מן הנדוניא נוטלת גם התוס' כולה ובמקום שאינה נוטלת מה שכלה ונאבד מן הנדוניא אינה נוטלת תוס' כלל ואם רצונו דמני"ר נר"ו לדון דין המוהר כדין התוס' הי"ל לפטור הבעל מן המוהר לגמרי אפי' אם ישנו בעין כעת ומאחר שכבר הסכימה דעתו הרמה דהמוהר חשיב דגרסי נדונייתה ממש כמ"ש מני"ר נר"ו קודם לזה א"כ תו לא דמי למ"ש מהריק"ש והגו"ר ז"ל משם מוהריק"ו על התוס' הנהוג דהתם דינא הוא שאינה גובה תוס' כלל לא כן בדין המוהר לדעת עליון מני"ר נר"ו דחשביה כנדוניא ממש ולאיזה צורך ולאיזה ענין אייתי לן הא דמוהריק"ש והגו"ר ז"ל באופן שלא זכיתי לירד לסו"ד עליון בזה ואם כל כוונתו דמני"ר נר"ו לפטו' לבעל במה שכלה ונאבד מן המוהר ויליף לה כרדמי למ"ש מהריק"ש והגו"ר בדין התוס' הנה מלבר דל"ד ז"לז וכדכתיבנא עוד זאת דאין אנו צריכין ללמוד ז"מז כלל דבלאו"ה הדין פשוט במוהר דאין להם אלא מה שהוא בעין דוקא ונלמד יפה מדין חצי השבון דחולקים גם המוהר ודוקא המצוי בעין ולא מה שכלה ונאבד כידוע וה"ה הכא נמי דמדין חזרת חצי השבון המוהר ילפינן להאי דינא לחייבו לבעל בנ"ד במוהר והוא פשוט:

פש גבן דעת עליון הרב ידי דוד קאראסו ז"ל דאייתי לן מני"ר הרב נר"ו דהסכים בדעת הרמב"ם ומרן ז"ל בנדוניא דאפי' שאינה בעין כולה חייב הבעל להשלים לה כנגד מה שכלה ונאבד הפך סברת הר"ן וכל קדושים עמו ז"ל דפטרי לבעל גם מהנדוניא שאינה בעין מלבד פיטורו מהתוס' כיעו"ש וכיון דקבלנו הוראות הר"מ ומרן ז"ל אפילו להוציא א"כ לכאורה יש לחייב לבעל בנ"ד בכל הנדוניא כולה אפי' במה שכלה ונאבד כנז"ל אמנם יפה כיוון מני"ר הרב נר"ו כמ"ש על דבריו דצריך להתיישב בדבר דכשאני לעצמי נתיישבתי היטב בכל דברי הרב י"ד ז"ל בזה וחזינא בעניותין דאחרמ"ה הראויה אליו אין דבריו מוכרחים כלל דאין לנו להוליד ולבדות מלבנו מחלוקת חדשה בין הפוס' ז"ל מכח דיוקא כגון דא מדלא פירשו שיחתם הרמב"ם ומרן ז"ל בדין מומין כדפי' שיחתם בשאר דיני נשים היוצאת בלא כתובה עיקר ותוס' ונכריח מזה דס"ל להרמב"ם ולמרן ז"ל בדין המומין דנוטלת הנדוניא כולה אפי' מה שכלה ונאבד הפך סברת כל הפוס' קמאי ובתראי ז"ל ואי איתא להא דהכי ס"ל לא הוה משתמיט שום פוסק הקודם לו ז"ל דלימא הכי בדעתם ז"ל ואין לנו לומר אלא חדא מתרתי או דאימא ילמד סתום מן המפורש ותנא לאו כרוכלא וכו' או דאימא דלא גילו דעתם הרמב"ם ומרן ז"ל בהאי דינא היכי ס"ל ואנן

ילפינן לה מדברי שאר הפוס' ז"ל שגילו דעתם בהדיא הכי או הכי ותפסינן דגל הקי"ל בהא אפי' באתרי דידן דקבלנו הוראות הרמב"ם ומרן ז"ל ובפרט בהאי דינא דכמעט דכל הפוס' ז"ל ס"ל להדיא דפטור הבעל מהנדוניא מה שכלה ונאבד ממנה זולתי הרב תומת ישרים ז"ל דפליג בזה להדיא והעמיס כן בד' הרמב"ם ז"ל וכמ"ש בשמו הרב י"ד ז"ל שם ולענ"ד אמינא ולמ"ס דאלו היה רואה הרב תו"י ז"ל דברי הר"ן ז"ל שבסו"פ אלמנה ניזונת ודאי דהוה הדר ביה מסברתיה וזה כלל גדול ומוסכם בפוס' דאמרינן בהו אלו הוה שמיע ליה הוה הדר ביה כידוע ולדעתי המעט הוא דהרב תו"י ז"ל יחיד הוא בזה במ"ש כן בד' הרמב"ם ז"ל כיון שהוא נגד כל הפוס' ז"ל אשר הביי"ד הרב י"ד ז"ל גופיה כיעו"ש ומדברי הרב יכין ובועז ז"ל דאייתי בידיה הרב י"ד ז"ל שם והוכיח מד"ק ז"ל דס"ל דחייב הבעל בנדוניא אפי' כנגד מה שכלה ונאבד וכדס"ל להתו"י ז"ל יע"ש לדידי ליכא שום ראיה כלל מד"ק דהוא ז"ל מיירי בנדוניא שהיא בעין דוקא אלא שהבעל מעכבם תחת ידו ואינו רוצה לתתם לה ע"ז כתב הרב יכין ובועז ז"ל שם דשלא בדין הוא מעכבם וגזל הם בידו יע"ש ברם בשאינם בעין שכלו או נאבדו כולם או מקצתם מודה הרב ז"ל דפטור הבעל בכל מה שכלה ונאבד וכשיטת כל הפוס' ז"ל דפטרי יתיה וכנז"ל וכבר הרב י"ד ז"ל גופיה הרגיש בחולשת ראייתו מתשו' הרב יו"ב ז"ל הנז' וצידד בדבריו כנז"ל אלא דכתב דמ"ש מדבריו דגם נצ"ב שאינם בעין חייב לשלם יע"ש ולענ"ד ליכא שום משמעות כזאת בדבריו ז"ל כמבואר לכל ישר הולך ונשאר הרב תומ"י ז"ל יחיד בדב"ן כמ"ש כן בד' הרמב"ם ז"ל וכנז"ל:

באופן דבדין הנדוניא אשר הכניסה מבית אביה דעתי נוטה דאין לה אלא מה שהוא מצוי בעין וכל מה שכלה ונאבד מהם פטור מהם הבעל לגמרי ככל אשר העלה הרב הגאון ראש"ל נ"רו והלא במ"ש הרב י"ד ז"ל וככל האמור ומדובר. מיהו אם היא מוחזקת מנכסי הבעל כנגד מה שכלה ונאבד מנדוניתה בהא ודאי מודינא דיכולה לטעון קי"ל כהרב תומ"י והרב י"ד ז"ל שהבינו כן בד' הרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דאפ' מה שכלה ונאבד מהנדו' חייב הבעל להשלימם לה מדיליה ובלאו"ה האיכא סברת ר"שי והרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל דס"ל דאפי' בעוברת על דת וחברותיה יש להם נדוניא אף מה שאינו בעין וכ"ש בנמצאו עליה מומין או נדרים דס"ל דחייב הבעל לשלם לה כמ"ש בכ"ז הרב י"ד ז"ל שם יעש"ב ברם לאפוקי ממונא מניה דבעל עפי"ד התומ"י והי"ד ז"ל שכ"כ בד' הרמב"ם ז"ל זה אין בידנו כח לחייבו כלל אם הוא מוחזק וכמדובר והדברים ברורים:

אך את זה מה שהסכימה דעת עליון הרב ראש"ל נ"רו דגם במוהר המצוי בעין חייב בהם הבעל כדין הנדוניא ממש וכמ"ש בפסק אחר ככתוב בד"ה הנז"ל הנה אמת לדבר הזה

יסלח האדון מני"ר נר"ו כי לענד"ן דבכה"ג דנ"ד אין לדון דין המוהר שהוא המוקדמין הנקרא בל"ע נקד לדין הנדוניא כלל מטעמים שאבאר בס"ד חדא דלאו זה המוהר גריע וריע מנצ"ב בכה"ג דנ"ד ואין לו אנא דין תוספת ממש וראיתי בפסק האחר כת"י של מני"ר נ"רו דהתם הסכימה דעתו א"כ דדין המוהר כדין הנדוניא ממש לחייב הבעל בהם וכל דמצוי בעין וההוא נדון הוה עובדא במי שנשא אשה ואין לו גבורת אנשים ולא יכול לבא עליה אפי' ביאה ראשונה כלל ועדין האשה בבתוליה ולא ענו בה כלל ועכ"ז חייבו הרב מני"ר נ"רו בכל המוהר כנז"ל וכל חיליה דמני"ר נ"רו התם בפסק הנז' לדון דין המוהר כדין הנדוניא דאזל מר התם בשיטת החכם השואל שם שרצה לדמות דין זה של המוהר לדין חצי השבון דתקנת ראשונים ז"ל דחולקים גם במוהר המצוי וכמ"ש מהרי"טץ סי' קע"ג ומהריק"ש בא"הע סי' צ"א וקי"ח והרב מר ואהלות ז"ל ומנייהו יליף השואל הנז' בדדמי דה"ה נמי באשה היוצאת מבעלה בגט בלתי עיקר ותוס' כנ"ד דעכ"פ גובה הנדוניא והמוהר כל אשר ישנו בעין ומני"ר הרב ראש"ל נ"רו הסכים ע"י ואמר שכן הדין נותן כדחזינן הכי בחצי השבון יע"ש ועל פסק זה הוא דמסתמיך ואזיל מני"ר נ"רו גם הכא בדין זה דנ"ד לחייב להבעל דנ"ד גם במוהר המצוי בעין וכמבואר וכל לגבי דידי הלכה זו רופפת בידי טובא דבאמת שנא ושנא טובא דין ההשבון דחולקים חצי המוקדמין כשם שחולקים חצי הנדוניא דהנעלת ליה מבית אביה לשתי הנדונות הללו מתרי טעמי תריצי חדא במתה האשה בלתי זש"ק עכ"פ כבר נהנה ממנה בעלה בביאה ג"כ ולזה בדין הוא שתזכה בחייה בכל המוקדמין שנתן לה בעלה קודם חופתה שהוא המוהר הנקרא בל"ע נקד ברם בגוונא דההוא נדון שאין לו גבורת אנשים כלל ולא בא עליה אפי' ביאה א' וכגוונא דאטומה דנד"ן שלא יכול לבא עליה כלל היותה אטומה סוגרת ומסוגרת מנ"לן למימר שתזכה במוהר ולחייב לבעל לתתם לה כשיגרשנה בע"כ שלא בטובתו הא ודאי אין סברא לחייבו בהם כלל ודבר זה קיימתיו מסברא דנפשאי ושוב ראיתי הדבר מבואר להדיא הכי בתשו' הרד"בז ז"ל ח"ב סי' ר"ה שנשאל במורדת דמאיס עלה מהו שתזכה במוהר והשיב וז"ל דאם לא בא עליה כלל דמלילה ראשונה אמרה מאיס עלי אינה זוכה במוהר ואם היא תפוסה בו מפקינן מינה כשירצה לגרשה וה"ט משום דלא נהנה ממנה כלל יעש"דק והוא ממש כדכתי' בעניותין ולפיד"ק ז"ל מכ"ש נפיק דאם היא אטומה לגמרי או שאין לו גבורת אנשים ולא בא עליה כלל דאינה זוכה במוהר כלל כיון שלא נהנה ממנה דאדעתא למשקל ולמיפק לא נתן לה וכמ"ש הרדב"ז ז"ל שם להדיא יע"ש:

זאת ועוד אחרת טעם כעיקר דאין לדמות כל כה"ג דנ"ד דאטומה ודההוא נדון שאין לו גב"א הנז' לדין תקנת חזרת חצי השבון באותה האשה בלתי זש"ק דהתם דוקא הוא דתיקנו לנו הראשו' ז"ל ולהכי כיון דחזינן אנן לתקנתם דיינינן הכי במקום שתיקנו דוקא אשר לא כן כשמגרשה מאיזה סיבה שתהיה בע"כ שלא בטובתו שהדין נותן לכפותו לגרשה כה"ג דנ"ד וכיוצא בו דלא חזינן להראשונים ז"ל דתקינו גם בזה כלל וכיון דחזינן להו דלא תיקנו גם בזה א"כ יחזור הדבר לד"ת ודינא הוא דעל מנת שתצא לא כתב ולא נתן לה ולא נילף במה מצינו כלל:

וראיתי שגם הדבר הזה אשר דיברתי בעניותי הוא מפורש יוצא להדיא בתשו' הרב המוסמך מה"רי בי רב ז"ל בסי' מ"ז שנשאל גם הוא ז"ל בדין המורדת שנוטלת נדונייתה אם נוטלת גם המוהר והשיב הוא ז"ל דאין ללמוד דין זה מדין השבון כלל שאע"פי שלענין המתנה כשמתה בחיי בעלה בלא זש"ק שהמוקדם והסבלונות חשובים כנדוניא לענין חלוקה כשחולק הבעל עם יורשיה שהתקנה היא שכל מה שנשאר בעין וכו' דוקא לזה הענין היא חשובה כנדוניא אבל לענין שאר דברים אינה חשובה אלא כשאר נכסי הבעל וכן עשינו כמה פעמים וכו' הטעם הא' שמנוסרי כתובתה נלמוד וכו' אלא ודאי אינם כותבים אלא לברר מהו המוקדם כדי שאם יבא דבר שבשבילו כופין לגרש שלא תקח אלא מה שהכניסה מבית אביה דאדעתא למיפק ולמשקל לא יהיב לה. גם יש ראיה אחרת ממ"ש הרא"ש והריב"ש ז"ל שבענייני התקנות אין ללמוד מהם אלא מה שהוא מפורסם ומבואר ומה שאינו מפורסם ישאר לדין תורה ואמנם המפורסם לענין המוקדם והסבלונות שהם כנדוניא לענין חלוקת הבעל כשמתה אשתו אבל לענין כל שאר דברים נשארו כדינם ועל החולק להביא ראיה דהו"ל הממע"ה וכו' עכ"ל וכ"כ המבי"ט ז"ל בח"א סי' רס"ו בדין המורדת הנז' שפסק שאינה נוטלת המוקדם הגם שחולקים בהשבון דלענין כזה אין המוקדם בנדוניא וכתב בסוד"ק שכן מצא תשו' למה"רי בי רב ז"ל ביבמה מורדת שאין המוקדם כדין הנדוניא לזה ולכיוצא בו עכ"ל:

הרי להדיא דס"ל למהריב"ר ולהמבי"ט ז"ל דאפי' במורדת שכבר בא עליה ונהנה ממנה בביאה עכ"ז אינה נוטלת המוקדם כלל ופליגי ע"ד הרדב"ז ז"ל בזה אכן כשלא ב"ע כלל ולא נהנה ממנה בהא כולהו שוו כחדא דאינה זוכה במוק' כלל כנז"ל וא"כ כ"ש שיסברו באין לו גב"א או שנמצאו בה שאר מומין שבסתר דהדין נותן שתצא בלא עיקר ותוס' דגם המוקדם אינה נוטלת לדעת הרדב"ז אם לא בא עליה כלל ולדעת מהריב"ר והמבי"ט ז"ל א"פי בא עליה וככל הנז"ל וכללא כיילי לן אינהו ז"ל שאין דין המוקדם כדין הנדוניא לזה ולכיוצא בו כנז"ל ונמצא א"כ דבכה"ג דא"ד שלא בא עליה כלל ולא נהנה ממנה

לכ"ע אינה זוכה במוקדם כלל וכמו שנתבאר ועיין להרב פי שנים מדק"ט ע"ג ואילך מ"ש בזה יעש"ב:

והגם דבאתרי דידן נהגו לכלול המורר עם הנדוניא יחד וכותבין בכתובה סתם דא נדוניא דהנעלת ליה וכו' ואינם מבררים כמה הם המוקדמין וכמה הם נדונייתה עצמה וא"כ ליכא ההוא טעמא קמא שכתב הרב מהרי"בר ז"ל בתשו' הנז"ל מ"מ אכתי איכא קמן טעמא בתרא שכ' הוא ז"ל בראייתו העצומה ממ"ש הרא"ש והריב"ש ז"ל וכנז"ל דמניה ילפינן שאין המוקדם כדין הנדוניא לזה ולכיוצא בו וכמ"ש המבי"ט ז"ל וכמדובר וכבר פסקה מרן ז"ל לתשו' הרא"ש הנז' בא"הע סי' קי"ח ס"ו יע"ש:

וליבא למימר דכיון שהודה וכתב על עצמו בכתובתה שהכל הכניסה לו מבית אביה בלשון זה ודא נדוניא וכו' א"כ הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וחייב בכולם דהא ודאי ליתא דכבר כתב רבינו הטור ז"ל בא"הע סי' קי"ח שאין תובעין מהבעל מ"ש ע"ע לאשתו מנכסי נדוניא לפי שרוב בני אדם כותבים עליהם יותר ממה שהם נוטלים וכוונתם דרך כבוד עכ"ל יע"ש ומעשים בכל יום נהוג בעירנו זאת יע"א שאינו נותן לה שום מוהר ומתן ביד כלל זולתי מתנים עליו בעת השידוכין לכתוב לה בכתובה בז' החופה מוהר סך כ"וכ ומעלה אותו עליו בכתובתה עם הנדוניא שהכניסה אע"פי שלא נתן לה כלום ואין זה אלא דרך כבוד בעלמא ואם מתה בחיי בעלה בלא זש"ק אינן חולקין המוק' כלל כיון שאינו מצוי בעין אכן אם נתאלמנה או נתגרשה מרצונו גובה הכל דאדעתא דהכי כתב לה ודא נדוניא וכו' משא"כ אם באו לידי גירושין מחמת מומין או מורדת ואטומה ושאין לו גבורת אנשים ולא יכול לבא עליה וכיוצא לזה ודאי דלא מיחייב במוקדם כלל דאדעת' למיפק לא כתב לה וכנז"ל:

ופוק חזי להרב מחזה אברהם בסי' כ"ג אות ז"ך שנשאל שהכניסה לו אשתו כלי זהב ששוה ששים גסים וכתב אותו עליו בכתובת' במאה גסים אם תטול ק' גסים כמו שהודה בכתובה או רק ס' גסים כמו ששוה וכתב דרבני הדור נסתפקו בזה וכו' יע"ש וכתב עליו הרב חס"ל ז"ל בסי' ד' דט"ז ע"ב וז"ל ולי הפעוט נראה לפי קצורי דפטור הבעל ואינו חייב ליתן רק ס' גסים כסף וזהב אם הוא בעין ולא עוד אלא דלא גרע מנצ"ב שהכניסה וקבלם והעלם עליו במלוה ורשו ועכ"ז אם אינם בעין אפי' אם הוא פיזרם לצורכו פטור וכנז"ל וכ"ש אלו הס' גסים שלא נטל מהיכא תיתי שיתחייב בהם כיון שאינו בעין ואף שכתב בכתו' ק' גרוש והעלם עליו כמלוה ורשו הא אף בנצ"ב כותבין כן ואעפ"כ אם אינו בעין אין לה וכו' וממילא בנדון הרב אף שקבל הכסף וזהב בעד ק' גסים וליהוי חשיב כתוספת שרצה להוסיף לה וקבלם עליו כמלוה ורשו' הא גם בסתם תוס' כות' כן

דמקבלו עליו כמלוה ורשו' ועכ"ז אין לה דאדעתא למיפק לא קבל עליו עכ"ל יע"ש דון מינה למוהר הנהוג אצלנו דהוי הכי דהיינו שמכנסת לו נדוניא מבית אביה ששוה דרך משל ת"ק גסים והוא כותב אותם עליו בכתובה באלף גסים וכותבין ודא נדוניא דהנעלת ליה מב"א אלף גסים דהגם דלענין חלוקת חצי השבון חולקים המצוי מ"מ באטומה וכיוצא אין לה אלא מה שהכניסה דוקא מב"א ותל"מ וגם בהשבון גופיה אתה תחזה להרב משנת ר' אליעזר טולידו ז"ל בח"ב א"הע סי' י"ג מ"ש בזה שכות' בכתו' לשון ודא נדוניא וכו' שאין זה אלא דרך כבוד בעלמא ודחה דברי הרשב"ש ז"ל שבסימן תקפ"א דמחייב להחזיר השליש של הסך הכ' בכתו' מטעם הודאת בע"ד וכו' כיון שכות' ודא נדוניא וכו' ואייתי ראיה מדברי ר' אבהו הרשב"ץ ז"ל והרב משר"א ז"ל הנז' שם אחר ד"ק מכח תשו' אחרת למר אביו הרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' רח"ה ודייק מד"ק דשאני תקנת השבון דכך היתה התקנה מעיקרא בפי' אתמר שהחלוקה תהיה כפי הנוסח הכתוב בכתו' הגם דלא הכניסה לו סך המעות הכתו' בכתו' ושכ"כ בפשיטות הרב ידיו של משה מכח תשו' הרשב"ץ הנז' יע"ש ואסיק דגם בהשבון כגוונא דנ"ד מידי פלוגתא לא נפקא יעש"ב וכ"ש וק"ו אם לא הכניסה לו כלום נדוניא מבית אביה כלל אלא הכל שיש לה הוא משלו מן המוהר ומתן שנתן לה קודם החופה וכגוונא דנ"ד וכמש"ל דודאי הדין נותן דאם היא אטומה וכיוצא דאין לה כלום דאדעתא דהכי לא נתן לה וכנז"ל:

ולהיות כי אשה זו האטומה דנ"ד היא תפוסה ומוחזקת ברוב ככל בגדיה ותכשיטיה שעשה לה בעלה משלו קודם החופה וכבר נפק מפומיה דמני"ר הרב הגאון ראש"ל נר"ו לזכותה. גם במוהר מלבד נדוניא שהכניסה את אשר ישנו בעין גם אנכי עפר הלכתי בעקבותיו לדון כן למעשה וזכיתי אותה בתפיסתה מדין קי"ל מאחר שהיא מוחזקת בהם ברם להוציא מהבעל ממה שהוא מוחזק בו אפי' שהוא בעין אצלו מהמוהר עצמו איני יכול בדין לענ"ד לחייבו ולהוציא מידו אחר כל האמור ומדובר מה למעלה דבריא לי טובא דאלו הרב הגאון ראש"ל הנז' נר"ו הוה שמיע ליה למר הני תשו' דמהריב"ר והמבי"ט והרדב"ז ז"ל הנז"ל לא היה פוסק הדין כ"כ בפשיטות דגם בכה"ג דנד"ן דייניגן המוהר כנדוניא שהכניסה גם להוציא מת"ח המוחזק ובודאי הגמור דהוה הדר ביה כן נלע"ד ברור:

וחזינא להרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' רצ"ב דס"ד ע"א שכ' וז"ל ואם כתב לה יותר ממה שהכניסה לו לפי לשון התקנה אותו תוספת י"ל דין נדוניא לא דין תוס' עכ"ל וכ"כ בח"ג סי' רפ"ז וז"ל ונדוניא כל מ"ש לה ואע"פ שלא נתנה לו כל הכתוב כי כן הוא לפי דין התלמוד דתנן אם רצה להוסיף אפי' ק' מנה מוסיף ורצה ליזוק בנכסיו וי"ל דין נדוניא לא

דין תוס' אחר שכלל אותו עם הנדוניא וזה מכח ההסכמה שכתוב בה מה שנמצא כתוב בשטר כתובתה שהכניסה לו עכ"ל ודבריו הללו צריכים ביאור דאדרבא מכח ההסכמה אין לה ליטול דהרי פירשו דבריהם באומרם שהכניסה לו וזאת לא הכניסה ברם אפשר דכוונתו לו' דכיון דבכתובה כלל היתרון בלשון נדוניא שהכניסה לו ולא בלשון תוספת מדיליה והוא רצה ליזוק בנכסיו והודה על עצמו שקבל אע"פ שלא קבל א"כ הגם שהתקנה באה למעט התוספת שאין לה ליטול לא מיעטה אלא תוספת שליש אבל מה שכלל בלשון נדוניא אינו נקרא תוספת אלא שנעשה כמו בע"ח שלקח ממון מחבירו והרי זה דומה למ"ש הרשב"א ז"ל בח"ג סי' כ"ו באחד שנתחייב בתורת הלוואה כ"וכ ובאמת לא לוה כתב דסוגיא ערוכה חייב אני לך ק' בשטר חייב כר"י ואי משום דכ' בתו' הלוואה ולא היה שם הלוואה לייפות כחו כ"כ וכו' יע"ש וה"נ כיון דכלל התוספת זה בל' נדוניא דהנעלת ליה מתחייב הוא בכך וכבר דבר זה מתבאר מהסוגיא דמציעא דק"ד ע"ב מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה גובה מלוה ולפי' שאמרו ב' פי' כולהו איתנהו ועיין בשיטת רכ"א שם כתב משם הרא"ה דכתב כלומר שכותבין הכתובה והתוספת כאחד גובה מלוה שעל דעת כן כתבו כדי שתגבה האשה הכל וכל מקום שנהגו לכפול שכות' הנדוניא בפ"ע ואח"כ כות' והוסיף לה מדיליה אין האשה גובה אלא מחצה יע"ש וזהו כוונת דבריו ז"ל בח"ב סי' רס"ה בענין תקנת השבון שאין הדין גובה שליש מכח שכתב בכתו' שהכניסה לו ק"ן כלומר שהוא עשאה מלוה הגם שלא הכניס לו אלא ק' או אפי' לא הכניסה לו כלום וה"ט שכתב על עצמו שהכניסה לו נדוניא וחייב עצמו במה שאינו חייב ועשאו בתורת מלוה והיא היא כוונת הרשב"ש ז"ל בסי' תקפ"ט דמחייבו משום הודאת בע"ד ומציין דברי אביו ז"ל מה שהשיב והיינו כאמור דמן הדין מחייבו ולא מצד התקנה אמור מעתה דהטור א"הע סי' קי"ח שכתב ואין תובעין מהבעל לפרוע מה שכתוב על עצמו לאשתו מנכסי הנדוניא לפי שרוב בני אדם כותבין עליהם יותר ממה שהם נוטלים וכוונתם דרך כבוד וכנז"ל אפשר דהיינו כמ"ש בטור בסי' ס"ו דידוע לכל שכך מנהגם להוסיף שליש מלבר מפני הכבוד ונדון הרשב"ץ והרשב"ש ז"ל לא מיירי בהכי דמלבד התוס' שמוסיף לה מדיליה בנדוניא זו שכותב לה שהכניסה הגם שלא הכניסה דכתב דאין זה תוס' אלא עיקר נדוניא ותו אין להביא לדברי הטור לדברי הרשב"ץ והרשב"ש ז"ל ואין להם סתירה מבוארת רק מדברי ריצב"א בתשו' דשייכי להל' אישות סי' ו' והוב"ד בשלהי תוס' נדרים ובפ' הבע"י יע"ש דנסתפק בהא ולפיכך כתב דלא תטול רק בצמצום מה שהביאה ולזה הוצרכו לחלק דהכא שאני דמקדים ליתן להכלה טרם החופה מתנה גמורה חשובה נמצא שהפוס' ז"ל דפסקו הכי לא מתורת

מנהג שנהגו כך דומיא להיכא דמתה האשה בלתי זש"ק שחולקים חצי השבון גם בזה דהא ודאי ליתא כיון דלא ראינו הסכמה מיוחדת לזה כלל אלא מכח דינא הוא שהסכימו שחולקים וה"ט דזה מתנה הוא או שקבל בתורת חוב כדברי התשב"ץ והרשב"ש ז"ל וכמדובר זה אפשר לצדד בענין זה ועדין צריך אני להתיישב בזה טובא:

ומה שכתב עוד הרב הגאון ראש"ל נ"רו בדעת מהרש"ך ז"ל בח"א סי' מ"ה דאך חילק מנ"ד לתשו' הרא"ש ז"ל ותמה עליו לכאו' דהיינו נדון הרא"ש כדעת השואל ותריץ יתיב דמהר"שך ז"ל נקט לעיקר טענת הבעל וכו' דבר ה' בפיהו אמת וכיון בזה לדעת גדול הדור הרב מהרמ"ג ז"ל בס' הבהיר בירך משה ז"ל סי' י"א בד"ן ע"ב בד"ה ומעתה וכו' שכ"כ ממש בדעת מהרש"ך לחלק מעליו קו' הסתירה אשר הק' עליו הרב ת"ח ז"ל בסי' צ"ח ממ"ש בח"ב סי' צ"ו ותי' כנז"ל והוסיף לומר דגם הנשים כן כוונתם יעש"ב ועל מהרשד"ם ז"ל שלא הבין כזאת ליכא לאקשוי עליה מידי דאיהו ז"ל הבין דברי הנשים כפשטן ותפס דבריהם לעיקר כמ"ש הרא"ש ז"ל אכן מהרש"ך ז"ל תפס דברי הבעל לעיקר ושגם עדות הנשים בכה"ג מיירי ול"ק תו ול"מ וע"ע להרב עדות ביהוסף ז"ל בח"ב סי' יו"ד שכתב דגם הרא"ש בסי' ב' מיירי נמי בגוונא דאותם שכתב הרא"ש גופיה בסי' ג' יע"ש והבי"ד הרב בירך משה ז"ל שם בע"ג ומה שתמה עליו הוא ז"ל שם אין כאן תימה כלל כיון דבאמת גם באותם דכה"ג מפסדת כתובה ותנאיה דאדעתא דהכי לא נשאה וז"ב ומה שתמה עוד הרב ב"מ ז"ל שם ע"ד הרב ת"ח ז"ל דאשתמיט מניה וכו' עין רואה להרב יד אהרג ז"ל בא"הע סי' קי"ז שכבר קדמו בקו' זאת עליו יע"ש:

ומה שתמה עוד הרב הגאון ראש"ל נ"רו ע"ד הרב מהר"י ן' מיגש ז"ל בסי' קכ"ט הרואה יראה דקרוב לדברי הגאון מהריב"מ ז"ל כ"כ הרב מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' וכבר תמהו עליו הבאים אחריו כזאת וכזאת ועיין להרב פ"מ ז"ל בה"א סי' כ"ד ולהרב קול אליאו ז"ל בח"א א"הע סי' ט"ו יע"ש: ומ"ש עוד הרב מני"ר נ"רו וז"ל פש גבן וכו' וכ"ן סתמות הפוס' עכ"ל כבר הרב ת"ח ז"ל בסי' צ"ז כתב על נ"ד שעמד עמה ג' שנים ולא טען עליה על עסק זה המום דמ"מ יכול לטעון שחשב דאשתו תעשה לה תיקון ע"י נשים וכיון שראה דאין לה תיקון נתעורר לטעון מה שטען ולכן וכו' יע"ש: וראיתי להרב ערוך השולחן ז"ל בא"הע סי' ע"ז דאייתי בידיה תשו' הרדב"ז ז"ל דח"ב סי' ר"ה הנז' ותמה עליו מדקי"ל חיבת חופה קונה אפי' שלא נבעלה כלל והניח ד"ק בתימה יע"ש:

ואחרי מ"ר הראויה אליו גבור חזינא ותיובתא לא חזינא כלל דלמטוניה דמר דקא ק"ל מהאי דינא דקי"ל חיבת חופה קונה א"כ לדידיה תק"ל נמי דאי הכי אמאי לא תגבה ג"כ המורדת כל התוספת ג"כ כיון דהכי קי"ל בסי' ס"א דחיבת חופה קונה גם התוספת וא"כ

לא ק"ל למר רק ע"ד הרדב"ז ז"ל במ"ש על המוהר שאם לא בא עליה כלל לא זכתה בו ורמי עליה מדקי"ל חופה קונה ולא ק"ל למר טפי טובא דאמאי קי"ל בדין המורדת שאין לה תוס' כלל כמ"ש בסי' ע"ז ואמאי לא תזכה גם בתוס' מדקי"ל חיבת חופה קונה אלא ודאי דעכצ"ל דה"ט דלא זכיא בתוס' משום דע"מ שתצא לא כתב לה א"כ גם במוהר ודאי דאמרי' הכי כשלא בא עליה כלל דכי היכי שלא זכתה בתוס' גם במוהר לא תזכה כלל וז"פ:

ותו דלא זכר שר תשו' מהר"י בי רב ז"ל דסי' מ"א ולהמבי"ט ז"ל בסי' הנז' דס"ל להדיא דאפי' בא עליה ונהנה ממנה ובתר הכי מרדה בו דאינה זוכה במוקדם כלל ולדידהו תק"ל למר דאמאי אינה זוכה במוקדם כיון דהאיכא חיבת חופה וביאה אל"ו דלק"מ משום דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה והדברים ברורים:

אכן להרדב"ז ז"ל דס"ל דכשבא עליה ונהנה ממנה זכתה במוהר ואם לא בא עליה כלל לא זכתה כנז"ל צ"ל דס"ל למר דהמוהר קונה אותו בחיבת חופה וביאה ומשו"ה כי ליכא אלא חיבת חופה לחוד לא קנתה גם המוהר שנתן לה בתורת מוקדם וכ"ש התוס' המאוחר והגם דקי"ל חיבת חופה לחודה קונה גם התוס' הני מילי כשמת הבעל או כשמגרשה מעצמו לא כן במורדת מעיקרה ובאטומה וכיוצא וכמדובר:

ועוד דהתם בסי' ס"א הנז' עכ"פ בעינן חופה הראויה לביאה כי היכי דתיקני גם התוס' ומשו"ה אפי' דלא נבעלה בתר הכי כלל קנתה התוס' כיון דעיקר החופה היתה ראויה לביאה דליכא עיכובא לא מצידה ולא מצידו אלא דבתר הכי מית הבעל או דרצה לגרשה מעצמו בלתי סיבה ממנה כלל משא"כ היכא דבתר החופה מרדה בו ולא רצתה להבעל לו כלל או שנמצאת אטומה או שאין לו גבורת אנשים ולא יכול לבא עליה כלל בכל כה"ג ודאי דהויא חופה שאינה ראויה לביאה כלל ולא קנתה המוהר וכ"ש התוספת דאדעתא דהכי לא נתן ולא כתב לה כלל וכמו שנתבאר בסי' ס"א הנז"ל דאם היתה נידה וכנסה לחופה הויא חופה דלא חזיא לביאה ולא קנתה התוס' כלל כיעו"ש והגם דקי"ל התם דאם כנסה לחופה ואח"ך פירסה נידה דחופה קונה כיון דבשעת החופה עה היתה ראויה לביאה ונאמר דה"ה אם מרדה בו אחר החופה או שנמצאת אטומה או שאין לו גבו' אנשים הוי כמו שנכנסה לחופה טהורה ואח"כ פירסה נדה דחיבת חופה קונה כיון דבה שעתא חזיא לביאה וה"ה בכל הני וכמובן אמנם בקושטא הא ודאי ליתא דשאני פירסה נדה אחר החופה דעכ"פ חזיא לביאה אחר שתטהר משא"כ במורדת ואטומה ואין לו גב"א דלא ידעינן מתי תהיה ראויה לביאה ואין לדבר סוף ולא גבול וקץ ותכלית יש לזה וכדכתב הרב מהר"ש גאון ז"ל בתשו' סי' ל"ו על נדונו דמרדה בו מלילה הראשונה

וגם נמצא שאין לו גבו' אנשים ובתר דשק"וט בבעיא דתלמודא דבפ' אע"פי דאבע"ל את"ל חופה קונה חופה דחזיא לביאה בעינן או לא וסלקא בתיקו והאריך בזה ושוב כתב וז"ל אמנם נלע"ד דאפשר לחלק בין חופה שאינה ראויה לביאה דנ"ד לחופה שאינה ראויה לביאה האמורה בגמ' דבנ"ד אפ' דכ"ע מודו שאינו יורשה וה"ט הוא דשאני ההיא דנדה דכיון שי"ל זמן מוגבל לנידותה והיום או מחר תטהר משו"ה ס"ל דחופה כ"ד קנה משום שאם היום לא בא עליה למחר י"ע וחיבת חופה שלמחר איכא חופת ביאה גומרים הנישואין יורשה אמנם בנ"ד דמה שאינה ראויה לביאה הוא מט' שהיא חולנית חולי שאין יכולים לעמוד ביחוד בבית אחד כמ"ש השואל וגם אין לחתן גב"א ולזה אין זמן מוגבל מתי יבואו לידי יחוד נראה דכ"ע יודו דהוי ממש כאלו לא נכנסה לחופה כלל וכו' עכ"ל יעש"ב ועם דהוא ז"ל בחילוקו הנז' מיירי בגוונא דבעיא דש"ס דהיינו בפירסה נדה ונכנסה לחופה דאיכא רבוותא דס"ל דהבעל יורשה ולא מבע"ל לתלמודא אלא לענין התוס' לבד דהכי ס"ל להרא"ש ודעימיה וע"ז בחלקות ישית דבנדונו כ"ע מודו דהבעל אינו יורשה מטעמו הנז"ל ואולם בכה"ג דנדון הרדב"ז וזולתו הנז"ל דבכניסתם לחופה לא הויא חופה דלא חזיא לביאה כלל רק דבתר הכי הוא דאתרע דמרדה בו או שאין לו ג"א או שנמצאת אטומה וכיוצא מנ"לל דהוא חופה דלא חזיא לביאה הנה מלבד מ"ש עוד הרב מהרש"ג ז"ל שם בדע"ז ע"ב בסוד"ק וז"ל בד"ה איברא וכו' דנרגש מזה בנ"ד יע"ש עוד זאת כתב שם עוד וז"ל אמנם מטעמא שכתבתי דהיכא דהיא חולה ואינה ראויה לביאה דלא קנה ואינו יורשה נראה דה"ה והוא הט' היכא שהוא חולה ואינו ראוי לבעול דאינו יורשה דמה לי אם העיכוב של הביאה הוא משום חולייה מ"ל אם העיכוב הוא מחמת חולייו וא"כ בנ"ד שהיה חולה שאין לו גב"א א"כ הוי כמו כינסה לחופה שאינה ראויה לביאה מחמת חולי ואינו יורשה וכו' עכ"ל יעש"ב הרי דאפי' אירע המרדות והעדר גב"א אחר החופה עכ"ז חשיב להו הרב ז"ל דהוי חופה שאינה ר"ל ואינו יורשה לכ"ע מכח טעמו וחילוקו הנ"ל כ"ש דלא קנתה התוס' כלל לכ"ע דבתוס' לית מאן דפליג כלל כיון דהבעיא דש"ס בהכי מיירי וסלקא בתיקו וא"כ ל"מ באטומה ושאין לו גב"א דבודאי לא קנתה התוס' דנמצא מקחו מק"ט לגמרי אלא אפי' במורדת בכה"ג דנדון הרדב"ז ז"ל אפשר דבכה"ג מ"רי נדון הרדב"ז כנדון הרב מהרש"ג ז"ל ולא קשיא עליה תו ולא מידי וכמובן וע"ע להגאון מהר"י ז"ל בס' בני אהובה בדכ"ז סע"ד שכ"כ גם הוא ז"ל לה' הרא"ש ז"ל דבחולנית שאינה ראויה לביאה דגרע מחופת נדה כמ"ש הרמ"א בסי' ס"א ול"ק מדיש חופה לפסולות דהתם דעתו לבעול אפי' באיסור וא"כ יש כאן חיבה משא"כ בחולנית אין דעתו לבעול כלל וכו' יע"ש וע"ע לו ז"ל שם דמ"ט שע"כ

דימה הרב ז"ל דין מי שאין לו גב"א לדין חופת נדה יע"ש והוא ממש כדס"ל למר מהרש"ג ז"ל וכמ"שיר המעין:

ואולם בעיקר חילוקו דהרב מהרש"ג ז"ל הנ"ל אני תמיה מדברי התוס' ז"ל ביבמות דס"ה ע"ב בד"ה כי הא ודאי דכיון וכו' שכתבו משם ריצב"א ז"ל וז"ל והיכא שהודה הבעל שאינו יכול לבעול פסק דצריך ליתן גט וכתובה ואפי' אינה באה מחמת טענה כיון דאינו יכול כלל לקיים לה עונה ודוקא מנה מאתיים אבל תוס' לא יתן דהא בנכנסה לחופה ולא נבעלה עמדה בתיקו ברישׁ אע"פי דשמא לא כתב אלא על חיבת ביאה וכו' עכ"ל וכ"כ עוד התוס' בשלהי נדרים בד"ה גרשתני וכו' יע"ש הרי להדיא דס"ל להתוס' ז"ל דגם בכה"ג דאין לו גבורת אנשים ולא בעל כלל הוא בכלל בעיא קמייתא דרישׁ אע"פי דבעי הש"ס נכנסה לחופה ולא נבעלה וס"ל להתוס' ז"ל דהאי בעיא נמי סלקא בתיקו כדס"ל להגאונים ז"ל בתשו' שערי צדק מח"ד סי' ל"ד שהשיב רב הילאי גאון ז"ל על יבמה שלא רצתה ליבם ואינו חולצה שגובה כתובה ותוס' מנכסי בעלה הראשון שכבר הכניסה לחופה ובעלה וכיון שבעלה קנתה כל מ"ש לה בעלה הא' היא גובה עכ"ל יע"ש ומדהצריך הגאון ז"ל לבעילה ש"מ דס"ל דלא אפשיטא בעיין קמייתא נמי ומשו"ה לא קנתה עד שיבעול ג"כ כיון דסלקא בתיקו ובהכי אין מקום כלל למ"ש הרב שבט בנימין ז"ל בהשמטותיו דקס"ז ע"א יע"ש דליתא אלא העיקר הוא דס"ל להגאון ז"ל דגם בעיא קמייתא לא אפשיטא וכדס"ל הכי להתוס' ז"ל הנז' ולא ס"ל דאפשיטא באת"ל או מדרב יוסף כדס"ל לשאר רבוותא קמאי ז"ל כידוע והשתא אי איתא לחילוק הרב' מהרש"ג ז"ל הנז"ל א"כ אפי' אם נאמר דבעיא קמייתא אפשיטא מדר"י או באת"ל. ולא סלקא בתיקו מ"מ תפ"ל דהויא חופה דלא חזיא לביאה כלל כיון דמעיק' אין לו גב"א ואינו יכול לבעול כלל וכמ"ש מהרש"ג ז"ל הנ"ל אל"ו דלא שמיע להו להתוס' ז"ל כלו' לא ס"ל הך חי' דמהרש"ג ז"ל גם את הב' וכמובן וכן נראה מסתמות כל הפוס' ז"ל מדלא חי' בהכי כלל כמ"שיר המעין בס' ש"ץ הפוס' ז"ל:

וראיתי להרב זכות אבות למהר"אק ז"ל בסי' פ"ב אות ט"ו שכתב על מי שאין לו גבורת אנשים דאם לא בעל כלל מחמת שאינו יכול אם הוא מגרשה מעצמו ישלם הכל ואם היא תובעת לגרשה אין לה תוס' וכו' עכ"ל ולדברי מהרש"ג ז"ל בחי' הנז' היה הדין נותן דאפי' אם מגרשה מעצמו לא יתחייב בתוס' דכיון דאין לו ג"א ואינו יכול לבעול כלל במאי קנתה התוס' אי מכח החופה הא לדידיה הויא חופה דלא חזיא לביאה ולכ"ע לא קנתה התוס' אלא צ"ל דלית ליה הך חילוקא דמהרש"ג ז"ל וכמובן:

ועם שדברי הרב ז"א ז"ל המ"ל הם הם דברי הרא"ש והטור ופסקם מרן ז"ל בסי' קנ"ד ס"ז דאם טוענת שאין לו גב"א ומגרשה מעצמו בלא כפיה יתן לה כתובה יע"ש אין להוכיח מהם דס"ל דלא כמהרש"ג בחי' הנז"ל דמצ"ל דאינהו ז"ל איירי בבעל ואח"ך אירע שאין לו ג"א משו"ה בדין היא דאם מגרשה מעצמו דיתן לה כתו' ותוס' כדכ' הרא"ש ז"ל דכבר קנתה התוס' ע"י חופה וביאה משא"כ אם לא בעל כלל מחמת שא"י לבעול א"כ לד' מהרש"ג לא קנתה התוס' כלל כיון דהויא חופה דל"ח לביאה והא ודאי לדידיה דמהרש"ג דינא הוא דאפי' אם מגרשה מעצמו אין לה תוס' כנז"ל וא"כ ודאי דהרב ז"א ז"ל פליג ע"ד מהרש"ג ז"ל בזה וכמדובר וכן ראיתי להרב מטה יוסף ז"ל בח"ב א"הע סי' ד' שהכריח דאם מגרשה מעצמו צריך לתת לה כתובה ותוס' אפי' לא בעל כלל כמבואר מד"ק דלא כחי' מהרש"ג ז"ל הנז"ל והכי ס"ל למר הרב זרע אברהם ז"ל בת"ב א"הע סי' י"א דנ"ד הוא בעי שהיה עקור מקודם נשואין וחייבו הרב ז"ל גם בתוס' מכח דקי"ל חיבת חופה קונה דל"ד הרמב"ם ומרן ז"ל ודעימייהו אפשיטא בעיין בא"תל יעש"ב ואי איתא דס"ל כחי' מהרש"ג ז"ל הנ"ל א"כ ודאי דאין לך חופה דלא חזיא לביאה כחופה דנ"ד אל"ו דרב תנא הוא ופליג עליה דמהרש"ג ז"ל בחי' הנז' וברור:

וחזיתיה למר הרב זרע אברהם ז"ל שם דכל חיליה דמר לחייבו בתוס' הוא משום דהבעל מודה דאין לו ג"א ודקדק מד' הרא"ש ז"ל בתשו' דאם מודה הבעל לזה חייב בתוס' יעש"ב ותמיה אני מדוע לא זכר שר לדברי הרב בית שמואל בסי' קנ"ד סקי"ט שכתב להדיא דגם אם הבעל מודה אין לה תוס' להרא"ש ולהרשב"א ז"ל מט' דאדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה ולהתוס' ז"ל מטעמא דהו"ל כנכנסה לחופה ולא נבעלה דלדעתם ז"ל סלקא הבעיא בתיקו קו יע"ש וע"ע להרב מטה יוסף ז"ל שם דשק"וט טובא בהאי דינא דאם הבעל מודה בדברי הרא"ש והטור ז"ל וזכר עשה לדברי הרב ב"ש ז"ל שבסק"ך ורמי ומק' על ד"ק ולא זכר למ"ש הב"ש קודם לזה בסקי"ט הנ"ז דהוי הפך דבריו ז"ל בחלוקת הבעל מודה יע"ש והוא פלא:

גם ראיתי להרב משפט צדק ז"ל בח"ג סי' ך' דנשאל במי שבליל חופתו לא יכול לבא עליה כצל וגם אח"ך נתייחדו ימים גם לילות ולא יכול לבעול כלל באו' שהיה קשור וכו' ואח"ז מת ואלמנתו תובעת התוס' וע"ז הביא לנו אותה בעיא דש"ס דבפ' אע"פי באת"ל חיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה אבל דלא חזיא לביאה לא או"ד לא שנא תיקו ושק"וט טובא בסוגייא הנז' ובמ"ח הראשו' אי הבעיא הוא דוקא לענין תוס' או"ד אם לענין יורשה ושוב בדנ"ו ע"א נסתפק בנ"ד אי הוו נמי חופה דל"ח לביאה או"ל ושם ע"ב כתב וז"ל ואם כן בנ"ד נאמר דמאן לימא לן דבשעת חופה לא היה ראוי לביאה

כדי לפוטרו דתאמר האשה ותטעון דבשעת חופה היה ר"ל ואח"כ הי"ל כן ולא יוכל לקרב אליה ושאח"כ עשו לו כישוף וא"כ ע"י חופה קנתה התוס' וכו' ובסו"ד כתב וז"ל והנה אין הפנאי מסכים וכו' דהנה תוכ"ל שנסתחפה שדהו כמש"ל וכשנשאה היה ראוי לבעול ואח"כ קשרוהו וא"כ חייב לפרוע לה מה שקבל עליו וכו' עפ"ל הרי להדיא דס"ל להמש"ך ז"ל כל בתר איפכא ממהרש"ג ז"ל בחילוקו הנ"ל וכמבואר:

גם ראיתי להרב שבט בנימין ז"ל בסימן רצ"ג דאחר שהביא הבעיא הנז' וסברות הפוס' ז"ל דלא שנא חלה הוא או חלתה היא הו"ל חופה דל"ח לביאה ותמה מזה ע"ד הרב ב"י עייאש ז"ל בא"הע סי' י"א דס"ל איפכא ושוב נרגש מד' המ"ץ ז"ל הנז"ל וכתב דשאני התם שכשנשא' היתה בתולה שקונה אותה בעלה ת"ומ לכניסתו לחופה עמה ואז באותה שעה לא הוחזק החתן ולא נודע שהיה חולה או קשור אלא היה בחזקת בריא ואפשר הוא שאחר שקנאה כראוי קשרו אותו ק"ר וכו' וא"כ הו"ל כנכנסה לחופה ואח"כ פירסה נדה שקונה אותה ק"ג ושכ"כ הרב צבי ז"ל בסי' קכ"ד לדברי המרדכי וכו' יעש"ב וכ"ז הפך ממש מחי' מהרש"ג ז"ל הנ"ל כמבואר:

ואגב חזיתיה למר הרב ש"ב ז"ל שם דקכ"ז ע"ד שכ' ע"ד המ"ץ ז"ל מ"ש ועיין לו ז"ל בהשמטותיו שם דקס"ח ע"ד יע"ש ושם בדקס"י ע"ב הוכיח מתשו' מהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ס"ח דפליג ע"ד הרמ"ץ ז"ל הנז' ומזה תמה ע"ד הכנ"הג שהביי"ד שניהם ולא נרגש דפליגי אהדדי ושוב חקר ע"ד מהראנ"ח ז"ל שלא ביאר ההיא אתתא דנ"ד היכי הוות בתולה או אלמנה יע"ש ולענד"ן דאין כאן שום מח' ביניהם כלל דהא עכצ"ל דנדון מהראנ"ח ז"ל מיירי דבתוך חופתה פירסה נדה ולא בתר הכי דא"כ אמאי הצריך הוא ז"ל שיבא עליה בעלה כלל תפ"ל דחיבת חופה קינה כיון דבכל עת חופתה היתה טהורה וחזיא לביאה היא אלא דאח"כ פירסה נדה ובכה"ג קנתה התוס' אפי' שלא נבעלה כלל ולמה לו למהראנ"ח ז"ל לאצרוכי שיבא עליה אח"כ הא אפי' לא בא עליה כלל זוכה בתוס' משום חיבת חופה לרוב הפוסקים ז"ל דס"ל דאיפשיטא בעיין קמייתא באת"ל א"נ מדר"י וכמ"ש הרא"ש בפסקיו בפ' אע"פי כיעו"ש אלא ודאי צ"ל דנדון מהראנ"ח מיירי דבתוך כניסתה לחופה פירסה נדה וכנז"ל ובהכי ניחא דלא פליגי אהדדי המ"ץ ז"ל עם מהראנ"ח ז"ל ולק"מ על הרב כנ"הג ז"ל ועוד אין מקום ג"כ לכל מ"ש הוא ז"ל שם בתר הכי בד' הראנ"ח ז"ל וכמובן ושו"ר להרב המוסמך הרי"ף ז"ל בתשו' נבחר מכסף הנד"מ בא"הע סימן ע"ד דאוקים לדברי מהראנ"ח ז"ל בהכי כי היכי דלא ליפלוג על דברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל יעש"ב וש אנכי שכיוונתי לדעת עליון עוד נפקחו עיני וראיתי להרב שער המלך ז"ל בח"א בקונט' חופת חתנים בדנ"ד סע"ד שהביא דברי מהרש"ג

ז"ל בחי' הנז' והוכיח במישור מד' הר"ן והריטב"א ומתשו' ריצב"א ז"ל דלא ס"ל לחלק כחי' מהרש"ג ז"ל הנ"ל כלל יעש"ב אלא שאני תמיה עליו שלא זכר שר שכ' התוס' ז"ל בשלהי נדרים ובפ' הבע"י משם ריצב"א גופיה כנז' ל דבפשיטות הי"ל להוכיח כן מדבריהם ז"ל כדכתי' אנן בעניותין לעיל ובהכי ניחא לי שפיר דברי הרב זרע אברהם והרב מט"י ז"ל הנ"ל דלא נכנסו כלל לחשוב מחשבות אפי' בדרך לכאו' ובס"ד בעלמא לומר דבכה"ג דאין לו ג"א ואינו יכול לבעול כלל הו"ל חופה דלא חזיא לביאה ולא קנתה התוס' וה"ט משום דאזלי בתר שיטת כל הראשונים ז"ל הנ"ל דלא ס"ל הכי וככל החמור ומדובר וא"כ עכצ"ל בדעת הרדב"ז ז"ל כדשנינן מעיק' בדעתו ז"ל ואין אנו צ"ל דס"ל כמהרש"ג ז"ל בחי' הנ"ל כלל וכמובן ולענין דינא נלע"ד דמ"מ אם הבעל מוחזק בתוס' דידה מצ"ל קי"ל כמהרש"ג וכהרב פרמ"ה ז"ל דס"ל דבאין לו ג"א ולא בעל כלל דלא קנתה התוס' משום דחשיבא חופה דל"ח לביאה ופטור מהתוס' וגם מן המוהר שלה פטור כיון שלא בא עליה כלל ולא נהנה ממנה כלל וכדעת הרדב"ז ז"ל במורדת. וה"ה והוא הטעם בדלית ליה ג"א כלל ואפי' אם הוא מוהר לה ג"כ פטור מהם וכדעת הרא"ש והרשב"א ז"ל לדעת הרב ב"ש ז"ל זולתי אם הוא מגרשה מעצמו בהא הוא דמיחייב בכולהו וכמ"ש הרא"ש והטור ומרן ז"ל בסי' קנ"ד הנ"ל וכ"כ עוד הטור ז"ל בסי' קי"ח וז"ל ואם תבע הוא הגירושין אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוס' ומתנת כתובתה בין שתהיה הנדוניא אמיתית או לא וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ כל האח' ז"ל דנ"ל כנלע"ד ברור:

ודע שמדברי התוס' ז"ל דבשלהי פרק הבע"י ובשלהי נדרים המ"ל רואה אנכי שיש סיוע גדול לסברת הרדב"ז ז"ל דסי' ר"ה הנז"ל דס"ל למר דאם לא בא עליה כלל ולא נהנה ממנה ומרדה בו דפטור מן המוהר שנתן לה בעת הנישואין ומפקינן יתיה מינה בעת הגירושין שכדבריו ז"ל ממש כן כתבו התוס' ז"ל התם משם ריצב"א ז"ל וכן מבוארים דברי ריצב"א ז"ל בתשו' דשייכי להל' אישות סי' ו' במי שאין לו גבו' אנשים ולא בעל כלל דס"ל להריצ"א ז"ל דצריך ליתן לה גט וכתובה ודוקא מנה מאתים אבל תוס' לא יתן וכו' וסיים ע"ז וז"ל אבל נדונייתה שהכניסה לא יחזיר הכל רק מה שידעו שהכניסה לו אבל מה שכותבין נדוניא גדולה לכבוד הכלה נ"ל דהוי כעין תוס' וכו' עכ"ל ובתשו' ריצב"א הנז"ל כתב בז"הל אבל נדוניא מ"מ יחזיר ואין בידי להוציא ממנו רק מה שהכניסה לו דיקא אפי' שכתו' בכתובה שהכניסה לו הרבה לא אמרי' הודאת בע"ד כק' עדים דמי דאין כותבין כן אלא לכבוד הכלה יע"ש וא"כ גם בנדון הרדב"ז ז"ל הגם שנתן לה המוהר בידה קודם כניסתה לחופה מ"מ כיון דממונו הוא ולא הכניסתם לו משלה ולא

בא עליה מחמת מרדה ה"ה פטיר ועטיר ממוהר הנז' דדוק' מה שידוע שהכניסה לו הוא שנוטלת וכדברי הריצב"א ז"ל הנז"ל וגם בנד"ן הגם שכות' בכתובה ודא נדוניא דהנעלת ליה וכו' וכוללים המוהר עם הנדוניא ביחד עכ"ז אינה נוטלת אלא מה שהכניס' דוקא ותל"מ זה נלע"ד להלכה אך למעשה אני מבטל דעתי נגד דעת עליון הרב הגאון רש"ל נר"ו הנז"ל וגם ראיתי אחרי רואי בס' הבהיר פועל צדק להרב מהר"א דיין ז"ל מרבני אר"ץ יע"א בתשו' סי' ד' שעלתה הסכמתו במורדת שכבר נהנה ממנה שזוכה גם במוהר יע"ש והסכים על ידו מני"ר מארי דאתרא הרב כמהר"י ענתיבי ז"ל יעש"ב ומה שיש לי מה להשיב על ד"ק ז"ל לענין דינא אך למעשה כבר הורו ודבריהם אחור לא ישובו ותו לא מידי:

ואחז"ר האיר וזרח אל עבר פנינו ספר הבהיר כי בנימין וקרב אי"ש הנד"מ להרב הגדול עיר וקדיש מהרמב"ן ז"ל ולמע' הרב המופל' ראש ב"ד מקו' כמוה"ר יש"א ברכה נר"ו ונפקחו עיני בו וראיתי מראות אלהים עולים מן הארש שם בח"א סי' ל"ו תשובה מאהבה למני"ר הרב יש"א ברכה הנז' נר"ו בהסכמת הרב הגאון ראש"ל נר"ו על אותו נדון שנשאלו עליו מקדמת דנא במי שאין לו גבורת אנשים הנז"ל אשר רמז עליו הרב הגאון ראש"ל נר"ו בפס"ד הנז' בריש אמ'יר והמה בחכמת' מת' האריכו למעניתם ועלתה הסכמתם דפטור הבעל ממזונותיה כל ימי היותה בבית אביה וגם פטור מהתוס' כנהוג לגמרי ואינו חייב לתת לה רק מה שהכניסה והמוהר הנכלל בכתובתה עם הנדוניא שהכניסה בלשון ודא נדוניא וכו' יעש"ב נפלאות מתורתם אין חקר לתבו' ושמח לבי שכיוונתי בקצת דברים לדעתם הרחבה כמ"שיר המעיין: ואולם לא אכחד ולא תעזוב נפשי מלשאול מאי דאיכא לאתמוה"י לענ"ד על רוחב מבינתם ועוצם בקיאותם איך הסכימה דעתם הרמה לפטיר בנדונם הנ"ל את הבעל מחיוב מזונותיה דלא כמ"ש הרב מר ואהלות ז"ל דחיוביה הוא ז"ל להבעל הנכפה דבנ"ד במזונות אשתו אפי' שתשב בבית אביה והמה בחכמתם תמהו עליו שלא ידעו מנין לו דין זה ומכח זה חלקו עליו בדין זה ואייתו בידייהו תשו' הרדב"ז ז"ל בח"ג סי' ת"ו דפוט"ר ה"ן אותו ממזונות אשתו ופסקו את הדין בנ"ד כס' הרדב"ז ז"ל הנז' כמבואר כ"ז בדב"ק יעוש"ב:

ולפקענ"ד אם לדינין יש תשו' דבנקל יש לדחות ראייתם הנז' מתשו' הרדב"ז ז"ל הנז' דשאני התם דאנדון דידיה קאי דמיירי התם בהתנה הבעל עם אשתו הב' שתדור דוקא עם צרתה יחד בבית אחד ובתר דסברא וקבילת התנאי הנז' והיו דרים ביחד שוב חזרה בה ורוצה לדור לבדה לזה פסק הרדב"ז ז"ל שם דכיון דתנאי מפורש ביניהם היה שידורו ביחד שוב אינה יכולה לחזור בה כלל ומשו"ה לית לה מזונות עליו ולא שום תנאי

מתנאי כתובה שהרי מרדה ויצאה וכו' יעשד"ק ברם אם לא היה תנאי מפורש ביניהם שידורו יחד והיא רוצה לדור לבדה והוא מעכב היה הדין נותן לחייבו במזונותיה בלתי ס' וגם הרדב"ז ז"ל היה מודה לזה בודאי וגם אלו היה בנ"ד שהיתה האשה הב' תובעת מבעלה לגרשה אם לא יקח לה בית בפ"ע והוא היה מעכב הגירושין ודאי דהיה הרדב"ז ז"ל מחייבו במזונותיה כ"ז שאינו מגרשה וכמ"ש הרב מר ואהלות ז"ל על אותו נכפה דנ"ד וזה ברור: ואנכי הרואה שסברת הרב מר ואהלות ז"ל במה שחייב להבעל דנ"ד במזונות אשתו אפי' היא רבית אביה כנז"ל לאו תורה דיליה היא לחודיה אלא עיקר הדבר הוא מפורש יוצא מפ"ק אבי התעודה מהרימ"ט ז"ל בראשונות סי' קי"ג שנשאל לנדון הרב מר ואהלות ז"ל הנ"ל ממש ובסוד"ק כתב וז"ל ומזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט שהרי וכו' כ"ז כאן שהיא מעוכבת על הגט ועל הכתובה ואין הבעל יכו"ל תהא ניזונת ממה שתחת ידה כי מה שיש תחת ידך וכו' קצרו ש"ד דיניה דההוא גברא שיוציא ויתן כתובה ומה שיש בידה מחפצי נדונייתה ומתכשיטין שהכניס לה אין להוציא מידה ותלך לדור במקום אביה וכ"ז שלא יגרשנה בעלה חייב במזונותיה וכו' עכ"ל יעש"ב:

הרי להדיא דמהרימ"ט ז"ל קרי בחיל ככל מ"ש הרב מר ואהלות ז"ל ממש והגם כי נדונות דידהו הוא באיש נכפה ב"מ ואינה יכולה לישב עמו ולשמשו משא"כ בנ"ד וכמובן מ"מ כי היכי דהתם באה מחמת טענה שהדין נותן דחייב לגרשה ומשו"ה חייב במזונותיה כ"ז שאינו מגרשה כיון דהעיכוב הוא ממנו שאינו רוצה לגרשה ה"ה והוא הטעם בנדון הרבנים עליונים למעלה יצ"ו הנ"ל במי שאין לו גבו' אנשים והוא מודה שהדין נותן שחייב לגרשה תכף א"כ כ"ז שאינו מגרשה הרי הוא המעכב ושו"הד נותנת דחייב במזונותיה וכסותה עד שיגרשנה ותמהני איך לא זכרו שרים לתשו' זו דמהרימ"ט ז"ל דהוא ת"ק דמסייע ליה להרב מר ואהלות ז"ל בדינו הנז"ל ואיך כתבו עליו שלא ידעו מנין לו זה וחלקו עליו בדין זה והוא פלא עצום:

וגדולה מזו חזיתיה להרב הגדול מהרמ"ג ז"ל בס' הבהיר בירך משה ז"ל בס"סי י"א בד"ן סע"ד דס"ל למר בפשוט דגם במורדת אחר יב"ח אם לא ירצה בעלה לגרשה חייב בשאר וכסות וכייפינן ליה עלייהו שכ"כ וז"ל ובמורדת נמי מאן לימא לן דלאו דינא הכי ובין בבעינא ליה וכו' ובין ט' מאיס עליה כשחל עליו חובת גירושין למכדא"ל ולמכדא"ל ולא ירצה לגרשה אנה"ן דלגרשה בגט אין כופין אותו אבל בשאר וכסות ודאי דכייפינן ליה וכו' עכ"ל יעש"ב הרי דאפי' במורדת והוא אינו רוצה לגרשה חייב במזונותיה וכתובת' כ"ש במי שאין לו ג"א באופן שלעד"ן הדבר פשוט דחייב הבעל בנדוניה בשאר וכסות

כ"ז שאינו מגרשה כיון שהוא מודה לדבריה שאין לו ג"א והיא תובעת ממנו גט והוא המעכב דודאי דהוא חייב בשארה וכסותה עד שיגרשנה בגט ומתשו' הרדב"ז ז"ל דרו"ג הנז' ליכא שו"ר כלל וכמדובר ובלתי ס' אצלי דהרבנים הנ"ל יצ"ו אלו הוה שמ"ל תשו' מהרימ"ט ז"ל הנ"ל בודאי דהוו הדרי בהו וזה פשוט:

אתאן לדין המוהר הנקרא נקד ומוקדמין חזיתיה למני"ר הרב יש"א ברכה נר"ו שם שהסכימה דעתו לחייבו שם במוהר הנ"ל ונרגש ממ"ש הרב ר"א הגדול במשנתו ר"א טולידו ז"ל בח"ב א"הע סי' י"ג ודחה ד"ק בב' ידיו קדש יעש"ב בדס"ו ע"ב וע"ג יע"ש ולדידי צריכה רבה וכח גברא רבה כוותיה דמני"ר נר"ו לאפוקי ממונא מיד הבעל המוחזק ע"פי ד"ק הנ"ל ואם לדין יש תשו' דמ"ש מני"ר נר"ו דהנקד דין נדוניא י"ל וכו' מאחר דכן נהגו במקומם לחולקו ביניהם בחצי חשבון ובכ"מ המנהג הוא העיקר וכו' יע"ש אתמהא טובא דלא אשכחן דנהגו הכי כי אם בחצי השבון דוקא ומכח התקנה שתיקנו הראשונים ז"ל לחלוק בחצי השבון גם במוקדמין ולא אשכחן דנהגו הכי כלל גם היכא שהדין נותן לכופו לגרשה בע"כ דבעל כיון שאין לו ג"א כנדון דידהו ועוד איך לא זכרו שרים לתשו' הרדב"ז דסי' ר"ה ולתשו' מהר"י בי רב והמבי"ט ז"ל הנז"ל דכולהו ז"ל סברי מרנן דאם לא נהנה ממנה בביאה כלל אינו חייב הבעל במוהר וגם בפי' כתבו מהריב"ר והמבי"ט ז"ל במורדת דאפי' נהנה ממנה אינו חייב במוהר כלל מתרי טעמי תריצי הבאים בדברי מהריב"ל ז"ל אשר תמהנו עליהם מה למעלה:

וכדי ליתובי דעתייהו דהרבנים הנז' נר"ו אפשר לומר דליכא לאתמוהי עלייהו מדברי שלשת הראשו' ז"ל הנ"ל ולא מידי דמדברי הרדב"ז ז"ל אין ראיה דלא כתב כן הרדב"ז ז"ל אלא כשלא בא עליה כלל אבל אם בא עליה חיבת ביאה קונה. וכנדון זה דאטומה דנ"ד ס"ל למני"ר הרב הגאון ראש"ל הנז' נר"ו דאיכא חיבת ביאה כיון שיכול ליכנס השמש שיעור רוחב ד' אצבעות כנז' בשאלה אשר הוצגה לפניו וכ"ש הוא ממ"ש התוס' ז"ל בשלהי פרק הבע"י שבהכנסת העטרה לבד איכא חיבת ביאה וכ"כ בתשו' ריצב"א ז"ל גופיה הבאה בתשו' דשייכי הנז' וכ"כ בס' אגודה וכן הוא דעת הרב זרע אברהם ז"ל בא"הע סי' י"א בדל"ז ע"ב יע"ש ושם בדל"ח ע"ג בד"ה המורם מכל מאי דכתיבנא יע"ש והגם דהתוס' ז"ל בשלהי נדרים כתבו כל בתר איפכא דבהכנסת עטרה ליכא חיבת ביאה וכ"כ בחי' הרשב"א והמאירי בחי' נדרים שהעתיקו שם דברי התוס' דהתם יע"ש כבר הרב מטה יוסף ז"ל בסי' הנ"ל תריץ יתיב דלא ליסתרו דברי התוס' אהדדי יע"ש וכן צ"ל לדעת הרב זר"א ז"ל שקבע להלכה כדברי התוס' דיבמות הנז"ל והגם שדברי המט"י הנז' בזה הם דחוקים מאד וקשים לשמוע לפי גירסת התוס' דנדרים שכתבו וז"ל ואף

דקי"ל הערה כגמר ביאה וכו' מוכחא מילתא בהדיא דקושייתם היא מר' יוחנן דקי"ל דהל' כוותיה שהרי כתבו דקי"ל מ"מ בדברי הרשב"א והמאירי ליתא לתיבת דקי"ל וכן מוכח בד' המט"י ז"ל עצמו דליתא לתיבת דקי"ל בגי' התוס' שביד ועם דעדין ק' בדבריו ז"ל דא"כ הו"ל להתוס' ז"ל לכתוב דאף למ"ד דכל הערה חשיבא כגמר ביאה כמ"ש בענין שאינו בא לידי התקשות אף למ"ד וכו' עכ"ז מוטב שנסבול דוחק זה ולה נניח דברי התוס' ז"ל דסתרי אהדדי ומה גם דמצ"ל בכל כה"ג דנ"ד באטומה זו דעסקינו בה שיכול להכניס השמש עד רוחב ד' אצבעות אפי' התוס' דנדרים מודו דאיכא חיבת ביאה וכנז"ל: אלא דאי הכי הו"ל להרב הגאון ראש"ל נר"ו לחייב להבעל בנ"ד דאטומה גם בתוס' כדאשכחן להרב זרע אברהם ז"ל שם דחייביה להבעל דנ"ד שאין לו ג"א לפרוע גם התוס' משום דאנן קי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל שפסקו דחיבת חופה קונה יע"ש:

ותו דתינח בהאי נ"ד דאטומה דעכ"פ יכול להכניס השמש רוחב ד' אצבעות כנז"ל אכן במי שאין לו ג"א מאי איכא למימר ואי ס"ל למני"ר נר"ו כשיטת הרב זכ"א ז"ל הנז' הו"ל לחיוביה גם בתוס' ומני"ר נר"ו פטרו להבעל מהתוס' ולא חייבהו רק בנדוניא שהכניסה ובמוהר לבד ולא ניחא להו שיטת הרב זכ"א ז"ל כלל כמבואר בד"ק ז"ל יעש"ב:

אמנם מתשו' מהר"י בי רב והמבי"ט ז"ל הנז"ל יש לדחות שפיר ולומר דלא כתבו כן דאינו חייב במוהר אלא על האופן שנהגו בזמנם שמזכירין המוהר בתוך הכתובה בלשון תוספת וכותבין בנוסח זה והוסיף לה מדיליה תוס' ע"ע כתובתה בתו' מוקדם וכו' כמבואר בדבריהם ז"ל להדיא בטעמא קמא שכ' מהריב"א ז"ל לא כן מה שנהגו עתה בז"הז לכלול המוקדם עם הנדוניא כאחד ואין מזכירין אותו בל' תוס' כלל אלא שכוללים אותו בסך הנדוניא וכותבין ודא נדוניא דהנעלת ליה וכו' ודאי שי"ל דין נדוניא וכמ"ש בעניותין לעיל לדחות כן ולא ס"ל למני"ר נר"ו לדחות זה ממ"ש הטור ז"ל בא"הע סי' קי"ח וכו' כמ"ש אני עני לעיל ואפשר דאזלי בשיטת הרשב"ץ ז"ל שבח"ב סי' רצ"ב וכו' וככל מ"ש אני עני לצדד בזה מה למעלה ומשם בא'רה ועם דלפי הטעם הב' שכתב מהר"י בי רב ז"ל משם הרא"ש והריב"ש ז"ל שכתבו דבענייני התקנות אין ללמוד מהם אלא מה שהוא מפורסם כנז"ל אפ"ל דלא כתבו כן אלא על האופן שהיו נוהגים באותו זמן שהיו כותבין המוקדם בל' תוס' דמוכחא מילתא בהדיא שהוא ממון הבעל וכיון שכן במורדת דאיירי בה הרב מהריב"ר ז"ל שאין לה תוס' גם המוקדמין אין לה כיון שנזכרו בכתו' בל' תוס' וכמו כן היה מן הדין אפי' בהשבון שלא היה מן הדין להחזיר חצי המוקדמין אלא שתיקנו כן בהשבון להחזיר החצי הנשאר מן המוקדם והוא מכח התקנה ובהא הוא דאמר מר דאין למדין בענין התקנות זה מזה אלא בדבר המפורסם

משא"כ למה שנהגו בז"הז שנותן המוקדם קודם החופה ונכלל בכתובה בכלל הנדוניא שהכניסה כנז"ל מוכחא מילתא דלמתנה גמורה אכוון והם כנצ"ב שלה ממש:
ועוד אפ"ל דע"כ לא כתבו כן מהריב"ר והמבי"ט ז"ל אלא בדין המורדת דמוכרח הוא לגרש דאי אפשר לו להיות יושב ובטל מפור' ומוכרח הוא לגרש וכן הוא רמוז בד' הרב מהריב"ר ז"ל שכ' וז"ל אלא ודאי אין כותבין זה אלא לברר מהו המוקדם ומהו הנדוניא שלה כדי שאם יבא איזה דבר דבשבילו כופין אותו לגרש שלא תקח אלא מה שהביאה מבית אביה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהב לה וכו' עכ"ל לא כן בנ"ד אין כאן כפייה לגרשה והוא הוא שרוצה לגרשה ואם היא מפני שהיא אטומה מבפנים עכ"פ ראוי לשמש עמה ואינה גרועה מאיילונית שי"ל תוס' וכמ"ש הרמב"ם ומרן ז"ל ולדעת מרן ז"ל גם התוס' הנהוג בז"הז שהוא דבר קצוב שלעולם מוסיפין שליש לדעתו ז"ל אין לחלק מתוס' זה לתוס' האמור בש"ס וכמ"ש הרב משפט צדק ז"ל וככל מש"ל ועם שהרב כנ"הג והרב פ"מ וה' חסד לאברהם והרב ש"ב ז"ל בסי' הנז"ל השוו דעת מרן ז"ל לד' מהרש"ך ואייתו בידייהו כ"וכ פוס' ז"ל דס"ל שדין התוס' כדין עיקר כתובה שהוא מנה מאתים הנה אמת וקושטא קאי שדעת מרן ז"ל ככל הני רבוותא דס"ל שדין התוס' כדין העיקר ואפי' בתוס' הנהוג האידנא שהוא ד"ק כמו הפוס' הנז' בתלמוד ובמקו' שאמרו אין לה כתובה סתם היינו לא עיקר ולא תוס' ובמקום שכתבו יש לה כתובה ר"ל עיקר ותוס' וביי"ד כשאומרים כן סתם ברם היכא דכתבו בהדיא אין לה עיקר כתו' אבל תוס' יש לה כמו באיילונית והנושא אשה מן חייבי לאוין שלא הכיר בה שאמרו שאין לה מנה מאתים אבל תוס' י"ל דיצא הוי דאפי' בתוס' דנהגו בז"הז יש להם וכמו כן הבאה מחמת טענה שפסק מרן ז"ל בסימן קנ"ד שכופין אותו להוציא ויתן מנה מאתים אבל לא תוספת איירי אפי' בתוס' קצוב הנהוג בז"הז וכן הוא דעת כל גדולי הפוס' אשר אספם וקבצם הרב הכנ"הג ז"ל בא"הע סי' ק' והפ"מ והחס"ל ז"ל לא כן לדעת מהרש"ך ז"ל דס"ל דתוס' הנהוג בדבר קצוב היינו עיקר כתובה ולדידיה הלוקח איילונית ומחייבי לאוין כיון שאין להם עיקר אין להש תוספת וכן בבאה מחמת טענה לדעת מהרש"ך ז"ל כיון שיש לה עיקר י"ל תוס' דלא כמש"ל ועיין להרב נת"מ ז"ל בדרכ"ד סע"ג בד"ה ומ"ש וכו' שכתב להדיא דמהריב"ל ומהרלנ"ח ז"ל חולקים ע"ד מהרש"ך ז"ל וע"ע בתשו' בעי חיי חיו"ד בא"הע שבסוף סי' כ"ג דכ"מ ע"ב בד"ה קצורן ש"ד ומשם בארה שכל הרבנים ז"ל שהזכירם הוא ז"ל בכנ"הג סי' ק' הנז' כולהו ז"ל תנאי נינהו ופליגי עליה דמהרש"ך ז"ל יעש"ב זה נלע"ד ליישב קצת דעת הרב הגאון ראש"ל נר"ו והרב יש"א ברכה נר"ו אמנם אכתי לא הונח לי דמיונם אשר דמו ולמדו דין המוהר בנ"ד דאטומה ודאין לו ג"א

מדין חזרת חצי השבון דלפי"ד הרא"ש והריב"ש ז"ל אין ללמוד ז"מז כלל ולפי האמור העיקר חסר בדברי קדשם ועדיין צריך להתיישב היטב בדברים אלו טובא ואכמ"ל עוד בזה כעת וצור ישראל י"מ וימ"ן ויאיר עינינו בתורתו הקדושה ויזכני לכוין לאמיתה ש"ת לבל אכשל בדבר הלכה תמיד כל הימים כיר"א:

הלכ"ד זעירא דמן חברייא והוא:

הצעיר יצחק אבולעפיא ס"ט:

סימן ט

שאלה במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ב"ד דח"ל כד אתא קדמנא ה"ר רחמים סרוגו הי"ו ואחר האיום והגיזום כדבעי עמד על רגליו והעיד בתע"ג ע"ן וע"י וכה העיד לפנינו שבחדש טבת משנתנו זאת הוא היה שמש בב"המד של סי' רחמים ברוך מערבי יג"ו שבתוך ביתו וראה שנתארח בבית כו"ו רחמים הנז' איש יאודי אחד ששמו אברהם כהן אזמירלי ונתעכב בבית הנז' ערך חמשים יום מ"ומ ובתוך אלו הימים היה מספר אברהם הנז' עם העד רחמים סרוגו הנז' סיפורים רבים ובכלל הדברים שעברו ביניהם סיפר לו ג"כ שהוא מתחילה בא לפה העירה דמסק ונשאר ברחוב היאודים כמו ט"ו ימים ולא נתנו לו מאכל ומשתה כלל ובראותו כן הלך אצל המלכות יר"ה ונעשה מאנשי חייל והוליכוהו למלחמת העוצמלי עם גירד עם כמה אנשי חייל של המלכות יר"ה ובהגיעו להתם שם ראה לשני יאודים אחרים ונתחבר עמהם ושאל אותם מהיכן הם ואמר שאמרו לו אחד מהם מאר"ץ יע"א ושמו אברהם אל חלבי והשני אמר לו ששמו מוסא אל עג"ם אל שאמי ובהיותם נלחמים עם האויבים שכנגדם אברהם אל חלבי הנז' ברח והלך לדרכו וחזר לעירו אר"ץ יע"א ומוסא אל עג"ם הנז' נהרג במלחמה ונשרף על ידו וע"י שאר החייל עם שאר ההרוגים במלחמה ושאל אותו רחמים סרוגו הנז' להאיש המגיד הנז' מהיכן אתה יודע לזה מוסא אל עג"ם אל שאמי ואמר לו ראשו גדול והוא שמן וקצר קומה עד כאן באה עדות העד רחמים סרוגו הנז' לפנינו מה שהגיד לו אברהם הכהן הנז' ואנן ב"ד דח"ל קבלנו עדותו כהוגן וכתחז"ל והועתקה עדותו מלשון ערבי אשר דיבר בו לל"הק א"בא ת"בת ממש וע"ד אמו"ץ כתבנו וח"ש פה מתא דמשק יע"א בשלהי חדש אייר שנת:

התרט"ל ליצירה:

הצעיר פ' דיין הצעיר פ' דיין ס"ט:

במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ב"ד דח"ל כד אתא קדמנא הח"ר יעקב סוכרי יצ"ו והעיד לפנינו בתע"ג ע"ן וע"י וכך היתה עדותו שיום אחד היינו יושבים אני וחבירי הח"ר

יעקב נסים בוקאעי יצ"ו בב"המד של סי' מאיר ליזבונה יצ"ו כמנהגינו והנה בא אצל סי' מאיר הנז' אורח אחד זה שמו אברהם הכהן בן יאושוע הכהן מעי"ת אזמיר יע"א כדי לקחת נדבה מן הכולל יכב"ץ וכשהוא יושב שם סיפר לנו וכך היו דבריו איך הייתי אני ואחד מעירי שמו יאודה ארדיתי שנינו לבשנו בחייל בזמן המלחמה והלכנו למלחמה עם שארית החייל הגענו לעיר שמה אל בזלגאר ונעשה המלחמה שם ושם ראינו איש אחד ונתחברנו עמו יען אמר לנו שהוא יאודי והודיענו על שמו מוסא אל עג"ם והוא קצר קומה ושמן ומן צורת פניו ודיבורו ידענו אני וחבירי יאודה שהוא שאמי ונתחברנו עמו במלחמה ויום אחד נעשית מלחמה חזקה הרבה ולעת ערב אספו כל ההרוגים שנהרגו באותו יום כדי שישרפו אותם יען שכך הוא המנהג בכל יום ויום ובעת אשר אספום נתקרבתי אני וחבירי יאודה הנז' כדי לראות את ההרוגים אשר רוצים לשורפם ומכללם ראינו למוסא אל עג"ם הנז' שנתחברנו עמו שהוא ושהוא הרוג ואכל מכת מות של עופרת בצוארו מצד ימין והבטנו יפה ונתאמת לנו שהוא מוסא אל עג"ם הנז' מבלתי ספק כלל ואח"ז שרפו כל ההרוגים ומכללם שרפו למוסא הנז' אשר היה הרוג עמהם אלו דברי אברהם הכהן הנז' אשר סיפר לנו אני וחבירי במדרש עד כאן באה עדות העד החרי"ס הנז' יצ"ו מה ששמע מפי אברהם הכהן הנז' אב"א תב"ת ואנן ב"ד קבלנו עדותו כהוגן וכתחז"ל והועתקה מלשון ערבי לל"הק ממש והיה זה ביום י"א לחדש סיון שנת התר"לט ליציאה וקים:

הצעיר פ' דיין הצעיר פ' דיין:

במותב תלתא כחדא הוינא נחנא ה"ד דח"ל:

כד אתא קדמנא הח"ר יעקב נסים בוקאוי ישמרהו צורו ויחייהו והעיד לפנינו וכן היו דבריו שפעם אחת היה יושב הוא וחבירו חר"י סוכרי וח' דוד פינטו הי"ו בב"המד של הגביר סי' מאיר ליזבונא הי"ו ובא אורח אחד זה שמו אברהם הכהן בן יאושוע הכהן מעי"ת אזמיר וששאלו אותו על ענין מוסא אל עג"ם ולא רצה להגיד לנו כי הוא ירא מהמלכות יר"ה ואח"כ הפצרנו בו ואמרנו לו שצריך שיגיד לנו בשביל אשתו שלא תשאר עגונה ואנחנו לא נגיד הדבר ומרוב ההפצרות הגיד לנו וכה אמר לנו איך בחדש תשרי שנת תר"לח ראיתי למוסא אל עג"ם אני וחבירי יאודה ארדיטי מעיר אזמיר בקישלא שמה פירי פאשא ואח"כ נסענו מן פירי פאשא אני והוא יחד והלכנו לפוזנא עם החייל ושם היתה המלחמה בבולגאר והיינו יושבים בטאבור אחד רביעי אלאי אני והוא והמנהג אשר יהרג במלחמה לעת ערב ימשכו אותם וישרפום ונתקרבתי כדי לראות ההרוגים וכשבאתי אצל ההרוגים ראיתי מוסא עג"ם הרוג והגיעו העופרת בצוארו מצד

ימין וידעתיו שהוא הוא יען היה מתהלך עמי ואמר לי ששמו מוסא עג"ם והוא קצר הקומה ושמן ומשכו כל ההרוגים ומכללם מוסא הנז' ושרפי אותם לפניו וגם הוא הגיד לנו מה סיבת ביאתו לחייל יען היה במחלוקת ובקטטה עם אמו ונתכעס אלו דב"י אברהם הכהן הנז' ע"כ באה עדות העד ח"ד נסים בוקאעי הי"ו הנז' וקבלנו עדותו אנן ב"ד דח"ל כתחז"ל והיה זה ביום י"א לחדש סיון שנת: התרט"ל ליצירה. גם העיד לפנינו החר"י הנז' יצ"ו שאמר להם אברהם הכהן הנז' שהוא שאל אותו על שמו ועל עירו והוא מפיו אמר לו ששמו מוסא עג"ם ועירו מדמשק והש"וב וקים:

הצעיר פ' דיין הצעיר פ' דיין ס"ט ס"ט:

הצעיר פ' דיין ס"ט:

יורנו מ"ץ אם הותרה אשת הנעלם מוסא אל עג"ם ע"פי כל העדיות הנ"ל אם לאו ויבא שכמ"ה:

תשובה עם שיודע אני בעצמי שאיני כדאי להורות ובפרט באיסור ערוה החמורה מ"מ להיות המאורע הרע הזה חל להיות פה עירנו דמשק יע"א ונדרשתי לאשר שאלוני א"כ מוכרח אני לטפל עצמי לחוות דעתי בהיתר העגונה האומללה הזאת ולהפך בזכותה ובפרט דכבר אזהרה שמענו מרז"ל גודל חיוב האדם להפך בזכות העגונות ובפרט אם רכות בשנים כנ"ד אי לזאת באתי לחוות דעתי מה שנלע"ד בהיתר זאת האשה העגונה אך בתנאי אם יסכימו עמי חכמי ישראל ורבני הדור ישצ"ו דוקא ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו וזה החלי ו"ה אלדים יעזור לי:

ואומר דנלע"ד ברור דעפי' עדות העד הראשון הוא רחמים סרוגו יצ"ו יש בה כדאי וחותר להתיר אשת מוסא אל עג"ם הנעלם מכבלי ברזל העיגון וכאשר אבאר בס"ד:

תחילה וראש הנה נודע בס' ש"ץ ז"ל דאפי' לא ידע העד או הגוי המסל"ת את שם הנעלם ואת שם אביו ושם עירו כי אם מפי המת או הנהרג עצמו שהוא צייר לו ששמו ושם אביו וש"ע כך וכך מהני סגי ומסגי כאלו היה ידוע לו מברר את שמו וש"א וש"ע מפי הזולת וכבר האריך הרחיב בזה הרב דבר משה ז"ל בא"הע סי' יו"ד ואסף איש טהור שם כל להקת הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט זה יעש"ב ואין מקום עוד להאריך בזה כלל והדברים עתיקים: עוד זאת הנה נודע הסכמת כל הפוס' ראשונים ואח' ז"ל דהכינוי עולה וממלא במקום שם אביו ולא עוד אלא דכמה מרבוותא ז"ל דס"ל דכינויו עדיף משם אביו וכבר נקבצו באו סברות הפוס' ז"ל בפרט זה בכנ"הג ויד אהרן א"הע סי' י"ז ועד אחרן הרואה יראה להרב ידידיה קאראסו ז"ל בדרי"א ע"ד יעש"ב והדברים פשוטים

ואפי"ז הנה נמצא בעדות העד הראשון הוא רחמים סרוגו יצ"ו הנז' שמו ושם אביו ושם עירו דהיינו שמו וכינויו וש"ע וכמבואר:

והן אמת דלכאורה היה מקום להסתפק בנ"ד ולומר דליכא ש"ע הכא בעדות העד הא' הנז' כיון דלא אמר בפי' שהוא מעיר דמשק הנקראת בערבי שאם רק אמר שאמר לו ששמו מוסא עג"ם שאמי ותיבת שאמי ר"ל דמשקי וא"כ אתאן למ"ש מהרימ"ט ז"ל בא"הע סי' כ"ג על באלי איזנימיטלי דבנ"ד שעלה ונסתפק הוא ז"ל שם דשמא הוא בעל השם ואין זה המבוקש אצלנו עתה רק איניש אחרינא הוא ששמו כשמי ונולד באיזנימיט ושוב חלף הלך לו לדור בעיר אחרת ואינו דר עתה באיזנימיט וחייש מר לחומרא כיעו"ש וכל הבאים אחריו ז"ל איכא מנייהו טובא דחיישי לסברתו להחמיר בכה"ג כמ"שיר הרואה וכבר אני עני הארכתי בעניותי בפרט זה בתשו' אחרת בהתר עגונה אשת שעבאן חאצבאני הנעלם ושם הבאתי סברות הפוס' ראשו' ואח' ז"ל דמחלקי בדעת עליון מהרימ"ט ז"ל מאי דשייך להההוא נידון כיעו"ש ועם המהרימ"ט ז"ל גופיה בא"הע סי' ל"ד באחד שאמלי דחשביה בפשוט לשם עירו ולא נסתפק בו כלל שם שאני התם דסיים דבריו המגיד ואמר שנשא אשה שם מקרוב יע"ש וכ"כ הרב קרית ארבע נר"ו בנימיקיו על תשו' הנז' יע"ש והוא פשוט:

אמנם אחר ראות היטב בס' ש"ץ הפוס' ז"ל ראה ראיתי דגם פה בנ"ד ניצולים אנחנו מספיקו של מהרימ"ט ז"ל הנז"ל מכמה טעמי תריצי דאשתכחו בנ"ד לומר בשופי דבנ"ד גם מהרימ"ט וכל החוששים לסברתו להחמיר אזלי ומודו בנ"ד דאין לחוש חששת מהרימ"ט ז"ל הנז"ל כלל חדא דכיון דזה המגיד הראשון הוא אברהם הכהן הנ"ל ששאל אותם מהיכן הם ולא שאל אותם. על שמם כלל והם השיבו לו על שמם וכינויים וש"ע א"כ מוכרח דמה שאמר לו אחד מהם שזה שמי מוסא עג"ם אל שאמי ודאי דר"ל שהוא מעיר דמשק הנקראת בערבי שא"ס ודר בה עדיין דאל"כ נמצא דלא השיבו כלום על שאלתו ששאל אותו מהיכן הוא וחילוק זה פשוט הוא אצלי וקיימתיהו מסברתי ושוב מצאתיו בפי' בתשו' הגאון מהרר"א קובו ז"ל בספרו הבהיר שער אשר הנד"מ בא"הע סי' י"ג שיצא לחלק כן בנ"ד ואייתי ראיה מתשו' הרב בני אברהם ז"ל סי' ג' יעש"ב והגם דנדון הרב ז"ל מיירי דהיאודי ישאל לגויה על הנעלם מאיזה עיר הוא והשיבתו הגויה מאנסטירלי ואנן בנ"ד עסקינן דזה אברהם הכהן שאל להנעלם עצמו מהיכן והשיבו שהוא פב"פ שאמי ונמצא שלכאו' יש לחלק בין הנדונות ולאו כל אפיא שוים מ"מ לענין דינא לא שנא לן ואין לחלק בין דא לדא אפי' כמלא נימא וזיל בתר טעמא וסברא וההכרח דלמדו הרב ז"ל מדברי הבנ"א ז"ל איתיה נמי בנ"ד וכמ"שיר המעיין ופשוט וע"ע להגאון

מהררא"ק ז"ל שם סי' ו' מאי דיליף מד' מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ך' יע"ש ולדעתי המעט היא דבנ"ד כ"ע יודו כיון דהשאלה היתה להנעלם עצמו מהיכן הוא וכנז"ל וברור:

זאת ועוד אחרת טעמא רבה איכא בנ"ד שלא לחוש האי חששא דמהרימ"ט ז"ל הנז' ממ"ש עוד הגאון שער אשר ז"ל שם סי' ו' סמוך ונראה לטעמו הא' הנז' וז"ל ואף את"ל דלא בדא חשיבנא למלת סילאניקלי דר"ל שדר עתה מ"מ זיל לאידך גיסא דכיון דק"אל לאיש משאלוניקי הוי כהזכרת ש"ע כתשו' מהרשד"ם וש"פ ז"ל כידוע עכ"ל ודון מנייהו ואוקי באתרין כיון דזה האיש אברהם הכהן הוא מדבר עם איש תושב דמשק ודאי דהוי שפיר הזכרת ש"ע באין ס' כלל ובנ"ד ניצולים אנחנו ממה שהשיג הרב מהרי"מ ז"ל ע"ד הגאון מהררא"ק ז"ל הנז' שם בהסכמתו לדינו הנז"ל במאי דיליף מני"ר מהרא"ק ז"ל מתשו' מהרשד"ם ותמה עליו דל"מ מידי דע"כ ל"ק מהרשד"ם ז"ל אלא כשהמגיד היה בעיר הנעלם המבוקש או תוכה וכו' יע"ש ובנ"ד הרי דבר המגיד בתוך עיר הנעלם המבוקש והוא ממש כסברת מהרשד"ם ז"ל וכמבוא' ואין אנו צריכים לנ"ד למ"ש עוד הרב מהררא"ק. ז"ל הנז' שם בתר הכי לתרץ דברי עצמו יע"ש דלפי דק' נפק"ל נמי לנ"ד פתח היתר גמור לאפוקי דינא בשופי כמ"שיר המעיין וברור:

ותו איכא בנ"ד ס"ס להקל גם למהרימ"ט ז"ל ז"ל והוא דחזינן לגאון מהרר"ק ז"ל באותה תשו' הנז' בסי' י"ג שיצא לחלק מדיליה והכי אמר מר דבדאיכא שמו וש"א ונקט ש"ע בלשון זה גם מהרימ"ט ודעימיה אזלי ומודו דאין להסתפק כלל בש"ע כיון דלאו מכח חיפוש אתינן עלה להקל רק משו' דלא חיישי' תו לאתרמי כ"כ ובהכי מיירי הרבני' גדולי הפוס' ז"ל דלא חיישי בנ"ד לחששת מהרימ"ט ז ל ושוב אייתי בידיה שכדבריו ממש כ"כ הרב מהרי"ש ז"ל בהון רב סי' ז' והרב ידיו ש"מ בס"ג אלא דבתר הכי דק ואשכח לרבנן בתראי הבנ"א וכה"ע ומהר"ש בולה ז"ל דלא חילק ידעי בזה והם אמרו דרבים לוחמים עליה דמהרימ"ט ז"ל וא"כ אכתי מיירי פלוגתא ל"ן ומטע"ז הוכרח הוא ז"ל להקל בנ"ד בס"ס כדמהרח"ש ז"ל סי' ד' ושוב חזר בו מלהקל בס"ס הנז' משום דעת המצריכים היפוך וגם ראה לכמה פוס' שפקפקו ע"ד מהרח"ש ז"ל בס"ס שלו יעש"ב ובנד"ן אין אנו צריכים להקל בס"ס שלו אשר הולידו הרב ז"ל עפי"ד מהרח"ש ז"ל כלל דבלאו"ה הנה כאן נמצא וכאן היה ס"ס מרווח ומתהפך שפיר בשופי גמור בעיקר האי ספקא דמהרימ"ט ז"ל והוא זה ס' אי הלכתא אזלא כמהרימ"ט ודעימיה דחיישי לחומרא לבעל השם וא"נ שמא הל' כרבים הפוס' הלוחמים עמו ולא חיישי לבעל השם כלל ואת"ל דהל' כמהרימ"ט וסיעתיה דחיישי' שמא הלכתא דמהרי"ש והרב יש"מ והגאון מהררא"ק ז"ל דס"ל לחלק דבדאיכא שמו וש"א וש"ע בלשון זה גם מהרימ"ט וסי' יודו

להקל וכמש"ל והאי ס"ס בר מיפך שפיר הוא וכמובן וא"כ בנ"ד דהאיכא שמו וכינוייו דהוי במקום ש"א ונקט ש"ע בל' זה יש לנו להקל שפיר מכח האי דס"ס דאמרן והוא ברור ושאני נדון הגאון מהרר"ק ז"ל דסי' י"ג הנז' דלא אשתכח בנ"ד שם אביו כלל מלת שמו וש"ע בהאי לישנא והט' דלא אתי עלה להקל בנ"ד בהאי ס"ס דילן ולזה הוכרח למיתי עלה בס"ס אחרינא הדומה לס"ס דהרב מהרח"ש ז"ל דבסי' ד' וגם בו לא בחר מט' כת המצריכים היפוך ומשום דאיכא מפקפקים בההוא ס"ס דמהרח"ש ז"ל בענין קברתיו וככל מ"ש הוא ז"ל יעש"ב:

ולענד"ן דבלא"ה ליכא למילף מדברי מהרח"ש ז"ל דסי' ד' הנז' דעבד ס"ס לקולא כדין קברתיו ואין ללמוד הימנו להקל במ"א דוגמת הס"ס שלו משום דשאני התם בנדון מהרח"ש ז"ל דבסי' ד' בחסרון קברתיו דכבר הוכיח במישור מהרח"ש ז"ל שם דבדלא אמר קברתיו ליכא רק ספק איסורא מדרבנן מדפסק הרמב"ם ז"ל דבחסרון קברתיו אם נשאת לא תצא דש"מ דלית בה איסורא שא מדרבנן וז"ל מהרח"ש ז"ל דכד שם וירא' מעיינינן שפיר חזינן דהאי מילתא דבעי' קברתיו קלישא טובא בנ"ד ובמילתא פורתא יש לדחותה ותחילת הכל אומר דאפי' היה ספק זה שקול אי בעי' קברתיו או לא הוה צד מקום להקל מט' ס"ס שהרי אף להמצריכים קברתיו אינו אלא מט' ס' דילמא אמר בדדמי ולהרמב"ם גרייע משאר ספיקי דעלמא שהרי קאמר דא"נ ל"ת וא"כ ס' וכו' ואע"ג דלא הוי ס"ס דמתהפך וכו' איכא כמה מרבוותא דפליגי בדא וכ"ש וכו' עכ"ל יעש"ב הרי דמהרח"ש ז"ל גופיה יהיב טעמי תריצי למילתיה ע"מ שסמך להקל בנ"ד בס"ס דיליה הגם שאינו מתהפך דהוא משום דהוא ס' שאינו שקול וגרע טובא משאר ספיקי דעלמא מדקי"ל ביה דאם נשאת ל"ת ור"ל דאינו אלא מדרבנן וא"כ היכי מצינן למילף מניה בעלמא דינא דהוי ס' שקול ובדאורייתא וכנדון הרב מהרא"ק ז"ל ובנ"ד לעשות בהם ס"ס להקל דכוותיה דס"ס דמהרח"ש ז"ל וכן ראיתי להרב החסיד ראש"ל רב' אג"ן ז"ל בס' הבהיר חוקי חיים סי' י"ט דל"א ע"א ולהרב מהרי"ף ז"ל שם בדל"ז ע"ג שכ"כ להדיא בדעת מהרח"ש ז"ל ובהכי תי' שפיר דברי מהרח"ש ז"ל אהדדי מסי' ד' למ"ש בסי' ל' יעש"ב והדברים ברורים ודברי הגאון מהרא"ק ז"ל הנז' דיליף מר מד' מהרח"ש דבסי' ד' הנז"ל המה נפלאו ממני אלא דלכאור' כבר הוא ז"ל הדר ביה ולא סמך על ההוא ס"ס כלל וכנז"ל: תו מילתא בפומאי ואמינא לה דנלע"ד לחלק מנ"ד לנדון מהרימ"ט ז"ל בההיא דבאלי איזניזוטלי ולכל נדונות הפוס' ז"ל הבאים אחריו דחיישי לסברתו להחמיר והוא דשאני נדונות דידהו דעסקי בדברי הגוי או הגויה מסל"ת שהם אמרו לעד השומע מהם שהנעלם זה שמו וש"ע בלשון זה דהיינו איזנימיטלי או סופייאלי או

סילאעקלי או מאנסטירלי או פיאיבילי וכדומה לזה דבכל כה"ג דהגוי המל"ת דהוא אמר שכן שמו וש"ע באנו לבית הס' שמא הוא בעל השם וכמ"ש מהרימ"ט ודעימיה וע"ז הוא דרבים לוחמים עמו ולא חיישי בזה לבעל השם כלל ברם בכה"ג דנ"ד שזה האיש המגיד אומר בפי' שהנעלם עצמו אמר לו שזה שמו וכינויו וש"ע בלשון זה שאמי הא ודאי דר"ל שהוא דר עתה בדמשק הנקראת בל' ערבי שאם בלתי ס' כלל משום דלא אשכחן מי שיאמר על עצמו שהוא מאניסטרלי או סילאנוקלי וכו' ולא יהיה דר עתה באותה העיר שהזכיר בפיו רק מפני שהוא בעל השם ובעבור שנולד בה הוא שאמר כן עתה אך גם זה מצינו בש"ס ברב הונא שאמר על עצמו בעל השם אני על שתאר את עצמו בשם רב כידוע אבל לתאר עצמו איהו גופיה בשם עיר אחת שאינו דר בה עתה רק נולד בה זו לא שמענו כלל אבל הזולת אשכחן דקרו ליה אזמירלי וכו' על שם כי נולד בה ואפי' שכעת איננו שם רק הוא דר במ"א עכ"ז אינשי דעלמ' יתארוהו כן כידוע ולענ"ד מילתא דמסתבר' היא דא לפלוגי בהכי ולפי"ז נמצא דבנ"ד שהנעלם עצמו אמר שכן שמו וכינויו וש"ע כ"ע מודו דליכא למיחש לבעל השם כדחיישי לה מהרימ"ט ודעימיה ז"ל וכמובן:

אלא דלאפס הפנאי לא יכולתי לחפש היטב בס' ש"ץ הפוס' ז"ל אם המצא ימצא כה"ג דנ"ד ועכ"ז חיישי להא דמהרימ"ט ז"ל ולכך איני תוקע עצמי ואיני סומך על דעתי בחי' זה לחודיה אם לא אמצאהו מבואר בפוס' ז"ל אכן למאי דקמן בלאו"ה כבר אשכחנא טעמי תריצי למסמך עלייהו להקל בנ"ד שלא לחוש להא דמהרימ"ט ז"ל ודאי חילוקא דידי דנא דנ"ל חזי לאצטרופי נמי בהדייהו השתא הכא כל כמה דלא אשכחנא ליה סתירי מה' הפוס' ז"ל וכד אשכחנא איזה פוסק דסתיר ליה אפי' ממילא הריני אזי מבטל דעתי נגד דעתו כי מיראי הוראה אני ודי כעת בהערה זאת:

ותו יש לנו לצרף עדות העד השלישי הוא הר"י בוקאעי יצ"ו שבקבלת עדות השלישית הנז' בשאלה דנ"ד דהעיד בפי' גמור מפי המגיד הראשון עצמו הוא אברהם הכהן הנז' שהעיד שבפי' אמ"ל אברהם הנז' שהנעל' עצמו אמ"ל שהוא מעיר דמשק ושנתקוטט עם אמו וכו' וא"כ בודאי הגמור שהוא ואמו הם דרים עתה בדמשק וילמד סתום מן המפורש:

והגם שעדות חרי"ב הנז' יצ"ו מפי אברהם הכהן הנז' אין בה מועיל לפו"ד כיון דאברהם הנז' היה מומר ולא חזר בתשו' מעליא הראויה להכשירו לעדות וכדבעי' מימר קמן בס"ד ולא מהניא עדות כי אם בהיותו מסל"ת דוקא ובאותה עדות החרי"ב הנז' היתה עדותו ע"י שאלה והזכירו לו אשת הנעלם ונמצא דהוא בעדותו נתכוון להעיד ולהתיר וליכא בעדות חרי"ב הנז' שום ממש וכמו שאבאר לקמן בס"ד הנה מ"מ שפיר מצינן למינקט מינה לגלוי מילתא בעלמ' על איזה אדם דיבר בראשונה וכדחזינן להר' מהר"א אלפאנדרי

ז"ל בסי' כ' שהיה חסר בנ"ד בעדות הא' ש"ע וצירף עדות הב' הגם שנתכוון הב' להתיר וכ"כ ה' מ"ג סי' ע' ומחזה אברהם סי' ח' והרב אשדות הפסגה ז"ל סי' ג' לצרף עדות העד הב' הגם דהיה ע"י שאלה יע"ש וכ"כ הגאון מהרא"ק ז"ל בשער אשר סי' כ"ב דע"ב ע"א משם גדולי הפוס' ז"ל הנז' וסיים עלה וז"ל והגם דהרב חס"ל א"הע סי' דכ"ן פקפק בזה ומר הוא דאמר דרבים ועצומים פליגי עלייהו יע"ש מ"מ היכא דמוכחא מילתא טובא דעל מה שמעיד הא' מעיד הב' כ"ע מודו דמצרפינן העדיות וכו' וכ"ש בכה"ג דנ"ד דהגוי המעיד הא' הוא האחרון ועל מה שהגיד בתחי' הוא בא לברר הדברים עכשיו פשיטא ודאי דשקלינן דבריו האח' לצרף עם דבריו הא' הגם שבאח' נתכוון להתיר וכמש"ר בת' אשדות הפסגה שם שכתב כן בפשיטות לנ"ד שהיה הכל עד אחד כיעו"ש ודון מנייהו ואוקי באתרין ממש דג"כ בנ"ד הכל ע"ד אחד ומוכחא מילתא טובא דעל מה שהגיד בתחי' הגיד באחרונה ופשוט וע"ע להרב שער אשר ז"ל בסי' כ"ה הנז' בדע"א ע"ד ובסי' ה' דמ"א סע"ד שכ"כ בפשיטות גמור יע"ש והדברים עתיקים וברורים: אמ"ל דבנ"ד הא איכא הני תלתא סי' דאמו"ר שמו וש"א וש"ע ולא בציר שום חדא מנייהו כלל וכנז"ל וכיון שכן בודאי הגמור דהוא הוא הנעלם המבוקש אצלנו כעת ולא חיישי' תו לאיניש אחרינא שכן שמו וכינויו וש"ע כלל דכ"כ אתרמי לא' ובפרט דלא נעלם אצלנו מעירנו זאת איש אחר שכן שמו וכינויו כלל זולת זה המבוקש כעת ובכן מצד זה הותרה אשת זה הנעלם דנ"ד מכבלי עיגונה ע"פי עדות עד זה הראשון הבא בשאל' וכמבואר: גם אין לפקפק ולחוש עוד ממה שלא אמר זה המגיד לרחמים הנז' שמת וקברתיו א"כ חיישי' ליה דדילמא אמר בדדמי ובפרט דהכא עסקינן בעד אחד במלחמה דקי"ל לכ"ע צ"ל מת וקברתיו ואי לא לא מהני דחיישי' דאמר בדדמי דהא ודאי ליכא למיחש להא בנ"ד כלל ואין אנו צריכי' למלאת בנ"ד חסרון קברתיו ע"פי החי' שכתבו הפוס' ז"ל דהיינו בהזכרת שמו א"נ באומר נהרג וכיוצא לזה שאר החי' שכתבתים כבר בעניותי בתשו' הנז' של התר אשת שעבאן הנז' ובתשו' אחרת כת"י אשר לי כיעוש"ב דלאו האיכא בנ"ד יותר מקברתיו כיון דאמר בפי' שזה האיש מוסא עג"ם נהרג במלחמה ונשרף עם שאר ההרוגים בו ביום המלחמ' ע"י אנשי חיל ששרפו כל ההרוגים בו ביום ובכללם שרפו זה הנעלם דנ"ד והוי ממש כאלו אמר בפי' מת וקברתיו דאפי' אמר קברוהו או טלטלוהו אחרים הוה סגי ומהני כ"ש באו' ששרפו אותו החייל עם שאר ההרוגים אין לך קברתיו גדול מזה וכמ"ש הרב יד"א ז"ל ח"א א"הע סי' י"ז הגב"י אות ש"ב משם גדולי הפוס' ז"ל יע"ש ופשוט:

אך את זה פש גבן לברר וללבן הספק הגדול שנפל בנד"ז והוא זא דוה האיש אברהם הכהן המגיד הא' לזה העד רחמים סרוגו יצ"ו על זה הלעל' שנהרג במלחמה כנז"ל הנה מלבד דהוא הודה על עצמו לרחמים העד הנז' שהמיר דתו ונשתמד ונעשה איש חיל והלך למלחמה כנז"ל עוד זאת נודע ומפורסם הוא בעירנו זאת שהיה משומד ומעורב עם החייל יר"ה פה העירה ושוב ברח מהם ונחבא בבית סי' ברוך מערבי יצ"ו באומרו אליו שרצונו לחזור לדת האמת ובהיותו שם הגיד כ"ז לזה העד רחמים סרוגו הנז' וא"כ כיון שהיה מומר ומשומד לרצונו ולהכעיס בודאי הגמור שאכל עמהם נוט' ומאכ"א וחילל ש"ק ומועדי ה' והרג כמה נפשות באין ס' כלל א"כ הגם דנימא דכעת בשעה שהעיד חזר בתשובה ונעשה יאודי גמור כמאז וכמקדם המרתו מ"מ כיון דכעת הוא מעיד על מה שראה היא בהיותו מומר ומשומד א"כ הו"ל תחילתו בפסלות וסופו בכשרות ול"מ מידי משום דגם בפיסולי דעבירה בעינן תחי' וסופו בכשרות כדבעינן בפיסולי עדות מחמת קורבה לדעת רוב הפוס' ז"ל: והגם דחזינא למרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג א"הע סי' י"ז הג"הטו אות א"ך שכתב שהורה הלכה למעשה להכשיר בעדות אשה עדות המשומד שחזר לתקנו ומעיד עד שראה בהיותו משומד והט' משום דלא בעינן בעדות אשה עגונה תחי' וסופו בכשרות וכהסכמת מהריב"ל ז"ל בח"ג סימן ע"ד ושכן הסכימו עמו בהוראה זאת דל"מ כל רבני דורו ועירו יעש"ב מ"מ חזינא להרב יד"א ז"ל שם שהבי"ד הרדב"ז ז"ל בח"ב סי' תרנ"ו דמחמיר טובא ופוסל גם בעדות עיגונא עד מומר שחזר לתקנו משום דס"ל דבעי' תחי' וסופו בכשרות גם בעדות אשה יע"ש ועם שהרב יד"א ז"ל שם תמה עליו ולא מצא לו חבר דקאי כוותיה בס' זאת כיעו"ש מ"מ הרואה יראה להרב צ"ץ ז"ל בסי' פ"ח דהכי ס"ל למר להדיא יע"ש ומי יוכל להקל נגד סברתם ז"ל ובפרט באיסור ערוה החמורה:

והכי חזינא להגאון מהרר"א קובו ז"ל בספרו הנורא שער אשר א"הע סי' ו' המ' לעיל שעמד בזה בנ"ד ואייתי בידיה כל הנז"ל וחייש לה מני"ר טובא לסברת הרדב"ז ז"ל הנז' ושוב עשה ס"ס להקל בנ"ד כדי לצאת י"ח הרדב"ז ז"ל מאי דלא שייך בנדוננו זה ההוא ס"ס כלל כיון דאנן בדידן ברירא לן מילתא טובא בהאי סהדא אברהם הכהן הנז' דהיה מומר גמור בעת ראותו לזה הנעלם דנ"ד שנהרג וא"כ ליכא בנ"ד רק חדא ס' והוא מח' הרדב"ז והצ"ץ ז"ל עם מהריב"ל ודעימיה ובחדא ספיקא אין מקום להקל בנ"ד כלל להכשיר עדותו זאת הפך דעת עליונים למעלה דה' הרדב"ז והרב צ"ץ ז"ל וכמדובר: זאת ועוד הגם דנימא דכ"ע מודו דבעיגונא היקלו ולכ"ע לא בעי' תחי' בכשרות ואין חולק ע"ז כלל מ"מ סופו בכשרות מיהא בעינן מאי דלא אשתכח הכי הכא בנ"ד בזה העד אברהם

הכהן כלל כיון דחזינן ביה דלא חזר בתשו' גמורה להיות נכשר לעדות כדינו דהיינו שטבל ולקה וקבל עליו דברי חברות בפני ג' ב"ד ושקבל עליו סיגופים ותעניות והתחיל לעשותם אשר כ"ז מצרך צריכי עליה למעבד לעיכובא כדי להכשיר המומר להעיד וכל זמן שלא עשה כ"ז לא מתכשר להעיד כלל וכמ"ש הגאון החק"ל ז"ל במפ' א"הע סי' ו' שהאריך להכריח כן בראיות נכוחות ועצומות ודחה שם דברי הרב מהר"א גירון ז"ל שהורה להקל ולהכשיר עדות המומר שחזר בו בסתם מבלתי עשות כל התיקונים. הנז' יעש"ב נפלאות מתורתו:

ותו חזינא לרבני וגאוני דורנו ב"ד רבא דעי"הק ירוש' ת"ו בתשו' הרמתה הבאה בנדיב לב ח"ב א"הע סי' ס' דאייתו בידייהו לנ"ד תשו' הגאון החק"ל ז"ל הנ"ל והמה בחכמתם הוסיפו עוד להצריך ג"כ שני עדים כשרים שיעידו עליו שעשה תשו' גמורה שלקה וטבל וכו' ואי ליכא סהדי אינו חוזר לכשרותו כלל יע"ש:

אשר מזה אני תמיה טובא על הגאון מהרר"א קובו ז"ל במ"ש בס"ה שער אשר א"הע סי' ו' הנז' שעמד שם בנ"ד על עדות העד יצחק ברוך דנ"ד שהיה משומד והרב ז"ל שם כתב עליו סתם שחזר בתשו' יע"ש ולא הודיענו אם חזרתו בתשו' היתה בכל התיקונים הנ"ל או לא ומסתמא ודאי שלא עשה אותו העד שום תיקון לנפשו מכל הנז"ל רק שחזר לתקנו ונתערב עם בני עמנו ותו לא מידי ואם כך היתה תשובתו ודאי דלא הוכשר כלל ככל אשר העלה הגאון החק"ל ז"ל וכנז"ל ותמ' אני עליה דמני"ר איך לא נרגש מכל סברות הפוס' הראשו' ואח' ז"ל דאייתי בידיה הגאון החק"ל ז"ל. דמחמירי טובא בהכשר המומר להעיד דאינו ראוי להעיד עד דעביד כל התיקונים הנ"ל דלפי"ז אפי' סופו בכשרות ליכא בנדונו כלל והוא פלא:

ושו"ר להרב ידי דוד קאראסו ז"ל בתשו' סימן י"ג שעמד על יצחק ברוך הנז' עצמה דאתשיל עלה הגאון מהרר"ק ז"ל ועלה ונסתפק בו אי כשר לעדות כיון שהיה מומר והסכימה דעתו ז"ל להכשירו לעדות אפי' שלא חזר בתשו' גמורה בכל התיקונים הנ"ל יעש"ב והרואה יראה שיותר מזה כתב הרב מהר"א גירון ז"ל בתשו' להגאון החק"ל ז"ל להכשירו והגאון החק"ל ז"ל דחה כל ראיותיו בטו"ד ובראיות עצומות כיעוש"ב:

איך שיהיה לפי"ז אנן בדידן לא מצאנו ידינו ורגלינו בב"המד להכשיר עדות העד הזה הוא אברהם הכהן הנז' מתורת עדות גמורה משום שחזר לדתנו בסתם ונאמר דלא בעינן תחי' וסופו בכשרות בעדות עיגונה וכהסכמת מהריב"ל בח"ג סי' ע"ה ומרן החבי"ב ורבני דורו ז"ל כנז"ל דהא ודאי אין בידינו ובכחנו להקל מטע"ז כלל כיון דהרדב"ז והרב צ"ץ ז"ל מחמרי ביה טובא ופסלי יתיה גם בעדות עיגונא ומי יוכל להקל נגדם באיסור

ערוה החמורה ותו דאפי' סופו בכשרות מיהא ליכא בנ"ד כיון דלא עשה תשו' בכל התנאים הנ"ל:

ועם דמהרשד"ם והרב מים רבים והכנ"הג ז"ל מכשרי ליה בעדות אשה הגם דלא עשה תשו"ש ככל הנז"ל וכן הסכים הרב ידי דוד קאראסו ז"ל כנז"ל מ"מ מאן ספין ומאן רקיע לסמוך עליהם להקל באיסור ערוה החמורה נגד כל הפוס' ז"ל דאייתינהו הגאון החק"ל ז"ל בסי' ו' הנ"ל דפסלי יתיה מדאורייתא כל עוד שלא עשה התשובה בכל התיקוני הנז"ל וכמ"ש כן הגאון החק"ל ז"ל בדעתם ז"ל וכמ' שיר המעיין:

אמנם בקושטא יש להכשיר עדות העד הזה דנ"ד ולמסמך עלה להתיר אשת הנעלם דבנ"ד מטעם שהיה מסל"ת גמור בכל מה שספר והגיד להעד השומע ממנו הוא רחמים סרוגו הנז"ל שמעדותו של זה העד השומע ממנו ניכר ומוכח להדיא שאברהם הכהן המגיד לו היה מסל"ת גמור בלתי ששאל הוא ממנו שום שאלה כלל לא על זה הנעלם דנ"ד ולא על זולתו כלל וגם באו דבריו של אברהם הנז' בקשר דברים לפניו ולאחריו ובזה יצאנו יד"ח דעת הר"ן ז"ל ודעימיה המצריכים במסל"ת שיהיו דבריו בקשר דברים לפניו או לאחריו כידוע וכאן נמצאו תרוויהו קשר דברים לפניו שכן העיד העד השומע ממנו שהיה מספר עמו בתחי' סיפורים רבים ואתיא מכללא הגיד לו את כל הקורות אותו ובכלל הדברים הגיד לו על הריגת האיש הנעל' בהיותו במלחמה איתי עמי ואין לך קשר דברים לפניו גדול מזה וגם לאחריו שסיפר ג"כ שנשרף בו ביום הנעלם הנז' לעת ערב עם שאר ההרוגים במלחמה וג"ז הוי ק"ד ממש לאחריו כמו שיראה המעיין בס' ש"ץ הפוס' ז"ל ועד אחרן החכם עיניו יחזו בתשו' הגאון מהרר"ק ז"ל בשער אשר סי' ט' דהאריך הרחיב בזה כיד ה' הטובה עליו יעש"ב:

ועם שזה העד השומע ההוא אמר שבכלל הדברים סיפר לו ג"כ וכו' כנז' בקבלת עדותו אין לדקדק מזה שהוא שאל אותו ע"ז הנעל' ובכלל הדברים דידיה סיפר לו ג"כ ע"ז הנעלם דהא ודאי ליתא ועיין בתשו' הרב בני משה שלטון ז"ל סי' ז"ך שכתוב קי בינ"ו לה פלאטיקא וכו' ושק"וט הרב ז"ל שם בתשו' ואסיק דהוי מס"לת גמור יעש"ב כ"ש וק"ו בנ"ד שכתוב דבכלל הדברים וכו' דודאי פשטן של דברים מורין להדיא דבכלל דבריו של המגיד עצמו הוא אברהם סיפר לו ג"כ וכו' וזה פשוט וברור:

והגם דבתר הכי שאל אותו זה העד השומע שהוא רחמים סרוגו הנז' לאברהם כהן הנז' מהיכן אתה יודע וכו' הנה עכ"ז לא נפיק מתורת מס"לת גמור כיון דהתחיל להסיח ל"ת וגם גמר כל דבריו במל"ת שוב אין השאלה מזקת כלל כהסכמת הפוס' ז"ל כולם כאחד

פה אחד הכי ס"ל בפשוט ועד אחרן עיין בתשו' הרב ידי דוד קאראסו ז"ל בסי' י"ב יעש"ב והדברים פשוטים אין צורך להאריך בזה כלל:

ובכן מאחר שכן שכל דבריו של זה המומר שהיה כבר לזה העד השומע ממנו הנז' היו במסל"ת גמור וכנז"ל הא ודאי דמקבלי' עדותו והגדתו במסל"ת כדין גוי גמור דודאי לא גרע מגוי וכמ"ש כן להדיא הר"ן ז"ל בתשו' סי' ג' שכן הדין פשוט לדעת הרי"ף והרמב"ם ורוב ככל הפוס' ז"ל וכן פסק מרן ז"ל בא"הע סי' י"ז יע"ש:

ועם שכתב שם הר"ן ז"ל בתשו' הנז' דיש שחלקו על הרי"ף בדין המומר שאינו נאמן אפי' במסל"ת דחיישי' ביה דאערומי קא מערים לדבר דבריו במל"ת כדי להאמינו יע"ש והיא סברי הרימ"ט הראשון ז"ל כמ"ש בשמו הרב תומת ישרים ז"ל בסי' ע"ד וסיים הוא ז"ל שיש להחמיר לחוש לסברתו יע"ש וכ"כ בשמו הכנ"הג וידי"א ז"ל שם וכמו כן כל האח' ז"ל חשו לסברתו להחמיר כמ"שיר הרואה הלא בספרתם וכן בדין דבאיסור ערוה יש לחוש לכל הסברות לחומרא כידוע וא"כ גם בנד"ן לכאורה יש לחוש לס' זאת להחמיר לפסול עדות המומר הנז' לגמרי דגרע מגוי וכ"ס מהרימ"ט ז"ל הנז"ל וכמדובר:

ברם בקושטא ליכא תברא לנ"ד מסברת מהרי"ט ז"ל הנז"ל כלל דכיון דבנ"ד באו דברי זה המומר אברהם הנז' במל"ת ובקשר דברים לפניו ולאחריו וכנז"ל הא ודאי דבכה"ג כ"ע מודו דמקבלים עדותו לכ"ע ולא חיישי' ליה תו לשום הערמה כלל וגם מהרי"ט הראשון ז"ל אזיל ומודה בזה וכן ראיתי להגאון מהר"רא קובו ז"ל בשער אשר סי' ו' הנז"ל שכ"כ להדיא ונסתייע מתשו' הר"ן ומד' מהר"יבל וגב"ע ז"ל יע"ש והוא פשוט: ובכן עלה בידנו התר גמור פשוט ומרווח לאשת זה הנעלם המבוקש דנ"ד ע"פי הקבלת עדות הא' הנז"ל ועפ"י כל האמור ומדובר אתתא דא הותרה מכבלי עיגונה ושריא להתנסבא לכל גבר די תצבי ואם היא זקוקה ליבם רשאה ושלטאה להתייבם או לחלוץ ע"פי הדין הגמור וככל מה שנתבאר והדברים ברורים:

אתאן לעדות העד הנז' בקבלת עדות הב' מחר"י סוכרי יצ"ו שהעיד מה ששמע הוא וסבירו מאברהם הכהן הנז' כנז"ל בשאלתנו ואומר דגם בעדותו זאת מוכח להדיא דאברהם הנז' היה מסל"ת גמור ובאו דבריו בקשר דברים לפניו ולאחריו והוי שפיר מסל"ת וכשר להגיד לכ"ע וכמש"ל וגם ע"פי עדותו זאת יוצא התר גמור בשופי לאשת זה הנעלם דנ"ד דעם דאלו לא היה לפנינו רק עדות זאת מחרי"ס הנז' יצ"ו לחודיה לא היה בה כדאי מספיק להתירה כיון דלא הזכיר שם עירו להדיא רק ההוא אמר שמהכרת פניו ומדבריו ניכר לו שהוא מעיר דמשק יע"א מ"מ אין זה מספיק למלאת חסרון ש"ע כלל ויש לחוש להחמיר לדעת המצריכים להזכיר ש"ע ג"כ מלבד שמו וש"א או שמו וכינויו

דשלשתם יחד בעינן ואפי' שהגיד המגיד בעיר הנעלם המבוקש וגם הגדתו היתה לאחד מתושבי עיר הנעלם עכ"ז איכא טובא מרבוותא ז"ל דמחמרי טובא גם בזה ומצריכים עוד טעם אחר עם הט' הנ"ל כדי להקל לגמרי מאי דליתיה בנ"ד וכמובן:

אכן מאחר דאיכא קמן בנד"ז עוד תרי דוכרן סהדותא הראשונה והשלישית דמוכח מנייהו להדיא דהזכיר ג"כ ש"ע בביאור גמור ובפרט בקבלת עדות הג' מח"ר בוקאעי יצ"ו הנז' בשאלה א"כ יועילו לצרף עדותם עם עדות חר"י סוברי יצ"ו להשלים מהם מאי דחסר מעדותו וכמש"ל וכדחזינא נמי הכי להגאון שער אשר ז"ל בסי' כ"ב בדע"א ע"ד שכ"כ להדיא יעש"ב והגם שבאה עדות חרי"ב הנז' יצ"ו ע"י שאלה ונתכוון המגיד להתיר עכ"ז ה"ן בו מועיל לצרף מאי דחסר בעדות אחריתי הבאה במל"ת וכמ"ש הגאון הנז' ז"ל שם דהכי אזלא סוגיין דעלמא והכי מורין בי מדרשא יע"ש ודון מניה ואוקי באתרין ממש וכמובן ומ"ל דגם בעדות חרי"ס הנז' יצ"ו הותרה אשת זה הנעלם דנ"ד מכבלי העיגון בצירוף שאר העדיות ושריא להתנסבא וככל האמור ומדובר:

אתאן לעדות העד השלישי הוא חר"י בוקאעי יצ"ו שהעיד מה ששמע הוא וחביריו מאברהם כהן הנז' עצמו כמובא קבלת עדותו בשאלתנו. והנה מלבד דעכצ"ל דחד מנייהו משקר ח"ו החרי"ס יצ"ו כיון דשניהם היו במעמד ובמושב אחד כשבא זה אברהם הכהן הנז' אצלם ופעם אחת דיבר עמהם דוקא ולא ב"פ ואיך נתחלפו הדברים שלו מזה לזה הא ודאי אתמהא טובא וכיון שכן סמינן חדא מנייהו והדין נותן דמסמינן עדות החרי"ב יצ"ו הלזו דבעיגונא הקלו וכבר מלתא אמורה דעדותו זאת אין בה מועיל כלל כיון דהיו דבריו של אברהם הנז' ע"י שאלה ששאלוהו להודיעם מזה האיש הנעלם המבוקש והפצירו בו מאד להגיד להם עליו כדי שלא להניח אשתו עגונה כמובא בתוך קבלת עדותו כנז' בשאלה א"כ פשוט הדבר מאד דאחר זה מה שהוא מעיד ומגיד ודאי דהוא מתכוין להעיד ולהתיר לאשת הנעלם הזאת באין ס' כלל וכבר הכרחנו וביררנו לעיל דאין שום מקום לסמוך על זה האיש המגיד הוא אברהם הנז' כי אם בהיותו מגיד במסל"ת גמור בקשר דברים אזי יש לסמוך עליו ועל דבריו להתיר אשת הנעלם המבוקש דנ"ד הא לאו"ה ל"מ ול"מ כיון שהיה מומר וככל מש"ל:

אמנם אין אנו צריכים לעדות חרי"ב הנז' יצ"ו כלל מאחר שכבר יש בידינו תרי סהדי הא' והב' הנז"ל שהעידו מה ששמעו מאברהם כהן הנז' עצמו בהיותו מדבר מסל"ת גמור ובק"ד לפניו ולאחריו כמש"ל א"כ לא צרכינן תו לעדות חרי"ב הנז' יצ"ו כלל וכבר הותרה האשה העגונה הלזו ע"פי עדותם וכמש"ל א"כ הגם דבתר עדות הא' חזר המגיד הראשון עצמו והגיד דבריו בתע"ג וע"י שאלה וגם נתכוון להתיר ולהעיד כפי עדות חרי"ב הנז'

יצ"ו הלזו עכ"ז לית לן בה ולא מידי דסמכינן שפיר על הגדתו הראשונה ממש לרחמים סרוגו שהיה במל"ת וכדכתב מה"ריבל ז"ל בח"ג סי' ע"ו שאם יש עדות שקודם שבא לב"ד הגוי הסיח לפי תומו אין ספק שהאשה מותרת להנשא כיון דחדא זימנא אמר במל"ת אע"ג ששוב חזר ובא לב"ד מאי דהוה הוה והרי אמר במל"ת שנהרג אותו היאודי ולא אמרי' כיון דהדר ואתא לב"ד ונתכוון להעיד סופו הוכיח על תחילתו עכ"ל יע"ש ומניה יליף מני"ר הרב מהר"מ חיים ז"ל בתשו' כי באה בנאספות שבסו"ס יד"א א"הע ח"א סי' ו' לנ"ד שהעד המומר בא לפניו לב"ד להעיד וכל שבא לב"ד להעיד בכל גוונא לא הוי מסל"ת וע"ז כתב הוא ז"ל דמ"מ בנ"ד אי מהא לא איריא שהרי קודם שבא לפנינו לב"ד העד המשומד באו עדים ששמעו ממנו שאמר לפ"ת הדברים האלה אשר קבלנו אנו מפיו וכ' מהריב"ל וכו' עכ"ל יע"ש ונדון דידן נמי הוא דכוותה ממש שהרי עדות העד הראשון שהוא רחמים סרוגו יצ"ו שהעיד מה ששמע מפי המשומד הזה במל"ת גמור בודאי שזה היה קודם שבא אצל סי' מאיר ליזבונה יצ"ו לקחת לו נדבה מהכולל שזה היה בפרק נסיעתו לדרכו מעירנו זאת שבא לסי' מאיר הנז' לתת לו הוצאת הדרך כדי לנסוע לדרכו כנהוג בכל הבאים ליקח נדבת הכולל כידוע ושם נמצאו ושם היו בב"המד של סי' מאיר הנז' אלו השלשה ת"ח הנז' ושאלו אותו על זה האיש הנעלם וכן מוכח להדיא מעדות החרי"ב הנז' יצ"ו ששאלו אותו להודיעם מענין מוסא אל עג"כ כדי שלא להניח אשתו עגונה כנראה בבירור שקדמה להם הידיעה מכבר שזה האיש אברהם כהן יש לו ידיעה ממנו שנהרג מחמת שכבר הגיד דבריו לאחרים קודם לכן שנהרג הנעלם הנז' וכעת שאלוהו עליו כדי לדעת ממנו הדברים על בוריין כדי להתיר אשת הנהרג וגם הוכחה אחרת איכא בנ"ד שעדות רחמים סרוגו יצ"ו הנז' היא קודם לזה יען שזה האיש המומר ברח מן החייל של המל' יר"ה ותכף נחבה בבית סי' רחמים ברוך מערבי יצ"ו להיותו מעם לועז ונשאר כלוא בבית ימים רבים ושם בבית נמצא תמיד עם רחמים סרוגו הנז' יצ"ו להיותו שמש בבהמ"ד שבבית סי' רחמים ברוך הנז' יצ"ו א"כ מסתמא ודאי שסיפר לו כל המאורעות שלו בתחי' שבתו שם מזה ודאי מוכח שקדמה הגדתו של זה אברהם הנז' לרחמים סרוגו הנז' במ"לת למה שהעיד אח"כ להחרי"ב הנז' וחביריו יצ"ו באין סי' כלל ובכה"ג תורה יוצאה מפ"ק מהרי"בל ז"ל דכיון דכבר חדא זימנא לא נתכוון להעיד כלל רק היו כל דבריו במ"לת שנהרג זה הנעל' הגם דבתר הכי נתכוון להעיד ולהתיר לית לן בה וכנז"ל וה"ה והוא הטעם בנד"ן וכמדובר:

ועוד דהגם דנימא דאנן בדידן ספוקי מספקא לן הי מנייהו קדים ברישא אם עדותו לפני חרי"ב וחביריו יצ"ו או עדותו של רחמים סרוגו הנז' יצ"ו עכ"ז תלינן לקולא ואמרי'

דמה שהגיד דבריו לרחמים סרוגו יצ"ו היא היתה בתחילה דכיון דהדבר בספק אצלנו מי קדם ברישא אמרי' דהדברים שהגיד במ"לת המה היו בתחילה דמאן לימא לן דלא הוה הכי באמת וכמ"ש כן להדיא מהרי"בל ז"ל גופיה בח"א כלל א' ס' כ"ב וז"ל ואפי' שנאמר שהמספר ה"א הוא בעצמו סיפר גם ל"ב מאן לימא לן שבתחי' סיפר בתשו' שאלה ולבסוף סיפר במ"לת עכ"ל ומניה יליף הרב מהר"ש גאטיניו ז"ל בתשו' כי באה בידי דוד קאראסו ז"ל סי' ט' שעמד בזה בנ"ד שעדות ה"א היתה ע"י שאלה ועדות ה"ב היתה במ"לת ופקפק בזה לפסול גם עדות העד ה"ב מ"ט שכבר העיד בתחי' ע"י שאלה וע"ז כתב וז"ל אבל נראה דהא ליתא דזה ר"ס יכול להיות אם היה יהיה באמת וברור דברי הגוי להרש"ח המה היו דבריו ה"א וא ואח"כ היו דבריו עם העד ה"ב הח"ב הנז"ל אז איכא לספוקי בזה אבל מאן לימא לן דהיה כן דילמא תח"י דברי הגוי היה עם הח"ב הנז"ל ואח"כ היו דבריו עם הר"ש הנז' וכדברים האלה חמותי ראיתי למהרי"בל וכו' אתד"ק יע"ש:

והגם דהרב ידי דוד ז"ל גופיה שם בסיו"ד השיגו בזה וכתב ע"ז דכ"ז ל"ש לנ"ד כיון דאפשר למיקם עלה דמילתא דלייתו סהדי ונישיילינהו היכי הוה עובדא ולחקור ולדרוש איזה מהם קדים ברישא לדבר עם הגוי והוי ס' שיכול להתברר ולאו ס' הוא וכו' וכ"ש הכא שהעדים בתוך העיר והו"ל הך ס' כמאן דליתיה ועוד דלא סמך מהרי"בל על טע"ז לחוד וכו' עכ"ל יעש"ב הנה בנ"ד כבר שאלתי וחקרתי ודרשתי להני סהדי באיזה זמן היו דברי אברהם הנז' עמהם ומהם אמרו שאינם זוכרים ולא יודעים לכוין דבריהם על הזמן בבירור גמור ועם שבאמת גם מהרי"בל ז"ל לא סמך על טע"ז לחוד מ"מ בנ"ד מוכחא מילתא טובא שדברי אברהם כהן הנז' עם רחמים סרוגו יצ"ו אינהו הוו ברישא ואין כאן ס' כלל וכמש"ל ובכה"ג דאיכא הוכחות נכוחות גם מהרי"בל והרב ידי דוד ז"ל אזלי ומודו דיש לסמוך על טע"ז לחוד וברור:

ועוד יש לי ללמוד ג"כ מדברי הרב מהרש"ג ז"ל הנז"ל לנ"ד לומר דגם עדות חרי"ב הנז' יצ"ו שהעיד מה ששמע מפי אברהם כהן הנז' עצמו הגם שהיו דבריו ע"י שאלה ובהזכרת אשת הנעלם ונתכוון להעיד ולהתיר כנז"ל הנה מ"מ מהניא לן עדותו ג"כ ולא משגחינן לבטולה בעבור שהיו דבריו ע"י שאלה וכו' כנז"ל כלל והוא ממ"ש עוד הרב הנז' ז"ל שם בתר הכי סמוך ונראה וז"ל עוד אני אומר דאף אם היה באמת דתחי"ד מהגוי היה עם הר"ש ואח"כ היה עם רח"ב אפי"ה נראה דאין לפקפק בנ"ד בזה הס' והוא דע"כ ליכא לספוקי בזה אלא דוקא היכא דבדבריו ה"ב בעי' נמי שיהיה דבריו במ"לת ובאמת היה מס"לת מ"מ כיון דדבריו ה"א לא היה מס"לת היה מקום לומר דגם דבריו ה"ב

בטלים הם וכלא חשיב וכולהו הוי כאלו לא היה מס"לת ברם היכא שבדבריו ה"ב אנן לא בעינן שיהיה מס"לת אלא אף שלא יהיה מל"ת מהני וכיוצא דנ"ד דח"ב העד הנז' הזכיר למבוקשים בחזקת מתים דבזה אף דהוא ע"י שאלה ודאית מהני הגדתו של גוי אף דאינו מס"לת בכה"ג ליכא לספוקי בזה כיון דאפ"י דאינו מל"ת ממש באותו דיבור מהני ופשוט הוא וכו' עכ"ל יעש"ב וה"ה והוא הטעם בנ"ד דכיון דהעיד חרי"ב יצ"ו דשאל אותו הוא וחביריו על ענין מוסא עג"ם ואמרו לו שצריך שיגיד להם בשביל אשתו שלא תשאר עגונה וכו' דמוכח בדברי עדותו הנז' בשאלה א"כ כיון דהזכירוהו לזה הנעלם בחזקת מת רק רוצים לידע ממנו הדברים על בוריין כדי שלא תשאר אשתו עגונה כי טעו בדין וחשבו שבדבריהם אלו אליו יועילו ויצילו לאשת הנעלם ולא ידעו הבן דאדרבא בדבריהם אלו אזוקי מזקי לה כמובן עכ"פ הרי ברור להם מקודם לכן שהוא בחזקת מת א"כ אפ"ל דלא בעינן תו שיהיה מס"לת כלל וככל מ"ש הרב הנז' ז"ל וכן מתבאר מדברי שאר הפוס' ז"ל דכל ש שהזכירו לו שם הנע' בחזקת מת אף דבאו דבריו ע"י שאלה חשיב שפיר מס"לת וכמשי"ר המעיין בס' ש"ץ הפוס ז"ל לא ע"ט האסף פה:

ומה גם בעד הזה שהיה מומר דאיכא רבוותא טובא דמכשרי ליה לעדות עיגונא כל שחזר בו לדתנו הגם דלא עבד תשו' גמורה כדבעי ליה למעבד וכמש"ל:

באופן ד' לע"ד ברור דמלבד דעדות החרי"ב הנז' יצ"ו אינה מזקת לעדות רחמים סרוגו הנז' עוד זאת אפ"ל דגם עדותו לחודה אפי' שהיתה ע"י שאלה ונתכוון להעיד ולהתיר נמי אינה מזקת כיון שהזכירוהו לו בחזקת מת וכנז"ל אלא דמטע"ז לחודיה איני סומך עליו להתירה זולתי העיקר אצלי עדות רחמים סרוגו יצ"ו הראשונה כל שהיא עיקר ועמו טפלה הטעם הזה האחרון וכמובן ועיין בתשו' הרב נאמן שמואל סי נ"ו ומ"ש עליו הרב פרמ"א ז"ל בח"ב סי' ק"ז יעש"ב:

ואם כנים דברי אלה בטע"ז האחרון הנז"ל ניצולים אנחנו ג"כ ממאי דעלה ונסתפק מהרי"בל ז"ל גופיה בח"ג סי' ד' וע"ו דהגם דבתחי' העיד הגוי במ"לת גמור ואח"כ חזר והגיד במתכוין להתיר אפשר דגם הגדתו ה"א שהגיד במ"לת אין בה מועיל דאימור הוכיח סופו על תחילתו ואעיקרא אדעתא דהכי מתכוין ואזיל להתיר את האשה ומכח ספקו זה אזל מר לחומרא יע"ש ורהטו אבתריה להחמיר כמה וכמה פוס' ז"ל הבאים אחריו כמו שיראה המעיין בס' ש"ץ הפוס' ז"ל ובכן בנד"ן הגם דנימא דמה שהגיד בתחי' לרחמים סרוגו העד ה"א הנז' יצ"ו במ"לת גמור הוא היה בתח"י וראש קודם שהגיד לפני חריס' ורי"ב יצ"ו באין ס' כלל מ"מ כיון דבתר הכי העיד לפני הת"ח הנז' יצ"ו במתכוין

להתיר ממש כנז"ל עי"ז אפסדן להגדתו קמייתא עם שהיה שם מס"לת גמור דאימור הוכיח סופו ע"ת ואזלינן בה לחומרא וכ"ס מהרי"בל ז"ל הנז' וכמדובר:
ועם דחזינא להגאון מהרר"א קובו ז"ל בס"ה שער אשר סי' כ"ב בדע"א ע"ד שעמד לחוש בנ"ד מכח ספקו דמהרי"בל ז"ל הנז"ל ושוב הוכיח במישור דרבים לוחמים עליו בזה ופשיט להו לקולא לגמרי ה"ה מהר"מ די בוטון ז"ל סי' י"ב משם מהרא"ק ז"ל והפרמ"א ז"ל בח"ב סי' ל"ח והצ"ק בס"י מ"ה ומהר"ש בולה ז"ל בבמ"ח סי' ה' ומהרמב"ח ז"ל בעז"ן סק"קיא והכר"ש בק"ע דל"ז והוא ז"ל עצמו בס"י ה' וכיון שרבו החולקים ע"ד מהריב"ל ז"ל בספקו הנ"ל שפיר הדרינן להתיר הכא מ"ט ס"ס כיון דאעיקרא גם מהריב"ל בס' אמרה והגם דלאו מתהפך הוא כבר נודע דלא בעינן מתהפך וכו' עכ"ל יעש"ב:
ולפי"ז תורה יוצאה לנד"ן שלא לחוש עוד לספקו דמהריב"ל ז"ל הזי' ושפיר יש להקל מ"ט ס"ס וככל דברי הגאון מהררא"ק ז"ל הנז"ל וכמבואר: ברם מ"מ אנכי עפר לא מלאני לבי להקל בנ"ד ולדחות ספקו דמהריב"ל ז"ל הנז' לגמרי מכח הס"ס דהוליד הרב מהררא"ק ז"ל הנז' דהא ודאי כל חיליה דמר למעבד הס"ס הנז' הוא מכח הס"ס דהוליד מהרח"ש ז"ל בא"הע סי' ד' בענין חסרון קברתיו וכמ"ש הוא ז"ל באותה תשו' דסי' י"ג הנז"ל וכבר כתבתי בעניותי לעיל דאעיקרא נא אמרה מהרח"ש ז"ל למנתיה רק בחסרון קברתיו דאינו אלא מדרבנן וראייתו מדקי"ל בחסרון קברתיו דאם נשאת לא תצא וככל מש"ל והוא ברור:
ותו דהא חזינא לגאון מהררא"ק ז"ל גופיה בסי' י"ג הנז' חזר בו מלהקל בס"ס הדומה לס"ס דהרב מהרח"ש ז"ל הנז' מתרי טעמי תריצי אי משום דראה מפקפקים בעיקר ס"ס דמהרח"ש ז"ל ואי משום דחייש"י טובא לדעת הפוס' המצריכים ס"ס המתהפך כיעו"ש וא"כ תם אני ולא אדע מדוע השתא הכא בסי' כ"ב הנז' לא חייש מר להנהו תרי טעמי הנ"ל דאתאמרו מפומיה דמני"ר גופיה בסי' י"ג ומה גם דהיכי פסיק ותני הכא בפשיטות גמור שכבר נודע דלא בעי' מתהפך הפך שיטת רובא דרבוותא המצריכים היפוך לעיכובא וכמ"ש מר החבי"ב ז"ל בתשו' בע"ח א"הע סי' ז"ח אשר מזה הגדיל התימה ע"ד הרב מהרח"ש ז"ל הנז"ל הא ודאי אתמהא טובא:
איך שיהיה כשאני לעצמי ניכר שפחמי זחלתי ואירא להקל בנ"ד בכח הס"ס הנ"ל מתרי טעמי הנ"ל ואחרון הכביד וכנז"ל:
אמנם עפ"י האמור מ"ל מצינן שפיר למעבד ס"ס אחרינא להקל לגמרי בנ"ד באופן זה דהיינו ס' אי הלכה כמהריב"ל דחייש להחמיר מכח ספקו הנז"ל או שמא הלכתא אלא כרוב הפוס' דפליגי עליה דמהריב"ל ז"ל ופשיט להו לקולא לגמרי וכנז"ל ואת"ל דהלכה

כמהריב"ל ודעימיה דחיישי להחמיר שמא בנ"ד גם בעדותו האחרונה לפני חדי"ב וחביריו יצ"ו חשיבא שפיר מס"לת כיון דהזכירו לו להנעלם בחזקת מת וכנז"ל והגם דהזכירו לו ג"כ אשת הנעלם עכ"ז לא נפיק מתורת מס"לת וככל הנז"ל:

אי נמי את"ל כמהריב"ל ודעימיה שמא גם מהריב"ל ז"ל לא אמרה למילתיה דחייש"י לחומרא אינו אלא בגוי גמור המס"לת בתחי"ד ובתר הכי חזר והעיד במתכוין להתיר משא"כ אם המגיד הוא ישראל שהיה מומר כבר וחזר בו לדתנו הגם דלא עשה תשו' שלמה בכל תנאיה הנז"ל דבזה כבר אשכחן למהריב"ל ז"ל גופיה בח"ג סי' ע"ה דמכשירו לעדות אשה הגם דלא הוי תחי' וסופו בכשרות ושמא הלכתא אזלא כוותיה בהא וכמו שהורו כן הל"מ מרן החביב ורבני דורו ז"ל וכמש"ל ודלא כהרדב"ז והרב צ"ץ ז"ל דפסלי ליה משום דבעו תחי' וסופו בכשרות גם בעדות אשה וכנז"ל וכבר כתב הגאון החק"ל ז"ל במ"ב א"הע סס"י ו' ע"ד מהרשד"ם ז"ל סס"י פ"א והכנה"ג ז"ל הנז"ל דסברי מרנן דזה דבעינן טבילה ומלקות וסיגופים ותעניות וקבלת ד"ח למומר שחזר לדתנו כדי להכשירו לעדות אינו אלא מדרבנן ובעדות אשה עגונה הקלו להכשיר פסולי עדות מדרבנן יע"ש והגם דרוב הפוס' ז"ל פליגי ע"ז ומי יוכל להקל באיסור ערוה נגדם וכנז"ל מ"מ בדאיכא ס"ס שפיר מקילינן והא אשכחנא ס"ס מרווח ומתהפך שפיר ועם דבחד צד אינו ס' שקול מ"מ בצד ה"ב הוי איפכא דרובא פליגי ע"ד מהריב"ל בספקו הנ"ל וכנז"ל ובכן אין מקום עוד לחוש ולהחמיר כלל בנ"ד וכמו שנתבאר:

עוד מצאתי ראיתי טעם נכון להסכים גם למהריב"ל ז"ל להקל בנד"ן והוא עפ"י החילוק אשר חילק ידע הרב פרמ"א ז"ל בס"י ל"ח מדברי מהריב"ל ז"ל הנז' לנ"ד שהוא כנ"ד ממש והוא זה דכיון דמתחי' הסיח הגוי במס"לת בלי הזכרת אשה ושוב אח"כ שסיים דבריו והותרה לינשא שאל השואל ממנו אם כנים הדברים שסיפר בהריגת היאודי ושסיבת שאלתו היתה לפי שבד"ת א"א לאשה שנעלם בעלה שתנשא אם לא אחר שיתברר בירור גמור שמת בעלה וע"ז באה התשו' הגוי עפ"י מדותיו שאין לספק בדבר כלל וכו' עכ"ל יעש"ב וע"ע להגאון מהרר"א קובו ז"ל בס"ה שער אשר סי' כ"ו דאחר שהאריך ב"ס מהריב"ל ז"ל הנז"ל הביא לנ"ד חי' הרב פרמ"א ז"ל הנז' וסמך עליו לנ"ד שהוא כנ"ד ממש דהוי ב' הגדות ל"ב בע"א הראשונה היתה כמ"לת וה"ב ע"י שאלה וכו' ובהזכרת שם האשה ועכ"ז הסכים דגם מהריב"ל יודה בנ"ד וכחי' הרב פרמ"א ז"ל וכ"כ. הרב פ"מ ומהר"מ חיים ז"ל יעש"ב בטעם הח"י הנז"ל שהוא ממש שייך נמי בנ"ד כמשי"ר המעין וא"כ ליכא למיחש תו לדמהריב"ל ז"ל כלל ופשוט:

פש גבן לברר וללבן עוד ספקא אחרינא דאיתרע בהני תרי סהדי בתראי והמה חכמים החרי"ס והחרי"ב הנז' יצ"ו דתרווייהו מסהדי מה ששמעו מפי המגיד אברהם כהן הנז' שהגיד להם בהיותם יושבים בבת אחת לשמוע דבריו של אברהם הכהן הנ"ל והנה ביניהם הכחשות רבות ושתים ושלש דכפי עדות החרי"ס יצ"ו לא הזכיר המגיד מפי. הנעלם שם עירו כלל ואלו חרי"ב יצ"ו העיד בפי' שאמר לו הנעלם עצמו בפי' שהוא מעיר דמשק יע"א ושיצא משם בקטטה עם אמו וגם יש הכחשה מעדות שניהם לעדות רחמים סרוגו יצ"ו דאלו רחמים הנז' העיד בפי' שאמר לו אברהם הכהן שהמלחמה היתה בגיריה ואלו הם העידו בפי' שאמר להם אברהם הנז' שהמלחמה היתה בבולגאר וכל כה"ג הוו מוכחשים אהדדי בחקירות ובדיקות ובגופה של עדות ואפשר דבטלה עדותם לגמרי:

אמנם אחר הראות היטב בס' ש"ץ הפוס' ז"ל אין צורך להאריך בזה כלל שכבר הסכימו כל רבני האחרונים ז"ל דבעדות כזאת לא חיישי' להכחשתם אהדדי כלל וכבר בא חכם הגאון הרב מהרר"ק ז"ל בס"ה שער אשר ז"ל בא"הע ס"סי ח' ובסי' ט' ועמד בזה שם והאריך הרחיב כיד ה' הטובה עליו וזו הלכה העלה שלא לחוש לזה כלל ושפיר סמכינן על עדות חד מנייהו להקל יעש"ב נפלאות מתורתו אין חקר לתבונתו ולדעתי המעט הוא דבנ"ד כ"ע מודו דאין לחוש להכחשתם אהדדי וכמ"שיר המעיין היטב ואכמ"ל בזה והדברים עתיקים:

הכלל העולה מכל האמור ומדובר דנלע"ד ברור דהותרה אשת הנעלם מוסא עג"ם הנז' דנ"ד מכבלי עיגונה ושריא להתנסבא לכל גבר די תצבי ואם היא זקוקה ליבם מותרת להתייבם או לחלוץ וככל האמור ומדובר אחת למעלה. זה הנלע"ד כתבתי אבל לא להלכה ולא למעשה נתכוונתי כאשר מראשית כזאת הודעתי כי אם בזאת אם יסכימו עמי בהיתרה מע' רבני וגאוני ב"ד רבא דעי"הק ירישלם ת"ו יצ"ו אזי ישמח לבי גם אני וגם אני אצטרף עמהם בהיתרה לסניף בעלמא ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו ואת"ם והאלי"ת י"מ וימ"ן ויזכני לכוין תמיד לאמתה של תורה' אכי"ר. הלכ"ד עבד נרצע לכל יודעי דת ודין זעירא דמן חברייא והוא הצעיר:

יצחק אבואלעפיא ס"ט:

הסכמת רב אחאי גאון מני"ר ראש ב"ד מקודש ב"ד הגדול שבירוש' ת"ו מע' הרב המופלא וכבוד ה' מלא כמהר"ר יש"א ברכה הי"ו יהש"ל כיר"א על הפס"ד הנז"ל וז"ל:

אנכי איש צעיר למדבר נדרשתי לאשר נשאלתי מאת מע' רב רחומאי הרב המופלא כל רז לא אניס ליה רב משרשיא כמהר"ר יצחק אבואלעפייא נ"רו שנשאל על אודות התר

העגונה היושבת בעי"ת דמשק יע"א והאריך הרחיב ברוחב מבינתו למצא פתח תקוה כי נעים נאוה להוציאה מכבלי העיגון ע"פי העדיות שקבלו בב"ד של שם העי"א:
הנה ע"פי העדיות הללו טרח ויגע הרב הפוסק פחד יצחק הי"ו הנז' בכחה דהיתר' ויהי אך יצא יצא לבקש ממני אחוה דעי גם אני. וכשאני לעצמי מה אני. ומי אנכי למה זה תשאל לשמי ידענא בנפשאי שאיני כדאי ובפרט באיסור ערוה החמורה אך מה אעשה כי אין אני בן חורין להשיב פניו ריקם ח"ו אמרתי הנה באתי ואספתי באומרים מפ"ק ומפ"ס כאשר יורו המורים ועל מנת שיסכים עמי מאו"הג הרב הגדול ראש"ל מוה"ר גדול הנאמר באברהם נר"ו ישמח לבי ותגל נפשי וזה החלי בעזר צורי וגואלי אלהים ה' חילי: ואען ואומר על אחרון ראשון הנה בד"ק כתוב לאמ'ר שיש כמה הכחשות בין ג' העדים הנז"ל א' שהעיד רחמים סרוגו שאמ"ל אברהם הכהן שהמלחמה היתה בגיריה ואלו הב' עדים האחרים אמרו בפי' שאמ"ל שהמלחמה היתה בבולגאר ב' דכפי עדות חרי"ס הי"ו לא הזכיר המגיד שם עירו כלל ואלו חרי"ב יצ"ו העיד בפי' שאמ"ל שעירו מדמשק יע"א וכל כה"ג הוו מוכחשי' אהדדי בחקי' ובבדיקות ובגופה של עדות ואפשר דבטלה עדותם לגמרי אמנם אפ"ל בזה שכבר ראיתי וכו' זהו תוד"ק:
ואנכי הרואה סדר העדיוה המועתקים מכתי"הק אשר הציג לפני איני רואה שום הכחשה ביניהם כלל זה יצא ראשונה בד"ק כתוב למר שהעד רחמים סרוגו העיד מפי המגיד שהמלחמה היתה בגירי'ה הנה בקבלת עדות שלפניו מפי רחמים סרוגו לא נכתבו אלו הדברים ולא הוזכר היכן היתה המלחמה אם בגיר'יה אם בבולגאר ולא ידעתי מהיכן הוליד רו"מ כת"ר אלו הדברים אשר לא באו בכתב וקבלת עדות ואם באמת כך אמר העד מפי המגיד שהמלחמה היתה בגיר'יה וכך כתוב בקבלת עדות העיקרי ורו"מ בשעת ההעתקה דילג בטעות תיבות אלו (אמר הכותב יא"ה ס"ט יפה דן יפה כיוון רו"מ כת"ר שבקבלת עדיות העיקריים כך כתוב בפי' אלא שבהעתקתם ששלחתי ליה"ק לרוב הטירדה נשמט מקולמוסי הדברים הנז' מדבריהם ויגיד ע"ז שכן כתבתי בעניותי בסוף תשובתי הנז"ל שהם מוכחשים אהדדי בדברים הנ"ל ואם לא היה כתוב כן בעדותם היאך אפשר לעשותם מוכחשים אהדדי וכבר אנכי עפר הודעתי ה'ן כתיב למע' רא"ג הרב הפוסק יש"א ברכה נר"ו בכתב מיוחד מהשמטת הסולמייט כנז"ל ובכן סרו מהר תמיהותיו מעלי וד"ב) לנו לדעת מה משפטי העדיות אלו אשר כולם מעידים מפי המגיד אברהם הכהן וז"א בכה וז"א בכה דלפקע"ד לא דמי הך להההיא שאמרו ע"א אומר מת וע"א אומר נהרג וכאשר יתבאר להלן בס"ד זאת שנית מ"ש בד"ק שבעדות החרי"ס יצ"ו לא הזכיר המגיד שם עירו ובעדות חרי"ב הי"ו העיד בפי' שאמ"ל שם עירו מדמשק יע"א

גם לזה יסלח כת"ר שהרי בעדות המוצג לפניו בהעתקה כתוה"ק כתוב בז"הל ונתחברנו עמו יען אמר לנו שהוא דמשקי הנה דברים אלו כתובים בעדות החרי"ס הי"ו והרי העיד בפי' מפי המגיד שאמ"ל שם עירו והיכן ההכחשה (א"ה יא"ה ס"ט גם פה נשמט מקולמוסי בההעתק' ששלחתי ליה"ק יותר משורה אחת ככתוב בקבלת עדות החרי"ס יצ"ו שהועתקה פה בשאלה שהיא האמיתית והועתקה בדקדוק גדול מהעיקרית כנז"ל וד"ב ואל ה"ג לו בא בד"ק כתוב למ"ר שמעדות החרי"ס יצ"ו מוכח שבאו דברי המגיד בלתי שום שאלה ומעדות החרי"ב יצ"ו העיד בפ"י בהפך גם לדבר הזה יסלח כבודו אף שמשמעותו מוכח שלא היה ע"י שאלה יכולים אנחנו לכוין עדותם שלא יהיו מוכחשים ולומר שמ"ש התרי"ס הי"ו וסיפר לנו וכו' אפשר היה ע"י שאלה מאחר שלא אמר בפי' שהיה מס"לת באופן דאיני רואה שום הכחשה בעדיות הללו כלל ויכולים אנו לפרש דבריהם לכוין עדותם שוה בשוה:

ואולם אם באמת כך העיד רחמים סרוגו מפי המגיד שהמלחמה שמת בה מוסא אל עג"ם היתה בגירי"ד באמת יש לעמוד בזה כי דבר כזה לא מצאתיו בשום פוסק שיהיו ב' עדים או ג' מעידים מפי ע"א ויהיה הכחשה כזאת ביניהם שיועיל העדות להתיר א"א לעלמא ודפקתי על שערי הרב שער אשר ז"ל שציין רו"מ כת"ר ואין הנדון דומה לראיה דהרי אם יש ב' עדים א' אומר מת ו"א אומר נהרג דפסקו מרן ז"ל סי' י"ז דאעפ"י שהם מכחישים זא"ז הואיל שזה וזה מעידים שאינו קיים ה"ז תנשא וכמה דיות משתפכות על דין זה דמתנ"י דיבמות דקי"ז ע"ב לא נאמר רק בצרות ודעת מרן ז"ל דה"ה בעדים ואדרבא תמה בב"י על הטור ז"ל למה הביא דין זה משם א"א הרא"ש ז"ל ולא הביא משנה ערוכה יע"ש:

וטרם נבא אל המטרה אשר אנו מבקשים ניחזי אנן מה שיש להתבונן בדברי מרן ז"ל והוא דבש"ע ח"מ סי' ל' מנה בכלל החקירות דאם הוכחשו במקום שעד אחד העיד דבירוש' הלוהו וע"א העיד דבלוד הלווהו הויא הכחשה בחק"י ועדותם בטילה ולזה י"ל דבע"א אומר מת וע"א אומר נהרג לא הוי הכחשה בחק"י דהוי כמו מנה שחור ומנה לבן דלא הויא הכחשה וכמ"ש הרב בית שמואל ז"ל בס"ק כ"ה דזהו דעת מרן ז"ל יע"ש:

ברם דא עקא דמרן ז"ל שם בס"ק כ"א כתב וז"ל אין בודקין עידי נשים בדו"ח וא"פי אם הוכחשו בבדיקות כשרים וכתב הב"ש ז"ל בסק"ד דדוקא בבדיקות אבל בח"קי בטלה עדותם דלא עדיפי מד"מ וכו' יע"ש ועפ"י יסוד שיסד הב"ש ז"ל ד"א אומר מת וא"א נהרג לא הויא הכחשה בחקירות כנז"ל אתו דברי מרן ז"ל מכוונים להדדי:

אך אנן מה נענה דמרן ז"ל בתש"ו א"הע בדיני יבום סי' א' כתב וז"ל וכן אע"פי שהם מכחישים זא"ז במקום שז"א באנקונא מת וז"א במ"א כיון ש"ב מעידים שאינו קיים ה"ז

תנשא וכדתנן א' אומרת מת וא"א נהרג וכו' עכ"ל הרי להדיא הגם בהכחשה בחקי' משוי לה כא"א מת וא"א נהרג הכשרים ולא הויא הכחשה מוכח דס"ל דגם בחקי' אם הוכחשו כשרים דלא כמ"ש הב"ש ז"ל ב"ד מרן ז"ל דדוקא בבדיקות כשרים כנז"ל. ותמיהת הרב"ח ז"ל בתש"ו סי' צ"ד על מרן ז"ל במ"ש בסכ"א אפ"י אם הוכחשו בבדיקות כשרים דמאי אפי' דנקט וכו' יע"ש תמיהתו קיימת אחרי ראותנו דבריו של מרן ז"ל בתשו' הנז"ל ואין מקום למה שהשיגו הרב ח"מ ז"ל שם בסקי"ט והב"ש בסקכ"ה עד שכתב דמ"ש הרב"ח שגגה היא וכו' יע"ש ודרך אגב י"ל להעיר על הרב חוות יאיר ז"ל בס"י קנ"ט שהרבה להפליא ע"ד הב"ח ז"ל וחשב בדמיונו שתמיהת הב"ח ז"ל היא על רמ"א ז"ל וכתב עליו וקמי שמיא גליא יראתי לשלוח ידי נגד משיח ה' ב"ח ז"ל רק מפני שדיבר קשות על רבן שכה"ג רמ"א ז"ל וכו' וביקש לישב ולמשוך דעת רמ"א לדעתו מפני שזה עלה בעיונו דרמ"א יסבור דפסול וכו' ודברי רמ"א ז"ל כפשטן וכו' עכ"ל יעש"ב כי הזכיר יו"ד פעמים רמ"א ז"ל גם חשב שתמיהת הב"ח ז"ל היא על רמ"א ז"ל משא"כ האמת והוא טעות הניכר כי תמיהת הב"ח ז"ל היא על מרן מהריק"א ז"ל ועל הרוב דכל מ"ש הרב חוו"י ז"ל הוא פליטת הקולמוס המדפיסים בלי דעת בעלים ופשוט וכבר ראיתי ב"ס הנד"מ שער אשר להרה"ג מהר"א קובו ז"ל בדמ"ט ע"א וע"ב בד"ה תוב בתר דנא ראו עיני וכו' שהאריך הרחיב בתמיהת דברי מרן ז"ל הללו יעש"ב:

איך שיהיה הגם דנימא דבעדות אשה אף אם הוכחשו בחק"י עדותם קיימת כיון ששניהם מעידים שאינו קיים עכ"ז לא יגהה מזור לנ"ד דמאחר דהעד ה"א וגם ה"ב עדים האחרונים הם מעידים מפי ע"א ולפ"ד העד ה"א שאמר המגיד דהמלחמה היתה בגירי"ד ולפי"ד הא"ב עדים הא"ח שאמר המגיד שהמלחמה היתה בבולגאר נמצא דזה העד המגיד הוחזק שקרן ובטלה כל העדות לגמרי ונדון כזה כי הך דנ"ד לא מצאתי לשום פוסק דאיירי בהכי: ואם נפשך לומר דדמי הך דנ"ד להיכא דהוכחש העד מפי עצמו דבזה איכא מרבוותא דמכשרי כאשר הבי"ד הרב שע"א ז"ל הנז' בדמ"ט ע"ב דהרב ב"ח שם סי' צ"ד נסתפק היכא שהעדים מוכחשים מדברי עצמן ואסיק דלמעשה צ"ע יע"ש ומ"ש מדבריו דדוקא בדאיכא ב' עדים שמעידים שמת שזהו גוף העדות אזי חשבינן להכחשתם זא"ז או הוכחשו מדברי עצמן לדברים בטלים וכאלו ל"א דבר אבל בדליכא רק ע"א שמעיד על המיתה ומוכחש מדברי עצמו בזה לא שמענו זולת הרב מהר"א צרפתי ז"ל הו"ד ברא"ם ח"א סי' ע"ג נדונו היה בראובן קנה בגדים מהחמרים שהם היו הרוצחים שהרגו ל"ג אנשים שיצאו מירוש' ושמע מהם שאמרו שהרגום סמוך למים ואח"ך שלחו עוד הפעם לראובן בעצמו שיברר הדבר מפי החמרים הללו ואמ"ל ככל מש"ל בפ"א רק ששינו

ואמרו שהרגום סמוך לכפר ונמצאו שהוכחשו מפי עצמן וכתב דאין זו הכחשה דמתחי' בפ"א הגיד במילתא דלא רמיא עליה וכו' ובפ"ב נתכוון לשמוע העדות עכ"ל ואף כי בפ"א היו החמרים מס"לת ובפ"ב היה ע"י שאלה כתב דלאו מילתא היא יע"ש וא"כ גם. בנ"ד נימא הכי דרחמים סרוגו הי"ו ששמע פעם ראשונה שהגיד לו שהמלחמה היתה בגירי"ר העיד במילתא דלא רמיא עליה וכו' רק הועיל לנו שהתחיל להגיד במס"לת עם קשר דברים כמ"ש הרב הפוסק הי"ו ואולם בפ"ב שהת"ח נתכוונו להתיר העגונה ודאי שהתבוננו לשמוע מ"ש המגיד ושמעו שהמלחמה היתה בבולגאר ודאי דגם בפ"א הכי אמר ולא הכחיש את עצמו והעד רחמים סרוגו לא דקדק יפה במילתא דלא רמיא עליה וכו' ואולם אם גם רחמים סרוגו נתכוון לשמוע דברי המגיד כדי לבא ולהעיד בב"ד בזה לא דיבר הרא"ם ז"ל כי בנדונו הכי אתרמי מילתא דבפ"א לא נתכוון להעיד מוכח דבריו דאם היה אומר העד דגם בפ"א נתן בדעתו להעיד הויא הכחשה ובנ"ד לא ברירא לן אם העד רחמים סרוגו הי"ו נתכוון להעיד או לא (א"ה יא"ה ס"ט הא מילתא ברירא לן טובא שהעד הזה רחמים סרוגו כשומעו דברי המגיד לא היה מתכוין להעיד רק להיותו עומד ומשמש בבהמ"ד היה יושב עם אברהם כהן הנז' ומעבירים השעות יחד והיה שומע לו כל מה שהיה מספר לו בלתי שום כוונה להעיד כלל כדמוכח מתוך דבריו וגם ידעינן ביה דלאו בר הכי להתכוין להעיד וזה ברור אצלי מאד וא"כ מוכרחים אנו לומר שזה שהעיד שאמר לו המגיד שהמלחמה היתה בגירי"ד לאו דוקא כי העיד במילתא דלא רמיא עליה וכנדון הרא"ם ומה א"ץ ז"ל הנז"ל וזה מוכרח לאומרו בנ"ד כי הנה נודע שלא נעשה שום מלחמה בגירי"ד כלל בזמן ההוא ולא קודם מעט ולא אח"כ כלל כידוע א"כ ודאי שזה העד ר"ס יצ"ו לא דקדק יפה וכמ"ש רו"מ כת"ר נ"רו ודבריו מוכרחים ונכוחים וכמדובר):

ואולם יש לדמות הך דנ"ד למ"ש הרב ב"ש ז"ל שם בס"ק כ"ה על מ"ש מרן ז"ל בס"ט ע"א אומר מת ועא"א נהרג תנשא וכו' הביא הב"ש ז"ל מה שה"ק הרב ח"מ ז"ל על מרן ז"ל ותי' ב' תי' ה"א דהוי כמו מנה שחור ומנה לבן וכו' כנז"ל וה"ב הוא דדי לנו אם ע"א מעיד שאינו חי לכן אפי' הכחישו זא"ז בחקי' מ"מ אחד מהם אומר אמת שאינו חי דבזה אינו מכחישו העד ה"ב משו"ה מותרת להנשא משא"כ בד"מ דבעי' ב' עדים וכן ראיתי להפ"מ ח"א סי' ע"ג ע"ד ות"י זה של רב"ש ז"ל כן ראיתיהו ב"ס שאגת אריה סיו"ד וב"ס קול שחל סי' י"ג ובתש"ו נטע שעשועים סי' ע"ה וגם הוא ז"ל הביאו משם הרב פ"מ ז"ל יע"ש וא"כ ה"נ נימא בנ"ד כיון דאיכא ע"א המעיד ששמע מפי המגיד שמוסא עג"ם אינו חי וזה יספיק לנו להתירה ממילא אינו מוכרח לשמוע דברי העד ה"ב המכחישו

כיון שאינו מכחישו בגוף המיתה ואנו אומרים דמה ששמעו ה"ב ת"ח שהמלחמה היתה בבולגאר זהו האמת ומ"ש רחמים סרוגו הי"ו ששמע שהמלחמה היתה בגירי"ד ודאי טעה בדמיונו או לא אמר אמת ומה לנו ולעדותו בזה וכמ"ש הרב פני משה ח"ג סי' ט"ו הבי"ד ה' י"א א"הע ח"א סי' טו"ב הגהט"ו אות כ"ג דכשהם תרי לגבי חד פשיטא דמהימני יע"ש ואין ה"ס בידי לראות דבריו בשורשם ועיין בס' מחזה אברהם בס"י י"ח דכתב דהיכא דכל העדות היה בסגנון אחד רק בדבר אחד הם מכחישים כי הך דנ"ד ודאי דמותרת להנשא יע"ש:

אך בזאת יש להעיר על הרב פ"מ ז"ל ודעמיה דהרי בד"מ בעינן ב' עדים דוקא ותו לא ועכ"ז אם היו העדים מרובים והוכחש אחד מהם בחקי' פסק הר"מ ז"ל בה' עדות פ"ב דבטלה כל העדות ואמאי נימא כיון דאיכא ב' עדים ומעידים אין דבריו של העד הג' במקום הב' כי היכי דאמרי' בעדות נשים כיון דבעד אחד סגי אמרי' דחד מנייהו משקר ואנו מתירים את האשה ע"פי האומר אמת מהם כיון דליכא הכחשה בגוף המיתה וא"כ גם בד"מ נימא הכי ואחר החיפוש יגעתי ומצאתי להגאון ר"ע איגר ז"ל בתשו' סי' פ"ז דנכנס בחקי' הלזו ואסברא לן הח"י שבין ד"מ לעדות נשים בטו"ט ודעת לך נא ראה. ועיין להגאון נודע ביהודה ז"ל ח"א סי' מ"ו ומ"ז בתשו' א"הע שפלפל בחכמה לישב דברי הרב ב"ש ז"ל מ"מ אסוף דינא העלה דהוא הפך הירוש' ותמה על הרא"ש והטור והב"י וכולהו רבנן סבוראי שח"ו נעלם מהם דברי הירוש' יעש"ב:

וכ"ת דאכתי לא נ"מ לנ"ד דכ"ז שכתבו הרב פ"מ והב"ש ז"ל וכל הרבנים ז"ל הנז"ל אינו אלא כשעדות אחד מהם לבדו יספיק להתירה אמטו"ל אמרי' כשהוכחש בחקי' מפי העד הב' דודאי אחד מהם משקר ותסתיים העדות ע"פי מ"ש מהם האמת וכמ"שיר הרואה בד' הרב פ"מ ח"א ס"סי פ"ד לא כן בנ"ד דעדות האחד היה מס"לת והעדות הב' ת"ח הי"ו שהיה ע"י שאלה וצריכים אנו לצרף העדויות כדי להתירה ואיך נוכ"ל אחד מהם משקר הרי לא נשאר עדות מספיק ואיך נתיר את העלובה זאת מבלי עדות מספיק:

הא לאו מילתא היא דמלבד דיש כמה פוס' דמכשרי בהכי ה"ה מהר"מ אלשיך ז"ל סי' קי"ח מהרשד"ם ס"סי ד"ן משפטי שמואל סי' פ"א מחז"א בסי' ח"י הרב א"ר בסי' ב' אשדות הפסגה בסי' ג' בדמ"ה ע"א כולהו רבוותא ס"ל דמהני הצירוף אף דלא יועיל העדות של העד המכחיש להתירה עכ"ז מהני צירוף. ולא נכחד עצמי מה שפלפל בחכמה החס"ל ח"ב א"הע סי' ו' דנ"א ונ"ב שהאריך הרחיב בענין זה בדעת הרב כר"ש ז"ל סי' ח' ומהראנ"ח ז"ל סי' ע"ה דלא סל"ה וכו' מ"מ הרב כנ"הג בתשו' א"הע סי' ז' די"ב ע"א הורה להתיר ככה"ג דנ"ד דהעד הא' לא היה מל"ת והכשירו לצירוף ונרגש ממ"ש

מהראנ"ח ז"ל ונסתייע מתשו' המבי"ט ז"ל להוציאה מאיסור תורה יע"ש והרואה יראה בד' החס"ל ז"ל בתר דשקו"ט באורך וברוחב מוכח מדבריו ז"ל שם בדנ"א סע"א דאזיל ומודה נדון הרב מחז"א ז"ל דנ"ד שבאו ב' העדויות דבריהם מכוונים בסגנון אחד ממש דמוכח דע מ שה שהעיד הא' העיד הב' מהני צירוף יע"ש ואין הס בידי מצוי לראות ד"ק וא"כ הך דנ"ד הוי דכוותה ששני העדויות דבריהם מכוונים ממש ודאי דמהני הצירוף: זאת ועוד דבנ"ד אף דעדות הב' ת"ח היו ע"י שאלה מהני עדותם אף מבלי עדות רחמים סרוגו יען כי השאלה ששאלו אותו היה על הידוע דמוסא אל עג"ם מת וע"ז שאלוהו להתיר אשתו העגונה וכל ששאלוהו בחזקת שהוא מת מהני אף ע"י שאלה וכמ"ש הרב הפוסק הי"ו משם הר מהרש"א ז"ל וכמה פוס' דס"ל הכי כמ"ש בד"ק באר היטב:

האמנם רואה אנכי כל יסוד ההיתר רעוע דהנה הרב הפוסק פחד יצחק שיח"ל נחית נפשיה לספיקא אם מועיל עדות המגיד אברהם הכהן יען כי היה מומר וחילל שבתות וי"ט ואכל נו"ט וכיוצא אף שחזר לדתנו שהיה כמו ן' יום בבית סי' רחמים ברוך יצ"ו נחבא אל הכלים מ"מ לא קבל ד"ח ולא טבל ולא לקה וכו' וכו' ואסיפא דמילתא אסיק כיון דבנ"ד באו:

דברי זה המומר במל"ת ובקשר דברים לפניו ולאחריו הא ודאי דבכה"ג כ"ע מודו דמקבלים עדותו ולא חיישי' להערמה כלל וגם מהרי"ט הא' יודה בזה וכמ"ש בס' שער אשר סי' ו' ונסתייע מתשו' הר"ן ומ"ד מהריב"ל וכו' עכתד"ק ואנכי הרואה דלא חזינא כהאי סימנא בנ"ד דהיה קשר דברים כאשר יראה הרואה בנדון שנשאל עליו הרב גב"ע ז"ל וגם בנדון הרב שער אשר ז"ל משא"כ בנ"ד דמ"ש העד הוא שהיה מספר לו כמה דברים ואתיא מכללא סיפר לו ממיתת מוסא אל עג"ב הנז' והאמת דזה מורה שהיה מל"ת ולא היה ע"י שאלה אבל קשר דברים לא קחזינא הכא:

זאת ועוד יגדל התימה על הרב פחד יצחק הי"ו מאחר דנחית נפשיה לספיקא בעד העד המגיד שהיה מומר אמאי לא חייש מר להרוג עצמו ג"כ שהיה מומר והיה במלחמה מחלל שבתות ואוכל נו"ט וכיוצא ואיך לא זכר למ"ש השלה"ג שם בש"ס דכתו' משם הגאון מז"ה שאם המיר והניחה עגונה הוי כמו קטטה דעד אחד בקטטה בעיא היא התם בש"ס דיבמות דקי"ו מי אמרי' טעמא דע"א מהימן הוא משום מילתא דעבידא לאגלויי וה"נ לא משקר או טעמא דעד א' מהימן משום דאתתא דייקא ומינסבא והא כיון דהויא קטטה לא דייקא ונשארה בתיקו ופסקו הר"מ ז"ל בפי"ג מה"ג חא' דאינה נאמנת ואם בא ע"א ל"מ דחיישי' שמא שכרה אותו להעיד וכ"פ מרן ז"ל שם יע"ש והט' דתיקו דאוריית' לחומרא ומור"ם ז"ל שם פסקה להך דשלה"ג משם מז"ה ז"ל דאם המיר והניחה עגונה

הוי כמו קטטה וע"א ל"מ ואף שהרא"ם ז"ל בח"א סי' ך' כתב דהא דע"א ל"מ היינו היכא שבאה ואמרה שמת בעלה ובא עמה ע"א להעיד לה כן אבל אם בא העד לבדו והיא לא אמרה כלום והעיד שמת בעלה של האשה זאת שהיה משומד אזי נאמן הע"א יעש"ב מ"מ הכא בנ"ד שההרוג מומר והמגיד עליו שמת שע"פי הגדתו אנו רוצים:

להתירה הוא מומר דליכא בזה קושיית כל הראשו' ז"ל ע"ד הרמב"ם שכ' דחיישי' שמא שכרה אותו שהם הריטב"א והמאירי שאם היא הוחזקה לשקר כל ישראל מי הוחזקו יע"ש ובנ"ד דגם העד מומר איכא למיחש טובא שמא מתכוין להתיר או שמא שכרתו והוא יודע דצריך שיהיה מס"לת ואמטו"ל סיפר לרחמים איסרוגו בדרך מס"לת כדי שיאמנו דבריו וא"כ נפל היסוד כולו ונהרס כל הבנין כיון דליכא שום עדות על מוסא אל עג"ם הנז' זולתי אברהם הכהן הנז"ל ובאמת יש להפליא הפלא ופלא על ה"ה פחד יצחק הי"ו איך לא שת לבו גם לזאת:

זאת לא זאת דלפי העדות שהעיד רחמים סרוגו שידע שם מוסא עג"ם וש"ע ע"י שאלה ששאל להנהרג ואמ"ל שמו וכינויו וש"ע ולפי עדות הב' ת"ח לא מוכח שהיה ע"י שאלה עכ"פ מפיו של הנהרג ידע המגיד אברהם הכהן הנז' שמו וש"ע ולנו לדעת כיון שגם הוא היה מומר אי מהני דא דמצינו למהר"מ אלשיך סי' קכ"ו ולמהרח"ש סי' ל"ד וכמה פוס' דס"ל דמהני אף מפי המת והוכיחו כן מהסוגיא יע"ש מ"מ יען הנהרג דנ"ד היה מומר ניחזי אנן אי מהני או לא:

והנה הר"ן ז"ל בתשו' ג' נשאל בכעין נ"ד ממש שהמת היה מומר וגם העד היה מומר ולגבי העד נכנס בס' אם מהני היותו מומר והבי"ד הרי"ף והר"מ והרשב"א ז"ל דמהני ובסוף כתב דיש שחלקו על הרי"ף ז"ל יע"ש ולגבי המת שהיה מומר אי הוי כקטטה לא העלה על ניב שפתיו ז"ל ואדרבא מוכח מתו"ד כי לולא שהיה עדות השליח ע"י שאלה ואם היה מס"לת היה מכשירו אפי' בע"א והרב ח"מ ז"ל שם בא"הע סי' י"ז סקצ"ד הק' הוא ז"ל למור"ם מ"ד הר"ן ז"ל המ"ל והגאון הסתם סופר בא בא"הע סי' ע' תי' לזה דתרתי בעינן שהמיר וגם נתכוון לעגנה והר"ן ז"ל שר המס'כים בדינו של הרב מז"ה שהביא בשלה"ג הק' דבעי' תרתי לריעותא הנז' אבל אם המיר לבד ולא נתכוון לעגנה סגי בע"א להתירה:

איברא דלפקע"ד לא יכולתי להלום תי' הרב חת"ס ז"ל דבשלמא אם היינו מקשין לר"י הראשון ז"ל שהוא הפך ס' הר"ן ז"ל שפיר מצי לחלק דהר"ן מיירי בלא נתכוון לעגנה ור"י ז"ל מיירי בנתכוון ואולם קו' הח"מ ז"ל הוא לרמ"א ז"ל שפסק הדין סתם דגם בהמיר הוי כקטטה אכתי ק' לדבריו ז"ל דהו"ל לרמ"מ ז"ל לחלק בין היכי דנתכוון ללא נתכוון

ומדלא חי' מש' דבכל גוונא המרה דינה כקטטה ולא עוד אלא שהרמ"א ז"ל נקט בלישניה בהפך או שהמיר והניחה עגונה ולדידיה איפכא הול"ל והדרא קו' הח"מ ז"ל לדוכתה:
ובעיקר דינו של הרב מז"ה ז"ל שכתב שאם הניחה בעלה עגונה והמיר קטטה בינו לבינה היא ואינה נאמנת וכתב עליו ריא"ז נכדו ז"ל וז"ל ואני אומר שלא אמרו אינה נאמנת בקטטה אלא כשהרגילה היא קטטה ע"י שאמרה גרשתני והכחישוה העדים שגילתה דעתה שאינה חפצה בו אבל אם המיר ומרד בה או שהיה בעלה לסטיס וכופר בעיקר ה"ז נאמנת ואין מחזיקים לה שמשקרת עכ"ל יע"ש נמצאת למד דדעת מז"ה ז"ל דכשהמיר הבעל הוי קטטה וא"צ שתעיז בפניו ויבואו העדים דאם אמרת דצריך שתאמר גרשתני ויכחישוה העדים אף בלא שימיר הוי קטטה כיון שגילתה דעתה אלא פשיטא בהכרח לומר שדעת מז"ה ז"ל דבהמיר לחוד הוי קטטה ואינה נאמנת וא"כ תק"ל דשהקשו בש"ס ה"ד קטטה לישני ליה כגון שהמיר דתו והוא חידוש דאפי' בהמיר לחוד אינה נאמנת דאמרינן דעתה דידה שאינה חפצה בו וכ"ש כשהעיזה פניה ואמרה גירשתני והוכחשה בעדים דודאי דהוי קטטה דהא חזינן דמשקרת אלא ודאי מדלא משני הכי הש"ס מוכח דבעינן דוקא שגילתה דעתה דעשתה מעשה בפועל אבל בהמיר דלא עשתה שום מעשה אמרי' דנאמנת וכמ"ש נכדו ריא"ז ז"ל ולדידי צע"ר:
אבל במעט קט מההתבוננות נ"ר לפענ"ד לומר דלדעת מז"ה ז"ל דגריס בג"מ איכא בינייהו דארגיל הוא קטטה וכן התחיל ריא"ז ז"ל בתחי"ד וז"ל הרגיל הוא קטטה הוי שהוא גרם לה שתחזור אחר הגירושין ר"ל שאמרה גירשתני לפני פו"פ והכחישוה ובאת ואמרה מת בעלי אם יש לתלות טעות בדבריה אינה נאמנת וכו' ואח"ך כתב ומז"ה כתב שאם המיר והניחה עגונה הוי קטטה בינו לבינה ואינה נאמנת וכו' נמצא כפי הסוגיא איכא ביניהו דארגיל איהו קטטה הכוונה דכל כך עשה הוא קטטה עד שבאה לידי מדה זאת לומר גרשתני וכו' שהשנאה באה ממנו שמאס בה אבל לא מפני זה נאמר שזכות הוא לגרשה שלא בידיעתה כמו גבי מומר שאנו עושים זיכוי הגט לשליח אף שלא בפניו דזכין לאדם של"ב וא"כ שפיר מתרץ הש"ס היכי דמי קטטה כשאמרה לבעלה גרשתני וכו' דזהו יותר חידוש מהיכא שהמיר דבהמיר ועזב דתו והלך וכפר בעיקר ועע"ז והודה לדתם פשיטא לן דזה הוי קטטה כיון דזכות הוא לה לקבל הגט בעדה ואי הוה משני בש"ס ה"ד קטטה כגון שהמיר דתו הו"א דוקא היכא שהמיר שעזב דתו דמצינו דזכות הוא לה לקבל גיטה אמר"י דהוי קטטה ולא מהימנא אבל לא הוה שמעינן היכא דגרם קטטה ומסיבתו אמרה גרשתני וכו' דנימא דהויא קטטה דאינה נאמנת אלא אדרבא הו"א כיון שהוא היה שונא אותה והיא אוהבת אותו לא הויא קטטה וכשבאה ואמרה מת בעלי

הו"א דנאמנת דודאי לא משקרא כיון שאוהבתו ואינה רוצה להפרד ממנו וא"כ עתה שאמרו בג"מ דקטטה הוי היכא שאמרה גרשתני וכו' ומוקי לה א"ב דארגיל הוא קטטה נפק"ל לדינא לדעת מז"ה ז"ל דגם בהמיר דתו דפשיטא דאינה נאמנת כיון דהניחה והמיר דתו הוא רוצה לינצל ממנה והיא רוצה לינצל מידו שלא יכוף אותה שגם היא תעזוב את עמה ואת אלהיה ותמשך אחריו לדתו החדשה. ועיין בספר עצי ארזים על א"הע בס"י הנז' בסקקע"ט שכתב ע"ד מור"ם ז"ל הנז' וז"ל דמומר גרע מקטטה והכריח כן מסוגיית יבמות דקי"ח דאבע"ל התם המזכה גט לאשתו במקום קטטה מהו וכו' ומסתמא הך קטטה פ"י כמו הך קטטה דהכא דאמרה גרשתני בפני פו"פ וכו' ואמר"י דאינו יכול לזכות לה הגט ואלו במומר פסק התה"ד דמזכין לה דזכות הוא לה אלמא דלחומרא ואמר"י דמומר גרע מקטטה וזו ראיה שאין עליה תשו' עכ"ל הרי להדיא דלדעתו ז"ל מומר גרע מקטטה במדרגה יותר ממ"ש בעניותי אפ"י בא"ו גרשתני וכו' וששתי כעל כל הון:

נמ"ל אם כנים אנו בדברנו אלה לדעת דלא אמר מז"ה ז"ל דמומר הוי קטטה אלא באחד שהניחה עגונה ונתכוון לעגנה וכמש"ל בשם רחת"ס ז"ל והמיר את דתו שעזב את דתו והודה לדתם בהא הוא דאמר מז"ה ז"ל דהוי קטטה אבל במומר כי האי דנ"ד דלא עזב דתו כלל ולא נתכוון לעגנה אלא למלאת נפשו כי ירעב נכנס בתוך צבא המלחמה ואחר שנכנס בתוך הצבא למלחמה מוכרח הוא לחלל את השבת ולאכול עמהם נו"ט מפתם גם הא מיהא לא הודה לדתם ולא נשתמד וברשותו הוא אם רוצה להתפלל שמ"ע אין מונעין אותו רק שלא יהיה עת המלחמה בכה"ג לא הוי קטטה כדי דנימא דלא יהיה הע"א נאמן כקטטה אלא מומר זה שמו פסול לעדות מדאורייתא כגון גזלן ומחלל שבת אף כי באונס היה מחלל שבת כי שר הצבא מכריחו מ"מ מתח"י הוא לרצונו נכנס לצבא המלחמה ואדעתא דהכי הוא נכנס בודאי וזה נלע"ד פשוט וברור מדלא אוקמוה בג"מ היכי דמי קטטה כשהמיר דתו לדעת מז"ה ז"ל אלא ודאי דזה דהמיר דתו דכתב מז"ה ז"ל איירי במומר שעזב דתו לגמרי וכפר בעיקר והודה לדתם ונשתמד ודו"ק:

וסעד מצאתי לדברי אלה להרב בית יעקב סי' קנ"ח דיצא לחלק בהכי דמ"ש רמ"א משם מז"ה ז"ל דוקא במומר ולא בשאר עבירות לולא דנ"ד היה ששהה בין אנשי החיל כמה שנים ונטמע שם והוחזק לחלל שבתות יע"ש ובודאי דנדונו מיירי שנכנס בין החיל לרצונו דאי תפסו אותו לאונסו כי הוחזק כמה שנים מאי הוי הלא אנוס הוא וכמ"ש הגאון רמ"א ז"ל בתשו' סי' פ"ז אלא ודאי דמיירי שנכנס לרצונו ואפי"ה לולא שהוחזק כמה שנים הוה מחלק בהכי. ותו בלאו"ה כבר הביא בתחי"ד שראה תשו' אחת לתרי

גאוני מהרי"ש ורט"ז ז"ל דעשו מעשה דלא כמז"ה ז"ל והט"ז העיד שב"ז חמיו הרב"ח ז"ל עשו מעשה להתיר ולא חשו ל"ס ריא"ז הראשון ז"ל וקבלו עדות ע"א על אשה שבעלה מומר יע"ש דבהכי הויא עיקר סמיכת הרב בית יעקב ז"ל ועיין למוהריק"ו סי' קע"ה דנ"ד היה באשת מומר והתירה בע"א ואף שהעד לא ידע שם המת אלא מפיו יע"ש ועיין בתשו' הרא"ם ח"א סי' א"ך ועד אחרן עינא דשפיר חזי להרב דרכי נועם ז"ל בתשו' לא"הע סי' כ"ט דנשאל בכעין נ"ד ממש שהיה המת מומר וגם הע"א היה מומר והתירו את האשה והסכימו עמו מהרמ"ג ומהרד"ך ז"ל זולת דהרב מהרד"ך עלה ונ"ס קצת בעדות העד מומר אי מהני ואסוף דינא העלה דמהני ואיהו ניהו הרב ד"ן ז"ל שם סי' ג"ל עשה שאלה נפרדת על אודות עדות אשת מומר אי מהני ע"א כיון דל"ד ריא"ז ז"ל הויא קטטה ואסיק דע"פי מ"ש הרא"ם כיון דהעד בא לבדו ולא באה האשה לא קודם העד ולא אח"כ לומר מת בעלי לחוש שמא בא לסייעה מקבלינן עדות ע"א יעש"ב והרב מהר"א ן' חיים ז"ל שם בס"י ד"ן הסכים ג"כ להתיר בס"ס ס' אם המרה הוי כדין קטטה ואת"ל דהוי קטטה דילמא בעיין דע"א אפשיטא ותו דלא הות עם העד המסייעה דל"ד הרא"ם מהני יעש"ב ול ולפענ"ד בנ"ד איכא עוד ס' שמא הך דנ"ד לא הוי מומר גמור כמש"ל ואת"ל דדינו כמומר גמור דילמא לא נתכון לעגנה וכמ"ש החת"ס ז"ל ב"ד הר"ן ז"ל והוי מתהפך גמור וזה הס"ס הוא נוסף על הס"ס של הרב מהראנ"ח ז"ל הנז"ל דשייך שפיר לאומרו בנ"ד: ומה מאד אני תמיה על הרב שער אשר ז"ל בתשו' סי' ך' דגם הוא נשאל באחד שהניח אשתו עגונה ונתכוון לעגנה שנשא אשה אחרת בין הגוים ולא רצה לחזור לדתו ומת ובע"א התיר את אשתו וגם הרב מהר"י ן' ברזילי הכי אמר מר שהסכים להתירה ולא זכר שר דהמרה הוי כמו קטטה ולא סגי בע"א וכמ"ש מז"ה ז"ל האמת אתמהא:

איך שיהיה הרי מצינו כמה וכמה ס"ס להתיר העגנה הזאת אשת מוסא אל עג"ם אל שאמי מכבלי העיגון ועינא דשפיר חזי להרב פ"מ ח"א סי' ל"ו דעשה ס"ס בדעת הרא"ם ז"ל בעיקר הסוגיא באופן זה דנהי דבעיא דע"א לא אפשיטא מ"מ מידי ס' לא נפקא דדילמא הצד האמיתי הוא דטעמא דע"א מהימן בעיגונא הוא מ"ט מילתא דעבידא לאגלויי וכו' וא"כ אפי' בקטטה מהימן ואף את"ל דעיקר טעמא הוי משום דאתתא דייקא ומינסבא אכתי איכא ס' שמא לא מיקרי קטטה רק בא"ו לבעלה גרשתני ומטעמא דמשקרא וכו' והוא ס"ס המתהפך שפיר יעש"ב ואף אנן נמי נימא הכי ספק אם עיקר טעמא דע"א מהימן הוא משום מילתא דעל"א וא"כ גם בקטטה נאמן ואת"ל דעיקר טעמא דנאמנות ע"א הוא משום דאתתא דייקא וכו' ואכתי איכא ס' דילמא המיר דתו לא הוי קטטה כלל רק כשאומרת גרשתני בפני פו"פ והכחישוה ודו"ק: עוד ראיתי בדברי ה"ה

פחד יצחק הי"ו שאשה זאת היא זקוקה ליבם ולא עלה על ניב שפתיו דג"ז בעיא היא בפ' האשה רבה דף צ"ג ע"ב ע"א ביבמה מהו וכו' ולא אכחד דהרמב"ם ז"ל בפ"ג דיבום פסק דאיפשיטא הבעיא ומהני להתירה ליבם וכתב הה"מ דפשוט הוא דכיון דע"א נאמן ה"ה בעדות הבעל וכ"פ הטור ומרן סי' קנ"ח וזהו דעת הרי"ף והרשב"א והרא"ם בח"א סי' ע"ה וכמעט כל הפוס' הסכימו דע"א מהני זולת בעדות ע"א שמת היבם הרא"ש ורי"ו מחמירים וגם בזה רוב האח' הסכימו דבמקום עיגון אין לנו לחוש לס' הרא"ש ורי"ו ז"ל וכמ"ש בס' כנ"תג סי' הנז' יע"ש:

גם בעדות העד שהיה מומר כבר ה"ה פחד יצחק הי"ו האריך למעניתו אשרי יולדתו ולגבי דידי זה לא נקרא מומר כמש"ל ועיין מהרשד"ם אבן העזר סי' פ"א דמוכח דגם הוא ז"ל הכי ס"ל ובסו"ד כתב ואף אם אנו מחזיקים אותו לרשע גמור ופסול לעדות כבר כתבו הפוס' ז"ל דאפי' יהודי רשע מהני עדותו במס"לת יעש"ב ועין רואה להרב עז"ן ז"ל בדיני עיגונא סקל"ד שהבי"ד הרב תו"י סי' ע"ה שכ' בשם מהרי"ט הראשון ז"ל שכתב וז"ל ואפי' לדברי דהכשיר פסול לעדות מדאו' במס"לת ה"מ בישר' רשע לדבר אחד שאינו מוחזק להטעות את ישראל ולהכשיל בנ"א בעבירה אבל במומר שכפר בבורא להכעיס איך לא יעבור על ולפני עור לת"מ להתיר אשת איש לעלמא ח"ו לא עלתה ע"ד וע"ד שו"א עכ"ל הרי כמה תנאים הטיל הרב מהרי"ט ז"ל כדי לפוסלו ומינה נקיש לנ"ד דלא נעשה מומר להכעיס ולא כפר בבורא ואדרבא לפי נוסח השאלה שהיה כמו ן' יום נחבא בבית סי' ר"ב הי"ו ובודאי שהיה מתפלל שמ"ע בכל יום ונושא את כפיו וכיוצא בשמירת שבת ובאכילתו ודאי דכשר גמור והרב עז"ן ז"ל סיים דבריו וז"ל ולענין הל'. יראה דכיון דהרשב"א והר"ן וריא"ז ומהרי"א הסכימו דישראל מומר סומכים עליו במס"לת אע"ג דר"י הא' ז"ל ס"ל דאין סומכים עליו והרב תי' חשש לסברתו מ"מ הכרעת מרן היא הכרע' לפסוק כדעת המקילין ואפי' הרב תי' ז"ל לא החמיר באותו נדון אלא משום דהיה בו ריעותא דלא היה שם וקברתיו עכ"ל יעש"ב ואחר כל הדברים האלה דון מניה ואוקי באתרין נעשה סניגורין ושפיר מהני עדות העד אברהם הכהן דנ"ד בלי תפונה:

כלל העולה הנה אנא ענ"י בא מסכים לשריות' דהך אתתא ע"פי הטעמים שכתב ה"ה פחד יצחק שיחל"א אף ידי תכון עמו בתוס' מ"ש בעניותי אך בזאת שלא יעשו שום מעשה ע"פי כלל זולת אם יסכים מני"ר גאון ירוש' הרה"ג מעוז ומגדול סבא דמשפטים מוה"ר ראש"ל גדול הנאמר באברהם יצ"ו ועל פיו יקום דבר כחה דהיתרא ואזהרה שמענו שכל מ"ש לחתור אחר צדדי ההיתר לא יועיל ולא יכול כלל להתיר הענוגה הנז"ל רק הדבר מסור לדייני מתא במקום החלל לברר כשמלה עדות העד אברהם הכהן הנז'

בשאלה אי איכא ח"ו חלילה שמץ מנהו דנתכוון להעיד או להתיר כי בזה לא נוכל לידע האמת ובדידהו תלוי לפי ראות עיני צדיקים העי"א וצי"י י"מ וימ"ן ולא תצא תקלה מתחי' ויהי נועם ה' אלהינו עלינו ומע"י כוננה עלינו לעשות רצונו ולעובדו באמת וישר:

הצעיר יעקב שאול אלישר ס"ט:

בא סי' יש"א ברכה ס"ט:

הסכמת הגאון המפורסם מוה"ר ראש"ל כמהרר"א אשכנזי:

נ"רו ירש"ל כיר"א על הפס"ד הנז"ל וז"ל הטהור:

נדרשתי לחוות דעתי על האי פסקא דדינא דשדר לן מ"ע הרב המובהק זר"ק שלשלת יוחסין מר דיינא ונחית לעומקא דדינא כמהר"ר:

יצחק אבואלעפיא יצ"ו ואחריו לו קם חד מינן מ"ע הרב המופלא וכבוד ה' מלא ראב"ד מקודש הא"ג כמהר"ר:

יש"א ברכה יצ"ו אשר השתדל בכל עז להציל את האשה מכבלי העיגון איישר חילייהו ולעיקר הדין ה"ן דעתי מסכמת ואף ידי תכון עמהם ולהיות כי חביבין לי דבריהם אמרתי להשתעשע באמרותיהם וזה החלי בעז"ה צורי וגואלי:

הנה מ"ע הידי"ן הרב הפוסק ר"א פחד יצחק הי"ו עלה ונס' ממ"ש מהרימ"ט א"הע סי' כ"ג בשם באלי איזנימטלי יע"ש וע"ז כתב לחלק דשאני נ"ד דכיון דשאל להם מהיכן אתם אם אנו או' שכיון שהוא בעל השם א"כ נמצא דלא השיבו על שאלתו ושוב מצא זה החי' בעצמו להרה"ג שער אשר ז"ל סי' י"ג שחי' כן יע"ש ולדידי הגם כי יש חי' בין הנד"ו דבנדון השע"א ז"ל השאלה מורה על מקום מושבם אשר לא כן בנ"ד שהשאלה היא סתמית ששאל אותם מהיכן הם ואפ"ל דכוו' על עיר מולדתם מ"מ יגיד עליו תשו' רעו שהשיב שהוא מאר"ץ ולשון שהוא מורה על דירתו וגם באומרו אח"כ ברח וחזר לעירו לאר"ץ מורה להדיא דעל עיר מושבם שאלם:

וידי"ן בני כי ביצחק יקרא יצ"ו אמר דאין להסתפק מזה כלל בנ"ד כיון דתשו' היא מוסא אל עג"ם אל שאמי דתיבת אל עג"ם מורה על הכינוי שוב כשאמר שאמי מוכרח שהוא על עיר מושבו ואל יאמר האומר דעג"ם ושאמי הכל הוא על הכינוי דזהו אי אפשר וכמשי"ר הרואה ועוד דמלת אל המפרדת בין תיבת עג"ם לתיבת שאמי מורה דאינו על הכינוי דא"כ הול"ל אל עג"ם שאמי בלתי תיבת אל המפסקת ביניהם וז"ב ונאים הדברים (א"ה יא"ה ס"ט אחהמ"ר מכת"ר לא נאה ולא יאה דאדרבא מדאמר בלשונו אל עג"ם אל שאמי מורה יותר דתרוויהו כינוי דידיה נינהו לאפוקי מאיש אחר דכינויו אל עג"ם לחוד לז"א עוד שהוא יש לו כינוי אחר אל שאמי ואלו היה אומר אל עג"ם שאמי הוה

מורה להדיא דכוונתו על עיר מושבו דוקא שכן הוא משפט לשון ערבי לבקיאים בו יפה כידוע וז"ב) ועפ"י טע"ז ניצולנו מפקפוק אחד אשר י"ל ע"ד ר"ה יצ"ו דאדרבא אימא לאידך גיסא דא"פ דהוא מעי"ת אר"ץ ולזה לא חש להשיב על שאלתו דכיון דכבר השיב ה"א שהוא מאר"ץ ושמו אברהם וכו' לזה ה"ב השיב לו ששמו מוסא וכו' ועל עירו לא הוכרח להשיב ואדרבא הלשון מורה כן מדלא השיב בסגנון ה"א ושם עירי שאם מוכרח דכו' דהיה מאר"ץ ול"ד לנדון הרב שע"א ז"ל אך עפי"ד הידי"ן בני יצ"ו ניצולנו מזה (א"ה יא"ה ס"ט הכרח זה לא הבינותי אטו לא משכחת לה דיהיו שניהם משתי עיירות ואיך יובן מדבריו שגם הוא מאר"ץ יע"א): עוד הוכיח ידי"ן בני יצ"ו ממ"ש אח"ך אברהם אל חלבי הנז' ברח וחזר לעירו ומוסא אל עג"ם הנז' נהרג וכו' ומדלא הזכיר פה תיבת שאמי מוכח דהכוונה על עיר מושבו ולדמיון רעהו ואינו כינויו על עיר מולדתו (א"ה יא"ה ס"ט ג"ז הרואה יראה דאינו מוכרח כלל ובנקל יש לדחותו כמשי"ר המעיין יפה):

תו כתב מ"ע ה"ה ה"א יצ"ו אתאן לעדות ה"ב מחר"י סוכרי יצ"ו דהגם דאלו לא היה לפנינו רק עדות זה לא היה מספיק כיון דלא הזכיר ש"ע להדיא רק דהוא אמר שמהכרת פניו ומדבריו הוכר לו שהוא מעי"ת דמשק יע"א ע"כ לדידי כפי נוסח העדויות המוצגים לפנינו לא חזינא כהאי סי' ואדרבא מוזכר בפ"י ש"ע שכ"כ ונתחברנו עמו יען אמ"ל שהוא דמשקי ע"כ הרי שמפיו שמע שהוא דמשקי ועפ"י עדות זה יש להתירה בשופי מבלי שום הצטרפות עדות אחרת זולת ריעותא אחת נמצאת בעדות זה אשר נבארנה לקמן בס"ד (א"ה יא"ה ס"ט כבר כתבתי לעיל שבהעתקה אשר שלחתי ליד"ק נשמט מקולמוסי שורה אחת מדברי העד הנז' ג"כ כנז"ל וזה גרם לי שהשיגו עלי בזה וליתא כללא:

תו שרטט וכתב ה"ר ה"א הנז' יצ"ו על עדות ה"ג דכיון דבא ע"י שאלה ולא ידעי' הי מנייהו קדים אזדי להו כל העדויות הנז' וע"ז כתב דמבואר יוצא דזהו האחרון כיון דכתב בלשון הודאתו דבא ליקח נדבה מהכולל. ולדידי מלבד דבזה העדות דהיה ע"י שאלה אינו מוזכר דבא לקבץ נדבה זאת ועוד דאין זה הוכחה כ"ז דצריך לברר אם לא נשאר עוד בעיר אחר הוקבץ נדבה ותכף נסע ואם נתעכב איזה ימים עוד ליכא שום הוכחה. וההוכחה שהוכיח מכח מה ששאלו לו שלא להניח אשתו עגונה כנראה שקדמה להם וכו' מחמת שכבר הגיד דבריו לאחרים זו אינה הוכחה דשמא שמעו מאחרים וכ"מ ממ"ש הרב ידי דוד ז"ל שם באותה תשו' דהגם שהיה כנ"ד ממש אפי"ה נסתפק הרב איזו עדות קדם ולא פשיט לה לחומרא מכח הך הוכחה יע"ש:

גם מ"ש עוד ועוד י"ל ללמוד מ"ד מהרש"ג וכו' הנה בהיותי בזה כאן נמצא וכאן היה ידי"ן בני יצ"ו ותמה על המראה דאחהמ"ר אין דמיוני עולה יפה והוא דאעי"ק ניחזי אנן במ"ש הרב ידי דוד ז"ל דאחהמ"ר לא נתבררו דבריו דהרי לעיל מנה אמר הרב ז"ל בעצמו דאף דבעדות ה"ב ג"כ היה ע"י שאלה מ"מ לא נפיק ממס"לת מכח שלא שאלו לו בעיקר הדבר אלא השאלה היתה איך ניצול הוא ובזה חשיב מס"לת ואיך עתה כתב דלא בעינן מס"לת ואיך אנו משיאים את האשה כיון דלא היה מס"לת ובמה ששאלו היאודים איך ניצולת והיאודים נהרגו אין אנו משיאים אותה כי אם עפ"י תשו' הגוי ועל צד הדחק י"ל דכיון דכל עיקר טעמא דאין אנו מאמינים אותו אלא כשהוא מס"לת הוא משום דשמא להחזיק עדותו נתכוון א"כ כיון דבנ"ד היה ע"י שאלה שלא מענין העדות ומענין העדות אדרבא הורו לו שאינם צריכים לעדותו כלל שכבר ידוע להם שמתו א"כ בתשו' הגוי אינו מורה שלהחזיק עדותו מתכוין כיון שכבר הורו שאינם צריכים כלל לידע מההרוגים עדיף טפי ממס"לת זה נר"ל כוונת הרב ז"ל וא"כ בנ"ד אדרבא גרע יותר שבקשו לידע העדות להשיאה ולהוציאה מככלי העיגון ואין לך ע"י שאלה גדול מזה וכ"ן להדיא ממ"ש מהרא"ש ז"ל בסי' ב' על עדות משה ן' יוסף אפוני ששאל לו הגוי מה תבקש והשיב לו פגרים מתים וע"ז חשבו להגוי שאינו מס"לת וכן למד מדבריו הרב שער אשר ז"ל בס"י ט' בד"ה אך סהדותא בתראה ל"מ כלל כיון דבא ע"י שאלה באמור לו היות שמענו משמך וכו' יע"ש א"ד יצ"ו ולדידי פליאה נשגבה היא:

גם ההוכחה שהוכיח מכח שתכף שברח נתאכסן בבית סי' הח"ב יצ"ו א"כ בודאי קדם וכו' לדידי אין זה כ"כ הוכחה וממה שאנו רואים מתוך לשין העדות שכתוב שסיפר לו סיפורים רבים קודם זה הסיפור ובלשון העדות ה"ג ששאלו לו שיעיד השיב שהוא מתפחד ואחר ההפצרות העיד אדרבא מוכח דלא גילה לו מחמת הפחד והגם שיש לחלק דשם שייך פחד כיון שהיו שלשה ואוושא מילתא ויוודע להמלכות ומתפחד וגם לא הי"ל שום אהבה ושום קירוב דעת אשר לא כן בעדות ה"א שנתאכסן אצלו מ"מ זיל לאידך גיסא כיון שלא הזהירו שלא יגלה הדבר מחמת הפחד מוכח דכבר גילה הדבר לאחרים ועם דיש לצדד ולומר דזה הענין של הפחד היא תשו' ריקנית ואינה אמיתית והאמת היה דלא רצה לגלות להם ומי יודע מחשבתו אם לעקל וכו' עכ"ז הוכחה זו לדידי היא חלושה:

זולת זה מצאתי להקל בנ"ד מכח ס"ס והוי מתהפך ס' זה קדם ס' זה קדם ואת"ל דעדות דע"י שאלה קדם שמא הלכה כהפוס' דלא בעינן תחי' וסופו בכשרות ודלא כהרדב"ז והצ"ץ ז"ל דבעו תחי' וסופו בכשרות:

איברא דאנכי הרואה ד"ס זה האחרון איכא למשדי ביה נרגא דאין להביא ראיה ממהריב"ל וכל האח' דכתבו דבעיגונא לא בעינן תחי' וסופו בכשרות אחר שלא ראו תשו' הרא"ש הארוכה אשר רמזה הרא"ש ז"ל בכלל ב"ן יע"ש ועליו כתב מרן ז"ל בב"י א"הע סי' י"ז דראה אותה האמנם עתה שאינה ה' לידנו תשו' זאת וזכינו לראותה והיא ל"ו נדפס"ה ב"ס זכרון יאודה למהר"י ן' הרא"ש ז"ל סי' צ"ב דמ"ו ע"ב אשר כמה רבנים הסכימו דגם בעיגונא בעינן תחי' וסופו בכשרות וכ"כ להדיא הרא"ש ז"ל שם בד"ן ע"א תשו' רש"י דברים בפ"י וז"ל ואף אם העדים נשתהו בין העכו"ם ואכלו לתיאבון ודאי על מה שראו באותה שעה הם פסולים להעיד אבל הדבר ידוע וכו' וכו' וכ"כ שם בפ"י הר"ר שלמה בר אליקים הלוי בדמ"ח ע"ב וז"ל והעד ה"א דהוא זעלקמן ודאי נפסל אם יביא שמעון עדים שהיה אוכל נבילות לתיאבון דתחי' וסופו בכשרות בעי' עכ"ל ועיין להרב שער"א סי' ו' שח"י בתח"י בין עדות עיגונא לשאר עדויות דכיון דנאמן בגיותו במס"לת הוי תחי' וסופו בכשרות והחי' מוסבר אך מה שהביא ראיה מסומא וכתב מידי דהוא אסומא וכו' דברים אלו לא נתבארו היטב:

תו כתבו הרבנים ואל תשיבני ממ"ש ראבי"ה ז"ל דקטן בעדות אשה לא סמכינן עליו אלא במס"לת אבל במתכוין להעיד לא סמכי עליה אפ"י להעיד בגודלו מה שראה בקוטנו וכו' לא לעולם דאי משום תחי' וסופו בכשרות הא ליכא ועכ"ז פליגי וכו' והיותר ת"י וכו' באמת דדבריו תמוהים דמתני' דאלו ראויים להעיד שנויה במילי דרבנן עכ"ל ועיין בתשו' זאת הנז' ש"כ בדמ"ח ע"ב וז"ל אכן מה שהביא שמעון מגוי שנתגייר אדרבא התם משום דנאמן כריב"ב דכיון דדעתו לאיגיורי מידק דייק וכו' ומיהו אין דומה אותו ענין לעדות דכל הני דרבנן נינהו עכ"ל:

ובהיותי נבוך בזה כאן נמצא ידי"ן בני יצ"ו וההוא אמר דיש לעשות ס"ס באופן זה ס' זה קדם ס' זה קדם ואת"ל דע"י שאלה קדם כיון דמהריב"ל בעצמו ספוקי מספקי"ל מהני וכיוצא לזה מצאתי למהרח"ש ז"ל בק"ע בד"מ ע"ג ש"כ בכ"ו הרמ"ה דאם נשאת בסי' שאינו מובהק לא תצא משום ס"ס ס' אי ס' דאורייתא או ד"ס ואת"ל דרבנן טעמא דל"מ מדאו' הוא משום ס' עכ"ל ואף דהרב לא התיר אלא בדיעבד התם שאני דאם אנו אומרים מכח הך ס"ס דתנשא לכתח"י א"כ למאי אהני הא דמדא"ו ל"מ סימנין אם לא ללכתח"י לא תנשא משא"כ בנ"ד דמהני לן הך ס' דמהריב"ל להיכא דידע"י בבירור דחה דע"י שאלה קדם א"כ כשיש לנו ס' מי קדם מצ"ל דתנשא לכתח"י ועי"ל דהתם מכח הך ס' התורה אמרה דלא סמכי' בבירור לא מכח חומרא אלא דדינא הכי הוי משא"כ בנ"ד דאע"ק מהריב"ל מספק"ל בעיקר הדין איך הדין נוטה וא"כ כל שיש לנו ס' תלינן להקל

אפ"י לכתח"י וזה עצמו אפשר שהוא ס' הרב ידי דוד ז"ל ועיין כיוצא לזה להרב שע"א סי' כ"ב דע"א ע"ד הביאו ה"ר פחד יצחק יצ"ו ומה שפקפק ע"ז אינו שייך בנ"ד גם לא שייך בנ"ד מה שפקפק הרב בע"ח בתשו' א"הע סי ז' יע"ש דהתם הוא מכח דהוי חד ס' אם הוא בעלה או אינו בעלה משא"כ בנ"ד דלא שייך זה וכמשי"ר הרואה וגם הוי מתהפך את"ד צ"ו ועוד ט' אחר דמאחר דהמתבאר מנ"ד הוא דעדות ה"ב וה"ג הם מוכחשים בגוף העדות ובאותו מעמד דז"א דהיה ע"י שאלה וז"א דלא היה ע"י שאלה א"כ אוקי חד לבהדי חד ונשאר העדות ה"א ועפ"י יכולה שפיר להנשא ועיין לקמן מ"ש בזה עוד בס"ד: ועל מ"ש אסיפא דמילתא דאיכא בינייהו ג' הכחשות והשיב עליו מ"ע רא"ג ה"ר ה"ב יצ"ו דלא חזא כהאי סי' האמת כי ב"ב הכחשות לא חזינא כהאי סי' האמנם בהכחשה דע"י שאלה אשר עליו כתב דיכולים לכוין עדותם לזה אהמ"ר אין דעתי נוחה ולהיות דלא נפ"מ לדינא כי גם לדידן אין כאן עדות כיון שהוכחשו בגוף העדות ול"ד למ"ש הב"ש כיון דאם היה ע"י שאלה אין להתיר את האשה הזאת ולענין מ"ש מני"ר יצ"ו ה"ה ה"ב שצלל עצמו במ"א לדידי לא מצאתי שום ח"י בין ב' עדים המכחישים זא"ז ל"ב ששמעו מפי ע"א והם מוכחשים ואין העד לפנינו דמ"ל שמיעה מ"ל ראייה ומ"מ אפ"ל דיש לחלק ביניהם דכששמעו מפי אחד אמרי' דשניהם מעידים אמת מה ששמעו והעד ה"א הכחיש עצמו וא"כ צריך לחפש בשורש הדין ואען ואומר דאיברא דשורש דב"ז נשאל הרפ"מ ז"ל בח"א סי' פ"ד והרב שם אמרו במ"ס ושוב עשה כיוון בעדות והתירה עפי"ז האמנם הרואה יראה בתשו' מרן א"הע בדיני מ"לת ס"ד ונ"ד היה שהעד הגוי כיחש שלא ראה ולא ידע ותניא בתוס' דהעדים יכו"ל קודם שנחקרה עדותם ושוב הביא ממוהרי"קו ש"ו קכ"ה שיכולים לכוין עדותם ושוב הביא ממ"ש הרשב"א דנאמן להתיר ולא לאסור ושוב חילק הוא דהא דנאמן לאסור היינו כשבא ואומר פ' ראיתיו חי אבל הכא שאינו או' שהוא יודע חיים אין נשותהם נאסרות וע"ז תמה שלא נחקרה עדותו וע"ז ת"י דאע"ג דעד שלא נחקרה עדותו יכו"ל היינו בשאר עדים דשייך בהו חקירה אבל גוי בעדות אשה שאינו נאמן אלא במס"לת לאו בר חק"י בב"ד הוא ועוד ח"י דעדות אשה כיון שהוא משונה משאר עדויות דעמפ"ע כשר וכו' הילכך בשעה שיצא העדות מפיו בפני העד ה"ב הוי כשאר עדיות וכו' ועוד דהגם כשאומרים העדים מבודין היינו הם מודים שאמרו כן אלא שאו' ששקר דיברו אבל בנ"ד שלא הכחיש שלא דיבר דבר מעולם לעד ה"ב שומעין אתד"ק ז"ל אמנם מהריב"ל ח"א ס"ט ספוקי מספק"ל ומהרח"ש בק"ע דל"ה ע"ב הבי"ד בלתי חולק ועי"ש שהבי"ד מהרשד"ם א"הע סי' ד"ן דכל שאינו סותר עדותו נאמן גם מהרימ"ט ח"א סי' ב"ן כתב דדוקא בעד כשר דמשנחקרה עדותו בב"ד

אינו יכו"ל אבל גוי שאין בו תורת עדות אלא מתוך שיחתו ל"ת לא שייך בו משנחקרה עדותו וכל שסתר או הוסיף לא אזלי' בתר דיבורו ה"א דמאי חזית וכו' ודוקא אם נשאת ל"ת יע"ש ומהריט"ץ בס"י ל"ו נסתפק א"א כיון שהגיד והשיב דלא שייך גבי גוי כיון שהגיד וכו' ושוב כתב דהיה אפשר לחפש אחר זכותה מכח דתכף כשאמר הגוי מס"לת וכו' הותרה האשה הילכך כששאלוהו פ"א וכו' דמה שהתיר הרי"ף וכו' הי"ד בפעם הוא אבל אם עבר זמן יום או יומים אפשר דלא מיקרי מס"לת עכ"ל ומתחי"ד מוכח דה"ט הוא מכח דהותרה ושוב כתב מכח דהיה ע"י שאלה ומתבאר בס' השאלה יראה דלא נתבאר אם עבר זמן יום או יומים יע"ש וע"י למהר"ם לובלין סי' קל"ה דאף שהגוי בעצמו שהעיד שמת העיד שהוא חי לא חיישי' לה וע"י להר"י ב"מ מא"ח סי' י"ג יע"ש ובנ"ד י"ל ס"ס ס' אם נאמן הגוי לאסור אחר שהתיר וכמ"ש מהרד"ך וכדכתב הרב מ"ב שם וע"ש ש"כ שהבי"ד הב"י ולא מצאתי בב"י שה שהביאו גם בתשו' מהרד"ך שלפנינו לא מצאתי כן ואדרבא מצאתי להפך בבית כ"א חדר י"ב יע"ש שו"ר בבית ח' חדר ט' שכ"כ וצריך להתישב בזה ואת"ל דנאמן לאסור היינו היכא שמתרץ דבריו אבל אם מכחיש להישראל אינו נאמן ועיין למהר"מ אלשיך סי' ק"ה ובתשו' ד"ן א"הע סי' ל' ולכנה"ג הג"בי אות ע"ח ולבני דוד פאלקון ק"ע סי' ג' יע"ש והגם דהאי ס"ס. אינו מתהפך כיון דלא נתברר שסתר להישראל ובענין המיתה אינו מוכחש יכו' אנו לכויין עדותו ונאמר שטעה בסיפור ה"א ודומה למ"ש הרב"מ שם ועם דהמקומות רחוקים מ"מ י"ל ס' אחר דאעי"ק הוא מחלוקת אם הכחשה בחק"י לגבי עדות אשה אם הוי הכחשה ואעי"ק הרואה יראה דכל מ"ש הפוס' ז"ל היינו מ"ט דמאי חזית דנסמוך אהא סמוך אהא ובנ"ד לא שייך זה דבין אם נאמר דהמלחמה היתה בגירי"ד או בבולגאר אשה זו תנשא וכ"ש לפי מאי דאתיבנא ד"ב אחרונים הוכחשו ואוקי חד לבהדי חד ונשאר העדות ה"א קיים ותנשא ע"פ. גם מ"ש ה"ר ה"ב יצ"ו דלא ראה קשר דברים אחהמ"ר אין לך ק"ד גדול מזה ובפ"י אתמר בהעד הא' שתחי' סיפירו היה להודיע הסיבה שנעשה הוא מאנשי החייל מכח שבא לדמשק ולא מצא מנוח וכו' ומתוך הדברים נתגלגל הודעת המיתה והכלל הוא שכל שבתחי' הסיפור לא בא להודיע ממיתתו זה נקרא קש"ד וז"פ גם מה שתמה ה"ה יצ"ו על הרב שע"א ז"ל בא"הע סי' ך' דאיך לא נרגש דהמרה הוי כמו קטטה כבר הרב האריך במ"א בפרט הלזה שם בס"י ח"י יע"ש: תו נסתפק מ"ע ה"ה ה"ב יצ"ו דכיון דההרוג היה מומר הוי כע"א בקטטה ופסקו מור"ם משם הגאון מז"ה לחומרא. לדידי איכא כמה צדדים להתיר בנ"ד חדא דאיכא הס"ס שעשה מהראנ"ח ז"ל הביאו הרב מהר"א אלפאנדרי ז"ל בס"י ה' דהיינו ס' אם המרה ועיגון י"ל דין קטטה ואת"ל די"ל דילמא בעיין אפשיטא

לקולא והרב שם ערב לו זה הס"ס וע"י להרב הנז' בס"י ג' ד"כ הפך וע"י להרב יד"א ז"ל הגהט"ו ס"ק תקע"ד יע"ש ומה גם דאיכא פלוגתא דדוקא דהיא באה ואמרה כן אבל אם בא ע"א ל"א דאין לך בו אלא חידושו וכ"ש היכא דאמר קברתיו וכמ"ש ה' מהר"א ז"ל הנז' בס"י ז' ונ"ד הוי כקברתיו וכמ"ש ה"ה ה"א יצ"ו ואין לך קברתיו גדול מזה ועוד דלא נתבאר אם הלך למלחמה שלא מדעתו או לא וע"י להרב שם בס"י ז' ובנודע ביאודה ז"ל סי' מ"ב יעש"ב:

והנה מע' ה"ה הב' יצ"ו תמה על הרב מז"ה ז"ל דאי איתא דהמרה הוי כמו קטטה א"כ אמאי ל"ן בש"ס כששאלו ה"ד קטטה לימא כגון שהמיר ולדידי אחהמ"ר דזה לא הוי קטטה ממש אלא דדינא הוי כמו קטטה ולא שייך לפ' מ"ש במשנה קטטה בינו לבינה וש' בעולם כגון דהמיר ושו"ר מעין מ"ש ה"ה יצ"ו בתשו' הרב נודע ביהודה במה שרצה לפ' כוונת הסוגיא לד' הרי"ף ז"ל וז"ל דאם היא ארגלה קטטה לא משכחת קטטה אחרינא כי אם באמרה גירשתני וכו' אבל בארגיל איהו משכחת כמה גווני קטטה כגון שהמיר דתו וכו' יע"ש וזה דומה למ"ש ה"ה יצ"ו גם במ"ש עוד דהמיר הוי יותר קטטה דזכות הוא לה עי"ש להרב הנז' שנכנס בזה וה"ק דמ"ש מיבם יעש"ב ועיין להרב כנסת יחזקאל סי' ב"ן שהק' להמז"ה כק"ו ה"ה יצ"ו יע"ש מה שתי': ולעיקר החי' בין הולך למלחמה למלאת נפשו כי ירעב ולא נכנס בסוג מומר מלבד דלדידי אחהמ"ר לא חזינא לחלק חי' זה דכיון דלדברי מני"ר יצ"ו לא חשיב זה אונס וכן דעת נוטה הגם שלא עזב דתו כיון דמחלל שבתות בפרהסיא י"ל דין מומר כמ"ש מרן ביו"ד סי' ב' דבזה לבד דחילל שבת משוי ליה מומר ולא חילק בין להכעיס או לתיאבון ואם יש סברא לחלק הוא היכא דמכר עצמו לאנשי החיל שלא בשעת מלחמה דכיון דבאותה שעה סבור היה שלא יהיה להמלכות מלחמה ושוב כשיהיה מלחמה אפשר אונס ולא חשיב מומר אך אפי' בזה איני סומך אם לא בראיה ברורה וטירדות הזמן לא הניחוני לחפש על פתגם דנא ואמנם בנ"ד שמכר עצמו בשעת המלחמה בזה פשיטא דלא הוי אונס והוא מומר גמור וכדעת מרן ז"ל וכל הפוס' ז"ל גם מדברי ה"ה מהרר"א אלפאנדרי ז"ל בסי' י"ד נר' דלא רצה לחלק בכך שכ"כ וז"ל אמנם רואה אני הט' שכתבתי אינו צודק דאלו התם היה עם אשתו מתחי' וע"ס ועוד דמדברי ריא"ז שם לחלוק על הרב מז"ה נר' דלדעתו אין הדבר תלוי בהמרה דוקא אלא כל שהוא רשע עושה עבירות ביד רמה דינו כמומר וכו' וכיון שכן בנ"ד כיון שנכתב לדוגיות ידוע הוא שהנכתב לדוגיות מלבד כל האיסורין שעושה ה"ה מחלל שבתות בפרהסיא עכ"ל יע"ש: תו כתב מ"ע ה"ה יצ"ו וסעד מצאתי לדברי אלה להרב בית יעקב סי' קנ"ח שיצא לחלק בהכי כמ"ש רמ"א דוקא במומר ולא בשאר עבירות

לולא דנדונו היה שהוא באנשי חייל כמה שנים ונטמע שם והוחזק לחלל שבתות עכ"ל ואנכי הרואה בדבריו שם דלא דרך בדרך מני"ר יצ"ו כ"א דבתח"י רצה לחלק בין מומר לשאר עבירות וע"ז כ' דכיון דהוחזק לחלל שבתות פשיטא דהוי מומר וכמ"ש מרן ז"ל ביו"ד סי' ב' דמומר הוי היכא דחילל שבתות בפרהסיא או היכא דעבד ע"ז ועיין בפוס' דמספק"ל אי בעי' גם בע"ז שיהיה בפרהסיא דהיינו בפני יו"ד מישראל ומ"ש הרב ת"י הוחזק וכו' להוציא מ"ס שכת' התוס' שם אי בפ"א הוי מומר או בעי' ג"פ וכוונת הרב הוא דבתח"י רצה לחלק כן בין ע"ז לשאר עבירות ושוב כתב כיון דהוחזק לחלל שבת דבזה פשיטא די"ל דין מומר כמו בע"ז ואין חי' בין עע"ז למחלל שבת וז"פ בכוונתו:

נמ"ל דעיקר סמיכתו להתיר אשה זאת מכבלי העיגון הוא מכח עדות ה"א אמנם ידי"ן בני הי"ו יצא לדון בדבר חדש דגם בעדות ה"א י"ל במ"ש בלשון העדות וז"ל ושאלתי אותו מהיכן אתה יודע לזה מוסא אל עג"ם אל שאמי ואמ"ל ראשו גדול והוא שמן וקצר עכ"ל והרואה יראה דאין לו שום קשר השאלה וגם התשו' אם לא שנאמר דכוונת השאלה דלאחר שנהרג מהיכן הכירו שזה שנהרג הוא מוסא ובלשון ערבי אמר אינו האדה ובמקום שהיה צריך לכתוב שזה העתיק לזה ואם הכוונה כן יש להעיר דכיון דלא אמר סימנין מובהקים וסימנים אלו לא מעלין וא"כ נפל פתא בבירא האמנם מצאנו סמך להצילה גם מחששה זו דמאחר שכבר הזכיר שלשתם יחד שמו וכינויו וש"ע יכולים אנו לסמוך על סימנים אלו אף שאינם מובהקים וכן מצאתי להרב בעי חיי א"הע סי' ז' שהביא משם מהראה"ב בתשו' סי' ב' דאם הזכיר שמו וש"ע ואמר יוסף אל סיסקו הוי סי' להצטרף ובתשו' הובאה בתשו' הרשב"א ח"ב בסופו דה"ה אם אמר יפה תואר וקצר הקומה ויראה דה"ה אם הזכיר שמו וש"א ואמר סי' אחר בינוני הוי כמזכיר ש"ע ומשיאין את אשתו עכ"ל וכ"ש בנ"ד ועיין בכנ"הג סימן י"ז הגהט"ו ס"ק שכ"ח וביד"א ס"ק תכ"ד ואף דאף דהמצא ימצא חולק על ס' זאת וכמ"שיר הרואה ועי' בתשו' מרן הנז' דיש סמך להתיר יע"ש הגם דהוא מוכחש ואינו מועיל לענין העדות וכמ"ש מע' ה"ה הב' יצ"ו ואף דבזה איכא פלוגת' דרבוותא מ"מ בצירוף ב' הס' שפיר יש סמך להתירה א"ד ידי"ן בני יצ"ו וחפץ הייתי להאריך האמנם נחיצות השואל לא נתנני השב רוחי ומ"מ לעיקר הדין תורה יוצאת כמ"ש הרבנים הפוסקים יצ"ו כוותייהו ומטעמייהו הכ"ד המעתיר לאל צורי עזי ומעוזי:

הצעיר אברהם אשכנזי ס"ט:

שו"ת פני יצחק ח"ב חו"מ

סימן א

שאלה שתי חצרות במבוי אחד זה כנגד זה ובחצר אחת מהנה אין להם מים בחצירם כלל כי אם זה דרכם תמיד לשאוב מים מהבריכה ומן המים הניגרים אשר בחצר השנית שכנגדם במבוי הנז' שכן נהגו והוחזקו תמיד כל הימים משנים קדמוניות מיום הווסדה ארץ שתי החצרות הנ"ל ועד עתה וכעת נשתנו בעלי ב' החצרות הנ"ל כי נמכרו מקונה לקונה עד הגיע עתה כל אחד מבעלי ב' החצרות הנ"ל בעלים חדשים להם והחצר אשר אין להם מים כעת הוא ביד אשה אלמנה אחת היא ובניה יתו"ק וגם השכיר' עמה בביתה שכנים לדור עמה בחצר שלה הנ"ל והן עתה קמו בעלי החצר הב' הנ"ל ומנעו אותם מלשאוב מים מאנלם לגמרי באומרם לנו המים ומה לכם לבא בגבולנו לרמוס חצרנו ולהזיקנו בראייה ולקחת את מימינו והאלמנה ובניה הנז' צועקים במרה תנו לנו מים ונשתה כי חזקה גדולה אית לן בגווייכו לשאוב מהבריכה שבחצרכם זה שנים רבו' דור אחר דור ואין מוחה ביד בני החצ' שלנו ואנו קנינו זה החצר עם החזקה הנ"ל כי מה מכר ראשון לב' וכו' וישובו המים ובני אותה חצר משיבים ע"ז כי חזקה זאת מגן שויא כיון דגם בני חצירנו הראשונים ואח' ג"כ הם שואבים מים מהבריכה הנ"ל דין גרמא שלא הקפידו עליכם ועל המוכר לכם ולא מיחו בידם כלל ובדרך שאלה וחו"ח היו מניחים לבני חצר שלכם לשאוב מים מחצירנו והאלמנה ובניה טוענים כי שמא מתחילה וראש כשנבנה זה החצר שלכם אדעתא דהכי ועל תנאי זה נבנה ונמכר מבעליו יו הראשונים להניח לבעלי חצר שלנו לשאוב מים מחצר שלכם ואין אתם יכולים לבטל תנאי של בעל החצר שלכם הא' שמכר לכם ושטר היה לנו ואבד ולא נמצא כעת כדי לברר האמת ובני אותה החצר משיבים ואו' שהם ניזוקים מהם בכניסתם אצלם לשאוב מים בהז"ר ובחסרון המים והניזק הוא המוחזק ועליכם לה"ר שתנאי זה היה באמת והאלמנה ובניה טוענים אדרבא הם חשיבי מוחזקים הן מחמת חזקתם הא' לשאוב מים והן מחמת שהם חשיבי מזיק והמזיק הוא המוחזק והם באים להוציא מידם תשמיש זה של שאיבת המים ועליכם לה"ר עוד טוענים בני החצר שיש להם המים דאפי' את"ל דהדין עם האלמנה לשאוב מים מחצירם מ"מ הי"ד לה ולבניה אמנם השכנים אשר איתה עמה בביתה אינו מן הדין להניחם לשאוב מים כי מתרבה עליהם הנכנסים והיוצאים. יורנו המורה הדין עם מי ויבא שכ"מה:

תשובה הן אמת הענין זה הוא סובל אריכות כי הוא מקצוע גדול בתורה ולשאת ולתת בהלכה בדברי הפוס' ז"ל המדברים בפרט זה ואולם לאפס הפנאי ושעת הכושר וצילותא

דדעתא דלא אשתכח גבאי בימים האלה מכמה הרפתקי בישי דעדו עלי דין גרמ'א דלא אוכל לארו'ך במלין ולמשקל ולמיטרי בדברי הפוס' ז"ל כמדתי לכל רוח מאז ומקדם אשע"כ בחרתי לי דרך קצרה מאד ולא אכתוב כי אם ראשי מלין הנוגע לענין דינא דנ"ד דוקא וספרין פתיחו כאשר ירדוף הקורא וזה החלי וה"א יעזור לי:

ואומר עם קנ"י כי הנה נודע דבדין היכא דהמחזיק משתמש עם הבעלים אי ליכא תו טענת חזקה ולא טענת מכר ומתנה כמה דיות נשתפכו בדברי הפוס' ראשו' וא"ח ז"ל וסו"ד עלתה הסכמת גדולי הפוס' ז"ל דמידי פלוגתא לא נפקא ואוקי ארעא בחמ"ק וכבר ראתה עיני ולמדתי ברוב ככל ספרי הפוס' ז"ל אשר דיברו בפרט זה ובא לציון הכנה"ג ז"ל בס"י ק"ם הגהט"ו והגב"י והרב משש"ז ז"ל שם הגב"י אות ק"ד וקי"ד והרב לחם שלמה בולא ז"ל בדקי"ו יעש"ב וכבר ראיתי הדברים בשורשם בסש"ץ אשר הסכימו בחכמתם דעיקר דין זה הוא פלוגתא דקמאי בין רשב"ם וסייעת מרחמוהי עם הריף' והרמב"ם ודעימייהי ועיקר פלוגתייהי בפ"י ההיא עובדא דאיתא בבתרא דכ"ט ההוא דאמ"ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא אמ"ל מינך זבינתה אמ"ל אנא בשכוני גוואי הוואי אמ"ל ה"ן זיל ברור אכילתך וכו' דנחלקו בפי' האי סוגיא הרא' ז"ל הנ"ל וסו"ד הסכימו הפוס' ז"ל דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחמ"ק כנז"ל כמבואר כ"ז בד"ק ז"ל ע"ע הלא בספרתם וא"כ כפי"ז לכאורה נראה דהדין עם בני החצר שיש בה המים למנוע בני אותה החצר שכנגדם מלשאוב מים מאצלם כיון שחזקתם בשאיבת המים מחצר הנז' שכנגדם במח' היא שנויה אי הויא חזקתם חזקה או לא ומוקמינן ארעא בחמ"ק שהם בני אותה חצר שיש בה מים דאינהו מיקרו מ"ק והדין עמהם שלא להניח עוד לבני חצר הב' הנז' לשאוב מים מחצירם וכנז"ל:

אמנם להיות כי חובה עלינו להפך בזכות אלמנה ויתו"ק וב"ד אבוהון דיתמי כידוע דע"כ פקחתי עיני להפך בזכותם ולהחזיקם בחזקתם הראשונה לשאוב מים מהחצר שכנגדם כמנהגם הקדום מאז וע"ע מכמה טעמים שאבאר בס"ד זה יצא ראשונה דאנן אתכא דמרן ז"ל יתבינן וקבלנו הוראותיו ז"ל ע"כ אשר יאמר כי הוא זה כנודע וחזינן ליה למרן ז"ל דהשמיט בשה"ט הדין היוצא' מפי' רשב"ם והרא"ש והטור ז"ל בההיא דשכוני גוואי הנז' ולא העלהו ע"ש כלל לא בסי' ק"ם ולא במ"א רק מור"ם ז"ל בס' המפה בסי' ק"ם סי"ג כתבו בשם י"א יע"ש ואלו בסי' קמ"ו סי"א וי"ב פסק מרן להדיא הדין היוצא מפי' הרי"ף והרמב"ם בהאי דשכוני גוואי יע"ש וא"כ מדהשמיט מרן ז"ל הדין היוצא מפי' רשב"ם והרא"ש ז"ל ש"מ דס"ל למרן דהרי"ף והרמב"ם פליגי על רשב"ם והרא"ש ז"ל גם בעיקר הדין לא בפי' הסוגיא לבד ופסק להלכה כהרי"ף והרמב"ם שהם תרי עמודי ההוראה

ודלא כהרא"ש ורשב"ם ז"ל וא"כ יוצא לנו מזה דס"ל להרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל שפסק כוותייהו דאפי' אם בע"הב היה דר בחצר הפנימי וזה דרכו תמיד לעבור דרך החצר החיצונה שמחזיק בה המחזיק או אפי' שהמחזיק דר עם הבעלים ממש או שניהם יחד הם משתמשים בחצר כגון לשאוב מים וכיוצא כנ"ד עכ"ז עלתה לו חזקה למחזיק וטענת בע"הב דהיה משתמש עמו בחצר ומשו"ה לא מיחה מגן שויא כפי"ד הרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל וכמדובר וכן הסכים הסמ"ע ז"ל בדעת מרן ז"ל בסי' ק"ם סקי"ח יע"ש וכ"כ הרב כנ"הג ז"ל בדעת מרן שם סי' ק"ם הגב"י אות ח"י יע"ש וכ"כ הרב משאת משה ז"ל בח"מ סי' ס"א בד' מרן יע"ש ועד אחרן אתה תחזה להרב צדק ומשפט נר"ו בביאורו לסי' קמ"ו סי"א שכ"כ להדיא בדעת מרן ז"ל וז"ל ואע"ג דהפוס' האח' ז"ל כתבו דבמח' היא שנויה כמ"ש הרב נחב"ך ח"מ סי' ב' וס"ל להחולקים דהרי"ף והרמב"ם ודעימייהו פליגי עם רשב"ם ז"ל ואינהו ס"ל דאע"ג דמשתמשים יחד מהני חזקה ולדעתם צ"ל בעד מרן בפשיטות כמ"ש הסמ"ע והכנ"הג דס"ל דפליגי הרי"ף והרמב"ם עם רשב"ם מן הקצה אל הקצה וכו' עכ"ל יצ"ו יע"ש ולדעתי המעט הוא דגם מור"ם ז"ל הכי ס"ל למר בעדו ובעד מרן ז"ל דהרי"ף והרמב"ם פליגי עם רשב"ם והרא"ש גם בדין ומן הקצה אל הקצה ומש"וה אייתי לן רמ"א ז"ל דין זה בלשון י"א וכו' כיע"ש ואלו הוה ס"ל למר דהאי דינא מוסכם לכ"ע הו"ל להביאו בסתם דהוה מורה דכ"ע מודו ביה ומדהביאו בל' י"א מוכרח דס"ל דאיכא רבוותא דפליגי ע"ז רק הוא ז"ל הביאו בהגהה כדרכו להביא כל הסברות שהשמיטם מרן ז"ל כידוע אך מה אעשה כי הרב כנ"הג שם באות ח"י הבין בד' מור"ם ז"ל דס"ל למר דלענין הדין לא פליגי וכס' מהרש"ך יע"ש ואתמהא דא"כ לא הול"ל בל' י"א כנ"ל איך שיהיה עכ"פ דעת מרן ז"ל ברורה דס"ל למר דלית הלכתא כרשב"ם ודעימיה משו"ה השמיט דינו דרשב"ם משה"ט לגמרי וס"ל דהרי"ף והרמב"ם ז"ל פליגי עליה דרשב"ם לגמרי גם לענ"ד ופסק כהרי"ף והרמב"ם ז"ל וכמדובר וא"כ יוצא לנו דחזקת בני החצר אשר החזיקו מזה שנים רבות לשאוב מים מחצר שכנגדם חזקה מעליא הוי הגם שהיו משתמשים עמהם בני אותה חצר ג"כ לית לן בה וכמבואר: והגם שכתבו הרב ב"ד ז"ל בסי' מ"ה והרב דב"מ ז"ל בח"ב סי' ל"א דהא דפליגי הרי"ף והרמב"ם על רשב"ם והרא"ש הי"ד בעיקר דינא דאיירי ביה רשב"ם והרא"ש ז"ל שהוא דין הש"ס ממש כפי פירושם דהיינו דהמערער היה טוען בחדרים הפנימיים היתה עיקר דירתי והייתי עובר דרך עליך וכו' ולכך לא מחיתי וע"ז פסק ר"ן דהדין עם המערער אף שלא הי"ל בבית החיצון אלא דרך בעלמא שהיה עובר שם דרך העברה בעלמא ובזה הוא דפליגי הרי"ף והרמב"ם עלייהו דרשב"ם והרא"ש ז"ל וס"ל דכיון דהיה דר בפ"ע מהניא

ליה חזקה למחזיק אלא שיש לפנימי דרך עליו דלא כרשב"ם והרא"ש ז"ל בזה ברם מ"מ מודים לרשב"ם והרא"ש שאם היו שניהם יחד משתמשים בבית או בחצר ויד המחזיק והמערער שוים בדירה או בתשמישי החצר וכנדון מהרש"ך ומהרמ"א ומהרימ"ט ז"ל בכה"ג לא עלתה חזקה למחזיק אליבא דכ"ע אתד"ק יעש"ב וא"כ מל"ל דגם מרן ז"ל הכי ס"ל דכל שיד שניהם הבע"הב והמחזיק שוין בתשמישי החצר יחד דגם מרן ז"ל יסבור ולו ידע דלא עלתה חזקה למחזיק וכס' מהרש"ך ומהרמ"א ומהרימ"ט וככל מ"ש הב"ד והדב"מ ז"ל וכמדובר אמנם הא ודאי בורכא היא דמלבד דהרב עדב"י ז"ל בסימן ז"ן דחה דברי מהרמ"א ז"ל דבסי' צ"ד לגמרי וכתב עליו שאינו אלא דברי נביאות דהיכן מצינו דבשביל שמשתמש עם בעליו דלא תהני ליה חזקתו להיות שותפו באותו דבר וכי לא אפשר שמכר לו זכות להיות וכו' עש"ב וכ"כ ג"כ הרב מ"מ ז"ל בסי' הנז' יעש"ב גם הרב תורת חסד בסי' קפ ב וקפ"ח מבואר יוצא מד"ק להדיא דגם שיד שניהם שוין בתשמישי החצר אפי"ה עלתה לו חזקה למחזיק ודלא כהרבנים ז"ל הנ"ל יע"ש גם הרב מהרמ"ג ז"ל בסי' ל"ה רב תנא הוא ופליג ע"ד מהרמ"א ז"ל בנ"ד בסי' צ"ד הנז' הביאו הכנ"הג בסי' ק"ם הגהט"ו אות ר"ט יע"ש א"כ נמצא שדברי הרב"ד והדב"מ ז"ל הנז' אינם מוסכמים מכל ודוקא לדעת מהרמ"א ומהרש"ך ומהרימ"ט הם אמרו למלתייהו לא כן לדעת שאר הפוס' החולקים הנ"ל וכיון דמרן ז"ל ס"ל נמי דפליגי הרי"ף והרמב"ם עליה דרשב"ם ודעימיה מן הק' אל הק' כנ"ל ומשו"ה השמיט בש"ע האי דינא דרשב"ם כנ"ל א"כ ודאי דפליג נמי על הראשו' הנ"ל וס"ל דגם בכה"ג דיד שניהם שוה בתשמישי החצר אפי"ה עלתה לו חיקה למחזיק דאל"כ לא משתמיט מרן ז"ל מלאשמועינן דין זה בשה"ט כיון דשודשו פתוח מן הסו' הנ"ל אל"ו לא שמיע ליה כלו' לא ס"ל למרן ז"ל האי דינא לגמרי אלא אדרבא ס"ל למר דעלתה חזקה למחזיק בתשמישי חצר חבירו אף שחבירו משתמש עמו ג"כ וכדס"ל לגדולי הפוס' הנ"ל. והגם שמהרימ"ט ח"ב ח"מ סי' כ"ט הוכיח לדינו מדברי הרמב"ן החולק על רשב"ם וז"ל אפי' הרמב"ן שנחלק על רשב"ם בד"ז דבכה"ג עלתה לו חזקה ה"ט שאין מה שהיה עובר עליו מבטלת חזקתו דאטו אין אדם עשוי למכור בית החיצון ומשייר דרך לעצמו ואעפי"כ כיון שזה לבדו דר עלתה לו חזקה אלמא מודה הרמב"ן ז"ל שאם היה משתמש עמו בבית לא עלל"ח וכדמוכח ממה שהק' ז"ל מ"ט דרבא והלא כ"ז שלא הביא ראיה שדר לבדו לא הביא ע"ח שאין חזקה למי שדר עם הבעלים עכ"ל יע"ש ומזה הוכיחו הרב"ד והדב"מ ז"ל לחילוקם הנ"ל ולדעת הרבנים ז"ל החולקים הנ"ל ליכא ראיה מהכא מד' הרמב"ן ומהרימ"ט הללו כלל דשאני התם דמיירי בדר עם הבעלים ביחד דירה ממש התם ודאי כ"ע מודו דאין חזקה לזה הדר. עם

הבע"הב דכיון שדר עם הבעלים אימור דבדרך שאלה או שכירות ירד לדור עמו בביתו יחד לא כן בהחזיק בחצר חבירו לאיזה שימוש כגון לשאוב מים וכיוצא הגם דבע"הב ג"כ משתמש עמו באותו שימוש אפי"ה מצ"ל דגם הרמב"ן ומהרימ"ט ז"ל אזלי ומודו דעלתה חזקה:

למחזיק דאל"כ לא הי"ל לבע"הב להניחו ליכנס לחצירו להשתמש בו כלל ומדהניחו להשתמש בו כ"כ שנים מוכרח דחזקה וטענה אית ליה בגוויה דחצירו להההוא שימוש ועלתה לו חזקתו וכמובן:

גם הראיה דמייתי מהרמ"א ז"ל לדינו מדיוק דברי הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהט' שכ' היה מעמיד בהמה במקום מסוים בחצר חבירו וכו' אתה נתתה לי מקום זה. וכו' ע"כ דהיינו מקום זה שאני משתמש בו לבדי וכו' עכ"ל עש"ב וא"כ נמצא דמהרמ"א ז"ל הוכיח לדינו דלא עלתה לו חיקה למחזיק בתשמישו בחצר חבירו מדברי הרמב"ם גופיה שהוא מכת החולקים ע"ד רשב"ם והרא"ש ז"ל בפי' הסו' הנ"ל וא"כ הרי הרמב"ם גופיה מודה לדינו של מהרמ"א ז"ל ויאמר האומר דגם מרן ז"ל דפסק לדין הרמב"ם ז"ל בסי' ק"כ סט"ו ככתבו וכלשונו ממש א"כ ודאי דס"ל למרן ז"ל כסברת מהרמ"א ז"ל דאל"כ אמאי נקט בלשונו מקום מסוים וכו' וכדדייק מהרמ"א ז"ל מד' הרמב"ם ז"ל הנ"ל וכן ראיתי להרב מהר"י זאבי ז"ל בתשו' כי באה בפרי הארץ ח"ב סי' ז' שאחר שהביא דברי מהרמ"א הנ"ל כתב וז"ל ובשה"ט מרן ז"ל העתיק דברי הרמב"ם ז"ל עכ"ד יע"ש ור"ל דמוכח מזה דגם מרן ז"ל ס"ל כמהרמ"א ז"ל בדינו הנ"ל דל"מ חזקה למחזיק בתשמיש בחצר חבירו אם אינו מקום מסוים וכנז"ל:

אמנם כבר עמד הרב מ"מ ז"ל שם בסי' הנ"ל ע"ד מהרמ"א ז"ל ודחה ראייתו ודיוקו מד' הרמב"ם הנ"ל לגמרי וז"ל והיותר ק"ל וכו' ומ"ש הר"ם מקום מסויים לא תידוק מדבריו משום דמקום מסויים הוא דעלל"ח הא לאו"ה לא אלא דכיון דאיירי בטוענו מכר או מתנה במקצתו של חצר הוזקק לומ' מקום מסויים כדי שיפול עליו לומ' אתה נתתו לי או מכרתו לי למקום ההוא קרא מו"מ וכו' עכ"ל יע"ש ודברי' נכוחי' הם מאד ולפי"ז נמצא דאין מלשון הרמב"ם ומרן ז"ל הנ"ל שום סייעתא לדינו דמהרמ"א הנ"ל ולא עוד אלא דאדרבא מלשון הר"מ ומרן הנ"ל יש להוכיח שפיר דלא כמהרמ"א ומהרש"ך בדינם הנ"ל דכל דיד בע"הב והמחזיק שוים בתשמישי החצר יחד ל"מ חזקת המחזיק כנ"ל שהרי מדין הר"מ ומרן ז"ל הנ"ל מוכח איפכא וכדאשכחן להרב ב"ח ז"ל בתשו' סי' ז' שהק' כן ע"ד רשב"ם מדין הנ"ל וכן הק' ג"כ המ"מ והת"ח ז"ל בסימן הנ"ל יע"ש ותו דחזינן להב"ח ולהת"ח ולהמ"ע ז"ל שם דהק' ע"ד רשב"ם מכמה דוכתי שכולם הם הלכות

פסוקות ממרן ז"ל דמכולהו מוכח להדיא דלא כרשב"ם ודלא כמהרמ"א בדינו הנ"ל והגם דאשכחן להפוס' הנ"ל ולכמה פוס' אח' שתי' לכל הקו' הנ"ל מ"מ אנן בדידן לדעת מרן ז"ל דחזינן ליה למר בב"י ובש"ע דפסק לכל הדינים הנ"ל דמוכחי דלא כרשב"ם בסתם ואלו לדינו דרשב"ם ומהרמ"א ז"ל לא העלם ע"ש כלל א"כ מי הכריחנו לומר דס"ל למרן כרשב"ם ומהרמ"א ולסמוך נפשין אשינויי דחיקי ולעיולי פילא בקופא דמחטא כדי שנאמר דגם מרן מסכים לדינו דרשב"ם ודמהרמ"א הנ"ל ובפרט משה"ק עוד הרב מ"מ ז"ל שם ע"ד מהרמ"א ורשב"ם ממ"ש הנמק"י ז"ל בהחזיק לשפוך מי כביסה אחת וכו' דזוהי קו' אלימתא ולא מיתרצא בכל התי' הנאמרים בד' הפוס' ז"ל וכמש"כ הנחב"ך ז"ל סי' ב' הנ"ל דקו' זו אכתי ק' למהרמ"א ז"ל יע"ש גם חילוק הב"ח ז"ל בתשו' הנז' ובב"ח סי' ק"ם דמחלק בין בית לשדה דבית שכיח הוא לאוגורי או מושלי אינשי הלכך בהעברת דרך בלחוד סגי וכו' אבל בחצר יכו' אין רגילות וכו' יע"ש הנה חילוקו זה כתבו הרב"ח ז"ל ליתובי דעתיה דרשב"ם ודעי' מקו' הנ"ל ברם להרי"ף והרמב"ם דפליגי על רשב"ם גם בעיקר דינו מצ"ל דגם בנדון הב"ח ז"ל ס"ל דע"ל חזקה למחזיק בחצר חבירו הגם דהיה בע"הב ג"כ משתמש בחצרו באותו תשמיש ולא מיפלגי מבית לחצר כלל ומאי דהסכים הב"ח ז"ל בנ"ד הנז' דלא עלל"ח למחזיק וכס' רשב"ם ודעי' הט' משום דס"ל למר דהגם דפליגי הרי"ף והרמב"ם עליה דרשב"ם מ"מ אוקי ארעא בחמ"ק וכס' רובא דרבוותא דס"ל הכי כנ"ל ואין צורך לומר דרב"ח ז"ל אזיל בשיט' מהרמ"א ומהרש"ך ומהרימ"ט ז"ל דס"ל דרשב"ם ודעימיה לא פליגי עם הרי"ף והרמב"ם רק בפי' הסו' לא לענין דינא ואת"ל דגם לדינא פליגי מ"מ היינו דוקא בעיקר דינו דרשב"ם לא בדין היוצא ממנו כשבע"הב משתמש בחצר עם המחזיק יחד ויד שניהם שוין בשימוש ההוא כנז"ל ודלא כהרב ב"ד בסימן מ"ה שכתב ע"ד מהרמ"א והב"ח הנ"ל דאין ס' דס"ל כמהרימ"ט דס"ל דאף החולקים על רשב"ם יודו דהיכא דמשתמשים שניהם לא עלל"ח למחזיק וכ"כ הרב דב"מ ז"ל בסי' הנ"ל יעו"ש דאין הכרח לומר כן כלל אלא אפי' את"ל דס"ל להני רבוותא דהרי"ף והרמב"ם פליגי גם בכה"ג מ"מ מוק' ארעא בחמ"ק וכמש"ל ועכ"פ לדעת מרן ז"ל ודאי דס"ל דפליגי הרי"ף והרמב"ם עליה דרשב"ם ודעי' מן הקצה אל הק' לגמרי וכס' הסמ"ע והכנ"הג והרב מ"מ ז"ל וככל מש"ל דבהכי א"ש טובא כל הנהו דיני דהם הלכות פסוקות מהרמב"ם ומרן ומור"ם ז"ל דהק' מנייהו לרשב"ם ז"ל ודעי' ונדחקו בתי' כנז"ל ולפי ס' הרבנים הנ"ל בדעת מרן כנ"ל ניחא טפי ואין אנו צריכים לידחק בתי' שונים ודחוקים כמדובר:

עוד יש לסנף לנ"ד כמה חילוקי דינים דשייכי לנ"ד אשר כתבם הרב מהר"ש הלוי ז"ל בסי' ד"ן שכתב דבנ"ד שהוא כיוצא לנ"ד גם הרשב"ם ז"ל יודה דשאני התם דטוען עיקר דירתי היתה בחדר הפנימי והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שהיה עושה מ"ר לעבור דרך עליו כדי שלא יחזיק ואין לך מחאה גדו' מזו שבאותו הבית עצמו שהיה רוצה להחזיק היו משתמשים שניהם יחד משא"כ בנ"ד דמשום דזה היה משתמש בשלו לא יהיה חזקה תשמישו ש"ז אדרבא הי"ל למחות ולומר שלא ישתמש בחצר שאינה שלו דאל"כ לא מ"ל שהשות' יחזיקו זע"ז עכ"ל יע"ש וכתב עליו הרב ב"ד בסי' מ"ה וז"ל נראה דכוונתו לומר בחי' שכתבנו דהתם כשעובר עליו אינו מניח לו מקום מיוחד בפ"ע להחזיק משא"כ בחצר וכו' דשייך מקום מיוחד כשאחד משתמש מקצה מזה ואחד מקצה מזה עכ"ל יע"ש גם בנד"ן דאינם יכולים לשאוב מים הניגרים שניהם כאחד אלא בזא"ז הו"ל במקום מיוחד כיון שאין אחד נדחה מפני חבירו כלל דומיא למ"ש הת"ח ז"ל בסי' קפ"ב וז"ל אמנם נ"ד ל"ד דשאני התם שהיה בשכוני גוואי מדרס כפ"ר על החיצון ולזה לא חשש למחות שאין דרך למי שמחזיק בבית להניח לעבור דרך עליו אדם נכרי ואומ"ד גדו' י"ל שאין חזקתו כלום וכו' א"כ בתשמישים אלו בפרט בכ"ה לא שייך למימר הכי דהא ודאי כ"ז שאחד מהם משתמש ממנו אינו יכול להוציאו משם עד שיגמור מלאכתו ואע"פי שיד ב' מושלת באותו מקום לא נאמר בזה לא חששתי למחות כיון וכו' עכ"ל יע"ש והרואה יראה דנדון הרת"ח ז"ל הנז' היה בכלל תשמישי החצר שהיה משתמש המחזיק גם בבור ובשוקת ובב"ה יע"ש ודון מיניה ואוקי באתרין ובפרט לפי החי' שחי' הרת"ח ז"ל גופיה בסי' קפ"ח וז"ל דאפי' רשב"ם יודה וכו' אבל בתשמישים כאלו שהחזיקו בו לפי צורכם ולא חסרו שו"ד מלעשות שלא עשו גם רשב"ם יודה דהוי חזקה וכו' עכ"ל יע"ש וה"ה והוא הטעם בנ"ד דאמרי' הכי דאית להו חזקה אפי' לרשב"ם ז"ל וכמדובר ואפי' את"ל דגם בהא פליגי רשב"ם ודעימיה וכס' מהרמ"א ומהרש"ך ומהרח"ש ומהרימ"ט דס"ל דגם בכה"ג פליגי רשב"ם וסייעתיה וגם לכ"ע ס"ל דל"מ מ"מ מנלן לומר הכין דגם הרי"ף והרמב"ם ומרן דפסק כוותייהו יודו לזה וס"ל דלא הויא חזקה גם בכה"ג דלא כהרב מהרש"ל והרת"ח ז"ל הנ"ל דגמירי אפושי פלוגתא ל"מ ובודאי אית לן למימר דבכה"ג גם רשב"ם יודה דהויא חזקה כנ"ל ואת"ל הגם בהא פליגי רשב"ם וסייעתיה עכ"פ הרי"ף והרמב"ם ומרן ודאי דס"ל דבכה"ג הויא חזקה והיינו שנאמר דמודים לרשב"ם בעיקר דינו אבל שנאמר תרתי דהיינו דרשב"ם פליג גם בכה"ג ושגם הרי"ף וכו' ס"ל כרשב"ם גם. בכה"ג הא ודאי זו לא שמענו ופשיטא דלית לן למימר הכי וכמובן:

עוד יש לסנף לנ"ד החי' האחר שכתבו הרב מהר"ש הלוי ז"ל שם והביאו הרב כנ"הג בח"מ סי' ק"ם הגב"י אות. בסתם בלתי חולק כלל וכמ"שכ הרב דב"מ בחי' א"ך הנ"ל יע"ש והוא זה דאפי' לפי' רשב"ם ז"ל שאני התם שהבא לערער על החזקה הוא בע"הב עצמו עם המחזיק אבל הכא בנ"ד אינו אלא לוקח הבא מחמת נפתלי א"כ במה יהיה כחו הא"ת משום דטענינן ליה גם יהודה הוא לוקח וטענינן ליה כל מה שהיה יכול יוסף לטעון א"כ כיון שיוסף נשתמש בחצר כדרך שמשתמשים בעלי החצרות וחפר והחזיק בו חזקתו חזקה וי"ל חלק בחצר השותף האחר דט"ל כל מה שהיה יכול יוסף המוכר שלו לטעון כדקי"ל דטענינן ליורש וללוקח וא"כ טענינן בשביל יהודה שיוסף קנה מאביו או מיורשיו שטח החצר המגיע לבתים שלו וא"כ כחו וזכותו מכר ליהודה עכ"ל יע"ש וממנו נקח ונבין ונדון בנ"ד ששניהם הבע"הב והמחזיק בשאיבת מים הניגרים שניהם הם לוקחים ולא אחד מבעלי אותה חצר שיש בה המים שהם מבעלים הראשונים כלל אלא כולם הם לוקחים א"כ בכה"ג גם רשב"ם וסייעתיה אזלי ומודו דמהניא חזקת המחזיק וכמ"ש הרב מהרש"ל ז"ל הנ"ל וכמדובר והגם דחזינן להרב ב"ד ז"ל בסי' מ"ה שתמה ע"ד מהרש"ל בחי' הנ"ל והוצרך לומר דגם הוא לא סמך ע"ז לחוד כי אם בהצטרפות הט' הב' שכ' מקמי הכי יע"ש הנה מלבד דגם אנן בדידן לא על טעם זה לבד עיקר סמכין כי אם עיקר סמכין הוא על ס' הפוס' האח' ז"ל שעלתה הסכמתם דהרי"ף והרמב"ם פליגי עליה דרשב"ם לגמרי מן הק' אל הק' ומרן ז"ל נמי ס"ל כהרי"ף והרמב"ם ופליג נמי עליה דרשב"ם מן הק' אל הק' ג"כ כנ"ל אלא דמשום דשאר הפוס' ז"ל לא ס"ל הכי כנ"ל מהני מיהא לסניף גדול החילוק דמהרש"ל הנ"ל כי היכי דתיהני הך חזקה לנ"ד למחזיקים בה לכ"מ דודאי בכה"ג דשניהם הם לוקחים כ"ע מודו דחזקת המחזיק חזקה מעליא הוי הגם דמשתמש עמו בעה"ב בשאיבת המים כיון דהוא ג"כ לוקח הוי וטענינן ללוקח שכנגדו ולא לו וכמדובר ואתה תחזה להרב דב"מ ז"ל בסי' ל"א דל"ח ע"ג שהביא ח"י מהרש"ל הנ"ל וכתב עליו דאף שיש בדבריו במה לעמוד עליהם לא דרב גובריה אמרן עכ"ל יע"ש וכן ראיתי למהרש"פ ז"ל הוד"ק במטה אשר הי' ט' נסתייע לנ"ד מדברי מהרש"ל הנז' וכתב דבלוקח לגבי לוקח כ"ע מודו דמהניא חזקת המחזיק יע"ש ועם שהרב מהרא"ק והרב"מ ז"ל שם בסי' יו"ד וי"א חלקו עליו בדכ"ו ע"א ובד"ל ע"ב בטע"ז דלאו בר סמכא הוי יעש"ב מ"מ כבר מלתי אמורה דבאתרי דידן דקבלנו הוראות מרן ז"ל ומרן פליג על רשב"ם ודעי' והשמיט דיניהו לגמרי משום דס"ל כהרי"פ והרמב"ם כנ"ל הא ודאי דאהני לן האי טעמא לסניף גדול מיהא וליותר יפו"ך לאחזוקי בידייהו דהמחזיקים בה כיון ד"ב לוקחים וכנז"ל ושאני נדון הרבנים ז"ל הנ"ל דמיירי כי אתרייהו

דתפסי דגל הקי"ל כנודע א"כ בנ"ד פשיטא דיודו הרבנים הנ"ל דמהניא חזקת בני החצר השואבים מים מחצר שכנגדם כאורחייהו מקדם קדמתה אי מ"ט קבלתנו להוראות מרן ז"ל ואי מ"ט דהוו ב' לוקחים וכמדובר:

עוד יש לסנף לנ"ד ס' הכנה"ג ז"ל ש"כ בסי' ק"ם הגב"י אות ח"י דבהאי פלוגתא דרשב"ם עם הרי"ף והר"מ ז"ל הנ"ל המחזיק הוא המוחזק ולא מארי ביתא יע"ש והכ' חזינא למהרש"פ ז"ל שם שנסתייע לנ"ד מ"ד הכנה"ג הנ"ל יע"ש והגם דגם בזה חלקו עליו מהרא"ק והדב"מ ז"ל שם וכתבו עליו דהכנה"ג גופיה לא אמרה אלא לד' מהריב"ל וליה לא ס"ל הכי אלא ס"ל כ"ד רובא דרבוותא דס"ל דמאריה קמא הוא המוחזק יע"ש בדכ"ו ע"ג ובד"ל ע"א הנה אמת אנכי לא ידעתי מנ"ל הא למהרא"ק ז"ל כיון דהכנה"ג ז"ל כ"כ בסתם ולא חלק בזה מוכח להדיא דהכי ס"ל למני"ר גופיה ומ"ש עוד הדב"מ ז"ל שם שדברי הכנה"ג בזה אינם מובנים. הרואה יראה שהם מובנים שפיר למעיין היטב בהם וה"ה כמבואר ועוד בה שהרי הכנה"ג גופיה שם סי' ק"ם הגהט"ו אות י"ר כתב בסתם משם הרב מהר"ש יפה ז"ל וז"ל בפלוגתא דרבוותא לא אמר"י קרקע בחמ"ק עומדת אלא המחזיק בה ידו עה"ע וכו' עכ"ל יע"ש הרי להדיא דלא ס"ל להכנה"ג ז"ל כרוב הפוס' דס"ל אוקי ארעא בחמ"ק אלא מוקמינן החזקה ביד המחזיק בה דאין לומר דכ"כ משם מהרש"י ז"ל וליה לא סל"ה דכיון דהביאו בסתם ולא חלק עליו מוכרח דהכי ס"ל למני"ר גופיה ופשוט וע"ע למרן החבי"ב ז"ל גופיה בתשו' בע"ח ח"מ סי' ר"ו יעש"ב ושו"ר במטה אשר סי' הנז' דכ"ב ע"ג מ"ש בזה ובמט"ש סי' ק"ם הגהט"ו אות י"ז שכתב ע"ד מהרש"י הנז' דהכי אזלא סוגיין דעלמא ואסף איש טהור להקת הפוס' ז"ל הם המדברים בפרט זה יע"ש וע"ע לה' כנה"ג בסי' כ"ר בכללי הקי"ל ובמ"ב סי' ק"מ מ"ש עוד בזה עש"ב ואכמ"ל בפרט זה עכ"פ נמצינו למדים דרבים אשר איתנו דס"ל דבפלוגתא דרבוותא ל"א קרקע בחזקת בעליה עומדת אלא כל המחזיק בה ידו על העליונה וכנז"ל ודון מנייהו ואוקי באתרין:

הן אמת דמצינן לפלוגי דלא דמי כל כה"ג דנ"ד למ"ש הרב מהרש"י ז"ל הנ"ל דהתם שאני דהמוחזק הוא מחזיק בקרקע חבירו והוא לבדו דר וחבירו נעדר ואית בחזקתיה פלוגתא דרבוותא בהא הוא דס"ל למהרש"י ז"ל ודעימיה דמוקמינן ארעא בידא דמחזיק בה וידו עה"ע ויד המערער כנגדו ע"הת דארעא היכא דקיימא תיקום ברם בכה"ג דנ"ד דהמערער דהוא מ"ק הוא לבדו בגוויה דארעיה והמחזיק בתשמישי חצירו הוא בחוץ ורוצה להחזיק בתשמישו בחצר חבירו בהא אפשר דגם מהרש"י ודעי' יודו דמוק' ארעא בחזמ"ק שהוא מארי ביתא והוא דקאי בגו ביתיה ולא המחזיק ברם חזינא להרב משכנות

הרועים ז"ל במ"ע ה"ח אות ב' דנשאל הוא ז"ל בנ"ד על בני מבוי דהחזיקו בהשלכת הזבלים על קרן זוית שבצד כותל חצר אחד מהם וע"ז ראו הביא לנו פלוגתא דרשב"ם והרי"פ ודעימייהו הנ"ל וע"ז הביא סברת מהרש"י ז"ל הנ"ל דמוק' ארעא ביד המחזיק כנ"ל ואלו ההיא שכתב הכנה"ג בסי' ק"ס הלב"י אות ח"י על הפלוגתא הנ"ל עצמה דהמחזיק הוא המוחזק לא הביאה כלל ש"מ דלא ס"ל לחלק בהכי כלל וע"ע לו ז"ל שם דהסכימה דעתו בתחי' דמרן דהשמיט דינא דרשב"ם משה"ט ש"מ דס"ל למר דגם לדינא פליגי הרי"פ והר"מ עם רשב"ם ודעי' וכדהוכיח כן מ"ד הרשב"א והרמב"ן והנמק"י הו"ר בא"ז יע"ש אלא דשוב יצא לחלק מדיליה כחי' הב"ד והדב"מ הנ"ל ובתר הכי הביא כת הסו' לח"י הנ"ל שהם מהרמ"א והב"ח ומהרימ"ט וכו' ואסיק להלכה דכיון דפלוגתא דרבוותא הוי מוק' ארעא בחמ"ק ול"מ חזקת המחזיקים בה יעש"ב ואנכי לא ידעתי אמאי חזר בו ממ"ש בתחי' בדעת מרן ז"ל דודאי מדהשמיט מרן דינא דרשב"ם בודאי דס"ל למר דהרי"פ והר"מ פליגי ע"ד רשב"ם גם בדין וממילא יוצא לנו דגם בכה"ג דיד בעה"ב והמחזיק שוים בתשמישי החצר ג"כ פליגי וס"ל דמהניא חזקת המחזיק גם בכה"ג כיון דאין שום ראיה מכרחת מן הש"ס לומר דל"מ חזקת המחזיק א"כ מאין לנו לבדות מדעתנו לומר דבכה"ג מודו כ"ע דל"מ חזקת המחזיק וא"ת דהכי מוכח מד' הרמב"ן וכמ"ש מהרימ"ט הנה כיון דמרן ז"ל לא הביא דברי הרמב"ן בב"י וגם בש"ע השמיטו לגמרי מוכרח דלא ס"ל כוותיה א"נ מצ"ל כמש"ל והדברים ברורים:

ואחרי כותבי כ"ז חזיתיה למר הרב כפי אהרן נר"ו הנד"מ בסי' ח' דקל"ב ע"ג שעמד בזה בנד"ד וחקר בדעת מרן ז"ל כמאן ס"ל ואייתי בידיה מ"ש הכנה"ג ז"ל בסי' ק"ם הגב"י אות חי' דדעת מרן דפליגי וכתב עליו הוא נ"רו וז"ל ואני הדל באלפי אומר דאלו ראה הכנה"ג ז"ל דברי מהרמ"א שכתב דין זה בפשיטות והוכיח כן מתו"ד הרמב"ם וכו' א"כ כפי"ז אין הכרח לומר בד' מרן ז"ל דסובר דחולקים כמ"ש הכנה"ג דאי משום שהשמיט מרן דין זה אפ' דסמך אמ"ש בסט"ו וכו' עכ"ל יע"ש:

ונוראות נפלאתי על יופי עיונו ובקיאותו ביודעו ומכירו קאמינא היאך אשתמיט מניה השתא הכא דברי הכנה"ג ז"ל גופיה באותו סי' עצמו שם בהגהט"ו אות ר"ט ודי"ב כי שם זכר עשה ובא לציו"ן תשו' מהרמ"א ז"ל הנ"ל גופה כיע"ש וא"כ איך אפש"ל דאלו ראה וכו' גם מה שנתחזק מאד ממה שהוכיח כן מהרמ"א לסברתו מתו"ד הרמב"ם וכו' ותרגמה הדב"מ וכו' תמהני עליו טובא כי כעת יאמר אטו גברא אגברא קרמית מאחר דכבר בא חכם הוא הרב מ"מ ז"ל שדחה הראייה הנז' בטו"ט ודעת א"כ מה נשאר הכרח לומר דהכי ס"ל להרמב"ם ומרן ממ"ש מקום מסוים וכו' להכריח מזה כסברת מהרמ"א

ז"ל והא ודאי דגם תשו' המ"מ ז"ל היא נעלמה מעיני קדשו נ"רו בו בפרק הגם דבסוד"ק הביאה בקיצור יע"ש ובכן כל מ"ש בזה הוא נ"רו להכריח בד' מרן דלא דהכנה"ג ז"ל אין להם מקום כלל וכמובן:

גם מ"ש עוד בתר הכי הרב הנז' נ"רו עפי"ד הרב ב"ד והדב"מ ז"ל והעמיס כן בד' הכנה"ג ואסיק להלכה בנ"ד עפי"ד הרבנים ז"ל הנז' דל"מ חזקת המחזיקים כיעוש"ב היינו לפום שיטתיה דמר נ"רו דאסיק בד' מרן הפך הסמ"ע והכנה"ג ז"ל אמנם כל לגבי דידי ברירא לי מילתא טובא בד' מרן כמ"ש בעדו הסמ"ע והכנה"ג ודעימייהו ככל מש"ל א"כ בודאי דגם מ"ש הרב"ד והדב"מ ז"ל הוא דלא כמרן ז"ל וככל האמור מ"ל וג"ז ברור אצלי מאד וע"ע להרב כפי אהרן נ"רו שם דגם הוא נסתייע לנ"ד מדברי מהר"ש הלוי ז"ל הנ"ל דס"ל דבלוקח לגבי לוקח מודה רשב"ם יע"ש:

אלא דחזיתיה למר שם דגמגם עליו בחי' זה מכמה דוכתי אשר ציינם הוא נ"רו דמתוכם נראה דאין דברי מהרש"ל מוסכמים יע"ש ואנא עניא עיינתי היטב בכל דוכתי הנ"ל ולא מצאתי מהם מקום לדחות דברי מהרש"ל הנז' ואין ספיקו מוציא מידי ודאו של הרב מהרש"ל ז"ל הנ"ל ולכל הדברות סניף מיהא הוי לנ"ד בלתי ס' כלל וכמדובר:

עוד יש לצרף לנ"ד ולסנף חילוקו של מהרח"ש ז"ל בח"א סי' כ"ב ע"ד מהרשד"ם ז"ל שכתב וז"ל שאין הנדון דומה לראייה וטעמו בזה הוא שכל שבא להוציא לגמרי חזקת הקרקע מיד בעליה כההיא דשכוני גוואי במילתא כד' סגי שלא להוציא הקרקע מידם אבל כל שלא בא להוציא גוף הקרקע מיד הבעלים אלא שבא להשתמש שם עמו מהניא ליה חזקתיה להא מיהא אלו תוד"ק יע"ש ועם שכתב בתר הכי דאין חי' זה מבורר אצלו וכו' מ"מ בצירוף דעת רוב הפוס' האח' ז"ל הנ"ל דס"ל ב"ד מרן דס"ל. דהרי"פ והרמב"ם פליגי עם רשב"ם וסייעתיה מן הק' אל הק' לגמרי ובצירוף כל ה"ט הנ"ל בודאי דחזי לאצטרופי גם חי' מהרח"ש ז"ל הנ"ל להחזיק בנ"ד ביד המחזיקים בשאיבת מים הניגרים מהחצר שכנגדם ולית אינש די ימחא בידייהו כלל וכמדובר:

זאת ועוד אחרת נלע"ד דבנ"ד כ"ע מודו דעלתה להם חזקתם למוחזקים הנ"ל ולית מאן דפליג כלל ואפי' מני"ר הרב כ"ע אהרן נ"רו הנ"ל אזיל ומודה בנ"ד דאהניא להו חזקתייהו לשאוב מים כמנהגם הקדום יען הגד הוגד לי מפי מגידי אמת שכמה פעמים הוצרכו בני החצר שיש בו המים הנ"ל לפזר ממון ולהוציא הוצאות לבנין ולתיקון דרך ומעבר אמת המים שבחצירם אשר לא יכזבו מימיו וגם להביא להם מים בתוס' מרובה וע"ז הוצרכו למעות וחילקו ההוצאה ע"כ בני החצר שלהם ועל בני החצר הנז' השואבים מים מאצלם וכולם כאחד היו פורעים בהוצאות כל הנ"ל חלק כחלק ממש א"כ מכאן הוכחה

ברורה כשמש בצהרים שיש לבני אותה חצר במים הניגרים שבחצר הנז' שכנגדם ולא מתורת צדקה וג"ח לבד היו מניחים אותם לשאוב מים כי אם היו ניזונים בזרוע ומימיהם הם שותים דאלתה לא היו פורעים עמהם בהוצאות הנ"ל חלק כחלק ממש אלא ה"ו מסייעים אותם בדבר מועט או לא היו תובעים מהם כלל אלא ודאי פשוט הדבר כי הם שותפים ממש במים הנ"ל ויש להם חלק ונחלה ואחוזה באותם המים בלתי ס' כלל וזה פשוט וברור: אתאן למ"ש בשאלתנו כי טענו האלמנה והיתו' הנ"ל על בני חצר שכנגדם דאפשר מתחי' וראש מיום הווסדה ארץ הבריכה והמים הניגרים הנז' אדעתא דהכי הוה שישאבו מים מים מאצלם בני איתה חצר שכנגדם אשר הוא כעת ביד האלמנה מנה ובניה הנ"ל ועל תנאי זה נכנסו כ הלוקחים לחצר זה ושטר ראיה הי"ל ואבד מרוב הימים: לזאת אשיב דגם בטענה זאת נ"ל ברור כי הדין עם האלמנה ובניה וטענתם טענה הנשמעת כי הרואה יראה להרב דב"מ ז"ל בח"ב סי' א"ך שכ"כ וז"ל אמנם נראה דאפי' לדעתם הי"ד היכא דידעינן בבירור דהשדה של ראובן והחזיק בתוכו ש' בדבר אחד או בדברים בתוך השדה אז אמרינן כיון דגם ראובן משתמש בתוכו לא החזיק ש' כלל באותם הדברים אבל במקום מעבר וכיוצא שהוא כנגד בתי ש' ומחזיק בו גם וראובן לעבור דרך שם וכן החזיקו אחריו ב"ך וכו' נראה דיודו הרבנים הנ"ל דאף אם משתמשים ב"כ ש' זכו ב"כ ראובן בחזקתם כיון דאין כאן בירור שהמעבר ההוא של ש' בודאי דדילמא ראובן ו"ש קנאוהו בין שניהם מהמחזיק וכו' דמאי אולמיה דהאי מהאי וכו' עכ"ל יע"ש ונד"ן דכוותה דלא ידעינן בבירור אם אלו המים הניגרים שבחצר הנ"ל הם לבעלי אותו חצר דוקא ואין לזרים בני אותה חצר שכנגדם שום חלק עמהם באמת המים כלל כדי לומר דל"מ חזקתייהו כיון דשניהם שואבים מים משם דאימא שמא בעלי שתי החצרות הנ"ל הראשונים קנו ונשתתפו יחד באמת המים הנ"ל מתחי' וראש ומאי אולמיה דהאי מהאי וכמ"ש הרב הנז' ז"ל וכנז"ל ולא תידוק מד"ק דלא אמרי' הכי אלא במקום מעבר וכיוצא בו שהם חוץ לבתים ולחצרות אבל בתשמישים שהם בתוך חצר אחד מהם ל"א הכי דהא ודאי ליתא דמהראיות שהביא הרב ז"ל שם לזה לא מוכח הכי כלל כמ"ש המעיין ופשוט ואתה תחזה להרב משכה"ר ז"ל שם דקי"ד ע"ב בסו"דק הנ"ל כ"כ וז"ל פש גבן לברורי דע"כ לא פליגי הני רבוותא אלא בדידיע דהני שכוני גוואי ובראי דלמערער הוא אבל בנ"ד מאן לימא לן דהך דוכתא דקרן זוית שמשליבים בו דבעל החצר הוא דילמא דיד היורשים שוה בו ומאן דאתי לאפוקי מידייהו עליו לה"ר שו"ר בדב"מ סי' כ"א שכ"כ עכ"ל יע"ש:

והגם דבני החצר שיש בו המים הנ"ל יש בידם שטר מכר החצר להם מבעליו הקודמים להם ובכלל המכר נזכר בו שמכרו להם גם המים הניגרים הנ"ל עכ"ז אין מזה ראיה גמורה לומר דהמים להם לבדם דוקא חדא דהשטר שבידם נכתב עיקרו על מכר הבתים והחצר כל שהם עיקר ועמו טפילה נטפלי גם המים לומר דהמוכר מכר להם גם הזכות שיש לו במים ועוד דאין מהכתיבה ראיה כלל וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל בח"ב סי' כ"ט וז"ל ועוד נראה שאפי' לא יהיו דיורים מוחלקים אלא שהיו שניהם דרים כאחד הרי הבית בחזקת שניהם דדוקא היכא שהיה ידוע שהבית בתחי' היתה של הר"י לבדו ואח"כ ראינו שבא יעקב ודר עמו בשות' בדין היה שלא תעלה לו חזקתו לפי שדירת הבעלים הראשו' מבטלת חזקתו של זה המחזיק אבל כאן מעולם לא החזיק הר"י לבדו בבתים וכו' וחזקה כעדים דמיא ומה שנמצא כתוב על שם הר"י אין כתיבה זו סותרת החזקה ולא נגרעת כחו של הר"י שאני אומר מנכסי השות' היה אלא שכתב ע"ש אחד מהם וכו' עכ"ל יע"ש וה"נ בנ"ד אמרי' הכי דמתחי' יד בעלים הראשו' של שני החצרות הנ"ל שוים יחד במים הניגרים וקנאום שניהם יחד בשות' מנכסי שניהם אלא שנכתב ע"ש אחד מהם מ"ט ש"ב הרב ז"ל ושטר ראיה הי"ל לבני חצר ה"ב אלא שמרוב השנים אבר וכנז"ל והחכם עיניו יחזו להרב לחכ"ך ז"ל בח"א ח"מ סי' ב' שנשאל בעין נ"ד וטענו המחזיקים בנ"ד כזאת דאפי' את"ל שהדין הוא שאינה חזקה מ"מ אפשר שכשקנה ראובן מורישם החצר התחתון על תנאי זה קנה שישתמשו בגג שלו אנשי החצר העליון וסבר וקביל ואין בידם לבטל תנאי מורישם וע"ז השיב הרב ז"ל שם בדס"ה ע"ב בד"ה ומעתה וכו' ועוד שם בדס"ז ע"א כתב וז"ל אכן שו"ר דבנ"ד במח' הוא שנוי ואין לומר דהכל מודים שיסתום כדכת"י מ"ג טעמי וכו' ולדעת רובא דרבוותא המזיק הוא המוחזק וכו' יעש"ב ומאי דאסיק הרב ז"ל שם בתר הכי איפכא הוא על נ"ד דהתם שייך טעמו ונימוקו עמו מה שאינו שייך לנ"ד כלל כמ"ש המעיין:

הכלל העולה מכל האמור ומדובר דבצירוף כל הטעמים הנ"ל זכו בני החצר ה"ב בחזקתם לשאוב מים מהחצר שכנגדם ולית אינש די ימחא בידייהו כלל שכן שוה"ד נותנת לענ"ד וכמדובר:

אכן מה שטענו עוד בני החצר שי"ל המים על השוכרים הזרים הדרים כעת בחצר האלמנה הנז' שאינם יכולים גם הם לשאוב מים מאצלם כי מתרבה עליהם הז"ר מהנכנסים ויוצאים כנז' בשאלה הנז"ל הנה אמת הדין עמהם בטענה זאת כי טענה הנשמעת היא מחמת ריבוי הנכנסים והיוצאים כמ"ש הרב הנמק"י ז"ל בפ' המוכר פירות על מתני' דמי שיש לו גינה וכו' אינו מכניס לתוכה תגרים וכו' דה"ה למי שי"ל בית

לפנים מביתו של חבירו שאפי' בחצר יש בו משום ריבוי הנכנסים והיוצאים וכ"ש בית מהריטב"א והמ"פ ז"ל יע"ש ועיין בש"ע ח"מ סי' קס"ט ס"א וס"ב ואכמ"ל בזה: אמנם זהו דוקא אם אלו השוכרים הדרים בחצר האלמנה הם רבים במנין הנפשות יותר מן המוכרים הראשו' שהם בעלים הראשונים לחצר זו שהיו שואבים מים מהחצר אשר כנגדם אך אם הם במנין הנפשות שוים להם ודאי דזכו גם השוכרים הנ"ל לשאוב מים גם מאותו חצר שכנגדם כבעלת החצר עצמה דמה מפר ראשון לב' וכו' והדברים פשוטים: הנלע"ד כתבתי להלכ' ולא למעשה כי אם להפך בזכות האלמנה והיתו' הבנים בניה אכן אם יסכימו עמי חבירי מע' ח"ור מח"ת יע"א יצ"ו גם למעשה מ"ט ומין ואף ידי תכון עמהם ובלבד שיטהרו לבם לב טהור ולא יהיה להם שום פניה של שנאה ח"ו לא עמי ולא עם האלמנה ובניה ושלא והיו נוגעים בדבר כלל ואפי' אהבת הנצחון לא יתנוה אל לבם כלל כ"א יכוונו לבם לש"ש והלא אב אחד לכולנו ואל אחד בראנו לכבודו ואין דבר חוצץ בינינו זה כלל בעז"ה והנה נודע כי אהבה החברים. הוא תועלת גדול לכל ישראל וצריכה רבה גם להסכמת פס"ד איש לרעהו דאם יהיה ביניהם איזו פניה ושנאה ודאי שלא יסכימו זע"ז כלל וכמה צ גדולים דברי חכמים אשר הגידו דאוהב ושונא פסו' לדין וה' אלהים יעזרנו ע"ד כ"ש ויטע בלבנו אהבתו ויראתו ויסודו ויטע בינינו אהבה ואחוה שלום ורעות ויסלק ש"ח מבינינו ויצילנו משגיאות וימ"ן ויזכנו לכוין לאמיתה ש"ת ולא נכשל בד"הל לע"ל כיר"א. הלכ"ד עבד נרצע לעבודת ה' וליראתו ולכל יודעי דת ודין מתאבק בעפר רגליהם ושותה בצמא את דדבריהם זעירא דמן חברייא והוא: הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ע:

וזאת היתה תשו' מעלת חכמי ורבני עירנו יע"א ג' המה נפלאו ממני ואת שמם לא הגידו יצ"ו לע"ל ביר"א על תשובתי הנ"ל וכה היו דבריהם אלה אלי וז"ל הצל"ע:

והנה פתח דבריו יאיר כתוב למ"ר דא"כ מדהשמיט מרן וכו' דאפי' אם היה דר וכו' ואחהמ"ר דמדברי מרן ז"ל בב"י שהביא דברי הנמק"י י"ל שהאח' פליגי על רשב"ם וכו' אינו במשמע שאפי' היה המערער משתמש יחד עם המחזיק עכ"ז עלתה לו חזקה למחזיק וכו' דאדרבה הרואה יר' בד' הנ"י ז"ל דמדקדק בדבריו דלא פליגי האח' עליה דרשב"ם ז"ל וס"ל דמהניא ליה חזקה אלא היכא דהמערער לא י"ל שום תשמיש בחצר ובבתים כי אם מדרך כ"ר הוא דפליגי אבל כל שמשתמש המערער עם המחזיק בזה לפ' האח' ז"ל שכתב וז"ל שהאח' לא הסכימו לפי' רשב"ם דכיון שהיה דר בפ"ע מהניא ליה חזקה עכ"ל מוכח שפיר מזה הא אם היה המערער משתמש עם המחזיק יחד מודו האח' ז"ל דלא מהניא ליה חזקתיה למחזיק וכמ"ש כן הרב ב"ח בתשו' סי' ז' והב"ד סי' מ"ב

והדב"מ סי' ל"א ועוד דמבין ריסי עיני רו"ס כת"ר נראה דמדהביא מרן בב"י דברי הנמק"י מוכח דאיהו ז"ל ג"כ שר המסכים לס' האח' ז"ל גם בזה אחהמ"ר ראיה זו איני מכיר שהרי מרן ז"ל כן דרכו דרך הק' לקבץ ס' הפוס' ז"ל וא"א להכי גם אנן נמי נימא דמדהביא דברי הרא"ש שכ' וז"ל אבל הרא"ש וכו' נוכל לומר דס"ל כוותיה היינו בהעברת דרך בלחוד אבל בתשמיש ס"ל דמבטלת החזקה:

ומ"ש עוד מע' הרב הפוס' נר"ו דמדהשמיט מרן דינא דרשב"ם והטור משמע דס"ל למר דלאו בפי' הסוגיא לבד פליגי כי אם גם בעיקר הדין וא"כ וכו' גם זה אינה הוכחה כלל די"ל דס"ל למרן שהרי"ף והרמב"ם פליגי עם רשב"ם דוקא בעיקר דינו וס"ל דבהעברת דרך לבד אינה עוקרת החזקה אכן אם היו משתמשים יחד אזי ל"מ החזקה כלל ול"פ עליו בזה וכמ"ש הרבה מהפוס' בדעת הרי"ף והרמב"ם ומאי דלא הביא מרן בשה"ט דאם היו משתמשים יחדן דלא עלל"ח הוא משום שסמך אסט"ו היה מחזיק וכו' וכמ"ש הרב בהה"א ח"ב סי' ו' בשם מהרי"ז ז"ל ד"כ ע"ד הר"מ ומהרמ"א ז"ל וז"ל ובשה"ט מרן העתיק דברי הרמב"ם ז"ל עכ"ד ובודאי דכוונתו לו' דגם מרן ז"ל ס"ל כמהרמ"א בדינו דאם היו משתמשים ביחד דלעל"ח כיון דאינו מקום מסוים וכ"כ ג"כ הרב כפי אהרן נר"ו מדידיה וכתב ששוב ראה כן להרב מהרי"ז ז"ל הנ"ל דאחר שהביא דבריו כתב וז"ל וד"ל דמוכח מזה דגם מרן ז"ל ס"ל כמהרמ"א בדינו דלא עלתה לו חזקה למחזיק בתשמישי החצר של חבירו אם אינו מקום מסוים וכנז"ל ע"כ גם. הרב צדק ומשפט נ"רו בדע"ד ע"ג כ"ב דאחר דשקו"ט בדין זה דאם היו משתמשים ביחד דלא עלל"ח וסיים ע"ז וכתב וז"ל ודין זה כבר כתבו ופסקו מרן בסה"ק בסי' ק"מ סטו' וזה עוד טעם למה שלא פסק מרן הדין היוצא מהתלמיד לפי פי' רשב"ם וכו' יעו"ש ומעתה מ"ש מ"ע הרב הפו' ג"רו בכלל דבריו שהרב צו"מ נ"רו הנ"ל כ"כ להדיא ב"ד מרן דס"ל דפליגי הריף' והר"מ ז"ל מן הק' אל הק' עם רשב"ם והביא דבריו שכתב וז"ל ואע"ג דהפוס' האח' דבמח' הוא שנוי כמ"ש הנח"ב וכו' וס"ל להחולקים דהריף' והרמב"ם ודע"י פליגי עם רשב"ם מן הק' אל הק' ודאינהו ס"ל דאע"ג דמשתמשים יחד מהני חזקה ולדעתם ס"ל בעד מרן בפשי' כמ"ש הסמ"ע והכנה"ג ז"ל דס"ל דפליגי וכו' עכ"ל ואחרמ"ר ה"א לא שמא מתיא דמ"ש כן הרב צו"מ נ"רו הוא דוקא לדעת החולקים וס"ל דהריף' והר"מ ז"ל פליגי עליה דרשב"ם מן הק' אל הק' ע"ז כתב ולדעתם וכו' אמנם לד' מהרמ"א ודע"י דס"ל דהריף' והר"מ ל"פ עליה דרשב"ם ז"ל ודאי דצ"ל לדעתם דגם מרן הכי ס"ל וכמ"ש הרב צו"מ נ"רו בפשי' בתחי"ד דמרן ז"ל כן ס"ל ודין זה כבר פסקו בסט"ו כנ"ל וליכא ליחוסי ס' הרב צו"מ

נ"רו דס"ל הוא ב"ד מרן דס"ל דהריף' והר"מ פליגי עם השב"ם מן ה"ק אל ה"ק והוא ז"ל אזיל בסברתם. ופסק כוותייהו כמ"ש מ"ע הרב הפו' נ"רו בכמה פעמים בתשו' ועיקר מטרין שלו מדברי הא"ח ז"ל הנ"ל דמ"ש כן הוא אליבא דהחולקים וכמבואר בד"ק כנ"ל ומהתימה על הרב הפו' נ"רו שנסתייע ונסמך מסו"ד הרב צו"מ נ"רו שאחר האמת הוא סיוע שאין בו ממש ותחי' דבריו שכ' בפשי' שזהו דעת מרן השליך ארצה ולא רגל על לשונו כלל: גם מ"ש עוד שכ"כ הרב מ"מ ז"ל בח"א סי' ס"א ב"ד מרן יעו"ש הרואה יראה שלא דיבר שם הרב. מ"א ז"ל ב"ד מרן ז"ל אי ס"ל דהריף' והר"מ חולקים על רשב"ם או לא שכתב שם וז"ל וכתב מרן וכו' וכוונתו היינו מ"ש מרן בשם הנמק"י וא"כ מאין לנו לומר שהרב מ"מ ז"ל הוא מדבר בדעת מרן כמ"ש הרב הפו' נ"רו דס"ל שחולקים דליכא הוכחה מדבריו כלל. גם דברי הכנה"ג בסי' ק"ם הגב"י אות חי' נוטים יותר לומר והוא העיקר דפ"י ד"ק ש"כ דמ"ד המ"ח נ"ר דפליגי וכו' דר"ל דפליגי דוקא בעיקר דיני דרשב"ם דהיינו בהעברת דרך לבד משא"כ אם היו משתמשים יחד בהא לא ס"ל דפליגי וכמו שכן מדוקדק בדבריו שאחר דברי מהרש"ך שבסי' קל"א כתב וכ"ן מ"ד המ"ח וכו' והיינו דר"ל דס"ל למרן כס' מהרש"ך וכמש"כ הרב כפי אהרן בדק"לב ע"ג וכמש"ל ב"ד הנ"י ז"ל:

ומ"ש הרב הפו' נר"ו דלדעתו גם מור"ם ז"ל ס"ל דפליגי וכו' הנה מלבד דאיהו נר"ו חזר בו מכח דברי הכנ"הג עוד בה אומר דליכא לאוכוחי כלל מד' מור"ם ז"ל דפליגי מדכתב הדין ההוא בשם י"א כמ"ה ה"ה יצ"ו דמלתא דפשי' היא וימ"ש בשם י"א הוא משום שרוצה להביא אח"כ סברת מהר"מ שהביא במ"ר דבעי' שיהיה נדחה וכו' וכתבה בל' וי"א לזה כתב בתחי' בלשון וי"א ולעולם ס"ל בפשי' דלענין דינא הרי"ף והר"מ לא פליגי עליה דרשב"ם ולכן כאן בסי' ק"ס הביא הדין היוצא לפי רשב"ם ובסי' קמ"ו לא השיג ע"ד מרן כלל דלענין דינא ליכא פלוגתא ביניהם כלל:

ומ"ש עוד דמהרמ"ג פליג ע"ד מהרמ"א והביאו הכנ"הג וכו' הרואה יראה דזו אינה משלנו וליכא ראיה מדבריו כלל לנ"ד דהן אמת דפליגי מהרמ"ג ומהרמ"א ז"ל וכמ"ש הכנ"הג ה"ד לעיקר הדין החוקה דמהרמ"א ס"ל דחזקת ג"ש צ"ל ג"ש ביום ובלילה תמיד אזי הוי חזקה ומהרמ"ג ז"ל פליג עליה וס"ל דהחזקה אצ"ל ג"ש ביום ובלילה כ"א כפי תשמישו וכמ"ש הכנ"הג אות ר"ט אמנם לענין דינא דאם היו משתמשים יחד לא דיבר בזה מהרמ"ג כלל ונוכ"ל דמודה למהרמ"א בהא דלא מהניא ליה החזקה כלל ונדון שאלתו דמהרמ"ג לא היו משתמשים ביחד ולכן לא דיבר בזה כלל ונדונו לאו היינו נדון מהרמ"א ממש כאשר הבין הוא יצ"ו דמריהטת לשונם המובא בשאלה מוכח שאין

כן האמת וכל אחד לבדו כיעו"ש ומשו"ה הכנ"הג באות רי"ב כשהביא דברי מהרמ"א דס"ל דאם היו משתמשים ביחד לא עלל"ח לא כתב עליו דמהרמ"ג פליג כמ"ש באות ר"ט משום דבזה לא דיבר מהרמ"ג ואפשר דבזה ס"ל למהרמ"ג כמהרמ"א דהיכא דהם משתמשים יחד לא עלל"ח ול"פ עליה כי אם בעיקר חזקת ג"ש דלא בעי' ביום ובלילה וכנ"ל:

ומ"ש עוד דהרב עדב"י והרת"ח ז"ל דחו דברי מהרמ"א וכו' מי לא ידע בכל אלה דכאן נמצאו וכאן היו הרבה מהפוס' דפליגי על מהרמ"א ודעי' וע"ל דהרי"ף והר"מ הם פליגי עליה דרשב"ם גם בענין הדין ולסברתם נוכ"ל דגם מרן בשיטת הרי"ף והר"מ אזיל ופליג ארשב"ם עכ"ז מה יושיענו זה לנ"ד דמצינו אלפי ישראל הם נצבו כמו נד מערכה לקראת מערכה ורבים אשר אתנו ה"ה מהרמ"א ומהרש"ך ומהרימ"ט והרח"ש והב"ד ומהרי"ז דס"ל דהרי"ף והר"מ מודים לרשב"ם דהיכ' דהם משתמשים יחד לא עלל"ח ולדידהו צ"ל ולהסכים ס' מרן לסברתם דכן ס"ל בד' הרי"ף והר"מ וכן ס"ל לדינא דאם היו משתמשים יחד לא עלל"ח ומאי דהשמיט האי דינא הוא משום שסמך אסט"ו וכמש"ל בשם הפוס' הנ"ל א"כ נמצא דמידי פלוגתא לא נפקא ומעתה מאן ספין ומ"ר ומי יכניס ראשו בסלע המח' להוציא מתח"י הבעלים ובפרט כעין נ"ד שהמוחזק בקרקע הוא מ"ק ומי שבא להוציא ולזכות הוא יושב בחוץ בודאי הגמור דמה שבאים בני החצר הקטנה להוציא מיד בני החצר הגדו' מחמת חזקה ידם על התחתו' והעלו חרס בידם והוא פשוט וברורי: עו"כ מני"ר וז"ל והגם שהרב מהרימ"ט וכו' גם בזה אתה תחזה להב"ח ולהרב מט"א ז"ל דאין לחלק כלל בתשמישים וביאר הדבר יותר הרב"ח ז"ל שם וז"ל ואין לחלק ולומר דבנ"ד וכו' יעו"ש. עו"כ וז"ל גם הראיה דמייתי מהרמ"א וכו' כבר מלתנו אמורה דהגם דמצינו לה' מ"מ שדחה דברי מהרמ"א וגם שימצאו פוס' אחרים כמוהו עכ"ז כיון דיש פוס' מהרמ"א ודעי' שהם מסייעים למוחזק ולפי"ד יוצא דגם מרן הכי ס"ל א"כ מי יוכל להוציא דבר מחזקתו מיד הבעלים:

ומ"ש עוד דאשינויי דחיקי ליה סמכינן וכו' עמו הס"ר דמאחר שהראשונים ז"ל שטובה צפורנן וכו' הם סברו וקבלו להאי דינא דהיכא דמשתמשים יחד לא עלל"ח ומה שק' עליהם ממ"א כבר ישבו אותם הפוס' ז"ל הלא בס' ובודאי הגמור דאליבא דידהו גם מרן ז"ל שר המסכים בזה כמהרמ"א ודעי' מעתה מי שם פה לאדם לומר דמי מכריחנו לסמוך נפשין וכו' ח"ו ולהוציא מיד המוחזק וכנ"ד דעוד היום המוחזק ידו נטויה לו' קי"ל כמהרמ"א ודעי' דהרי"ף והר"מ לא פליגי על רשב"ם דהיכא דמשתמשים יחד מודו דלא עלל"ח ובודאי הגמור דגם מרן ז"ל דאזיל בסברתייהו ופסק לדינם הכי ס"ל ומאי

דהשמיט האי דינא הוא משום דסמך אסט"ו וכמש"ל ותול"מ ובפרט שכבר השרישונו הפוס' דאף אם המצא ימצא ע"ד איזה פוסק איזה קושיא לא מפני זה יעקר דינו. לגמרי לשלא יוכ"ל המוחזק קי"ל כוותיה בהצטרפות אחר עמו שכל קושיא י"ל תי' וממילא א"צ להאריך עוד במ"ש רו"ם כת"ר ובפרט משה"ק עוד הרב מ"מ וכו' ע"כ וה"ה כמבואר: עו"כ מ"מ ד"ה נר"ו וז"ל גם כפי תי' הב"ח וכו' ע כ גם בזה אחהמ"ר דבריו הם דחוקי' טובא דהרואה שם בד' הב"ח ז"ל דלא זכר כלל האי דמוק' ארעא בחמ"ק ואדרבא המעיין שם יראה דהב"ח ז"ל רצה להסכים דינו גם אליבא דהחולקים על רשב"ם והוא מט' שהיו משתמשים ביחד בכל התשמישים ומודים הם בזה וכמ"ש כן בפי' ע"ד הנ"י וז"ל מ"מ מבואר וכו' יע"ש וע"ז הסכים בסו"ד דלד"ה אין חזקתו חזקה מטע"ז יעש"ב וכיון שהסכים דינו אליבא דהנ"י דפליג על רשב"ם ומטע"ז דמודה להיכא שמשתמשים יחד בודאי הגמור דס"ל למר שנאמר כן אליבא דהרי"ף והר"מ וכמ"ש מהרמ"א ומהרימ"ט דאף החול' על רשב"ם יודו היכא דהיו משתמשים יחד דלעל"ח וכמ"ש הב"ד והרב"ע ז"ל בדעתו ולא מט' אוקי ארעא בחמ"ק כמ"ש הוא יצ"ו דלא העלה אותו בזכרונו ט"ז כלל: עוד הביא רו"מ כת"ר סניף לנ"ד חילוק מה"ש הלוי ז"ל ומ"ש עליו הרב ב"ד ז"ל והרואה יראה דהאי גוונא דנ"ד לא דמי לנדון הב"ד כלל דהתם בנ"ד הב"ד ז"ל היא שאם יהיה האופן שהיה משתמש ומחזיק במקום מיוחד הוא לבדו ובע"הב שבצידו לא היו משתמשים באותו צד כלל וע"ז כתב דבכה"ג הוי חזקה גם לרשב"ם ז"ל והביא דברי מהר"ש הלוי ז"ל דחי' כן בד' רשב"ם משא"כ בגוונא דנ"ד לא שייך לו' הכי דהרי שניהם משתמשים במ"א וא"כ ליכא ראיה מד' מהרש"ל והב"ד הנ"ל כלל. ומ"ש עוד כיון שאין אחד נדחה מפני חבירו וכו' והרואה יראה דנדון הרב ת"ח היה בכלל תשמישי המחזיק הוא בבור ובשוקת וכב"ה וכו' ע"כ מוכח מדבריו דרצה לדמות דברי הב"ד ומהרש"ל לד' הת"ח ז"ל והאמת הוא דל"ד אהדדי כלל אפי' כעוכלא לדנא דדברי הב"ד ומהרש"ל הוא באופן כשאחד משתמש לבדו במקום מיוחד ואין לזרים איתו ודברי הרת"ח הוא באופן שהיו משתמשים במקום אחד אך ורק יצא לחלק מט' דבתשמישים אלו לא שייך למימר בהו היית נדחה כיעו"ש ומה שרוצה להסתייע מד' הרת"ח בחי' הנ"ל לנ"ד שכ' הוא יצ"ו ודון מיניה ואו"ב הא נמי לא אירייא דהמעיין בד' הפוס' ז"ל יראה דלא הסכימו בזה ואדרבא מצאנו ראינו להב"ח בתשו' הנז' שכתב הפך זה יע"ש ועיין ג"כ בס' מט"א סי"א ד"ה גם את הב' יע"ש גם מ"ש עוד וז"ל ובפרט לפי החילוק האחר וכו' ע"כ לזה נאמר דהאמת הוא דאנן נמי אפושי פל פלוגתא ל"מ וכמ"ש הוא יצ"ו אכן מאחר דמצינו ראינו לגאוני בתראי הב"ח ומהרמ"א ודעי' דנ"ד הוא דהמחזיק החזיק בכל מאי דהיה

יכול להחזיק ועכ"ז כת' דמכיון שהיו משתמשים יחד לעל"ח ויחסו ס' זו להרי"ף והר"מ דמודו הם לרשב"ם היכא דהיו מש"ת וכו' דלסברתם ז"ל גם מרן דאזיל בס' הרי"פ והר"מ כן ס"ל מעתה מה נענה אנן אבתרייהו לו' דאפושי פלו' ל"מ ולהוציא מיד המוחזק והם בעלים הא' כגוונא דנ"ד מאחר דאית להו הני אשלי רברבי למסמך עלייהו ולו' קי"ל כוותייהו ותל"מ: ומ"ש עוד רו"מ כת"ר סניף לנ"ד חי' מהרש"ל כששניהם לוקחים וכו' גם לזה אימא דמאחר דכבר הוכחנו לעיל והארכנו בזה דכמה מ פו' דס"ל דהריף והר"מ לא פליגי וגם מרן אזיל בס' לדינא ומאי דהשמיט האי דינא משום דסמך אסט"ו וכנז"ל מעתה א"צ להאריך בזה וא"כ תו לא אהני לן האי סניף לנ"ד כלל כי כבר נדחה קרו ליה והוא ברור ולקמן בס"ד נאריך בפרט זה:

עו"כ רו"מ ורצה להביא סניף לנ"ד ס' הכנה"ג דהמחזיק הוא המוחזק וכו' יעש"ב והנה מלבד דמשה"ק על מהרא"ק והדב"מ ז"ל מכח הסברא ומ"ד מהרש"י ז"ל הרואה י"ר דאין שום תפיסה עליהם מזה כלל דמשה"ק דמנ"ל לו' שהכנה"ג לד' מהריב"ל כ"כ וליה לא ס"ל וכו' י"ל דה"ט משום דהרבנים הנ"ל רצו להסכים דעת הכנה"ג עם דעת רוב הפוס' ז"ל מכיון שאין הכרח בדבריו דמ"ש כן בסתם הוא משום דכן דרכו לכתוב ס' הפוס' ומה שעולה לפי דבריהם בסתמא א"עג דאיהו לא סל"ה ומ"ש מ"ד מהרש"י שהביא הכנה"ג דבריו יצ"ו מן המתמיהין דמה הוכחה יש בד' הכנה"ג הנז' יותר מדבריו שבב"י אות חי' לומר שמוכח בהדיא שכן ס"ל להכנה"ג ואדרבא המעיין יראה שמדבריו שבהגב"י הנ"ל יש ס' יותר לו' שכ ס"ל מאחר דשם יצא לחלק ועכ"ז מאחר שמצאו רוב הפוס' ז"ל דס"ל דמ"ק הוא המוחזק וכדי להסכים דעתו עם דעת רוב הפוס' כתבו שמ"ש כן הוא ל"ד מהריב"ל וליה לא סל"ה מכ"ש י"ל דמ"ש בהגהט"ו אות י"ד בשם מהרש"י ליה לא סל"ה: ושו"ר להרב לב מבין בדקמ"ה דשקו"ט בהאי ענינא אי אמרי' קרקע בחב"ע או בחזקת המחזיק ובדהנ"ז ע"ג כתב וז"ל ויותר מזה ראיתי לה' מהרש"פ וכו' דהכנה"ג הביא משם מהרש"י וכו' וגם הכנה"ג נראה מסכים עמו לדינא מדלא כתב עליו כלום וכו' יע"ש וכשאני לעצמי אחהמ"ר אמינא דאין זה הכרח כלל לו' דהכנ"הג יסבור כן וכו' ויגדל התימה דאיך אפ"ל דהס"ל למרן החבי"ב מאחר דבסי' רכ"ז הביא אמבוהא דרבנן דס"ל אוקי ארעא בחמ"ק ואיך אפ' דס"ל כמהרשי' ואצ"ל לפמ"ש בתשו' דאייתינא לעיל דס' מהרשי' היא יחידית הדבר ברור לן דלא ס"ל למרן החבי"ב ז"ל כוותיה וכו' עכ"ל יעש"ב:

עוד בה הדבר ק' יותר במ"ש כת"ר דאמ"ל דרבים אשר איתנו דס"ל דבפלו' דרבוותא ל"א קב"ח בע אלא כל המחזיק בה ידו עה"ע ודון מינה ואו"ב ע"כ דמה ענין שמיטה אצל ה"ס דאין לדמות נ"ד לשם כלל וגבה טורא בינייהו דנ"ד המק' הוא המוחזק בקרקע והבא

מכח חזקה הוא מבחוץ ולכ"ע המק' שהוא מוחזק בקרקע בנ"ד יודו דידו עה"ע וליכא ראיה לנ"ד כלל אדרבא סייעתא איתא לדידן ולית דין צריך בשש:

שו"ר דגם מני"ר יצ"ו נתעורר ע"ז וכתב הן אמת דמצ"ל דל"ד כל כה"ג דנ"ד למ"ש מהרש"י וכו' ושוב דחה זה מכח דברי הרב מש"הר ככתוב בד"ק יצ"ו ותם אני לא אדע דמריה"טא דלישנא בתחי' דבריו וגם ממה שנסתייע מד' המש"הר ז"ל ודחה החי' הנ"ל מוכח שהבין דהכנ"הג שכ' בשם מהרש"י היינו לומר שגם דמ"ק הוא עומד ומוחזק בבית עכ"ז מפקי' מידו ושכן הבין הרב מש"הר ולכן הביא דברי המרש"י ז"ל דמוק' ארעא ביד המחזיק ואלו ההיא שכ' הכנ"הג בב"י אות ח"י לא הביאה כלל ואני או' ח"ו ליחס ס' זו להמהרש"י ולמש"הר ז"ל שיבין בדבריו כן והמהרש"י לא דיבר כי אם היכא. שהמוחזק הוא יושב בבית והמערער בחוץ בהא קמ"לן דאף דקי"ל בעלמא קרקע בחב"ע היכא דאיכא פלו' דרבוותא ל"א הכי אלא המחזיק בה ידו עה"ע ובנ"ד תרתי איתנהו מק' וגם הוא מוחזק בה ובזה יודו כ"ע וכנ"ל ופשוט:

עוד תמה כת"ר ע"ד הרב מש"הר דאמאי חזר בו וכו' ואנן אחהמ"ר לא ידענא מאי רמי ומק' עליה דהן אמת דבתחי' עלה בדעתו לומר דמדהשמיט מרן האי דינא דס"ל דפליגי וס"ל דעלת' לו חזקה למחזיק הגם שהיו משתמשים יחד אמנם מאחר דהביט וראה דגאוני בתראי ס"ל דהרי"ף והר"מ מודים לרשב"ם היכא שהיו משת' יחד דלא על"ח ויש שדייקו כן מד' הרמב"ם שכ' מקום מסוים וכו' א"כ בודאי הגמור שגם מרן ז"ל שפסק להאי דינא בסט"ו הכי ס"ל לדינא וסמך ממ"ש בסט"ו וכנז"ל ולכן הסכימה דעתו לר"ל דמאחר דאיכא פלו"ד מוק' ארעא בחזמ"ק ול"מ החזקה והיינו מ"ט דמרן ז"ל לא נתבאר דעתו בבירור כמאן ס"ל לדינא והדר דינא דמידי פלוגתא ל"ז ומוק' ארעא בחזמ"ק:

ומ"ש כיון שמרן לא הביא דברי הרמב"ן בב"י וגם בש"ע השמיטו מוכרח דלא ס"ל כוותיה וכו' הנה במ"ש כבר נתבאר דבב"י הביא דברי הנמק"י דהם עולים בקנה אחד עם דברי הרמב"ן וכמש"ל בשם הב ת וש"פ ז"ל ומאי דהשמיט בשה"ט כבר כתבנו דלפי הפוס' דס"ל דלא פליגי הרי"ף והר"מ ארשב"ם ז"ל היכא דהוו משתמשים ביחד ומודים דרבנן דלא עלתה חזקה למחזיק בודאי הגמור שגם מרן ז"ל דאזיל בסברתייהו כצ"ל דהכי ס"ל לדינא וליכא ממאי דהשמיט וכו' וכנז"ל וה"ה כמבואר:

עוד ראיתי לי להה"ה נר"ו שהביא מ"ש הרב כפי אהרן נר"ו דקל"ב ע"ג ותמה עליו וכו' וכל לגבי דידן הגם שהאמת אתו במש"הק עליו שלא ראה דברי הכנ"הג שבהגהט"ו אות רי"ב מ"מ כמ"ש עוד הרב כפי אהרן נר"ו בתר הכי עפי"ד הב"ד והדב"מ וכו' ופי' כן בד'

הכנ"הג והכריח כן בד' מרן ואסיק להל' עפי"ז בנ"ד דל"מ חזקת המחזיקים הוא ברור וכבר הוא מבואר במש"ל ואצ"ל עוד בזה:

ומ"ש עוד ה"ה נר"ו וז"ל וע"ע להרב כפי אהרן וכו' עיינתי היטב וכו' אף אנן נמי נימא דכן הוא האמת שגם אנן בעניותין מהמקו' שציינם הרב בפ"א נר"ו לא מצאנו מקום מהם לדחות חי' מהרש"ל הנ"ל ואדרבא מהמקו' הנ"ל היה נראה די"ל ראיה וסייעתא לדברי מהרש"ל דאנן טענינן ללוקח הבא מכח חזק' כנגד לוקח המערער דכמ"ש הטור בסי' ק"ח ס"ד וי"ט ופסקו מרן בשה"ט שם ס"א דטענינן ליורש כנגד יורש בודאי הגמור שכן ה"ה דטענינן ללוקח כנגד לוקח ועיין בכנ"הג סי' קנ"ג שציין הוא נר"ו וכמו שכן מבואר בפי' בתשו' מרן ז"ל באבק"ר בסוד"ק יע"ש וא"כ כפי"ז היה יוצא סייעתא לד' מהרש"ל בנ"ד דטוענין ללוקח כנגד לוקח דכמ"ש הטור ומרן שם דטוענין ליורש כנגד יורש להחזיק הממון ביד שהוא בידו וכמ"ש הטור שם סי"ט בשם הראב"ד ז"ל יע"ש וגם מ"ש מרן בתשו' הנז' דטוענין ללוקח וכו' היינו מאחר שהם שכנים בחצר ובעל ביתו הא' היה עושה מלאכה זו ולא מיחו בידו השכנים ואח"כ קנה הוא או ירש ביתם ועושה המלאכה ההיא בעצמ' טענינן ציה אנן שמא בעל ביתו הא' קנה מיד שכניו וכו' מאחר דהבא מכח חזקה הוא דר ומוחזק בחצר ההוא ועושה המלאכה ההיא וכדי שלא להוציאו מחזקתו שהיה בידו טעני' ליה דקי"ל טעני' ליורש וללוקח והט' משום דאחזוקי ממונא היכא דקאי עדיף טפי וכמ"ש הטור ומרן שם בסי' ק"ח וכנ"ל כן ה"ה בנ"ד דמהרש"ל ז"ל דהבא מכח חזקה שהוא דר ומוחזק בחצר ההוא וחבירו כדי להוציאו מחזקתו מכח ס' רשב"ם ז"ל ע"ז כתב הרב ז"ל דלאו כ"כ לפי' רשב"ם שאני התם שהבא לערער על החזקה הוא בע"הב עצמו עם המחזיק אבל הכא בנ"ד אינו אלא לוקח וכו' יע"ש א"כ מה שגמגם הרב כפי אהרן נר"ו ע"ד מהרש"ל מד' הטור ומרן בסי' ק"ח והכנ"הג סי' קנ"ג וכתב עציו מע' ה"ה נר"ו דעיין היטב בהם ולא מצא מקום מהם לדחות חי' של מהרש"ל וכו' אדרבא לענד"ן דיש להבא סייעת' משם לדברי מהרש"ל ז"ל וגם מתשו' מרן הנ"ל כנ"ל. אמנם הב"ד בסי' מ"ה והדב"מ ומהרא"ק הו"ד במטה אשר שדו ביה נרגא בחי' מהרש"ל הנ"ל דהן אמת דטענינן ליורש וללוקח לאוקומי ממונא היכא דקאי הגם שיהיה יורש ולוקח כנגד יורש ולוקח מ"מ ה"ד היכא דאם היה טוען אותה הטענה המוכר והמוריש לא היה צריך להביא שטר ועדים ע"ז אזי גם אנן טעני' ללוקח וכו' משא"כ היכא שהמוכר או המוריש היו צריכים להביא עדים וראיה גם אנן לא טענינן ליורש ולוקח דידהו מאי דלא מצי המוכר לטעון יעשד"ב ועיין להרב נדיב לב ז"ל ח"מ סי' ז"ך שהאריך הרחיב בענין זה ושם בדמ"ט ע"ב כתב דאין מי שיסבור דלהוציא מיד אחרים דכגו"ד היה צריך

אביהם עדים וראיה דטעני' ליורש ולוקח וע"ש בע"ד כתב וז"ל המורם מכל האמור דכל היכא דל"מ חזקתו למוריש ולמוכר דלזכות באותו דבר היה צריך ראיה ועדים לא טעני' ליורש ולוקח וכו' עש"ב והביא ד"ק הרב כפי אהרן נר"ו בדקל"ב ע"כ ומיניה למד ש לנ"ד יעש"ב:

ועם כי יש פתחון פה לבע"ד לומר דמההיא תשו' אבק"ר נראה הפך זה דמוכח משם דס"ל דאף היכא דאי הוה טעין המוכר או המוריש הוה צריך להביא ראיה עכ"ז טענינן אנן ללוקח ויורש שהרי התם בכלל הנזקין דנ"ד הוא קוטרא דלית ליה חזקה בטענה לבד כי אם עד שיביא ראיה לדבריו כידוע ואפי"ה כתב שם דאף אי לא טעין אכן טע"ל וכו' יע"ש הרי מ"ש דס"ל למרן ז"ל בתשו' הנ"ל דגם במקום דאי הוה טעין המוריש או המוכר הוה בעי לאתויי ראיה עכ"ז טע"ל ליורש ולוקח וזהו הפך מ"ש הרב נדיב לב ז"ל דכל היכא דל"מ חזקתו דמוריש או מוכר דלזכות באותו דבר היה צריך ראיה ועדים לא טעני' ליורש ולוקח דידהו והכריח כן מד' מרן ז"ל והפוס' קמאי ובתראי כיעו"ש:

הנה הגם דמוכח מד' מרן שבתשו' הנ"ל דגם בדבר שאם היה טוען המוכר או המוריש היה צריך דאיה עכ"ז טענינן ללוקח וליורש וא"כ נפ"מ לנ"ד דבני החצר הקטנה זכו בדינם ליכנס בחצר הגדו' לשאוב מים מאצלם דאנן טענינן להו שמא המוכר והמוריש קנה מבני החצר הגדול' או. שמחלו להם בקנין. מ"מ עדיין יש זכות תולה לבני חצר הגדו' לעכב על ידם מליקח מאכלם והיינו דמלבד דכבר ידוע מח' הפוס' האח' ז"ל אי קבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל גם במ"ש בתשו' או לא עיין בשער המים ובחק"ל מ"ב ח"מ ובס' גנזי חיים ובס' רב ברכות ובס' פני יצחק למע' ה"ה נר"ו וא"כ עדיין יכול המוחזק לומר קי"ל נגד מ"ש מרן בתשו' כיון דבמח' היא שנויה וכנז"ל עוד בה דדבר זה דלא טענינן ליורש וללוקח היכא דהמוריש והמוכר הוה בעו ראיה ועדים שורשו פתוח מים התלמוד בבתרא פ"ח דב"ן דאמרי' שם אחד מן האחין וכו' מתקיף לה וכו' ופסקוהו הרי"ף והרא"ש והרמב"ם והטור ומרן ז"ל בסי' קל"ג להא דרבא דאפיק זוגא דסרבלא מיתמי והתם הויא רבותא יותר דאפיק מיד היתמי והיינו מט' דגם אבוהון לא הוה מהימן בדבריו בלא ראיה ועדים שכ"ז הוא מבואר בספרים באה"ט ובנ"ד דטעמא דהיו משתמשים יחד ל"מ חזקה הוא מט' דאמרי' בתורת שאלה וג"ח ומאהבת השכנים לא הקפידו זע"ז הוי דומיא ממש למ"ש מרן בסי' קל"ג הנ"ל א"כ מעתה לא שבקינן דברי מרן דהובאו בפשיטות בשה"ט להלכה אליבא דהפוס' ז"ל מקמי דבריו שבתשו' הנ"ל שאינם מבוארים בפי' שנראה מהם דס"ל. דטענינן וכו' ובודאי שכדבריו הנ"ל בש"ע בפי' פסקינן להלכה דלא טענינן ליורש וללוקח מידי דלא מצי המוריש והמוכר למטען

בלא עדים ובלא ראיה. ומה גם שאם אנו מפרשים דברי מרן שבתשו' הנ"ל שחוזרים דבריו גם על ענין היזק עשן שנמשך מהמלאכה ההיא וע"ז ג"כ קאמר דטענינן ליורש וכו' א"כ יוצא דדבריו הם נגד פשיטות הש"ס בפ' לא יחפור בסוגיא ההיא שציין עלה הוא ז"ל דמבוא' שם בפי' דבקוטרא דאין מועיל לו חזקה לא טענינן ליורש וכמ"ש מהריב"ל הוב"ד בס' נד"ל ח"ב סימן כ"ז בד"ן ע"א ונח"ב ח"א ינח"כ סי' ב' דס"ז ע"ב ומאי דנראה מדברי מרן בש"ע סי' ס"ב בדין אחד מן האחים וכו' דטענינן ליורש וללוקח בכל גוונא גם במאי דהוה אבוהון בעי ראיה כבר בא לכלל ישוב בטוט"ו והאריך הרחיב ה' כמהרד"ח ז"ל בס"ה נד"ל שם שכ' שהחי' מבורר בין שני הדיני' והאריך הרבה בדברי כל הפוס' שביארו בענין זה ומדברי כולם למד וכללא כייל דלא טעני' ליורש וכו' מאי דלא מצי אבוהון וכו' ומסכים דעת מרן לדבריהם של הפוס' ז"ל עש"ב ועיין בס' כפי אהרן נר"ו שכ"כ בשמו ע"ש בדקל"ב ועיין ג"כ בס' כנ"הג סי' קמ"ו הגהט"ו אות כ"ז ומ"ב ש"כ בשם מהרש"ך ח"ב סי' הל"ב דהא דטענינן ללוקח וכו' ה"ד כשחזקת המוכר מהניא כנגד המערער וכו' יע"ש וא"כ בנ"ד מאחר דטענת המוכר והמוריש ל"מ כ"א עד שיביא ראיה ועדים גם ליורש וללוקח לא טעני' להו. ואעיקרא בנ"ד מאחר דהיורשי' והלוקחים עומדים בחוץ ממש ובאים להוציא מתח"י הבעלים בודאי דלא טעני' להו שמא מכר או נתן וכו' וכמ"ש הכנ"הג בסי' קמ"ו הגב"י אות מ"ג דהא דטענינן ללוקח דוקא כשהלוקח מחזיק בקרקע והמערער בחוץ אבל היכא שהמערער דר בבית וא' בא מבחוץ ואומ' אני רוצ' להחזי' בביתך שאת' בו מכח שקניתיו מפלוני שראיתיו משתמש בביתך ג"ש שמא הוא קנאו ובע"הב אומר לא מכרתי ולא נתתי לו ודאי דאלים ודאו של בע"הב מהשמא של הבא מבחוץ וכו' יע"ש ועיין בס' זכות אבות סי' כ"א שכ"כ בטעם ה"ח לבטל החזקה מכח זה דלא טענינן ליורש וללוקח אלא כשהוא המוחזק עתה באותו קרקע אבל כשאין מוחזק בה לא טעני' להו שמא אביהם קנאה והו"ל חזקה וכו' ע"ש ובסוף התשו' כתב בשם מהרא"ק ז"ל וז"ל ודעדיפא מינה דן אנכי בנ"ד שאף אם היה במציאות שגם היורשים היו מוחזקים כיון שאינם יודעים האמת אם קנויה היתה ביד אביהם אם לאו רק שבאים בטענה שמא בכח החזקה מפקינן לה מנייהו ומוק' לה ביד הק"ק וב"כ שהם הבעלים האו וכמפו' בתש"ו הרא"ש כלל צ"ט ע"ש עכ"ל וגם דברי מרן שבתשו' אבק"ר הנ"ל שכתב דטענינן ליורש וכו' נוכל לומר דלא כתב כן כ"א בנ"ד דלא הוי מוציא ממש דמאחר שהיו שכנים בחצר והוא משתמש בשלו כמקדם דלא הוי להוציא ממש ומי שכנגדו הוא רוצה למונעו ע"ז כתב מרן ז"ל דטענינן ליורש דשמא אביו קנה וכו' אפ"י דלא טען איהו הכי משא"כ כגוונא דנ"ד דהוי להוציא ממש מאחר

דהיורשים והלוקח הם עומדים בחוץ ממש ובאים להוציא מתח"י בעלי הקרקע בודאי דלא טעני' להו שמא מכר וכו' וכנ"ל ומה גם בנ"ד בענין שאיבת המים מהבריכה לא קפדי אינשי בהכי כלל ועבידי אינשי בני החצר האחת ליכנס לחצר אחרת ליקח מים מאצלם באין או"ד מאהבת השכנים זל"ז כיון דבלאו"ה הם ניגרים וליכא פסידא להו בזה כלל ועיניך תראינה להכ"ח ולהב"ד וש"פ ז"ל שכת' בענין שאיבת המים דאין דרכם של בנ"א להקפיד ואמרי' בתו' שאלה וג"ח הוא בידייהו ומכ"ש בנ"ד שהם מים הניגרים דלית להו פסידא וכנ"ל דאמרי' בתו' שאלה וג"ח והוי דומה ממש למ"ש מרן בסי' קל"ג בדין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר דלא טענינן להו טענת מכר ומתנה ומפקי' מנייהו גם אם היורשים מוחזקים ומכ"ש בנ"ד דהיורשים הם באים להוציא מתח"י בני החצר האחרת ולשאוב מים מאצלם ושאיבת מים ובפרט כשהיא מבריכה של מים הניגרים דהיא הויא מדברים דלא קפדי אינשי בהכי והויא כדברים העשויין להשאיל וכו' ובודאי הגמור דס"ל למרן ז"ל דלא טענינן להו כלל ואמרי' בתו' שאלה וג"ח הוא בידם ולא בתו' מכר ואינם נאמנים עפי"ד הקל עד שיהיה בידם שטר מכר ומח"י או עדים על ככה והחזקה שלהם ל"מ ול"מ ויכולים בני החצר הגדו' לעכב ביד בני החצר האחרת מליקח מאצלם מים דאמרי' מתחי' לא קפדי והאידנא קפדי וכנ"ל והוא פשוט וברור עו"כ מ"ע ה"ה נר"ו וז"ל ועוד דבנ"ד לדעתי כ"ע יודו דעלתה להם חזקה ואפי' הרב כפי אהרן נר"ו יען וכו' ע"כ לזאת נשיב דמלבד דמי שהגיד לו זה לא דיבר נכונה ועולה ל"ו נמצא בשפתיו דהאמת הוא דבעת שהוצרכו והוציאו הוצאות כנ"ל לא לקחו בני חצר הגדו' מבני החצר הקט' כי אם מועט מן המועט כמעט חלק אחד משמינית ממש דוקא ובפרט כשהוצרכו להוציא כדי לתקן מעבר המים שמהנהר עד שוק היאודים ויתרבו המים לכללות חצרות היאודים בני חצר הגדו' נתנו בהוצאות ההם מ"מ סך אלף גרוש ובני החצר הקט' לא נתנו בהוצאות ההם כי אם קרוב ל"מ גרוש וא"כ הוי סיוע שאין בו ממש עוד בה דהגם דיהיבנא ליה כל דיליה שהיו פורעים עמהם בהוצאות הנ"ל חלק כחלק ממש משא"כ הוא האמת עכ"ז אין ראיה מזה דיש לבני החצר הקט' חלק ואחוזה במים הניגרים הנ"ל והט' דמאחר דבני חצר הגד"ו אינם הם הבעלים ה"א ממש כי אם שהם כולם לוקחים וכשהיו מערערים ומעכבים על בני החצר הקט' שלא ליקח מים מאצלם היו בני החצר הקט' משיבים להם שהם יש להם שטר כדין שיש להם חלק במים ההם ובני החצר הגד"ו כדי למעט במח' לא באו עד תכלית הדבר לעמוד על האמת אם באמת יש להם לבני החצר הקט' חלק במים הניגרים הנ"ל ממש או מצד חו"ח ושאלה היו לוקחים מים מאצלם וכדי למעט במח' היו סומכים על דבריהם שהאמת הוא כמו שהיו אומרים

ולכן לקחו מבני החצר הק"ט בהוצאות הנ"ל כן עכשיו שנתגלגלו הדברים ונתגלה הדבר שאין לבני החצר הקט' שום ראיה ועדים שיש להם חלק ואחוזה במים הניגרים הנ"ל א"כ ליכא הוכחה וראיה ממה שהיו נותנים בהוצאה ההיא דיש להם לבני חצר הק"ט חלק ואחוזה במים הנ"ל. ואמרי' דמה שנתנו בני חצר הקט' בהוצאה ההיא כדי ליקח מים לשעתו דוקא ויצאו אלו באלו דמה שנתנו נתנו ומה שלקחו לקחו ומעתה כ"ז שלא הביאו ראיה בשטר בעדים שי"ל חלק במים הנ"ל במכר או במתנה ומחי' בקנין יכולים בני חצר הגדו' שהם המוחזקים בקרקע לעכב על ידם ולומר להם בררו אכילתכם וקחו כי החזקה שלכם מגן שויא אם לא בשטר ועדים וכמ"ש רשב"ם וכנ"ל ובלאו"ה כבר כתבנו דהאמת הוא מה שהיו לוקחים בהוצאות הנ"ל הוא סיוע שאין בו ממש וכנ"ל:

עו"כ מ"ע ה"ה נר"ו וז"ל אתאן למ"ש בשאלתנו כי טענו וכו' וכו' ע"כ הנה אנן יד ענוי לא יכולנו להתאפק בזה דמ"ש דטענו האלמנה וכו' כל לגבי דידן טענה זאת לא נשמעה מפיהם ולא העלו על דל שפתם דברים כאלו כלל ולא ידעי' מבטן מי יצאו דברים אלו וע"כ כדי ליתובי דעתין נאמר דהגם שהאלמנה מנה ובניה הנז' לא טענו עכ"ז מ"מ ה"ה נר"ו כדי לזכות אותם בדינם בא טעו"ן בטענה זאת דקי"ל טענינן ליורש וכו' האמנם כבר נודע דמאי דטענינן ליורש הוא דוקא להחזיק בחזקתם במה שהוא תחת ידם דוקא ולא טענינן להו כדי להוציא דבר מתח"י אחרים שהוא בחזקתם וכמו שמבואר הדבר בס' הפוס' ז"ל והבאנו דברי קצתם לעיל ועיין באורך מזה בס' נד"ל ח"ב וכנז"ל וא"כ בנ"ד דהיורשים הם באים להוציא מתח"י אחרי' מבני חצר הגדו' לא טענ"י להו. ותו דאעיק' דדינא טענה זאת לית בה ממשא כלל דהגם דקי"ל טענינן ליורש וכו' ה"ד טענה שהיא מצויה ושכיחא דמאחר שהיא מצויה ושכיחא אזי ט"ל מספק משא"כ מלתא דל"ש והיא רחוקה מדעת לא ט"ל דהו"ל כאלו היה שקר ולא ט"ל שקרא ועיין בזה במרן בש"ע ח"מ סי' ס"ט ס"ה וסי' ק"ח ה"ד וסי' ע"א סכ"כ ומ"ש הסמ"ע וש"ך והרב פתחי תש"ו בשם הנוב"י ז"ל במק"ו הנ"ל והכנ"הג וש"פ ז"ל ע"ע ובנ"ד לא ראינו ולא שמענו בכל העיר כולה מלתא כדנא דשני בנ"א שהם בעלי שני חצרות שמתח"י בנין וקיים והעמדת החצרות שלהם יסכימו יחד שניהם שיוציאו הוצאות מכיס שניהם ויעשו בריכה של מים הניגרים בין שניהם בחצר אחד מהם ובעל החצר הב' הוא עומד בחוץ והגם אם המצא ימצא אחד מעיר דבני חצר אחת הם שואבים מים מחצר אחרת היינו כששני החצרות הם סמוכים להדדי ממש וכותל אחד מפסיק ביניהם שמתחי' מקדם קדמתה היו חצר אחד ושוב אח"ז חלקו אותה ל"כ חצרות ש בכותל המפסיק ביניהם ונשאר לחצר ה"ב עדין חלק בחצר האחד אבל שני בעלי חצרות שיסכימו יחד שניהם מתחי' עשיית הבריכה

וביאת המים שיוציאו הוצאות מכיס שניהם ויעשו בריכה של מים בחצר האחד והב' ישאר עומד בחוץ לא ראינו ולא שמענו כזאת מעולם ולמפורסמות אצ"ר ובפרט דבר כזה כנ"ד שהחצר שבו המים הוא באמצע המבוי ממש והחצר הקט' שרוצים לשאוב מים היא בסוף המבוי ממש ורחוקים החצרות זמ"ז כמו ן אמה מ"מ וגם יש ביניהם ב' ג' חצרות אחרים והחצר ההיא שרוצה לשאוב מים אינה סמוכה ולא כנגדה של החצר שבו המים הנ"ל כלל אינו עולה עה"ד לומר דאפשר דמתחי' וראש מיום הווסדה ארץ הבריכה שלהם וכו' וע"ת זה נכנסו כולם יחד וכו דבודאי הגמור אינו תחת האפשרות כלל. לומר כן ומלתא דל"ש ולא טע"ל דבר שקר וכ"ש כשהוא להוציא מתח"י אחרים דקושטא קאי ושקרא לא קאי:

ומה שנסתייע לדבריו מד' הרב דב"מ ז"ל ח"ב סי' אך וכו' אחהמ"ר פשיטותיה דמר לא ידענא דהאמת יורה דרכו וכל ישר הולך אמת יהגה חיכו כמ"ש כת"ר נר"ו בדחייתו דדוקא במקום מעבר וכיוצא שהוא כנגד ביתו של שמעון וכיוצא שהם חוץ לחצירו אזי אי ליכא בירור בודאי שהמעב' הוא של ש' חיישי' לטענה זאת דילמא שניהם קנאוהו יותר משא"כ בדברים שהם בתוך חצרו של אדם ורשותו כגוונא דנ"ד שכל העם אשר בשער יודעים שהחצר וכל תשמישיו הם להם בודאי הגמור לא יעלה על הדעת לומר זה התשמיש קנאוהו יחד בין שניהם דמסתמא וחזקה שכל תשמישי החצר הוא דוקא לבעל החצר ואין לזרים אתו וטענה רחוקה מהדעת היא ואין לחוש לה כלל דאי לפי"ד יצ"ו הו"ל להדב"מ ז"ל לאשמועי' רבותא ולסיומי במאי דפתח וליפלוג וליתני בדידה ולימא הכי אפי' לדעתם ז"ל ה"ד היכא דידעי' בבירור דהשדה כולה עם כל תשמישיה היא של ראובן אז אמרי' וכו' אבל היכא דלא ידעי' בבירור דהשדה עם כל תשמישיה היא של ראובן יודו וכו' דדילמא ראובן וש' קצו יחד אותו התשמיש שבחצר וכו' ולמ"ל להרב ז"ל משל דבר חדש ע"ז שאינו מענין ולימא אבל במקום מעבר וכו' אלו שכן האמת כדכתי' דדוקא במקום עבר וכיוצא שהם כנגד בתי ש' אזי אי ליכא בירור ובא חבירו למונעו חיישי' להכי משא"כ דבר שהוא בחצירו ובחזקתו של אדם זרו בירורו שהוא שלו ומה גם דעיקר התשמיש הוא לו ומי שיבא להוציא מידו בטענות רעועות עליו לה"ר:

ומ"ש עוד דהגם שבני החצר שיש בו המים הנ"ל יש בידם שטר וכו' וכמ"ש מהרימ"ט וכו' ע"כ אף לזאת יחרד לבי דמ"ש שם מהרימ"ט כן הוא משום דבנ"ד מוכח בבירור שהוא לשניהם יחד מט' שהיו שניהם שות' יחד ומנכסי השות' לקחו אותו ומתחי' ירדו יחד לתוכו ומוחזק לכל העולם שהוא בחזקת שניהם יחד ויד ב' שוה בו והוא בעצמו הודה קודם מותו שהוא לב' יחד ממעות השות' כמבואר שם ע"ז קאמר הרב ז"ל שם

דמ"ש ע"ש הר"י אין כתיבה זו סותרת החזקה ולא נגרע כחו של הר"י שאני אומר מנכסי השות' בה ואעפי"כ נכתב השטר ע"ש אחד מהם לתועלת חבירו שלא הי"ל בנים ולפיכך אין מכתי' ראיה וכו' ע"ש וא"כ מה יערוך וידמה נ"ד לנ"ד מהרימ"ט להוציא מיד הבעלים בטענות שאין בהם ממש דל"ד להדדי כלל ואנכי לא ידעתי מדוע לא השגיח מני"ר נר"ו בההיא דאחד מן האחים שהיה נו"נ בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות ע"ש וכו' ואם מת על האחין לה"ר שהביא מהרימ"ט בדבריו וכתב דהתם הוי טעמא דאו"ש יוצאים ע"ש מפקי מחזקת האחים וכו' יע"ש דמזה יוצא ראיה גדולה לבני החצר הגדו' שהם יורשים ולוקחים ובשטר המקנה של החצר שלהם הקדום והחדש הוא נזכר ג"כ בהם מכירת המים הנ"ל דבודאי הגמור הוי סייעתא גדו' לבני החצר הגדו' ויוצא במכ"ש דמאחר שהם כתו' ע"ש והמים הם עומדים בחצריה' ובטירותם דוקא ואחרים הבאים בידים ריקניות ורוצים להוציא עליהם ל"הר ברורה בשמש בשטר או בעדים וכנ"ל:

גם כתב מני"ר נר"ו וז"ל והחכם עיניו יחזו הוא וכו' לפי שנודע שמתחי' שניהם לקחוה ונכנסו להר' נחפה בכסף וכו' ע"כ גם בזה עהס"ר דל"ד לנ"ד דהתם בנדון הרב ז"ל דהמזיק הוא עומד במקומו ומחזיק בפתח דהוא ובני החצר התחתונ' הם באים לסתום לו הפתח ההוא כדי למנוע הנזק ובתחי' עלה בדעת הרב ז"ל לחלק ולומר דמאחר דהס' הוא במציאות דלא ידעי' אם קנה המוריש ע"ת זה שישאר פתוח או לא דליכא צד בירור שיסמוך עליו כ"ע מודו דארעא בחזמ"ק שהוא הניזק והמזיק מקרי מוציא ועליו ל"הר שעת' זה קנה וכל שאין למזיק ראיה ברורה הניזק יכול לסתום הפתח דמסתמא אית לן למימר שלא קנה ע"ת זה שאינו מדרך בנ"א שיתרצו בנזק עד שיביאו ראיה לדבריהם שע"ת זה קנה ושוב דחה זה וכתב דג"ז במ"ח הוא שנוי ולאו כ"ע מודו וכו' וא"כ הממע"ה יע"ש וזה אינו דומה לנ"ד כלל שבנ"ד הניזק שהוא מ"ק הוא יושב ודר ומוחזק בביתו והמזיק הוא עומד בחוץ ובא להוציא מידו בודאי כ"ע יוד דאינו יכול להוציא כ"א בראיה ברורה ובלאו הכי כבר הרב ז"ל תבריה לגזיזיה ואסיק להלכה הפך מזה:

ומ"ש מני"ר יצ"ו דמאי דאסיק הרב ז"ל איפכא אינו שייך לנ"ד כמ"ש המעיין ע"כ אדרב' המעיין היטב יראה דיש ראיה גדו' לנ"ד דמאחר דבנדון הרב ז"ל דהמזיק הוא מוחזק שפתחו פתוח ומשתמש בו ועכ"ז כתב הרב דאם היו מזיקים זא"ז לית להו דין חזקה דדמי לנזקין גדולים שכ' הרמב"ם דעל המזיק ל"הר שע"ד כן קנה או שמחל בפי' וכ"ז שאין להם ראיה ברורה יכולים היורשים לסתום אה"פ לכ"ע וכו' ואפי' המוכר עצמו אם היה טוען שעת' זה מכר לא היה נאמן כי אם בראיה ברורה ה"נ הק"ק הבאים מכחו לא עדיפי מניה ול"מ להו טענת שמא כיון שידוע בודאי שמ"הר היה יכול לסתום וכו'

ע"כ א"כ גם בנ"ד דהניזק שהוא מ"ק בודאי הוא מוחזק והמזיק שבא בטענה קלושה הוא עומד בחוץ וכבר הוכחנו כפי"ד רוב הפוס' ז"ל דמאחר דהם משתמשים ביחד ליכא טענת חזקה וא"כ בודאי לפי"ד ז"ל ה"ז דומה למ"ש הרמב"ם בנזקים גדולים שהניזק הוא מוחזק ועל המזיק ל"הר וא"כ בני החצר הב' שהם באים להוציא עליהם ל"הר ברורה. ומ"ש שם הרב ז"ל שם בדס"ז ע"ב בד"ה גם אין זה לדוחה לדחות דאדרבא וכו' גם מ"ש שם בדהנ"ז סע"ד גם אין לדוחה וכו' יע"ש דמדבריו שם אלה יוצא ראיה וסייעתא לבני החצר הגדו' שהם המוחזקים והם יורשים ולוקחים ומצו לעכב על בני החצר. הב' ואצ"ל בזה היוצא מהמקובץ שבני החצר הגדו' יכולים לעכב ביד בני חצר הב' מליקח מים מאצלם עד שיביאו ראיה ברורה בשנור או בעדים כמש"ל:

ומעתה עמ"ש עוד בשאלה שטענו עוד בני החצר הגדו' שאף אם שוה"ד יעלה עם בני החצר הקט' מ"מ אין להם לשאוב מים מאצלם כי אם בע"הב אחד דוקא בין שיהיו אוכלי שולחנו מרובים או מועטים כמו שהיתה החצר הקט' מקודם מזמן הא' קודם שנתוספו הדיורים. הנה הגם דלמש"ל א"צ להשיב ע"ז דבלאו הכי בני החצר הגדו' יכולים לעכב מלהניח לשום אחד מבני החצר הקט' לשאוב מים מאצלם וכנז"ל מ"מ ר"ל דעתנו בזה דאף אם יהיה האופן דתועיל חזקתם לבני החצר הקט' לשאוב מים מאצלם משא"כ לענ"ד וכנז"ל עכ"ז הדין עם בני החצר הגדו' בטענה ההיא דאינם מניחים לשאוב כ"א בע"הב אחד דוקא דמאחר דיש בזה ריבוי הנכנסי' והיוצאים וגם שמתרבה הוא בלקיחת המים שאינו דומה לקיחת מים לבע"הב אחד כמו לשני בעלי בתים אפי' שיהיה מנין הנפשות של שני בע"ב השוכנים עתה בב' דיורים כמנין הנפשות שהיו שוכנים מקדם בבית דירה אחת עכ"ז זהו ידוע ומפורסם דכשהם ב' בע"ב בשני דיורים הם נצרכים ולוקחים מים כמעט על חד תרי מו"מ ועוד בה שמנין הנפשות שהיה לבע"הב שהיה שוכן מקודם לבית דירה הנ"ל אינם קבועים תמיד מנינם כמה שפעם הם מתרבים ופעם הם מתמעטים כמו שכן הוא הדרך בכל הבע"הב ולכן אין אנחנו אחראים לזה למנין הנפשות ויכולים בני החצר הגדו' לעכב מליתן מים מאצלם לבני החצר הקט' כי אם לבית דירה אחת דוקא ולא לשאר השוכרים שנתוספו מחדש מאחר שהם רוצים עתה להקפיד בכך ולא כמ"ש מע' הרב הפו' נר"ו דגם בזה דאזלינן בתר מנין הנפשות והדברים פשוטים ותל"מ ובלאו"ה אעיק' דמילת' כבר מלתנו אמורה דליכא בזה דין חזקה לבני החצר הקט' כלל ויכולים בני החצר הגדו' לעכב מלתת מים לשום א' מהם כי אם עד שיביאו שטר וראיה ברורה ע"ז וכנ"ל זהו מ"ש מצודתנו לענ"ד להלכה ולה למעשה ועם כי נטה אשורנו מני הדרך של מע' הרב הפו' מני"ר נר"ו עליון למעלה עכ"ז עהס"ר

כי כך היא דרכה ש"ת וכו' ע"כ באו דבריהם של מע' החכמים השלמים יצ"ו אשר את שמם לא הגידו לי יהש"ל כיר"א וקודם שישלחו לי תשובתם הנז"ל כאשר נכון לעשות שלחו הם יצ"ו את ב' הפס"ד שלי ושלהם הנז"ל לעי"הק ירושלים ת"ו להרב המחבר כפי אהרן נר"ו והסכימה דעתו עמהם וזאת אשר דבר להם והנני מעתיק כל ד"ק נר"ו הנל"ע ואח"כ אקומה נא ואש'ובבה תשו' נצחת והלכה רווחת לענ"ד תחי' וראש ע"כ דברי מע' החכמים השלמים כוללי תהלות ישר' הנז' יצ"ו ואח"כ אשימה עיני גם לכל דברי מע' הרב הנז' נר"ו לראות היעמדו ד"ק עה"ד ועל האמת כפי הנלע"ד המעט הוא וזאת היתה תשובת הרב כפי אהרן נר"ו העתק מהעיקרי ממש וז"ל:

אמר הכותב יא"ה ס"ט להיות שכבר נדפסה תשובת ה' כפי אהרן ז"ל בספרו הבהיר ככי אהרן ח"ב בח"מ סי' ה' כי כן אין צורך עוד להדפיס דב"ק עוד הפעם בספרי זה הקטן ומשם בא'רה ועם כי דיבר איתי קשות עד מאד היו דבריו ברמות רוחא ובגדולות ונפלאות כיעו"ש עכ"ז אני הדל איני משיבו על דבריו הקשים כלל וזה חפצי להיות מן הנעלבים ואינם עולבים שומעים חרפתם ואינם משיבים זו בלבד אני אומר בפה מלא דהרב כפי אהרן ז"ל הנז' בתשו' זו שכח דברי עצמו ממ"ש בהודעתו הנדפסת בסוף ס' שער אשר ח"ב להגאון מהרר"א קובו ז"ל כיעו"ש ודי בהערה זו וזאת תשובתי ע"ד הרב הנז' במה שנוגע לענין דוקא ותו לא מידי וזה החלי וה' אלהים יעזור לי ע"ד כבוד שמו אמן כי"ר וז"ל:

הן כל ראתה עיני מ"ש מע' החכמים השלמים כוללי תהלות ישראל יצ"ו בתשובתם הנז"ל בריש אמיר על מ"ש אני עני בפס"ד שלי הנז"ל והשיגו עלי וחלקו בדין כפי דעתם הרחבה והנה האלהים יודע ועד בשחק נאמן עלי דידי שאלו היה הדין עמהם בודאי הגמור כי הייתי חוזר בי מסברתי הראשונה והייתי מודה להם ולא הייתי בוש מלומר הדרי בי וטעיתי בהוראתי כי בן אדם אני ואתנחם ואדם עלול לטעות ושגיאות מי יבין ואפי' שכבר כתבתי בס"ד הנז' הייתי מבטל דעתי נגד דעתם ושבח הוא לי וזאת חובתי ואעשנה כמ"ש הגאון הרב חוט השני ז"ל בסי' סי' שדיין שטעה אפי' כתב בס"ד חייב לחזור ולהודות על האמת יע"ש וכזאת וכזאת כתב הרב זקן אהרן ז"ל סי' ג' וז"ל ופשיטא לי דמכל הני היה לי לחזור בי ולהודות על האמת ותיתי לי לו הייתי מבין שאין הדין עמי אם לא הייתי עומד בסוד ישרים ואומר טעיתי ואשגה הרבה מאד ואם שבעיני ההמון היה פחיתות בעיני כל חכם לב בריא לי שהיה מעלה וחשיבות ואעפ"י שחכמי לבב נתמעטו בעוונות בוחר אני באיש אחד חכם מיו"ד אלפים סכלים כמאמר הרב המורה אבל מה אעשה שאיני רואה חובה בדברי עכ"ל יע"ש:

אמנם אנכי הרואה שאין בכל דבריהם יצ"ו כדאי לחלוק עלי כדין כלל וה"ן לי פה להשיב ע"כ ד"ק תשו' נצחת את כל ונוכחת כפי הנלע"ד המעט והמעיין יבחר ואיני אומר ח"ו קבלו דעתי רק כמ"ש רא"ש ז"ל בכלל מ"ו סי' ב' יע"ש וגם אני הדל איני מוכרח לקבל דעתם אם לא נלע"ד ולענין מעשה יעשו מה שלבם חפץ כי הם רשאים ולא אני ולא באתי עתה כי אם להשיבם בדבר הלכה שלדעתי לא כיוונו יפה בהוראה זאת אחהמ"ר הראויה להם וכמו שאבאר בס"ד וזה החלי וה"א יעזור לי:

תחילת דב"ק כתבו וז"ל והנה פתח דבריו יאיר וכו' ואחהמ"ר וכו' ע"כ ואני אומר שאין זה דקדוק עלי כלל שהרי גם אנכי ידעתי זה וכתבתי בעניותי בתר הכי שם וזה לשוני והגם שכתבו הב"ד וכו' והדב"מ וכו' דהא דפליגי וכו' וא"כ מצ"ל דגם מרן הכי ס"ל וכו' וככל מ"ש הרב"ד והד"מ ז"ל וכמדובר ע"כ לשונם שם הרי להדיא שכתבתי כן כבר גם אני בפי' אתמר וא"כ מ"ש אני עני מ"ל דאף דהמחזיק דר עם הבעלים או שניהם יחד משתמשים וכו' הוא דרך כלל ואח"כ הפרדתי החלוקו' לדעת הרב"ד והדב"מ ז"ל וכתבתי והגם וכו' כנז"ל כדרך כל הפוס' ז"ל דבתחי' מדברי' בכללות ואח"כ מפרידים החלוקות בפרטות כידוע ואהה תחזה להרב מש"הר בסי' הנז"ל שכן עשה וכמ"ש הם עצמם יצ"ו משמו בתוך דבריהם הנז' לקמן כיעו"ש וזה פשוט מאד ומה שהבאתי ראיה מדברי הנמק"י ז"ל שהביא מרן ז"ל בב"י הוא להוכיח מזה דס"ל להנמק"י דהרי"ף והרמב"ם דעימייהו לא בפי' הסוגיא לבד פליגי עליה דרשב"ם והרא"ש ז"ל אלא גם בדינא דרשב"ם היוצא מפירושו נמי פליגי וכמ"ש כן אני עני בפי' בתחי' דברי הנז"ל וכמו שכן כל הפוס' ז"ל המדברים בפרט זה הוכיחו במישור מד' הנמק"י ז"ל הנ"ל וכמו שיראה הרואה והדברים פשוטים:

כתבו עוד וז"ל ועוד דמבין ריסי וכו' גם בזה וכן' ואי אתית להכי וכו' ע"כ הרואה יראה שלא ניתנה ליאמר דחיותם הלזו כלל וכ"ש שלא ניתנה ליכתב דודאי מדחזינן למרן ז"ל דהשמיט בשהט"ו האי דינא דרשב"ם והרא"ש והטור ז"ל לגמרי וחזינן ליה תו' בסי' קמ"ו דפסק האי עובדא דשכוני גוואי כפי' הרי"ף והרמב"ם ז"ל א"כ צ"ל בהכרח דמשום דכבר הביא לנו בב"י סי' ק"ס דברי הנמק"י הנז' משו"ה לא פסק בש"ע שם דינא דרשב"ם והשמיטו לגמרי ולא מצ"ל דמה שהביא בב"י דברי הנ"י ז"ל משום דכן דרכו וכו' ולא משום דהכי ס"ל כהנ"י ז"ל דא"כ אמאי השמיט דינא דרשב"ם והרא"ש משה"ט לגמרי ולא ידעתי מה דמות יערכו למ"ש מרן בב"י שם דברי הרא"ש ז"ל דקאי כרשב"ם דהתם שאני דמוכרח להביא דברי הרא"ש להורות לנו דבנו הטור ז"ל פסק כאביי הרא"ש ז"ל שזהו עיקר חיבורו של מרן ב"י ז"ל הוא ע"ד רבינו הטור ז"ל. ותו שהרי הביא באחרונה

דברי הנמק"י ז"ל ואזלינן בתר לישנא בתרא כידוע ותו דזה שכתבו הם יצ"ו דכן דרכו של מרן ז"ל לקבץ ס' הפוס' ז"ל זוהי סברת הכנ"הג ז"ל ביו"ד סימן ל"ה ובכלליו ואולם הבאים אחריו ז"ל חלקו עליו בזה ועיין יד מלאכי בכללי הש"ע אות ד' ובספרי הקטן פני יצחק סי' י"ז מ"ש בזה בארוכה יע"ש ובכן ודאי דאין מקום לדבריה' הנז"ל כלל וכמבואר: עוד כתבו וז"ל ומ"ש עוד וכו' ג"ז אינה הוכתה כלל וכו' ע"כ ג'ז לא ניתן ליכתב כלל מאחר שכבר כתבתי כן גם אני בד"ה והגם וכו' גם הראיה דמייתי הרב מהרמ"א וכו' וכן ראיתי למהרי"ז וכו' אמנם וכו' ע"כ לשונו יע"ש א"כ מה באו הם ללמדנו ולחדש דבר מעתה ומה שנסתייע עוד ממ"ש הרב צדק ומשפט נר"ו ע"ד מהרמ"א ז"ל וז"ל ודין זה וכו' ע"כ איני רואה בזה שום סייעתא להם כלל מאחר דבלאו"ה כבר הבאתי למהרי"ז ז"ל שכ"כ ועכ"ז כתבתי עליו שכבר הרב מ"מ ז"ל דחה הראייה הנז' בטו"ט ודעת וא"כ ממילא אין ראיה כלל מדמרן ז"ל פסק דין זה כנז"ל וא"כ גם מד' הרב צ"ומ נר"ו אמינא ולמס' שאם היה רואה הוא נר"ו תשו' הרב מ"מ ז"ל הנ"ל הוה הדר ביה מטעמי הנ"ל ופשוט ואגב אורחין יש לו דקדוק עצום ע"ד הרב צ"ומ נר"ו הנ"ל שכתב שם וח"ל וזה עוד טעם וכו' חוץ מהטעם שכ' הסמ"ע וכו' ע"כ כאלו טעמו וטעם הסמ"ע שזו בשיעורייהו וליתא דהם טעמים הפוכים ממש וכמובן ולא הול"ל הכי חוץ מהט' וכו' רק הול"ל הפך טעם הסמ"ע וכו' אלא דאגב ריהטיה לא דק בלישניה שפיר וכמובן:

ומה שהשיגו עלי במ"ש אני עני שכ"כ הרב צדק ומשפט נר"ו בד' מרן וכו' ודחו לזה שלא כ"כ כי אם לד' החולקים וכו' אין זה אלא דקדוקי עניות ממש כיון שאני לא כתבתי בפי' דהכי ס"ל להרב צ"ומ נר"ו בדעת מרן ז"ל כי אם כתבתי שכ"כ הוא נר"ו בדעת מרן והעתקתי דבריו נר"ו ממש א"כ איך הם מעלילים עלי ח"ו שאני כתבתי דהכי ס"ל להרב צ"ומ נר"ו ובאמת לא כתבתי כן כלל כי אם כתבתי שכ"כ הרב צ"ומ נר"ו בד' מרן ולהורות נתכוונתי שכ"כ המחברים בד' מרן ולא יוכרח מזה דהכי ס"ל להמחבר גופיה בד' מרן רק דאשכחן מי שכ"כ בד' מרן יהיה לדעתו או לדעת שאר הפוס' לא נחתינן להא כלל וכמבואר בדברי הנ"ל יע"ש ופשוט:

גם מה שהשיגו עלי דידי במ"ש אני עני שכ"כ הרב מ"מ ז"ל בסי' ס"א בדעת מרן ז"ל והמה בחכמתם יצ"ו כתבו וז"ל והרואה יראה וכו'. איני רואה מקום להשגתם הלזו כלל מתרי טעמי תריכי חדא דכיון דהרב מ"מ ז"ל העתיק וכינה דברי הנמק"י למרן וכתבם ממרן ולא משם הנמק"י ש"מ דס"ל למר דמדהביא מדן בב"י מ"ש הנמק"י ודאי דהכי ס"ל למרן גופיה משו"ה העתיקם וכינה אותם למרן גופיה כאלו הוא עצמו אמרם מדיליה א"כ מוכח שדברי הרב מ"מ ז"ל כולם הם עפי"ד מרן ז"ל וכדכתי' בעניותין ממש וזאת

שנית דכיון דבתריה דמר הרב מ"מ ז"ל קבלו עליהם הוראות הרמב"ם ומרן ז"ל א"כ אי לאו דקים ליה הכי בד' הרמב"ם ומרן ז"ל לא הוה פליג הוא ז"ל ע"ד מהרמ"א ז"ל בדינו ומשו"ה כתבתי אני עני שכ"כ הרב מ"מ בד' מרן ז"ל והוא מוכרח ופשוט:

ומה שדחו עוד למ"ש אני עני בדעת מור"ם ז"ל דגם הוא ז"ל ס"ל דפליגי מדכ' בל' וי"א וכו' והם אמרו דהא דכתב י"א וכו' משום דעתיד לכתוב ת"ה סברת מהר"מ דפליג על י"א קמא וכו' ככתוב בד"ק המעיין יראה דאין מקום דחייתם כלל דאי איתא דס"ל לדמ"א ז"ל דלא פליגי הו"ל לאתויי לן דין הראשון בסתם להודיענו דהכל מודים בו ואין בו מח' כלל ובתר הכי הול"ל וי"א וכו' דהוא מוסיף על הדין הראשון המוסכם כדרכו של מרן ז"ל בכמה מקו' למינקט הכי בתחי' דין המוסכם מכל בסתם ואם יש עוד איזה חילוק דין על דינא קמא מאיזה גאון מביאו בתר הכי בל' וי"א וכו' כידוע ואתה תחזה במאי דקמן בסי' קמ"ו סי"א וי"ב שכ"כ יע"ש וא"כ מה היה חסר המקרא אם היה מור"ם ז"ל כותב דין הראשון בסתם ואח"כ היה כותב וי"א וכו' אל"ו דמשום דס"ל לרמ"א ז"ל דפליגי הרי"ף והרמב"ם על דינא קמא משו"ה הביאו בל' י"א וכו' וברור ועיין ביד מלאכי בכללי הש"ע אות ו' וע"ע להרב דב"מ ז"ל ח"ב סי' ל"א דל"ז ריש ע"ד שהביא גם למהריק"ש ז"ל דס"ל דפליגי יע"ש:

עוד השיגו עלי דידי עמ"ש א י עני דמהרמ"ג ז"ל פליג ע"ד מהרמ"א וכו' והם כתבו שאינו כן ככל הכ' בד"ק הנז' ואנכי הרואה שאין כוונתם כי אם לדחות דברי כאשר יהיה האופן ובתר דידי קאזלי דכיון דמהרמ"ג ז"ל פליג על מהרמ"א ז"ל בדין מי שהחזיק להשתמש פעם אחת בשבוע לשטוח בגדי כביסה בגג חבירו דמהרמ"א ז"ל ס"ל דל"מ חזקתיה משום דבעי' שיחזיק תמיד ביום ובלילה ומהרמ"ג ז"ל פליג עליה וס"ל דאפי' בפ"א בשבוע הויא חזקה ולא בעי' ביום ובלילה א"כ ממילא ודאי דפליג נמי עליה דמהרמ"א ז"ל גם מאי דס"ל למהרמ"א דכל דמשתמשים יחד בע"הב עם המחזיק דל"מ תו חזקתיה ודאי דמהרמ"ג ס"ל דגם בכה"ג הויא חזקה כיון דס"ל למר דשטיחת בגדים אפי' פ"א בשבוע הוי חזקה הגם דבודאי גם בעל הגג משתמש ג"כ בשטיחת בגדיו בלתי ס' כלל א"כ הא קמן דמהרמ"ג פליג על מהרמ"א ז"ל גם בדין זה והוא פשוט:

ומ"ש הם יצ"ו דנ"ד דמהרמ"ג לא היו משתמשי' ביחד ולכן לא דיבר בזה כלל וכו' נעלם מהם דברי הרב דב"מ ז"ל בסי' ל"א הנז' דל"ז ע"ב שכתב וז"ל וכ"כ מהרמ"ג סימן ל"ה על נדון דמהרמ"א וכו' יע"ש הרי דהם נשאלו על נדון אחד ממש אלא דמהרמ"ג ז"ל פשיט ליה דהויא חזקה אף דמשתמשים יחד ולא פקפק בזה כלל ומהרמ"א ז"ל ס"ל דגם מה"ט ל"מ חזקת המחזיק ולעולם מוכרח דמהרמ"ג ז"ל פליג עליה גם בהאי טעמא וכמדובר

וכן ראיתי כעת להרב נח"בך ז"ל בח"א ח"מ סי' ב' שמתוך דברי הכנ"הג ז"ל הבין הוא ז"ל דמהרמ"ג פליג ע"ד מהמ"א בדין זה שכ"כ בדס"ד ע"א וז"ל גם הרב המאסף הביא בשם מהרמ"ג שפסק דלא כהרמ"א ז"ל יע"ש עכ"ל:

ומ"ש עוד הם יצ"ו וז"ל ומשו"ה הכנ"הג בהגהט"ו אות רי"ב וכו' ע"כ בנקל מצינן לדחויי להא והו"א דמשו"ה סיים הרב החביב באות רי"ב וכתב ועמ"ש באות רי"ג עכ"ל והרואה יראה במ"ש באות רי"ג שאינו ענין לזה כלל ובהכרח צ"ל דט"ס הוא וצ"ל באות ר"ט דשם כתב דמהרמ"ג פליג וה"ה גם הכא בדין זה פליג וכמ"ש אני עני וכמובן אמנם היותר נכון נלע"ד להגיה רי"ט במקום רי"ג דמ"ש באות רי"ב ורי"ט שייכי אהדדי וכמ"שיר' הרואה ועיין בזכו"ל סוף אות ן' יע"ש:

כתבו עוד וז"ל ומ"ש עוד שהרב עדב"י וכו' וכו' ע"כ אני תמיה עליהם טובא אטו לא ידעתי גם אני שזהו מח' גדולה בין הפוס' ז"ל ומוק' ארעא בחזמ"ק וכו' ככל מ"ש הם יצ"ו והלא כה היו דברי בראשית מאמר וז"ל תשו' וכו' וסו"ד עלתה הסכמת גדו' האח' ז"ל דמידי פלוגתא לא נפקא ואוקי ארעא בחמ"ק וכו' וסו"ד הסכימו רבני האח' ז"ל דכיון דהוא פלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחמ"ק כמבואר כ"ז בד"ק וכו' ע"כ לשוני בריש אמי"ר וא"כ מה באו לחדש דבר מעתה אשר לא ידעתיו גם אני ואמאי לא השגיחו יפה בהתכת דברי אשר כתבתי בתר הכי שכל כוונתי במ"ש אני עני בז"הל והגם שכתבו הרב"ד וכו' וא"כ מצ"ל דגם מרן הכי ס"ל וכו' אמנם הא ודאי בורכא היא וכו' ע"כ כתבתי כ"ז להודיע ולהוודע שלא נאמר דדברי הרב"ד והרב"מ ז"ל הם מוסכמים מכל ולית מאן דפליג עלייהו ובכן צ"ל דגם מרן הכי ס"ל נמי דהא ודאי ליתא ובורכא היא כיון דחזינן דרבו החול' גם בדין זה וסברי דאף אם נשתמשו יחד עלתה חזקה למחזיק ע"ז כתבתי בעניותי מה שנלע"ד וז"ל א"כ נמצא דדברי הב"ד והדב"מ ז"ל אינם מוסכמים ודוקא לדעת וכו' לא כן לדעת שאר הפוס' החולקים הנ"ל וכיון וכו' ומשו"ה השמיט וכו' א"כ וכו' דאל"כ לא הוה משתמיט מרן ז"ל מלאשמועי' דין זה בשה"ט וכו' וכו' ככל מ"ש בעניותי שם והיינו שכן נלע"ד פשוט שכן הוא דעת מרן דס"ל דפליגי גם בכה"ג דאל"כ לא הוה שתיק מלפסוק בהדיא דין זה וכנז"ל ואין לומר בזה דמרן לא גילה דעתו בזה כמאן ואין והדרינן לפלוגתא דרבוותא הנ"ל ונאמר אוקי ארעא בחמ"ק וככל שאר דינים דבעלמא אשר לא גילה לנו מרן ז"ל דעתו ז"ל בהם כמאן ס"ל ואמרי' בהו קי"ל ומוק' ארעא בחמ"ק דהא דקמן שנא ושנא מכל שאר דינים דעלמא שלא גילה מרן ז"ל בהם דעתו הרמה כיון דהכא חזינן למרן בב"י סי' ק"ם שהזכיר לס' רשב"ם והרא"ש והטור ז"ל בפי' הסוגיא דשכוני גוואי וגם הביא בב"י דברי הנמק"י הנ"ל ובש"ע השמיט

דינו דרשב"ם לגמרי ובסי' קמ"ו פסק האי עובדא דש"ס דשכוני גוואי ע"פי פי' הרי"ף והרמב"ם ז"ל א"כ מאין ולאין נאמר דבכה"ג דמשתמשי' יחד מודה מרן דל"מ חזקה כיון דבעיקר דינו דרשב"ם ס"ל דפליגי וגם הוא ז"ל פליג א"כ מהיכא תיתי לומר דבכה"ג מודה מרן דל"מ כיון דאין לו ראיה ושורש מן התלמוד ואם רבי לא שנאה רחייא מנ"ל וכי תימא דכי היכי דאמרי' הכי בדעת הרי"פ והרמב"ם ה"נ נימא בד' מרן ז"ל הא נמי ליתא דכיון דכל חילייהו דכת הסוברי' דס"ל דבכה"ג דמשתמשים יחד כ"ע מודו דל"מ חזקה הוא מכח דברי הרמב"ן ז"ל שהביא מהרימ"ט סי' כ"ט וכמ"ש הרב"ד והדב"מ ז"ל וכנז"ל א"כ כיון דמצ"ל דגם הרמב"ן לא דיבר כי אם בדירה יחד ולא. בשימוש בחצר א"נ כיון דמרן לא הביא בב"י דברי הרמב"ן כלל רק הביא לנו דברי הנמק"י דוקא א"כ מנל"ן למימר דגם מרן מודה בכה"ג דלא עלתה חזקה למחזיק כי ע"כ אלה הגם שאיני כדאי להכריע מ"מ כבר כתב הרא"ש ז"ל בתשו' שהוא מקבל הכרעה גם מן הקטנים כנז"ל בריש אמי"ר וגם אני הקטן נלע"ד פשוט ומוכרח בדעת מרן דס"ל למר דגם בכה"ג פליגי הרי"ף והרמב"ם וס"ל דמהניא חזקה למחזיק וכמ"ש כ"ז בתשובתי הנ"ל זהו דעתי קלה כמות שהיא ועתה ראיתי שכן הוא דעת הרב בני יצחק חנן ז"ל בתשו' סי' ד' שאחר שהביא סברת מהרמ"א ז"ל הנ"ל והק' עליו ככל משהק' עליו הרב עדב"י והמ"מ ז"ל ודחה דבריו בב' ידים בסוד"ק הביא לנו דברי מהרש"ך ומהרימ"ט הנ"ל בראייתו שהביא מד' הרמב"ן ז"ל ודחה דבריהם ז"ל מהלכה לגמרי והסכים לדינא דמהניא חזקה למחזיק הגם דגם הבע"הב היה משתמש עמו יעש"ב ולזה הסכים ג"כ הרב עולת שמואל ז"ל בסי' כ"ד הלכה למעשה דלא כמהרמ"א ומהרש"ך ומהרימ"ט ז"ל יעש"ב וגם אני הדל כן נלע"ד כדבריהם ז"ל ובעקבותם הלכתי ואלך לדון כן בנ"ד שכן נלע"ד בדעת מרן ז"ל מכל הני טעמי שכתבתי כבר וכנז"ל ותו דהנה אנכי עפר לא סמכתי על דעתי על טעם זה לחוד כי אם בצירוף כל הטעמים שכתבתי לבסוף ובהצמדם יחד העליתי בעניותי לזכות האלמנה בדינה כמ"ש אני עני להדיא הכי בתשו' הנז' בריש אמי"ר ובכלל העולה וכו' כיעו"ש וא"כ לא נשאר להם מקום לחלוק עלי ולדחות את. דברי המצודקים לענ"ד וכמבואר וגדולה מזו עין רואה להרב הלק"ט ז"ל סי' קמ"א שכתב דדין הראוי להוראה שהכריע כד' היחיד ה"ה מצטרף עם היחיד לפטור את המוחזק יע"ש ולזה הסכים הגאון הרב ברכ"י ז"ל בח"מ סי' כ"ה אות י"ב וכן העלה מרן החבי"ב ז"ל בנשמת כל חי ח"ב סי' טו"ב יעש"ב וא"כ אם הכריע כד' הרבה פוס' דס"ל כוותיה כנגד שאר פוס' ז"ל הא ודאי דגם הרב המני"ר ז"ל בהגהתו לתשו' הלק"ט ז"ל הנז' והרב מהרי"מ ז"ל דאייתי הברכ"י ז"ל מידו בכה"ג דנ"ד והדברים פשוטים:

עו"כ וז"ל עו"כ וכו' אתה תחזה להב"ח וכו' ע"כ גם בזה תמהני עליהם טובא כי אני כתבתי בפי' דלדעת הרבנים החולקים ליכא ראיה מהכא דיש לחלק מדירה יחד לשימוש יחד וכו' ומה להם כי יצעקו לדחות אותי מדברי הב"ח ז"ל דלא מחלק בהכי הלא הרב"ח ז"ל מר ניהו אזיל בשיטת מהרש"ך ומהרימ"ט ז"ל ואני אמרתי לחלק לדעת החולקים עליהם וכעת יאמר גברא אגברא קרמית אתמהא וזה פשוט:

עוד כתבו וז"ל עו"כ וז"ל גם הראיה וכו' ועהס"ר וכו' ע"כ ואנץ אומר אדרבא עמהם הס"ר במ"ש דבודאי הגמור דאליבא דידהו וכו' דמי מכריחנו לומר כן בד' מרן ז"ל כיון שלא הביא לנו דברי הרמב"ן ז"ל אשר מהם הוכיח לדינו מהרימ"ט ז"ל ואפי' היה מביאם היינו יכו' לדחות ראייתו ממנו כדכתי' בעניותין או כמ"ש הרב בני יצחק חנן ז"ל כנז"ל וראיית מהרמ"א ז"ל מדיוק לשון הרמב"ם שכתב מקום מסוים כבר דחאה הרב ע"מ ז"ל בדברים של טעם ועינינו הרואות לכמה מהפוס' ז"ל שהקיפו לרשב"ם ודעימיה בחבילות של קושיות מכמה. הלכות פסוקות ועם שתירצום עכ"פ שינויי דחיקי נינהו ובכמה דוכתי בש"ס אמרי' אשינויי דחיקי לא סמכינן וגם בפוס' אמרי' הכי כידוע א"כ מי מכריחנו להעמיס כן בדעת מרן ז"ל דס"ל כרשב"ם וגם ס"ל כמהרש"ך ומהרמ"א והרימ"ט ז"ל ונצטרך לסמוך ג"כ לדעתו אשינויי דחיקי ולמה לא נאמ' דס"ל למרן ככל גדו' האח' ז"ל דס"ל דפליגי הרי"ף והר"מ עליה הרשב"ם ודעי' מן הק' אל הק' וכמ"ש כבר כ"ז ויותר מזה שכן נלע"ד פשוט בדעת מרן ז"ל דס"ל ככל הפוסקים האח' ז"ל דס"ל דלא כמהרש"ך ומהרמ"א ודעימייהו וכמדובר:

ומ"ש עוד וז"ל גם בזה אחהמ"ר דבריו הם דחוקים וכו' ע"כ לענד"ן דמ"ש בדעת הרב"ח ז"ל הוא האמת והצדק ואין בכל ד"ק בפרט זה שום כדאי לדחות את דברי הנז' כמ"שיר המעיין וישפוט בצדק:

גם מה שדחו עוד לסניפים שהבאתי מחי' הרב מהרש"ל והרב ת"ח ז"ל אין מקום לדחיותם כלל מאחר שאני עצמי כתבתים לסניף מיהא וכמבואר בדבדי הנז' להדיא ובפי' אתמר כיעו"ש וא"כ אצ"ל בזה כלל:

גם כל מ"ש הם יצ"ו לדחות מ"ש לסניף סברת הכנסת הגדולה ז"ל דס"ל דהמחזיק הוא המוחזק וכו' הכל כאש"ל אין לו מקום כלל מאחר שכבר ידעתי והבאתי גם אני דברי מהרא"ק והדב"מ ז"ל שדחו דברי מהרש"ף ז"ל שנסתייע מהכנ"הג ז"ל וא"כ גם הרב לב מבין ז"ל שדחה דברי מהרש"ף ג"כ ליהוי למניינא בהדייהו כיון דעכ"פ לסניף מיהא חזיא לאצטרופי סברת הכנ"הג ודמהר"ש יפה ז"ל לנ"ד וככל מ"ש אני עני זאת לפנים להדיא ומניה לא אזוע ולקמן בעז"ה אכתוב עוד בס' מהרש"י ז"ל ומשם באר"ה:

כתבו עוד וז"ל עוד בה היותר ק' וכו' וברור ע"כ ואין חלות לדבריהם כלל מאחר דהרב משכה"ר ז"ל על עובדא דנ"ד דהחזיקו בני המבוי להשליך זבליהם בצד כותל אחד מהם שהוא ברור דדידיה הוא והוא משליך ג"כ זבליו שם וע"ז הביא פלוגתא דהרי"ף ורשב"ם הנז' וע"ז אייתי לן סברת מהרש"י ז"ל הנז' א"כ ודאי הגמור דלא ס"ל לחלק בהכי כלל דאי הוה ס"ל לחלק כן מאי ראייה מייתי מס' מהרש"י ז"ל הנז' הו"ל לאתויי ס' הכנ"הג ז"ל שבב"י אות ח"י דוקא אל"ו ס"ל למר רס' מהרש"י ניתנה ליאמר גם בכ"הג דנ"ד והדברי' ברורים:

ומה שהוסיפו להק' ע"ד הרב כפי אהרן נר"ו כבר הוא עצמו השיב על דבריה' וכשנגיע לדבריו בעז"ה נחכים לעמוד ע"ד שניהם לראות דברי מי מהם יעמוד ומשם באר"ה:

עוד כתבו וז"ל וגם מ"ש מרן ז"ל בתשו' אבק"ר הנ"ל דאנן טענינן ללוקח וכו' היינו וכו' ע"כ הנה אמת כי אנכי עפר ואפר אחר שמסרתי הפס"ד שלי הנ"ל ליהם שו"ר למרן ז"ל באבק"ר סי' ק"ך הנז' שהזכיהו הם יצ"ו פה והעתקתי ממנה סוד"ק בגייר קטן ושלחתיה לידה לעיין בה כי לענ"ד מתשו' מרן הז' ממנה יש האיה גדו' לנ"ד ולא הרחבתי להם הדיבור בכתבי הנז' אופן הראיה שיוצא מדק' לנ"ד והן עתה מדבריהם ניכר בחוש שלא ירדו להבין עומק הראיה היוצא לנ"ד מתשו' מרן הלזו ולפקע"ד מתשו' זאת דמרן ז"ל נפק"ל שפיר דמרן ז"ל פליג על מהרמ"א ומהרש"ך ומהרימ"ט ז"ל במאי דס"ל דאם היו משתמשים יחד המחזיק עם הבע"הב ל"מ חזקה למחזיק הנה ודאי דמרן ז"ל פליג עלייהו בתשו' זאת דאי איתא דהכי ס"ל למרן כוותייהו א"כ הו"ל לדחות לראובן המחזיק מחזקתו הנז' כיון שהם שכנים יחד בחצר אחד הוא ושמעון שכנו א"כ הגם דנימא שגם בעל ביתו הראשון. ג"כ היה עושה מלאכה זו ולא מיחו בידו השכנים וכו' עכ"ז הול"ל דל"מ חזקתו הנז' כיון דמצ"ל דמשום ששניהם היו משתמשים יחד בחצר אחד הוא ושכנו משו"ה לא הקפידו עליו למחות בידו הגם ששכנו לא היה עושה בחצר אותה המלאכה עצמה ממש של ראובן לא יבצר דהיה גם הוא משתמש איזה שימוש בחצרו ומה גם דאפי' בהעברת דרך לבד סגי לד' רשב"ם ודעימיה וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל בח"מ סי' ל"א יע"ש וא"כ למה לו למרן ז"ל בתשו' זו לצדד צדדים וצ"צ בחזקת ראובן הנז' אי הויא חזקה שיש עמה טענה או חזקה שאין ע"ט ולהאריך להודיענו הדין בב' הצדדים הנז' תפ"ל דבלאו"ה חזקת ראובן בתשמיש החצר הנז' לא הויא כלל כיון דשני השכנים היו משתמשים יחד בחצר אחד כל אחד מהם כרצונו היה משתמש ועובר דרך תמיד בחצרו וכ"ס גדו' הפוס' ז"ל הנ"ל דסל"ה אלא ודאי מדלא נכנס מרן ז"ל בזה בנ"ד כלל

מוכח להדיא דלא שמיע ליה כלו' לא ס"ל כוותייהו גם בהא ורב תנא הוא ז"ל ופליג עליהו וכמדובר:

ולפי"ז אנכי לא ידעתי דחייתם פה שהחו ואמרו דליכא ראיה מתשו' מרן זו דס"ל טוענין ללוקח דשאני נדון מרן משום דמאחר שהם שכנים בחצר וכו' דהבא מכח חזקה הוא דר ומוחזק בחצר ההוא וכו' וכדי שלא להוציאו מחזקת וכו' דלפי שיטתם דמרן אזיל בשיטת מהרמ"א ומהרח"ך ומהרימ"ט דכל דמשתמשים יחד בחצר לית ליה חזקה א"כ מאי חזקה אית ליה לעושה מלאכה זו בחצר כדי לומר דכיון דהבא מכח חזקה הוא דר ומוחזק בחצר וכו' אתמהא טובא כיון דאעיק' דדינא לא. מהניא חזקתו כלל לדעת גדו'.

הפוס' הנז' וזהו ממש מ"ש הרמב"ן ז"ל בחי' בקושייתו הב' ע"ד רשב"ם דאין חזקה למי שדר עם הבעלים ולדעתם יצ"ו דירה ושימוש חד דינא אית להו וא"כ אי מרן נמי ס"ל הכי אדרבא הול"ל דל"מ חזקת ראובן כלל מהאי טעמא כיון דודאי גם שמעון שכנו היה משתמש ג"כ בחצרו איזה שימוש ובפרט מדרך כף רגל שהיה עובר ושב לתוך חצרו וחדריו ועדיף מההיא דכשכוני גוואי הוואי ומאי חזקה אית ליה כדי לטעון בעדו שלא להוציאו ממנה באופן שלענ"ד כל דבריהם בזה הם תמוהים עד מאד ולא ניתנו ליכתב כלל וזכינו לדין כעת שמתשו' מרן ז"ל הלזו נתבאר להדיא דמרן ז"ל תנא הוא ופליג ע"ד הפוס' הנז' דס"ל דכל דמשתמשים יחד עם המחזיק ל"מ חזקתיה דמחזיק ומרן ס"ל כשאר הפוס' ז"ל דפליגי בזה ומשו"ה לא אתי עלה מרן ז"ל לבטל חזקת ראובן מט' הנז' ומינה לנ"ד יש לנו לדון כן כמרן ז"ל דלא מבטל הני חזקת בני החצר הקט' מט' הנז' אלא אדרבא דייניגן דמהניא חזקתייהו כדס"ל למרן ז"ל ודעימיה וכמדובר:

ועוד איכא למילף מתשו' מרן ז"ל הלזו דכי היכי דבנ"ד דמרן ז"ל בכלל הנזקין דראובן הוא היזק עשן ונכנסים דהני נזיקין לית בהו חזקה כלל ואפי"ה ס"ל למרן ז"ל דטענין ללוקח וכו' כ"כ בד"ק ה"ה והוא הטעם בנ"ד דטענינן ללוקח המחזיק וכי היכי דבנ"ד דמרן ז"ל שני השכנים הוו לוקחים כמבואר בתשו' מרן ז"ל הנז' להדיא הה"נ בנ"ד דהם שני לוקחים וטענינן ללוקח המחזיק כנגד הלוקח המערער כנגדו וזהו ממש כס' מהר"ש הלוי ז"ל בחי' הנז' דבלוקח כנגד לוקח אפי' רשב"ם מודה כמ"ש בעניותי דק' זאת לפנים האר"ש:

ומה שרצו הם יצ"ו לדחות דברי מרן שבתשו' זאת מכח דקא מדמו הם יצ"ו האי דינא דמשתמש בחצר חבירו לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דס"ל למרן גופיה בש"ע סי' קל"ג דמפקינן גם מיתמי ולא טענינן להו הה"נ הכא כ"כ בד"ק לדבר הזה יסלחו הצדיקים דלא דמו להדדי כלל ולא קרב זא"ז אפי' כעוכלא לדנא דשאני חזקת קרקע ממטלטלים

כידוע ותו דאפי' הרב ב"ח ז"ל דפסק כרשב"ם ודעימיה ס"ל למר בהדיא בתשו' סי' ז' ובכ"ח סי' ק"ם סט"ו דבחצר קפדי אינשי ולא עבידי לאושולי או לאוגוריה כיע"ש וכל רבני האח' ז"ל דפליגי בדין מהרמ"א ומהרש"ך ז"ל וס"ל דגם במשתמשים יחד המחזיק עם הבעלים מהניא חזקה למחזיק מוכרח דהכי ס"ל דלא דמו הני תשמישי דחצר לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וכמובן ובהכי ממילא נדחו דבריהם יצ"ו ג"כ במ"ש עוד דלא שבקינן דברי מרן דהובאו בפשיטות בשה"ט להלכה מקמי דבריו שבתשו' וכו' ע"כ ותמהני טובא איך מלאם לבם לכתוב כזאת על מרן ז"ל דסותר עצמו ח"ו מש"ע לתשו' ודחו דבריו שבתשו' הס כי לא להזכיר כי רב המרחק ביניהם וזה פשוט:

ומ"ש עוד שדברי מרן ז"ל בתשו' הנז' אינם מבוארים בפי' ליתא כלל דאדרבא ד"ק ז"ל מבוארים יפה ואין לך ביאור יותר מזה דקרי בחייל דטוענין ללוקח וכו' ומה הי"ל לבאר יותר מזה:

ומה שהקשו על מרן האח' ז"ל והם יצ"ו נמשכו אחריהם דלא טענינן ליורש וללוקח מידי דלא הוה מהימן המוריש והמוכר שלהם בלא עדים וראיה והם יצ"ו האריכו בזה לענד"ן דלק"מ דשאני נדון מרן דתרוויהו לוקחים הוו ומשו"ה כתב מרן דטוענין ללוקח הבא בטענת חזקה להחזיקו בחזקתו כיון דגם המערער שכנגדו לוקח הוי וע"כ ל"א דלא ט טענינן ליורש. וללוקח היכא דגם המוריש והמוכר לא הוו מהימני בטענתייהו בלתי ראיה אינו אלא בלוקח ויורש כנגד הבעלים הראשונים עצמם המערערים כנגדם ברם כנגד לוקח שכמותו דלא ידע בבירור דלא קנה שכנגדו מבעלים הראשונים טענינן ליורש וללוקח הבא מכח חזקה כנגד היורש ולוקח שכנגדו והם הם דברי הרב מהר"ש הלוי ז"ל ממש ובזה ניח' לענ"ד מה שהק' על מהרש"ל הרב"ד והרב"ע ומהרא"ק ז"ל במטה אשר ז"ל שהביאו הם יצ"ו בד"ק וע"פי האמור לק"מ עליה ודברי מהרש"ל ומרן ז"ל בתשו' זו צדקו יחדיו ואין בהם נסת"ר מהדין הנז"ל כלל כנלע"ד ברור:

עוד כתבו וז"ל ומה גם שאם אנו מפרשים דברי מרן וכו' א"כ יוצא וכו' ע"כ הנה מאי דמספק"ל בדברי מרן ז"ל אם חוזרים דבריו גם על היזק עשן וכו' לדידי פשיטא לי טובא דדוקא על היזק עשן והנכנסים ויוצאים קאי מרן ז"ל דהני תרי נזקי לית להו חזקה כלל שכן מבוארים דברי מרן ז"ל בתשו' זו דקאי עלייהו דוקא וזה פשוט בלתי ס' אצלי כלל:

ומ"ש הם יצ"ו דא"כ יוצא שדבריו הם נגד השס' דלא יחפור וכו' נלע"ד דלק"מ כלל דהנה אמת דכ"כ מהריב"ל בח"ג סי' ג"ל והביא ראיה מסוגיא זו דלא יחפור דבקוטרא גופיה דלית ביה חזקה אין טוענין ללוקח וכו' יע"ש וכ"כ משמו הרב נח"בך והרב נדיב לב ז"ל וש"פ ז"ל מ"מ זאת מצינו להר"ש בא ז"ל בתולדות אדם סי' מ' שהביא לס' השואל כנ"ד

דהכי ס"ל למר דאע"ג דהאב לא היה נאמן בלתי ראיה מ"מ ליתמי טענינן וחיליה דמר מאותה סוגיא ד"פ חזקת עצמה דאמרי' אם מת על האחין להביא ראיה אלא דהרשב"א ז"ל התם פליג עליה יה ודחה ראייתו הנז' יע"ש וכבר הביא ד"ק הרב כנ"הג ז"ל בח"מ מ"ב סי' ק"ח הגהט"ו אות ג' יע"ש וכן תראה למהרש"ך ז"ל בח"ב סי' קפ"ג שהביא דברי מהריב"ל הנז' וכתב עליו שהוא דין מחודש וצריך לעמוד עליו דיראה דבכל גוונא טענינן ליורש אף שהמוכר היה צריך לברר דבריו בעדים מ"מ וכ וכו' עכ"ל יע"ש והכי חזינא למהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' רנ"ס דס"ל להדיא דטוענין ללוקח גם במידי דהמוכר היה צריך ראיה לטענתו כיע"ש והגם דמהרש"ג ז"ל בסי' ט"ל תמה עליו יע"ש עכ"פ מידי סברתו לא יצאנו ומ"ש הרב נד"ל ז"ל בדמ"ט ע"א בישוב תשו' מהרשד"ם הנז' יע"ש עם כי באמת דבריו נכונים מ"מ הרב מהרש"ג וש"פ ז"ל לא הבינו כן בדברי מהרשד"ם הנ"ל וגם ראיתי להרב מ"מ ז"ל בסי' ס"א שכ"כ וז"ל ואשכחן בגדו' מזו דטענינן ללוקח במי שהחזיק לנזקין גדולים כקוטרא וב"ה דאע"ג דאין חזקתם עולה מ"מ טענינן ללוקח דשמא בעלים הראשונים מכרו או נתנו בערים וקנין כמ"ש מהרשד"ם ומהרש"ך ח"ב סי' קפ"ג וכו' אלמא דאפי' בנזקין גדולים כל שנשתקע שם בעלים והמה באו לרשות אחרת טענינן ללוקח מכר ומתנה בעדים וקנין לצאת ידי כל הדעות וכו' עכ"ל יע"ש הרי להדיא דהביא בפשיטות ממהרשד"ם ומהרש"ך דהכי ס"ל ובודאי דאף הוא היה מתכוין לתשו' מהרשד"ם דסי' רנ"ט הנז' ופסק כוותייהו הוא ז"ל כנז"ל וא"כ לא נפלאת היא ולא רחוקה הסברא לומר דמרן נמי אזיל בשיטת מהרשד"ם ומהרש"ך הנז"ל ועינינו הרואות דמהרש"ך ז"ל עם שעיניו ראו למהריב"ל ז"ל שהביא ראיה מסוגיא זאת דלא יחפור ועכ"ז לא חש לה מר וכתב שזהו דין מחודש כנז"ל א"כ מוכרח דס"ל למר דליכא ראיה מסוגיא זאת דלא יחפור ויש לו לדחותה ולא חש לו' הדחייה מרוב פשיטותה אצלו וכבר ראיתי להרב משנת ר' אליעזר די טולידו ז"ל בח"א סי' צ"ב דקכ"ב ע"א שדחה שפיר לראיית מהריב"ל הלזו מהאי סוגיא ד"פ לא יחפור דליכא דאיה כלל ותמה ע"ד מהריב"ל הנז' שהביא הראייה הנז' וגם תמה ע"ד מהרמ"ט שהק' ע"ד מהרש"ך הנז' יעש"ב וטעמו ונמוקו עמו מדין יעש"ב והכי חזינא להסמ"ע ז"ל בסי' קנ"ה סקנ"ו עמ"ש מרן שם שטוענין ללוקח לומר ראשון עשאו ברשות כתב ע"ז וז"ל בפרישה כתבתי דה"ה בגורן ובורסקי וכל הני דלעיל אלא משום דהאי דינא דמתני' שם וכו' מ"ה כתבו הטור וצמ"ח ג"כ אהאי דינא עכ"ל יע"ש והביאו הכנ"הג סי' הנז' הגהט"ו אות כ"ט בסתם בלתי חולק כלל יע"ש הרי דס"ל להסמ"ע נמי דגם נזקי דגופא דלית בהו חזקה עכ"ז טוענין ללוקח ודגם הטור ומרן ז"ל ס"ל הכי נמי כמבואר בד"ק וכנז"ל והגם דחזינא להרב

ט"ז ז"ל שם דחלק על הסמ"ע בדין זה ותמה עליו מסוגיית לא יחפור הנז' יע"ש מ"מ ברור דהרב ט"ז אזיל בשיטת מהריב"ל ומהרימ"ט ז"ל ודעימייהו והסמ"ע אזיל בשיטת מהרשד"ם ומהרש"ך וכעימייהו דס"ל דטוענין ליורש ולוקח אפי' שהיו צריכים המוריש והמוכר ראיה בעדים לדבריהם והגם דנימא דמהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל חברו לגזיזייהו בתשו' אחרות דהתם אזלי בשיטת מהריב"ל ז"ל וכמ"ש הרב נד"ל ז"ל שם יע"ש מ"מ מאי חזית דסמכת אשאר תשו' ולא אהני תשו' הנז' והא קא חזינן להרב מ"מ ז"ל דסמך אהני תשו' דמהרשד"ם ומהרש"ך הנז' דוקא וכנז"ל וא"כ אנכי לא ידעתי מה כל החרדה הזאת אשר החרידו הם יצ"ו על מרן ז"ל ומלאם לבם לומר עליו שדבריו הם נגד השס' דלא יחפור ח"ו כיון דמצינו לו חבירים מקשיבים לקולו דס"ל כוותיה דטוענין ליורש וללוקח אפי' דהיה צריך מורישו והמוכר לעדים וראיה כנ"ל ואם מפני שהוק' להם מהראיה דאייתי הרב מהריב"ל ז"ל מסו' דלא יחפור כנז' אתמהא טובא דהלא הם עצמם כתבו לעיל מזה דלא מפני שיש קו' ע"ד איזה פסק נדחה דבריו וסברתו דכל קו' י"ל תירוץ וכו' כיעו"ש ואיך עתה אינהו גופייהו דחו דברי מרן ז"ל שבתשו' הנ"ל מכח הקו' הנז' והוא פלא ונעלם מהם ג"כ דברי הרב משנת ר' אליעזר ז"ל דבסי' צ"כ הנז' שכבר דחה שפיר הראיה הנז' בטוט"ו כיעו"ש וכנז"ל ומה גם דאפי' הגאון הרב מהרד"ח ז"ל בנדיב לב סי' ז"ך שנסתייעו הם יצ"ו מד"ק שם חז נא ליה איהו גופיה שם בסי' ט"ו דז"ך ע"כ שעמד שם ע"ד הרב פרמ"א ז"ל בח"א סי' ס"ט שהק' כזאת ע"ד מהרשד"ם ז"ל שבסי' רכ"ז דס"ל התם למהרשד"ם דטענינן ליורש וללוקח אפי' דאם היה לוי המוכר קיים הצריכו להביא עדים וראיה ותמה עליו הרב פרמ"א ז"ל דאם לוי לא היה נאמן אם לא בעדים וראיה שוב לא טענינן גם לב"ך וכמ"ש הפוס' וכו' וע"ז כתב עליו הרב נד"ל ז"ל שם וז"ל אחהמ"ר לא איירייא דמהריב"ל שכ"כ לא כתב הכי אלא בחזקת קוטרא ובה' דל"מ בהו חזקה בטענה אם לא בעדים לא לענין טענת מכר בכ"מ ונרגש וכו' הנה מבואר מד' מהריב"ל דקאי בד' הג"א בהא דאפי' מאי דבעי לברורי המוכר בעדים טענינן ללוקח וכן מתבאר מד' מהרש"ך ח"א סי' ל"ז וגם בח"כ סי' קפ"ג כתב ע"ד מהריב"ל דהוא דין מחודש גם מדברי מהרימ"ט וכו' עכ"ל יע"ש הרי דהרב נד"ל ז"ל גופיה הסכימה דעתו הרחבה פה בסי' ט"ו דמהרש"ך ומהרימ"ט בכמה תשו' ס"ל דלא כמהריב"ל ז"ל וכנז"ל איברא דמה שיצא לחלק בד' מהריב"ל ז"ל דדוקא בקוטרא וב"ה הוא דס"ל הכי אבל בעלמא ס"ל דטענינן ליורש וללוקח אפי' שלא היה נאמן המוכר או המוריש אם לא בעדים וראיה כנז"ל לענ"ד לא זכיתי להבינו כלל דכל היכא דה. וכר או המוריש לא היה נאמן בטענה לבד אם לא בעדים וראיה א"כ הו"ל כקוטרא וב"ה ולא טענינן ליורש

וללוקח כיון שאביהם לא היה נאמן בלתי עדים וראיה ומה בין ז"לז ומה שהוכיח מסו"ד מהריב"ל דקאי בד' ההג"א בהא דאפי' מה דבעי לברורי המוכר בעדים טענינן ללוקח אנכי לא ידעתי מה הבין בדברי מהריב"ל שכתב ע"ד הג"א וז"ל דהמעיין יראה דאינו ענין לנ"ד ואינו חולק עכ"ל דדבריו אלו באו כט' החתום וכמה דיות נשתפכו בד' הפוס' ז"ל להבין כוונת ד"ק הנז"ל וכל אחד לדרכו פנה כמ"שיר המעיין הלא בספרתם ולקמן בס"ד אבאר מה שנלע"ד בכוונת ד"ק ומשם באר"ה איך שיהיה עכ"פ נקוט מיהא דס"ל למר הכא בפשיטות דדעת מהרש"ך ומהרימ"ט הוא דלא כמהריב"ל ז"ל ובזה ניחא ליה נמי תשו' מהרשד"ם דסי' רכ"ז הנ"ל וכמבואר א"כ אינו רחוק הדבר לומר דמרן ז"ל נמי הכי ס"ל למר דטענינן ליורש וללוקח אפי' דהוה בעי המוכר או המוריש עדים והאיה אפי' בקוטרא כנ"ד מרן ז"ל ודלא כמהריב"ל ודעימיה וכמדובר:

ובפרט למש"ל דמרן ז"ל מיירי בנ"ד דשני השכנים לוקחים הוו ובהא הוא דס"ל למר"ן ז"ל דטוענין ללוקח הבא בכח חזקה כיון שיש עדים שגם ביתו הראשון היה עושה מלאכה זו בחצר ולא. מיחו בידו השכנים ואח"כ קנה הוא או ירש ועשה מלאכה זו עצמה אנן טענינן ליה שמא בעל ביתו הראשון קנה מיד שכניו שמחלו לו כיון שהלוקח שכנגדו הבא למונעו עכשיו אינו יכול לטעון עליו טענת בריא שלא קנה בעל ביתו הראשון של שכנו מיד שכניו שמחלו לו כיון דאינו יודע בבירור אם היה כן או לא משו"ה ס"ל למרן בתשו' זאת דטוענין ללוקח בכה"ג ומאי דאייתי ראיה מרן מפ' לא יחפור הוא על עיקר דהאי דינא דקי"ל טוענין ללוקח וכו' ע"ז כתב כדאיתא בפ' לא יחפור ומיניה נפיק לנ"ד ובהכי א"ש דמרן ז"ל אתי כרוב הפוס' ז"ל דס"ל דלא טענינן ליורש וללוקח אלא מלתא דהוה מהימן המוכר או המוריש בטענתם בלתי עדים וראיה כנז"ל דלפי האמור גם מרן ז"ל הכי ס"ל ושאני הא דנ"ד דתרי לוקחים נינהו ובכה"ג ס"ל למרן דטענינן ללוקח המחזיק כנגד הלוקח המערער כיון שיש עדים שגם בעל ביתו הראשון היה עושה מלאכה זו בפני שכניו שהם בעלי ביתו של הלוקח המערער וה"ט כנ"ל והוא ממש כדס"ל להרב מהר"ש הלוי ז"ל דבלוקח גבי לוקח אפי' רשב"ם מודה וכנז"ל ובהכי א"ש הכל ול"ק תו עליה דמרן ז"ל ול"מ וכמבואר: ואתה תחזה להרב בני יצחק חנן ז"ל בתשו' ס"ד שעמד על נ"ד דהוו יורש לגבי יורש ולוקח לגבי לוקח אי טענינן לראובן המחזיק שבעל החורבה לקח תשמישים אלו ממוריש שמעון כיון שהחזיק שני חזקה או לא ותחי' כתב שלכאורה האי דינא במח' שנוי בין הרב העיטור והראב"ד ז"ל שהביא הטור בסי' ק"ח ושוב כתב וז"ל אמנם נלע"ד דבנ"ד כ"ע מודו דטענינן ואפי' בע"הע יודה דע"כ לק' בע"הע ז"ל אלא התם דאלימא כחא דשטרא וחזקה דלא פרע משום שטרך בידי מ"ב וכו'

אמנם בנ"ד דבעל החורבה החזיק כבר בתשמישים אלו א"כ גדולה חזקה וטענינן דודאי קנאם בעל החורבה מדלא מוחה בו מוריש שמעון ובזה ניחא וכו' וא"כ בנד"ן דהחזקה אשר החזיק בעל החורבה מסייע לראובן ודאי דכ"ע מודו דטע"ל אף שהוא לחוב ליורשי אחריני וכו' עכ"ל יעש"ב וה"ה והוא הטעם בנ"ד דמרן ז"ל בתשו' הנז' דגם בעל ביתו הראשון היה משתמש במלאכה זו הגם דמיירי בקוטרא דלית ביה חזקה עכ"פ השימוש עצמו שהיה משתמש בעל ביתו של ראובן במלאכה זו מסייע ליה לראובן הלוקח בכה"ג ס"ל למרן ז"ל דטענינן ליה כנגד הלוקח שכנגדו וה"ה וכמובן והדברים ברורים:

עוד כתבו וז"ל ואעיקרא בנ"ד מאחר דהיורשים ולוקחים עומדים בחוץ ממש וכו' ע"כ והרואה יראה דל"ד הא דנ"ד למ"ש הכנ"הג בסי' קמ"ו שהביאו הם יצ"ו כלל דהתם הבא מבחוץ רוצה להחזיק בביתו של חבירו לגמרי בטענה שהוא שלו שקנאו מפ' בזה ודאי ל"מ טענתיה כלל לכ"ע.. לא כן בנ"ד שאלו העומדים בחוץ הבאים בטענת חזקה אינם רוצים להחזיק בבית ובחצר לגמרי ולהוציאם ממנו רק רצונם לישאר ולהניחם בחזקת' לשאוב מים מאצלם כמנהגם מאז ומקדם והול"מ ובכי הא לאו להוציא מיקרי כלל אלא לאוקומי ממש הוי דמה באו להוציא הלא הם רוצים לישאר ולעמוד בחזקתם לשאוב מים דוקא והא ודאי כה"ג לאו להוציא הוי כלל:

ובזה ממילא נדחה נמי מ"ש עוד הם יצ"ו וז"ל וגם דברי מרן וכו' נוכל לומר וכו' ע"כ וע"פי האמור ליתא כלל דהאמת יורה דרכו דהא דנ"ד ל"מ להוציא כצל רק לאוקומי הוי דוקא וכאמור והכין חזינא להרב בני יצחק חנן ז"ל בסי' ד' הנז' שכ"כ לנ"ד דלאוקומי מיקרי ולא להוציא כיון שכבר החזיק בתשמישי החצר הוא ובעל ביתו שנים רבות א"כ מוק' להו אחזקתייהו וכו' ובהכי תריץ יתיב תשו' הרשב"א כתי' שהביא הוא ז"ל יע"ש ונד"ן דכוותייהו ממש כיון דבעלים הראשוני' ממש של זה החצר הק' וכל הלוקחי' הבאים אחריהם עד היום הזה הוחזקו לשאוב מים מזה החצר הגדו' א"כ מוק' להו אחזקתייהו ולא הוי להוציא כלל וכמדובר וזה ברור: ועוד דאפי' יהיבנא להו כל דייתייהו דנ"ד מיקרי להוציא ממש משא"כ האמת לענ"ד וכנז"ל מ"מ עכצ"ל למרן ז"ל בתשו' זו דטענינן ליורש ולוקח אפי' להוציא שהרי קי"ל כל היזק מבורר להוציא מיקרי והניזק הוא המוחזק וכמ"ש הרב בנ"י חנן ז"ל שם ומרן החבי"ב ז"ל בתשו' בע"ח ת"מ סי' צ"ח האריך בזה וכ"כ שאר הפוס' ז"ל ע"ע הלא בס' וא"כ היכי ס"ל למרן ז"ל בתשו' זו דאין הניזק יכול למונעו משום דטוענין וכו' אם לא שנאמר דס"ל למרן דטוענין להו אף להוציא וכדס"ל להריב"ש בסי' רי"א כמ"ש בשמו מהרשד"ם בח"מ סי' רס"א והכנ"הג בסי' ק"ח אות מ"ד ובסי' קמ"ו אות מ"ג והכי ס"ל נמי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' שכ"ח ה"ד הכנ"הג סי' ה"ח

שם וא"כ אינו רחוק הדבר לו' דה"נ ס"ל למרן ז"ל בתשו' זו וכמובן והכי נקיט בפשוט בד' הריב"ש ז"ל מר בריה דמהר"ש יונה ז"ל בביאורו לסי' קנ"ג יע"ש ועיין להרב ידי דוד קראסו ז"ל קכ"ו דקנ"ו ודקנ"ז מה שהאריך בזה יעש"ב ואפי' למ"ש הרב הגדול ר"ל מהרד"ח ז"ל בנדיב לב סי' ז"ך דמ"ח ע"ד דמהרשד"ם ומהרי"א ז"ל לא פליגי בהכי כלל ולכ"ע ס"ל דלא טענינן להו להוציא ושאני התם דפלוגתייהו הוי דצמר עביד לשוכר הוא המוחזק והו"ל טענינן להחזיק ולמר דמשכיר הוא המוחזק ולא טעני' ליתו' השוכר להוציא וה"ט דמהרי"א ז"ל דס"ל דיתום השוכר חשיב מוחזק ה"ט הוא משום כח השטר שבידו דאית ביה נאמנות משו"ה חשיב מוחזק ומכח זה תמה הוא ז"ל שם על הכנ"הג ז"ל דמשוי פלוגתא בין מהרי"א עם מהרשד"ם יעש"ב הנה גם בנ"ד דמרן ודדידן נמי חזקת השימוש דידהו מסייעת להו למחזיקים בה להחשיבם מוחזקים וכמש"ל משם הרב ב"ע חנן ז"ל שהסכים כן בנ"ד בין לדעת העיטור ובין ל"ד הראב"ד ז"ל וכמש"ל. וגם א"ש עובדא דנ"ד להחשיבם מוחזקים להבאים בטענת חזקה וטענינן להו ולא הוי להוציא כלל אפי' לדעת עליון הרב נד"ל ז"ל כפי מ"ש הוא ז"ל שם דמ"ט ע"ב בדעת הריב"ש ז"ל דסי' היא והכי אמר מר דבקושטא ליכא למשמע מדברי הריב"ש דסובר דאפ' להוציא טענינן ליורש אלא דוקא משום דהוא להחזיק כיון דהחזיק ג"ש בסמיכת קורה בכותל והוי חזקה גמורה לד' הרמב"ן ור"י ז"ל הרי שפיר טענינן ליורש וכו' הה"נ הכא בנ"ד הריב"ש כיון דהחזקה שהוק' אנן ט"ל מאי דמצי אבוהון למטען שקנה הכותל כולו ואיך תיסק אדעתין לומר דזה מיקרי להוציא שאינו כי אם להחזיק וכו' אתד"ק עש"ב הנה מתבאר מד"ק דחשיב לחזקה דנדון הריב"ש ז"ל דהויא חזקה גמורה משום דהכי ס"ל להרמב"ן ור"י ז"ל הגם דלדעת הר"י ברצלוני בשם גאון ז"ל ס"ל דלא הויא חזקה למקום הכותל והאבנים וכתב הריב"ש ז"ל שם דלפי"ד הגאון והרי"ף ז"ל הנז' א"כ בנד"ו אינו יכול לסמוך ולהוסיף כיון שאין לו חלק בגוף הכותל וכו' יע"ש ועכ"י ס"ל להרב נד"ל ז"ל דכיון דלד' הרמב"ן ור"י ז"ל שהביא הריב"ש בתר הכי דפליגי על הגאון חשיב ראובן הוא המוחזק ומשו"ה הוא דס"ל להריב"ש ז"ל דט"ל להחזיק ולא הוי להוציא כמבואר כ"ז בד"ק הנז' א"כ איפה ה"ה והוא הט' בנ"ד כיון דלדעת רבני האח' ז"ל דאפי' דמשתמשים יחד הבע"הב עם המחזיק עכ"ז מהניא חזקת המחזיק להרי"פ ודעימיה א"כ לדידהו הויא חזקת בני החצר הקט' חזקה גמורה הוי א"כ טענינן להו להחזיקם בחזקתם דוקא הגם דלדעת מהרמ"א ומהרש"ך ודעימייהו לא מהניא חזקתם לכ"ע עכ"ז חשיבי מוחזקים לד' רבני האח' ז"ל החולקים דומיא ממש למ"ש הרב נד"ל ז"ל בדעת הריב"ש ז"ל ואין הפרש ביניהם אפי' כמלא נימא כלל כמובן ונמצא דבין לדעת הפוס' ז"ל דס"ל דהריב"ש

ומהרי"א ז"ל ס"ל דטענינן ליורש וללוקח גם להוציא כנ"ל מ"מ א"ש תשו' מרן ז"ל ונ"ד דמצ"ל דגם מרן הכי ס"ל וכנז"ל ובין לדעת עליון הרב נד"ל ז"ל דסובר דגם הריב"ש ומהרי"א ז"ל כרוב הפוס' ז"ל דלא טענינן להו להוציא כלל ואין גם אחד מהפוס' ז"ל דס"ל דטענינן להוציא כיעו"ש עכ"ז א"ש הא דנ"ד חשיב נמי להחזיק ולא להוציא וככל מ"ש הוא ז"ל ע"ד מהרי"א והריב"ש ז"ל וככל האמור ומדובר והדברים ברורים:

ומלבד כל האמור לעיל בדעת מרן ז"ל אנכי הרואה עתה הפעם שאין אנו צריכים לזה כלל בנ"ד כפי מ"ש בשאלה שסדורה מהם יצ"ו הארוכה שלא יכולתי להעתיקה מרוב אורכה והם אמרו שכן טען בפי' בעל החצר הקט' הקונה בפי' אתמר ואין אנו צריכים לטעון בעדו כלל ומוצלים. אנחנו מכל השקי"ט הנ"ל בדעת מרן ז"ל והכי איתא בשאלתם וז"ל ועוד בה שאני זוכר שבשטר מתנת החצר הקטנה שקנה מר אבי מבעלים הראשונים של בני החצר הקט' כתוב בו שיש לנו חלק במים של בריכת מים הניגרים הנ"ל והשטר ההוא הוא אבוד ואני אומר שמ"ש בשטר ההוא כך שי"ל חלק במים וכו' היינו הכוונה שי"ל חלק במים מתורת מכר וכו' עכ"ל הרי מפורש דיורש הלוקח הראשון עצמו טוען כך בפה מלא ששטר מכר הי"ל בחלק אחד במים הללו ואבד ממנו ועיין להכנ"הג ז"ל בסי' קמ"ו הגהט"ו אות רי"ש וז"ל יורש שמכר ללוקח וכתב לו שטר על המכירה שמכר לפ' זכות חצירו זה הוראה שהי"ל זכות זה שמכר ללוקח דאי לא לא חציף איניש למכור זכות שאינו שלו מהר"ש הלוי סי' נ"ד יע"ש ואם אמת הדבר בנ"ד שכך היה כתוב בשטר המקנה שלהם כטענת ראובן הנ"ל ודאי דכוונת אומרו שי"ל חלק במים שהוא בתורת מכר כטענת ראובן דאם לא היה להם באמת חלק במים בתו' מכר לא הוה חציף למכור המוכר להם מה שאינו שלו וכדברי מהר"ש הלוי הנז' והגם כי כעת מפיו אנו חיין ולא נראה בעליל השטר הנז' מ"מ כיון שטוען כן בבריא ולא צרכינן אנן לטעון בעדו כלל ודאי דמהימנינן ליה בנו ענתיה וכמ"ש מרן ז"ל בתשו' הנז' רק צריך לקבל עליו ח"ס שכן הוא באמת ומוק' להו אחזקתייהו עפי' טענתו הנ"ל וכמדובר:

ומ"ש עוד הם יצ"ו על תשו' מרן ז"ל דעדין יכו"ל המוחזק קי"ל נגד מ"ש מרן בתשו' כיון דבמח' היא שנויה וכו' ע"כ הנה אמת שכן כתבתי גם אני עני בספרי הקטן פני יצחק ח"א בכמה תשו' ובהשמטותי שם וכ"כ עוד בתשו' אחרת שבכת"י אצלי עדין כדבריהם יצ"ו ברם אני אומר בפה מלא הדרי בי מזה עתה הפעם בהיות כי רואה אנכי כי מזה יותר מ"ג דורות כל רבני הדור מארי דאתרין ז"ל קיימו וקבלו עליהם לדון הלכה למעשה כמרן ז"ל גם במ"ש בתשו' אפי' להוציא כמבואר בתשו' אפי' להוציא כמבואר בתשו' הרב מהרמ"ג ז"ל בבירך משה וכן ראיתי כעת כתוב מכתיה"ק הרב המופלא מארי דאתרין כמהר"י

ענתיבי ז"ל וכן היה דן אחריו הרב המופלא מ"ד כמהרא"י ז"ל וא"כ כיון דחזינן שנהגו לדון כן דור אחר דור יותר מ"ג דורות כנ"ל נעשה מנהג קבוע מדייני העיר ז"ל עצמם ואין לומר עוד קי"ל דלא כמרן בתשו' נגד המנהג הזה ודלא כמ"ש אני עני בהשמטות ספרי זוטא הנז' והבאתי ראיה ממ"ש הרב ידי דוד ז"ל בסי' קמ"ב יע"ש דליתא להא בכה"ג כיון שהרבנים עצמם שבכל דור ודור הם עצמם נהגו ודנו כמרן גם בתשו' היכי מצ"ל תו קי"ל נגד מ"ש מרן בתשו' ועיין להר הגדול מהרח"פ ז"ל בס' הנד"מ חוקות החיים סי' טו"ב שכ"כ להדיא דכל שנהגו לדון בפלוגתא דרבוותא כחד מה מהפוס' דור אחר דור עד ג' דורות הוי מנהג קבוע ואין לו' עוד קי"ל נגד המנהג הנז' יע"ש ובסי' מ"ח האריך קצת יותר בזה יע"ש וכ"כ עוד בס' הבהיר גנזי חיים הנד"מ דקל"א ריש ע"ב יעש"ב ובכן אוף אנן נמי חיובא רמי עלן לילך בעקבותהם של הרבנים ז"ל הקודמים לנו מארי דאתרין לדון דוקא כמרן ז"ל גם בתשו' אפי' להוציא כיון שכבר נהגו ודנו כן דור אחר דור כנ"ל ואין אנו וכו' עוד ל"ו קי"ל כמ"ד שלא קבלנו הוראות מרן בתשו' כלל ודלא כמ"ש אני עני בכל תשו' הנז' וגם דלא כמ"ש הם ג"כ יצ"ו וברור:

וראיתי עוד מ"ש משם הרב זכות אבות ז"ל שכתב משם מהרא"ק ז"ל דס"ל למר דאף אם היה במציאות שגם היורשים היו מוחזקים כיון שאינם יודעים האמת אם קנויה היתה ביד אביהם אם לאו רק שבאים בט' שמא בכח החזקה מפקינן לה מנייהו ומו"ק לה ביד הק"ק וב"ך שהם הבעלים ה"א וכמפורש בתשו' הרא"ש כלל ל"ט יע"ש ובודאי שכוונתם יצ"ו בהעתיקם דבריו הללו הוא ודאי למילף מניה לנ"ד במכ"ש ובק"ו וכמובן והנה ס' זכות אבות הנז' לא נמצא אצלי כעת לראות הדברים בשורשם ואם הדברים ככתבן לכאורה נראין דברי מהרא"ק ז"ל הללו הפך משנה ערוכה בפ' חזקת דתנן התם והבא מחמת ירושה א"צ טענה ופסקוה כל הפוס' ז"ל ומכללם הטור ומרן ז"ל בסי' קמ"ו יע"ש ואיך הסכים הוא ז"ל לדון בהפך דמפקי' לה מנייהו ומ"ש הוא ז"ל כמפורש בתשו' הרא"ש וכו' אנכי הרואה לכמה וכמה מגדו' הפוס' ז"ל דדחו דברי הרא"ש ז"ל הנ"ל מהלכה לגמרי דלא קי"ל כהרא"ש ז"ל בהא וכמ"ש בשמם הכנה"ג ז"ל בסי' קמ"ו הגהט"ו אות כ"ה יע"ש ודוחק לומר דמיירי מהרא"ק ז"ל דסמך ע"ד הרא"ש ז"ל מיירי באופן שידוע שקרקע זו היא של המערער אף בחיי אביו וכדאוקים לסברת הרא"ש הנ"ל מהרימ"ט בח"מ סי' ל"א דמשו"ה הצריך הרא"ש ל ליורש לטעון אבי אמר לי שלקחה ממך יע"ש והביאו הכנ"הג ז"ל שם דמ"מ ק"ט איך סמך ע"ד הרא"ש הנז"ל אחר שכל הפוס' דחאוה מהלכה כנ"ל והסכימו דהבא מחמת ירושה א"צ כלל ואפי' שבועה לא

בעי כלל רק ח"ס דשמא אביהם קנה ואינם יודעים בבירור שאביהם לא קנה וכמ"ש הרב ידי דוד בסי' ו' ובסי' ל"ד ובמט"ש שם אות י"ג יע"ש:

וחזינא להטור ומרן ז"ל בסי' קמ"ו סיו"ד בלישנייהו וכתבו וז"ל הבא מחמת ירושה שטוען אני ירשתי ממורישי א"צ טענה אחרת ע"כ הנה מבואר מדקדוק ד"ק הללו דבעי עכ"פ שיטעון היורש אני ירשתי ממורישי והכוונה לומר ששמע מאביו שיש לו בה דין ירושה מחמת שלוקחה היתה בידו ואם אינו טוען טענה זאת דאני ירשתי ממורישי רק טוען אבי החזיק ג"ש ואינו יודע אם קנאה אבי או לא ל"מ טענתיה אפי' שהוא מוחזק בה וכ"ש דאין לט' ליורש תו מידי כיון דאיהו גופיה בא בטענת חזקה וא"כ אפשר דבהכי מיירי נמי מהרא"ק ז"ל דהיורשים באו בטענת חזקה לבד ובשמא לקוחה היא ביד אביהם להכי כתב דל"מ ומפקי' לה מנייהו אכן אכתי ק' דא"כ לא היה ללמוד זה מתשו' הרא"ש ז"ל הנז"ל כיון דההיא דהרא"ש נדחה קרו לה כל הפוס' ז"ל כנז"ל והו"ל לדקדק כן מד' הטור ומרן ז"ל הנז"ל וכמדובר: וע"פי מ"ש בעניותי מדקדוק דברי מרן והטור ז"ל הנ"ל מינח ניחא לי דברי הרב חוקי משפט הבי"ד הרב בני חיי ז"ל בסי' קמ"ו ממה שהק' עליו הרב מים שאל ז"ל בד"ן ע"א והוא דהרב ח"מ הנז' נשאל ברו"ש ולוי שירשו מקום מאביהם ולוי הק' עשו עמו ט"ה והניחוהו לישב על המקום ההוא כמה שנים בחינם ומת לוי וקודם מותו הודה בפ"ע וכו' וע"ז השיבו רש"ל והר"ב ז"ל שהדין עם האחים שחזקה שאע"ט היא וכל זמן שלא טען מכרתם לי וכו' הוי כלא החזיקו בה וכו' ע"כ ותמה עליהם הרב מ"ש ז"ל שם דכיון דאשת לוי באה לטעון שבעלה החזיק וכו' מ"מ מצד שתקרא חזקה שאע"ט לא מצ"ל שהרי קי"ל הלכה ברורה שפ' מרן בסי' קמ"ו דבא מחי' אצט' וכתב מור"ם שם דלוקח ובע"ח כדין יורש וכו' ע"כ יע"ש שהניחו בצ"ע ועפי"ה נלע"ד דלק"מ כיון דמלשון מרן גופיה מבואר דהא דיורש אצט' הי"ד כשטוען אני ירשתי ממורישי דמורה שהמקום ההוא היה של מורישו וראוי להורישו הא אם טען שמורישו החזיק בה ולא מיחו בו אינו זוכה היורש בטענה זו דחיישי' שמא מורישו ברשות ירד לה וחזקתו למ"מ דלהכי פי' ז"ל סגנון טענתו דאומר אני ירשתי ממורישי כנז' וזה מדוקדק יותר מאומרם א"צ טענה אחרת דוק בתיבת אחרת ותשכח דעכ"פ טענת ירושה מיהא בעי דמורה ובא דשל אביו היתה והורישה לבני או לזולתו ולא כמו שהעתיק הוא ז"ל לשון מרן בלתי תיבת אחרת ודייק מניה. דאפי' טענת ירושה לא בעי כלל. ומה גם כיון דבנדון הרבנים ז"ל הנז"ל האלמנה דנ"ד טענה בפי' טענה גרועה שפיר קאמרי ז"ל דלא זכתה האלמנה בטענתה דאפי' דיהיבנא ליה כ"ד דכל הבא מחמת ירושה לא בעי' דלימא ירשתי מ"מ הא מיהא ליכא מאן דפליג שאם היורש טוען בבר יא חובה לעצמו אין לב"ד

עוד לטעון זכות בעדו וכמ"ש מרן ז"ל באבק"ר ס"סי ק"ך הנ"ל וז"ל שלא אמרו טוענין וכו' אלא כשטוענין שמא אבל אם הם טוענין בריא בענין עפי"ד אין להם זכות לא נטעון בשבילם לומר שמא לא היה כך כדי לזכותם כמ"ש הרשב"א בתשו' עכ"ל וכ"כ הכנ"הג ז"ל בסי' ק"ח הגהט"ו אות מ"ה מהרשב"א יע"ש וכבר פסק' מור"ם ז"ל בסי' ר"ץ ססי"ב א"כ כיון שהאלמנה דנ"ד דהרבנים הנז' טענה טענת חזקה שבעלה החזיק ולא מיחו בידו שהיא טענה גרועה שפיר פסקו ז"ל שלא זכתה האלמנה בטענה זו משום דהויא חזקה שאע"ט שאין מקום לב"ד לתקן דבריה כלל וכנז"ל וא"כ נהי דכשם דקי"ל טוענין ליורש ה"נ טענינן ללוקח ולבע"ח והאשה היא בע"ח בכתו' מ"מ הי"ד כשהיא טוענת טענה סתומה שאינה מחייבת עצמה בטענתה או שטוענת לזכות' כטענת מכר ומתנה ברם כשטוענת בריא שהמקום ההוא של בעלה. הוא מפני שישב עליו שני חזקה ולא מיחו בו ולא הזכירה בלשונה טענת מו"מ ה"ז ודאי חזקה שאע"ט דל"מ ואין לב"ד לטעון בעד עוד כלל ותמהני מהרב מים שאל ומהגאון הרב מהרי"ט ז"ל שר המסכים עמו שם שלא נתעוררו בזה: שוב אינה ה' לידי ס' זכות אבות בהשאלה וראיתי מ"ש מהרא"ק ז"ל בס"סי א"ך הנ"ל דברים ככתבם ממש ונפלאתי עליו מאד איך סמך ע"ד הרא"ש הנז' כיון דיחידאה הוא בזה אכן עוד ראיתי לו ז"ל שם סי' כ"ג אות ח' שהביא לשון הרא"ש הנז' וגם דקדק מד' הטור ומרן ז"ל כמ"ש אני עני ועלז לבי שכיוונתי לדעתו בזה אמנם אכתי ק' עליה שלא ראה לכל הפוס' ז"ל שלא סמכו ע"ד הרא"ש הנ"ל כלל וכמש"ל:

איך שיהיה לדאתן עלה הדבר פשוט דמה שרצו ללמוד מד' הרב זכות אבות ומהרא"ק ז"ל הנ"ל אינו אמת כלל כיון דבנ"ד בני חצר הקט' לא באו בטענת חזקה לחוד כי אם גם בטענת מכר ומחילה ולא בטענת שמא כי אם גם בבריא אומרים כן ושטר הי"ל ואבד וכנז"ל ודברי הרבנים ז"ל הנ"ל אינם ענין לנ"ד כלל וכמו שנתבאר והדברים פשוטים הם עד מאד:

כתבו עוד וז"ל ומה גם בנ"ד בענין שאיבת מים וכו' לא קפדי אינשי בהכי כלל וכו' ועיניך תראינה להב"ח והב"ד וכו' והוי דומה ממש למ"ש מרן סי' קל"ג וכו' עכ"ל ולדידי כ"ז אינו אמת כלל דהגם דנימא דלא קפדי הוא דוקא אך אם יום או יומים פעם או פעמים ברם להיותם שואבים תמיד כל הימים זה שנים רבות מאד שהם נכנסים לשאוב כרצונם עשרה פעמים ויותר בכל יום תמיד מימות עולם ומשנים קדמוניות וגם בלילה אפי בחצי הלילה הם פותחים להם לשאוב מים ויש להם הז"ר ומתרבה עליהם הדרך מהנכנסים ויוצאים ועכ"ז נאמר דלא קפדי הא ודאי לא ניתן ליאמר כלל ואין הדעת מקבלתו כלל ועיין במ"ש הסמ"ע בסי' קע"ט ס"א והבי"ד הרב באה"ט שם סק"ב מ"ש בזה יע"ש

והגם דנימא דגם בכה"ג כתבו כן הב"ח והב"ד ז"ל מ"מ רבו כמו רבו החולקים עליהם וס"ל דאפי' משתמשים יחד בחצר הבעלים עם המחזיק עכ"ז מהניא חזקתיה דמחזיק וכמש"ל וכבר כתבתי בעניותי דל"ד כלל הא דנ"ד וכיוצא בו לדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כלל וסברת הפוס' ז"ל החולקים על מהרש"ך ומהרמ"א ודעימיהו בדין הנ"ל תוכיח במישור דל"ד אההדי כלל דהחי' פשוט דדוקא במטלטלין הוא דנאמר האי דינא דסי' קל"ג לא בתשמישי חצר דדינייהו כקרקע גמור וזה פשוט וברור:

ותו דאפי' למטונייהו דתפסו עיקר דברי הרב"ח ז"ל שבתשו' הנז' דמחלק בין בית לחצר דבבית רגילי אינשי לאושולי או לאוגוריה ולא קפדי אינשי וכו' אבל חצר קפדי וכו'. יע"ש עכ"פ הרי דהוא ז"ל גופיה מודה דבחצר קפדי ושאיבת מים דנ"ד הנה היא עומדת בחצר וקפדי ועוד אתה תחזה להרב צדק ומשפט נר"ו בסי' קמ"ו דע"ד ע"ד שדחה חי' הב"ח ז"ל הנז"ל וראייתו מהתוס' ז"ל וכתב עליו דאינה ראיה כלל דהתם כתבו לחלק בין חצר לשדה דבשדה לא קפדי ובחצר קפדי אבל בבית כ"ש דקפדי טפי וכו' יע"ש נמ"ל דבחצר לכ"ע קפדי. ובבית לדעת הרב צדק ומשפט נר"ו כ"ש דקפדי טפי וכנז"ל:

עוד מה שרצו לדמות ענין שאיבת מים דנ"ד עפי"ד הב"ח הנז' והב"ד ז"ל לדברים העשויים להשאיל וכו' כנ"ל עיניהם יחזו להרב ב"ח ז"ל גופיה בסי' קל"ג סי"ג שתי' לקו' הטור ז"ל ע"ד הרמב"ם דס"ל דמי שהיו בידו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אעפי' שמודה ואומר אני יודע שהיו שלך אבל פ' מכרם או נתנם לי אין מוציאין מידו אפי' הביא זה עדים שהיו ידועים אצלו שאדם עשוי למכור את כליו טען זה ואמר אני השאלתים או השכרתים לך מ"מ ע"ב והלן' עליו הראב"ד והטור ז"ל דמה יועיל שיאמר פ' מכרם או נתנם לי אפ' אם היה אותו פ' לפנינו והיה טוען כן לא היה נאמן וכו' והה"מ ז"ל אוקים לד' הרמב"ם דמיירי בטוען המערער טענת גניבה ולא יצא לו שם גניבה בעיר והב"ח ז"ל דחה ד"ק דודאי הרמב"ם ז"ל קאמר אפי' כשהמערער טוען השאלתיו או השכרתיו לאותו פ' אלא דאפי"ה נראה דהדין ד"א כמ"ש הרמב"ם והט' דהמחזיק טוען אלו היה אותו פ' לפנינו היה מעמיד עדים בפני ב"ד שאתה מכרתו או נתתו לו במתנה ומספק אין לב"ד להוציאו מיד המחזיק דשמא י"ל עדים שמכר לו שאדם עשוי למכור כליו ולק' מס"פ המק' דרבא אפיק זוגא דסרבלא וכו' ול"ט ליתמי אלו היה אביהם חי וכו' התם ודאי בירושה דממילא וכו' משא"כ בזה דטוען דלקחם מפ' טענינן דילמא אותו פ' לקחם מן המערער וכו' עכ"ל יעש"ב ועמ"ש עליו הרב שע"המ ז"ל בסוף הל' טוען ומ"ש עליו הרב משנת ר' אליעזר בבס"י צ"ב יע"ש הא קמן דאפי' הב"ח ז"ל גופיה אזיל ומודה גם בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דאם טען המחזיק בהם פ' מכרם או נתנם לי וכו'

לא מפקי' מניה דטענינן ליה אנן דשמא אותו פ' לקחם מהמערער כנז"ל וא"כ ה"ה והוא הט' בנד"ן דהלוקח דאיתיה קמן טוען בפי' שבשטר המקנה שלו כשקנאו מזולתו נכתב בפי' שמכר לו גם חלק. במים הניגרים של אותו חצר הגדו' מחמת שי"ל חלק במים ההם א"כ הוי ממש דומה בדומה לדין הרמב"ם הנז' דס"ל דאין מוציאין מידו ויהיב טעמא הב"ח ז"ל גופיה משום דאנן טענינן ליה דשמא אלו היה חי אותו פ' היה מביא עדים או שטר שמכרו או נתנו לו כנ"ל וה"ה ה"נ בנ"ד דכוותיה ממש וכמבואר כ"ז הוא לדעתיה דמר הרב"ח ז"ל ולסברתייהו יצ"ו דקא מדמו הני תשמישי דבית וחצר לדברים העשו' להשאיל ולהשכיר כן נראה לי אכן בקושטא דל"ד כלל אהדדי דדין דברים העשו' וכו' לא נאמר כי אם במטלטלין ולא. בקרקע וכמדובר ופשוט:

כתבו עוד וז"ל עוד כתב וכו' לזאת נשיב דמלבד וכו' עכ"ל יצ"ו לזאת אשיב אני ג"כ דכן שמעתי מפי מגידי אמת וגם מאחד בעלי החצר הגדו' עצמה שבכל פעם שיצטרכו להוצאות על המים הניגרי הנז' היו לוקחים מבני החצר הקט' הנז' עפי' חשבון השכנים כולם וחלק העולה עליהם הוא חלק שמינית ממש חלק כחלק דהיינו הדרים בחצר הגדו' שבעה חלקים ובני זה החצר הקט' חלק שמיני בחש' מכוון הדק היטב ומעולם לא נתנו בני החצר הגדו' יותר על חלקם כלל וזה ברור מפי המגידים דאיתנהו קמן ולישליינהו אינון ונמצא דמ"ש הם יצ"ו דהיו פורעים כמעט חלק אחד משמינית וכו' אנה"נ שזה אמת ויציב אמנם לא שהיו חייבים לפרוע יותר מזה ולא פרעו אלא שזהו העולה עליהם בהוצאות כפי החשבון וא"כ הוא ראיה גדולה שי"ל חלק וזכות עמהם במים בלתי ס' כלל ופשוט:

עוד כתבו ז"ל עוד בה דהגם וכו' וכשהיו מערערים וכו' עד וכנ"ל עכ"ל הנה כל זה הוא עפי' מונח שהניחו בשאלתם שהיו מערערים תמיד בני חצר הגדו' על בני החצר הקט' וכו' ככתוב בשאלה שהציגו הם יצ"ו בתחי' ד"ק אשר לרוב אורכה לא יכולתי להעתיקה כנז"ל אמנם האמת יורה דרכו כי מעולם לא ערערו בני חצר הגדו' על בני החצר הק' על שאיבת המים כלל זולת זו בלבד פעם אחת רצו בני החצר הק' לעשות בריכת מים המכונסים בחצרם ולמלאתה ממים הניגרים הנ"ל ע"ז הוגד לי מפי מגידי אמת שעמדו בדין פ"א עד"ז ומנעום מלעשות הבריכה הנ"ל ותל"מ ותו אפי' לדבריהם יצ"ו שכתבו שהיו תמיד מערערים עליהם והיו משיבים להם בני החצר הק' שי"ל שטר כדין שי"ל חלק במים וכו' ככתוב בשאלתם הדבר תמה מאד דמה זו שתיקה מהם ואמאי לא אמרו להם אחוו שטרייכו בב"ד ומה שייך בזה מחלוקת שרצו למעט במח' כדכתבו הם יצ"ו אטו מאן דא"ל לחבריה אחווי שטרך בב"ד יעשה עמו מחלוקת ולמה יסמכו על דבריהם

וישתקו להם כ"כ זמן רב כיון שיש דין למטה ותלי"ת יש אלקי"ם שופטים בארץ הול"ל חותו לדינא עמנו ואחוו שטרייכו לב"ד אלא ודאי האמת במה שהוא אמת שכל המונח הזה המסודר בשאלתם הכל הוא שקר גמור ולהד"מ כלל כי מעולם לא ערערו כלל ע"ז וכל באי יושבי עירנו יע"א יעידון יגידון ע"ז ובכן אין מקום לכל מ"ש הם יצ"ו לבטל הוכחה הברורה כשמש ממה שהיו פורעים עמהם בהוצאה חלק כחלק וכדכתיבנא בעניותין וזהו האמו"ץ לכל ישר הולך ושופט בצדק והאריכות בזה עוד הוא יגיעת בשר ואך למותר:

עוד כתבו וז"ל עו"כ וכו' הנה אנן י"ע וכו' עד לא קאי עכ"ל הנה מ"ש הם יצ"ו דכל לגבי דידהו טענה זאת לא נשמעה מפיהם וכו' אנא דאמרי אם לפניהם לא נשמעה הנה אמת דלפני כן טענו האלמנה והא פו"ט של היתו' בפה מלא ויסמכו אדידי ואיהמנותין דתיתי לי שכן טענו לפני בפי' אתמר ותו אפי' לדידהו דלא שמעו טענה זאת מהם ודאי דאנן טענינן להו הכי דמה שדחו לזה הם יצ"ו והם אמרו דלא טענינן להו רק להחזיק ולא להוציא כבר הוכחתי במישור אחת למעלה דגם בנ"ד הוי להחזיק ולא להוציא וגם דהאיכא פוס' ז"ל דס"ל דאפי' להוציא טענינן להו וככל מש"ל אין צורך לכפול הדברים:

ומ"ש עוד דהגם דקי"ל טענינן וכו' הי"ד טענה שהיא מצויה וכו' ע"כ הנה מלבד דהאפו"ט של היתו' יכול לטעון אפי' מלתא דל"ש ואפי' טענת שקר ממש וכמ"ש המט"ש ז"ל משם הפוס' ז"ל בסי' ק"ח הגב"י אות כ"ו יע"ש גם הרב מהר"א ששון ז"ל הב"ד הכנ"הג בסי' ק"ח הגב"י אות ט"ו כתב דטענינן ליתמי גם מידי שאין הדעת סובלתו יע"ש ועמ"ש עליו הגאון החק"ל ז"ל בח"מ ח"א סי' קכ"ו יע"ש וע"ע להרב שם חדש ז"ל בח"א בתשו' הרמתה שבראש ספרו הנז' הבהיר מ"ש בזה בענין שטע"ס היוצא על היתומים ואסף איש טהור שם סברות הפוס' ז"ל בזה יעש"ב עוד בה דהאמת יורה דרכו דהאי טענה בנ"ד יותר קרוב אל הדעת והשכל גוזר ומחייב שכן הוא באמת כטענתם הנז' הבאה לפני כיון דהאמת הוא דמיום שנתייסדו הבתים והחצרות הנז' מיום הווסדה הארץ וע"ע זה דרכם תמיד כל השנים שזה החצר שואב מים מהחצר הגדו' הנ"ל א"כ לא נפלאת היא ולא רחוקה הסברא והטענה הנז' לומר שכן היה תנאי מפורש ביניהם לשאול מים זמ"ז ע"י שקנו זמ"ז חלק במים ההם ושטר ראיה הי"ל ואבד א"נ אינו רחוק לומר ששני החצרות הנ"ל הגדו' והקטנה הללו הם היו לאיש אחד ושוב מכר החצר הקטנה לאיש זר והניח לו זכות וחלק במים הנ"ל ומאן מוכח ומאן לימא לן דלא הוה הכי עובדא דנ"ד וקרוב לודאי דהכי הוה כיון דעין רואה ואוזן שומעת דמיום שנבנו הבתים והחצרות הנז' היו שואבים מים ז"מז כנ"ל א"כ אין לך הוכחה ברורה גדולה מזו

בלתי ס' כלל ובזה ה'ן נסתר הוכחתם שכתבו דשני בני אדם וכו' אבל שני בעלי חצרות וכו' לא ראינו ולא שמענו וכו' ע"כ דאפי' נודה להם בזה מ"מ אכתי טענינן להו דשמא שני החצרות הנז' היו לאיש אחד דוקא וכדי שלא ירבה בהוצאות להביא המים ג"כ לחצרו הקטן היה מסתפק ממים הניגרי' הנ"ל שיש בחצרו הגדו' ושוב הוצרך למכור הקטנה לאיש זר ומכרה ללוקח והניח לו זכות וחלק במים ההם וכן כתב לו בשטר המקנה ללוקח הראשון ואבד כעת ושוב ברוב הימים הלוקח הראשון הנז' מכר הוא או יורשיו לזולתו וגם בעל החצר הגדו' שנשארה לו ברוב הימים מכר הוא או יורשיו גם חצירו הגדולה הנז' ונשארו שני הלוקחים לשתי החצרות הנז' במקום בעליו הראשונים לשאוב מים ז"מז ומי יגלה עפר מעיני בעלים הראשוני' להגיד לנו דלאו הכי הוה עובדא ועוד ראיה גדולה לזה שבכותל הדרומי של המבוי הנז' היה שם חצר קטן ופתחו פתוח בכותל הדרומי הנז' סמוך לחצר הקט' הנז' שברוח מזרחית של המבוי הנז' ולעוד היום נקרא בפי הכל זה החצר שבכותל דרומי הנז' בית ישועה אל אקרע שהוא הוא בעל החצר הגדולה הנז' עצמו עם שמן החצר הגדו' הנז' לחצר זה שבכותל דרומי יש שני חצרות מפסיקים כעת והם לבעלים אחרים כידוע אלא שכעת זה החצר שבדרום הנז' כבר נלקח ונכנס לפנים ונסתם הפתח שבמבוי הנז' לגמרי כידוע אמנם יש זקנים בדור שמכירים שהוא בית של ישועה אקרע כנ"ל שהוא היה בעל החצר הגדולה הנז' א"כ אינו רחוק לומר שגם החצר הקטנה שבצד מזרח המבוי הנז' היה ג"כ לישועה אקרע הנ"ל עצמו וכנז"ל:

ומ"ש עוד וז"ל ובפרט דבר. כזה בנ"ד וכו' ע"כ הנה מ"ש הם יצ"ו שהחצר הקטנה היא בסוף המבוי הנז' ממש וכו' הן אמת שכן הוא שהחצר הקטנה היא בסוף המבוי הנז' מ"מ אינה באותו צד עצמו של החצר הגדו' דהיינו בצד מערב של המבוי רק היא ברוח מזרח המבוי ורוחב המבוי. הוא צר מאד ובני החצר הקטנה יוצאים מפתח ביתם שבתוך המבוי הנז' ומשם הולכים תוך המבוי להחצר הגדו' הנז' לשאוב מים משם אפי' נאמר שי"ל מהלך ן' אמה באורך עד שיגיעו לחצר הגדו' הנז' מ"מ מאי אכפת ומאי אית להו למעבד כיון דחלקם במים הניגרים הוא עומד שם בחצר הגדו' הנז' ושם יש להם זכות לשאוב ולא ממ"א וזה ראיה גדו' להם שכיון שאינם נכנסים לשאוב מים כי אם מחצר הגדו' הנז' ואינם נכנסים לשאר החצרות הנז' שבתוך המבוי הנז' ש"מ שבחצר זה יש להם זכות לשאוב ולא ממ"א כנ"ל: ומ"ש עוד וז"ל וגם יש ביניהם ב' וג' חצרות וכו' לשון זה מורה שכולם בצד אחד וגם זה החצר הקטן ויש בינו ובין החצר הגדו' הנז' ב' וג' חצרות ואין כן האמת כלל רק שהחצרות הנז' כולם בצד מערב זולת החצר הקטנה הנז'

היא בצד מזרח המבוי הנז' וא"כ אפי' שכשיוצאים בני החצר הקטנה מפתח ביתם למבוי הנז' ללכת לחצר הגדו' לשאוב עוברים על פתחי החצירות הנז' שהם אחר חצר הגדו' הנז' מאי אכפת ומאי הוי אדרבא מדעוברים עליהם ואינם שואבים מים מהם להקל הטורח מעליהם כיון שיותר הם קרובים להם ועכ"ז אינם שואבים מהם כי אם מחצר הגדולה הנז' הא ודאי משום דבמים שבחצר הגדו' הנז' יש להם זכות גדול וחלק יפה באותם המים על חצר הגדולה הנז"ל וא"כ אדרבא. היא הנותנת לומר דצדקו בטענתם בני חצר הקטנה ואנן נמי טענינן להו דהכי הוא בודאי כיון שהם עוברים על ב' וג' חצרות בדרך המבוי הנז' קודם הגעתם לחצר הגדו' הנז' ועכ"ז אינם שואבים מים כי אם מחצר הגד הנז' א"כ אין לך ראיה גדו' מזו כי הדין עמהם וצדקו בדבריהם בני חצר הקט' שיש להם חלק וזכות גדול במים שבחצר הגדו' ואנן נמי טענינן להו הכי ולא הוא מילתא דלא שכיחא כלל דבאמת שכיחא ושכיחא וכנז"ל ואין לדחות ולומר דמשום דבשאר חצי רות אין בהם מים הניגרים כלל רק מי מעין באר מ"ח ולא יניחום בעלי החצרות ההם לשאוב מאצלם דמטי להו פסידא בחבל ובדלי שלהם משו"ה הם טורחים והולכים לשאוב מחצר הגדו' הנז' דהא ודאי לאו מלתא היא דהא היו יכולים להשתתף עמהם בהוצאת החבל והדלי או לעשות להם לעצמם חבל ודלי דבכה"ג ודאי לא היו מונעים אותם מלשאוב מבארם כיון דלא מטי להו פסידא תו מידי דבמים עצמם אין להם חסרון כלל דהא יותר יוצא מים מהבאר כשממלאים ממנו כנודע אל"ו דהנו' שאינם שואבים מהם משום דאין להם חלק ונחלה אצלם בבארות הנז' וכסיפא להו מלתא טובא להכנס אצלם לשאוב בתו' צדקה כמאן דלאו דיליה דבהית וכו' וגם בעלי החצרות הנז' קפדי עלייהו טובא להיות נכנסים ויוצאים אצלם אשר לא כן בחצר הגדולה הנז' אלולי דברור להם דיש להם זכות וחלק במים הניגרים הנז' לא היו נכנסי' לשם לשאוב מים תדיר ימים גם לילות זה שנים רבות מיום הווסדי הבתים והחצרות הנז' וגם הוו קפדי עלייהו בעלי החצר הגדו' הקודמים לאלו המערערים כעת וכדבר האמור והדברים ברורים:

עו"כ וז"ל ומה שנסתייע לדבריו מד' הדב"מ וכו' ע"כ הנה הרואה יראה כי פה שלא מצאו מענה לדחות את דברי המצודקי' והמיוסדים על אדני פז לענ"ד תפסו עיקר לדחייתי שדחיתי אני עצמי בדרך אין לומר הם עשאוה קרן קיימת ביש לומר והסכימו כן דדוקא בהכי איירי הרב דב"מ ז"ל דהיינו במעבר וכיוצא וכו' ועל מ"ש אני עני דהא איתא דמהראיות שהביא וכו' לא חשו להשיב ע"ז כלל ואנכי לא ידעתי מה יענו לזה דהא באמת כל הבקיאיות שהביא שם מוכחי להדיא דלאו ו במעבר וכיוצא דוקא הוא דאמרי' הכי אלא אפי' בעיקר הבית או השדה אמרי' הכי דומיא דההיא דשכוני גוואי דבבית

או בשדה איירי התם בשס' דאמרי' בה דאי ליכא סהדי דהאי ארעא דמערער הוה כ"ע לא פליגי דא"צ הלוקח להביא ראיה יע"ש וא"כ מוכרח לומר דלאו במעבר וכיוצא הוא דאמרה הרב ז"ל וזה פשוט מעצמו: ומ"ש עוד וז"ל דאי לפי"ד הו"ל להרב"ע וכו' ע"כ תמהני אם יצאו דברים אלו מפיהם ומפי כתבם דהא ודאי התשו' לזה פשוטה מאליה דמשום דנראה ברור דהרב"ע ז"ל כי אתשיל מקמיה להכי אתשיל על נדון מעבר שהוא כנגד בתי שמעון ומחזיק בו גם ראובן לעבור דרך שם וכו' להכי כתב הרב ז"ל מציאות כזאת דקאי על נ"ד ועליה הוא דן ולהכי הביא לנו תחי' דיבר דברי מהרח"ש וכו' ולאהבת הקיצור לא הביא בתחי' צורת השאלה דנדונו הנז' כי מתוך התשו' יובן השאלה ומאי מקשו הם יצ"ו דלמ"ל להרב ז"ל לו' משל חדש וכו' ע"כ אתמהא טובא דהא זהו הנדון דאתשיל מקמיה ותו דאי הוה אמר מר כדבריהם יצ"ו דליפלוג וכו' הוה מקשינן עליה טובא דמה בא ללמדנו הוא ז"ל דהא הם הם דברי הרי"ף ז"ל בשם איכא מ"ד והבי"ד מרן בב"י והרב"ע עצמו בסוד"ק הנז' ומאי אתא לאשמועי' הוא ז"ל ולא חידש דבר מעתה אל"ו משום דהוא ז"ל נשאל בנ"ד על מעבר להכי נחית לאשמועי' עיקר דינו דאתשיל עליה וזה ברור וע"ע במפתחות תשו' הדב"מ ז"ל על סי' הנז"ל:

ומה שדחו עוד הראיה שהבאתי בעניותי מד' מהרימ"ט דסי' כ"ט והם אמרו דשאני התם שידוע בבירור שהיו שות' יחד וכו' לדידי לא שמיע לי כלו' לא ס"ל הכי דודאי דלאו בדוקא כ"כ מהרימ"ט ז"ל דמשום שהיה ידוע שהיו שות' יחד וכו' הוא שכ"כ דהא ודאי אפי' דליכא סהדי דהאי ארעא דמערער היא סגי בהכי דתו א"צ הלוקח להביא ראיה כמ"ש הרי"פ ז"ל וכנז"ל וא"כ איך יכתוב מהרימ"ט דדוקא בנ"ד שהיה ידוע שהיו שות' יחד וכו' הוא דאמרי' הכי דהא באמת אפי' שאינו ידוע שהיו שות' יחד כל דליכא סהדי למערער דדידיה היא סגי בהכי לאוקומיה בידיה דמחזיק אלא ודאי דלאו בדוקא כ"כ מהרימ"ט ז"ל אלא דמשום דהכי הוה עובדא בנ"ד ולרווחא דמילתא הוא הכ"כ והכי מוכח להדיא מדברי הרב עולת שמואל ז"ל סי' כ"ד דב"ן ע"א דאייתי ראיה לנ"ד מד' מהרימ"ט הנז"ל יעש"ב אשר גם מדבריו ז"ל נפק"ל לנ"ד לזכות בני החצר הקט' וכמ"ש לקמן בס"ד ומשם באר"ה:

עוד כתבו וז"ל גם כתב וכו' גם בזה עהס"ר וכו' ע"כ ושיחתם בזה איני מכיר כלל דכל ישר הולך ושופט בצדק דן ידין דנ"ד דמי ממש לנדון הרב נחב"ך ז"ל בלתי ס' כלל ואין הפרש ביניהם רק זו בלבד שניהם מזיקין זא"ז משא"כ בנ"ד ותו ל"מ כלל דכי היכי דהתם המזיק הוא עומד במקומו ומחזיק בפתח ההוא ליכנס ולצאת ובני החצר התחתונה הם באים לסתום בפניו את הפתח ההוא כדי למנוע ההזק כמו כן ממש בנד"ן בני החצר הקטנה

הם במקומם עומדים ומחזיקים בפתח החצר הגדו' ליכנס לשאוב מים ובני החצר הגדו' הם באים כעת למונעם וכי היכי דהתם אסיק הרב ז"ל דלדעת רובא דרבוותא המזיק הוא המוחזק וכו' הה"נ בנד"ן דכוותה ממש ומה הל' אומרת שכתבו וז"ל וזה אינו דומה לנ"ד וכו' ע"כ דמי יתן וידעתי מה באו להוציא מידו המזיק מהניזק הלא אינו בא אלא לעמוד בחזקתו לשאוב מים כמנהגו ותל"מ באופן דלא ראיתי מקום חלות' לדבריהם בדחייתם זאת כלל ועהס"ר שלא כיוונו יפה גם בזאת ומזה הוברר דבתר דידי קאזלי לדחות ולסתור דברי כאשר יהוה האופן והא ליתא כי האמת יורה דרכו וקושטא קאי:

ומ"ש עוד וז"ל ובלאו"ה כבר תבריה וכו' ע"כ גם בזה אני תמיה עליהם טובא איך ידחו האמת ויכפו עליו פסכתר ויכסו השמש בכברה כאלו המעיין שכנגדם אינו יודע להשיבם כהוגן והוא פלא עצום עליהם יצ"ו לכתוב ידם כזאת מאחר דהרב ז"ל קרי בחייל דכל טעמו שחזר בו מלזכות את הק"ק בטענתם עם דרובא דרבוותא ס"ל שהם המוחזקים הט' משום מ"ש הוא ז"ל שם בדס"ו ראש ע"ד וז"ל אכן אחר וכו' וא"כ בנ"ד שכבר הוכחנו לעיל דכיון שהיו מזיקין זא"ז אין להם דין חזקה דמי לנזקין גדו' וכו' עכ"ל יעש"ב א"כ הרי מפורש יוצא מד"ק הללו דע"כ לא ס"ל להני רובא דרבוותא דהמזיק הוא המוחזק אלא דוקא היכא דמספק"ל אי הויא חזקה או לא ושאני נ"ד דמזיקין זא"ז דלכ"ע אין להם דין חזקה משו"ה דימה נ"ד לנזקין גדו' כמבואר כ"ז בד"ק הנז' באורך יע"ש א"כ בנ"ד דאיפליגו ביה רבוותא אי מהניא החזקה במשתמשים יחד המחזיק עם בע"הב או ל"מ הא ודאי דבכ"הג דמספק"ל אי הויא חזקה או"ל הוא דס"ל לרובא דרבוותא דהמזיק הוא המוחזק והניזק נקרא מוציא ועליו הראיה וכמ"ש הרב ז"ל בתחי' על נדונו וכנז"ל וא"כ יפה כתבתי אני עני זאת לפנים דמאי דאסיק הרב ז"ל בתר הכי איפכא אינו שייך לנ"ד כמשי"ר המעיין ופשוט ע"כ לשוני שם כוונתי פשוטה דהתם בנדון הרב ז"ל שאני שהיו מזיקין זא"ז לא כן בנ"ד וכנז"ל ואיך מלאם לבם לדמות גש נ"ד שאינם מזיקין זא"ז לנדון הרב שהם מזיקין זא"ז דלית להו דין חזקה לכ"ע ומשום הכי דימה הרב ז"ל נ"ד לנזקין גדולים מה שאין כן נ"ד דאינם מזיקים זה לזה כלל רק בני חצר הגדו' הם ניזוקין ובני חצר הקטנה הם מזיקין ואיכא פלוגתא דרבוותא אי מהניא חזקה דידהו או לא ולד' רובא דרבוותא דמזיק הוא המוחזק הכנ"ל א"כ בודאי הגמור דבכ"הג דנ"ד הדין דין אמת כדכתב הרב הנז' ז"ל בתחי' על נ"ד מהנהו ג' טעמי שכתבם הוא ז"ל שם דס"ז ע"א וכמבואר וכ"ז פשוט וברור אפי' לבר בי רב דחד יומא כאשר ירדוף הקורא בתשו' הרב ז"ל הנז' בין יבין ודן ידין מד"ק ז"ל כדכתי' בעניותין בלתי ס' כלל וכמו שנתבאר:

כתבו עוד וז"ל ומ"ש שם הרב ז"ל וכו' דמדבריו אלה יוצא ראיה וסיעתא וכו' ע"כ אף לזאת יחרד לבי על מיעוט השגחתם בד' הרב ז"ל הנז' עצמם דלא קאי כי אם על נדון דידיה שהם מזיקין זא"ז דל"מ חזקה ה כי אם בראיה שכ"כ הרב ז"ל בדס"ז סע"ד וז"ל וא"כ נ"מ לד' כל הני רבוותא דבנ"ד שהיו מזיקין זא"ז דל"מ חזקה כי אם בראיה לא טעני' לק"ק שמא הראשו' הי"ל ראיה וכו' ע"כ גם בדס"ח ע"א כתב וז"ל וא"כ ה"ה לנ"ד שהם מזיקין זא"ז וכו' יע"ש הנה לפנינו מבואר יוצא מד"ק הנז' דכל מאי דאסיק להלכה הוא על נדון דידיה דוקא שהם מזיקים זא"ז דאין להם חזקה כלל כי אם בראיה כנז"ל ל כן היכא דאיכא מח' בפוס' ז"ל אי מהניא החזקה או לא וכגוונא דנ"ד הא ודאי דאזיל ומודה הרב ז"ל גופיה דהדין עם המחזיק כיון דרובא דרבוותא ס"ל דהמזיק הוא המוחזק והבא לבטל חזקתו עליו הראיה וכמ"ש הוא עצמו בתחי' גם על נדון שלו וכנז"ל והדברים פשוטים וגם במ"ש הרב הנז' שם בריש דס"ח ע"א מסברא דנפשיה דכיון דקי"ל טענינן ליורש וכי' ע"כ אשר מלשון הרב ז"ל זה נסתייעו הם יע"ו כנז' בד"ק הנה מלבד מש"ל דלא קאי רק על נ"ד דאין להם חזקה לכ"ע כ"א בראיה דוקא כיון שהם מזיקין זא"ז לא כן בנ"ד דחזקת בני החצר הקט' שנויה במח' פוס' כנז' עוד זאת אתה תחזה להרב בני יצחק חנן ז"ל בסי' ד' דכתב וז"ל אבל בענין הקי"ל דשניהם שוים בטענותיהם ואין אחד מהם טוען בריא יותר מחבירו אפשר דהמחזיק מיקרי מוחזק שהחזיק כבר וכו' ע"כ הא קמן דהרב ז"ל ס"ל למר דבמח' פוס' המחזיק מיקרי מוחזק ונד"ן דכוותה ממש דחזקת בני חצר הקט' במח' שנויה ובאו לזכות מ"ט קי"ל כיון דאין אחד מהם טוען בריא יותר מחבירו המחזיק הוא המוחזק והגם שהרב הנז' כתב כן בל' אפשר כנ"ל הנה המעיין בסוד"ק בתשו' הנז' בעיניו יראה דהכי אסיק להלכה בנ"ד הגם שעיניו ראו דמהרש"ך ומהרימ"ט ז"ל פליגי עליה וס"ל דכל דמשתמשים יחד ל"מ חזקה למחזיק עכ"ז דחה ד"ק מהלכה וזיכה למחזיק דלא כוותייהו יע"ש ואחריו נמשך הרב עולת שמואל ז"ל בסי' הנז' כנז"ל והא ודאי דטעמייהו הוי משום דס"ל כמש"ל דבענין הקי"ל המחזיק הוא המוחזק וכנ"ל ומינה לנד"ן וכמובן וזה פשוט: באופן שלא מצאתי בכל דבריהם יצ"ו מראש וע"ס שום כח מספיק לדחות דברי ואפי' כמלא נימא והדין דין אמת כמ"ש אני עני לענ"ד ואכתי במקומי אני עומד וככחי אז כחי עתה לזכות האלמנה ובניה בדינם בחזקתם הנ"ל לשאוב מים ובכל מ"ש בעניותי זאת לפנים האר"ש:

ועל מ"ש בסוד"ק שאין אנו אחראין למנין הנפשות ודלא כמ"ש אני עני. גם בזה לדעתי לא צדקו כלל דכפי המונח שזכו בחזקתם לשאוב מים משם כמו שכן הוא האמו"ץ לענ"ד א"כ הרי הם שותפים עם בני חצר הגדו' בשאיבת המים ובדין השות' בחצר או בבית

קי"ל כמ"ש מרן ז"ל בשה"ט סי' קנ"ד ס"ד ובדין השוכר בסי' שי"ו ס"א דאזלינן בתר מנין הנפשות דוקא יע"ש ומניה נדון לנד"ן והדברים פשוטים לענ"ד ודלא כמ"ש הם ינ"ו גם בזה ואכמ"ל בזה והנלע"ד כתבתי לי יא"ה ס"ט:

וזאת תשובתי ג"כ על דברי הרב כפי אהרן נר"ו הנז"ל:

תחי' וראש כתב וז"ל תשו' וכו' עד שכמעט לא הניחו להאריך עוד בזה וכו' ע"כ הנה הרואה יראה כל מ"ש בעניותי לעיל על דבריהם יצ"ו ובעיניו יראה שבאמת הניחו לי מקום להאריך הרבה עוד בזה כיעו"ש: עוד כתב וז"ל ומי לא ידע דיחיד ורבים הלכה כרבים וכו' ע"כ הנה לדבר הזה יסלח האדון דכלל זה דיחיד ורבים לא ניתן ליאמר בכה"ג דנ"ד כלל ולא זכר שר מ"ש הרב מהר"א ששון ז"ל בסי' ר"נ דרי"א ע"ג והביאו הרב כנה"ג ז"ל בכללי הקי"ל אות כ"ב בהאי כללא ובכללא דקים לי וז"ל דזהו דוקא בס' הפוס' והפוס' מתוך כתבם אם לא ראו אלו את אלו ודיברו זע"ז אף שראו הספרים והפסקים אז הוא דאמרי' קי"ל דכיון דלא ראו זה את זה ולא עמדו זה בפני זה אמרי' אולי אם היו שומעים הרוב את דברי המיעוט מפיהם היו מודים וכו' ומשו"ה אמרי' קי"ל אבל אם החכמים או הדיינים נקבצים יחד ושם הם מתווכחים נ"ל דודאי דאז ל"א קי"ל וכו' אלא כדברי התוס' דאותו המיעוט חשיב כמי שאינו ומיהו נ"ל דצריך הרוה בזה מהחכמים והדיינים והדיינים הנקבצים יהיו חכמים באמת וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ב' ומהרי"ן ז"ל בתשו' משפטי שמואל סי' ס' יע"ש וכ"כ עוד הרב החבי"ב ז"ל מדיליה ומדנפשיה בתשו' במ"ח ח"א ח"מ סי' ח"ן דמ"ט ע"ג ככל הנז"ל ושוב כתב וז"ל וכמדומה לי שראיתי חי' זה ב"א מגדו' האח' וכעת איני זוכר מקומו אייו וכתוב שם בהגהה שכ"כ מהרא"ש סי' ר"ו עכ"ל יע"ש ובס' כמה וכמה מהאח' ז"ל עיין חשק שלמה סי' ח"י אית י"ג ובכללי ה הקי"ל אות לא' יע"ש וכ"כ הרב משה שמעון ז"ל בכללי הקי"ל אות ל"ד וסיים וז"ל ומבואר דאף דהם חיים עדנה אם לא נתקבצו בוועד אחד ונשאו ונתנו דבר זה בפני זה אלא שכל או"א כתב פס"ד בפ"ע בכה"ג שפיר מצ"ל קי"ל והכי מבואר מתשו' הרב כנ"הג בבע"ח ח"ב סי' קי"ד עכ"ל יע"ש וכ"כ הגאון הברכ"י ז"ל בח"מ סי' כ"ה והרב אורח משפט שם אות ב"ן יעש"ב:

הרי לפנינו להדיא דזה הכלל דאחרי רבים היינו דוקא היכא דנחלקו יחד פב"פ לא כן כשלא נחלקו פב"פ כי אם מתוך כתבם שלא ראו זא"ז פב"פ אין לומר בזה אחר"ל ובעי' דוקא שיתקבצו בוועד אחד ונשאו ונתנו פב"פ הא לאו"ה ל"מ והדרינן לכללין דאמרי' קי"ל וכן מתבאר מדברי מהרלנ"ח ז"ל בפסק הסמיכה דרע"ח ע"ד וז"ל שצריך שיהיה

המשא ומתן במעמד אחד פנים וכו' עכ"ל יע"ש והגם דסיים וכתב דלפחות שיהיה המו"מ ע"י כתב וכו' ע"כ דש"מ דגם ע"י מעשה ה:

הכתב מהני מ"מ זהו דוקא במידי דהסכמות וכיוצא אבל במידי דהוראה אזיל ומודה הרב ז"ל דבעי' דוקא פב"פ כדרך סנהדרי' גדו' וקטנה דוקא וזה פשוט ועיין מהרימ"ט ח"מ סי' ע"ט וכנה"ג ח"מ סי' י"ג הגב"י אות כ"ד ולזה הסכים הרב מהרמב"א ז"ל בכלליו שבסוף גט פשוט סי' א' כ"ד מהרא"ש ז"ל דלא אזלינן בת"ר אלא ברובו מתוך כולו יע"ש ועם כי ראיתי י להו רב מהרח"ף ז"ל בחוקות החיים סי' א" שכ"כ על נ"ד ויצא לחלק בתר הכי דכיון דבנ"ד ראו המזכים דברי המחייבים והמחיבי' ראו דברי המזכים ודחו דבריה' וכיון שרבו המחייבי' החולקים ע"ד המזכים שפיר מצ"ל אחרי רבים וכו' ודייק כן מדברי הרב החבי"ב ז"ל שבסי' ח"ן הנ"ל יע"ש בתר דלחיבנא עפרא דתותי רגליה אנא דאמרי לישרי לן מר דהא כל דגל הקי"ל במח' הפוס' ז"ל בכה"ג הוי דהמזכה רואה דברי המחייב והמחיי' רוא' דברי המזכ' ופליגי אהדדי ועכ"ז אמרי' קי"ל כתרי פיס' נגד רובא דרבוותא ז"ל דפליגי עלייהו וכל המוחזק ידו על העליונה קי"ל כתרי פוס' דמסייעי ליה וכל ספרי הפוס' ז ל מלא אים מזה דכולהו מיירי ברואים דבריהם זא"ז מפי ספריהם וכתביהם דאל"כ אלא שלא ראו דברי הקודמים להם אז אמרי אלו הוה שמיע ליה הוה הדר ביה כידוע:

ותו קל"ט עליה דהרב ז"ל שלא השגיח יפה בדברי הרב מהרא"ש ז"ל בסי' ר"ו שהביא מני"ר ז"ל גופיה שכתב להדיא וז"ל אמרי' אולי אם היו שומעין הרוב את דברי המיעוט מפיהם היו מודים וכו' עכ"ל כנז"ל הרי דדייק וכתב מפיהם מוכח דבעינן דוקא מפיהם ולא מפי כתבם ובודאי דגם הכנ"הג ז"ל נמי בהכי מיירי וכמ"ש הוא עצמו דכמדומה לי שראה חי' זה בפוס' וכנז"ל ועיין עוד בס' ברית אבות דפ"ו ע"א מ"ש בזה יעש"ב ותו קל"ט שהרי הסכימו כל גדולי הפוס' ז"ל הנז"ל דבעינן דוקא רובו מתוך כולו כדי לילך אחר הרוב ומה יושיענו זה אם ראו אלו דברי אלו הא אכתי בעינן רובו מתוך כולו וליכא הא ודאי אתמהא טובא ושו"ר למרן החבי"ב ז"ל גופיה בס' הבהיר גנזי חיים דקכ"ח ע"א וע"ב מ"ש בזה ואייתי לן מ"ש הגאון החק"ל ל ביו"ד ח"א סימן ע"ז יעש"ב:

עוד אני תמיה טובא עליה יה דמני"ר הרב ז"ל במה שהסכים כן בנ"ד ע"פי חילוקו הנז"ל באומרו דכיון שהמחייבים ראו דבר י המזכים ולא הודו להם שפיר מצ"ל אח"ר כנז"ל והוא פלא עצום על רוב חכמתו ובקיאותו דאיך לא זכר שר סברת רוב הפוס' ז"ל דס"ל דכיון שכבר גילו דעתם וסברתם תו לא הדרי בהו אפי' ראו אח"כ דברי החולקים שכנגדם דכסיפא להו מילתא טובה למדרה בהו וכמ"ש הרב מהרלנ"ח נ"ח ז"ל בפסק

הסמיכה שם דרע"ח ע"ד יע"ש ואפי' הרב מהר"י בירב ז"ל בר פלוגתיה דמהרלנ"ח א שם מ"מ בענין הוראה אזיל ומודה למהרלנ"ח דחיישי' לכיסופא ומשו"ה לא הדרי בהו וכמ"ש מהרימ"ט וכמה מגדולי הפוס' ז"ל הו"ד בכנ"הג שם סי' י"ג הגב"י אות כ"ד הני' ובברכ"י שם אות ה' וע"ע להרב נוכח השולחן ז"ל בא"מ סי' ג"ל דק"ו ע"ב ואילך מ"ש בזה יעש"ב וא"כ בנדון הרב אור החיים ז"ל הנז' דרבני וגאוני עי"הק ירוש' ת"ו ז"ל כבר פסקו את הדין וכתבו וחתמו פס"ד ומסרוהו ביד התובע ובתר הכי הגיע הפס"ד הנז' ליד רבני וגאוני עי"הק טבת"ו ועיינו בו וחליקו עליו א"כ הגם שאח"כ רבני וגאוני עי"הק ירוש' ת"ו ז"ל המה ראו את הפס"ד של רבני וגאוני עי"הק טבת"ו ז"ל ולא הודו בו כלל מ"מ אפי' יהיו הם הרוב כנגד רבני טבת"ו המזכים עכ"ז לא חשיבי רובא כלל משום דכסיפא להו מילתא טובא למיהדר בהו אחר פסקו את הדין ומסרו את פס"ד ביד התובע וכמו שכן מתבאר מדברי כל הפוס' ז"ל הנז"ל ופשוט ודבריו ז"ל ל בזה הם צל"ע ומינה לנ"ד שלא היינו מקובצים יחד בוועד אחד ולא היה משא ומתן ביניינו בדין זה פנים אל פנים כלל רק הם היו אומרים לאלמנה שאין הדין עמה לשאוב מים מאותו חצר כלל וכשומעי אני עני את דבריהם עיינתי בדין זה ונלע"ד שהדין עמה וכתבתי בזה הפס"ד הנז' ושלחתיהו לידם והם חלקו עלי כדי העמיד דבריהם הראשונים דכסיפא להו מילתא למיהדר בהו וגם לא. ראו מה שהשבתי בעניותי על דבריהם שבכתב הנז"ל כלל הא ודאי לא אמרי' בזה אחרי רבים כלל ותפסינן דגל הקי"ל דוקא הגם שיראו עתה הפעם את תשובתי השנייה אשר השבתי על דבריהם ולא יודו לי חכמים ובעומדם יעמודו לחלוק עלי בדין זה אכתי לא מעלה ולא מודירד למיזל בתר רובא דידהו כלל משום דבעינן מפיהם דוקא ולא מפי כתבם וגם חיישינן בהו לכיסופא דכסיפא להו מילתא טובא למיהדר בהו השתא אחר שכתבו וחתמו ושלחו פסקם ס ליד הזולת וכמש"ל וגם הכרעת כפי אהרן מני"ר נרו' שהכריע בדבריהם לא חשיבא הכרעה כלל כיון דגם עליו נר"ו ניתן ליאמר דכסיפא ליה מילתא טובא למיהדר ביה אחר שכבר הסכים בספרו הבהיר כפי אהרן נר"ו בדעת מרן ז"ל דלא כוותי ולא חשיבא הכרעתו כעת הכרעה כלל ומה גם דכבר נחלקו הפוס' ז"ל בזה אי הכרעת האח' חשיבא הכרעה ולא מצי תו המוחזק לומר קי"ל או לא ורבו הסוברים דאכתי מצ"ל קי"ל כמ"ש בשמם הרב מט"ש ז"ל בכללי הקי"ל אות ט"ו והרב הקדוש מהרח"ף ז"ל בחקק"ל ח"ב סי' ל"א דקל"ז ע"ב יעש"ב וע"ע באורח משפט ובגנזי חיים בכללי הקי"ל שכ"כ יע"ש והדברים ברורים:

וגם בחד לגבי תלת נמי עלתה הסכמת רבני האח' ז"ל דמצ"ל קי"ל בחר לגבי ג' כמ"ש בשמם הרחש"ש ז"ל והמט"ש ז"ל בכללי הקי"ל אות א"ך ובתשו' מירא דכיא סי' י"ב

ובאורח משפט שם ובס' הבהיר גנזי חיים דק"ל ע"א וע"ב וע"ע להרב ידי דוד קראסו ז"ל בסי' קכ"ז ובסי' קמ"ב מ"ש בזה יעש"ב ועם שהגאון החק"ל ז"ל ביו"ד ח"ג סי' קי"ט דקל"ו ע"א כתב דאם נפל ספק בדין באיזה עיר אזלינן אחר רוב חכמי העיר וכו' יע"ש התם איירי הרב ז"ל באופן שנחלקו הרוב עם המיעוט פב"פ ונשאו ונתני יחד בדין ההוא כנז"ל הא לאו"ה לא חשיבי רובא וכמש"ל ובפרט דאנא זעירא לאו מסברא דנפשאי קאמינא אלא ע"פי הפוס' ז"ל דס"ל הכי להדיא כמש"ל וא"כ לא שייך הכא האי כללא דחד לגבי תלת ודברי הגאון הנ"ל ז"ל כלל וכמובן אך ורק פש גבן דפלוגתא דידן השתא הכא היא דוקא במי הוא המוחזק אם בני חצר הקטנה שהחזיקו קו כבר לשאוב מים הם הנקראים מוחזקים או"ד בני החצר הגדולה הם המוחזקים ובהא הוא דפלגינן אנן בהדייהו דלדידי בני החצר הקטנה הם נקראים מוחזקים ולדידהו ולסברתייהו השתא הכא סברי מרנן דבני חצר הגדו' הם המוחזקים כנז"ל וכיון דבהא פליגי מי הוא המוחזק עלתה הסכמת הפוס' ז"ל למיזל בתר רובא ושלא לומר עוד קי"ל כלל וכמ"ש לקמן בס"ד ע"ד הרב הפוסק נר"ו ומשם בא"רה בא"ר רחוב'ות דאדרבא רוב הפוס' ז"ל ס"ל בנ"ד דבני חצר הקט' המחזיקים הם הנק' מוחזקים וזכו בחזקתם וכמו שאבאר לקמן בס"ד עכ"פ המורם מכל האמור דמ"ש בפשיטות מני"ר הרב הפוסק נר"ו דמי לא ידע דיחיד ורבים הל' כרבים כנז"ל ליתנהו להני מילי כלל כי לא עמד יפה בשורש כלל זה וכמש"ל ואכמ"ל עוד בפרט זה והדברים עתיקים:

עוד כתב הרב הפוסק נר"ו וז"ל וע"ז בא חכם וכו' ורצה להרוס דברי אלה וזה אינו שהרי אני אני הוא שכתבתי בקונט' שלי הנז' ע"ד הרב מש"הר ז"ל וז"ל וע"ע לו ז"ל שם דהסכימה דעתו בתחי' דמרן ז"ל השמיט האי דינא דרשב"ם מש"הט ש"מ דס"ל למר דגם לדינא פליגי וכו' אלא דשוב יצא לחלק וכו' ע"כ לשוני שם גם מעולם לא כתבתי שכן הוא דעת הרב צדק ומשפט נר"ו בדעת מרן ז"ל כי אם כתבתי שכ"כ הרב צו"מ נר"ו בד' מרן והיינו לדעת הרבנים החולקים דים ע"ד מהרמ"א ודעימיה כמבואר בדברי הנז' פעם וב' וג' שכ"כ כמ"שיר הרואה:

גם מ"ש הוא נר"ו והרב מ"מ אינו משלנו כי לא דיבר מאומה בד' מרן וצדקו וכו' עכ"ל וכשאני לעצמי כבר השבתי ע"ז בתשו' על דבריהם יצ"ו הנ"ל ומשם תשו' יוצאה ג"כ על דבריו אלו ויותר יגדל התימה עליו שהוא עצמו כתב למטה מזה סמוך ונראה הכריח בדעת הרב פרי הארץ ונח"בך ז"ל דס"ל בד' מרן דס"ל דלא פליגי לדינא משום דנ"ד היה בא"י ת"ו אתריה דמרן ז"ל כ"כ בד"ק וא"כ איך לא נרגש מזה בד' הרב מ"מ ז"ל דגם במקומו אתריה דמרן הוא כידוע וא"כ מוכרח מדפליג המ"מ ז"ל ע"ד מהרמ"א ז"ל ש"מ

דס"ל דגם מרן פליג ע"ד מהרמ"א ז"ל והוא פלא איך לא שת לבו לזאת והוא פשוט וכמ"ל גם מה שהכריח בד' הרב פרי הארץ דס"ל בד' מרן דלא פליגי וכו' אנכי לא ידעתי מה הוכחה היא זו מד"ק מאחר דלדידיה דהרב פרי הארץ ז"ל גם אחד מהפוס' דס"ל דהרי"ף והרמב"ם פליגי עם רשב"ם גם בדינא כלל שכ"כ בדק"ט ע"ד וז"ל דהרואה יראה שכל הגדולים העלו שבעיקר דינו של רשב"ם כ"ע מודו וכו' עכ"ל יע"ש וכיון דהכי ס"ל למר ולא הזכיר ולא ראה שום פוסק דס"ל דפליגי בדינא נמי א"כ ודאי דהכי ס"ל נמי בד' מרן ז"ל ותו אין להביא ראיה כלל מד"ק דודאי אמרי' דאלו היה רואה דברי הראשונים המובאים בש"מ להרב"א ז"ל דמנייהו מוכח להדיא דפליגי גם בדין כמ"ש הרב מש"הר ז"ל וגם אלו הוה סליק אדעתיה דמר או הוה חזי לדחיית הרב מ"מ ז"ל להראייה שהביא מהרמ"א ז"ל ממ"ש הר"מ מקום מסוים וכו' כנ"ל בודאי דהוה הדר ביה מסברתו הנז' או לפחות הוה מסיק בנ"ד דבמח' הוא שנוי וגם הוה מסתפק ושקו"ט בד' מרן ז"ל כמאן ס"ל וזה פשוט:

גם מ"ש מר נר"ו בדע' הנח"בך ז"ל דהסכים בד' מרן כמהרי"ז ז"ל וכו' ג"ז ליתא לענ"ד דמאחר שכבר הרב נח"בך ז"ל הביא כת החולקים וס"ל דפליגי א"כ ודאי דס"ל למר בדעתם ז"ל ה"נ ס"ל דפליגי מן הק' אל הק' כמ"ש לדעתם הרב צד"ומ נר"ו כנז"ל' והט' דהרב נח"בך דלא עבד עובדא כוותייהו דמהרמ"א ומהרח"ש ומהרש"ך ז"ל וזה ברור ז"ל ממ"ש וז"ל אכן שבתי וראיתי וכו' יע"ש וכמובן:

תו חזיתיה למר נר"ו שרצה לפרש פי' אחר בד' הסמ"ע ז"ל וכל חיליה דמר הוא מדברי הרב מהרי"י ז"ל ככל הכ' בד"ק ולדידי לא שמיע לי פירושו כלו' לא ס"ל דודאי דעת הסמ"ע ז"ל ברור דס"ל למר דפליגי הרי"ף והרמב"ם עם רשב"ם גם בדין לא בפי' הסוגיא לבד ולהכי יהיב טעם לשבח דמשו"ה השמיט מרן ז"ל הדין היוצא ע"פי פי' רשב"ם משום דהרי"ף והרמב"ם פי' בסוגיא פי' אחר וכו' ואי הוה ס"ל להסמ"ע בד' הרי"ף והרמב"ם דלא פליגי עם רשב"ם בעיקר דינו א"כ מה טעם הוא זה למרן ז"ל שהשמיטו כיון דאפילו הרי"ף והרמב"ם דאית להו פי' אחר בסוגיא מודו לרשב"ם בעיקר דינו א"כ הי"ל למרן לפסוק הדין כפי' רשב"ם ג"כ ואמאי השמיטו אלא ודאי מוכח להדיא דעת הסמ"ע דס"ל למר דהרי"ף והר"מ פליגי על רשב"ם גם בדין ומש"ה נ"ט לשבח למרן ז"ל שהשמיטו לגמרי והט' משום דאזיל בשיטת הרי"ף והר"מ בסי' קמ"ו סי"א ויפה כייון מרן החבי"ב ז"ל בד' הסמ"ע ולזה כתב הכנ"הג ז"ל ועיין בסמ"ע להורות נתן דס"ל במרן ז"ל שחולקים וכמ"ש הוא ז"ל בתחי' מדעת עצמו בד' מרן ז"ל דאי הוה ס"ל להסמ"ע דאפי' הרי"ף והרמב"ם שפי' בסוף פי' אחר אינם חולקים בדין א"כ מה נ"ט היא זו למרן שהשמיטו

אדרבא יותר קשה דא"כ לא הי"ל למרן להשמיטו אל"ו דפשיטא ליה להסמ"ע בד' הרי"ף והר"מ שחולקים גם בדין ומרן ז"ל נגרר אחריהם שהם תרי עמ"ה והט' דהשמיט הדין דרשב"ם ז"ל וכמדובר והדברים פשוטים:

אמנם הרב מהרי"ז ז"ל שצידד בדברי הרי"ף והרמב"ם אי פליגי או לא פליגי הט' משום דהוא ז"ל מסתמיך ואזיל אמאי דהביא בתר הכי לתשו' מהרש"ך דח"ב סי' ו' יע"ש ולעולם דגם הוא ז"ל הבין שפיר בד' הסמ"ע דס"ל ודאי דפליגי דאל"כ אינו מובן טעמו בד' מרן ז"ל שהשמיטו וכמש"ל: ומה שרצה להעמיס פירושו גם בד' מרן החבי"ב ז"ל ג"ז אינו לענ"ד מהט' שכ' לעיל וע"ע להרב זקן שמואל ז"ל בביאורו לסי' ק"ם מ"ש גם הוא ז"ל בזה ומשם בא'רה גם הרב צ"ומ נר"ו הבין בפשיטות דהכנ"הג והסמ"ע בחדא שיטה קיימי בד' מרן ז"ל דס"ל דפליגי כמש"ל בשמו והדין עמהם בהבנתם הנז' ובלתי ס' אצלי דגם מרן החבי"ב ז"ל כל חיליה דמר דס"ל בד' מרן ז"ל שחולקים הוא מד' הסמ"ע הנז' ולהכי ציין בתר הכי להסמ"ע וכנז"ל והוא ברור גם מהרש"ך גופיה תבריה לגזיזיה בח"א סי' צ"ע דס"ל התם דפליגי בדין יע"ש והוא הפך מ"ש בח"ב סי' ו' הנז' ובכן אין מקום כלל לדברי הרב הפוסק כפי אהרן נר"ו הנז"ל וכמדובר:

ומ"ש וז"ל ובכל זאת כתבו וכו' וכן אנכי וכו' ע"כ לא ראה שגם אנכי עפר כן כתבתי בפ' בתחי' דיבר שכן עלתה הסכמת הפוס' ז"ל יע"ש ואולם כשאני לעצמי לדעתי הדין עם רבני האח' ז"ל דס"ל דפליגי מן הק' אל הק' וגם מרן הכי ס"ל מכל ההכרחיות שכתבתי לענ"ד משום הכי העלתי לענ"ד לדינא לזכות האלמנה בחזקתה ושוב נסתייעתי לסעיפים מס' הכנה"ג דס"ל בנ"ד דהמחזיק הוא המוחזק ומס' מהרש"י ז"ל ומשאר הט' והחי' שהבאתי והעליתי בסו"ד דבצירוף כל הט' ובהצמדם יחד נלע"ד דהדין עם האלמנה שכן נלע"ד ברור ככל ה"כ בפה"ד שלי הנז"ל הרואה יראה כדברי אני עני במ"ש הא ודאי בורכא היא וכו' דאנכי עפר כתבתי כן על מ"ש אני עני קודם זה וזה לשוני וא"כ מצ"ל דגם מרן ז"ל הכי ס"ל וכו' ע"ז כתבתי אנא עניא דהא ודאי בורכא היא וכו' וכוונתי פשוטה לומר דאין הכרח לומר דמרן ז"ל נמי הכי ס"ל כהרב"ד והדב"מ ז"ל דזה ודאי בורכא כיון דאשכחן כמה חולקים ע"ד הב"ד והדב"מ בדין זה וככל מ"ש בעניות שם באורך והדברים פשוטי' עד מאד:

גם ראיתי מה שהעיר ע"ד הרב דב"מ ז"ל שבמטה אשר סי' י"א שכתב דמהרש"י ז"ל מיירי בדין החזקות או דומיא דנדון הרשב"א וכו' והק' עליו נר"ו מד' הכנה"ג במ"ב אות ב' וכתב וז"ל הרי סובר דמהרש"י בכל גוונא אית ליה דהמוחזק הוא מאן דקאי השתא וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי מה מציאה מצא הוא נר"ו אשר לא מצאה הרב דב"מ ז"ל

דהלא גם הדב"מ ז"ל גופיה נסתייע מדברי הכנ"הג הנז' עצמם ומי יתן וידעתי מהיכן הוכיח מר נר"ו מלשון זה דהכנה"ג ז"ל דלא כהדב"מ ז"ל כיון דגם התם בענין חזקות מיירי וכל חיליה דהדב"מ ז"ל לומר כן בדעת מהרש"י ז"ל הוא מדהביאו הכנה"ג ז"ל בסי' ק"ם דבחזקות מיירי שכ"כ וז"ל ואפשר דבחזקות שלנו דמייתי באותו סי' קאי וכו' יע"ש ומנל"ן לומר דבכל גוונא מיירי מהרש"י ז"ל אי משום מ"ש הכנה"ג באות י"ד ממהרש"י דבפלוגתא דרבו דרבוותא במכירה וכו' עכ"ל דמדנקט במכירה מש' דבכל גוונא מיירי אתמהא דהא ע"ז קאי הרב מהרש"פ ז"ל דכ"ב ע"ג והדב"מ דכ"ח ע"ג ואוקמה דמיירי בענין מכירת חזקות דקאי באותו סי' ונסתייעו ממ"ש עוד הכנ"הג במ"ב אות ב' כנז"ל והוא פלא:

ואגב אורחין הוקשה לי לענ"ד דברי מרן החבי"ב ז"ל שבמ"ב סי' ק"ס אות ב' הנ"ל שכתב וז"ל ולפי מ"ש בנדפס וכו' דפלוגתא דרבוותא במכירה אין לומר וכו' לק"מ דאפי' השיב וכו' הוא ז"ל הולך לסברתו וכו' עכ"ל יעש"ב:

וקל"ט דאם נאמר דתשו' מהרש"י ז"ל היתה אחר שנתקנה ההסכמ' שהסכימו בחזקות ddין קרקע י"ל א"כ איך כתב מהרש"י ז"ל דיכול הקונה לו' קי"ל כמ"ד דחזקות דין מטלטל י"ל הלח אחר התקנה וההסכמה אין כאן עוד מחלוקת כלל ואיך יוכל הקונה שוב לטעון קי"ל במ"ד דחזקות דין טלטל י"ל ובאמת זוהי שק' עליו טובא ותמהני על הרב מהרא"ק והדב"מ והרב כפי אהרן נר"ו שהביאו דברי הכנ"הג הנז' ולא נתעוררו עליו בזה והוא פלא: וראיתי להרב כנה"ג ז"ל גופיה בסי' רל"ה הגהט"ו אות כ"ב שעמד עוד בדין קטן שמכר חזקות שלו שירש מאביו ושקו"ט בדעת גדולי הפוס' ז"ל ככל מ"ש הוא עצמו כמ"ב סי' ק"ם אות ב' הנ"ל ושם ג"כ בתחי' ד"ק הביא לתשו' מהרש"י ז"ל הנז' דס"ל דמצי הקונה המוחזק לו' קי"ל כמ"ד דחזקות שלנו דין מט' י"ל ושם הסכימה דעתו דתשו' זו דמהרש"י או שהיתה בבחרותו קודם התקנה או כשהיה באינדרני קודם בואו לקושטא או שהיתה התשו' למ"א שלא הסכימו שיהי"ל דין קרקע ושוב הוק"ל מ"ש מהרש"י בתשו' אחרת כ"י שהביאה הוא ז"ל בסי' רל"ה אות ז' דאפי' נימא דחזקות שלנו דין מט' י"ל מאן לימא לן דבמשכנתא מעשיו קיימין כמכירת מ"ט וע"ז תי' שם הכנה"ג דמהרש"י לשיטתיה אזיל שכתב בתשו' אחרת כ"י דבפלוגתא דרבוותא ל"א קבחב"ע אלא מי שהוא בתוך הקרקע הוא המוחזק זולת בשכירות וכו' יעש"ב ואלו על ההיא תשו' דמהרש"י ז"ל שהביאה הכנה"ג בתחי' ד"ק הנז' לא תירצה הכי דהיינו משום דאזיל לשיטתיה וכו' וכמ"ש בסי' ק"ם הנז' והא ודאי דחזר בו ממ"ש בסי' ק"ם הנז' מטעמא דכתיבנא דאחר ההסכמה בטלה מחלוקת לגמרי וכמדובר:

איך שיהיה לדאתן עלה עכ"פ הגם דרמדברי מרן החבי"ב ז"ל שבמ"ב סי' ק"ם אוה ב' הנז' ליכא לאוכוחי מידי מנייהו דמהרש"י בכל גוונא מיירי דאכתי מצ"ל דמיירי בענין חזקות וכמ"ש הדב"מ ז"ל וכנז"ל ודלא כמ"ש הרב הפוסק נר"ו וכמש"ל מ"מ הנה אמת דהרב מהרש"י ז"ל בכל גוונא בס' במכירה מיירי ולאו דוקא בענין חזקות כמ"ש הדב"מ ז"ל באוקמתא קמייתא דידיה הנז' דהא ודאי ליתא כמבואר ב"ד הכנה"ג עצמו בסי' רכ"ז הגב"י אות ל"ב בדין אונאה בקרקעות דבתחי' הביא משם גדולי הפוס' ז"ל דס"ל דמשום דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחמ"ק ושוב כתב משם מהרש"י ז"ל דס"ל דכיון דאיכא פלוגתא מוק' ארעא בחזקת הקונה אם הוא מוחזק דמל"ל קי"ל כמ"ד דאין אונאה לקרקעות. כלל וכו' יע"ש הא קמן דלאו דוקא בענין חזקות הוא דס"ל למהרש"י י"ל הכין אלא ה"ה בכל ס' במכירת קרקעות ס"ל למהרש"י הכין וכנז"ל וזה נעלם ח"ו מהרב דב"מ ז"ל ומהרב הפוס' נר"ו מדלא השיגו להדב"מ מסי' רכ"ז הנז' אמנם מדברי הכנה"ג דבסי' רכ"ז הנ"ל מבואר יוצא דהט' דמהרש"י ז"ל דס"ל הכי דהוא כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הכרם וכמ"ש הדב"מ ז"ל באוקמתא בתרא דידיה ולא היה צריך הדב"מ ז"ל לסייע עצמו ממ"ש הכנה"ג באות י"ב מאחר שכן באו ד"ק להדיא בסי' רכ"ז אות ל"ב ע"ד מהרש"י הנז' גופייהו כיעו"ש אלא דהכנה"ג ז"ל שוב יצא לחלק שם ובתשו' בין נדון הרשב"א לנד"ז ואמר מר דשאני תשו' הכרם דהרשב"א ז"ל שאם היה מתקיים התנאי היתה המכירה מכירה למפרע אבל כאן כל שהיתה אונאה אין כאן מכירה וה"ה כמי שלא נמכרה מעולם והעמד קבחמ"ק ושכ"כ מהרי"ט וכו' יעש"ב עכ"פ דעת מהרש"י ז"ל דס"ל דל"א במכירה קרקע בחב"ע ס"ל להכנה"ג ז"ל דהט' משום דמדמי לה לתשו' הכרם הנז' וכמ"ש הרדב"מ ז"ל ולזה הסכים ג"כ הגאון מהר"א חזן ז"ל בחק"ל ח"מ ח"ב סי' פ"ג דקנ"א ע"ב וע"ע לו ז"ל שם דקמ"ג ע"ב בד"ה ולמדתי חי' זה וכו' יע"ש ואולם הגאון החק"ל ז"ל גופיה שם בסי' פ"ב דק"מ ע"ב ס"ל למר דלא כמ"ש הכנה"ג ז"ל בדעת מהרש"י דאתי עלה מ"ט הרשב"א בתשו' הכרם וכו' כנ"ל אלא ס"ל למר המהרש"י ז"ל מ"ט סברת רשב"ם ז"ל אתי עלה שכ"כ וז"ל וכשאני לעצמי לא נ"ל לא דברי הכנ"הג ולא דברי כת"ר שפשט דברי מהרש"י נראים דמ"ט סי' רשב"ם אתי עלה וכו' עכ"ל יע"ש והוא ממש כמ"ש הרב מט"ש ז"ל בסי' ק"ם יע"ש ומעתה אני תמיה טובא למ"ש עוד הרב הפוס' נר"ו וז"ל סו"ד הנה הכנת"ג קרי בחייל דאין לתפוס כס' מהרש"י דיחידאה היא ממוצא דבר תשכיל ותראה שאעפ"י שהרב מהרש"פ בסי' מט"א נמשך אחר דברי מהרש"י הנז' אל יאמר האומר האיכא דעת מהרש"י ומהרש"פ ולו' קי"ל שהרי מהרש"פ לא ראה תשו' מהרש"י אלא מפי הכנה"ג שה"ד אנו חיים ואלו ראה ה' מהרש"פ שהכנה"ג עצמו שהביאה ב' במ"ב

שס' יחידאה היא לא היה כ"כ ולא היה סומך עליה וכו' עכ"ל נר"ו והדברים תמוהים טובא דהיכן ראה להכנה"ג במ"ב שם שכתב ע"ד מהרש"י ז"ל דס' יחידאה היא ולא קא חזינן אנן בד"ק שום רמז מזה ולא כתב כזאת כלל ואלו היה מוכיח כן מתשו' הכנה"ג בבע"ח או מדבריו שבסי' רכ"ז הנז' החרשתי דעם דהתם אסברא לן ניהלין ס' מהרש"י הנז' דמ"ט הרשב"א בתשו' הכרם אתי עלה מ"מ איהו דידיה פליג התם ואך חילק כנז"ל וכ"כ ג"כ בתשו' בע"ח ח"מ ח"א סי' קנ"ג יעש"ב אמנם מדבריו שבסי' ק"ם מ"ב הנז' ליכא שום הוכחה כלל דס"ל למר דס' מהרש"י יחידאה היא ואיך מלאו לבו לומר דהכנה"ג שם קרי בחייל הכין והוא פלא ומה גם דלא זכר שר שהרב כר"ש אה"ע סי' ל"ז כתב. בד' מהרש"י ז"ל כמ"ש מהרש"פ ז"ל וכמ"ש הרב מהר"א חזן ז"ל שם דקנ"א ע"ב ותמה מזה ע"ד הדב"מ ז"ל שלא נרגש מד' אביו ז"ל שכ' כדברי מהרש"פ יע"ש וא"כ פשיטא דיכו"ל המוחזק קי"ל כמהרש"י ומהרמ"א ומהרש"פ ז"ל הגם דרבו החולקים וזה פשוטו:

ומ"ש עוד ה"ה נר"ו וז"ל גם הדב"מ. בתשו' הנז' וכו' והשיא ס' מהרש"י לכוונה אחרת וכו' ע"ב כבר כתבתי דדברי הדב"מ הנז' הם הם דברי הכנה"ג ממש בסי' רכ"ז אות לב' הנ"ל דכ' דמהרש"י אתי עלה מט' הרשב"א בתשו' הכרם וכו' ולזה הסכים הגאון מהר"א חזן ז"ל כנ"ל והרב מהרי"ל ז"ל הוא הרב הפוסק ז"ל שבתשו' החק"ל סי' פב' שהכריח לדברי הכנה"ג הנז"ל כיעו"ש:

ומ"ש עוד ה"ה נר"ו וז"ל וידידנו וכו' כריך ותני להדב"מ והכנה"ג עם הרב מט"ש כאלו שפה אחת להם ובאמת רב המרחק ביניהם ומ"מ אעפי' שדבריו באו שלא בדקדוק וכו' עכ"ל הרואה יראה דאדרבא דברי באו בדקדוק עצום שכן כתבתי וזה לשוני שם ושו"ר במטה אשר סי' ט' ויו"ד דכ"ח ע"ג ובסי' י"א דכ"ח ע"ג מ"ש בזה ובעט"ש סי' קם וכו' יע"ש ע"כ לשוני שם הנה דקדקתי שפיר בדברי שרמזתי מ"ש מהרא"ק ז"ל והדב"מ ז"ל וכתבתי עליהם תיבות מ"ש בזה ע"כ ושוב ציינתי להמט"ש בסי' ק"ס שכתב וכו' כנ"ל וכתבתי עליו תיבת יע"ש הנה הפרדתי בין הדב"מ והמט"א ובין המט"ש בתיבות מ"ש כזה שכתבתי ביניהם והמשכיל יבין מאי ביניהו בפותחו המקורות ויעמוד על דבריהם ויבין דבר לאשורו ובחינם השיג עלי ה"ה נר"ו והוא הוא דלא דק וכמבואר:

וחיזתיה תו למר ה"ה נר"ו שעכ"פ הודה בתר הכי לסברתי וכתב וז"ל דכוונתו נכונה וכו' עכ"ל יע"ש ובאמו"ץ דזוהי כוונתי ממש במה שהבאתי דברי המט"ש ומהרש"פ ז"ל כל חד לחודיה קאי כנז"ל וכעת נתחדש לנו שגם הכר"ש ז"ל ס"ל כמהרש"פ ז"ל ורבו המזכים לאלמנה דנ"ד מלבד הסכמת הרב לב מבין ז"ל שכן עלתה הסכמתו דהמחזיק הוא המוחזק כנז"ל א"כ טובא פוס' הוו המסייעי להאלמנה דנ"ד וכמ"ש הרב הפוסק

נרו' ותמה מזה על כת החולקים עלי ואמר מר שלא מצא להם טעם מספיק לדחות דברי ככתוב בד"ק: אמנם בתר הכי כתב עוד ה"ה נרו' וז"ל אכן לקושטא וכו' עד וזה פשוט עכ"ל יע"ש הנה מ"ש דהחולקים עליהם הנם מועטים וכו' ליתא כלל דאם הוא לא ראה כי אם להרת"ח ולהרב עדב"י ז"ל דוקא אנא חזינא תו טובא פוס' ז"ל דס"ל כוותייהו דהת"ח ועדב"י ה"ה הרב בני יצחק חנן ז"ל בתשו' סי' ד' והרב שמואל קונפורטי ז"ל בסי' כ"ד שכן עלתה הסכמתם יע"ש וכן תראה להגאון הרב קצות החושן ז"ל בסי' ק"ס דנשאל מעין לנ"ד והביא תשו' הב"ח ז"ל דבסי' ז' ושקו"ט בס' רשב"ם הנז' ויצא לחלק מדברי רשב"ם לנ"ד ודחק דברי הב"ח הנז' מהלכה לגמרי יע"ש גם הרב מ מ ז"ל סי' ס"א דחה דברי מהרמ"א ז"ל והקיפו בהלכות יע"ש גם מהרמ"ג ז"ל הבי"ד הכנה"ג ז"ל בסי' ק"ם הגרט"ו אות ר"ט חלק על מהרמ"א ז"ל בנ"ד ולדעתי ברור הוא דפליג ג"כ בדין הממוצע הנז' וכן הבין הרב נח"בך ז"ל בדעתו מד' הכנה"ג וכמש"ל גם הרב נח"בך ז"ל גופיה לדעתי הפעוט ה"נ ס"ל למר וזה ממ"ש וז"ל אכן שבתי וראיתי וכו' וגם ממה שהניח בקו' ע"ד מהרמ"א ז"ל משהק' המ"מ והת"ח ז"ל מההיא דכביסה וכו' יע"ש גם מהרש"פ ז"ל במט"א סי' ט' הכי ס"ל. כנז"ל הנך רואה דרבו הסוברים דעלתה חזקה למחזיק אפי' במשתמשים יחד כמעט יותר מהסוברים דלא עלתה חזקה למחזיק כמבואר כי מה שמנה כת"ר למהרח"ם ולמהרי"ז ולהדב"מ ומהרא"ק בהדי מהרמ"א ומהרש"ך ומהרימ"ט ז"ל אחהמ"ר לא כיון יפה בזה דמאי דסברי הכי הפוס' הנז' ז"ל ה"ט משום דס"ל דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מוק' ארעא בחמ"ק ולא משום דס"ל בפשיטות כמהרמ"א ודעימיה כמבואר בד"ק להדיא א"כ אזלי להו מן המנין עם הסוברים בפשי' דל"מ חזקה למחזיק היכא דמשתמש עמו בע"הב ואנה"נ דאי הוה ס"ל להפוס' הנז' דהמחזיק הוא המוחזק וכס' רשב"ם ודעימיה ודאי דהוו פסקי בפשי' דמהניא חזקת המחזיק אפי' דמשתמש עמו בע"הב יחד וכמובן ואפי' לשיטתיה דמר נר"ו דהכניסם במנין כנז' עכ"ז החכם עיניו יחזו דרבו הסוברים דמהניא חזקה למחזיק ודלא כמ"ש מר נר"ו דהנם מועטים כנז' דליתא ודאי וכמדובר:

ומה גם בהצטרף עוד כללא אחרינא דאית לן הלכתא כבתראי אפי' בפוס' היכא דראו דברי הראשונים מהם וחלקו עליהם כנ"ד וכמ"ש כן הרב דב"מ ז"ל בסי' א"ך הנז' על דין זה עצמו דקיימינן ביה בראותו להרת"ח ולעדב"י ז"ל דפליגי ע"ז וכתב הוא ז"ל דהלכה כבתראי יע"ש ובפרט למאי דבעינן מימר לקמן בס"ד דמרן ז"ל הוא מכת הסוברים כרשב"ם ז"ל דהמחזיק הוא המוחזק וכיעו"ש דבזה אין אנו צריכים עוד לאפושי גברי רברבי דעלתה חזקה למחזיק וכמובן ואין מקום עוד לכל דברי הרב הפוסק נר"ו הנז"ל וכמבואר:

עוד כתב הרב הפוסק נר"ו וז"ל ואם מעט ואוסיפה לך וכו' עד וכו' פשוט עכ"ל יע"ש ולדידי כל דבריו הנ"ל הם תמוהים מאד וכד נאים ושכיב אמרינהו מר להנהו מילי דמר דהמעיין יראה דבין למארי קמא בין המחזיק סגי להו בתרי קים לי והם אלו דמ"ק אמור יאמר קי"ל כמהרמ"א ומהרש"ך דס"ל דבמשתמשים יחד ל"מ חזקת המחזיק לכ"ע וקים לי כמ"ד דמ"ק הוא המוחזק והמחזיק שכנגדו מצ"ל נמי קים לי כמ"ד דהרי"פ והרמב"ם פליגי ארשב"ם מן הק' אל הק' וסוברים דאפי' במשתמשי' יחד עלתה לו חזקה למחזיק וקי"ל כמ"ד דהמחזיק הוא המוחזק ותו ל"מ וסגי בכך דכשטוען המחזיק קים לי כמ"ד דהרי"ף והרמב"ם פליגי לגמרי מן הק' אל הק' ממילא נכלל בזה דגם מרן ז"ל הכי ס"ל כהרי"ף והר"מ ז"ל וכמ"ש לדעתם הרב צו"מ נר"ו כנז"ל וכבר קבלנו הוראות מרן ז"ל:

ומ"ש מר נר"ו וזה לשונו ועדיין נאמר לו ואיך תאמר קי"ל נגד מרן דפ' כרשב"ם בההיא דמקום מסוים וצ"ל גם לזה קי"ל ב' וכו' ע"כ אתמהא טובא דהלא בטענתו הראשונה דטוען קי"ל כמ"ד דהרי"פ והרמב"ם פליגי לגמרי כנז"ל נכלל גם הקי"ל ב' שלו דהא הא דפ' מרן ההוא דמקום מסוים לא תורה דיליה היא אלא הוא לשון הרמב"ם ממש דמניה דייק מהרמ"א ז"ל את דינו כנז"ל וא"כ באומרו קי"ל כמ"ד דהרי"פ והרמב"ם פליגי ארשב"ם לגמרי עכצ"ל לדידהו דליכא ראיה ממ"ש הרמב"ם מקום מסוים דס"ל כרשב"ם ומהרמ"א ז"ל משום דמצינן לדחויי לה כדדחי לה הרב מ"מ ז"ל וזולתו וא"כ תו מהל' א"ו דעדיין נאמר לו דאיך תאמר קי"ל נגד מרן דפ' כרשב"ם בההיא דמקום מסוים דהא מה שנאמר לדעת הסוברים דפליגי הרי"ף והרמב"ם לגמרי וטוען המחזיק קים לי כוותייהו כנ"ל ה"נ נימא למרן ז"ל ואין אנו צריכים עוד לומר שום קי"ל אחר כלל וכמובן:

גם מ"ש עוד וז"ל ועדיין לכל האופנים הנזכרים צריך שיאמר עוד קי"ל ג' דהלא רוב הפוס' העלו דהיכא דמשת' יחד כ"ע מודו דלעל"ח ואין כאן מח' וצ"ל עוד קי"ל ג' וכו' עכ"ל בם בזה דבריו תמוהים מאד דהא הוא עצמו כתב אופן קי"ל הא' דהיינו קי"ל כמ"ד דהרי"ף והרמב"ם פליגי ארשב"ם וסו' דאפי' ב' משתמשים יחד על"ח הרי קי"ל א' עכ"ל וא"כ בקי"ל זה נכלל הכל אפי' ב' משת' יחד וכדאמר מר גופיה להדיא בקי"ל הראשון כנז"ל וא"כ מה צ"ל עוד קי"ל ג' כלל הא ודאי אתמהא טובא:

גם מ"ש עוד וז"ל וכדי שיוכל הוא לומר קי"ל נגד מ"ק ע"פי הפלוגתא הנ"ל צריך שיאמר עוד קי"ל ד' וכו' ע"כ ונלע"ד ג"ז אינו כלל דכיון דטוען קי"ל כמ"ד דהרי"ף והרמב"ם פליגי לגמרי וס"ל דמהניא חזקה למחזיק כנז"ל הנה אמת דבקי"ל זה נכלל הכל גם את זה דכיון דס"ל דגם בכה"ג על"ח למחזיק בודאי שהוא נגד מארי קמא דאל"כ איך ס"ל דעלתה לו חזקה למחזיק וזה פשוט:

באופן דהדבר ברור אצלי דבין למ"ק ובין למחזיק סגי להו אפי' בחד קי"ל הראשון הנז' ולכל המרבה סגי להו בתרי קי"ל. הראשון והאחרון שבהם הנז' בד"ק וכמו שנתבאר ודלא כמ"ש ה"ה נר"ו ועמו הס"ד גם בזה: ועוד דהרואה יראה בדברי הרב כהונת עולם סימן א' שלא כתב אלא דלא מצ"ל תלתא או ד' קי"ל יעו"ש אבל תרי קי"ל ודאי דמודה הרב ז"ל דמצ"ל והרב הפוסק נר"ו העתיק בדברי הבה"ע ז"ל דלא מצ"ל תרי קי"ל נמי ככתוב בד"ק וליתא כדכתיבנא ומה גם דמוכח נמי מדברי הרב כה"ע ז"ל דדוקא ד' קי"ל הוא דס"ל. דלא מצ"ל אבל ג' קי"ל הוא דס"ל דלא מצ"ל אבל ג' קי"ל מודה דמצ"ל יע"ש בסוד"ק וגם בד' קי"ל נמי אין דבריהם מוסכמים דהרב אהל יצחק א"הע סימן ח' כתב בפשיטות דגם ד' קי"ל מצ"ל יע"ש והביא דברי כולם הרב אורח משפט ז"ל בכללי הקי"ל אות פ"ח יע"ש:

עוד כתב וז"ל ובהיותי עסוק בע"ז וכו' ע"כ הנה גם ע"ד הרב מהרמ"ף נר"י שבתשו' זו שהביאה כת"ר אנא דאמרי דאם היה רואה הרב הנזכר נר"ו תשו' הרב מ"מ ז"ל שדחה ראיית מהרמ"א ממ"ש הרמב"ם מקום מסוים וכו' בטוט"ו הא ודאי דהוה הדר ביה וכמ"ל על דבריו שבס' צ"ומ כנז"ל ופשוט: עו"כ ה"ה נר"ו וז"ל ואען ואומר וכו' וחזיתיה לרב רחומאי וכו' עכ"ל ואני אומר דודאי הדין עם הרב הגדול מהרח"פ ז"ל במ"ש דמרן ז"ל הוא מכת הסוברים כרשב"ם ז"ל וסייע עצמו מתשו' מהרימ"ט ח"א סי' קי"ד במ"ש הכין בד' מרן ז"ל ולדעתי ברור דכל חיליה דמהרימ"ט ז"ל ג"כ דכתב הכי הוא ממ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן הב"י סי' קנ"ה שכ"כ וז"ל וכבר ראית שדעתי נוטה לד' ר"י שכל נזקין אלו שהם נזקי הגוף יכו"ל סבור הייתי לקבל וכו' מ"מ רוב חכמי ישר' וגם רבותי נ"ע לא הסכימו בכך ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח וכו' אין מחייבין אותו לסתום ואם בא לפתוח אין מניחים אותו דומה למ"ש היכא דקיימא ארעא תיקום עכ"ל אשר מדברי הרשב"א הללו הוכיחו הרב פרמ"א וש"פ ז"ל דהרשב"א אזיל בשי' רשב"ם ז"ל וגם מהרימ"ט גופיה בח"מ סימן ע"ה כ"כ בסוד"ק בד"ה איברא וכו' יע"ש ועיין להגאון החק"ל ז"ל בח"ב ח"מ סי' ב"פ ופ"ג מר שדחו לזה יעש"ב עכ"פ מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קי"ד הנז' שנתן טעם למרן ז"ל שתפס לעיקר סברת האומרים דיש חזקה להז"ר לסייע את המוחזק כמש' הלכתא כרבה בארעא דהיכא דקיימא ארעא תיקום כיעו"ש ודאי דחיליה דמר הוא מתשו' הרשב"א הנז' הגם שהוא ז"ל לא הזכיר שם לתשו' זו דהרשב"א סמך עמ"ש איהו גופיה בח"מ סי' ע"ה אלא דהתם בסי' ע"ה בתר הכי צידד גם לדעת הרשב"א דלא יליף הרשב"א מהא דרבה דארעא היכא דקיימא תיקום אלא לענין שבא בטענת מכר ונקט שטרא בידיה וכו' יע"ש אמנם באותה תשו' דח"א סי'

קי"ד נקט בפשוט גם לעיקר דין חזקה להז"ר שבא בטענת סבלנות ובהא ודאי מיחלפא שיטתיה דמהרימ"ט לכאורה ולהכי הרב מהרח"ף ז"ל שם כשעלה בקב"ץ ס' רבוותא דקיימי כרשב"ם כתב בכללם דכן דעת מרן ז"ל סי' קנ"ד וציין תכף לתשו' מהרימ"ט דח"א סי' קי"ד הנז' ולא ההיא דסי' ע"ה הנז' דהוא המבין בדברי מהרימ"ט דבסי' קי"ד הנז' דעיקר טעמו בעד מרן הוא כמ"ש מהרימ"ט שם בריש דבריו דר"מ כדי לסייע את המוחזק כמ"ש הלכתא כרבה בארעא וכו' והא ממש כמ"ש הרשב"א בתשו' הנז"ל ומ"ש עוד מהרימ"ט ז"ל שם בתר הכי טעם המנהג אינו טעם אחר חדש רק באותו טעם המנהג בא לתרץ מאי דק"ל למר על טעמו הא' הנז' דהכי דייקי להדיא דברי מהרימ"ט ז"ל הנז' שכתב וז"ל ואעיק' דדינא דמוק' מלתא ביד המחזיק וכו' ע"כ מוכח להדיא מד"ק הללו דעיקר טעמו הוא כמ"ש בתחי' ד"ק דהט' דמוק' מלתא ביד המחזיק הוא משום דכיון דפלוגתא דרבוותא היא מוק' ארעא בידא דמאן דקאי השתא אלא דע"ז הוק"ל מד' מהריב"ל ז"ל דס"ל דבס"ס מפקי' מיד המוחזק וע"ז תי' דהכא לא חיישי' להא משום דכבר נהגו ב"ד לדון שיהי"ל חזקה וכו' וחזר המנהג להיות דין מוסכם שתהיה להם חזקה לאלתר ולזה תפס הרב מהרי"ק ז"ל סברא זו בסתם וכו' ושוב כתב עוד וז"ל וכ"ז כתבתי לרווחא דמלתא לפמ"ש מהריב"ל וכו' עכ"ל יעש"ב הרי להדיא דכל מ"ש פה הוא לתרץ מאי דק"ל עפי"ד מהריב"ל ז"ל ואינו טעם אחר חדש ק לחזק מ"ש בתחי' דלא תק"ל מד' מהריב"ל ז"ל כמבואר וכן הבין בפשי' גמור בדע' מהרימ"ט ז"ל הרב בני דוד פ'אלקון ז"ל בדע"ז ע"ג יע"ש וזהו האמו"ץ וכנז"ל:

ובהכי אזדא לה תמיהת הרב מהרמ"ף נר"ו ע"ד הרב מהרח"ף ז"ל באו' שלא ראה דברי מהרימ"ט בתשו' הנ"ל ומאי דק"ל למר הרב מהרמ"ף נר"ו דמנ"ל למהרימ"ט לומר כן בד' מרן והלא דברי מרן כדרכו לפסוק כתרי מיגו תלת עמ"ה וגם כי תפס לשון הרמב"ם וכו' כבר קדמי בזה הרב בני דוד פ'אלקון ז"ל בהל' שכנים דע"ז ע"ג שתמה כן ע"ד מהרימ"ט הנז' יע"ש ונלע"ד דמה שהכריחו למהרימ"ט לו' כן בד' מרן הוא משום דק"ל דכיון דדין זה הוא פלוגתא דרבוותא דקמאי א"כ הו"ל למרן למיהדר ולמיסמך אכללא דקי"ל בפלוגת' דרבו דרבוותא אמרי' אוקי ארעא בחמ"ק ואיך הכא מרן תפס עיקר הפך זה הכלל לזה נט"ל מהרימ"ט ז"ל דמה שתפס מרן לעיקר לסייע את המוחזק הוא כמ"ש הלכתא כוותיה דרבה בארעא וכו' וכנ"ל ור"ל דס"ל למרן כרשב"ם דגם בפלוגתא דרבו דרבוותא דהוי ספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקת מ"ק אלא בתר מאן דקאי השתא בגווה:

אמנם האמת יורה דרכו דעיקר טעמו דמרן ז"ל הוא כמ"ש הרב מהרמ"פ נר"ו דהיינו משום דלשיטתיה אזיל לפסוק כתרי מגו תלת עמ"ה וגם דאזיל תמיד בשיטת הרמב"ם ז"ל ודבר ה' בפיהו אמת שכ"כ להדיא מרן ז"ל בתשו' אבק"ר סי' ק"ך הנז' וז"ל שדעת הרמב"ם ז"ל שיש חזקה להז"ר וכו' שהרי כתב וכו' וכד' רבו הריב"מ וכד' הרא"ש וכיון שהרמב"ם הוא רב מובהק ומפיו אנו חיים בכל הגלילות האלה עבדי' עובדא כוותיה וכ"ש במקום שהריב"מ והרא"ש מסכימים לדבריו עכ"ל יע"ש הרי להדיא דמרן ז"ל ביאר לנו במ"ש כהרמב"ם דהט' משום דהוא רב מובהק ומארי דאתרין וגם דרבו והרא"ש מסכימים לדבריו כנז"ל והיינו ממש כמ"ש מהרמ"ף נר"ו ותשו' זו דמרן ז"ל היא תנא דמסייע ליה כמבואר אכן למהרימ"ט דלא נגלו לו תשו' מרן הללו כלל משו"ה חתר למצא טעם כעיקר למרן למאי דלא אזיל בתר חמ"ק כדאמרי' בעלמא בדיני טובא לזה הוכרח לומר דר"מ דס"ל כרשב"ם ז"ל דקי"ל כרבה בארעא היכא דקימ' תיקום וכנז"ל ועם שגם בזה דס"ל למהרימ"ט דמרן אזיל בשיטת רשב"ם ז"ל יפה כיוון ויפה דן דהכי אשכחן להדיא למרן ז"ל בתשו' אחרת דהכי ס"ל להדיא ודבר ה' בפיהו אמת וכדבעי' מימר קמן בס"ד מ"מ בדין זה דס"ל דיש חזקה להז"ר כהרמב"ם אין אנו צריכים לזה מאחר שכבר מרן גופיה גילה לנו טעמו בתשו' זו דסי' ק"ך אמאי דס"ל כהרמב"ם וכנז"ל ותשו' מרן זו דסי' ק"ך היא נעלמה מהרב מהרח"ף ז"ל ומהרב מהרמ"ף נר"ו מדלא הזכירוה כלל דהויא תיובתיה דמהרח"פ ז"ל וסייעתיה דמהרמ"פ נר"ו וכמבואר מעתה אין מקום ג"כ עוד למ"ש הרב מהרמ"ף נר"ו בסוד"ק דלדידן דפסקינן כהוראות מרן הנה דעת מרן מבואר בסי' קמ"ו לפסוק כר"י ודלא כרשב"ם וכן אין מקום ג"כ למ"ש הרב הפוסק נר"ו דאין שום הכרע בד' מרן וכו' כי הנה אמת נכון הדבר דממ"ש מרן בסי' קנ"ד כד' הרמב"ם ליכא ראיה דס"ל כרשב"ם כמ"ש מהרימ"ט ז"ל מאחר דמצ"ל דטעמי' דמרן דפ' בהרמב"ם הוא כמ"ש הוא נר"ו וכ"ש דכן מצינו למרן גופיה שביאר טעמו כן להדיא באבק"ד סי' ק"ך הנ"ל וממילא חלף הלך לו טעמו דמהרימ"ט וכנז"ל מ"מ מ"ש עוד מהרמ"ף נר"ו דמרן בסי' קמ"ו פסק כר"י ודלא כרשב"ם הא ודאי ליתא דודאי דעת מרן ז"ל כרשב"ם ז"ל דוקא וכמו שגילה לנו דעתו מרן ז"ל בתשו' אחרת באבק"ר וכמ"ש בס"ד לקמן ומשם בא'רה וההיא דסי' מ"ב וסי' קמ"ו דאייתי לן הרב המפ"ה יצ"ו ל"מ מידי דשאני התם דלא תליא פלוגתייהו דתובע ונתבע בספקא דדינא דפלוגתא דרבוותא כלל רק הם מכחישים זא"ז בטענותם דוקא ולהכי בעינן מגו משא"כ בס' דדין התלוי במח' הפוס' ז"ל מצ"ל דס"ל למרן דמוקמינן ארעא בחזקת מאן דקאי בה השתא דוקא והוא פשוט:

ואני תמיה טובא עליה דמל ועליה דהרב מהרמ"פ נר"ו איך נעלם מהם תשו' מרן ז"ל באבק"ר סי' קכ"ו דפסק להדיא כס' רשב"ם ז"ל במח' פוס' דאשתכח כנ"ד וז"ל ועוד אני אומר וכו' ועוד שהרי ראובן דר בבית ומוחזק בו ואתה בא להוציאו מביתו הוא יכו"ל קי"ל כר"ת וארעא היכא דקיימא תיקום וכו' עכ"ל הרי להדיא מפורש יוצא דעת עליון מרן ז"ל דס"ל כרשב"ם דגם בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא אמרי' ארעא היכא דקיימ' תיקום וכנז"ל וכן ראיתי להרב נוכח השולחן ז"ל בח"מ סי' ט' המ"א ע"ג שכן הוכיח במישור מתשו' מרן ז"ל הנ"ל דס"ל כרשב"ם יע"ש והוא ברור:

ולא עוד אלא רואה אנכי שדעת מרן בתשו' זו דס"ל דהגם דחזקת מ"ק היא ברור לעין כל וכגוונא דנדון דמרן ז"ל דחיקת שמעון ברורה בשטר השכירות שביד האפו"ט שצו ועכ"ז פסק מרן ז"ל דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ארעא היכא דקיימא השתא תיקום וכנז"ל וזה דלא כמו שהעלו הגאון החק"ל ז"ל ומר בריה הרב מהרא"ח ז"ל בחק"ל ח"מ ח"ב סי' פ"ב ופ"ג דהיכא דחזקת מ"ק ברורה כ"ע מודו דאזלי'. בתר חמ"ק יעש"ב ומתשו' מרן הלזו מתבאר להדיא דס"ל למר דגם בדאיכא חמ"ק ברורה פליגי רשב"ם ור"י וקי"ל כרשב"ם כנז"ל שו"ר להגאון מהר"א חזן ז"ל גופיה בספרו אורח משפט סי' כ"ה בכללי הקי"ל סוף אות פ"ז שחזר בו ממ"ש בחק"ל סי' פ"ג הנז' וכתב שגם בחמ"ק ברורה במח' היא שנויה והוא מדין זה עצמו דקאי ביה מרן ז"ל בתשו' הנ"ל יע"ש:

איך שיהיה לדאתן עלה הנה נתבאר שפיר דדעת מרן ז"ל כרשב"ם ז"ל ואנן בדידן אתכא דמרן ז"ל סמכינן דקבלנו הוראותיו ז"ל גם בתשו' וכנ"ל וא"כ לית לן למיזל בתר רוב דעות כלל דאין לנו אלא דעת מרן ז"ל דפסק כרשב"ם וממילא נפק"ל לדידן דהמחזיק הוא המוחזק וכמ"ש מהר"ש יפה ז"ל והיינו משום דאתי עלה מס' רשב"ם ז"ל וכמ"ש מהרי"ך ז"ל בפ"ז דשכירות הב' והגאון החק"ל בסי' פ"ב והמט"ש ז"ל בסי' ק"ס כנז"ל וכיון דחזינן למרן ז"ל בתשו' דס"ל כרשב"ם ז"ל כנ"ל ודאי דנקטי' בפשוט כס' מהרש"י ז"ל דהמחזיק הוא המוחזק ולא חיישי' תו לרוב דעות וכמדובר ובפרט. שכבר כתבנו דגם רוב דעות בנ"ד הכי ס"ל דמהניא חזקה למחזיק הגם דשניהם משתמשים יחד וככל האמור ומדובר מ"ל ודלא כמ"ש ה"ה נר"ו והדברים ברורים:

עו"כ ה"ה נר"ו וז"ל ונוסף גם הוא וכו' עכ"ל הנה הרואה יראה בדברי אני עני בקונט' הא' כי אני אני הוא שכתבתי כן לחלק מנ"ד למ"ש הרב מהרש"י ז"ל וזה לשוני שם הן אמת דמצ"ל דל"ד כל כה"ג דנ"ד למ"ש מהרש"י ז"ל וכו' יע"ש נמצא דכבר אנא עניא פקחתי עיני ע"ז וידעתי בינ"י ידעתי החילוק הנז' ואולם הדרי בי התם מהחי' הנז' בראותי להרב משר"ר ז"ל שהביא דברי מהרש"י ז"ל לדון מיניה לנ"ד הגם דלא היה המחזיק קאי בגוויה

דההוא דוכתא דאחזיק ביה להשלכת זבלו מוכח מזה דלא ס"ל לחלק בהכי כלל דאל"כ לא הו"ל לאתויי הא דמהרש"י כלל כי אם דברי הכנה"ג שבסי' ק"ם הגב"י אות ח"י שכתב אהך עובדא דשכוני גוואי דהמחזיק הוא המוחזק ולא מ"ק כנז"ל דזה שייך טפי לנד"ן וכמובן: ומ"ש הוא נר"ו וז"ל ומה שרצה ה"ה ללמוד הפך זה וכו' כאשר השיבוהו וכו' ע"כ אנא דאמרי דאדרבא מ"ש אני עני הם האמו"ץ וניתנו ליאמר וליכתב וכבר השבתי על דבריהם וראיתי להם שאין דבריהם נכונים גם בזה כלל והמעיין ביושר בלתי שום פניה ישפוט בצדק כל אמרי פי: ומה שהביא להם כת"ר נר"ו סייעתא רבתי מדברי ד' גאוני עולם ז"ל שכ' דכיון דהמוחזק דקאי השתא איהו ניהו מ"ק ליכא ספיקא וכו' ע"כ תמהני טובא דמי לא ידע בכל אלה דזה פשוט מאד דאי מ"ק הוא ג"כ מוחזק דקאי בגווה דארעיה ודאי דלא יאות משפט הקי"ל בלתי ס' כלל ואולם הדבר ברור דשניא הא דנ"ד דהמחזיקים דנ"ד אינם באים לזכות בגוף החצר של זולתם אשר בו המים כלל כדי לומר דכיון דבני חצר הגדו' אינהו מ"ק וקיימי בגווה הם הזוכים בט' קי"ל דתרתי איתנהו בהו ולא יזכו הבאים בטענת חזקה כיון שהם עומדים בחוץ שזהו נדון הד' גאוני עולם ז"ל דאייתי מני"ר נר"ו רק אנן עסקינן בנד"א בנ"ד דבני חצר הקטנה באים בטענת מכר וחזקה בשאיבת המים מחצר הגדו' ולא בגוף הקרקע ובטענת חזקתם פליגי בה הפוס' ז"ל אי מהניא או לא ע"ז הבאתי בעניותי דברי הכנה"ג שבהגב"י אות ח"י דס"ל דהמחזיק הוא המוחזק שזהו שייך לנ"ד לבטל טענת בני חצר הגדו' שבאו לבטל חזקתם של בני חצר הקט' מכח פי' רשב"ם ודעימיה ע"ז כתב הכנה"ג דהמחזיק הוא המוחזק והסכימו עמו הרב בני יצחק חנן ועולת שמואל ז"ל ומהרש"פ ז"ל כנז"ל ומשם באר"ה דגם בכה"ג דנ"ד דהמחזיק הוא עומד בחוץ ורוצה להחזיק בתשמישי חצר חבירו או בז בדריסת רגל בחצר חבירו אמרי' גם בכה"ג דהמחזיק הוא המוחזק יע"ש וגם מהרש"פ ז"ל נסתייע מד' מהרש"י הנז' גם בנ"ד דהמחזיק הוא עומד בחוץ כנז' והרבנים מהרא"ק והדב"מ ז"ל החולקים עליו לא באו עליו לדחות ראייתו מדברי מהרש"י ז"ל מטע"ז הנז' כלל דין גרמא דגם אנכי עפר נסתייעתי ג"כ מד' מהרש"י הנז' ונרגשתי מהחי' הנז' ולא הונח לי לאומרו כלל מכח מ"ש המשה"ר ז"ל אמנם עיקר סמכין הוא ע"ד הרב כנה"ג ז"ל דס"ל דהמחזיק הוא המוחזק כמבואר היטב בתחי' דבר בתשו' הנ"ל והגם דרוב הפוס' ס"ל דמוק' ארעא בחמ"ק דלא כמ"ש הכנה"ג ז"ל וכמ"ש מהרא"ק והדב"מ ז"ל כנז"ל מ"מ כיון דחזינן לכמה מרבני האח' ז"ל דס"ל כס' הכנה"ג ז"ל הנז' כנז"ל א"כ נמצא דדין זה במח' הוא שנוי אי מוק' ארעא בחמ"ק או בחזקת המחזיק והדרינן לכללין דכיון דבהא פליגי מי הוא המוחזק אזלי' בתר רוב דעות בעיקר הדין דנ"ד וכמ"ש הרב הפוסק גופיה נר"ו

בתשובתו זאת לעיל מזה וכבר הוכחתי אני עני דבנ"ד רוב דעות הפוס' ז"ל ס"ל דמהניא חזקה למחזיק אפי' היכא דמשתמשים שניהם יחד כנז"ל וגם אם באנו למיזל בתר רוב דעות מהפוס' ז"ל מי הוא המוחזק הנה ודאי אתאן לפלוגתא דרבוותא ז"ל דאיפליגי במזיק וניזוק מי מהם הנקרא מוחזק כידוע דגם בנ"ד בני החצר הגדו' הם ניזוקים מבני חצר הקטנה הן בהז"ר הן מסיבת כי מתרבה עליהם הנכנסים והיוצאים וכבר עמד ע"ז הרב נח"בך ז"ל בח"א ח"מ סי' ב' הנז' על נ"ד והאריך בזה והעלה דרובא דרבוותא ס"ל דהמחזיק הוא המוחזק עיין שם באורך וגם סברת מהרש"י ז"ל הנז' אהני טובא לסניף לנד"ן וכבר כתבנו דהכי ס"ל למרן ז"ל. בתשו' סי' קכ"ו וככל הנז"ל וא"כ מכל הצדדים זכינו לדין בנ"ד דזכו בני החצר הקט' בחזקתם לשאוב מים מחצר הגדו' כמאז וכמקדם וככל האמור ומדובר מריש ועד כען:

תו חזיתיה צמר ה"ה נר"ו בד"ה ונסעה ונלכה וכו' שטרח ויגע לפרש דברי הרב מהר"ש הלוי ז"ל כפי דעתו כדי להציל עצמו ממ"ש עליו אני עני וממ"ש עליו החולקים עלי יצ"ו ונדחק מאד לעיולי פילא בקופא דמחטא ואמר מר דהרב מהרש"ל ז"ל תרתי מילי קאמר וכו' ככל הכ' בד"ק נר"ו ואימץ את לבבו לכתוב עלן שלא דקדקנו יפה בד"ק ולא בדברי מהרש"ל ז"ל יע"ש וכל ישר הולך בעיניו יראה ובלבבו יבין דכל מ"ש מה בפי' דברי מהרש"ל ז"ל לא ניתן ליאמר וכ"ש ליכתב כל אחהמ"ר מניה דמר יצ"ו דבודאי מהר"ש הלוי ז"ל חדא מילתא קאמר ותל"מ והוא זה דשאני ההיא עובדא דשכוני גוואי שהבעלים הראשונים עצמם הם באים בטענה זאת דבשכוני גוואי הוינא כפי' רשב"ם ז"ל לבטל טענת המחזיק שטען עליו מינך זבינתה ברם בלוקח שקנה מבעלים הראשונים ורוצה לבטל טענת המחזיק שכנגדו בטענתו דבעלים הראשונים שלו הוו יתבי בשכוני גוואי ודאי דלא מהניא ליה ללוקח טענה זאת כלל דבעי' דוקא כעובדא דנ"מ ממש דהבעלים עצמם טענו כן נגד המחזיק ולא לוקח נגד המחזיק ושוב נרגש הרב ז"ל מדקי"ל טענינן ללוקח וכו' וה"נ ניטעון ללוקח נגד המחזיק דשמא בעלים הראשונים הוו יתבי בשכוני גוואי וכו' ע"ז כתב דאנה"ן טענינן הכי ללוקח נגד המחזיק הראשון שכנגדו ברם בשניהם לוקחים כנ"ד הו"ל לוקח לגבי לוקח וכי היכי דטענינן ללוקח מבעלים הא' ה"נ טענינן ללוקח מן המחזיק דהיינו יאודה מיוסף כנ"ד דיוסף שהוא המחזיק הראשון קנאה מאביו או מיורשיו וכיון שכן זכה הלוקח ממנו בחזקתו זהו אמיתות כוונת הרב מהרש"ל ז"ל בחי' הנז' בלתי ס' כלל ונמצא א"כ דחדא מילתא קאמר הרב ז"ל דוקא והיא זאת דבלוקח לגבי לוקח אפי' רשב"ם מודה דלא שייכא האי טענה דבשכוני גוואי הוה בע"הב הראשון כנז"ל וזכה הלוקח מהמחזיק בחזקת המחזיק דטענינן ליה שהמחזיק

הראשון קנאה מבעלים הא' או מיורשיו ומוקמינן ליה ללוקח מהמחזיק בחזקתו וכנז"ל והדברים פשוטים מאד:

מעתה אבא אע"יר על פירושו דה"ה נר"ו שכתב דמהרש"ל ז"ל תרי מילי קאמר חדא דטענה זו דבשכוני גוואי הוינא יתיב וכפירוש רשב"ם אינה מועלת אלא היכא דטענו כן הבעלים הראשונים אבל הלוקח הבא מכחו ל"מ ליה טענה זו וכו' ע"כ הנה אמת נכון הדבר שכן הוא סברת הרב מהרש"ל ז"ל אמנם הי"ד היכא שבא הלוקח בטענה זו מכח הבעלים הראשונים דאינהו הוו יתבי בשכוני גוואי וגם היינו דוקא היכא שגם המחזיק שכנגדו הוא ג"כ לוקח מהמחזיק וכדכתב הרב ז"ל בתר הכי וכנז"ל וזה ברור בד"ק:

ומ"ש מר יצ"ו דמכצ"ל דאין תחי' לשונו נמשך אחר סוף לשונו לומר דחדא מילתא קאמר דטענינן ליאודה הלוקח מיוסף דיוסף קנאה דא"כ הוא כוונתו ק' למ"ל להרב לומר בתחי' דבנ"ד הוי לוקח הבא מחמת נפתלי והלא אפי' עם נפתלי גופיה טענינן ליה ליאודה שהוא הלוקח שהמוכר לו יוסף קנאה ממנו ומ"מ במ"ש שהוי לוקח מנפתלי וכו' עכ"ל יצ"ו ודבריו תמוהים מאד לענ"ד דאלו הוה נפתלי גופיה קיים וטעין בשכוני גוואי הוינא לא הוה טענינן ליה ללוקח מיוסף כלום כיון דלא הוה מהניא חזקת יוסף גופיה ול"מ לגבי נפתלי גופיה דטעין אנא בשכוני גוואי הוינא ולא טענינן ליורש וללוקח אלא היכא דהחזיקו הא' כדין ולא ריעא חזקת אבהתייהו כלל לא כן הכא דל"מ חזקה ליוסף כלל כיון דנפתלי שכנגדו טוען אנא בשכו"ג וכו' ואנן בעי' חזקה הראויה למוכר ולמוריש כדי לטעון בעד הלוקח והיורש שלהם טענת מכר וזה פשוט מאד ומשו"ה הוכרח הרב ז"ל לומר דבנ"ד הוי לוקח הבא מחמת נפתלי משו"ה הוא דטענינן ליהודה הבא מכח יוסף המחזיק ואלו הוה נפתלי קיים וטען בשכוני גוואי הוינא לא הוה טענינן ליהודה הבא מכח יוסף מירי משום דלא עדיף יהודה מגברא דאתי מחמתיה שהוא יוסף דאלו היה יוסף קיים לא הוה מצי לטעון על נפתלי מינך זבינתה כיון דחזקתו ריעא מכח טענת נפתלי שכנגדו שטוען אנא בשכוני גוואי הוינא וכמדובר:

ומ"ש עוד וז"ל ואלא ודאי שתחי' דבריו אינם קשורים וכו' לכן מוכרח לומר דיען בנ"ד הוו לוקח לגבי לוקח וכו' ע"כ הנה אמת שכן הוא כוונת הרב ז"ל מתחי' וע"ס לא בדבריו הראשונים לבד כיוון לזה כי אם מכח מ"ש בתר הכי א"ת וכו דאלו הוה הלוקח מנפתלי עם המחזיק הראשון גופיה שהוא יוסף אנה"נ דס"ל להרב ז"ל דטענינן ל לוקח מנפתלי טענה זאת דבשכוני גוואי הוה נפתלי ואולם מכח מ"ש בתר הכי דאי טענינן ללוקח מנפתלי גם ללוקח מיוסף טענינן וכו' משום הכי הוא דס"ל להרב ז"ל דבלוקח לגבי לוקח ל"מ טענה זאת דבשכו"ג וכו' וכנז"ל וכל לשון הרב ז"ל מתחי' וע"ס קשור

ומורדף וכל עצמו לא בא לומר אלא דבלוקח לגבי לוקח ל"מ טענה זאת ואפילו רשב"ם מודה וכמש"ל:

גם מ"ש מר יצ"ו וז"ל ולא מצי טעין לוקח נפתלי בשכוני גוואי הוינא יתיב וכו' עכ"ל זה ודאי אינו אמת לענ"ד כלל דודאי לא בא הלוקח מנפתלי בטענת עצמו ואומר על עצמו דבשכוני גוואי הוינא יתיב הא ודאי דשומעין לו לכ"ע דמאי שנא הלוקח מנפתלי לנפתלי גופיה כיון שגם הלוקח מנפתלי בא בטענת עצמו א"כ נעשה הוא מארי קמא אכן ודאי דמהרש"ל ז"ל מיירי דהלוקח לא בא בטענת עצמו כלל כי אם בא טעון מכח נפתלי המוכר לו שהוא הוה יתיב בשכוני גוואי וכן יהודה שכנגדו בא טעון מכח חזקת יוסף שמכר לו ומשו"ה ס"ל למר דל"מ טענתיה דלוקח מנפתלי נגד יהודה הלוקח מיוסף. דאנן טענינן ליה נמי שיוסף קנאה מאביו או מיורשיו וכנז"ל:

ומ"ש עוד הוא יצ"ו וז"ל ולכן כשאני העתקתי דבריר שם בכפי' הגהתי ותקנתי הלשון וכתבתי אבל לוקח לגבי לוקח ל"מ עכ"ל הנה נעלם ממנו שכבר מרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג ח"מ סי' ק"ם הגב"י אות כן העתיק דבריו דמהרש"ל יע"ש וכן ג"כ העתיקו דבריו ז"ל כל האח' ז"ל יע"ש ואין אנו צריכים להגהתו ותיקונו כלל וגם מדברי הכנ"הג הנז' מתבאר להדיא שכן הבין בפשיטות כוונת מהרש"ל ז"ל דחדא מלתא קאמר דוקא וכדכתי' בעניותין ממש והוא האמת והצדק ונמצא לפי"ז א"כ דמסתייעא מלתיה דמר מהרש"ל ז"ל דס"ל דבלוקח לגבי לוקח ל"מ טענת שכוני גוואי וכו' משום דטענינן ללוקח מהמחזיק שכנגדו שמא המחזיק שמכרה לו קנאה מהמוכר למערער עתה כנז"ל הנה ודאי דמסתייעא מלתיה דמר מהרש"ל ז"ל ממ"ש הראשונים ז"ל בסי' ק"ח דטענינן ליורש נגד יורש וללוקח נגד לוקח להחזיקו במה שבידו יע"ש משו"ה ס"ל למר מהרש"ל ז"ל הכא דטענינן ללוקח מהמחזיק ול"ט ללוקח הבא מכח נפתלי המוכר לו והדברים ברורים: ומה שאני תמיה טובא ע"ד ה"ה נר"ו דאפי' לפי פירושו בדברי מהרש"ל ז"ל ק"ט מאי ק"ל למר נר"ו עציו עמ"ש בתחי' דלא טענינן ללוקח לגבי לוקח מההיא דסי' ק"ח וקנ"ג דקי"ל הלכתא דטוענין כיון דכפי פירושו דמר נר"ו הרי הרב ז"ל חזר בו בתר הכי וכתב וא"ת וכו' ופירש דבריו בל' ואת"ל וכו' א"כ הרי דס"ל למהרש"ל דטענינן ללוקח ל לגבי לוקח ומאי ק"ל למר נר"ו תו עליה:

ותו דבאמת לק"מ עליו דהתם בסי' ק"ח מבואר להדיא להסוברים דטענינן ללוקח לגבי לוקח דוקא להחזיק במה שבידם לא להוציא מאחרי' וגם פה בנדון הרב ז"ל אי טענינן ללוקח הבא מכח נפתלי נגד הלוקח מיוסף הוי להוציאו מחזקתו לגמרי ובכה"ג ודאי לא טענינן כלל לכ"ע וכמש"ל: ותו דכמה מהדוחק העצום לשון וא"ת וכו' שכתב הרב ז"ל

דה"ל ואת"ל ומה גם דכל הפוס' ז"ל שהביאו ד"ק כולם העתיקו דבריו בלשון האם תאמר או אם תאמר כמ"שיר הרואה בדב"מ סי' ל"א ובמטה אשר סי' ט' יו"ד י"א ובב"ר סימן מ"ב יע"ש אבל בלשון ואם תאמר לא חזינן בדבריו ולא בדברי הפוס' הנז' שהעתיקו ד"ק ואפי' היה כתוב וא"ת עכ"ז אין פירושו ואת"ל כלל והדברים פשוטים דכוונתו כדכתי' וכן הבינו ד"ק כל הפוס' ז"ל הנ"ל וכמ"שיר המעיין ולזה כתבתי אני עני בתשובתי הראשונה דעיינתי בכל המקומות שהביא מר יצ"ו להקשות ע"ד מהרש"ל ז"ל הנז' ולא מצאתי בהם שום סתירה לדברי מהרש"ל ז"ל וכמש"ל. ואולם מה שהשיגוהו לה"ה נר"ו מע' החולקים עלי יצ"ו דמלבד דאין בהם סתירה למהרש"ל ז"ל עוד בה דמהתם איכא סייעתא למהרש"ל ז"ל דטענינן וכו' ככתוב בד"ק יצ"ו הא ודאי לא צריכא למימר כלל דודאי מהרש"ל ז"ל דפשיטא ליה הכא דטענינן ללוקח נגד לוקח להחזיקו במה שבידו ודאי דמהתם הוא דקא יליף הוא ז"ל להאי דינא ולרוב פשיטותו אצלו להאי דינא לא הוצרך הרב ז"ל להביא לו כחא וסמוכות ממ"ש בסי' ק"ח כי הדבר פשוט אצלו דהכי קי"ל להלכה דט דטענינן ליורש ולוקח נגד יורש ולוקח כדקי"ל בסי' ק"ח ובשאר דוכתי אמנם לומר דיש סתירה מהתם לתי' מהרש"ל ז"ל כמ"ש מני"ר ה"ה נר"ו הא ודחי ליתא כלל וכדכתיבנא:

וראיתי להרב ב"ד ז"ל בסי' מ"ב שהביא דברי מהרש"ל הנז' כדמותם כצלמם וכתב עליו וז"ל ודבריו תמוהים דמה טענה צריך הלוקח מנפתלי הלא הוא מ"ק וא"צ שום טענה ויהודה הבא להחזיק במה שאינו שלו הוא שצריך טענה עכ"ל ולענד"ן דע"פי מ"ש בעניותי בכוונת ד"ק לק"מ דאנה"נ אם היה הלוקח מנפתלי בא בטענת עצמו והוה אמר אנא בשכוני גוואי הוינא ודאי דהוה מהני ליה טענתיה דהוא נעשה מ"ק כנפתלי גופיה ברם כשלא בא בטענת עצמו רק בטענה מכח נפתלי דהוא היה בשכו"ג ולא הלוקח הבא מחמתו בזה מיירי מהרש"ל וכתב דל"מ ציה האי טענה ללוקח הבא מכח נפתלי דבמה יהיה כחו האם תאמר דטעני' ליה גם יהודה וכו' ובזה סרה מהר קו' הרב"ד ז"ל הנז' מעל מהרש"ל ז"ל דבזה אינו הוא מ"ק כלל וכמובן:

עוד תמה עליו הרב ב"ד ז"ל שם וז"ל ועוד מועיל הטענה ליהודה וכו' יע"ש וכן ראיתי למהרא"ק ולדב"מ ז"ל שם שהק' עליו כזאת יע"ש וגם זאת נלע"ד דלק"מ דכ"ז שכתבו הם ז"ל הוא דוקא כשהמערער הוא הוא הבע"הב עצמו עם הלוקח מהמחזיק אזי הוה דיינינן הכי דלא טענינן ללוקח מהמחזיק כלום כיון דאפי' היה המחזיק עצמו כיון דחזקתו ל"מ ול"מ כפי פי' רשב"ם ז"ל ברם השתא הכא דשניהם לוקחים אם באנו לטעון ללוקח המערער נטעון ג"כ ללוקח מהמחזיק וכיון דלתרוייהו טענינן טפי עדיף לטעון

ללוקח מהמחזיק להעמידו בחזקתו מלטעון ללוקח המערער להוציא אחרים מחזקתם מטעם האמור לעיל בדברות שניות שלי הנז"ל ועתה ראיתי שכ"כ ג"כ להדיא הרב ב"ד ז"ל גופיה שם בסי' פ"ד בדין הפותח חלון על חורבת חבירו דס"ל להרא"ש ז"ל דאין לו חזקה ולדעת מהרח"ש ז"ל דהרמב"ן ז"ל פליג עליה דהרא"ש ז"ל בזה וכתב ע"ז הוא ז"ל וז"ל ואפילו נימא דפליגי הרא"ש והרמב"ן כיון שבנ"ד שניהם הם לוקחים וקי"ל טענינן ללוקח וכתב הכנ"הג דללוקח החלון טוענים ואין טוענין ללוקח החצר יע"ש והכא הי"ל דגם הרא"ש מודה דל"א על בעל החלון ל"הר אלא כשהוא חי שיכול ל"הר ומדלא מייתי ראיה ש"מ שקר ענה אבל ביורש ולוקח דלאו בני ראיה נינהו אין לומר עליהם ל"הר ואפשר דאפי' בס' אם נפתח החלון קודם החורבה או אחר החורבה ל"א הרא"ש על בעל החלון ל"הר אלא כשהוא בידו אבל אם נפל לפני יורש או לוקח לא אמר והיינו מט' הנ"ל דבשלמ' הוא עצמו שיודע ל"הר מדלא הביא ש"מ שקר ענה משא"כ כשנפל ליורש או לוקח דלא ידעי ולא הוי הוכחה מה שאין להם ראיה על הדבר עכ"ל יע"ש: הרי להדיא דהרב ב"ד ז"ל גופיה עלתה הסכמתו פה דטענינן ללוקח החלון ולא ללוקח שכנגדו מט' דיהיב שהוא טעם כעיקר ולענ"ד מסתייעא מלתיה דמר בטעמו הנז' מדברי הראשו' ז"ל דיהבי האי טעמא ממש גבי אחד מן האחין שהיה נו"נ בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו דעליו ל"הר ואם מת על האחין ל"הר ויהבי טעמא הראשונים ז"ל האי טעמא ממש שכ' הוא ז"ל כמ"שיר המעיין בד"ק ז"ל וכבר הבי"ד הרב כד"ל ז"ל בח"ב סי' ז"ך ומשם בא'רה וא"כ כי היכי דהתם להרא"ש אין חזקה לבעל החלון כלל עכ"ז ליורש ולוקח דידיה טענינן ליה נגד יורש ולוקח החצר כנז"ל ה"ה והוא הטעם בטענת שכוני גוואי הוינא אם יהיה האופן ששניהם יורשים או לוקחים טענינן ליורש ולוקח מהמחזיק ולא טענינן ליורש ולוקח מבע"הב כמ"ש הכנ"הג בדין החלון והט' כדכתב הרב ב"ד סי' פ"ד הנז"ל ואין הפרש מדין זה לדין חלון הנז' אפי' כמלא נימא כלל וא"כ מאי מק' תו הרב ב"ד ז"ל הכא בסי' מ"ב ע"ד מהרש"ל ז"ל הנז"ל וכמעט ח"ו שכח דברי עצמו דבסי' פ"ד הנ"ל והוא פלא:

וע"פי האמור הא אשכחן חבירים מקשיבים לקולו של מהרש"ך ז"ל בח"ב ס"סי קל"א והבי"ד מהרש"ף ז"ל במטה אשר סי' ט' בדין יורד ברשות דאפליגו רבוותא אי אית ליה חזקה או לא וכתב מהרש"ף שם וז"ל דכ"ז המח' הוא כשהבאים לדין הם מי שנתן הרשו' ומי שירד אז אמרי' כיון דאיכ' פלוגת' אוקי ארעא בחמ"ק אבל בנ"ד דבין מי שנטל הרשות בין מי שנתן הרשות כבר חלפו עברו לב"ע ובאו פ"ח בב' החצרות והבאים לדין הם היורשים או הלוקחים אפשר דכולהו מודו דטענינן ללוקח וליורש שלקחה ול"מ

בנ"ד שהבאים הם ב' לוקחים אלא אפי' היה אחד מהם לוקח או יורש הו"א וטענינן ללוקח דאפושי פלו' ל"מ והבו דלא ל"ע דל"א אלא היכא דהם עצמם באים וכו' וסברא זאת לא נפלאת היא כי מאיש לוקחה זאת הוא ה"ה מהרש"ך ח"ב סי' קל"א וכו' עכ"ל עש"ב ומהרא"ק והדב"מ ז"ל שם בסי' יו"ד וי"א עם שנחלקו עליו בנ"ד עכ"פ הודו דהכי ס"ל למהרש"ך ז"ל בלתי ס' ולא מצאו לו חבר בחי' זה זולתי מהרא"ק ז"ל שם נפק דק ואשכח למהרש"ג ז"ל בסי' ל"ז וט"ל דס"ל כמהרש"ך בסתם יע"ש וכ"כ הדב"מ ז"ל שם סי' י"א וסיים דעכ"פ מידי פלוגתא ל"ן וכו' יעש"ב ולפי האמור הא קמן דמהרש"ל והרב בני יצחק חנן ז"ל הכי ס"ל להדיא וגם הרב ב"ד בסי' פ"ד הנ"ל נראה ברור דהכי ס"ל כנ"ל וגם מהרימ"ט סי' קל"ב שהביא הכנה"ג שם אות מ"ח והכנה"ג גופיה שם ודאי דהכי ס"ל ז"ל דהא דין יורד ברשות ודין פותח חלון על חורבת חבירו שוו בשיעורייהו דבתרוויהו איכא פלוגתא אי אית להו חזקה או לא ועכ"ז ס"ל ז"ל דטענינן ללוקח גם בב' לוקחים וכפי מש"ל גם מרן ז"ל בתשו' דסי' ק"ך הנ"ל הכי ס"ל למר אפי' בקוטרא דלית ביה חזקה כלל כי אם בקנין אפי"ה ס"ל למרן דטענינן ללוקח כששניהם היו לוקחים וכמש"ל ועדיין יש להתישב בדבר בזה אולי יש לחלק בין הנושאים והנדונות דכעת נלע"ד לכאו' דתורה אחת ומשפט אחד להם ושוו בשיעורייהו וכמדובר:

איך שיהיה לדאתן עלה לנ"ד ודאי דאית לן למנקט כדברי מהר"ש הלוי ז"ל הגם דרבו החולקים עליו כמ"ש הדב"מ ז"ל שם מ"מ כיון דחזינן ליה למרן א"ל בתשו' דסי' ק"ך הנ"ל דס"ל כוותיה בב' לוקחים דטענינן ליורש נגד יורש וללוקח נגד לוקח להחזיקו במה שבידו ושורש דין זה דטענינן ליורש ולוקח נגד יורש ולוקח להחזיק הוא פתוח ממ"ש הטור בסי' ק"ח מ"ח הראשונים ז"ל בזה ומרן ז"ל שם בשה"ט סתם כדעת הסוברים דטענינן להחזיק יע"ש וכן מצינו בדין חזקת חלון על חורבת חבירו כנז"ל הא ודאי דגם בנד"ן הכי נקטי' ודלא כמ"ש ה"ה נר"ו בסו"ד הנז' דלית לן למנקט כד' מהרש"ל וכו' כ"כ בד"ק הנ"ל דאחהמ"ר ליתא כלל וכמדובר:

עוד כתב ה"ה נר"ו וז"ל ואוסיף עוד להביט וכו' ואני אומר מ"ש דלא שבקי' פשיטות דברי מרן בש"ע נגד דבריו שבתשו' הוא אמו"ץ וכו' עכ"ל הנה אנא עניא כבר השבתי על דבריהם יצ"ו הנז"ל לעיל תשו' נצחת לענ"ד דאין סתירה כלל בד' מרן בש"ע עם התשו' הנז' כלל דלא דמו להדדי כלל ודברי מרן ז"ל צדקו יחדיו מ"ש בש"ע עם מ"ש בתשו' ואין נס'תר מחמ"תו כלל הכל כמ"ש בעניותי על ד"ק לעיל ותמהני טובא על ה"ה נר"ו איך הסכים גם ע"ז לדבריהם ומלאו לבו לומר דמרן ז"ל סותר עצמו מש"ע לתשו' ח"ו ודחה תשו' מרן הלזו מהלכה לגמרי מה שלא מצינו למרן ז"ל כזאת במ"א כלל ובפרט

שהאמת יורה דרכו דאין כאן שום סתירה בד' מרן ז"ל כלל כדכתיבנא בעניותין לעיל ומשם באר"ה:

ומה שהאריך ה"ה נר"ו להוכיח מד' מרן ז"ל שבתשו' הנז' דבקוטרא מיירי דוקא דלא כמ"ש החולקים עלי יצ"ו לא היה צריך להאריך בזה כלל כי הדברים פשוטים אפי' לבר בי רב דחד יומא דבודאי בקוטרא מיירי מרן גם בסוד"ק וכמש"ל והוא ברור כשמש בצהריים:

ומ"ש עוד מני"ר יצ"ו בד' מרן שבתשו' הנ"ל דס"ל דטוענין ללוקח וכו' דלא תק"ל מסוגיא דפ' חזקת וכתב הוא נר"ו דנזקין דקוטרא ודכוותיה דמי ממש להההיא דאונות ושטרות וכו' כבר קדמו בזה הרב בני יצחק חנן ז"ל בסי' ד' שכ"כ הדיא לדעת בעל העיטור ולדעתו יע"ש וכמש"ל:

עו"כ ה"ה נר"ו וז"ל כתבו עוד וכו' הנה וכו' אשר בלי ס' צדקו בדבריהם בזה וכו' עכ"ל הנה כבר אני עני לעיל השבתי על ד"ק יצ"ו בזה דלא צדקו בחילוקם הנז' כלל ובין נדון מרן בין נ"ד לא הוי מוציא המחזיק כלל והבאתי ראיה לזה מד' הפוס' ז"ל יע"ש והם דברים ברורים לענ"ד ומה גם דכללא כייל לן הרב הגדול ר"ל מהרר"ח ז"ל בסי' ז"ך דכל היכא דל"מ חזקתו הו"ל להוציא ולא להחזיק ולא טענינן להו יעש"ב וא"כ גם בקוטרא ושאר נזקין דל"מ בהו חזקה כלל אפי' כי המזיק עשה עשן בביתו ממש אפי"ה שכנו הדר בחוץ בפני עצמו מעכב עליו ומונעו לגמרי כיון דל"מ ליה חזקה כלל א"כ כ"ש אם שני השכנים דרים יחד בחצר אחד דודאי הו"ל להוציא לדעתם יצ"ו שרצו לחלק מנדון מרן ז"ל לנ"ד אל"ו אין סברא כלל לחלק ביניהם כלל ברם לדידי כבר מלתי אמורה מ"ל דבין בנ"ד ובין בנדון מרן אינו להוציא כלל אלא הכל לאוקומי ולהעמיד המחזיק בחזקתו וכמ"ש הרב בני יצחק חנן ז"ל וכנז"ל ואת"ל דהוי להוציא הא אשכחן להריב"ש ומהר"ש ז"ל דס"ל דאפי' להוציא טענינן להו ואפשר דמרן ז"ל ס"ל כוותייהו וכמש"ל אלא דכעת רואה אנכי דקשה הדבר לומר כן בדעת מרן ז"ל דדרכו דרך הק' בכ"מ למיזל בתר תרי מגו תלת עמ"ה כידוע ובמאי דקמן כבר כתב מהרשד"ם ז"ל בסי' רס"א דהרי"פ והרא"ש ז"ל ס"ל דלהוציא לא טענינן דלא כהריב"ש ז"ל ולא שבקינן דברי הרי"פ והרא"ש ולתפוס כהריב"ש ז"ל יע"ש וא"כ איך נאמר בד' מרן ז"ל דשביק תרי עמ"ה הנ"ל ונקיט כהריב"ש ז"ל הא ודאי אינו הילכך מחוורתא כדכתי' מעיק' דבין נדון מרן ובין נ"ד לא הוי להוציא כלל רק לאוקומי דוקא וכמש"ל גם הרב נד"ל ז"ל בכללו הנז' אזיל ומודה בנ"ד דלאוקומי הוי ולא לאפוקי כמ"ש הוא ז"ל בד' הריב"ש ז"ל וככל מש"ל ומשם באר"ה:

עוד כתב ה"ה נר"ו וז"ל ואשר אני אחזה לי לישב דעת מרן וכו' עד ודוק היטב ככתוב בד"ק הנה מה שפירש הסוגיא דלא יחפור לדעת מהריב"ל דתרי קו' פריך הש"ס וכו' פי' זה אינו נוח לי כלל דודאי פירכת הש"ס דפריך והא אין חזקה לנזקין היא ודאי על המשנה לבד הוא דפריך ולא על ר"פ נמי וראיה לזה מדנקט הש"ס פיסקא סיפא דמתני' דקתני ה"ה בחזקתו ועלה מק' והא אין חזקה לנזקין ואי איתא דלדר"פ נמי פריך לא הו"ל למינקט הש"ס פיסקא בפ"ע ולאתויי לישנא דמתני' דה"ה בחזקתו כלל אלא אחר דברי ר"פ והצריכות דעבד הש"ס אליבא דר"פ הו"ל למיפרך הכי והא אין חזקה לנזקין והוה ידענא דפירכא זאת קאי בין לדברי ר"פ דסליק מנייהו בין למתני' דתני ה"ה בחזקתו. ותו דלא מסבר כלל לומר דר"פ גופיה המתקיף הכי בפ' חזקת דב"ן יע"ש שכח דברי עצמו השתא הכא פה במתני' דלא יחפור ובדברי עצמו גופיה דקאמר את אומרת וכו' שכח ח"ו אתקפתא דיליה דאתקיף בפ' חזקת דב"ן עד שהוצרך הש"ס הכא למיפרך עליה הא ודאי קשה מאד הדבר לומר כן אלא ודאי הדבר ברור אצלי דפי' דברי מהריב"ל בראייתו שהביא מסוגיא זו דלא יחפור היא כמ"ש הרב נחב"ך ז"ל בח"מ סי' ב' הנז"ל דהיינו מדהק' על המתני' מדד"ן משמע שדברי ר"ן הם דאפי' לגבי יורש ולוקח ל"מ החזקה כי היכי דל"מ לגבי המוכר או המוריש וע"ז תי' דר"ן מיירי בקוטרא ובה"כ דבהנהו אין חזקה אפי' לגבי יורש ולוקח ואי איתא דטענינן ליורש ולוקח דילמא היה למוכר או למוריש ראיה ועדים א"כ אמאי בקוטרא ובה"כ נמי לא טענינן להו שמא היה למוכר או למוריש ראיה דאעפי' שאין חזקה לנזקים אלו מ"מ ראיה יש להם אלא ודאי מוכח שכל שהיה צריך המוכר או המוריש ראיה ועדים לא טע"ל וכו' יע"ש ודבריו כנים ואמתיים דבודאי זהו אמיתות כוונת מהריב"ל בראיתו הנז"ל וכן ראיתי להרב ט"ז ז"ל בסי' קנ"ד סכ"ד דאייתי ראיה הנז' עצמה כיעו"ש והוא ברור בכוונת מהריב"ל ז"ל בלתי ס' כלל כי אלא דמ"מ יש לדחות ראייתו הנז' וכדדחה לה שפיר הרב מהר"א דיטול ידו ז"ל בספרו הבהיר ס' משנת ר' אליעזר ח"א סי' צ"ב דקכ"ב ע"א יע"ש וכמש"ל ופ"י ה"ה נר"ו הנז' לא ניתן ליאמר כלל וכנז"ל גם מה שפירש הסוגיא הנז' לדעת מרן ז"ל הא נמי א"א לאומרו כלל חדא דמשוי למרן ז"ל נגד כל הפוס' ז"ל ראשו' ואח' ז"ל שהסכימו כמהריב"ל ז"ל וכמו שהק' מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' ק"ח ע"ד מהרש"ך דח"ב סי' קפ"ג שרצה לחלוק על מהריב"ל ואמר עליו מהרימ"ט דבזה לא פרכס אדם מעולם וכו' יע"ש ואפי' מהרש"ך גופיה שם ביטל דעתו נגד מהריב"ל ז"ל מלבד כמה תשו' למהרש"ך דסבר בפשיטות כמהריב"ל ז"ל וכמ"ש הרב נד"ל בסוף סי' ז"ך הנז' וכן הסכימו רוב הפוסקים ז"ל כדכתב הרב הנז' ז"ל יעש"ב וא"ך איך נאמר דמרן ז"ל בתשו' חולק ע"כ הפוס' ז"ל

הא ודאי אינו כלל ותו דמאן לימא לן דמתני' דתני ה"ה בחזקתו דלא קאי על הלוקח דעליה קאי מתני' דתני ואם לקחו וכו' ה"ה בחזקתו והיינו בחזקתו דלוקח והיינו משום דטוענין ללוקח כדאמר"פ לעיל ומאי פריך הש"ס והא אין חזקה לנזקין הגם דאין חזקה לנזקין קין מ"מ טענינן ללוקח וכמו שהק' הרב ט"ז ז"ל שם ומי דחקו לומר דתנא דמתני' דתני ה"ה בחזקתו על הראשון קאי כדי ליפרוך עלה ולתרוצי דר"ן מירי קוטרא וב"ה כנז"ל ומ"ש הוא יצ"ו דתבלין יש לפי' זה וכו' לא מצאתי לתבלין אלו טעם כלל דאדרבא אורחיה דהש"ס הכי כדנקיט סידרא ואזיל דוקא דתחי' נקט רישא דמתני' ואם לקחו וכו' ועלה מייתי דברי ר"פ דאמר זאת אומרת וכו' ושקו"ט הש"ס ע"ר ר"פ והדר נקיט הש"ס סיפא דמתני' דתני ה"ה בחזקתו ומפרש לה ואיך יביא תחי' דברי ר"פ דאמר זאת אומרת וכו' ויקשה עליו. מדר"ן והדר יקשה עליו יורש תנינא וכו' הא ודאי אין זה דרך התלמוד מוד כלל וזה פשוט מאד גם מ"ש עוד יצ"ו וז"ל וא"נז דלפי פי' זה וכו' אבל בנו"ד דמתני' דהמוכר היה צריך ראיה ועדים לא שמעי' דטו עני' ללוקח ואשמועי' ר"פ דגם בזה טוענים וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי מהיכן משמע ליה למר דבשובך דמתני' הוה בעי' המוכר ראיה ועדים דהא אין זה מנזקין גדולים לכ"ע וכדכתב הט"ז ז"ל בסי' קנ"ה הנז"ל וא"כ הו"ל כההיא דהבא מחמת ירושה ממש ואכתי לא שמעינן דטוענין ליורש וללוקח אפי' היכא דלית חזקה למוכר או למוריש דזה לא למדנו כי אם מדפריך תלמודא בתר הכי והא אין חזקה לנזקין כדפירש הוא נר"ו דק"ל להש"ס על לישנא דמתניתין דתני ה"ה בחזקתו דאהא לבד פריך תלמודא ככתוב בד"ק הנזכר וא"כ תם אני ולא אדע מהיכן פשיטא ליה למר נר"ו דבכגו"ד ו"ד דמתני' המוכר היה צריך ראיה ועדים הא ודאי אתמהא טובא:

גם מ"ש הוא נר"ו בכוונת דברי הגהות אשירי ז"ל דאפי' דכיון לכל מ"ש נר"ו ג"ז תמוה מאד דהא זהו עצמו היה סליק אדעתיה דמהריב"ל ז"ל שכן הבין תחילה בדברי ההג"א ז"ל אכן שוב כתב דכשיעיין המעיין יראה דאינו ענין לנ"ד כלל ואינו חולק אמאי דכתי' עכ"ל דמהריב"ל ז"ל וכפי ד"ק דמר נר"ו נמצא דדברי ההג"א הללו הם חולקי' על מהריב"ל בדינו דאיהו נמי מירי בקוטרא וכיעו"ש ואלו מהריב"ל כתב דהג"א אינו חולק בדינו ואיך ניח"ל למר נר"ו דברי ההג"א ע"פי פירושו בדעת מרן ז"ל ואם כוונתו לומר דלא כמ"ש מהריב"ל ולעולם ההג"א חולקים ע"ד מהריב"ל וס"ל כמרן ז"ל זה אינו חידוש כלל כיון דפשט דברי ההג"א כן מורים להדיא וכן הבינם מהריב"ל ז"ל גופיה בתחי"ד ומה בא לחדש דבר מעתה באופן שאחהמ"ר אין מקום לכל דבריו הנז' בין מ"ש לד' מהריב"ל בין מ"ש לד' מרן והג"א ז"ל וכמדובר:

ולעיקר קושייתם ע"ד מרן ז"ל שבתשו' הנ"ל מהסוגיא דלא יחפור הנזכר אשר נתעצמו בה מאד מאד וסו"ד דחו תשו' מרן ז"ל הנז' מהלכה לגמרי ח"ו והוכרח מני"ר ה"ה נר"ו לידחק מאד בפי' הסוגיא לד' מרן ז"ל ועשה אותו חולק ע"כ דברי הראשו' והאח' ז"ל וגם ע"ד עצמו ככל הנז"ל הנה כבר לעיל בתשו' הב' ע"ד המשיגי' עלי יצ"ו כתבתי דאין מקום לענ"ד לכל דבריהם יצ"ו דאעיקרא דדינא לק"מ ע"ד מרן שבתשו' הנ"ל מההו' דלא יספור הנז' כלל דלעולם גם מרן ז"ל בתשו' זאת אזיל ומודה לשיטת רוב הפוסקים ז"ל דס"ל דלא טענינן ליורש וללוקח מלתא דאבוהון לא הוה מהימן בלתי ראיה ועדים וזה פשוט ברם שאני הכא בנדון מרן בתשו' זו דתרווייהו לוקחים הוו המזיק והניזק וכבר פסק מרן בשה"ט סי ק"ח ובשאר דוכתי דטענינן ללוקח וליורש נגד לוקח ויורש אחר להחזיקו במה שבידו ולהעמידו בחזקתו יע"ש וכתב הרב בנ"י חנן ז"ל בסי' ד' דבנ"ד אפי' בעה"ע ז"ל מודה דטענינן יע"ש מלתא בטעמא וכמש"ל והכי ס"ל למהר"ש הלוי ז"ל ולמהרימ"ט ולמרן החבי"ב ולהרב"ד ז"ל בסימן פ"ד כנז"ל משו"ה כתב מרן ז"ל בפשיטות בתשו' זו דטענינן לית ללוקח המחזיק נגד הלוקח המערער ומ"ש מרן כדאיתא בפ' לא יחפור היינו על עיקר הדין דקי"ל טוענין ליירש וללוקח ע"ז כתב כדאיתא בפ' לי"ח וככל מ"ש בעניותי לעיל והדברים פשוטים לענ"ד:

אשר בזה נלע"ד עתה לומר דלזה ג"כ נתכוונו ההג"א ז"ל בפ' לא יחפור בדבריהם הנז' אשר נתחבטו הפוסקים ז"ל להבין כוונת דבריהם ז"ל וז"א כבר בפי' דבריהם והמעיין היטב יראה. שכל ד"ק דחוקים מאד ולא נמלטו מן הקושי ומן הדוחק העצום הנופל בדבריהם בפירושם לדברי הג"א ז"ל כמ"שיר הרואה במגיד מראשית סימן ח'. ובמהרש"ג סי' ט"ל ובנח"בך סי' ב' ובשאר פוס' ז"ל ע"ע הלא בספרתם וכשאני לעצמי הנלע"ד ברור בכוונתם הוא זה דהם ז"ל ס"ל כמש"ל בדעת מרן ז"ל דבשניהם יורשים או לוקחים טענינן ליורש וללוקח הבא בטענת חזקה אפי' מלתא דאבוהון לא הוה מהימן בלתי עדים וראיה ובהכי א"ש דבריהם ז"ל כמין חומר שכ"כ וז"ל ודוקא היכא דלא ערערו בה היורש או הלוקח מחמת הודאת המוכר או המוריש התם ודאי טענינן ללוקח וליורש אפי' מאי דהוה בעי המוכר או המוריש לברר בעידי מכירה או בעידי חזקה הלוקח והיורש א"צ שום בירור אלא אנן טענינן להו אבל צריך שיחזיקו הלוקח או היורש ג"ש וכו' עכ"ל ור"ל דדוקא היכא דלא אתו המערערים על המחזיק שהוא לוקח או יורש מחמת הודאת אביהם המורישו או המוכרו לו דהיינו שלא יהיו המערערים ג"כ לוקח או יורש ומערערים מכח אביהם המוריש או מכח המוכר לו מחמת הודאתם להם שקרקע זו שביד הלוקח או היורש שכנגדם היא של אביהם המוריש או המוכר להם דאי

הוה הכי התם טענינן ללוקח וליורש שכנגדם הבאים בטענת חזקה אפילו מאי דהוה בעי המוכר או המוריש שלהם לברר בעידי מכירה וכו' ובזה א"ש כל דברי ההג"ח הנז' לעיל בריווח ובשופי בלתי שום הגהה כלל ובלתי שום דוחק כלל וכמבואר ולזה כתב מהריב"ל ז"ל ע"ד:

ההג"א הנז' דכשיעיין המעיין יראה דאינם ענין לנ"ד ואינו חולק אמ"ש הוא ז"ל כנז"ל ודבריו נאמנו מאד דכפי האמור בכוונת דבריהם ז"ל אמו"ץ דאינם ענין לנ"ד דמהריב"ל ואינו חולק עליו כלל כיון דהג"א ז"ל הם המדברים בב' לוקחי' ובב' יורשים ע"ז כתבו דהתם ודאי טענינן להו ליורש וללוקח הבאים בט' חזקה אפי' מאי דהוה בעי המוכר או המוריש שלהם לברר בעדים וכמש"ל והוא ז"ד לא מיירי בהכי כלל ובהכי א"ש נמי מלת ערערו דנקטי ההג"א ז"ל דכפי פי' הרב מגיד מראשית ומהרש"ג ז"ל ק"ט. תיבת ערערו דהול"ל טענו וכמשה"ק על ד"ק ז"ל הרב נח"בך ז"ל יע"ש אכן כפי מ"ש בעניותי בכוונת דברי ההג"א הנז' א"ש טובא דקאי על היורש והלוקח המערערים מכח אביהם המוריש או המוכר וכנז"ל וכבר ראיתי להרב נח"בך ז"ל שם בתר הכי דפירש תחילת דברי הג"א ז"ל הנז' כן ע"פי דברי הרב מהרי"ז אזולאי ז"ל דמ"ש הג"א או הלוקח היינו שהמערערים ג"כ הם יורש ולוקח וכו' יע"ש ולדרכנו הנז' א"ש טפי וכמובן:

ולדעתי המעט הוא דלזה כיוון ג"כ מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ער"ב שכתב וז"ל אלא אפי' לפי' רשב"ם וכו' לענ"ד ג"כ אין הנדון דומה לראיה ואיני רוצה להאריך איך אינו דומה כי הדבר בעיני פשוט מאד עכ"ל וכל הפוס' ז"ל הבאים אחריו אשר דיברו בפרט זה והביאו ד"ק הנזכר נתחבטו בפי' דבריו ז"ל וכל חד לפום חיליה פירש בכוונתו ז"ל כמ"שיר הרואה בפוס' ז"ל הנז' לעיל ולענ"ד אפשר דמהרשד"ם ז"ל אף הוא היה מכוין לחי' הנ"ל דמהרח"ש הלוי ז"ל דבלוקח נגד לוקח ל"מ האי טענתא דשכוני גוואי ואפי' רשב"ם ז"ל מודה וכנז"ל ובנדון זה דמהרשד"ם מבואר להדיא בשאלה שלפניו כי היה לוקח נגד כמה לוקחים אשר היו דרים בחצר זה אח"ז שכ"כ וז"ל וראובן טוען כנגדו ואומר הפתח הזה עומדת זה כמה שנים וכמה בע"ב היו דרים בחצר וכל או"א דר בה יותר מש"ח וגם אני והמוכר דרנו בה יותר. מש"ח ושום אחד מהם מהדרים בחצר הזה לא מיחה וכו' עכ"ל יע"ש וכ"כ בתוך התשו' הנז"ל וז"ל שהדין פשוט בגמ' ובפוס' דטענינן ליורש ולוקח וכאן יש יורש ולוקח ואחר שזה כמה שנים שפתח זה פתוחה לחצר הנזכר פשיטא דטענינן לראובן שהקודמים אליו ברשות כל הדרים בחצר החזיקו וקנו במכר או במתנה איך שיהיה הדין עם ראובן וכו' עכ"ל וכ"מ מסוד"ק הנז' וז"ל אבל בנ"ד שהמחזיק אינו מודה למערער אלא בעדים שהיה שלו ביחוד הדין עם ראובן וכו' עכ"ל יע"ש הנה מבואר

להדיא מכל ד"ק הנז' דנ"ד מיירי בשניהם לוקחים בלתי ס' כלל ומשו"ה כתב דהדבר פשוט אצלו מאד דאין הנדון דומה לראיה כנז"ל ולרוב פשיטותו אצלו החילוק הנז' לא הוצרך לבארו כלל כדביארו מהר"ש הלוי ז"ל וגם הדב"מ ז"ל גופיה אשר קרא ערער ע"ד מהרש"ל ז"ל במטה אשר סי' י"א כנז"ל עכ"ז בספרו דב"מ סי' ל"א סיים עלה דרב גובריה אמרה וע"ע לו ז"ל שם בסי' א"ך בביי"ד וסיים דגם הכנ"הג הביאו בסתם בלתי חולק עכ"ל יע"ש זה נלע"ד בישוב דעת מרן ז"ל ובפי' דברי ההג"א ז"ל ומהרשר"ם ז"ל והגם שכל הפוס' ז"ל האח' לא פי' כן בדברי ההג"א ומהרשד"ם ז"ל הנז"ל מ"מ מקום הניחו לי ומה שנלע"ד ע"ד בכוונ' דבריהם ז"ל כתבתי הדרן לדאתן עלה לנ"ד הא ודאי דינא הכי ככל מ"ש מרן ז"ל בתשו' זו דבשניהם יורשים או לוקחים לכ"ע טענינן ללוקח וליורש הבא בטענת חזקה הגם דהמוכר או המוריש דידהו לא הוה מהימן בלתי ראיה ועדים כדס"ל למהר"ש הלוי ולמרן ז"ל ולפי האמו' גם מהריב"ל ומהרשד"ם והג"א ז"ל ה"נ ס"ל וכמש"ל והגם דנימא דרבו החולקים ע"ז כמ"ש הדב"מ ז"ל במטה אשר שם וכנראה לכאו' מד' הרב נח"בך ז"ל בסוף סימן ב' הנז"ל כיעו"ש מ"מ למרן ז"ל אנו שומעים דוקא וככל מש"ל ודלא כמ"ש הרב הפוסק נר"ו בסוד"ק הנז"ל וברור:

ואגב אורחין בעוברי דברי מהרשד"ם שבסי' ער"ב הנ"ל הוקשה לי לענ"ד עליו טובא במ"ש שם וז"ל וראיתי לבאר לשון שכתב ב"י בסי' ק"ס בח"מ וז"ל ואיכא מ"ד דאי ליכא סהדי דהאי ארעא דמערער הוה כ"ע לא פליגי דל"צ לוקח לאתויי ראיה אלא הכא בדהאי ארעא ידיע דלמערער הוה עסקי' ע"כ ולכאורה י"ל איך אמר ואיכא מ"ד וכו' כנראה שיש מקום פקפוק בדבר הזה או שמא יש איזה מפקפק וחולק בדבר הזה וזה. א"א שהדבר נראה פשוט מאד א"א להכחישו וכו' עכ"ל יע"ש והוא פלא עצום איך לא ראה להרי"ף ז"ל והביאו מרן שם בב"י גופיה שהביא קודם סברת האיכא מ"ד הנז' וכתב עוד וז"ל שי"מ מעשה זה כד מערער לית ליה סהדי דהאי ארעא דיליה היא והלכה כרבא דפליג אר"ן ואמר על המערער לה"ר דמוציא הוא והממ"עה ואיכא מ"ד וכו' עכ"ל הרי להדיא שי"מ הפך סברת האיכא מ"ד הנז' ואיך כתב הוא ז"ל שא"א שיהיה איזה מפקפק וחולק בדבר וכו' ובאמת שהדבר מתמיה מאד ולא ראיתי כעת לשום אחד מן הפוס' ז"ל שנתעוררו עליו בזה וצל"ע ויותר יגדל התימה ע"ד הרב כנ"הג ז"ל בסי' ק"ם הגב"י אות כ"ב שהביא דברי מהרשד"ם ז"ל הנ"ל ולא נתעורר עליו כלל בזה והוא פלא: עוד כתב ה"ה נר"ו וז"ל כתב עוד וכו' וע"ז השיבו ואני אומר וכו' אין זה השבה כי מה לי נתינה מרובה מ"ל נתינה מועטת הרי יש כאן הוכחה שיש להם חלק במים ומאן פלג לן בין מרובה למועט וכו' עכ"ל אנא דאמרי אפריין נמטייה למר שעכ"פ הסכים עמי בזאת בלבד ברם דא עקא

במ"ש עוד הוא יצ"ו וז"ל אך מ"ש עוד דהיו סבורים וכו' אלה הדברים ניתנו ליאמר וי"ל ע"מ שיסמוכו ומהשורש של מחי' בטעות וכו' עכ"ל ואני שמעתי ולא אבין מה ענין מחי' בטעות הכא בנ"ד דאטו בני החצר הקטנה טוענים טענת מחי' מבני החצר הגדו' הדרים כעת מכח מה שהיו פורעים עמהם ההוצאות כדי לבא עליהם מ"ט מחי' בטעות הא באמת להד"מ כלל שלא בא בפיהם טענה זאת כלל דהא לא באו עליהם כי אם בטענת מכר ומתנה מבעלים הראשונים של החצר הגדו' ומביאים ראיה לזה ממה שהם פורעים עמהם הוצאות עם כל בני החצר הגדו' הקדמונים לאלו הדרים עתה מימות עולם ומשנים קדמוניות מיום שנתייסדו אלו שתי חצרות הנז' דממה שהיו פורעים הוצאות עמהם הוברר הדבר שיש להם ונחלה במים הניגרים האלה מכח מכר או שות' או מתנה בקנין מבעלים הראשונים כנז"ל ולאו מט' מחי' אתו עלה כלל וגם בני החצר הגדולה הדרים כעת עצמם לא אתו עלה מט' מחילה כלל כדי דליסייענהו מר מדין מחי' בטעות כי אם הם אומרים דממה שהיו משיבים להם שי"ל שטר בזכיית המים חשבו בדעתם כי אמת היה הדבר שיש להם שטר וזוהי סיבה שהיו לוקחים מהם חלק בהוצאות ויצאו אלו באלו וכו' ככתוב כ"ז בדברי החולקים עלי יצ"ו הנז"ל וכשאני לעצמי כבר השבתי למעלה על ד"ק הנז' יצ"ו דמעיק' דדינא להד"מ שלא היה שום ערעור על בני החצר הקטנה כלל מצד בני החצר הגדו' ע"ד שאיבת המים מאצלם כלל זולתי פעם אחת עמדו לדין יחד ע"ד הבריכה החדשה שרצו לעשות בני החצר הקטנה בחצרם ולמלאתה תמיד כפעם בפעם ממים הניגרים שבחצר הגדו' וע"ז מנעו אותם בדין מלעשות הבריכה בחצרם יען שהוא דבר חדש שלא זכו בו מימי קדם ואולם ע"ד שאיבת המים מאצלם לא ערערו עליהם כלל מעולם ועוד דלא עמהם בלבד הדרים כעת בחצר הגדו' הם פורעים הוצאות לתיקון המים הניגרים הנז' אלא גם על כל בני חצר הגדו' הקודמים להם בזמן קדום היו פורעים עמהם בהוצאות המים הנ"ל כנז"ל וא"כ מה הועילו חכמים בתשו' הנז"ל שהיו חושבים שיש להם שטר וכו' וכי יכולים לטעון גם על בעלי חצירם הקדמונים להם שגם הם היו תמיד מערערים על בני החצר הקטנה ושגם להם היו משיבים שיש להם שטר וגם הם חשבו שכן הוא האמת ולזה ג"כ היו לוקחים חלק בהוצאות מהם הא ודאי כ"ז אינו אמת כלל ולא מהימנינן להו גם בזה דמהיכן יכולים לידע על דורות הקודמים להם שאירע להם ג"כ כזאת וכזאת הא ודאי ליתא כלל:

ועוד דאפי' למטוניה דמר ה"ה יצ"ו דמסייע להו מדין מחי' בטעות כנז' הא אפי' מרן ז"ל גופיה בבד"ה דאייתי מ"ר קרי בחייל דכיון שהוא דין זר מוכחא מלתא דמחי' בטעות היא כמבואר בד"ק יע"ש דוק מינה הא אם אינו דין זר וכגוונא דנ"ד דלאו דין זר הוא

כלל ודאי אזיל ומודה מרן להגאון ורבי' הטור ז"ל דמחי' כהאי דלא מוכחא מילתא דבטעות היא הוי מחי' גמורה כי מאחר ששלי"ת יש אלהים שופטים בארץ דאיכא דייני בארעא מה חסר המקרא אם היו תובעים אותם לדין לאמר להם אחוו שטרייכו לב"ד ומה מחלוקת יהיה להם בזה כדי שנאמר שכיוונו למעט במח' וכמו שכבר כתבתי כ"ז ויותר מזה למעלה:

ותו דכדי לומר מחי' בטעות הוי ול"מ הנה מהריב"ל ז"ל בח"ב סי' ע"ג הטיל תנאי בדבר דבעי' דאיכא רגלים לדבר שטעה בדין הא לאו"ה דליכא רג"ל לא מהימן לומר שטעה יע"ש והכא בנ"ד מאי רגלים לדבר איכא כדי לומר שטעו בדין ומחילת' בטעו' היתה אדרבא רגלים לדבר איכא לומר שלא טעו כלל דהא היו יכולים לתובעם לדין לברר דבריהם ושטריהם ואז היה מתגלה שקריהם ולמה סמכו על דבריהם אלא ודאי הדברים מוכיחים שלא היו דברים מעולם שלא היו מערערים הם כלל כי היו יודעים באמת שיש לבני חצר הקטנה זכות במים הניגרים שלהם מקדם קדמתה ולזה היו לוקחים מהם חלקם בהוצאות לתיקון המים חלק כחלק הם וכל בעלי החצר הקודמים להם ולא היה ערעור עליהם בזה מעולם כלל וככל מש"ל וברור:

ואפילו למ"ש הרב מהריק"ו ז"ל בשו"ך משם רבינו אביגדור ז"ל דנשאל הוא ז"ל על המחזיק ג"ש בדבר שאין יודע בעל דינו שמן הדין אינו יכול לעשות ולבסוף נודע דשלא כדין עשה אם יכול לערער או לא והשיב הוא ז"ל דודאי יכול לערער דאין לו חזקה כלל כי מה שלא מיחה לפי שלא היה יודע שהמוחזק היה עושה שלא כדין וכו' ומיהו לא כל הענינים שוים דאם הוא דבר שהדעת מצי טעי הכי נאמר למחזיק זיל ברור אכילתך ואם אין הדעת טועה בו שאין רגילים בני אדם לטעות בכך לאו כ"כ לומר לא ידעתי שהייתי יכול למחות לבטל חזקתו של זה וכו' עכ"ל יעש"ב עכ"פ הרי שסיים וכתב דבעי' עכ"פ שיהיה הדעת טועה בכך דהיינו שרגילים בנ"א לטעות בכך אזי אמרי' דמחי' בטעות הויא ול"מ ול"מ הא אם אין רגילים בנ"א לטעות בכך אפי' אם הוא טוען שהוא לבד טעה כך לאו כל כמיניה דבעי' דוקא שרגילים הבנ"א לטעות בכך דוקא וכמ"ש מוהריק"ו ז"ל בסוד"ק הנז"ל והכא בנ"ד הגם דיאמרו בני החצר הגדו' דטעו בכך מ"מ אין רגילים שאר בנ"א לטעות בכך כלל דמי פתי יאמין לכל דבר שאומר לו בעל ריבו שכנגדו כיון שכן דרך בעל הריב לטעון כל מה שלבו חפץ ובע"ד שכנגדו אומר לו חות לדינא ויבחנו דבריך כידוע ומה גם שגם בעלי החצר הגדולה עצמם לא אפשר שיטעו בכך כיון שהם פקחים גמורים לכל דבריהם ועניניהם ובפרט דאיכא מנייהו ת"ח רשומים דגמירי וסבירי וידעי בדין וכבר הרב כנה"ג ז"ל בסי' ע"ט הגב"י אות י"ד עלה ונסתפק בת"ח דגמיר וסביר

ומוחזק בעיניני הדין דלא טעי בהכי וידע הדין אם נאמן לומר שטעה בדין או שכח וכתב דאם היה בא מעשה לידו היה דן דאם טוען כן להוציא אינו נאמן אבל להחזיק בידו נאמן וכו' יע"ש וכן הסכים הרב לב מבין ז"ל בדקס"ג יע"ש וכבר כתבנו דבנ"ד בני החצר הגדו' באים להוציא לבני החצר הקטנה מחזקתם ולאו כל כמיניהו לטעון כן כיון שמהם יש ת"ח רשומים כנז"ל: והן אמת שדברי מוהריק"ו ומהריב"ל ז"ל בכלליהם הנז' אינם מוסכמים מכל ומידי פלוגתא לא נפקא וכמ"ש הרב הגדול ר"ל כמהרד"ח ז"ל בנדיב לב ח"ב ח"מ ססי' ל"ב יע"ש שהאריך בזה וגם אני בעוניי עמדתי כבר בדין זה באשה שמחלה קצת מכתו' לבעלה ושוב טענה דמחי' בטעות היתה והארכתי קצת בזה ואספתי בא'מרים סברות הפוס' ז"ל המדברים בפרט זה בתשו' כ"י אשר לי יע"ש ומשם באר"ה דמידי פלוגתא לא נפקא וכעת ראיתי ג"כ למרן החבי"ב ז"ל בתשו' בע"ח ח"מ ח"א סי' ר"ל דרצ"א ע"ד שכתב משם מהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ק"ך שכתב בשם הרשב"א ז"ל שכיון שדר הדר ולא ערער בע"הב מחל לו ואעפ"י שהיה חושב שמן הדין י"ל זכות לדור שם והו"ל מחי' בטעות בכה"ג הויא מחי' וכתב עליו הרב החבי"ב ז"ל וז"ל ואיברא שעדות הרב נאמנה מאד וכו' אך תמיהא. לי שז"ש בשם הרשב"א וכו' כל הפוס' חלוקים ע"ז וכו' יע"ש שהניח בצ"ע יע"ש ובהורמנותיה דמר נלע"ד ליתורי דעת הרשב"א ז"ל דמיירי בדליכא רגלים לדבר שטעה א"נ שאין רגילים בני אדם לטעות בכך וכדס"ל למוהריק"ו ולמהריב"ל ז"ל מר כדא"ל ומר כדא"ל כנז"ל ואחר החיפוש כן ראיתי להרב מהר"א פרנסיס ז"ל בתשו' כי באה בבאר מים חיים מוצירי ח"א ח"מ סי' י"ב דצ"ו שתי' כן לדעת הרשב"א ז"ל יע"ש והנאני וגם הוא ז"ל הסכים לחי' מוהריק"ו ומהריב"ל הנז' כיעוש"ב ועע"ש בסי' י"ג וי"ד מ"ש בזה:

איך שיהיה הגם דמידי פלוגתא ל"ן וכנז"ל מ"מ כבר כתבנו לעיל דהמחזיק הוא המוחזק וסמא בידיה לו' קי"ל כמהריק"ו ומהריב"ל ז"ל בחי' הנז' ובפרט דרוב הפוס' האח' ז"ל הסכימו לתרי חי' הנ"ל דהגם דנימא דאזלילן בתר רוב דעות האיכא רוב דעות הפוס' ז"ל המסכימים לחי מוהריק"ו ומהריב"ל ז"ל כמש"ל אשר עפיד"ק נפק"ל לנ"ד דלא מצ"ל בני החצר הגדו' מחי' בטעות היא זאת ובפרט דהאמת יורה דרכו דלא שייך הכא טענת מחי' בטעות כלל וככל מש"ל ודלא כהרב הפוסק נר"ו גם בזה והדברים ברורים: סו"ד כלל העולה מכל האמור דלענד"ן הדין עם האלמנה והיתומים הבנים בניה יצ"ו בעלי החצר הקטנה וזכו בחזקתם לשאוב מים מחצר הגדולה שכנגדם כמאז וכמקדם וכמ"ש אני עכ בפס"ד הראשון הנ"ל ולא מצאתי גם בכל מ"ש הרב הפוסק כפי אהרן נר"ו הנ"ל שום כדי השבה לדחות מ"ש בעניותי כמש"ל ועדין במקומי אני עומד וככחי אז כחי

עתה לזכות האלמנה בדינה ובחזקתה קתה מכל הטעמים הכתובים מה למעלה והנלע"ד כתבתי והמעיין יבחר:

עוד מצאתי זכות גדול תולה להאלמנה הנז' דנ"ד ולבניה היתומים יצ"ו לזכותם בחזקתם לשאוב מים מהחצר הגדו' הנז"ל והוא ממ"ש עוד הרב עולת שמואל ז"ל בסי' כ"ה על נ"ד אחר שהביא דברי הרב בד' ז"ל שבסי' מב' הנז' דס"ל דכל שנשתמשו כאחד הבעלים עם המחזיק אין מועיל לו חזקה ומיניה יליף הרב הנז' לנ"ד לכאורה שוב כתב וז"ל אמנם נלע"ד דהדין עם משה ן' אברהם הגם שנאמר דהלכה היא הא דשכוני גוואי וכששניהם משתמשים כ"א לא על"ח אמנם הי"ד אם היה הרי"ץ מחזיק בבור לבדו ג"ש בלי שימוש הר"א כלל ועיקר אז הי"ל דין חזקה גמורה וכשהיה בא הר"א להשתמש בבור אמרי' דכיון דהרי"ץ קנאו והחזיק בו ש"ח לבדו ודאי מה שהניחו לשמש הוא דרך שאלה דאין לו היזק ממה ששואב מים גם הוא אבל עתה בנ"ד דהרי"ץ מעולם לא החזיק לבדו בבור כי אם עם הר"א ומשה בנו נר"ו בודאי אמרי' דהרי"ץ עצמו לא החזיק' עדין ואיך אינו מניחו שלא ישתמש ב. הר"א שהוא בעל ה"א והלא בעי' כגון שכוני גוואי דוק' דבאותו של שכו"ג הבעלים עצמם החזיקו בו ש"ח ויותר ואח"כ נתנו לזה וטען אתה מכרתו לי וכו' דאז אמרי' דמכיון דשכוני גוואי הו"א ונשתמשו ב' כ"א לא על"ח לא כן בנ"ד דמני"ר עדין הרי"ץ לא החזיק מפני שלא דר בו הוא לבדו א"כ אמרי' אפי' נשתמשו ב' כאחד על"ח למחזיק יען יד שניהם שוה בחזקה זאת ושניהם החזיקו ואמרי' אחר שמכר לו הבור חזר וקנאו ממנו והראיה שהחזיק בו ולא מצ"ל בשביל שאבד השטר אל"ח וכו' וא"כ ודאי דשפיר החזיק הר"א בבור הנז' והרי"ץ הנז' לא מצי למחות בו וכו' עכ"ל כמ"ש שהאריך הרב ז"ל להוכיח במישור כן מכל גדולי הפוס' דהכי ס"ל ראשון בק' מהרימ"ט ז"ל גופיה באותה תשו' עצמה דשי' כ"ט שכ"כ להדיא דבעי' שיהיה ידוע דהחזיקו הבעלים הם לבדם בתחי' בבית ש"ח ואח"כ אם ישתמש עמו חבירו ל"מ חזקתו אבל אם מעולם לא החזיקו הבעלים לבדם בתחי' אמרי' ודאי ששניהם החזיקו ויד שניהם שוה בו ואין אחד מהם יכול למחות בחבירו יעש"ב ובאמת שזהו חי' נכון ומוסבר מאד וה"נ מוכח להדיא מדברי הרב ב"ד ז"ל גופיה בסי' מ' שכ"כ וז"ל ונלמד זה ממ"ש מהרח"ש ז"ל בכמה דוכתי שכל חזקה וכו' וכיון דראובן הוא בעל הקרקע בודאי וש' הוא מחזיק וכו' עכ"ל יע"ש הרי להדיא דבעי' שיהיה ידוע וברור שהוא בעל הקרקע בודאי כנז"ל ובכן מינה לנד"ן כיון דמיום הווסדה ארץ שתי החצרות הנ"ל בני חצר הקטנה הם שואבים מים מחצר הגדו' הנז"ל ומעולם לא היתה להם שעת הכושר לבני חצר הגדו' שלא החזיקו לבדם במים הניגרים הנז' לשאוב הם לבדם כלל אלא בני שני החצרות הנ"ל החזיקו כאחד

לשאוב מים מהנז"ל א"כ ודאי דיד שניהם שוה בחזקת מים הניגרים האלה ואין לאחד חזקה יותר מחבירו ולא מצו מחו בידייהו זע"ז כלל וכנז"ל וזה מוסכם מכל הפוס'. ז"ל ואין חולק ע"ז כלל וכמענו שזהו ממש החי' שכתב הרב דב"מ ז"ל בסי' א"ך והרב משה"ר ז"ל וכמשי"ר הרואה וברור וע"ש להרב עולת שמואל ז"ל הנז' שכתב עוד בנ"ד וז"ל וא"ת עדין יש לדוחה לדחות דזה דוקא בענין חזקה לא במכר דהא כיון דמסר לו שטר מכירה נעשה שלו לגמרי ולאלתר הוי חזקתו וכשבא שכנו להשתמש הרי הוי כעין שכוני גוואי דשניהם וכו' זה אינו וכו' אבל אם מתחי' נשתמשו ב' כאחד יד שניהם שוה באותה חזקה כאמור וכ"כ הלח"ש בדקי"ו יע"ש עכ"ל ודין מיניה ואוקי באתרין ממש דלא מעלה ול"מ מה שקנו בני החצר אשר בו המים גם למים ההם בשטר המקנה שבידם דמ"מ כיון דבני שתי החצרות הנ"ל מתחי' וראש נשתמשו ב' כ"א בשאיבת המים מחצרם יחד מיום שנתייסדו ב' החצרות הנ"ל ומעולם לא החזיק אחד מהם ג' ש"ח לבדו קודם חבירו אמרי' ודאי דיד ב' שוה בהם ואין לאחד מהם זכות במים ההם יותר מחבירו כלל א"כ ל"א מצו למחות זע"ז כלל דאמרי' כי בעלי ב' החצרות הקדמונים קנו המים הנז' בשות' יחד או בתר הכי קנה האחד מחבירו חלק במים הנז' ושטר היה להם ונאבד דטפי מ"ג שנין לא מזדהר איניש בשטריה א"נ השתי החצרות הנ"ל היו כולם לאיש אחד הוא בעל החצר הגדולה וככל האמור ומדובר מ"ל זה נלע"ד להלכה ולא למעשה עד שיכריעו ביניהו חכמי ורבני דורנו שבכל עיר ועירו מדינה יצ"ו אשר אין להם שום פניה כלל וצור ישראל י"מ וימ"ן ויזכני לכוין לאמיתה של תורה לבל אכשל בדבר הלכה ויאיר עיני. בתורתו תורת ה' תמימה מש"ץ אכי"ר פי המדבר זעירא דמן חברייא עבד נרצע לכל יודעי דת ודין מתאבק בעפר רגליהם ושותה בצמא את דבריהם והוא:

הצעיר יצחק אבואלעפיא ס"ט:

ואחז"ר האיר וזרח אל עבר פנינו ספר הנחמר והנורא שער אשר ח"ב הנד"מ להגאון הרב מהר"א קובו ז"ל בסי' כ"ו שעמד על דעת מרן ז"ל בפלוגתא הרי'. ורשב"ם ז"ל הנ"ל ורב תנא הוא ופליג על רבני וגאוני ירוש' תו' ונסתייע מתשו' מרן ז"ל שבאבק"ר סי' ק"ך הנ"ל וכדכתיבנא אנן בעניותין ממש אלא דאסיק הוא ז"ל בסוד"ק דלא נתברר אצלו דעת מרן ז"ל בזה ולא זכר שר לתשו' מרן ז"ל שבאבק"ר סי' קכ"ו הנז"ל והוא פלא ושם בדמ"ד ע"ב אייתי בידיה רובא דרובא דרבוותא קמאי ובתראי דקיימי בשיטת הרב מהר"ש יפה ז"ל כיעוש"ב נפלאות מתורתו ברוך שחלק לו מחכמתו וע"ע לו ז"ל שם בתשו' סי' ל' דפ"ב ע"ב וע"ג וע"ד שעמד בהאי כללא דאזלינן בתר רובא דפוס' ועלתה הסכמתו דבעינן רובו

מתוך כולו דוקא ותמה ע"ד הרב דת ודין והרב מטה יוסף ח"א סי' ה' והרב זכות אבות ח"מ סי' י"ב ודחה ד"ק מהלכה יעש"ב והוא ממש כדכתי' בעניותין:
(תשובה נשמטה ממקומה בחלק א"הע ובמקום הזה ימלא חסרונה):

סימן ב

שאלה ראובן נלב"ע בא"י ת"ו וחלי"ש והניח אחריו ברכה הבנים בניו חנוך ופלוא שנולדו לו מאשתו הראשונה אשר מתה בחייו וגם הניח אלמנתו ושמה דינה ולא ילדה לו כלל והניח להם כל עזבונו מקומ"ט וכל כלי הבית בגדים ותכשיטי זהב וכסף ונחושת וחובות על הזולת כשטרי מכר ושכי'. והנה חנוך בנו הגדול לא נמצא בעיר כ"ז פטירת מ"א ז"ל והוא דר במד"ה רק פלוא בנו ה"ב הנז' שם נמצא ושם היה בבית אביו כפטירתו וגם אח"ך נשאר דר שם בבית אביו עם אלמנת אביו דינה הנז' ימים במספר ירחים והתחיל להשכיר קרקעות אביו כדי ליזון מהם אלמ' אביו כדמ"ל וכעת תבע מאלמנת אביו הנז' למסור בידו כל התכשיטים והבגדים והמט' מעזבון אביו היתרים שבידה וכל השטרות כדי למוכרם ולגבות דמיהם ליתנם לריוח היום כדי שתיזון מהם אלמ' אביו הנז' ומן היותר יזונו ג"כ בניו הנז' כי שכירות הבתים לחודיהו לא יספיקו בעד מזונותיה אפי' לשליש ולרביע והאלמנה דינה הנז' נתנה כתף סוררת ולא הטית אזן לדבריו כלל באומרה שהיא תפוסה בכל עזבון בעלה במקומ"ט ואם לא יספיק לה שכירות הבת'ם היא עצמה תמכור על ידה מהמט' שתחת ידה קמא קמא לתשלום מזונותיה עד שתכלה הכל ואח"כ תנכה כתובתה ממקרקעי של בעלה ואם תמות היא קודם שתגבה כתובתה יורשיה מזרע אביה הם יורשים כתובתה מאחר שכבר יש לה נאמנות מפורש מבעלה הנז' על גביית כתובתה והיורש פלוא הנז' טען כנגדה על הנאמנות הנז' שהוא יודע בבירור שאביו היה אנוס ממנה בזה ויש לו עדים ע"ז. והנה פלוא הנז' בראותו לאלמנת אביו הנז' שהיא מתרסת כנגדו ואין מידה מציל עמד וכתב שטר מתנת בריא לבנו הקטן ולבנותיו הקטנות בכל חצי עזבון אביו מקומ"ט המגיעים לו בתורת ירושה בזיכוי ע"י אחרים ובאחריות ובשעבוד באופן היותר מועיל ומינה מורשים בעד מקבלי המתנה הנז' לפקח ולהשגיח על חצי עזבון אביו השייכים לבניו הקטנים ולעמוד בדין עם אלמ' אביו הנז' למען הציל אותם מידה: אי לזאת הנה כעת המורשים הנז' שואלי"ם הלכו אם יכולה אלמ' ראובן הנז' להחזיק בחצי עזבון בעלה הנוגע לבנו פלוא הנז' וליזון מהם להיתה תפוסה בהם או לא ומוציאין מידה כל החצי הנז'. ועוד שואלים כענין אם יזכו בדין המורשים הנז' נגד האלמנה הנז' אם תוכל האלמנה הנז' לגבות מזונותיה וכתובתה כאשר את לבבה ממחצית העז' הנגע לחנוך הנז' הכל בשלימות או שאין לה לגבות מחלקו כי אם חצי

זכותה. גם אם תגבה כתובתה אם תחלוק עם היורשים הנז' כיון שאין כאן שיעור שתי כתובות כמנהג א"י תו' או לא מאחר שהיורשים הנז' אינם בניה על הכל יורנו מ"ץ הדין עם מי ונלכה באורחותיו ויכא שכמ"ה:

תשובה עד בשחק נאמן עלי דידי שלא היה רצוני להכניס עצמי וליטפל בדין עסק מכמה טעמי ובפרט שאין הפנאי מסכים עמדי מרוב עול הציבור והיחיד אשר השתרגו עלו על צוארי ולא יתנוני השב רוחי להשיב שואלי דבר הלכה ולבא בארוכה ומה גם כי די לי לעמוד בשלי ואולם נהפצרת השואל כי רבה והכביד עלי מאד דין גרמ'א שלא יכולתי המלט ולהשיב פניו ריקם דע"כ אמרתי להשיבו בקצרה מה שנוגע לענין דינא ותל"מ וזה החצי וה"א יעזור לי:

ואען ואומר תחלה וראש מה שתבע הדורש מאלמנת אביו למסור בידו התכשיטין. והמ"ט וש"ח וכו' והיא השיבה שהיא תמכור על ידה ותאכל קמא קמא וכו' כנז' בשאלה. לזאת אשיב דלא צדקו בטענותיהם לא היורש הנז' ולא אלמ' אביו הנז' אלא דינא יתיב וספרין פתיחו דחייבת האלמנה למוסרם ביד שליש נאמן לפקח ולהשגיח עליהם לתועלת האלמנה והיורשים שכ"כ הרשב"ש ז"ל בסי' תר"ח ומהר"ש דוראן י"ל בתשב"ץ ח"ד סי' ט"ו דכדי שלא תכלה האלמנה הקרן חייבים ב"ד לעשות דרך נכונה וכן אנו דנים ונוהגים להעמיד הנכסים באיזה דרך ואופן שיעשו פירות כדי שתיזון מהם האלמנה והקרן יהיה קיים ואם היורשים יאמרו שתתן הנכסים בידם לישא וליתן אין שומעין להם עכ"ל וכן פוסק רי"ו לדעת הרי"ף ז"ל בתשו' והבי"ד מרן ז"ל בב"י א"הע סי' צ"ג דמוסרים אותם ביד נאמן יע"ש וכ"כ להדיא מרן ז"ל בתשו' א"הע דיני כתובה יעש"ב וע"ע למרן ז"ל בתשו' אבק"ר ס"סי ק' שסתם כהריב"ש ז"ל דל"מ תפיסה יע"ש:

הרי לפנינו דעת עליון מרן ז"ל בתשו' הלזו מבואר יוצא דחייבת בדין האלמנה למסור כל מה שתחת ידה ביד שליש נאמן להרויחם ולהשביח' לתועלת היתו' ואינה יכולה לעכב ע"י מליתנם ביד נאמן אפי' שנניח במונח גמור דתפיסתה בהם בהם כדין וכהלכה משא"כ האמת שלא היתה תפיסת' כלל כי אם מאותו הסוג ה"ד שכ' מרן ז"ל בתשו' הנז' כיעו"ש אבל מ"מ הדין עמה שלא תמסרם ביד היורשים כלל וכמ"ש הרי"ף ז"ל בתשו' וכהסכמ' מרן ז"ל בתשו' הנז' וכמבואר:

ועם דחזינא למרן החבי"ב ז"ל בכנ"הג א"הע סי' צ"ג הגב"י אות כ"ב שתמה טובא ע"ד מרן שבב"י שם ושבתשו' הנ"ל ואייתי בידיה להקת הפוס' ז"ל דס"ל דלא. מפקי' מינה אפילו תפסה מרשות המת דלא כמרן ז"ל יעש"ב מ"מ אנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו אפילו להוציא וגם במ"ש בתשו' כידוע וכבר אני עני בתשו' אחרת

כת"י אשר לי בס"הק פני יצחק ח"ב העומד היום על מש'בח הדפוס כתבתי אני בעניותי דהדרי בי ממ"ש כעניותי בס"הק פני יצחק ח"א סי' והמוחזק יכו"ל קי"ל כמ"ד שלא קבלנו דעת מרן ז"ל בתשו' כיעו"ש:

הנה באותה תשו' כתי' הנז' חזרתי בי מזה והעליתי שם דלא מצ"ל קי"ל הנז' מטעם כי נתברר לי אני הדל בתר הכין שכבר הוקבעה הלכה מכמה דורות בזה אח"ז דור דור ושופטיו מרבני הדורות שקדמונו ז"ל שהוחזקו לדון ולהורות כד' מרן ז"ל בתשו' אפי' להוציא א"כ איפה אוף אנן נמי חיובא רמיא עלן ללכת בעקבותהם והכי דיינינן וכוותייהו עבדינן לדון כמרן ז"ל בתשו' ג"כ גם להוציא ושלא לומר המוחזק קי"ל דלא כוותיה ובפרט בא"י ת"ו שכבר קיימו וקבלו עליהם דעת מרן ז"ל בתשו' גם להוציא כידוע:

ובכן חיובא רמיא על אלמנת ראובן דנ"ד למסור כל. עזבון בעלה בגדים ותכשיטין ומט' העודפים עליה ביד נאמן ע"י בדה"ץ למוכרם ולהרויח ולהשביח בדמיהם ליזון מהם היא תחילה די מחסורה ומן המותר יזונו היורשים בלתי שום סירוב מאחר שכן שוהד"ן וכמו שנתבאר וכבר מילת' אמורה דכל מ"ש מרן ז"ל בתשו' הנז' עפי"ד ריו"ז ז"ל הנ"ל הוא אפי' שהיתה תפיסת האלמנה בהם היתה כדין וכהל' דהיינו מר מר' הר או מסימטא ובאחד מדרכי הקניות ולא מרשות המת דהכי מוכחי להדיא דברי מרן ז"ל בתשו' הנ"ל וכן הבין בד"ק בפשוט הרב ב"ד ז"ל בתשו' א"הע סימן ג"ן בדמ"ב ע"ג כיעו"ש:

איברא דמרן ז"ל גופיה בב"י א"הע סי' צ"ג הביא"ד ריו"ז ז"ל הנ"ל וכתב עליו וז"ל ונ"ל שטעמו הוא מפני שתפיסה זו אינה כלום דלאה"מ הוא ואפי' למ"ד דתפיסה דלאח"מ מהניא ה"מ מר"הר או מסי' אבל מרשות המת לא הויא תפיסה לד"ה וכו' עכ"ל מוכח להדיא מדב"ק הללו דאם היתה תפיסה כדין גם ריו"ז ז"ל מודה דלא מפקי' מינה כלל גם למוסרם ביד נאמן וזהו הפך המובן מדברי מרן שבתשו' הנ"ל וי"ל וק"ל וע"ע בתשו' הרב כר"ש ז"ל א"הע סי' ל' ובתשו' הרב דב"מ ז"ל בתשו' א"הע סי' מ' ומ"ג יעש"ב ואכמ"ל בזה:

איך שיהיה בנ"ד דלא היתה תפיסתה כדין כלל אלא מרשות המת והיורשים מאהלים כאשר כאשר המה בלתי ס' מפקינן מינה ויהבינן להו ביד שליש נאמן כד' מרן ז"ל בב"י ובתשו' הנ"ל וברור:

אמנם את זה ראיתי להרב ב"ד ז"ל בתשו' דסי' ג"ן הנ"ל דבתר דאייתי בידיה תשו' מרן ז"ל הנ"ל והשווה דעתו לד' מהריב"ל ז"ל ואסיק דלכ"ע זה שתובע היורש למוסרם ביד נאמן הדין עמו ושוב כתב מדיליה ומסברא דנפשיה דכ"ז אינו אלא כשאין האלמנה

רוצה בשליש כלל אלא רוצה להחזיק בנכסים לבדה אבל אם רוצה להחזיק בהם עם השליש יחד בשיתוף כב' אפוט' אז אין מוציאין מידה ליתן ביד השליש לבד אלא יהיו ביד שניהם כדי שתראה ותשגיח האלמנה שיהיו הנכסי' נתונים בדרך בטוח שלא יאבדו ולא יפסדו שהרי וכו' משמע דוקא בשלא תפסה אינה יכו"ל שיהיו הנכסי' במקום בטוח הא תפסה אפי' שמוציאין מידה לית ביד שליש יכו"ל שיהיו הנכסים במקום בטוח וכו' ועוד דמידי הוא דמוציאין מידה ליתן ביד שליש אינו אלא משום שלא תלקה מד"הד שלא יוכלו היורשים לפקח בשלהם הרי כשנותנים ביד שליש עם האלמנה יוכלו לפקח ולישא וליתן בהם ע"י שניהם עכ"ל יעש"ב:

והנה עם שד"ק הנז"ל לא נאמרו אלא באופן שתפיסתה היתה כדין וכתחו"ל וכגוונא דנדון שלו שהב"ד הם התפיסוה מידם לידה ונעשית מוחזקת בהם כדין וכה"ל וכמ"ש הרב"ד ז"ל גופיה לעיל בדמ"ב ע"א וע"ב ולזה ס"ל למר דאם תטעון האלמ' שרצונה להיות בשיתוף עם השליש דשומעין לה משא"כ בנ"ד שלא היתה תפיסתה כדין כלל כנז"ל א"כ מצ"ל דבכה"ג דוד" גם הרב"ד ז"ל יודה דאם תטעון כן דאין שומעין לה כלל וכמובן:

אכן מ"מ מאחר שדבריו ז"ל הם דברים של טעם מילתא דמסתבר נינהו וגם ראיתי להרדב"ז ז"ל בחדשות ח"א סי' קי"ט דהוא תנא דמסייע ליה להרב"ד ז"ל כיעו"ש א"כ נלע"ד ברור דגם בנד"ן אפי' שלא היתה תפיסתה בהם כדין עכ"ז אם תטעון האלמנה שרצונה להיות בשיתוף עם השליש דשומעין לה ברם אם אינה רוצה למסור ביד שליש כלל אזי כופין אותה בדין לשמוע לקול מורים להוציאם מידה וליתנם ביד שליש נאמן לבדו בלתי שיהיה מדעתה אך ורק יניחו בידה שיעור מזונות י"ח והשאר יתנום ביד שליש ע"כ של"כ וכהסכמת הרב"ד ז"ל שם והדברים ברורים:

וצופה אנכי להרב משכנות הרועים ז"ל במ"ע המ"ם אות הנ"ו שכתב וז"ל אלמנה שתפסה מנכסי בעלה מ"ט וכו' והיורשים טוענים שיתנו הנכסים בידם למוכרם ולישא וליתן בדמיהם ולהרויח בהם ולהעלות לה מז"ו עיין בתשו' מרן ושאלתי ע"ז למ"ץ הרב מהרש"א וכו' שזו הלכה העלה בפסקיו שאין שומעין להם שלא יהיו בנות ישר' חייהם תלויים מנגד וכו' וכעת ראיתי להרב"ד בסי' א"ן שעמד בזה וכ' וגם הוא הביא תשו' מרן אשר הובאת לך שלה ליתנם ביד שליש להרויח בהם וכך העלה הרב ז"ל עכ"ל יעש"ב:

והנה מ"ש הרב ז"ל בתחי"ד משם מהרש"א ז"ל דאין שומעין להם מצינן לתרוצי דב"ק ולומר דבודאי איירי הרב ז"ל באופן דהיורשים רוצים ליקח מידה הנכסים ולהניחם בידם בזה הוא דכתב דאש"ל וכו' אבל אם היו טוענים היורשים להניחם ביד שליש נאמן הא ודאי דמודה הרב ז"ל דמפקינן מינה ויהבינן להו ביד נאמן וכהסכמת מרן ז"ל בתשו'

הנ"ל דלא יתכן לומר שהרב מהרש"א ז"ל יחלוק ע"ד מרן ז"ל שבתשו' הנז' ויפסוק הדין כל בתר איפכא דהא ודאי ליתא כיון דגם באתריה דמני"ר ז"ל קבלו עליהם הוראות מרן ז"ל גם בתשו' וכמבואר בס' משכה"ר ז"ל בדוכתי טובא עצמו מספר אלא ודאי הדבר ברור כדכתי' בעניותין בדעתו ז"ל והוא פשוט: אמנם מ"ש עוד הרב משכה"ר ז"ל בסוד"ק משם הרב"ד ז"ל שהעלה שלא ליתנם ביד שליש כנז"ל הא ודאי אם הדברים ככתבם קשים לשמוע דלא כתב כן הרב"ד ז"ל כי אם דוקא בנדונו שהתפיסוה ב"ד וגם בעלה בחייו התפיסה בידה ובצוואה בזה הוא ש"כ הרב"ד ז"ל דבכגו"ד אין הדין עם היורש ליתנם ביד שליש ג"כ אמנם באלמ דעלמא שלא התפיסה בעלה בחייו ולא ב"ד כלל כי אם תפסה מעצמה אח"מ בעלה אפי' תפסה תפיסה המועלת כראוי עכ"ז עלתה הסכמת הרב"ד ז"ל שם עפי"ד מרן ז"ל שבתשו' דהדין עם היורש ליתנה ביד שליש נאמן וכמבואר כ"ז בדברי הרב ב"ד ז"ל בביאור שאין אחריו ביאור ואין ספק דהרב משכ"הר ז"ל אגב ריהטיה כתב כן או דקאי דוקא על אותו נדון דהרב ב"ד ז"ל או דט"ס נפל בד"ק ובמקום שלא ליתנם צ"ל אלא ליתנם ביד שליש ובהכי ניחא הכל ופשוט:

וכן ראיתי להרב דרכי נועם ז"ל בתשו' ח"מ סי' מ"ד שנשאל ע"ז מעוב"י דמשק יע"א ואייתי בידיה מ"ש רש"י בתשו' והר"ן והמרדכי ומהרמא"י והריב"ש ומ"ש. מרן ז"ל בב"י והעתיק כל תשו' מרן ז"ל הנ"ל ואסיק וז"ל כלל העולה ממ"ש שהיותר ראוי והגון לעשות באופן שלא יכנסו הנכסים ביד האל' ואם כבר תפסה אותם תפיסה המועלת אין מוציאין מידה ליד היורשים אבל מוציאין מידה ונותנים ליד איש נאמן לפקח ולשאת ולתת בהם לתועלת היורשים דלא ליכול קרנא כי לא בשביל תקנת המזונות יאבדו הנכסים וילכו לטמיון אין שוהד"ן כך וכו' עכל"ל:

הרי לפנינו ת"ק דמסייע לן ככל האמור ומדובר והיינו אפי' אם היתה תפוסה בנכסים כדין וכהל' כ"ש וק"ו בנ"ד שלא תפסה בהם כדין כלל רק מרשות המת והיורשים מחמת שהיו כולם אהלים כאשר המה דודאי שוהד"ן להוציא מידה וליתנם ביד שליש נאמן ולא מצייא האלמנה לעכב בזה כלל מאחר שכן שוהד"ן חיובא רמי עלה לשמוע לקול מורים כמדובר ועם דחזינא להרב ד"ן ז"ל שם בסוד"ק הנ"ל שכתב עוד דאין מניחין בידה זולת תכשיטיה ומלבושיה עד כדי סכי כתובתה וכו' יע"ש הנה אמת דבהא ודאי לא קי"ל כוותיה דמר כלל כיון דמרן ז"ל בתשו' הנז"ל לא כתב כזאת כלל ואדרבא פסיק ותני בסתם דמוסרים הכל נאמן א"כ אנכי לא ידעתי מנין לו לכתוב כזאת ואם רבי לא שנאה ר'חייא מנ"ל וכבר ראיתי למהרמ"א ז"ל בתשו' הכר"ש אה"ע סי' ל' שעמד בזה ע"ד הד"ן ז"ל הנז' יע"ש וע"ע בתשו' הרב מגן גבורים ז"ל סי' ע"ה שהאריך ג"כ בזה ובדקכ"ז

ע"ג אסיק להלכה שיהיה הכל ע"י נאמן ויתעסקו היורשים ותהיה האלמנה בטוחה על מזונותיה יעש"ב וע"ע בס' הבהיר ויען אברהם הנד"מ להרב הגאון מופת הדור מהרר"א פלאג"י נר"ו בח"מ ס"סי י"ד מ"ש בזה יע"ש וא"כ בודאי הלא מצייא האלמנה דנ"ד לטעון קי"ל כס' הרב ד"ן הנז' כיון דהוא יחיד בסברתו זאת ולא אמרי' קי"ל כ"פ יחיד כידוע ובפרט נגד מרן ז"ל שסתם וכתב שיהיה הכל ביד נאמן כנז"ל והוא ברור וע"ע בתשו' מטה יוסף ח"א סי' ו' יע"ש:

ועוד זאת עין רואה לגדול אחרון הרב דברי מרדכי קריספין ז"ל בתשו' אה"ע סי' יו"ד דגם הוא ז"ל נשאל ע"ז ממש ובתר דשקו"ט בדברי הפוס' ז"ל ראשי' ואח' הם המדברים בפרט זה אסיק וז"ל כלל העולה שאם כל נכסי ראובן הם היום בביתו והאלמנה יושבת שם והמפתחות בידה ולא עשתה תפיסה כתחז"ל לדעת כל הפוס' אפי' תפסה למש"ו יב"ח ל"מ לה תפיסה ומוציאין מידה ונותנים ליד היורש דוקא וכן אם תפסה למזו' שטרות שאין גופן ממון אפי' עשתה בהם תפיסה כתחז"ל מוציאין מידה ונותנים ליורש ואם תפסה למזו' יותר מיב"ח תפיסה כהוגן מרי"ה או מסי' מהניא לה תפיסה אבל מרשות המת ל"מ לה תפיסה ל"ד מרן בתשו' הנז' ולרבינו תחבי"ב בפשט דברי ר"י בנכסים רבים אפי' תפסה מרה"ר או מסי' מ"מ מוציאין מידה ונותנים ליד נאמן כדי שיפקח היורש לישא וליתן בנכסים על ידו כמו שהורו הרב עדב"י והכר"ש סי' הנז' עכ"ל יעש"ב ודון מניה ואוקי באתרין ממש ועם שלא זכר שר לתשו' הרב"ד ז"ל דבסי' נ"ן הנ"ל מדלא הזכירה כלל גם נראה מד"ק שם דפליג ע"ד הרב"ד ז"ל בתרתי כיעו"ש מ"מ קי"ל הל' כבתראו והוא ז"ל אחרון יותר מהרב"ד ז"ל ולא אמרי' אלי הוה שמיע ליה דברי הרב"ד ז"ל הוה הדר ביה דהוא ז"ל מסתמיך ואזיל ע"ד הרב עדב"י והכר"ש ז"ל וכנז"ל:

ובכן תורה יוצאה לנ"ד דחייבת האלמנה למסור כל הנכסים וגם התכשיטין וכ"ש השטרות ליד נאמן כיון שהם נכסים רבים יותר ממזו' יב"ח ולא היתה תפוסה בהם כתחז"ל ואינה יכולה לסרב ולמאן וחייבים בדה"ק לכופה לשמוע לקול מודים ככל הבא מידם וכמדובר:

ועם שהרב דברי מרדכי הנז' הסכים ליתנם ליד היורש ג"כ וכנז"ל מ"מ בזה אחרמ"ר הראויה אליו לא כיון יפה כיון שכבר כתב הוא עצמו בתשו' הנז' דברודיס יע"א קבלו עליהם דעת מרן ז"ל א"כ הא קמן תשו' הלזו דעסיק בה מני"ר גופיה שעלתה הסכמתו למוסרם ביד נאמן דוקא ולא ביד היורש ואין לומר דהתם מיירי בתפסה בהם כדין וכתחז"ל בזה הוא שכ' דיהבינן להו ביד נאמן ולא ליורש אבל אלו לא היתה תפוסה בהם כדין כלל רק מרשות המת מודה מרן ז"ל דמסרינן להו ליד היורש דהא ודאי ליתא

שהרי אחר האמת בנדון מרן ז"ל היתה תפיסתה בהם מרשות המת דוקא ולא מרה"ר ומסי' כלל וגם היתה התפיסה לאח"מ כמבואר הכי בתשו' מרן ז"ל הלזו ועכ"ז אסיק להלכה למוסרם ביד נאמן דוקא. גם במ"ש עוד הרב הנז' שם דאם תפסה למזו' יותר מיב"ח תפיסה כהוגן מרה"ר או מסי' מהניא לה התפיסה וכו' הי"ל לבאר עוד דעכ"ז מ"מ ויהבינן להו ביד נאמן וכמ"ש מרן ז"ל בתשו' הנז' וכמו שהבין כן בפשוט הרב"ד ז"ל וכמש"ל:

איך שיהיה העיקר כמ"ש אנן בעניותין עפי"ד מרן ז"ל דאפי' תפסה כדין חייבת האלמנה ליתנם ביד נאמן אם לא תפסה כדין כלל דודאי חייבת למוסרם ביד נאמן וכנדון מרן ז"ל גם כל התכשיטין והשטרות של בעלה שהם תחת ידה חיובא רמיא על האלמנה הזאת דנ"ד למסור הכל ביד נאמן לפקח בהם להרויחם לתועלת משזו' האלמנה והיורשים וככל האמור ומדובר וע"ע להרב אבני שוהם פרץ ז"ל באה"ע סי' צ"ג יע"ש:

אתאן למה ששאל עוד השואל בשאלה המוצגת לפננו אם יכולה אלמנת ראובן הנז' לגבות מזונותיה מחלק פלוא היורש אשר כבר נתן כל חלקו לבניו בשטר מתנה העשוי לפו"ד מקומ"ט או לא:

לזאת אשיב בקצירת האומ"ר דהא ודאי פשיטא לי דאינה יכולה ליזון מחלק היורש מקרקעות של אביו שנתנם במתנה כלל דהדין פשוט ומבואר בש"ס ובכל הפוס' ז"ל דאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים ואם קדמו היורשים ג"כ ומכרו או נתנו הו"ל נכסים משועבדים ואינה ניזונת מהם כלל וכדפסק מרן ז"ל כן להדיא בשה"ט אה"ע סי' פ"ג ס"ך והוא פשוט: אך ורק מחלקו במטלטלין שירש מאביו ונתנם ג"כ במתנה לבניו אגב קרקע כנז' בשאלה בהא מספק"ל לכאורה אם היא ניזונת מהם או לא דלכאו' היה נלע"ד לומר דכיון דאלו המ"ט היא כעת מוחזקת בהם ועדיין הם תחת ידה מצייא האלמנה הנז' להחזיק בהם ליזון מהם בעד מה שהזיק שעבוד דידה היורש הנז' במה שנתן חלקו בקרקעות במתנה והפסידה מליזון מהם ויכולה האלמנה הנז' לטעון קי"ל כמ"ד המזיק שעבודו של חבירו חייב אכן בחלקו בקרקעות שנתן לבניו כנז' אינה יכולה להחזיק בהם ולזכות בט' קי"ל כיון דקי"ל אין תפיסה בקרקעות דאין קרקע נגזלת וכל היכא דאיתנהו ברשות היורש איתנהו ובידו למוכרם או ליתנם במתנה לזולת וזכו בהם מקבלי המתנה תכף ומיד בהם ובפירותיהם מעכשיו ץ והדברים פשוטים: וכמו שכן ראיחי להרב ב"ד ז"ל בתשו' ח"מ סי' ל"ב הנשאל על יורש אחד שלקח כל נכסי עזבון אביו מעות ומט' והוציאם ואכלם ושוב עמדה אמו ותבעה אותו בב"ד שיפרע לה תשלום כתובתה מנכסיו כיון שאכל את כל מה שנשאר מאביו שהיה משועבד לכתובתה ופרע

לה בב"ד כל אשר לו ואח"כ באו בעלי חובות של הבן ותבעו מהאלמנה כל מה שנטלה מבנה בטענה שאין לה זכות לגבות כתובתה רק מנכסי בעלה לא מנכסי בנה כי נכסי בנה הוא משועבד להם והיא גם היא אמרה שבנה נטל כל נכסיו שהיה משועבד לכתו' והוציאם לעצמו ואכלם וחייב לפרוע לה ובתחי"ד כתב הרב"ד ז"ל דאין הדין עם האלמנה לזכות בדין ב"ט קי"ל כס' רב האי גאון ז"ל דס"ל דגובה מהדמי' כיון דיחיד הוא בזה ואין לומר כפ' יחיד וכו' ושוב כתב שם בדל"ה ע"א שהדין עם האלמנה לזכות במה שבידה מטעם שבנה חייב לפרוע לאמו מדין מזיק שעבודו ש"ח כיון דהוא פלוגתא דרבוותא. קמאי ז"ל דעם דלהר"ש והנ"י והאח' והתוס' ז"ל ס"ל דאינו חייב מדין מזיק שש"ח מ"מ הרי בע"הת והראב"ד והרשב"א וצרור הכסף ז"ל כולהו ס"ל דחייב מדין מזיק שש"ח דכיון דהאלמנה היא אמו מוחזקת עתה בנכסי בנה מעתה הדין עם האלמנה וכו' ודידי שקלי עכפר"ק יעש"ב:

ובכן לכאו' היה נראת דה"ק והוא הטעם בנד"ן כיון דעתה האלמנה מוחזקת בנכסי בן בעלה היורש שנתנם במתנה לבניו יכולה לתפוס חלקו במטלטליה בעד מה שחייב לה היורש הנותן הנז' בעד מה שהזיק שעבודה דידה שהיה לה על חלקו בקרקעות שנתן מדין מזיק שש"ח בטענת קי"ל כהראב"ד וסייעתיה דמחייבים אותו מדין מזיק שש"ח והסכמת הרב"ד ז"ל וכמדובר:

ותו היה נ"ל לכאורה לזכות אלמנת ראובן דנ"ד לזכות לתפוס ליזון מהמטלטלים של חלק היורש הנז' שנתנם במתנה מטעמא אחרינא שכתב הראב"ד ז"ל בתחי' דיבר בקדשו דהגם דבתחי"ד לא זיכה להאלמנה ע"פי סברת רב האי גאון ז"ל דס"ל דגובה מהדמים משום דהוה ס"ל למר דרבינו האי גאון ז"ל יחיד הוא בסברתו זאת שסובר מהדמי' משו"ה כתב בתחי' דאפי' האלמנה מוחזקת הדין נותן להוציא מידה אכן בתר הכי שם בדל"ט סע"ג דנפק דק ואשכח להרב צרור הכסף ולרי"ו ז"ל דס"ל כרב"י האי גאון ז"ל והדר ביה מר ממ"ש בתחי"ד וכעת הסכימה דעתו ז"ל דכיון דהאלמנה היא מוחזקת יכו"ל קי"ל וכו' יעש"ב וא"כ ה"ה בנד"ן נימא הכין דהגם דבנ"ד לא מכר הבן היורש הנז' כלל כי אם נתנם במתנה מ"מ כיין דנתנם באחריות ובשעבוד כנז' בשאלה הא קי"ל דמתנה שיש בה אח' דינה כמכר גמור כמ"ש הטור ומרן ז"ל בח"מ סי' קע"ה בדיני מצרנות יע"ש וכ"כ עוד להדיא מור"ם ז"ל משם הריב"ש בסי' ר"ה בהגהה וז"ל מתנה שיש בה א"ח נכסיה דינה כמכר וכתב שם הסמ"ע מהריב"ש ז"ל דה"ט דאין דרך העולם לקבל א"ח במתנתם ובודאי דמכירה היתה וכו' יע"ש וכיון שכן הגם שאין כאן מתן מעות דמי הקרקעות שנתן לבניו מ"מ יכולה האלמנה ליזון מדמי המ"ט חלק היורש שתחת ידה בעד דמי

הקרקעות שנתנם דזה עדיף מדמי הקרקעות אם היה מוכרם בפי' בטענת קי"ל כרה"ג ז"ל וסייעתיה וככל מ"ש הרב"ד ז"ל בסוד"ק הנז' וכמבואר:

ולא עוד אלא רוצה אנכי דבנ"ד אין אנו צריכים לזכות האלמנה דנ"ד בט' קי"ל כרה"ג ז"ל כלל כיון דאנן בדידן גררינן בתר מרן ז"ל שקבלנו. הוראותיו א"כ תו אין אנו צריכים לטענת קי"ל כלל מאחר דמרן ז"ל בשה"ט א"הע סי' צ"ג סכ"א דפסק להדיא בסתם כדעת עליון רה"ג ז"ל דגובה מהדמי' אלא דבתר הכי כתב מרן ז"ל דיש מי שחולק ואו' דאינה גובה מהדמים יע"ש וכיון דסברת רה"ג ז"ל פסקה בתחי' בסתם מוכח להדיא דס"ל למרן א"ל להלכה כרה"ג ז"ל וגם דסבי ת הרא"ש ז"ל דפליג ע"ד רה"ג ז"ל שנאה בלשון יחיד בשם יש מי שחולק ואו' זהו ג"כ הוכחה ברורה שדעת מרן לפסוק כדה"ג ז"ל וא"כ תו אין אנו צריכים לזכותה בטענת קי"ל כלל וכמובן:

ועם דחזינא למרן ז"ל גופיה בשה"ט ח"מ סי' ק"ד בדין בע"ח שקדמו היורשים ומכרו קרקע אביהם דאפליגו התם נמי רה"ג והרא"ש ז"ל אי גובה בע"ח מהדמים או לא ומרן ז"ל שם בש"ע ס"ד הביא ב' הסברות וסברת רה"ג ז"ל הביאה בל' יש מ"ש שגובה מהדמים שביד היתומים דנראה מזה דהוא יחוד בס' זאת מדלא כתב יש אומרים ובתר הכי הביא לנו סברת הרא"ש ז"ל דס"ל דאינו גובה מהדמים בלשון י"א א"כ מדהביא ס' הרא"ש באחרונה ושנאה בלשון רבים ודאי דס"ל למרן ז"ל כהרא"ש ז"ל וזה כלל גדול בדעת מרן ז"ל והוא פשוט ומוסכם מכל וכמ"ש כן להדיא מר שארי הרב צדק ומשפט נר"ו בסי' ק"ד על דין זה עצמו יע"ש:

וא"כ נמצא ח"ו דמרן ז"ל סותר דידיה אדידיה מא"הע לח"מ ולכאורה הדבר תמוה מאוד תמהני טובא מהרב מר שארי הנז' נר"ו שלא זכר שר למ"ש מרן ז"ל עצמו בא"הע סי' צ"ג הנז' שהיד. הפך מ"ש מרן עצמו בא"המ סי' צ"ג ממ"ש איהו גופיה בד' מרן ז"ל והוא פלא עצום:

ואחר החיפוש היטב בס' ש"ץ הפוס' זלה"ה את זה ראיתי לגדול אחרון מאחרוני זמננו זה הוא הרב נוכח השולחן ז"ל בנימוקיו לש"ע ח"מ סי' ק"ז דנרגש מזה משמיה דגב"ר הרב מהרמב"ח ז"ל שכן הקשה בתשו' כתי' ע"ד מרן ז"ל. אהדדי והצ"ע יע"ש:

אמנם תו חזיתיה למני"ר הרב נוכח השולחן. ז"ל גופיה בתשו' ח"מ סי' כ"ג שעמד בנ"ד בדין זה והביא ג"כ קושיית הרב מהרמב"ח ז"ל הנז"ל ע"ד מרן ז"ל דסתרי אהדדי והצ"ע והוא ז"ל בתחי' תריץ יתיב עפי"ד הפ"מ ז"ל שיש לחלק מדין מזונות האלמנה לדין בע"ח ושוב כתב דיש לדחות ההיא דח"מ דכתב בל' וי"א בתרא מקמי הסתם שסתם באה"ע כ"ן לדינא עיקר עכ"ל יעש"ב ודבריו נאמנו מאד וא"צ שום חיזוק כלל א"כ הדרן למ"ש

מרן ז"ל באה"ע בחוב דמזונות אלמנה שדעתו להדיא כה"הג ז"ל דגובה מהדמים ובכן אין אנו צריכים לזכותה בדינה בטענת קי"ל ליזון מהמט' שבידה של חלק היורש שמכר חלקו בל' מתנה לבניו שהרי המט' שבידה מחלקו הנה הם עדיפי מדמי המכר והמתנה של חלקו בקרקעות דומיא ממש למ"ש הרב"ד ז"ל בסוד"ק לזכות אותה אלמנה בנכסים של בנה כנגד המ"ט של אביו שאכלם וה"ה בנד"ן אמרי' הכי דזוכה בדין ליזון מהמט' שבידה תמורת דמי הקרקעות שמכר ונתן לבניו כיון שכן פסק מרן ז"ל בשה"ט אה"ע סי' צ"ג דסתם לן תנא כדעת עליון רבי' האיי גאון ז"ל וכדאמרן:

עוד זאת אנכי הרואה דלכאורה הנה מקום אתי לזכות האלמנה רנ"ד ליזון מחלק היורש הנז' מהמט' שבידה עדין אפי' שכבר מכרם ב"ל מתנה כנז"ל כיון שהם עדין ברשותה ולא הגיעו ליד מקבלי המתנה לדון בהם דין תקנת השוק כלל כ מבואר בפוס' ז"ל ועד אחרן עין רואה להרב נוכח השולחן ז"ל בתשו' ח"מ סי' י"ט שהאריך בזה ובסוד"ק הבי"ד הרב ב"ש ז"ל בסי' ק' סק"י שכתב וז"ל ונראה דלכ"ע אם כתב מ"ט אגמ"ק ועדין בידה המט' והוא מכר או נתן להם א"צ ליתנם להם דבכה"ג ליכא תק"ה כיון דעדין המט' בידה עכ"ל וסיים הוא ז"ל וז"ל הרי מבואר דאפי' במכירה או במתנה כיון דהמט' בידה לית תק"ה וכו' עכ"ל יעש"ב:

א"כ איפה דלית כאן משום תק"ה הרי היא זוכה בדין לגבות מזונותיה גם מחלק היורש במט' עצמם ולא חלקו בקרקעות אלא גם מצד חלקו במט' גופייהו כיון דאסיקנא שדעת מרן ז"ל אזלא כס' ה"הג ז"ל דס"ל דגובה מהדמים א"כ גם מדמי המ"ט שמכר ונתן יכולה לגבות כיון שיש לה בכתובתה שעבוד מ"ט אגמ"ק כנהוג וכיון שכן גם מדמי המ"ט שמכרם ונתנם הואיל והם עדין בידה יכולה לגבות מהם ג"כ מזונותיה:

וכמו שכן דאיתי עוד להרב"ד ז"ל באותה תשו' דח"מ סי' ל"ב הנז' בדט"ל ע"ד שזיכה לאותה אלמנה דנ"ד מטע"ז עפי"ד הרב המבי"ט ז"ל בסי' רס"ה שכ' דגם הרא"ש ודעימיה שאמרו שאין לבע"ח על המעות כלום לא אמרו אלא במע"פ כמ"ש בפי' אבל בשטר מט' אגמ"ק אם מכרו קרקעות ומ"ט והדמים בידם גובים מהם ואפי' בשטר בלא אגב אם מכרו קרקע גובים מהם וא"כ כתובה זאת שכתב בה אגב גובה וכו' וסיים הרב"ד ז"ל וז"ל נמצא דגם מזה הצד זכתה האלמנה וכו' דבכתו' האלמנה הנז' איכא שעבוד מט' אגמ"ק וכו' עכל"ל ולפי"ז בנד"ן יכולה לזכות האלמנה דנ"ד מ"ט הנז"ל ואפי' שאין כאן דמי המ"ט כלל כיון שנתנם במתנה ולא במכר כנז' מ"מ יכולה לזכות במט' גופיהו ליזון מהם אחר דהמט' עצמם הם בידה ועדיפי מדמיהם והאיכא בשטר כתובתה שעבוד מ"ט אגמ"ק כנהוג וכמדובר:

עוד היה מקום לכאורה לזכות האלמנה ליזון מחלק היורש הזה שנתן גם המט' שירש במתנה כנז"ל מצד גוף המט' עצמם ולא לבד מצד חלקו בקרקעות שנתן והוא ג"כ עפי' מ"ש עוד הרב ב"ד ז"ל שם בסי' ל"ב הנז' בריש דמ"ב ע"ב וז"ל וכן דעת להקת הנביאים אח' דלדעת הטור ז"ל כמו שיש דין מזיק ביורש שמכר קרקע המשועבד. כן יש דין מזיק במ"ט המשועבדים לב"ח אגמ"ק ה"ה וכו' ומאחר דלד' כל הגדולים האלו הסכימו בזה וכו' בודאי דהכי נקטי' עכ"ל יעש"ב והאיכא בנ"ד נמי שעבוד מ"ט אגמ"ק בשטר כתובתה וכמדובר:

וכן ראיתי להרב תורת חסד ז"ל בסי' קמ"ט שכתב גדולה מזו דהיכא דשעבד מט' אגמ"ק ומכרו היתו' המ"ט לד"ה חייבים לשלם מדין מזיק וכו' יעש"ב וכ"כ מהריק"ש ז"ל בסי' ק"ז דבדאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק ומכרו מ"ט לכ"ע חייבים מדין מזיק שש"ח וכו' יע"ש וכ"כ עוד הרב ת"ח ז"ל גופיה שם בסי' קנ"ב משם הרב מהרש"ך ז"ל בסי' לה' ועיין עליו הת"ח ז"ל גופיה וז"ל אורו עיני בראותי דברים אלו לפי שנראה מהם כמ"ש במ"א וכו' יעש"ב וראיתי להרב מט"ש ז"ל בסי' ק"ז הגהט"ו אות ט"ו שתמה ע"ד הת"ח ז"ל הנז' שסותר עצמו ממ"ש בסי' קמ"ט דהתם מייחס למהרש"ך דס"ל כמהרח"ש ז"ל דלא ס"ל הך חילוקא דידיה ואלו בסי' קנ"ב מסתייע ממהרש"ך לחילוקו הנז' והניח ד"ק בצ"ע יע"ש:

ולעד"ן דלק"מ שהרי הרב ת"ח ז"ל בסי' קמ"ט אייתי תשו' מהרש"ך דבסי' ל"ד ועלה כתב וז"ל ועיין סי' ל"ה דס"א ע"ג לשון המתחיל באופן שאם זה החוב וכו' הן אמת וכו' וז"ן שהיה דעת מהרש"ך וכו' עכ"ל יע"ש: הרי דהרב ת"ח ז"ל קאי ע"ד מהרש"ך שבסי' ד"ל ודקדק עוד במילתיה וכתב שז"ן שהיה וכו' וגם ציין לנו עוד מ"ש מהרש"ך גופיה בסימן ל"ה והוא אותו לשון שהעתיק בסימן קנ"ב הנז' עצמו ובכן אין מקום עוד להקשות דבריו ז"ל אהדדי ולהצ"ע כלל וכמובן:

אכן משה"ק הרב נוכח השולחן ז"ל בסי' כ"ג הנז' ע"ד מהריק"ש ז"ל הנז"ל במ"ש חילוק זה לכ"ע והק' עציו מדברי הרמב"ן ז"ל ודעי' ז"ל הא ודאי ק' נמי ע"ד הרת"ח ז"ל שבסי' קמ"ט שכ"כ יע"ש ובדוחק י"ל דלא כ"כ כי אם לד' הרא"ש והטור ז"ל דכולהו מודו לס' רה"ג ז"ל בדאיכא שעבוד מט' אגמ"ק מט' דחייב מדין מזיק ותל"מ:

באופן דרואה אנכי דלכאורה הנה מקום אתי לזכות את אלמנת ראובן בדין לגבות מזונותיה גם מהמ"ט שבידה של חלק היורש הזה שנתנם לבניו גם מט' הנז' כ"ש מכל הצדדים הנז' ככל האמור ומדובר:

אמנם בתר דאשקיפנא פורתא חזינא דבקושטא אין כאן שום מקום לזכות אלמנת ראובן דנ"ד בחלק היורשים בני ראובן בעלה כי אם בחלק בנו הגדול דוקא אכן בחלקו של פלוא שכבר נתנם לבניו במתנה אין לה בהם שום זכות בדין ליזון בהם גם מחלקו במ"ט אפי' שהם תחת ידה ואין בכל הצדדים והטעמים הנז' שום כח מספיק לזכות אותה מחמתם וכמו שאבאר בס"ד: ואומר דאם באנו לזכותה מדין מזיק שש"ח שנתן חלקו בקרקעות והזיק שעבודה מהם ורוצה לזכות בדין בחלקו במטלטלים בעד חלקו בקרקעות בט' קי"ל וכמ"ש הרב"ד ז"ל בנ"ד וכמש"ל:

הנה מלבד שהחילוק ברור מנ"ד לנדון הרב"ד ז"ל דבסי' ל"ב הנז' דהתם מיירי שבן האלמנה הגבה אותה מט' שלו בב"ד וקנתה אותם בהגבהה ותפיסתה בהם היתה כדין וכת' חז"ל ואת היותר'ת משא"כ בנ"ד שלא היתה תפיסתה בהם כדין כלל וכמש"ל וא"כ מצד זה לחודיה אינה יכולה האלמנה דנ"ד לזכות במט' חלק היורש שכבר נתנם לבניו ליזון מהם ב"ט קי"ל כלל וכמובן:

עוד זאת דאפי' את"ל דלענין טענת קי"ל מהניא תפיסתה אפי' שלא תפסה כדין משא"כ האמת לענ"ד וכנז"ל מ"מ הגם דנימא הכין מ"מ בעינן שתהיה תפוסה מממון היורש עצמו שהוא הזיק שעבודה ואיהו הוא דחייב מדין מזיק שש"ח ולא מקבלי המתנה שלו ואלו המטלטלים שבידה מחלק היורש הנז' כבר ניתנו במת"ג לבני היורש ושוב לא מיקרו נכסי היורש כלל כי אם נכסי דמקבלי מתנה נינהו ומה לה לתפוס מהם והם אינם חייבים לה כלום כי אם אביהם הנותן הוא דחייב לה מדין מזיק לכת הסוברים כן א"כ איפה היא חייבת בדין למסור כל המ"ט שבידה מחלק היורשים ליד מק' המתנה ותעמוד בדין עם היורש הנותן הנז' לחייבו משלו מדין מזיק שש"ח:

ולא דמי הא למ"ש הב"ש ז"ל הנז' דאם כתב מ"ט אגמ"ק ועדין המ"ט בידה דא"צ ליתנם להם וכנז"ל דהתם שאני דרוצה לגבות כתו' מהם והדין עמה לגבותם כיון שהם משועבדים לה משא"כ בנ"ד דרוצה ליזון מהם דוקא דלא מהני לה מאי דאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק בכתו' וכדבע"י למימר קמן בס"ד ולהכי לא מצייא להחזיק במ"ט של חלק היורש הזה שכבר נתנם במת"ג לבניו ליזון מהם דכיון שכבר נתנם תו' לא חשיבי נכסי דידיה לחייבו מדין מזיק שש"ח וכמדובר:

ותו אעיקרא דדינא אנן בדידן דגררינן בתר דעת מרן ז"ל חזינא בהאי דינא דמזיק שש"ח בכגו"ד דנ"ד דנראה ברור דמרן ז"ל אזיל בשיטת להקת הפוס' ז"ל דס"ל דאין לסייבם ליורשים שמכרו מדין מזיק שש"ח כלל דהא גבי בע"ח מאוחר שקדם וגבה ומכרם לגוי שאין המוקדם יכול להוציאם מידו פסק מרן ז"ל בסי' ק"ד דחייב המאוחר לשלם לו

מדינא דגרמי כיעו"ש ואלו בסי' ק"ז פסק דיורש שמכר נכסי אביו ואין הבע"ח יכול לטרוף מהלקוחות יש מ"ש שגובה מהדמים וי"א שאינו גובה יע"ש וכבר הסכימו הא"ח שדעת מרן ז"ל כי"א בתרא וכמש"ל והשתא ק"ט דאמאי לא חייבם מרן ז"ל ליורשים שמכרו מדין מזיק שש"ח וכמ"ש בסי' ק"ד גם באה"ע סי' צ"ג וקי"ב בדין מזו' האשה והבנות שפסק מרן שם דאם קדמו הבנים ומכר בנכסים מועטים מכרן קיים וסיים שם מור"ם דנדחו הבנות אפי' מן המעות יע"ש ואמאי לא חייבם מרן לבנים מדין מזיק שש"ח וכמ"ש בח"מ סי' ק"ד וכנז"ל וכבר נתעורר בזה הסמ"ע ז"ל שם בסי' ק"ז ותי' דכבר כתב הרא"ש ז"ל דשאני יורשים דבשעה שמכרו שלהם מכרו דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה משא"כ ב"ח מאוחר וכו' עכ"ל יע"ש והרב גד"ת ז"ל בדקצ"ז ע"ד נרגש ע"ד הטור ז"ל ממ"ש בח"מ סי' ק"ד דמחייב התם מדין מזיק כהראב"ד ז"ל למ"ש התם באה"ע סי' צ"ג וקי"ב בדין מזון האשה והבנות ולא נגע ולא פגע התם באה"ע בדין מזיק כלל משמע דס"ל דגם מדין מזיק אינם חייבים מדלא אמר דמ"מ חייבים מדין מזיק וכו' והרב ב"ד ז"ל שם בד"מ ע"ב הבי"ד הגד"ת הנז' וחילק הסמ"ע הנז' ודחהו ב"ב ידים ואיהו גופיה יצא לחלק בטו"ט יעש"ב ודוק מניה ואוקי בדעת מרן ז"ל דלא נגע ולא פגע באה"ע סי' צ"ב וקי"ב בדין מזונות האשה והבנות לחייב היורשים מדין מזיק שש"ח וכנז"ל ודאי משום דס"ל למרן ז"ל כחי' הב"ד ז"ל ב"ד הטור ז"ל דמזונות האשה והבנות שאינם אלא מן התקנה לא דיינינן בהו דין מזיק שש"ח כלל כוותיה וכטעמיה דהרב ב"ד ז"ל ב"ד הטור ז"ל וכמדובר ולא אמרי' בכ"הג דחשיב מרן ז"ל דלא גילה דעתו בדין זה אי דיינינן בהו דין מזיק או לא וממילא נאמר דכיון דלא גילה מרן ז"ל דעתו בזה א"כ באני למח' הפוס' ז"ל דאייתי הרב"ד ז"ל אי מחייבי היורשים מדין מזיק אי לא והמוחזק מצ"ל קי"ל דהא ודאי ליתא כלל מדחזינן למרן ז"ל גופיה בח"מ סי' ק"ד בדין בע"ח מאוחר דפסק להדיא דחייב מדין מזיק ואלו בסי' ק"ז ובאה"ע סי' צ"ב וקי"ב לא נגע ולא פגע לחייב היורשים מדין מזיק מוכח להדיא דס"ל למרן ז"ל דביורשים לא דיינין בהו דין מזיק וכמ"ש הסמ"ע והרב ב"ד ושאר פוס' ז"ל כל חד לפום טעמיה והדברים ברורים:

ואע"ג דלפום טעמיה דהרב ב"ד ז"ל ממילא נפק"ל לדינא דגם ביורשים אי איכא שעבוד כ ט' אגמ"ק לבע"ח הדר דינייהו דגובה מדינא דבע"ח ולא מתק"ח דאז גם במט' דיינינן ביורשים שמכרו מ"ט המשועבדים לבע"ח דין מזיק שש"ח ומחייבינן להו לדעת הסו' כן דחייב מדין מזיק וכמבואר יוצא להדיא הכין מ"ד הרב"ד ז"ל בחי' הנז"ל וכ"כ עוד להדיא לעיל מזה שכן דעת להקת נביאים וכו' כמש"ל וא"כ יאמר האומר דהאיכא בנ"ד בשטר כתובת אלמ' ראובן הנ"ל שעבוד מ"ט אגמ"ק ולפי"ד הב"ד ז"ל בד' הטור דבדאית לבע"ח

שעבוד מ"ט אגמ"ק גם הטור ז"ל ס"ל דגם במכרו מ"ט דיינינן בהו דין מזיק וכנז"ל א"כ ה"ה בנ"ד והוא הטעם דנימא הכי בד' עליון מרן ז"ל דה"נ ס"ל למרן ז"ל וע"כ לא פטר מרן ז"ל ליורשים שמכרו באה"ע סי' צ"ג וקי"ב מלשלם למזו' האשה והבנות בעד מה שהזיקו שעבודם אינו אלא בדליכא שעבוד מ"ט אגמ"ק בשטר כתו' משא"כ בדאיכא שעבוד מצ"ל דגם מרן יודה ללהקת הנביאים דאייתינהו הרב ב"ד ז"ל שכן עלתה הסכמתם ב"ד הטור ז"ל כנז"ל ה"ה למרן ז"ל נימא הכין דגמירי אפושי פלוגתא ל"מ וכנודע: ברם קושטא קאי דהא נמי לא יתכן לומר כן בד' מרן ז"ל מכמה טעמי תריצי חדא דהא מילתא דנאמרה ונשנית מפ"ק להקת הנביאים שאסף איש טהור הב"ד ז"ל שכ"כ בד' הטור ז"ל אינה מוסכמת מכל והאיכא קמן רבים ונכבדים דפליגי עלייהו בהאי מילתא וס"ל דאפי' בדאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק ס"ל להרא"ש ודעימיה דלא מחייבי היורשים שמכרו מדין מזיק ה"ה מהרח"ש ומהרש"ך בסי' ל"ד שהבי"ד הרת"ח ז"ל דפליגי עליה בחי' הנז' כנז"ל גם הרב נוכח השולחן ז"ל בסי' כ"ג הנז' הוכיח במישור מהרמב"ן והרשב"א ומהרמ"א והפ"מ ז"ל דה"ל דכל אפיא שויין דגם בדאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק לא מחייבי היורשים שמכרו מדין מזיק שש"ח כיעו"ש הכנ"ל וא"כ מאי חזית למימר דמרן ז"ל יסבו"ר ולו ידע באותם להקת הנביאים דאייתי הב"ד ז"ל ויחלוק בזה ע"ד הרמב"ן וסי' הנז"ל ואמאי לא נימא דאדרבא מדלא ביאר מרן ז"ל בסי' צ"ג וק"ב דאי איכא בכתו' שעבוד מ"ט אגמ"ק חייבים היורשים מדין מזיק שש"ח כדחזינן ליה למרן ז"ל גופיה בשאר דוכתי דמפרש שיחותיו כזאת וכזאת כמשי"ר הרואה בש"ע אה"ע סי' ק' בדין גביית כתו' ובח"מ סי' ס' בדין תק"ה ובסי' קי"ג ח"מ בדין טירפא ובשאר דוכתי אחריני כמשי"ר המעין ואלו הכא בסי' צ"ג וקי"ב אה"ע סתם לן תנא לגמרי מזה מוכח. להדיא דס"ל למרן ז"ל בדין מזו' האשה והבנות דפטירי היורשים שמכרו גם מדין מזיק שש"ח אפי' בדאיכא בכתו' שעבוד מ"ט אגמ"ק וכס' הראשונים ז"ל הנ"ל ודלא כדס"ל ללהקת הנביאים אח' שהבי"ד הב"ד ז"ל וכמובן והדברים מוכרחים וברורים:

זאת ועוד אחרת כל שהוא עיקר דקושטא קאי. דבדין מזונות האשה והבנות דאנן עסק"י בה בכה"ג דנ"ד כ"ע אזלי ומודו דגם בדאיכא בכתו' שעבוד מ"ט אגמ"ק להדיא עכ"ז לא יוסיף השעבוד הנז' תת כחו לחייב היורשים שמכרו או נתנו מטומ"ק של אביהם מדין מזיק שש"ח כלל ואין שום חולק בזה כלל וה"ט משום דאותו שעבוד מ"ט אגמ"ק דכתיב בכתובה לא יועיל ולא יציל למזונות האשה דלאח"מ אף שכתוב בכתו' ומזונייכי וכו' דאינו אלא על מזונותיה. דבחיי בעלה לא על מז"ו דלאח"מ דאותם מז"ו דלאח"מ אינם אלא כמע"פ וכדאיתא להדיא בפ' הניזקין כתובים הם אצל בנ"ח ולא אצל משעבדי

שכ"כ להדיא הרשב"א ז"ל בתשו' הבי"ד מרן ז"ל בב"י אה"ע סי' צ"ג וכ"כ עוד הרב המגיד ז"ל מהרשב"א ז"ל והביא מרן ז"ל בב"י שם יע"ש וכן פסק מור"ם ז"ל באה"ע סי' הנז' יע"ש והכי נקטי כל הפוס' קמאי ובתראי ז"ל ואין שום חולק ע"ז כלל וע"ע בתשו' מהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ח"י ובתורת חסד סי' קמ"ה יע"ש וכ"כ הר"ן ז"ל בר"פ מי שהיה נשוי דמזונות האלמנה אינם אלא כמע"פ ולא טרפי ממשעבדי יע"ש והבי"ד מרן החבי"ב בכנה"ג ח"מ סי' ק"ז הגהט"ו אות נ"א יע"ש וע"ע בכנה"ג ח"מ סי' צ"ו הגב"י אות ט"ל מ"ש ע"ד מרן ז"ל שם וע"ע בתשו' המיוחסות סי' רצ"ג ודו"ק:

והגם שראיתי להרב משפ"ש ז"ל בסי' צ"ו הגב"י אות י"ג שהבי"ד הרשב"ץ בח"ג ש"כ בפשיטות דאין מוציאין מידה שהרי כתוב בכתו' אגב ודו"ד וי"ל חיוב מ"ט תנאי ב"ד וכו' יע"ש וכ"כ מהראנ"ח סי' הנז' והבי"ד הכנה"ג בח"מ סי' צ"ז הגב"י אות מ' יע"ש ועם שאין בידי כעת השו' הרשב"ץ ז"ל לראות הדברים בשורשם מ"מ מדברי מהראנ"ח ז"ל הנז' נראה ברור דמיירי בדתפסה למזונות נגד ב"ח תפיסה המועלת כראוי כמבואר בד"ק יע"ש ואפי' בתפסה כדין אם יש לב"ח בשטרו דחוב שעבוד מ"ט אגמ"ק מוציאין מידה לכ"ע וכמ"ש הרב ת"ח ז"ל בסס"י קמ"ה הנז' יע"ש וע"ע בתשו' הדב"ע אה"ע סי' מ"ג ובש"פ המובאים במט"ש שם ואכמ"ל בזה וע"ע בתשו' הרב המוסמך הרי"ף ז"ל בס' נבחר מכסף סי' ס"ה דבעינן תפיסה המועלת ובאחד מדרכי הקניות נגד בע"ח אבל מרשות המת ל"מ כלל ולגבי ב"ח אפי' תפסה כדין למזונות עכ"ז לגבי ב"ח ל"מ לה התפיסה כלל יעש"ב:

עכ"פ לכל הדברות והאמירות יוצא לנו דהקנין והשעבוד אגב הכתוב בכתו' אינו מועיל למזונות האלמנה לאח"מ בעלה כי אם לנכסים בני חרי ומשנה ערוכה שנינו ב"פ הניזקין אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משו' ואינם אלא כמע"פ ואם קדמו היורשים ומכרו או נתנו מט' אפי' שהם משועבדים לאלמנה בשטר כתו' אג"ק אינה ניזונת מהם כלל ואפי' מדין מזיק שש"ו ליכא וכמדובר:

וא"כ איפה כל מאי דהוה ס"ד לכאו' לחייב היורש דבנ"ד שנתן חלקו במ"ט שתחת ידו מדין מזיק שש"ח ומכח שעבוד מ"ט אגמ"ק ככל אשר דמיתי ועלתה ע"ל לצדד בזה עפי"ד הב"ד ז"ל הנז' כמש"ל הן עתה הכל חלף הלך לו והאמת יורה דרכו דאין שום מקום לחייב ליורש הזה מצד האי דינא דמזיק שש"ח ומשום צד ואופן הנז"ל כלל וככל האמור ומדובר והוא ברור: פש גבן לברורי דגם מצד ההיא פלוגתא דרבינו האיי גאון עם הרא"ש ז"ל דאיפליגו אם חייבים היורשים שמכרו לזונה מדמי מה שמכרו או לא דל"ד רה"ג ז"ל חייבים ולהרא"ש ז"ל פטורים והוה ס"ד אנן בעניותין לזכות האלמנה בחלק

היורש שנתן לבניו במ"ט מכח ט' קי"ל וכמ"ש הב"ד ז"ל והן מצד דמרן ז"ל פסק להדיא בסי' צ"ג כרה"ג ז"ל בדין מז"ו אלמנה גופייהו וכמש"ל הנה אמת דאחר ההשקפה היטב ראיתי ונתון אל לבי דגם מצד זה פטיר ועטיר היורש הזה ואינה יכולה אלמנת אביו להחזיק בחלקו במ"ט שכבר נתנם ליזון מהם כלל וכמו שאבאר בס"ד:

הנה החכם עיניו יחיו בתשו' הרב ב"ד ז"ל שבח"מ סי' ל"ב הנז' בעיניו יראה ובלבבו יבין דהוא ז"ל נמשך אחר להקת הפוס' ז"ל דס"ל דהאי פלוגתא דרה"ג והרא"ש ז"ל אי גובה מהדמים או לא שייכא נמי גם במכרו מ"ט ואין הבע"ח יכול להוציאם מיד הלוקח כיעו"ש אכן הסמ"ע ז"ל בסי' ק"ז כתב להדיא דכמכרו מט' ליכא מאן דפליג דאין גובה מהדמים ומ"ש ר"הג הוא היכא שמכרו קרקע או מ"ט וכתוב שעבוד מקומ"ט בלי אגב וכו' יע"ש וכ"כ הרת"ח ז"ל בסי' קמ"ג בשם הסמ"ע ושכ"כ מהרש"ך ודלא כמ"ש הרב גד"ת ז"ל וסיים וכתב וז"ל באופן דמ"ש הטור בסי' ק"ז דאם מכרו מט' דאינה גובה מהדמים גם הגאון מודה בו עכ"ל ורואה אנכי דגם מרן ז"ל בשה"ט אה"ע סי' צ"ד סא"ך הכי ס"ל למר להדיא ולהכי דקדק מרן ז"ל בד"ק שם ש"כ וז"ל ואם מכרו אינה מוציאה מיד הלקוחות והיא ניזונת מדמי הקרקע שבידם וכ"ו עכ"ל הרי דייק מרן ז"ל לכתוב דהיא ניזונת מדמי הקרקע שבידם למימרא דדוקא אם מכרו קרקע אזי היא ניזונת מדמי הקרקע אבל אם מכרו מט' אין לה זכות ליזון מהם או מדמיהם כלל ובזה גם הגאון רה"ג ז"ל מודה אף לגבי ב"ח עם היתו' וכמ"ש הרב ת"ח ז"ל וכנז"ל ועם דהרב המבי"ט ז"ל בסי' רס"ה כתב דבדאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק בשט"ח שביד המלוה או בכתו' דבזה גם הרא"ש ז"ל יודה לס' ר"הג ז"ל דגובה מהדמים וכ"כ הרב כנה"ג ז"ל ובזה זיכה בדין הרב"ד ז"ל אותה אלמנה דבנ"ד כיעו"ש וכן מתבאר מדברי הרב ת"ח ז"ל כיעו"ש אמנם מ"מ מלבד דאין זה מוסכם מכל דאיכא רבים ונכבדים מגדולי הפוס' ז"ל דס"ל איפכא דאפי' דאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק פליגי רבי' ה"ג והרא"ש ז"ל וכמ"ש הרב נוכח השולחן ז"ל בסי' כ"ג הנז"ל ע"ד הרב בית אברהם ז"ל שתמה עליו שלא השגיח כי רבו החול' בזה וכולהו ס"ל דאף דאיכא שעבוד מאג"ק אינה גובה מהדמים והמה וכו' יעש"ב וא"כ הגם דמרן ז"ל בשה"ט פסק בסתם כר"הג ז"ל דגובה מהדמים עכ"פ מדדייק בדבריו ז"ל לומר דניזונת מדמי הקרקע שבידם ולא כתב סתם דהיא ניזונת מהדמים מוכח להדיא דס"ל למר דדוקא במכרו קרקע הוא דפסק הר"הג ז"ל דניזונת מדמי הקרקע שבידם ולא במכרו מט' אפי' דאיכא בכתו' שעבוד מ"ט אג"ק לכ"ע דאל"כ הי"ל למרן ז"ל לבאר שיחותיו בשהט"ו דבדאיכא שעבוד מ"ט אג"ק אזי ניזונת גם מדמי המ"ט שבידם ומדלא כתב הכי

להדיא ש"מ דס"ל למרן ז"ל דבמכרו מ"ט אינה ניזונת מדמיהם כלל עם דאיכא שעבוד אג"ק בכתו' ועמש"ל והדברים ברורים:

ועוד שכבר כתבנו ובירורנו לעיל דהאי שעבוד מ"ט אג"ק דאיכא בשטר הכתובה אינו מעלה ומוריד לחיוב מזונות האלמנה לאח"מ בעלה כלל וכדסיים מור"ם ז"ל שם על דין הנ"ל וכמש"ל אין צורך לכפול הדברים ושאני כל נדונות הפוס' ז"ל הנז"ל דאינהו עסקי בדין כתובה וגבייתה מהיורשים שמכרו וכמשי"ר המעיין בדבריהם ז"ל הלא בספרתם והוא פשוט: ואם כה תאמר האלמנה הנז' דכ"ז ניחא לענין חלק היורש במט' שנתן לבניו דהנה אמת כפי כל האמור אין לה צד זכות להחזיק בהם כדי ליזון מדמיהם כלל וכמדובר:

ברם בחלקו בקרקעות שנתן לבניו דדינייהו כמכר וכנז"ל מאי איכא למימר הרי מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו פסק להדיא בסתם כד' רה"ג ז"ל דהיא ניזונת מדמי הקרקע שבידם כנז"ל א"כ גם היא תיזון מדמי חלקו במ"ט בעד דמי הקרקע שנתן לבניו וכנז"ל דומיא למ"ש הגאון האורו"ת ז"ל בסי' ק"ז דאם עדין הדמים ביד הלוקח דגובה מהדמים לכ"ע יע"ש להא אמינא לה דגם בזה לא צדקה בטענתה זאת כלל דמלבד דהגאון האו'רות ז"ל נדחה קרו לה לסברתו הנ"ל הרב בית אברהם והרב נוכח השולחן ז"ל שם ג"כ הוכח במישור מתשו' מהרימ"ט ז"ל דפליג בזה וס"ל למר דעם שהדמים ביד הלוקח אין עליהם שעבוד יע"ש:

עוד זאת דגם הגאון האו'רות ז"ל לא אמרה למלתיה אלא מדמי הקרקע שמכרו והכי דייק מרן ז"ל בשה"ט כנז"ל וכ"כ מהר"מ אלשיך ז"ל בתשו' סי' ט"ו הב"ד הרב"ד ז"ל בסי' ל"ב הנז'. דע"כ לא קאמר רה"ג ז"ל אלא כשדמי המכר ידועים שהם דמי אותם נכסים וכו' יע"ש וכ"ד הרב"ד ז"ל שם וא"כ איך תחזיק האלמנה דנ"ד במט' של חלק היורש הנז' בעד דמי חלקו בקרקעות שנתן כיון שהם אינם דמי אותם נכסים כלל וכמובן:

באופן שחזרתי ע"כ הצדדים וצידי צדדים לזכות האלמנה בדינה ולהפך בזכותה שתהיה ניזונת גם מהמ"ט של חלק פלוא היורש שנתנם לבניו ויגעתי ולא מצאתי לה שום מקום לזכות בדין כלל וככל האמור ומדובר:

ובכן חיובא רמיא עלה לכוף כאגמון ראשה לשמוע לקול מורים ולמסור כל חלקו גם במט' שנתן ליד מקבלי המתנה או ליד המורשים שלהם והיא תיזון מחלק היורש הגדול במקומ"ט ואולם חלק היורש השני שכבר נתנם במת"נ דל מהכא לגמרי וכמאן דליתנהו גבה דמי זולתי אם תרצה כעת לגבות כתובתה גם מהם אזי הדין עמה לגבות כתו' גם מחלק היורש שנתנם לבניו בין במ"ק בין במ"ט אם יש בעזבון בעלה שיעור שתי כתו'

ואם לאו חולקת עם בני בעלה לחצאין וכמבואר בתקנת א"י ת"ו אשר הובאה בחוט המשולש סי' כ"ו וכדבעינן למימר קמן בס"ד:

אמנם אינה יכולה האלמנה הנז' לעכב ולהחזיק בעזבון בעלה להיותם בידה עד עת שתרצה לגבות כתו' כלל אלא או תמסרם ביד נאמן להשביחם ולהרויחם לתועלתה ולתועלת היורשים כנז"ל או מגבין לה כתובתה מהם מיד וכמו שכן עלתה הסכמת מרן ז"ל בתשו' אה"ע סי' ט"ו והבי"ד הרב דבר משה ז"ל באה"ע סי' מ"ג והאריך הוא ז"ל בזה יעש"ב וכבר מילתא אמורה דאנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל ע"כ אשר יאמר כי הוא זה גם במ"ש בתשו' וכמש"ל: והכי נמי חזינא הדבר מבואר יותר בתשו' הרב המוסמך הרי"פ ז"ל בס' הבהיר שו"ת נבחר מכסף סי' ס"ד שנשאל בנ"ד דהיורשים תובעים החפצים מהאלמנה והיא טוענת שתפסתם למזונותיה והאריך בתשו' להוכיח במישור שהתפיסה שלה אינה מועלת לה מכמה טעמי ואיתי בידיה נמי תשו' הריב"ש ומרן ז"ל הנ"ל ושוב כתב וז"ל אבל אחר ההשקפה והעיון אין בתפיסה זו ממש לפי שמ"ש שם דשפיר מהניא התפיסה לכתו' אפי' לאח"מ הוא לענין גביית כתובה וכו' אמנם אם אין האלמנה רוצה לגבות כתובתה מהמט' שתפסה כי אם שיהיו תחת ידה לבטחון כתו' והיא ניזונת מנכסי היתו' זו לא שמענו וכו' אבל לכתו' אם חוששת תגבה כתו' ואם לאו יהיו הנכסים ביד היורשים ליהנות בהם וכו' אלא ודאי אין לה לתפוס כי אם למזונות בלבד אבל אם תפסה לכתו' יפרעו לה כתו' מיד ואם אינה רוצה לגבות כתו' מוציאין את הנכסים מידה וכו' ולעולם שאם תפסה כל שיעור כתו' שמגבין לה כתו' מיד או יוציאו התפיסה מתחת ידה אבל לעולם דהאשה התופסת לכתו' ואינה רוצה לגבות כתו' עכשיו והיא לא תפסה למזו' שאין התפיסה ההיא כלום ואם הנכסים ביד שליש אומרים לה או תגבי כתו' מהתפיסה או יחזירם ליורשים והם זנים אותה עד שתתבע כתו' בב"ד וכו' וכיון שכן אם תרצה לגבות כתו' מיד גובה מכל אותם המט' ואם לא הספיקו וכו' ואם אינה רוצה לגבות מוציאים המט' מידה וינתנו ביד היורשים והם זנים אותה עד שתבא לגבות כתו' וכו' עכ"ל הצל"ע:

הרי להדיא מפורש יוצא מפ"ק הרי"פ ז"ל שאם אינה רוצה לגבות כתו' עכשיו מוציאים הכל מידה ונותנים ליד היורשים כדי ליהנות מהם והם זנים אותה עד שתרצה לגבות כתו' וככל האמור ומדובר:

ועם שמבואר בד' הרי"פ ז"ל דאלו אותה אלמנה דנדונו היתה תפיסתה למזונות ולא לכתו' היתה מועלת לה התפיסה שלא תמסרם ביד היורשים כנז"ל מ"מ אין מדבריו ז"ל שום סתירה למש"ל מכל דברי הפוס' ז"ל הנז"ל שהוא ז"ל שם בתשו' הוכיח במישור

דאין בתפיסתה ממש אפי' למזונות כיון שלא תפסה כדין ושוב בדקכ"ז ע"א נרגש מד' הרי"פ והרא"ש והרשב"א ז"ל שכתבו דבזה"ז שנהגו לכתוב מקומ"ט אפי' תפסה לכתו' ולאח"מ מהניא משו"ה חזר וכתב דכ"ז דמהניא תפיסתה הוא לגבות כתו' מיד ולא שישארו אצלה עד שיעלה ברצונה לכתו' שזה לא שמענו ככתוב בד"ק וכנז"ל: אמנם מרן ז"ל בתשו' הנ"ל לא ס"ל למר כהרשב"א ז"ל אלא כמ"ש ר"יו ז"ל ב"ד הרי"פ ז"ל בתשו' דגם למזונות לא מהניא לה תפיסה אפי' אם תפסה כדין אלא מוציאים מידה ונותנים ליד נאמן וכמש"ל וכבר העלה הרב כר"ש ז"ל בתשו' אה"ע סי' ל' דלדעת הרי"פ והרמב"ם ודעימייהו ל"מ תפיסה לכתו' לאח"מ גם האידנא זולתי להרשב"א ור"י בס' מישרים יעש"ב ועם שעלתה הסכמת הכר"ש ז"ל שם דמה שתפסה האלמנה אפי' לכתו' מהניא ומי יוכל להוציא מידה נגד הרשב"א ור"י יע"ש מ"מ אינו אלא לדידהו דתפסי דגל הקי"ל נגד דעת ל ז"ל בהם אנן בדידן אין לנו אלא דעת מרן ז"ל דס"ל כהרי"פ והרמב"ם ז"ל דס"ל דל"מ תפיסה לכתו' גם האידנא וגם למזונות ל"מה לה תפיסה אפי' אם תפסה כדין וכתחז"ל אלא מוציאים מידה ומוכרים אותם ביד נאמן וכמדובר:

וכבר נודע דבזמן הגאון הרי"פ ז"ל המ"ל עדין לא נתפשטה קבלת הוראות מרן ז"ל אפי' בא"י ת"ו כידוע גם מה שהוכיח הרי"פ ז"ל שם מתשו' הרא"ש ז"ל דבריש כלל ק"ו דהאידנה מהניא לה תפיסה אפי' לאח"מ להרי"פ ז"ל כנז"ל וכ"כ המבי"ט בח"ג סי' ק"ן בשם הרא"ש ז"ל כיעו"ש כבר הרב דב"מ ז"ל בתשו' סי' מ"ג דחה לזה בטו"ט יעש"ב ואכמ"ל עוד בזה לאפס הפנאי: ודע דמסוף דברי הרי"פ ז"ל בתשו' הנז"ל מבואר להדיא דס"ל למר כמ"ש הרב דרכי נועם ז"ל בסי' הנ"ל דתכשיטי האלמנה מניחים אותם תחת ידה יע"ש טעמו ונימוקו ואפשר דה"ט נמי דהרב דרכי נועם ז"ל אלא שקיצר במקום שאמרו להאריך ועכ"פ מצינו לו חבר גדול לסברתו זאת הוא הרב המוסמך הרי"פ ז"ל דהוא תנא קמא דמסייע ליה וקאי כוותיה ממש וכמשי"ר המעיין ומ"מ מאחר דמרן ז"ל סגר לנו המדבר בתשו' הנ"ל וסתם וכתב דמוסרים הכל ביד נאמן וכנז"ל ולא חילק כמ"ש הרי"פ והר"ן ז"ל מוכח להדיא דלא ס"ל למרן ז"ל הכי ואנו אין לנו אלא דעת מרן ז"ל וככל האמור ומדובר והדברים ברורים:

ועל מה שנסתפק עוד השואל בשאלה המוצגת לפנינו שאם יהיה האופן שזכו בדין המורשים הנז' בטענתם אם תוכל האלמנה הנז' לגבות כל מזונותיה וכתובתה מחצי עזבון המגיע לבנו הגדול חנוך היורש אשר אינינו פה הכל בשלימות או"ד שאין לה לגבות מחלקו כי אם מחצית מזו' וכתו': לזאת אשיב דמה שהכניס בכלל ספקו הנז"ל גבית כתובתה לא ידעתי מה הוא סח דודאי לגבי כתובה גובה בדין גם מכל חלק פלוא

היורש ה"ב שנתנם לבניו בין ממקרקעי בין ממס' כמ"ש ש מרן ז"ל להדיא בסי' ק' בדין גבית כתו' כיון דאיכא שעבוד מ"ט אגמ"ק בכתובתה כנהוג וכבר כתבנו דככה"ג דנ"ד שלא הגיעו המט' ליד מק' המתנה לא שייך בהו תק"ה הכנז"ל וגדולה מזו כתבו הח"מ והב"ש ז"ל שם דאם היורשים נתנו מ"ט במתנה אפי' הגיעו המט' ליד מקבלי המתנה לא עשו בהם תק"ה ודהכי דייקי דברי מרן ז"ל בש"ע יע"ש וא"כ ספק השואל הלזה לענין כתובה לא נכנס בכלל ס' כלל כי הדין פשוט דגם מחלק הנותן גבייא כתובתה וכמבואר: ברם כי תיבעי לך לגבי מזונות דוקא וכמובן וגם את זה נלע"ד פשוט דגובה כל מה שצריך לה למזונותיה די מחסורה הכל מחלק היורש הגדול דוקא כיון שהם בני חרי מידי דהוה שלא הניח לה בעלה אחריו כי אם אותו החלק דוקא דודאי שאינה ניזונת כי אם מהם דוקא והיה הנשאר חלק היורש הב' שכבר ניתן במת"ג כמאן דליתיה בעולם דמי וידיה מסולקות הימנו והרי זה דומה למ"ש מרן ז"ל בשה"ט אה"ע סי' צ"ב ס"ק דאם נתן הבעל נכסיו במתש"מ דניזונת מהם וסיים עלה מור"ם ז"ל בהגהה שם דהי"ד אם אין כאן בני חרי וע"ש כתב הרב ז"ל שם דאם נתן למקצת בניו במתש"מ ולמקצת בניו לא נתן אלא יורשים ניזונת מחלק ירושה יע"ש א"כ ה"ה אם מקצת בניו נתנו חלקם במת"ג ומקצת בניו לא נתנו כלום דודאי דניזונת מחלק ירושה שלא ניתן במתנה כלל והם בני הרי ולא אמרינן דתיזון מהם חצי מזונותיה דזה ודאי אינו והדברים ברורים:

ומה שנסתפק עוד השואל בשאלה שלפנינו שאם תרצה לגבות כתובתה אם תחלוק הנכסים כולם עם היורשים כשאין כאן שיעור שתי כתובות או דילמא כיון שאין הבנים היורשים בניה וכנז"ל גם את זה הדבר פשוט ומבואר בדבריהם דרבנן מתקני התקנה הראשונה אשר הובאו ד"ק בס' חוט המשולש סי' כ"ו דלא שנא להו לרבנן בין אם היורשים הם בניה או הם בני בעלה כלל דבכל גוונא אם אין שם שיעור ב' כתו' חולקת עם היורשים לחצאין כשרה וכמבואר בד"ק בתקנתם הנז' שפירשו שיחתם כן פעמים שלש דליכא לפלוגי ביניהו כלל כיעו"ש ומשם באר"ה:

הכלל העולה מכל האמור ומדובר מריש ועד כען דחלק היורש הב' אשר נתנם לבניו במתנה זכו בהם הבנים בניו מק' המתנה יצ"ו ואין לאלמנת ראובן דנ"ד שום זכות בדין להיותה ניזונת מהם כלל בין מחלקו בקרקעות בין במט' וחייבת היא בדין למסור כל חלקו במט' שתחת ידה ביד המורשים של מק' המתנה והיה הנשאר שהם חלק חנוך הבן היורש הגדול חיובא רמיא עלה למסור אותם ביד נאמן לשאת ולתת בהם ולהרויחם וליזון מהם האלמנה הנ"ל והיורשים ואם תטעון שהיא תופסת הכל לבטחון כתובתה דינא יתיב להגבותה כתובתה מיד ולא שתניחם אצלה עד שיעלה ברצונה לגבות

כתובתה ואם לא תרצה לגבות כתו' מיד מוציאים מידה הכל וחלק היורש השני הניתן במתנה ימסר ביד מורשים שלהם וחלק היורש הגדול ינתן ביד נאמן ליזון מהם האלמנה הנז' כנז"ל וכשתרצה לגבות כתו' אזי טורפת מיד מק' המתנה וגובה כתובתה גם מהם ואם אין בעזבון בעלה שיעור ב' כתו' אזי דינא הוא שחולקת בנכסים עם היורשים לחצאין כל מה שהניח בעלה אחריו וככל האמור ומדובר:

הנלע"ד כתבתי להלכה ולא למעשה עד אשר יסכימו:

עמי בעלי הוראה רבנן דפקיע שמיהו וצור ישראל:

י"מ וימ"ן כיר"א הלכ"ד זעירא דמן חברייא:

והוא הצעיר יצחק אבואלעפייא:

השו"ת פני יצחק ח"ב השמטות

להיות שו"ב לרבים כמאז וכמקודם וברור:

ואגב אורחאי מידי עוברי בס' הבהיר הנ"ל חזיתיה למר נר"ו שם בדקמ"ג סוף ע"א שבשפלנו זכר לנו מ"ש בעניותי בסה"ק פני יצחק ח"א ביו"ד סי' א' על נדון אותו שוחט שנשאלתי עליו שם ומני"ר נר"ו שלא חשתי לבאר בריעותא דההוא טבחא שהתרו בו שלא ישחוט לבדו עד שיבא אצלם וכו' והוא לא עשה כן והלך ושחט לבדו ב' כבשים וכו' דהיה לי לבאר אם יהיה פסול מצד זה וכו' יע"ש וגם ראיתי אני עני מ"ש הרב הנז' נר"ו בדקי"ג ע"ב ואילך דהתם אסף איש טהור כל דברי להקת הפוס' ז"ל המדברים בפרט זה להוכיח מהם לאסור ולפסול כל מה ששו"ב החר"א הנז' אחר שאסרו ופסלו שחיטתו רבני וגאוני אזמיר יע"א והכריזו ברבים ששחיטתו פסולה וטריפה יעויין שם באורך:

ואחר המחי"ר הראויה אליו אין דין זה דהרא"ש ורי"ו ודעימייהו ז"ל שייך כלל באותו שוחט דכל הפוס' הנז' קמאי ובתראי ז"ל שדיברו בפרט לה כולהו מיירי בקהל או ממונים או רבני ודייני העיר שהטילו חרם או שבועה או הכרזו ברביים שלא ישחוט כי אם פו"פ או פי' דבריהם בתקנתם או בהכרזתם ששחיטת פ' פסולה ואסורה אם עבר ועל אחת מכל אלה ושחט אזי באנו לדין הרא"ש זרי"ו ז"ל לאסור שחיטתו של האיש ההיא ששחט אי משום דהו"ל כחשוד לאותו דבר ואי משום דיכולים הצבור לאסור את המותר כמבואר כ"ז בדבריהם ז"ל הבאים בדברי הרב הנז' גופיה שם ומשם באר"ה משא"כ בההוא נדון שכתבתי עליו אני עני שם דהשוחטים דוקא הם שהתרו עליו התראה בעלמא שלא ישחוט לבדו וכו' ולא השביעוהו ע"ז כלל וגם לא פסלו לשחיטתו ברבים והם אין להם כח ב"ד לאסור את המותר וא"כ מה דמות יערוך האי עובדא לדין

הרא"ש ורי"ו ז"ל דהתם ודאי דהו"ל כחשוד לאו"ד כיון דהגזירה יצאה מפי הציבור או הרבנים או הממונים או השביעוהו שלא ישחוט ועבר ושחט התם ודאי שייך האי דינא דהרא"ש ורי"ו ז"ל וכמובן א"כ לא פש גבן באותו נדון כי אם מ"ש באמת הגמור שלא שחט ונמצא שקרן ע"ז היו רוצים השוחטים לפוסלו משום דחשבוהו עבריין על שבועתו שנשבע באמת וע"ז כתבתי להם שם מה שנלע"ד בהכשרו כיעו"ש ותו ל"מ:

בדכ"ח ע"ג שיטה מ"ח בד"ה מ"ש בפרט זה דס"ס נגד מרן וכו' נ"ב ע"ע בסה"ק פנ"י ת"א בדע"ד ע"ב שיטה ל"ו בד"ה ועיין בתשו' הגאון וכו' שנשמט שם כמה תיבות וכצ"ל שם ועיין בתשו' הגאון מ"ש מהרח"א ב"ד ז"ל אשר הובאה באהל יוסף סי' כ"ט שחלק ע"ד השו"ג ז"ל דעבד ס"ס להקל וכו' יע"ש וזהו דלא כהרב חס"ל וכו' ע"ב ור"ל שזה שחלק מהרח"ב בד' ז"ל ע"ד השו"ג ז"ל זהו כהחס"ל ז"ל ועיין עוד שם בפס"ד העגלות בד"מ ע"א דשם כתבתי הסברות כסדרן יע"ש:

בדע"ב ע"ד בד"ה ואת מצאתי וכו' נ"ב עתה:

נד"מ ס' כפי אהרן ח"ב ושם ראיתי לו ז"ל בהל' כתובות סי' ג' דשקו"ט טובא בהאי דינא ואייתי בידיה תשו' הגאון מהר"י בן מיגאש ז"ל יעש"ב ואין הפנאי מסכים עמי כעת. לעמוד ע"ז עוד הפעם ובעז"ה נקי נדר אשנה עוד פרט זה ואתהלכה ברחבה:

בדע"ז ע"א: שיטה ל"ג בד"ה הכלל העולה וכו' דנערה זאת הותרה לגמריה וכו' ג"כ זאת מאיתי להודיע ברבים כי שלחתי תשובתי זאת עצמה לרבנו וגאוני עוב"י אזמירי ע"א יצ"ו להסבים עמי בהתר הנערה בלא גט ואחר כמה חדשים הגיעני מהם פס"ד ארוך ועלתה הסכמתם הרמה להצריכה גט דוקא ותכף ביטלתי דעתי נגד דעתם הרחבה והצרכתיה לקבל גט כריתו' וכן היה שגירשה המקדש בגט כריתות עי' מע' בדה"ץ שבעירו צובה יע"א למען יעמדו על המקדש לגרשה בגט ונשאר שם זוהי סיבה שלא נדפס פה בסה"ק דנא ודי בהערה זו:

בדע"ה ע"כ שיטה י"א עם שלענד"ן דז"ל קצת דעכ"פ באיסור יבמה לשוק ליכא רק לאו בעלמא וכו' נ"ב ע"ע להגאון מהרד"א קובו ז"ל גופיה שם סי' ח"י דס"ד ע"א שעמד בזה שם אי איסור יבמה לשוק חשיב דבר ערוה או לא. והכריח דכוון דקי"ל שומרת יבם שזינתה מותרת ליבם כמ"ש בסי' קנ"ט וקי"ל נמי דקידושין תופסין בחייבי לאוין א"כ לא חשיב דבר שבערוה ושכ"כ הגאון נודע ביאודה ז"ל דלא חשיב דבר שבערוה גם לרב דסבר דאין קידושין תופסין ביבמה מ"מ כיון דגם לדידיה אין הוולד ממזר אינם כערוה יע"ש ושכ"כ הריטב"א ז"ל בחי' והתוס' ז"ל בפ' החולץ ואין חולק ע"ז זולת המרדכי בפי מ"ח וסה"ת יע"ש וכיון דרוב הפוס' ס"ל דלא חשיבא דבר שבערוה א"כ שפיר יש לחלק

בין איסור יבמה לשוק לאיסור ערוה ממש וכמ"ש מרן החבי"פ ז"ל ואנן בעניותין וככל הכתוב לפנים האר"ש ויש להרגיש קצת מ"ר הגאון מהררא"ק ז"ל שבסי' ח"י הנ"ל שלא זכר שם לדברי התוס' ז"ל דבכורות דאייתי הגאון המהרי"ט ז"ל דקיימי בסברת המרדכי וסה"ת ז"ל דס"ל איסור יבמה לשוק חשיב דבר ערוה והוא פלא:

דפ"ג ע"א שיטה ל"ב בודאי דהוו הדרי בהו וכו' נ"ב עתה ראיתי להרב מכח השולחן. ז"ל באה"ע סי' ט"ו שנשאל גם הוא ז"ל אותו נדון של הרב מר ואהלות ז"ל וגם הוא ז"ל חייב להבעל הנכפה במזונות אשתו אפי' שהיא בבית אביה ואייתי בידיה תשו' מהרימ"ט ז"ל הנז' לפנינו האר"ש יע"ש והאי תנא דמסייע לן טובא ונעלמו ד"ק מרבני וגאוני ירוש' הנ"ל והוא פלא:

בדק"ג ע"א וחזינא וכו' נ"ב אח"ז כר"מ סי' ישמ"ל וראיתי לי שם בח"מ סי' פ' תשובת הרב המופלא מהרח"פ ז"ל שהאריך זה קצת ושם הביא ג"כ מ"ש הרב זכות אבות ז"ל בסי' פ"ג הנ"ל יעש"ב ואכמ"ל עוד בזה: